

Preadvies computercriminaliteit

Een reactie op het rapport "Informatietechniek & Strafrecht"
van de Commissie Computercriminaliteit,
opgesteld ten behoeve van de najaarsvergadering van de NVIR.

NVIR-studiegroep computercriminaliteit

oktober 1987

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	1
1.1	Doel.....	1
1.2	Samenstelling.....	1
1.3	Werkwijze.....	1
1.4	Opbouw.....	2
2	Beschouwingen.....	4
2.1	Probleemveld.....	4
2.2	Norm.....	4
2.3	Opportuniteit.....	5
2.4	Goedsbegrip.....	7
2.4.1	Goedsbegrip en Auteurswet 1912.....	9
2.4.2	Goedsbegrip en samenloop.....	10
2.4.3	Slotopmerkingen goedsbegrip.....	12
3	Materieel strafrecht.....	14
3.1	Onbevoegd laten verrichten van diensten.....	14
3.2	Computervredebreuk en door misdrijf verkregen gegevens.....	15
3.3	Beveiliging.....	16
3.4	Materieelrechtelijke varia.....	16
4	Formeel Strafrecht.....	18
4.1	Vergaren en opnemen.....	18
4.2	Formeelrechtelijke varia.....	19
5	Conclusies en aanbevelingen.....	21
5.1	Beschouwingen.....	21
5.1.1	Probleemveld.....	21
5.1.2	Norm.....	21
5.1.3	Opportuniteit.....	21
5.1.4	Goedsbegrip.....	21
5.2	Materieel strafrecht.....	22
5.2.1	Onbevoegd laten verrichten van diensten.....	22
5.2.2	Computervredebreuk en door misdrijf verkregen gegevens.....	23
5.2.3	Beveiliging.....	23
5.2.4	Materieelrechtelijke varia.....	23
5.3	Formeel Strafrecht.....	24
5.3.1	Vergaren en opnemen.....	24
5.3.2	Formeelrechtelijke varia.....	24
	Appendix.....	25

1 Inleiding

1.1 Doel

In april 1987 heeft de in november 1985 door de Minister van Justitie ingestelde Commissie Computercriminaliteit haar rapport "Informatietechniek & Strafrecht" (Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, 1987) aangeboden. Het bestuur van de NVIR wil vanuit de vereniging een reactie doen uitgaan op dit rapport. Ter voorbereiding daarvan is in mei 1987 een studiegroep computercriminaliteit geformeerd, met het verzoek een preadvies op te stellen.

1.2 Samenstelling

De samenstelling van de studiegroep kende een open deelnemingsprocedure. Naar de leden is een kennisgeving annex aanmeldingsformulier gezonden. Daarenboven is datzelfde formulier als bijlage gevoegd bij de documentatiemap van de op 14 april 1987 gehouden Euroforum studiedag "Computercriminaliteit: het rapport van de commissie Franken". Om te bereiken dat de zeker in dit kader nuttig geachte invalshoek vanuit de informaticapraktijk niet zou ontbreken, is de kennisgeving/aanmelding bovendien verzonden naar de computerbrancheverenigingen Vifka en Cosso, de computer-gebruikersvereniging Comge en naar de ondernemersvereniging VNO.

De studiegroep bestond uit de volgende leden, die, uit de aard van de vereniging, op persoonlijke titel deelnamen:

Mr. J.M. Arbouw	IBM Nederland N.V.
C.J. van Bavel	Student Katholieke Universiteit Brabant
Drs. J.J. Borking	Direkteur Cosso
Mr. P. van Dijken (waarnemer)	Officier van Justitie te Rotterdam
Mr. M.E. Hoekstra	Bedrijfsjurist PTT Telecommunicatie
Dr. O.W.M. Kamstra	Universiteit van Amsterdam
Mr. H.W.K. Kaspersen (waarnemer)	ZWO-medewerker Vrije Universiteit Amsterdam
Mr. H.D.W. Klein Breteler	Marketing Manager Unisys Nederland N.V. voorheen Officier van Justitie te Den Haag
Mr. P. Kleve (rapporteur)	Erasmus Universiteit Rotterdam
Mr. G.J.A.M. Kroeks	Direkteur Vifka
Mr. R.V. De Mulder (voorzitter)	Erasmus Universiteit Rotterdam
Mr. H.B. Sakkers	Bedrijfsjurist Philips International B.V.
Mr. P.C. van Schelven	Bedrijfsjurist Automation Centre Volmac B.V.
Mr. J. Silvis	Rijksuniversiteit Utrecht
Mevrouw mr. W.L.A. Somermeijer	Erasmus Universiteit Rotterdam
L. Verkoren	Student Rijksuniversiteit Leiden
Mr. F.P.E. Wiemans	Katholieke Universiteit Brabant
Dr. ir. H.J. Woltring	Biomechanics consultant en Philips Medical Systems

1.3 Werkwijze

Het rapport van de Commissie is een indrukwekkend werkstuk geworden. In een toch betrekkelijk korte tijd is de Commissie in staat geweest een enquête te verzorgen, een beveiligingsonderzoek te incorporeren en een overzicht van buitenlandse wetgeving op dit

onderwerp te presenteren. Ook de voorstellen zelf kunnen worden beschouwd als een, weliswaar tot het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering beperkt, afgerond geheel. Los van deze lof over de inspanning en het resultaat van de Commissie, heeft de studiegroep een aantal, soms fundamentele punten van kritiek gesignaleerd. De studiegroep heeft haar taakstelling niet aldus opgevat dat naast het rapport van de Commissie een rapport van de NVIR zou moeten verschijnen. De studiegroep heeft zich nadrukkelijk willen beperken tot het weergeven van die kritische kanttekeningen. Daarmee komt ook het karakter van het rapport van de Commissie meer tot uitdrukking, dat naar de mening van de studiegroep gezien moet worden als een werkstuk dat vanuit een bepaalde optiek de problematiek in kaart brengt, met concrete wetsvoorstellen, en derhalve als een gedegen uitgangspunt voor discussie.

De studiegroep heeft na een inventarisatie van de te behandelen aandachtspunten vier subgroepen geformeerd, waar de onderwerpen in kleiner verband zijn uitgewerkt. De aandachtspunten zijn onderverdeeld naar de subgroepen Voorvragen, Materieel Strafrecht, Formeel Strafrecht en Aanverwante Onderwerpen. De onderwerpen en de uitwerkingen van de subgroepen zijn in vijf plenaire bijeenkomsten besproken. Ten behoeve van de concipiëring van het eindverslag is een redactiecommissie samengesteld, bestaande uit de heren Kamstra, Kleve, De Mulder, Silvis en Wiemans, waarna op de zesde - tevens laatste - plenaire vergadering het concept is doorgenomen. De studiegroep heeft kunnen constateren dat er een veelheid aan argumenten valt in te brengen, die op haar beurt tot een diversiteit in gezichtspunten aanleiding geeft. Eveneens is daarbij bemerkt dat dit soms meer vragen oproept dan dat er beantwoord worden. Ook vanuit dit oogpunt past waardering voor het rapport van de Commissie. Voor de studiegroep heeft dit bij de afronding betekend dat van een *eindverslag* eigenlijk niet gesproken kan worden, gezien de onderwerpen die *niet* aan de orde zijn gekomen.

1.4 Opbouw

De benadering door de studiegroep van het rapport van de Commissie heeft zich afgespeeld op drie niveaus.

Allereerst is gekeken naar de *taakomschrijving* van de Commissie, waarbij de studiegroep zich heeft afgevraagd waarom regulering van de onderkende belangen zich tot het strafrecht zou moeten beperken. Enerzijds betreft dit de ondersteuning van de opvatting dat ten aanzien van de inschakeling van het strafrecht enige terughoudendheid wenselijk is, anderzijds doet de voortschrijdende ontwikkeling van de 'informatiemaatschappij' haar invloed gelden in talloze facetten van de samenleving, waarbij niet uitsluitend het strafrecht een rol speelt. Naar de mening van de studiegroep zou de beantwoording van deze vraag juist een onderdeel hebben moeten uitmaken van het onderzoek van de Commissie.

Gegeven die keuze voor een strafrechtelijke aanpak, heeft de studiegroep zich op het tweede niveau gebogen over de aan de wetsvoorstellen van de Commissie ten grondslag liggende *uitgangspunten*. In de studiegroep heeft dit zich met name geconcentreerd rond de opvatting van de Commissie dat gegevens niet als goederen worden beschouwd, de relatie tot andere wetten zoals de Auteurswet 1912, de dan opkomende problemen ingeval van samenloop en de mogelijke invulling van het strafrechtelijke begrip 'wederrechtelijk' door andere wetten. Door de keuze van de Commissie om gegevens niet onder een 'goederenregime' te brengen, is de Commissie aan sommige van deze vraagpunten te weinig toegekomen. Gekeerd hebben wij ons tegen de wel gesignaleerde mening, dat het van ondergeschikt belang is of computergegevens nu wel of niet als 'enig goed' zijn te beschouwen in de zin van het strafrecht. Zo is het in het licht van de hierboven aangegeven opportuniteitsvraag reeds van belang, dat niet, alleen met het oog op praktische oplossingen, maar een knoop wordt doorgehakt zodat de weg naar snelle wetgeving tenminste vrijgemaakt wordt. Om deze discussie dan af te doen als een wetstechnische, miskent de consequenties van een dergelijke keuze, ook ten opzichte van

samenhangende rechtsgebieden. Tenslotte, maar dit voor fijnproevers, is de studiegroep van mening dat het praktische van een oplossing niet gelegen is in de snelheid waarmee deze tot stand komt en evenmin dat dogmatische overwegingen vanzelfsprekend leiden tot onpraktische oplossingen.

Bij het derde niveau van discussie wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de keuze van de Commissie wat betreft de onderwerpen van de eerste twee niveaus gevolgd kan worden. Dan is aan de orde de beoordeling van de concrete *wetsvoorstellen* ten aanzien van het materiële en formele strafrecht.

De aandachtspunten van de subgroepen Voorvragen en Aanverwante Onderwerpen, die overeenkomen met de eerste twee niveaus, zijn ondergebracht in de paragraaf Beschouwingen, ingedeeld in *probleemveld*, *norm*, *opportuniteit* en *goedsbegrip*. De concrete wetsvoorstellen worden besproken in de paragrafen Materieel strafrecht en Formeel strafrecht. Het preadvies besluit met een samenvatting van conclusies en aanbevelingen. In de appendix zijn de discussiepunten ten behoeve van de NVIR-vergadering opgenomen.

2 Beschouwingen

2.1 Probleemveld

Zonder nu uitvoerig het probleemveld te willen schetsen waarop de opdracht van de Commissie zich heeft gericht, wil de studiegroep, voorafgaand aan de bespreking van het rapport van de Commissie, wel enige elementen aangeven die binnen dit probleemveld een rol spelen. De technologische ontwikkeling van de samenleving creëert een groeiende afhankelijkheid van computersystemen voor procesbesturingen en informatieverwerking. De invloed van computergebruik is onder meer hierin gelegen, dat waar deze processen voorheen mechanisch respectievelijk handmatig werden verricht, zij thans meer geautomatiseerd, vaak redelijk autonoom en centraal bestuurd plaatsvinden. Computersystemen hebben ertoe geleid dat bestaande processen meer geautomatiseerd plaatsvinden, op een nieuwe manier kunnen plaatsvinden, dan wel dat nieuwe processen kunnen ontstaan. De vragen waar de samenleving mee wordt geconfronteerd zijn enerzijds: Hoe wordt bereikt dat deze systemen optimaal kunnen worden aangewend en de ontwikkeling daarvan niet onnodig geremd behoeft te worden, en anderzijds: Wat is de invloed van deze systemen op economisch, sociaal en juridisch gebied. Ten aanzien van dit laatste terrein kunnen de volgende vragen gesteld worden:

1. Is de bestaande regelgeving wel voldoende toegesneden op bekende processen die thans meer geautomatiseerd verlopen?
2. Is de bestaande regelgeving wel voldoende toegesneden om ook te zien op nieuwe processen die door de technologische ontwikkelingen mogelijk zijn geworden?
3. In hoeverre draagt de bestaande regelgeving bij aan een regulering van de gevolgen van deze processen?

De derde vraag valt onder meer uiteen in het reguleren van civielrechtelijke werkelijkheden, zoals in het geval van elektronisch handelsverkeer, in strafrechtelijke werkelijkheden, het beteugelen van ongewenste gedragingen, ook als die met behulp van geautomatiseerde systemen plaatsvinden, en het stimuleren dan wel mogelijk blijven maken dat innovatieve ontwikkelingen kunnen doorgaan. Ten aanzien van wetgeving betekenen deze vragen een evaluatie van bestaande bepalingen naast mogelijke introductie van nieuwe bepalingen.

Wanneer het rapport van de Commissie tegen deze brede achtergrond geplaatst wordt, constateert de studiegroep dat de taakopdracht aan de Commissie alsmede de taakopvatting van de Commissie slechts ziet op beteugeling van ongewenste gedragingen met behulp van geautomatiseerde systemen, waarbij vooraf een keuze voor de weg van het strafrecht is gedaan. De opportuniteit van deze keuze komt later aan de orde. De studiegroep heeft met het bovenstaande alleen het ad hoc-achtige karakter van de opdracht willen aangeven.

2.2 Norm

Een tweede aspect, waaraan de beperkte taakopdracht en de gevolgde 'catalogusbenadering' (wat ontbreekt in de strafrechtelijke wetboeken?) van de Commissie mede debet aan zijn, is dat de wetsvoorstellen zich sterk concentreren rond het fenomeen 'computer', in de terminologie van de Commissie: geautomatiseerd werk voor opslag of verwerking van gegevens of voor telecommunicatie. Vanzelfsprekend onderkent de studiegroep de centrale plaats die computers innemen in bijvoorbeeld procesbesturing, maar zij vraagt zich af, of dat op zichzelf voldoende

aanleiding is voor strafbepalingen specifiek gericht op deze schakel in het proces. Als voorbeeld moge gelden de voorstellen #1 en #3 van de Commissie, waarin - samengevat - de vernieling van computers waardoor gemeen gevaar voor personen of goederen dreigt, respectievelijk de vernieling van computers die dienen ten algemene nutte, strafbaar worden gesteld. Zou ditzelfde nu niet gelden voor de vernieling van bijvoorbeeld een Naftakraker of voor talloze andere systemen? Artikel 161 bis Sr waaraan de formulering van voorstel #1 is ontleend, stelt de vernieling van een elektriciteitswerk strafbaar, in relatie tot gemeen gevaar voor personen of goederen. De van dit werk een onderdeel uitmakende computer valt volledig onder de werking van dit artikel. In artikel 351 Sr wordt de vernieling van onder meer elektriciteitswerken die dienen ten algemene nutte strafbaar gesteld, waaraan de formulering van voorstel #3 is gekoppeld. Ook hier geldt, dat de daarbij gebruikte computersystemen daaronder zijn begrepen. Met deze voorbeelden wil de studiegroep aantonen dat er toch een onderscheid bestaat tussen een in zekere mate afgerond en op zichzelf staand elektriciteitswerk en een computersysteem dat slechts tot ondersteuning dient van de procesvoering binnen bijvoorbeeld dat elektriciteitswerk. De formulering van de belangen rond het fenomeen 'computer' brengt een uitbreiding van de te beschermen norm met zich mee die zich op een ander, gedetailleerder niveau begeeft. De wetsvoorstellen #1 en #3 strekken zich nu ook uit specifiek tot computers in andere werken, bijvoorbeeld die ten dienste van algemene nutte. Waarom dan niet de strafbaarstelling van die verstoring uitgebreid tot het *geheel* waaruit dit werk bestaat? Het gaat er hier toch om dat dat *algemene nut* niet in gevaar komt, of dit nu door de computer komt of door iets anders. De noodzaak om voor computers een bijzondere plaats in te ruimen in de categorie van vernieling van goederen is niet aangetoond.

2.3 Opportuniteit

Sedert lange tijd houden juristen en andere geïnteresseerden zich bezig met de vraag of inzake de bescherming van belangen het opportuun is nieuwe wetten te vormen dan wel oude anders te interpreteren. In die gevallen waarin het eerste opportuun bevonden wordt, rijst de vraag of de rechtsbelangen het best beschermd kunnen worden langs administratief-, civiel- of strafrechtelijke weg. De logische voorwaarde voor een rationeel debat over deze vraag en daarmee voor een rationele beslissing is dat beslissingen worden beredeneerd en onderbouwd met argumenten en dat keuzes expliciet worden gemaakt, zodat deze voorwerp van kritiek kunnen zijn. Welnu, in de loop van de tijd zijn tijdens discussies aangaande de opportuniteit van wetgeving en wetsaanpassing adagia en beginselen gevormd welke in brede rechtsgeleerde kring onderschreven worden. In deze paragraaf wordt dan ook aan deze adagia en beginselen gerefereerd bij het reageren op de taak welke door de Minister van Justitie aan de Commissie werd voorgelegd. Uit de formulering van die taak is de toespitsing van de aandacht van de Commissie op een strafrechtelijke reactie, welke tot uiting komt in de titel van het rapport Informatietechniek & Strafrecht, niet onbegrijpelijk. Met het formuleren van deze taak en de uitwerking daarvan door de Commissie is echter niet het laatste woord over de opportuniteit van wetswijziging inzake computercriminaliteit gezegd. Zo kan bijvoorbeeld opgemerkt worden dat er een zekere spanning lijkt te bestaan tussen het adagium 'het strafrecht zij ultimum remedium' en de taak welke in het Instellingsbesluit wordt gespecificeerd. Ook andere adagia en beginselen welke in de juridische literatuur worden genoemd ter zake van de opportuniteit van strafwetgeving en -aanpassing lijken op gespannen voet te staan met de taak welke door de minister werd geformuleerd. In het recent verschenen proefschrift van De Roos (Strafbaarstelling van economische delicten, Gouda Quint Arnhem, 1986) wordt een hoofdstuk gewijd aan 'Het crimineelpolitiek toetsingsschema voor de primaire criminalisering'. Dit toetsingsschema bevat de aloude criteria op grond waarvan concrete gevallen van strafbaarstelling kunnen worden geanalyseerd en beoordeeld. Deze criteria zijn neergelegd in een zestal beginselen:

- beginsel van aannemelijkheid en motivering van de schade;

- tolerantiebeginsel;
- subsidiariteitsbeginsel;
- proportionaliteitsbeginsel;
- legaliteitsbeginsel;
- beginsel van praktische hanteerbaarheid en effectiviteit.

Ad beginsel van aannemelijkheid en motivering van de schade.

'De staat is competent wanneer er gedragingen (dus niet intenties, neigingen en dergelijke) kunnen worden aangewezen die schade aan derden toebrengen. (...) Wat het empirisch aspect aangaat impliceert de eis van rationaliteit, dat het schadeoordeel zoveel als mogelijk is wordt onderbouwd met resultaten van (wetenschappelijk) onderzoek' (De Roos p. 54). 'Een zorgvuldige, rationele (straf)wetgever zal de bij hem op tafel gelegde informatie inzake controversiële onderwerpen voorzichtig moeten hanteren. Het kaf dient van het koren gescheiden: suggestief gepresenteerde gegevens moeten worden "doorgeprikt". Lacunes moeten worden gepresenteerd en eventueel met nader onderzoek worden gevuld' (De Roos p. 55). De minister presenteert geen empirische gegevens waaruit de aannemelijkheid van schade blijkt. De Commissie meldt hieromtrent: 'Het lijkt redelijk te stellen dat het verschijnsel van computermisbruik en -criminaliteit bestaat, dat het niet mogelijk is een enigszins betrouwbaar idee te geven van de ernst en de omvang ervan, maar dat het aantal bekende gevallen een toename te zien geeft' (p. 25). Voorts verwijst de Commissie naar antwoorden op een door de Commissie opgestelde vragenlijst welke werd uitgezet in een steekproef die de Commissie niet representatief acht voor de populatie van mensen die met automatisering van doen hebben (Bijlage C: p. 3). Uit deze enquête kunnen geen overtuigende argumenten worden ontleend, daar de aan de respondenten voorgelegde vragen als 'leading questions' moeten worden gekwalificeerd waar het gaat om de vraag of een strafrechtelijke benadering geboden is; zo komt het woord 'civielrecht' slechts eenmaal - in de inleiding - voor en wordt in de vragen veelvuldig de aandacht op het strafrecht en terloops ook op het tuchtrecht gevestigd. Concluderend dient ten aanzien van dit beginsel opgemerkt te worden dat niet gesteund kan worden op empirisch onderzoek en dat een lacune in kennis wordt vastgesteld.

Ad tolerantiebeginsel.

'De tolerantiegedachte is gebaseerd op de opvatting dat ieder de vrijheid toekomt om zich naar eigen inzicht en eigen mogelijkheden te ontplooiën. (...) Wanneer de uitkomst van toetsing van bepaalde gedragingen aan het schadecriterium zo is, dat schadelijkheid wordt aangenomen, blijft het mogelijk dat op grond van de tolerantiegedachte punitieve interventies van staatswege achterwege moeten worden gelaten' (De Roos p. 58). Dit beginsel betreft onder andere het zogenoemde 'hacking'. Meer in het algemeen betreft dit het beginsel van 'free flow of information'. Daar er geen kennis voorhanden is omtrent de schadelijkheid van bepaalde gedragingen door middel en ten opzichte van computers, lijkt strafbaarstelling daarvan prematuur, of, zoals Kuitenbrouwer het in Trema '87-3 uitdrukte: 'Vanuit het grondrecht (i.c. informatievrijheid) geredeneerd behoort dit te leiden tot afzien van wetgeving (...).

Ad subsidiariteitsbeginsel.

'Dit crimineelpolitiek beginsel houdt in, dat de wetgever zich dient te onthouden van strafbaarstelling, wanneer de regel waarvan de handhaving moet worden gegarandeerd met andere middelen kan worden gehandhaafd' (De Roos p. 60). De Roos citeert Corstens die criteria voor bruikbaarheid van het civielrecht formuleert, te weten: 'Bekendheid met de rechtsschending en de schade; voldoende individualiseerbaarheid van de schade; voldoende omvang. (...) Als door het onrecht direct schade is toegebracht aan een aanwijsbare particuliere (rechts)persoon, zal in beginsel civielrechtelijke handhaving de voorkeur verdienen' (De Roos p. 63). Voorts wordt Corstens geciteerd omtrent de mogelijkheid van de collectieve privaatrechtelijke actie: 'Een praktisch voordeel is de grotere slagvaardigheid. De belangenorganisaties (ideële of materiële) zijn niet gebonden aan het strafrechtelijk

legaliteitsbeginsel en aan de procedurele beperkingen van het Wetboek van Strafvordering, zoals het OM dat is. (...) Belangenorganisaties zijn zeer goed ingevoerd in de litigieuze materie doch beschikken niet over onderzoeksbevoegdheden en dwangmiddelen' (De Roos p. 64). In de argumentatie van de minister wordt niet uit de doeken gedaan waarom eventuele aanpassingen van het civiele recht niet primair de aandacht verdienen in een studie naar mogelijke lacunes in de wetgeving. Dit kan gezien recente jurisprudentie opmerkelijk genoemd worden, daar tot heden (nog) geen cassatie in het belang der wet is aangetekend tegen het arrest van 27 oktober 1983 van het Arnhemse hof (Hof Arnhem 27 oktober 1983, NJ 1984, 80; Computerrecht 1984/1; zie ook onder 'goedsbegrip'). Concluderend dient omtrent de taak welke de minister aan de Commissie heeft voorgelegd opgemerkt te worden dat de strafrechtelijke preoccupatie daarvan niet strookt met dogmatische argumenten pro een civielrechtelijke benadering.

Ad proportionaliteits- en legaliteitsbeginsel.

De taak welke de minister aan de Commissie heeft voorgelegd, impliceert deze beginselen. De vraag of de Commissie zich hieraan conformeert zal hieronder besproken worden in de paragrafen waarin de concrete voorstellen op het terrein van het materieel en formeel strafrecht aan de orde komen.

Ad beginsel van praktische hanteerbaarheid en effectiviteit.

De taak van de Commissie impliceert wat betreft 'computer literacy' het op peil brengen van het opsporingsapparaat en de magistratuur. In een tijd van overbelasting van het justitieel apparaat en het streven naar deregulering vormt dit een heikel punt.

In het licht van bovengenoemde adagia en beginselen lijkt de door de Minister van Justitie aan de Commissie voorgelegde taak om voorstellen te doen tot aanpassing van het strafrecht, vooral gezien het ontbreken van feitelijke gegevens en het voorhanden zijn van civielrechtelijke alternatieven, prematuur. Maar de schijn kan bedriegen. Het doen opstellen van voorstellen zou immers in theorie nog niets over het doen invoeren daarvan behoeven te zeggen. Wellicht heeft de minister de Commissie het (strafrechtelijke) vaatje laten vullen waaruit later getapt kan worden als langs andere weg geen adequate juridische reactie gegeven blijkt te kunnen worden op computercriminaliteit. In dit verband zij opgemerkt dat een deelverzameling van de voorstellen van de Commissie bruikbaar lijkt als implementatie van de 'minimum OESO-rules' inzake computercriminaliteit en heeft het werk van de Commissie, wat het ook heeft gekost, naast academische wellicht ook praktische waarde. In het licht van de OESO-rules gaat de Commissie erg ver, door naast dodelijke delicten ook culpoze delicten op te nemen.

2.4 Goedsbegrip

Alvorens in te gaan op concrete voorstellen heeft de studiegroep op een algemeen niveau willen nagaan welke keuze gedaan kan worden. Een aantal voorstellen van de Commissie vloeit voort uit haar stellingname dat gegevens geen goederen zijn. Daargelaten of dat actueel juist is, is het zeker niet onmogelijk te kiezen voor een systeem waarin gegevens, op bepaalde wijze gedefinieerd, als goederen worden behandeld. Wetssystematisch kan dat door een eenvoudige bepaling in de betekenistitel van het Wetboek van Strafrecht, bijvoorbeeld: In het Wetboek van Strafrecht wordt onder 'enig goed' mede begrepen 'enig gegeven' van persoonlijke waarde of vermogenswaarde. Ook kan gegevensbescherming daarbij worden beperkt tot de informatietechniek. Het resultaat van een dergelijke keuze is zeker zo doorzichtig als de verzameling bepalingen die de Commissie voorstelt teneinde eenzelfde gegevensbescherming te verkrijgen. Bezien vanuit een beperkte optiek als die van de ondernemingspraktijk verdient een eenvoudig, doorzichtig systeem de voorkeur boven ingewikkelde constructies. Maar zal een keuze voor een goederenregime wellicht onbedoelde crimineelpolitieke effecten sorteren? Er is alle reden nader op deze kwestie in te gaan.

De principiële vraag of een 'gegeven' valt onder het begrip 'enig goed' is in de rechtspraak aan de orde geweest. Het Hof Arnhem heeft in het arrest van 27 oktober 1983 bepaald dat 'computergegevens' als 'enig goed' kunnen worden gezien. Door die beslissing is een programmeur die computergegevens, waaronder de directory-listing en/of een of meer files (bestanden) en/of een of meer programma's, van zijn werkgever had overgenomen op eigen computerschijven veroordeeld wegens verduistering van gegevens (321 Sr). De motivering van het Hof kent een zekere analogie met het elektriciteitsarrest (HR 23 mei 1921, NJ 1921, blz. 564). In dat arrest is vastgesteld dat elektriciteit een goed is, omdat aan elektriciteit een zeker zelfstandig bestaan niet kan worden ontzegd, de energie kan worden getransporteerd en geaccumuleerd, en de energie economische waarde heeft door winkosten en de mogelijkheid van profijtelijk gebruik. Het Hof Arnhem heeft gesteld dat computergegevens als goed zijn aan te merken, op grond van de motivering dat zij het karakter dragen van overdraagbaarheid, reproduceerbaarheid en beschikbaarheid, terwijl zij bovendien economisch waardeerbaar zijn. In een overeenkomstige zaak is het Hof van Beroep te Antwerpen op 13 december 1984 (Computerrecht 1986/1) tot dezelfde conclusie gekomen. Opmerkelijk verschil is dat in Antwerpen *diefstal* bewezen werd geacht; het feit dat de eigenaar ogenschijnlijk niets ontnomen was stond aan het bewijs van de wegnemingshandeling door toe-eigening niet in de weg.

De Commissie keert zich tegen de 'oplossing' van het Hof Arnhem. Het begrip 'goed' zou te zeer worden opgerekt, waardoor ook zaken daaronder zouden vallen die te zeer verschillen van materiële zaken en die uit dien hoofde volgens de Commissie dan ook op een andere wijze tegemoet moeten worden getreden. Die kritiek is gebaseerd op de *vooronderstelling* dat gegevens geen goederen zijn en kan derhalve kwalijk redengevend zijn voor de expositie van gegevens buiten het goedsbegrip. De Commissie geeft voorts een aantal verschillen aan tussen goederen en gegevens. Die verschillen komen op het volgende neer. Goederen zijn het produkt van fysieke arbeid, terwijl gegevens de vrucht zijn van geestelijke arbeid. Goederen zijn uniek, gegevens staan meervoudig ter beschikking. Bij kopiëring wordt niets aan de eigenaar ontnomen, hij verliest slechts de exclusieve beschikking. Verder wordt aangevoerd, dat voor geestesprodukten andere vormen van bescherming van toepassing zijn dan de vormen waarmee materiële zaken worden beschermd. In deze argumentatie zijn intern-juridische onderscheidingen, zijns-oordelen, keuzes en definities op een merkwaardige wijze vermengd. Waar het om gaat, is dat de Commissie een onderscheid *wil* tussen 'goederen' en 'gegevens'. Uit oogpunt van legaliteit is daar wel wat voor te zeggen. Op z'n minst kan gezegd worden dat de wetgever historisch niet duidelijk voor een goedsbegrip heeft geopteerd dat gegevens omvat, al suggereert 'enig goed' een extensieve opvatting. Tegen die achtergrond is er reden aan de huidige wetgever een oordeel te laten over deze kwestie. Overigens is er dogmatisch gesproken niets tegen een tamelijk ongedifferentieerd strafrechtelijk regime, naast bijzondere regelingen met allerlei beperkingen en nuanceringen. Dergelijke samenloopfiguren komen in het recht wel meer voor. Het feit dat de Auteurswet 1912 een juridische bescherming aan programmatuur kan bieden, laat onverlet de mogelijkheid programma's als 'gegevens' in het commune strafrecht te beschermen. Dit behoeft zelfs niet noodzakelijk in een specialis-generalis verhouding, omdat een ander rechtsbelang in het geding kan zijn. In het rapport wordt een zekere betekenis toegekend aan het auteursrecht en octrooirecht. Met name bij de beantwoording van de vraag in welke zin gegevens, daaronder begrepen programmatuur, zich tot het goedsbegrip van artikel 310 en 321 Sr verhouden, laat de Commissie het bestaan van de intellectuele eigendoms wetten een rol spelen. Gesteld wordt dat gegevens *in de eerste plaats* (p. 39, 2e regel) geestesprodukten zijn en zich onderscheiden van materiële zaken. Daarvan uitgaande kiest de Commissie er voor om op geestesprodukten andere juridische beschermingsvormen dan die neergelegd in het Wetboek van Strafrecht van toepassing te laten zijn, zoals de genuanceerde Auteurswet 1912, de Rijksoctrooiwet e.d. Op beide punten - de verhouding tot de Auteurswet 1912 en de samenloopfiguur - wordt onderstaand nader ingegaan.

2.4.1 Goedsbegrip en Auteurswet 1912

Naar het standpunt van de studiegroep is het minder juist om bij de concretisering van het strafrechtelijk goedsbegrip betekenis toe te kennen aan het feit dat ook andersoortige wetgeving, zoals de Auteurswet 1912, bepaalde facetten van (computer)gegevens reguleert. De in het Wetboek van Strafrecht omschreven vermogensdelicten kunnen een zelfstandige betekenis hebben, los van de optiek van de Auteurswet 1912. Daarbij dient bovendien te worden bedacht, dat de Auteurswet 1912 geen gegevens als zodanig beschermt. De woorden *in de eerste plaats* doen vermoeden, dat ook de Commissie zich er terdege van bewust is geweest, dat het verschijnsel 'gegevens' vanuit verschillende perspectieven benaderd kan worden. Het had daarom in de rede gelegen, dat de Commissie ook andersoortige beoordelingen in haar rapport had betrokken. Een benadering van het goedsbegrip in de strafwetgeving vanuit een andere optiek is bijvoorbeeld vanuit de aspecten 'vermogenswaarde' en 'technische beheersbaarheid'. Een object dat aan deze beide criteria voldoet, zou in strafrechtelijk verband als 'goed' kunnen worden aangemerkt. Het begrip 'goed' wordt dan gebruikt ter onderscheiding van het begrip 'dienst'. Goederen hebben, in tegenstelling tot diensten, ook waarde zonder nader menselijk ingrijpen. In de literatuur wel genoemde 'tegenvoorbeelden' als diefstal van arbeidstijd vallen dus buiten dit kader. De meeste computergegevens, waaronder programmatuur, kunnen, gemeten naar deze criteria, een goed zijn. Verschillen met materiële zaken - zo deze voor het strafrechtelijk goedsbegrip al relevant zouden zijn, quod non - zijn in het licht van deze criteria niet aanwezig.

Ook in feitelijke zin is de stelling van de Commissie, dat gegevens als geestesprodukten dienen te worden beschouwd, niet onproblematisch. Vast staat wel, dat vele gegevens de vrucht zijn van, al dan niet met bloed, zweet en tranen gepaard gaande, geestelijke arbeid van een bepaalde 'creator'. De relatie tot een aanwijsbaar, geestelijk brein is veelal aanwezig. Een brief bijvoorbeeld gaat terug op zijn schrijver. In tal van gevallen is echter een dergelijke band niet of nauwelijks voorhanden of aanwijsbaar. Wij hebben hier het oog op objecten waarvan in auteursrechtkringen wel wordt betwijfeld of deze voor bescherming van de Auteurswet 1912 in aanmerking komen. Bijvoorbeeld software die op vrijwel volledig geautomatiseerde wijze is ontworpen en geschreven. In toenemende mate wordt bij het ontwerpen en produceren van applicatiesoftware gebruik gemaakt van geautomatiseerde hulpmiddelen. Met de komst van de vierde generatie software hebben ook de codegeneratoren, die bijvoorbeeld rechtstreeks in COBOL applicaties schrijven, hun intrede gedaan. De noodzaak van vernuftig geesteswerk van de programmeur wordt met het voorhanden zijn van dergelijke middelen steeds minder. Het is dan ook maar de vraag of het genoemde uitgangspunt van de Commissie over de gehele linie staande kan worden gehouden. Het komt de studiegroep voor, dat niet voorbij kan worden gegaan aan de auteursrechtelijke problemen op het vlak van de geautomatiseerde gegevens- c.q. softwareproductie. In dat geval is het niet uitgesloten dat de beoordeling van de vraag of gegevens, software daaronder begrepen, een strafrechtelijk goed vormen in een ander daglicht komt te staan. Het volgende, niet aan de automatisering ontleende voorbeeld kan geplaatst worden tegenover het uitgangspunt van de Commissie dat gegevens geestesprodukten zijn. Is een door een hygrometer op papier vastgelegde grafiek van de luchtvochtigheid gedurende een bepaalde periode nog wel te beschouwen als geestesprodukt, nu van menselijke tussenkomst bij het vastleggen geen sprake is? De studiegroep is dan ook van mening dat een dergelijke grafiek, hoe waardevol wellicht ook, auteursrechtelijke bescherming moet ontberen.

Het rapport geeft voorts een in beginsel onjuiste stelling over de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming van gegevens, zoals adressenbestanden. De Commissie doet het voorkomen dat dergelijke bestanden buiten de boot van de Auteurswet 1912 vallen, en ook dat 'enig ander recht' het gebruik daarvan niet kan inperken (p. 65, nr. 109). Welk ander recht daarbij door de Commissie is overwogen, wordt in het rapport niet aangegeven. De opvatting dat bestanden, zoals adressenbestanden, geen bescherming van de Auteurswet 1912

ondervinden, is in tegenspraak met zowel hier te lande geuite opvattingen (Hugenholtz; Spoor), als met rechtsontwikkelingen in het buitenland. Wat dit laatste betreft: de USA-Copyright-Office aanvaardt databases ter registratie en in Japan werden per 1 januari 1987 geautomatiseerde gegevensverzamelingen expliciet in de auteurswet opgenomen. De stelligheid van de Commissie op dit punt is misplaatst. Ook ten aanzien van gegevensverzamelingen kan telkenmale in concreto aan de relevante auteursrechtelijke uitgangspunten worden getoetst, met name die van originaliteit. Een uitsluiting *a priori* is niet goed verenigbaar met die uitgangspunten.

Een belangrijk voordeel van het plaatsen van 'gegevens' onder een 'goederenregime' is dat ook in gevallen, waarin door kopiëren andere belangen dan die met betrekking tot de intellectuele eigendom worden aangetast, strafrechtelijk mag worden opgetreden. Vanzelfsprekend mits ook de andere bestanddelen van de betreffende delictomschrijving aanwezig geacht worden. Een voorbeeld is te vinden in een situatie waarin een bedrijf tegen aanzienlijke kosten exclusieve gebruiksrechten op een zeker gegevenspakket, bijvoorbeeld programmatuur, heeft verworven, terwijl het in het belang van de auteursrechthebbende is dat zijn werk in brede kring wordt verspreid. Of dat een bedrijf tegen aanzienlijke kosten middels automatische apparatuur metingen heeft verricht waarvan de resultaten door een oneerlijke concurrent worden gekopieerd. Aanvechtbaar is de stelling van de Commissie, dat wegnemen met zich mee lijkt te brengen, dat de rechthebbende niet meer over het goed beschikt. In de gangbare opvattingen over 'wegnemen' gaat het erom, dat de dader zich zodanige heerschappij over het goed heeft verschafte, dat hij ongestoord daarover kan beschikken. Waarom zou de oorspronkelijke bezitter *alles* kwijt moeten zijn? Dat is toch ook niet het geval in het elektriciteitsarrest en in de Hohner-casus (HR 21 februari 1938, NJ 1938, 929).

2.4.2 Goedsbegrip en samenloop

Een andere overweging in het betoog van de Commissie tegen het goederenregime op gegevens hangt samen met het leerstuk van de (eendaadse) samenloop met strafbepalingen in andere wetten, zoals die van de Auteurswet 1912. Het vervolg van dit deel van de overwegingen van de studiegroep zal zich bezighouden met sommige bezwaren tegen zo'n samenloop. Ook bezwaren die de Commissie niet noemt, maar die door anderen geopperd zijn naar aanleiding van het arrest van het Hof te Arnhem en van de uitspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen.

Eendaadse samenloop tussen strafbepalingen, bijvoorbeeld van speciale wetten en het Wetboek van Strafrecht is niets nieuws (artikel 55 Sr). Praktisch is de keuze van de strafbepaling voor de straftoemeting niet geweldig belangrijk omdat de rechter doorgaans geen van de toegelaten strafmaxima benadert. Maar in de regeling van de eendaadse samenloop komt ook tot uitdrukking dat een algemeen regime de mogelijkheid van verfijnende wetgeving onverlet laat. De Commissie wijst niet op concrete problemen van samenloop die zouden kunnen ontstaan. Vandenberghe heeft op twee problemen gewezen, die naar zijn mening op de onhoudbaarheid van de toepassing van het Wetboek van Strafrecht naast met name de Auteurswet 1912 wijzen:

1. De in tijd beperkte duur van de bescherming door de Auteurswet 1912;
2. Het hoger strafmaximum van het Wetboek van Strafrecht.

Ook afgezien van het eerder opgemerkte, betrekkelijke praktische belang van de strafmaxima in Nederland kan het onder 2 genoemde bezwaar niet overtuigen. Met aan de casuïstiek ontleende voorbeelden is het nooit moeilijk de absurditeit van strafmaxima aan te tonen. Het onder 1 genoemde probleem is geen probleem doch, integendeel, een voordeel van het goederenregime in het geval dat met het strafrechtelijk optreden andere dan auteursrechtelijke belangen zijn gediend. Indien *alleen* auteursrechtelijke belangen spelen, kan goed worden verdedigd dat de

wederrechtelijkheid moet worden geïnterpreteerd in het licht van de Auteurswet 1912, waardoor ook de werkingsduur van het optreden op grond van het Wetboek van Strafrecht overeenkomstig zou zijn beperkt.

Ook de overige bestanddelen uit de delictsomschrijvingen van diefstal en verduistering plegen in nauw verband met het goedsbegrip te worden begrepen. Zo zou men kunnen stellen dat een goed naar zijn aard voor toe-eigening of wegneming vatbaar moet zijn. Bij de overige bestanddelen gaat het met name om: 'aan een ander toebehoort' (310 en 321 Sr), 'wegnemen' (alleen 310 Sr) en 'wederrechtelijk toe-eigenen' (310 en 321 Sr). Het is spijtig - maar gezien de verwerping van computergegevens als 'goed', overigens wel begrijpelijk - dat het rapport van de Commissie de kernbegrippen 'toebehoren', 'wegnemen' en 'toe-eigenen' nauwelijks behandelt.

Tot welk resultaat kan de interpretatie van de term 'wederrechtelijk' in strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht nu bijvoorbeeld leiden bij het overnemen (kopiëren) van computer-software op eigen gegevensdragers? Bekend geacht mag worden dat het merendeel van de computerprogramma's, als creatieve uitingen van de menselijke geest, in aanmerking komen voor bescherming door het auteursrecht. Aldus opgevat levert software een 'werk van letterkunde, wetenschap of kunst' op. Dit sluit niet uit dat diezelfde software, beschouwd vanuit bijvoorbeeld de optiek van vermogenswaarde en technische beheersbaarheid, als een strafrechtelijk goed is aan te merken. De essentiële vraag hier is: Wat is de betekenis van een wel als quasi-eigendom aangeduid recht als het auteursrecht in relatie tot de wederrechtelijkheid uit 310 en 321 Sr?

In de eerste plaats gaan wij er van uit, dat degene die krachtens een hem toekomend subjectief recht, bijvoorbeeld een auteursrecht of een verveelvoudigingsrecht dat krachtens en binnen de grenzen van een auteursrechtlicentie wordt uitgeoefend, software op eigen schijven overneemt, veelal niet wederrechtelijk zal handelen.

In de tweede plaats merken wij op dat minder duidelijkheid ten aanzien van de wederrechtelijkheid bestaat wanneer iemand auteursrechtelijk beschermde software kopieert, zonder dat hij daartoe op grond van een eigen (subjectief) auteursrecht of een door de auteursrechthebbende verleende licentie de bevoegdheid bezit. Er zijn hier twee gevallen te onderscheiden:

1. Het is zeer wel denkbaar dat de betrokkene met het kopiëren het verveelvoudigingsrecht van de auteursrechthebbende schendt en dat hem een inbreuk op een auteursrecht valt te verwijten. Het lijkt nauwelijks bestrijdbaar dat in dat geval de term 'wederrechtelijk' uit de commune strafrechtsbepalingen - opgevat als handelen zonder eigen recht - is vervuld. De auteursrechtelijke inbreuk zal hier reeds voldoende determinerend zijn voor de wederrechtelijkheid in strafrechtelijke context.
2. Een ander geval betreft de situatie waarin iemand software kopieert zonder autorisatie van de auteursrechthebbende, doch waarbij de Auteurswet 1912 die licentie verleent (bijvoorbeeld onder huidig recht in het kader van de regeling voor 'eigen oefening, studie of gebruik' ex artikel 16b Aw). Handelt men dan krachtens een eigen subjectief recht, nu de auteursrechthebbende niet met succes kan ageren? Dat kan men betwijfelen, daar de Auteurswet 1912 uitgaat van 'beperkingen op het auteursrecht' (zie de aanhef van paragraaf 6 Auteurswet 1912) en vrijwel alle beperkingen aanvangen met de woorden 'Als inbreuk op het auteursrecht wordt niet beschouwd'. Toch spreekt men in de auteursrecht-literatuur wel eens van 'bevoegdheden' van anderen dan de auteursrechthebbende (d.i. het publiek). Zie Van Lingem, 'Auteursrecht in hoofdlijnen', 2e druk, p. 97. In deze situatie levert kopiëren, althans op auteursrechtelijke overwegingen, nog geen wederrechtelijkheid op in de zin van de artikelen 310 en 321 Sr.

2.4.3 Slotopmerkingen goedsbegrip

In het volgende schema worden naast de argumenten contra van de Commissie enkele overwegingen pro een ruim goedsbegrip geplaatst.

Pro	Contra
<ul style="list-style-type: none">• gegevens in de zin van weergave van feiten verschijnen steeds in fysieke representaties	<ul style="list-style-type: none">• gegevens zijn een geestesprodukt
<ul style="list-style-type: none">• elke weergave van feiten is even uniek als ieder ding, nagebootst of niet	<ul style="list-style-type: none">• gegevens hebben een meervoudige bestaanswijze
<ul style="list-style-type: none">• de economische waarde van gegevens houdt verband met schaarste; kopiëring tast de economische (of persoonlijke) waarde aan	<ul style="list-style-type: none">• gegevens kunnen worden gekopieerd zonder dat de rechthebbende iets mist
<ul style="list-style-type: none">• toe-eigenen is functioneel equivalent van wegnemen; zie de uitspraak van het Hof van Beroep Antwerpen, 13 december 1984, waarin aldus de wegnemingshandeling bewezen werd geacht	
<ul style="list-style-type: none">• gegevens met economische of persoonlijke waarde kunnen iemand toebehoren	<ul style="list-style-type: none">• gegevens behoren niemand toe in de zin van toebehoren in de vermogensdelicten
<ul style="list-style-type: none">• een ongedifferentieerd strafrechtelijk (commuun) regime laat de mogelijkheid van bijzondere regelingen onverlet	<ul style="list-style-type: none">• voor immateriële goederen bestaan regelingen (Auteurswet 1912, Rijksoctrooiwet, Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen en Modellen e.a.)
<ul style="list-style-type: none">• de argumentatie van de HR 23 mei 1921, NJ 1921, blz. 564 (elektriciteitsdiefstal) is niet strijdig met de historische wil van de wetgever en is analogisch toepasselijk op computergegevens (zie Hof Arnhem, 27 oktober 1983, NJ 1984, 80).	<ul style="list-style-type: none">• de wetgever heeft historisch onder het begrip 'goed' slechts materiële objecten willen vatten

Bestudering van de overwegingen in het schema wekt wellicht het vermoeden dat de keuze die de Commissie voor een beperkt goedsbegrip heeft gemaakt moeilijk moet zijn geweest. Maar in het rapport worden, op de uitspraak van het Hof Arnhem na, slechts de overwegingen uit de rechterkolom vermeld.

De vraag kan geopperd worden of de opvatting, dat gegevens onder het goedsbegrip vallen niet reeds verworpen moet worden, omdat daarmee een ernstige beperking van het beginsel van 'free flow of information' wordt geaccepteerd. Dat is echter niet vanzelfsprekend het geval. Weliswaar zou 'diefstal van gegevens' in beginsel mogelijk zijn, maar bij de beslissing of het wegnemen van gegevens in een concreet geval diefstal oplevert, moet ook worden bewezen dat

zulks met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening geschiedde. In de uitleg van dit bestanddeel, of bij de beoordeling van de aanwezigheid van rechtvaardigingsgronden, kan dan respectering van het grondrecht van informatievrijheid worden verwerkt.

Weer een ander punt is in dit verband de kwestie van internationale harmonisering. Wanneer in andere landen een onderscheid tussen goederen en gegevens wordt gemaakt, is het dan niet vanzelfsprekend, of althans wenselijk, dat dit ook ten onzent geschiedt? Het is zonder meer mogelijk op het gebied van informatietechniek en strafrecht een volkomen origineel Nederlands systeem op te zetten. Maar grote afwijkingen van partnerlanden in de Europese Gemeenschap en van handelspartners in het algemeen zouden wel eens tot compatibiliteitsproblemen kunnen leiden in strafzaken met internationale aspecten. Vragen aangaande de dubbele strafbaarheid bijvoorbeeld zouden in theorie moeilijk beantwoordbaar kunnen blijken. Aangezien een perfecte fijnafstemming systematisch onmogelijk is, dringt de internationale dimensie meer in de richting van eisen van transparantie en vertaalbaarheid dan van na-aperij. In dat licht bezien is een strafrechtelijk regime waarin geen onderscheid gemaakt wordt tussen goederen en gegevens - daargelaten hoe deze kwestie actueel ligt - wenselijk want uitermate helder.

De Commissie heeft de onwenselijkheid van het incorporeren van het gegevensbegrip in het goedsbegrip niet sterk gemotiveerd. De crimineelpolitieke consequentie van de keuze van de Commissie is vooral van belang met betrekking tot diefstal (310 Sr) en verduistering (321 Sr). Volgens de voorstellen zal het onbevoegd overnemen van gegevens die aan een ander toebehoren niet strafbaar worden, tenzij er bijzondere wetgeving van toepassing is. De terughoudendheid op dit punt zou gedragen kunnen zijn door argumenten die uit het rapport echter niet zijn op te maken.

3 Materieel strafrecht

Een belangrijk deel van de kritiek op het werk van de Commissie met betrekking tot het materiële recht is reeds verwoord in het kader van de beschouwing over het begrip 'enig goed'. Daarnaast zijn materieelrechtelijke kwesties van verschillende aard te bespreken. Sommige liggen in de sfeer van de criminele politiek, andere in de sfeer van de juridische dogmatiek. Voorts zijn er opmerkingen te plaatsen ten aanzien van woordkeus, die in het strafrecht tenslotte van meer dan stilistische betekenis is.

3.1 Onbevoegd laten verrichten van diensten

Misbruik en onbevoegd gebruik van diensten of het onbevoegd laten verrichten van diensten betreft een problematiek die reikt tot ver buiten de informatietechniek. Mede hierom heeft de Commissie zich ten deze terughoudend opgesteld. De vraag rijst of die terughoudendheid gewettigd is nu de problematiek van misbruik en onbevoegd gebruik van diensten juist in de sfeer van informatietechniek uitermate omvangrijk is. Het gaat hier zeker niet alleen om tamelijk onschuldige *furtum usus* ('joycomputing') van de computer van de werkgever. De informatietechniek heeft het ontstaan van een markt van 'services' bevorderd (denk aan de online netwerk services). De economische betekenis van 'services' overvleugelt in bepaalde segmenten die van goederen. In het commune strafrecht is misbruik of onbevoegd gebruik van diensten niet als zodanig strafbaar gesteld. Wel zijn er bepalingen die in een bepaalde casuspositie wellicht toepasselijk kunnen zijn. Daarnaast zijn in bijzondere wetgeving bepaalde vormen van misbruik van diensten of onbevoegd gebruik van diensten strafbaar gesteld. De Commissie merkt terzake op dat strafrechtelijk optreden tegen onbevoegd gebruik van diensten in het commune strafrecht wellicht mogelijk is via de oplettingsbepaling en dat wanneer dat nu nog niet het geval zou zijn, de oplettingsbepaling redactioneel aangepast zou kunnen worden met 'het verrichten van enige dienst'. De betreffende suggestie wordt in het overzicht van concrete voorstellen overigens niet teruggevonden. Daarnaast suggereert de Commissie voor misbruik van telecommunicatiefaciliteiten in de openbare sfeer in de Telegraaf en Telefoonwet een strafbepaling op te nemen. Dit is een van de weinige suggesties van de Commissie die de bijzondere wetgeving betreft. Momenteel geschiedt misbruik van diensten in de telecommunicatie in vele varianten:

- Bellen met andermans telefoon zonder toestemming;
- Technische manipulatie van autotelefoons waarmee dan 'gratis' gebeld kan worden;
- Belhuizen: het ter beschikking stellen van de privé-telefoon aan derden om tegen gereduceerd tarief naar het buitenland te bellen, waarna er geen geld voor de PTT blijkt te zijn wanneer er een enorme rekening komt (of eventueel is de aansluiting op een naam van een niet bestaand persoon verkregen);
- Het met behulp van een computer en een akoestisch modem omspelen van de kostenteller van de PTT (of desnoods met een cassettebandje met de geschikte signalen). Ook op andere gebieden is er een grote variëteit van verschijningsvormen van misbruik of onbevoegd gebruik van diensten.

Ten aanzien van misbruik van diensten en het wederrechtelijk laten verrichten van diensten is een weloverwogen standpuntbepaling van de wetgever gewenst. Dat dient naar ons inzicht te gebeuren in het licht van een inventariserend onderzoek naar vormen van onbevoegd laten verrichten van diensten. Dit hoeft niet beperkt te zijn tot informatietechniek al is er naar ons

inzicht wel een verband tussen ontwikkelingen in de informatietechniek en het aan de oppervlakte komen van een problematiek van misbruik en onbevoegd gebruik van diensten.

3.2 Computervredebreuk en door misdrijf verkregen gegevens

In voorstel #15 is de computervredebreuk aan de orde. In voorstel #16 gaat het om met winst oogmerk gebruik maken van door misdrijf verkregen gegevens. Blijkens de commentaren van de Commissie is het de bedoeling dat via 'hacken' verkregen gegevens in de zin van voorstel #16 dienen te worden beschouwd als door misdrijf verkregen. De Commissie meent dus dat voor voorstel #16 naast misdrijven als afluisteren en onderscheppen van gegevens (artikelen 139 a t/m e, 98 t/m 98c, 441, 374 bis, 272, 273 Sr en de daarop gerichte wijzigingsvoorstellen #6 t/m #14) ook het misdrijf van voorstel #15 van toepassing zal zijn. Deze verbinding tussen het met winst oogmerk gebruik maken van door misdrijf verkregen gegevens en het binnendringen in beveiligde systemen is juridisch-technisch kwestieus. Wanneer iemand een videorecorder op de kop heeft getikt en het vermoeden ontstaat dat er van heling gesproken kan worden dan kan de Officier van Justitie niet aankomen met het verhaal dat de videorecorder uit misdrijf afkomstig is *want* door huisvredebreuk verkregen. Dat zou absurd zijn. Door huisvredebreuk verschaft men zich geen goederen. Die verkrijgt men eventueel door wegnemen, hetgeen onder omstandigheden dan diefstal kan opleveren. Zo is het met betrekking tot computergegevens vermoedelijk niet anders.

In de jurisprudentie zijn over de wijze van verkrijging wel uitspraken gedaan, die *analogisch* op huisvredebreuk dan wel computervredebreuk van toepassing kunnen zijn. Ontkend is de stelling door de Rechtbank Rotterdam 23 oktober 1951, en het Hof Den Haag 12 november 1952, NJ 1953, 447: Smokkelen is geen wijze van verkrijging. Eveneens Rechtbank Utrecht 10 februari 1942, NJ 1942, 192: Schending distributiewetgeving levert geen voorwerpen door misdrijf verkregen op in de zin van 416 Sr. Verdedigd is niettemin de opvatting in Rechtbank Arnhem 6 april 1948, NJ 1948, 636, Rechtbank Haarlem 21 februari 1946, NJ 1947, 187 en Rechtbank Rotterdam 15 april 1941, NJ 1943, 152.

In voorstel #15 gaat het in de systematiek van de Commissie om de bescherming van de integriteit van het middel (geautomatiseerd werk etc.). Daar worden niet de gegevens zelf beschermd. In voorstel #16 is wel de gegevensbescherming aan de orde. Dit verschil in functies van de voorstellen kan niet worden genegeerd. De verhouding is anders dan in de casus van het Witte Platen arrest (HR 2 maart 1982, NJ 82, 446), waar immers het voorwerp zelf door misdrijf werd verkregen (door produktie) en daarna door een derde geheel (31 Aw jo 416 Sr). Het is evenwel niet ondenkbaar dat een rechter, gelezen de bedoeling die aan de voorstellen #15 en #16 ten grondslag ligt, de verbindingsconstructie zal sauveren. Maar naar ons oordeel gaat het niet aan om in de fase van voorstellen tot wetgeving reeds te speculeren op welwillende rechterlijke interpretaties. De hier besproken moeilijkheid zou zich niet voordoen wanneer het wederrechtelijk verkrijgen van gegevens bij gelegenheid van wederrechtelijk binnendringen als zodanig strafbaar zou zijn, zoals bijvoorbeeld in de USA (18 U.S.C. 1030), maar daar heeft de Commissie welbewust niet voor gekozen. Praktisch zijn voor voorstel #16 ook nog problemen te voorzien in verband met de moeilijke bewijsbaarheid van de wijze waarop gegevens zijn verkregen. Daargelaten of de redactie van voorstel #16 aan de helingsbepaling dan wel de verspreidingsbepaling is ontleend, dient dit voorstel voorts te worden gezien in het licht van de aanbevelingen van de Rechercheadviescommissie met betrekking tot de Helingsbestrijding (kritiek op winst oogmerkvereiste in de helingsbepalingen).

De verhouding tussen voorstel #15 (binnendringen in geautomatiseerde werken) en voorstel #16 (met winst oogmerk gebruik maken van gegevens door misdrijf verkregen) is problematisch. Voorstel #16 kan in de huidige redactie niet worden gehandhaafd. Behalve de bezwaarlijke koppeling tussen #15 en #16 geldt ook als bezwaar tegen voorstel #16 de

moeilijke bewijsbaarheid van de wijze van verkrijging van gegevens. Tenslotte kan het winsttoogmerkvereiste als te beperkt worden aangemerkt, aangezien dit niet hoeft te omvatten gebruik door bijvoorbeeld actiegroepen.

3.3 Beveiliging

De keuze van het opnemen van de bepaling in voorstel #15 dat slechts het binnendringen in een daartegen 'beveiligd' werk strafbaar is, is om meerdere redenen onwenselijk. Principieel, omdat daardoor de suggestie wordt gewekt dat onbeveiligde systemen of matig beveiligde systemen maar mogen worden binnengewandeld. In zekere zin is elk gekraakt systeem de facto niet behoorlijk beveiligd tegen kraken (logisch). Praktisch is er een andere mogelijkheid. De bedoeling dat het beveiligen van systemen wordt bevorderd en dat justitie een zekere selectie aanbrengt in het vervolgingsbeleid kan immers in het formuleren van vervolgingsrichtlijnen tot uitdrukking worden gebracht. Zo kan ook worden voorkomen dat de beveiligingssystematiek van het slachtoffer een noodzakelijk onderwerp van debat zal vormen voor het bewijs van het strafbaar feit. De huidige redactie eist behalve beveiliging ook dat er sprake is van opzet (een subjectief criterium) en van binnendringen (een objectief criterium dat met aanwezigheid nog niet gegeven is; vandaar de sommeringsvariant bij de huisvredebreuk). De beveiligingseis is daarom behalve principieel onjuist ook onnodig complicerend. Er is nog een reden waarom de uitdrukking dat het bij strafbaar kraken moet gaan om een 'beveiligd' werk onwenselijk is. Naar het zich laat aanzien zal de praktische pakkans van een als persoon te identificeren 'hacker' die op een bepaalde tijd en plaats een strafbaar feit heeft begaan zeer gering zijn. De strafbepaling zal daarom voornamelijk in symbolisch opzicht van belang zijn, als normvormende oriëntatie. In dat opzicht is de beveiliging als voorwaarde voor strafbaarheid ronduit verwarrend.

Nu de merites van voorstel #15 vooral van symbolische, normoriënterende aard zijn, is de bepaling dat strafbaarheid eerst aanwezig is als het gaat om binnendringen in 'beveiligde' geautomatiseerde werken onwenselijk. De eis van beveiliging als voorwaarde voor strafrechtelijke bescherming is ook principieel onjuist.

3.4 Materieelrechtelijke varia

Strafniveau

De in voorstel #5 geformuleerde bepaling ter verhoging van het strafniveau wegens vernieling of beschadiging met 'ernstig nadeel' dient te worden beperkt tot de dodelijke delicten in de titel, of dient gekoppeld te worden aan voorstel #4. (Zie voor een motivering van deze en andere punten ook Silvis/Wiemans in NJB 1987, nr. 30).

Ernstig nadeel

Het begrip 'ernstig nadeel' in voorstel #5 dient te worden omschreven.

Hem

Ten onrechte komt het woord hem voor in voorstel #13.

Valse sleutel

In voorstel #15 tweede lid wordt het toegang verschaffen door middel van onder meer 'een valse sleutel' gelijk gesteld met binnendringen. Nu is volgens artikel 90 Sr een valse sleutel een tot opening van het slot niet bestemd werktuig. Historisch is daarmee een fysiek object bedoeld en geen code. Het zou daarom systematisch juist zijn artikel 90 Sr aan te passen, hetgeen ook consequenties heeft voor overige plaatsen in het wetboek waar sprake is van valse sleutels (artikelen 138, 202, 311 Sr). De verhouding tussen het begrip betaalpas, valse sleutel en access device dient te worden geëxpliciteerd.

Betaalpas

In voorstel #18 wordt een aparte bepaling voor bestrijding van betaalpasfraude aangetroffen, maar er wordt geen definitie van betaalpas voorgesteld. Ook wordt niet aangegeven hoe dit begrip zich dient te verhouden tot het begrip geschrift in artikel 225 Sr. Dit is bijzonder onwenselijk omdat er tal van elektronische toegangsbewijzen zijn met zeer verschillende functies. De problematiek van de 'access devices' dient in samenhang gesteld te worden met de hierboven aangerode problematiek van misbruik en onbevoegd gebruik van diensten. Zie verder de opmerking aangaande het begrip 'valse sleutel'.

Geweld

De aanpassing van de geweldsdefinitie in voorstel #19 is overbodig voor wat betreft 317 Sr en ook overigens is er geen reden voor. Wanneer wel een nieuwe geweldsdefinitie wordt nodig bevonden, kan daarin a contrario worden gelezen dat de wetgever als uitgangspunt heeft, dat geweld impliciet is aan een fysieke krachtoefening van een behoorlijke intensiteit. In de rechtspraak is daar tot nu toe anders over gedacht.

4 Formeel Strafrecht

De voorstellen van de Commissie met betrekking tot het strafprocesrecht richten zich globaal op twee probleemgebieden: het afluisteren en de inbeslagname. De door de Commissie voorgestelde wijziging van de artikelen 125f t/m h Sv (voorstel #25) aangaande het afluisteren behoeft naar de mening van de studiegroep geen commentaar. De problematiek rond de inbeslagname komt in de overige strafprocessuele voorstellen direct of indirect aan de orde, en zal hieronder in relatie tot enkele concrete voorstellen nader worden besproken.

4.1 Vergaren en opnemen

Ex artikel 94 Sv kunnen *voorwerpen* inbeslaggenomen worden. De Commissie meent dat deze bepaling niet meer voldoet aan de eisen van deze tijd. In het kader van de waarheidsvinding kan het van groot belang zijn dat justitie de beschikking krijgt over computergegevens. Voorzover deze gegevens zijn vastgelegd op een drager ziet de Commissie nog geen probleem. De drager is een voorwerp dat inbeslaggenomen kan worden. Indien gegevens echter (nog) niet zijn vastgelegd op een drager maar zich bijvoorbeeld in het werkgeheugen bevinden, kan vaak niet meer gesproken worden van een voorwerp dat inbeslaggenomen kan worden. Daarnaast is het zo, dat indien gegevens bijvoorbeeld zijn vastgelegd op een harde schijf er weliswaar sprake is van een voorwerp, maar dat inbeslagname daarvan (de computer) een discontinuïteit in de gegevensverwerking met zich mee kan brengen, en daardoor disproportioneel kan zijn. Om deze bezwaren te ondervangen stelt de Commissie in voorstel #20 voor, artikel 94 Sv aan te vullen, en creëert zij de mogelijkheid gegevens te vergaren en op te nemen. In voorstel #21 wordt vervolgens artikel 104 Sv aldus aangevuld dat de Rechter Commissaris tevens de bevoegdheid wordt toegekend 'alle daarvoor vatbare gegevens te vergaren of op te nemen'. Op basis van de voorstellen #26 en #27 wordt deze bevoegdheid in bepaalde gevallen tevens toegekend aan de (hulp)Officier van Justitie.

De studiegroep meent dat op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad (vgl. NJ '86, 214 inzake videopiraterij) zeer wel verdedigbaar is dat het 'vergaren of opnemen' van gegevens onafhankelijk van een drager op basis van het huidige instrumentarium reeds mogelijk is. Men neme volgens de normale regels het geautomatiseerde werk waarin zich de gegevens bevinden in beslag. Vervolgens vergaart men de gewenste gegevens in het kader van 'onderzoek aan het inbeslaggenomen voorwerp'. Deze handelswijze is overigens de huidige praktijk. De studiegroep is van mening, dat hierdoor de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit niet altijd in het gedrang hoeven te komen. Zodra het belang van de strafvordering zich daar niet tegen verzet (met andere woorden: zodra de gewenste gegevens zijn vergaard) kan immers overgegaan worden tot teruggave van de inbeslaggenomen apparatuur (artikel 118 Sv). Een en ander is in concreto vrijwel identiek aan, en behoeft niet meer tijd te kosten dan het door de Commissie voorgestelde vergaren en opnemen. Daarentegen zet de studiegroep vraagtekens bij de uitoefening van het 'nieuwe' dwangmiddel. De bevoegdheid wordt immers in bepaalde gevallen ook verleend aan hulpofficieren van Justitie (vgl. artikel 97 Sv). Indien het rapport "Financiële facetten van ernstige vormen van criminaliteit" van de gelijknamige werkgroep onder leiding van mr. A.N.A. Josephus Jitta gevolgd zou worden, is in de toekomst een cumulatie van bevoegdheden te verwachten. Bovendien staat het door de Werkgroep Josephus Jitta voorgestelde 'gerechtelijk financieel onderzoek' onder leiding van de Officier van Justitie, die kan delegeren aan opsporingsambtenaren, die niet de rang van hulpofficier hebben, maar wel ex artikel 97 Sv kunnen inbeslagnemen (en dus ook vergaren en opnemen; vgl. de voorstellen #26 en #27). Een en ander schijnt de studiegroep op de voorhand niet bevorderlijk voor het (rechts)gehalte van het onderzoek in een geautomatiseerde omgeving. Zij vindt daarom, dat het - gezien de te verwachten samenloop - de voorkeur verdient om bij de evaluatie

van het rapport "Informatietechniek en Strafrecht" tevens de voorstellen van de Werkgroep Josephus Jitta te betrekken.

4.2 Formeelrechtelijke varia

Voorstel #21:

Een fout schijnt in het voorstel te zijn geslopen, daar waar gesproken wordt van 'verlangen'. Dit zou met zich meebrengen, dat een weigering niet strafbaar zou zijn ex artikel 184 Sr (vgl. artikel 52 Sv alwaar het niet antwoorden op het 'vragen' van de opsporingsambtenaar ook niet strafbaar is). Dient men de term 'verlangen' inderdaad te lezen als 'bevelen', dan kan men zich afvragen of in dit geval niet tevens de artikelen 106 en 107 Sv (m.m.) van toepassing dienen te worden verklaard.

Voorstel #24:

Met betrekking tot de hieraan verbonden kosten zou artikel 592 Sv analogisch moeten kunnen worden toegepast. Het verdient de voorkeur om dit in een bepaling op te nemen. M.m. geldt dit ook voor de voorstellen #21 en #25.

Voorstel #26:

Om het verschil tussen de bevoegdheden bij schouw en huiszoeking aan te geven wordt in de redactie van dit voorstel aansluiting gezocht bij de beslissing van de Hoge Raad in het zogenaamde 'Cocaïne in keukenkastje-arrest'. De studiegroep zet hierbij vraagtekens. Beter ware het - zeker nu in de literatuur en rechtspraak nog geen consensus over deze uitspraak bestaat - deze stap niet te nemen. Voorts constateert de studiegroep een zekere inconsistentie. Door de definitie van de Commissie van 'vergaren of opnemen' als 'het proces van selectie, bijeenbrengen en vastleggen van gegevens op een mede te brengen drager' werkt de Commissie critici in de hand; dit proces impliceert immers 'stelselmatig en gericht onderzoek'. (Zie voor nadere motivering Silvis/Wiemans, NJB 1987, p. 966, 967. Vergelijk ook D.H. de Jong, Cocaïne in woonkamer- en linnenkast, DD 1987, p. 655 t/m 659).

Voorstel #27:

Naar de mening van de studiegroep zou de Commissie meer oog gehad moeten hebben voor de verschillen in opsporingstechniek/tactiek, die ontstaan zijn door de informatiemaatschappij. Met name de toepassing van artikel 113, lid 1 Sv dat geschreven is voor een 'papier-omgeving' werpt in dat geval vragen op. Door de huidige opslagcapaciteit van gegevensdragers is een fysieke scheiding van privé-correspondentie en dossiers en dergelijke niet meer noodzakelijk. Ook voor het onderzoek niet relevante correspondentie kan op een gegevensdrager vastgelegd zijn. Anders dan bij een 'klassieke' huiszoeking zal het voor rechter-commissaris en opsporingsambtenaar (technisch en anderszins) onmogelijk zijn een selectie te maken uit het voorhanden zijnde materiaal. De studiegroep meent dat het aanbeveling verdient om deze problematiek nader te bestuderen en te regelen. De privacy van degene, bij wie gegevens 'vergaard of opgenomen' worden (ook niet-verdachten zijn onderhevig aan de toepassing van dit dwangmiddel) dient zoveel mogelijk te worden ontzien.

Voorstel #28:

Vanuit een oogpunt van wetssystematiek is de plaatsing van dit voorstel in artikel 99 Sv niet erg fraai te noemen. In dat artikel worden immers waarborgen gegeven aan de verdachte. Voorstel #28 betreft echter een verplichting. Bovendien valt op dit voorstel aan te merken dat aan de desbetreffende opsporingsambtenaar enig inzicht verschaft zal moeten worden met betrekking tot toegangsprocedures, beveiliging etc. van het geautomatiseerde werk. Het is de vraag of dit de bereidheid van derden om aan het justitiële onderzoek mee te werken zal vergroten. Naar de mening van de studiegroep zou voorts artikel 107 lid 1 Sv uitdrukkelijk van toepassing verklaard moeten worden. Vergelijk hetgeen zij daarover bij voorstel #21 heeft

opgemerkt. Tot slot acht de studiegroep de voorgestelde bepaling te ruim. In combinatie met de in voorstel #29 geschapen bevoegdheid brengt een ander met zich mee dat door middel van telecommunicatie huiszoeking verricht kan worden in andere objecten waarvoor geen voorafgaande last tot huiszoeking is verleend. Het beschikbaarheidscriterium dat de Commissie hanteert, lijkt in zoverre een definitieve breuk met de huidige regeling op te leveren. Dit acht de studiegroep niet wenselijk.

Voorstel #29:

In combinatie met de bevoegdheid in voorstel #28 kan de desbetreffende opsporingsambtenaar in principe (ongewild?) over de landsgrenzen heen onderzoek doen. Over de geoorloofdheid van deze 'extraterritoriale opsporing' bestaat niet alleen geen consensus, een en ander kan zelfs een strafbaar feit opleveren (vgl. p. 91 t/m 93). Daarom verdient het overweging deze situatie, voor invoering van dit voorstel, in internationaal verband te bespreken en te regelen. Zo niet, dan kan dit een verslechtering van de rechtshulpverhoudingen op dit vlak betekenen.

5 Conclusies en aanbevelingen

5.1 Beschouwingen

5.1.1 Probleemveld

Wanneer het rapport van de Commissie tegen de brede achtergrond van technologische ontwikkelingen geplaatst wordt, constateert de studiegroep dat de taakopdracht aan de Commissie alsmede de taakopvatting van de Commissie slechts ziet op beteugeling van ongewenste gedragingen in verband met geautomatiseerde systemen, waarbij vooraf een keuze voor de weg van het strafrecht is gedaan. Naar de mening van de studiegroep heeft de taakopdracht een ad hoc-achtig karakter en zou de taakopdracht aanzienlijk ruimer geformuleerd moeten worden, zodat deze ook civielrechtelijke aspecten en aspecten van technologiebeleid zou omvatten.

5.1.2 Norm

Niet aangetoond is dat computers zich op relevante wijze onderscheiden van andere vitale systemen, op basis waarvan zij een bijzondere bescherming in het strafrecht verdienen, noch dat de mogelijke schending van een te beschermen belang zich zou beperken tot het onderdeel computer.

5.1.3 Opportuniteit

Uit de formulering van de door de Minister van Justitie aan de Commissie voorgelegde taak is de toespitsing van de aandacht van de Commissie op een strafrechtelijke reactie niet onbegrijpelijk. In het licht van adagia en beginselen inzake de opportuniteit van wetgeving lijkt deze taak, om voorstellen te doen tot aanpassing van het strafrecht, vooral gezien het ontbreken van feitelijke gegevens terzake van met name de schade en de omvang, alsmede door het voorhanden zijn van civielrechtelijke alternatieven, prematuur. Andere motieven om terughoudendheid te betrachten daar waar het het opstellen van nieuwe strafrechtelijke bepalingen op het terrein van de informatietechniek betreft, zijn de overbelasting van het justitieel apparaat, de te verwachten mate van effectiviteit, en de spanning die er bestaat ten opzichte van het grondrecht van de informatievrijheid.

5.1.4 Goedsbegrip

Onder respectering van het grondrecht van informatievrijheid kan gekozen worden voor een systeem waarin gegevens, op bepaalde wijze gedefinieerd, als goederen worden behandeld. Wetssystematisch kan dat door een eenvoudige bepaling in de betekenis titel van het Wetboek van Strafrecht, bijvoorbeeld: In het Wetboek van Strafrecht wordt onder 'enig goed' mede begrepen 'enig gegeven' van persoonlijke waarde of vermogenswaarde.

Het is minder juist om bij de concretisering van het strafrechtelijk goedsbegrip betekenis toe te kennen aan het feit dat ook andersoortige wetgeving, zoals de Auteurswet 1912, bepaalde facetten van (computer)gegevens reguleert. De in het Wetboek van Strafrecht beschreven

vermogensdelicten kunnen een zelfstandige betekenis hebben, los van de optiek van de Auteurswet 1912. Bovendien beschermt de Auteurswet 1912 geen gegevens als zodanig.

Ook in feitelijke zin is de stelling van de Commissie, dat gegevens als geestesprodukten dienen te worden beschouwd, niet onproblematisch, aangezien het allengs meer te betwijfelen zal zijn of met behulp van computers gegenereerde gegevens nog wel als zodanig zijn aan te merken. Het is dan ook maar de vraag of het genoemde uitgangspunt van de Commissie over de gehele linie staande kan worden gehouden.

Het rapport geeft een in beginsel onjuiste stelling over de mogelijke auteursrechtelijke bescherming van gegevens, zoals adressenbestanden. Ook deze bestanden kunnen aan de in het Auteursrecht ontwikkelde criteria worden getoetst.

Een belangrijk voordeel van het plaatsen van 'gegevens' onder een 'goederenregime' is dat ook in gevallen, waarin andere belangen dan die met betrekking tot de intellectuele eigendom worden aangetast, strafrechtelijk mag worden opgetreden. Vanzelfsprekend mits ook de andere bestanddelen van de delictsomschrijving aanwezig geacht worden.

Aanvechtbaar is de stelling van de Commissie, dat wegnemen met zich mee lijkt te brengen dat de rechthebbende niet meer over het goed beschikt.

De Commissie wijst niet op concrete problemen van samenloop die zouden kunnen ontstaan.

Indien *alleen* auteursrechtelijke belangen spelen, kan goed worden verdedigd dat de wederrechtelijkheid moet worden geïnterpreteerd in het licht van de Auteurswet 1912, zodat de werkingsduur van het strafrechtelijk optreden bijvoorbeeld ex artikel 310 Sr overeenkomstig zou zijn beperkt.

Ook de overige bestanddelen uit de delictsomschrijvingen van diefstal en verduistering plegen in nauw verband met het goedsbegrip te worden begrepen. Het is spijtig - maar gezien de verwerping van computergegevens als 'goed', overigens wel begrijpelijk - dat het rapport van de Commissie de kernbegrippen 'toebehoren', 'wegnemen' en 'toe-eigenen' nauwelijks behandelt.

Het is zonder meer mogelijk op het gebied van informatietechniek en strafrecht een eigen Nederlands systeem op te zetten. Aangezien een perfecte fijnafstemming systematisch onmogelijk is, dringt de internationale dimensie meer in de richting van eisen van transparantie en vertaalbaarheid dan van uniformiteit. In dat licht bezien is een strafrechtelijk regime waarin geen onderscheid gemaakt wordt tussen goederen en gegevens wenselijk want uitermate helder.

De Commissie heeft de onwenselijkheid van het incorporeren van het gegevensbegrip in het goedsbegrip zwak gemotiveerd. De crimineelpolitieke consequentie van de keuze van de Commissie is vooral van belang met betrekking tot diefstal (310 Sr) en verduistering (321 Sr).

5.2 Materieel strafrecht

5.2.1 Onbevoegd laten verrichten van diensten

Ten aanzien van misbruik van diensten en het wederrechtelijk laten verrichten van diensten is een weloverwogen standpuntbepaling van de wetgever gewenst. Dat dient te gebeuren in het licht van een inventariserend onderzoek naar vormen van onbevoegd laten verrichten van diensten. Dit behoeft niet beperkt te zijn tot informatietechniek al is er naar ons inzicht wel een

verband tussen ontwikkelingen in de informatietechniek en het aan de oppervlakte komen van een problematiek van misbruik en onbevoegd gebruik van diensten.

5.2.2 Computervredebreuk en door misdrijf verkregen gegevens

De verhouding tussen voorstel #15 (binnendringen in geautomatiseerde werken) en voorstel #16 (met winst oogmerk gebruik maken van gegevens door misdrijf verkregen) is problematisch. Voorstel #16 kan in de huidige redactie niet worden gehandhaafd. Behalve de bezwaarlijke koppeling tussen #15 en #16 geldt ook als bezwaar tegen voorstel #16 de moeilijke bewijsbaarheid van de wijze van verkrijging van gegevens. Tenslotte kan het winst oogmerk vereiste als te beperkt worden aangemerkt, aangezien dit niet behoeft te omvatten gebruik door bijvoorbeeld actiegroepen.

5.2.3 Beveiliging

Nu de merites van voorstel #15 vooral van symbolische, normoriënterende aard zijn, is de bepaling dat strafbaarheid eerst aanwezig is als het gaat om binnendringen in 'beveiligde' geautomatiseerde werken onwenselijk. De eis van beveiliging als voorwaarde voor strafrechtelijke bescherming is ook principieel onjuist. De bedoeling dat het beveiligen van systemen wordt bevorderd en dat justitie een zekere selectie aanbrengt in het vervolgingsbeleid kan in het formuleren van vervolgingsrichtlijnen tot uitdrukking worden gebracht.

5.2.4 Materieelrechtelijke varia

Strafniveau: De in voorstel #5 geformuleerde bepaling ter verhoging van het strafniveau wegens vernieling of beschadiging met 'ernstig nadeel' dient te worden beperkt tot de dodelijke delicten in de titel, of dient gekoppeld te worden aan voorstel #4'.

Ernstig nadeel:

Het begrip 'ernstig nadeel' in voorstel #5 dient te worden omschreven.

Hem:

Ten onrechte komt het woord hem voor in voorstel #13.

Valse sleutel (voorstel #15):

Het zou systematisch juist zijn artikel 90 Sr aan te passen, hetgeen ook consequenties heeft voor overige plaatsen in het wetboek waar sprake is van valse sleutels (artikelen 138, 202, 311 Sr). De verhouding tussen het begrip betaalpas, valse sleutel en access device dient te worden geëxpliciteerd.

Betaalpas:

In voorstel #18 wordt een aparte bepaling voor bestrijding van betaalpasfraude aangetroffen, maar er wordt geen definitie van betaalpas voorgesteld. Ook wordt niet aangegeven hoe dit begrip zich dient te verhouden tot het begrip geschrift in artikel 225 Sr.

Geweld:

De aanpassing van de geweldsdefinitie in voorstel #19 is overbodig voor wat betreft 317 Sr en ook overigens is er geen reden voor.

5.3 Formeel Strafrecht

5.3.1 Vergaren en opnemen

Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad is verdedigbaar dat het 'vergaren of opnemen' van gegevens onafhankelijk van een drager op basis van het huidige instrumentarium reeds mogelijk is. Ook bij de uitoefening van het 'nieuwe' dwangmiddel kunnen vraagtekens worden geplaatst. De bevoegdheid wordt immers in bepaalde gevallen ook verleend aan hulpofficieren van Justitie.

5.3.2 Formeelrechtelijke varia

Voorstel #21:

Een fout schijnt in het voorstel te zijn geslopen, daar waar gesproken wordt van 'verlangen'.

Voorstel #24:

Met betrekking tot de hieraan verbonden kosten zou artikel 592 Sv analogisch moeten kunnen worden toegepast. Het verdient de voorkeur om dit in een bepaling op te nemen. M.m. geldt dit ook voor de voorstellen #21 en #25.

Voorstel #26:

Omtrent het verschil tussen de bevoegdheden bij schouw en huiszoeking zoals in de redactie van dit voorstel, bestaat in de literatuur en rechtspraak geen consensus.

De definitie van 'vergaren of opnemen' als 'het proces van selectie, bijeenbrengen en vastleggen van gegevens op een mede te brengen drager' is in zekere zin inconsistent, immers dit proces impliceert 'stelselmatig en gericht onderzoek'.

Voorstel #27:

De Commissie zou meer oog gehad moeten hebben voor de verschillen in opsporingstechniek/tactiek, die ontstaan zijn door de informatiemaatschappij.

Voorstel #28:

Vanuit een oogpunt van wetssystematiek is de plaatsing van dit voorstel in artikel 99 Sv niet erg fraai. Ook is de voorgestelde bepaling te ruim. Het beschikbaarheidscriterium dat de Commissie hanteert lijkt in zoverre een definitieve breuk met de huidige regeling op te leveren.

Voorstel #29:

In combinatie met de bevoegdheid in voorstel #28 kan de desbetreffende opsporingsambtenaar in principe (ongewild?) over de landsgrenzen heen onderzoek doen. Over de geoorlooftheid van deze 'extraterritoriale opsporing' bestaat geen consensus. Een en ander kan zelfs een strafbaar feit opleveren. Daarom verdient het overweging deze situatie, voor invoering van dit voorstel, in internationaal verband te bespreken en te regelen. Zo niet, dan kan dit een verslechtering van de rechtshulprelaties op dit vlak betekenen.

Appendix

Vraagpunten ten behoeve van de najaarsvergadering

1. De intrede van de 'informatiemaatschappij' en de 'technologische samenleving', begrippen die - evenals 'computercriminaliteit' - worden gehanteerd alsof daar eenduidigheid over zou bestaan, noodzaakt tot een ruim geformuleerd beleidsonderzoek ter stimulering, sturing en regulering van de gevolgen op sociaal en economisch gebied. Strafbaarstelling van 'computercriminaliteit' is niet opportuun:
 - door het ontbreken van empirische onderzoeksgegevens omtrent de schade en de omvang;
 - door onvoldoende inzicht in de wijze waarop thans tegen dergelijke gedragingen wordt opgetreden;
 - door onvoldoende rekening te houden met civielrechtelijke alternatieven.
2. De keuze om 'gegevens' al dan niet onder het strafrechtelijk goederenregime te plaatsen, dient te geschieden op dogmatische, wetsystematische en pragmatische overwegingen. Het arrest van het Hof Arnhem van 27 oktober 1983, waarin, samenhangend met de technologische ontwikkelingen, het begrip 'enig goed' behalve materie en energie nu ook informatie omvat, is consistent met deze criteria.
3. De introductie van dienstenbescherming mag tot op zekere hoogte als een novum worden aangemerkt. Hoewel de informatietechniek de belangstelling voor dienstenbescherming actualiseert, dient de wenselijkheid daarvoor in ruimer verband te worden onderzocht. Daarbij komt dan de vraag of de introductie van dienstenbescherming zich dient te beperken tot artikel 326 Sr.
4. Beveiliging als voorwaarde voor strafbaarstelling van het binnendringen in computersystemen is een onwenselijk uitgangspunt. Dit aspect dient in het vervolgingsbeleid tot uitdrukking te komen en niet als onderdeel van een delictomschrijving te worden opgenomen.
5. Als criterium voor de begrenzing van huiszoeking in een geautomatiseerde omgeving is het beschikbaarheidscriterium te ruim.