

Vergaderjaar 2022–2023

36 280

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafrecht BES, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafvordering BES in verband met de uitbreiding van de strafbaarheid voor schadetoebrengende gedragingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid (uitbreiding strafbaarheid spionageactiviteiten)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 21 september 2022 en het nader rapport d.d. 14 december 2022, aangeboden aan de Koning door de Minister van Justitie en Veiligheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 15 juli 2022, no. 2022001602, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie en Veiligheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafrecht BES, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafvordering BES in verband met de uitbreiding van de strafbaarheid voor spionage, met memorie van toelichting.

Het voorstel voorziet onder meer in de invoering van een zelfstandige strafbaarstelling van het opzettelijk verrichten van handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid en het verstrekken van inlichtingen, voorwerpen of gegevens aan een buitenlandse mogendheid.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een opmerking over de ruime reikwijdte van de voorgestelde strafbaarstelling van handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid in het licht van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Het voorstel dient nauwkeuriger te omschrijven welke specifieke gedragingen hier strafbaar worden gesteld.

Voorts maakt de Afdeling een opmerking over de toegevoegde waarde van de voorgestelde strafbaarstelling van het verstrekken van inlichtingen, voorwerpen of gegevens aan een buitenlandse mogendheid. De toelichting verschaft onvoldoende duidelijkheid over de omvang en het belang van de categorie van gevallen van spionage die niet al onder de bestaande strafbepalingen vallen. In verband daarmee is aanpassing van het voorstel en de toelichting wenselijk.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 15 juli 2022, nr. 2022001602, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) haar advies inzake het bovenvermelde ontwerp rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 21 september 2022, nr. W16.22.0129/II, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling adviseert om de voorgestelde strafbare gedragingen nauwkeuriger te omschrijven en om de meerwaarde ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen uitvoeriger toe te lichten. Zoals in het hiernavolgende aan de orde komt, zijn het wetsvoorstel en de memorie van toelichting in lijn met deze adviezen aangevuld.

1. Inhoud en achtergrond van het voorstel

Het voorstel voorziet in de invoering van een zelfstandige strafbaarstelling van het opzettelijk verrichten van handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid en het verstrekken van inlichtingen, voorwerpen of gegevens aan een buitenlandse mogendheid.¹ Vereist is dat degene die deze gedragingen verricht weet dat daarvan gevaar te duchten is voor een aantal zwaarwegende belangen, zoals de nationale veiligheid en de veiligheid van personen.

Daarnaast wordt het strafmaximum van een aantal computerdelicten verhoogd, indien deze zijn gepleegd ten behoeve van een buitenlandse mogendheid.² Enkele opsporingsbevoegdheden die kunnen worden toegepast bij een aantal misdrijven tegen de veiligheid van de staat kunnen straks ook bij de nieuwe strafbaarstelling van spionage worden ingezet.³ Ook wordt voorzien in rechtsmacht indien het feit buiten Nederland is gepleegd.⁴ Dezelfde wijzigingen worden voorgesteld voor het Wetboek van Strafrecht BES.⁵

Een aanvullende strafbaarstelling is volgens de toelichting aangewezen, omdat het strafrecht op dit moment onvoldoende mogelijkheden biedt om op te treden tegen spionageactiviteiten waarbij geen sprake is van schending van geheimen, maar die wel de Nederlandse belangen ernstig schaden. Dat geldt ook als andere schadelijke handelingen worden verricht dan het verstrekken van informatie.⁶

Naar aanleiding van de consultatieadviezen is het strafmaximum van de nieuwe strafbepaling verhoogd van zes jaren naar acht jaren gevangenisstraf, zodat een aantal aanvullende opsporingsbevoegdheden beschikbaar komen.⁷ Dit hogere strafmaximum brengt volgens de toelichting ook

¹ Zie het voorgestelde artikel 98d Sr.

² Daartoe wordt een nieuw lid toegevoegd aan de artikelen 138ab Sr (computervredebreuk), 138b Sr (spam of bombing) en artikel 138c Sr (overnemen computergegevens). De maximale gevangenisstraf wordt in deze gevallen met een derde verhoogd. In artikel 350a Sr (vernietiging computergegevens etc.) wordt het nieuwe vierde lid van artikel 138b Sr van overeenkomstige toepassing verklaard. Al deze gedragingen vallen overigens ook onder het begrip «handelingen» in het nieuwe artikel 98d Sr. De computermisdrijven zullen dan ook vooral meerwaarde hebben in gevallen waarin opzet op het gevaar voor de in artikel 98d Sr genoemde belangen niet bewezen kan worden (Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.2).

³ Artikel 551 Sv wordt daartoe aangevuld.

⁴ Artikel 4 Sr wordt daartoe aangevuld.

⁵ Zie de voorgestelde (wijzigingen van) artikelen 4, 104d, 144a en 144b Sr BES.

⁶ Toelichting, Algemeen deel.

⁷ Het gaat dan volgens de toelichting in het bijzonder om het opnemen van vertrouwelijke communicatie in een woning (artikel 126l, tweede lid, Sv) en onderzoek in een geautomatiseerd werk (artikel 128nba Sv).

beter de ernst van het feit tot uitdrukking in vergelijking met de schending van staatsgeheimen waar geen buitenlandse mogendheid bij betrokken is.⁸

De toelichting gaat in op een aantal maatschappelijke ontwikkelingen die aanleiding zijn geweest om het strafrechtelijke instrumentarium om op spionage te reageren opnieuw te bezien, waaronder globalisering en digitalisering. Het lijkt aannemelijk dat de risico's van spionage en de kwetsbaarheid van Nederland daarvoor als gevolg van de bedoelde ontwikkelingen zijn toegenomen, aldus de regering.⁹ Hoewel de nieuwe strafbaarstelling vermoedelijk tot een beperkt aantal zaken zal leiden, kan op basis daarvan volgens de toelichting in meer gevallen dan nu vervolgd worden of een verzoek om rechtshulp worden gedaan.¹⁰ De nieuwe strafbaarstelling creëert een extra instrument voor het Openbaar Ministerie (OM) en de opsporingsdiensten om op te treden wanneer spionage wordt vastgesteld door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.¹¹

2. Handelingen verricht ten behoeve van een buitenlandse mogendheid (artikel 98d, eerste lid, onder 1° Sr)

a. Voorstel en toelichting

Volgens de toelichting wordt bij «spionage» in het algemeen gedacht aan het heimelijk of onrechtmatig vergaren van (gevoelige) informatie of objecten door of in opdracht van een buitenlandse mogendheid. Er zijn echter ook andere gedragingen – in de toelichting «spionageactiviteiten» genoemd – die met spionage in verband kunnen worden gebracht, zoals sabotage, het interveniëren in besluitvormingsprocessen of beïnvloeding van personen.¹² Omdat spionageactiviteiten in de praktijk een veelheid aan gedragingen kunnen betreffen, is in het voorstel gekozen voor het strafbaar stellen van het verrichten van «handelingen» ten behoeve van een buitenlandse mogendheid onder de daar genoemde omstandigheden (artikel 98d, eerste lid, onder 1° Sr).

Voorbeelden van dergelijke handelingen zijn het verzamelen van inlichtingen, het plegen van sabotage, het afleveren van pakketjes, het in de gaten houden, volgen of intimideren van in Nederland verblijvende personen en het openbaar maken of verspreiden van informatie. Het «klassieke» verstrekken van inlichtingen, voorwerpen of gegevens aan een buitenlandse mogendheid wordt daarnaast afzonderlijk genoemd in de strafbepaling (artikel 98d, eerste lid, onder 2° Sr).

In het opzetvereiste ligt een belangrijke beperking van de strafbaarheid besloten, aldus de toelichting. Op zichzelf kan het hier immers gaan om op het oog meer alledaagse handelingen als het bezorgen van pakketjes. Zij ontlenen hun strafwaardigheid aan het gevaar dat daardoor in het leven wordt geroepen voor zwaarwegende Nederlandse belangen. Daarom ligt in de rede dat het opzet van de betrokkene mede is gericht op het in het leven roepen van dat gevaar. Dat gevaar hoeft zich nog niet te hebben verwezenlijkt. De betreffende belangen worden (limitatief) opgesomd in de bepaling en nader omschreven in de toelichting.¹³

⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2. Zie de artikelen 98 en 98c Sr, met een maximale gevangenisstraf van zes jaren. Het opzettelijk verstrekken van staatsgeheime informatie aan een buitenlandse mogendheid wordt op grond van artikel 98a Sr gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren.

⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.

¹⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 6.

¹¹ Zie ook de consultatiereactie van AIVD en MIVD.

¹² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.

¹³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.1.

De toelichting besteedt nader aandacht aan dit punt in het kader van de door de voorgestelde strafbepaling gemaakte beperking van de vrijheid van meningsuiting en het daarin besloten liggende recht op informatie-garing.¹⁴ Een beperking op dit recht vergt een wettelijke grondslag die moet voldoen aan eisen van voorzienbaarheid. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens betekent dit echter niet dat open (vage) normen nooit zijn toegestaan.¹⁵ In dat licht is de voorgestelde strafbaarstelling volgens de toelichting voldoende nauwkeurig en specifiek. Daarbij wordt wederom gewezen op de verschillende belangen die afzonderlijk zijn benoemd, die aansluiten bij bestaande (strafrechtelijke) begrippen en het normaal spraakgebruik en die aldus in combinatie met de toelichting voldoende houvast bieden voor de rechtspraak. Daarnaast wordt gewezen op het belang van het opzetvereiste als wezenlijke drempel voor strafbaarheid, de strafuitsluitingsgronden en de ontwikkeling van (aanvullend) voorlichtingsmateriaal.¹⁶

b. Reikwijdte en duidelijkheid

In de literatuur is gewezen op de rekkelijkheid van de in de voorgestelde strafbaarstelling gehanteerde formuleringen, die niet voldoende duidelijk maken wat strafbaar is en wat niet.¹⁷ Ook in verschillende consultatiereacties is aandacht gevraagd voor de (zeer) ruime reikwijdte en de «vage definiëring» van begrippen in het nieuwe artikel, die zich slecht zouden verhouden met de rechtszekerheid en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.¹⁸ De tekst van het voorstel is naar aanleiding hiervan niet gewijzigd. Wel is de toelichting op verschillende punten aangevuld, in het bijzonder waar het gaat om een aantal in de wettekst gebruikte begrippen. In combinatie met de toelichting bieden deze begrippen nu voldoende houvast voor de rechtspraak, aldus de toelichting.¹⁹

De vraag rijst of de reikwijdte van de voorgestelde strafbaarstelling daarmee inderdaad duidelijk genoeg is ingekaderd. De Afdeling merkt op dat de term «handelingen» alle denkbare menselijke gedragingen lijkt te omvatten en geenszins beperkt is tot de in de toelichting genoemde voorbeelden. In dit verband is tekenend dat de voorgestelde formulering van het eerste lid, onder 1° mede de onder 2° van hetzelfde artikellid afzonderlijk genoemde gedragingen (zoals het verstrekken van inlichtingen) omvat. Het kan daarnaast gaan om «neutrale» handelingen die louter vanwege het daardoor veroorzaakte gevaar voor de genoemde belangen en het daarop gerichte opzet van de betrokkene strafwaardig worden. De betreffende belangen worden in het voorgestelde artikel weliswaar afzonderlijk genoemd en in de toelichting (uitgebreid) nader geduid, maar het blijven abstracte en ruim geformuleerde termen. Zoals gezegd is voor strafbaarheid bovendien niet vereist dat één van de belangen (al) daadwerkelijk is geschaad.

Tegen die achtergrond is het des te meer van belang dat de strafbare gedragingen zo nauwkeurig mogelijk worden omschreven in de wet. Het is weliswaar onvermijdelijk dat de grenzen van een nieuwe strafbaarstelling in de rechtspraak nader moeten worden gepreciseerd, maar dat neemt niet weg dat de wetgever moet streven naar scherp omliggende

¹⁴ Artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

¹⁵ Zie o.a. EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14307/88 (Kokkinakis), par. 40 (over artikel 9 EVRM); EHRM 12 februari 2008, appl.no. 21906/04 (Kafkaris), par. 141 (over artikel 7 EVRM).

¹⁶ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 7.

¹⁷ R. Jansen & M. Kouwenberg, «Strafbaarstelling van spionage: meer dan symboolwetgeving?», AA 2022, p. 435.

¹⁸ Zie in het bijzonder het advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak van 16 mei 2022 en het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten van 25 april 2022.

¹⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.

delictsomschrijvingen. Het moet immers zoveel mogelijk voorzienbaar zijn welke «handelingen» onder welke omstandigheden tot strafbaarheid leiden (lex certa, het uit het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel voortvloeiende bepaaldheidsgebod).²⁰ Een duidelijke delictsomschrijving is bovendien van belang voor een effectieve handhaving.

Volgens het opschrift, de considerans en de toelichting strekt het voorstel tot uitbreiding van de strafbaarheid van «spionage». In het normale spraakgebruik wordt onder spionage verstaan het in het geheim informatie verzamelen over een derde en het (wederrechtelijk) doorspelen daarvan.²¹ Verder valt op dat de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) van spionage spreekt als «heimelijk en/of onrechtmatig informatie of objecten worden verkregen door een ander land of in opdracht van een ander land».²² Ook wordt spionage in publicaties van de overheid en van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten onderscheiden van andere vormen van buitenlandse inmenging, zoals heimelijke (politieke) beïnvloeding, het verspreiden van desinformatie, (digitale) sabotage en het onder druk zetten of beïnvloeden van diasporagemeenschappen.²³ Al deze gedragingen kunnen onder omstandigheden echter ook gelden als «handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid» in de zin van het nieuwe artikel 98d, eerste lid, onder 1° Sr. De voorgestelde delictsomschrijving omvat dus veel meer dan de gebruikelijke definitie van spionage.

Gelet op het voorgaande en in het licht van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel merkt de Afdeling op dat de reikwijdte van de voorgestelde strafbaarstelling van handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid onvoldoende duidelijk is. Zij adviseert in het voorstel expliciet en nauwkeurig te omschrijven op welke specifieke gedragingen dit onderdeel van artikel 98d Sr betrekking heeft. Daarbij geldt dat een eventuele strafbaarstelling van andere vormen van buitenlandse inmenging dan «eigenlijke» spionage – zoals het verspreiden van desinformatie, het beïnvloeden van besluitvorming en het intimideren van bevolkingsgroepen – dient te berusten op een grondige en op die specifieke gedragingen toegespitste discussie en motivering.²⁴ Voor zover het gedragingen betreft die onder de huidige wetgeving ook al strafbaar zijn, dient nader gemotiveerd te worden wat de toegevoegde waarde is van een nieuwe strafbaarstelling (zie ook punt 3b).²⁵

Tot slot merkt de Afdeling op dat de verhoging van het strafmaximum naar acht jaren gevangenisstraf (zie punt 1) tot gevolg heeft dat ook de voorbereiding van de in artikel 98d Sr omschreven gedragingen strafbaar wordt.²⁶ Daarmee wordt de reikwijdte van de strafbaarheid nog eens

²⁰ Artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 Sr.

²¹ Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal (online editie).

²² Jaarverslag AIVD 2021, p. 18.

²³ Jaarverslag AIVD 2021, p. 18–19; Jaarverslag AIVD 2020, p. 8–11; Kamerstukken II 2020/21, 30 821, 125, p. 2; Kamerstukken II 2020/21, 30 977, nr. 157, p. 2 («heimelijke samenwerking door personen met een buitenlandse inlichtingendienst»); AIVD/MIVD/NCTV, Dreigingsbeeld Statelijke Actoren, 3 februari 2021, p. 3 en p. 20 e.v. Zie over het begrip «diasporaspionage» nader voetnoot 31.

²⁴ Voor zover het hier ook zou kunnen gaan om giften vanuit het buitenland aan Nederlandse politieke partijen kan worden gewezen op het thans aanhangige voorstel tot wijziging van de Wet financiering politieke partijen (Evaluatiewet Wfpp). Voorgesteld wordt om giften van niet-Nederlandse gevers te verbieden (Kamerstukken I, 2021/22, 35 657, A).

²⁵ Sabotage van vitale processen kan onder omstandigheden bijvoorbeeld al strafbaar zijn op grond van Boek II, Titel VII van het Wetboek van Strafrecht (Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3).

²⁶ Op grond van artikel 46 Sr is voorbereiding van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld strafbaar onder de in dat artikel genoemde voorwaarden.

aanzienlijk verder verruimd.²⁷ Onder omstandigheden kunnen «handelingen» als bedoeld in artikel 98d Sr – zoals het bezorgen van pakketjes, het verzamelen van informatie, het observeren van personen – worden gezien als voorbereiding van de eigenlijke spionage of als deelneming daaraan, bijvoorbeeld in de vorm van medeplegen of medeplichtigheid.²⁸ Ook om deze reden rijst de vraag of de afzonderlijke, ruim geformuleerde strafbaarstelling van «handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid» in artikel 98d, eerste lid, sub 1°Sr daarnaast nog noodzakelijk is.

De Afdeling adviseert in het voorstel nauwkeuriger te omschrijven welke specifieke handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid strafbaar worden gesteld.

1. Inhoud en achtergrond van het voorstel

2. Handelingen verricht ten behoeve van een buitenlandse mogendheid (artikel 98d, eerste lid, onder 1° Sr)

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de delictsomschrijving nader afgebakend. Daartoe is allereerst ingevoegd dat sprake moet zijn van een gedraging die is gepleegd «in heimelijke betrokkenheid met een buitenlandse mogendheid». Een belangrijk kenmerk van spionageactiviteiten is immers dat zij zijn omgeven met een bepaalde mate van heimelijkheid. In de tweede plaats is toegevoegd aan het eerste lid, onder 1°, dat het moet gaan om een «schadetoebrengende» handeling. Deze beperking is aangebracht om duidelijker tot uitdrukking te brengen dat niet iedere gedraging ten behoeve van een buitenlandse mogendheid onder de strafbaarstelling valt.

Door beide toevoegingen kan een duidelijker onderscheid worden gemaakt tussen spionageactiviteiten en overige, niet strafwaardige, activiteiten ten behoeve van een buitenlandse mogendheid. Deze wijze van nadere afbakening heeft de voorkeur boven een opsomming van verschillende, specifieke handelingen. Spionageactiviteiten kunnen immers een veelheid aan gedragingen betreffen. Bovendien evolueren ook de verschijningsvormen van spionage, mede onder invloed van internationale, maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Een (beperkte) opsomming van handelingen zou er aldus toe kunnen leiden dat strafwaardige gedragingen waardoor fundamentele Nederlandse belangen ernstig worden geschaad buiten de reikwijdte van de strafbaarstelling vallen. Er is daarbij, mede naar aanleiding van de in de memorie van toelichting geschetste ontwikkelingen, bewust ervoor gekozen om niet alleen «klassieke» spionageactiviteiten – het vergaren van inlichtingen en voorwerpen – onder het bereik van de nieuwe strafbaarstelling te brengen, maar ook andere gedragingen die in verband kunnen worden gebracht met spionage, zoals sabotage en het interveniëren in (besluitvormings)processen en het beïnvloeden van personen. Daarnaast is naar aanleiding van het advies van de Afdeling in paragraaf 3 van de memorie van toelichting een nadere onderbouwing opgenomen over waarom andere gedragingen dan «klassieke» spionageactiviteiten binnen de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen.

²⁷ *Gedacht kan worden aan het opzettelijk voorhanden hebben van een voorwerp (bijvoorbeeld een nog niet verzonden pakketje) dat is bestemd tot het verrichten van handelingen ten behoeve van een buitenlandse mogendheid.*

²⁸ *Zie de artikelen 47 en 48 Sr. In het tweede lid van het voorgestelde artikel 98d Sr wordt het bewegen van een ander tot de in het eerste lid bedoelde handelingen strafbaar gesteld. Deze strafbaarstelling omvat de deelnemingsvormen uitlokking (ook als geen sprake is van een uitlokkingsmiddel) en vormen van doen plegen.*

3. Inlichtingen, een voorwerp of gegevens verstrekken aan een buitenlandse mogendheid (artikel 98d, eerste lid, onder 2° Sr)

a. Voorstel en toelichting

Het huidige wetboek bevat al verschillende bepalingen die kunnen worden ingezet om op te treden tegen spionageactiviteiten. In het bijzonder gaat het dan om de strafbaarstellingen rondom het schenden van staats-, beroeps-, ambts- en bedrijfsgeheimen.²⁹ Als informatie niet geheim is maar wel onrechtmatig is verkregen, bijvoorbeeld door het inbreken in computers of door diefstal en verduistering, kan daartegen in voorkomende gevallen ook al strafrechtelijk worden opgetreden. Er zijn volgens de toelichting echter ook situaties denkbaar waarin iemand rechtmatig over informatie beschikt die niet geheim is en waarin ook geen sprake is van ambtelijke of niet-ambtelijke omkoping.³⁰

Volgens de toelichting «(...) kan ook ongerubriceerde informatie dienen als voorkennis voor staten om bijvoorbeeld in te kunnen spelen op politieke of maatschappelijke ontwikkelingen, om kwetsbaarheden in Nederlandse systemen of processen te identificeren, om besluitvorming of personen te beïnvloeden of om economisch voordeel te behalen en de eigen concurrentiepositie te versterken». Een voorbeeld is het geval waarin buitenlandse mogendheden op heimelijke wijze contact met een Nederlandse ambtenaar onderhouden met als doel het verkrijgen van (vooralsnog) ongerubriceerde, maar wel cruciale of kwetsbare (politiek gevoelige) overheidsinformatie. Ook kan het volgens de toelichting gaan om «diasporaspionage».³¹ Daarbij is vaak sprake van het delen van niet geheime, maar wel gevoelige (persoons)informatie met een buitenlandse mogendheid, zoals gegevens over de politieke voorkeur of religieuze achtergrond van leden van de betreffende gemeenschap.³²

b. Toegevoegde waarde

De Afdeling merkt op dat de nieuwe strafbaarstelling gelet op de toelichting vooral toegevoegde waarde lijkt te hebben in gevallen die niet onder bestaande strafbepalingen vallen. De toelichting verschaft evenwel onvoldoende duidelijkheid over de omvang en het belang van deze categorie van gevallen.

Wel geeft de toelichting enkele voorbeelden van situaties waarin de huidige wetgeving tekort zou schieten (zie boven). Voor zover deze voorbeelden betrekking hebben op informatie die niet geheim of ongerubriceerd zou zijn, is dit (behalve in het geval van diasporaspionage) echter niet evident. Volgens de toepasselijke regelgeving moet informatie als staatsgeheim worden gerubriceerd indien kennisname daarvan door niet geautoriseerde personen schade kan toebrengen aan een van de

²⁹ Zie in dit verband de artikelen 98 e.v. en 272 e.v. Sr.

³⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.

³¹ Daarmee wordt bedoeld op landen die (openlijk en heimelijk) (persoons)gegevens verzamelen over hun (ex-)landgenoten in Nederland en die burgers uit deze gemeenschap proberen te beïnvloeden vanuit een (vermeend) eigen intern veiligheidsbelang (Toelichting, Algemeen deel).

³² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3. Bij diasporaspionage worden methoden als intimidatie en chantage volgens de toelichting (Algemeen deel, paragraaf 5.1) overigens niet geschuwd; ook in dat verband kan dus al sprake zijn van strafbaarheid op grond van bestaande delicten als dwang (artikel 284 Sr), bedreiging (artikel 285 Sr) en afdreiging (artikel 318 Sr).

vitale belangen van de staat of zijn bondgenoten.³³ Als het verstrekken van inlichtingen aan een buitenlandse mogendheid gevaar oplevert voor de in het nieuwe artikel 98d Sr genoemde belangen, zullen die inlichtingen dus in veel gevallen als staatsgeheim moeten worden gerubriceerd. Bovendien is het de rechter die in een concreet geval bepaalt of sprake is van een geheim in de zin van de betreffende strafbepalingen, waarbij de bedoelde rubricering niet beslissend hoeft te zijn. Daarbij gaat het niet alleen om de schending van staatsgeheimen, maar om alle geheimen die de betrokkene uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht is te bewaren.³⁴ De vraag rijst dan ook in hoeverre daarnaast nog situaties denkbaar zijn waarin inlichtingen niet geheim zijn, maar de betrokkene wel degelijk moet weten dat het verstrekken daarvan aan een buitenlandse mogendheid gevaar oplevert voor de veiligheid van de staat (enzovoort). In dergelijke situaties kan voorts onduidelijkheid ontstaan over de grenzen van de strafbaarheid, bijvoorbeeld in het diplomatieke verkeer met medewerkers van een buitenlandse mogendheid.

In de literatuur is opgemerkt dat een heldere analyse van kennelijk bestaande lacunes in de huidige wetgeving ontbreekt.³⁵ De Afdeling wijst er in dit verband nog op dat de nieuwe strafbaarstelling, gelet op het hoge strafmaximum, in sommige gevallen mogelijk kan worden gezien als een strafverzwaring ten opzichte van bestaande strafbepalingen.³⁶ De toelichting gaat daar niet op in.³⁷

De Afdeling adviseert de toegevoegde waarde van de voorgestelde strafbaarstelling van het verstrekken van (niet geheime) inlichtingen aan een buitenlandse mogendheid ten opzichte van bestaande strafbepalingen in de toelichting nader te verduidelijken en zo nodig het voorstel aan te passen.

Overeenkomstig het advies is de memorie van toelichting aangevuld. Aan paragraaf 3 van de memorie van toelichting is een passage toegevoegd over de meerwaarde ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen.

Met betrekking tot de grenzen aan de strafbaarheid wordt opgemerkt dat naar aanleiding van het advies van de Afdeling de delictomschrijving van een nadere afbakening is voorzien. Verwezen wordt naar de reactie naar onderdeel 2 van het advies.

³³ Zie het Besluit Voorschrift Informatiebeveiliging Rijksdienst Bijzondere Informatie 2013 (VIRBI 2013), Stcrt. 2013, 15497, artikel 4. In de toelichting bij dit artikel wordt de aansluiting bij artikel 98 e.v. Sr benadrukt. Deze specifieke regeling geldt overigens alleen voor de Rijksdienst.

³⁴ In de rechtspraak wordt voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een geheim in de zin van artikel 272 Sr acht geslagen op onder meer de aard van de informatie, het moment dat de betrokkene hiervan kennis kreeg en de hoedanigheid waarin deze daarvan kennis kreeg. De rechter moet in het concrete geval beoordelen of de bedoelde informatie bestemd was om niet verder te worden bekendgemaakt. Zie Tekst & Commentaar Strafrecht, aantekeningen bij artikel 272; HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2855; Conclusie A-G Hofstee van 21 mei 2022, ECLI:NL:PHR:2022:421.

³⁵ R. Jansen & M. Kouwenberg, «Strafbaarstelling van spionage: meer dan symboolwetgeving?», AA 2022, p. 435.

³⁶ Artikel 272 Sr kent bijvoorbeeld een maximale gevangenisstraf van één jaar.

³⁷ Wel kunnen overwegingen ten aanzien van de strafmaat volgens de toelichting een rol spelen bij de keuze om te vervolgen op grond van de bestaande bepalingen of de nieuwe bepaling (Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.1).

4. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De redactionele opmerking die is gemaakt door de Afdeling is overgenomen.

Van de gelegenheid is gebruikgemaakt om het in november 2022 verschenen dreigingsbeeld statelijke actoren (DBSA) in paragraaf 3 van de memorie van toelichting te verwerken. Ook is paragraaf 4 over de wetgeving in ons omringende landen geactualiseerd. De aanvankelijk beschreven voornemens voor spionagewetgeving in het Verenigd Koninkrijk hebben aldaar inmiddels geleid tot een ingediend wetsvoorstel.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie en Veiligheid,
D. Yeşilgöz-Zegerius

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W16.22.0129/II

- In Artikel II, Onderdeel E, vermelden op welk artikel van het Wetboek van Strafrecht BES deze wijziging betrekking heeft.