

Ingediend via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl)  
Ministerie van Justitie en Veiligheid  
t.a.v. de heer dr. mr. F.B.J. Grapperhaus

Den Haag, 12 april 2021  
dossiernummer:  
uw kenmerk:  
telefoonnummer:  
e-mail:

**Betreft: conceptwetsvoorstel bestuursrechtelijke aanpak online kinderpornografisch materiaal**

Geachte minister,

Bij brief van 16 februari 2021 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het concept wetsvoorstel 'bestuursrechtelijke aanpak online kinderpornografisch materiaal'. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissies bestuursrecht en strafrecht gevraagd te adviseren.

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

Met de meeste hoogachting,  
namens de algemene raad

algemeen secretaris

Bezoekadres  
Prinses Beatrixlaan 5  
2595 AK Den Haag  
Tel. 070 - 335 35 35

bijlage: advies van de adviescommissies bestuursrecht en strafrecht

Postadres  
Postbus 30851  
2500 GW Den Haag

## ADVIES

Van:	adviescommissie bestuursrecht, mede namens de adviescommissie strafrecht
Datum:	12 april 2021
Betreft:	<b>Wet bestuursrechtelijke aanpak online kinderpornografisch materiaal</b>

### Inhoud

Samenvatting .....	2
Bespreking van het wetsvoorstel .....	3
Hostingdiensten en communicatiedienst .....	3
Strafuitsluitingsgrond (artikel 5) en vervolgingsuitsluitingsgrond (artikel 15) .....	3
Elektronisch berichtenverkeer (artikel 6) .....	4
Aanwijzing, last en boete (artikelen 8, 9 en 10) .....	4
Openbaarmaking boetebeschikking (artikel 12) .....	5
Verplichte openbaarmaking .....	5
Bevoegdheid tot openbaarmaking .....	6
Grondrechten .....	6
Rechtsbescherming .....	7

### Samenvatting

1. In het voorstel is voorzien in de bevoegdheid om een aanwijzing te geven aan een aanbieder van een communicatiedienst, maar niet aan een aanbieder van een hostingdienst. De commissie adviseert de Autoriteit ook de bevoegdheid te geven om een aanbieder van een hostingdienst een aanwijzing te geven.
2. In het verlengde daarvan adviseert de commissie om de Autoriteit ook de bevoegdheid te geven om een aanbieder van een hostingdienst een last onder dwangsom op te leggen.
3. Ernstige bezwaren heeft de commissie tegen de verplichte openbaarmaking van sommige boetebeschikkingen op een moment dat zelfs de bezwaartermijn nog niet is verstreken, laat staan de beschikking onherroepelijk is geworden. De commissie meent dat een *verplichting* tot openbaarmaking te ver gaat, en zeker als dat gebeurt op een moment dat de juistheid van die beschikking niet onherroepelijk vaststaat.

Indien het noodzakelijk wordt geacht dat boetebeschikkingen openbaar kunnen worden gemaakt, dan adviseert de commissie om de Autoriteit daartoe de *bevoegdheid* te verlenen en – gelet op de onomkeerbare gevolgen daarvan – de voorwaarden waaronder van die bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt in de wet eenduidig te omschrijven.

4. Verder mist de commissie aandacht voor de gevolgen van het wetsvoorstel voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de verschillende betrokkenen en voor de gevolgen van het in de Eerste Kamer ahangende voorstel voor de Wet open overheid voor de actieve openbaarmaking van onder de Autoriteit berustende documenten.
5. Tot slot mist de commissie aandacht voor de gevolgen van het wetsvoorstel voor de rechtspraak.

## Bespreking van het wetsvoorstel

De adviescommissie bestuursrecht heeft kennis genomen van het consultatievoorstel voor de Wet bestuursrechtelijke aanpak online kinderpornografisch materiaal en ziet aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen.

### Hostingdiensten en communicatiedienst

‘Aanbieder van hostingdiensten’ en ‘aanbieder van communicatiedienst’ lijken in de definitiebepaling één en dezelfde te zijn. Een *hosting*dienst is een aanbieder van een communicatiedienst en een *communicatiedienst* is een aanbieder van een communicatiedienst als bedoeld in artikel 138g Sv.

Uit de artikelen 8 (gericht aan aanbieder van hostingdienst) en 9 (gericht aan aanbieder van communicatiedienst) blijkt echter dat aan deze aanbieders verschillende verplichtingen worden opgelegd, nl. het op eigen initiatief treffen van maatregelen resp. het opvolgen van een aanwijzing.

In de artikelsgewijze toelichting (blz. 27) is voor de betekenis van aanbieder van *hosting*diensten verwezen naar artikel 14 van de richtlijn inzake elektronische handel. De commissie adviseert om deze verwijzing naar de richtlijn op te nemen in de definitie. Dat maakt zowel de betekenis van hostingdienst als het verschil met communicatiedienst meer inzichtelijk.

Dat verschil zou ook beter tot zijn recht komen door beide definities direct onder elkaar op te nemen en niet als eerste en laatste in de opsomming.

Daarnaast valt het de commissie op dat, anders dan in artikel 138g Sv, in de definitie van aanbieder van hostingdiensten het begrip ‘aanbieder’ niet wordt uitgewerkt: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf etc.. De commissie adviseert de definitie als volgt aan te passen:

*aanbieder van hostingdiensten: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf een communicatiedienst aanbiedt bestaande uit de opslag van gegevens die van een ander afkomstig zijn;*

### Strafuitsluitingsgrond (artikel 5) en vervolgingsuitsluitingsgrond (artikel 15)

De strafuitsluitingsgrond richt zich tot de *Autoriteit* en de aldaar werkzame personen en de vervolgingsuitsluitingsgrond richt zich tot de *ontvanger van een aanwijzing* als bedoeld in artikel 9 van het voorstel.

De commissie wijst er echter op dat uit artikel 2 lid 2 onder b blijkt dat de Autoriteit dient te streven naar samenwerking met *private en publieke partijen*. Ook deze private en publieke partijen dienen onder de strafuitsluitingsgrond van artikel 5 te worden gebracht. De reden dat zij met het betreffende materiaal in aanraking komen, is immers gelegen in de samenwerking met de Autoriteit.

## Elektronisch berichtenverkeer (artikel 6)

Gelet op de definitie van ‘aanbieder van een communicatiedienst’ in artikel 1 heeft de huidige redactie van dit artikel uitsluitend betrekking op het (elektronisch) verkeer tussen de Autoriteit en aanbieders van *communicatiediensten als bedoeld in artikel 138g Sv* en niet (tevens) op het verkeer met de aanbieders van *hostingdiensten*. Als het, zoals de commissie aanneemt, de bedoeling is om óók berichten aan en van aanbieders van hostingdiensten uitsluitend elektronisch te verzenden, dan dient dit in de tekst tot uitdrukking te worden gebracht.

Verder vraagt de commissie zich af op welke wijze ervoor wordt ingestaan dat de Autoriteit kan beschikken over het juiste e-mailadres van de persoon of personen die binnen het bedrijf van de communicatiedienst verantwoordelijk zijn voor en bevoegd zijn tot het nakomen van de uit deze wet voortvloeiende verplichtingen. Dit is relevant nu uit de memorie van toelichting (p. 2) blijkt dat het de bedoeling is dat de op grond van artikel 9 te stellen aanwijzingstermijn kort is en bij niet tijdige opvolging overgegaan kan worden tot het opleggen van een last en boete.

## Aanwijzing, last en boete (artikelen 8, 9 en 10)

Het valt de commissie op dat in artikel 10 de Autoriteit wel de bevoegdheid wordt gegeven om aan een aanbieder van hostingdiensten een last op te leggen ter handhaving van de in het tweede lid van artikel 8 opgenomen verplichting om *informatie te verstrekken*, maar niet ter handhaving van de in het eerste lid van artikel 8 opgenomen *zorgplicht*. Deze zorgplicht wordt uitsluitend langs de weg van de boeteoplegging gehandhaafd.

Als de aanbieder in het geheel *geen* maatregelen heeft genomen, lijkt het direct opleggen van een boete op zich wel verdedigbaar. Maar een aanwijzing, eventueel gevolgd door een last onder dwangsom, vindt de commissie toch meer voor de hand liggen.

Maar als de aanbieder *wel* maatregelen heeft genomen, maar deze later bij een beoordeling door de Autoriteit niet toereikend worden bevonden, vindt de commissie het rauwelijks opleggen van een boete niet gerechtvaardigd. Het bieden van een herstelkans middels een aanwijzing dan wel een last ligt dan meer in de rede. Het bieden van een herstelkans bevordert bovendien het draagvlak voor de in artikel 2 lid 2 onder b nagestreefde samenwerking met private partijen.

De commissie wijst er in dit verband op dat de in artikel 8 lid 1 gegeven norm zo algemeen is geformuleerd, dat een bestraffende handhaving daarvan in strijd komt met het legaliteitsbeginsel, als niet eerst nader wordt geconcretiseerd wat nu precies van de betreffende aanbieder wordt verlangd.

Ook de memorie van toelichting lijkt ervan uit te gaan dat bij een hostingdienst de boeteoplegging vooraf wordt gegaan door een aanwijzing: op p. 6 wordt geschreven dat “een hoge mate van blootstelling (...) onder meer (kan) worden afgeleid uit het aantal ontvangen *aanwijzingen* dat een aanbieder per kalenderjaar ontvangt (bijvoorbeeld: meer dan 10)” en op p. 26 wordt bij de toelichting op artikel 9 geschreven dat “(i)n algemene zin geldt dat de aanwijzing (zo mogelijk) wordt gegeven aan een aanbieder van *hostingdiensten*” (cursivering Commissie). De voorgestelde tekst van artikel 8 voorziet echter niet in de bevoegdheid om aan een aanbieder van hostingdiensten een aanwijzing te geven.

De commissie adviseert dan ook om:

- artikel 9 aan te passen in die zin dat de Autoriteit een aanwijzing kan geven aan “een aanbieder van een communicatiedienst dan wel van hostingdiensten” en
- artikel 10 aan te passen in die zin dat de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom betrekking heeft op de “in artikel 8, eerste en tweede lid, opgenomen verplichting”.

### **Openbaarmaking boetebeschikking (artikel 12)**

#### *Verplichte openbaarmaking*

De commissie heeft ernstige bezwaren tegen de in artikel 12 opgenomen *verplichting* om een op artikel 11 lid 3 (stelselmatig geen gevolg geven aan een aanwijzing) gebaseerde boetebeschikking openbaar te maken op een tijdstip (vanaf twee weken na de bekendmaking van de beschikking ) dat *zelfs de bezwaartermijn nog niet is verstreken*, laat staan dat de onafhankelijke rechter zich over die beschikking heeft kunnen uitlaten dan wel die beschikking onherroepelijk is.

Op zich wordt in de memorie van toelichting terecht benadrukt dat seksueel kindermisbruik een verwoestende vorm van criminaliteit is en dat daarom ook de verspreiding van beelden daarvan moet worden tegengegaan. Dit verwoestende karakter raakt in de eerste plaats het slachtoffer zelf (en de naasten die worden geconfronteerd met de gevolgen daarvan voor het slachtoffer). Maar waar in het wetsvoorstel te gemakkelijk aan voorbij wordt gegaan, is dat het in verband gebracht worden met (de opslag en/of verspreiding van) kinderporno evenzeer verwoestende gevolgen kan hebben voor degene die met een dergelijke beschuldiging wordt geconfronteerd. Naming and shaming is onomkeerbaar (het internet vergeet niet(s)) en indien later wordt vastgesteld dat de beschuldiging onterecht is geweest, kunnen de gevolgen daarvan niet worden ongedaan gemaakt. Geen enkele rectificatie is bestand tegen het aura van ‘waar rook is, is vuur’ en het idee van ‘niet bewezen ≠ niet gedaan’. De schijn zal altijd aan de beschuldigde blijven kleven.

Openbaar maken van een dergelijke beschuldiging is daarom al gauw als disproportioneel aan te merken en als *smaad(schrift)* in de zin van artikel 261 Sr. Dat betekent dat bij openbaarmaking van een op artikel 11 lid 3 gebaseerde boetebeschikking de nodige behoedzaamheid dient te worden betracht. Bij een dergelijke behoedzaamheid past in elk geval niet dat al tot openbaarmaking wordt overgegaan op een moment dat niet alleen de beschikking nog niet onherroepelijk is, maar ook de onafhankelijke rechter er nog geen oordeel over heeft kunnen geven.

Een verplichting tot openbaarmaking laat bovendien de Autoriteit geen ruimte voor een individuele afweging en de onafhankelijke rechter geen ruimte voor toetsing van de evenredigheid van het besluit tot openbaarmaking. De kinderopvangtoeslag-affaire heeft laten zien waartoe het ontbreken van een dergelijke individuele beoordelings- c.q. toetsingsruimte kan leiden.

De commissie meent dan ook dat een *verplichting* om een dergelijke beschuldiging in een zo *vroegtijdig* stadium *van overheidswege* te publiceren, een grens over gaat die een behoorlijk handelende overheid niet behoort over te gaan en ook niet zou moeten willen overgaan. Dat de openbaarmaking is beperkt tot stelselmatige overtreders, maakt het voorgaande niet anders. Immers, in de huidige redactie van artikel 12 vindt openbaarmaking ook plaats als het stelselmatige karakter van de overtreding wordt betwist en (dus) nog niet vaststaat. Juist omdat de kwalificatie van de overtreding als stelselmatig leidt tot strafverzwaring in de vorm van openbaarmaking van de beschikking waarbij dat wordt vastgesteld, dient de discussie over die kwalificatie plaats te vinden vóórdat tot openbaarmaking wordt overgegaan.

Het op voorhand aan de publieke schandpaal nagelen van de beschuldigde is dan ook in strijd met de – ook in het bestraffende bestuursrecht van toepassing zijnde – onschuldpresumptie.

#### *Bevoegdheid tot openbaarmaking*

Daarmee is overigens niet gezegd dat openbaarmaking van een boetebeschikking in geen enkel geval ontoelaatbaar zou moeten worden geacht. Zo kan in het advocatentuchtrecht de tuchtrechter, “indien enig door artikel 46 van de Advocatenwet beschermd belang dat vordert, (...) bij de beslissing houdende oplegging van een maatregel (...) besluiten tot openbaarmaking van de opgelegde maatregel, al dan niet met de gronden waarop zij berust, op de door hem te bepalen wijze” (artikel 48 lid 5 van de Advocatenwet). Tot een dergelijke openbaarmaking kan echter pas worden overgegaan als de opgelegde maatregelen in kracht van gewijsde zijn gegaan (artikel 48 lid 6).

Indien de regering meent dat openbaarmaking van boetebeschikkingen niet als instrument kan worden gemist, dan adviseert de commissie de Autoriteit niet te verplichten tot openbaarmaking, maar daartoe de *bevoegdheid* te verlenen en – gelet op de onomkeerbare gevolgen daarvan – de voorwaarden waaronder van die bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt, eenduidig in de wet te omschrijven.

Van die voorwaarden dient deel uit te maken dat een besluit tot openbaarmaking niet eerder ten uitvoer kan worden gelegd dan nadat de boetebeschikking in rechte onaantastbaar is geworden dan wel de onafhankelijke rechter zich erover heeft uitgesproken.

Daarnaast meent de commissie dat de Autoriteit bij het uitoefenen van haar bevoegdheid tot openbaarmaking niet enkel acht hoeft te slaan op de onderdelen c en d, van het eerste lid van artikel 10 van de Wob. Ook andere belangen – denk aan alle overige belangen zoals opgenomen in artikel 10 van de Wob, zoals de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 lid 2 onder e) of het voorkomen van onevenredige benadeling (artikel 10 lid onder g) – dienen een rol te kunnen spelen bij het al dan niet openbaar maken van een boetebeschikking. In het verlengde daarvan gaat artikel 12 lid 1, nu uit van het integraal openbaar maken van de beschikking, terwijl een beoordeling per zelfstandig onderdeel van het document – in het licht van de voornoemde belangen – in de rede ligt. Het voorgaande lijkt de regering ook wel op het oog te hebben door in het zesde lid een AMvB in het vooruitzicht te stellen waarbij regels worden gesteld over de openbaar te maken gegevens. Het komt de rechtszekerheid echter ten goede als bij wet duidelijk wordt gemaakt welke onderdelen openbaar worden gemaakt. Wellicht kan de regering inspiratie putten uit het voorgestelde artikel 3.3a van de Wet open overheid (*Kamerstukken I 2020/21, 35 112, A, p. 6-7*).

#### **Grondrechten**

In hoofdstuk 5 van de memorie van toelichting wordt ingegaan op de gevolgen van het wetsvoorstel voor de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van ondernemerschap.

De commissie mist echter een beschouwing over de gevolgen van het wetsvoorstel (en dan met name van de verplichting tot openbaarmaking van boetebeschikkingen) voor het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de verschillende betrokkenen, variërend van de slachtoffers van het misbruik tot en met de bij de aanbieders van de hosting- en telecommunicatiediensten werkzame personen en, als de aanbieder een natuurlijk persoon is, de aanbieder zelf.

Dat is relevant, omdat de Autoriteit onderhevig wordt aan de Wet openbaarheid van bestuur en, indien dat initiatiefwetsvoorstel tot wet wordt verheven, diens opvolger de Wet open overheid. Het gevolg daarvan is dat *alle* informatie die bij de Autoriteit berust, onderwerp kan worden van verzoeken om informatie. Gegeven de bijzondere aard van die informatie is specifieke aandacht voor dit aspect beslist noodzakelijk. Dit te meer nu de genoemde Wet open overheid in artikel 3.3 allerlei categorieën van documenten aanwijst die actief openbaar gemaakt moeten worden.

#### *Rechtsbescherming*

Tot slot mist de commissie in de memorie van toelichting aandacht voor de gevolgen van het wetsvoorstel voor de rechtspraak, bijvoorbeeld met betrekking tot het aantal procedures waartoe de te geven aanwijzingen en lasten onder dwangsom aanleiding zullen geven en de wijze waarop de rechtspraak de te verwachten voorlopige-voorzieningsprocedure bij een aangekondigde openbaarmaking van een boetebeschikking zal moeten inrichten.