

Ingediend via e-mail

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. mevrouw D. Yeşilgöz-Zegerius

Den Haag, 25 april 2022

dossiernummer: 202243

uw kenmerk: 3860114

telefoonnummer: +31 (0)6 53 38 24 65

e-mail: e.vandenbosch@advocatenorde.nl

Betreft: concept wetsvoorstel uitbreiding strafbaarheid spionage

Geachte minister,

Bij brief van 28 februari 2022 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het concept wetsvoorstel 'uitbreiding strafbaarheid spionage'. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissie strafrecht gevraagd te adviseren.

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

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

Bezoekadres

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

Postadres

Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	wetgevingsadviescommissie strafrecht (ACS)
Datum:	14 april 2022
Betreft:	concept-wetsvoorstel tot wijziging van het wetsvoorstel van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafrecht BES in verband met de uitbreiding van de strafbaarheid voor spionage

Samenvatting

- Het wetsvoorstel is niet goed onderbouwd;
- In het bijzonder is niet goed onderbouwd:
 - Hoe de belangen die bescherming krijgen in het voorstel worden afgebakend; een definitie ontbreekt, waardoor het voorstel niet voldoende rechtszekerheid biedt;
 - Waarom universele jurisdictie gerechtvaardigd is bij de beoogde bepalingen;
 - Hoe moet worden omgegaan met conflicterende plichten tussen verschillende landen;
 - Of en zo ja, hoe het voorstel zich verhoudt tot het internationaal publiekrecht;
 - Waarom het huidige instrumentarium van strafbepalingen niet volstaat voor het beoogde doel;
 - Hoe voorwaardelijk opzet bij deze bepalingen moet worden ingevuld.

Toelichting

Het wetsvoorstel voorziet in een aparte strafbaarstelling van – kortweg – spionageactiviteiten voor een buitenlandse mogendheid. De delictsomschrijvingen koppelen het strafbare gedrag aan te duchten gevaar voor omschreven belangen (veiligheid van de staat, bondgenoten, volkenrechtelijke organisatie, vitale infrastructuur, integriteit en exclusiviteit van hoogwaardige technologieën, veiligheid voor een of meer personen). De strafbare handelingen zijn het verrichten van handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid of aan een buitenlandse mogendheid onmiddellijk of middellijk inlichtingen, een voorwerp of gegevens verstrekken, wetende dat daarvan vorenbedoeld gevaar te duchten is. De strafbedreiging is maximaal zes jaar.

Het kabinet wenst met het voorstel een stap te zetten om spionage in meer brede zin tegen te gaan.

Voor een tamelijk vergaand voorstel als het voorliggende is de onderbouwing mager. In het bijzonder ontbreken een duidelijke afbakening van de hiervoor bedoelde doeleinden vitale infrastructuur en integriteit en exclusiviteit van hoogwaardige technologieën. Daarmee biedt de beoogde bepaling niet voldoende rechtszekerheid. De toelichting die de memorie op deze onderdelen biedt, geeft te weinig inzicht in de omvang van die begrippen om (vooraf) te weten of zo'n belang geraakt wordt. De strafbaarstelling wordt daarmee te ruim. De wetgever zal minstens moeten overgaan tot het opnemen van een definitie van die belangen.

Een concreet voorbeeld is dat 'buitenlandse mogendheid' een neutrale term lijkt. Dit zou betekenen dat het verstrekken van inlichtingen aan een bondgenoot die mogelijk gevaarlijk zijn voor een andere bondgenoot ook in Nederland strafbaar zou zijn. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat iemand die informatie verstrekt aan de Verenigde Staten over het droneprogramma van Turkije onder deze

bepaling zou vallen, hoewel beide landen bondgenoten van Nederland zijn. Dat lijkt een zeer vergaande inmenging in buitenlandse politiek, temeer nu de jurisdictie ook wordt uitgebreid naar ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan dit feit (wijziging artikel 4). Overigens wordt in het voorstel abusievelijk gesproken over artikel 4 onder a, dit moet zijn artikel 4 lid 1.

Die universele jurisdictie is sowieso onvoldoende onderbouwd, mede omdat ermee ook strafbaar kan zijn handelen buiten Nederland dat met de Nederlandse rechtssfeer geen of nauwelijks aanknopingspunten heeft.

Er wordt in het voorstel ook niet duidelijk gemaakt hoe het zich verhoudt met bepaalde vergaande informatieplichten onder de wetgeving van bondgenoten.

Meer in het algemeen lijkt deze bepaling al snel te kunnen leiden tot conflicterende bepalingen van verschillende landen. Hoewel in de memorie van toelichting wel wordt stilgestaan bij bijvoorbeeld mogelijke druk op de diaspora, wordt niet stilgestaan bij de mogelijkheid dat iemand wettelijk verplicht is bepaalde informatie te verstrekken aan een andere mogendheid, die ook onder deze bepaling zou kunnen vallen. Het simpelweg verwijzen naar de Nederlandse verplichting is dan wat te eenvoudig, want waarom zou een andere soevereine staat de Nederlandse wetgeving hoger aanslaan? Opnieuw speelt de vergaande jurisdictie hier een rol. Dat betekent dus dat de persoon die in Iran onder Iraanse wetgeving verplicht is bepaalde informatie te geven die een gevaar voor Nederlandse belangen kan opleveren, hier daarvoor kan worden vervolgd. De verwijzing naar strafuitsluitingsgronden is onvoldoende, temeer nu deze strafuitsluitingsgronden bij uitzondering worden aangenomen.

Het valt op dat geen toelichting is gegeven in de memorie van toelichting op hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot het internationaal publiekrecht.

Ook wordt niet al te uitgebreid toegelicht waarom het huidige instrumentarium (met bijvoorbeeld de delictsomschrijvingen voor een schending van (staats-, ambts- of bedrijfs-) geheimen) niet volstaat. De memorie van toelichting duidt de toegevoegde waarde vooral doordat met het voorstel ook het delen van op zich niet geheime, bijvoorbeeld ongerubriceerde en/of gevoelige gegevens, strafbaar kan worden. Daarmee wordt dus een behoorlijke verruiming van de strafbaarstelling voorzien, die een stevige(r) onderbouwing vergt. Zeker in combinatie met de voornoemde ruim opgezette belangen, is sprake van een brede strafbaarstelling. De memorie van toelichting verblijft vooral in algemene termen om het belang van het tegengaan van spionage te benoemen, maar duidt niet waarom deze vergaande strafbaarstelling daartoe nodig en geëigend is.

De wetgever stelt voor voorwaardelijk opzet als ondergrens te hanteren en benoemt in de memorie van toelichting dat bijgevolg het weten dat het handelen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid geschiedt ook kan worden afgeleid uit objectieve factoren zoals heimelijk handelen, handelen in strijd met integriteitscodes, codetaal etc. Daarmee wordt op dit belangrijke onderdeel in de strafbepaling een lage lat gelegd. Beter ware het als de memorie van toelichting op dit onderdeel wordt aangepast om duidelijk te maken dat in elk geval dergelijke handelingen op zichzelf niet voldoende grond voor voorwaardelijk opzet opleveren. Zo kunnen ze immers ook duiden op een meer neutrale vorm van handelen dan het delen van informatie ten behoeve van een buitenlandse mogendheid.

Het is onduidelijk hoe deze lage lat zich verhoudt met de stelling dat 'Wanneer sprake is van journalistieke of wetenschappelijke activiteiten kan tot uitgangspunt worden genomen dat aan het opzetvereiste niet is voldaan.' (p. 12). Dergelijke omstandigheden lijken mogelijk eerder een rol te

spelen bij de kwalificatie in het licht van artikel 10 EVRM dan bij de vraag of de aanmerkelijke kans is aanvaard dat er een risico ontstaat voor de veiligheid van de staat.

Tot slot mist de ACS voldoende aandacht voor de belemmeringen die immuniteit van jurisdictie kunnen opleveren. Weliswaar gaat de concept-MvT in op de positie van leden van diplomatieke en consulaire zendingen (p. 11) maar over functionele immuniteit wordt met geen woord gerept. Dat klemt te meer nu de concept-MvT aangeeft dat bij “spionage” over het algemeen gedacht wordt “aan het heimelijk of onrechtmatig vergaren van (gevoelige) informatie of objecten door, of in opdracht van een buitenlandse mogendheid.” (p.1). Recent liet Nederland echter aan de *International Law Commission* (ILC) van de Verenigde Naties weten dat het van mening is dat voor spionage geen uitzondering geldt op de volkenrechtelijke regel van functionele immuniteit van jurisdictie. Dat betekent, aldus Nederland, dat “*a State official should enjoy immunity ratione materiae for acts of espionage when instructed to commit espionage by a sending State. The act should, as a consequence, be attributed to the sending State and it is the sending State that should bear international responsibility for the commission of any internationally wrongful act.*”¹ Hieruit volgt dat in veel gevallen – namelijk wanneer de spionage in opdracht van de vreemde mogendheid plaatsvindt – de verdachte niet vervolgd zal kunnen worden voor het misdrijf dat het wetsvoorstel introduceert. De ACS adviseert hier aandacht aan te besteden in de MvT.

¹ Zie bijlage bij diplomatieke nota aan de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties d.d. 13 February 2019 (kenmerk: NYV/2019/079), beschikbaar via: https://legal.un.org/ilc/sessions/71/pdfs/english/iso_netherlands.pdf