

LJN: AF0684, Gerechtshof 's-Gravenhage , 2200302102

Datum uitspraak:	15-11-2002
Datum publicatie:	18-11-2002
Rechtsgebied:	Straf
Soort procedure:	Hoger beroep

Uitspraak

rolnummer 2200302102
parketnummer 1200007500
datum uitspraak 15 november 2002
tegenspraak

GERECHTSHOF TE 'S-GRAVENHAGE
meervoudige kamer voor strafzaken

ARREST

gewezen op het hoger beroep tegen het vonnis van de politierechter in de arrondissementsrechtbank te Middelburg van
28 september 2001 in de strafzaak tegen de verdachte:

[naam verdachte],
geboren te [plaats] op [datum].

1. Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg en het onderzoek op de terechtzitting in hoger beroep van dit hof van 1 november 2002.

2. Tenlastelegging

Aan de verdachte is tenlastegelegd hetgeen vermeld staat in de inleidende dagvaarding, waarvan een kopie in dit arrest is gevoegd.

3. Procesgang

In eerste aanleg is de inleidende dagvaarding voor zover het betreft het eerste, derde en vierde gedachtestreepje nietig verklaard. Voorts is de verdachte terzake van het overige tenlastegelegde vrijgesproken.

De officier van justitie heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld.

4. Geldigheid van de inleidende dagvaarding

De inleidende dagvaarding voldoet voor zover het betreft het eerste, derde en vierde gedachtestreepje niet aan de in artikel 261, eerste lid van het Wetboek van Strafvordering gestelde eis van opgave van het feit. Als zodanig kan immers niet gelden de enkele vermelding in die onderdelen van het tenlastegelegde dat sprake was van opnamen of afbeeldingen van ontuchtige handelingen (met een of meer jongen(s) en/of meisje(s) die de leeftijd van zestien jaren nog niet hadden bereikt).

Daarom dient de inleidende dagvaarding, ten aanzien van het eerste, derde en vierde gedachtestreepje, nietig te worden verklaard.

5. Beoordeling van het vonnis

Het vonnis waarvan beroep kan niet in stand blijven omdat het hof zich daarmee niet verenigt.

6. Verweer aangaande onrechtmatige verkrijging van bewijs.

De raadsman van de verdediging acht de wijze waarop de politie het IP-adres van de computer van de verdachte heeft verkregen onrechtmatig en bepleit vrijspraak aangezien het ook verder verkregen bewijs door de onrechtmatige verkrijging van het IP-adres is besmet en derhalve van gebruik in een bewijsvoering moet worden uitgesloten.

6.1 Feitelijke gang van zaken

De volgende gang van zaken is aannemelijk geworden. Getuige De B. heeft bij een surftocht op 3 juni 2000 binnen Zeelandnet een niet beveiligde computer aangetroffen, genaamd "Computer". De getuige kon de bestanden in deze computer zonder enige belemmering of waarschuwing openen en bekijken. Ook de internetprovider had geen beveiliging opgeworpen. Toen de getuige bestanden op deze "Computer" opende, constateerde hij, dat zich daar hoeveelheden seksueel getinte afbeeldingen bevonden, die hij gezien de leeftijd van afgebeelde personen kinderpornografisch van aard achtte. De getuige nam daarop contact op met de politie en deed mededeling van zijn bevinding. In aansluiting daarop werd hem van de zijde van de politie gevraagd opnieuw contact op te nemen met de politie in de persoon van de rechercheur computercriminaliteit, H.J. de V. zodra hij weer in verbinding zou staan met de bewuste computer met vermoedelijk kinderpornografisch materiaal. Aldus geschiedt op 6 juni 2000. Rechercheur De V. vraagt getuige De B. bij die gelegenheid telefonisch welk IP-adres de bewuste computer heeft. Als De B. te kennen geeft dat niet te weten en hij evenmin weet hoe hij daar achter kan komen, geeft rechercheur De V. telefonisch de procedure door om het gevraagde IP-adres op het scherm te krijgen. Deze procedure behelst de volgende handelingen: tijdens een verbinding op de (doorgaans linksonder) op het scherm zichtbare windowsknop "Start" te klikken, vervolgens op "Uitvoeren..." klikken, dan typen "command" en vervolgens na het verschijnen van de dosprompt het commando invoeren: "netstat -an". De opdrachten gelden telkens zonder de hier ter markering gebezigde aanhalingstekens. Getuige De B. voert de instructie van de rechercheur uit en op zijn scherm verschijnt dan een reeks cijfers zijnde het IP-adres van de computer waarmee De B. contact heeft opmaakt: 212.92.85.171. De handelingen die door de rechercheur zijn aangegeven, brengen getuige De B. niet binnen de computer waarmee hij contact heeft, maar maken het slechts mogelijk de status van de netwerkverbindingen van zijn eigen computer zichtbaar te maken. Ook zonder raadpleging van bestanden is bij verbinding met een andere computer in een netwerk op een dergelijke wijze het IP-adres van zo'n computer zichtbaar te maken. Getuige De B. geeft vervolgens de nummers van het IP-adres door aan rechercheur de V., en bevestigt op grond van diens voorafgaande waarneming dat de computer, waarmee hij verbinding had op het moment dat dit IP-adres zichtbaar werd, het verdachte materiaal in bestanden aanwezig had. Rechercheur De V. kon met een daartoe strekkend verzoek van de officier van justitie de NAW-gegevens van de persoon die volgens het abonnement bij het IP-adres van de bewuste computer hoorde, achterhalen; het betrof de in deze zaak terechtstaande verdachte. Getuige De B. heeft, afgezien van eventuele automatische registratie van gegevens in zijn computer, zelf geen materiaal "gedownload" uit de computer van de verdachte; andere relevante gegevens dan hiervoor omschreven zijn door getuige De B. dan ook niet aan de politie verstrekt. De inbeslagneming van de bestanden met de afbeeldingen, die in de telastelegging zijn vermeld, heeft later plaatsgevonden tijdens een doorzoeking op 13 juni 2000 onder leiding van de de rechter-commissaris.

Het hof overweegt omtrent deze gang van zaken als volgt.

Aan de orde is de waardering in rechte van de verkrijging van een Internet Protocol- adres (IP-adres) door de politie. Het hof zal de kwestie aan de hand van de volgende punten behandelen:

1. Definitie en betekenis: IP-adres.
2. Vergaring van gegevens door de politie: Wettelijke regeling verkrijging van een IP-adres ten behoeve van rechtshandhaving in het algemeen en strafvordering in het bijzonder.
3. Wettelijke grondslag voor de verkrijging van het IP-adres in casu.
4. Toetsing van de handelwijze van de politie aan artikel 8 EVRM.
5. Geen sprake van 138a Sr ("computervredebreuk")
6. Conclusie.

1. Definitie. Het hof verstaat onder een IP-adres een adres dat wordt gebruikt voor het adresseren van aansluitingen in een netwerk, zoals beschreven in RFC 791 en RFC 1884 van de Internet Engineering Task Force (IETF) (zie: artikel 1 sub g en m van de Regeling aftappen openbare telecommunicatienetwerken en -diensten. Stcrt. 30 mei 2001, 107). Er is een onderscheid tussen dynamische en statische IP-adressen. Aangezien hier slechts sprake is van een statisch IP-adres, komt dit onderscheid hierna niet aan de orde. Voor de opsporing is het IP-adres van betekenis, omdat daarmee (bijvoorbeeld) op een daartoe strekkend verzoek van de officier van justitie de aanbieder (provider) de NAW-gegevens behorende bij de aansluiting kan vinden en verstrekken.

2. Vergaring van gegevens door de politie. De voor de handhaving van de rechtsorde nodige gegevens verkrijgt de politie op grond van artikel 2 van de Politiewet (bijvoorbeeld: NJ 2002/301 HR 12 februari 2002). Ten behoeve van gegevensvergaring tijdens de opsporing van strafbare feiten heeft de politie een algemene bevoegdheid gebaseerd op artikel 1 jo. 141 Wetboek van Strafvordering. Naast deze algemene opsporingsbevoegdheid bestaan bijzondere wettelijke regelingen voor de verkrijging van inlichtingen aangaande telecommunicatie en/of geautomatiseerde werken in netwerken, neergelegd in het Wetboek van Strafvordering en in de Telecommunicatiewet. Voorts kan gewezen worden op de Wet bescherming persoonsgegevens (en voorheen de Wet op de persoonsregistraties). De bijzondere regelingen leveren het volgende beeld op: er wordt onderscheid gemaakt in a. gevoelige inhoudelijke gegevens, b. verkeersgegevens en c. gebruikersgegevens (ook wel identificerende gegevens genoemd: zie in dit verband Gegevensvergaring in strafvordering. Rapport van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij (Commissie Mevis), mei 2001). Ad a. Voor onderzoek naar gegevens in geautomatiseerde werken geldt de regeling van artikel 125 i Wetboek van Strafvordering. Die regeling geeft een bevoegdheid aan de rechter-commissaris in de context van een gerechtelijk vooronderzoek en ziet met name op het beschikbaar krijgen van gegevens voor inhoudelijk onderzoek. Ad b. Verkeersgegevens kunnen in geval van ontdekking op heterdaad of in geval van verdenking van een misdrijf omschreven in artikel 67, eerste lid dan wel verdenking van het misdrijf van artikel 138a Wetboek van Strafrecht door de officier van justitie in het belang van het onderzoek worden gevorderd op basis van artikel 126n Wetboek van Strafvordering bij de telecommunicatieaanbieder. Een IP-adres kan een verkeersgegeven zijn in de zin van artikel 126 n Wetboek van Strafvordering. Ad c. Een IP-adres kan ook informatie betreffen die nodig is om verkeersgegevens te kunnen vorderen. Daarop ziet artikel 13.4 eerste lid van de Telecommunicatiewet, dat bepaalt dat aanbieders van telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten verplicht zijn aan de autoriteiten de informatie te verstrekken die noodzakelijk is om die autoriteiten in staat te stellen de bij de wet in het belang van strafvordering (...) geregelde bevoegdheden (...) tot het vorderen van verkeersgegevens te kunnen uitoefenen. Daaronder valt "het aan een gebruiker verleende nummer", zoals een IP-adres. Daarnaast kon tot 1 september 2001 (datum invoering Wet bescherming Persoonsgegevens) in het kader van de Wet persoonsregistraties op basis van artikel 11 tweede lid, op grond van een dringende en gewichtige reden, voor zover de persoonlijke levenssfeer van de geregistreerde daardoor niet onevenredig wordt geschaad, informatie op verzoek van de officier van justitie worden verstrekt (zie hieromtrent: TK 2001-2002, 28059, nr. 3 p. 15 en 16). De vraag of deze laatstgenoemde wijze van vrijwillige verstrekking door telecommunicatieaanbieders ook kan plaatsvinden onder de werking van artikel 8 onderdeel e juncto artikel 43 van de Wet bescherming Persoonsgegevens met toepassing van het noodzakelijkheids criterium behoeft hier geen nader onderzoek. De korte aanduiding van de wettelijke context van verkrijging van gegevens aangaande computers in netwerken ten behoeve van strafvordering geeft aan dat de wetgever onderscheid maakt tussen de niet eenvoudig verkrijgbare

inhoudelijke gegevens, verkeersgegevens en gebruikersgegevens. De wettelijke regeling stelt hogere eisen aan de verkrijging van gegevens ten behoeve van strafvordering naar mate de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer groter is. Een IP-adres dient gerekend te worden tot de gebruikersgegevens in de hiervoor bedoelde zin. Hoewel gebruikersgegevens (bijvoorbeeld: nummers en NAW-gegevens) in het algemeen niet sterk privacy-gevoelig zijn dient toch nagegaan te worden of de verkrijging van dergelijke gegevens, indien al in overeenstemming met overige regelgeving, wellicht toch in strijd komt met artikel 8 EVRM. Zo kan bij een telefoonnummer sprake zijn van een geheim nummer, waardoor de gebruiker te kennen geeft een persoonlijk belang te hebben bij het niet bekend zijn van zijn nummer.

3. Wettelijke grondslag in casu. De wijze waarop in dit geval het IP-adres van de computer van de verdachte is verkregen, is geschied op basis van de Politiewet en door uitoefening van de algemene opsporingsbevoegdheid. Het door een particulier naar aanleiding van een verzoek van de politie vrijwillig aan deze verstrekken van een IP-adres van een computer waarmee men verbinding heeft, is op zich niet onrechtmatig. De instructie van de getuige door de politie over de wijze waarop hij het IP-adres van de computer waarmee hij in verbinding stond op zijn scherm kon krijgen, betreft een eenvoudige reeks van handelingen die bij uitvoering op zichzelf geen bijzondere inbreuk met zich brengt op de privacy van een ander. Het gebruikte "netstat commando" geeft immers de status van feitelijke bestaande netwerkverbindingen weer van de computer waarin die opdracht wordt uitgevoerd, in casu de computer van de getuige. Het gaat niet om een bijzondere gecompliceerde technische ingreep of een geheime methode, maar om het toepassen van een commando, dat in de gewone handboeken inzake MSDOS staat omschreven. Een redelijke uitleg van de hiervoor beschreven gang van zaken brengt met zich, dat het verzoek van de rechercheur opnieuw telefonisch contact met hem op te nemen wanneer de getuige verbinding zou hebben met de computer van de verdachte, door de getuige kon worden opgevat als een verzoek van de politie om die verbinding op enig moment metterdaad te zoeken ten behoeve van voor de opsporing benodigde gegevens. Er is niet verzocht gegevens op te slaan. Van enigerlei vorm van stelselmatige of onrechtmatige gegevensvergaring door getuige De B. of door de politie is geen sprake. Het verzoek van de politie heeft er slechts toe gestrekt de computer van de getuige zodanig in beeld te brengen, dat het IP-adres van de verdachte kon worden vastgelegd. Met inachtneming van hetgeen hierna onder punt 5 wordt aangegeven is dat naar het oordeel van het hof proportioneel correct handelen ter handhaving van de rechtsorde en ter opsporing van strafbare feiten.

4. Toetsing aan artikel 8 EVRM. In de onderhavige zaak is niet gesteld, noch anderszins aannemelijk geworden, dat de verdachte voor zijn aanwezigheid op Zeelandnet een dynamisch toegewezen, voor anderen dan de aanbieder geheim IP-adres heeft gevraagd, daargelaten of dat daar in die tijd mogelijk was. De verdachte heeft voorts geen voorzieningen ter beveiliging van zijn computerbestanden aangebracht, zodat hij zijn bestanden openstelde voor degenen die op het Zeelandnet toegang hadden. Gebleken is immers dat op dat moment ook Zeelandnet geen beveiliging bood tegen dergelijke bezoeken in onbeveiligde computers in het netwerk. De verdachte heeft zich onder een IP-adres aldus publiek gemanifesteerd (exposure), zodat de bekendmaking aan de politie van het IP-adres door een op het Zeelandnet surfende particulier nadat de politie daarom had gevraagd, reeds daarom niet meer dan een zeer beperkte schending oplevert van zijn persoonlijke levenssfeer.

5. Geen sprake van 138a Sr ("computervredebreuk"). De handelingen van de getuige De B. leveren ten aanzien van de internetprovider Zeelandnet of ten aanzien van de computer van de verdachte geen "computervredebreuk" in de zin van 138 a Wetboek van Strafrecht op. De getuige heeft immers geen beveiliging doorbroken en is evenmin door een bijzondere technische ingreep binnengedrongen in de computer van de verdachte. De politie heeft bij de opsporing dan ook geen profijt getrokken van strafbaar handelen van een getuige.

6. Conclusie. De politie heeft ter verkrijging van het IP-adres van een computer waarin volgens een aangever kinderpornografisch materiaal was opgeslagen gehandeld op basis van artikel 2 van de Politiewet en de algemene opsporingsbevoegdheid van artikel 141 Wetboek van strafvordering. Aangezien de vastlegging van een IP-adres een niet meer dan zeer beperkte inbreuk van de persoonlijke levenssfeer van de verdachte oplevert is deze grondslag toereikend. Er is geen sprake van

schending van artikel 8 EVRM. Het verweer wordt verworpen.

7. Bewezenverklaring

Het hof acht wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het tenlastegelegde heeft begaan op de wijze als is vermeld in de hierna ingevoegde bijlage die van dit arrest deel uitmaakt.

Hetgeen terzake meer of anders is tenlastegelegd, is niet bewezen. De verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

Voorzover in de tenlastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze in de bewezenverklaring verbeterd. Blijkens het verhandelde ter terechtzitting is de verdachte daardoor niet geschaad in de verdediging.

8. Bewijsvoering

Het hof grondt zijn overtuiging dat de verdachte het bewezenverklaarde heeft begaan op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat en die reden geven tot de bewezenverklaring.

De bewijsmiddelen zullen in die gevallen waarin de wet aanvulling van het arrest met de bewijsmiddelen vereist in een aan dit arrest gehechte bijlage worden opgenomen.

9. Nadere overweging

Door de verdediging is gesteld, dat een aanzienlijk aantal afbeeldingen en namen van mappen, zoals die ook op de tenlastelegging staan vermeld, de verdachte onbekend voorkwamen, zodat die mogelijkkerwijs door derden op zijn computer waren gezet.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt. De verdachte heeft erkend met behulp van zijn computer op aanzienlijke schaal kinderporno te hebben gedownload. Hij erkent ook zijn computer bewust zo te hebben ingesteld (namelijk met een "zoekrobot"), dat hem kinderpornografische afbeeldingen uit nieuwsgroepen zouden worden toegezonden, die vervolgens automatisch in zijn computer zouden worden opgeslagen. Hij legde in dat opzicht een (obsessieve) verzamelwoede aan de dag. De computer was onbeveiligd aangesloten op Zeelandnet, waardoor de bestanden zonder enige belemmering door derden via dat net geraadpleegd konden worden. Enigerlei aanwijzing dat derden tegen zijn wil op zijn computer bestanden hebben gedeponereerd is er niet. Dat hij niet alle aangetroffen afbeeldingen herkent en een aantal namen van mappen evenmin doet in het licht van het voorgaande in samenhang met de overige bewijsmiddelen aan de bewezenverklaring van tentoonstellen en in voorraad hebben van kinderpornografie dan ook niets af.

10. Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

Een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, is betrokken, openlijk tentoonstellen en in voorraad hebben, meermalen gepleegd.

11. Strafbaarheid van de verdachte

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van de verdachte uitsluit. De

verdachte is dus strafbaar.

12. Strafmotivering

De advocaat-generaal heeft gevorderd dat het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en dat de verdachte terzake van het tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van twee maanden, voorwaardelijk, met een proeftijd voor de duur van twee jaren.

Het hof heeft de op te leggen straf bepaald op grond van de ernst van de feiten en de omstandigheden waaronder deze zijn begaan en op grond van de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, zoals daarvan is gebleken uit het onderzoek ter terechtzitting.

Daarbij is in het bijzonder het volgende in aanmerking genomen. De verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het in voorraad hebben van kinderpornografische afbeeldingen op zijn computer en het openlijk tentoonstellen van die afbeeldingen via Zeelandnet. De afbeeldingen konden door gebruikers van Zeelandnet zonder enige belemmering worden bekeken. Dit zijn ernstige feiten, waarmee het vervaardigen van kinderpornografie en het verspreiden ervan in stand wordt gehouden en begunstigd. Het hof is dan ook van oordeel dat in beginsel een geheel onvoorwaardelijke gevangenisstraf van gerechtvaardigd is.

Echter, het hof heeft rekening gehouden met de omstandigheden, waaronder dat de verdachte handelde ter compensatie van psychische spanningen en dat hij geen seksuele bijbedoelingen had, zoals ook blijkt uit het zich in het dossier bevindende voorlichtingsrapport van de Stichting Reclassering Nederland, in het arrondissement Middelburg, d.d. 5 april 2001. De verdachte heeft zelf stappen ondernomen om zijn persoonlijke problematiek op te lossen met hulp van derden.

Gelet op deze omstandigheden is het hof van oordeel dat - mede uit oogpunt van speciale preventie - volstaan kan worden met een voorwaardelijke gevangenisstraf van na te melden duur.

13. Toepasselijke wettelijke voorschriften

Het hof heeft gelet op de artikelen 14a, 14b, 14c, 57 en 240b (oud) van het Wetboek van Strafrecht.

Beslissing

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht.

Verklaart de inleidende dagvaarding nietig voorzover het betreft het eerste, derde en vierde gedachtestreepje in het tenlastegelegde.

Verklaart bewezen dat de verdachte het tenlastegelegde, zoals hierboven omschreven, heeft begaan.

Verklaart niet bewezen hetgeen terzake meer of anders is tenlastegelegd en spreekt de verdachte daarvan vrij.

Bepaalt dat het bewezenverklarde de hierboven vermelde strafbare feiten oplevert.

Verklaart de verdachte strafbaar terzake van het bewezen-verklarde.

Veroordeelt de verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van TWEE MAANDEN.

Beveelt dat de gevangenisstraf niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten op grond dat de verdachte zich vóór het einde van de proeftijd van TWEE JAREN aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt.

Dit arrest is gewezen door
mrs. Silvis, Mos-Verstraten en Abels,
in bijzijn van de griffier mr. Hol.
Het is uitgesproken op de openbare terechtzitting van het hof van 15 november 2002.