

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Niet-realistische virtuele kinderporno)

Borgers, M.J.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2013). *Case note: Hoge Raad (Niet-realistische virtuele kinderporno)*, No. 403, Mar 12, 2013. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2013).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Annotatie NJ 2013, 403

HR 12 maart 2013, nr. 11/04168

M.J. Borgers

1. Artikel 240b lid 1 Sr ziet op afbeeldingen van een seksuele gedraging ‘waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken’. Die laatste woorden – ‘schijnbaar is betrokken’ – zijn in 2002 opgenomen in de delictsomschrijving met het oog op (onder andere) de bestrijding van virtuele kinderporno. Uit de wetsgeschiedenis blijkt klip en klaar dat in de opvatting van de minister sprake is van virtuele kinderporno (onder andere) ingeval van een *realistische* afbeelding van een niet bestaand kind. Kenmerkend voor virtuele kinderporno is dat deze niet van echte kinderporno is te onderscheiden, aldus de minister. In zowel de Tweede Kamer als de Eerste Kamer is stilgestaan bij de vraag of ook niet-realistische afbeeldingen, bijvoorbeeld striptekeningen of schilderijen, kinderpornografie in de zin van artikel 240b Sr zouden kunnen opleveren. Die vraag is door de minister negatief beantwoord. De stelligheid waarmee dat geschiedde, kon niet elk kamerlid bekooren. Maar het heldere standpunt van de minister heeft in de Tweede Kamer niet geleid tot het uiten van de wens om de reikwijdte van de strafbaarstelling te verruimen (of het indienen van een daartoe strekkend amendement), terwijl ook in de Eerste Kamer het antwoord van de minister niet werkelijk op oppositie is gestuit. Zie, naast de door de Hoge Raad aangehaalde wetsgeschiedenis, ook *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 15-16 en *Handelingen I* 2001/02, p. 1700-1702.

Bekijkt men de wetsgeschiedenis integraal, dan lijkt te mogen worden gezegd dat, waar het gaat om virtuele kinderporno, de reikwijdte van de strafbaarstelling van artikel 240b Sr tamelijk helder is afgebakend. Het komt erop neer dat de *afbeelding* zelf realistisch – niet van echt te onderscheiden – moet zijn. Die afbeelding moet van zodanige aard zijn dat de waarnemer meent met een afbeelding van een echt kind van doen te hebben. Beslissend is niet reeds of de afgebeelde *seksuele gedraging* met of door de minderjarige realistisch oogt. Eerst wanneer de afbeelding niet van echt te onderscheiden is, wordt het van belang of die afbeelding een dergelijke seksuele gedraging vertoont. Een striptekening of een schilderij van een kind dat wordt verkracht – hoe afschuwelijk zo’n afbeelding ook is – kan daarom in principe niet worden aangemerkt als kinderpornografie in de zin van artikel 240b Sr.

2. De zo-even geschetste lijn in de wetsgeschiedenis is aanvankelijk overgenomen in de beleidsregels van het openbaar ministerie, maar vijf jaar na de verruiming van artikel 240b Sr is het openbaar ministerie van koers veranderd. In de Aanwijzing kinderpornografie van zowel 2007 als 2010 wordt expliciet een ruime uitleg van ‘schijnbaar is betrokken’ voorgestaan. Weliswaar wordt erkend dat in het wetgevingsproces de grens is getrokken bij realistische afbeeldingen, maar die scheidslijn wordt door het openbaar ministerie in twijfel getrokken met een beroep op de ratio van artikel 240b Sr. De strafbaarstelling ter zake van virtuele kinderporno is niet alleen ingegeven door de wens bewijsproblemen te voorkomen, maar berust ook op de gedachte dat virtuele kinderporno – als beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert – kan worden benut om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van

kinderen bevordert. Datzelfde belang is in het geding, zo wordt in de Aanwijzing betoogd, wanneer (virtuele) afbeeldingen niet evident levensecht en daarmee in mindere mate realistisch zijn.

Kortom, de in de Aanwijzing voorgestane opvatting strekt ertoe dat de uitleg van artikel 240b lid 1 Sr eerst en vooral aan de hand van de ratio geschiedt en dat niet strikt wordt vastgehouden aan de wetsgeschiedenis. De tekst van artikel 240b lid 1 Sr biedt daartoe ook ruimte. Het gaat daarin immers om een 'afbeelding', zonder dat daarbij wordt gezegd dat die afbeelding levensecht dient te zijn. Waar het om gaat, is dat die afbeelding een seksuele gedraging tot uitdrukking brengt. Niet vereist wordt dat die seksuele gedraging daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en ook niet dat de afgebeelde persoon – die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt – echt bestaat. Anders zou de strafbaarstelling immers geen virtuele kinderporno kunnen omvatten. Waarom zou dan eigenlijk een afbeelding die weliswaar niet levensecht is, maar wel onmiskenbaar een seksuele gedraging door of met een minderjarige toont, niet onder de bewoordingen van artikel 240b Sr vallen? (Vgl. ook onderdelen 47 en 55 van de conclusie van A-G Knigge voor HR 7 december 2010, NJ 2011/81 m.nt. T.M. Schalken.)

Gegeven de ruimte die de tekst van artikel 240b Sr biedt, legt de Aanwijzing de vinger op een gevoelige plek. De afbakening die in de wetsgeschiedenis wordt gekozen, past eigenlijk vooral goed bij het streven van de wetgever om bij de bestrijding van kinderpornografie bewijsrechtelijke problemen te vermijden, door te voorkomen dat bewezen zou moeten worden dat echte kinderen bij de vervaardiging van de afbeelding zijn gebruikt. Zolang de afbeelding maar niet van echt is te onderscheiden, is er sprake van een afbeelding in de zin van artikel 240b lid 1 Sr. Wanneer juist de bescherming tegen aanmoediging of verleiding van kinderen voorop zou zijn gesteld, zou een ruimere uitleg van het bereik van artikel 240b lid 1 Sr best denkbaar zijn geweest. Dat is in het wetgevingsproces ook wel onder ogen gezien, maar de grens is niettemin bewust getrokken bij realistische, niet van echt te onderscheiden afbeeldingen (zie vooral *Kamerstukken II 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 16*).

3. Het openbaar ministerie heeft getracht om de in de Aanwijzing voorgestane interpretatie ingang te doen vinden in de rechtspraak (vgl. daarover Van den Berge & De Zanger, *Ars Aequi* 2011, p. 773). Daarbij is – mede gelet op de cassatieschriftuur in de hierboven afgedrukte zaak – niet uitsluitend een beroep gedaan op de ratio van de strafbaarstelling. Ook andere argumenten zijn in stelling gebracht. Zo is er op gewezen dat het aanmerken van ook niet levensechte afbeeldingen van seksuele gedragingen waarbij een minderjarige (schijnbaar) is betrokken, past binnen de (definitie)bepalingen van enkele internationale rechtsinstrumenten op het terrein van de bestrijding van kinderpornografie. Verder is naar voren gebracht dat de minister van (Veiligheid en) Justitie na de wetwijziging van 2002 instemming zou hebben betuigd met een ruime uitleg van artikel 240b lid 1 Sr.

Op deze argumenten valt het één en ander af te dingen. Wanneer men de relevante bepalingen uit diverse internationale rechtsinstrumenten overziet (zie onderdeel 9 van de conclusie van A-G Vellinga), komt men inderdaad definities van kinderpornografie tegen die niet onverenigbaar zijn met het standpunt van het openbaar ministerie. Maar uit die rechtsinstrumenten vloeit niet onmiskenbaar de verplichting voort om ook niet-levensechte of niet-realistische afbeeldingen onder kinderpornografie te begrijpen. Bovendien zijn er andere rechtsinstrumenten waarin juist expliciet wordt gesproken van 'realistische afbeeldingen'. Voorts wekt de Aanwijzing ten onrechte de suggestie dat de minister na de wetwijziging van 2002 het standpunt heeft uitgedragen dat de wet op dit punt ruim zou moeten worden begrepen. De minister heeft slechts laten blijken bekend te zijn met de rechtspraak over artikel

240b Sr en de verdere ontwikkelingen te willen afwachten (*Kamerstukken II 2010/11, 32 500 VI, nr. 106, p. 5*).

4. In de hierboven afgedrukte zaak wordt het betoog van het openbaar ministerie dat ook niet-realistische afbeeldingen onder omstandigheden onder de reikwijdte van artikel 240b lid 1 Sr vallen, in drie instanties als ook door A-G Vellinga van de hand gewezen. Evenals A-G Vellinga oriënteert de Hoge Raad zich vrijwel uitsluitend op de wetsgeschiedenis en besteedt hij niet, althans niet buiten het kader van die wetsgeschiedenis, aandacht aan de tekst van artikel 240b lid 1 Sr en/of de ratio van die strafbaarstelling. Wel overweegt de Hoge Raad nog dat niet blijkt dat de definitie van kinderporno in de reeds aangestipte internationale rechtsinstrumenten ook ziet op ‘niet realistische afbeeldingen van niet-bestaande kinderen’.

Kijkt men in detail naar overweging 2.5 van de Hoge Raad, dan kan worden geconstateerd dat de Hoge Raad de wetsgeschiedenis niet in eigen bewoordingen samenvat en ook niet een (nader) criterium formuleert aan de hand waarvan de reikwijdte van artikel 240b lid 1 Sr, in relatie tot virtuele kinderporno, wordt afgebakend. Er wordt ‘slechts’ overwogen dat het oordeel van het gerechtshof juist is dat onder artikel 240b lid 1 Sr ook is begrepen ‘een realistische afbeelding van een niet-bestaand kind in de zin dat de afbeelding niet van echt is te onderscheiden’. Maar is daarmee tevens gezegd dat een afbeelding uitsluitend als ‘realistisch’ heeft te gelden wanneer de afbeelding niet van echt is te onderscheiden? Of wordt hier enige ruimte gelaten om een afbeelding die wel op (voldoende) realistische wijze een seksuele gedraging met of door een minderjarige laat zien, maar niet levensecht oogt, als kinderpornografie in de zin van artikel 240b lid 1 Sr te beschouwen? Machielse betoogt dat de Hoge Raad in dit arrest ‘niet onverbiddelijk iedere tekening of ieder schilderij buiten het bereik van de strafbepaling [heeft] verklaard’, zodat ‘het enkele feit dat het gaat om tekeningen of schilderijen niet toereikend is om art. 240b Sr buiten toepassing te laten’. Van belang zou daarom kunnen zijn – aldus Machielse – of aan de totstandkoming van de tekening of het schilderij seksueel misbruik van het kind ten grondslag heeft gelegen en ook of het kind herkenbaar wordt afgebeeld. Zie Noyon-Langemeijer-Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, aantekening 4 op artikel 240b.

Er kan nog een andere afbakingsvraag worden opgeworpen. Waar de Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het gerechtshof omtrent de in deze zaak centraal staande afbeeldingen niet onbegrijpelijk is, wordt betekenis toegekend aan de vaststelling van het hof dat voor ‘de gemiddelde kijker (*en ook kinderen*) (...) aanstonds blijkt dat het gaat om gemanipuleerde afbeeldingen’ (cursivering toegevoegd). Mag men daarin lezen – mede gelet op de strekking van artikel 240b lid 1 Sr om kinderen te beschermen tegen aanmoediging of verleiding – dat wanneer die manipulatie voor volwassenen wel, maar voor kinderen niet duidelijk te herkennen is, een afbeelding van een seksuele gedraging met of door een minderjarige onder het bereik van artikel 240b lid 1 Sr valt? Vgl. voor een dergelijke benadering Rb. Den Bosch 4 februari 2008, *ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3225*, waarin het gemiddelde kind – en niet de gemiddelde volwassene – als criteriumfiguur wordt genomen.

5. Duidelijk is in elk geval dat de Hoge Raad de grenzen van de strafbaarstelling van virtuele kinderporno niet wezenlijk anders wil trekken dan in de wetsgeschiedenis. Of de Hoge Raad bereid is om die grenzen enigszins op te rekken, zal de toekomst moeten leren. Vanuit het oogpunt van cassatietechniek heeft voor de Hoge Raad geen aanleiding bestaan zich daar in deze zaak reeds over uit te laten. Dat het hier-

boven afgedrukte arrest in enigerlei mate ruimte lijkt te laten om het bereik van artikel 240b lid 1 Sr gradueel te verruimen, wil nog niet zeggen dat van die ruimte ook gebruik zou moeten worden gemaakt. Daartegen pleit nog niet eens zozeer dat de scheidslijn die in de, nog tamelijk recente, wetsgeschiedenis wordt gehanteerd – is de afbeelding wel of niet van echt te onderscheiden? – zou worden verlaten. Die scheidslijn is immers wel duidelijk, maar levert niet telkens zonder meer bevredigende resultaten op. Een enigszins groter bereik van artikel 240b lid 1 Sr lijkt mij niet op voorhand onverdedigbaar. Maar de afweging waar de grenzen van de strafbaarstelling van kinderpornografie zouden moeten liggen, behoort – vanwege de complexiteit en ook het morele gehalte daarvan – door de wetgever te geschieden. Want hoe hoog men het belang van het kind ook in het vaandel stelt, de schadelijke effecten van alle mogelijke varianten van kinderpornografie laten zich niet eenvoudig vaststellen. Dat geldt zowel voor de verleidende of aanmoedigende effecten van het beschikbaar zijn van kinderpornografie op kinderen, als voor de positieve dan wel negatieve effecten van dat niet-beschikbaar zijn op de lustgevoelens van pedofielen. Waar die kennis wel beschikbaar is, biedt het wetgevingsproces betere mogelijkheden om de betekenis daarvan voor de inrichting van de strafwetgeving op waarde te schatten. Bovendien gaat het hier om een kwestie van morele aard, waarbij de opvattingen wat nog wel en wat niet toelaatbaar kan worden geacht, alles behalve statisch van aard zijn. Er zijn ook diverse uitwerkingsvragen. Bijvoorbeeld of een eventuele strafbaarstelling ter zake van realistische, maar niet levensechte afbeeldingen wel moet zien op het vervaardigen en het bezit voor eigen gebruik daarvan. Of volstaat het verbieden van het verspreiden, aanbieden *et cetera* daarvan?

Het is tegen deze achtergrond misschien verstandig om de hierboven afgedrukte uitspraak zo te lezen dat de Hoge Raad niet alleen de grenzen van artikel 240b Sr markeert, maar ook een grens trekt ten aanzien van de wens van het openbaar ministerie om juist ten aanzien van deze strafbaarstelling rechtsvormend op te treden.