

Tilburg University

## De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen

Koops, E.J.; Prins, J.E.J.

*Published in:*  
Glijdende schalen

*Publication date:*  
2003

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Koops, E. J., & Prins, J. E. J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In M. S. Groenhuijsen, & J. B. H. M. Simmelink (Eds.), *Glijdende schalen* (pp. 341-386). Wolf Legal Publishers (WLP).

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

## **De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving**

*versie 13, 10 juli 03*

B.J. Koops, J.E.J. Prins<sup>1</sup>

### ***1. Inleiding***

Het beeld dat in onze huidige informatiemaatschappij opkomt is dat van een verregaande invloed van technologie op regulering. Zo blijkt uit een scala aan toepassingen dat technologie een belangrijke bijdrage kan leveren aan het handhaven van wet- en regelgeving. Momenteel worden bijvoorbeeld alle sigarettenautomaten in ons land voorzien van een zogenoemde *Agekey* die het voor jongeren onder de 16 jaar moeilijker maakt sigaretten uit de automaat te kopen<sup>2</sup> en weerhoudt een zogenoemd alcoholslot automobilisten die vaker met een slok op achter het stuur worden betrapt, in de toekomst ervan hun auto te starten.<sup>3</sup> Wat men ook van de effectiviteit van dergelijke maatregelen mag vinden, ze getuigen in elk geval van een toenemend vertrouwen in techniek om handhaving kracht bij te zetten.

Maar technologie biedt ook interessante mogelijkheden om deze en andere technische handhavinginstrumenten vervolgens weer te ontduiken. Bekend zijn de radarverklikkers die automobilisten waarschuwen voor de radarsignalen van snelheidscontroles en laserschilden die de auto met een waas van infrarode straling omringen waardoor de politie niet langer kan vaststellen hoe hard iemand rijdt.

Juist omdat blijkt dat handhavingstechnologieën op hun beurt weer vatbaar zijn voor omzeiling, zetten wetgevers in op het aanpakken van dergelijke omzeilingsfaciliteiten. Zo zijn radarverklikkers al in diverse landen verboden en werkt ook de Nederlandse regering aan wettelijke maatregelen die het gebruik daarvan strafbaar stellen. Het recente Cybercrime-Verdrag van de Raad van Europa getuigt van een vergaande strafbaarstelling van misbruik van hulpmiddelen. Eenzelfde ontwikkeling valt waar te nemen binnen het auteursrecht. Informatie- en communicatietechnologie (ICT) blijkt een belangrijke bijdrage te kunnen leveren in de bescherming van auteursrechten, maar omdat de technische bescherming vaak weer gekraakt kan worden, moet de technische bescherming zelf ook weer juridisch beschermd worden, zo luidt de redenering.

---

<sup>1</sup> Bert-Jaap Koops is universitair hoofddocent recht en techniek bij het Centrum voor Recht, Bestuur en Informatisering van de Universiteit van Tilburg ([www.uvt.nl/crbi](http://www.uvt.nl/crbi)). Corien Prins is hoogleraar recht en informatisering bij hetzelfde centrum.

<sup>2</sup> *Journal Privacy Gezondheidszorg*, december 2002, p. 5.

<sup>3</sup> *NRC Handelsblad*, 10 januari 2003.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

Dit leidt tot een toenemende gerichtheid op technische hulpmiddelen die kunnen worden gebruikt voor misdadige doeleinden, hetzij als instrument om een misdrijf zelf te plegen, hetzij als middel om bij het plegen onzichtbaar te blijven voor de handhavingsautoriteiten. Nu kent ons land al langer wettelijke regelingen waarin het misbruik van hulpmiddelen verboden is. Een blik op recente internationale ontwikkelingen laat echter zien dat het verbod van bepaalde technische hulpmiddelen aanzienlijk verder lijkt te gaan dan huidige strafrechtelijke aansprakelijkstellingen.

In deze bijdrage willen we deze ontwikkelingen plaatsen tegen de achtergrond van het systeem van strafrechtelijke aansprakelijkstelling. Wij doen dit aan de hand van het werk van Jaap de Hullu, met name zijn magnum opus *Materieel strafrecht*. Hiermee beogen wij de vraag te beantwoorden of de lopende ontwikkelingen in strafbaarstelling van technologische hulpmiddelen passen binnen het systeem van de wet en of zij aanvaardbaar zijn in het licht van de grondslagen van het materiële strafrecht. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Om de nieuwe ontwikkelingen te kunnen plaatsen, beginnen wij met een overzicht van de reeds bestaande bepalingen van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor gebruik van hulpmiddelen, inclusief de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Hieruit leiden wij af wat in het huidige systeem van de wet redenen zijn voor strafbaarstelling van hulpmiddelen, en bij welke bestanddelen deze bepalingen aanknopen. Vervolgens bespreken wij drie actuele ontwikkelingen in de strafbaarstelling van technologische hulpmiddelen: laserschilden en radarverklippers in het verkeersrecht, hulpmiddelen in het Cybercrime-Verdrag, en kraakmiddelen in het auteursrecht. Aan de hand van de eerder geschetste redenen en aanknopingspunten voor strafbaarstelling, toetsen wij de nieuwe ontwikkelingen rond technologische hulpmiddelen, waarna we afsluiten met enkele aanbevelingen aan de Nederlandse wetgever.

## ***2. Strafbaarstelling van hulpmiddelen in het systeem van het materiële strafrecht***

In deze paragraaf geven wij een overzicht van bestaande strafbaarstellingen van hulpmiddelen. We kijken daarbij naar drie groepen strafbaarstellingen: bij bijzondere delicten in het materiële strafrecht, in Algemene Plaatselijke Verordeningen (APV's), en de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Vervolgens gaan we in op de ratio van de diverse strafbaarstellingen van hulpmiddelen en analyseren wij de aanknopingspunten die deze bepalingen hanteren.

### **2.1. Allerhande hulpmiddelen in strafwetgeving**

Er bestaan reeds diverse bepalingen in het strafrecht rond hulpmiddelen. Deze zijn in de eerste plaats gerelateerd aan geld- of waardepapiervervalsing. Volgens art. 209 is

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

strafbaar het in voorraad hebben of invoeren van vervalst geld met het oogmerk om dit als echt of ongeschonden uit te geven; de maximumstraf hierop is negen jaren gevangenisstraf.<sup>4</sup> Het vervaardigen of voorhanden hebben van middelen waarvan iemand weet dat zij bestemd zijn tot vervalsen van geld is strafbaar met ten hoogste vier jaren gevangenisstraf (art. 214 Sr). Soortgelijke bepalingen bestaan voor hulpmiddelen voor het namaken van postzegels (art. 223 Sr) en van aandelen en dergelijke (art. 234 Sr), strafbaar met maximaal zes maanden gevangenisstraf.

Ten tweede kent de Opiumwet een strafbaarstelling voor het voorhanden hebben van middelen tot het plegen van ernstige drugsdelicten (art. 10a lid 1 onder 3 Opiumwet). Deze gaat verder dan de bepalingen bij geldvervalsing, omdat hierbij culpa ('ernstige reden om te vermoeden') voldoende is om de kwalijke bestemming van de voorbereidingshandeling af te leiden. Het ging hier volgens de wetgever om een 'eenmalige' gebeurtenis, aldus de Hullu, die zich – volgens ons retorisch – afvraagt of de mogelijkheid van culpa 'bij nader inzien' niet erg ver gaat.<sup>5</sup>

In de derde plaats zijn diverse voorbereidingen voor misdrijven tegen de staatsveiligheid strafbaar gesteld. Het gaat bijvoorbeeld om het voorhanden hebben van voorwerpen waarvan iemand weet dat deze bestemd zijn om een aanslag te plegen tegen de koning, de staat, de regeringsvorm of een regeringsraadsvergadering, indien het oogmerk bestaat om zo'n aanslag voor te bereiden of te bevorderen (art. 96 lid 2 onder 3 Sr). Evenzo is samenspanning tot een dergelijk misdrijf strafbaar, dat wil zeggen de overeenkomst tussen ten minste twee personen om een aanslag te plegen; de afspraak is reeds voldoende, ongeacht of er een begin is van uitvoering van de aanslag (art. 96 lid 1 j<sup>o</sup>. 80 Sr). Alle voorbereidingshandelingen voor het doorspelen van staatsgeheimen aan een vreemde staat of buitenlander zijn eveneens strafbaar (art. 98a lid 3 Sr). Ook is de samenspanning tot hulpverlening aan de vijand in tijden van oorlog strafbaar (art. 103 j<sup>o</sup>. 102 Sr) – saillant vanwege de recente wederopstanding van dit verstofte artikel in het 'Jihad-proces';<sup>6</sup> een mondelinge afspraak om samen naar Afghanistan te reizen 'om Osama bin Laden eens op te zoeken' kan in theorie al bestraft worden met tien jaren gevangenisstraf. De praktijk zal wel minder ver gaan dan de theorie: De Hullu heeft erop gewezen dat er tot 2000 slechts één gepubliceerde commune strafzaak is geweest voor samenspanning.<sup>7</sup>

In de vierde plaats bestaan er reeds enkele strafbaarstellingen rond hulpmiddelen op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie. Art. 32a Auteurswet bepaalt dat het opzettelijk ter verspreiding aanbieden of voorhanden hebben, het invoeren, doorvoeren of uitvoeren, of het bewaren uit winstbejag van softwarekraakmiddelen

---

<sup>4</sup> Tot voor kort bestond een vergelijkbare strafbaarstelling voor gesnoeid geld, art. 211 Sr. Deze is afgeschaft bij wet van 17 mei 2001 (eurovalsemunterij), Stb. 2001, 234.

<sup>5</sup> De Hullu 2000, p. 393n en 405.

<sup>6</sup> Rb. Rotterdam 5 juni 2003, rechtspraak.nl, LJN-nummer AF9546.

<sup>7</sup> De Hullu 2000, p. 373.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

strafbaar is. Kraakmiddelen zijn in dit geval middelen voor het omzeilen van technische beveiliging van computerprogrammatuur. Daarbij moet het wel gaan om middelen die *uitsluitend* bestemd zijn om programmatuurbeveiliging te kraken. Een middel dat bruikbaar is als kraakmiddel van softwarebeveiliging maar dat ook andere doeleinden heeft, valt dus niet onder de strafbaarstelling. Art. 326c lid 2 Sr stelt strafbaar handelingen met apparatuur voor het kraken van systemen waarmee zonder te betalen gebruik kan worden gemaakt van telefonie of betaal-tv. Het gaat dan om het openlijk ter verspreiding aanbieden, ter verspreiding of ter import voorhanden hebben of het uit winstbejag vervaardigen of bewaren. Voorts is er nog, alhoewel niet strikt een vorm van misbruik van hulpmiddelen, art. 441a Sr, dat het reclame maken voor af luisterapparatuur strafbaar stelt. Dit is een curieuze strafbaarstelling van een soort voorbereidingshandeling, die verder geen pendant kent in het commune strafrecht (waar het wetboek geen verbod kent op reclame maken voor bijvoorbeeld moordwapens of voor vervalsingsmiddelen, kan men zich afvragen of dit een zinvolle bepaling is).

Het strafrecht kent dus reeds enkele bijzondere strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen. Deze hangen samen met fundamentele rechtsgoederen van algemeen belang: de integriteit van de economie (bij vervalsingsdelicten), de volksgezondheid en de staatsveiligheid. De strafbaarstelling van ICT-hulpmiddelen kent wat dat betreft een minder in het oog springend rechtsgoed: softwarekraakmiddelen en telecomfraude bedreigen onderdelen van de economie, maar niet de integriteit van de economie zelf.<sup>8</sup>

Deleted: ie

De criminalisering wordt bij hulpmiddelen ingeperkt door een strenge opzeteis: de dader moet weten dat een middel bestemd is tot een misdrijf. De strafbaarstelling bij drugsdelicten is hier een uitzondering: daarvoor is voldoende dat iemand behoort te weten dat een hulpmiddel een criminele bestemming heeft. Voor andere voorbereidingshandelingen dan gedragingen met hulpmiddelen gaat de criminalisering verder: bij sommige staatsveiligheidsdelicten zijn alle voorbereidingshandelingen ongeclausuleerd strafbaar.

## 2.2. Kwasten, handschoenen, lopers en de APV

Wie behulpzaam is om een vriend te helpen het nieuwe huis bewoonbaar te maken en na afloop van een avondje schilderen tevreden naar huis loopt met zijn schildersmateriaal, kan een verrassing te wachten staan als hij een wijkagent tegenkomt. Het vervoeren van kwasten en verf is namelijk strafbaar, althans tenzij ze niet worden gebruikt of bestemd zijn om illegaal te plakken of te kladden. De Model Algemene Plaatselijke Verordening

---

<sup>8</sup> Volgens de Hoge Raad is de ratio van art. 326c lid 2 Sr 'een doelmatige bescherming van het economische belang van de verschaffing van telecomdiensten'. HR 15 april 2003, rechtspraak.nl, LJN-nummer AF3372.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

(Model-APV) van de VNG<sup>9</sup> stelt namelijk in art. 2.4.3 een verbod op vervoer van plakgereedschap e.d. tussen 10 uur 's avonds en 6 uur 's morgens; lid 2 bevat een uitzonderingsgrond: 'Het in het eerste lid gestelde verbod is niet van toepassing, indien de in dat lid bedoelde materialen of gereedschappen niet zijn gebezigd of niet zijn bestemd voor handelingen als verboden in artikel 2.4.2.'

Evenzo kent de Model-APV een verbod op het nachtelijke vervoer van lopers, touwladders, lantaarns en 'enig ander gereedschap, voorwerp of middel, dat ertoe kan dienen zich onrechtmatig de toegang tot een gebouw of erf te verschaffen, (...) diefstal door middel van braak te vergemakkelijken of het maken van sporen te voorkomen' (art. 2.4.4 lid 2). Ook dit verbod is niet van toepassing indien de middelen niet bestemd of gebruikt zijn voor bedoelde handelingen (lid 2). Het wandelen met handschoenen aan is dus strafbaar, tenzij de handschoenen niet bedoeld zijn om vingerafdrukken te voorkomen.

Aldus legt de Model-APV, die bijvoorbeeld in Tilburg op deze punten rechtstreeks is overgenomen,<sup>10</sup> een schijn van illegaliteit op tal van activiteiten die gebruikelijk en legitiem zijn, en die vermoedelijk door vele medewerkers van de vakgroep Strafrecht van de Tilburgse universiteit meermalen zijn gepleegd. Strikt genomen zijn de reguliere activiteiten niet strafbaar, maar de constructie van de APV biedt wel de mogelijkheid van een zekere bewijslastomkering: wie moet aantonen dat de handschoenen níét bestemd waren om vingerafdrukken te voorkomen, of dat de verfkwast bedoeld is om de kamer te schilderen bij een vriend? Vanwege de formulering van een strafuitsluiting bij niet-misdadige bestemming wekken de APV's de schijn van bewijslastomkering, die de dader onder druk zet om een verklaring te geven voor het voeren van het hulpmiddel. Dit staat op gespannen voet met de onschuldpresumptie.

Evenals de bijzondere bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, concentreren de APV-bepalingen zich aldus op de bestemming van hulpmiddelen. Maar anders dan de commune bepalingen, laat de APV in het midden waaruit deze bestemming moet blijken. Dit laat aanzienlijk meer ruimte voor casuïstische afwegingen in de rechtspraak.

## 2.3. Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen

### 2.3.1. Inhoud en achtergrond

Bij wet van 27 januari 1994 is de voorbereiding van zeer ernstige misdrijven strafbaar gesteld (art. 46 Sr):<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Zie <<http://www.lim-info.nl/lim/ned/bibliotheek/juridisch/modelAPVtekst.doc>>.

<sup>10</sup> Art. 45 en 46 APV Tilburg 1997.

<sup>11</sup> Stb. 1994, 60. Bij wet van 20 december 2001 (terrorismedinanciering), Stb. 2001, 675, zijn de woorden 'gelden of andere betaalmiddelen' en 'in vereniging' geschrapt, onder toevoeging van een vijfde lid: 'Onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten.'

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

*Vorbereitung van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld is strafbaar, wanneer de dader opzettelijk voorwerpen, stoffen, gelden of andere betaalmiddelen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen kennelijk bestemd tot het in vereniging begaan van dat misdrijf verwerft, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of voorhanden heeft.*

Deze strafbaarstelling staat op gespannen voet met ons 'daadstrafrecht': strafrechtelijke aansprakelijkheid ontstaat in principe slechts bij waarneembare, strafwaardig te achten gedragingen.<sup>12</sup> Voorbereidingshandelingen hoeven in zichzelf niets strafwaardigs te hebben – het zijn 'op zichzelf nogal eens onschuldige, alledaagse handelingen'.<sup>13</sup>

Waarom is deze bepaling dan tot stand gekomen?

De achtergrond van de strafbaarstelling was gelegen in de toenemende (bezorgdheid over) georganiseerde criminaliteit. Daarbinnen worden zeer ernstige delicten voorbereid, waarbij de politie zal willen ingrijpen voordat het misdrijf wordt gepleegd; in dat geval is er echter normaliter geen sprake van een strafbare poging, omdat er nog geen begin van daadwerkelijke uitvoering heeft plaatsgevonden. De politie kan dan wel het misdrijf voorkomen, maar de beoogde daders gaan vrijuit. Een voorbeeld is een voorgenomen ramkraak op een bank, die in december 1988 in Tilburg werd verijdeld.<sup>14</sup> De nadruk op de georganiseerde misdaad is terug te vinden in het (later geschrapte) vereiste dat de voorbereiding bestemd is tot het 'in vereniging' plegen van misdrijven; het opzet moet ook op dit gezamenlijke plegen zijn gericht.<sup>15</sup> Gezamenlijke voorbereiding van solo-acties was dus niet strafbaar gesteld, solo-voorbereiding van gezamenlijke acties wel.<sup>16</sup> Gezien deze ratio is wel opmerkelijk dat de strafbaarstelling uiteindelijk algemeen werd geredigeerd: er is geen verband aangebracht met de georganiseerde misdaad zoals we die kennen uit art. 140 Sr – een echtpaar dat een kelder voorhanden heeft om kinderen seksueel te misbruiken valt evengoed onder de bepaling. De noodzaak voor deze brede werking buiten de georganiseerde misdaad is niet direct beargumenteerd door de wetgever.<sup>17</sup>

Inmiddels heeft de wetgever de woorden 'in vereniging' weer geschrapt, als uitvloeisel van het anti-terrorismedinancieringsverdrag.<sup>18</sup> De wijziging betreft echter niet alleen terrorismefinanciering, maar alle soorten misdrijven. De wetgever ervaart in 2001 de

---

<sup>12</sup> De Hullu 2000, p. 372.

<sup>13</sup> De Hullu 2000, p. 372.

<sup>14</sup> HSR 1995, p. 387. Dit voorbeeld komt samen met enkele andere voorbeelden van 'vergevoerde voorbereiding van gewelddadige overvallen' naar voren in de toelichting bij de wet; andersoortige voorbeelden zijn niet gegeven. Smith 2003, p. 196.

<sup>15</sup> HSR 1995, p. 413.

<sup>16</sup> Een merkwaardige keuze: Van Veen (DD 1995, p. 370) heeft terecht opgemerkt dat de georganiseerde misdaad niet wordt gekenmerkt door gezamenlijk uitvoeren van misdrijven maar juist door gezamenlijk voorbereiden en bedenken. Geciteerd in De Hullu 2000, p. 400.

<sup>17</sup> De Hullu 2000, p. 392.

<sup>18</sup> Trb. 2000, 12. Wet van 20 december 2001 (terrorismefinanciering), Stb. 2001, 675.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

georganiseerde misdaad kennelijk niet meer als de drijvende kracht achter art. 46 Sr: 'Aangetekend zij daarbij nog dat het schrappen (...) ook overigens een verbetering oplevert, omdat onvoldoende duidelijk is waarom voorbereiding van een door een enkeling uit te voeren misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar is gesteld als zozeer minder strafwaardig aangemerkt zou dienen te worden, dat toepassing van artikel 46 Sr is uitgesloten.'<sup>19</sup> Oftewel: elk misdrijf met een acht jaren of meer gevangenisstraf is dermate ernstig dat ook de voorbereiding ervan strafbaar moet zijn.

Over deze wijziging is opmerkelijk weinig gediscussieerd in het parlement. 'Schijnbaar zonder dat de wetgever zich nog rekenschap heeft gegeven van de achtergronden van deze strafbaarstelling, is de grens van strafrechtelijke aansprakelijkheid verder opgeschoven ten behoeve van de implementatie van bovengenoemd verdrag.'<sup>20</sup> Men zou hieruit kunnen afleiden dat de ratio van art. 46 Sr kennelijk inmiddels niet meer gelegen is in het tijdig voorkomen van gewelddadige georganiseerde misdaad, maar in een algemene, abstracte gevaarstelling van ernstige misdrijven.

Ondanks de brede, algemene werking, zijn er wel beperkingen aangebracht. In de eerste plaats gaat het om zeer ernstige misdrijven, met een maximumstraf van minimaal acht jaren. Dit zijn over het algemeen misdrijven 'waarvan directe, acute gevaarstelling voor de samenleving te duchten is',<sup>21</sup> zoals een aanslag op de koning, brandstichting, ontucht met minderjarigen, gijzeling en diefstal met geweld. De voorbereiding van deze gevaarzettende delicten is niettemin minder ernstig dan de uitvoering of de poging: 'de schok voor de rechtsorde die van een voorbereidingshandeling uitgaat [is] vergelijkenderwijs geringer dan die welke teweeggebracht wordt door het misdrijf zelf of de strafbare poging daartoe'.<sup>22</sup> Dit komt tot uiting in de strafmaat: deze is de helft lager dan die van het beoogde delict, aldus art. 46 lid 2 Sr (bij poging is dat tweederde, art. 45 lid 2).

Wel moet worden aangetekend dat niet alle misdrijven met acht jaren of meer gevangenisstraf in zichzelf gevaarzettend zijn: bijvoorbeeld het in voorraad hebben van vals geld met het oogmerk dit als echt uit te geven (art. 209, negen jaren gevangenisstraf) is zelf al een voorbereidingshandeling. Het gaat nogal ver dat de voorbereiding hiervan (het kopen van een ladenkastje met het oogmerk om daarin vals geld in voorraad te gaan houden) strafbaar is op basis van art. 46 jo. 209 Sr.<sup>23</sup> Ook het meewerken aan het

---

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 031, nr. 5, p. 4.

<sup>20</sup> Smith 2003, p. 230.

<sup>21</sup> HSR 1995, p. 413.

<sup>22</sup> *Kamerstukken II* 1990/91, 22 268, nr. 3, p. 19.

<sup>23</sup> Wellicht moet dit gedeelte van art. 209 Sr daarom gelezen worden als een specialis van art. 46 Sr, zodat cumulatie niet mogelijk is. Strijards 1995, p. 176-178, gaat in zijn overzicht van mogelijke cumulatie niet in art. 209.



Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

verzekeren van een vaartuig dat voor zeeroof bestemd is (art. 384 jo. 381 Sr) lijkt niet dermate direct gevaarzettend dat in de voorbereidingsfase daarvan al zou moeten kunnen worden ingegrepen.

De strafbaarstelling is voorts beperkt tot het gebruik van hulpmiddelen, een geobjectiveerde concretisering van het abstracte ‘voorbereiding’: de voorbereiding moet zich op enigerlei wijze uiten in waarneembare handelingen.<sup>24</sup> Hoewel de hulpmiddelen en de gedragingen limitatief zijn opgesomd, levert dat geen substantiële beperking op. Evenals bij de APV-middelen kunnen alledaagse voorwerpen als een steen, spijker of touw onder omstandigheden bestemd worden voor een misdrijf. En ‘[w]ie heeft immers geen ruimten, vervoermiddelen en gelden voorhanden?’<sup>25</sup> De rechtspraak heeft inmiddels onder andere vrouwenpruiken, dameskleding en cosmetica alsmede plastic patatvorkjes aangeduid als art. 46-voorbereidingsmiddelen.<sup>26</sup>

Daarmee komt de crux van de strafbaarstelling te liggen op de kennelijke bestemming van de middelen. Volgens de wetgever betekent dit: ‘de misdadige bestemming moet voor de gemiddelde rechtsgenoot, gelet op de omstandigheden waaronder de middelen werden gebruikt en aangetroffen, in het oog springen’.<sup>27</sup> De Hullu merkt echter op dat bij de meeste voorbeelden die de wetgever geeft, de misdadige bestemming voor ‘de gemiddelde rechtsgenoot’ allerm minst evident is.<sup>28</sup> Welke vereisten dan wel moeten worden gesteld aan de uiterlijke indruk waaruit men een misdadige bestemming kan afleiden, blijft onduidelijk. Dat is casuïstisch, maar het zal in elk geval vaak moeilijk zijn om puur op basis van uiterlijke factoren een misdadige bestemming af te leiden, zeker bij meer alledaagse voorwerpen.

Volgens De Hullu is het daarom nodig om de subjectieve intentie te betrekken bij de beoordeling van de kennelijk misdadige bestemming. Hoewel de meningen hierover verdeeld zijn, kiest hij voor het ‘meetellen wat over de intentie bekend is’, bijvoorbeeld uit verklaringen van de verdachte. Dit past bij de kern van strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, waar ‘de intentie nu eenmaal centraal staat’.<sup>29</sup> Ook Smith verdedigt in zijn dissertatie het meewegen van de intentie: het opzet op een misdadige

---

<sup>24</sup> ‘Hier zal de handeling moeten worden beschouwd als symptoom van de achterliggende criminele wilgerichtheid. De daad moet de vastheid van het voornemen om tot een strafbaar feit te komen tekenen.’ *Kamerstukken II* 1992/93, 22 268, nr. 7, p. 14, geciteerd in De Hullu 2000, p. 396n.

<sup>25</sup> De Hullu 395-396, met voorbeelden mede ontleend aan Strijards 1995, p. 123-125.

<sup>26</sup> Smith 2003, p. 44n.

<sup>27</sup> *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 268, nr. 3, p. 18. Zie hierover HSR 1995, p. 414, en Smith 2003, p. 47-48 en 202-211.

<sup>28</sup> De Hullu 2000, p. 396.

<sup>29</sup> De Hullu 2000, p. 397. ‘De objectieve omstandigheden – gedraging, middelen en kennelijke bestemdheid van de middelen – hebben maar een beperkte zelfstandige waarde. In een grondige toetsing van de intentie zie ik de grootste rol voor de rechter weggelegd bij een restrictieve toepassing van art. 46 Sr’ (p. 413).

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

bestemming ‘is sterk toekomstgericht en zou daarom ook kunnen worden omschreven als de “intentie” waarmee de dader de in art. 46 bedoelde gedragingen verricht.’<sup>30</sup>

Deze meer subjectieve invulling moet in samenhang worden gezien met de opzeteis, die door de wetgever nogal dubbelzinnig is uitgelegd.<sup>31</sup> Volgens De Hullu moeten hoge eisen worden gesteld aan het opzet van de dader op de misdadige voorbereiding; hij twijfelt of voorwaardelijk opzet hier acceptabel is, en zou liever zien dat de bepaling ‘oogmerk’ hanteerde. ‘Pas na bewijs van een aldus zwaar aangezette verkeerde intentie kan van strafbare voorbereiding worden gesproken. Als het belangrijkste aanknopingspunt voor aansprakelijkheid de verkeerde intentie is, is zo’n verzwaring van de bewijslast voor opzet op zichzelf bepaald geen bezwaar. Misschien zou al met al in de wet beter over “oogmerk” kunnen worden gesproken.’<sup>32</sup>

### 2.3.2. Systeembreuk binnen het daadstrafrecht?

Hoe moet art. 46 Sr nu worden gezien binnen het materiële strafrecht, gezien het belang van de (subjectieve) intentie op het plegen van een ernstig misdrijf? Volgens de wetgever is er geen sprake van een fundamentele verandering: ‘Het grondidee dat het strafrecht slechts reageert tegen uiterlijke handelingen en als zodanig ultimum remedium is, wordt niet aangetast; (...) het gedachtengoed als zodanig is strafrechtelijk vrij.’ Er is geen sprake van ‘bestrafing van een enkele intentie die in geen enkel opzicht blijkt in handelingen die op zichzelf wederrechtelijk zijn’.<sup>33</sup> Maar zoals hierboven aangeduid, is dat laatste niet het geval: veel voorbereidingshandelingen zijn op zichzelf niet wederrechtelijk, maar verkrijgen alleen hun wederrechtelijkheid door de subjectieve intentie, de gedachten van de dader.

In de literatuur wordt dan ook gesproken van een systeembreuk. Het Wetboek van 1886 hanteerde als uitgangspunt dat voorbereidingshandelingen niet in het algemeen strafbaar gesteld kunnen worden: ‘omdat, zolang de uitvoering niet is aangevangen, het soms hoogst waarschijnlijk, maar nimmer zeker is dat hij die het misdrijf heeft voorbereid, dit ook zal uitvoeren of pogen uit te voeren’.<sup>34</sup>

De Hullu zelf laat zorgvuldig in het midden of hij art. 46 Sr een systeembreuk acht. Hij plaatst de bepaling, evenals de toenemende uitzonderingen in het bijzondere strafrecht, in de ontwikkeling van instrumentalisering van het strafrecht:

‘Ook bij de strafbare poging en voorbereiding blijkt weer (...) dat wetgever en rechtspraak tegenwoordig gemakkelijker, instrumenteler en ruimer omgaan met algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid dan in 1886 en de eerste helft van de twintigste eeuw. Het saldo van de ontwikkelingen is ook hier een duidelijke

---

<sup>30</sup> Smith 2003, p. 43, die elders evenwel de intentie grotendeels geobjectiveerd lijkt te willen aanduiden: de bestemming moet ‘in beginsel (...) kunnen worden opgemaakt uit uiterlijke omstandigheden’ (p. 48).

<sup>31</sup> Zie de citaten in Smith 2003, p. 42.

<sup>32</sup> De Hullu 2000, p. 399. Zo ook Smith 2003, p. 43-44.

<sup>33</sup> Geciteerd in De Hullu 2000, p. 392 en 396n.

<sup>34</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht I*, Haarlem 1891, p. 421, geciteerd in De Hullu 2000, p. 393.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

uitbreiding van de mogelijkheden voor strafrechtelijke aansprakelijkstelling. Praktisch werkbare uitkomsten vormen een belangrijke toetssteen, dogmatische en systematische vragen zonder praktische ondergrond krijgen minder aandacht.<sup>35</sup>

De Hullu signaleert dus niet zozeer een systeembreuk, maar een algemene tendens naar uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid, die een uitvloeisel is van een instrumentele, minder dogmatische visie op de rol van het strafrecht. De Hullu levert hier kritiek op de gebrekkige motivering door de wetgever: 'Deze stand van zaken roept de rechtspolitieke vraag op of het beroep van de wetgever op de absolute noodzaak van zulke bepalingen achteraf gezien als voldoende overtuigend kan worden aangemerkt.' De bepaling moet in elk geval terughoudend worden toegepast, waarbij vooral een rol voor de rechter is weggelegd die de intentie van de dader moet zien te duiden. Terecht wijst De Hullu echter op een gevaar van algemene bepalingen die in de praktijk terughoudend moeten worden toegepast: in 'zwaardere tijden' betekenen zij een kwetsbaarheid voor de rechtsstaat.<sup>36</sup>

## 2.4. Het systeem en redenen voor uitzonderingen

Wij gaan ervan uit dat het Nederlandse strafrecht nog steeds een daadstrafrecht is: in beginsel worden alleen strafwaardig geachte gedragingen strafbaar gesteld. Bestaande uitzonderingen zijn niet bedoeld om dit uitgangspunt te verlaten:<sup>37</sup> bijzondere strafbaarstellingen rond hulpmiddelen zijn gebaseerd op het grote belang van bijzondere, wellicht kwetsbare rechtsgoederen (het geldverkeer, de staatsveiligheid, de volksgezondheid). Ook de opmerking bij de invoering van art. 10a Opiumwet dat deze strafbaarstelling een eenmalige gebeurtenis zou zijn, duidt op een visie dat het daadstrafrecht onverkort het uitgangspunt is. De algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen is zoals we hiervoor vaststelden – volgens de wetgever – geen uitzondering ('Het grondidee (...) wordt niet aangetast'). Het is te beargumenteren dat dit laatste wel afbreuk doet aan het uitgangspunt van daadstrafrecht, maar de intentie van de wetgever is in elk geval geweest het uitgangspunt te handhaven.

Vanuit het basisidee van een daadstrafrecht, kunnen we vervolgens de bestaande strafbaarstellingen rond hulpmiddelen plaatsen. Een eerste categorie past naadloos binnen het systeem: dit betreft voorbereidende gedragingen die op zichzelf als strafwaardig kunnen worden gezien. In de zuiverste vorm komt deze categorie nauwelijks voor. Het invoeren of uitvoeren van vervalst geld (art. 209 Sr) kan wellicht gezien worden als een inherent strafwaardige gedraging, maar er zijn verder nauwelijks voorbeelden te bedenken waarin een voorbereidende gedraging niet ook een legitiem doel zou kunnen

---

<sup>35</sup> De Hullu 2000, p. 410.

<sup>36</sup> De Hullu 2000, p. 412-413.

<sup>37</sup> Vgl. HSR 1995, p. 100: "Men is het er in Nederland wel over eens, dat strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen gelet op de evidente rechtsstatelijke bezwaren tot een minimum beperkt dient te worden."

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

hebben. In minder zuivere vorm komt deze categorie wel veelvuldig voor: de strafwaardigheid van een gedraging wordt dan afgeleid uit de onmiskenbare intentie om een strafbaar feit gaan te plegen. Dit staat echter op gespannen voet met het beginsel van een daadstrafrecht: de daad zelf moet strafwaardig zijn, niet de intentie waarmee deze wordt gepleegd, zodat wij de minder zuivere vormen eigenlijk niet onder de eerste categorie (van in zichzelf strafwaardige handelingen) willen scharen, maar onder de tweede categorie.

Deze tweede categorie strafbaarstellingen betreft uitzonderingen op het uitgangspunt van daadstrafrecht. Het zijn strafbaarstellingen van gedragingen die op zichzelf niet strafwaardig zijn, maar die dusdanig ingrijpende gevolgen kunnen hebben dat niet volstaan kan worden met het afwachten van die gevolgen. Er kunnen verscheidene redenen zijn om een dergelijke uitzondering in te voeren.

Een eerste reden is wanneer een gedraging bijna onvermijdelijk leidt tot het plegen van een strafbaar feit; in dat geval kan deze gedraging zelf worden aangepakt in plaats van het latere strafbare feit. Dit beoogde de wetgever wellicht bij de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen: 'De daad moet de vastheid van het voornemen om tot een strafbaar feit te komen tekenen'. Kennelijk was de wetgever van mening dat de genoemde gedragingen een dusdanige vastheid van de misdadige intentie weerspiegelden dat de dader (vrijwel) niet van zijn voornemen af te brengen zou zijn (in die zin ligt de voorbereidingshandeling dan wel heel dicht aan tegen een begin van uitvoering van de strafbare daad zelf, oftewel een strafbare poging, maar dat heeft de wetgever zich niet gerealiseerd). Volgens ons is de wetgever er echter niet geslaagd de wet ook in deze zin vorm te geven en kan art. 46 Sr niet worden gelezen als een strafbaarstelling van handelingen die bijna onvermijdelijk leiden tot een strafbaar feit.

De ratio ligt eerder in een tweede reden: de ingrijpendheid van de gevolgen. Gedragingen die op zichzelf niet strafwaardig zijn maar die kunnen leiden tot zeer ernstige gevolgen, worden strafbaar gesteld, omdat de strafbaarstelling van het gevolg zelf onvoldoende (b)lijkt. De ontoereikendheid van strafbaarstelling van het gronddelict kan liggen in het gevaarzettende karakter van het gronddelict: het maatschappelijke belang van ingrijpen vóórdat de gevolgen (de brand, het kindermisbruik) zich voordoen weegt dan zwaarder dan het uitgangspunt dat het strafrecht reactief is. Deze ratio ligt ten grondslag aan diverse bijzondere strafbaarstellingen (zoals voorbereiding van een aanslag op de koning), maar heeft ook meegespeeld in art. 46 Sr, waarbij het gevaarzettende karakter is gerelateerd aan het strafmaximum (misdrijven met acht jaren of meer gevangenisstraf moeten wel zeer ernstige maatschappelijke gevolgen hebben).

De ontoereikendheid kan evenwel ook liggen in praktische problemen bij de handhaving, een derde reden voor uitzonderingen op het daadstrafrecht. Indien het gronddelict dermate moeilijk is op te sporen of te vervolgen dat de strafbaarstelling illusoir wordt, is het aanvaardbaar om een voorbereidingshandeling die wél goed is op te sporen strafbaar te stellen. Dit kan mede een reden zijn geweest, hoewel niet expliciet uitgesproken, voor

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

bijvoorbeeld de strafbaarstelling van hulpmiddelen bij geldvervalsing en zware drugsdelicten. Het voorhanden hebben van dergelijke hulpmiddelen (een langdurige handeling) kan immers eenvoudiger op te sporen zijn dan het verhandelen van vals geld of drugs (een kortstondige handeling). In elk geval lijkt handhaving een voorname reden voor de strafbaarstelling in APV's: het is eenvoudiger te bewijzen dat iemand een spuitbus of een glassnijder bij zich heeft dan dat hij kladt of inbreekt. Een dergelijke pragmatische reden kan echter niet voldoende zijn om de uitgangspunten van het materiële strafrecht buiten spel te zetten: daarom worden er weer aanvullende eisen gesteld aan de bewijsvoering wegens het schuldbeginnsel, met name dat een misdadige intentie moet blijken.

Tot slot speelt volgens ons nog een vierde reden mee waarom het strafrecht niet altijd volstaat met strafbaarstelling van strafwaardige handelingen zelf. We zouden dit kunnen omschrijven als de signaalwerking van wetgeving. Om de strafwaardigheid van bepaalde handelingen te benadrukken, kan het aangewezen zijn om gedragingen in de periferie daarvan eveneens strafbaar te stellen: om duidelijk te maken dat technisch af luisteren van privé-gesprekken strafwaardig is, wordt ook het maken van reclame voor af luisterapparatuur strafbaar gesteld (art. 441a Sr). Omdat in bepaalde kringen het ontduiken van betaling voor telefonie als sport werd gezien, is niet alleen dit ontduiken zelf strafbaar gesteld, maar ook het verspreiden van middelen die daarvoor kunnen worden gebruikt (art. 326c lid 2 Sr). Zulks ontmoedigt een subcultuur om geuzenactiviteiten te ondernemen tot het plegen van gedragingen die de maatschappij als geheel als strafwaardig beschouwt.

## **2.5. Aanknopingspunten voor strafbaarstelling bij hulpmiddelen**

Tot slot van deze paragraaf over het systeem van de wet, zetten wij op een rijtje wat de aanknopingspunten zijn van de bestaande uitzonderingen op het daadstrafrecht. Op welke manieren worden niet-strafwaardige gedragingen strafbaar gesteld? Wij beperken ons hier tot het gebruik van hulpmiddelen; de algemene gedragingen (zoals samenspanning en art. 98a lid 3 Sr) laten we buiten beschouwing.

Het eerste aanknopingspunt is het hulpmiddel zelf. Soms wordt dit algemeen aangeduid ('middelen', art. 32a Aw), vaak worden meer of minder uitgebreide aanduidingen en opsommingen gehanteerd van mogelijke hulpmiddelen: 'stoffen of voorwerpen' (art. 214, 223, 234 Sr), 'voorwerpen' (art. 96 lid 2 onder 3 Sr), 'voorwerpen, vervoermiddelen, stoffen, gelden of andere betaalmiddelen' (art. 10a Opiumwet), of 'voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen' (art. 46 Sr), 'aanplakbiljet, aanplakdoek, kalk, teer, kleur- of verfstof of verfgereedschap' (art. 2.4.3 Model-APV). De

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

aanduidingen zijn, behalve bij de APV-kladbepaling, steeds zo veelomvattend, dat zij nauwelijks een beperking inhouden.<sup>38</sup>

Daarom is het tweede aanknopingspunt belangrijker: de bestemming van het middel. Deze bestemming kan intrinsiek of extrinsiek worden afgeleid. Sommige hulpmiddelen hebben bijna naar hun aard een zuiver misdadig karakter (vals geld, art. 209 Sr), maar de meeste hebben intrinsiek een tweeledig karakter: ze kunnen zowel voor misdadige als voor legitieme doeleinden worden gebruikt. Vrijwel alle bepalingen gaan over deze laatste categorie: vaak betreft het alledaagse voorwerpen en middelen. Een intrinsieke bestemming van het hulpmiddel is daarom zelden aan de orde.

Het tweede aanknopingspunt omvat dan ook vooral extrinsieke factoren die de bestemming van een hulpmiddel bepalen. Hierbij worden verschillende modaliteiten gehanteerd:

- een voorwerp dat bestemd is (art. 96 lid 2 onder 3, 214, 223, 234 Sr, art. 10a Opw);
- een middel dat bestemd of gebruikt is (art. 2.4.3, 2.4.4 Model-APV);
- een voorwerp dat kennelijk bestemd is (art. 46, 326c Sr);
- een voorwerp dat geschikt is (art. 441a Sr), een middel dat kan dienen (art. 2.4.4 Model-APV).

De bepalingen laten hierbij in het middel uit welke extrinsieke factoren moet of kan blijken dat een middel in concreto bestemd is voor een strafbaar feit. Wel wordt een onderscheid gemaakt tussen de daadwerkelijke bestemming in concreto ('bestemd', eerste bolletje) en een geobjectiveerde bestemming ('kennelijk bestemd', derde bolletje).<sup>39</sup> Bij de eerste categorie zal de rechter meer subjectieve factoren moeten betrekken dan bij de tweede.

Het derde aanknopingspunt haakt aan bij deze subjectieve invulling: in hoeverre moet de dader weet hebben van de (misdadige) bestemming? Meestal is expliciete kennis nodig: 'waarvan hij weet dat zij bestemd zijn' (art. 96 lid 2 onder 3, 214, 223, 234 Sr). Bij het opiumdelict ligt de drempel lager: 'waarvan hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat zij bestemd zijn' (art. 10a Opw). Een soortgelijk verlaagde eis is de geobjectiveerde bestemming: 'kennelijk bestemd' (art. 46, 326c Sr).

---

<sup>38</sup> Saillant is bijvoorbeeld dat bij de wijziging van art. 46 Sr vanwege het terrorismefinancieringsverdrag de woorden 'gelden of andere betaalmiddelen' geschrapt, onder toevoeging van een nieuw lid dat aangeeft dat 'voorwerpen' zaken en vermogensrechten omvat. Het begrip voorwerp is kennelijk zeer ruim (het omvat vermoedelijk ook stoffen, en zeker informatiedragers en vervoersmiddelen) – het enige dat er volgens ons niet onder valt zijn gegevens (art. 80quinquies Sr).

<sup>39</sup> Smith is van oordeel dat 'kennelijk bestemd' betekent dat de bestemming in concreto bestond en dat deze bestemming op enigerlei wijze duidelijk moet zijn (Smith 2003, p. 47). Volgens ons is 'kennelijk' juist een afzwakking, geen versterking, en hoeft de bestemming niet in concreto te hebben bestaan maar alleen – voor anderen – aannemelijk te zijn op basis van het geheel van omstandigheden.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

Naast de hulpmiddelen zelf, wordt ook aangegrepen bij de handelingen die met die middelen worden gepleegd. Een vierde aanknopingspunt is dan ook welke handelingen met de middelen gepleegd worden:

- verwerven, vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren of voorhanden hebben (art. 46);
  - voorhanden hebben (art. 96 lid 2 onder 3, 223, 234 Sr, art. 10a Opw);
  - in voorraad hebben of invoeren (art. 209 Sr);
  - vervaardigen of voorhanden hebben (art. 214 Sr);
  - openlijk ter verspreiding aanbieden, ter verspreiding voorhanden hebben, invoeren, doorvoeren, uitvoeren, of uit winstbejag bewaren (art. 32a Aw);
  - openlijk ter verspreiding aanbieden, ter verspreiding of ter import voorhanden hebben, of uit winstbejag vervaardigen of bewaren (art. 326c Sr);
  - openlijk aanwijzen als bij hem voorhanden en daarbij de aandacht vestigen op de geschiktheid als technisch hulpmiddel voor afluisteren (art. 441a Sr);
  - op de weg of openbaar water vervoeren of bij zich hebben (art. 2.4.3 Model-APV).
- De bepalingen kunnen hierbij worden onderverdeeld in marktgerichte (of commerciële) gedragingen (invoeren, uitvoeren, openlijk ter verspreiding aanbieden, ter verspreiding voorhanden hebben, uit winstbejag vervaardigen of bewaren) en in persoonsgerichte gedragingen (voorhanden hebben, bij zich hebben, verwerven).

Opmerkelijk is dat het vervaardigen slechts op twee plaatsen is strafbaar gesteld: bij de algemene voorbereidingshandelingen (art. 46 Sr) en bij de geldvervalsingmiddelen (art. 214 Sr), en niet bijvoorbeeld bij de zegel- of aandelingsvervalsingmiddelen. Bij telecomfraudemiddelen is de vervaardiging alleen strafbaar gesteld als dit uit winstbejag geschiedt; bij de softwarekraakmiddelen is zelfs dat niet gebeurd. Over het algemeen wordt dus eerder aangeknoopt bij markthandelingen dan bij het vervaardigen van middelen.

Bij de handelingen rond hulpmiddelen speelt tot slot nog het vijfde aanknopingspunt een rol: het opzet van de verdachte op het plegen van een gronddelict. De gedraging met het hulpmiddel geschiedt:

- met het oogmerk een bepaald misdrijf voor te bereiden of te plegen (art. 96 lid 2 onder 3, 209 Sr);
- opzettelijk met relatie tot een gronddelict (art. 46, 326c Sr);
- opzettelijk zonder relatie tot een gronddelict (art. 32a Aw);
- om een feit te plegen (art. 10a Opw);
- zonder opzetis maar met relatie tot een gronddelict (art. 441a Sr; art. 2.4.3, 2.4.4 Model-APV);
- zonder opzetis en zonder relatie met een gronddelict (art. 214, 223, 234 Sr).

Hier zijn twee soorten intenties aan de orde: de gedraging geschiedt in relatie tot een gronddelict, dat wil zeggen met enige indicatie dat een gronddelict gepleegd zal worden

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

(eerste, tweede, vierde en vijfde bolletje) of zonder relatie tot een gronddelict (derde en zesde bolletje). Die laatste categorie is bijzonder, omdat hier de causale relatie met de strafwaardige gedraging in beginsel is losgelaten: de ‘voorbereiding’ wordt in zichzelf strafbaar gesteld, zonder dat in concreto sprake hoeft te zijn van een voorbereiding tot een strafbare handeling.

Deze aanknopingspunten tezamen geven een indicatie van de reikwijdte van de uitzonderingen op het uitgangspunt van daadstrafrecht. Sommige bepalingen hebben een beperkte strekking omdat zij bij één of meerdere bestanddelen een strenge eis stellen, zoals het voorhanden hebben van een middel waarvan iemand weet dat het bestemd is tot plegen van één bepaald delict (art. 223 Sr). Andere bepalingen gaan verder. Met name de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen blijkt een grote reikwijdte te hebben: het gaat om vrijwel alle mogelijke middelen, vele mogelijke gedragingen (waaronder verwerven en vervaardigen), middelen met een ‘kennelijke’ bestemming, wellicht ook met voorwaardelijk opzet, en met opzet op een relatief grote categorie gronddelicten.

### ***3. Nieuwe strafbaarstellingen van technische hulpmiddelen***

Het strafbaarstellen van misbruik van hulpmiddelen in het strafrecht is niet nieuw, maar is de laatste jaren wel aan een duidelijke opmars bezig. In deze paragraaf behandelen we twee actuele voorbeelden van strafrechtelijke aansprakelijkstelling bij hulpmiddelen uit het huidige technologietijdperk. We vervolgen met een vergelijkbare casus uit het auteursrecht, waar bepaalde hulpmiddelen onrechtmatig worden verklaard en waar wordt gediscussieerd over strafrechtelijke sanctionering. Deze voorbeelden van lopende wetgevingstrajecten geven een indruk van waar de strafbaarstelling van technische hulpmiddelen naar op weg is.

#### **3.1. Laserschilden en radarverklippers en het verkeersstrafrecht**

Binnen het verkeersstrafrecht hebben twee technieken hun intrede gedaan die de handhaving dwarszitten: laserschilden en radarverklippers. De eerste zijn elektromagnetische afweerschilden die een bepaalde vorm van snelheidsmeting onmogelijk maken; hierover bestaat inmiddels enige rechtspraak op basis van art. 184 Sr. De tweede techniek, de radarverclipper, maakt de opsporing niet onmogelijk, maar waarschuwt de bestuurder dat er een radarmeting in de buurt is, zodat desgewenst de snelheid kan worden aangepast aan het toegestane maximum. Voor radarverklippers is een verbod in voorbereiding; bij laserschilden studeert de wetgever nog op strafbaarstelling.

Deleted: wettelijk



Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

### 3.1.1. Laserschilden

De kwestie rond strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het gebruik van laserschilden is nog allerminst uitgekristalliseerd. Laserschilden zijn apparaten die op een auto worden geplaatst om een elektromagnetisch schild rond de auto op te roepen dat straling afweert. Het weert met name een nieuw meetinstrument af dat de politie gebruikt om snelheidsovertredingen op te sporen, het laserpistool. Indien het laserschild is ingeschakeld, krijgt de politieagent op het leesvenster van zijn laserpistool te zien ‘Jammed’, hetgeen duidt op een stoorzender. Dit zou wellicht kunnen worden gekwalificeerd als het opzettelijk belemmeren van een handeling, door een ambtenaar ondernomen ter uitvoering van enig wettelijk voorschrift, art. 184 Sr. Een analyse van de rechtspraak tot nu toe geeft diverse invalshoeken om de strafbaarheid van een laserschild op basis van art. 184 Sr te beoordelen (we beperken ons hier tot de voor deze bijdrage relevante overwegingen).

De Rechtbank Middelburg veroordeelde medio 2000 een laserschildgebruiker.<sup>40</sup> De verdachte voerde rechtsdwaling (error juris) aan: hij had de auto met ingebouwd schild gekocht bij een erkende BMW-handelaar, en uit perspublicaties zou kunnen worden afgeleid dat volgens het OM een wetwijziging noodzakelijk was om laserschilden te kunnen verbieden. Dit verweer faalde: de verdachte had geen advies ingewonnen bij politie of justitie of andere deugdelijke instanties. Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat volgens de politierechter een onderzoeksplicht bestaat bij ‘verdachte’ nieuwe technologie: gebruik is pas toegestaan nadat iemand zich juridisch vergewist heeft van de rechtmatigheid ervan.

De Rechtbank Assen veroordeelde enige maanden later met een andere overweging over het opzet op justitiebelemmering. De verdachte zei niet te weten hoe het schild werkte; hij wilde het gebruiken om geattendeerd te worden op de geldende maximumsnelheid en om zijn snelheidsmeter te verifiëren. De politierechter oordeelt anders: ‘Het beter omgaan met maximum snelheden en de snelheidsmeter wordt met dit middel alleen bereikt op de momenten van snelheidscontrole en daarom acht de politierechter het aannemelijk dat bij verdachte de bescherming tegen snelheidscontroles voorop heeft gestaan.’ Interessant is de maatstaf die wordt aangelegd voor opzet: ‘dat verdachte zich bewust is geweest van de waarschijnlijkheid dat hij snelheidscontroles belemmert door het in gebruik hebben van een laserschild’.<sup>41</sup> Hieruit blijkt niet alleen een laag (of vaag) opzetcriterium, maar ook een resultaatcriterium: indien de opsporing wordt belemmerd, is gebruik van het middel onrechtmatig, voor welk doel het overigens ook zou (kunnen) worden gebruikt. Dit laatste criterium wordt eveneens gehanteerd door de Rechtbank Den Haag: ‘Verdachte wist dat de Target LE-180 naast het bijvoorbeeld automatisch openen van garagedeuren *tevens* protectie biedt tegen snelheidscontrole van de politie, zodat hij eveneens wist dat

---

<sup>40</sup> Rb. Middelburg 18 juli 2000, rechtspraak.nl, LJN-nummer AA6542.

<sup>41</sup> Rb. Assen 23 oktober 2000, rechtspraak.nl, LJN-nummer AA8391.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

het gebruik van de apparatuur op de onderhavige wijze een snelheidscontrole zou belemmeren' (onze cursivering).<sup>42</sup>

Anderhalf jaar later doet de meervoudige kamer van de Rechtbank Amsterdam twee uitspraken. In één zaak wordt het verweer verworpen dat het laserschild diende als garagedeuropeener: volgens een TNO-rapport is het schild daarvoor niet geschikt, en bovendien had verdachte het schild eerder aangeschaft dan zijn nieuwe garagedeur.<sup>43</sup> In de andere zaak wordt uitvoerig ingegaan op de mogelijkheid dat een andere auto de storing zou hebben veroorzaakt; die kans acht de rechtbank verwaarloosbaar. De verklaring van verdachte dat hij het apparaat uit had staan, wordt dan ook niet aannemelijk geacht.<sup>44</sup>

Na al deze veroordelingen, volgde echter een vrijspraak in een zaak voor het hof Leeuwarden. Het opzet van de verdachte kon niet worden bewezen, met name nu 'niet kan volgen dat verdachte wetenschap had omtrent de versturende werking van de bij verdachte aangetroffen Target Laserecho op een snelheidsmeting door middel van een lasergun. Bovendien kan uit de stukken niet worden afgeleid dat het betreffende apparaat niet werd aangeschaft ten behoeve van het openen van de garagedeur van de verdachte.'<sup>45</sup> Er ligt volgens het hof dus geen onderzoekspllicht bij de verdachte om de legaliteit van zijn laserschild te onderzoeken. Belangrijk is het criterium van doelbinding dat het hof aanlegt: anders dan de rechtbank Assen kijkt het hof naar het doel van de aanschaf van het apparaat. Als dat doel zou zijn het openen van een garagedeur, dan vervalt de strafbaarheid, zo suggereert de uitspraak, ongeacht een eventueel neveneffect van belemmerde opsporing.

Dat de techniek voortschrijdt en daarmee het maatschappelijk gebruik van hulpmiddelen aan verandering onderhevig is, blijkt uit de meest vergaande uitspraak rond laserschilden, een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden van 12 november 2002. 'De ontwikkelingen in de lasertechnologie hebben geleid tot concrete toepassingen op velerlei gebied. (...) Zonder in te gaan op de technische specificaties is het de rechtbank duidelijk geworden, dat op lasertechnologie gebaseerde productontwikkeling zich toespitst op: comfort voor de automobilist en het verhogen van de verkeersveiligheid. Bij het eerste valt te denken aan laserapparatuur voor het openen van garagedeuren, het ontsteken van terreinverlichting en het openen van toegangshekken. Met betrekking tot het verhogen van de verkeersveiligheid dient gedacht te worden aan afstandsdetectie (tot de voorligger)

---

<sup>42</sup> Rb. Den Haag 21 november 2000, rechtspraak.nl, LJN-nummer AA8413.

<sup>43</sup> Rb. Amsterdam 18 juli 2002, rechtspraak.nl, LJN-nummer AE5657. Het TNO-rapport was overigens niet onomstreden; een TNO-deskundige gaf voor de rechtbank toe dat 'zijn onderzoeksrapport rammelt' omdat het deels op aannamen en niet op onderzoek was gebaseerd (*Algemeen Dagblad* 23 maart 2002, <<http://www.tuftufclub.com/nieuws/bericht.php?welke=71>>).

<sup>44</sup> Rb. Amsterdam 18 juli 2002, rechtspraak.nl, LJN-nummer AE5655. Zo ook Rb. Den Haag 21 november 2000, rechtspraak.nl, LJN-nummer AA8413.

<sup>45</sup> Hof Leeuwarden 27 augustus 2002, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2002, 317.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

en nachtzichtverbetering. (...) Inmiddels is duidelijk geworden, dat toepassingen als bedoeld in overweging 2 (kunnen) leiden tot verstoring van metingen met de lasergun als bedoeld in overweging 3.’ Oftewel, er zijn botsende belangen van verkeersveiligheid en opsporing. Nu er grote onduidelijkheid heerst over deze problematiek en justitie kennelijk proefprocessen voert, terwijl er ‘enigerlei vorm van regelgeving ontbreekt en er bovendien door de wetgever niet is voorzien in een duidelijke norm voor de justitiabelen voor het gebruik van (storende) laserapparatuur’, gaat het niet aan om te vervolgen wegens schending van art. 184 Sr. De rechtbank verklaart (mede op andere gronden) het OM niet ontvankelijk.<sup>46</sup> Volgens de rechtbank is dus relevant welke doelen een hulpmiddel in de maatschappij heeft, waarbij plaats is voor een belangenafweging (anders dan eerder het hof Leeuwarden oordeelde, die het doel van aanschaf vooropstelde). Verder speelt de kenbaarheid van het recht een rol: zonder duidelijke norm voor justitiabelen kan van opzettelijke opsporingsbelemmering geen sprake zijn. In hoger beroep heeft het hof Leeuwarden de rechtbank evenwel teruggefloten, omdat de vervolging niet onzorgvuldig of buitengewoon disproportioneel genoeg was voor een niet-ontvankelijkverklaring. En volgens het hof staat het ontbreken van regelgeving rond laserschilden niet in de weg aan vervolging op basis van 184 Sr.<sup>47</sup> Deze zaak ligt nu dus weer ter beoordeling bij de rechtbank Leeuwarden.

Ondertussen heeft de wetgever zich nog niet uitgelaten over de strafwaardigheid van laserschilden. De ministerraad heeft echter wel aangegeven te werken aan een verbod, in het verlengde van het komende verbod op radarverklidders.<sup>48</sup>

#### *Beoordeling*

Hoe past een eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor laserschilden in het systeem van de wet? De eerste vraag is wat de reden is voor een verbod op laserschilden. Het hulpmiddel zelf is niet strafwaardig; de strafbaarstelling moet dus worden gezocht in de onwenselijke gevolgen van het gebruik ervan. Deze kunnen worden gezocht in de gevaarzetting: laserschilden gaan snel gepaard met roekeloos rijgedrag, hetgeen een gevaar voor de verkeersveiligheid oplevert. Maar dit is wel een zeer indirecte gevaarzetting: het schild zelf leidt niet tot roekeloos rijgedrag, maar de wetenschap dat de handhaving van de maximumsnelheid moeilijker wordt gemaakt. Merk op dat er slechts sprake is van het belemmeren van één vorm van handhaving, namelijk een laserpistool; de overige vormen van toezicht op de maximumsnelheid, zoals camera’s en radars,

<sup>46</sup> Rb. Leeuwarden 12 november 2002, rechtspraak.nl, LJN-nummer AF0216.

<sup>47</sup> Hof Leeuwarden 6 mei 2003, rechtspraak.nl, LJN-nummer AF8242.

<sup>48</sup> ‘De betrokken ministers werken op dit moment nog aan een ruimer verbod [dan radarverklidders, BJK & CP]. In de toekomst worden waarschijnlijk ook apparaten verboden die al dan niet met behulp van laserstralen meetapparatuur van de politie verstoren.’ Nieuwsbericht Ministerie V&W, ‘Verbod op radardetectoren’, 11 april 2003, <[http://www.minvenw.nl/cend/dco/nieuws/cgi-bin/vwn\\_p.pl?arch\\_srcID=1686&id=1](http://www.minvenw.nl/cend/dco/nieuws/cgi-bin/vwn_p.pl?arch_srcID=1686&id=1)>.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

worden er niet door verstoord. Het schild levert daarom slechts een zeer indirecte bijdrage aan roekeloos rijgedrag.<sup>49</sup>

De reden van strafrechtelijke aansprakelijkheid moet daarom eerder worden gezocht in de praktische opsporingsproblemen. De handhaving wordt bemoeilijkt, en daarom wordt niet (alleen) het gronddelict zelf aangepakt maar het middel dat de handhaving verstoort. In tegenstelling tot bestaande strafbaarstellingen, waar de handhaving redengevend is vanwege de moeilijke opspoorbaarheid of vervolgbaarheid van het gronddelict, is bij laserschilden echter een afgeleid handhavingsprobleem het geval. Een nieuwe techniek voor handhaving, het laserpistool, wordt belemmerd, maar dat wil niet zeggen dat de maximumsnelheid als zodanig moeilijk handhaafbaar is. Een feitelijk verbod op laserschilden om redenen van handhaafbaarheid bergt het gevaar van een wapenwedloop in zich: de politie krijgt een nieuwe opsporingstechniek, waarna justitiabelen een anti-techniek gaan gebruiken; in plaats van alternatieven voor opsporing te zoeken, wordt nu gegrepen naar een verbod op de anti-techniek. In het licht van bestaande strafbaarstellingen van hulpmiddelen, levert dit geen echt dringende reden op om laserschilden strafbaar te stellen.

Hoe zit het met de aanknopingspunten voor de strafrechtelijke aansprakelijkstelling voor laserschilden? In de eerste plaats is de bestemming relevant. Dit criterium geeft opmerkelijke verschillen in de rechterlijke uitspraken. Voor de een lijkt het subjectieve doel een overwegende rol te spelen: als het middel is aangeschaft voor een legitiem doel, zoals het openen van een garagedeur, dan lijkt het opzet van verdachte op opsporingsbelemmering te vervallen (Hof Leeuwarden). Andere rechters kijken naar het geobjectiveerde hoofddoel: het is aannemelijk dat de verdachte het middel primair gebruikte om de opsporing te belemmeren (Rechtbank Amsterdam, Rechtbank Assen). Maar het doel wordt door sommige rechters ook weggeabstraheerd: het maakt niet uit voor welk doel het hulpmiddel in concreto werd gebruikt, het gaat om het (neven)effect van opsporingsbelemmering (Rechtbank Assen, Rechtbank Den Haag). Die laatste benadering wordt eigenlijk ook gehanteerd door de Rechtbank Leeuwarden: niet het doel van gebruik, maar de effecten van het gebruik staan voorop. Met andere woorden: niet de bestemming maar de geschiktheid van het middel is het criterium. Anders dan de Assense en Haagse rechters, laat de Leeuwardense rechtbank echter wel ruimte voor een belangenafweging: het opsporingseffect en het verkeersveiligheidseffect moeten worden afgewogen, niet in concreto door de rechter, maar in abstracto door de wetgever. Deze laatste benadering lijkt ons op dit moment juist. Zolang onvoldoende duidelijk is voor welke doeleinden laserschilden kunnen worden gebruikt (en de uiteenlopende antwoorden van rechters op de vraag of ze te gebruiken zijn voor garagedeuren geeft blijk

---

<sup>49</sup> Hierbij kan ook nog worden aangetekend dat een overschrijding van de maximumsnelheid niet per definitie roekeloos rijgedrag oplevert en de gevaarstelling van te hard rijden dus slechts indirect is.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

van onduidelijkheid), moet voor de zekerheid ervan worden uitgegaan dat laserschilden een tweërlei doel hebben: mogelijk legitieme doelen, en een mogelijk strafwaardig doel. De bestemming van een laserschild om de opsporing te belemmeren zal dan in concreto moeten blijken uit externe factoren.

Een mogelijke factor daarbij is de wetenschap van verdachte. Bij een vervolging voor 184 Sr is nodig dat de verdachte weet heeft van de opsporingsbelemmerende werking van het hulpmiddel. Het bewijs van deze wetenschap wordt verschillend ingevuld: van (gebrek aan) specifiek bewijs van wetenschap (Hof Leeuwarden), via bewustzijn van waarschijnlijkheid (Rechtbank Assen) tot een zelfstandige onderzoeksplicht bij de verdachte (Rechtbank Middelburg).<sup>50</sup> Dit laatste gaat volgens ons veel te ver: huidige strafbaarstellingen hanteren veelal als minimum opzet op een misdadige bestemming; de culpa-variant bij opiumdelicten is een (eenmalige) uitzondering. Tenminste zou opzet op de opsporingsbelemmering moeten worden bewezen, eventueel geobjectiveerd aan de hand van wat men van de gemiddelde bestuurder mag verwachten.

Een ander aanknopingspunt betreft de gedraging met het hulpmiddel: de uitspraken die veroordelen voor overtreding van art. 184 Sr stellen het gebruik van het laserschild strafbaar. Steeds wordt uitgegaan van de handeling die de opsporing zelf belemmert, niet een faciliterende handeling. Hoewel niet uitgesloten is dat wordt vervolgd wegens het enkele voorhanden hebben van een laserschild (waaruit immers ook snode plannen tot snelheidsovertredingen kunnen worden afgeleid), past het volgens ons om in elk geval niet voor voorhanden hebben of andere voorbereidingshandelingen te vervolgen. Het gebruik is immers zelf al een voorbereidingshandeling op het gronddelict. Het gaat niet aan om voorbereidingshandelingen voor het faciliteren van snelheidsovertredingen te vervolgen op basis van art. 184 Sr.

Alles overziend, neigen wij ernaar een veroordeling voor gebruik van laserschilden, laat staan voor het voorhanden hebben ervan, op basis van art. 184 Sr vooralsnog een stap te ver te vinden. Daarbij speelt niet zozeer de (nog onvoldoende weerlegde) mogelijkheid dat laserschilden ook een legitiem doel kunnen hebben een rol; het gebruik van een laserschild op de openbare weg (verder dan 100 meter van huis) kan immers moeilijk gericht zijn op het openen van garagedeuren. Wel relevant vinden wij de overweging dat laserschilden slechts één techniek in de handhaving van de maximumsnelheid belemmeren, terwijl andere technieken onverkort toepasbaar blijven. Dat verzwakt aanzienlijk de causaliteit van het gebruik van een hulpmiddel tot het plegen van het gronddelict, en kan bovendien leiden tot een technologische wapenwedloop tussen justitie en justitiabelen. Hiermee willen wij niet zeggen dat een wettelijk verbod op

---

<sup>50</sup> Saillant in dit licht is overigens de geverbaliseerde opmerking van een verdachte: 'Mijn auto is inderdaad voorzien van een laserschild. Ik wist dat dit verboden was' (Rb. Amsterdam 18 juli 2002). Indien er al sprake is van een wettelijk verbod, dan geldt dit alleen het *gebruik* van een laserschild, niet het *uitrusten* van een auto ermee.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

laserschilden op voorhand af te wijzen is, maar wel dat een eventueel verbod expliciet door de wetgever zou moeten worden ingesteld, niet door de rechtspraak binnen de context van art. 184 Sr. De wetgever zou bij een verbod evenwel grondig moeten motiveren waarom er geen andere oplossingen bestaan voor een adequate handhaving van de verkeerswetgeving dan dit verbod.

### 3.1.2. Radarverklidders

In tegenstelling tot laserschilden, belemmeren radarverklidders de opsporing niet als zodanig. Het zijn apparaatjes die waarschuwen wanneer een radar in de buurt is, bijvoorbeeld één die in gebruik is door de politie bij een snelheidscontrole. De radar zelf wordt er niet door belemmerd, zodat een vervolging op basis van art. 184 Sr niet mogelijk is.

De ministerraad heeft in april 2003 besloten deze apparaten te verbieden. 'Het gebruik van radarverklidders ondermijnt deze snelheidscontroles waardoor de verkeersveiligheid negatief wordt beïnvloed.'<sup>51</sup> Hiertoe is een ontwerp-AMvB gepubliceerd, die in het Voertuigreglement een artikel 1a.6 invoegt, waarvan het eerste lid luidt: 'Het is verboden om radarontvangstapparaten die geschikt zijn om de aanwezigheid aan te tonen van een apparaat dat tot doel heeft om een overschrijding van de maximumsnelheid vast te stellen, in te voeren, te koop aan te bieden, in voorraad te hebben of af te leveren'. Het tweede lid bevat een uitzondering voor doorvoer binnen de EG.

Naast dit verbod op de handel, wordt ook een verbod op het bezit ingesteld, in voorgesteld art. 5.1.6 Voertuigreglement: 'Het is de bestuurder van een motorrijtuig verboden daarmee te rijden (...) indien in of aan het motorrijtuig een radarontvangstapparaat aanwezig is, dat geschikt is om de aanwezigheid aan te tonen van een apparaat dat tot doel heeft om een overschrijding van de maximumsnelheid vast te stellen.'

De toelichting geeft aan dat dit verbod aansluit bij strafbepalingen in het buitenland, met name diverse andere EG-lidstaten. Niet alleen het gebruik van de apparaten wordt aangepakt, maar ook de handel: 'Juist door mede de handel te verbieden en hierop effectief te handhaven, wordt het probleem structureel aangepakt.'<sup>52</sup>

### Beoordeling

Hoe moet de voorgenomen strafbaarstelling beoordeeld worden in het licht van de systematiek van het strafrecht? In de eerste plaats kijken we naar de ratio: de strafbaarstelling is nodig omdat de verkeersveiligheid negatief wordt beïnvloed door radarverklidders. De ministerraad legt dus de nadruk op het gevaarzettingskarakter van de maximumsnelheidswetgeving. Hoewel het belang van de verkeersveiligheid groot is,

<sup>51</sup> Nieuwsbericht Ministerie V&W, 'Verbod op radardetectoren', 11 april 2003, <[http://www.minvenw.nl/cend/dco/nieuws/cgi-bin/vwn\\_p.pl?arch\\_srcID=1686&id=1](http://www.minvenw.nl/cend/dco/nieuws/cgi-bin/vwn_p.pl?arch_srcID=1686&id=1)>.

<sup>52</sup> Ontwerp-AMvB 23 april 2003, <<http://www.minvenw.nl/cend/bsg/brieven/data/1051082901.doc>>.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

moet hierbij wel worden aangetekend dat er slechts sprake is van een indirecte gevaarzetting. Het gronddelict is hier te hard rijden, en hoewel dat riskant is voor weggebruikers, levert het plegen van dit delict zelf geen directe schade op aan lijf en leden. Er is dus hooguit sprake van een indirecte gevaarzetting voor een rechtsgoed. Tevens is interessant dat een radarverklikker op zichzelf niet hoeft te leiden tot een strafbaar feit – integendeel: zodra de radarverklikker gaat klikken, zal de bestuurder zich keurig houden aan de maximumsnelheid. Indien justitie op de openbare weg om de vijfhonderd meter een radarapparaat zou plaatsen, zouden bestuurders met radarverklikkers zelden te hard rijden.

Meer dan de gevaarzetting, speelt volgens ons daarom hier wederom de handhaving een doorslaggevende rol. De realiteit is dat weggebruikers slechts sporadisch met radarcontroles worden geconfronteerd, hetgeen de gelegenheid schept om tussendoor flink te hard te rijden met minder kans op betrapping. Evenals bij de laserschilden moet hier echter ook worden opgemerkt dat radarcontrole één van de middelen is van toezicht op de verkeerssnelheid – de verklikker doet niets tegen cameracontrole of politiewagens met een laserpistool. Vooralsnog is radarcontrole wel een van de belangrijkste middelen van verkeerstoezicht, zodat het handhavingsargument hier wel meer gewicht in de schaal legt dan bij laserschilden. Maar ook hier kan sprake zijn van een wapenwedloop: om het verbod op radarverklikkers te handhaven, zal justitie wellicht een radarverklikkerscanner moeten ontwikkelen die het gebruik van een radarverklikker kan vaststellen, waarna snelheidsduivels weer anti-radarverklikkerscanners zullen uitvinden.

De vormgeving van het voorgenomen verbod geeft voorts ook aanleiding tot enige kanttekeningen. Het opmerkelijkste is dat de radarverklikker zelf als boosdoener wordt aangemerkt: het is kennelijk een apparaat met een zuiver strafwaardige bestemming. Dit blijkt uit de formulering ‘radarontvangstapparaat (...) dat geschikt is om’. Elk apparaat dat geschikt is om de aanwezigheid van radarcontrole aan te tonen,<sup>53</sup> wordt verboden, ook als het apparaat voor andere doeleinden zou kunnen worden gebruikt. De enkele geschiktheid is dus voldoende om de gewraakte bestemming aan te tonen.

Het is ons niet bekend of de ministerraad onderzoek heeft laten verrichten naar de mogelijke toepassingen van radarverklikkers. Hoewel er geen in het oog springende legitieme toepassingen lijken te zijn voor radarverklikkers, zou in elk geval wel onderzocht moeten worden of er niet dergelijke rechtmatige toepassingen zijn. Bij de

---

<sup>53</sup> Wij hebben ons niet verdiept in de techniek van radarverklikkers, maar wij vermoeden dat elk radarontvangstapparaat geschikt is om de aanwezigheid van een politie-radarcontrole aan te tonen: de enkele ontvangst van radarsignalen geeft immers aan dat er een radarzender in de buurt is. Men kan de bepaling strikt lezen, namelijk dat het apparaat ook moet aantonen dat de radarsignalen afkomstig zijn van een *snelheidscontrole*radarzender, maar dat lijkt de bodem weg te slaan onder het verbod. Welk ontvangstapparaat zou kunnen aantonen dat een zendapparaat ‘tot doel heeft om een overschrijding van de maximumsnelheid vast te stellen’?

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

bestaande strafbaarstellingen constateerden wij dat er nauwelijks middelen zijn met een inherent onrechtmatige bestemming: vrijwel alle middelen zijn geschikt voor tweërlei gebruik. Dit legt een onderzoeksplicht op de wetgever om de toepassingsmogelijkheden van radarverklidders in kaart te brengen. Mochten er wel legitieme toepassingen bestaan (niet noodzakelijk in auto's, want het verbod geldt ook de handel in het algemeen), dan moet de wetgever een belangenafweging maken of de gewraakte toepassing in het verkeer dermate zwaarder weegt dan de legitieme toepassing(en) dat het verbod op handel gerechtvaardigd is.

De gedragingen die worden verboden zijn de handel in radarverklidders en het rijden in een auto die is uitgerust met een radarverklidder. Het verbod op handel is bedoeld om het probleem structureel aan te pakken; de toelichting geeft aan dat hierop 'effectief' gehandhaafd zal (moeten) worden. De intentie lijkt daarmee te zijn om niet primair het gebruik van radarverklidders aan te pakken, maar eerder in te grijpen door de markt in deze apparaten te verstoren of te voorkomen. Dit lijkt ons wel een legitieme aanpak, mits blijkt dat radarverklidders alleen een strafwaardige toepassing hebben; zodra een radarverklidder ook een legitieme toepassing zou hebben, is de aanpak van de markt in de huidige vorm af te wijzen.

Het verbod op rijden in een auto die is uitgerust met een radarverklidder staat in elk geval dichter bij de strafwaardige gedraging die het verbod beoogt aan te pakken. Wel valt op dat het verbod geldt het voorhanden hebben, niet het gebruik ervan. Wanneer een bestuurder op de weg wordt staande gehouden in een auto met een radarverklidder, dan is hij strafbaar, ongeacht of het apparaat aanstond of niet. Dat lijkt niet onredelijk, aangezien het voorhanden hebben eenvoudiger is aan te tonen dan het gebruik ervan; het is, anders dan bij laserschilden, wellicht technisch moeilijk te controleren of een radarontvanger aanstaat. Toch is dit wel een relevant punt: het verzwakt nog eens de toch al niet sterke causale relatie tussen de voorbereidende gedraging en het gevaarzettende gevolg.

Tot slot valt op dat elk element van subjectieve wetenschap of opzet op onrechtmatigheid ontbreekt. De dader hoeft geen opzet te hebben op een onrechtmatige bestemming van de radarverklidder: iemand die erin handelt in het (waan)idee dat het nuttige apparaten zijn voor nobele toepassingen, is evengoed strafbaar als de handelaar die zich bewust richt op snelheidsduivels. Ook ontbreekt enige relatie met het gronddelict. Het verbod staat los van een (kennelijke) opzet om te hard te rijden. De wetgever gaat er kennelijk van uit dat de radarverklidder zelf al voldoende aanwijzing is dat iemand beoogt snelheidsovertredingen te (laten) plegen. Ook dit zal samenhangen met de kennelijk inherent strafwaardige bestemming van de radarverklidder: als er geen legitieme toepassingen bestaan, kan het opzet op onrechtmatigheid als vanzelfsprekend worden voorondersteld.

Dit is wel een begrijpelijke keuze, aangezien het bewijsproblemen voorkomt. Het gaat echter in elk geval te ver door de combinatie met de verboden gedraging (aanwezig



Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

hebben in plaats van gebruiken): de bestuurder hoeft geen weet te hebben dat een auto is uitgerust met een radarverklikker. De vriend die een auto leent, de Bob die de auto van een dronken vriendin bestuurt, de student die bijverdient als chauffeur van een biermaganaat, zij hoeven allen niet te weten dat de auto een radarverklikker herbergt.

Toepassing van het verbod is voor hen dan ook strijdig met het schuldbeginsel.

Deleted: H

Concluderend zijn wij van mening dat het voorgenomen verbod op radarverkliekers niet per se onaanvaardbaar is, maar wel ver gaat in de aansprakelijkstelling. De zwakke causale relatie tussen de verboden gedraging en het gevaarzettend karakter of de handhavingsproblemen van de verkeerswetgeving vragen om een uitgebreide motivering waarom een verbod op radarverkliekers noodzakelijk is – en deze zal veel uitgebreider moeten zijn dan in de huidige ontwerp-AMvB.

Hoe dan ook dient de wetgever in elk geval te onderzoeken of er ook legitieme toepassingen kunnen zijn voor radarverkliekers. Mocht dat het geval blijken, dan zal de wetgever dienen te motiveren waarom ook de handel dient te worden verboden; ook zal dan enige opzeteis dienen te worden ingevoerd, aangezien bij middelen met tweeërlei bestemming ook een element van subjectief opzet op een onrechtmatigheid aanwezig dient te zijn. Dit laatste moet hoe dan ook worden ingevoegd bij het verbod op rijden in een auto met radarverklikker, aangezien de bestuurder niet hoeft te weten dat een dergelijk apparaat aanwezig is in het voertuig.

### 3.2. Kraakmiddelen en het Cybercrime-verdrag

In november 2001 is het Cybercrime-Verdrag (CCV) van de Raad van Europa ondertekend door dertig landen, waaronder Nederland.<sup>54</sup> Art. 6 CCV stelt misbruik van hulpmiddelen strafbaar; de term uit het verdrag, ‘devices’, omvat zowel apparatuur als programmatuur; wij gebruiken daarom de term ‘hulpmiddel’ in plaats van de gebruikelijker vertaling ‘apparaat’. Volgens het verdrag moeten tal van, kort gezegd, hulpmiddelhandelingen strafbaar worden gesteld die worden gepleegd met het doel om een van de voorgaande delicten te plegen. De volledige tekst luidt:

*1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right:*

*a. the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of:*

---

<sup>54</sup> Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, Trb. 2002, 18.

Het verdrag treedt in werking zodra vijf staten (waaronder drie RvE-staten) het hebben geratificeerd; in juni 2003 hadden Albanië, Kroatië en Estland dat gedaan. Op

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/WhatYouWant.asp?NT=185> vindt men de tekst van het verdrag, het toelichtend rapport en een ratificatieoverzicht. Een uitvoerige bespreking van het verdrag biedt Kaspersen 2002. Zie voor een kritische beschouwing van de gevolgen van het verdrag voor de Nederlandse strafwetgeving Koops 2003.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

*i. a device, including a computer program, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 2 – 5;*

*ii. a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of a computer system is capable of being accessed, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 - 5;<sup>55</sup> and*

*b. the possession of an item referred to in paragraphs (a)(1) or (2) above, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 – 5.*

Artikelen 2-5 van het verdrag stellen diverse vormen van computercriminaliteit strafbaar. Het gaat in art. 6 dus om bijvoorbeeld het ontwikkelen, verspreiden of voorhanden hebben van apparatuur of programmatuur voor hacken, gegevensmanipulatie en virusverspreiding, gegevensonderschepping of computersabotage. Ook het voorhanden hebben van wachtwoorden of toegangscode waarmee toegang tot een computer(systeem) kan worden verkregen, is strafbaar als men van plan is om daarmee bijvoorbeeld computervredesbreuk te plegen. Beschikbaar stellen wordt breed uitgelegd: het gaat bijvoorbeeld om het op het Internet plaatsen voor het gebruik door anderen, maar dit omvat zelfs het opnemen van (een lijst met) koppelingen (hyperlinks) die de toegang tot hulpmiddelen faciliteren (MvT, §72).

De primaire gedachte achter deze strafbaarstelling is de vrees voor een zwarte markt voor hackersmiddelen en dergelijke: de bepaling dient om een dergelijke zwarte markt effectiever te bestrijden. ‘To combat such dangers more effectively, the criminal law should prohibit specific potentially dangerous acts at the source, preceding the commission of offences under Articles 2-5’ (MvT, §71). Hierbij wordt aangesloten op bestaande initiatieven rond systemen voor voorwaardelijke toegang (zoals betaal-tv)<sup>56</sup> en het Geneefs Verdrag over geldvervalsing uit 1929<sup>57</sup>.

In de voorbereiding van het verdrag is vooral veel gediscussieerd over de mate waarin de hulpmiddelen een illegale bestemming moeten hebben. Men vond het te beperkt om alleen hulpmiddelen strafbaar te stellen die uitsluitend of specifiek ontworpen waren voor misdadig gebruik – daardoor zouden immers onoverkomelijke bewijsproblemen ontstaan. Aan de andere kant kunnen ook niet alle hulpmiddelen in beginsel onder de strafbaarstelling vallen, want dan zou alleen het subjectieve element van opzet op een delict doorslaggevend zijn. Als ‘reasonable compromise’ is nu gekozen voor een

---

<sup>55</sup> De opmaak van deze zinsnede (‘with intent...’) is dusdanig dat deze zowel op (i) als op (ii) betrekking heeft, hetgeen in overeenstemming is met de toelichting. De puntkomma achter (i) moet dus niet worden gelezen als het einde van de strafbaarstelling van dit deel.

<sup>56</sup> Europees Verdrag ETS 178 en EG-Richtlijn 98/84/EG van 20 november 1998.

<sup>57</sup> Internationaal verdrag ter bestrijding van de valsemunterij, Genève, 20 april 1929, *Recueil des traités* nr 2623 (1931), p. 372.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

beperking tot ‘devices [that] are objectively designed, or adapted, *primarily* for the purpose of committing an offence’ (MvT, §73, onze cursivering).

Men is zich hierbij wel bewust geweest van het gevaar van ‘overcriminalisation’ voor hulpmiddelen die op de markt worden gebracht voor legitieme doeleinden. Daarom is, naast het hoofdzakelijke doel van het middel zelf, een specifiek opzetvereiste toegevoegd aan de handeling met het hulpmiddel: deze handeling dient ook te geschieden met het doel om een misdrijf te plegen (MvT, §76). Verder geldt het vereiste dat de handeling onrechtmatig (‘without right’) geschiedt, zodat bijvoorbeeld middelen ontworpen om beveiligingen bevoegd te testen niet onder de strafbaarstelling vallen, hetgeen geëxpliciteerd is in art. 6 lid 2. Aldus zijn bijvoorbeeld niet strafbaar ‘test-devices (“cracking-devices”) and network analysis devices designed by industry to control the reliability of their information technology products or to test system security’ (MvT, §77).

Voorts zijn er nog enkele spijtopties voor verdragspartijen ingebouwd. Bij voorhanden hebben mag de strafbaarstelling zich beperken tot het bezit van meerdere exemplaren; het aantal exemplaren in bezit is namelijk een direct bewijs van misdadige intentie (MvT, §75). Een verdragspartij heeft, aldus art. 6 lid 3, de mogelijkheid om een voorbehoud te maken bij dit artikel, maar zij moet in elk geval wel de verkoop, verspreiding en het beschikbaarstellen van een wachtwoord of toegangsgegevens strafbaar stellen (MvT, §78).

Op het moment van schrijven (juni 2003) is nog geen wetsvoorstel voor ratificatie van het verdrag of voor implementatie in Nederland beschikbaar. Verwacht wordt dat de implementatie in de loop van 2004 beslag krijgt, vermoedelijk via invoeging in het reeds lange tijd bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel Computercriminaliteit II (26 671).

#### *Beoordeling*

Hoe past de strafbaarstelling van cybercriminaliteitshulpmiddelen in het Nederlandse strafrecht? De toelichting geeft als ratio voor strafbaarstelling de noodzaak van het voorkomen of bestrijden van een zwarte markt voor hulpmiddelen. Hierbij wordt gevaarzetting als argument gesuggereerd: ‘the criminal law should prohibit specific potentially dangerous acts at the source, preceding the commission of offences’. De gevaarzetting wordt echter gezien in de voorbereidingshandelingen zelf (de ‘potentially dangerous acts’ die hier worden verboden), niet in de gronddelicten van computercriminaliteit. Dit lijkt ons een slecht argument voor strafbaarstelling: elke voorbereidingshandeling tot een strafbaar feit is ‘potentially dangerous’ doordat het voorbereid op dat strafbare feit. Dan kun je dus elke voorbereidingshandeling wel strafbaar stellen. De toelichting had beter een substantieel argument kunnen hanteren, bijvoorbeeld dat de delicten van art. 2-5 CCV dermate gevaarzettend zijn – als aantasting

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

van het belangrijke rechtsgoed van de integriteit van de informatie-infrastructuur van de maatschappij – dat de voorbereiding ervan vroeg moet worden aangepakt. Maar er valt te twisten over het ernstige karakter van de delicten van art. 2-5. Sommige feiten, zoals computersabotage, zijn ernstig en hebben een gevaarzettend karakter, maar andere kunnen betrekkelijk onschuldig zijn: het veranderen van gegevens in een pc bijvoorbeeld. Naar ons gevoel onderbouwt de toelichting onvoldoende waarom integraal, voor alle computerdelicten, een zwarte markt van hulpmiddelen voorkomen en bestreden moet worden.

De vormgeving van de bepaling zelf is ook verstrekkend in bepaalde opzichten. In de eerste plaats is de opsomming van hulpmiddelen uitgebreid, aangezien het niet alleen programmatuur en apparatuur omvat, maar ook wachtwoorden en toegangscode's. Het is opmerkelijk dat dit laatste kennelijk ernstiger wordt gevonden dan het eerste: een verdragspartij mag wel een voorbehoud maken voor de hulpmiddelen, maar niet voor de verkoop, de verspreiding of het toegankelijk maken van wachtwoorden of toegangscode's (art. 6 lid 3). Nu kan dit laatste ernstige vormen van computercriminaliteit in de hand werken, maar het kan ook betrekkelijk onschuldige handelingen betreffen als het verstrekken aan een collega van een wachtwoord om een afgeschermd Internetpagina te raadplegen (hetgeen dan 'illegal access', art. 2 CCV, zou opleveren). Veel kranten op het Internet zijn bijvoorbeeld alleen toegankelijk met een wachtwoord na gratis registratie. Mede gezien de brede uitleg van 'verstrekken' (zie onder), kan men zich afvragen of de strafbaarstelling hier niet te ver voert.

Een belangrijk punt is voorts de bestemming van het hulpmiddel. Het gaat om middelen die vooral *ontworpen of aangepast* zijn om delicten te plegen. Of dat bewijsproblemen daadwerkelijk voorkomt, zoals de bedoeling is, is nog maar de vraag.

Hoe bewijs je wat het 'primaire ontwerpdoel' is van een hulpmiddel? De ontwikkelaar, houder of verspreider zal immers veelal beweren dat het gemaakt is voor legale toepassingen, zoals het testen van beveiligingen, of dat de bedoeling was burgers in een buitenlandse dictatuur in staat te stellen de van staatswege ingestelde Internetcensuur te omzeilen om mensenrechtenrapporten te kunnen lezen. Vandaar dat de toelichting stelt dat het moet gaan om '*objectively designed or adapted*' (§73, onze cursivering): het ontwerpdoel moet geobjectiveerd aantoonbaar zijn. Maar hoe bewijs je dat?

Een mogelijkheid is te kijken naar de toepassingsmogelijkheden van een middel: voor welke toepassingen kan dit in beginsel worden gebruikt? Dit is echter nauwelijks te bepalen, en zeker niet uitputtend; bovendien kun je, als je lang genoeg zoekt, altijd exotische maar in beginsel legitieme toepassingen vinden. En wat betekent 'primarily' dan: is een hulpmiddel strafbaar als het voor 95% illegale toepassingen heeft, of voor 80%, of voor 60%? De toelichting geeft aan dat deze clausule 'alone will usually exclude dual-use devices' (MvT, §73), maar 'usually' is even rekbaar als 'primarily'.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

Wordt het ontwerpdoel wellicht afgelezen aan de achtergrond van de maker, zodat door (respectabele?) bedrijven ontwikkelde middelen worden aangenomen een legale bestemming te hebben, maar door individuele (*nerd*-achtige?) computergekke ontwikkelde middelen vermoed worden een illegale bestemming te hebben? Dat doet volgens ons geen recht aan de diversiteit in de motoren van het Internet: juist de *nerds*, de individuen, de kleine en onbekende bedrijfjes hebben vaak de technologie ontwikkeld die het Internet als geheel vooruit heeft geholpen.

Het is ook mogelijk dat de bestemming zal worden afgeleid uit het gebruik: indien een middel 'primair' wordt gebruikt voor illegale doelen, zal het wel een illegaal ontwerpdoel hebben. Maar ook dat doet niet echt recht aan het Internet: als uit onderzoek zou blijken dat beschrijfbare cd's voor 70% worden gebruikt voor het ongeautoriseerd kopiëren van muziek, geeft dat een beschrijfbare cd dan een illegaal doel?

Aldus bestaat het gevaar dat de strafbaarstelling van 'primair illegale' hulpmiddelen een schaduw van strafbaarheid vooruit gaat werpen op technische middelen in het algemeen. Bij het ontwerpen van programmatuur en apparatuur kan immers niet worden voorzien voor welke doeleinden deze zoal gebruikt kunnen en zullen gaan worden. Aangezien vrijwel alle technologie voor goede zowel als kwade zaken kan worden gebruikt, is het niet ondenkbaar dat de strafbaarstelling van hulpmiddelen een verkillend effect zal hebben op onderzoek en ontwikkeling naar technologie.

Bij de implementatie zal de Nederlandse wetgever zich hier in elk geval rekenschap van moeten geven, en indien hij gebruikmaakt van vergelijkbare termen, zal hij scherp moeten toelichten hoe bepaald wordt wanneer een hulpmiddel primair is ontworpen voor het plegen van een computerdelict.<sup>58</sup>

Een volgend aspect van art. 6 CCV is de opsomming van gedragingen. De titel van het artikel, 'Misuse of devices', is in dit opzicht misleidend: 'misbruik' suggereert het op een slechte wijze gebruiken van neutrale hulpmiddelen. Hierboven constateerden we echter dat het vooral moet gaan om hulpmiddelen die primair in zichzelf slecht zijn, niet om hulpmiddelen voor tweeërlei gebruik. Ook wordt hier niet het gebruik (of 'misbruik') aangepakt (dat constitueert immers het gronddelict zelf), maar de productie, de handel, het verspreiden en het bezit. Dat het artikel zich richt op de handel is logisch, gezien de gegeven ratio van het aanpakken van een zwarte markt. Het verbieden van productie is in

---

<sup>58</sup> In Kamervragen over een concept van het Verdrag, waarin nog zeer algemeen en verstrekkend werd gesproken over 'instrumenten die geschikt zijn', antwoordde de regering: 'In de toelichting op het verdrag zal moeten worden verduidelijkt dat het alleen gaat om instrumenten (...) die blijkens hun aard *slechts* geschikt zijn voor crimineel gebruik' (onze cursivering). *Kamerstukken II*, 2000-2001, 23 530, nr. 45, p. 9. Dit zou erop kunnen duiden dat de Nederlandse wetgever van plan is zich te beperken tot uitsluitend misdadige hulpmiddelen. Aangezien later echter het woord 'primarily' is ingevoegd in de verdragstekst, is bovenstaande opmerking mogelijk achterhaald en vallen er volgens ons geen conclusies aan te verbinden over de huidige intenties van de wetgever op dit punt.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

dat licht ook te begrijpen, maar dit is – in elk geval voor Nederlands recht – wel vergaand: zelden wordt het vervaardigen van hulpmiddelen strafbaar gesteld. Juist dit bergt het boven gesignaleerde gevaar van verkillend effect op onderzoek en ontwikkeling van ICT in zich.

Het verbod op verspreiding is op zichzelf minder opzienbarend, maar de uitleg daarvan gaat wel verder dan wat men naar redelijke maatstaven onder bestaande strafbaarstellingen van verspreiden zou verstaan. Het aanbrenge van koppelingen naar weblocaties waar kraakmiddelen te vinden zijn heeft wel een erg los verband met computerdelicten. Het is zeker zo dat in de subcultuur van computerkrakers vaak gewerkt wordt met compilaties van ‘interessante’ webadressen, en in bepaalde gevallen heeft dat een even ernstig effect op de zwarte markt van kraakmiddelen als het aanbieden van de middelen zelf. Maar dat is geen voldoende argument om elke koppeling te verbieden, al is het maar omdat een leuke pagina waarnaar met de beste bedoelingen wordt verwezen, de volgende dag plotseling een kraakmiddel kan bevatten. De algemene rechtsvraag naar aansprakelijkheid voor hyperlinks is nog niet uitgekristalliseerd, maar in de literatuur wordt wel aangeraden voorzichtig te zijn met het aansprakelijk stellen voor een koppeling op het Internet. Al is het maar omdat de ervaring leert dat het voornaamste gevolg van gerechtelijke stappen is dat de gewraakte materie meer bekendheid verwerft en elders in veelvoud opduikt.<sup>59</sup>

Ook vergaand is de strafbaarstelling van bezit van hulpmiddelen. Dit heeft immers weinig van doen met de gegeven ratio van het voorkomen van een zwarte markt. Deze oprekkling van de strafbare voorbereidingshandeling is wellicht ingegeven door handhavingsproblemen (bezit is eenvoudiger aan te tonen dan gebruik), maar dit wordt in elk geval niet onderbouwd in het verdrag.

Gelukkig kunnen de bovengeplaatste kanttekeningen voor een belangrijk deel gerelativeerd worden door de toevoeging van het laatste element, namelijk het verband met het gronddelict. Er wordt opzet geëist op gebruik voor het doel een computerdelict te plegen, zowel bij de handel als bij het bezit. Veel zal echter afhangen van hoe deze opzeteis wordt uitgelegd. Zal het opzet mede subjectief worden uitgelegd, zodat kennis van de beweegredenen van de dader nodig is? Of wordt volstaan met geobjectiveerde factoren? In het laatste geval bestaat het gevaar dat dit geen extra bescherming biedt: het opzet zou afgeleid kunnen worden uit het enkele feit dat iemand iets doet met een middel dat primair ontworpen is voor het plegen van een computerdelict, en wat kan iemand anders van zins zijn dan dat middel te gebruiken waarvoor het is ontworpen? Hier mag de subjectieve intentie niet worden weggeobjectiveerd, zoals De Hullu ook betoogde bij de strafbare voorbereidingshandeling. En vanwege dit belang van de subjectieve intentie

---

<sup>59</sup> Zie Chavannes 2003.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

moet voorwaardelijk opzet volgens ons hier ook afgewezen worden: er moet oogmerk bestaan tot het plegen van een computerdelict.

Concluderend hebben wij de nodige bedenkingen bij de voorgestelde strafbaarstelling. De noodzaak van het voorkomen van een zwarte markt wordt onvoldoende gemotiveerd in het licht van de integrale strafbaarstelling van hulpmiddelen, die ook lichte vormen van computercriminaliteit kan betreffen. De reikwijdte van het artikel is groot, onder andere door het omvatten van wachtwoorden en toegangscodes, de vage aanduiding dat het gaat om hulpmiddelen die 'primair' zijn ontworpen met het oog op computerdelicten, en de strafbaarstelling van vervaardigen, bezit en verspreiden door middel van hyperlinks. Het is de vraag of de aanvullende opzetsis op het plegen van een computerdelict deze brede reikwijdte voldoende kan inperken tot daadwerkelijk strafwaardige voorbereidingshandelingen.

Al met al zijn er volgens ons voldoende kanttekeningen voor de Nederlandse wetgever om te overwegen bij de ratificatie voor dit artikel een voorbehoud te maken.

### ***3.3. Kraakmiddelen en het auteursrecht***

Hoewel bij de ontwikkelingen in het verkeersstrafrecht en het Cybercrime-Verdrag de nodige kanttekeningen te plaatsen zijn, blijven de voorstellen op die terreinen zich nog wel grotendeels beperken tot hulpmiddelen met een (hoofdzakelijk) illegale bestemming en tot enige opzet op het plegen van onrechtmatige handelingen. Wanneer we kijken naar recente ontwikkeling rondom technische hulpmiddelen in het auteursrecht, lijken zelfs deze ankerpunten voor aansprakelijkstelling op de tocht te staan. Een analyse van deze ontwikkeling is juist daarom van belang omdat de voorgestelde auteursrechtelijke regeling weliswaar nu een civielrechtelijke sanctie kent, maar de wetgever heeft aangegeven te bezien hoe de regeling zich verhoudt tot de strafrechtelijke normering van art. 6 CCV.

Vrijwel alle Nederlandse landelijke dagbladen maakten begin 2003 melding van de vrijspraak in Noorwegen door de rechtbank Oslo van de maker, Johansen, van een computerprogramma waarmee beveiligde films op dvd zijn te ontsleutelen.<sup>60</sup> Dvd's beschikken over een beveiligingssysteem (het *Content Scrambling System*) waarmee films met behulp van encryptie zijn versleuteld. Alleen dvd-spelers die over de juiste sleutel beschikken kunnen de code ontcijferen en de films kunnen daarmee alleen op dergelijke spelers worden afgespeeld. Een essentiële overweging in de vrijspraak vormde het oordeel van de Noorse rechter dat het programma voor het kraken van het

---

<sup>60</sup> Rechtbank Oslo, 8 januari 2003. Een Engelse vertaling van de uitspraak is beschikbaar via: <[http://www.eff.org/IP/Video/DeCSS\\_prosecutions/Johansen\\_DeCSS\\_Case/20030109\\_johansen\\_decision.html](http://www.eff.org/IP/Video/DeCSS_prosecutions/Johansen_DeCSS_Case/20030109_johansen_decision.html)>

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

beveiligingssysteem ook voor rechtmatige doeleinden kan worden ingezet. De rechter stelde dat degene die een film op dvd rechtmatig heeft verkregen, geautoriseerd is in de zin van de wet om die film te ontsleutelen om deze te bekijken. Daarbij achtte hij het irrelevant of dat gebeurt op een door de filmindustrie geautoriseerde speler of niet. De rechter concludeerde verder dat onvoldoende bewezen was dat de verdachte met het beschikbaar stellen van het kraakprogramma beoogde dat daarmee onrechtmatig inbreuk zou worden gemaakt. Aldus kon de verdachte ook niet worden veroordeeld op grond van medeplichtigheid of uitlokking (het anderen met het verspreiden van het kraakprogramma in de gelegenheid stellen een strafbaar feit te begaan). We zien hier dat voor de rechtbank relevant is dat het hulpmiddel kan worden gebruikt voor andere doelen dan wettelijk is verboden en dat het opzet van de verdachte tot onrechtmatig gebruik van het middel niet kon worden bewezen.

In de berichtgeving wezen de dagbladen erop dat Johansen er in diverse andere landen minder eenvoudig van afgekomen zou zijn. De VS verbiedt via de *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)* sedert enkele jaren het enkele maken en verspreiden van middelen voor het omzeilen van auteursrechtelijke beveiligingssystemen. Inmiddels zijn onder deze wet diverse procedures gevoerd, waarvan de rechtszaak tegen een Russische programmeur, Skljarov, de bij het brede publiek bekendste is.<sup>61</sup> De programmeur werd in de zomer van 2001 na afloop van een lezing op een hackerscongres in de VS aangehouden en op grond van de DMCA aangeklaagd wegens het ontwikkelen en aanbieden van programmatuur die kon worden gebruikt voor het kraken van beveiliging op het eBook systeem van een groot Amerikaans bedrijf. Omdat Skljarov erkende dat de software was ontwikkeld voor het kraken van auteursrechtbeveiliging, richtte de procedure zich op de vraag of het aannemelijk was dat hij wetenschap had omtrent het inbreukmakende karakter van dergelijke software en tevens beoogde in strijd met de wet te handelen. De jury kwam tot een vrijspraak omdat niet overtuigend kon worden vastgesteld dat de verdachte 'willfully' beoogde de wet te overtreden. Deze uitspraak betekent echter niet dat het civiel- en strafrechtelijk gesanctioneerde<sup>62</sup> DMCA-verbod geen verstrekende implicaties heeft. Dat blijkt uit een zaak waarin het enkele aanbrengen van een hyperlink naar een omzeilingsprogramma wel als onrechtmatig werd aangemerkt.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> United States of America v. Elcom LTD, Case No. CR 01-20138 RMW (2002). Zie over deze zaak: <[http://www.eff.org/IP/DMCA/US\\_Elcomsoft/34124\\_1.pdf](http://www.eff.org/IP/DMCA/US_Elcomsoft/34124_1.pdf)>. De procedure werd uiteindelijk niet tegen Skljarov zelf, maar tegen diens werkgever, ElcomSoft, gevoerd.

<sup>62</sup> De strafrechtelijke sanctie is opgenomen in art. 1204 Copyright Act.

<sup>63</sup> Universal Studios, Inc. v. Remerides, 111 F. Supp. 2<sup>nd</sup> 294 (S.D.N.Y. 2000). Zie tevens: 111 F. Supp. 2<sup>nd</sup> 346 (S.D.N.Y. 2000).



Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

De oorsprong van de bepaling in de DMCA ligt in het in 1996 binnen de WIPO gesloten Auteursrecht-Verdrag.<sup>64</sup> In de Europese Unie werden de verdragsbepalingen opgenomen in de Richtlijn auteursrecht in de informatiemaatschappij (Auteursrechtlijn).<sup>65</sup> Bij ons parlement werd op 22 juli 2002 een implementatiewetsvoorstel ter aanpassing van de Auteurswet ingediend waarin een voorgesteld artikel 29a Aw het maken, aanbieden en verspreiden van kraakmiddelen als onrechtmatig aanmerkt.<sup>66</sup> Voor we op dit Nederlandse voorstel nader ingaan, lichten we eerst de achtergrond van de totstandkoming van de regeling nader toe en bezien we op welke wijze de WIPO en de EG omgaan met de tweetrapsraket van de bestemming van het hulpmiddel en (de intentie bij) het gebruik daarvan.

---

<sup>64</sup> WIPO Copyright Treaty, Genève, december 20, 1996. Zie *Trb.* 1998, 247.

<sup>65</sup> Richtlijn 2001/29/EG, *PhEG* L 167/10, 22 juni 2001. Zie voor een bespreking Arkenbout 2000.

<sup>66</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482. Voor een bespreking, zie Visser 2002.

**Achtergrond: het Internet als wereldwijd kopieerapparaat**

De oorsprong van het auteursrechtelijk verbod op het omzeilen van technische beschermingsmaatregelen ligt in de ongekende kopieer- en verspreidingsmogelijkheden van ICT. Het is in diverse publicaties inmiddels veelvuldig opgemerkt: het Internet is in feite één groot mondiaal publicatiemedium en kopieerapparaat. Waar vroeger voor een inbreukmakende handeling veel geld en veelal commerciële tussenpersonen de voorwaardenscheppende factoren waren, kan iedereen nu onrechtmatig handelen zonder dure apparaten of tussenpersonen. Daarbij hebben deze handelingen vaak ook al snel economische gevolgen, als we afgaan op de schattingen van de muziekindustrie inzake hun omzetsdaling ten gevolge van Internet. Technieken als MP3 voor muziekopslag en *peer-to-peer*-systemen voor bestandenuitwisseling laten zien dat het vinden, binnenhalen en kopiëren van muziekbestanden kinderspel zijn geworden. De veelbediscussieerde rechtszaken tegen Napster<sup>67</sup> en de oorspronkelijk Nederlandse pendant KaZaA<sup>68</sup> vormen de bekende signalen van de fundamentele handhavingsproblemen waar het auteursrecht in een elektronische omgeving mee wordt geconfronteerd. In het verleden werden de kopieerpraktijken aangepakt met kopieerheffingen op cassettebanden en cd, die het nodige soelaas boden voor auteursrechthebbenden. Op het Internet, waar geografische grenzen ontbreken en het welhaast onmogelijk is te traceren waarvandaan muziekbestanden worden verspreid en waar ze vervolgens worden binnengehaald, bieden dergelijke instrumenten slechts marginaal uitkomst. Daarbij komt bovendien dat waar in de fysieke wereld men een boek kan lezen zonder dit boek eerst te moeten kopiëren, in een elektronische omgeving het gebruik onlosmakelijk is verbonden met verveelvoudiging, een auteursrechtelijk relevante handeling waarvoor dus veelal toestemming van de rechthebbende is vereist. Ter illustratie: wanneer een consument een computerprogramma op diskette aanschaft en dit wil gebruiken, zal hij het allereerst in het werkgeheugen van de computer moeten laden (en derhalve moeten verveelvoudigen) om ermee te kunnen werken.

In het WIPO-Auteursrecht-Verdrag verplichten de verdragsluitende partijen zich middels art. 11 te zorgen voor passende rechtsbescherming en doeltreffende rechtsmiddelen om te voorkomen dat technische maatregelen die auteursrechthebbenden hanteren om hun rechten te kunnen uitoefenen

<sup>67</sup> A&M Records, Inc. e.a. vs. Napster, Inc., U.S. Court of Appeals (9<sup>th</sup> Cir.) 12 February 2001. <<http://dl.napster.com/010212-opinion.pdf>>. Zie ook: *AMI* 2001, p. 35.

<sup>68</sup> Rb. Amsterdam 29 november 2001, rechtspraak.nl, LJN-nr. AD6395 (KaZaA-Buma/Stemra). Op 31 januari 2002 volgde nogmaals een uitspraak in kort geding. Op 28 maart 2002 deed het Gerechtshof Amsterdam uitspraak. Zie ook: *Computerrecht* 2002/3, p. 142-147; *AMI* 2002/4, p. 134. Beroep in cassatie is ingesteld.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

onwerkzaam worden gemaakt.<sup>69</sup> Daarbij gaat het om technische maatregelen die auteurs toepassen in verband met de uitoefening van hun rechten teneinde te beletten dat met hun werken handelingen worden verricht waarvoor zij geen toestemming hebben verleend of die rechtens niet geoorloofd zijn. Dit laatste maakt direct duidelijk dat kraakfaciliteiten op grond van de WIPO-bepaling alleen dan onrechtmatig zijn indien ze gebruik beogen waarvoor geen toestemming van de rechthebbende is verkregen dan wel dat rechtens niet geoorloofd is. Met andere woorden, de toepassing van kraakfaciliteiten met het oog op rechtmatig gebruik, zoals kopiëren voor eigen persoonlijk gebruik, onderzoeksdoeleinden of citeren, is geoorloofd onder het WIPO-Verdrag. Het wordt verder aan de verdragsluitende partijen overgelaten vast te stellen welke rechtsmiddelen *doeltreffend* aan dit uitgangspunt vorm kunnen geven. Hierbij wandelt de WIPO om de hete brij heen en heeft ze het niet aangedurfd ten behoeve van de implementatie meer concrete aanknopingspunten te formuleren.

De Europese Auteursrechtlijn uit 2001 implementeert zoals gezegd het WIPO-Verdrag en kiest daarbij voor een ruim opgezet beschermingsrecht tegen omzeiling van technische bescherming.<sup>70</sup> Wat betreft de bestemming van het middel concretiseert de Richtlijn in art. 6 de omzeilingshandelingen waartegen opgetreden zou moeten worden:

‘de vervaardiging, invoer, distributie, verkoop, verhuur, reclame voor verkoop of verhuur, of het bezit voor commerciële doeleinden van inrichtingen, producten, onderdelen of het verrichten van diensten die a) gestimuleerd, aangeprezen of in de handel gebracht worden om bescherming te omzeilen, of b) slechts een commercieel beperkt doel of nut hebben, of c) in het bijzonder ontworpen zijn met het doel de omzeiling mogelijk of gemakkelijk te maken van doeltreffende technische voorzieningen.’

De elementen van ‘commercieel beperkt doel of nut’ en ‘in het bijzonder ontworpen met het doel’ beogen een onderscheid te maken tussen enerzijds middelen waarvan het doel is om omzeiling mogelijk of gemakkelijk te maken en anderzijds middelen waarvan omzeiling een neveneffect kan zijn (zoals een computer met een grote rekencapaciteit waarmee in principe ook technische beschermingsmiddelen kunnen worden uitgeschakeld).<sup>71</sup> Tussen deze twee uitersten ligt een grijs gebied van middelen die niet uitsluitend een omzeilingsdoel hebben maar waarvan omzeiling wel meer is dan een neveneffect; of dit grijze gebied aan de ene of aan de andere kant zal worden toegerekend, is onduidelijk.

De tweede trap van de raket, de intentie waarmee de omzeilingsmiddelen worden ingezet, blijkt irrelevant onder de Richtlijn. Men kiest voor een definitie van beschermde technische voorzieningen die ontkoppeld is van de beschermingsomvang van het auteursrecht. Met andere woorden, omzeiling is verboden, ongeacht of er sprake kan zijn van omzeiling om te kunnen genieten van een wettelijke beperking als het citaatrecht,

---

<sup>69</sup> ‘Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.’

<sup>70</sup> Waarbij uit overweging 49 van de Richtlijn wel duidelijk wordt dat de lidstaten het voorhanden hebben van omzeilingsmiddelen voor puur privé-bezit buiten het bereik van de regeling kunnen laten.

<sup>71</sup> Zie p. 58 van de MvT bij het Nederlandse implementatievoorstel: Kamerstukken II 2001/02, 28 482, nr. 3.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

gebruik voor onderwijsdoeleinden of een recht op een privékopie.<sup>72</sup> De Europese wetgever kiest er daarbij ook niet voor om, naar voorbeeld van de VS,<sup>73</sup> de mogelijkheid te creëren voor toekomstige expliciete kraakexcepties voor legitieme doeleinden. In woorden heeft de Richtlijn oog voor een noodzakelijke balans tussen enerzijds de belangen van rechthebbenden en anderzijds erkende informatievrijheden (overweging 31). Men heeft het echter niet aangedurfd deze woorden om te zetten in daden en aldus ontbreken concrete aanknopingspunten voor het vinden van deze balans. Via art. 6 lid 4 sub 1 Auteursrecht richtlijn is het dilemma doorgeschoven naar de lidstaten. Deze moeten nu ‘passende maatregelen’ nemen om ervoor te zorgen dat rechthebbenden aan de begunstigde van bepaalde nationaalrechtelijke beperkingen of restricties de nodige middelen verschaffen om van die beperking of restrictie gebruik te kunnen maken. Wat dergelijke ‘passende maatregelen’ moeten zijn wordt aan de inventiviteit van de nationale wetgevers overgelaten.

---

<sup>72</sup> Zie ook het antwoord van de Minister naar aanleiding van een vraag van de VVD-fractie, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 482, nr. 8, p. 18.

<sup>73</sup> Wat betreft de relatie met informatievrijheden kiest de Amerikaanse regering voor een expliciete wettelijke regeling in afdeling 1201(a)(1)(B)-(D) van de DMCA om deze vrijheden te garanderen: elke twee jaar kunnen bij het Copyright Office uitzonderingen (exemptions) worden aangevraagd op het omzeilingsverbod. Tot op heden heeft het Copyright Office zich zeer spaarzaam getoond in het afkondigen van uitzonderingen. In de eerste beslissingsronde is onder meer een uitzondering geaccepteerd voor het omzeilen van filtersoftware, zodat kan worden achterhaald welke informatie wordt gefilterd. Voor een analyse van de regeling, zie Burk & Cohen 2001.

**Achtergrond: het auteursrecht en wettelijke beperkingen**

Het auteursrecht is een balans tussen rechten van makers en rechten van gebruikers. De maker heeft het exclusieve recht op openbaarmaken en veeleer eenvoudig, maar dit wordt ingeperkt door wettelijke beperkingen, bijvoorbeeld voor citeren, parodiëren, privé-kopiëren, bibliotheken en universiteiten (zie art. 15 en volgende Aw). Wat betreft de functie en ratio van de wettelijke beperkingen op het auteursrecht wordt in de literatuur wel gesteld dat deze destijds zijn geïntroduceerd omdat te hoge transactiekosten aan de totstandkoming van een licentie in de weg staan<sup>74</sup> en het desalniettemin als wenselijk werd ervaren dat onder omstandigheden gebruik van de werken kon worden gemaakt. Nu ICT direct contact tussen auteur en gebruiker heeft vereenvoudigd en zowel het afsluiten van de licentie als het afrekenen van de vergoeding welhaast volautomatisch via Digital Rights Management kan plaatsvinden gaan de transactiekosten drastisch omlaag en ontberen de wettelijke beperkingen hun grondslag. Aldus lijkt er in deze visie geen bezwaar te bestaan tegen het inperken van de wettelijke gebruiksrechten via technische bescherming. Breder in de literatuur aanvaard is echter de opvatting dat de ratio van de wettelijke beperkingen op het auteursrecht is gelegen in fundamentele rechten, zoals het recht op privacy (het handhaven van een verbodsrecht op privégebruik resulteert in een te vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer) en het recht op informatievrijheid (een absoluut controlerecht op informatie wordt als onwenselijk ervaren in onze democratische samenleving).<sup>75</sup> Ook in de informatiemaatschappij blijft deze ratio overeind, hetgeen betekent dat de Auteursrechtlijn – die bedoeld is om de toepassing van het auteursrecht op het Internet te faciliteren, niet om het auteursrecht zelf fundamenteel te wijzigen – geen afbreuk zou mogen doen aan de wettelijke beperkingen.

Het bovenstaande maakt nieuwsgierig naar de keuze die de Nederlandse wetgever voorstaat. Een blik op de voorgestelde regeling in art. 29a Aw laat zien dat wat betreft het bereik van de regeling nauw wordt aangesloten bij de tekst van de Richtlijn.<sup>76</sup>

*2. Degene, die doeltreffende technische voorzieningen omzeilt en dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, handelt onrechtmatig.*

*3. Degene die diensten verricht of inrichtingen, producten of onderdelen vervaardigt, invoert, distribueert, verkoopt, verhuurt, adverteert of voor commerciële doeleinden bezit die:*

<sup>74</sup> De te maken kosten voor het afsluiten en afhandelen van een licentieovereenkomst zouden in sommige situaties de waarde die de gebruiker aan het gebruik van het werk hecht te boven gaan, waardoor deze van gebruik zou afzien. Zie Koelman 2001, p. 88.

<sup>75</sup> Zie hierover in meer detail Koelman 2001, p. 88.

<sup>76</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482, nrs. 1-2.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

*a) aangeboden, aangeprezen of in de handel worden gebracht met het doel om de beschermende werking van doeltreffende technische voorzieningen te omzeilen, of  
b) slechts een commercieel beperkt doel of nut hebben anders dan het omzeilen van de beschermende werking van doeltreffende technische voorzieningen, of  
c) vooral ontworpen, vervaardigd of aangepast worden met het doel het omzeilen van de doeltreffende technische voorzieningen mogelijk of gemakkelijker te maken,  
handelt onrechtmatig.*

Zowel de omzeilingshandeling zelf (lid 2) als het vervaardigen, invoeren, verkopen, adverteren, aanbieden en aanprijzen van omzeilingsmiddelen (lid 3) vallen binnen het bereik van de regeling. Bij de omzeilingshandeling zelf haalt het tweede lid het element van intentie binnen, maar in een afgezwakte vorm: ‘Degene, die doeltreffende technische voorzieningen omzeilt en dat weet *of redelijkerwijs behoort te weten*, handelt onrechtmatig’ (onze cursivering). Aldus is het omzeilen van een beveiliging alleen onrechtmatig als dit met opzet of culpa gebeurt. Maar daarmee is de kou niet uit de lucht: het bewust omzeilen van een beveiliging is namelijk ook onrechtmatig als dit geschiedt met het oogmerk een rechtmatige handeling te kunnen verrichten. De MvT stelt daarover: ‘het enkele feit dat een omzeilingsfunctionaliteit kan worden aangewend om op zich auteursrechtelijk toelaatbaar gebruik te maken, betekent niet dat artikel 29a niet van toepassing is.’<sup>77</sup>

Hetzelfde geldt voor de voorbereidingshandelingen van lid 3. Een cryptograaf die omzeilingsmiddelen ontwikkelt of daar tijdens een congres de aandacht op vestigt met als oogmerk om in het kader van zijn onderzoek te wijzen op bepaalde beveiligingslekken in systemen handelt onrechtmatig.<sup>78</sup>

De vanuit de Europees onmacht doorgeschoven opdracht om in ‘passende maatregelen’ te voorzien die ervoor zorgen dat gebruikers een beroep kunnen blijven doen op de bekende beperkingen op het auteursrecht wordt vooralsnog niet uitgevoerd. Het heikele punt is overgelaten aan een eventuele algemene maatregel van bestuur (lid 4: ‘Bij AMvB *kunnen* regelen worden vastgesteld (...) om van deze beperkingen te profiteren’, onze cursivering). De regering merkt daarover in de Memorie van Toelichting (en dus niet in de wettekst zelf) op dat de Minister van Justitie pas zal ingrijpen op het moment dat de

---

<sup>77</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482, nr. 3, p. 58.

<sup>78</sup> De Nederlandse cryptografie-deskundige Niels Ferguson die onderzoek doet naar zwakke onderdelen van encryptie van video-signalen, publiceerde zijn onderzoeksresultaten niet in het Engels uit angst voor vervolging in de VS op grond van de DMCA. Ook onder het Nederlandse wetsvoorstel zou hij in de problemen kunnen komen: de minister heeft aan de Tweede Kamer (nr. 5, p. 42) weliswaar toegezegd dat art. 29a ‘serieus’ cryptografisch onderzoek niet mag verhinderen, maar hij heeft niet aangegeven wanneer onderzoek ‘serieus’ kan worden geacht. Zie hierover de brandbrief van diverse experts aan de Tweede Kamer, beschikbaar op <<http://www.bof.nl/auteursrecht.html>>. Zie ook *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482, nr. 7, p. 15.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

betekenis en de ratio van de beperkingen in het gedrang komen.<sup>79</sup> Tot dat moment zal ook de inzet van omzeilingsystemen met het oog op het verrichten van een in principe rechtmatige verveelvoudigingshandeling als een onrechtmatige daad conform art. 29a Aw worden aangemerkt.

De Commissie Auteursrecht had in haar advies uit 2001 voorgesteld het inbreukelement te verweven in de definitie van technische voorzieningen.<sup>80</sup> Daarmee beoogde de Commissie een meer directe relatie te leggen met het oogmerk van de inbreuk op een auteursrecht en zo door de wet toegelaten gebruikshandelingen (bijvoorbeeld die zijn gebaseerd op de beperkingen van het auteursrecht) buiten schot te houden. De regering betoogt in de Memorie van Toelichting dat de Richtlijn geen ruimte laat voor deze optie.<sup>81</sup> Daarmee wordt duidelijk dat het spel in Europa is gespeeld en posities niet opnieuw kunnen worden betrokken.<sup>82</sup> Ook bij het beantwoorden van de vragen en opmerkingen vanuit de fracties legt de regering zich in een kennelijke onmacht bij deze situatie neer en verwijst zij de problemen terug naar het Europese schakbord: 'wat er ook zij van de eventuele wenselijkheid hiervan (i.e. het opnemen van uitzondering voor bepaald rechtmatig gebruik, onze toevoeging), vastgesteld moet worden dat de richtlijn daarin niet voorziet. (...) het is de regering niet toegestaan om hierop eenzijdig een uitzondering te introduceren.'<sup>83</sup> De meer fundamentele discussie over de implicaties van deze internationale normstelling vanuit een oogpunt van de systematiek van het nationale (auteurs)recht en – mocht het in de toekomst mogelijk tot een strafrechtelijke handhaving komen (zie onder) – van het materiële strafrecht gaat de regering uit de weg.

Het auteursrechtbeleid in het ICT-tijperk kiest, zo moge uit het voorgaande blijken, voor een duidelijke koerswijziging: alhoewel er inherent niets mis hoeft te zijn met een hulpmiddel (de omzeilingsfaciliteit), worden alle handelingen daarmee verboden. De bestemming van het hulpmiddel wordt geheel losgekoppeld van onrechtmatigheid. Een vergaande stap daarbij is voorts dat de intentie van het gebruik geen rol speelt. Of de handeling nu met of zonder legitiem oogmerk plaatsvindt, zij is verboden. Aldus wordt het hulpmiddel in abstracto en in concreto feitelijk onrechtmatig verklaard, zonder band met een onderliggende strafwaardige gedraging.

De vraag treedt naar voren of een dergelijke maatregel proportioneel is in het licht van de belangen die worden geraakt en of deze past binnen het auteursrechtstelsel en de

<sup>79</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482, nr. 3, p. 58. Zie tevens p. 28-31. De vraag is natuurlijk in hoeverre de Nederlandse regering invloed heeft op informatieaanbieders uit landen van buiten de EU en hen via een AMvB kan verplichten recht te doen aan wettelijke gebruiksrechten.

<sup>80</sup> Zie hierover *Kamerstukken II* 2001/02, 26 538, nr. 5.

<sup>81</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482, nr. 3, p. 55.

<sup>82</sup> Een evaluatie van de Richtlijn is aangekondigd voor uiterlijk eind 2004, maar het valt – gezien het precaire compromiskarakter van de richtlijn – niet op voorhand te verwachten dat de richtlijn op dit punt fundamenteel zal worden gewijzigd.

<sup>83</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28 482, nr. 8, p. 5.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

achterliggende ratio daarvan. Los van het antwoord hierop, is voor het onderwerp van deze bijdrage relevant wat de implicaties van de regeling zijn voor de strafbaarstelling van hulpmiddelen. Alhoewel de wetgever vooralsnog kiest voor een civielrechtelijke handhaving,<sup>84</sup> blijkt uit de MvT dat de wetgever zal bezien hoe deze situatie zich verhoudt tot de strafrechtelijke normering van art. 6 Cybercrime verdrag. 'De regering neemt zich evenwel voor na te gaan in hoeverre met civielrechtelijke handhaving op dit terrein kan worden volstaan. In een veel breder kader, namelijk de toetreding tot het verdrag van de Raad van Europa "Cybercrime", zal de vraag rijzen welke strafrechtelijke normen van toepassing zijn op het omzeilen van computersystemen en manipuleren van computergegevens alsmede het beschikbaar stellen van producten en diensten waarmee dat kan worden bewerkstelligd.'<sup>85</sup> Naar aanleiding van vragen van diverse fracties waarom niet ook voor handhaving langs de strafrechtelijke weg is gekozen nu de handelingen neergelegd in art. 29a Aw 'na ratificatie van het Verdrag inzake Cybercrime, ingevolge art. 6 van dat verdrag, (deels) strafbaar zullen moeten worden gesteld', stelde de Minister dat de materie die het voorgestelde art. 29a Aw beoogt te bestrijken reeds grotendeels wordt bestreken door de strafrechtelijke bepalingen inzake computervredebreuk (art. 138a Sr), listig gebruik maken van een telecommunicatiedienst (art. 326c Sr) en het manipuleren van gegevens (art. 350a Sr). Mede vanwege de verscheidene open normen die zijn opgenomen in art. 29a Aw (zoals 'doeltreffende' technische voorzieningen, normale werking en een commercieel beperkt doel of nut) geeft de Minister er de voorkeur aan 'dat thans eerst ervaring wordt opgedaan met de nieuwe artikelen en de bestaande en in voorbereiding zijnde nieuwe strafrechtelijke instrumenten en dat vervolgens wordt beslist of andere handelingen binnen het bereik van art. 29a strafbaar moeten worden gesteld met een daarop toegesneden strafmaat.'<sup>86</sup>

#### *Beoordeling*

Alhoewel de regeling van art. 29a Aw vooralsnog dus geen strafrechtelijke sanctie kent, is het gezien de opmerkingen van de wetgever bepaald niet uitgesloten dat in de toekomst ook via het strafrecht gehandhaafd zal worden. Daarom is het interessant te bezien in hoeverre de aansprakelijkheid voor omzeilingsmiddelen in het systeem van de strafwet zou passen. Wederom is dus de eerste vraag wat de reden is voor een verbod op omzeilingsmiddelen. Deze vraag is mede van belang nu de geïntroduceerde regeling

---

<sup>84</sup> Dit mede gelet op het feit dat de strafnorm van art. 32a Aw in de praktijk bezwaarlijk toepassing vindt en de Richtlijn genoegen neemt met enkel civielrechtelijke sanctionering, aldus de MvT (p. 56). Overigens meende de Raad van State dat de regering onvoldoende duidelijk maakt waarom een strafrechtelijke handhaving in de praktijk op bezwaren stuit en wijst hij op de inconsequentie ten gevolge van het verschil in handhaving van art. 32a Aw (het strafbaar gestelde omzeilen van beveiliging bij computerprogrammatuur). *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482, B, p. 8-9.

<sup>85</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482, nr. 3, p. 27. Zie ook p. 56.

<sup>86</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28 482, nr. 5, p. 41.



Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

volstrekt vreemd is aan het systeem van de Auteurswet. De kern van het auteursrecht is immers gelegen in het regelen van bepaalde handelingen met betrekking tot een auteursrechtelijk beschermd werk (zoals de handelingen verveelvoudigen en openbaarmaken) en niet de instrumenten die daartoe worden ingezet (dus niet het kopieerapparaat dat voor de handeling wordt gebruikt).<sup>87</sup>

De MvT merkt op dat de regeling 'gerechtvaardigd wordt door de investeringen die nodig zijn om de technische voorzieningen op communautair niveau te ontwikkelen, de problemen rond handhaving van auteursrecht in de digitale omgeving en de wens om van de mogelijkheden die de techniek biedt, zo ruim mogelijk gebruik te maken.'<sup>88</sup> Kortom, met de introductie van de bepaling had de wetgever meerdere redenen op het oog. Het verbod op omzeiling heeft allereerst expliciet tot doel de compatibiliteit en interoperabiliteit op de nog jonge markt van technische beschermingsmiddelen te bevorderen. 'Tegelijkertijd is de bescherming tegen handelingen en apparatuur die omzeiling mogelijk maken ook bedoeld als zekerheid voor die bedrijven die zich toeleggen op de productie van hard ware en die investeringen doen om nieuwe beschermingstechnieken in te bouwen of te herkennen dat niet anderen deze technieken zonder moeite kunnen doorbreken.'<sup>89</sup>

Een tweede overweging voor de wetgever om met een omzeilingsverbod te komen is gelegen in de wens tot een meer effectieve handhaving. Het is onmiskenbaar dat juist in de digitale omgeving het handhavingsvraagstuk op scherp is komen te staan. Wettelijke mogelijkheden die kunnen bijdragen aan een verhoogde effectiviteit van het bestrijden van auteursrechtinbreuken spelen aldus een voorname rol. Juist om deze reden omvat het verbod van art. 29a Aw behalve het gebruik van de omzeilingsfaciliteit als zodanig, ook allerlei handelingen die dienen ter voorbereiding van de daadwerkelijke omzeiling: 'het niveau van bescherming [zou] onvoldoende (...) zijn als slechts het daadwerkelijk omzeilen onrechtmatig is'.<sup>90</sup> Kortom, de ratio van de regeling rondom de voorbereidingshandelingen lijkt mede te zijn gelegen in de ontoereikendheid van een verbod op de omzeilingshandeling zelf. In tegenstelling tot de eerder besproken laserschilden is handhaving direct redengevend vanwege de moeilijke opspoorbaarheid en vervolgbaarheid van het gebruik van omzeilingsfaciliteiten. De regering verwoordt een en ander door op te merken dat gelaedeerden doorgaans het meeste belang hebben bij het aanpakken van de bron.<sup>91</sup> Immers, het is eenvoudiger en effectiever een importeur of aanbieder van omzeilingsapparatuur op te sporen dan een individuele gebruiker die in of

---

<sup>87</sup> Ook de wetgever onderkent dat met de regeling een nieuwe vorm van bescherming wordt geïntroduceerd die zich tot een ander terrein uitstrekt dan de klassieke betekenis van het auteursrecht. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 482, nr. 3, p. 57.

<sup>88</sup> *Kamerstukken II 2001/02*, 28 482, nr. 3, p. 27.

<sup>89</sup> *Kamerstukken II 2001/02*, 28 482, nr. 3, p. 28.

<sup>90</sup> *Kamerstukken II 2001/02*, 28 482, nr. 3, p. 28.

<sup>91</sup> *Kamerstukken II 2001/02*, 28 482, nr. 3, p. 58.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

vanuit de beslotenheid van de studeerkamer een beveiligingssysteem kraakt – nog afgezien van de privacyimplicaties die een aanpak op het individuele niveau van gebruik met zich mee zal brengen. Uiteindelijk weegt daarmee het economisch (en in het verlengde daarvan, het maatschappelijk) belang zwaarder dan een beperking van het verbod op gebruik van het omzeilingsmiddel. In het licht van bestaande strafbaarstellingen van hulpmiddelen, leveren de huidige handhavingsproblemen waar het auteursrecht mee wordt geconfronteerd op het eerste gezicht een dringende reden op om niet alleen het gebruik, maar ook voorbereidingshandelingen te verbieden.

Opvallend is verder dat de regering een groot belang hecht aan handhaving van het auteursrecht via technische voorzieningen en ‘de wens om van de mogelijkheden die de techniek biedt, zo ruim mogelijk gebruik te maken’ aldus expliciet aan de regeling ten grondslag legt. Dit vertrouwen is des te meer opvallend nu de regering zelf onderkent dat de ontwikkeling van de technische voorzieningen nog in de kinderschoenen staat en deze voorzieningen, althans op dit moment, nog niet in staat zijn in te spelen op het zorgvuldig vormgegeven systeem van machtsevenwicht waartoe het huidige auteurswet zich inmiddels heeft ontwikkeld. Het gegeven dat de techniek momenteel niet in staat is een onderscheid te maken tussen omzeiling voor rechtmatige doeleinden enerzijds en omzeiling met het oog op onrechtmatig handelen anderzijds, in combinatie met de overweging dat de verleiding van misbruik wel heel snel op de loer ligt,<sup>92</sup> vormen voor de wetgever de rechtvaardiging te kiezen voor een systeem van alles of niets. Men onderkent dat de verhouding tussen technische voorzieningen en wettelijke beperkingen een gevoelige is, maar stelt tevens vast dat er geen middenweg mogelijk is, waarmee het toekennen van juridische bescherming aan slechts die middelen die inbreuk voorkomen of belemmeren niet leidt tot een ‘level playing field’.<sup>93</sup>

De vormgeving van het civielrechtelijke verbod op voorbereidingshandelingen met kraakmiddelen is opmerkelijk als we kijken naar de aanknopingspunten voor strafrechtelijke aansprakelijkstelling. In de eerste plaats de hulpmiddelen: het betreft diensten, producten of onderdelen (lid 3). Er wordt dus niet alleen aangeknoopt bij voorwerpen (en alles wat daarop lijkt), maar ook bij dienstverlening. In de bestaande strafrechtelijke aansprakelijkstellingen komt dienstverlening als zodanig niet voor. De bestemming van de hulpmiddelen kent voorts een interessante driedeling. Ten eerste is de bestemming van de middelen zelf (dus in abstracto) irrelevant als zij in concreto worden aangeboden met als doel omzeiling (lid 3 onder a). Indien er dus een oogmerk is om de gewraakte grondhandeling (het omzeilen) te plegen, kan de bestemming van het voorbereidingsmiddel achterwege blijven. Opmerkelijk is dat hier zelfs niet de eis wordt

---

<sup>92</sup> ‘De bevoegdheid om een voorziening te omzeilen om van een beperking gebruik te maken, zal doorgaans slechts met middelen geschieden die ook een verdergaande omzeiling mogelijk maken, waardoor zo’n bevoegdheid zich makkelijk laat misbruiken.’ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 482, nr. 3, p. 55.

<sup>93</sup> *Kamerstukken II 2001/02*, 28 482, nr. 3, p. 55.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

gesteld van geschiktheid: als iemand middelen aanbiedt met als doel omzeiling maar die evident ongeschikt zijn voor omzeiling, handelt hij niettemin onrechtmatig.

Ten tweede gaat het om hulpmiddelen die ‘slechts een commercieel beperkt doel of nut hebben anders dan het omzeilen’ (lid 3 onder b). (Taalkundig een interessante formulering: deze suggereert dat omzeilen een commercieel doel of nut heeft!) Dit is kennelijk iets anders dan de derde mogelijkheid: hulpmiddelen die ‘vooral ontworpen, vervaardigd of aangepast worden met het doel het omzeilen’ (lid 3 onder c). Dit derde criterium is vergelijkbaar met dat uit het Cybercrime-verdrag, waarop zoals we aangaven het nodige valt af te dingen (zie boven).<sup>94</sup>

De toevoeging van de tweede mogelijkheid ten opzichte hiervan geeft echter aan dat de onrechtmatigverklaring hier nog veel verder gaat: ook middelen die niet ontworpen zijn voor omzeiling maar die (achteraf) een commercieel beperkt nut blijken te hebben, worden onrechtmatig. Dat betekent dat iemand die een hulpmiddel ontwikkelt met als doel informatiebeveiliging, achteraf aansprakelijk kan worden gesteld als het middel commercieel flopt maar door het muziekliefhebberscircuit wordt omarmd voor omzeiling. De onderzoeker en ontwikkelaar moeten kennelijk ervoor zorgen dat de middelen in elk geval potentieel commercieel uit te nutten zijn. Wat deze clause evenwel nog prangender maakt, is dat een element van opzet of schuld ontbreekt: anders dan onder a en c (‘met het doel’) hoeft de dader zich niet bewust te zijn van de eigenschap dat de middelen slechts een commercieel beperkt nut of doel hebben anders dan omzeiling. Hierdoor ontstaat een risicoaansprakelijkheid op onderzoek en ontwikkeling van beveiligingstechnieken.

De extremitéit van de aldus vormgegeven bestemming wordt mede veroorzaakt door de ruime opsomming van handelingen die worden verboden: vervaardigen, invoeren, distribueren, verkopen, verhuren, adverteren of voor commerciële doeleinden bezitten. Met name het verbod op vervaardigen is gevaarlijk, zoals we bij art. 6 CCV ook al constateerden. Verder valt op dat het doorvoeren en uitvoeren niet wordt verboden (zou het niet erg zijn als Amerikanen of Aziaten wél illegaal Europese cd’s kunnen afspeelen?). Het bezit wordt als zodanig niet aangepakt; slechts het bezit voor commerciële doeleinden wordt verboden. Op dit punt gaat de bepaling minder ver dan art. 6 CCV, die ook verbod op bezit van een enkel privé-exemplaar toelaat.

Waar het Cybercrime-verdrag echter de bepaling inperkt door toevoeging van de eis van opzet op het plegen van een computerdelict, blijft in art. 29a de relatie met een in zichzelf

---

<sup>94</sup> De formulering wijkt af door te spreken van ‘ontworpen, vervaardigd of aangepast *worden*’ (onze cursivering), waar art. 6 CCV alleen het deelwoord ‘designed’ gebruikt, dat wil zeggen ‘ontworpen worden of zijn’. Taalkundig zou men art. 29a lid 3 onder c kunnen interpreteren als alleen omvattend de ontwikkelfase van hulpmiddelen; zodra een hulpmiddel af is, zou het dan niet meer onder deze grond voor aansprakelijkheid vallen. Dit wijkt dermate af van de richtlijn (die ‘zijn’ gebruikt), dat wij ervan uitgaan dat ‘worden’ moet worden gelezen als ‘zijn’.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

onrechtmatige handeling (zoals inbreuk op auteursrecht) achterwege.<sup>95</sup> We stelden hierboven al vast dat omzeiling ook onrechtmatig is als dit geschiedt met een legitiem doel, zoals gebruikmaken van een wettelijke beperking op het auteursrecht. Het verbod is niet gericht op inbreuken op het auteursrecht, maar op tegengaan van omzeiling van technische bescherming. De ratio is immers het stimuleren van technische beschermingsvoorzieningen. Voor dit beleidsmatige, economische doel wordt het middel gehanteerd van een civielrechtelijk verbod op een handeling die in zichzelf niets onrechtmatigs hebben maar die afbreuk kunnen doen aan dit doel. Het is sterk de vraag of dit middel wel voldoet aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Een strafrechtelijk verbod zou voor dit doel in elk geval uit den boze zijn, aangezien het verbod allerminst als ultimum remedium kan worden beschouwd. Maar ook voor een civielrechtelijk verbod lijkt het ons een paardenmiddel: zou men niet eerst andere, minder ingrijpende reguleringsinstrumenten moeten beproeven, zoals fiscale stimulering, voorlichtingscampagnes en stimulering van wetenschappelijk onderzoek naar technische beschermingsvoorzieningen?

Concluderend: wat levert het bovenstaande voor beeld op? We stellen allereerst vast dat het hier een vergaand verbod betreft dat zowel het gebruik als voorbereidingshandelingen omvat en daarbij volledig abstraheert van de intentie waarmee de handelingen worden verricht. Immers, ook de inzet van een omzeilingsmiddel voor een volstrekt legitiem doel wordt met de regeling onrechtmatig verklaard. Opvallend in het hele betoog van de wetgever is dat de argumenten voor zowel het verbod zelf, de reikwijdte daarvan als het abstraheren van intentie gelegen zijn in de technologie. De regeling heeft mede tot doel de investeringen veilig te stellen die nodig zijn om de technische voorzieningen te ontwikkelen en de mogelijkheden die de handhavingstechniek biedt zo ruim mogelijk te gebruiken. Maar ook het falen van de technologie wordt als argument naar voren geschoven: nu de huidige technologie klaarblijkelijk nog niet in staat is een onderscheid te maken tussen rechtmatig en onrechtmatig gebruik, zal iedere omzeilingshandeling eraan moeten geloven. In combinatie met de vele open einden die de elementen van het verbod bevat (waardoor de gewenste rechtszekerheid deels via de rechter verkregen dient

---

<sup>95</sup> Slechts zeer indirect bestaat enig verband met onrechtmatigheid: alleen omzeiling van 'doeltreffende technische voorzieningen' is onrechtmatig, en dit betreft voorzieningen 'die in het kader van hun normale werking dienen voor het voorkomen of beperken van handelingen ten aanzien van werken, die door de maker of zijn rechtverkrijgenden niet zijn toegestaan' (art. 29a lid 1). Met andere woorden: alleen voorzieningen die normaliter dienen om auteursrechtinbreuken te voorkomen mogen niet worden omzeild. Maar dit is grofmazig: de voorzieningen hebben als neveneffect dat ook niet-inbreuken worden voorkomen, zodat ook omzeiling voor legitieme doelen onrechtmatig wordt. Bovendien is 'door de maker niet toegestaan' zwakker dan de wettelijke beperkingen, aangezien niet alle wettelijke beperkingen van dwingend recht zijn; contractueel kunnen rechthebbenden diverse beperkingen uitsluiten (zie hierover: Guibault 2002). Hierdoor wordt ook omzeiling verboden van voorzieningen die in hun normale werking dienen tot het voorkomen van gebruikmaking van niet-dwingendrechtelijke wettelijke beperkingen.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

te worden), hebben wij daarom sterke twijfels bij de legitimiteit van deze – in eerste instantie internationale en met name Europese – regeling. Evenals bij de laserschilden willen we daarmee niet zeggen dat het wettelijk verbod van omzeiling op voorhand dient te worden afgewezen. De handhavingsproblemen waar het auteursrecht in het digitale tijdperk voor staat, vragen inderdaad om een nieuwe aanpak – een aanpak waarbij de techniek een belangrijke rol kan spelen. Maar inzetten op en vertrouwen in de techniek voor handhaving van wetgeving dient onzes inziens niet te resulteren in een grofmazig verbod op elke technologie die kan worden gebruikt om de handhavingstechniek te omzeilen. Zeker niet als daarvoor nog immer waardevolle maatschappelijke belangen die worden beschermd door de beperkingen op het auteursrecht, overboord worden gezet.

#### ***4. Conclusie en aanbevelingen***

De besproken ontwikkelingen in strafbaarstelling van technische hulpmiddelen – laserschilden en radarverklidders, hulpmiddelen voor computercriminaliteit, en kraakmiddelen voor omzeiling van auteursrechtbescherming – zijn vergaand. Zij dreigen de grens van strafrechtelijke aansprakelijkheid nog verder naar voren te verschuiven, terwijl deze grens door diverse bijzondere strafbaarstellingen, maar vooral door het algemene verbod op voorbereidingshandelingen van art. 46 Sr, al een behoorlijk eind lag vóór het voorportaal van strafwaardig gedrag.

Deze verschuiving wordt veroorzaakt door het brede bereik van de voorstellen. Zo wordt niet het gebruik van radarverklidders aangepakt, maar het hele voorterrein daarvan: bezit en handel. Art. 6 Cybercrime-verdrag omvat niet alleen hulpmiddelen in eigenlijke zin, maar ook wachtwoorden en toegangscode's; het Nederlandse strafrecht kent geen precedent voor voorbereidingshandelingen met dergelijke computergegevens. Het voorgestelde art. 29a Auteurswet geldt elke omzeiling van technische beschermingsvoorzieningen, ongeacht het doel. De onderbouwing van deze voorstellen kan op zijn best matig worden genoemd: nergens wordt afdoende gemotiveerd waarom een dergelijke brede aanpak noodzakelijk is.

Hoe men ook overigens de afweging om over te gaan tot strafbaarstelling beoordeelt, op enkele onderdelen schieten de voorstellen in elk geval te ver door. Bij het bezit van radarverklidders zou op zijn minst een element van kennis moeten worden ingevoegd, aangezien een bestuurder zich niet bewust hoeft te zijn dat een voertuig is uitgerust met een radarverklidder. Hetzelfde geldt voor het voorgestelde art. 29a lid 3 onder b Aw, dat aansprakelijk stelt voor hulpmiddelen met een beperkt commercieel doel of nut, ongeacht of de dader zich daarvan bewust was; hier zou, zoals bij de andere onderdelen van lid 3, ook een element van 'met het doel omzeiling te faciliteren' moeten worden opgenomen. Verder is de reikwijdte van art. 29a Aw dusdanig ingrijpend (namelijk ongeacht enige inherente onrechtmatigheid), dat in elk geval strafrechtelijke sanctionering, die nu mogelijk wordt overwogen door de wetgever, afgewezen moet worden. Tot slot staat de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen voor computerdelicten los van de ernst

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

van het voorgenomen delict; in het Nederlandse systeem – waar strafbare voorbereiding nog steeds een uitzondering hoort te zijn – wordt alleen voorbereiding van ernstige, gevaarzettende feiten aangepakt. Bij de implementatie zou Nederland daarom in elk geval de opzet-eis moeten relateren aan de ernstige, gekwalificeerde vormen van computercriminaliteit.

Als de aansprakelijkstellingen – ook met inachtneming van genoemde aanpassingen – worden doorgezet, zullen tal van handelingen met nieuwe technologie onder het bereik komen van verbodsbepalingen, ook als zij geen primaire of slechts een zeer indirecte relatie hebben met strafwaardig gedrag. De voorstellen versterken duidelijk de tendens van instrumentalisering van het strafrecht die de Hullu al signaleerde bij de leerstukken van poging en voorbereiding aan het eind van de twintigste eeuw.<sup>96</sup> Nu is instrumenteel denken niet altijd af te wijzen, maar men moet zich wel bewust zijn van het gevaar dat fundamentele uitgangspunten geleidelijk kunnen worden uitgehold, met name door cumulatie van vele, elk op zich kleine instrumentele maatregelen. Wanneer de doelmatigheid van handhaving telkens voorop wordt gesteld, ‘manifesteert zich een klassiek spanningsveld waarbinnen relatief eenvoudig de voorkeur wordt gegeven aan de bevordering van de doelmatigheid, die bij een opeenstapeling van bijzondere maatregelen eenvoudig kan leiden tot een ernstige verstoring van het precaire evenwicht tussen doel en recht.’<sup>97</sup>

De instrumentalisering past binnen de brede tendens van, zoals Gutwirth en de Hert het noemen, ‘penalisering van de samenleving’ die bestaat uit ‘inflatie aan strafbepalingen en (...) overbevraging van het strafrecht vanuit de samenleving’. Zij waarschuwen ervoor dat dergelijke ontwikkelingen ‘het strafrecht banaliseren, eroderen en ontwaarden.’ En hoewel hun conclusie niet realistisch is, herinnert deze ons wel aan de fundamentele functie van het strafrecht: ‘Het strafrecht moet opnieuw het rechtsgebied worden waarin alleen de overschrijding van fundamentele verboden en normen wordt aangepakt. Tot de straf moet alleen toevlucht worden genomen wanneer alle andere sociale mechanismen en banden gesprongen zijn.’<sup>98</sup>

Wellicht zal de wetgever ons tegenwerpen dat hij niet zelf kiest voor deze aanpak, maar door internationale regelgeving wordt gedwongen tot het oprekken van het voorveld van strafrechtelijke aansprakelijkstelling. Voor een deel is dat waar – maar slechts voor een deel. De dreiging komt ook van binnenuit, zoals de aanpak van laserschilden en

---

<sup>96</sup> Getuige zijn conclusie ‘dat wetgever en rechtspraak tegenwoordig gemakkelijker, instrumenteler en ruimer omgaan met algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid (...). Praktisch werkbare uitkomsten vormen een belangrijke toetssteen, dogmatische en systematische vragen zonder praktische ondergrond krijgen minder aandacht.’ De Hullu 2000, p. 410.

<sup>97</sup> Mols 2003, p. 12.

<sup>98</sup> Gutwirth & De Hert 2001, p. 1076-1077.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

radarverklikkers in het verkeersstrafrecht laat zien. Belangrijker nog is dat de wetgever nogal eens gemakzuchtig blijkt te zijn in de implementatie van supranationale regelgeving.<sup>99</sup> De Hullu is veelal kritisch over de wijze waarop de nationale wetgever zich opstelt bij implementatie van internationale regels. Na implementatie blijkt, zo stelt hij, dat de ingevoerde of voorgestelde strafbepalingen veelal aan de vage kant zijn en de kenbaarheid van strafwetgeving door meervoudig gedelegeerde wetgeving onder druk komt te staan. De ontwikkeling rondom internationale normstelling 'is zorgelijk uit een oogpunt van legaliteit in het materiële strafrecht'.<sup>100</sup>

De auteursrechtlijn laat weliswaar niet veel speelruimte, maar in de interpretatie lijkt de wetgever wel erg volgzzaam. Volgens ons kan de wetgever zeker meer ruimte nemen om bepaalde onderdelen van art. 6 Richtlijn te interpreteren in een richting die minder risico oplevert voor de ontwikkeling en het gebruik van technische hulpmiddelen, bijvoorbeeld door in de toelichtende teksten meer oog te hebben voor het rechtmatig gebruik van omzeilingstechnieken, en door scherper aan te duiden waar de aansprakelijkstelling in elk geval moet ophouden. Ook is de afwachtende houding bij het waarborgen van de wettelijke beperkingen op het auteursrecht niet noodzakelijk: de richtlijn staat hier een actiever en tijdiger ingrijpen toe.<sup>101</sup>

Bij het Cybercrime-verdrag valt te hopen dat de nationale wetgever zich minder verschuilt achter de internationale afspraak en meer oog heeft voor het eigen systeem van het strafrecht. Het verdrag biedt daarvoor ook de ruimte: voor art. 6 bestaat de mogelijkheid een voorbehoud te maken bij ratificatie. Volgens ons moet de wetgever die mogelijkheid serieus in overweging nemen en in elk geval art. 6 niet in de gehele brede reikwijdte implementeren.

Meer in het algemeen vinden wij dat de wetgever zich kritisch moet opstellen bij strafbaarstelling van technische hulpmiddelen, kritischer dan hij tot nu toe blijkt te zijn. In plaats van bij technische ontwikkelingen te grijpen naar het paardenmiddel van een ongenueanceerd verbod, zou hij meer aandacht moeten besteden aan de diverse functies die de nieuwe technologie kan hebben en aan de hand daarvan een scherper en transparanter afbakening moeten maken van wat precies wordt verboden. Hij dient meer oog te hebben voor de gevolgen die een verbod heeft voor de ontwikkeling van nieuwe technologie, maar ook voor de fundamentele van het strafrecht, met inachtneming van de mogelijke cumulatie van aansprakelijkstellingen. En hij moet beter motiveren waarom een verbod noodzakelijk is en waarom niet kan worden volstaan met andere, minder

---

<sup>99</sup> Vgl. ook de bijdrage van Verheijen & Stevens in deze bundel.

<sup>100</sup> De Hullu 2000, p. 33.

<sup>101</sup> Vergelijk de aanpak van de Amerikaanse wetgever, die ervoor heeft gekozen om door een expliciete wettelijke regeling in afdeling 1201DMCA bepaalde vrijheden te garanderen, zoals gebruik door openbare bibliotheken en wetenschappelijke en onderwijsinstellingen.

Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

ingrijpende reguleringsinstrumenten, of waarom niet kan worden afgewacht tot meer duidelijkheid is verkregen over de implicaties van de technische ontwikkelingen.<sup>102</sup> Met 'de wetgever' doelen wij hier niet alleen op de regering, die zich tot nu toe het meest heeft laten horen bij de hier geanalyseerde ontwikkelingen. Ook het parlement moet uitdrukkelijk debatten voeren over de noodzaak van strafbaarstelling. En die debatten moeten, zoals de Hullu aangeeft, vooral in concreto worden gevoerd: 'Wat er in de afweging toe doet, wordt immers vooral door de strafbaarstelling in kwestie bepaald. Het gaat om de inhoudelijke kwaliteit van het debat, waarin de aanvaardbaarheid van strafbaarstelling *als keuze* wordt beredeneerd.'<sup>103</sup> Als er dan wordt overgegaan tot aansprakelijkstelling van technische hulpmiddelen, ook als deze 'uit Europa' komt, laat het dan in elk geval een beredeneerde en gemotiveerde keuze zijn. En moge het debat dat tot die keuze leidt niet worden beheerst door technofobie en instrumentele gemakzucht, maar door kennis van zaken en waardering voor de fundamentele belangen van het recht.

## Literatuur

Arkenbout 2000

E.J. Arkenbout, 'Nieuw auteursrecht op komst', *Informatierecht/AMI* 2000/7, p. 125-131.

Burk & Cohen 2001

D. L. Burk, J.E. Cohen, 'Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems', *Harvard Journal of Law & Technology* Fall 2001, p. 41-83.

Chavannes 2003

Remy Chavannes, 'Hype of echt link? De hyperlinkaansprakelijkheid van informatieaanbieders, internetaanbieders en zoekmachines', *JAVI* 2003/1, p. 2-10.

Guibault 2002

L.M.C.R. Guibault, *Copyright Limitations and Contracts. An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, diss. UvA, Den Haag/London/Boston: Kluwer Law International 2002.

Gutwirth & De Hert 2001

S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces', *Delikt & Delinkwent* 2001/10, p. 1048-1087.

HSR 1995

J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, 14<sup>e</sup> druk, Arnhem: Gouda Quint 1995.

---

<sup>102</sup> Zo concludeerde een door de Canadese regering gepubliceerd rapport dat Canada vooralsnog niet moet overgaan tot een aansprakelijkheidstelling voor omzeilingstechnieken, omdat onvoldoende duidelijk is welke implicaties technische beschermingsmaatregelen zullen hebben op de balans van rechten en beperkingen die inherent is aan het auteursrechtstelsel. Zie Kerr, Mauruschat & Tacit 2002.

<sup>103</sup> De Hullu 2000, p. 69-70.



Koops, B.J. , Prins, J.E.J. (2003). De toenemende strafbaarstelling van technische hulpmiddelen: over intenties, bestemmingen en instrumentele wetgeving. In Hullu, J. de (Ed.) *Glijdende schalen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. pp.341-386

De Hullu 2000

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Gouda Quint 2000

Kerr, Mauruschat & Tacit 2002

I. Kerr, A. Maurushat & C.S. Tacit, *Technical Protection Measures. Part II. The Legal Protection of TPMs*, 2002, beschikbaar via

<[http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/index\\_e.cfm](http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/index_e.cfm)>.

Kaspersen 2002

Rik Kaspersen, 'Het Cybercrime-verdrag van de Raad van Europa', in: J.E.J.

Prins e.a. (red.), *Recht & Informatietechnologie* (losdelig), Den Haag: Sdu, augustus 2002.

Koops 2003

B.J. Koops, 'Het Cybercrime-verdrag, de Nederlandse strafwetgeving en de (computer)criminalisering van de maatschappij', *Computerrecht* 2003/2, p. 115-123.

Koelman 2001

K. Koelman, 'De derde laag: bescherming van technische voorzieningen', *Auteurs & Media* 2001/1, p. 88.

Koelman 2003

K. Koelman, *Auteursrecht en technische voorzieningen. Juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen*, diss. UvA, Den Haag: Sdu 2003 (ITeR-serie no. 57)

Mols 2003

G.P.M.F. Mols, 'Strafrecht en risicobeheer', *Nieuwsbrief Strafrecht* 2003/1, p. 10-12.

Smith 2003

Peter Smith, *Strafbare voorbereiding. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, diss. RuG, CRBS-dissertatiereeks, 2003

Strijards 1995

G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk

Willink 1995

Visser 2002

D.J.G. Visser, 'Enkele opmerkingen bij Wetsvoorstel 28482', *AMI* 2002/5, p. 167-172.