

## Memorie van toelichting

ALGEMEEN DEEL.....	1
1. Inleiding .....	1
2. Aanleiding en inhoud .....	2
2.1 Aanleiding .....	2
2.2 Hoofdpijnen van het voorstel .....	3
2.3. Verhouding tot het strafrecht .....	4
3. Maatregelen en sancties.....	5
3.1 Zorgplicht.....	5
3.2 Aanwijzing.....	6
3.3 Last onder dwangsom .....	9
3.4 Bestuurlijke boete .....	10
3.5 Openbaarmaking bestuurlijke boete.....	10
4. Autoriteit aanpak online kinderpornografisch materiaal .....	11
4.1 Een nieuw zelfstandig bestuursorgaan.....	11
4.2 Vormgeving .....	12
4.3 Taken en positionering .....	13
5. Grondrechten .....	15
5.1 Vrijheid van meningsuiting .....	15
5.2 Vrijheid van ondernemerschap .....	17
5.3 Verwerking van persoonsgegevens .....	18
6. Verhouding tot andere regelgeving .....	19
6.1 Richtlijn inzake elektronische handel.....	19
6.2 Verordening netneutraliteit .....	20
6.3 Richtlijn kindermisbruik.....	20
7. Financiële gevolgen, MKB-toets en regeldruk .....	20
7.1 Financiële gevolgen .....	20
7.2 MKB toets.....	21
7.3 Regeldruk.....	21
8. Uitgebrachte adviezen .....	23
ARTIKELSGEWIJS DEEL .....	24

### ALGEMEEN DEEL

#### 1. Inleiding

Seksueel kindermisbruik is één van de meest verwoestende vormen van criminaliteit. Een slachtoffer krijgt opnieuw pijn te verduren als beelden van het misbruik op internet worden geplaatst, gedeeld en later opnieuw opduiken. Daarom moet niet alleen het misbruik zelf worden tegengegaan, maar ook het verspreiden van beelden daarvan.

In Nederland wordt meer kinderpornografisch materiaal via het internet verspreid dan in enig ander Europees land. De groei is verontrustend: sinds 2016 neemt het aantal meldingen over online kinderpornografisch materiaal ieder jaar met bijna de helft toe. Dat blijkt uit het aantal

meldingen van dit type materiaal bij het Meldpunt Kinderporno, dat onderdeel is van het Expertisebureau Online Kindermisbruik (EOKM). In 2019 analyseerde het EOKM 308.430 webpagina's, waarbij in 206.648 gevallen daadwerkelijk kinderpornografisch materiaal werd aangetroffen. Van het totaal aantal bekeken webpagina's werd 76,6% in Nederland gehost.

Zowel de bestaande zelfregulering, waarin verschillende internetbedrijven vrijwillig optreden tegen de verspreiding van online kinderpornografisch materiaal, als de strafrechtelijke aanpak heeft deze verspreiding van online kinderpornografisch materiaal niet tot stilstand gebracht. De snelheid waarmee dit online kinderpornografisch materiaal via het internet wordt verspreid, de groei in het aantal meldingen daarover en de weigering van een aantal tussenpersonen om tegen dit type materiaal op te treden, noopt daarom tot een aanvullend instrumentarium, specifiek toegesneden op de bestrijding van online kinderpornografisch materiaal dat in Nederland wordt opgeslagen of doorgegeven.

Dit wetsvoorstel is erop gericht het internet te schonen van online kinderpornografisch materiaal. Het wordt mogelijk om middels een bestuursrechtelijk instrumentarium op te treden tegen aanbieders van communicatiediensten middels wiens diensten online kinderpornografisch materiaal wordt opgeslagen of doorgegeven, maar nalaten daar (uit eigen beweging) actie tegen te ondernemen. Dit wetsvoorstel maakt het mogelijk om aan deze aanbieders een bindende aanwijzing te geven. De aanwijzing houdt het bevel in om online kinderpornografisch materiaal binnen een korte termijn ontoegankelijk te maken, zodat het niet meer mogelijk is om dit materiaal te benaderen. Naleving van deze verplichting kan worden afgedwongen met een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete. Als een bestuurlijke boete is opgelegd wegens het *stelselmatig* nalaten opvolging te geven aan een aanwijzing, wordt dit openbaar gemaakt. Voorts worden aanbieders van hostingdiensten verplicht passende en evenredige maatregelen te treffen om de opslag en doorgifte van online kinderpornografisch materiaal te beperken. Zoals bij brief van 20 november 2020 is aangekondigd, worden de in dit wetsvoorstel voorgestelde taken en bevoegdheden belegd bij een nieuw op te richten zelfstandig bestuursorgaan: de Autoriteit aanpak online kinderpornografisch materiaal.<sup>1,2</sup> Het voorgestelde instrumentarium strekt niet ter vervanging van de huidige zelfregulering en strafrechtelijke aanpak van kinderpornografisch materiaal, maar is ter aanvulling daarop.

Dit wetsvoorstel dient mede ter uitwerking van enkele toezeggingen aan de Tweede Kamer. Met de brief van 7 februari 2018 is de Tweede Kamer geïnformeerd over verschillende initiatieven gericht op de aanpak van online seksueel kindermisbruik.<sup>3</sup> In deze brief is een onderzoek aangekondigd naar de mogelijkheden om middels het bestuursrecht op te treden tegen aanbieders van communicatiediensten die, al dan niet ongewild, betrokken zijn bij de opslag of doorgifte van online kinderpornografisch materiaal, maar nalaten daar (tijdig) tegen op te treden. In de brieven van 13 december 2018 en 3 juli 2019 zijn de contouren van de beoogde aanpak geschetst.<sup>4</sup> Verder wordt met dit wetsvoorstel uitvoering gegeven aan enkele moties waarin wordt opgeroepen tot een intensievere bestrijding van online kinderpornografisch materiaal en een strengere aanpak van aanbieders die weigeren hieraan medewerking te verlenen, of zich onvoldoende inspannen.<sup>5</sup>

Krachtens artikel 6 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (hierna: de Kaderwet) is de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties medeondertekenaar van dit wetsvoorstel.

## **2. Aanleiding en inhoud**

### **2.1 Aanleiding**

De snelle groei van kinderpornografisch materiaal op internet is verontrustend. Het EOKM geeft in haar jaarverslagen een somber beeld. In 2014 analyseerde het EOKM 28.960 URL's, en vijf jaar later met het eerdergenoemde aantal 308.430 meer dan het tienvoudige daarvan. Deze door het EOKM geconstateerde groei staat niet op zichzelf. Ook bij de politie stijgt het aantal meldingen van online kinderpornografisch materiaal: van ongeveer 3.000 in 2014 naar ruim 25.000 in 2019.

---

<sup>1</sup> Deze naamstelling is voorlopig, gelet op de beoogde samenloop met de TCO-verordening.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2020/21, 31015, nr. 208.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2017/18, 31015, nr. 135.

<sup>4</sup> Respectievelijk Kamerstukken II 2017/18, 31015, nr. 160 en Kamerstukken II 2018/19, 31015, nr. 175.

<sup>5</sup> Zie Kamerstukken II 2017/18, 29270, nrs. 127 en 128. Zie ook Kamerstukken II 2017/18, 31015, nrs. 138.

Vanuit internationaal perspectief speelt Nederland ongewild een grote rol in de verspreiding van online kinderpornografisch materiaal. De internationale koepelorganisatie INHOPE, waar meldpunten van kinderporno zoals het EOKM lid van zijn, plaatst Nederland afgelopen jaren in de top 2 van landen waar kinderpornografisch materiaal op servers wordt opgeslagen. De belangrijkste oorzaak hiervan is het knooppunt dat Nederland vormt voor het gehele Europese internet: Nederland is mede vanwege het gunstige vestigingsklimaat, directe aansluiting op onderzoekabels tussen de continenten en de goede digitale infrastructuur een aantrekkelijk land voor datacentra en hostingproviders. Sinds de jaren negentig staat hier de Amsterdam Internet Exchange, een knooppunt dat internetproviders in Nederland en buitenlandse partijen mondiaal met elkaar verbindt. De Exchange is uitgegroeid tot één van de grootste internetknooppunten ter wereld, waardoor veel van het Europese internet via Nederland loopt. Voor de Nederlandse economie is dit zo belangrijk dat het internetknooppunt ook de derde mainport van Nederland wordt genoemd, na de Rotterdamse haven en luchthaven Schiphol. De combinatie van een uitstekende digitale infrastructuur en de sleutelrol in het wereldwijde internet maakt dat ook ondernemingen die hostingdiensten aanbieden graag in en vanuit Nederland ondernemen. Op grote internationale websites van image hosters worden dagelijks veel afbeeldingen en video's geplaatst, en hoewel dergelijke websites niet zijn bedoeld om kinderpornografisch materiaal te delen, wordt dit type materiaal daar wel geplaatst. Een groot deel van deze websites staat op servers op Nederlands grondgebied. Deze positie schept een verantwoordelijkheid voor de Nederlandse overheid om misbruik van internetvrijheden tegen te gaan.

Met een breed pakket aan maatregelen, waaronder voorliggende wettelijke maatregel, wil het kabinet het internet beter en sneller schonen van kinderpornografisch materiaal.<sup>6</sup> In dit kader mag niet onvermeld blijven dat in Nederland al veel goed gaat bij het verwijderen van dit type materiaal. Dit komt doordat Koepelverenigingen van hostingbedrijven en van digitale infrastructuur, telecombedrijven en internetbedrijven met het ministerie van Economische Zaken in 2008 al cruciale stappen hebben gezet in het verwijderen van ongewenst en illegaal online materiaal. Er is een generieke vrijwillige gedragscode ontworpen, gericht op dienstverleners die in Nederland een openbare telecommunicatiedienst aanbieden. Deze gedragscode bevat een procedure voor het omgaan met meldingen van onrechtmatig of strafbaar materiaal op het internet, waaronder kinderpornografisch materiaal. Na overleg met de minister van Justitie en Veiligheid hebben bovengenoemde partijen op 13 november 2018 voor de aanpak van kinderpornografisch materiaal een addendum aan deze gedragscode toegevoegd, gericht op het verwijderen van kinderpornografisch materiaal. Hierin is de rol van het EOKM als betrouwbare melder versterkt, en wordt ingezet op het vrijwillig verwijderen van dit type materiaal binnen een termijn van 24 uur.<sup>7</sup>

Dit wetsvoorstel is noodzakelijk als sluitstuk van deze zelfregulering. Ongeveer 84% van de meldingen van het EOKM wordt in dit regime van zelfregulering door de branche adequaat opgepakt.<sup>8</sup> In 16% van de gevallen wordt geen of onvoldoende opvolging gegeven aan een melding en blijft het kinderpornografisch materiaal op zijn minst langer dan 24 uur zichtbaar. De voorliggende bestuursrechtelijke maatregel is daarom onmisbaar om alle betrokken bedrijven te bewegen dit type materiaal op zo kort mogelijke termijn ontoegankelijk te maken.

## **2.2 Hoofdpijnen van het voorstel**

Voor het opslaan en verspreiden van gegevens via het internet wordt vaak gebruikgemaakt van aanbieders van communicatiediensten, die als tussenpersoon optreden. De dienstverlening van deze aanbieders bestaat uit de opslag en doorgifte van gegevens die van een ander afkomstig zijn. Dergelijke aanbieders hebben geen inhoudelijke betrokkenheid bij de gegevens die middels hun diensten worden opgeslagen of verspreid: de dienstverlening heeft een automatisch en passief karakter. Dat laat onverlet dat op deze aanbieders een verantwoordelijkheid kan rusten om maatregelen te treffen tegen de doorgifte of opslag van onwettige informatie.<sup>9</sup> Dit uitgangspunt is

<sup>6</sup> Dat pakket aan maatregelen is overigens niet alleen gericht op een schoner internet, maar ook op meer preventie en betere opsporing.

<sup>7</sup> De gedragscode met addendum is ondertekend door Koepelverenigingen van hostingbedrijven en van digitale infrastructuur, telecombedrijven en internetbedrijven. De gedragscode is te raadplegen op <https://www.noticeandakedowncode.nl>.

<sup>8</sup> Dit blijkt onder meer uit een monitor van de Technische Universiteit Delft. De monitor geeft inzicht in de effecten van de zelfregulering, door meldingen van het EOKM te volgen. Op 8 oktober 2020 is het rapport hierover genaamd "CSAM Hosting Monitor" aan de Tweede Kamer aangeboden (Kamerstukken II 2020/21, 31015, nr. 203). Het rapport maakt inzichtelijk welke tussenpersonen in Nederland een rol hebben in het hosten, opschonen en schoonhouden van het internet van kinderpornografisch materiaal.

<sup>9</sup> Op 15 december 2020 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een Digital Services Act (COM/2020/825 final). Dit voorstel strekt onder meer tot wijziging van de Richtlijn inzake elektronische handel.

onder meer neergelegd in de artikelen 12, derde lid, 13, tweede lid, 14, derde lid en 18, eerste lid, van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (PbEG L178; hierna: de Richtlijn inzake elektronische handel). Dit uitgangspunt wordt ook erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>10</sup>

Dit wetsvoorstel maakt het mogelijk om een dienstverlener die kinderpornografisch materiaal heeft opgeslagen of doorgeeft een bindende aanwijzing te geven. De aanwijzing attendeert de dienstverlener op de aanwezigheid van het kinderpornografisch materiaal op zijn systemen, en houdt het bevel in dit materiaal binnen een korte termijn ontoegankelijk te maken. Daarvoor is niet relevant op wiens verzoek dit materiaal is opgeslagen. Naleving van de aanwijzing kan worden afgedwongen met een last onder dwangsom en/of een bestuurlijke boete.

De aanwijzing kan tot verschillende typen aanbieders van communicatiediensten worden gericht:

1. De dienstverlener die gegevens doorgeeft of toegang tot een communicatienetwerk verschafft ('mere conduit'. Een voorbeeld hiervan is een internet access provider);
2. De dienstverlener die gegevens tijdelijk opslaat, met als enige doel de doorgifte van de gegevens aan andere afnemers en op hun verzoek efficiënter te maken ('caching'. Een voorbeeld hiervan is caching ten behoeve van de snelheid van streaming services);
3. De dienstverlener die gegevens opslaat ('hosting'. Een voorbeeld hiervan is een dienstverlener die aan particulieren of bedrijven ruimte aanbiedt om op diens servers websites, afbeeldingen of videobestanden op te slaan).

Uitgangspunt is dat de aanwijzing wordt gericht tot de aanbieder op wier systemen het kinderpornografisch materiaal is opgeslagen, en het derhalve in zijn macht heeft dit materiaal daadwerkelijk te verwijderen. De aanwijzing wordt daarom primair gericht tot aanbieders van hostingdiensten. Slechts als het niet mogelijk blijkt de betrokken aanbieder van hostingdiensten te identificeren of daar een aanwijzing aan te geven, wordt de aanwijzing gericht tot een andere aanbieder van een communicatiedienst, zoals een betrokken internet access provider. Omdat een dergelijke aanbieder echter louter gegevens doorgeeft en ze niet opslaat, kan de aanwijzing er in dat geval niet toe strekken het kinderpornografisch materiaal te verwijderen. Wel kan de doorgifte van dit type materiaal binnen Nederland worden verhinderd of bemoeilijkt.

Dit wetsvoorstel introduceert tevens een verplichting voor aanbieders van hostingdiensten om passende en evenredige maatregelen te nemen om de opslag en doorgifte van online kinderpornografisch materiaal te beperken. Deze maatregelen betreffen in geen geval een verplichting om (actief) toe te zien op de inhoud van gegevens die via hun diensten worden verspreid.

Dit wetsvoorstel brengt geen verandering in het geldende uitgangspunt dat aanbieder van een communicatiedienst niet aansprakelijk is voor de inhoud van door derden middels zijn diensten opgeslagen of verspreide gegevens, indien deze aanbieder geen kennis heeft van feiten en omstandigheden waaruit het onrechtmatige karakter van die gegevens blijkt en hij, zodra hij deze kennis daadwerkelijk verkrijgt, prompt handelt om die informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.<sup>11</sup> Het wetsvoorstel strekt er derhalve niet toe om dergelijke aanbieders in verdergaande mate dan thans het geval is aansprakelijk te stellen of houden voor de opslag of doorgifte van online kinderpornografisch materiaal.

### **2.3. Verhouding tot het strafrecht**

De in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen worden telkens getroffen door een bestuursorgaan. Zij dienen ter aanvulling op de bestaande strafrechtelijke bevoegdheden waarmee wordt opgetreden tegen kinderpornografisch materiaal. Deze aanvulling is noodzakelijk, gelet op de zeer grote hoeveelheden online kinderpornografisch materiaal die in Nederland worden

---

Ook deze verordening neemt tot uitgangspunt dat op aanbieders van communicatiediensten een verantwoordelijkheid rust maatregelen te treffen tegen de opslag doorgifte van onwettige gegevens of informatie, zodra zij daar daadwerkelijk kennis van hebben. Het is nog niet duidelijk wanneer deze verordening in werking zal treden, en hoe de uiteindelijke tekst zal luiden. Om deze reden is het voorstel (nog) niet betrokken.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:821 en de in dit arrest aangehaalde rechtspraak.

<sup>11</sup> Zie artikel 54a Sr, gelezen in samenhang met artikel 125p Sv. Artikel 6:196c van het Burgerlijk Wetboek bevat een soortgelijke civielrechtelijke regeling.

opgeslagen en doorgegeven en de ongekend snelle verspreiding daarvan. De aard, omvang en gevolgen van dit type misbruik zijn dusdanig groot dat het gewenst is daar met alle mogelijke middelen tegen op te treden.

De in dit wetsvoorstel voorgestelde bestuursrechtelijke bevoegdheden zijn er slechts op gericht online kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk te maken. Zij doen geen afbreuk aan de bestaande strafrechtelijke opsporing, vervolging en berechting van diegenen die kinderpornografisch materiaal creëren, verspreiden of bekijken. Daarom zal de Autoriteit zijn werkzaamheden afstemmen met zowel politie als openbaar ministerie. Ook wordt erin voorzien dat de Autoriteit gegevens kan delen met de politie.

Het voorgestelde instrumentarium verschilt bovendien in aard en snelheid van het strafrechtelijke instrumentarium. Dat geldt in het bijzonder voor de voorgestelde bevoegdheid tot het geven aan een aanwijzing tot ontoegankelijkmaking van online kinderpornografisch materiaal. Een krachtens artikel 125p Sv gegeven strafrechtelijk bevel tot ontoegankelijkmaking kan strekken tot de ontoegankelijkmaking van elk type gegevens. Een dergelijk bevel kan slechts worden gegeven na voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris. Een krachtens deze wet gegeven aanwijzing is beperkt tot online kinderpornografisch materiaal. Mede daardoor is het mogelijk om de ontoegankelijkmaking van dit type materiaal af te dwingen zonder voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris. Dat maakt het mogelijk om zeer snel op te treden tegen online kinderpornografisch materiaal. Conform de gebruikelijke bestuursrechtelijke uitgangspunten is het besluit waarmee de aanwijzing wordt gegeven direct uitvoerbaar: er wordt niet afgeweken van de in artikel 6:16 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) neergelegde hoofdregel dat het instellen van een rechtsmiddel tegen een besluit de werking van dat besluit niet schorst. Dat geldt zowel voor een krachtens artikel 9 gegeven aanwijzing, als voor eventuele daarop mogelijk volgende sancties. Het voorgestelde instrumentarium onderscheidt zich daarom in snelheid van de bestaande strafrechtelijke bevoegdheid tot het geven van een bevel tot ontoegankelijkmaking, terwijl tegelijkertijd blijft voorzien in adequate (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming.

### **3. Maatregelen en sancties**

#### **3.1 Zorgplicht**

Het voorgestelde artikel 8 bepaalt dat een aanbieder van hostingdiensten is gehouden passende maatregelen te treffen om de opslag en doorgifte van online kinderpornografisch materiaal te beperken. Het betreft hier een inspanningsverplichting, die uitdrukking geeft aan de eigen verantwoordelijkheid van dergelijke aanbieders om niet alleen reactief (na een daartoe strekkende aanwijzing, zie paragraaf 3.2), maar ook proactief op te treden tegen de verspreiding van online kinderpornografisch materiaal.

De keuze ten aanzien van de te treffen maatregelen blijft bij de aanbieder. Gedacht kan worden aan maatregelen van technische aard, zoals het onderhouden van aan een systeem waarmee gebruikers online kinderpornografisch materiaal bij de aanbieder kunnen melden, zodat daartegen kan worden opgetreden. Ook kan worden gedacht aan het voeren van aantoonbaar beleid waarmee klanten die herhaaldelijk online kinderpornografisch materiaal opslaan of verspreiden, worden geweerd of afgestoten. De zorgplicht verplicht aanbieders van hostingdiensten er niet toe in algemene zin toe te zien op gegevens die zij doorgeven of opslaan, alle geüploade materiaal op systematische wijze te analyseren, of om actief te zoeken naar online kinderpornografisch materiaal.<sup>12</sup>

Bij de vaststelling welke maatregelen redelijkerwijs van een aanbieder kunnen worden gevergd spelen elementen als grootte, financiële draagkracht en de mate van blootstelling aan online kinderpornografisch materiaal een rol. Van een aanbieder van hostingdiensten die op grote schaal te maken heeft met de opslag of doorgifte van online kinderpornografisch materiaal mag immers meer worden verwacht dan van een kleine speler die slechts beperkt met dit type materiaal wordt

<sup>12</sup> Zie artikel 15 van de richtlijn inzake elektronische handel. Dit laat onverlet dat dergelijke aanbieders, zoals ook thans het geval is, op vrijwillige basis informatie of verkeersgegevens kunnen verwerken met het oog op het opsporen van online seksueel misbruik van kinderen. De mogelijkheid daartoe volgt uit het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een tijdelijke afwijking van sommige bepalingen van Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad ten aanzien van het gebruik van technologieën door aanbieders van nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten voor de verwerking van persoonsgegevens en andere gegevens ten behoeve van de bestrijding van online seksueel misbruik van kinderen (COM(2020) 568 final).

geconfronteerd. Een aanbieder die in het geheel niet met online kinderpornografisch materiaal wordt geconfronteerd, behoeft geen maatregelen te treffen.

De aanbieder is desgevraagd verplicht informatie aan de Autoriteit te verschaffen over de door hem getroffen maatregelen. Het ligt in de rede dat de Autoriteit zijn tijd en middelen zal richten op aanbieders van hostingdiensten die in meer dan gebruikelijke mate worden geconfronteerd met de opslag en doorgifte van online kinderpornografisch materiaal, en dus juist bij die aanbieders informatie zal opvragen over de getroffen maatregelen. Een hoge mate van blootstelling kan onder meer worden afgeleid uit het aantal ontvangen aanwijzingen dat een aanbieder per kalenderjaar ontvangt (bijvoorbeeld: meer dan 10). Naleving van deze verplichting kan worden afgedwongen met een last onder dwangsom (zie paragraaf 3.3).

Aan een aanbieder van hostingdiensten die nalaat passende en evenredige maatregelen te treffen kan een bestuurlijke boete worden opgelegd (zie paragraaf 3.4). Het ligt in de rede dat de Autoriteit over de aanwending van deze bevoegdheid beleidsregels vaststelt als bedoeld in titel 4.3 van de Awb, of anderszins kenbaar beleid voert. Daarbij betreft de Autoriteit dat de zorgplicht een inspanningsverplichting is: het zal voor een aanbieder niet mogelijk zijn om de opslag en doorgifte van online kinderpornografisch materiaal in alle gevallen te voorkomen. Wel kunnen van een aanbieder die meermaals met dit type materiaal wordt geconfronteerd enige proactieve maatregelen worden verwacht. Aan een aanbieder die (zelfs) aan deze minimumverplichting niet wil voldoen, kan een bestuurlijke boete worden opgelegd.

### **3.2 Aanwijzing**

Aan een aanbieder van een communicatiedienst die online kinderpornografisch materiaal heeft opgeslagen of doorgeeft kan een bindende aanwijzing worden gegeven. Anders dan de zorgplicht is de aanwijzing toepasbaar op elk type aanbieder van een communicatiedienst, en derhalve niet alleen op aanbieders van hostingdiensten.

De aanwijzing attendeert de aanbieder op de aanwezigheid van het online kinderpornografisch materiaal en verplicht ertoe dat materiaal binnen een in de aanwijzing opgenomen redelijke termijn ontoegankelijk te maken. Niet relevant is of de desbetreffende aanbieder weet had van de aanwezigheid van het kinderpornografisch materiaal. Evenmin is relevant op wiens verzoek dit materiaal is opgeslagen of wordt doorgegeven. Relevant is slechts of de desbetreffende aanbieder het in zijn macht heeft het online kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk te maken. Naleving van een aanwijzing wordt afgedwongen met een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete (zie paragrafen 3.3 en 3.4).

#### *Inhoud aanwijzing*

De aanwijzing bevat een aanduiding van het kinderpornografische materiaal, waaronder concrete informatie over de aard van het materiaal en de locatie (URL) daarvan. De aanwijzing zal er in de regel toe strekken dat één of meerdere, in de aanwijzing aangeduide, afbeeldingen of video's ontoegankelijk worden gemaakt. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie volgt echter ook dat een aanwijzing ertoe kan verplichten om ook (ander) materiaal, dat inhoudelijk overeenstemt met het in de aanwijzing aangeduide materiaal, ontoegankelijk te maken.<sup>13</sup> De verschillen tussen het in de aanwijzing specifiek aangeduide materiaal en daarmee inhoudelijk overeenstemmende materiaal mogen echter niet van dien aard zijn dat de betrokken aanbieder van een communicatiedienst verplicht wordt het materiaal zelfstandig te beoordelen.<sup>14</sup>

Dit biedt uitkomst in gevallen waarin bijvoorbeeld sprake is van reeksen van afbeeldingen die onderling verschillen, maar toch vrijwel identiek zijn. Hierbij kan worden gedacht aan *stills* uit een (kortdurende) video-opname. Daarbij geldt wel dat de aanwijzing voldoende informatie moet bevatten op basis waarvan de aanbieder het desbetreffende materiaal kan identificeren. Te denken valt aan een URL, de (gebruikers)naam van de persoon die het materiaal op de servers heeft geplaatst of een omschrijving van het materiaal in kwestie, zoals de titel of andere kenmerken.

De in de aanwijzing opgenomen opdracht om (vrijwel) gelijklopend materiaal te verwijderen moet zodanig specifiek zijn dat de betrokken aanbieder van een communicatiedienst niet verplicht wordt een eigen beoordeling te maken. Gelet op artikel 15, eerste lid, van de Richtlijn inzake elektronische handel mag op een dergelijke aanbieder immers geen verplichting worden opgelegd om in het algemeen toe te zien op door hem opgeslagen informatie, noch een algemene verplichting om actief te zoeken naar onrechtmatige of onwettige informatie.

<sup>13</sup> HvJ 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:821, r.o. 46.

<sup>14</sup> HvJ 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:821, r.o. 45.

In de aanwijzing wordt een termijn gesteld waarbinnen het online kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk moet zijn gemaakt. De lengte van die termijn is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en vereist een afweging tussen het belang van tijdige verwijdering en de technische en praktische maatregelen die redelijkerwijs van de aanbieder van een communicatiedienst kunnen worden gevergd. Gelet op het veelal evidente karakter van kinderpornografisch materiaal zal de in de aanwijzing opgenomen termijn in de regel een korte zijn. Ter illustratie kan worden gewezen op de termijn in het op 13 december 2018 ondertekende addendum, waarin is opgenomen dat kinderpornografisch materiaal binnen 24 uur na een melding moet zijn verwijderd.<sup>15</sup> In de aanwijzing wordt niet voorgeschreven op welke wijze ontoegankelijkmaking moet plaatsvinden. Zie daarover onder 'Ontoegankelijkmaking'.

Een aanwijzing is een besluit als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb en moet derhalve voldoen aan alle eisen die de Awb daaraan stelt. Tegen een aanwijzing staan bovendien de gebruikelijke rechtsmiddelen van bezwaar en beroep open. Hierop wordt nader ingegaan onder 'Vorbereiding en rechtsbescherming'.

#### *Reikwijdte van de aanwijzing*

Een aanwijzing tot ontoegankelijkmaking kan gevolgen hebben voor de beschikbaarheid van het desbetreffende materiaal buiten Nederland. Het internet is immers niet beperkt tot het Nederlandse grondgebied, zodat de ontoegankelijkmaking van op Nederlands grondgebied opgeslagen online kinderpornografisch materiaal gevolgen heeft voor de beschikbaarheid van dit type materiaal in het buitenland. De Richtlijn inzake elektronische handel<sup>16</sup> noch andere (internationale) wet- of regelgeving staat eraan in de weg dat een maatregel tot ontoegankelijkmaking ook buiten de Nederlandse territoriale landsgrenzen gevolgen sorteert. Daarbij is in het bijzonder van belang dat de in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen er niet op zijn gericht de diensten van in een andere lidstaat gevestigde dienstverleners te beperken. De reikwijdte van dit wetsvoorstel is immers beperkt tot in Nederland gevestigde dienstverleners. De in artikel 3, vierde lid, van de Richtlijn inzake elektronische handel opgenomen regeling is daarom niet van toepassing.

Deze geografisch beperkte reikwijdte doet overigens niets af aan het nut en de noodzaak van het onderhavige wetsvoorstel. In Nederland wordt disproportioneel veel online kinderpornografisch materiaal opgeslagen en via het internet ter beschikking gesteld. Nederland is bovendien verplicht om zich, binnen zijn eigen nationale grenzen, zoveel mogelijk in te spannen om dit type materiaal ontoegankelijk te (laten) maken. Deze verplichting volgt uit artikel 25, eerste lid, van Richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad (PbEU 2011, L 335 (hierna: de Richtlijn kindermisbruik). Op grond van deze bepaling is elke lidstaat verplicht om maatregelen te treffen tegen websites die kinderpornografisch materiaal bevatten of verspreiden. Met in dit wetsvoorstel voorgestelde bevoegdheden geeft Nederland nadere invulling aan zijn verplichtingen op grond van deze bepaling. Ten aanzien van op het grondgebied van andere lidstaten opgeslagen kinderpornografisch materiaal, rust op die desbetreffende lidstaten de verantwoordelijkheid en verplichting daartegen op te treden.

Dit laat overigens onverlet dat Nederland zich ook in Europees verband blijft inzetten blijft inzetten voor een Europese aanpak van online kinderpornografisch materiaal.<sup>17</sup> Zo is de aanpak van online kinderpornografisch materiaal door Nederland geagendeerd en daarna besproken in de Raad Justitie en Binnenlandse Zaken op 7 en 8 oktober 2019.<sup>18</sup> In een aparte bijeenkomst *en marge* hiervan heeft Nederland opgeroepen tot een integrale aanpak van online seksueel kindermisbruik.

#### *Tot wie is de aanwijzing gericht?*

De aanwijzing wordt gericht aan een aanbieder die is betrokken bij de opslag of doorgifte van online kinderpornografisch materiaal. Voor de identificatie van de betrokken aanbieder zijn technische instrumenten beschikbaar, zoals een door de TU Delft ontwikkelde monitor.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Kamerstukken II 2017/18, 31015, nr. 157.

<sup>16</sup> HvJ 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:821, r.o. 49 en 50.

<sup>17</sup> Zie Kamerstukken II 2019/20, 31015, nr. 180.

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2019/20, 32317, nr. 577.

<sup>19</sup> Zie over deze monitor Kamerstukken II 2020/21, 31015, nr. 203.

Gelet op het uitgangspunt dat kinderpornografisch materiaal zoveel mogelijk moet worden verwijderd, wordt de aanwijzing primair gericht tot aanbieders van hostingdiensten: een aanbieder van een communicatiedienst bestaande uit de opslag van gegevens die van een ander afkomstig zijn.<sup>20</sup> Het is echter niet altijd mogelijk de betrokken aanbieder van hostingdiensten te identificeren. Dat kan onder meer het geval zijn indien een webpagina met kinderpornografisch materiaal weliswaar vanuit Nederland is te benaderen, maar niet met zekerheid is vast te stellen dat het desbetreffende materiaal ook daadwerkelijk op Nederlands grondgebied wordt gehost. Ook in deze gevallen is het wenselijk om op te treden tegen de verspreiding van kinderpornografisch materiaal. In deze gevallen kan de aanwijzing worden gericht tot dienstverleners die gegevens doorgeven of toegang tot een communicatienetwerk verschaffen en dienstverleners die gegevens tijdelijk opslaan, met als enige doel de doorgifte van de gegevens aan andere afnemers en op hun verzoek efficiënter te maken. Hiermee wordt aangesloten bij de reikwijdte van artikel 54a Sr en artikel 125p, eerste lid, Sv.<sup>21</sup>

#### *Online kinderpornografisch materiaal*

De aanwijzing tot ontoegankelijkmaking wordt gegeven ten aanzien van kennelijk online kinderpornografisch materiaal. Voor de definitie van een kinderpornografisch materiaal is aangesloten bij de in artikel 240b Sr opgenomen definitie. De in dit artikel gebruikte term 'afbeelding' slaat niet alleen op foto's, maar ook op een film of videoclip, of fragmenten of beelden daaruit. In dit wetsvoorstel wordt dit gevat onder de noemer 'kinderpornografisch materiaal'.

Met het begrip 'kennelijk' is tot uitdrukking gebracht dat over de kwalificatie van het desbetreffende materiaal redelijkerwijs geen twijfel mogelijk kan zijn. Het is derhalve niet mogelijk een aanwijzing te geven als over die kwalificatie enige twijfel kan bestaan. Met het kennelijkheidsvereiste is tevens duidelijk dat met een door de Autoriteit gegeven kwalificatie niet wordt vooruitgelopen op de kwalificatie van dit materiaal in een eventuele strafrechtelijke procedure over hetzelfde materiaal. De hier voorgestelde bestuurlijke maatregelen moeten uitdrukkelijk van het strafrecht worden onderscheiden.

Over het gebruik van zijn bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing en het identificeren van kennelijk kinderpornografisch materiaal wordt door de Autoriteit beleid gevoerd, bijvoorbeeld door beleidsregels als bedoeld in titel 4.3 van de Awb op te stellen.

#### *Ontoegankelijkmaking*

Onder ontoegankelijkmaking wordt verstaan het treffen van alle redelijkerwijs te nemen maatregelen om te voorkomen dat derden van het materiaal kennisnemen, en ter voorkoming van de verdere verspreiding van het beeldmateriaal. Met de toevoeging dat de te nemen maatregelen redelijkerwijs moeten zijn, is tot uitdrukking gebracht dat het mogelijk moet zijn de in de aanwijzing opgenomen opdracht tot ontoegankelijkmaking op proportionele wijze na te komen.

Onder ontoegankelijkmaking wordt in de eerste plaats verstaan het verwijderen van gegevens uit een geautomatiseerd werk. Onderkend wordt dat het niet in alle gevallen mogelijk zal zijn kinderpornografisch materiaal daadwerkelijk van het internet te verwijderen. Dat is onder meer het geval indien een website niet in zijn geheel op één server wordt gehost: het komt voor dat onderdelen van een website bij een Nederlandse hostingaanbieder worden gehost, terwijl andere onderdelen zijn opgeslagen op een in het buitenland geplaatste server. Mede daarom staat de definitie van ontoegankelijkmaking ook andere vormen van ontoegankelijkmaking toe, mits deze ertoe strekken dat (verdere) kennisneming van die gegevens door derden wordt voorkomen. Na ontoegankelijkmaking draagt de betrokken dienstverlener een kopie van het online kinderpornografisch materiaal over aan de Autoriteit. Deze kopie is van belang voor zowel het verdere verloop van de onderhavige bestuursrechtelijke procedure, alsook voor een (eventuele) strafrechtelijke procedure tegen degene die het materiaal heeft geplaatst of geproduceerd.

De aanwijzing schrijft niet voor welke (technische) middelen moeten worden aangewend om kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk te maken. De aanbieder van een communicatiedienst tot wie de aanwijzing is gericht kan zelf de middelen kiezen om aan de aanwijzing te voldoen. Een aanbieder die aannemelijk maakt alle redelijkerwijs te nemen maatregelen te hebben getroffen, maar er desalniettemin niet in slaagt het materiaal ontoegankelijk te maken, heeft aan de aanwijzing voldaan, mede gelet op het in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel. Daarbij wordt opnieuw opgemerkt dat aanbieders wiens dienstverlening bestaat uit het doorgeven van informatie of het verschaffen tot toegang van een

<sup>20</sup> Artikel 14 van de Richtlijn inzake elektronische handel.

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28197, nr. 3, blz. 62. Zie ook artikel 138g Sv.



communicatienetwerk, het veelal niet in hun macht hebben om gegevens daadwerkelijk te verwijderen. In deze gevallen ligt een andere vorm van ontoegankelijkmaking voor de hand.

De aanwijzing verplicht een aanbieder van een communicatiedienst tot ingrijpen in een concreet geval. Een aanwijzing strekt er derhalve niet toe dat een aanbieder wordt verplicht in algemene zin toe te zien op de rechtmatigheid van het door hem opgeslagen materiaal. De aanwijzing kan er ook niet toe strekken dat de aanbieder wordt opgedragen actief naar dergelijk materiaal te zoeken of verplicht wordt alle geüploade materiaal op systematische wijze te analyseren.<sup>22</sup> Gelet op artikel 7, derde lid, van de Grondwet (hierna: Gw) kan de aanwijzing evenmin strekken tot het instellen van een vorm van preventief toezicht op door de aanbieder opgeslagen of doorgegeven gegevens.

#### *Vorbereiding en rechtsbescherming*

De aanwijzing is een appellabel besluit, meer in het bijzonder een beschikking als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid, Awb. Daarom moeten bij het voorbereiden, geven en bekendmaken van een aanwijzing de gebruikelijke bepalingen van de Awb, in het bijzonder de hoofdstukken 3 en 4 daarvan, in acht worden genomen. Zo zal de Autoriteit in ieder concreet geval de rechtstreeks betrokken belangen moeten betrekken en in het aanwijzingsbesluit deugdelijk moeten motiveren waarom de aanwijzing wordt gegeven. Uit de aanwijzing moet voorts duidelijk blijken om welk materiaal het gaat en binnen welke termijn de aanwijzing moet zijn opgevolgd.

Op de voorbereiding van een (beschikking inhoudende een) aanwijzing is afdeling 4.1.2 Awb van toepassing. Gelet op artikel 4:11, eerste lid, aanhef en onder a, Awb zal het horen echter in vrijwel alle gevallen achterwege kunnen worden gelaten. Met het voorgaande is overigens niet uitgesloten dat ook op grond van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel een verplichting kan bestaan tot vooraf horen.<sup>23</sup> Uit rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat in een zaak die binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, een concrete afweging moet worden gemaakt of van horen kan worden afgezien. Gelet op het spoedeisende karakter van kinderpornografisch materiaal en in aanmerking genomen dat de gevolgen van een aanwijzing of last onder dwangsom geheel ongedaan kunnen worden gemaakt, zal in veel gevallen aan deze voorwaarden worden voldaan.

Tegen een aanwijzing staan de gebruikelijke bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open: bezwaar, gevolgd door het instellen van (hoger) beroep bij de bestuursrechter. Een aanwijzing die niet aan voormelde vereisten voldoet, zal door de bestuursrechter worden vernietigd. De in artikel 6:16 Awb neergelegde hoofdregel, dat het instellen van bezwaar en beroep de werking van het besluit waartegen het is ingesteld niet schorst, geldt onverkort. Vanzelfsprekend is het mogelijk om bij de voorzieningenrechter een verzoek om een voorlopige voorziening te doen, strekkende tot schorsing van het besluit waarin de aanwijzing is gegeven.

### **3.3 Last onder dwangsom**

Aan een aanbieder van een communicatiedienst die nalaat tijdig opvolging te geven aan een aanwijzing kan een last onder dwangsom worden opgelegd. Een last onder dwangsom kan tevens worden opgelegd aan de aanbieder van hostingdiensten die nalaat desgevraagd de gegevens, bedoeld in artikel 8, tweede lid, te verstrekken.

Indien de last onder dwangsom is opgelegd aan een aanbieder van een communicatiedienst die nalaat tijdig opvolging te geven aan een aanwijzing tot ontoegankelijkmaking, strekt de dwangsom ertoe deze medewerking alsnog af te dwingen. De last wordt opgelegd aan de aanbieder die het in zijn macht heeft de last uit te voeren en dus redelijkerwijs in staat is het kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk te maken.<sup>24</sup> Voor het opleggen van een last onder dwangsom is niet vereist dat de aanbieder enige betrokkenheid heeft gehad bij het vervaardigen of de opslag van het kinderpornografisch materiaal, of dat de (oorspronkelijke) aanwezigheid van kinderpornografisch materiaal verwijtbaar is. De kern van de door de aanbieder begane overtreding is immers niet het aanwezig hebben of bezitten van kinderpornografisch materiaal, maar het niet opvolgen van een krachtens artikel 9, eerste lid, gegeven aanwijzing tot ontoegankelijkmaking of het nalaten de gegevens, bedoeld in artikel 8, tweede lid, te verstrekken.

---

<sup>22</sup> Artikel 15 van de Richtlijn inzake elektronische handel. Zo wordt een gebod tot een systeem waarmee alle geüploade materiaal op systematische wijze wordt geanalyseerd aangemerkt als een algemene toezichtverplichting (zie HvJ 24 november 2011, ECLI:EU:C:2011:771).

<sup>23</sup> HvJ 3 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2041 en HvJ 15 juni 2006, ECLI:EU:C:2006:408.

<sup>24</sup> Vergelijk ABRvS 9 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1215.

De beschikking waarbij de last onder dwangsom wordt opgelegd vermeldt de herstelmaatregel, zoals het ontoegankelijk maken van het kinderpornografische materiaal. De last bevat een begunstigingstermijn, waarbinnen het materiaal alsnog ontoegankelijk kan worden gemaakt zonder dat een dwangsom wordt verbeurd. Gelet op het feit dat een last onder dwangsom slechts kan worden opgelegd nadat een voorafgaande aanwijzing niet is opgevolgd, zal in de regel kunnen worden volstaan met een korte begunstigingstermijn. Indien nodig zal de Autoriteit in overleg treden met de betrokken aanbieder over de verschillende manieren waarop de aanwijzing kan worden opgevolgd.

Zoals reeds is opgemerkt in paragraaf 3.1, kan een last onder dwangsom eveneens worden opgelegd aan de aanbieder van hostingdiensten die nalaat desgevraagd gegevens te verstrekken over de door hem over de door hem getroffen maatregelen om de opslag en doorgifte van online kinderpornografisch materiaal middels zijn diensten te beperken. In dat geval strekt de last ertoe de aanbieder ertoe te bewegen deze gegevens alsnog te verstrekken.

In beide situaties wordt, in lijn met de algemene uitgangspunten van de Awb, de hoogte van de dwangsom vastgesteld op een bedrag ineens, hetzij per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel ter overtreding van de last. De dwangsom wordt gemaximeerd op een bedrag waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd.<sup>25</sup> De hoogte van de dwangsom wordt vastgesteld op een bedrag dat in redelijke verhouding staat tot het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom. Invordering kan zo nodig geschieden bij dwangbevel.<sup>26</sup>

### **3.4 Bestuurlijke boete**

Aan de aanbieder van een communicatiedienst die nalaat opvolging te geven aan de bindende aanwijzing kan tevens een bestuurlijke boete worden opgelegd. Een bestuurlijke boete kan tevens worden opgelegd aan een aanbieder van hostingdiensten die nalaat passende en evenredige maatregelen te nemen om de opslag en doorgifte van online kinderpornografisch materiaal middels zijn diensten te beperken.

De aard en ernst van online kinderpornografisch materiaal rechtvaardigt dat als stelselmatig wordt nagelaten opvolging te geven aan aanwijzing, een hoger boetemaximum wordt gehanteerd.<sup>27</sup> Daarom wordt het in dergelijke gevallen mogelijk een bestuurlijke boete op te leggen van ten hoogste het bedrag dat is vastgesteld voor de zesde categorie, genoemd in artikel 23, vierde lid, Sr of, indien dat meer is, ten hoogste 4% van de omzet van de onderneming. Dit strookt met de maximale boetehoogte in vergelijkbare gevallen, zoals de maximale boetehoogte genoemd in de Verordening van het Europees Parlement en de Raad ter voorkoming van de verspreiding van online terroristisch materiaal, waar het niet-nakomen van de verplichtingen uit de verordening kan worden bestraft met een sanctie ter hoogte van maximaal 4% van de omzet van de betrokken hosting service provider<sup>28</sup> en de maximale boetehoogte genoemd in artikel 83, vijfde of zesde lid, van Verordening (EU) 2016/679 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (hierna: AVG).

Gelet op artikel 5:46, tweede lid, Awb wordt de hoogte van de boete in elk concreet geval afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Bij het opleggen van een boete wordt beoordeeld of er omstandigheden zijn die nopen tot verlaging of matiging van de boete. Een verminderde verwijtbaarheid of een geringe financiële draagkracht kan worden aangemerkt als een bijzondere omstandigheid als bedoeld in artikel 5:46, derde lid, Awb, die aanleiding kan vormen de hoogte van de boete te matigen. Ook wordt rekening gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan, zoals het aantal keren dat een aanwijzing niet is opgevolgd en de mate van medewerking.

### **3.5 Openbaarmaking bestuurlijke boete**

Het feit dat een bestuurlijke boete is opgelegd wegens het stelselmatig nalaten opvolging te geven aan een aanwijzing, wordt openbaar gemaakt. Met deze openbaarmaking zijn meerdere doelen gediend. De openbaarmaking is er in de eerste plaats op gericht de naleving van deze wet te

<sup>25</sup> Artikel 5:32b, eerste en tweede lid, Awb.

<sup>26</sup> Artikel 5:10, tweede lid, Awb.

<sup>27</sup> Boetewijzer voor het bepalen van de maximumboete in wetgeving, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 14 maart 2014.

<sup>28</sup> Artikel 18, vierde lid, van de verordening.

bevorderen, en tevens inzicht te geven in de mate en de manier waarop op deze naleving toezicht wordt gehouden. Van de openbaarmaking gaat bovendien een zekere defamerende werking uit, omdat de bestuurlijke boete is opgelegd wegens het stelselmatig nalaten opvolging te geven aan een gegeven aanwijzing.

Het feit dat een aanwijzing tot ontoegankelijkmaking is gegeven, wordt niet openbaar gemaakt. Een aanbieder van een communicatiedienst heeft vaak geen weet van de aanwezigheid van kinderpornografische inhoud op zijn systemen. Veel aanbieders treden op tegen dit type materiaal, zodra zij op de aanwezigheid daarvan zijn geattendeerd. In dit licht is openbaarmaking van een opgelegde aanwijzing niet proportioneel, omdat de aanbieder veelal meewerkt door binnen de gestelde termijn opvolging te geven aan een aanwijzing. Openbaarmaking draagt dan niet bij aan de naleving van deze wet.

#### **4. Autoriteit aanpak online kinderpornografisch materiaal**

De in dit wetsvoorstel opgenomen taken en bevoegdheden worden uitgeoefend door een nieuw op te richten zelfstandig bestuursorgaan: de Autoriteit aanpak online kinderpornografisch materiaal (hierna: de Autoriteit).

##### **4.1 Een nieuw zelfstandig bestuursorgaan**

Er is geen bestaand bestuursorgaan dat is belast met de ontoegankelijkmaking van online kinderpornografisch materiaal. De attributie van de in hoofdstuk 3 beschreven publiekrechtelijke taken en bevoegdheden heeft tot gevolg dat een nieuw bestuursorgaan in het leven wordt geroepen. De regering acht het noodzakelijk dit bestuursorgaan vorm te geven als een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan, zonder eigen rechtspersoonlijkheid.

Artikel 1, aanhef en onder a, van de Kaderwet definieert een zelfstandig bestuursorgaan als een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij wet met openbaar gezag is bekleed, en niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een Minister. Het kabinetsbeleid ten aanzien van zelfstandige bestuursorganen is primair neergelegd in de Kamerbrief van 13 mei 2014.<sup>29</sup> Dit kabinetsbeleid is in lijn met het ongevraagde advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>30</sup> Het kabinetsbeleid neemt tot uitgangspunt dat publieke taken onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid worden uitgevoerd, zodat de verantwoordelijke bewindspersoon op alle aspecten van de uitvoering (politiek) aanspreekbaar is. Dat laat onverlet dat het in bepaalde situaties noodzakelijk kan zijn een zelfstandig bestuursorgaan in te stellen. Dat is mogelijk als is voldaan aan één van de in artikel 3, eerste lid, van de Kaderwet genoemde instellingsmotieven. In aanvulling daarop is een aanvullende motivering vereist.<sup>31</sup>

Op grond van artikel 3, eerste lid, aanhef en onderdeel a, van de Kaderwet, kan een zelfstandig bestuursorgaan worden ingesteld indien er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid. Zoals aangekondigd in de Kamerbrief van 20 november 2020, is daarvan in dit geval sprake.<sup>32</sup>

Vanzelfsprekend dient elk overheidsorgaan een onafhankelijke positie in te nemen ten opzichte van burgers en bedrijven. In het onderhavige geval gaat het echter om bevoegdheden die onafhankelijk van politieke organen en invloed uitgevoerd moeten worden: het ontoegankelijk maken van gegevens op internet, louter vanwege de inhoud daarvan, vormt naar zijn aard een beperking van de vrijheid van meningsuiting. Dit geldt ook als het om uitingen gaat die strafbaar zijn, zoals kinderpornografisch materiaal – nog daargelaten dat over de kwalificatie van gegevens in een concreet geval verschil van inzicht kan bestaan. De vrijheid van meningsuiting is in een democratische rechtsstaat cruciaal, en is mede daarom onder meer neergelegd in artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Het is vaste rechtspraak dat met (legitieme en noodzakelijke) beperkingen op dit grondrecht terughoudend moet worden omgegaan.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2014/15, 25268, nr. 83.

<sup>30</sup> Advies van 15 juni 2020, W04.20.0135/I.

<sup>31</sup> Kamerstukken II 2004/05, 25268, nr. 20.

<sup>32</sup> Kamerstukken II 2020/21, 31015, nr. 208.

<sup>33</sup> Mede gelet op mogelijke 'chilling effects'. Daarmee wordt bedoeld dat individuen de vrijheid om zich uit te drukken niet of slechts verminderd ervaren, als gevolg van eerdere beperkingen daarop.

Een bevoegdheid die inbreuk maakt op de vrijheid van meningsuiting moet dan ook met voldoende waarborgen zijn omgeven, zodanig dat een willekeurige inmenging wordt voorkomen.<sup>34</sup> Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) volgt daarom dat het in de regel de onafhankelijke rechter is die, waar noodzakelijk, overgaat tot een beperking van de vrijheid van meningsuiting.<sup>35</sup> Dat laat onverlet dat ook een ander orgaan, zoals een bestuursorgaan, de bevoegdheid kan worden geattribueerd om uitingen ontoegankelijk te maken. Het ontbreken van voorafgaande rechterlijke toetsing moet dan worden gecompenseerd door andere waarborgen, zodanig dat onafhankelijke oordeelsvorming alsnog is geborgd.<sup>36</sup> Door de Autoriteit vorm te geven als zelfstandig bestuursorgaan is aan dit vereiste voldaan: een zelfstandig bestuursorgaan is niet hiërarchisch ondergeschikt aan enige politieke ambtsdrager, zodat onafhankelijke oordeelsvorming is geborgd.

De noodzaak tot van de politiek afhankelijke oordeelsvorming, als het gaat om de ontoegankelijkmaking van uitingen, is ook in Europees verband erkend. Zoals in voormelde Kamerbrief van 20 november 2020 is aangekondigd, zal de Autoriteit zich tevens gaan richten op de ontoegankelijkmaking van online terroristisch materiaal ter uitvoering van Verordening (EU) xxx/2021.<sup>37</sup> Deze verordening heeft tot doel terroristische uitlatingen binnen één uur van internet te verwijderen. Daartoe verplicht de verordening elke lidstaat een daartoe bevoegde nationale autoriteit aan te wijzen.<sup>38</sup> Ingevolge artikel 12, tweede lid, van de verordening mag een dergelijke autoriteit geen instructies van andere instanties vragen of aanvaarden in verband met de uitoefening van de taken die hem op grond van de verordening zijn toegewezen, behoudens toezicht overeenkomstig de nationale grondwet.<sup>39</sup> Door de Autoriteit vorm te geven als zelfstandig bestuursorgaan, wordt hieraan voldaan.

#### *Geen agentschap of deconcentratie*

Er is niet voor gekozen de Autoriteit vorm te geven als een agentschap. Een agentschap is een intern verzelfstandigd in de uitvoering werkzaam dienstonderdeel van een ministerie, met een eigen sturingsmodel en financiële administratie. Een agentschap is echter hiërarchisch ondergeschikt aan een minister, en verhoudt zich reeds daarom niet tot de benodigde onafhankelijke oordeelsvorming.

Er is evenmin gekozen voor een constructie waarin de Autoriteit weliswaar wordt ondergebracht in een regulier dienstonderdeel van een departement, maar waarbij de bevoegdheid van de minister om in individuele gevallen aanwijzingen of instructies te geven wordt beperkt. Dit leidt tot de ongewenste situatie dat de minister beperkt wordt in zijn mogelijkheid tot ingrijpen, maar toch volledig politiek verantwoordelijk blijft voor wijze waarop de Autoriteit zijn taken vervult.

## **4.2 Vormgeving**

De Autoriteit wordt vormgegeven als een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan zonder eigen rechtspersoonlijkheid. Deze vormgeving is in lijn met het kabinetsbeleid inzake zelfstandige bestuursorganen.<sup>40</sup> Dat kabinetsbeleid neemt als uitgangspunt dat een zelfstandig bestuursorgaan in de regel zónder rechtspersoonlijkheid wordt opgericht. Er is in dit geval geen aanleiding om van dit uitgangspunt af te wijken: het is voor een goede taakvervulling en de beoogde onafhankelijkheid van de Autoriteit niet noodzakelijk dat zij op eigen titel – dat wil zeggen los van de rechtspersoon Staat der Nederlanden – aan het civielrechtelijke rechtsverkeer deelneemt.

De leden van de Autoriteit worden voor een termijn van vier jaar benoemd, met uitzondering van de voorzitter, die voor vijf jaar wordt benoemd. De voorzitter en de overige leden kunnen worden herbenoemd voor eenzelfde periode. Deze termijnen zijn in lijn met de gebruikelijke benoemingstermijnen en stellen de leden in de gelegenheid de benodigde ervaring en expertise op

<sup>34</sup> Bijvoorbeeld HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, r.o. 2.6.

<sup>35</sup> EHRM 10 september 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0914JUD003822403, r.o. 90-92.

<sup>36</sup> EHRM 7 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0607JUD007136201, r.o. 45, en EHRM 30 september 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, r.o. 46.

<sup>37</sup> Zie voor het voorstel van de Europese Commissie COM (2018) 640. Naar verwachting wordt de verordening in april 2021 in het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerd. Ter uitvoering van deze verordening wordt een afzonderlijk voorstel van wet opgesteld.

<sup>38</sup> Artikel 17, eerste lid, van de verordening.

<sup>39</sup> Artikel 12, tweede lid, van de verordening.

<sup>40</sup> Het kabinetsbeleid neemt immers als uitgangspunt dat (i) publieke taken worden uitbesteed of uitgevoerd binnen het publieke domein, (ii) als binnen het publieke domein, dan "agentschap, tenzij", en (iii) als het toch een zbo moet zijn, dan een publiekrechtelijk zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid. Zie Kamerstukken II 2014/15, 25268, nr. 83.

te bouwen. Door de termijn van de voorzitter op één jaar langer te stellen dan de termijn van de overige leden wordt de benodigde continuïteit en kennisoverdracht gewaarborgd. Een nadere precisering van de benoemingen is niet noodzakelijk: de artikelen 9, 12, 13 en 14 van de Kaderwet (zie hierna) voorzien in algemene regels.

Na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel is de Kaderwet van toepassing op de Autoriteit. Er is niet voorzien in enige afwijking van de Kaderwet. De Kaderwet geeft algemene regels over de positionering van de Autoriteit ten opzichte van de Minister van Justitie en Veiligheid, over onder meer:

- het benoemen, schorsen en ontslaan van leden van de Autoriteit en de toelaatbaarheid van eventuele nevenfuncties (artikelen 12 en 13 Kaderwet);
- de rechtspositie van personeelsleden in dienst van het zelfstandig bestuursorgaan (artikel 15 Kaderwet);
- het opstellen van een jaarverslag (artikel 18 Kaderwet);
- het verstrekken van inlichtingen aan de Minister van Justitie en Veiligheid (artikel 20, eerste lid, Kaderwet);
- de bevoegdheid van de Minister van Justitie en Veiligheid om beleidsregels vast te stellen (artikel 21 Kaderwet);
- het jaarlijks toezenden van de begroting aan de Minister van Justitie en Veiligheid en het goedkeuren daarvan (artikelen 26 en 29 Kaderwet).

Ten slotte worden beide kamers der Staten-Generaal elke vijf jaar geïnformeerd over de doelmatigheid en doeltreffendheid van het functioneren van de Autoriteit (artikel 39, eerste lid, van de Kaderwet).

#### **4.3 Taken en positionering**

De Autoriteit heeft tot taak de ontoegankelijkmaking van online kinderpornografisch materiaal te bevorderen en zo nodig af te dwingen. De Autoriteit heeft tevens tot taak onderzoek te doen naar de aanwezigheid van online kinderpornografisch materiaal, zodat de verspreiding daarvan wordt voorkomen of beperkt, zo mogelijk in samenwerking met private en publieke partijen.

De Autoriteit geeft kordate opvolging als zelfregulering onvoldoende effectief blijkt om online kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk te maken. Dat vergt een slagvaardige en onafhankelijke organisatie die, bijvoorbeeld op aangeven van het EOKM of de politie, na een zelfstandige beoordeling een bindende aanwijzing tot ontoegankelijkmaking kan geven. De Autoriteit vergewist zich ervan dat een aanwijzing wordt opgevolgd en treedt zo nodig op door het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie. De Autoriteit moet behalve gezaghebbend en snel kunnen handelen, en daarnaast de nodige expertise in huis hebben om (mogelijk) kinderpornografisch materiaal te beoordelen. Ook moet hij stimulerend en ontwikkelingsgericht zijn in de relatie met de betrokken marktpartijen. De Autoriteit stimuleert de samenwerking tussen deze marktpartijen en bevordert dat zij, en hun belangenorganisaties, zoveel mogelijk zelf initiatieven ontplooiën om instrumenten te ontwikkelen om online kinderpornografisch materiaal te voorkomen en tegen te gaan. Deze partijen zijn daartoe bij uitstek in staat, omdat de technische ontwikkeling van ICT en internet wortelen in het marktdomein. Ook het mobiliseren van kennis uit de wetenschap en het in verbinding brengen van deze sector met de marktsector is een functie van de maatschappelijke samenwerking.

De Autoriteit hanteert hiermee een hybride aanpak: hij werkt via (horizontale) relaties samen met de markt. Waar dat (nog) niet voldoende effect sorteert, vervult hij een (verticale) gezagsrol en zal zo nodig maatregelen opleggen.

##### *Positionering*

De Autoriteit is gepositioneerd naast de bestaande zelfregulering en de strafrechtelijke opsporing en vervolging. De zelfregulering is gericht op het vrijwillig en uit eigen beweging verwijderen van online kinderpornografisch materiaal. Het EOKM werkt hiertoe samen met aanbieders van communicatiediensten die vrijwillig meldingen opvolgen, een klein aandeel meldingen hebben en zelf laten zien een actieve bijdrage te leveren aan de aanpak van online seksueel kindermisbruik. De strafrechtelijke opsporing en vervolging ligt en blijft bij politie en het openbaar ministerie. De focus van politie en openbaar ministerie richt zich primair op de opsporing en vervolging van daders en het ontzetten van slachtoffers uit misbruikssituaties. De Autoriteit verricht zijn taken en bevoegdheden in samenwerking met deze relevante ketenpartners.

Over deze samenwerking worden afspraken gemaakt. Het betreft hier onder meer uitvoeringsafspraken, en afspraken over de manier waarop de Autoriteit zijn bevoegdheden uitoefent. Met het OM zal de Autoriteit samenwerken om te zorgen dat er goede informatie-uitwisseling plaatsheeft en het OM haar strafrechtelijke functie goed kan uitoefenen. Ook met de politie is voorzien dat de Autoriteit samenwerkingsafspraken maakt m.b.t. informatie-uitwisseling en kennisbenutting. Omdat kinderporno een internationale dimensie heeft ligt het ook voor de hand dat de autoriteit samenwerking zoekt met vergelijkbare Autoriteiten in het buitenland.

Met het EOKM, de politie en het Openbaar Ministerie worden afspraken gemaakt over de wijze van samenwerking en afstemming tussen deze organisaties. Zo kunnen er specifieke afspraken komen betreffende meldingen over aanbieders die in het zelfregulerend kader niet of niet voldoende reageren, relatief veel meldingen krijgen, (technische) barrières opwerpen voor een goede samenwerking of waar anderszins de zelfregulering onvoldoende effectief blijkt. De afspraken zien ook op de wijze waarop de Autoriteit zijn in dit wetsvoorstel opgenomen bevoegdheden uitoefent. Daarmee wordt voorkomen dat door uitoefening van de bestuursrechtelijke bevoegdheden de strafrechtelijke opsporing en vervolging van diegenen die kinderpornografisch materiaal produceren of bekijken wordt doorkruist. Zie ook de artikelsgewijze toelichting op artikel 7.

#### *Meldingen*

Het wordt mogelijk om (verondersteld) online kinderpornografisch materiaal bij de Autoriteit te melden. Hiertoe wordt een meldpunt ingericht, waar elke natuurlijk persoon of rechtspersoon een melding kan doen. Ook het EOKM en de politie kunnen van dit meldpunt gebruikmaken. In het geval van het EOKM gaat het in het bijzonder om meldingen over materiaal dat binnen het bestaande regime van zelfregulering niet ontoegankelijk wordt gemaakt.

De Autoriteit is ook bevoegd om zelfstandig en dus zonder voorafgaande melding onderzoek te doen naar de aanwezigheid van online kinderpornografisch materiaal. Artikel 2, tweede lid, van deze wet biedt daarvoor de grondslag. Dit onderzoek kan handmatig gebeuren, door de inzet van personeel, maar ook met meer innovatieve en automatische instrumenten zoals een webcrawler waarmee (deels) geautomatiseerd naar online kinderpornografisch materiaal wordt gezocht. Met deze bevoegdheid wordt uitvoering gegeven aan de motie-Van Nispen.<sup>41</sup>

In beide gevallen beoordeelt de Autoriteit of het in het individuele geval daadwerkelijk om kinderpornografisch materiaal gaat. Deze beoordeling kan plaatsvinden door een ter zake deskundige medewerker, maar kan ook geautomatiseerd worden verricht. In dit laatste geval wordt, eventueel in combinatie met de hiervoor genoemde crawler, gebruikgemaakt van de eerder aangekondigde Hashcheckserver. Dit betreft een database met (thans) ruim 1,4 miljoen unieke hashcodes (digitale vingerafdrukken) van eerder gedetecteerd online kinderpornografisch materiaal. Deze hashcodes zijn door de politie beschikbaar gesteld.<sup>42</sup> Zoals hiervoor aangegeven overlegt de Autoriteit over zijn activiteiten met de betrokken marktpartijen vanuit het belang van een zo effectief mogelijke aanpak. Zo kunnen de eigen activiteiten van de Autoriteit en die van de betrokken aanbieders van communicatiediensten elkaar aanvullen en versterken.

Wanneer sprake is van online kinderpornografisch materiaal, kan de Autoriteit een aanwijzing als bedoeld in artikel 9 geven. De beschikking daartoe wordt op elektronische wijze bekendgemaakt. Bij nieuw kinderpornografisch materiaal maakt de Autoriteit daarvan melding bij de politie (zie ook artikel 7, tweede lid). In een dergelijke situatie kan opsporingsonderzoek opportuun zijn, zodat actueel kindermisbruik wordt gestopt en een dader vervolgd. Het is denkbaar dat de Autoriteit besluit geen aanwijzing te geven. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de betrokken aanbieder van een communicatiedienst niet eerder in aanraking is geweest met online kinderpornografisch materiaal en als aannemelijk is dat zelfregulering effectiever is. Het geven van een aanwijzing heeft dan geen meerwaarde. Van het geven van een aanwijzing zal voorts worden afgezien als de betrokken aanbieder niet in Nederland is gevestigd. In dat geval wordt de melding doorgezet aan een in het betrokken land gevestigd meldpunt, en daar opgevolgd.

Om zicht te houden op de meldingenstroom monitort de Autoriteit de uitgaande aanwijzingen, zodat inzichtelijk wordt welke aanbieders meldingen ontvangen en binnen welke termijn deze worden opgevolgd. Deze monitor is eerdergenoemd en als instrument al door de Technische Universiteit Delft gebouwd en werkzaam.<sup>43</sup> De resultaten van dit monitorinstrument maakt de

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2017/18, 31015, nr. 138.

<sup>42</sup> Kamerstukken II 2018/19, 31015, nr. 175.

<sup>43</sup> De werking van deze monitor is toegelicht in de brief van 6 november 2020 (Kamerstukken II 2020/21, 31015, nr. 203).

autoriteit jaarlijks openbaar, of naar eigen inzicht vaker, waarmee namen en prestaties van deze aanbieders openbaar worden.

## 5. Grondrechten

De voorgestelde bevoegdheden behoeven toelichting in een grondrechtelijk kader. Dit komt hieronder aan bod.

### 5.1 Vrijheid van meningsuiting

De aanwending van de voorgestelde bevoegdheden kan een inmenging vormen in het in recht op vrijheid van meningsuiting. Hieronder wordt verstaan de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen, zonder inmenging van het openbaar gezag en ongeacht landsgrenzen. Dit recht is onder meer beschermd in artikel 10 van het EVRM en artikel 11 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest).<sup>44</sup> Volgens de toelichting bij het Handvest corresponderen de rechten van artikel 11 van het Handvest met de rechten die in artikel 10 van het EVRM zijn gewaarborgd en hebben deze, gelet op artikel 52, derde lid, van het Handvest, dezelfde inhoud en reikwijdte.

Artikel 10, eerste lid, EVRM heeft ook betrekking op uitingen op internet.<sup>45</sup> Het valt niet uit te sluiten dat materiaal dat als kinderpornografisch wordt gekwalificeerd, onder omstandigheden binnen de reikwijdte van deze bepaling valt.<sup>46</sup> Voor zover dat het geval is, geldt dat het in deze bepaling neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting en informatie niet absoluut is: het tweede lid stelt buiten twijfel dat op dit recht beperkingen mogelijk zijn. Een inmenging is gerechtvaardigd als deze bij wet is voorzien, een legitiem doel dient en noodzakelijk is in een democratische samenleving.

#### *Bij wet voorzien*

Een inbreuk op het grondwettelijk recht van vrijheid van meningsuiting vergt een wettelijke grondslag. Deze grondslag moet voldoen aan de vereisten van toegankelijkheid (*accessibility*) en voorzienbaarheid (*foreseeability*). Het is dus niet alleen van belang of er een wettelijke grondslag is, maar ook of de betreffende regeling kwalitatief in orde is en voldoende waarborgen biedt tegen willekeurige inmenging. Dat betekent onder meer dat de grondslag waarop de inmenging rust voor de burger voldoende kenbaar moet zijn, en dat de desbetreffende norm zodanig precies moet zijn geformuleerd dat de burger zijn gedrag erop kan afstemmen.

Met de voorgestelde regeling wordt de benodigde wettelijke basis verschaft. Voorts zijn de voorgestelde bevoegdheden nauwkeurig en specifiek omschreven. Allereerst geldt dat zij louter kunnen worden aangewend in geval van kinderpornografisch materiaal. Andere uitingen op internet vallen buiten de reikwijdte van deze bevoegdheid. Het veelal evidente en contextonafhankelijk karakter van kinderpornografisch materiaal maakt dat voldoende voorzienbaar is in welke gevallen zal worden opgetreden. Anders dan bij andere soorten online uitingen is er bij kinderpornografisch materiaal immers veelal geen twijfel mogelijk over de kwalificatie van het materiaal. Voorts geldt dat de Autoriteit alleen optreedt in geval van *kennelijk* kinderpornografisch materiaal. Materiaal waarover redelijkerwijs discussie mogelijk is valt derhalve buiten de reikwijdte van deze bevoegdheid.

Tegen zowel de aanwijzing als een (eventueel) daaropvolgende bestuursrechtelijke sanctie staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Zowel in de bezwaarfase als in (hoger) beroep kan een verzoek om een voorlopige voorziening worden gedaan. De toewijzing van dit verzoek kan schorsende werking sorteren en ertoe leiden dat de ontoegankelijkmaking achterwege blijft of ongedaan wordt gemaakt, totdat op het bezwaar of het beroep is beslist.

<sup>44</sup> EHRM 10 mei 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0510DEC000168510.

<sup>45</sup> EHRM 1 december 2015, Cengiz e.a. t. Turkije, nrs. 48226/10 en 14027/11, ECLI:CE:ECHR:2015:1201JUD004822610. Zie ook EHRM 18 december 2012, Ahmet Yildirim t. Turkije, nr. 3111/10, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD000311110 en EHRM 18 oktober 2005, Perrin t. Verenigd Koninkrijk, nr. 5446/03, ECLI:CE:ECHR:2005:1018DEC000544603.

<sup>46</sup> Zo heeft het EHRM in enkele zaken waarin sprake was van ernstige gevallen van racisme of *hate speech*, geoordeeld dat deze uitingen buiten de reikwijdte van artikel 10 van het EVRM vallen, soms onder verwijzing naar artikel 17 van het EVRM. Zie bijvoorbeeld EHRM 23 september 1994, Jersild t. Denemarken, nr. 15890/89, ECLI:CE:ECHR:1994:0923JUD001589089, en EHRM 11 oktober 1979, Glimmerveen en Hagenbeek t. Nederland, nrs. 8348/78 en 8406/78, ECLI:CE:ECHR:1979:1011DEC000834878.

### *Legitiem doel*

Hierbij kan in het bijzonder worden gewezen op de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, alsmede op de bescherming van de rechten van anderen: daaronder kan worden begrepen het beperken van de beschikbaarheid van online kinderpornografisch materiaal.<sup>47</sup> Het voorkomen en beperken van seksueel misbruik van minderjarigen is een zwaarwegend belang.<sup>48</sup> Deze zwaarwegendheid wordt ondersteund door de Richtlijn kindermisbruik. Ingevolge deze richtlijn rust op Nederland een verplichting om maatregelen te treffen om handelingen die verband houden met seksueel misbruik van kinderen te voorkomen. In overweging 46 van deze richtlijn staat:

“(...) Om kinderpornografie te bestrijden moet de verspreiding van materiaal betreffende seksueel misbruik van kinderen worden beperkt door het voor ouders moeilijker te maken om de inhoud op het publiek toegankelijke internet te uploaden. Er moet derhalve worden opgetreden om de desbetreffende inhoud te verwijderen (...).”

Deze verplichting is uitgewerkt in artikel 25, eerste lid, van voormelde richtlijn. Op grond van deze bepaling zijn lidstaten verplicht maatregelen te nemen om de onverwijld verwijdering te bewerkstelligen van websites die kinderporno bevatten of verspreiden, indien de desbetreffende gegevens op het grondgebied van die lidstaat worden gehost. Met dit wetsvoorstel wordt in dergelijke maatregelen voorzien.

### *Noodzakelijk in een democratische samenleving*

Bij dit laatste vereiste is relevant of er een dringende maatschappelijke behoefte (*pressing social need*) bestaat.<sup>49</sup> Gewezen wordt op het zeer grote aantal kinderpornografische afbeeldingen dat ieder jaar in Nederland wordt gehost en doorgegeven en de noodzaak daar tegen op te treden. De voorgestelde maatregelen zijn proportioneel. Het geven van een bindende aanwijzing is een middel dat op een relatief weinig ingrijpende manier de verspreiding van online kinderpornografisch materiaal tegen gaat. Het opleggen van een sanctie, zoals een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete, kan noodzakelijk zijn om naleving van de aanwijzing af te dwingen. Het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete is bovendien pas aan de orde als de aanwijzing niet, of niet volledig, wordt nagekomen. Als de aanwijzing wordt opgevolgd, is er geen ruimte een sanctie op te leggen. De aanwijzing verplicht ook niet tot meer dan waartoe de aanbieder van een communicatiedienst in redelijkerwijs in staat is: de aanbieder die aannemelijk maakt alle redelijkerwijs te nemen maatregelen te hebben getroffen, heeft aan zijn verplichtingen voldaan. Ten aanzien van de last onder dwangsom wordt opgemerkt dat de hoogte van een dwangsom in alle gevallen in redelijke verhouding moet staan tot de zwaarte van de overtreding en de beoogde werking van de dwangsom. Enerzijds dient van de (dreigende) verbeurte een prikkel uit te gaan de overtreding te beëindigen. Anderzijds mag deze prikkel, gelet op het niet-punitieve karakter van de last onder dwangsom, niet verder te gaan dan noodzakelijk. Het voormelde geldt evenzeer voor het opleggen van een bestuurlijke boete: daarvoor is slechts plaats indien en nadat een aanwijzing niet of niet volledig is opgevolgd en dit aan de dienstverlener kan worden verweten. De hoogte van de boete wordt afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij wordt onder meer rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Over de openbaarmaking wordt ten slotte opgemerkt dat openbaarmaking pas aan de orde is nadat een bestuurlijke boete is opgelegd. Het gaat derhalve niet om een maatregel die direct samen met een aanwijzing tot ontoegankelijkmaking wordt opgelegd, maar om een maatregel opgelegd ter handhaving van deze aanwijzing. Gelet op de mogelijke samenloop van een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete geldt bovendien dat het totale pakket van sancties, gelet op artikel 3:4, tweede lid, Awb, evenredig zal moeten zijn.

Gelet op het voormelde is de voorgestelde regeling met voldoende waarborgen omkleed om een willekeurige inmenging in de grondrechten te voorkomen. Daarbij is relevant dat de bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing slechts mogelijk is indien sprake is van kennelijk online kinderpornografisch materiaal. Er is derhalve geen sprake van een algemene bevoegdheid tot ontoegankelijkmaking, die onder alle omstandigheden en gericht op alle typen online materiaal kan worden aangewend. Voorts is voorzien in een effectief en daadwerkelijk rechtsmiddel,

<sup>47</sup> EHRM 16 juni 2015, Delfi AS t. Estland, nr. 64569/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, r.o. 159. Zie ook EHRM 2 februari 2016, Magyar t. Hongarije, nr. 22947/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, r.o. 91.

<sup>48</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 2 december 2008, K.U. t. Finland, nr. 2872/02, ECLI:CE:ECHR:2008:1202JUD000287202, r.o. 46.

<sup>49</sup> EHRM 18 oktober 2005, Perrin t. Verenigd Koninkrijk, nr. 5446/03, ECLI:CE:ECHR:2005:1018DEC000544603.



waaronder de mogelijkheid tot het indienen van een verzoek om een voorlopige voorziening waarmee schorsende werking kan worden verkregen.

#### *Artikel 7 van de Grondwet*

De vrijheid van meningsuiting wordt ook beschermd door artikel 7 Gw. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat niemand voorafgaand verlot nodig heeft voor het openbaren van gedachten en gevoelens door andere middelen dan de drukpers en omroep, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Dit recht impliceert het recht een mening te uiten, waarbij alleen de wet in formele zin beperkingen kan stellen. Ook uitingen op internet vallen onder de reikwijdte van deze bepaling. Voorafgaand verlot wegens de inhoud van een uiting is verboden.<sup>50</sup> Gelet op hetgeen hiervoor is opgemerkt, is het voorgestelde systeem in lijn met artikel 7, derde lid, Gw. In aanvulling daarop wordt nog benadrukt dat de met dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen niet strekken tot een stelsel van voorafgaand verlot: een aanwijzing kan slechts worden gegeven ten aanzien van reeds geüpload kinderpornografisch materiaal, en strekt derhalve niet tot enige verplichting om uitingen preventief te filteren. Dat geldt evenzeer voor eventuele op de aanwijzing volgende sancties, nu deze slechts strekken ter handhaving van de aanwijzing tot ontoegankelijkmaking. Ook de zorgplicht verplicht aanbieders van hostingdiensten er niet toe in algemene zin toe te zien op gegevens die zij doorgeven of opslaan.

### **5.2 Vrijheid van ondernemerschap**

Een bevoegdheid die strekt tot ontoegankelijkmaking van online informatie kan een beperking opleveren van de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 Handvest). De vrijheid van ondernemerschap ziet met name op het recht voor elke onderneming om, binnen de grenzen van de aansprakelijkheid voor eigen handelingen, vrij te beschikken over de haar ter beschikking staande economische, technische en financiële middelen.

De hier voorgestelde bevoegdheden kunnen ertoe leiden dat deze vrijheid wordt beperkt omdat wordt ingegrepen in de bedrijfsvoering van ondernemingen. Van belang is dat een beperking noodzakelijk en proportioneel is. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>51</sup> kan worden afgeleid dat een aanwijzing tot ontoegankelijkmaking van gegevens weliswaar een inmenging kan betekenen, maar dat deze inmenging gerechtvaardigd is als aan drie eisen is voldaan:

- de aanwijzing schrijft niet voor welke maatregelen getroffen moeten worden. Degene tot wie de aanwijzing is gericht kan zelf de (technische) middelen kunnen kiezen om aan die maatregel te voldoen. Tevens moet diegene niet worden aangerekend dat een aanwijzing niet is nagekomen als hij kan aantonen alle redelijke maatregelen daartoe te hebben genomen;
- de genomen maatregelen mogen internetgebruikers niet nodeloos de mogelijkheid ontzeggen om zich rechtmatig toegang tot beschikbare informatie te verschaffen, en
- de maatregel moet daadwerkelijk doeltreffend zijn, en derhalve tot gevolg hebben dat niet-toegestane uitingen worden verhinderd of minstens bemoeilijkt.

Met de voorgestelde wettelijke regeling wordt aan deze voorwaarden voldaan. De beoogde aanwijzing verplicht de aanbieder van een communicatiedienst alle maatregelen te treffen die redelijkerwijs kunnen worden gevegd om het kinderpornografische materiaal ontoegankelijk te maken. De aanwijzing schrijft niet voor welke (technische) middelen moeten worden aangewend. De aanbieder van een communicatiedienst kan dus zelf de (technische) middelen kiezen om aan de aanwijzing te voldoen. De aanbieder die aannemelijk maakt alle redelijkerwijs te nemen maatregelen te hebben getroffen, maar er desalniettemin niet in slaagt het materiaal ontoegankelijk te maken, heeft aan deze verplichting voldaan. Het voormelde geldt in gelijke zin voor de zorgplicht.

Het vereiste van evenredigheid betreft een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel, zoals dat onder meer is neergelegd in artikel 52, eerste lid, van het Handvest. Uit dit vereiste volgt dat de gevorderde maatregelen in een redelijke verhouding moeten staan tot het daarmee beoogde doel. Een maatregel die slechts beperkt effectief is wordt eerder als onevenredig aangemerkt: omdat het beoogde doel wordt minder gemakkelijk wordt gerealiseerd, zal de maatregel dus minder snel in een redelijke verhouding tot dat doel zal staan. Ten aanzien van de voorgestelde maatregelen wordt opgemerkt dat de zorgplicht, aanwijzing en eventuele daarop volgende sancties ertoe strekken dat de toegang tot en de verspreiding van online kinderpornografisch materiaal wordt voorkomen, of in ieder geval wordt bemoeilijkt. Hoewel de verspreiding van kinderpornografisch materiaal nooit volledig valt uit te bannen, wordt dit wel sterk bemoeilijkt. Gelet daarop, en op de

<sup>50</sup> Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 35.

<sup>51</sup> HvJ 27 maart 2014, Telekabel Wien, ECLI:EU:C:2014:192, r.o. 52-64.

omstandigheid dat er geen minder verstrekking voorhanden is, is de regering van oordeel dat de onderhavige maatregel aan het evenredigheidsvereiste voldoet.

### **5.3 Verwerking van persoonsgegevens**

De AVG geeft regels voor de verwerking van persoonsgegevens. Onder 'persoonsgegevens' wordt op grond van artikel 4, eerste lid, AVG verstaan alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.

Voor de uitoefening van de krachtens deze wet aan de Autoriteit opgedragen taken is het verwerken van persoonsgegevens noodzakelijk. Dit betreft primair persoonsgegevens van diegenen die op het (gesteld) kinderpornografisch materiaal worden afgebeeld. Voorts betreft het persoonsgegevens van personen die zijn betrokken bij de rechtspersoon aan wie een aanwijzing wordt gegeven of een sanctie wordt opgelegd. Omdat het niet mogelijk zal zijn een aanwijzing te geven of een sanctie op te leggen zonder dat persoonsgegevens worden verwerkt, is deze verwerking noodzakelijk. De taak om de ontoegankelijkmaking van deze gegevens te bevorderen, zoals deze is opgedragen aan de Autoriteit, vormt daarmee tevens de grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens, als bedoeld in artikel 6, eerste lid, onderdeel e, AVG. Het voormelde geldt evenzeer indien de Autoriteit persoonsgegevens, verkregen bij de uitoefening van zijn taken, aan het Openbaar Ministerie verstrekt ten behoeve van de strafrechtelijke vervolging en opsporing.

#### *Bijzondere categorieën van persoonsgegevens*

Voor de uitvoering van de voorgestelde bevoegdheden kan het voorts noodzakelijk zijn om bijzondere categorieën van persoonsgegevens en persoonsgegevens van strafrechtelijke aard, als bedoeld in paragrafen 3.1 en paragraaf 3.2 van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming, te verwerken. Voorafgaand aan het geven van een aanwijzing moet worden vastgesteld of het materiaal inderdaad kinderpornografisch is. Dat vergt een beoordeling, en daarmee verwerking, van persoonsgegevens betreffende seksuele gedragingen van personen van wie verondersteld wordt dat zij de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt. Voorts is niet uitgesloten dat op het beeldmateriaal persoonsgegevens betreffende strafbare feiten zichtbaar zijn, zoals informatie over identificeerbare natuurlijke personen die mogelijk bij de vervaardiging van het materiaal betrokken zijn geweest.

Het verwerken van bijzondere categorieën van persoonsgegevens (waaronder gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid) is op grond van artikel 9, eerste lid, AVG verboden, tenzij in de AVG of het nationale recht een uitzondering is aan te wijzen. Voor het verwerken van bijzondere categorieën van persoonsgegevens is derhalve een wettelijke grondslag noodzakelijk. Dat geldt evenzeer voor het verwerken van persoonsgegevens van strafrechtelijke aard. De mogelijkheid die artikel 9, tweede lid, onderdeel g en artikel 10 AVG biedt om een dergelijke uitzondering te creëren is in dit wetsvoorstel benut. Artikel 13, eerste lid, bepaalt dat de Autoriteit bijzondere categorieën van persoonsgegevens en persoonsgegevens van strafrechtelijke aard kan verwerken, voor zover dat noodzakelijk is voor de uitvoering van de bij deze wet aan hem opgedragen taken. Deze verwerking is noodzakelijk om redenen van zwaarwegend algemeen belang: het ontoegankelijk maken van kinderpornografisch materiaal en het voorkomen van verdere kennisneming en verspreiding daarvan. De zwaarwegendheid van dit belang blijkt onder meer uit de eerder genoemde Richtlijn kindermisbruik. Deze richtlijn onderstreept dat seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen tot ernstige schendingen van grondrechten leidt en dat de bestrijding van dit type misbruik de hoogste prioriteit heeft.

Vanzelfsprekend is het doel van deze verwerking gebonden aan de uitoefening van de taken van de Autoriteit. De ruimte om persoonsgegevens te verwerken, vindt hierin zijn begrenzing. De verwerking van deze typen persoonsgegevens derhalve slechts toegestaan voor zover dat noodzakelijk is voor de uitvoering van de taken van de Autoriteit: het geven van aanwijzingen en zo nodig het opleggen van sancties. Verder dient de Autoriteit als verwerkingsverantwoordelijke onder meer te voorzien in voldoende beveiligingsmaatregelen.

#### *Uitsluiten recht op inzage*

In hoofdstuk III van de AVG zijn de rechten van de betrokkene neergelegd. Het betreft hier onder meer het recht op informatie over de verwerking van persoonsgegevens, het recht op toegang tot deze persoonsgegevens, het recht om bezwaar te maken tegen de verwerking van deze gegevens en het recht om te worden vergeten. Artikel 23, eerste lid, AVG biedt ruimte om de reikwijdte van de verplichtingen en rechten in (onder meer) de artikelen 12 tot en met 22, AVG onder voorwaarden te beperken, mits die beperking de wezenlijke inhoud van de grondrechten en

fundamentele vrijheden onverlet laat, en die beperking in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel is ter waarborging van één van de in artikel 23, eerste lid, AVG genoemde onderdelen.

Van deze ruimte is in dit wetsvoorstel gebruikgemaakt. Ingevolge artikel 15, eerste en derde lid, AVG heeft een betrokkene het recht om inzage te krijgen in hem betreffende persoonsgegevens, en daar een kopie van te ontvangen. Buiten kijf staat dat op een op het beeldmateriaal afgebeeld slachtoffer op grond van deze bepaling – desgewenst – inzage kan en moet kunnen krijgen in dit materiaal. Het is echter niet uitgesloten dat ook de persoon die het kinderpornografisch materiaal heeft geproduceerd en daarop zichtbaar is, inzage in dit materiaal wil krijgen of hier een kopie van wil ontvangen. In dat geval ligt het in de rede dat inzage wordt geweigerd. Het voorgestelde artikel 13, tweede lid, regelt daarom dat de Autoriteit kan bepalen dat de inzage als bedoeld in artikel 15 AVG achterwege blijft. Deze beperking is gebaseerd op artikel 23, eerste lid, aanhef en onder h en i, AVG. Gelet op de aard van kinderpornografisch materiaal kan deze verwerking mede betrekking hebben op bijzondere categorieën van persoonsgegevens (waaronder gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid). Dit vergt een zaaksgebonden afweging van de Autoriteit. Een dergelijke beslissing zal bijvoorbeeld niet snel worden genomen als een op het materiaal afgebeelde minderjarige of diens wettelijk vertegenwoordiger om inzage vraagt. Gelet op het doel van deze beperking is anderzijds niet voorzien in een (aanvullende) mogelijkheid voor betrokkenen om van deze verwerking op de hoogte te worden gesteld.

Het is niet noodzakelijk om te voorzien in andere nationaalrechtelijke uitzonderingen op de in hoofdstuk III van de AVG opgenomen rechten, omdat de AVG op de relevante onderdelen zelf al de mogelijkheid biedt om effectuering van deze rechten achterwege te laten. Ter illustratie wordt gewezen op het in artikel 17 AVG opgenomen recht te worden vergeten. Ingevolge artikel 17, derde lid, onderdeel b, AVG is het recht te worden vergeten niet van toepassing indien de verwerking noodzakelijk is voor het nakomen van een in lidstatelijk recht neergelegde wettelijke verwerkingsverplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust. Gelet op hetgeen hiervoor is opgemerkt, is aan deze uitzondering voldaan.

## **6. Verhouding tot andere regelgeving**

### **6.1 Richtlijn inzake elektronische handel**

De Richtlijn inzake elektronische handel bepaalt onder welke voorwaarden en omstandigheden een aanbieder van een communicatiedienst wiens activiteiten (mede) bestaan uit de opslag en doorgifte van informatie, niet aansprakelijk is voor zijn aandeel in het ontsluiten van die informatie. Artikel 14 van de richtlijn bepaalt, kort gezegd, dat aansprakelijkheid voor hostingactiviteiten ontbreekt zolang de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige informatie en, indien hij kennis krijgt van het onwettige karakter van de informatie, prompt handelt om die informatie te verwijderen of de toegang daartoe ontoegankelijk te maken. De artikelen 12 en 13 van deze richtlijn bevatten bepalingen van vergelijkbare aard voor aanbieders van respectievelijk 'mere conduit' en 'caching'. Voorts bepaalt artikel 15 van deze richtlijn dat aan deze typen dienstverleners geen algemene verplichting mag worden opgelegd om toe te zien op de verspreide informatie, of om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onrechtmatige of strafbare activiteiten duiden. Het in deze richtlijn opgenomen aansprakelijkheidsregime doet geen afbreuk aan de mogelijkheid om verschillende soorten nationale maatregelen te treffen in het kader van de openbare orde en openbare veiligheid. Daaronder valt ook het tegengaan van online kinderpornografisch materiaal. Onder de mogelijke maatregelen vallen in ieder geval administratieve uitspraken waarin de beëindiging van een inbreuk wordt bevolen, met inbegrip van de verwijdering of het ontoegankelijk maken van onwettige informatie (artikelen 12, derde lid, 13, tweede lid, en 14, derde lid, van de richtlijn). De zorgplicht, aanwijzing, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete zijn dergelijke instrumenten. Benadrukt wordt dat deze instrumenten er niet toe strekken aanbieders van communicatiediensten te verplichten in algemene zin toe te zien op de middels hun systemen verspreide informatie.

De in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen zijn beperkt tot aanbieders van communicatiediensten die op Nederlands grondgebied zijn gevestigd. De in artikel 3, tweede tot en met zesde lid, van de Richtlijn inzake elektronische handel opgenomen regeling voor maatregelen gericht op aanbieders in andere lidstaten dan de lidstaat waar het desbetreffende aanbieder is gevestigd, is daarom niet van toepassing.

## **6.2 Verordening netneutraliteit**

De verordening netneutraliteit (Verordening (EU) 2015/2120 tot vaststelling van maatregelen betreffende open internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobilecommunicatienetwerken binnen de Unie (PbEU 2015, L 310)) geeft regels over open internettoegang. Artikel 3 van deze verordening bepaalt, kort gezegd, dat alle internetverkeer gelijk moet worden behandeld en dat aanbieders van internettoegangsdiensten, zoals een internetserviceprovider, internetverkeer niet mogen beperken of beïnvloeden. De verordening kent een beperkte lijst van uitzonderingen op het verbod op blokkeren en vertragen van internetverkeer. Uitzonderingen zijn onder meer mogelijk ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of rechterlijk bevel. Daaraan is in dit geval voldaan: de opvolging van de zorgplicht of een aanwijzing, als bedoeld in deze wet, geldt als de uitvoering van een dergelijk wettelijk voorschrift.

## **6.3 Richtlijn kindermisbruik**

De eerder aangehaalde Richtlijn kindermisbruik strekt er mede toe online seksueel misbruik tegen te gaan. De richtlijn is er primair op gericht degenen die zich schuldig maken aan het vervaardigen, verspreiden of downloaden van beelden van seksueel misbruik van kinderen aan te houden en te vervolgen, maar beoogt ook de beschikbaarheid van online kinderpornografisch materiaal te beperken door te voorzien in maatregelen gericht op het verwijderen van dit type inhoud. Artikel 25, eerste lid, van deze richtlijn verplicht lidstaten om maatregelen te treffen tegen websites die kinderpornografisch materiaal bevatten of verspreiden. Dergelijke maatregelen kunnen onder meer worden gebaseerd op verschillende soorten overheidsoptreden zoals wetgevend, niet-wetgevend, gerechtelijk en ander optreden. De in dit wetsvoorstel voorgestelde bevoegdheden passen in het doel van deze richtlijn en versterken de Nederlandse inzet bij de aanpak van online kinderpornografisch materiaal.

# **7. Financiële gevolgen, MKB-toets en regeldruk**

## **7.1 Financiële gevolgen**

Zoals in paragraaf 2.1 is toegelicht wordt in 16% van de meldingen binnen de bestaande zelfregulering geen of onvoldoende opvolging gegeven aan een melding. De Autoriteit bundelt deze meldingen tot dossiers, gekoppeld aan specifieke aanbieders. Daarbij wordt uitgegaan van maximaal 150 dossiers per jaar. De beoogde werkzaamheden variëren van het geven van een aanwijzing tot ontoegankelijkmaking en de opvolging daarvan, inclusief het voeren van bestuursrechtelijke procedures, tot het vormgeven van de zorgplicht en de beoogde samenwerking met de sector (zie paragraaf 4.3). De communicatie met de sector vindt op elektronische wijze plaats.

De behandeling van deze meldingen en dossiers vergt een geschatte capaciteit van 6 fte. Daarnaast zal de monitoring en analyse één fte vergen, de ontwikkeling en handhaving van de zorgplicht eveneens één fte, en de samenwerking met de sector en buiten Nederland gevestigde meldpunten twee fte. Voor ondersteuning, voorlichting en bestuur is 4,5 fte geschat. In totaal komt dit op 14,5 fte per jaar aan structurele capaciteit. Omdat sprake is van een kleine en een hoog specialistische organisatie zijn de gemiddelde integrale kosten per fte op € 177.000 geschat, op basis van een vergelijking met andere relevante zelfstandige bestuursorganen. Aldus bedragen de structurele kosten ten behoeve van de Autoriteit € 2,5 miljoen per jaar. Hierbij moet worden aangetekend dat het aantal meldingen dat niet binnen de zelfregulering wordt opgepakt naar verwachting zal dalen, als gevolg van (de preventieve werking van) de komst van de Autoriteit.

De op- en inrichting van de beoogde Autoriteit zorgt tevens voor eenmalige kosten. Deze betreffen onder meer de uitwerking en inrichting van de organisatiestructuur, het werven van personeel, huisvesting en de inrichting van de ICT-structuur. Een deel van deze kosten is al gemaakt: zo is de in paragraaf 4.3 bedoelde monitor van de TU Delft al operationeel. Daarnaast wordt zoveel mogelijk aangehaakt bij de bestaande meldverwerkingssystemen van het EOKM en andere ketenpartners. De geschatte kosten voor de op- en inrichting van de Autoriteit bedragen derhalve € 1 miljoen. Overigens kan het hiervoor genoemde bedrag van € 2,5 miljoen voor de structurele kosten in het eerste jaar deels voor deze eenmalige kosten worden ingezet, omdat de structurele kosten bij aanvang nog relatief laag zullen zijn en stapsgewijs zullen groeien. Verwacht wordt daarom dat de eenmalige en structurele kosten in het *eerste jaar* sommen tot de begrote € 2,5 miljoen.

## 7.2 MKB toets

In samenspraak met het ministerie van Economische Zaken en Klimaat heeft een MKB-toets plaatsgevonden. Tijdens een panelgesprek is aandacht besteed aan de werkbaarheid en uitvoerbaarheid van het onderhavige wetsvoorstel, en de gevolgen van dit wetsvoorstel voor de regeldruk. Tijdens de bijeenkomst waren vijf aanbieders van hostingsdiensten aanwezig. Eén aanbieder heeft schriftelijk gereageerd. Alle deelnemers behoren tot het midden- en kleinbedrijf. De hieronder weergegeven opmerkingen en suggesties zijn een weergave van de verschillende perspectieven en invalshoeken, zoals ingebracht door en namens de verschillende deelnemers en het ministerie van Justitie en Veiligheid.

Door de deelnemers is opgemerkt dat wetgeving en de uitvoering door het beoogde bestuursorgaan ruimte moeten laten voor aanpassingen aan de hand van de laatste (technische) ontwikkelingen, zoals live-streaming en deeplinking. Dit betekent dat het bestuursorgaan in nauw contact moet staan met zowel de markt als de betrokken partijen. Door de deelnemers is verder de suggestie gedaan om te onderzoeken of de aanwijzing en last onder dwangsom ook middels digitale wijze, voorzien van degelijke authenticatie, kan worden verzonden. Dit is door het ministerie onderschreven.

Tijdens de bijeenkomst is verder opgemerkt dat de beoogde aanwijzing en sancties bij bepaalde type aangeboden diensten (*unmanaged hosting* en *transit hosting*) moeilijker opvolgbaar zijn. Dergelijke meldingen worden direct doorgegeven aan de klant; de aanbieder heeft zelf geen toegang tot de servers, omdat deze door de klant worden onderhouden. Namens het ministerie is opgemerkt dat voor het opvolgen van een aanwijzing een redelijke termijn, zoals 24 uur, wordt gegeven. Dat is voldoende tijd om dergelijke meldingen te verwerken of laten verwerken, ook als deze op servers staan die onderhouden worden door de klant. Dit standpunt is door de andere deelnemende aanbieders onderschreven. Zijdens het ministerie is benadrukt dat het ten alle tijden de verantwoordelijkheid van de aanbieder is om te zorgen dat een melding accuraat wordt opgevolgd, ongeacht de aangeboden dienst en de klant.

Door de deelnemers is erop gewezen dat door de grilligheid van het internet 'abuse golven' kunnen ontstaan. Dit zijn korte periodes waarbij veel ongewenste content, zoals kinderpornografisch materiaal, wordt verspreid. Op dergelijke momenten kunnen aanbieders het verwerken van meldingen nauwelijks bijhouden. Door het ministerie is opgemerkt dat bij de aanwijzing en het (afdwingen van) de naleving daarvan rekening zal worden gehouden met extreme abuse golven. Het moet voor het betrokken aanbieder immers wel redelijkerwijs mogelijk zijn een aanwijzing op te volgen.

Een aantal marktpartijen heeft zorgen geuit dat bij het verwerken van meldingen mogelijk nevenschade ontstaat, als er te weinig kennis is van het netwerk om de content offline te halen. Ook is opgemerkt dat de beoogde wetgeving mogelijk een 'waterbed-effect' zal hebben: zodanig dat de te treffen partijen uitwijken naar het buitenland. Het ministerie erkent deze zorgen, maar benadrukt dat aanbieders, maar ook Nederland, een eigen verantwoordelijkheid heeft om op te treden tegen de verspreiding van online kinderpornografisch materiaal. Wel wordt er gekeken naar een verbreding naar datacentra, en wordt ook in Europees verband ingezet op de (grensoverschrijdende) bestrijding van online kinderpornografisch materiaal.

Ten slotte beaamt het ministerie dat juist slordige hosters zullen worden geraakt. Aanbieders die zich binnen het bestaande regime van zelfregulering adequaat opvolging geven aan een melding, worden niet of slechts zeer beperkt geraakt. Alle aanbieders zijn en blijven echter verantwoordelijk voor het tijdig en zorgvuldig verwerken van een melding of aanwijzing. Benadrukt wordt dat ook zogenoemde 'bulletproof hosters' zullen worden geraakt, bijvoorbeeld omdat daar middels het strafrecht tegen wordt opgetreden. Dat laat onverlet dat het beoogde instrumentarium van toepassing wordt op alle aanbieders van communicatiediensten. Hierin wordt geen onderscheid gemaakt.

## 7.3 Regeldruk

In deze paragraaf worden de uitgangspunten van effectieve regelgeving toegepast op het beleid en de wetgeving die leidt tot de voorliggende voorstel van wet. Hierbij is gebruik gemaakt van het Handboek Meting Regeldrukkosten.

Beleid en nadere acties om online materiaal van seksueel kindermisbruik aan te pakken is evident nodig, om slachtoffers beter tegen dit materiaal te beschermen en om het moeilijker te maken dit materiaal te vinden en delen op internet. Zoals in paragraaf 2.1 is opgemerkt, heeft Nederland een bijzondere verantwoordelijkheid vanwege haar grote internetindustrie. De trend in de groei van het aantal meldingen van online seksueel kindermisbruik gaat de verkeerde kant op. De bestaande zelfregulering en strafrechtelijke aanpak werkt goed, maar is duidelijk niet afdoende.

Het onderhavige voorstel van wet is daarom noodzakelijk om de openstaande meldingen alsnog accuraat van internet te verwijderen en om de laatste aanbieders te bewegen preventief actie te ondernemen. Binnen de bestaande zelfregulering wordt 84% van de meldingen door aanbieders opgepakt. In 16% van de meldingen, en dus in ruim 25.000 gevallen, wordt binnen de zelfregulering niet, of niet tijdig, opvolging gegeven aan een melding. Deze overweldigende hoeveelheid meldingen en de hoeveelheden materiaal die op het Nederlandse deel van het internet blijven staan, gecombineerd met het gemak waarmee dit materiaal kan worden gedeeld, noopt tot wettelijk ingrijpen.

De Autoriteit sluit aan op bestaande regels: afbeeldingen van seksueel kindermisbruik zijn strafbaar. Wanneer een aanbieder kennis krijgt van online kinderpornografisch materiaal op zijn systemen, moet deze ontoegankelijk gemaakt worden. Dit uitgangspunt is niet nieuw.<sup>52</sup> De rol van de Autoriteit ligt in het verlengde van de bestaande zelfregulering, en komt niet daarvoor in de plaats. Voor bedrijven die in dit kader goed meewerken en acteren op online kinderpornografisch materiaal, verandert er dus vrijwel niets. Daarnaast draagt het onderhavige voorstel bij aan een gelijk speelveld tussen aanbieders die zich geconfronteerd zien met online kinderpornografisch materiaal omdat concurrentievoordelen, die ontstaan door een verschil in handhavingsinspanning en bijbehorende kosten tussen aanbieders, worden verminderd. Zo wordt een gelijk speelveld gegarandeerd voor alle aanbieders van communicatiediensten die in Nederland actief zijn.

Het onderhavige wetsvoorstel is gericht op aanbieders die geen of onvoldoende invulling aan de zelfregulering geven. Zij krijgen te maken met bestuursrechtelijke instrumenten, zoals de plicht tot het treffen van maatregelen, of een aanwijzing tot ontoegankelijkmaking. Aanbieders die niet met online kinderpornografisch materiaal worden geconfronteerd of hier binnen de zelfregulering adequaat op handelen, blijven dus buiten beeld. De gevergdde actie (het ontoegankelijk maken van het online kinderpornografisch materiaal, zijnde strafrechtelijk beeldmateriaal, en het zo nodig treffen van passende maatregelen) is proportioneel en passend. Zo verplicht de aanwijzing ertoe dat online kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk wordt gemaakt, maar wordt de wijze waarop dat gebeurt uitdrukkelijk bij de aanbieder gelaten, en noopt de zorgplicht niet tot het treffen van maatregelen door een aanbieder die in het geheel niet met online kinderpornografisch materiaal wordt geconfronteerd. Dat maakt voorliggende voorstel van wet zo lastenluw mogelijk. Waar mogelijk wordt bovendien aangesloten op bestaande processen die door de branche al binnen de bestaande zelfregulering worden toegepast. Zo zal de bestaande Notice and Takedown code van de internetsector ook als uitgangspunt gelden voor de Autoriteit. Ook zal het berichtenverkeer tussen de Autoriteit en de betrokken aanbieders op elektronische wijze plaatsvinden, zodat aanbieders aanwijzingen krijgen op een wijze die voor hen snel en goed werkbaar is. Verder zal de Autoriteit een hybride aanpak in toezicht hanteren: hij werkt via horizontale relaties samen met aanbieders, en vervult slechts waar dat onvoldoende effect sorteert een verticale gezagsrol. De Autoriteit zal kennisnemen van alternatieve nalevingsvarianten en deze meenemen in zijn werkwijze. Deze hybride vorm van toezicht garandeert een blijvende dialoog tussen sector en de Autoriteit, in navolging van de huidige publiek-private samenwerking die thans loopt met de branche. Concreet kan dit bijvoorbeeld resulteren in innovatieve nieuwe oplossingen die vanuit de branche worden voorgesteld, en omarmd.

Het voorliggende voorstel van wet leidt tot twee soorten nalevingskosten: kosten die alle aanbieders kunnen maken in het kader van aanwijzingen en de daarop volgende acties van de Autoriteit, en de kosten die aanbieders van hostingdiensten kunnen maken in het kader van de zorgplicht. Voor het aanpakken van online kinderpornografisch materiaal geldt de eerder

---

<sup>52</sup> Dit uitgangspunt is onder meer neergelegd in de artikelen 12 tot en met 14 van de Richtlijn inzake elektronische handel, en artikel 25 van de Richtlijn kindermisbruik (zie hoofdstuk 6). Het in dit wetsvoorstel voorgestelde instrumentarium komt bovendien in grote mate overeen met de aankomende verordening ter voorkoming van de verspreiding van terroristische online-inhoud. Deze verordening wordt naar verwachting in april 2021 gepubliceerd, en verplicht aanbieders van hostingdiensten ertoe om online terroristisch materiaal binnen één uur na een aanwijzing ontoegankelijk te maken. De verordening voorziet ook in een verplichting tot het treffen van specifieke maatregelen om de verspreiding van dit materiaal te voorkomen. Zie voor het voorstel van de Europese Commissie COM (2018) 640.

genoemde Notice and Takedown code. De kosten die aanbieders in dit verband maken, zijn kosten die zij ook los van dit wetsvoorstel maken. De kosten die aanbieders maken als gevolg van het niet naleven van deze normen gelden zoals gebruikelijk niet als regeldruklasten.

De zorgplicht zal wel tot nalevingskosten leiden: in het kader van de samenwerking tussen het bedrijfsleven en Autoriteit zal uitdrukkelijk aandacht zijn voor de ontwikkeling van kosteneffectieve preventieve maatregelen en activiteiten. Dat zal eraan bijdragen dat de kosten voor bedrijven beperkt kunnen worden. Hiervan kan op dit moment nog geen goede schatting worden gegeven, omdat dit afhankelijk is van elementen als grootte van de aanbieder, diens financiële draagkracht en de mate van blootstelling aan online kinderpornografisch materiaal. Wel wordt herhaald dat de zorgplicht is gericht op aanbieders van hostingdiensten die (veel) meldingen van seksueel kindermisbruik te verwerken hebben. Uit de monitor van de TU Delft blijkt dat dit een relatief klein aantal aanbieders betreft, dat structureel te weinig inspanningen verricht. De zorgplicht behelst aldus maatwerk, dat is erop is gericht specifieke bedrijven met grote hoeveelheden meldingen te bewegen dit preventief te reduceren. Daarmee wordt verwacht dat de nalevingskosten van de zorgplicht in de praktijk neerdalen bij deze specifieke bedrijven. Een aanbieder die in het geheel niet met online kinderpornografisch materiaal wordt geconfronteerd, behoeft immers geen maatregelen te treffen.

## **8. Uitgebrachte adviezen**

PM (internet)consultatie.

CONCEPT

## ARTIKELSGEWIJS DEEL

### Artikel 1

#### *Aanbieder van hostingdiensten*

Met aanbieder van hostingdiensten wordt bedoeld op de aanbieder die een communicatiedienst verleent bestaande in de opslag van gegevens die van een ander afkomstig zijn, als bedoeld in artikel 14 van de richtlijn inzake elektronische handel. Daarbij is niet het type onderneming, maar de aard van de aangeboden dienst doorslaggevend. Ook aanbieders wier activiteiten gedeeltelijk bestaan uit hosting zijn derhalve, voor zover zij dergelijke activiteiten ontplooiën, aan te merken als aanbieder van hostingdiensten. Onder de reikwijdte van deze definitie vallen onder meer aanbieders van serverruimte zoals datacentra, maar ook social media platforms, video streaming services en internet service providers, voor zover zij op hun eigen servers ruimte aanbieden voor het opslaan van gegevens, zoals (onderdelen van) websites, losse afbeeldingen of videobestanden. De opslag dient enige duur van betekenis te hebben. Het automatisch en kortstondig opslaan van gegevens om de latere doorgifte van die gegevens aan gebruikers van een dienst efficiënter te maken ('caching') valt niet onder de reikwijdte. Evenmin onder de reikwijdte valt de aanbieder wiens dienstverlening bestaat uit het louter doorgeven van informatie of het verschaffen tot toegang van een communicatienetwerk ('mere conduit', waaronder access providers).

#### *Kinderpornografisch materiaal*

De definitie van kinderpornografisch materiaal stemt overeen met artikel 240b Sr, met dien verstande dat het onderhavige wetsvoorstel slechts betrekking heeft op kinderpornografisch materiaal dat via het internet wordt verspreid. Onder de reikwijdte van deze bepaling vallen afbeeldingen, of gegevensdragers waarop een afbeelding staat, waarop een seksuele gedraging staat waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken. De toepassing van deze bepaling is in hoge mate geobjectiveerd. De werkelijke leeftijd van de afgebeelde persoon is niet relevant en hoeft evenmin te worden bewezen. Het is voldoende dat aan de hand van de uit het materiaal blijkende uiterlijke lichaamskenmerken volgt dat degene die is afgebeeld jonger oogt dan 18 jaar.<sup>53</sup> Bij die schatting wordt rekening gehouden met alle kenmerken van het lichaam van de desbetreffende persoon die enige indicatie kunnen geven omtrent de leeftijd van die persoon.<sup>54</sup> Met de bewoordingen 'schijnbaar is betrokken' wordt tot uitdrukking gebracht dat ook virtuele kinderporno onder de reikwijdte van deze bepaling valt.<sup>55</sup> Voor het overige wordt verwezen naar het algemene deel van de toelichting.

#### *Ontoegankelijk maken*

Verwezen wordt naar paragraaf 3.2 van het algemene deel van de toelichting. In aanvulling daarop wordt opgemerkt dat de aanwijzing niet dwingend voorschrijft op welke wijze het kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk moet worden gemaakt. De ontoegankelijkmaking daarvan kan plaatsvinden door het materiaal te verwijderen, of de toegang daartoe te blokkeren. Blokkering kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de desbetreffende aanbieder van een communicatiedienst het niet in zijn macht heeft het materiaal te verwijderen. Om aan de aanwijzing tot ontoegankelijkmaking te voldoen, dient in een dergelijk geval de blokkering voort te duren zolang het materiaal wordt aangeboden of doorgegeven.

### Artikelen 2 en 3

Verwezen wordt naar hoofdstuk 4 van deze toelichting.

### Artikel 4

De Kaderwet verplicht niet tot vaststelling van een bestuursreglement. Wel is aan de minister die het aangaat een goedkeuringsrecht toegekend voor die gevallen waarin een zelfstandig bestuursorgaan op grond van een andere wettelijke regeling een bestuursreglement dient vast te stellen (artikel 11, eerste lid, van de Kaderwet). Het voorgestelde artikel 4 voorziet in een dergelijke verplichting. De reden voor deze verplichting is dat de minister van Justitie en Veiligheid een algemene verantwoordelijkheid heeft voor de taakuitoefening door de Autoriteit, en de in een bestuursreglement opgenomen regels – te denken valt bijvoorbeeld aan regels over de wijze van besluitvorming en de taakverdeling tussen de leden – het functioneren en daarmee de taakuitoefening van de Autoriteit kunnen beïnvloeden. Door algemene regels daarover op te

<sup>53</sup> HR 7 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8936, r.o. 3.3.

<sup>54</sup> Kamerstukken II 2000/01, 27745, 6, p. 10.

<sup>55</sup> Kamerstukken II 2000/01, 27745, 6, p. 8.



nemen in een bestuursreglement, dat door de Minister van Justitie en Veiligheid moet worden goedgekeurd, wordt hij aldus in staat gesteld betere invulling te geven aan zijn systeemverantwoordelijkheid.

#### Artikel 5

De uitoefening van de bij deze wet aan de Autoriteit opgedragen bevoegdheden vergt dat de Autoriteit kinderpornografisch materiaal ontvangt, beoordeelt en in bezit houdt. De Autoriteit en de personen die daar werkzaam zijn zullen zich bovendien door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst toegang tot dit materiaal moeten verschaffen, voor zover dit beschikbaar is op het openbare internet. Dit artikel sluit zowel de Autoriteit als diens medewerkers uit van strafrechtelijke vervolging voor deze handelingen. Dit geldt uiteraard alleen voor zover zij handelen ter uitoefening van de bij deze wet aan hen opgedragen taken. Deze beperking moet eng worden uitgelegd: het betreft niet alle werknemers van de Autoriteit, maar alleen die werknemers voor wie het voor de uitoefening van hun werkzaamheden noodzakelijk is dat zij met kinderpornografisch materiaal werken.

#### Artikel 6

Dit artikel bevat een kapstokbepaling voor het elektronische berichtenverkeer tussen de Autoriteit en aanbieders van communicatiediensten.

Afdeling 2.3 Awb bevat een algemene regeling voor elektronische berichtenverkeer tussen burgers en bestuursorganen. Zo is bijvoorbeeld geregeld dat een bericht van een bestuursorgaan aan één of meer geadresseerden elektronisch kan worden verzonden als de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij langs deze weg voldoende bereikbaar is, en is bepaald dat een burger die een bericht wil verzenden aan een bestuursorgaan, ook wanneer het bestuursorgaan de elektronische weg daartoe heeft opengesteld, nog altijd de keuze heeft het bericht anders dan langs elektronische weg te verzenden. In afwijking van de artikelen 2:14, eerste lid, en 2:15, eerste lid van de Awb wordt in dit artikel elektronisch berichtenverkeer tussen de Autoriteit en de betrokken aanbieder verplicht voorgeschreven. De overige bepalingen van afdeling 2.3 van de Awb blijven van toepassing. Dit houdt onder meer in dat de Autoriteit een elektronisch bericht op een betrouwbare en vertrouwelijke manier verzendt, en dat als tijdstip van verzending van een bericht geldt het moment waarop het een systeem voor gegevensbewerking heeft bereikt waarvoor de Autoriteit geen verantwoordelijkheid draagt.

Het tweede lid bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gegeven over de wijze waarop het elektronische berichtenverkeer plaatsvindt. Hieronder worden in elk geval verstaan regels over welke digitale voorziening beschikbaar is, en de wijze van authenticatie. Onder authenticatie wordt verstaan: de manier waarop bij het inloggen in het elektronische berichtensysteem de identiteit van de betrokken aanbieder van een communicatiedienst, danwel degene die namens deze aanbieder optreedt, wordt vastgesteld.

#### Artikel 7

Het eerste lid regelt dat de Autoriteit met de politie en het openbaar ministerie in overleg treedt. Met dit overleg wordt voorkomen dat door de aanwending van bestuursrechtelijke bevoegdheden de strafrechtelijke opsporing en vervolging van diegenen die kinderpornografisch materiaal produceren of bekijken, wordt doorkruist. Het overleg betreft ten eerste aangelegenheden van algemene aard, zoals algemene kaders waarbinnen de Autoriteit zijn bevoegdheden zal aanwenden en de wijze en frequentie waarop nadere afstemming plaatsvindt met het openbaar ministerie en de politie. Het is niet noodzakelijk dat de Autoriteit en het openbaar ministerie voorafgaand aan iedere bestuursrechtelijk maatregel in overleg treden. Dat zou ook niet mogelijk zijn, gelet op de grote aantallen meldingen over kinderpornografisch materiaal en het dus potentieel grote aantal op te leggen maatregelen.

Het is niet uitgesloten dat de Autoriteit uit hoofde van haar werkzaamheden over informatie komt te beschikken die van belang kan zijn bij de opsporing en vervolging. Het moet daarom mogelijk zijn deze gegevens uit eigen beweging, of op verzoek, aan de politie te verstrekken. Het tweede lid bevat daartoe een grondslag, op grond waarvan de Autoriteit dergelijke gegevens aan de politie kan verstrekken ten behoeve van de uitoefening van diens wettelijke taak, bedoeld in artikel 3 van de Politiewet 2012.

#### Artikel 8

Verwezen wordt naar paragraaf 3.1 van het algemene deel van deze toelichting.

### Artikel 9

De aanwijzing schept een bestuursrechtelijke norm waar de betrokken aanbieder van een communicatiedienst aan moet voldoen. De aanwijzing attendeert de aanbieder op de aanwezigheid van online kinderpornografisch materiaal en verplicht ertoe dit materiaal binnen een in de aanwijzing opgenomen termijn ontoegankelijk te maken. Het tweede lid stelt buiten twijfel dat de aanwijzing bindend is. Naleving van deze verplichting kan worden afgedwongen met een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete.

In algemene zin geldt dat de aanwijzing (zo mogelijk) wordt gegeven aan een aanbieder van hostingdiensten. Omdat deze aanbieders het materiaal daadwerkelijk hebben opgeslagen, kan van hen redelijkerwijs worden gevergd dat zij dit materiaal verwijderen. Soms is het (technisch) niet mogelijk om de betrokken aanbieder van hostingdiensten te identificeren. Dat is bijvoorbeeld het geval als deze in het buitenland is gevestigd. De in het eerste lid gehanteerde definitie van 'aanbieder van een communicatiedienst' laat daarom toe dat de aanwijzing tot een andere aanbieder wordt gericht. Gedacht kan worden aan een aanbieder die de doorgifte van deze gegevens verzorgt ('mere conduit').

Voor de definitie van ontoegankelijkmaking is aansluiting gezocht bij de omschrijving van ontoegankelijkmaking zoals deze is neergelegd in artikel 125p Sv en artikel 34n van de Wet op de Kansspelen. Zie daarover het algemene deel van deze toelichting. In de aanwijzing wordt niet dwingend voorgeschreven welke handelingen de aanbieder moet verrichten om het desbetreffende materiaal ontoegankelijk te maken.

Het derde lid vermeldt de elementen die in ieder geval in de aanwijzing moeten worden opgenomen. Door deze elementen in de wet op te nemen wordt zeker gesteld dat elke aanwijzing in ieder geval deze gegevens bevat.

Het vierde lid bevat de bevoegdheid tot oplegging van een bestuurlijke boete. De maximale boetehoogte is geregeld in artikel 11.

### Artikel 10

De last onder dwangsom kan worden opgelegd als de aanwijzing, bedoeld in artikel 9, niet is opgevolgd of de gegevens, bedoeld in artikel 8, tweede lid, niet worden verstrekt. Het is derhalve niet mogelijk om direct, zonder voorafgaande aanwijzing, een last onder dwangsom op te leggen, ook niet als vast staat dat de betrokken aanbieder van een communicatiedienst kennis heeft van het kinderpornografisch materiaal. De last onder dwangsom is een herstelsanctie. De last mag daarom niet verder strekken dan noodzakelijk om ongedaanmaking van de overtreding te bewerkstelligen. Zie verder paragraaf 3.3 van het algemene deel van deze toelichting.

### Artikel 11

Het eerste lid bepaalt de maximale hoogte van de bestuurlijke boete die is opgelegd wegens het nalaten passende en evenredige maatregelen te treffen om de opslag en doorgifte van online kinderpornografisch materiaal te beperken.

Het tweede lid bepaalt de maximale boetehoogte voor het niet voldoen aan een krachtens artikel 9, eerste lid, gegeven aanwijzing. Hierbij is aangesloten bij het boetemaximum voor het niet voldoen aan een ambtelijk bevel op grond van artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr). Daarmee wordt verzekerd dat het niet opvolgen van een aanwijzing niet anders wordt gesanctioneerd dan het niet voldoen aan een krachtens artikel 125p Sv gegeven bevel.

Ingevolge het derde lid kan aan een aanbieder van een communicatiedienst die stelselmatig nalaat opvolging te geven aan een aanwijzing een bestuurlijke boete worden opgelegd van ten hoogste het bedrag dat is vastgesteld voor de zesde categorie, genoemd in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht of, indien dat meer is, ten hoogste 4% van de omzet van de onderneming. Met het vereiste dat het nalaten stelselmatig moet zijn is tot uitdrukking gebracht dat de bestuurlijke boete niet kan worden opgelegd aan de overtreder die slechts enkele keren heeft nagelaten een aanwijzing tot ontoegankelijkmaking uit te voeren: in het begrip stelselmatig ligt besloten dat het moet gaan om een patroon van nalaten (tijdig) te handelen.

Gelet op artikel 5:46, tweede lid, Awb wordt de hoogte van de bestuurlijke boete in alle gevallen afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij wordt rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Het is denkbaar dat een last onder dwangsom en bestuurlijke boete cumuleren. Wel blijft van belang dat het totale pakket van sancties evenredig is.

#### Artikel 12

Een algemene grondslag voor openbaarmaking van beschikkingen waarin een bestuurlijke boete is opgelegd kan worden gevonden in artikel 8 van de Wet openbaarheid bestuur.<sup>56</sup> Het voorgestelde artikel 12 voorziet echter in een *verplichting* tot openbaarmaking van een besluit waarin een bestuurlijke boete is opgelegd wegens het stelselmatig nalaten opvolging te geven aan aanwijzing tot ontoegankelijkmaking.

Het tweede lid bepaalt dat de openbaarmaking geen gegevens bevat als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c en d, van de Wet openbaarheid van bestuur. Het betreft hier bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld.

Met openbaarmaking wordt niet gewacht totdat de beschikking waarbij de bestuurlijke boete is opgelegd onherroepelijk is geworden. Gelet op de daartegen openstaande rechtsmiddelen zou dit de openbaarmaking goeddeels van zijn toegevoegde waarde ontdoen, omdat door het aanwenden van rechtsmiddelen tegen een dergelijk besluit de openbaarmaking gedurende lange tijd kan worden uitgesteld. In plaats daarvan is in het derde lid geregeld dat openbaarmaking niet eerder plaatsvindt dan nadat twee weken zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan de belanghebbende bekend is gemaakt. Voorts bepaalt het vierde lid dat een verzoek om een voorlopige voorziening schorsende werking heeft en de openbaarmaking opschort, totdat op dat verzoek is beslist.

Niet de gehele beschikking waarbij de bestuurlijke boete is opgelegd, wordt openbaar gemaakt; deze beschikking bevat in de regel immers ook andere (persoons)gegevens dan alleen de normadressaat, zoals gegevens over het online kinderpornografisch materiaal. Het zesde lid bepaalt daarom dat bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over de openbaar te maken gegevens. Het betreft hier in elk geval regels over welke gegevens openbaar worden gemaakt, en regels over de wijze waarop deze openbaarmaking plaatsvindt.

#### Artikel 13

Het eerste lid bevat de noodzakelijke wettelijke grondslag voor het verwerken van bijzondere categorieën van persoonsgegevens en persoonsgegevens van strafrechtelijke aard. In het tweede lid bepaalt dat de Autoriteit bevoegd is te bepalen dat uitoefening van het in artikel 15 van de Algemene verordening gegevensbescherming opgenomen recht tot inzage achterwege blijft. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar paragraaf 5.3 van het algemene deel van de toelichting.

#### Artikel 14

De ontoegankelijkmaking kan ertoe leiden dat online kinderpornografisch materiaal wordt verwijderd. Gelet op het belang van deze gegevens voor een eventuele bestuursrechtelijke of strafrechtelijke procedure, is het van belang dat een kopie van dit materiaal behouden blijft. Bij procedures ten behoeve van de strafvordering kan worden gedacht aan een strafzaak tegen degene die het kinderpornografisch materiaal heeft geproduceerd of op internet heeft geplaatst. De verwijzing naar de bestuursrechtelijke procedure ziet op de mogelijkheid van bezwaar, beroep of hoger beroep tegen de rechtmatigheid van een gegeven aanwijzing of een sanctie. Denk aan een procedure waarin een aanbieder van een communicatiedienst de rechtmatigheid van een aanwijzing tot ontoegankelijkmaking of een daarop volgende bestuursrechtelijke sanctie bestrijdt, bijvoorbeeld omdat verschil van inzicht bestaat over de kwalificatie van het als kinderpornografisch aangemerkte materiaal.

Het eerste lid bepaalt daarom dat de aanbieder een kopie van het ontoegankelijk gemaakte kinderpornografische materiaal overdraagt aan de Autoriteit. Het tweede lid voorziet in een delegatiegrondslag om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen over het behoud en de opslag van het materiaal. Daarbij worden in elk geval regels gesteld over de wijze waarop de kopie aan de Autoriteit wordt verstrekt, welke bijbehorende gegevens daarbij worden verstrekt, en de manier waarop de Autoriteit dit (strafbare) materiaal opslaat zodat toegang tot dit materiaal door derden wordt voorkomen. Voorts worden regels gesteld over de wijze waarop de kopie kan

---

<sup>56</sup> ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3468 en ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2086.

worden gebruikt of inzage daarin wordt gegeven ten behoeve van een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure.

Artikel 15

Het huidige artikel 54a Sr bevat een vervolgingsuitsluitingsgrond voor aanbieders van een communicatiedienst. Deze vervolgingsuitsluitingsgrond strekt ertoe de aansprakelijkheid van deze intermediaire dienstverleners te beperken, door te bepalen dat deze bij een strafbaar feit dat met gebruikmaking van die diensten wordt begaan als zodanig niet worden vervolgd, als is voldaan aan een krachtens artikel 125p Sv gegeven bevel. In artikel 54a Sr is geen vervolgingsuitsluitingsgrond opgenomen voor een aanbieder van een communicatiedienst die opvolging geeft aan een krachtens de onderhavige wet gegeven aanwijzing. Deze wijziging voorziet daarin, zodat een beroep op de in artikel 54a Sr opgenomen vervolgingsuitsluitingsgrond evenzeer toekomt aan de aanbieder die kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk heeft gemaakt als gevolg van een aanwijzing als bedoeld in artikel 9 van deze wet.

Deze toelichting wordt ondertekend mede namens de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

De Minister van Justitie en Veiligheid,

CONCEPT