

LJN: AS4663, Hoge Raad , 02082/04

Datum 29-03-2005

uitspraak:

Datum 05-04-2005

publicatie:

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: OM-cassatie tegen vrijspraak van op art. 326c.2 Sr toegesneden tenlastelegging i.v.m. publicatie tijdschriftartikel met stappenplan "gekraakt Canal+ kijken op uw PC". 1. HR verwijst naar HR NJ 2003, 333 (LJN AF3372) voor weergave doel en strekking van de Wet computercriminaliteit. 2. 's Hofs motivering van de vrijspraak komt er o.m. op neer dat van het in de tenlastelegging omschreven tijdschriftartikel niet kan worden gezegd dat het gegevens bevat kennelijk bestemd tot het plegen van van het in art. 326c.1 Sr bedoelde misdrijf. Een zodanig beperkte uitleg van het in art. 326c Sr gebezigde begrip "gegevens" strookt echter niet met hetgeen gelet op doel en strekking van de Wet computercriminaliteit (Stb. 1993, 33) de wetgever voor ogen stond.

Uitspraak

29 maart 2005

Strafkamer

nr. 02082/04

SG/SM

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 8 juli 2004, nummer 23/001416-03, in de strafzaak tegen:
[verdachte], gevestigd te [vestigingsplaats].

1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep - met vernietiging van een vonnis van de Rechtbank te Haarlem van 16 januari 2003 - de verdachte vrijgesproken van het haar tenlastegelegde.

2. Geding in cassatie

2.1. Het beroep is ingesteld door de Advocaat-Generaal bij het Hof. Deze heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. De raadvrouw van de verdachte, mr. E.Z. Perez, advocaat te Amsterdam, heeft het beroep tegengesproken.

De Advocaat-Generaal Machielse heeft geconcludeerd dat de Hoge Raad de bestreden uitspraak zal vernietigen en de zaak zal verwijzen naar een aangrenzend Hof teneinde op het bestaande beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

2.2. De Hoge Raad heeft kennisgenomen van het schriftelijk commentaar van de raadvrouw van de verdachte op de conclusie van de Advocaat-Generaal.

3. Beoordeling van het middel

3.1. Het middel klaagt dat het Hof bij zijn vrijspraak de grondslag van de tenlastelegging heeft

verlaten.

3.2.1. Aan de verdachte is - voorzover voor de beoordeling van het middel van belang - tenlastegelegd dat zij

"opzettelijk een voorwerp dat kennelijk bestemd is en/of gegevens die kennelijk bestemd zijn tot het plegen van het misdrijf om met het oogmerk daarvoor niet volledig te betalen door een of meer technische ingrepen en/of met behulp van (een) valse signalen gebruik te maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden (artikel 326c lid 1 Wetboek van Strafrecht), openlijk ter verspreiding heeft aangeboden, immers heeft zij (...) het (computer)tijdschrift Computeridee, nummer 15: 13 juli tot 27 juli 2000 welk tijdschrift door haar (...) werd uitgegeven, via het/de haar (...) ten dienste staand(e) verkooppunt(en), te koop, in elk geval openlijk ter verspreiding, aangeboden zulks terwijl in deze aflevering van dit (computer)tijdschrift een artikel was geplaatst met de naam: "gekraakt, Canal+ kijken op uw PC", in welk artikel een vijfstappenplan is opgenomen met de (navolgende) tekst:
'Stap I (...)."

3.2.2. Het Hof heeft de verdachte vrijgesproken van het haar tenlastegelegde en heeft dienaangaande overwogen:

"Aan de verdachte is - in de kern - ten laste gelegd dat zij opzettelijk een voorwerp, dat kennelijk bestemd is en/of gegevens die kennelijk bestemd zijn tot het plegen van het misdrijf om met het oogmerk daarvoor niet volledig te betalen, door een of meer technische ingrepen en/of met behulp van (een) valse signalen gebruik te maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden, openlijk ter verspreiding heeft aangeboden.

Met de raadvrouw van de verdachte is het hof van oordeel dat het nummer 15, 13 juli tot 27 juli 2000, van tijdschrift Computeridee niet kan worden beschouwd als een "voorwerp en/of gegevens" in de zin van artikel 326c van het Wetboek van Strafrecht.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet van 23 december 1992, Stb. 1993, 33 (Wet computercriminaliteit), in het bijzonder het gestelde in de toelichting op de tweede Nota van Wijziging (Tweede Kamer, 1991-1992, 21551, nr. 12), leidt het hof af dat met een "voorwerp" in de zin van artikel 326c, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht is bedoeld een middel in de betekenis van computerprogramma's, een apparaat of apparatuur. Aanknopingspunt daarvoor is onder meer de passage van die toelichting, waarin wordt verduidelijkt dat een uitzondering op de strafbaarstelling geldt voor degenen die voor zichzelf, bijvoorbeeld om wetenschappelijke redenen, dergelijke apparatuur of computerprogramma's ontwerpt.

Een tijdschrift als het onderhavige, zowel als het daarin opgenomen artikel en/of het daarbij behorende stappenplan kunnen bezwaarlijk als een voorwerp in de betekenis van een computerprogramma of een apparaat of apparatuur worden beschouwd.

Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet computercriminaliteit dient onder de term "gegevens" te worden verstaan 'een weergave van feiten, begrippen of instructies op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of door automatische middelen', welke definitie aansluit bij de wettekst van het in 1993 in werking getreden artikel 80quinquies Wetboek van Strafrecht.

Uit de wetsgeschiedenis van laatstgenoemd artikel volgt dat gegevens onstoffelijke, immateriële zaken zijn. Zo beschouwd kan het tijdschrift, noch het daarin opgenomen artikel, worden gezien als "gegevens" in de zin van dat artikel. Het hof leidt hieruit af dat het begrip "gegevens" in meergenoemd artikel 326c op dezelfde wijze moet worden begrepen.

Uit het voorgaande volgt dat het desbetreffende tijdschrift met het daarin opgenomen artikel evenmin gezien kan worden als "gegevens" in de zin van artikel 326c van het Wetboek van Strafrecht."

3.3. Art. 326c, eerste en tweede lid, Sr luidt, voorzover hier van belang, als volgt:

"1. Hij die, met het oogmerk daarvoor niet volledig te betalen, door een technische ingreep of met behulp van valse signalen, gebruik maakt van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vijfde categorie.

2. Met gevangenisstraf van een jaar of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die opzettelijk een voorwerp dat kennelijk is bestemd, of gegevens die kennelijk zijn bestemd, tot het

plegen van het misdrijf, bedoeld in het eerste lid,
a. openlijk ter verspreiding aanbiedt;"

Art. 80quinquies Sr luidt:

"Onder gegevens wordt verstaan iedere weergave van feiten, begrippen of instructies, al dan niet op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of geautomatiseerde werken."

3.4. Art. 326c en art. 80quinquies zijn in het Wetboek van Strafrecht ingevoegd bij de Wet van 23 december 1992, Stb. 1993, 33 (Wet computercriminaliteit). In HR 15 april 2003, NJ 2003, 333 is geoordeeld dat uit de in dat arrest weergegeven geschiedenis van de totstandkoming van die wet volgt dat de wetgever, los van de strafbaarheid van deelnemingsvormen aan het in het eerste lid van art. 326c Sr omschreven misdrijf, een aparte strafbaarstelling zoals die thans in art. 326c, tweede lid, Sr is vervat, noodzakelijk heeft geacht met het oog op een doelmatige bescherming van het economische belang van de verschaffing van telecomdiensten. Voorts heeft de Hoge Raad in dat arrest geoordeeld dat - naar mede uit die wetsgeschiedenis kan worden afgeleid - de strekking van die bepaling is dat zoveel mogelijk wordt tegengegaan dat wederrechtelijk, zonder betaling, van uiteenlopende vormen van telecomdiensten gebruik wordt gemaakt, en dat in verband daarmee gedragingen die geacht moeten worden ertoe te kunnen leiden dat anderen tot zodanig gebruik in de gelegenheid worden gesteld, onder de in die bepaling gestelde voorwaarden strafbaar zijn.

3.5. De motivering van het Hof voor de gegeven vrijspraak komt er onder meer op neer dat van het in de tenlastelegging omschreven tijdschriftartikel niet kan worden gezegd dat het gegevens bevat kennelijk bestemd tot het plegen van het in het eerste lid van art. 326c Sr bedoelde misdrijf. Een zodanig beperkte uitleg van het in art. 326c Sr gebezigde begrip "gegevens" strookt echter niet met hetgeen gelet op doel en strekking van de Wet computercriminaliteit de wetgever voor ogen stond.

3.6. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het Hof is uitgegaan van een verkeerde uitleg van de in de tenlastelegging voorkomende term "gegevens", welke aldaar is gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in art. 326c in verband met art. 80quinquies Sr. Het Hof heeft derhalve de verdachte vrijgesproken van iets anders dan haar was tenlastegelegd. Het middel klaagt terecht dat het Hof aldus de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten.

4. Slotsom

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven en als volgt moet worden beslist.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

Vernietigt de bestreden uitspraak;

Wijst de zaak terug naar het Gerechtshof te Amsterdam, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president C.J.G. Bleichrodt als voorzitter, en de raadsheren A.J.A. van Dorst en J. de Hullu, in bijzijn van de waarnemend griffier J.D.M. Hart, en uitgesproken op 29 maart 2005.

Conclusie

Nr. 02082/04

Mr Machielse

Zitting 25 januari 2005

Conclusie inzake

[verdachte]

1. Het Gerechtshof te Amsterdam heeft verdachte op 8 juli 2004 vrijgesproken van het telastegelegde.

2. De AG bij het hof heeft cassatie ingesteld. Verdachte heeft het ingestelde cassatieberoep doen tegenspreken door mr E.Z. Perez, advocaat te Amsterdam.

3.1. Aan verdachte was telastegelegd dat zij, kort gezegd, openlijk ter verspreiding een voorwerp en/of gegevens in de zin van art. 326c lid 1 Sr heeft aangeboden. Het gaat om een uitgave van het blad Computeridee waarin een artikel was opgenomen dat een handleiding bevatte om met behulp van een van Internet te downloaden programma de betaalzender Canal+ te kraken. Het hof heeft de vrijspraak als volgt gemotiveerd:

"Vrijspraak

Naar het oordeel van het hof is niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen de verdachte is ten laste gelegd, zodat de verdachte hiervan moet worden vrijgesproken.

Het hof heeft hiertoe het volgende overwogen.

Aan de verdachte is - in de kern - ten laste gelegd dat zij opzettelijk een voorwerp, dat kennelijk bestemd is en/of gegevens die kennelijk bestemd zijn tot het plegen van het misdrijf om met het oogmerk daarvoor niet volledig te betalen, door een of meer technische ingrepen en/of met behulp van (een) valse signalen gebruik te maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden, openlijk ter verspreiding heeft aangeboden.

Met de raadvrouw van de verdachte is het hof van oordeel dat het nummer 15, 13 juli tot 27 juli 2000, van tijdschrift Computeridee niet kan worden beschouwd als een "voorwerp en/of gegevens" in de zin van artikel 326c van het Wetboek van Strafrecht.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet van 23 december 1992, Stb. 1993, 33 (Wet computercriminaliteit), in het bijzonder het gestelde in de toelichting op de tweede Nota van Wijziging (Tweede Kamer, 1991-1992, 21551, nr. 12), leidt het hof af dat met een "voorwerp" in de zin van artikel 326c, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht is bedoeld een middel in de betekenis van computerprogramma's, een apparaat of apparatuur. Aanknopingspunt daarvoor is onder meer de passage van die toelichting, waarin wordt verduidelijkt dat een uitzondering op de strafbaarstelling geldt voor degenen die voor zichzelf, bijvoorbeeld om wetenschappelijke redenen, dergelijke apparatuur of computerprogramma's ontwerpt.

Een tijdschrift als het onderhavige, zowel als het daarin opgenomen artikel en/of het daarbij behorende stappenplan kunnen bezwaarlijk als een voorwerp in de betekenis van een computerprogramma of een apparaat of apparatuur worden beschouwd.

Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet computercriminaliteit dient onder de term "gegevens" te worden verstaan 'een weergave van feiten, begrippen of instructies op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of door automatische middelen', welke definitie aansluit bij de wettekst van het in 1993 in werking getreden artikel 80quinquies Wetboek van Strafrecht.

Uit de wetsgeschiedenis van laatstgenoemd artikel volgt dat gegevens onstoffelijke, immateriële zaken zijn. Zo beschouwd kan het tijdschrift, noch het daarin opgenomen artikel, worden gezien als "gegevens" in de zin van dat artikel. Het hof leidt hieruit af dat het begrip "gegevens" in meergenoemd artikel 326c op dezelfde wijze moet worden begrepen.

Uit het voorgaande volgt dat het desbetreffende tijdschrift met het daarin opgenomen artikel evenmin gezien kan worden als "gegevens" in de zin van artikel 326c van het Wetboek van Strafrecht."

De steller van het middel meent dat het in het blad gepubliceerde 'stappenplan' een 'voorwerp' althans 'gegevens' in de zin van art. 326c Sr is en beroept zich daartoe op HR 15 april 2003, NJ 2003, 333, waarin de HR het volgende overwoog:

"Uit de wetsgeschiedenis volgt immers dat de wetgever, los van de strafbaarheid van deelnemingsvormen aan het in het eerste lid van genoemd artikel omschreven misdrijf, een aparte strafbaarstelling zoals die thans in art. 326c, tweede lid, Sr is vervat, noodzakelijk heeft geacht met het oog op een doelmatige bescherming van het economische belang van de verschaffing van telecomdiensten. De strekking van die bepaling is, naar mede uit die wetsgeschiedenis kan worden afgeleid, dat zoveel mogelijk wordt tegengegaan dat wederrechtelijk, zonder betaling, van uiteenlopende vormen van telecomdiensten gebruik wordt gemaakt. In verband daarmee zijn gedragingen die geacht moeten worden ertoe te kunnen leiden dat anderen tot zodanig gebruik in de gelegenheid worden gesteld, onder de in die bepaling gestelde voorwaarden strafbaar. Gelet op het voorgaande brengt een redelijke uitleg van meergenoemde bepaling mee onder een voorwerp en/of gegevens in de zin van die bepaling mede te begrijpen apparatuur en/of gegevens, die, zoals het Hof hier feitelijk en niet onbegrijpelijk heeft vastgesteld, ertoe bestemd waren om telefoonkaarten wederrechtelijk op te waarderen, waarna van die kaarten, zonder dat voor de desbetreffende diensten was betaald, gebruik kon worden gemaakt. Het door het middel aangevallen oordeel van het Hof geeft derhalve geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk."

De steller van het middel wijst erop dat het tijdschrift dient als gegevensdrager voor de weergave van gegevens in de zin van artikel 80quinquies Sr.

De schriftuur, houdende tegenspraak van het cassatieberoep, bestrijdt op verschillende gronden dat het "stappenplan" een "voorwerp" is in de zin van artikel 326c Sr. Het tijdschrift zelve is niet een zodanig voorwerp en evenmin geldt dat voor het in het tijdschrift opgenomen artikel. Evenmin is aannemelijk dat een handleiding bij een computerprogramma daarvan deel uitmaakt. Beide kunnen los van elkaar gezien worden en moeten in deze casus ook los van elkaar worden gezien. Op schrift gestelde handleidingen in een artikel vormen geen "gegevens" in de zin der wet, maar gegevensdragers.

3.2. Artikel 326c in zijn huidige gedaante is in het wetsvoorstel ingevoegd bij de Tweede nota van wijziging.(1) Maar in de voorgaande stukken is het begrip "gegevens" al uitgebreid aan de orde geweest. De memorie van toelichting verstaat eronder "een weergave van feiten, begrippen of instructies op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht interpretatie of verwerking door personen of door automatische middelen."(2) Deze omschrijving is nadien met een geringe wijziging opgenomen in artikel 80quinquies Sr, zoals voorgesteld in een gewijzigd en nadien aanvaard amendement.(3)

De gedachte van de minister was dat gegevens niet te vergelijken zijn met stoffelijke goederen vanwege hun zogenaamde multiple karakter: Gegevens kunnen zich tegelijkertijd op veel plaatsen bevinden en aan velen ter beschikking staan. Zij kunnen niet worden gemonopoliseerd of in beslag worden genomen. Daarom richt de strafrechtelijke bescherming van gegevens zich op de bescherming van het informatiesysteem of het medium waarvan de gegevens deel uitmaken.(4) De bescherming van gegevens krijgt dus op een indirecte wijze gestalte.

3.3. Bij Nota van wijziging is een eerste versie van artikel 326c Sr voorgesteld dat een zekere gelijkenis vertoonde met het eerste lid van het huidige artikel 326c. Tevens werd voorgesteld aan het ontworpen artikel 350a Sr een tweede en derde lid toe te voegen met de volgende inhoud:

"2. Hij die opzettelijk gegevens ter beschikking stelt of verspreidt die geschikt zijn om in geautomatiseerde werken zichzelf te vermenigvuldigen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.

3. Niet strafbaar is degene die het feit, bedoeld in het tweede lid, pleegt met het oogmerk om schade als gevolg van deze gegevens te beperken."(5)

De toelichting op de wijzigingen hield in dat de strafbaarstelling van bedrog door gebruik te maken van de telecommunicatie infrastructuur moest worden overgeheveld van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen naar het Wetboek van strafrecht.(6)

Ten aanzien van het voorgestelde tweede lid van artikel 350a zegt de toelichting dat het ziet op de strafbaarstelling van de verspreiding van virussen. Het derde lid bevatte een strafuitsluitingsgrond voor degene die bijvoorbeeld een virus ter beschikking stelt van een externe deskundige opdat deze het kan onderzoeken.(7)

3.4. De Nota naar aanleiding van het eindverslag komt terug op de inhoud van het begrip "gegevens". Gegevens kunnen zijn neergelegd in (lees) tekens, in signalen en in symbolen. Gegevens worden informatie als een ontvanger er kennis van neemt en de gegevens uitlegt. Maar er zijn ook gegevens die niet voor waarneming door mensen bestemd zijn maar die een instructie bevatten voor een instrument of machine. De nota noemt als voorbeeld de groef van een grammofoonplaat.(8)

3.5. Bij Tweede nota van wijziging heeft artikel 326c Sr zijn huidige redactie gekregen. Het kwam de minister bij nader inzien wenselijk voor het eerder voorgestelde artikel uit te splitsen en het overblijvende artikel 326c uitsluitend te reserveren voor het bedrieglijk verkrijgen van telecommunicatiediensten zonder betaling.(9) Als voorbeeld noemt de minister abonneetelevisie. Gelet op het te verwachten economisch belang van dergelijke diensten in de nabije toekomst leek de minister een aangepaste strafbepaling als vermogensdelict wenselijk.(10) Over het tweede lid houdt de toelichting het volgende in:

"Het tweede lid strekt ertoe te voorzien in de bijzondere situatie van medeplichtigheid. Artikel 48 van het Wetboek van Strafrecht stelt strafbaar degene die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschafft tot het plegen van het misdrijf. Daartoe is nodig dat vaststaat om welk misdrijf het gaat. De dienstverlening via de telecommunicatie infrastructuur pleegt echter in de beslotenheid plaats te vinden. Het grondfeit valt moeilijk te constateren. Aan de andere kant zijn er handelaars en anderen die de middelen ter beschikking stellen om de wederrechtelijke dienstverlening te verkrijgen. Te denken valt aan computerprogramma's die een signaal genereren waardoor zonder te betalen en via de telecommunicatie aangeboden dienst kan worden verkregen. Gelet op de reeds gesignaleerde verwachtingen omtrent de in de naaste toekomst te verwachten economische activiteit op het terrein van het dienstenaanbod via de kabel, gaat het hier om een zaak van toenemend belang."(11)

Het komt er dus op neer dat een soort medeplichtigheid in het leven moest worden geroepen omdat artikel 48 Sr niet bruikbaar was. Voor artikel 48 Sr is immers nodig dat het misdrijf dat wordt bevorderd, vast is komen te staan. En daar mankeert het vaak aan in de gevallen die aan de minister voor ogen stonden. Het illegaal toegang krijgen tot bijvoorbeeld betaaltelevisie met door anderen geleverde middelen of inlichtingen blijft meestal in duister gehuld. Gelet op het feit dat deze Tweede nota van wijziging dateert van 13 april 1992 lijkt het mij niet voor de hand te liggen dat de minister enkel en uitsluitend heeft gedacht aan het ter beschikking stellen van kraakprogramma's via bijvoorbeeld Internet, en niet via het overhandigen van gegevensdragers zoals diskettes.

3.6. Maar voor de uitleg van artikel 326c Sr is niet alleen de wetsgeschiedenis van de Wet computercriminaliteit van belang. In de wetsgeschiedenis wordt immers verwezen naar ontwikkelingen binnen de Raad van Europa, en wel in het bijzonder naar de Aanbeveling R (91) 14 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van oktober 1991.(12) De bescherming van zogenaamde versluierde televisiediensten heeft al lang de internationale aandacht. De zojuist genoemde Aanbeveling hield in dat het produceren, importeren, verhandelen, bezitten en aanbevelen van zogenaamde 'decoding equipment' aan banden behoorde te worden gelegd. Onder decoding equipment verstond de Aanbeveling "any device, apparatus or equipment designed or specially adapted, totally or partially, to enable access in the clear to an encrypted service, that is to say without the modification or alteration of its characteristics."(13) De invoering van artikel 326c Sr gaf volgens de minister uitvoering aan de Aanbeveling.

3.7. Op 6 maart 1996 heeft de Europese Commissie een "green paper" doen verschijnen met als titel

"Rechtsbescherming van geëncrypteerde diensten op de interne markt".

De Commissie beschrijft de stormachtige ontwikkeling van de techniek en de daaraan gekoppelde groei van commerciële activiteiten en belangen. De nadelen van illegale piraterij komen aan de orde. Tevens bevat het stuk een overzicht van de markt voor betaaltelevisie en van de beschermende maatregelen in afzonderlijke lidstaten. Het stuk besluit met het formuleren van vragen die de Commissie aan de individuele lidstaten wil voorleggen.

In 1998 kwam Richtlijn 98/84/EG, betreffende rechtsbescherming van diensten gebaseerd op of bestaande uit voorwaardelijke toegang, tot stand.⁽¹⁴⁾ De Richtlijn spruit voort uit het Groenboek. De considerans van de Richtlijn houdt in dat het noodzakelijk lijkt de dienstverlener die voorwaardelijke toegang tegen betaling mogelijk maakt rechtsbescherming te bieden tegen illegale uitrusting waarmee gratis toegang tot deze diensten kan worden verkregen. Het vrije verkeer van diensten en goederen zou gevaar kunnen lopen omdat het niveau van rechtsbescherming van deze diensten in de nationale bepalingen grote verschillen vertoonde. De Richtlijn verplicht de lidstaten het op de markt brengen van illegale uitrusting, bestemd om de beveiliging van deze diensten tegen ongeoorloofd gebruik zonder betaling te omzeilen, tegen te gaan. Ook andere activiteiten in verband met deze illegale uitrusting zouden moeten worden verboden, zoals het maken van reclame, sponsoring, verkoopbevordering en public relations om dergelijke producten en diensten aan te prijzen. Artikel 2 van de Richtlijn bevat een aantal definities, waarvan de volgende van belang zijn:

- c) "uitrusting voor voorwaardelijke toegang": elke uitrusting of programmatuur die is ontworpen of aangepast om toegang te verschaffen tot een beschermde dienst in een begrijpelijke vorm; (...)
- e) "illegale uitrusting": elke uitrusting of programmatuur die is ontworpen of aangepast om zonder toestemming van de dienstverrichter in een begrijpelijke vorm toegang te verschaffen tot een beschermde dienst."

Artikel 4 van de Richtlijn omschrijft de gedragingen waartegen de lidstaten maatregelen dienen te nemen:

"Inbreuken

De lidstaten verbieden op hun grondgebied de volgende activiteiten:

- a) het vervaardigen, invoeren, verspreiden, verkopen, verhuren of in bezit hebben voor commerciële doeleinden van illegale uitrusting;
- b) het installeren, onderhouden of vervangen voor commerciële doeleinden van illegale uitrusting;
- c) het gebruik maken van commerciële communicatie om illegale uitrusting aan te prijzen."

3.8. Binnen de Raad van Europa kwam vervolgens op 24 januari 2001 het Europees Verdrag inzake de wettelijke bescherming van diensten die op voorwaarde toegankelijk zijn tot stand.⁽¹⁵⁾ Het Verdrag beoogt de aanbieders van televisie- en radio-omroepdiensten en zogenoemde informatiemaatschappijdiensten (on-line diensten) die tegen betaling worden geleverd op basis van voorwaardelijke toegang, juridische bescherming te bieden tegen de illegale ontvangst van hun diensten. Voorwaardelijke toegang houdt in dat een technische maatregel moet zijn ingevoerd om de toegang tot de dienst mogelijk te maken. Zo een technische maatregel kan ook bestaan uit software. In artikel 2 wordt immers "illegale voorziening" omschreven als:

"alle apparatuur, software en/of regelingen ontworpen of aangepast ten behoeve van het in begrijpelijke vorm verlenen van toegang tot een van de in onderdeel a van dit artikel genoemde diensten, zonder toestemming van de leverancier van de dienst."

Onderdeel a noemt de beschermende diensten, waaronder bijvoorbeeld vallen televisieprogrammadiensten, radioprogrammadiensten en diensten van de informatiemaatschappij. Artikel 4 omschrijft de strafbare feiten, en heeft de volgende inhoud

"Het uitvoeren van een van de volgende activiteiten op het grondgebied van een Partij wordt aangemerkt als onwettig:

- a. het vervaardigen of produceren van illegale voorzieningen voor commerciële doeleinden;

- b. het importeren van illegale voorzieningen voor commerciële doeleinden;
- c. het verspreiden van illegale voorzieningen voor commerciële doeleinden;
- d. het verkopen of verhuren van illegale voorzieningen voor commerciële doeleinden;
- e. het bezitten van illegale voorzieningen voor commerciële doeleinden;
- f. het installeren, onderhouden of vervangen van illegale voorzieningen voor commerciële doeleinden;
- g. het uitvoeren van commerciële promotie-, marketing- of reclameactiviteiten voor illegale voorzieningen.

Elke Partij kan, te allen tijde, in een verklaring gericht aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa, verklaren dat zij ook andere activiteiten dan die omschreven in het eerste lid van dit artikel als onwettig zal aanmerken."

De brief aan de Eerste en Tweede Kamer waarin de minister verzocht het verdrag goed te keuren is voorzien van een toelichtende nota. De minister schrijft dat het Verdrag zich nadrukkelijk richt op diensten die tegen betaling worden aangeboden en bepaalt dat activiteiten die gericht zijn om ongeautoriseerde toegang te verlenen tot de beschermde diensten illegaal zijn. De verbodsbepalingen richten zich op illegale uitrusting die vanuit commerciële overwegingen zijn ontworpen om toegang te verschaffen tot een beschermende dienst. De minister vergelijkt het verdrag met Richtlijn 98/84/EG en stelt vast dat zij bijna identiek zijn. Voorts schrijft de minister dat de Richtlijn als geïmplementeerd kon worden beschouwd in artikel 326c Sr. Hetzelfde geldt volgens de minister voor het Verdrag. Bij de artikelsgewijze toelichting op de bepalingen van het Verdrag merkt de minister op dat een "illegale uitrusting" ook kan bestaan in het ongeoorloofd gebruik van wachtwoorden.⁽¹⁶⁾ In de Staatscourant van 6 juli 2000, nummer 128, is op pagina 11 een overzicht te vinden van de wijze waarop Richtlijn 98/84/EG is geïmplementeerd. De in artikel 4 van de Richtlijn omschreven activiteiten worden gedekt door de in artikel 326c Sr weergegeven gedragingen.

3.9. Onder "gegevens" in artikel 326c Sr is onder meer te verstaan een weergave van instructies. Zulks blijkt uit de wetsgeschiedenis van de wet computercriminaliteit en uit artikel 80quinquies Sr. Het hof heeft mijns inziens de term "gegevens" daarom verkeerd uitgelegd. Een artikel in een tijdschrift bevat gegevens, een weergave van tekens of instructies. Dat het papier waarop het artikel is gedrukt de gegevensdrager is staat er niet aan in de weg dat het artikel zelf gegevens bevat. Ik zou het zeer eigenaardig hebben gevonden als de wetgever, in een tijd waarin het gebruik van Internet nog lang niet zo een hoge vlucht had genomen als thans het geval is en waarin gegevens doorgaans werden overgedragen door fysieke overdracht van gegevensdragers, artikel 326c Sr een zo beperkte inhoud zou hebben willen geven als het hof kennelijk heeft aangenomen. De wetgever heeft een bepaalde vorm van dienstverlening in ruime mate in bescherming willen nemen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de strekking van het tweede lid van artikel 326c Sr is, dat zoveel mogelijk wordt tegengegaan dat wederrechtelijk, zonder betaling, van uiteenlopende vormen van telecomdiensten gebruik wordt gemaakt. Het tweede lid van artikel 326c Sr vangt de moeilijkheden op die verbonden zijn aan de bijzondere aard van het delict van het eerste lid en die vervolging voor strafbare medeplichtigheid op problemen doen stuiten. De inspiratie voor de uitleg van het tweede lid kan gedeeltelijk ontleend worden aan de ratio en inhoud van artikel 48 Sr.

Zowel grammaticaal als wetshistorisch als teleologisch lijkt mij een ruime uitleg te verkiezen boven de door het hof gehanteerde beperkte uitleg.

Een ruime uitleg is evenmin in strijd met de tekst of de ratio van Richtlijn 98/84/EG. Als in een artikel in een commercieel tijdschrift stappen worden uitgelegd die men dient te zetten om de exclusiviteit van voorwaardelijke toegang tot een beschermende dienst met behulp van een aangewezen programma te doorbreken, is er naar mijn mening sprake van een aanprijzing van illegale uitrusting (waaronder ook programmatuur is te begrijpen) via commerciële communicatie. Het Europees Verdrag inzake de wettelijke bescherming van diensten die op voorwaarde toegankelijk zijn keert zich onder meer tegen het uitvoeren van commerciële promotie-, marketing- of reclameactiviteiten voor illegale voorzieningen, waaronder ook software is te begrijpen. Een ruime uitleg van artikel 326c lid 2 Sr loopt ook in de pas met Verdrag en Richtlijn.

4. De door het hof gegeven vrijspraak berust mijns inziens op een verkeerde uitleg van het bestanddeel "gegevens" in het tweede lid van artikel 326c Sr. Aldus heeft het hof de grondslag van de tenlastelegging verlaten, als gevolg waarvan de bestreden vrijspraak niet in stand zal kunnen blijven.

5. Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de strafzaak naar een aangrenzend hof, teneinde op het bestaande beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden

- 1 Kamerstukken II 1991-1992, 21551, nr. 12.
- 2 Kamerstukken II 1989-1990, 21551, nr. 3, p. 5.
- 3 Kamerstukken II 1991-1992, 21551, nr. 26.
- 4 Kamerstukken II 1989-1990, 21551, nr. 3, p. 4; Kamerstukken II 1990-1991, 21551, nr. 6, p. 8.
- 5 Kamerstukken II 1990-1991, 21551, nr. 7.
- 6 Het derde lid van art. 50 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen luidde als volgt:
"3. Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, door een technische ingreep het verrichten van een dienst met gebruikmaking van de telecommunicatie-infrastructuur of een draadomroepinrichting als bedoeld in artikel 21 bewerkstelligt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaar of geldboete van de vijfde categorie."
- 7 Kamerstukken II 1990-1991, 21551, nr. 7, p. 4/5.
- 8 Kamerstukken II 1991-1992, 21551, nr. 11, p. 3.
- 9 Kamerstukken II 1991-1992, 21551, nr. 12, p. 3.
- 10 Kamerstukken II 1991-1992, 21551, nr. 12, p. 5.
- 11 Kamerstukken II 1991-1992, 21551, nr. 12, p. 5.
- 12 Kamerstukken II 1991-1992, 21551, nr. 12, p. 5.
- 13 Aldus geciteerd op p. 24 van het later te bespreken Groenboek van de EC (<http://europa.eu.int/en/record/green/gp004en.pdf>).
- 14 Richtlijn 98/84/EG van de Europese Commissie van 20 november 1998, gepubliceerd op 28 november 1998, PbEG 1998, L 320/54.
- 15 Trb. 2001, 138; Trb. 2002, 111.
- 16 Staten-Generaal 2003-2004, 29236 (R 1743), A en nr. 1, bladzijde 6, 7.