

Vergaderjaar 2022–2023

36 377

Regels over een bestuursrechtelijke aanpak van online kinderpornografisch materiaal (Wet bestuursrechtelijke aanpak online kinderpornografisch materiaal)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 4 mei 2022 en het nader rapport d.d. 7 juni 2023, aangeboden aan de Koning door de Minister van Justitie en Veiligheid, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 17 november 2021, nr. 2021002259, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 4 mei 2022, nr. W16.21.0337/II, bied ik U hierbij aan.

Het advies is ook integraal opgenomen in dit nader rapport en cursief gedrukt. Hieronder ga ik in op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling).

Het wetsvoorstel regelt primair de instelling van een nieuw zelfstandig bestuursorgaan (zbo) in de vorm van een Autoriteit. Deze Autoriteit wordt belast met het ontoegankelijk maken van online kinderpornografisch materiaal. Daartoe krijgt de Autoriteit repressieve, preventieve en handhavingsbevoegdheden geattribueerd. Om de ministeriële verantwoordelijkheid verder te beperken wordt voorgesteld uitzonderingen te maken op de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

Het voorstel hangt sterk samen met de Uitvoeringswet Verordening terroristische online-inhoud waarover de Afdeling advisering van de Raad van State op 30 maart jl. advies heeft uitgebracht. In dat wetsvoorstel wordt eveneens voorgesteld een zbo op te richten, met vergelijkbare taken en bevoegdheden, teneinde het internet te schonen van terroristische online-inhoud. Het voorliggende voorstel bevat een samenloopbe-

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

paling voor de situatie dat die Uitvoeringswet eerder inwerking treedt. In dat geval worden de in het voorliggende wetsvoorstel voorgestelde taken en bevoegdheden aan het dan reeds opgerichte zbo toegevoegd.

De Afdeling maakt allereerst opmerkingen over de voorgestelde taaktoedeling aan een zbo. Door taken toe te delen aan een zbo wordt een uitzondering gemaakt op de grondwettelijk verankerde regel dat een Minister politiek verantwoordelijk en aanspreekbaar is voor het handelen van organen en diensten die behoren tot de centrale overheid. Om die reden is het regeringsbeleid om terughoudend te zijn met de wettelijke instelling van nieuwe onafhankelijke instanties. In dat licht roept het voorstel vragen op naar nut en noodzaak met betrekking tot de taaktoedeling aan specifiek een zbo. Wordt daartoe overgegaan, dan adviseert zij om de keuze voor afwijking van de in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen vastgelegde bevoegdheid van de Minister om beleidsregels vast te stellen, te heroverwegen.

Daarnaast maakt de Afdeling opmerkingen over enkele grondrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel, verband houdend met de voorgestelde digitale bevoegdheden van de Autoriteit en de bescherming van persoonsgegevens.

Gelet op de voorgestelde samenhang met de aanpak van terroristische online-inhoud maakt de Afdeling ook opmerkingen over de verschillen in de bevoegdheidsuitoefening ten opzichte van de eerder genoemde Verordening en Uitvoeringswet. De Afdeling adviseert te komen tot een meer samenhangende lijn in de bevoegdheidsuitoefening, dan wel toe te lichten op welke uitgangspunten de verschillen gebaseerd zijn. Dat is in het bijzonder voor de uitvoering van groot belang.

In verband met het voorgaande dient het wetsvoorstel nader te worden overwogen.

1. Aanleiding en inhoud van het wetsvoorstel

a. Achtergrond

In de afgelopen jaren heeft de Minister van Justitie en Veiligheid de Tweede Kamer geïnformeerd over verschillende initiatieven voor de aanpak van online seksueel kindermisbruik. Eén van deze initiatieven betrof een onderzoek naar de mogelijkheden om middels het bestuursrecht op te treden tegen aanbieders van hostingdiensten die ongewild betrokken zijn bij de opslag of doorgifte van online kinderpornografisch materiaal, maar daar niet (tijdig) tegen optreden.² Het wetsvoorstel beoogt tevens uitvoering te geven aan enkele moties waarin wordt opgeroepen tot een intensievere bestrijding van online kinderpornografisch materiaal en een strengere aanpak van aanbieders die zich onvoldoende inspannen.³

Het voorgaande moet worden gezien tegen de achtergrond van de snelle toename van het aantal meldingen van online kinderpornografisch materiaal. De toelichting schetst dat het aantal meldingen over online kinderpornografisch materiaal sinds 2016 ieder jaar met bijna de helft

² Kamerstukken II 2017/18, 31 015, nrs. 135 en 160; Kamerstukken II 2018/19, 31 015, nr. 175. Aanbieders hebben geen inhoudelijke betrokkenheid bij het materiaal dat door derden middels hun diensten wordt opgeslagen of verspreid, maar op hen kan wel een verantwoordelijkheid rusten om maatregelen te treffen tegen de doorgifte of opslag van onwettige informatie. Zie ook paragraaf 2.2 en 2.3 van de memorie van toelichting.

³ Kamerstukken II 2017/18, 29 270, nrs. 127 en 128; Kamerstukken II 2017/18, 31 015, nrs. 138.

toeneemt. In 2019 analyseerde het Expertisebureau Online Kindermisbruik (EOKM) 308.430 webpagina's, waarbij in 206.648 gevallen daadwerkelijk kinderpornografisch materiaal werd aangetroffen.⁴ De regering vindt het noodzakelijk om het internet beter en sneller te schonen van kinderpornografisch materiaal.

Samen met betrokken spelers uit het bedrijfsleven heeft het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat in 2008 stappen ondernomen om ongewenst en illegaal online materiaal te doen verwijderen. Zo is onder meer een gedragscode ontworpen, gericht op dienstverleners die in Nederland een openbare telecommunicatiedienst aanbieden. De gedragscode bevat onder andere een procedure voor het omgaan met kinderpornografisch materiaal op het internet. In 2018 is deze aangevuld met een procedure voor het verwijderen van online kinderpornografisch materiaal. Daarbij is de inzet het vrijwillig verwijderen van dit type materiaal binnen een termijn van 24 uur.⁵

Binnen dit regime van zelfregulering wordt ongeveer 84% van de meldingen van het EOKM adequaat opgepakt door de branche, zo stelt de toelichting. In de andere gevallen wordt geen of onvoldoende opvolging gegeven aan een melding. In 12% van de gevallen, wat circa 19.000 afbeeldingen of video's betreft, wordt het materiaal binnen 48 uur alsnog verwijderd. De resterende 4% blijft langer dan 48 uur staan.⁶

b. Inhoud

Tegen de hiervoor geschetste achtergrond is het doel van het wetsvoorstel om de betrokken bedrijven te bewegen online kinderpornografisch materiaal op zo kort mogelijke termijn ontoegankelijk te maken.⁷ Daartoe voorziet het wetsvoorstel in een bestuursrechtelijk instrumentarium om op te treden tegen aanbieders van communicatiediensten – in het bijzonder hostingdiensten – die online kinderpornografisch materiaal opslaan of doorgeven.⁸ Dat instrumentarium omvat in grote lijnen de volgende taken en bevoegdheden:

- i. een taak om onderzoek te doen naar, en informatie te verstrekken over, de aanwezigheid van online kinderpornografisch materiaal teneinde de verspreiding daarvan te beperken, waar mogelijk samenwerking met publieke en private partijen te faciliteren;⁹
- ii. een bevoegdheid om een aanbieder te verplichten alle redelijkerwijs te nemen maatregelen te treffen om online kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk te maken (een zogenoemde aanwijzing);¹⁰
- iii. een bevoegdheid om aanbieders op te dragen passende en evenredige maatregelen te treffen om de opslag en doorgifte van online kinderpornografisch materiaal middels zijn diensten te beperken (een zogenoemde zorgplicht);¹¹
- iv. bevoegdheden om sancties op te leggen om naleving van bovenbedoelde bevoegdheden af te dwingen.¹²

⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

⁵ Idem.

⁶ Idem, paragraaf 2.1 en paragraaf 8.

⁷ Idem, paragraaf 2.1.

⁸ Het wetsvoorstel sluit voor de definitie van het begrip «kinderpornografisch materiaal» aan bij artikel 240b Sr: «een afbeelding – of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding – van een seksuele gedraging waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken».

⁹ Voorgesteld artikel 2, tweede lid, onderdeel a.

¹⁰ Voorgesteld artikel 7.

¹¹ Voorgesteld artikel 6.

¹² Voorgesteld artikel 6, derde lid; voorgesteld artikel 7, vijfde lid; voorgesteld artikel 8 en voorgesteld artikel 9.

Het wetsvoorstel voorziet daarnaast in overleg over de uitoefening van taken en bevoegdheden met de politie en het openbaar ministerie (OM).¹³ Ook wordt een grondslag geboden voor de verwerking van gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid, evenals de verwerking van persoonsgegevens van strafrechtelijke aard.¹⁴

Er is geen bestaand bestuursorgaan dat is belast met de ontoegankelijkmaking van online kinderpornografisch materiaal, zo stelt de toelichting. De attributie van de hiervoor genoemde taken en bevoegdheden maakt daarom naar het oordeel van de regering de instelling van een nieuw bestuursorgaan nodig. Gelet op de beperking van de vrijheid van meningsuiting die gepaard gaat met de uitoefening van deze taken en bevoegdheden, dienen deze onafhankelijk van politieke organen en invloed uitgevoerd te worden, aldus de toelichting. Daarom wordt ervoor gekozen het nieuwe bestuursorgaan vorm te geven als een publiekrechtelijk zbo.¹⁵ Ter vergroting van de beoogde onafhankelijkheid worden in het wetsvoorstel voorts uitzonderingen gemaakt op de toepasselijkheid van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.¹⁶

c. Samenhang met Uitvoeringswet Verordening terroristische online-inhoud

De Minister van Justitie en Veiligheid heeft de Tweede Kamer laten weten de aanpak van online kinderpornografisch materiaal te verbinden aan de Europese verplichtingen inzake terroristische online-inhoud.¹⁷ In dat verband wordt beoogd dat de voornoemde Autoriteit zich niet alleen zal gaan richten op de ontoegankelijkmaking van online kinderpornografisch materiaal, maar ook op de ontoegankelijkmaking van terroristische online-inhoud, ter uitvoering van de Verordening inzake het tegengaan van terroristische online-inhoud).¹⁸

Het wetsvoorstel ter uitvoering van die Verordening (hierna: Uitvoeringswet Verordening terroristische online-inhoud) voorziet eveneens in de oprichting van een nieuw zbo, aan wie vergelijkbare taken en bevoegdheden worden toebedeeld. Indien de Uitvoeringswet verordening terroristische online-inhoud eerder in werking treedt dan het thans voorliggende wetsvoorstel, zal het zbo al met de Uitvoeringswet zijn opgericht. Voor die situatie bevat het voorliggende wetsvoorstel een samenloopbepaling.¹⁹

Op 30 maart jl. heeft de Afdeling advies uitgebracht over de hiervoor genoemde Uitvoeringswet.²⁰ Gelet op de samenhang en overlap tussen beide wetsvoorstellen, zijn beide adviezen gedeeltelijk gelijkloidend.

¹³ Voorgesteld artikel 5.

¹⁴ Voorgesteld artikel 11.

¹⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.

¹⁶ Voorgesteld artikel 2c. Zie ook memorie van toelichting, paragraaf 4.2.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2020/21, 31 015, nr. 208.

¹⁸ Verordening (EU) 2021/784 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2021 inzake het tegengaan van de verspreiding van terroristische online-inhoud.

¹⁹ Voorgesteld artikel 14. Zie ook memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

²⁰ Zie het Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 30 maart 2022 (W16.22.0013/II).

2. Taaktoedeling aan een zbo: constitutionele aspecten

a. Inleiding

De kern van het wetsvoorstel is de oprichting van een nieuw zbo. In het geval dat het zbo dat met de Uitvoeringswet Verordening terroristische online-inhoud wordt voorgesteld eerder zou zijn opgericht, dan regelt het voorliggende voorstel dat er sprake zal zijn van toedeling van een extra taak aan dat zbo.

Oprichting van een zbo en taaktoedeling aan een bestaand zbo vormen een uitzondering op de grondwettelijk verankerde regel dat een Minister politiek verantwoordelijk en aanspreekbaar is voor het handelen van organen en diensten die behoren tot de centrale overheid. Om die reden is het regeringsbeleid om terughoudend te zijn met de wettelijke instelling van nieuwe onafhankelijke instanties.²¹

Met het oog daarop dient telkens de vraag te worden gesteld of er een noodzaak bestaat voor taaktoedeling aan een (nieuw) zbo. Dit geldt te meer nu de dagelijkse praktijk weerbarstig is. De neiging om in incidentele gevallen de Minister ondanks de wettelijke verzelfstandiging politiek verantwoordelijk te houden, kan leiden tot verwarring en spanningen in de verhouding tussen Tweede Kamer, Minister en zelfstandig bestuursorgaan. Daarom zijn een grondige afweging en een deugdelijke en toereikende motivering noodzakelijk.²²

Volgens de regering bestaat er, gelet op de waarborgen die mensenrechtenverdragen en de Grondwet bieden en de eisen die de Verordening terroristische online- inhoud stelt, een «noodzaak tot van de politiek onafhankelijke oordeelsvorming».²³ Daarmee lijkt de regering zich op het standpunt te stellen dat oprichting van een zbo uit het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), de Grondwet en de Verordening voortvloeit. Op de vraag in hoeverre dat het geval is, gaat de Afdeling hieronder nader in (punt b en c). Daarbij komt ook de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen aan bod (punt d tot en met f), gevolgd door een conclusie (punt g).

b. Vrijheid van meningsuiting: EVRM, EU-Handvest en Grondwet

De toelichting betoogt dat onafhankelijke oordeelsvorming door de Autoriteit noodzakelijk is vanwege haar inmenging in de vrijheid van meningsuiting. Het stelt dat uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) volgt dat het in de regel de rechter is die, waar noodzakelijk, overgaat tot een beperking van de vrijheid van meningsuiting. Dit laat onverlet dat ook aan een ander orgaan de bevoegdheid kan worden geattribueerd om bepaalde uitingen ontoegankelijk te maken. Het ontbreken van voorafgaande rechterlijke toetsing moet dan worden gecompenseerd door andere waarborgen, zodanig dat onafhankelijke oordeelsvorming alsnog is gewaarborgd, aldus de toelichting. Door de Autoriteit vorm te geven als zbo is volgens de toelichting aan dit vereiste voldaan.²⁴

²¹ Kamerstukken II 2014/15, 25 268, nr. 83. Zie ook Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), Kamerstukken II 2019/20, 35 300, nr. 78 (bijlage), punt 3.2 en 4.3.

²² Zie ook Aanwijzing 5.8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

²³ Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.

²⁴ Idem.

Uit deze toelichting kan de indruk ontstaan dat artikel 10 van het EVRM in het geval van een beperking van de vrijheid van meningsuiting door een ander orgaan dan de rechter zou verplichten tot de oprichting van een zbo.²⁵ Dat kan echter niet zonder meer uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid. De vraag rijst allereerst in hoeverre de door de toelichting aangehaalde rechtspraak²⁶ onverkort van toepassing is op het voorliggende wetsvoorstel. De context in die zaken was een geheel andere dan de verwijdering van online kinderpornografisch – en daarmee strafbaar – materiaal.²⁷ Op basis van de in aantal geringe en tevens zeer specifieke casuïstiek die aan het EHRM is voorgelegd, kan dan ook niet of in elk geval niet met zekerheid worden vastgesteld dat die rechtspraak ook van toepassing is op de situaties waarop het wetsvoorstel ziet.

Voor zover de in de toelichting aangehaalde rechtspraak hier betekenis heeft, is de vraag op welke wijze het ontbreken van voorafgaande rechterlijke toetsing gecompenseerd moet worden met andere waarborgen. Uit de rechtspraak blijkt geen duidelijk antwoord op die vraag. Een belangrijke waarborg zal in veel gevallen kunnen zijn dat, zoals in het bestuursrecht gebruikelijk is, de maatregel die inbreuk maakt op het grondrecht van de betrokkenen achteraf aan een onafhankelijke rechter kan worden voorgelegd.²⁸ Artikel 10 van het EVRM vereist in elk geval niet dat het bestuursorgaan dat de maatregel neemt, ook zélf onafhankelijk is. Ook artikel 11 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie²⁹ en artikel 7 van de Grondwet schrijven dit niet voor.

c. Verordening terroristische online-inhoud

Beoogd wordt dat de Autoriteit zich niet alleen richt op de ontoegankelijkmaking van online kinderpornografisch materiaal, maar ook op de ontoegankelijkmaking van terroristische online-inhoud (zie punt 1c). Dit is aangekondigd in de Kamerbrief van 20 november 2020.³⁰ Tegen die achtergrond gaat ook de toelichting op het onderhavige wetsvoorstel in op de betekenis van de Verordening inzake het tegengaan van terroristische online-inhoud.

Op grond van die Verordening wijst iedere lidstaat een autoriteit aan die als taak krijgt terroristische online-content te identificeren en de snelle verwijdering ervan door aanbieders van hostingdiensten te garanderen.³¹ De Verordening laat de keuze voor de bevoegde nationale autoriteit aan de lidstaten, mits deze voldoet aan enkele eisen die de

²⁵ Idem.

²⁶ De toelichting verwijst in dit verband naar EHRM 10 september 2010 (GK), *Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland*, nr. 38244/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0914JUD003822403, r.o. 90–92; EHRM 7 juni 2007, *Smirnov t. Rusland*, nr. 71362/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0607JUD007136201, r.o. 45, en EHRM 30 september 2014, *Prezhdarovi t. Bulgarije*, nr. 8429/05, ECLI:CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, r.o. 46.

²⁷ Het ging in de genoemde zaken om de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen met als doel het journalistieke brongeheim te doorbreken, respectievelijk huiszoekingen en de inbeslagname van (digitale) documenten door de politie zonder voorafgaande rechterlijke toetsing. Dat het EHRM met name bij journalistieke bronbescherming een voorafgaande onafhankelijke beoordeling heeft geëist, is begrijpelijk. Het EHRM is bij de toetsing aan artikel 10 EVRM doorgaans zeer streng als het gaat om de bescherming van journalisten. Bovendien is voorafgaande toetsing in dat geval onvermijdelijk omdat het vrijgeven van de identiteit van een journalistieke bron, niet achteraf kan worden hersteld.

²⁸ Het EHRM achtte rechterlijke toetsing achteraf toereikend in *Smirnov t. Rusland*, nr. 71362/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0607JUD007136201, r.o. 45, en EHRM 30 september 2014, *Prezhdarovi t. Bulgarije*, nr. 8429/05, ECLI:CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, r.o. 46.

²⁹ De toelichting merkt terecht op dat de inhoud en reikwijdte van de rechten vervat in artikel 11 van het EU-Handvest gelet op artikel 52, derde lid, van het Handvest, corresponderen met die van artikel 10 van het EVRM.

³⁰ Kamerstukken II 2020/21, 31 015, nr. 208.

³¹ Artikel 12 van de Verordening.

Verordening stelt. Zo dient de bevoegde autoriteit geen instructies van andere instanties te vragen of te ontvangen met betrekking tot de uitoefening van zijn taken.³² De toelichting leidt hieruit af dat de «noodzaak tot van de politiek onafhankelijke oordeelsvorming, als het gaat om de ontoegankelijkmaking van uitingen» ook in Europees verband is erkend.³³

De Afdeling brengt daarbij in herinnering dat deze Verordening uitdrukkelijk bepaalt dat het daarin geregelde verbod om instructies te vragen of te ontvangen «geen beletsel mag vormen voor toezicht overeenkomstig het nationale constitutionele recht».³⁴ Dit laatste impliceert dat overeenkomstig de Grondwet de ministeriële verantwoordelijkheid uitgangspunt kan blijven. De Verordening staat niet in de weg aan de keuze om de desbetreffende taken op te dragen aan een nieuw zbo, maar die keuze vloeit gelet op het voorgaande ook niet dwingend uit de Verordening voort.³⁵

Daarnaast benadrukt de Afdeling dat het een keuze van de regering zelf is om de in die Verordening voorgeschreven autoriteit tevens te belasten met de ontoegankelijkmaking van kinderpornografisch materiaal. De noodzaak van taaktoedeling aan een zbo ten aanzien van het tegengaan van online kinderpornografisch materiaal kan niet worden afgeleid uit de Verordening inzake tegengaan van terroristische online-inhoud. Op dat type content ziet die Verordening immers niet.

Verder vloeit uit die Verordening ook in algemene zin niet de noodzaak voort om ten aanzien van online content te komen tot «van de politiek onafhankelijke oordeelsvorming, als het gaat om de ontoegankelijkmaking van uitingen».³⁶ Evenmin verplicht de Richtlijn ter bestrijding van kinderpornografie,³⁷ waarnaar de toelichting bij het voorliggende voorstel verwijst,³⁸ tot de oprichting van een autoriteit in de vorm van een zbo. De keuze om de ontoegankelijkmaking van online kinderpornografisch materiaal op te dragen aan een (nieuw) zbo is dan ook een nationale beleidskeuze en behoeft dan ook een zelfstandige afweging en motivering (zie ook hierna onder e).

d. Kaderwet zelfstandige bestuursorganen: onafhankelijke oordeelsvorming

Volgens de toelichting is de oprichting van een zbo in overeenstemming met de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Op grond van artikel 3, eerste lid, aanhef en onderdeel a, kan een zbo worden ingesteld indien er behoefte is aan «onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid». Daarvan is in dit geval sprake, zo stelt de toelichting onder verwijzing naar de Kamerbrief van 20 november 2020.³⁹

³² Artikel 13, tweede lid, van de Verordening.

³³ Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.

³⁴ Artikel 13, tweede lid, van de Verordening. Zie ook overweging 35 van de Verordening.

³⁵ Zie ook het Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 30 maart 2022 over de Uitvoeringswet verordening terroristische online-inhoud (W16.22.0013/II).

³⁶ Zie memorie van toelichting, paragraaf 4.2, waar gesteld wordt: «De noodzaak tot van de politiek onafhankelijke oordeelsvorming, als het gaat om de ontoegankelijkmaking van uitingen, is ook in Europees verband erkend.»

³⁷ 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).

³⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 5.1 (verwezen wordt naar overweging 46 en artikel 25, eerste lid, van de Richtlijn).

³⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.2; Kamerstukken II 2020/21, 31 015, nr. 208.

De Afdeling heeft eerder opgemerkt op dat er onvoldoende duidelijkheid bestaat over de vraag wanneer het aangewezen is een beroep te doen op de «behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid» in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.⁴⁰ Die duidelijkheid is wel noodzakelijk, omdat het ook samenhangt met de vraag op welke wijze de voor overheidstaken vereiste deskundigheid en onpartijdige en onafhankelijke oordeelsvorming binnen departementale diensten en instellingen zélf (en dus met behoud van de ministeriële verantwoordelijkheid) kan worden gewaarborgd. De regering heeft te kennen gegeven op dit punt naar versterking te streven en heeft daartoe maatregelen aangekondigd.⁴¹

Tegen deze achtergrond schiet de toelichting tekort. Waarom er behoefte is aan «onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid» in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en waarom deze behoefte in dit geval de instelling van een nieuw zbo noodzakelijk maakt, wordt niet zelfstandig gemotiveerd. Dit gebeurt ook niet in de Kamerbrief van 20 november 2020, waarnaar de toelichting verwijst.

e. Zorgvuldige afweging

De Afdeling acht een zorgvuldige motivering van de pro's en contra's van instelling van een nieuw zbo (dan wel taaktoedeling aan een bestaand zbo) noodzakelijk. In dat verband wijst de Afdeling ook op de brede evaluatie van de organisatiekaders van overheidsorganisaties op afstand (december 2021) die noopt tot bezinning op taaktoedeling aan zbo's.⁴² Daarom dienen ook andere opties dan taakuitoefening door een zbo te worden afgewogen. Een zorgvuldige afweging is te meer noodzakelijk omdat niet bij voorbaat kan worden uitgesloten dat in de toekomst wordt voorgesteld de Autoriteit tevens te belasten met het schonen van het internet ten aanzien van andere typen (al dan niet strafbare) online content.

Met het oog daarop stelt de toelichting allereerst dat er geen bestaand bestuursorgaan is dat reeds belast is met de ontoegankelijkmaking van online kinderpornografisch materiaal.⁴³ Daarnaast acht de regering het bestaande strafrechtelijke bevel tot ontoegankelijkmaking van artikel 125p van het Wetboek van Strafvordering niet geschikt.⁴⁴

De toelichting gaat verder in op de vraag waarom niet is gekozen voor een agentschap of deconcentratie. Een agentschap is hiërarchisch ondergeschikt aan een Minister en is volgens de toelichting daarom onverengbaar met de benodigde onafhankelijke oordeelsvorming. De constructie waarin de bevoegde autoriteit wordt ondergebracht in een

⁴⁰ Zie Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/l), Kamerstukken II 2019/20, 35 300, nr. 78 (bijlage), punt 4.3. Zie tevens Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 28 april 2021 over de Wijziging van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en enkele andere wetten (W04.21.0051/l), Kamerstukken II 2020/21, 35 890, nr. 4, punt 1.

⁴¹ Dit hangt samen met het bevorderen van ambtelijk vakmanschap. Zie Nader rapport inzake advies Afdeling advisering van de Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid, Kamerstukken II 2020/21, 35 570, nr. 47 (bijlage), punt 2.5.

⁴² Kamerstukken II 2021/22, 31 490, nr. 309. Zie meer in het bijzonder bijlage B3, en ter illustratie p. 89: «De reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid is een blijvend onderwerp van onduidelijkheid en (mede hierdoor) is het publiek inzicht in het veld van zbo's ook nog beperkt. Dit alles brengt risico's mee voor democratische controle.»

⁴³ Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.

⁴⁴ Idem, paragraaf 2.3. In die paragraaf wordt verder toegelicht dat het wetsvoorstel geen afbreuk doet aan de mogelijkheden tot strafrechtelijke opsporing, vervolging en berechting van diegenen die kinderpornografisch materiaal vervaardigen, verspreiden of bekijken.

*departementale dienst met de beperking van de ministeriële bevoegdheid om in individuele gevallen aanwijzingen of instructies te geven, wordt ook afgewezen. Volgens de toelichting is de reden daarvoor dat het leidt tot «de ongewenste situatie dat de Minister beperkt wordt in zijn mogelijkheid tot ingrijpen, maar toch politiek verantwoordelijk blijft voor de wijze waarop de bevoegde autoriteit zijn taken vervult».*⁴⁵

Dit betoog is niet voldoende. Het gaat eraan voorbij dat ook onder de ministeriële verantwoordelijkheid onafhankelijke oordeelsvorming mogelijk en wenselijk is en in sommige gevallen ook is gewaarborgd.⁴⁶ In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de geldende regels voor het OM⁴⁷ en de Aanwijzingen inzake de Rijksinspecties.⁴⁸ Bij de weging van de mogelijkheid en wenselijkheid van onderbrenging bij een departement is ook van belang dat – indien zoals wordt voorgesteld de Autoriteit tevens taken en bevoegdheden worden toegekend ter uitvoering van de uit EU-recht voortvloeiende verplichtingen inzake het tegengaan van terroristische online-inhoud⁴⁹ – de Minister niet alleen verantwoording verschuldigd is aan het parlement, maar ook namens de Staat der Nederlanden door de Europese Commissie aanspreekbaar is voor het nakomen van de verplichtingen die voortvloeien uit de Verordening en daarmee ook voor de bevoegdheden die op grond daarvan door de Autoriteit moeten worden uitgeoefend.

f. Afwijking van Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

Het wetsvoorstel verklaart verschillende bepalingen van de Kaderwet buiten toepassing.⁵⁰ Zo wordt onder meer de toepassing van de artikelen 21 en 22 van de Kaderwet uitgezonderd.⁵¹ Als gevolg hiervan mag de Minister geen beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening van de Autoriteit. Evenmin mag de Minister besluiten van de Autoriteit – ook die inhoudende beleidsregels – vernietigen. De regering acht deze afwijkingen nodig in het licht van de vereiste onafhankelijkheid.⁵² Dit standpunt wordt in de toelichting niet nader gemotiveerd.

Deze afwijkingen vloeien niet dwingend voort uit enige rechtsregel die van toepassing is. Tegen die achtergrond behoeven de voorgestelde afwijkingen van de Kaderwet een nadere toelichting. Afwijking is in het bijzonder problematisch waar de ministeriële bevoegdheid om beleidsregels te stellen wordt uitgesloten. Als het gaat om situaties waarin (expliciet of impliciet) beleidskeuzes aan de orde zijn, is het bij uitstek van belang dat de Minister voor het parlement en de samenleving aanspreekbaar blijft.⁵³ Dat klemt temeer gelet op de ingrijpende aard van

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Vergelijk S.E. Zijlstra, Onafhankelijke ondergeschikten. Zbo's, rijksinspecties, planbureaus, privacy-officers, het WODC: tijd voor chaos in de orde!, NTB 2019, afl. 2, p. 39–47.

⁴⁷ Artikel 127 en 128 Wet RO. Van belang is dat de reden om de volledige ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM te handhaven is «dat hierbij fundamentele rechtsgoederen in het geding zijn waarbij de officier van justitie over een aanzienlijke mate van beleidsvrijheid beschikt die zich niet volledig in regels laat programmeren.» Zie Rapport van de Eerste externe commissie van de Bijzondere Commissie Vraagpunten (commissie-Scheltema) «Steekhoudend ministerschap», Kamerstukken II 1992/93, 21 427, nr. 41, p. 44–45. Zie ook Kamerstukken II 1996/97, 25 392, nr. 3, punt 3.2.

⁴⁸ Aanwijzingen 10–15 van de Aanwijzingen inzake de Rijksinspecties, met bijbehorende toelichting.

⁴⁹ Voorgesteld artikel 14.

⁵⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 4.3.

⁵¹ Voorgesteld artikel 2c, eerste lid.

⁵² Memorie van toelichting, paragraaf 4.3.

⁵³ Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), Kamerstukken II 2019/20, 35 300, nr. 78 (bijlage), punt 4.3.

de bevoegdheden van de voorgestelde taaktoedeling. Het voorgaande laat onverlet dat er geen sprake mag zijn van inmenging in concrete gevallen; het stellen van beleidsregels dient daarvan nadrukkelijk te worden onderscheiden.

g. Conclusie

In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling de noodzaak van de instelling van een nieuw zbo (of afhankelijk van de samenloop met de Uitvoeringswet Verordening terroristische online-inhoud: de taakuitbreiding) nader te motiveren en in dat kader nader in te gaan op de voor- en tegenargumenten van de relevante opties. De Afdeling adviseert verder om de keuze voor afwijking van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen ten aanzien van de ministeriële bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen, te heroverwegen.

Hieronder zal de noodzaak van de instelling van een nieuw zelfstandig bestuursorgaan (zbo) nader worden toegelicht en zal inzicht worden gegeven in de afwegingen die zijn gemaakt om tot deze keuze te komen. Voor wat betreft de overwegingen die ten grondslag liggen aan uitvoering van de TOI-verordening wordt verwezen naar het nader rapport bij de Uitvoeringswet TOI-verordening (Kamerstukken II 2021/22, 36 138, nr. 4). Voor de goede orde merk ik op dat uit de TOI-verordening geen verplichtingen voortvloeien ten aanzien van het verwijderen of ontoegankelijk maken van online kinderpornografisch materiaal, nu de TOI-verordening enkel ziet op terroristische online-inhoud.

Vormgeving binnen het strafrecht of bestuursrecht?

Verkend is of de uitvoering en de handhaving vorm moesten krijgen binnen het strafrecht of het bestuursrecht. Bij de keuze voor het bestuursrecht was ten eerste relevant dat het wetsvoorstel niet tot doel heeft om diegenen die online kinderpornografisch materiaal produceren en op internet plaatsen op te sporen en te vervolgen; het voorstel is er louter op gericht om kinderpornografisch materiaal zo snel mogelijk ontoegankelijk te maken en dit zo nodig af te dwingen om verdere verspreiding tegen te gaan. Daarnaast leent een deel van het voorgestelde instrumentarium zich niet voor positionering binnen het strafrecht. Dit betreft onder meer de voorgestelde zorgplicht alsook de last onder dwangsom. Gelet op de uitdrukkelijke wens om de ontoegankelijkmaking van online kinderpornografisch materiaal en de handhaving te beleggen bij één bevoegde autoriteit en alle bevoegdheden in één hand te houden, is in het onderhavige geval gekozen voor een zuiver bestuursrechtelijk stelsel. De bestuurlijke boete complementeert de andere voorgestelde bevoegdheden en ziet op hetzelfde feitencomplex (de ontoegankelijkmaking van online kinderpornografisch materiaal). Met de keuze voor een zuiver bestuursrechtelijk stelsel wordt tevens tot uitdrukking gebracht dat de Autoriteit Online Terroristisch en Kinderpornografisch Materiaal (de Autoriteit) verantwoordelijk is voor de bestuursrechtelijke handhaving van de verplichting om dit materiaal ontoegankelijk te maken. Om die reden is niet gekozen voor strafrechtelijke handhaving of een dual stelsel.

Keuze voor een nieuw zbo

De keuze om de taken op grond van dit wetsvoorstel aan een zbo op te dragen, is een nationale keuze. Zoals de Afdeling opmerkt, wordt met de oprichting van een zbo de ministeriële verantwoordelijkheid beperkt. 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 wenselijk of 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. 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.

In dit specifieke geval is de primaire reden voor de keuze om de taak van het ontoegankelijk doen maken van kinderpornografisch materiaal bij een zbo te beleggen de wens (de schijn van) politieke inmenging in de vrijheid van meningsuiting te voorkomen. Reeds om die reden is er niet voor gekozen deze taken te beleggen bij een departementale dienst met de beperking van de ministeriële bevoegdheid om in individuele gevallen aanwijzingen of instructies te geven. Dit zou bovendien leiden tot de onwenselijke situatie dat de Minister weliswaar beperkt wordt in zijn mogelijkheid tot ingrijpen, maar toch volledig politiek verantwoordelijk blijft voor de wijze waarop de Autoriteit zijn taken vervult. Het ontoegankelijk maken van gegevens op internet, louter vanwege de inhoud daarvan, vormt naar zijn aard een beperking van de vrijheid van meningsuiting, zoals 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 (EVRM). Het is vaste rechtspraak dat met (legitieme en noodzakelijke) beperkingen op dit grondrecht terughoudend moet worden omgegaan. Een bevoegdheid die de vrijheid van meningsuiting beperkt, moet daarom met voldoende waarborgen zijn omgeven, zodanig dat een willekeurige inmenging wordt voorkomen.

Terecht geeft de Afdeling aan dat de Grondwet, het EVRM of de jurisprudentie noch de Richtlijn seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen (Richtlijn 2011/92/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) als zodanig verplichten tot instelling van een zbo. Echter, door de bevoegde autoriteit vorm te geven als een zbo waarbij aanvullende waarborgen zijn gesteld aan de vereiste onafhankelijkheid is naar mijn oordeel voldaan aan de vereiste onafhankelijke oordeelsvorming: een zbo is in zijn taakuitoefening niet hiërarchisch ondergeschikt aan enige politieke ambtsdrager, zodat onafhankelijke oordeelsvorming van de politiek is geborgd.

De bevoegdheden die de Kaderwet zbo's toekent aan de Minister onder wie de Autoriteit ressorteert, zijn in onderhavig voorstel zodanig ingeperkt, dat de Minister uitsluitend kan ingrijpen ten aanzien van het financieel beheer en de administratieve organisatie. Anders dan de Afdeling adviseert, is er niet voor gekozen de afwijkingen van de Kaderwet zbo's in dit wetsvoorstel te schrappen. Juist gelet op het belang van onafhankelijke oordeelsvorming door de Autoriteit acht ik het aangewezen de invloed van de Minister door middel van deze uitzonderingen op de Kaderwet zbo's waar mogelijk in te perken. Een bevoegdheid van de Minister om beleidsregels te stellen ten aanzien van de uitoefening van bevoegdheden door de Autoriteit past naar mijn oordeel in dit geval niet bij de vereiste onafhankelijkheid. De Minister kan zich aldus niet mengen in de inhoudelijke uitoefening van de taak van de Autoriteit.

De Minister kan door het parlement worden aangesproken op het publieke belang dat met het zbo wordt geborgd. De Minister blijft immers stelselverantwoordelijk. Vandaar dat de Minister enige bevoegdheden ten

aanzien van het zbo heeft, zoals het voordragen voor benoeming van de bestuurders.

Er is geen bestaand bestuursorgaan dat is belast met het (doen) ontoegankelijk maken van online kinderpornografisch materiaal of vergelijkbare taken, zodat het om die reden niet voor de hand ligt deze bijzondere taak bij een bestaand bestuursorgaan te beleggen. Gelet op het voorgaande ben ik van oordeel dat instelling van een nieuw zbo aangewezen is. Deze Autoriteit zal zich ook gaan richten op de ontoegankelijkmaking van terroristische online-inhoud, ter uitvoering van de TOI-verordening.

3. Grondrechtelijke aspecten

a. Digitale bevoegdheden van de Autoriteit

Het wetsvoorstel bepaalt dat de Autoriteit de taak krijgt om onderzoek te doen op het internet naar de aanwezigheid van online kinderpornografisch materiaal teneinde de verspreiding daarvan te beperken.⁵⁴ Dit onderzoek kan volgens de toelichting handmatig gebeuren, maar ook met meer innovatieve en automatische instrumenten waarmee (deels) geautomatiseerd naar online kinderpornografisch materiaal wordt gezocht, zoals een webcrawler. In beide gevallen beoordeelt de Autoriteit of het in een concreet geval ook daadwerkelijk om kinderpornografisch materiaal gaat. Deze beoordeling kan ook geautomatiseerd worden verricht, zo stelt de toelichting. In dat geval wordt gebruikgemaakt van de Hashcheckserver, eventueel in combinatie met een webcrawler.⁵⁵ Bij de beoordeling van materiaal worden tevens bijzondere persoonsgegevens verwerkt.⁵⁶ De resultaten van dit onderzoek kunnen de Autoriteit vervolgens aanleiding geven voor het geven van een aanwijzing of het opleggen van een sanctie.⁵⁷

Hoewel het wetsvoorstel een wettelijke grondslag creëert voor de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens,⁵⁸ worden de onderzoekstaak van de Autoriteit zelf en de grenzen daarvan niet nader geregeld in het wetsvoorstel. Ook uit de toelichting wordt niet duidelijk welke digitale bevoegdheden de Autoriteit – naast het gebruik van de Hashcheckserver en een webcrawler bij de geautomatiseerde beoordeling van materiaal – precies heeft bij haar onderzoek en waar de grenzen daarvan liggen.

De Afdeling wijst er in dit verband op dat waar digitale bevoegdheden worden gecreëerd, de wet hierover voldoende duidelijk dient te zijn. Dit klemt temeer gelet op de ingrijpende aard van de bevoegdheden van de Autoriteit tegen de achtergrond van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van meningsuiting. De belangrijkste keuzes ten aanzien van digitale bevoegdheden en de reikwijdte daarvan moeten door de formele wetgever op het niveau van de wet worden gemaakt. Dit is van belang met het oog op het legaliteitsbeginsel, de voorzienbaarheid van wetgeving, en het primaat van de wetgever. Om het parlement zijn taak als medewetgever goed te kunnen laten uitvoeren, moet de benodigde informatie over digitale bevoegdheden tevens in de toelichting zijn opgenomen.⁵⁹

⁵⁴ Voorgesteld artikel 2, tweede lid, onderdeel b.

⁵⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 4.4.

⁵⁶ Idem, paragraaf 5.3. Zie hierover uitgebreider punt 3b, onderdeel i, van dit advies.

⁵⁷ Idem, paragraaf 4.4.

⁵⁸ Voorgesteld artikel 11, eerste lid.

⁵⁹ Zie ook Raad van State, Digitalisering – Wetgeving en Bestuursrechtspraak, mei 2021, punt 2.11 (De juridische toets).

In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling het wetsvoorstel evenals de toelichting aan te passen.

Naar aanleiding van dit onderdeel van het advies van de Afdeling is in artikel 2, tweede lid onder b toegevoegd dat verspreiding van kinderpornografisch materiaal «onder het publiek» dient te worden beperkt. Daarmee wordt, in lijn met de TOI-verordening, beter tot uitdrukking gebracht dat het onderzoeksgebied van de Autoriteit enkel ziet op materiaal dat zich op het *openbare* internet bevindt. Met het openbare internet wordt bedoeld dat deel van het internet dat door een gebruiker direct kan worden benaderd, bijvoorbeeld via een link, een adres of een inlog.

Dit betekent dat wanneer voor de toegang tot informatie registratie of toelating tot een groep gebruikers vereist is, dit deel van het internet alleen onder het bereik van het wetsvoorstel valt wanneer gebruikers die toegang tot de informatie wensen, automatisch worden geregistreerd of toegelaten zonder menselijke beslissing of selectie van wie toegang krijgt. Alleen dan kan namelijk worden gesproken van het «openbare internet». Dit voorstel biedt derhalve geen grondslag voor het kennisnemen van bronnen waarbij een aanvullende handeling, die in feite niet volledig geautomatiseerd is, is vereist en waarvoor een «deurbeleid» bestaat in de vorm van een beoordeling van de accounthouder (in enige mate doorbreken van een beveiliging).

Verder wordt er op gewezen dat de Autoriteit krachtens dit wetsvoorstel niet wordt toegerust met opsporingsbevoegdheden, omdat dat niet past bij de taak die het wetsvoorstel aan de Autoriteit toekent. De taak van de Autoriteit is immers het detecteren en zo snel mogelijk offline laten halen dan wel ontoegankelijk doen maken van online kinderpornografisch materiaal en niet het opsporen van de plaatsers van dit materiaal.

Voor de volledigheid zij vermeld dat de Autoriteit in het kader van het onderzoek op het openbare internet persoonsgegevens kan verwerken. Omdat daarbij mogelijk (bijzondere) persoonsgegevens worden verwerkt is in artikel 11 van onderhavig voorstel voorzien in een grondslag voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens en strafrechtelijke gegevens.

De toelichting is overeenkomstig het voorgaande aangevuld.

b. Bescherming van persoonsgegevens

i. Verwerking bijzondere categorieën van persoonsgegevens

Zoals hiervoor is opgemerkt, zal de Autoriteit bijzondere categorieën van persoonsgegevens verwerken. Daarbij gaat het primair om persoonsgegevens van degenen die op het kinderpornografisch materiaal worden afgebeeld. Voorafgaand aan het geven van een aanwijzing moet immers worden vastgesteld of het betreffende materiaal inderdaad kinderpornografisch is. Dat vergt een verwerking van persoonsgegevens betreffende seksuele gedragingen van de personen die op het beeldmateriaal zichtbaar zijn.⁶⁰ Dergelijke gegevens vormen bijzondere categorieën van persoonsgegevens. Ook waar het de afstemming met de politie betreft, lijkt niet uitgesloten dat dergelijke persoonsgegevens worden verwerkt. Op grond van het wetsvoorstel kan de Autoriteit persoonsgegevens of inlichtingen aan de politie verstrekken voor zover die dienstig kunnen zijn voor de uitoefening van diens wettelijke taak.⁶¹

⁶⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 5.3.

⁶¹ Voorgesteld artikel 5, tweede lid.

Het verwerken van bijzondere persoonsgegevens is op grond van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) verboden, tenzij een van de aldaar genoemde rechtvaardigingsgronden van toepassing is.⁶² De toelichting vermeldt dat de verwerking van persoonsgegevens in dit geval gerechtvaardigd is, nu de AVG een uitzondering biedt voor zover de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens noodzakelijk is om redenen van zwaarwegend algemeen belang.⁶³ In dit geval is dat het ontoegankelijk maken van kinderpornografisch materiaal en het voorkomen van verdere kennisneming en verspreiding daarvan, aldus de toelichting.⁶⁴

Niettemin rijst de vraag of voldaan wordt aan de voorwaarden die de AVG stelt aan een beroep op de genoemde rechtvaardigingsgrond. Zo dienen «passende en specifieke maatregelen te worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene».⁶⁵ Welke «passende en specifieke maatregelen» in dit geval zijn getroffen, bijvoorbeeld met betrekking tot de toegang tot bijzondere persoonsgegevens en de maximale bewaartermijn daarvan, volgt echter niet uit het wetsvoorstel.

De Afdeling adviseert om in het wetsvoorstel alsnog een concrete maximale bewaartermijn op te nemen. Tevens adviseert zij in het wetsvoorstel een delegatiegrondslag op te nemen om zo te voorzien in de overige vereiste «passende en specifieke maatregelen».

Voor zowel de verwerking van bijzondere persoonsgegevens als van strafrechtelijke gegevens geldt dat indien verwerking op grond van de AVG is toegestaan passende en specifieke maatregelen moeten worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene. Dit staat in artikel 9, tweede lid, onder g, respectievelijk artikel 10 van de AVG. Deze passende en specifieke maatregelen kunnen bijvoorbeeld bestaan uit het opnemen van een bewaartermijn, maar ook uit andere passende en specifieke maatregelen.

Het wetsvoorstel bepaalt in artikel 13 reeds dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot het bewaren van het kinderpornografisch materiaal door de Autoriteit. Naar aanleiding van de het advies van de Afdeling is in dat artikel geëxpliciteerd dat ook nadere regels worden gesteld over de daarbij behorende persoonsgegevens. Daarbij worden in elk geval regels gesteld over de manier waarop de Autoriteit dit (strafbare) materiaal opslaat zodat toegang tot dit materiaal door derden wordt voorkomen en daarvoor geldende bewaartermijnen. Gelet op het beginsel van opslagbeperking is het uitgangspunt daarbij dat persoonsgegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij zijn verzameld. Voorts worden regels gesteld over de wijze waarop de kopie kan worden gebruikt of inzage daarin wordt gegeven ten behoeve van een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure.

ii. Geautomatiseerde individuele besluitvorming

Zoals eerder is vermeld (zie punt 3a hiervoor) blijkt uit de toelichting dat de Autoriteit bij haar onderzoek gebruik kan maken van geautomatiseerde instrumenten, zoals een webcrawler. Ook de beoordeling of het in een concreet geval ook daadwerkelijk om kinderpornografisch materiaal gaat,

⁶² Artikel 9, eerste en tweede lid, van de AVG.

⁶³ Artikel 9, tweede lid, onderdeel g, van de AVG.

⁶⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 5.3.

⁶⁵ Artikel 9, tweede lid, onderdeel g, van de AVG.

kan geautomatiseerd worden verricht. De toelichting merkt vervolgens op dat het denkbaar is dat de Autoriteit in bepaalde gevallen besluit geen aanwijzing te geven.⁶⁶ Hieruit kan, in elk geval in sommige gevallen, de betrokkenheid van een medewerker van de Autoriteit worden afgeleid. Het wetsvoorstel lijkt evenwel niet uit te sluiten dat een aanwijzing tevens geautomatiseerd tot stand kan komen.

Indien dat inderdaad tot de mogelijkheden behoort, moet worden opgemerkt dat de AVG grenzen stelt aan besluitvorming die uitsluitend is gebaseerd op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens en waaraan, zoals de AVG bepaalt, voor de betrokkene rechtsgevolgen zijn verbonden of die hem op een andere manier in aanmerkelijke mate treft.⁶⁷ Dergelijke besluitvorming is niet toegestaan, tenzij voldaan wordt aan bepaalde voorwaarden.⁶⁸ Zo is het hiervoor genoemde verbod onder meer niet van toepassing indien het besluit «is toegestaan bij een Unierechtelijke of lidstatelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en die ook voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkenen».⁶⁹

In het geval sprake kan zijn van een geautomatiseerd tot stand gekomen aanwijzing, zouden dergelijke waarborgen in de wet moeten worden opgenomen. De AVG noemt in dit verband onder meer het recht op menselijke tussenkomst.⁷⁰

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande te verduidelijken en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Indien vermoedelijk online kinderpornografisch materiaal wordt aange troffen door de inzet van geautomatiseerde instrumenten wordt deze vervolgens altijd door middel van een menselijke toets binnen de Autoriteit geverifieerd, alvorens de Autoriteit besluit tot het geven van een aanwijzing of het opleggen van een zorgplicht. Daarbij wordt beoordeeld of deze content gekwalificeerd kan worden als online kinderpornografisch materiaal. Hiermee is voldaan aan in artikel 22, eerste lid, van de AVG wordt bepaald. De toelichting is overeenkomstig het voorgaande aangevuld.

iii. Verstrekking van persoonsgegevens of inlichtingen aan de politie

Het wetsvoorstel geeft de Autoriteit de bevoegdheid om persoonsgegevens of inlichtingen aan de politie te verstrekken voor zover deze «dienstig» zijn voor de uitoefening van diens wettelijke taak zoals vervat in de Politiewet.⁷¹ Volgens de toelichting moet de Autoriteit de ruimte hebben om dit uit eigen beweging of op verzoek te doen.⁷²

Op grond van het beginsel van minimale gegevensverwerking zoals vervat in de AVG, mogen persoonsgegevens alleen worden verwerkt voor zover deze toereikend zijn, ter zake dienend en beperkt tot hetgeen noodzakelijk is.⁷³ De Afdeling merkt op dat het begrip «noodzakelijk» strikter is dan het begrip «dienstig» dat voorgesteld artikel 5 van het wetsvoorstel hanteert.

⁶⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 4.4.

⁶⁷ Artikel 22, eerste lid, van de AVG.

⁶⁸ Artikel 22, tweede lid, van de AVG.

⁶⁹ Artikel 22, tweede lid, onderdeel b, van de AVG.

⁷⁰ Zie overweging 71 van de AVG.

⁷¹ Voorgesteld artikel 5.

⁷² Memorie van toelichting, artikelsgewijs deel, artikel 5.

⁷³ Artikel 5, eerste lid, onderdeel c, van de AVG.

Gelet op het belang van het beginsel van minimale gegevensverwerking, adviseert de Afdeling om ook in voorgesteld artikel 5 van het wetsvoorstel het noodzakelijkheidsvereiste uit de AVG op te nemen.

Dit advies van de Afdeling is overgenomen.

4. De zorgplicht

a. Inleiding

Zoals hiervoor is vermeld, is het voornemen om de Autoriteit (zbo) die in de Uitvoeringswet Verordening terroristische online-inhoud wordt voorgesteld om terroristische informatie van het internet te weren, ook te belasten met het tegengaan van de verspreiding van online kinderpornografisch materiaal. De Autoriteit krijgt daartoe zowel op basis van de Verordening terroristische online-inhoud als op basis van het voorliggende wetsvoorstel repressieve bevoegdheden, preventieve en handhavingsbevoegdheden geattribueerd.

Het valt de Afdeling op dat de bevoegdheidsuitoefening in beide situaties op diverse onderdelen een verschillende uitwerking kent. Dat betreft onder meer de zorgplicht.⁷⁴ Ook op enkele andere onderdelen zijn verschillen in de bevoegdheidsuitoefening zichtbaar. Niet duidelijk is waar die verschillen uit voortvloeien en waarom ze nodig zijn. Deze verschillen roepen vragen op die in het bijzonder met het oog op de uitvoering van groot belang zijn. In dit punt wordt aandacht besteed aan de zorgplicht. In punt 5 wordt ingegaan op enkele andere aspecten.

b. Volgordelijkheid in relatie tot de aanwijzingsbevoegdheid

Het wetsvoorstel introduceert – evenals de Uitvoeringswet verordening terroristische online-inhoud – twee bevoegdheden om het internet te zuiveren van de betreffende content: het opleggen van een zorgplicht om te voorkomen dat deze content op het internet komt (voorgesteld artikel 6), en het geven van een aanwijzing om bepaalde content te verwijderen (voorgesteld artikel 7). Bij beide typen content is handhaving mogelijk door middel van een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete.

De vraag rijst hoe de aanwijzingsbevoegdheid zich verhoudt tot de zorgplicht om bepaalde content te weren. Uit de volgorde in het wetsontwerp zou kunnen worden opgemaakt dat de zorgplicht (voorgesteld artikel 6) vóór de aanwijzing (voorgesteld artikel 7) gaat. In dat geval zou een zorgplicht kunnen worden opgelegd in situaties waarin (nog) geen aanwijzing is gegeven. Omdat een zorgplicht niet generiek geldt, maar een daartoe strekkend besluit van de Autoriteit vereist, ligt die volgorde niet voor de hand. Eerder is denkbaar dat een zorgplicht wordt opgelegd nadat één of meerdere keren een aanwijzing is gegeven. Dat is ook de volgorde die op basis van de Verordening terroristische online-inhoud geldt ten aanzien van het tegengaan van terroristische content: het opleggen van een specifieke maatregel (zorgplicht) is daarin afhankelijk gesteld van een meermaals gegeven bevel tot ontoegankelijkmaking (aanwijzing).⁷⁵

⁷⁴ De «zorgplicht» is ten aanzien van terroristische online-inhoud vervat onder de «specifieke maatregelen» genoemd in artikel 5 van de Verordening terroristische online-inhoud.

⁷⁵ Artikel 5 van de Verordening spreekt consequent over het aan terroristische inhoud zijn blootgesteld zijn als reden voor het opleggen van een specifieke maatregel. Zie ook specifiek het vierde lid.

De Afdeling adviseert de beoogde volgordelijkheid duidelijk toe te lichten. Daarbij moet duidelijk worden of een zorgplicht kan worden opgelegd zonder dat (reeds) een aanwijzing is gegeven. Indien daarvoor zou worden gekozen, moet duidelijk gemaakt worden waarom op dat punt wordt afgeweken van de volgordelijkheid die geldt ten aanzien van terroristische online-inhoud.

In het wetsvoorstel is geen volgordelijkheid van bevoegdheden beoogd. Het opleggen van een zorgplicht is mogelijk indien een aanbieder van hostingdiensten regelmatig in aanraking komt met online kinderpornografisch materiaal en daar onvoldoende tegen optreedt. Het is aan de Autoriteit om te onderbouwen of de betreffende aanbieder regelmatig in aanraking komt met online kinderpornografisch materiaal en daar onvoldoende tegen optreedt. Een hoge mate van blootstelling kan onder meer worden afgeleid uit het aantal aanwijzingen dat een aanbieder per kalenderjaar ontvangt. Maar indien de Autoriteit op andere wijze kan onderbouwen dat sprake is van een hoge mate van blootstelling, bijvoorbeeld door een onafhankelijk onderzoek te overleggen, kan ook besloten worden tot het opleggen van de zorgplicht. Omdat het in de regel zo zal zijn dat eerst een (aantal) aanwijzing(en) wordt opgelegd, is de volgorde van deze bevoegdheden in het wetsvoorstel naar aanleiding van het advies van de Afdeling omgedraaid: de aanwijzing is in het wetsvoorstel opgenomen in artikel 6 en de zorgplicht in artikel 7.

c. Duur van de zorgplicht

De Verordening inzake terroristische online-inhoud bevat een procedure waarin de aanbieder van de hostingdienst de Autoriteit kan verzoeken tot herziening, wijziging of intrekking van de oplegde specifieke maatregelen. Daarbij is bepaald dat de Autoriteit binnen drie maanden na ontvangst op het verzoek beslist. Zij doet dit op basis van objectieve factoren.⁷⁶ Het voorliggende wetsvoorstel regelt dit niet ten aanzien van online-kinderpornografisch materiaal.

Door het ontbreken van een dergelijke procedure ontstaat in zekere mate rechtsonzekerheid. De aanbieder van een hostingdienst die uit eigen beweging een verzoek zou doen de zorgplicht na enige tijd ongedaan te maken of te wijzigen, weet zich niet op voorhand verzekerd van de procedure die zijn verzoek zal doorlopen. Ook de Autoriteit zelf kan zich niet beroepen op een wettelijke regeling die de betreffende procedure beschrijft. Meer ten principale is bij het gebrek aan een dergelijke regeling niet duidelijk hoe de wetgever de duur van de zorgplicht duidt.

Zonder een wettelijk geregelde procedure zal een mogelijkheid tot wijziging of beëindiging van een zorgplicht mogelijk onderdeel worden van te stellen beleidsregels.⁷⁷ Nu een dergelijke procedure wel geregeld is ten aanzien van de terroristische content die de Autoriteit dient tegen te gaan, ligt het in de rede dit ook wettelijk te regelen ten aanzien van een zorgplicht opgelegd in het kader van kinderpornografische content.

De Afdeling adviseert daarom het wetsvoorstel aan te passen.

Het advies van de Afdeling is aanleiding geweest het wetsvoorstel op dit punt aan te passen. Daartoe is aan artikel 7 een derde lid toegevoegd, waarin wordt geregeld dat aanbieders van hostingdiensten de Autoriteit kunnen verzoeken om wijziging of intrekking van een op grond van het eerste lid opgelegde zorgplicht. De Autoriteit dient, overeenkomstig een

⁷⁶ Artikel 5, zevende lid, van de Verordening terroristische online informatie.

⁷⁷ Gegeven artikel 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht.

verzoek om intrekking op grond van de TOI-verordening, binnen drie maanden na ontvangst op deze aanvraag te beslissen. De beslissing op deze aanvraag is een appellabel besluit, meer in het bijzonder een beschikking als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid, Awb. Tegen een afwijzend besluit staan de gebruikelijke bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open: bezwaar, gevolgd door het instellen van (hoger) beroep bij de bestuursrechter.

5. Verhouding tot Uitvoeringswet Verordening terroristische online-inhoud

Naast hetgeen in punt 4 is opgemerkt zijn er diverse andere onderdelen van de bevoegdheidsuitoefening die ten aanzien van online kinderpornografisch materiaal anders zijn geregeld dan ten aanzien van terroristische online-inhoud.

In dit verband wijst de Afdeling ten eerste op de termijn waarbinnen de content van het internet verwijderd moet zijn. Ten aanzien van terroristische online-inhoud is de termijn gesteld op één uur, terwijl bij online kinderpornografisch materiaal een termijn van 24 uur wordt gesteld. De termijn waarbinnen het materiaal verwijderd dient te zijn, kan in het geval van terroristische online-inhoud wellicht korter zijn gelet op de verplichting contactpunten aan te wijzen of op te richten voor de ontvangst – en daarmee spoedige behandeling – van het verwijderingsbevel.⁷⁸ De vraag kan echter worden gesteld waarom het instellen van dergelijke contactpunten niet tevens verplicht wordt in het voorliggende wetsvoorstel, teneinde online kinderpornografisch materiaal zo spoedig mogelijk toegankelijk te maken.

Artikel 6, vierde lid, aanhef en onder c, van het wetsvoorstel bepaalt dat de aanwijzing de termijn bevat waarbinnen de gegevens ontoegankelijk moeten worden gemaakt. De lengte van die termijn is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en vereist een afweging tussen het belang van tijdige verwijdering enerzijds en de technische en praktische maatregelen die redelijkerwijs van de aanbieder kunnen worden gevergd anderzijds. Een termijn van 1 uur voor de opvolging van een aanwijzing om kinderpornografisch materiaal ontoegankelijk te maken, acht het kabinet niet in alle gevallen uitvoerbaar. Daarom is er voor gekozen geen concrete termijn in de wet op te nemen, maar is het aan de Autoriteit om in het concrete geval een afweging te maken tussen de belangen en daarbij een passende termijn te stellen. Gelet op het veelal evidente karakter van kinderpornografisch materiaal zal de in de aanwijzing opgenomen termijn in de regel wel kort zijn. Ter illustratie kan worden gewezen op de termijn in het op 13 december 2018 ondertekende addendum bij de gedragscode-notice-and-take-down voor de Nederlandse internetsector, waarin is opgenomen dat kinderpornografisch materiaal binnen 24 uur na een melding moet zijn verwijderd (zie: Notice and Takedown Code). Ook in het voorstel voor een verordening ter voorkoming en bestrijding van seksueel kindermisbruik (COM(2022) 209 final 2022/0155 (COD)) waarover momenteel in Brussel wordt onderhandeld, is een termijn van 24 uur opgenomen.

Een tweede aspect betreft de (financiële) omstandigheden van de onderneming die een rol zullen spelen bij een op te leggen bestuurlijke boete. Ten aanzien van terroristische online-inhoud expliciteert de Verordening concreet een aantal te betrekken omstandigheden, die daarmee direct uit de Verordening voortvloeien. Het gaat dan om: de aard, ernst en duur van de inbreuk; eerder gemaakte inbreuken door de

⁷⁸ Artikel 15, eerste lid, van de Verordening terroristische online-inhoud.

*aanbieder; de financiële draagkracht van de aanbieder; de mate van samenwerking met de Autoriteit; de omvang van de onderneming; de schuldgraad van de aanbieder.*⁷⁹ Bij de aanpak van online kinderpornografisch wordt daarentegen niet in de wet zelf maar slechts in de toelichting – onder verwijzing naar artikel 5:46, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht – ingegaan op te betrekken omstandigheden, voornamelijk in algemene zin. Voor zover omstandigheden worden geëxpliciteerd worden minder omstandigheden benoemd dan die Verordening inzake het tegengaan van terroristische online-inhoud noemt.⁸⁰ Niet ondenkbaar is dat ten aanzien van online kinderpornografisch materiaal dergelijke (of andere) omstandigheden zullen worden opgenomen in beleidsregels⁸¹ terwijl de te betrekken omstandigheden ten aanzien van terroristische online-inhoud direct uit de Verordening voortvloeien.⁸²

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. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Bij het opleggen van een boete wordt verder beoordeeld of er omstandigheden zijn die nopen tot verlaging of matiging van de boete. Het in dit wetsvoorstel opnemen van de omstandigheden zoals genoemd in het advies van de Afdeling, onder verwijzing naar de TOI-verordening, zou daaraan niets toevoegen. De Awb verplicht immers al rekening te houden met alle relevante factoren, ook die zoals genoemd in de TOI-verordening. Dat deze factoren wel in de TOI-verordening zijn opgenomen, is vanuit het standpunt van de EU-wetgever begrijpelijk nu deze daarmee beoogt een binnen de Unie vergelijkbaar kader te scheppen. Nu de Awb hiervoor reeds een algemene regeling geeft, is het niet noodzakelijk in dit wetsvoorstel nog een bijzondere regeling op te nemen met factoren waarmee rekening moet worden gehouden bij het opleggen van een bestuurlijke boete.

*Een derde verschil ziet op de mogelijke openbaarmaking van de bestuurlijke boete. Het voorliggende voorstel bepaalt dat de beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete openbaar gemaakt kan worden.*⁸³ *De toelichting voegt hieraan toe dat het gaat om situaties waarin een aanwijzing «stelselmatig» niet wordt nageleefd.*⁸⁴ *De openbaarmaking is erop gericht de naleving te bevorderen en tevens inzicht te geven in de mate waarin en de manier waarop op deze naleving toezicht wordt gehouden.*⁸⁵ *In openbaarmaking van bestuurlijke boetes die dezelfde Autoriteit oplegt vanwege het (stelselmatig) niet naleven van verwijderingsbevelen ten aanzien van terroristische online-inhoud is echter niet voorzien.*

In het onderhavige wetsvoorstel is de mogelijkheid opgenomen openbaar te maken dat een bestuurlijke boete is opgelegd wegens het stelselmatig nalaten opvolging te geven aan een aanwijzing. Reden daarvoor is in de eerste plaats de naleving van deze wet te bevorderen, en tevens inzicht te geven in de mate en de manier waarop op deze naleving toezicht wordt gehouden. Daarnaast gaat van de openbaarmaking een zekere diffamerende werking uit, omdat de bestuurlijke boete is opgelegd wegens het stelselmatig nalaten opvolging te geven aan een gegeven aanwijzing.

⁷⁹ Artikel 18, tweede lid, van de Verordening terroristische online-inhoud,

⁸⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 3.4 en de toelichting op artikel 9.

⁸¹ Gelet op artikel 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht.

⁸² Ten aanzien van de problematiek van beleidsregels zij gewezen op punt 2f van dit advies.

⁸³ Voorgesteld artikel 10.

⁸⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 3.5 en de toelichting op artikel 10.

⁸⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 3.5.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Uitvoeringswet TOI-verordening in de Tweede Kamer is door het lid Michon-Derkzen een amendement ingediend dat er onder meer toe strekt de Autoriteit de mogelijkheid te geven opgelegde bestuurlijke boetes wegens het niet (tijdig) opvolgen van een verwijderingsbevel openbaar te maken.⁸⁶ Dit amendement is aangenomen en de Uitvoeringswet TOI-verordening en het onderhavige wetsvoorstel zijn daarmee op dit punt gelijklopend.

Ten vierde wijst de Afdeling erop dat de Verordening terroristische online-inhoud een regeling bevat met betrekking tot de wijze waarop de hostingdienst zich kan beroepen op overmacht dan wel feitelijke onmogelijkheid tot naleving van het bevel om content ontoegankelijk te maken.⁸⁷ Het gaat daarbij onder meer om objectief te rechtvaardigen technische of operationele redenen.⁸⁸ De Verordening bevat daartoe een uitgewerkt format op basis waarvan de onmogelijkheid tot niet-naleving kenbaar kan worden gemaakt.⁸⁹ Het voorliggende wetsvoorstel voorziet niet in een dergelijke mogelijkheid of een dergelijk format.

Het is juist dat het onderhavige wetsvoorstel niet voorziet in een specifieke regeling of specifiek format voor situaties waarin de aanbieder niet in staat is uitvoering te geven aan een aanwijzing, als gevolg van overmacht of omdat hij daartoe feitelijk in de onmogelijkheid verkeert. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de Awb algemene regels bevat waarmee rekening moet worden gehouden bij het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete, waarmee een aanbieder van hostingdiensten voldoende mogelijkheden heeft om een onmogelijkheid tot naleving kenbaar te maken.

Een last onder dwangsom kan alleen worden opgelegd aan de overtreder die het in zijn macht heeft de overtreding te beëindigen (vergelijk ABRvS 9 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1215). Daarin ligt besloten dat een last onder dwangsom niet wordt opgelegd als de aanbieder van een hostingsdienst vanwege overmacht of feitelijke onmogelijkheid niet in staat zal zijn de last uit te voeren. Ingeval van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijk onmogelijkheid voor de overtreder om aan zijn verplichtingen te voldoen, kan het bestuursorgaan dat een last onder dwangsom heeft opgelegd op grond van artikel 5:34, eerste lid Awb, op verzoek van de overtreder de last opheffen, de looptijd ervan opschorten voor een bepaalde termijn of de dwangsom verminderen.

Voor wat betreft een bestuurlijke boete geldt dat een bestuursorgaan deze op grond van artikel 5:41 Awb niet kan opleggen voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. Een aanbieder die niet in de mogelijkheid verkeert gegevens ontoegankelijk te maken bijvoorbeeld om technische redenen, kan deze overtreding niet worden verweten en hem kan derhalve geen bestuurlijke boete worden opgelegd. Bovendien dient de ATKM de boete op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb af te stemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij houdt de ATKM zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder overtreding is gepleegd. Een verminderde verwijtbaarheid kan derhalve aanleiding vormen een lagere boete vast te stellen.

⁸⁶ Kamerstukken II 2022/23, 36 138, nummer 9.

⁸⁷ Artikel 3, zevende lid, van de Verordening en Bijlage III.

⁸⁸ De Uitvoeringswet geeft als voorbeeld dat er sprake is van een stroomstoring (of andere calamiteit zoals brand) waardoor de hostingdienst geen toegang heeft tot zijn servers, zie paragraaf 5.1 van de toelichting bij de Uitvoeringswet.

⁸⁹ Bijlage III, van de Verordening terroristische online-inhoud.

Gelet op de reeds bestaande mogelijkheden in de Awb om de onmogelijkheid tot naleving kenbaar te maken acht ik opname van een specifieke regeling in dit wetsvoorstel niet noodzakelijk.

6. Slot

Hoewel terroristisch en kinderpornografisch materiaal naar hun aard verschillend zijn, heeft de online verspreiding van beide typen content verstrekende gevolgen. Dat de verspreiding van dat materiaal wordt tegengegaan, ondersteunt de Afdeling dan ook zeer. Dat neemt niet weg dat de Afdeling een nadere motivering van de taakuitoefening door een zbo aangewezen acht. De Afdeling heeft daar in haar eerder genoemde advies van 30 maart jl. betreffende de Uitvoeringswet Verordening terroristische online-informatie reeds op gewezen en acht een nadere motivering temeer noodzakelijk omdat de taaktoedeling aan een zbo ten aanzien van kinderpornografisch materiaal niet tot stand komt tegen de achtergrond van hoger recht (Europese verordening).

Wanneer de regering vasthoudt aan oprichting van een zbo die belast wordt met het tegengaan van zowel terroristische online-inhoud als kinderpornografisch materiaal, is het met het oog op een effectieve uitvoering essentieel om in de wetgeving – uiteraard met in achtneming van de Verordening – te komen tot een meer samenhangende lijn zonder onnodige verschillen in de bevoegdheidsuitoefening. Voor zover de regering vasthoudt aan de genoemde verschillen, zou toegelicht moeten worden op welke uitgangspunten de verschillen gebaseerd zijn en wat de noodzaak daarvan is.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling het wetsvoorstel en de toelichting aan te passen.

Gelet op de opmerkingen van de Afdeling in punt 5 en 6 van dit advies is de memorie van toelichting aangevuld met een paragraaf waarin de verschillen tussen dit wetsvoorstel en de Uitvoeringswet TOI-verordening uiteen worden gezet.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

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

Aan de redactionele opmerkingen van de Afdeling is gevolg gegeven. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om nog enkele andere redactionele wijzigingen door te voeren in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Zo is de naam van de Autoriteit toegevoegd aan artikel 2 van het wetsvoorstel. Daarnaast is, gelijk aan artikel 7 van de Uitvoeringswet TOI-verordening, artikel 4, tweede lid, van dit wetsvoorstel gewijzigd door te bepalen dat bij regeling van de Minister van Justitie en Veiligheid nadere regels kunnen worden gesteld over het elektronisch berichtenverkeer. Voorts zijn de artikelen die zien op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens (artikel 11 en 12 van het wetsvoorstel) goeddeels gelijk getrokken met dezelfde bepalingen in de Uitvoeringswet TOI-verordening om zo de uitvoering van dit wetsvoorstel te vergemakkelijken. Tot slot is in artikel 16 (nieuw) bepaald dat artikel 19 uit de Uitvoeringswet TOI-verordening, dat een samenloopbepaling bevatte die niet meer noodzakelijk is, wordt geschrapt.

Ik moge u hierbij, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, verzoeken het 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