

# Kinderen beschermd tegen seksueel misbruik

*Evaluatie van de partiële wijziging in de zedelijkheidswetgeving*

Katinka Lünemann  
Sima Nieborg  
Marjolein Goderie  
Renée Kool  
Guillaume Beijers

Mei 2006

# Inhoud

## Voorwoord

## Samenvatting

### 1. Inleiding

- 1.1 Het denken over strafbare seksualiteit en wijziging in de zedelijkheidswetgeving
- 1.2 De organisaties achter de aanpak van kinderporno en zedenzaken
- 1.3 Probleemstelling en vraagstelling
- 1.4 Leeswijzer

### 2 Opzet van het onderzoek

- 2.1 Inleiding
- 2.2 Wetstechnische analyse en jurisprudentieonderzoek
- 2.3 Juridisch-statistisch onderzoek
  - 2.3.1 Onbruikbaarheid CBS en onbetrouwbaarheid HKS-data
  - 2.3.2 Analyse op feitniveau en samengaan van artikelen
- 2.4 Dossieronderzoek kinderporno
- 2.5 Face to face interviews

### 3 Beoogde effecten van wetgeving: parlementaire behandeling

- 3.1 Inleiding
- 3.2 Kinderporno: aanscherping van de strafbepaling (art. 240b Sr)
- 3.3 Kindersekstoerisme: Verruiming van de jurisdictie (art. 5 en 5a Sr)
- 3.4 Vormen van gedwongen seksuele dienstverlening door minderjarigen (art. 248a, 248c en 250a Sr)
- 3.5 Toevoeging ‘verminderd bewustzijn’ (art. 243 en 247 Sr)
- 3.6 Klachtvereiste vervallen, invoering hoorplicht (art. 245, 247 en 248a Sr)
- 3.7 Beoogde effecten

### 4 Interpretatie van de wet

- 4.1 Inleiding
- 4.2 Kinderpornografie: bewijsproblemen aangepakt
  - 4.2.1 Strafprocessuele aspecten
  - 4.2.2 Uitleg van bestanddelen
  - 4.2.3 Juridische knelpunten rond de interpretatie van de kinderpornografie bepaling
- 4.3 Kindersekstoerisme en de betekenis van artikel 5a Sr
- 4.4 Seksuele dienstverlening en aanzetten tot ‘zelfbevrediging’ van minderjarigen
- 4.5 Bescherming in geval van ‘verminderd bewustzijn’
  - 4.5.1 De jurisprudentie nader bekeken
  - 4.5.2 Verminderd bewustzijn in een relationele context
- 4.6 De hoorplicht een extra drempel
  - 4.6.1 Geen sanctie op het niet naleven van de hoorplicht

4.6.2 De drempel beslecht?

4.7 Conclusie

## **5 Hanteerbaarheid van de wet**

5.1 Inleiding

5.2 Morele afkeuring of bestraffen

5.2.1 Onfatsoenlijk of strafwaardig

5.2.2 Schadelijkheid en virtuele kinderporno

5.3 De invloed van digitalisering op rechtshandhaving

5.3.1 Digitalisering

5.3.2 Bufferzones en versleuteling van mails en bestanden

5.3.3 Webcam

5.4 De impact van de wetswijziging op de rechtshandhaving

5.4.1 Aspecten van opsporing en vervolging van kinderpornografie

5.4.2 Opsporing en vervolging van kinderseksstoerisme

5.4.3 Knelpunten in opsporing en vervolging van andere zedendelicten

5.5 Randvoorwaarden voor adequate rechtshandhaving

## **6 Kinderporno: het dossieronderzoek**

6.1 Inleiding

6.2 De geseponeerde zaken

6.3 Start van het opsporingsonderzoek

6.4 Profiel van de verdachte

6.5 De aard van de verdenking

6.6 De wijze van tenlastelegging in relatie tot de inzage

6.7 Verweren

6.8 Straftoemeting

6.9 Conclusies

## **7 Cijfers over aangiften en afdoening van zedendelicten**

7.1 Inleiding

7.2 Aangiften van zedendelicten bij de politie

7.3 Ontwikkeling in inschrijvingen bij Openbaar Ministerie en afdoeningen

7.3.1 Inschrijvingen bij het Openbaar Ministerie

7.3.2 Afdoening door het Openbaar Ministerie

7.4 Kinderporno in samenhang met andere strafbare feiten

7.5 Conclusie

## **8 Conclusie**

8.1 Inleiding

8.2 Beoogde doelen

8.3 Hanteerbaarheid van de wetswijzigingen in de (rechts)praktijk

8.3.1 De hantering van de kinderpornografiebepaling in de praktijk

8.3.2 De strafrechtelijke aanpak van kinderseksstoerisme

8.3.3 Andere vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen

8.3.4 Hantering van de hoorplicht

8.3.5 Toevoeging van 'verminderd bewustzijn'

8.4 Gewenste doelen behaald?

- 8.4.1 Inleiding
- 8.4.2 Aanscherping strafbaarstelling kinderpornografie heeft effect
- 8.4.3 De aanpak van kinderseksuïerisme
- 8.4.4 Effecten van de overige wetwijzigingen
- 8.5 Eindconclusie
- 8.6 Aanbevelingen

## **Literatuur**

- 1 Bijlage tabellen omvang en afdoening zedendelicten
- 2 Bijlage Vragenlijsten Interviews Partiële wijziging zedelijkheidswetgeving
- 3 Bijlage Samenstelling begeleidingscommissie

## **Summary**

## Samenvatting

De afgelopen decennia zijn verschillende wijzigingen aangebracht in de zedelijkheidswetgeving. Doel van het voorliggend onderzoek is een antwoord te geven op de vraag in welke mate en op welke wijze met de wijziging van de zedelijkheidswetgeving van 2002 een verbetering is gekomen in de manier waarop de instanties belast met opsporing, vervolging en berechting een bijdrage leveren aan de bestrijding van seksueel misbruik en seksueel geweld tegen kinderen en andere kwetsbare personen. Het ging in dit onderzoek om het verkrijgen van informatie over de beoogde doelen van de wetgever met de wetswijziging, hoe de gewijzigde wetgeving wordt gehanteerd in de (rechts)praktijk en of het beoogde doel is bereikt. Deze evaluatie betreft de wijzigingen in de artikelen 240b, 243, 248a, 248c en 250 (oud) Sr. De wijziging van de kinderpornografiebepaling is de meest ingrijpende. Daarom ligt de nadruk van het rapport op de interpretatie van deze kinderpornografiebepaling en de uitvoering ervan.

In het onderzoek is een combinatie van methoden en bronnen gehanteerd, namelijk een jurisprudentieonderzoek, analyse van tweede kamerstukken en literatuuronderzoek. Daarnaast een juridisch-statistisch onderzoek op grond van registratiegegevens bij de politie en rechterlijke macht. Ook is een kwalitatief dossieronderzoek verricht naar 94 zaken van kinderpornografie in de arrondissementen Arnhem, Utrecht en Rotterdam. Hierin is onder meer een *prospectieve* analyse verricht van geseponeerde zaken van voor de wetswijziging. De vraag was of deze zaken ook na de wetswijziging zouden zijn geseponeerd. Ook is een *retrospectieve* analyse uitgevoerd van geseponeerde zaken en veroordelingen van na de wetswijziging. Hierbij werd de vraag gesteld of de afdoening op dezelfde wijze zou zijn verlopen als tijdens de oude wet. Tot slot zijn interviews met 23 respondenten uit de strafrechtketen en NGO's gehouden en is een werkbezoek afgelegd aan een zedenbijeenkomst van politie en parket in een der arrondissementen.

### Beoogde effecten

De wijzigingen van de zedelijkheidsbepalingen in 2002 hebben in belangrijke mate tot doel de bescherming van minderjarigen tegen vormen van seksueel misbruik te verstevigen. Daartoe is de kinderpornografiebepaling aangescherpt (art. 240b Sr), is de extraterritoriale rechtsmacht verruimd (art. 5 en 5a Sr) en zijn andere vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen strafbaar gesteld (art. 248a, 248c en 250a Sr). Ook is het klachtvereiste in zijn geheel afgeschaft. Daarvoor in de plaats is een hoorplicht geformuleerd (art. 167a Sv). De bescherming van andere kwetsbare groepen is aangescherpt door in de artikelen 243 en

247 Sr het bestanddeel 'verminderd bewustzijn' toe te voegen. Naar soort delict worden verschillende tussenliggende doelen geformuleerd.

#### *Aanscherping van de kinderpornografiebepaling*

De aanscherping van de kinderpornografiebepaling heeft als doel concreet seksueel misbruik van kinderen tegen te gaan en het ontmoedigen van de markt van kinderporno. De markt van kinderporno draagt het risico in zich dat minderjarigen worden verleid tot deelname aan seksuele handelingen waarvan afbeeldingen worden gemaakt en dit is een voor hen schadelijke praktijk. Door aanpassing van de strafbepaling op vier punten moet het eenvoudiger worden om in zaken van kinderpornografie tot een vervolging dan wel veroordeling te komen. De strafbepaling is gewijzigd door het toevoegen van 'schijnbaar betrokken' en het verhogen van de leeftijdsgrens. Daarnaast is 'in voorraad' vervangen door 'in bezit' en is de bijzondere strafuitsluitingsgrond afgeschaft. De toevoeging met 'schijnbaar betrokken' heeft tot doel het Openbaar Ministerie te ontlasten van de opdracht te bewijzen dat de ten laste gelegde afbeelding een bestaande minderjarige betrof; er moet sprake zijn van een afbeelding die de schijn wekt een echte seksuele gedraging weer te geven. Voldoende is dat het Openbaar Ministerie aannemelijk maakt dat de afgebeelde persoon op een minderjarig kind lijkt.

De verhoging van de leeftijdsgrens van zestien naar achttien jaar vloeide voort uit de ratificatie van het ILO-verdrag inzake het verbod en de onmiddellijke uitbanning van de ergste vorm van kinderarbeid. Het oordeel over de kennelijke leeftijd van de minderjarige is overgelaten aan de zittingsrechter. Met de verhoging van de leeftijdsgrens wordt beoogd het bewijs van het bezit van kinderpornografisch afbeeldingen van minderjarigen van vijftien of zestien jaar te vergemakkelijken; de vraag of de afbeelding een minderjarige van vijftien of zestien jaar betreft is niet meer relevant.

De vervanging van het bestanddeel 'in voorraad hebben' door 'in bezit hebben' betekende een codificering van het standpunt van de Hoge Raad dat het 'in voorraad hebben' geen pluraliteit aan afbeeldingen vereist. Tijdens de Tweede Kamer behandeling wordt bevestigd dat het enkele kijken naar kinderpornografie niet valt onder de reikwijdte van artikel 240b Sr. De wetgever benadrukt dat de nadruk niet ligt op het moreel verwerpelijke van het kijken naar kinderpornografische afbeeldingen, maar dat de wet te handhaven moet zijn; om te kunnen handhaven lijken handelingen van enige omvang en tijdsduur noodzakelijk die blijf geven van een zekere intentie.

Met het oog op het risico van onbepaalde verspreiding, gelegen in het digitale karakter van kinderpornografische afbeeldingen, wordt de bijzondere strafuitsluitingsgrond afgeschaft. Deze exceptie maakte het mogelijk straffeloos kinderpornografie te bezitten voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doelen. Het opportuniteitsbeginsel kan altijd worden gebruikt als vervolging gezien het doel van het aanwezige (kinderpornografische) materiaal niet opportuun is.

Kortom: De wijziging van de kinderpornografiebepaling beoogt de bewijslast voor het Openbaar Ministerie te vereenvoudigen en de marktvorming aan banden te leggen, binnen de grenzen van handhaafbaarheid van de wet.

#### *Uitbreiden extraterritoriale rechtsmacht*

Met het uitbreiden van de extraterritoriale rechtsmacht wordt beoogd de mogelijkheden tot vervolging uit te breiden: in het buitenland aangehouden verdachten die tijdens hun borgtocht het land ontvluchten, kunnen door deze uitbreiding na terugkeer in Nederland worden aangehouden en vervolgd. Dit kan potentiële daders afschrikken. Een bredere bewustwording van de mogelijkheid tot strafvervolging in eigen land kan ook anderen alerter maken op signalen van kindersekstoerisme. Daardoor wordt de aangiftebereidheid van mensen, in het

bijzonder medereizigers, vergroot. De wetswijziging beoogt de norm dat kindersekstoerisme ontoelaatbaar is, nadrukkelijk naar voren te brengen.

#### *Seksuele uitbuiting van minderjarigen*

Expliciet is het aanzetten van een minderjarige tot seksuele handelingen *bij zichzelf* strafbaar gesteld door het vervallen van ‘met hem’ in artikel 248a Sr. Bovendien wordt een nieuw artikel ingevoerd, artikel 248c Sr, waardoor het toeschouwer zijn van seksshows door minderjarigen strafbaar is geworden. Doel is ook andere vormen van seksuele dienstverlening door minderjarigen dan prostitutie strafbaar te stellen.

#### *Toevoeging van ‘verminderd bewustzijn’*

Een andere kwetsbare groep betreft personen die, eventueel onder invloed van alcohol, drugs of medicijnen, verkeren in een situatie van (half)slaap. Door het toevoegen van ‘verminderd bewustzijn’ in de artikelen 243 en 247 Sr wordt beoogd extra bescherming te bieden tegen ongewenste seksuele contacten die voor de wetswijziging niet onder de strafbepaling vielen wegens de strikte interpretatie van onmacht. De wetgever heeft bepaald dat het slachtoffer een verantwoordelijkheid heeft voor haar of zijn gedrag voorafgaand aan het verminderd bewustzijn: het maken van avances en het door eigen toedoen in een staat van verminderd bewustzijn verkeren heeft consequenties voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte.

#### *Van klacht naar hoorplicht*

Het afschaffen van het klachtvereiste en de invoering van de hoorplicht voor de artikelen 245, 247 en 248a Sr heeft ten doel de opsporing en vervolging van seksueel misbruik van jeugdigen te vergemakkelijken. De hoorplicht is niet absoluut geformuleerd: minderjarige slachtoffers dienen ‘zo mogelijk’ te worden gehoord over een eventuele strafvervolgning.

## **Hanteerbaarheid en doelbereiking**

Wat betekenen de wetswijzigingen voor de opsporing, vervolging en berechting? En worden de beoogde doelen in de rechtspraak bereikt?

#### *Hanteerbaarheid en doelbereiking van de gewijzigde kinderpornografiestrafbepaling*

Er is een duidelijke toename van het aantal aangiften van overtreding van artikel 240b Sr. De stijging wordt overigens al ingezet vanaf 2001. De ingeschreven zaken bij het Openbaar Ministerie vertonen eveneens een duidelijke stijging. De afdoening van kinderpornografiezaken door het Openbaar Ministerie en de rechtbank geeft een significante verschuiving weer naar minder technische sepots en vrijspraken.

Uit het onderzoek komt naar voren dat de bewijsproblemen rond de kennelijke leeftijd zijn opgelost. Dit, omdat vervolgd wordt voor bezit, vervaardigen of verspreiden van kinderpornografische afbeeldingen van kinderen (ver) beneden de zestien jaar, conform de Aanwijzing Kinderpornografie. Juridisch gezien is het lastiger om te bewijzen of iemand ‘kennelijk minderjarig’ is dan ‘kennelijk nog geen zestien jaar’. Dat komt omdat in het eerste geval criteria ontbreken, terwijl in het laatste geval gebruik kan worden gemaakt van de Tanner-criteria. Door de wetswijziging is het nu makkelijker te vervolgen als de kinderpornografische afbeeldingen de groep kinderen van twaalf tot vijftien jaar betreft. Hoewel bezit van pornografische afbeeldingen van minderjarigen van zestien en zeventien jaar strafbaar is, vindt geen vervolging plaats.

De toevoeging van ‘schijnbaar betrokken’ heeft er eveneens aan bijgedragen dat bewijsproblemen rond schijnbaar reële kinderen zijn opgelost. Er is overigens wel een discussie over de vraag of het bezitten, verspreiden of vervaardigen van enkel virtuele kinderpornografische afbeeldingen, zoals een virtuele animatie, vanuit het oogpunt van vergroting van de markt van kinderporno, ook onder de strafbepaling zou moeten vallen. Anderzijds wordt de vraag gesteld of het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie wel legitiem is omdat geen directe schade wordt toegebracht aan het kind. Een meerderheid van de ondervraagden acht de strafbaarstelling een logisch sluitstuk van een op bescherming gerichte wetgeving.

De vervanging van het bestanddeel ‘in voorraad’ door ‘in bezit’ wordt beschouwd als de codificatie van de rechtspraak waar is vastgesteld dat onder ‘in voorraad’ ook enkelvoudig bezit van kinderpornografisch materiaal valt. Het bewijs van het opzet op het bezit of verspreiden van kinderporno levert in de praktijk meestal geen bijzondere problemen op. Dit hangt samen met de groep verdachten die wordt vervolgd. Dit zijn vooral eindgebruikers en zij bekennen vaak het bezit van kinderpornografisch materiaal. Juridisch gezien zijn er echter wel degelijk bewijsproblemen rond de opzet op het bezitten van kinderpornografisch materiaal. Het criterium is dat voldaan moet worden aan drie met elkaar samenhangende elementen: vastlegging, opzet en een zekere beschikkingsmacht. Het enkele kijken is onvoldoende. Uit het onderzoek komt naar voren dat het opzettelijk bezitten van kinderpornografische afbeeldingen met de huidige digitale technieken niet altijd eenvoudig is vast te stellen, bijvoorbeeld als internetgebruikers een gezamenlijke site met kinderpornografisch beeldmateriaal inrichten waar men naar kan kijken zonder te downloaden op de eigen computer.

De afschaffing van de bijzondere strafuitsluitingsgrond levert geen discussie op in de rechtspraktijk.

De stijging van het aantal aangiften bij de politie en inschrijvingen bij het Openbaar Ministerie is al ingezet in de jaren voor de wetswijziging. Hieruit kan worden afgeleid dat deze toename niet het gevolg kan zijn van de wetswijziging. Uit het onderzoek komt een aantal knelpunten naar voren in de opsporing en vervolging.

Het gaat tegenwoordig om enorme hoeveelheden beeldmateriaal. De technologische ontwikkelingen op het terrein van ICT zorgen voor specifieke problemen in de opsporing. Klassieke methoden van opsporing moeten worden aangevuld met digitale methoden van opsporing. Een belangrijk organisatorisch probleem dat naar voren komt is het ontbreken van voldoende digitale expertise bij de politie: zowel voldoende sterk specialistische digitale kennis bij enkelen, als op brede schaal elementaire digitale kennis. Dit geldt ook voor het Openbaar Ministerie. Tevens is het van belang dat de zittende magistratuur enige digitale kennis heeft om een eigen oordeel te kunnen vellen over bijvoorbeeld het bezit van kinderpornografisch materiaal. Om kinderporno aan te kunnen pakken en niet alleen de eindgebruiker, maar ook de netwerken en producenten te kunnen opsporen en vervolgen, is voldoende digitale expertise noodzakelijk, voldoende capaciteit en internationale samenwerking.

De belangrijkste interveniërende factor bij de doelbereiking is de enorme vlucht die de digitalisering en de verspreidingsmogelijkheden op internet hebben genomen waardoor mensen relatief anoniem op elk uur van de dag kinderpornografische afbeeldingen kunnen bekijken. Het bezit is grootschaliger en de aard van het materiaal is ernstiger dan zo’n tien jaar geleden. De zaken worden in toenemende mate aangebracht bij de meervoudige kamer, waar vroeger gedagvaard werd voor de politierechter.

Daarnaast speelt het internationale karakter van het misdrijf een rol. Dit is een van de redenen dat vooral de eindgebruikers en in mindere mate de pedofiele netwerken worden opgespoord en vervolgd. Hoewel de producenten en commerciële verspreiders in beeld zijn bij de politie en Openbaar Ministerie vergt het aanpakken ervan een internationale samenwerking en stuit men op juridische belemmeringen van internationale (strafrechtelijke) aard, waardoor de vervolging van de producenten moeizaam van de grond komt.

#### *De strafrechtelijke aanpak van kinderseksstoerisme*

Er zijn geen cijfers te achterhalen over het aantal aangiften en inschrijvingen op het arrondissementsparket van kinderseksstoerisme. De ervaring van de door ons geïnterviewde politie, Openbaar Ministerie en rechters is zeer beperkt. De opsporing en vervolging zijn lastig door het internationale karakter van deze problematiek; de aanpak is meer een landelijke zaak dan dat het op arrondissementsniveau kan worden aangepakt en het vergt internationale samenwerking. Of de wet een preventief effect heeft is een open vraag. De beoogde afschrikking en bredere bewustwording lijken niet te hebben plaatsgevonden. De noodzakelijke multisectorale samenwerking (ministeries van Justitie, Buitenlandse Zaken, Economische Zaken) voor de voorlichting aan reizigers en reisorganisaties, en training van politiemensen in de desbetreffende landen, lijkt tot op heden achterwege te zijn gebleven.

#### *Andere vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen*

In de rechtspraak is er nog niet veel ervaring met de opsporing en vervolging van overtredingen van de wetsartikelen 248a en 248c Sr. De wijziging van artikel 248a Sr en de invoering van 248c Sr heeft de opsporing en vervolging wel vergemakkelijkt, maar het aantal zaken is gering. De periode tussen de wijziging en deze evaluatie is te kort om cijfermatige effecten te kunnen zien. Het aantal gevallen waarin minderjarigen via *chatboxen* voor de webcam seksuele handelingen (bij zichzelf) vertonen neemt toe. Als vangnet wordt artikel 248a Sr ten laste gelegd en primair artikel 244 Sr.

De opsporing en vervolging van kinderseksshows lijkt door de wetswijziging te zijn vergemakkelijkt. Toch is het niet eenvoudig het bewijs rond te krijgen. Over de interpretatie van artikel 248c Sr is discussie, bijvoorbeeld over het vereiste van fysieke aanwezigheid van de toeschouwer. Valt ook het kijken via een televisiecircuit eronder? En zou de problematiek van de internetgebruikers die een gezamenlijke site met kinderpornografisch beeldmateriaal inrichten waar men zonder te downloaden op de eigen computer naar kan kijken, als een virtuele bioscoop kunnen worden beschouwd en onder artikel 248c worden gebracht? De vraag is of in de toekomst het vereiste van 'een daartoe bestemde plaats' problemen zal gaan opleveren.

Tot slot blijkt dat niet altijd duidelijk is of een situatie onder artikel 248a of 248c Sr moet worden gekwalificeerd: wanneer is sprake van toeschouwer (art. 248c Sr) en wanneer van medepleger van verleiding (art. 248a Sr)? De interpretatie van deze wetsartikelen zal zich in de toekomst uitkristalliseren.

#### *Hantering van de hoorplicht*

Op het niet voldoen aan de hoorplicht staat geen sanctie. Het niet voldoen aan de hoorplicht kan leiden tot niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of het aanhouden van de zaak. In de rechtspraak leidt de hoorplicht vrijwel nooit tot problemen omdat voldoende is wanneer uit de aangifte blijkt dat het slachtoffer strafvervolgung wenste. Bovendien kan een mogelijk verzuim via het getuigenverhoor alsnog worden hersteld of gerepareerd.

De wetswijziging heeft eraan bijgedragen dat het nu makkelijker is de praktijk van *loverboys* aan te pakken of groepsverkrachtingen. Een klacht is namelijk niet meer noodzakelijk om een opsporingsonderzoek te starten. Toch wordt de

hoorplicht soms als drempel ervaren door het Openbaar Ministerie in situaties waar meerdere slachtoffers zijn en ouders aangifte hebben gedaan van ontucht door bijvoorbeeld een sportleraar. In zulke gevallen kan het horen van de minderjarige slachtoffers leiden tot extra commotie en extra emotionele belasting van ouders en kinderen.

#### *Toevoeging van 'verminderd bewustzijn'*

In geval van overtreding van artikel 243 Sr (verkrachting van een bewusteloze en geestelijk gestoorde) vindt in het jaar na de wetswijziging een enorme stijging plaats, maar dit kan op toeval berusten: de toekomst moet uitwijzen of dit niveau van aangiften weer daalt, wordt geconsolideerd of dat de stijging zich doorzet. Tevens is er is een significant verschil in afdoening te constateren voor en na de wetswijziging door een afname van technische sepots en vrijspraken. De uitbreiding met 'verminderd bewustzijn' wordt positief ontvangen in de rechtspraak; situaties die vroeger niet onder de strafwet vielen, doen dat nu wel. Meer situaties waar sprake is van een verminderd bewustzijn door drank, medicijnen of drugs vallen onder de strafwet. Dit betekent niet dat de bewijsproblemen zijn opgelost. Het blijft lastig om te bewijzen dat de verdachte inzicht had in de staat van verminderd bewustzijn van het slachtoffer en hiervan misbruik heeft gemaakt, met name als de verdediging aangeeft dat het slachtoffer voorafgaand aan het seksuele incident verschillende (seksuele) handelingen vrijwillig heeft verricht. De toekomst zal moeten uitwijzen hoe ver de verantwoordelijkheid van het slachtoffer reikt en welke invulling wordt gegeven aan 'verminderde bewustzijn'.

## **Conclusie**

Het is altijd lastig om te kunnen constateren of een wetswijziging het beoogde doel heeft bereikt door de wetswijziging; het is moeilijk om veranderingen direct aan de wijziging van de wet of aan andere ontwikkelingen toe te schrijven. De bewijsproblemen zijn verminderd als het gaat om de aanpak van kinderporno. De vraag blijft of de afname van het aandeel technische sepots en vrijspraken (alleen) is te wijten aan de wetswijziging. Andere factoren die daar een rol in spelen zijn de toegenomen ernst van het kinderpornografische materiaal, de verbetering van de technische (digitale) mogelijkheden tot opsporing, de prioriteitstelling in de Aanwijzing Kinderpornografie en veranderende maatschappelijke opvattingen. De verspreidingsmogelijkheden op internet zijn sterk toegenomen waardoor een toename is te constateren van eindgebruikers, die makkelijker zijn op te sporen dan pedofiele netwerken en producenten. Na de wetswijziging worden pedofiele netwerken en producenten nauwelijks aangepakt, terwijl dit volgens de Aanwijzing Kinderporno prioriteit heeft. Dit is echter niet zozeer een effect van de strafbaarstelling, als wel van strafvorderlijke en organisatorische knelpunten.

Ondanks de verruiming van de wet zijn er situaties die niet of moeilijk onder de strafbepaling zijn te brengen. Het kijken naar kinderpornografische afbeeldingen zonder over het beeldmateriaal te beschikken valt bijvoorbeeld niet onder de strafbepaling. Het enkel bezitten van virtuele afbeeldingen van kinderpornografie, terwijl duidelijk is dat het om virtuele mensen en kinderen gaat, valt eveneens niet onder de strafbepaling.

De beoogde verbetering van bescherming van kinderen tegen vormen van seksueel misbruik en het profiteren ervan lijkt met de wetswijziging in gang te zijn gezet. Seksshows met minderjarigen worden bijvoorbeeld opgespoord en vervolgd.

De toekomst moet uitwijzen of nieuwe vormen van seksueel misbruik van minderjarigen en andere kwetsbare groepen als gevolg van nieuwe technische ontwikkelingen met behulp van de huidige wetgeving kunnen worden bestreden.

## Summary

There have been several amendments to decency legislation in recent decades. This research was concerned with acquiring information on the effects of the amendments to the decency legislation as envisaged by parliament, how the amended legislation is being handled, in legal practice in particular, and whether it has achieved the intended objective.

This evaluation is concerned with the amendments to Articles 240b, 243, 248a, 248c and 250 of the (old) Penal Code. The most drastic amendment is to the child pornography provision. The emphasis of the report is therefore on the interpretation of this child pornography provision and its execution.

The research employs a combination of methods and resources, in particular a survey of case law, an analysis of parliamentary papers and a literature survey, a legal-statistical investigation, a qualitative study of files related to child pornography, and interviews with respondents from the criminal justice chain.

### Envisaged effects

A major objective of the 2002 amendments to the decency provisions was to enhance the protection of minors against forms of sexual abuse. The child pornography provision was duly tightened (Art. 240b of the Penal Code), extraterritorial jurisdiction was extended (Arts. 5 and 5a of the Penal Code) and other forms of sexual exploitation of minors were made an offence (Arts. 248a, 248c and 250a of the Penal Code). The requirement that a complaint must first be lodged before a person can be prosecuted was also rescinded completely, and replaced with a duty to grant a hearing (Art. 167a of the Code of Criminal Procedure). The protection of other vulnerable groups was tightened by adding an element of 'reduced consciousness' to Articles 243 and 247 of the Penal Code. Various intermediate objectives were formulated according to type of offence.

#### *Tightening of the child pornography provision*

The objective of tightening the child pornography provision is to combat specific sexual abuse of children and to discourage the market in child pornography. The market in child pornography implies the risk that minors will be persuaded to participate in sexual acts that are then captured in the form of images, which is a harmful practice for the minors. The intention of amending the penalty provision on four points was to simplify the process of prosecution or sentencing in child pornography cases. The penalty provision was amended by adding 'apparently involved' and by raising the age limit. Furthermore, 'in stock' was

replaced by 'in possession', and the extraordinary statutory defence was rescinded.

The intention of adding 'apparently involved' was to relieve the Public Prosecution Service of the obligation to prove that the image relating to the charge was concerned with a real minor; the image concerned must create an appearance of an actual sexual act. The Public Prosecution Service may suffice by making a plausible case that the person in the image looks like an underage child. Raising the age limit from sixteen to eighteen years arose from the ratification of the ILO Convention concerning the prohibition and immediate action for the elimination of the worst forms of child labour. Determining the apparent age of the minor is left to the discretion of the judge hearing the case. The intention of raising the age limit was to make it easier to prove the possession of images of child pornography depicting minors of fifteen or sixteen years of age; the question as to whether the image was of a minor of fifteen or sixteen years of age is no longer relevant.

Replacing the element 'having in stock' by 'having in possession' constituted the legalization of the Supreme Court's position that 'having in stock' does not demand a plurality of images. The parliamentary debate acknowledged that merely looking at child pornography did not fall within the scope of Article 240b of the Penal Code. Parliament stressed that the emphasis does not lie on the morally reprehensible nature of looking at images of child pornography, but on the enforceability of the law: enforcement would appear to require acts of some substantial scale and duration, which show evidence of a certain intention.

The extraordinary statutory defence was rescinded with a view to the risk of unlimited distribution that is inherent in the digital nature of images of child pornography. This exception enabled the possession of child pornography with impunity for academic, educational or therapeutic purposes. The expediency principle can always be used in prosecution because the objective of the (child pornography) material is not expedient.

In other words: the amendment of the child pornography provision is intended to simplify the onus of proof for the Public Prosecution Service and to curb market creation, within the limits of enforceability of the law.

#### *Extension of extraterritorial jurisdiction*

The intention of extending the extraterritorial jurisdiction was to enhance the opportunities for prosecution: the extension enables suspects arrested abroad who leave the country while on bail to be arrested and prosecuted on their return to the Netherlands. This measure could deter potential perpetrators. A wider awareness of the chance of prosecution in the home country may also make others more alert to signs of child sex tourism. People's willingness to report would thus be enhanced, in particular in respect of co-travellers. The amendment to the law envisages emphatically highlighting the standard that child sex tourism is unacceptable.

#### *Sexual exploitation of minors*

An explicit point is that inciting a minor to commit sexual acts alone has been made an offence, by deleting the words 'with him' in Article 248a of the Penal Code. Furthermore, a new Article 248c was added to the Penal Code, making it an offence to be a spectator of a sex show involving minors. The objective is also to penalize other forms of sexual services by minors besides prostitution.

#### *Addition of 'reduced consciousness'*

Another vulnerable group comprises people who, possibly under the influence of alcohol, drugs or medication, are asleep or in a state of semi-sleep. The intention of adding 'reduced consciousness' to Articles 243 and 247 of the Penal Code is to provide additional protection against undesirable sexual contacts, which did not fall under the penalty provision before the amendment to the law, because of the strict interpretation of powerlessness. Parliament determined that victims have a responsibility for their behaviour prior to the reduced consciousness: making advances or being in a state of reduced consciousness through the victim's own actions have consequences for the suspect's criminal liability.

#### *From complaint to duty to grant a hearing*

Rescinding the requirement that a complaint must first be lodged before a person can be prosecuted, and introducing the duty to grant a hearing in Articles 245, 247 and 248a of the Penal Code are intended to simplify the investigation and prosecution of cases of sexual abuse of juveniles. The duty to grant a hearing is not formulated in absolute terms: underage victims must be heard 'if possible' regarding possible prosecution.

### **Applicability and achievement of objectives**

What do the amendments to the law mean for investigation, prosecution and trial? And have the envisaged objectives been achieved in legal practice?

#### *Applicability and achievement of objectives of the amended child pornography penalty provision*

There has been a marked increase in the number of reported violations of Article 240b of the Penal Code. The rise had actually started before 2001. The cases recorded at the Public Prosecution Service also show a clear increase. The disposal of child pornography cases by the Public Prosecution Service and district courts is showing a shift to fewer dismissals by reason of unlikelihood of conviction, and acquittals. The statistical analysis shows a link between the amendment to the law and the reduction of the problems of evidence.

The research reveals that the problems of evidence surrounding apparent age have been solved, because prosecution is now for the possession, production or distribution of images of child pornography where the children are well below sixteen years of age, in line with the Instructions on Child Pornography. In legal terms, it is harder to prove that someone is apparently underage than apparently below sixteen years of age, because in the first case there are no criteria, while in the second case use can be made of the Tanner criteria. The amendment to the law makes it easier to prosecute if the images of child pornography are concerned with the group of children from twelve to fifteen years of age. Although it is an offence to possess pornographic images of minors of sixteen and seventeen years of age, no prosecution takes place.

The addition of 'apparently involved' has also contributed to easing problems of evidence surrounding apparently real children. There is also some discussion as to whether the possession, distribution or production of some virtual images of child pornography, such as a virtual animated film, should not also fall under the penalty provision with regard to expanding the market for child pornography. On the other hand, the question has been raised as to whether making virtual child pornography an offence is actually legitimate, because no immediate damage is

inflicted on the child. A majority considers this penalization to be a logical conclusion to protection-oriented legislation.

Replacing 'in stock' by 'in possession' is considered to constitute setting down in the law what was already established practice in the courts. Proving an intent to possess or distribute child pornography generally raises few special problems in practice, which is related to the group of suspects being prosecuted, who are mainly end-users, and often confess to the possession of child pornography. From a legal point of view, however, there are genuine problems of evidence surrounding the intent to possess child pornography. The criterion is that the following three interrelated elements must be satisfied: recording, intent, and some degree of possession. Merely looking is insufficient. The research has revealed that it is not always simple to establish the intentional possession of images of child pornography with the current digital techniques, for example, if internet users set up a shared site with images of child pornography, to which access is possible without downloading the material to the user's computer.

Rescinding the extraordinary statutory defence has led to no discussion in legal practice.

The increase in the number of reports to the police and cases registered with the Public Prosecution Service had already started in the years before the law was amended. It may therefore be deduced that the increase could not have been a consequence of the amendment to the law.

The research reveals several obstacles to investigation and prosecution.

The quantities of image material currently involved are enormous. Technological developments in ICT are causing specific problems for investigation. Traditional methods of investigation will have to be augmented with digital methods. An important organizational problem that emerged was a lack of sufficient digital expertise in the police: both a sufficiently strong specialist digital knowledge among certain individuals, and a broad elementary digital knowledge. The same is true of the Public Prosecution Service. It would also be in the interest of the judiciary to have some digital knowledge in order to pronounce a judgment on, for example, the possession of child pornography. Sufficient digital expertise, sufficient capacity, and international partnership are necessary in order to tackle child pornography, and to investigate and prosecute not only the end-user, but also the networks and producers.

The most important external factor in achieving the objective is the way in which digitalization and distribution capabilities on Internet have taken off, allowing people to view images of child pornography in relative anonymity at any hour of the day. Possession is on a larger scale and the nature of the material is more serious than some ten years ago. Cases are increasingly being brought before the three-judge section, whereas a police court summons used to be more common.

Another role is played by the international nature of the crime. This is one of the reasons that the police, the National Police Services Agency (KLPD) and the Public Prosecution Service are investigating and prosecuting mainly end-users, but paedophile networks only to a smaller extent. Although the police and Public Prosecution Service are aware of the producers and commercial distributors, international cooperation is needed in order to tackle them, and they encounter legal obstacles of an international criminal law nature that make it hard to get the prosecution of the producers off the ground.

### *The criminal law approach to child sex tourism*

No figures can be found on the number of reports and cases of child sex tourism registered at district public prosecutor's offices. The experience of the police, Public Prosecution Service and judges that we interviewed is extremely limited. Investigation and prosecution are difficult because of the international nature of these issues; the approach is more of a national matter than one that can be tackled on a regional level, and it demands international cooperation.

It is an open question whether the law has a preventive effect. The deterrent effect and wider awareness that were envisaged appear not to have materialized. The necessary multisectoral cooperation (i.e. of the Ministries of Justice, Foreign Affairs and Economic Affairs) for providing information to travellers and tour operators, and police training in the countries involved, would appear to be behind schedule so far.

### *Other forms of sexual exploitation of minors*

There is little experience to date in legal practice in the investigation and prosecution of offences under Articles 248a and 248c of the Penal Code. The amendment to Article 248a and the introduction of Article 248c of the Penal Code have indeed simplified investigation and prosecution, but the number of cases is modest. The period between the amendment and this evaluation has been too short to demonstrate statistical effects.

The number of cases in which minors perform sexual acts (alone) through *chatboxes* in front of a *webcam* is increasing. Charges are based on Article 248a and primarily article 244 of the Penal Code as a safety net.

The investigation and prosecution of child sex shows would appear to be simplified by the amendment to the law. However, gathering the evidence is no simple matter. There is some discussion surrounding the interpretation of Article 248c of the Penal Code, for example on the requirement for the physical presence of the spectator. Does it also cover watching through a television circuit? And can users with a shared internet site containing image material of child pornography, which they can look at without downloading it onto their own computer, be viewed as a virtual cinema and therefore be dealt with under Article 248c? The question is whether in future the requirement for 'a place provided for the purpose' may cause problems.

It would finally appear that it is not always clear whether a situation should be classified under Article 248a or 248c of the Penal Code: when is it correct to speak of a spectator (Art. 248c) and when of a co-perpetrator in seduction (Art. 248a)? The interpretation of these articles will crystallize in future.

### *Use of the duty to grant a hearing*

There is no sanction for failing to fulfil the duty to grant a hearing. Failing to fulfil the duty to grant a hearing may give rise to the prosecution being barred or the proceedings being deferred. In legal practice, the duty to grant a hearing almost never leads to problems, because it is sufficient for the report to contain evidence that the victim wishes criminal proceedings. Furthermore, a possible omission may be rectified by examining witnesses at a later stage.

The amendment to the law has helped make it easier in practice to deal with 'loverboys' (pimps who recruit young girls) and gang rapes. Nonetheless, the duty to grant a hearing is sometimes seen as an obstacle by the Public Prosecution Service in situations where there are several victims, and parents report sexual abuse by a sport teacher, for example. In cases of this kind, hearing the

underage victims can increase the commotion and exacerbate the emotional burden on the parents and children.

#### *Addition of 'reduced consciousness'*

There was an enormous increase in cases of violating Article 243 of the Penal Code (rape of an unconscious or mentally disturbed person) in the year following the amendment to the law, but this could be a coincidence: the future will have to reveal whether the frequency of reports will fall again, remain stable, or continue to rise. A significant difference in disposals can be observed before and after the amendment to the law, attributable to a decline in dismissals by reason of unlikelihood of conviction, and acquittals.

The addition of 'reduced consciousness' has been received with approval in legal practice; situations that did not previously fall under the criminal statutes, now do. There are other situations in which there is an element of reduced consciousness because of drink, medication or drugs that now fall under the criminal statutes, which is not to imply that the problems of evidence have been solved. It remains hard to prove that the suspect had insight into and abused the victim's state of reduced consciousness, in particular if the defence states that the victim had performed several voluntary (sexual) acts prior to the sexual incident. The future will have to reveal how far the victim's responsibility extends, and the interpretation to be given to 'reduced consciousness'.

#### *Conclusion*

It is always hard to determine whether an amendment to a law has been effective; it is difficult to attribute changes directly to the amendment to the law rather than to other developments.

The problem of evidence has been reduced where tackling child pornography is concerned. The question that remains is whether the decline in the proportion of dismissals by reason of unlikelihood of conviction and of acquittals is solely attributable to the amendment to the law. Other factors that might play a role are digital capabilities, which have greatly enhanced the opportunities for distribution on Internet, the increased seriousness of child pornography, the priorities set down in the Instruction on Child Pornography, and changing social attitudes. Paedophile networks and producers have hardly been tackled since the amendment to the law, despite being a priority in the Instruction on Child Pornography. However, this is less an impact of the penalization than of obstacles in prosecution and of an organizational nature.

The envisaged improvement in the protection of children against forms of sexual abuse and their exploitation seems to have been set in motion by the change in the law. For example, sex shows with minors are being investigated and prosecuted.

The future will have to reveal whether new technical developments on Internet, with new forms of sexual abuse of minors and other vulnerable groups, are covered by the current legislation.