



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gluren bij de buren. Over strafbaarstelling van heimelijk filmen

Voorde, J.M. ten

Citation

Voorde, J. M. ten. (2017). Gluren bij de buren. Over strafbaarstelling van heimelijk filmen. *Proces, Tijdschrift Voor Strafrechtspleging*, 96(5), 359-369. doi:10.5553/PROCES/016500762017096005005

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/54795>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Gluren bij de burens

Over strafbaarstelling van heimelijk filmen

Jeroen ten Voorde

Inleiding

Begin 2016 kondigde de minister van Veiligheid en Justitie een wetsvoorstel aan tot wijziging van de zedendelicten (titel XIV van Boek 2 van het Wetboek van Strafrecht (Sr)).¹ Aanleiding daarvoor was het lijvige rapport van de Groningse onderzoekers Lindenberg en Van Dijk dat de zedendelicten tot onderwerp had.² Het rapport bracht de problemen van de bestaande zedenwetgeving tot in detail aan het licht. Het was daarom weinig verrassend dat de minister tot wijziging van de bestaande wettelijke regeling besloot. De bedoeling was dat het conceptwetsvoorstel in de zomer van 2017 in consultatie zou gaan.³ Eind augustus 2017 maakte de minister van Veiligheid en Justitie echter bekend dat het conceptwetsvoorstel pas begin 2018 in consultatie zal gaan.⁴ De vertraging wordt verklaard doordat een deskundigenoverleg over het voorontwerp nog niet is afgerond. Wellicht speelt de gevoelige thematiek ook een rol in de zich voortslepende formatie van een nieuw kabinet.

In het genoemde rapport wordt onder meer ter overweging aangegeven het filmen van personen met een ‘seksuele strekking’ apart strafbaar te stellen.⁵ Heimelijk filmen heeft de laatste jaren de nodige aandacht gekregen door rechtszaken over verschillende gluurders. Deze voorvallen hebben onder slachtoffers (en hun ouders of verzorgers) tot de nodige onrust geleid. De rechtspraak worstelt echter met de strafbaarheid van gevallen van heimelijk filmen, zoals ik hierna kort zal laten zien. Deze worsteling zou kunnen worden weggenomen door heimelijk filmen van personen met een seksuele strekking apart strafbaar te stellen. In hoeverre deze gedachte door de wetgever wordt overgenomen, kan op dit moment niet met zekerheid worden gezegd. Het conceptwetsvoorstel zal het ons leren.

Het heimelijk filmen van naakte personen is niet alleen in Nederland onderwerp van aandacht. Ook in andere landen wordt hierover gedebatteerd en is wetgeving tot stand gebracht. Voor een wetgever kan het interessant zijn om te bezien hoe

1 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 300.

2 K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten. Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, Zutphen: Paris 2016.

3 *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 2147.

4 *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, 394.

5 Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 574. Tevens wordt ter overweging meegegeven om heimelijk filmen te incorporeren in de strafbaarstelling van schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) of de feitelijke aanranding van de eerbaarheid (art. 246 Sr) (p. 574-575).

de 'buren' hetzelfde probleem hebben aangepakt en tegen welke uitdagingen zij, de wetenschap en de rechtspraak zijn aangelopen. In deze bijdrage bespreek ik de keuze om heimelijk filmen van volwassen personen met een seksuele strekking strafbaar te stellen. Alvorens daarop in te gaan worden de pijnpunten besproken van de bestaande mogelijkheden om dergelijk heimelijk filmen onder de Nederlandse strafwet te brengen. Daarbij wordt gezien of die pijnpunten in de wetgeving van andere landen mogelijk worden weggenomen, zodat die wetgeving wellicht inspiratie voor de Nederlandse wetgever kan opleveren.

Enkele pijnpunten in Nederland

Lindenberg en Van Dijk bespreken in hun rapport rechtspraak die met betrekking tot heimelijk filmen is geweest. Zij wijzen erop dat uit het Europees Verdrag voor de rechten van de mens geen positieve verplichting tot strafbaarstelling van heimelijk filmen voortvloeit. De nationale wetgever kan dus een eigen afweging maken. Verder komen zij tot de conclusie dat heimelijk filmen niet strafbaar is als feitelijke aanranding van de eerbaarheid (art. 246 Sr), nu het bij heimelijk filmen ontbreekt aan het daarvoor vereiste dwingen. Van dwingen is sprake als 'het slachtoffer iets bewust onvrijwillig ervaart'.⁶ Bij heimelijk filmen ervaart de gefilmde persoon op het moment van handelen niets; het filmen geschiedt immers heimelijk. Ook levert heimelijk filmen geen schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) op. Daarvoor is namelijk vereist dat het slachtoffer de eerbaarheid schendende gedraging ziet of voelt. Ook daarvan is bij heimelijk filmen geen sprake. Ten aanzien van minderjarigen is getracht heimelijk filmen te vervolgen via de strafbaarstelling van kinderpornografie (art. 240b Sr), dat onder meer het vervaardigen van afbeeldingen van seksuele gedragingen van minderjarigen strafbaar stelt. Het bestanddeel 'seksuele gedragingen' is in deze strafbaarstelling een lastig punt waar het om heimelijk filmen gaat. Daaronder vallen niet alleen afbeeldingen van een gedraging van 'expliciet seksuele aard', maar ook afbeeldingen van een gedraging 'die weliswaar niet een gedraging van expliciet seksuele aard toont, maar die, gelet op de wijze waarop zij is tot stand gekomen eveneens strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling'.⁷ Wanneer van de tweede categorie gedragingen sprake is, is op grond van rechtspraak van de Hoge Raad niet zonder meer duidelijk; in het bijzonder is de vraag of de bedoeling die de verdachte heeft met de vervaardigde afbeeldingen relevant is voor het oordeel of sprake is van een seksuele gedraging. In feitenrechtspraak heeft deze onduidelijkheid tot wisselende oordelen geleid.⁸

De Hoge Raad heeft in verschillende arresten gewezen op de mogelijkheid heimelijk filmen van naakte personen te vervolgen via de artikelen 139f en 441b Sr. Artikel 139f Sr stelt strafbaar het opzettelijk en wederrechtelijk heimelijk vervaardigen van een afbeelding van een persoon die zich in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats bevindt. Ook het beschikking hebben

6 Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 269.

7 HR 7 december 2010, NJ 2011/81, m.nt. Schalken.

8 Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 273-274.

over een dergelijke afbeelding, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die op eerder vermelde wijze is verkregen, is strafbaar. Artikel 441b Sr stelt strafbaar het wederrechtelijk heimelijk vervaardigen van een afbeelding van een persoon op een voor het publiek toegankelijke plaats.

Beide bepalingen bieden inderdaad mogelijkheden om heimelijk filmen van naakte personen strafbaar te stellen, maar die mogelijkheden zijn gelimiteerd. Het filmen onder de rokken van een vrouw, of op het strand, lijkt niet te vallen onder de delictsomschrijving van artikel 139f Sr. Heimelijk filmen op het strand zou naar de letter van de wet wel onder artikel 441b Sr kunnen vallen. Daarvoor is evenwel vereist dat de afbeelding moet zijn vervaardigd met behulp van een ‘daartoe aangebracht technisch hulpmiddel’. Lindenberg en Van Dijk vermelden onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat het heimelijk filmen met een camera die met de hand wordt bediend buiten het bereik van de delictsomschrijving valt. Iemand die op het strand al dan niet geheel blote personen heimelijk filmt met een camera die niet daartoe (voor dat doel) is aangebracht, is niet strafbaar.⁹ Zo ontstaat de situatie dat de persoon die een camera in een tas verstoppt met als doel daarmee naakte personen op het strand te filmen, wel strafbaar is wanneer hij deze personen filmt, en de persoon die op het strand uit de hand naakte personen filmt zonder een met dat doel aangebrachte camera, niet strafbaar is. Dat wringt, in het bijzonder waar het gaat om het filmen van jonge kinderen waarvan niet kan worden gesteld dat zij de voor artikel 240b Sr vereiste seksuele gedraging laten zien.

Strafbaarstelling van heimelijk filmen in enkele andere landen

Duitsland

Heimelijk filmen staat in verschillende landen in de belangstelling.¹⁰ Duitsland kent een met Nederland vergelijkbaar regime. Een aparte strafbaarstelling ontbreekt dus. In Duitsland is heimelijk filmen strafbaar op grond van andere strafbare feiten, waaronder met de artikelen 139f en 441b Sr vergelijkbare strafbepalingen. Hoewel in Duitsland, sinds de aanrandingen tijdens de nieuwjaarsnacht van 2016 in Keulen, veel te doen is over seksuele delicten en het Strafgesetzbuch (StGB) is gewijzigd,¹¹ zijn mij geen voorstellen bekend om heimelijk filmen met

9 Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 275-276.

10 In het vervolg worden relevante strafbaarstellingen uit vier landen besproken: Duitsland, België, Canada en Frankrijk. Voor deze landen is gekozen omdat zij of een min of meer vergelijkbaar strafrechtelijk regime kennen (Duitsland), of een aparte strafbaarstelling hebben ingevoerd waarbij de dilemma's die in Nederland spelen zijn opgepakt en van een antwoord zijn voorzien. De deels uiteenlopende antwoorden en de dilemma's die zij vervolgens weer opleveren, kunnen mogelijk helpen bij de keuze de bestaande Nederlandse wetgeving ten aanzien van heimelijk filmen al dan niet te wijzigen.

11 Zie voor de wetswijziging naar aanleiding van de gebeurtenissen in Keulen Fünffzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung van 4 november 2016, *Bundesgesetzblatt* 2016, Teil I, nr. 52. De wet heeft tot veel kritiek geleid onder wetenschappers. Zie onder meer J. Eisele, *Das neue Sexualstrafrecht, Rechtspsychologie* 2017, p. 7-30.

seksuele strekking apart strafbaar te stellen. In Duitsland is heimelijk filmen strafbaar gesteld in § 201a StGB. Op grond van deze bepaling is strafbaar het heimelijk filmen in een woning of wanneer dat in 'einem gegen Einblick besonders geschützten Raum' geschiedt en 'dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt' raakt. De bepaling is, net als de artikelen 139f en 441b Sr, niet beperkt tot 'mit Nacktheit und Sexualität assoziierte Intimsphäre'.¹² Onder de in de wet omschreven ruimte worden onder meer openbare toiletten, kleed- en pas-hokjes en behandelkamers van artsen bedoeld, alsmede door hekken en muren omgeven tuinen.¹³ Op het strand of onder rokken filmen is echter niet strafbaar. Het Nederlandse en Duitse strafrecht gaan in zoverre gelijk op. Anders ligt dat ten aanzien van het gebruikte technische hulpmiddel. Waar artikel 441b Sr vereist dat het hulpmiddel bedoeld is heimelijk afbeeldingen te maken en om die reden is aangebracht (wat duidt op een 'min of meer' permanente installatie),¹⁴ wordt die eis in § 201a StGB niet gesteld.

België

In 2016 werd voyeurisme in het Belgische Strafwetboek (Swb) strafbaar gesteld. Het observeren of maken van beeld- of geluidsopnamen van een persoon zonder diens toestemming, terwijl hij 'ontbloot is of een expliciete seksuele daad stelt' en 'zich in omstandigheden bevindt, waar hij in redelijkheid kan verwachten dat zijn persoonlijke levenssfeer niet zal worden geschonden', is strafbaar (art. 371/1 Swb.).¹⁵ De strafbaarstelling is in het leven geroepen na een aantal strafzaken waarin heimelijk filmen niet kon worden bestraft. Met de strafbaarstelling werd dus een leemte in de bestaande wetgeving ingevuld.¹⁶ De strafbaarstelling verdient enige toelichting. Strafbaarheid is niet beperkt tot heimelijk filmen (uit de wettekst blijkt overigens niet dat het 'technisch of ander hulpmiddel' daartoe hoeft te zijn aangebracht); ook het enkele observeren is strafbaar. Dat zal zijn beperkt tot het gebruik van de ogen, kijken dus. De man die een naakte vrouw in haar badkamer observeert, is strafbaar. De persoon die luistert naar zijn burendie

12 Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Beck 2006, aant. 2 bij § 201a.

13 K. Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Beck 2011, aant. 2 bij § 201a.

14 C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, aant. 8c bij art. 441b.

15 Art. 371/1 lid 1 Swb. luidt: 'Met een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar wordt gestraft hij die:

- 1 een persoon observeert of doet observeren of van hem een beeld- of geluidsopname maakt of doet maken,
 - rechtstreeks of door middel van een technisch of ander hulpmiddel,
 - zonder de toestemming van die persoon of buiten zijn medeweten,
 - terwijl hij ontbloot is of een expliciete seksuele daad stelt, en
 - terwijl hij zich in omstandigheden bevindt, waar hij in redelijkheid kan verwachten dat zijn persoonlijke levenssfeer niet zal worden geschonden;
- 2 de beeld- of geluidsopname van een ontblote persoon of een persoon die een expliciete seksuele daad stelt zonder diens toestemming of buiten diens medeweten toont, toegankelijk maakt of verspreidt, ook al heeft die persoon ingestemd met het maken ervan.'

16 A. Dierickx, 'Noopt nieuwe seksuele criminaliteit tot nieuwe seksuele misdrijven?', in: G. van Haegenborgh e.a., *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Pre-adviezen 2016*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 141-154.

seks met elkaar hebben, is niet strafbaar. Strafbaar is slechts wanneer iemand wordt geobserveerd die ontbloot is of een expliciete seksuele daad stelt. Het observeren van personen die in hun slaapkamer geslachtsverkeer hebben, is dus strafbaar. Het bestanddeel 'ontbloot' wekt de indruk dat de persoon geheel naakt moet zijn. De wetsgeschiedenis wijst uit dat ook gedeeltelijk ontbloot onder dit bestanddeel valt, mits dat deel van het lichaam te zien is 'dat op grond van de huidige maatschappelijke normen en het collectieve bewustzijn van de eerbaarheid bedekt zou zijn gebleven indien de persoon had geweten dat hij werd geobserveerd of gefilmd'.¹⁷ Het slachtoffer moet zich in omstandigheden bevinden waarin hij in redelijkheid kan verwachten dat zijn privacy niet zal worden geschonden.¹⁸ Deze omschrijving is, althans in theorie, ruimer dan de Duitse en Nederlandse wetgeving, die is beperkt tot de woning en bepaalde plaatsen of ruimten. 'In omstandigheden bevinden' kan ook buiten specifieke ruimten, terwijl het redelijkheidsoordeel een ruime uitleg van wat als privésfeer moet worden beschouwd mogelijk maakt. Op die manier kan het heimelijk filmen in omstandigheden op het grensvlak van de private en publieke sfeer aan banden worden gelegd.

Nadeel van deze wetssystematiek kan zijn dat het bereik van de bepaling onduidelijk wordt. Een begrip als 'observeren' verlangt een zekere intensiteit en duur, maar daarover wordt in de wetsgeschiedenis weinig opgemerkt, zodat niet valt uit te sluiten dat ook het van korte duur kijken als observeren kan worden gekwalificeerd. De omstandigheden waarin het slachtoffer zich bevindt, kunnen eveneens tamelijk ruim worden geïnterpreteerd. De wetgever sloot van strafbaarheid uit het observeren van een persoon die op zijn eigen appartements- of hotelterras naakt zont. Dat is nogal ongedefinieerd. Wat als het appartementsterras met hekken is omgeven, of met ligusters die her en der ruimte openlaten, maar die daar zijn neergezet met privacy als bedoeling? Zo bezien kan de strafbepaling zich ook tegen het slachtoffer keren. Word je beschermd tegen een voyeur wanneer je zichtbaar bent omdat je je gordijnen niet voldoende hebt gesloten of wanneer door de gordijnen heen kan worden gekeken? Indien wordt aangenomen dat iemand hierdoor in redelijkheid niet kan verwachten dat zijn privacy niet wordt geschonden, ligt uitholling van de strafbaarstelling op de loer. Een al te strikte uitleg van de strafbepaling ten koste van het slachtoffer zou echter op gespannen voet staan met de doelstelling van de strafbepaling, namelijk het beschermen van de seksuele intimiteit van het slachtoffer. Aan de andere kant, word je als filmer beschermd wanneer je een verkrachting filmt? De wettekst sluit zijn strafbaarheid niet uit, terwijl geen bijzondere uitsluitingsgrond voor deze gevallen is ontwikkeld. In het parlement is erop gewezen dat straffeloosheid in dat geval voor de hand ligt. Dierickx heeft er echter op gewezen dat een algemene uitsluitingsgrond (overmacht in de zin van noodtoestand) te veel onzekerheid voor de filmer mee-

17 Dierickx 2016, p. 137.

18 De strafminima en -maxima vallen (fors) hoger uit in geval het slachtoffer jonger is dan 18 jaar. Zie het tweede en derde lid van art. 371/1 Swb. Het strafminimum in art. 371/1 Swb. is overigens even hoog als het strafmaximum in art. 139f Sr (zes maanden) en veel hoger dan het strafmaximum in art. 441b Sr (twee maanden).

brengt; straffeloosheid is immers niet gegarandeerd, gelet op de strenge eisen die aan een beroep op noodtoestand worden gesteld.¹⁹

Canada

In Canada is heimelijk filmen met seksuele strekking sinds 2005 strafbaar. Het eerste lid van sectie 162 van de Canadese Criminal Code (CCC) stelt strafbaar hij die:

- ‘surreptitiously, observes – including by mechanical or electronic means – or makes a visual recording of a person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if
- a the person is in a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity;
 - b the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity; or
 - c the observation or recording is done for a sexual purpose’.

Net als de Belgische strafbaarstelling wordt niet alleen het heimelijk (surreptitiously) fotograferen of filmen (oftewel visual recording; zie het tweede lid van sectie 162) strafbaar gesteld, maar ook het observeren van een andere persoon. Uitleg van de term ‘observeren’ heb ik niet gevonden. In de Consultation paper die aan de strafbaarstelling voorafging, wordt in plaats van observeren de term ‘viewing’ gebruikt.²⁰ Of daartussen verschil bestaat is de vraag. In woordenboeken Engels worden beide termen in ieder geval als synoniemen gebruikt. De Belgische en Canadese wet lijken ook tamelijk veel op elkaar ten aanzien van het bestanddeel ‘circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy’. Dit laat zich verklaren doordat de Belgische wet op (onder andere) de Canadese lijkt te zijn geïnspireerd.²¹ Niettemin bestaat er een verschil tussen beide regelingen. Zo valt onder meer op dat de Belgische wetgever veel minder gedetailleerd heeft aangegeven wat moet worden gefilmd wil sprake zijn van strafbaar handelen.²² Waar de Belgische wet spreekt van een ontbloot slachtoffer, is sectie 162 CCC vrij expliciet, althans voor zover het gaat om onderdeel (a) en (b). Onderdeel (c) vermeldt dan weer niets over het lichaam van het slachtoffer. In deze variant worden de

19 Dierickx 2016, p. 138.

20 www.justice.gc.ca/eng/cons/voy/part2_dist.html, het laatst bezocht op 16 augustus 2017.

21 *Parl.St* Kamer, Amendement 15 juli 2016, 0699/002, p. 5, gevonden op www.dekamer.be, het laatst bezocht op 7 september 2017.

22 De Canadese wet kent daarnaast een bijzondere strafuitsluitingsgrond (er is geen strafbaarheid wanneer de afbeeldingen zijn gemaakt in het algemeen belang (‘public good’), section 162 lid 6 CCC). Van strafbaarheid zijn ook uitgezonderd ‘peace officers’ die met een machtiging afbeeldingen maken of personen observeren (lid 3). Anders dan de Belgische wet maakt de Canadese wet geen onderscheid tussen de leeftijd van het slachtoffer.

pijlen enkel gericht op het seksuele doel of oogmerk dat de dader met het heimelijk filmen of observeren voor ogen heeft.

Verschillende in sectie 162 CCC gebruikte begrippen, zoals 'sexual purpose', worden ook elders in de Canadian Criminal Code gebruikt en hebben een gelijke betekenis. Rechtspraak over sectie 162 CCC geeft inzicht in de reikwijdte van de bepaling. Zo blijkt dat, anders dan in Nederland, het nemen van foto's onder de rokken van vrouwen die zich in publieke ruimten bevinden onder deze strafbaarstelling vallen. Hetzelfde geldt voor het nemen van foto's van kinderen die in een publiek toegankelijk park aan het spelen zijn, waarbij de camera was gericht op de genitaliën en billen. Het nemen van foto's op een naaktstrand valt echter buiten het bereik van deze bepaling.²³ Deze uitspraken geven vooral inzicht in wat moet worden verstaan onder 'reasonable expectation of privacy'. Anders dan in het Belgische recht werd geoordeeld dat niet is vereist dat het slachtoffer dat is gefilmd of geobserveerd (volledig) naakt was. Waar het om gaat is dat de gedragingen plaatsvonden in omstandigheden waar het slachtoffer redelijkerwijs mocht verwachten met rust gelaten te worden. Wat in dezen redelijk is, wordt volgens rechters bepaald door 'common sense and our own everyday life experiences'.²⁴

Over sectie 162 CCC wordt in literatuur naar aanleiding van deze en andere rechtspraak geconcludeerd dat het bereik van de strafbaarstelling groter is dan op basis van de wettekst kan worden aangenomen. Dit wordt verklaard doordat in de rechtspraak een sterk op waardigheid en autonomie georiënteerd privacybegrip wordt gehanteerd.²⁵ Kern van de strafbepaling is niet dat heimelijk bepaalde personen worden gefotografeerd die geheel of gedeeltelijk naakt waren of seksuele activiteiten verrichtten, of met een bepaald seksueel oogmerk. Centraal staat de inbreuk die door het heimelijk observeren of filmen of fotograferen wordt gemaakt op de waardigheid en autonomie van het slachtoffer. Die oriëntatie legt niet de nadruk op de aard en inhoud van het vergaarde materiaal of de geobserveerde personen, maar op de omstandigheid dat de foto's heimelijk zijn gemaakt (of iemand stiekem is bekeken) en dus geen invloed kon worden uitgeoefend op het al dan niet in beeld worden gebracht (of geobserveerd worden). Een dergelijke rechtvaardiging van de strafbaarstelling roept, zoals uit de Canadese rechtspraak blijkt, vragen op met betrekking tot een heldere afbakening van het delict. De vraag is waar de grenzen van privacy zijn gelegen wanneer de heimelijke gedragin-

23 R/Rocha, 2012 ABPC 24 (CanLII); R/Rudiger, 2011 BCSC 1397 (CanLII), te vinden op www.canlii.org/en, het laatst bezocht op 7 september 2017.

24 R/Hamilton, 2009 BCPC 381 (CanLII), par. 29, te vinden op www.canlii.org/en, het laatst bezocht op 7 september 2017.

25 A. Slane, 'From Scanning to Sexting: The Scope of Protection of Dignity-Based Privacy in Canadian Child Pornography Law', *Osgoode Hall Law Journal* 2010, p. 574-579.

gen plaatsvinden in de publieke ruimte. Hierover zijn de meningen onder wetenschappers verdeeld.²⁶

Frankrijk

Artikel 226-1 van de Franse Code Nepal (CP) stelt strafbaar het opzettelijk schenden van het privéleven door het maken, opnemen of verspreiden, zonder toestemming van het slachtoffer, van een afbeelding van een persoon die zich bevindt in een private plaats ('volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui: (...); 2° En fixant, enregistreur ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé'). Ook het opnemen van privégesprekken is strafbaar gesteld (art. 226-2 CP). In 2016 werd in dezelfde sectie artikel 226-2-1 CP ingevoerd. Dit artikel bevat een strafverzwarringsgrond voor de gevallen waarin de gedragingen een seksueel karakter ('caractère sexuel') hebben. Opnames of afbeeldingen daarvan maken, registreren of verspreiden is strafbaar, zelfs als de gedragingen in het openbaar plaatsvinden.²⁷ Artikel 226-2-1 lid 2 CP stelt strafbaar het zonder toestemming bekendmaken van afbeeldingen of gesprekken van seksuele aard die met (al dan niet veronderstelde) toestemming waren verkregen. Het tweede lid betreft de wraakporno.²⁸

Artikel 226-2-1 CP werd toegevoegd aan een wetsvoorstel betreffende de 'république numérique', dat voorzag in aanpassing van Franse wet- en regelgeving aan het digitale tijdperk. De commissie van de Franse Tweede Kamer (Assemblée Nationale) meende de meerwaarde van deze strafbepaling te zien in de noodzaak het privéleven van burgers te beschermen door het onderdrukken van de verspreiding van afbeeldingen van seksuele aard.²⁹ De oorspronkelijke tekst van de bepaling vereiste dat het verspreiden van de afbeelding zonder toestemming had plaatsgevonden. Daartegen rezen verschillende bezwaren, die er in de kern op

- 26 Door sommigen wordt de bepaling niet ruim genoeg geacht omdat zij (anders dan, zoals we zullen zien, de Franse strafbaarstelling) niet beschermt tegen gevallen waarin foto's die vrijwillig zijn genomen of gegeven vervolgens (enige tijd later) uit wraak (en dus zonder toestemming) worden verspreid. Zie C. Mathen, 'Crowdsourcing Sexual Objectification', *Laws* 2014, p. 529-552. Voor cyberpesten en wraakporno is in Canada een aparte strafbaarstelling in het leven geroepen (sectie 372 CCC). Zie daarover P.I. Coburn, D.A. Connolly & R. Roesch, 'Cyberbullying: Is Federal Criminal Legislation the Solution?', *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 2015, p. 566-579.
- 27 Art. 226-2-1 lid 1 CP luidt: 'Lorsque les délits prévus aux articles 226-1 et 226-2 portent sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende.'
- 28 Ook de besproken Belgische strafbaarstelling bevat een onderdeel dat daarop betrekking heeft (art. 371/1 onder 2° Swb.). Zie over strafbaarheid van wraakporno in Nederland bijvoorbeeld J.M. ten Voorde, 'Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen in Nederlandse zedenwetgeving', in: G. van Haegenborgh e.a., *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2016*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 222-227.
- 29 'Rapport au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République, après engagement de la procédure accélérée, sur le projet de loi (nr. 3318) pour une République numérique', door Luc Belot, nr. 3399 (www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3399.asp, het laatst bezocht op 15 augustus 2017).

neerkwamen dat de voorgestelde strafbaarstelling ook zou moeten strekken tot gevallen waarin al dan niet toestemming voor het verkrijgen van de afbeelding was gegeven. Verschillende parlementariërs van de Assemblée en het Senaat meenden dat ook wanneer tijdens het maken van de afbeelding sprake was van toestemming, strafbaarheid van verspreiding van deze afbeelding mogelijk moet zijn. Het eerste tekstvoorstel voegde volgens deze parlementariërs weinig toe aan de bestaande strafwetgeving, terwijl onvoldoende antwoord zou worden gegeven op een arrest van het Franse Hof van Cassatie, dat had geoordeeld dat verspreiding van met toestemming verkregen afbeeldingen niet strafbaar is. Verschillende pogingen werden gedaan het voorstel te verbeteren.

Uiteindelijk werd de tekst van artikel 226-2-1 lid 1 en 2 CP vastgesteld door het aannemen van een amendement van een senator. De aangenomen tekst brengt tot uitdrukking dat ook met (al dan niet uitdrukkelijke) toestemming verkregen afbeeldingen met een seksueel karakter niet mogen worden verspreid.³⁰ Daarbij is onverschillig wie de afbeelding oorspronkelijk heeft gemaakt. Verspreiding van selfies is met de invoering van artikel 226-2-1 CP ook strafbaar gesteld.³¹ De Franse wet is ten aanzien van dit punt bepaald ruimer dan de Belgische en Canadese wet, aangezien die slechts betrekking hebben op het door de dader filmen, fotograferen of observeren van derden. De Franse wet voorziet dan weer niet, althans niet in de hier besproken bepalingen, in het strafbaar stellen van het observeren van personen.³² Vermeldenswaardig is ook dat de Franse wet spreekt van afbeeldingen of gesprekken met een 'seksueel karakter' (*caractère sexuel*). Deze term wordt niet nader toegelicht, terwijl ik uit Frans commentaar op artikel 226-2-1 CP afleid dat onduidelijk is wat ermee wordt bedoeld.³³ Zie ik het goed, dan wordt de term niet ook elders in de Code Pénal gebruikt.³⁴ Het lijkt erop dat de Franse wetgever elke handeling die een seksuele connotatie heeft onder het bereik van de strafbepaling wil laten vallen. De kans is aanwezig dat discussie zal ontstaan of het innemen van 'zwoele poses', zonder dat sprake is van (zichtbaar) naakt, ook onder deze strafbaarstelling valt. Belangrijk is tevens de irrelevantie van de plaats waar de afbeeldingen zijn vervaardigd. Die plaats kan zowel privé als publiek zijn. We zagen dat ook al in Canadese rechtspraak. De verklaring daarvoor ligt waarschijnlijk in de vanouds vrij ruime omschrijving van privacy in het Franse recht, die weliswaar wat beperkter is met betrekking tot de publieke ruimte, maar daarin niet geheel onbestaand is.³⁵ Net als het Canadese recht lijkt de verklaring

30 Amendement Projet de loi République numérique (1ère lecture), nr. 325.

31 www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3399.asp, het laatst bezocht op 15 augustus 2017.

32 Evenmin wordt onderscheid gemaakt in de leeftijd van de afgebeelde persoon. Terzijde dient te worden vermeld dat vervolging voor dit feit slechts mogelijk is na een klacht (art. 226-6 CP).

33 www.alain-bensoussan.com/avocats/revange-porn-loi-republique-numerique/2017/03/08/, het laatst bezocht op 15 augustus 2017.

34 De CP kent wel de bestanddelen 'nature sexuelle' en 'agression sexuelle', die naar het lijkt vrij ruim geïnterpreteerd worden. Zie daarover Y. Mayaud, *Code Pénal*, Parijs: Dalloz 2010, respectievelijk aant. 12 bij art. 222-23 en aant. 4 bij art. 222-22. Ook kent de Franse wet een regeling die doet denken aan schennis van de eerbaarheid waarin het bestanddeel 'actes impudiques' is opgenomen (art. 222-32 CP).

35 Vgl. E. Logeais & J.-B. Schroeder, 'The French Right of Image: An Ambiguous Concept Protecting the Human Persona', *Loyola of Los Angeles Entertainment Journal* 1998, p. 526-527.

dat ook het verspreiden van afbeeldingen van gedragingen die zich in de publieke ruimte hebben afgespeeld strafbaar zijn, gelegen in de wens de waardigheid en autonomie van het slachtoffer te beschermen. Deze termen vond ik als zodanig niet terug in de wetsgeschiedenis. Wie echter de opmerkingen van sommige Franse parlementariërs tijdens de openbare beraadslagingen leest, vindt daarin wel verwijzing naar deze vrij ruime uitleg van privacy.³⁶

Slotopmerkingen

Strafbaarheid van heimelijk filmen is in Nederland geen vraagpunt; de wet stelt onder bepaalde voorwaarden dergelijk handelen strafbaar (art. 139f en 441b Sr). De vraag is of deze strafbepalingen voldoen waar het gaat om handelingen met een seksuele strekking. De wetgever is in overweging gegeven om heimelijk filmen apart strafbaar te stellen (in een aparte strafbaarstelling of als onderdeel van reeds bestaande strafbaarstellingen). Op dit moment is onduidelijk wat de wetgever met deze overweging zal doen, laat staan op welke manier daaraan invulling zal worden gegeven. In deze bijdrage is aangegeven dat het pad waarop Nederland zich thans begeeft, in Duitsland herkenning zal oproepen. In andere landen is heimelijk filmen met seksuele strekking apart strafbaar gesteld.

Daarover kan bij wijze van slotopmerking nog kort iets worden opgemerkt. De meeste van de in deze bijdrage besproken strafbepalingen zijn bedoeld om de privacy van een persoon te beschermen. Die privacy wordt in het Belgische recht uitgelegd in termen van intimiteit. Hetzelfde zou kunnen worden gesteld van het Canadese en Franse recht. Een dergelijke uitleg heeft consequenties voor de reikwijdte van de strafbaarstelling. Wanneer wordt beoogd de intimiteit te beschermen, is allereerst niet onbegrijpelijk dat ook het enkele observeren van een persoon problematisch wordt bevonden, zeker wanneer die persoon geheel of gedeeltelijk ontbloot is. Het strafbaar stellen van het enkele observeren is echter niet zonder problemen. Niet alleen vraagt de term 'observeren' om interpretatie, belangrijker is of elk observeren met een seksuele strekking strafbaar zou moeten zijn. Zou het op het strand staren naar een vrouw met ontbloot bovenlijf strafbaar moeten zijn? Ook als die vrouw je eigen vriendin is? Een grens kan hier worden getrokken ten aanzien van de plaats waar het observeren plaatsvindt. Dan ontdekken we dat de grens tussen privé en publiek minder scherp is dan uit de Belgische en Canadese wettekst valt af te leiden. Het bereik van de strafbepaling is erg ruim en sterk afhankelijk gemaakt van een redelijkheidsoordeel. Dat is bij zedendelicten niet onbekend, maar ligt ook gevoelig, want is sterk afhankelijk van het oordeel over zeden. De vraag is hoever de rechter daarin mag en wil treden. Bij sterk veranderende zeden is het voor de rechter niet eenvoudig een redelijk oordeel te vellen.

De Franse wet rept niet over strafbaarheid van observeren en komt op dit punt dus niet in lastig begaanbaar vaarwater. De Franse wet is ten aanzien van het

36 www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3399.asp, het laatst bezocht op 15 augustus 2017. Zie in het bijzonder de opmerkingen van het lid Conway-Mouret.

onderscheid tussen privé en publiek radicaler dan de Belgische en Canadese wet; het onderscheid is irrelevant wanneer het gaat om afbeeldingen met een seksueel karakter. Daarbij komt dat het Franse delict niet is afgebakend op een wijze zoals in artikel 441b Sr, dat slechts strafbaar stelt heimelijk filmen met een daartoe aangebracht technisch hulpmiddel. Het bereik van de Franse strafbepaling is daardoor tamelijk groot. Dat was dan ook de bedoeling. Dat verklaart wellicht ook de keuze voor de in de strafbepaling gemunte term ‘seksueel karakter’. In Canada zien we op dit punt iets gelijkaardigs; de Canadese wet maakt gebruik van de term ‘seksueel oogmerk’. Die term is nog veel vager dan ‘seksueel karakter’, want mede (of misschien zelfs primair) afhankelijk van de persoon van de verdachte. Het is de vraag of de Nederlandse wetgever een dergelijke sterk gesubjectieerde strafbaarstelling moet willen overwegen.³⁷ Hetzelfde kan men zich afvragen ten aanzien van gedragingen die in het openbaar hebben plaatsgevonden. Is het aan de strafrechtelijke overheid om op te treden tegen gluurders van ontholte personen wanneer die welbewust hebben besloten hun kleren (deels) uit te trekken? Is het niet aan burgers zelf om ofwel deze gluurders voor lief te nemen (tenzij zij gedrag vertonen dat kan worden gekwalificeerd als openbare schennis van de eerbaarheid), of te besluiten zich niet uit te kleden, tenzij zij zich in een ruimte bevinden waarvan zij redelijkerwijs mogen verwachten dat zij door anderen met rust worden gelaten? Het voorgaande in ogenschouw nemend, kunnen we van onze burens leren dat de beperking in artikel 441b Sr (strafbaar is alleen het heimelijk filmen met een daartoe aangebracht technisch hulpmiddel) niet is terug te vinden in andere wetgeving en dat deze strafbaarstelling ten opzichte van andere strafbaarstellingen tamelijk beperkt is, wellicht zelfs te beperkt. Tegelijkertijd is de misschien wat ontvuchterende conclusie dat het gluren bij de burens heeft opgeleverd dat het strafbaar stellen van heimelijk filmen met een seksuele strekking tamelijk complex is, terwijl de toegevoegde waarde ten opzichte van het geldend recht niet zonder meer evident kan worden aangewezen.

37 Het in art. 248d Sr voorkomende bestanddeel ‘ontuchtig oogmerk’ lijkt mij ook minder gelukkig gekozen.