

Een bijzonder inspanning

Joost Boren, 'Een bijzondere inspanning', IT&R 2012.

Inleiding

Artikel 139c Sr is in zijn huidige vorm de strafbepaling die er op toeziet dat gegevens niet zonder toestemming worden afgetapt of opgenomen. De bepaling luidt:

“Artikel 139c

- 1. Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft hij die opzettelijk en wederrechtelijk met een technisch hulpmiddel gegevens aftapt of opneemt die niet voor hem bestemd zijn en die worden verwerkt of overgedragen door middel van telecommunicatie of door middel van een geautomatiseerd werk.*
- 2. Het eerste lid is niet van toepassing op het aftappen of opnemen:*
 - 1°. van door middel van een radio-ontvangapparaat ontvangen gegevens, tenzij om de ontvangst mogelijk te maken een bijzondere inspanning is geleverd of een niet toegestane ontvanginrichting is gebruikt.*
 - 2°. door of in opdracht van de gerechtigde tot een voor de telecommunicatie gebezigde aansluiting, behoudens in geval van kennelijk misbruik;*
 - 3°. ten behoeve van de goede werking van een openbaar telecommunicatienetwerk, ten behoeve van de strafvordering, dan wel ter uitvoering van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 .”*

In het eerste lid van de strafbepaling draait het om voor de strafbaarheid constitutieve elementen zoals opzet en wederrechtelijkheid, terwijl het aftappen of opnemen met een technisch hulpmiddel moet gebeuren. Daar waar in het artikel wordt gesproken over ‘met een technisch hulpmiddel gegevens aftapt of opneemt die niet voor hem zijn bestemd’, kan dit ruim worden opgevat. Als bijvoorbeeld het aftappen en opnemen voorafgegaan wordt door c.q. gepaard gaat

met moedwillige besmetting van een mobiele telefoon met een virus, vormt, zo zou ik willen stellen, de virus onderdeel van het in het artikel bedoelde technisch hulpmiddel.

De afgetapte of opgenomen gegevens moeten volgens de bepaling worden verwerkt of overgedragen door middel van telecommunicatie of een geautomatiseerd werk. Deze strafbepaling is al enkele keren inzet van een procedure geweest.

Minder aandacht kreeg tot op heden de exceptie van het tweede lid sub 1, waarin is bepaald dat van strafbaarheid als bedoeld onder lid 1 geen sprake is als men d.m.v. een radio-ontvangapparaat gegevens ontvangt. Op die uitzondering bestaat wederom een uitzondering, die – indien van toepassing – dus weer wel tot strafbaarheid leidt. De uitzondering op de uitzondering is het onderwerp van deze bijdrage aan IT en Recht: de ontvangst van data met behulp van door een radio-ontvang apparaat door middel van “een bijzondere inspanning.” Want wat is deze “bijzondere inspanning”?

Wetsgeschiedenis

De strafbaarheid van het opzettelijk wederrechtelijk opnemen of aftappen van gegevens gaat terug op een wetsvoorstel uit de tweede helft van de jaren '60 van de vorige eeuw.¹ Daarbij werd voorgesteld om strafbaar te stellen “hij die met het oogmerk, dat daardoor een gesprek wederrechtelijk wordt afgeluisterd of opgenomen, een technisch hulpmiddel op een bepaalde plaats aanwezig doet zijn.” Tot dan bestond er nog geen wetgeving op het gebied van het af luisteren en het opnemen van gesprekken met een technisch hulpmiddel. Hoewel het wetsvoorstel in het voorlopig verslag van de Tweede Kamer op instemming kon rekenen, werd vanuit de Tweede Kamer echter ook opgemerkt dat niet iedereen onder de regeling zou behoren te vallen, waarbij het voorbeeld werd genoemd van kennissen die een telefoongesprek van

¹ Kamerstukken II 1967/1968, 9419, nr. 2, p. 1-2.

elkaar opnamen.² Om die reden werd het eerste lid geamendeerd met uitzonderingen. Onder sub 1 kwam: ‘van een door middel van een ontvanginrichting voor draadloze telefonie opgevangen gesprek’.³

Wet Computercriminaliteit I

In het zittingsjaar 1989/1990 kwam er met de Wet Computercriminaliteit I een voorstel tot wijziging van wet, waarin voor het eerst de ‘bijzondere inspanning’ aan bod kwam.⁴ Sub 1 van lid 2 luidde: ‘van door middel van een radio-elektrische ontvanginrichting ontvangen gegevens, tenzij om de ontvangst mogelijk te maken *een bijzondere inspanning* is geleverd of een niet toegestane ontvanginrichting is gebruikt.’ Wat wordt hiermee volgens de wetgever bedoeld? De MvT bij het wetsvoorstel stelt dat een gewone burger het telefoonverkeer niet kan afluisteren, tenzij daarvoor een bijzondere inspanning wordt geleverd.⁵ Er wordt als voorbeeld gegeven dat iemand die een enkele radio-elektrische ontvanginrichting gebruikt vanuit de auto en gesprekken afluistert, geen bijzondere inspanning levert. Iemand levert daarentegen wel een bijzondere inspanning als deze ‘een heel stelsel van ontvanginrichtingen die op elkaar zijn afgestemd, stelselmatig autotelefoonverkeer af te luisteren’.

Het lijkt erop dat de wetgever doelt op het feit dat als iemand per ongeluk een gesprek afluistert er geen bijzondere inspanning wordt geleverd. Iemand levert die pas als hij of zij de nodige kennis over het afluisteren heeft en een ander stelselmatig aan het afluisteren is. In de MvA wordt nog het standpunt ingenomen dat het gehele artikel een goede tussenweg probeert te zoeken in de bescherming van gegevens enerzijds en het recht op vrije informatiegaring anderzijds.⁶ De “bijzondere inspanning” is bij het vinden van die tussenweg het omslagpunt. Op deze wijze hebben burgers tot op bepaalde hoogte een redelijke mate van vrijheid om zich in het telefoonnetwerk te kunnen bevinden.

In de jaren die na de Wet Computercriminaliteit I volgden, verandert er vervolgens weinig aan de uitzondering van lid 2 sub 1. Het enige verschil dat er te melden valt, is dat “radio-elektrisch ontvangapparaat” in de jaren ‘90 omgezet wordt naar “radio-ontvangapparaat.”⁷ Deze verandering heeft te maken met technologische veranderingen. Onder het eerste lid valt nu ook het aftappen van gegevens, waardoor sub 1 van lid 2 ook een ruimer beslag krijgt. Dus niet alleen het telefoonnetwerk, maar ook wifi en alle andere vormen van draadloze communicatie en vervoeren van gegevens mogen tot een bepaalde hoogte niet meer worden afgetapt. Het komt er dus op neer dat ‘een bijzondere inspanning’ zowel op aftappen als afluisteren betrekking heeft. Als dat door middel van “een bijzondere inspanning” gebeurt, dan is dat strafbaar.

Literatuur

Noyon/Langemeijer & Rammelink beginnen in hun gezaghebbende artikelsgewijze commentaar met de stelling dat art. 139c lid 2 sub 1 Sr beoogt aan te geven dat signalen via de ether in beginsel vrij zijn en dus dat het aftappen of opnemen van gegevens via een radio-ontvangapparaat in beginsel is toegestaan.⁸ Het is echter niet meer toegestaan als voor de ontvangst een bijzondere inspanning is geleverd, wat aldus het commentaar het geval is als het aftappen of opnemen stelselmatig gebeurt en de ontvanginrichting uit meer dan één apparaat bestaat.⁹ Het commentaar volgt dus de door de wetgever gehanteerde gedachte.

Ten Voorde gaat er in T&C Strafrecht vanuit dat iedereen weet dat gesprekken via de draadloze telefonie minder veilig zijn dan gesprekken die via een draadverbinding lopen.¹⁰ Signalen via de ether zijn vrij, waardoor er in principe geen bescherming is voor mensen die worden afgeluisterd.¹¹ Wel stelt hij dat om bijvoorbeeld in de draadverbinding van KPN te komen wel degelijk een bijzondere inspanning nodig is, omdat

² Kamerstukken II 1967/1968, 9419, nr. 4, p. 5.

³ Kamerstukken II 1969/1970, 9419, nr. 6, p. 1-2.

⁴ Kamerstukken II 1989/1990, 21551, nr. 2, p. 3.

⁵ Kamerstukken II 1989/1990, 21551, nr. 3, p. 18-19.

⁶ Kamerstukken II 1989/1990, 21551, nr. 6, p. 41.

⁷ Kamerstukken II 1996/1997, 25533, nr. 1, p. 56.

⁸ Noyon, Langemeijer & Rammelink 2006, art. 139c Sr, aant. 4.

⁹ Noyon, Langemeijer & Rammelink 2006, art. 139c Sr, aant. 4.

¹⁰ Ten Voorde, in: T&C Strafrecht 2006, art. 139c.

¹¹ Ten Voorde, in: T&C Strafrecht 2006, art. 139c.

dat buiten het bereik van de gewone burger ligt.¹² Ten Voorde gaat hier niet verder op in, maar duidelijk is wel dat volgens hem een bijzondere inspanning is geleverd wanneer men een onbereikbaar (althans niet voor de burger) signaal toch bereikt.

Het Nationaal Cyber Security Centrum, onderdeel is van het ministerie van V&J, meent dat van een bijzondere inspanning sprake is bij bijvoorbeeld het gebruik van “speciale apparatuur” of als “langdurig een bepaald signaal fysiek” wordt gevolgd.¹³ Wat de criteria daarvoor zijn blijft bij de NCSC echter onduidelijk.

Rechtspraak

In de schaarse rechtspraak van de Hoge Raad zijn in de loop der jaren enkele verduidelijkingen op art 139c Sr. aangebracht. Zo werd in het civiele arrest van 16 januari 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AM2362) geoordeeld dat het meermalen afluisteren van de politieradio door een bergingsbedrijf niet onrechtmatig is jegens een andere berger, aan wie een het exclusieve recht tot berging was gegund. De Hoge Raad oordeelt dat het afluisteren van de politieradio niet ongeoorloofd was. Radiozenders mogen vrij worden beluisterd en daarbij overweegt zij dat niet is gebleken dat verweerder gebruik heeft gemaakt van niet-toegestane ontvangstapparatuur. Verweerder had dus ontvangstapparatuur die de gewone burger ook heeft. Ook heeft verweerder de informatie die via de politieradio is verkregen, voor zichzelf gebruikt en opgeschreven.

In het arrest van 12 januari 1999 (ECLI:NL:HR:1999:ZD1319) werd geoordeeld dat het leveren van een bijzondere inspanning kan bestaan uit het trachten te ontcijferen van gecodeerde berichten. Het is als het openbreken van een slot.

In de strafzaak die leidde tot het arrest van 19 december 1995 ECLI:NL:HR:1995:ZD0328 draaide het om het handelen van opsporingsambtenaren, die stelselmatig drie weken lang autotelefoons van

verzoeker hebben beluisterd en gesprekken hebben opgenomen. Dit deden ze door in een kamer in een ziekenhuis een ontvangstapparaat te plaatsen. De Hoge Raad stelt voorop dat het voor eenieder gemakkelijk is om autotelefoons te kunnen afluisteren. Dat het net zo goed een andere burger had kunnen zijn en geen opsporingsambtenaar geeft geen verder inzicht of er een bijzondere inspanning is verricht. De Hoge Raad kijkt met name naar het doel waarvoor de scanner is gebruikt en voor hoe lang deze is gebruikt. De inzet van de scanner is uiteindelijk beperkt gebleven tot drie weken. De Hoge Raad trekt hieruit de conclusie, net als het hof, dat dat niet als een bijzondere inspanning wordt gezien.

Bijzondere inspanning en beveiliging?

In de inleiding gaf ik al aan dat het besmetten van een mobiele telefoon een eerste stap naar het opnemen of aftappen kan zijn. Dat vergt met de huidige techniek - hoe men het ook wendt of keert - altijd een bijzondere inspanning. Dit gezegd hebbende lijkt het er op dat het opnemen of aftappen van een mobiele telefoon naar huidige maatstaven altijd onder een bijzondere inspanning valt. Maar ook een telecommunicatie is vandaag de dag veel beter gecodeerd¹⁴, waardoor men zich kan afvragen of de uitzondering van art. 139c lid 2 sub 1 Sr wel nodig is. Het verdient aanbeveling dat de uitzondering van de bijzondere inspanning op de exceptie van strafbaarheid nog eens tegen het licht wordt gehouden.

¹² Ten Voorde, in: T&C Strafrecht 2006, art. 139c.

¹³ Nationaal Cyber Security Centrum, *Cybercrime: van herkenning tot aangifte*, 2012, p. 27.

¹⁴ <http://www.nrc.nl/tech/2009/12/30/zo-eenvoudig-kraak-je-een-gsm-gesprek>.