



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## #MeToo, seksuele handelingen en functionele afhankelijkheid

Voorde, J.M. ten

### Citation

Voorde, J. M. ten. (2022). #MeToo, seksuele handelingen en functionele afhankelijkheid. *Justitiële Verkenningen*, 48(4), 60-74. doi:10.5553/JV/016758502022008004006

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3503785>

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

# #MeToo, seksuele handelingen en functionele afhankelijkheid

*Jeroen ten Voorde\**

De #MeToo-beweging heeft voor het strafrecht ten minste twee betekenissen. De eerste betekenis is dat uit de talloze voorbeelden die onder #MeToo de revue passeerden, (opnieuw) blijkt dat seksueel misbruik juist kan plaatsvinden waar sprake is van ongelijkwaardige verhoudingen, bijvoorbeeld binnen arbeidsrelaties (De Bruijn & Timmerman 2020). Deze ongelijkwaardige verhoudingen brengen slachtoffers in een positie die zij niet willen, maar waaruit zij zich maar moeilijk kunnen onttrekken. Seksuele handelingen vinden in deze situatie niet alleen plaats ten gevolge van expliciete dwang of geweld, maar ook door min of meer subtiele handelingen ('machtsspelletjes') die slachtoffers in een positie brengen waardoor zij (uiteindelijk) niet onder seksuele handelingen uit kunnen, uit angst dat een 'nee' hun verdere carrière zal schaden. De seksuele handelingen waar deze slachtoffers mee worden geconfronteerd, zijn divers: van verkrachting en aanranding tot seksuele intimidatie.

De tweede betekenis van #MeToo is gelegen in de bevestiging van de toegenomen macht van sociale media: de digitale schandpaal blijkt niet ver weg en heeft heel wat nadelige gevolgen gehad voor betrokkenen (Hörnle 2021). Reeds voor #MeToo werd hierop gewezen (Goldman 2015). Niet elke aanklacht wegens seksueel misbruik hoeft juist te zijn en zo die al juist is, kan de vraag opkomen of het nodig is om daarbij man en paard te noemen. Onder omstandigheden kan in dergelijke gevallen sprake zijn van smaad, een strafbaar feit (art. 261 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht (Sr)). Voor het Openbaar Ministerie kan dan de niet eenvoudige te beantwoorden vraag opkomen of er inhoudelijke en andere redenen zijn om tot vervolging over te gaan. In een #MeToo-context kunnen verschillende factoren in het bijzonder bij die beslissing relevant zijn en tot 'extra zorgvuldigheid' bij het nemen van een beslissing nopen: de relatie tussen beschuldigde en beschuldi-

\* Prof. mr. J.M. ten Voorde is hoogleraar Straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

ger, het belang dat bestaat om op te treden ‘tegen langdurig en veelvuldig [seksueel] wangedrag dat door de omgeving lang is geaccepteerd’, en de bijdrage die een vervolging kan leveren aan het uit de taboesfeer halen van het onderwerp (Van Noorloos, 2021, p. 574).

In deze bijdrage sta ik stil bij de eerste betekenis. De vraag die opkomt is hoe rekening wordt gehouden met misbruik van machtsverschillen in werkrelaties in het wetsvoorstel seksuele misdrijven dat onlangs aan de Tweede Kamer is aangeboden. En wat daarvan te zeggen? Ter beantwoording van deze vragen introduceer ik allereerst de relevante delen van het wetsvoorstel en sta ik stil bij de grondslag van de nieuwe regeling. Vervolgens richt ik de blik op de wijziging van de strafbaarstelling van aanranding en tracht ik de inhoud daarvan zo scherp mogelijk te krijgen. Daarna probeer ik antwoord te geven op de vraag hoe in het wetsvoorstel met ongelijkheid en afhankelijkheid bij aanranding rekening wordt gehouden. Ik sluit af met een conclusie.

### **Van dwangmodel naar consentmodel**

In 2016 kondigde de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie een wijziging aan van de regeling van de zedenmisdrijven in het Wetboek van Strafrecht (Tweede Boek, Titel XIV).<sup>1</sup> Daarvoor werden diverse redenen aangewezen, zoals de toename van online seksueel grensoverschrijdend gedrag (denk aan sexting en sextortion; Ten Voorde 2016), de toegenomen aandacht voor de belangen van slachtoffers van zedendelicten en de wenselijkheid dergelijke delicten te vervolgen, alsmede een onderzoek, in opdracht van het WODC uitgevoerd door onderzoekers van de Rijksuniversiteit Groningen, waarin een groot aantal knelpunten van de huidige wettelijke regeling in kaart was gebracht en suggesties voor een oplossing werden gegeven (Lindenberg & Van Dijk 2016). De minister kon er niet omheen: de bestaande wettelijke regeling moest helemaal op de schop.

De brief is gedagtekend op 1 maart 2016. Dat is een bijzondere datum. Vanaf die datum is Nederland namelijk gebonden aan het in 2011 tot stand gekomen Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, ook bekend als het Verdrag van Istanbul (hierna: het Verdrag).<sup>2</sup> Onderdeel

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

2 Verdrag van 11 mei 2011, *Trb.* 2012, 233 en Rijkswet van 24 juni 2015, *Stb.* 2015, 409.

van dit verdrag is de verplichting tot het strafbaar stellen van seksueel geweld. Artikel 36 lid 1 van het Verdrag bepaalt dat partijen wetgevende of andere maatregelen nemen die nodig zijn om te waarborgen dat onder meer strafbaar wordt gesteld opzettelijk ‘het zonder wederzijds goedvinden plegen van andere seksuele handelingen met een persoon’.<sup>3</sup> Artikel 36 lid 2 legt uit dat voor wederzijds goedvinden sprake moet zijn van ‘vrijwilligheid’. Seksuele handelingen moeten, blijkend uit de omstandigheden, voortvloeien ‘uit de vrije wil van de betrokken persoon’.<sup>4</sup> Artikel 36 maakt duidelijk dat het Verdrag kiest voor een consentmodel, waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid voor seksuele handelingen niet mag afhangen van meer omstandigheden dan het ontbreken van toestemming door het slachtoffer (Kool & Jongenotter 2021; Leskinen 2020; Lindenberg 2019).

In verband met de te beantwoorden vraag wordt ook de aandacht gevestigd op artikel 46 van het Verdrag. Dat bepaalt dat bij verboden seksuele handelingen strafverzwarende omstandigheden in het spel kunnen zijn. Die kunnen deel uitmaken van het strafbare feit, of als strafverhogende omstandigheid in de wet worden opgenomen. Eén van die verzwarende omstandigheden is dat ‘het strafbare feit is gepleegd tegen een persoon die door bepaalde omstandigheden kwetsbaar is gemaakt’ (art. 46 onder c van het Verdrag). Kwetsbaarheid in een arbeidsrelatie wordt in de *Explanatory report* niet expliciet genoemd. Zij wordt ook niet zonder meer uitgesloten (Raad van Europa 2011, par. 89 en 238).

## Het wetsvoorstel seksuele misdrijven

### *Van dwang- naar consentmodel*

Het Verdrag maakt zichtbaar dat over seksueel geweld tegen vrouwen tegenwoordig heel anders wordt gedacht dan pakweg dertig jaar geleden. Bij de laatste grote herziening van de Nederlandse zedenwetgeving werd vastgehouden aan het dwangmodel. Een enkel nee volstond niet voor strafbaarheid. Tegelijkertijd werd destijds aangenomen dat

3 Andere dan verkrachting (art. 36 lid 1 onder a van het Verdrag).

4 Wederzijds goedvinden wordt in het tweede lid van art. 36 van het Verdrag niet gebruikt; daarin staat de term toestemming. De Engelse tekst spreekt van ‘non-consensual’ (eerste lid) en ‘consent’ (tweede lid), zodat mag worden aangenomen dat tussen ‘toestemming’ en ‘wederzijds goedvinden’ inhoudelijk niet zoveel verschil bestaat.

met deze wetgeving de wilsvrijheid van het slachtoffer zou worden beschermd.<sup>5</sup> Hier zien we dus een belangrijke ontwikkeling; uitgangspunt is thans dat de wilsvrijheid van het slachtoffer pas echt goed kan worden beschermd wanneer strafbaarheid van de dader niet afhankelijk wordt gesteld van zijn gedrag (geweld of bedreiging). In plaats daarvan staat toestemming centraal: ofwel strafbaarheid wordt aangenomen als van die (uitdrukkelijke) toestemming niet is gebleken ('ja is ja'), ofwel strafbaarheid wordt aangenomen als het slachtoffer zich (uitdrukkelijk) tegen seksuele handelingen heeft gekeerd ('nee is nee'). Het verschil wordt in de literatuur als fundamenteel voorgesteld (Hörnle 2018). In het eerste geval is namelijk geen extra handeling van het slachtoffer vereist. Als het slachtoffer zwijgt, mag niet van 'ja' worden uitgegaan en moet de dader zich van seksuele handelingen onthouden. Doet de dader dat niet, dan zou binnen een 'ja is ja'-model strafbaarheid mogen worden aangenomen. In het tweede geval is wel een extra handeling vereist, namelijk een uitdrukkelijk 'nee', in woord of daad tot uitdrukking gebracht. Strafbaarheid is dan afhankelijk van de kenbaarheid van het 'nee' bij de dader. Het Verdrag verplicht niet tot een keuze voor de ene of andere invulling van het consentmodel, maar laat blijkens de *Explanatory report* bij het Verdrag de invulling over aan de verdragsstaten (Raad van Europa 2011, par. 193). De wijziging in opvatting over seksueel geweld tegen vrouwen noodzaakt ook Nederland de wet te wijzigen en afscheid te nemen van het dwangmodel (zie ook het rapport van de groep van experts die op basis van het Verdrag werd opgericht: Grevio 2019, par. 224-225). Daar komt bij dat ook de Europese Commissie meent dat seksuele misdrijven van een consentmodel moeten uitgaan; zij heeft dat met zoveel woorden aangegeven in een voornemen voor een richtlijn (Ouwkerker 2022).

### *Seksuele handelingen*

Het wetsvoorstel seksuele misdrijven voorziet – naast de naamswijziging van Titel XIV 'Misdrijven tegen de zeden' in 'Seksuele misdrijven' – in een geheel nieuw vormgegeven regeling van seksuele misdrijven. Zo wordt onder meer voorzien in drie varianten van aanranding: een schuldvariant, een opzetvariant en een strafverzwarende variant.

5 *Kamerstukken II 1988/89, 20930, nr. 3, p. 1, 4.*

Bij elk van die varianten is het centrale begrip seksuele handelingen. In het nieuwe artikel 239 lid 1 worden onder seksuele handelingen mede verstaan: 'seksuele handelingen (...) met diegene, met zichzelf of met een derde, dan wel degene die een persoon seksuele handelingen laat ondergaan door een derde'. Anders dan de huidige zedentitel, de consultatieversie en de rest van het Wetboek van Strafrecht wordt in plaats van 'hij' de term degene gebruikt, waarmee de wet een '[gender]neutrale formulering van de normadressaat' krijgt.<sup>6</sup>

De toelichting noemt drie categorieën seksuele handelingen: seksuele (orale, vaginale of anale) penetratie van het lichaam met een geslachts- of ander lichaamsdeel of een voorwerp of met betrokkenheid van een dier, aanrakingen van 'seksuele lichaamsdelen als borsten, billen en geslachtsdelen' en aanrakingen van andere lichaamsdelen 'die in het licht van de context waarin zij plaatsvinden een seksuele strekking krijgen'.<sup>7</sup> Vooral bij de laatste categorie zal het afhangen van de concrete omstandigheden, mede in verband met de andere onderdelen van de delictsomschrijving, of kan worden gesproken van seksuele handelingen.

### *Toestemmingsvereiste centraal*

In de voorgestelde strafbaarstellingen van aanranding staat het toestemmingsvereiste centraal.<sup>8</sup> Het vervangt het dwangvereiste, dat de huidige wet beheerst (art. 242 en 246 Sr), maar in rechtspraak van de Hoge Raad al enigszins is gerelativeerd (Scheurs e.a. 2019). Het ontbreken van toestemming wordt omschreven als het ontbreken van de wil van het slachtoffer. De wetgever spreekt van: 'Een "nee" is een "nee"'.<sup>9</sup> De wil bij die persoon moet ontbreken op het moment dat de seksuele handelingen plaatsvinden. Voor een ontbrekende wil moet worden gekeken naar de opstelling van alle betrokkenen. Initiator en de ander dienen verbaal of 'door een duidelijke non-verbale responsieve opstelling blijkt te geven van de aanwezigheid van een positieve

6 *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 60.*

7 *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 70-71.*

8 Voor verkrachting geldt hetzelfde, zodat hier kan worden volstaan met een bespreking van aanranding.

9 *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 16.*

wilsuïting ter zake'.<sup>10</sup> Dit past bij het uitgangspunt dat nee nee is. Ik kom op dit punt hieronder nog terug.

Het enkele ontbreken van de wil is voor strafbaarheid niet voldoende; artikel 240 en 241 (nieuw) vereisen een bepaald niveau van wetenschap met betrekking tot die wil. In artikel 240 (nieuw) wordt die wetenschap als schuld omschreven, in artikel 241 (nieuw) valt het woord opzet.<sup>11</sup> Daarachter gaat complexe materieelrechtelijke dogmatiek schuil (De Hullu 2021, hoofdstuk V), die in de consultatie-memorie van toelichting wel werd onderkend, maar waarbij veel onduidelijk bleef.<sup>12</sup> Dat werd ook door de Afdeling advisering van de Raad van State opgemerkt, die adviseerde het onderscheid tussen schuld en opzet duidelijker te omschrijven en een betere rechtvaardiging te geven van de schuldvariant.<sup>13</sup>

## Opzet en schuld

### *Opzet en schuld bij aanranding*

In het wetsvoorstel dat op 11 oktober 2022 aan de Tweede Kamer is aangeboden, wordt beduidend meer gezegd over opzet en schuld. Hierna wordt getracht antwoord te geven op een aantal vragen: Hoe wordt in het wetsvoorstel het onderscheid tussen opzet en schuld omschreven? Is dat onderscheid duidelijk? Wat heeft als ondergrens van opzet en schuld te gelden, is de overgang van opzet en schuld duidelijk, en is er bij aanranding in een arbeidsrelatie sprake van opzet of schuld?

Artikel 240 en 241 (nieuw) stellen aanranding op drie manieren strafbaar: als schuldaanranding, als opzetaanranding en als gekwalificeerde opzetaanranding. Ik laat de derde variant hier verder rusten. Opzet en schuld zien in artikel 240 en 241 (nieuw) op het ontbreken van de wil van het slachtoffer. In artikel 240 (nieuw) zijn seksuele handelingen met een persoon strafbaar wanneer degene (de normadresaat) ernstige reden heeft om te vermoeden dat bij die persoon (de

10 *Kamerstukken II 2022/23*, 36222, nr. 3, p. 16, 77.

11 Het Verdrag kent in art. 36 alleen een opzetvariant; het staat Verdragsstaten echter vrij om een hoger beschermingsniveau te introduceren.

12 Consultatieversie memorie van toelichting bij wetsvoorstel seksuele misdrijven (2021), te vinden op [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl).

13 *Kamerstukken II 2022/23*, 36222, nr. 4, p. 2, 7-12.

ander, het slachtoffer) daartoe de wil ontbreekt. In artikel 241 lid 1 (nieuw) zijn seksuele handelingen met een persoon strafbaar wanneer degene weet dat bij die persoon de wil ontbreekt. Ik bespreek hierna eerst het opzet, daarna de schuld.

In de memorie van toelichting worden twee varianten van opzet onderkend: vol opzet, omschreven als het ‘daadwerkelijk’ weten ‘dat de wil tot seksueel contact bij de ander ontbreekt’, en voorwaardelijk opzet, omschreven als het bewust zijn ‘van de mogelijkheid van een ontbrekende wil bij de ander en die mogelijkheid eenvoudigweg voor lief (...) genomen’ hebben. De laatste variant wordt als een ‘wezenlijk onverschillige mentale houding’ omschreven en vormt de ondergrens van het (ook bij deze delicten) vereiste opzet.<sup>14</sup> Bij zowel vol opzet als voorwaardelijk opzet komt het erop aan vast te stellen dat de dader aan de wil van de ander ‘geen boodschap’ had, zij het in verschillende gradaties.

Schuld als bestanddeel wordt in de strafrechtelijke dogmatiek ook wel culpa genoemd. In de literatuur wordt schuld omschreven als ‘aanmerkelijke verwijtbare onvoorzichtigheid’ (De Hullu 2021, p. 250-251) of ‘verwijtbare onvoorzichtigheid’ (Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 151). In de memorie van toelichting wordt gesproken over ‘verwijtbare ernstige onachtzaamheid’. Dat wordt uitgelegd als het ‘helemaal verkeerd’ inschatten van ‘duidelijk waarneembare aanwijzingen voor een ontbrekende wil’ door ‘in plaats van af te zien van (het voortzetten van) seksueel contact met die ander of eerst op toereikende wijze te verifiëren of het seksuele contact (nog steeds) op vrijwillige basis plaatsvindt – er ten onrechte van uit te gaan dat de wil tot seksueel contact bij die ander aanwezig is’.<sup>15</sup> Schuld wordt in het wetsvoorstel met begrippen als ‘ernstig’ en ‘helemaal’ al met al tamelijk zwaar aangezet.

Het verschil tussen opzet en schuld is gelegen in de mentale gesteldheid.<sup>16</sup> Bij schuld gaat het om een verkeerde inschatting die niet had mogen worden gemaakt, bij opzet gaat het minimaal om het op de koop toe nemen van het ontbreken van de wil, terwijl de dader zich bewust was van de aanmerkelijke kans dat in de gegeven omstandigheden ten aanzien van seksuele handelingen de wil bij het slachtoffer ontbrak. Uit het onderscheid vloeit voort dat bij schuld ook inzicht

<sup>14</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 16, 17, 81.*

<sup>15</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 16, 19.*

<sup>16</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 20.*

nodig is in de norm die in het kader van seksueel contact tussen personen behoort te bestaan. Die norm is 'dat seks vrijwillig en gelijkwaardig' behoort te zijn.<sup>17</sup> Het is van daaruit dat in een concreet geval moet worden bepaald of de seksuele handelingen wel of niet strafbaar zijn.

*Het vaststellen van (voorwaardelijk) opzet*

In de memorie van toelichting wordt uiteengezet wanneer sprake kan zijn van opzet. Van vol opzet kan worden gesproken wanneer het slachtoffer 'met duidelijke verbale of non-verbale signalen te kennen geeft het seksuele contact niet op prijs te stellen en de initiator het contact toch doorzet'.<sup>18</sup> Deze signalen kunnen helpen bij het vaststellen van zowel vol opzet als voorwaardelijk opzet. Hoe sterker en minder voor twijfel vatbaar de signalen zijn, hoe eerder sprake zal zijn van vol opzet. Verbale signalen zijn zowel woorden ('ik wil dit niet', 'hou op') als uitingen zoals huilen of schreeuwen.<sup>19</sup>

In de memorie van toelichting wordt veel aandacht besteed aan het vaststellen van opzet wanneer verbale signalen ontbreken of kennelijk niet kunnen worden vastgesteld. Er worden vier situaties besproken wanneer kan worden aangenomen dat de dader weet dat de wil bij de ander ontbreekt. De eerste situatie betreft gevallen waarin sprake is van passiviteit. Passiviteit staat 'als regel' gelijk aan een verbale uiting als 'niet doen' of 'ik wil niet'. Wanneer de dader toch doorgaat, neemt hij de afwezigheid van een positieve wilsuiting bij het slachtoffer voor lief. Ik zou niet willen uitsluiten dat hier ook vol opzet kan worden aangenomen, zeker als kan worden vastgesteld dat de dader de bevestiging van het slachtoffer vrijwel onmiddellijk na aanvang van zijn handelen heeft waargenomen. De tweede situatie betreft gevallen waarin sprake is van 'onverhoeds handelen'. Het opzet kan worden aangenomen omdat de dader zich bewust is, althans dat het niet anders kan zijn dan dat hij zich bewust is, 'van de aantasting van de seksuele integriteit en wil' en de ander niet de ruimte heeft gegeven haar of zijn wil te uiten. De derde situatie betreft gevallen waarin door de dader dwang, geweld of bedreiging is aangewend.<sup>20</sup> Deze situatie wordt apart strafbaar gesteld in artikel 241 lid 2 (nieuw).

17 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 8, 19, 83.

18 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 77, 82.

19 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 80.

20 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 18, 82.

De vierde situatie is waarin seksuele handelingen plaatsvinden ‘in een ongelijkwaardige verhouding tussen betrokkenen’. Die kan hiërarchisch ongelijkwaardig zijn. Iemand in een hiërarchisch sterkere positie is ‘zich bewust (...) van de invloed van zijn of haar positie op het vermogen van de ander tot vrije wilsuiting, ook met betrekking tot het seksuele contact’. Wanneer dan toch seksuele handelingen worden verricht, ‘dan zal dit in de regel plaatsvinden in de laakbare wetenschap dat bij die ander de wilsbepaling onder (sterke) invloed staat van (de wil van) de initiator en kan aldus van een vrije wilsuiting geen sprake zijn’.<sup>21</sup> Hier kunnen nadere vaststellingen van het ontbreken van de wil nodig zijn, al geldt dus als uitgangspunt dat bij misbruik van machtsoverwicht sprake is van opzetaanranding. Deze situatie wekt de indruk dat voor opzet een uitdrukkelijk verbaal of non-verbaal ‘nee’ niet is vereist. Daar leek het consultatiewetsvoorstel nog wel van uit te gaan,<sup>22</sup> dat gevallen als deze dan ook schaarde onder de schuldvariant. Daarvan is met het wetsvoorstel afgestapt. Niet duidelijk is waarom dat is gedaan.

Het voorgaande levert een tamelijk normatieve benadering van opzet op; vanuit algemene regels moet worden beoordeeld of de omstandigheden waaronder of de context waarin de seksuele handelingen plaatsvonden, wijzen op opzet.<sup>23</sup> De vier situaties wijzen zelfs op vier algemene regels die een soort vooronderstelling van opzet opleveren. Het komt er dan op neer dat de verdachte argumenten voor het tegendeel dient aan te dragen. Doet hij dat niet, dan kan een bewezenverklaring van opzetaanranding tamelijk eenvoudig binnen handbereik liggen.

### *Het vaststellen van schuld*

Om nog van aanranding of verkrachting te kunnen spreken moet er minimaal sprake zijn van een ernstige reden om te vermoeden dat bij de andere persoon de wil tot het verrichten van seksuele handelingen ontbreekt. Dit is de strafrechtelijke ondergrens. Daaronder kunnen andere strafbare feiten wel in beeld komen, zoals seksuele intimidatie, maar dan spreekt de wet niet meer van aanranding of verkrachting.

21 *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 18.*

22 Consultatieversie memorie van toelichting bij wetsvoorstel seksuele misdrijven (2021), p. 42, 44.

23 *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 20, 81-82.*

Met schuldaanranding wordt onderstreept dat de sociale én juridische norm is dat 'seks vrijwillig en gelijkwaardig behoort te zijn'. Hierin schuilt een zorgplicht: 'een besef van en verantwoordelijkheid voor het eigen handelen en bewustzijn van het gedrag [en de daaruit sprekende wil; JtV] van de ander'. Bij schuldaanranding luidt het verwijt dat de dader 'onvoldoende alert' is geweest 'op de mogelijkheid van een ontbrekende wil bij de ander en op dit punt een verkeerde inschatting' heeft gemaakt.<sup>24</sup> De dader neemt de ontbrekende wil niet voor lief, maar begrijpt de signalen van het slachtoffer verkeerd, terwijl hij die helemaal niet verkeerd mocht begrijpen.

Voor het vaststellen van (bewuste) schuld kunnen uitlatingen van het slachtoffer ('ik weet niet of ik hieraan toe ben') en diens gedrag, zoals een 'onzekere, wisselende of weifelende opstelling', en feiten en omstandigheden relevant zijn.<sup>25</sup> Het moet telkens gaan om 'duidelijk waarneembare aanwijzingen voor een ontbrekende wil'.<sup>26</sup> Ook wanneer de dader zich niet bewust was van die aanwijzingen of signalen, maar zich daarvan wel bewust had moeten zijn, kan er sprake zijn van de vereiste 'grove schuld'.

Met betrekking tot feiten en omstandigheden wordt naar verschillende 'factoren' verwezen, zoals 'de plaats waar of het gezelschap waarin het seksuele contact plaatsvindt, de wijze waarop het contact plaatsvindt en de relatie tussen betrokkenen'. Andere factoren zijn 'een eventueel leeftijdsverschil en/of verschil in seksuele ervaring tussen betrokkenen of een getalsmatig overwicht'. Contra-indicaties voor vrijwilligheid moeten de dader ertoe brengen na te gaan of de ander het seksuele contact wil of wil voortzetten. Dat nalaten kan worden beschouwd als een verwijtbare verkeerde inschatting van de zijde van de dader.<sup>27</sup> Daarbij is weinig ruimte voor excuses: achteraf goedpraten van wat er is gebeurd, als zou er sprake zijn geweest van een 'kat-en-muisspel', kan niet volstaan als argument voor het wegnemen van de voor schuld vereiste verwijtbaarheid.<sup>28</sup> Ook bij schuld is een uitdrukkelijk nee van de zijde van het slachtoffer kennelijk niet vereist voor het aannemen van aansprakelijkheid.

24 *Kamerstukken II 2022/23*, 36222, nr. 3, p. 19.

25 *Kamerstukken II 2022/23*, 36222, nr. 3, p. 19, 79.

26 *Kamerstukken II 2022/23*, 36222, nr. 3, p. 79.

27 *Kamerstukken II 2022/23*, 36222, nr. 3, p. 19, 76, 79.

28 *Kamerstukken II 2022/23*, 36222, nr. 3, p. 80. Over schulduitsluitingsgronden wordt in de memorie van toelichting niets gezegd; het is de bedoeling dat een beroep daarop weinig kans van slagen zal hebben.

Hier blijkt dat de grens tussen opzet en schuld dun is. Wanneer is het nalaten om te vragen of het slachtoffer seks wil een verkeerde inschatting, en wanneer is sprake van het op de koop toe nemen van het ontbreken van de wil? In concrete zaken komt het daarbij uiteindelijk aan op de 'precieze vaststellingen' van de rechter op basis van het voorhanden bewijsmateriaal. Daarbij lijken de gedragingen van het slachtoffer relevant. Hoe nadrukkelijker het slachtoffer aangeeft niet te willen, of hoe langer zij of hij gedragingen volhoudt die onmiskenbaar op nee wijzen, hoe eerder kan worden gesproken van opzet.<sup>29</sup> Zo bezien lijkt de responsieve opstelling niet primair van belang te zijn voor aansprakelijkheid (het ontbreken van enige responsiviteit staat immers aan aansprakelijkheid niet in de weg), maar voor het beantwoorden van de vraag of sprake was van opzet of schuld.

#### *Aanranding in een arbeidsrelatie: schuld én opzet*

Bij het vaststellen van opzet of schuld kan relevant zijn dat de betrokkenen in een bepaalde verhouding tot elkaar staan, bijvoorbeeld in een arbeidsrelatie (werknemer-leidinggevende). Die verhouding levert voor de leidinggevende een bijzondere zorgplicht op. In de memorie van toelichting valt onder meer te lezen dat een zeer ongelijkwaardige 'functionele afhankelijkheidsrelatie' bij de 'bovengeschikte persoon' de verantwoordelijkheid meebrengt om 'zich bij voorgenomen seksueel contact met een ondergeschikte persoon ervan rekenschap te geven dat de keuzevrijheid van de ondergeschikte persoon kan zijn beperkt door de afhankelijkheidspositie waarin deze verkeert'.<sup>30</sup> In de memorie van toelichting wordt deze zorgplicht afgeleid uit het uitgangspunt van de nieuwe wet, namelijk de norm dat seks vrijwillig en gelijkwaardig behoort te zijn. Wanneer sprake is van ongelijkwaardigheid, is 'een ontbrekende vrije wil bij de ondergeschikte tegenover de bovengeschikte in beginsel gegeven', aldus de memorie van toelichting. Dat houdt ermee verband dat de 'vrijheid van handelen' van de ondergeschikte tegenover de bovengeschikte 'wezenlijk is beperkt door het gezag of het psychisch overwicht dat de laatste aan diens functie ontleent'. Van die beperking zal de bovengeschikte 'in de regel hebben geweten'. In deze gevallen zal opzetaanranding kunnen wor-

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 80.

<sup>30</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 83.

den aangenomen.<sup>31</sup> Hierin gaat het voorstel verder dan de consultatieversie, die deze thematiek nog tamelijk vaag hield, terwijl de Afdeling advisering van de Raad van State betwijfelde of er in alle gevallen wel sprake is van strafbaar handelen.<sup>32</sup>

Het lijkt erop dat deze opvatting vooral betrekking heeft op situaties waarop het nieuwe artikel 244 ziet. Daarin staat dat de wil tot seksuele handelingen ontbreekt bij een persoon die bijvoorbeeld in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke overmacht verkeert. Tegelijkertijd valt niet uit te sluiten dat opzetaanranding ook kan worden aangenomen in het geval van seksuele handelingen bij andere dan de expliciet in artikel 244 (nieuw) bedoelde personen. De toelichting verwijst bijvoorbeeld naar 'functionele afhankelijkheidsrelaties in bijvoorbeeld de arbeids-, cultuur- en sportsector'. Tegelijkertijd geldt voor deze situaties dat opzet niet op basis van een enkele zorgplicht kan worden aangenomen. Een en ander hangt af van de omstandigheden van het geval.<sup>33</sup> Daarin zou ook in deze gevallen het verschil tussen opzet en schuld moeten zijn gelegen, zij het dat in de memorie van toelichting geen vergelijking wordt gemaakt tussen opzet en schuld in situaties als de onderhavige. De wetgever wil vooral hebben aangegeven dat opzet niet valt uit te sluiten, maar waar dan de grens tussen opzet en schuld in deze situaties is gelegen, kan ik niet goed uitleggen.

De houding van het slachtoffer helpt hier niet bij het vinden van een antwoord. In de memorie van toelichting staat onder andere dat een dergelijke relatie er sneller toe zal leiden dat de ondergeschikte persoon zich niet vrij zal voelen zijn of haar wil te uiten. Dat zal verergeren wanneer ook 'psychische druk of andersoortige beïnvloeding' wordt uitgeoefend. Het verschil tussen opzet en schuld lijkt hier vooral te zijn gelegen in de wijze waarop en de mate waarin misbruik wordt gemaakt van de bovengeschikte positie, terwijl niet valt uit te sluiten dat de mate van ongelijkwaardigheid kan meespelen bij het vaststellen van opzet. Hoe ongelijkwaardiger de positie en hoe explicieter de dader wijst op de nadelige consequenties van het afwijzen van seksueel contact, hoe sneller opzet in beeld komt. Ik concludeer dat in

31 *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 83.*

32 *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 4, p. 14.*

33 *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 83.*

#MeToo-situaties veroordeling voor opzetaanranding via artikel 244 (nieuw) zeker niet valt uit te sluiten.<sup>34</sup>

### **Slotopmerkingen**

Het wetsvoorstel seksuele misdrijven is geen reactie op, maar moet wel worden begrepen in de ontwikkeling die met #MeToo zo duidelijk zichtbaar werd. De reactie hierop is zichtbaar met betrekking tot verkrachting en aanranding, waar het dwangmodel plaatsmaakt voor een consentmodel. Dat model neemt 'nee is nee' als uitgangspunt, hetgeen betekent dat er actieve en passieve handelingen van het slachtoffer moeten zijn die voor de dader duidelijk moeten maken dat het slachtoffer niet instemt met seksuele handelingen. Het model wordt niet helemaal gevolgd. Opzet en schuld kunnen ook worden aangenomen wanneer gedragingen in een bepaalde context plaatsvinden, terwijl in die context de signalen voor vrijwillige seks op rood staan. De verschillen tussen opzet en schuld zijn niet erg groot, wat het voor de rechtspraak niet eenvoudig zal maken om te bepalen wanneer opzet of schuld kan worden bewezen verklaard. Vooral in misbruik van machtsverschillen is deze grens vaag geworden, omdat voor het vaststellen van zowel opzet als schuld de aard en het belang van de in het geding zijnde normen redengevend zijn. Daarmee is niet zonder meer gezegd dat het voor de rechtspraak duidelijk is geworden onder welke vlag (opzet- of schuldaanranding) bepaalde feiten moeten worden aangepakt, laat staan dat duidelijk is geworden waar in dergelijke gevallen de ondergrens van strafwaardig gedrag is gelegen. Of misschien moet worden gezegd dat die ondergrens juist heel duidelijk is geworden, en dat #MeToo-situaties tamelijk eenvoudig onder het bereik van het strafrecht kunnen worden gebracht. Of dat ook daadwerkelijk zal gebeuren, zal de tijd moeten leren.

34 *Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 88.*

## Literatuur

### De Bruijn & Timmerman 2020

J. de Bruijn & G. Timmerman, 'Ongewenste omgangsvormen in werkrelaties', *Tijdschrift voor Genderstudies* 2020, p. 223-231.

### Goldman 2015

L.M. Goldman, 'Trending now: The use of social media websites in public shaming punishments', *American Criminal Law Review* 2015, p. 415-451.

### Grevio 2019

Grevio, *Baseline evaluation report. Netherlands*, Straatsburg: Grevio 2019.

### Hörnle 2018

T. Hörnle, '#MeToo – Implications for criminal law?', *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2018, p. 115-135.

### Hörnle 2021

T. Hörnle, 'Evaluating #MeToo: The Perspective of Criminal Law Theory', *German Law Journal* 2021, p. 833-846.

### De Hullu 2021

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

### Kool & Jongenotter 2021

R.S.B. Kool & A.C. Jongenotter, 'Verkrachting: what's in a name?', *Nederlands Juristenblad* 2021, p. 90-97.

### Leskinen 2020

M. Leskinen, 'The Istanbul Convention on sexual offences. A duty to reform the wording of national law or a way we think?', in: J. Niemi, L. Peroni & V. Stoyanova (red.), *International law and violence against women. Europe and the Istanbul Convention*, Londen: Routledge 2020, p. 133-156.

### Lindenberg 2019

K. Lindenberg, 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een "Nein heißt Nein"?', in: E. Gritter (red.), *Modern strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1-33.

### Lindenberg & Van Dijk 2016

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.

### Lindenberg & Wolswijk 2021

K. Lindenberg & H.D. Wolswijk, *Ons strafrecht. Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

**Van Noorloos 2021**

M. van Noorloos, 'Smaad, laster en publiekelijke beschuldigingen van seksueel wangedrag in het kader van #MeToo', in: T. Kooijmans e.a. (red.), *Op zoek naar evenwicht. Liber amicorum Marc Groenhuijsen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 563-574.

**Ouwerkerk 2022**

J.W. Ouwerkerk, 'What's the EU got to do with it?', *Delikt en Delinkwent* 2022, p. 567-577.

**Raad van Europa 2011**

Raad van Europa, *Explanatory report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence* (Council of Europe Treaty Series, No. 210), Istanbul 2011.

**Scheurs e.a. 2019**

L.E.M. Scheurs, J. van der Ham & L.E.M. Hamers, 'Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium', *Delikt en Delinkwent* 2019, p. 756-781.

**Ten Voorde 2016**

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. 191-256.