

Onderwerp

Consultatiereactie wetsvoorstel
uitbreiding strafbaarheid
spionage

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Directeur Wetgeving en Juridische Zaken
t.a.v.
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

VERZONDEN 21 APR. 2022

Organisatieonderdeel
Korpsstaf

Geachte

Behandeld door
Juridische zaken

Functie
Juridisch adviseur

Telefoon

E-mail

Ons kenmerk

Uw kenmerk

In afschrift aan

Datum
14 april 2022

Bijlage(n)
0

Pagina
1 van 5

Op 28 februari j.l. ontving ik uw consultatieverzoek inzake het concept-wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht (Sv) en het Wetboek van Strafrecht BES (Sv BES) in verband met de uitbreiding van de strafbaarheid voor spionage. Het concept-wetsvoorstel omvat enkele aanvullende bepalingen voor het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafrecht BES en beoogt een uitbreiding van de strafbaarheid voor spionage. Bij dezen ontvangt u mijn schriftelijke reactie.

1.1 Wetenschap van het gevaar

De voorgestelde artikelen 98d Sv en 104d Sv BES beogen zwaarwegende belangen te beschermen tegen gevaar dat uitgaat van – samengevat – spionage. Hierbij is ervoor gekozen deze artikelen vorm te geven als gevaarzettingsdelict, hetgeen volgt uit de zinssnede uit het eerste lid: "gevaar te duchten voor...". Hierdoor ontstaat strafbaarheid niet pas bij de daadwerkelijke krenking van de genoemde belangen, maar bij het doen ontstaan van "te duchten gevaar" voor deze belangen.

Ik onderschrijf de keuze om het artikel vorm te geven als gevaarzettingsdelict. Een voordeel dat hier van uit kan gaan is dat binnen opsporingsonderzoeken moeilijke keuzes tussen het vroegtijdig "stuk maken" van een spionage-operatie enerzijds en een succesvolle vervolging anderzijds voorkomen kunnen worden. Er hoeft dan immers niet gewacht te worden totdat het gevreesde gevaar zich verwezenlijkt heeft voordat er sprake is van een strafbaar feit.

Het komt mij echter voor dat de formulering van de voorgestelde artikelen 98d Sv en 104d Sv BES een tot nu toe unieke formulering is voor dit type gevaarzettingsdelicten. Dit roept enige vragen op over hoe bepaalde bestanddelen nu geduid en van elkaar onderscheiden dienen te worden.

De voorgestelde artikelen 98d Sv en 104d Sv BES omvatten in het eerste lid de zinssnede "wetende dat daarvan gevaar is te duchten voor...". Het bestanddeel "wetende dat" is ingevoegd om te voorkomen dat personen die zonder kwade bedoelingen ogenschijnlijk onschuldige handelingen verrichten, zoals het bezorgen van een pakketje of het delen van niet-vertrouwelijke informatie, onder de strafbaarstelling van het artikel vallen. Het risico op onbedoelde strafbaarstelling zou voortkomen uit zeer ruime formulering van de gedraging "handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid", waar in potentie veel soorten handelingen onder vallen. Het lijkt echter de vraag of het noodzakelijk is om het bestanddeel "wetende dat" toe te voegen aan de concept-artikelen om dit gevaar uit te sluiten. Ik licht dit hieronder toe.

Onderwerp
Consultatiereactie wetsvoorstel
uitbreiding strafbaarheid
spionage

Datum
14 april 2022

Pagina
2 van 5

1.2 Nieuwe mengvorm gevaarzettingsdelicten

De Hoge Raad heeft in verscheidene arresten omtrent gevaarzettingsdelicten waarbij “te duchten gevaar” bestanddeel van het strafbare feit is, invulling gegeven aan de vraag wanneer het gevaar op het intreden van een specifiek gevolg “te duchten” is. Het uitgangspunt van de Hoge Raad is dat gevaar “te duchten” is wanneer het naar algemene ervaringsregels voorzienbaar is.¹ Zo was het naar algemene ervaringsregels voorzienbaar dat er gevaar ontstond voor de veiligheid van een luchtvaartuig toen een verdachte het cabinepersoneel mishandelde en tegen de ramen schopte,² en was het gevaar voor de veiligheid van het verkeer voorzienbaar toen actievoerders in Friesland een snelweg blokkeerden.³

Het “te duchten gevaar” is bij gevaarzettingsdelicten een van het opzet losgekoppeld gevolg dat de verdachte ten tijde van het plegen van de gedraging had kunnen en moeten voorzien. Wanneer gevaar niet te voorzien is, bijvoorbeeld omdat een persoon ‘alleen een pakketje bezorgde’ of ‘niet-vertrouwelijke informatie doorgaf’, dan was het gevaar niet voorzienbaar en dus niet ‘te duchten’, ongeacht de gevolgen van deze handelingen.

Of gevaar te duchten is geweest, wordt bij gevaarzettingsdelicten waarbij dit een bestanddeel van het artikel is ten tijde van de rechtszitting ex ante beoordeeld door de rechter aan de hand van objectieve factoren. De politie heeft eerder in het voorbereidingstraject van dit wetsvoorstel voorgesteld om in de toelichting te vermelden dat het hanteren van codenamen, versleuteld communiceren en dergelijke op heimelijkheid gerichte werkwijzen zulke objectieve factoren kunnen zijn.

Samengevat lijkt de strafbaarheids-beperkende functie van het bestanddeel “wetende dat” zoals opgenomen in de voorgestelde artikelen dus reeds besloten te liggen in het bestanddeel “te duchten gevaar”. Het toch opnemen van het bestanddeel “wetende dat” in de tekst van de voorgestelde artikelen heeft daarnaast mogelijk een negatief gevolg. “Wetende dat” betreft een subjectief bestanddeel: het is afhankelijk van de kennis en geestesgesteldheid van de verdachte ten tijde van het plegen van het ten laste gelegde feit. Hierdoor is het niet langer voldoende dat het gevaar naar algemene ervaringsregels voorzienbaar was en dat de verdachte het had moeten en kunnen voorzien; deze wetenschap zal wettig en overtuigend bewezen moeten worden. Bij het eerder aangehaalde voorbeeld van de mishandeling van cabinepersoneel in een vliegtuig zou het opsporingsonderzoek aanzienlijk moeilijker zijn geweest indien uit het onderzoek had moeten blijken dat de verdachte tijdens het plegen van het strafbare feit expliciete kennis en bewustzijn had van het bestaan van het gevaar (dat al naar algemene ervaringsregels voorzienbaar was).

Ditzelfde geldt ook voor de spionageactiviteiten die beoogd worden strafbaar te stellen middels de voorgestelde artikelen. Opvallend is dat in de concept-Memorie van Toelichting op pagina zeven wordt toegelicht dat de wetenschap van de verdachte van het gevaar mede vastgesteld kan worden aan de hand van objectieve omstandigheidsfactoren zoals het hanteren van codenamen en het versleuteld communiceren. Dit zijn dezelfde factoren die door de politie voorgedragen zijn als mogelijke factoren ter vaststelling van de vraag of er een te duchten gevaar uit gaat van de handelingen van de verdachte.

De voorgestelde artikelen lijken, samengevat, een nieuwe mengvorm van gevaarzettingsdelicten te omvatten door het normaliter objectief te toetsen te duchten gevaar subjectief te maken. In de concept-Memorie van Toelichting wordt niet toegelicht in welk opzicht het objectief vaststellen van het te duchten gevaar afwijkt van het

¹ Hoge Raad 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG1653

² Hoge Raad 22 september 2015 ECLI:NL:HR:2015:2752

³ Hoge Raad 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2020

Onderwerp
 Consultatiereactie wetsvoorstel
 uitbreiding strafbaarheid
 spionage

Datum
 14 april 2022

Pagina
 3 van 5

aantonen van de subjectieve wetenschap van dit gevaar; in plaats daarvan wordt voorgesteld dezelfde factoren die ten grondslag zouden kunnen liggen aan het objectief toetsen van het gevaar ten grondslag te leggen aan het aantonen van de wetenschap hiervan. Dit alles roept vragen op over wat een onderzoeksdossier van de politie nu dient te omvatten om een afdoende antwoord te kunnen geven op de vraag of de verdachte het ten laste gelegde strafbare feit begaan heeft. Het lijkt immers waarschijnlijk dat:

1. de mate waarin de verdachte wetenschap heeft van het mogelijke gevaar voor de genoemde belangen, en;
2. de mate waarin het gevaar voor de genoemde belangen te duchten is

nagenoeg overlappen. Hoe overtuigender het bewijs dat de verdachte wetenschap had van het gevaar, hoe evidentier dit gevaar te duchten was – en andersom.

1.3 Tussenconclusie

Het komt mij voor dat de voorgestelde artikelen zonder het bestanddeel “wetende dat” in materieel opzicht onveranderd zouden zijn. De vraag of het gevaar voor de genoemde belangen “te duchten” was, zal immers blijken uit dezelfde objectieve omstandigheden die volgens de concept-Memorie van Toelichting ten grondslag liggen aan het bewijzen van de subjectieve wetenschap van de verdachte van dit gevaar.

Indien u er voor kiest om het bestanddeel “wetende dat” te behouden, dan adviseer ik u om in de Memorie van Toelichting nader toe te lichten in welke gevallen gevaar wel “te duchten” kan zijn, zonder dat het voldoende aannemelijk is dat de verdachte hier weet van had. Een nadere definiëring met aandacht voor het verschil tussen deze begrippen zou de opsporing behulpzaam zijn bij het formuleren van voldoende concrete onderzoeksvragen.

2.1 Opsporingsbevoegdheden

Het wetsvoorstel richt zich op spionageactiviteiten door of ten behoeve van een buitenlandse mogendheid – in de regel dus statelijke actoren. Van statelijke actoren mag aangenomen worden dat deze opereren met een hoge graad van organisatie en kunde. De politie verwacht daarom dat de betreffende opsporingsonderzoeken dikwijls complex zullen zijn en de inzet van ingrijpende opsporingsbevoegdheden vereisen.

In de voorgestelde artikelen 98 Sv en 104d Sv BES is een maximale strafbedreiging opgenomen van zes jaar gevangenisstraf. Het gevolg hiervan is dat enkele opsporingsbevoegdheden, die als inzetcriterium een minimale maximale strafbedreiging van acht jaar kennen, niet ingezet kunnen worden bij opsporingsonderzoeken naar dit strafbare feit. Deze bevoegdheden betreffen het opnemen van vertrouwelijke communicatie in een woning (artikel 126l lid 2 Sv) en de bevoegdheid om gegevens die op een geautomatiseerd systeem zijn opgeslagen vast te leggen of ontoegankelijk te maken (artikel 126nba lid 1, sub d en e Sv).

2.2 Opnemen vertrouwelijke communicatie in de woning

Nu middels de voorgestelde artikelen 98 Sv en 104d Sv BES het verrichten van handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid strafbaar wordt gesteld (mits daar een te duchten gevaar van uitgaat voor de in het artikel genoemde belangen) lijkt de verwachting dat tussen de verdachte en deze buitenlandse mogendheid contacten plaatsvinden gerechtvaardigd.

Nu het opnemen van vertrouwelijke communicatie in de woning niet tot de beschikbare opsporingsbevoegdheden behoort in de huidige versie van het conceptwetsvoorstel, zal het mogelijk zijn voor verdachten/ buitenlandse mogendheden om aldaar informatie en gegevens uit te wisselen buiten het zicht van het opsporingsonderzoek. Hiertoe is het voor verdachten voldoende om een voertuig met een slaapcabine te regelen of een

Onderwerp
Consultatiereactie wetsvoorstel
uitbreiding strafbaarheid
spionage

Datum
14 april 2022

Pagina
4 van 5

hotelkamer te boeken, daar deze ook kwalificeren als woning (mits deze naar zijn uiterlijke verschijningsvorm bewoond is). Door de verwachte hoge graad van organisatie van statelijke actoren meent de politie dat het risico dat verdachten daadwerkelijke kennis hebben en gebruik maken van dergelijke beperkingen vrij groot is.

Het niet kunnen opnemen van vertrouwelijke communicatie in een woning bij onderzoeken naar deze vormen van spionage zal opsporingsonderzoeken, gezien de aard van deze strafbare feiten, mogelijk complexer en minder efficiënt maken.

2.3 Hackbevoegdheid

In de concept-Memorie van Toelichting staat in paragraaf 1 vermeld dat maatschappelijke ontwikkelingen, waaronder globalisering en digitalisering, hebben geleid tot een verandering in de wijze waarop spionage plaatsvindt. De digitalisering van de samenleving heeft tot gevolg, zo staat in de Memorie van Toelichting, dat spionage in toenemende mate met behulp van technische en digitale middelen wordt verricht.

De strafmaat zoals besloten in de voorgestelde artikelen 98 Sv en 104d Sv BES is echter zodanig dat de politie niet het gehele instrumentarium van digitale opsporingsbevoegdheden tot zijn beschikking zou hebben. De bevoegdheden om een geautomatiseerd werk binnen te dringen en de gegevens daarin vast te leggen en/of ontoegankelijk te maken, zoals besloten in artikel 126nba lid 1, sub d en e Sv, kunnen immers slechts ingezet worden bij onderzoeken naar strafbare feiten die een minimale maximale gevangenisstraf van 8 jaar of meer kennen.

Hierdoor kan de situatie ontstaan dat gegevens op een geautomatiseerd werk, verzameld door een verdachte ten behoeve van een buitenlandse mogendheid, waarbij gevaar te duchten is indien de verdachte deze ter beschikking stelt aan een buitenlandse mogendheid, niet gevonden en ontoegankelijk gemaakt kunnen worden door de politie zo lang het geautomatiseerde werk zelf niet fysiek gevonden is.

Door de verwachte hoge graad van organisatie van statelijke actoren lijkt het risico dat verdachten daadwerkelijke kennis hebben en gebruik maken van dergelijke beperkingen vrij groot. Voor deze specifieke bevoegdheden zou dit echter opgelost kunnen worden door artikel 98d Sr toe te voegen aan de feiten die in artikel 2 van het Besluit Onderzoek in een geautomatiseerd werk (Bogw) worden benoemd.

2.4 Tussenconclusie

De bevoegdheden tot het op afstand binnendringen in een geautomatiseerd werk om gegevens vast te leggen en/of ontoegankelijk te maken zouden bij de in dit wetsvoorstel voorgestelde strafmaat niet beschikbaar zijn. Met het oog op de verwachte professionaliteit van statelijke actoren die betrokken zijn bij spionageactiviteiten, en de in de concept-Memorie van Toelichting benoemde toenemende digitale aard van spionage, lijken deze opsporingsbevoegdheden evenwel zeer relevant.

3.1 Advies

Ik onderschrijf de keuze om de voorgestelde artikelen 98 Sv en 104d Sv BES vorm te geven als gevaarzettingsdelict. Ik adviseer u daarbij wel de precieze formulering van deze artikelen te heroverwegen met daarbij indachtig mijn overwegingen en vragen in de paragrafen 1.1 t/m 1.3.

Onderwerp

Consultatiereactie wetsvoorstel
uitbreiding strafbaarheid
spionage

Daarnaast adviseer ik u om nog expliciet aandacht te besteden aan de vraag welke opsporingsbevoegdheden opsporingsinstanties nodig zouden hebben om de gevraagde opsporingsonderzoeken succesvol en efficiënt te kunnen verrichten, met daarbij aandacht voor de overwegingen in paragraaf 2.1 t/m 2.4 van dit advies.

Datum

14 april 2022

Hoogachtend,

Pagina

5 van 5

De korszef van politie. namens.deze



20220425.265.0007

POLITIE

Postbus 264, 2501 CG Den Haag



FMHaaglanden
22 APR. 2022
Ontvangen

Gezien scankamer
JenV
25 APR. 2022