

Primaat op gedragscode communicatieaanbieder

De bevoegdheid dient alleen te worden toegepast indien een regulier beroep op de Notice-and-Take-Down gedragscode niet werkt.¹ Dit komt echter niet naar voren in de formulering van artikel 125p Sv. Beargumenteerd kan worden dat het zinsdeel ‘voor zover dat nodig is’ hierop zinspeelt. Mijns inziens is het echter aan te raden expliciet het volgende in artikel 125p Sv op te nemen: ‘voorzover een beroep op de NTD-gedragscode niet afdoende is’.

Toestemming rechter-commissaris

Het strafbare karakter van haatzaaiende, smadelijke of opruiende teksten niet altijd duidelijk. De kans is daarom groot dat het NTD-bevel van de officier van justitie is in deze zaken in spanning komt te staan met het recht op de vrijheid van meningsuiting zoals vastgelegd in onder andere artikel 10 EVRM en artikel 7 Grondwet. In de toelichting op het conceptwetsvoorstel wordt erkend dat voor de beoordeling er sprake is van uitingsdelicten er een ‘diepgaande juridische expertise vereist’ is teneinde tot een afgewogen oordeel ten aanzien van de strafbaarheid van de gedraging te komen.² De bedoeling is dat de expertise wordt gewaarborgd door de aangewezen officieren een speciale opleiding te geven en 24 uur per dag beschikbaar te laten zijn om een snelle afhandeling mogelijk te maken. Echter, de beslissing over het al dan niet verwijderen van de inhoud ligt dan in handen van het Openbaar Ministerie en niet (meer) bij de onafhankelijke rechtsmacht. Daarmee verliest artikel 125p Sv een belangrijke waarborg ten opzichte van (het oude) artikel 54a Sr.

Een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting kan op grond van artikel 10 lid 2 EVRM gerechtvaardigd worden met een wettelijke bepaling en voorzover de inbreuk in een democratische rechtsstaat noodzakelijk is. Met de creatie van artikel 125p Sv wordt in principe aan deze eis voldaan. In die gevallen waarbij het niet duidelijk is of de informatie een strafbaar feit vormt, is de bevoegdheid naar mijn mening een zeer ingrijpende bevoegdheid.³ Aangezien de voorgestelde NTD-bevoegdheid voor *alle* delicten geldt, biedt artikel 125p Sv mijns inziens onvoldoende waarborgen om rechtsgeldig te zijn. Bovendien is het artikel wellicht niet in lijn met Europese regelgeving. In dat kader is een uitspraak van de rechtbank Assen van 24 november 2009 interessant.⁴ De zaak werd niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van toestemming van de rechter-commissaris bij toepassing van artikel 54a Sr. Interessanter is dat de rechtbank in deze zaak stelt dat bij de inhoudelijke beoordeling over het strafbare karakter toestemming van de rechterlijke macht is vereist. Zij verwijst daarmee naar artikel 12 lid 3 van de Richtlijn elektronische handel waarin staat dat een rechtbank of een administratieve autoriteit kan eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Met een administratieve autoriteit wordt niet het Openbaar Ministerie bedoeld

¹ Toelichting conceptwetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit, p. 4.

² Toelichting conceptwetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit, p. 22.

³ Zie ook M.H.M. Schellekens, B.J. Koops & W.G. Teepe, *Wat niet weg is, is gezien. Een analyse van art. 54a Sr in het licht van een Notice-and-Take-Down-regime*, Universiteit van Tilburg 2007, p. 17: “Bij een bevel om gegevens van het Internet te halen gaat het echter om een aanzienlijke potentiële inbreuk op grondrechten, namelijk de vrijheid van meningsuiting”.

⁴ Rb. Assen, 24 november 2009, L/JN BK4226.

en daarom kan beargumenteerd worden dat de regeling van artikel 125p Sv niet in lijn loopt met de Richtlijn inzake elektronische handel.⁵

Alternatieven

1.

Gegevens zijn op internet zeer vluchtig. Indien niet snel gehandeld kan worden, gaat de mogelijkheid om de informatie van het internet te verwijderen wellicht verloren. Teneinde toch mogelijk te maken de informatie snel van het internet te doen verwijderen én de waarborg van de rechter-commissaris te behouden zou er ook voor gekozen kunnen worden de mogelijkheid te creëren tot het achteraf verlenen van toestemming (bijvoorbeeld binnen 3 dagen) door de rechter-commissaris. De gegevens worden immers niet verwijderd, maar ontoegankelijk gemaakt, waardoor een eventuele onterechte ontoegankelijkheidsmaking ongedaan kan worden gemaakt.

2.

Indien na onderzoek blijkt dat de regeling niet in strijd is met de Richtlijn inzake elektronische handel (hetgeen ik betwijfel) dan zou het artikel eventueel opgedeeld kunnen worden in een lid met computergerelateerde delicten waarbij een bevel van de officier van justitie voldoende is, omdat minder snel twijfel is over het strafbare karakter van het materiaal en een lid met uitingsdelicten waarbij toestemming van de rechter-commissaris noodzakelijk is.

Dwangsom

Onvoldoende is beargumenteerd dat een last onder dwangsom door de officier van justitie kan worden opgelegd. Wellicht is de bevoegdheid in strijd met artikel 1:6 sub a Awb. Bij de beoordeling of informatie strafbaar is wordt het opsporingsonderzoek al aangevangen. Bovendien is artikel 125p in het Wetboek van Strafvordering geplaatst. Onduidelijk is daarom of het artikel ziet op de opsporing of vervolging van strafbare feiten. Aangeraden wordt hiernaar verder onderzoek in te stellen alvorens de bevoegdheid tot een nieuw handhavingmiddel wordt gecreëerd.

Daarnaast is er bij de mogelijkheid tot het opleggen van een dwangsom duidelijk sprake van een samenloop van het strafrecht en bestuursrecht. De communicatieaanbieder kan strafrechtelijk worden vervolgd voor het niet nakomen van een ambtelijk gegeven bevel en tevens loopt zij het risico tot oplegging van een last onder dwangsom. Op grond van het ne bis in idem-beginsel kan iemand niet tweemaal vervolgd of gestraft worden voor hetzelfde feit. In het verlengde hiervan ligt het una via-beginsel op grond waarvan in principe geen samenloop van sancties op dezelfde strafbare gedraging is toegestaan bij beslissing van een enkel overheidsorgaan. Mijn inziens dient het OM daarom wel een keuze te maken tussen het opleggen van een dwangsom of het aanvangen van strafvervolging. Dit element lijkt echter niet terug te komen in artikel 125q Sv.

⁵ 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* L 178.

Overnemen van gegevens uit een niet-openbaar werk

M.b.t. tot de passage over virtuele goederen

In de toelichting van het wetsvoorstel wordt naar mijn mening ten onterechte niet gesproken over het waardecriterium bij de zaken van Habbo-Hotel: Rb. Amsterdam, 2 april 2009, *LJN* BH9789 en Runescape: Hof Leeuwarden, 10 november 2009, *LJN* BK2773 (p. 10 van de toelichting).