

De Minister van Justitie en Veiligheid
Mevrouw D. Yeşilgöz-Zegerius
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
16 mei 2022

Contactpersoon

Onderwerp
Uitbreiding strafbaarheid spionage

Geachte mevrouw Yeşilgöz,

De Wetenschappelijke Commissie (WeCo) van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) heeft 28 februari van dit jaar het verzoek ontvangen te adviseren over het wetsvoorstel inzake de uitbreiding van de strafbaarheid van spionage. De WeCo heeft het wetsvoorstel uitgebreid bestudeerd en merkt daarover het volgende op.

Met het wetsvoorstel wordt een nieuwe bepaling in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafrecht BES geïntroduceerd, waarin strafbaar wordt gesteld het verrichten van handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid, wetende dat daarvan gevaar is te duchten voor een of meerdere belangen van de Nederland, zoals de nationale veiligheid, economische belangen en sociaal-politieke belangen. Daarnaast voegt het aan enkele bepalingen (artt. 138ab, 138c en 138b na vernummering) een nieuw lid toe, inhoudende dat, als het feit is gepleegd ten behoeve van een buitenlandse mogendheid, de op het feit gestelde gevangenisstraf met een derde wordt verhoogd.

Het wetsvoorstel vloeit voort uit het Coalitieakkoord 2021-2025 *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst* (p. 38) en is toegezegd bij brief van 10 december 2020 (Kamerstukken II 2020/21, 30977, nr. 157). Daarnaast bouwt het onder meer voort op de versterking van de strafrechtelijke aanpak in het bredere Nederlandse beleid zoals uiteengezet in de Kamerbrief over het tegengaan van statelijke dreigingen (Kamerstukken II 2018/19, 30821, nr. 72), het Dreigingsbeeld statelijke actoren (DBSA) van de AIVD, MIVD en NCTV, de beleidsreactie op het DBSA en de voortgang van de aanpak statelijke dreigingen (Kamerstukken II 2020/21, 30821 nr. 125) en de bevindingen zoals die naar voren zijn gekomen in het Cybersecuritybeeld Nederland 2020 (CSBN 2020). Daarmee is de noodzaak gegeven om te komen tot een samenstel van effectieve strafbaarstellingen van gedragingen die neerkomen op (voor fundamentele belangen) schadelijke interventies van statelijke actoren in de Nederlandse democratische rechtsstaat en samenleving als geheel.

Dat neemt niet weg dat het wetsvoorstel, mede in het licht van het kader waarbinnen een en ander moet worden geplaatst, vragen oproept.

In de toelichting op het wetsvoorstel wordt uiteen gezet dat het wetsvoorstel ziet op de zelfstandige strafbaarstelling van 'spionage' én op 'spionageactiviteiten', die dat thans nog niet zijn. Vanwege de beoogde plaats in het Wetboek van Strafrecht, namelijk direct aansluitend op de bepalingen die zien op het schenden, openbaar maken/doorgeven of bemachtigen van staatsgeheimen, wordt ook tot uitdrukking gebracht dat de nieuwe strafbaarstelling bij de bepalingen moet worden geschaard die zien op de klassieke – huidige – strafbaarstelling van spionage. Spionage wordt over het algemeen en van oudsher gedefinieerd als het heimelijk en/of onrechtmatig verkrijgen van (afgeschermd, gevoelige of vertrouwelijke) informatie of objecten waarvan staatsgeheime informatie kan worden ontleend, door of in opdracht van een buitenlandse staat of regering¹, ook wel omschreven als 'een statelijke actor', bijvoorbeeld voor militaire, politieke of economische doeleinden. Het wetsvoorstel gaat echter verder. Het wetsvoorstel wijkt daar op drie belangrijke punten vanaf en roept om die reden de vraag op of de plaats in het wetboek een gelukkige/passende is.

In de eerste plaats betreft het wetsvoorstel gevallen waarbij geen sprake is van opzettelijke schending van staats-/ambts- of bedrijfsgeheimen; dergelijke gedragingen blijven aan te pakken met de bestaande strafbepalingen. De nieuwe strafbaarstelling ziet op een ruimer toepassingsgebied dan nu het geval is. Het gaat (onder voorwaarden) om inlichtingen, een voorwerp of het verstrekken van gegevens in bredere zin dan als staatsgeheim gerubriceerde informatie. In de tweede plaats is in het wetsvoorstel (in het nieuwe artikel 98d en 104d eerste lid, sub 1) opgenomen dat het gaat om 'handelingen verricht ten behoeve van een buitenlandse mogendheid', dus om *gedragingen* (anders dus dan het vergaren, openbaar maken of verspreiden van informatie). De voorgestelde bepaling strekt zich op die manier ook uit over ook andere (ongerubriceerde)² informatie die voor staten als voorkennis kan dienen om bijvoorbeeld in te kunnen spelen op maatschappelijke ontwikkelingen, om kwetsbaarheden in Nederlandse systemen of processen te identificeren, om besluitvorming te beïnvloeden of om economisch voordeel te behalen en de concurrentiepositiepositie te versterken. Het kan ook gaan over andere handelingen en gedragingen dan het verzamelen van informatie of objecten, bijvoorbeeld sabotage, beïnvloeding en het volgen van personen. In de derde plaats wordt ook de reikwijdte van het begrip 'veiligheid van de staat' in verregaande vorm uitgebreid. Op dit moment ziet Titel VII op 'Misdriven tegen de veiligheid van de Staat'. De materiële norm van de betreffende titel richt zich op het niet in gevaar brengen van de Nederlandse staat, zich meer bepaald uitstrekkende tot bescherming van het staatshoofd, de grondwettige regeringsvorm, de orde van troonopvolging, de onafhankelijkheid, eenheid en soevereiniteit van de staat, de staatsgeheimen, de onderhandelingspositie van de staat in zijn contacten met buitenlandse mogendheden, de kracht en veiligheid van de staat en zijn bondgenoten in tijd/geval van oorlog. De voorgestelde bepaling ziet daarbuiten bovendien op de vitale infrastructuur, integriteit en exclusiviteit van hoogwaardige technologieën, of de veiligheid van één of meer personen. De belangen die de voorgestelde bepaling beoogt te beschermen zijn naast de veiligheid van de staat, kennelijk bijvoorbeeld ook de economische, sociaal-politieke of kennisveiligheid. De beschrijving van de te beschermen belangen – 'veiligheid van de staat, van zijn bondgenoten of van een volkenrechtelijke organisatie' – is een belang dat ook de zes nationale veiligheidsbelangen omvat uit de Nationale veiligheidsstrategie 2019³. De voorgestelde

¹ Zie onder andere het Inlichtingenwoordenboek van de AIVD, te raadplegen via: <https://www.aivd.nl/onderwerpen/over-de-aivd/inlichtingenwoordenboek>.

² Doelt op: niet als (staats-/ambts-/beroeps)geheim bestempeld

³ Nader omschreven op p. 7 en 8 in de toelichting: territoriale veiligheid, fysieke veiligheid, economische veiligheid, ecologische veiligheid, sociale en politieke stabiliteit en het functioneren van de internationale rechtsorde.

bepaling rekt daarmee de opvatting van wat moet worden verstaan onder de veiligheid van de staat, en daarmee ook de materiële norm van de betreffende titel, fors op. Zo doet zich bij de te beschermen economische belangen al het afgrenzingsprobleem voor, waar acceptabele concurrentie eindigt en strafbare spionage begint. Verduidelijking is hier volgens de WeCo op zijn plaats.

De voorgestelde uitbreidingen resulteren in een modernere draagwijdte van het misdrijf spionage, maar vragen ook om duidelijke plaats in het Wetboek van Strafrecht en herdefinieerde begrenzings. Doordat de voorgestelde wet aldus een veelheid aan handelingen en gedragingen bestrijkt die onder de noemer spionage worden gebracht, en een heel palet aan belangen die onder de veiligheid van de staat komen te vallen, ontstaan tamelijk vage begrippen met een zeer ruime reikwijdte. Al met al betekent dat een vrij verre afdwaling van de klassieke duiding van spionage en de veiligheid van de staat. Daardoor dreigen enerzijds zelfs bepaalde gedragingen binnen de werking van het strafrecht te worden getrokken die gemeengoed zijn en kan het anderzijds in de praktijk tot onduidelijkheid en discussie leiden, en daarmee een minder effectief instrument blijken te zijn. Anders gezegd: een brede en nogal vage definiëring van bepaalde begrippen verhoudt zich slecht met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel. Bovendien kan, zoals gezegd, het gebruik van dergelijke begrippen voer tot veel discussie zijn en daarmee voor extra werklast voor zowel Openbaar Ministerie als zittende magistratuur zorgen.

De WeCo merkt ook op dat de in de toelichting genoemde gedragingen aan meer strafbepalingen raken dan alleen de geheimhoudingsbepalingen. Vormen van zowel ambtelijke en niet-ambtelijke, passieve en actieve omkoping (corruptie) en inbreuken op de computerveiligheid zijn al strafbaar; sabotage van de essentiële functies kent in Titel VII van het Wetboek van Strafrecht⁴ een (zeer) uitgebreide regeling. Niet duidelijk is wat de toegevoegde waarde is van de voorgestelde bepaling ten opzichte van de huidige, al bestaande bepalingen, binnen de context van (het tegengaan van) spionage en de schadelijke effecten daarvan. De WeCo vraagt de minister hier nader op in te gaan.

Het wetsvoorstel kent drie duidelijke begrenzings. Het moet gaan om het verrichten van handelingen en/of verstrekken van informatie waardoor/waarbij gevaar valt te duchten voor de in de wet genoemde zwaarwegende belangen, de verdachte moet met opzet⁵ hebben gehandeld en de gedragingen moeten zijn gepleegd ten behoeve van een buitenlandse mogendheid. Voor wat betreft het opzetvereiste komt het de WeCo voor dat hiermee de bewijsdrempel in de praktijk te hoog wordt gelegd en aldus in de praktijk onbewijsbaar wordt. De WeCo doet om die reden de suggestie om 'wetende dat' te vervangen door 'terwijl/indien'.⁶

Ten tweede wordt in de memorie van toelichting niet duidelijk omschreven wat onder 'buitenlandse mogendheid' moet worden verstaan. Weliswaar wordt regelmatig het begrip 'statelijke actor' gebezigd, zodat vermoedelijk met een buitenlandse mogendheid een statelijke actor wordt bedoeld, maar de vraag rijst of daarin nog onderscheid moet worden gemaakt, bijvoorbeeld waar het gaat om bondgenoten of bevriende staten. Vanuit het perspectief van de te beschermen belangen rijst evenwel de vraag of de beperking tot een buitenlandse mogendheid voldoende tegemoet komt aan de dreigingen waartegen het

⁴ Het opschrift van titel VII Sr. luidt 'misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar wordt gebracht'. Zie in dit verband ook de nadere uitwerking op p. 8 van de toelichting van de 'vitale infrastructuur'.

⁵ Ook voorwaardelijk opzet is mogelijk, zie p. 6 toelichting.

⁶ De WeCo verwijst op dit punt graag naar het advies van het College van Procureurs-Generaal van 3 mei jl. en sluit zich hierbij aan.

wetsvoorstel een remedie beoogt te bieden, namelijk om op te kunnen treden tegen spionage of spionageactiviteiten van buitenlandse (politiek-georganiseerde) niet-statelijke actoren, die niet direct (maar mogelijk wel indirect) verbonden zijn met een staat, maar die doelen nastreven die vitale staatsbelangen op een oneigenlijke en onwenselijke (schadelijke) wijze beïnvloeden. Te denken valt aan sub-statenactoren, zoals staatsgebonden organisaties (bijvoorbeeld de automobielandustrie), maar ook intergouvernementele organisaties, transnationale actoren als NGO's, gewelddadige politieke groeperingen of transnationaal georganiseerde misdadgroeperingen voor economische en politieke verworvenheden, die al dan niet spioneren via de aan henzelf gelieerde diasporagemeenschap. In de memorie van toelichting wordt immers gewezen op het optreden van een buitenlandse mogendheid naar burgers die – in elk geval door die buitenlandse mogendheid – gezien worden als deel van die buitenlandse gemeenschap, waarbij op een veelheid aan manieren getracht wordt de belangen van die buitenlandse mogendheid te bevorderen ten koste van de Nederlandse belangen. Deze spionage kan ook plaatsvinden door niet-statelijke actoren. Door het fenomeen van spionage en spionageactiviteiten beperkt strafbaar te stellen, namelijk voor zover het door of namens een buitenlandse mogendheid is, zal mogelijk in de praktijk een onvoldoende effectief instrument worden geschapen om spionage via andersoortige constructies (niet statelijke dekmantels of facilitators) effectief aan te pakken. In dat geval bestaat immers de mogelijkheid dat er indirecte spionageconstructies worden opgetuigd om strafbaarheid te ontduiken en uit handen van opsporings- en vervolgingsinstanties te blijven. Daarbij moet men bovendien rekening te houden met de immuniteit van buitenlandse diplomatieke ambtenaren en buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van Buitenlandse Zaken tijdens de periode waarin zij hun functie uitoefenen. In zoverre zijn zij naar internationaal recht tegen rechtsvervolgning beschermd. De WeCo vraagt zich af hoe effectief de bepaling is om het fenomeen te bestrijden waarvoor ze is bedoeld en adviseert de minister dit verder te verduidelijken.

Bij de beschrijving van de nieuwe bepaling wordt onder andere genoemd dat openbaarmaking of verspreiding van informatie onder de nieuwe strafbepaling kan vallen, mits is voldaan aan de andere vereisten. De WeCo adviseert de minister dit aspect te verduidelijken; meer dan nu zou uit het wetsvoorstel en de daarbij horende toelichting moeten blijken in welke mate wezenlijke grondrechten als de vrijheid van meningsuiting kunnen worden geraakt.

Op pagina 11 en 12 maakt de toelichting zich er in de ogen van de WeCo te makkelijk vanaf. De enkele opmerking dat journalisten en wetenschappers zich in beginsel geen zorgen hoeven te maken, is te mager. Dat geldt ook voor het (gebruikelijke) optreden van diplomaten en consulaire vertegenwoordigers in Nederland. De toelichting zou duidelijker moeten normeren welke gedragingen ook na invoering buiten de werking van het strafrecht (blijven) vallen, ook al staan deze middellijk of onmiddellijk (ook) in verband met een buitenlandse mogendheid. De WeCo adviseert de minister hier nader aandacht aan te schenken.

Ten slotte rijst de vraag waarom niet is gekozen voor de strafbedreiging van 8 jaar, nu een dergelijke strafbedreiging is vereist voor de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden, zoals de inzet van OVC (opnemen vertrouwelijke communicatie) in de woning of bepaalde hackbevoegdheden. Tegelijkertijd valt op dat art. 551 van het Wetboek van Strafvordering niet van toepassing wordt geacht op het wetsvoorstel, althans deze bepaling wordt niet genoemd. Wellicht is deze bepaling over het hoofd gezien. De WeCo ziet graag op dit punt een nadere toelichting.

Wetstechnische opmerkingen en uitvoering

Het ontwerp kent een verruiming van de strafbaarheid van het ‘een ander bewegen tot’ spionageactiviteiten. Het is een welbewuste verruiming van het toepassingsbereik van wat normaal valt onder het begrip uitlokking. In de voorgestelde bepaling (art. 98d lid 2 Sr.) hoeft echter geen sprake te zijn van toepassing van een van de uitlokkingsmiddelen van art. 47 Sr.. Dit stuit bij de WeCo niet op bezwaren.

Hoofdstuk 5 beschrijft de aspecten ‘Opsporing en vervolging’. Het zal volgens de toelichting jaarlijks gaan om een beperkt aantal zaken. Zaken die wel bijzondere kennis vragen van de thema’s in dit wetsontwerp. Om die reden lijkt concentratie bij één gerecht (in eerste aanleg)⁷ voor de hand te liggen, waarbij de WeCo denkt aan de rechtbank Rotterdam. Het zal in deze zaken immers niet zelden gaan om dossiers waarin ook AIVD-rapporten aan de orde zijn, met de bijbehorende bijzondere toetsingsprocedures. De rechtbank Rotterdam is bekend met deze procedures, omdat deze rechtbank immers ook alle terrorismezaken in eerste aanleg behandelt.

sie van de NVvR,

voorzitter

⁷ En bij gevolg dus ook één hof.