

VU Research Portal

Noot bij NJ 2017/258 Van zich toegang verschaffen is sprake als verdachte een gedraging verricht die is gericht op het verkrijgen van kinderporno

Rozemond, N

2017

document license

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Rozemond, N., (2017). *Noot bij NJ 2017/258 Van zich toegang verschaffen is sprake als verdachte een gedraging verricht die is gericht op het verkrijgen van kinderporno*, No. NJ 2017/258

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.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Van 'zich toegang verschaffen' is sprake als verdachte een gedraging verricht die is gericht op het verkrijgen van toegang tot kinderporno, bijvoorbe...

HR 07-02-2017, ECLI:NL:HR:2017:167, m.nt. N. Rozemond

Instantie

Hoge Raad (Strafkamer)

Datum

7 februari 2017

Magistraten

Mrs. A.J.A. van Dorst, E.F. Faase, M.J. Borgers

Zaaknummer

15/04136

Conclusie

A-G mr. D.J.C. Aben

Noot

N. Rozemond

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS154244:1

Vakgebied(en)

Materieel strafrecht / Delicten Wetboek van Strafrecht

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2017:167, Uitspraak, Hoge Raad (Strafkamer), 07-02-2017

ECLI:NL:PHR:2016:1418, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 01-11-2016

Beroepschrift, Hoge Raad, 05-04-2016

Wetgeving

Art. 240b Sr

Essentie

Uitleg zich toegang verschaffen tot kinderporno als bedoeld in art. 240b Sr.

In art. 240b Sr is sinds 1 januari 2010 — naast onder meer het bezit van kinderporno — het zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang verschaffen tot kinderporno strafbaar gesteld. Met deze wijziging is beoogd de strafbaarstelling uit te breiden tot gevallen waarin sprake is van het door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst kunnen beschikken over en kunnen bekijken van kinderporno, zonder dat tevens sprake is van 'bezit' als bedoeld in art. 240b Sr, omdat het kinderpornografische materiaal niet door betrokkene is opgeslagen. Het enkele bekijken van kinderporno is door de wetgever evenwel niet strafbaar gesteld. Van 'zich toegang verschaffen' is sprake als de verdachte een gedraging verricht die is gericht op het verkrijgen van toegang tot kinderporno, bijvoorbeeld door het bezoeken van kinderpornografische websites. Het opzet van de verdachte dient, al dan niet in voorwaardelijke vorm, te zijn gericht op het verkrijgen van die toegang. Het oordeel van het hof dat voor bewezenverklaring van het bestanddeel 'zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft' uit de bewijsmiddelen moet blijken dat gebruik is gemaakt van technologische middelen zoals 'versleuteling of een besloten computernetwerk' getuigt van een te beperkte en dus onjuiste uitleg van art. 240b lid 1 Sr.

Partij(en)

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 30 december 2014, nummer 22/001835-13, in de strafzaak tegen: H.

Voorgaande uitspraak

Cassatiemiddel:

Middel zie 2.1; (*red.*).

Conclusie

Conclusie A-G mr. D.J.C. Aben:

1.

Bij arrest van 30 december 2014 heeft het Gerechtshof Den Haag de verdachte vrijgesproken van de aan hem onder 1 en onder 3 tenlastegelegde ontuchtfeiten en van de aan hem onder 2 tenlastegelegde gedragingen met betrekking tot (gegevensdragers die) kinderpornografische afbeeldingen (bevatten).

2.

Namens het openbaar ministerie heeft mr. J.J.J. Wubben, advocaat-generaal bij het ressortsparket Den Haag, beroep in cassatie ingesteld. Mr. H.H.J. Knol, eveneens advocaat-generaal bij het ressortsparket Den Haag, heeft namens het openbaar ministerie één middel van cassatie voorgesteld.

3.

Het hof heeft ten aanzien van het onder 2 tenlastegelegde geoordeeld dat niet bewezen kan worden verklaard dat de verdachte zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang heeft verschaft tot kinderpornografische afbeeldingen. Met het *middel* wordt naar de kern genomen gesteld dat dit oordeel (en met name de motivering van de vrijspraak) getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

3.1.

In de onderhavige zaak is aan de verdachte onder 2 tenlastegelegd dat:

“hij, in of omstreeks de periode van 01 januari 2011 tot en met 02 juni 2011 te Spijkenisse, in elk geval in Nederland, één of meer malen (telkens) 147, althans een aantal, afbeelding(en), te weten 137 foto's en/of 10 films en/of (een) gegevensdrager(s) bevattende (een) afbeelding(en), heeft verspreid en/of aangeboden en/of openlijk tentoongesteld en/of vervaardigd en/of ingevoerd en/of doorgevoerd en/of uitgevoerd en/of verworven en/of in bezit gehad en/of zich daartoe door middel van een geautomatiseerd werk en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang heeft verschaft, terwijl op die afbeelding(en) (een) seksuele gedraging(en) zichtbaar is/zijn, waarbij (telkens) een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, welke voornoemde seksuele gedragingen bestonden uit:

- het oraal en/of anaal penetreren (met de penis en/of (een) vinger(s)/hand en/of de mond/tong) van het lichaam van een persoon die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt en/of
- het oraal en/of vaginaal en/of anaal penetreren van het lichaam van een (ander) persoon door een persoon die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt (met de penis en/of (een) vinger(s)/hand en/of de mond/tong) en/of
- het betasten en/of aanraken van de geslachtsdelen en/of de billen van een persoon die kennelijk de leeftijd van 18 jaren nog niet heeft bereikt (met de penis en/of (een) vinger(s)/hand en/of de mond/tong)
- en/of het betasten en/of aanraken van de geslachtsdelen en/of de billen van een (ander) persoon door een persoon die kennelijk de leeftijd van 18 jaren nog niet heeft bereikt (met de penis en/of (een) vinger(s)/hand en/of de mond/tong) en/of
- het geheel of gedeeltelijk naakt (laten) poseren van (een) perso(o)n(en) die kennelijk de leeftijd van 18 jaren nog niet heeft/hebben bereikt, waarbij deze perso(o)n(en) gekleed en/of opgemaakt is/zijn en/of in een omgeving en/of met (een) voorwerp(en) en/of in (een) (erotisch getinte) houding(en) poseert/poseren die niet bij haar/hun leeftijd past/passen en/of waarbij deze perso(o)n(en) zich (vervolgens) in opeenvolgende afbeeldingen/filmfragmenten van haar/hun kleding ontdoet/ontdoen en/of (waarna) door het camerastandpunt en/of de (onnatuurlijke) pose en/of de wijze van kleden van deze perso(o)n(en) en/of de uitsnede van de afbeelding(en)/film(s) nadrukkelijk de (ontblote) geslachtsdelen in beeld gebracht worden (waarbij) de afbeelding (aldus) een onmiskenbaar seksuele strekking heeft en/of strekt tot seksuele prikkeling en/of
- het masturberen boven/bij en/of ejaculeren op het lichaam van een perso(o)n(en) die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft/hebben bereikt

- en/of het houden van een (stijve) penis bij/naast het gezicht/lichaam van een perso(o)n(en) die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft/hebben bereikt, (waarbij) de afbeelding (aldus) een onmiskenbaar seksuele strekking heeft en/of strekt tot seksuele prikkeling, van welk(e) misdrijf/misdrijven hij, verdachte, een gewoonte heeft gemaakt.”

3.2.

In het bestreden arrest heeft het hof zijn vrijspraak van de verdachte van het onder 2 tenlastegelegde als volgt gemotiveerd:

“Onder 2 wordt de verdachte — kort gezegd — verweten dat hij in de periode van 1 januari 2011 tot en met 2 juni 2011 afbeeldingen en films en (een) gegevensdrager(s) in bezit heeft gehad met afbeeldingen waarop seksuele gedragingen te zien zijn van personen die de leeftijd van achttien jaar nog niet hadden bereikt, dat hij zich daar door middel van een geautomatiseerd werk dan wel met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang toe heeft verschaft en daarvan een gewoonte heeft gemaakt.

De verdediging heeft vrijspraak bepleit.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Uit het politieonderzoek van de bij verdachte in beslag genomen computer volgt dat van de 147 afbeeldingen die kinderpornografisch van aard waren 32 foto's en 2 films toegankelijk en benaderbaar waren voor de verdachte zonder dat de computer daarvoor in verbinding met het internet hoefde te staan (zie bijlage III en IIIa-bij het proces-verbaalnummer 258/2011). Voornoemde bestanden zijn aangetroffen in het zogenaamde cachegeheugen van verdachtes computer. De verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep verklaard dat hij die bestanden nimmer bewust heeft opgeslagen op zijn computer.

Hoewel het hof vraagtekens zet bij de uitleg die de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep heeft gegeven aan zijn computergedrag, is het hof van oordeel dat niet wettig en overtuigend kan worden bewezen dat de verdachte de kinderpornografische afbeeldingen die op de computer van de verdachte zijn aangetroffen en blijkens politieonderzoek waren opgeslagen in het zogenaamde cachegeheugen, opzettelijk in zijn bezit heeft gehad, nu het hof van oordeel is dat de niet-geëigende plek waar de bestanden zijn aangetroffen en de relatief geringe hoeveelheid van het aangetroffen materiaal niet wijzen op het opzettelijk bezit van kinderporno.

Gelet op het vorenstaande kan niet bewezen worden verklaard dat verdachte het opzet heeft gehad op het bezit van dat materiaal.

Het enkel bekijken van kinderpornografische afbeeldingen is door de wetgever niet strafbaar gesteld en anders dan de advocaat-generaal kennelijk meent is in deze niet aan de orde dat de verdachte zich met gebruikmaking van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk toegang heeft verschaft tot een verzameling kinderpornografie die niet op zijn eigen computer is opgeslagen.

Naar het oordeel van het hof kan dan ook evenmin bewezen worden verklaard dat de verdachte door middel van een geautomatiseerd werk en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang heeft verschaft tot kinderpornografisch materiaal.

Naar 's hofs oordeel dient de verdachte derhalve van het hem onder 2. tenlastegelegde te worden vrijgesproken.”

3.3.

Voor de beoordeling van het middel is daarnaast de volgende inhoud van het ter terechtzitting van het hof van 16 december 2014 gehouden requisitoir van de advocaat-generaal van belang:

“Uit deze bevindingen kan in ieder geval al blijken, dat verdachte zich in de tenlastegelegde periode door middel van een computer (eigen computer, provider en zoekmachine/server) en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst (provider en zoekmachine/server) de toegang heeft verschaft tot die 113 resp 7 kinderpornografische afbeeldingen. Dat betekent ook, dat die gedragingen van verdachte — zoeken naar en downloaden van afbeeldingen (alvorens deze in de 'deleted files' resp. 'temporary files' terechtkwamen) vallen onder het bestanddeel in artikel 240b Sr: namelijk (naast o.a. bezit) van het zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaffen. Met de zinsnede 'toegang daartoe' wordt dan bedoeld de toegang tot kinderpornografische afbeeldingen.”

3.4.

Art. 240b, eerste lid, Sr. luidt:

“Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.”

3.5.

Het voorgestelde middel richt zich meer bepaald tegen de hierboven onder 3.2 weergegeven overweging van het hof dat *“anders dan de advocaat-generaal kennelijk meent [...] in deze niet aan de orde [is] dat de verdachte zich met gebruikmaking van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk toegang heeft verschaft tot een verzameling kinderpornografie die niet op zijn eigen computer is opgeslagen”* en dat *“naar het oordeel van het hof [...] dan ook evenmin bewezen [kan] worden verklaard dat de verdachte door middel van een geautomatiseerd werk en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang heeft verschaft tot kinderpornografisch materiaal.”* Volgens de steller van het middel getuigt deze overweging in zoverre van een onjuiste rechtsopvatting, dat noch uit de tekst van art. 240b, eerste lid, Sr noch uit de in verband met deze bepaling relevante wetsgeschiedenis blijkt dat de strafbaarstelling van het zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang verschaffen tot kinderpornografische afbeeldingen beperkt is tot gedragingen die inhouden dat gebruik wordt gemaakt van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk. Van het zich toegang verschaffen tot kinderpornografische afbeeldingen kan volgens de steller van het middel ook sprake zijn, wanneer door een verdachte (bijvoorbeeld) actief en gericht op het internet is gezocht naar kinderpornografische afbeeldingen door middel van het intikken van bepaalde zoektermen of het bewust klikken op links van websites waarop kinderpornografische afbeeldingen kunnen worden aangetroffen.^[1]

3.6.

De strafbaarstelling van het zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst toegang verschaffen tot kinderpornografische afbeeldingen ex art. 240b, eerste lid, Sr strekt tot uitvoering van het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (*Trb.* 2008, 58) (hierna: het Verdrag van Lanzarote) en heeft als doel een vangnet te vormen voor de aanpak van bepaalde gedragingen die niet onder de strafbaarstelling van het bezit van kinderpornografische afbeeldingen kunnen worden gebracht. De wetsgeschiedenis van art. 240b, eerste lid, Sr houdt in dit verband onder meer het volgende in:^[2]

“Ad 1) Aanscherping strafbaarstelling kinderpornografie

Artikel 20 van het Verdrag verplicht tot strafbaarstelling van een reeks opzettelijk gepleegde gedragingen met betrekking tot kinderpornografie. De in het eerste lid, onderdelen (a) tot en met (e) genoemde gedragingen zijn ook opgenomen in andere internationale instrumenten. Deze gedragingen vallen onder het bereik van de in artikel 240b Sr strafbaar gestelde gedragingen, al zijn er verschillen in de omschrijving ervan in het Verdrag en in artikel 240b Sr. Zo zijn in artikel 20, eerste lid, van het Verdrag als afzonderlijke categorieën van gedragingen opgenomen het aanbieden van kinderpornografie (onderdeel b) en het verwerven van kinderpornografie (onderdeel d). Deze gedragingen zijn thans niet als afzonderlijke categorie opgenomen in artikel 240b Sr. Zij kunnen worden gebracht onder een van de in artikel 240b Sr strafbaar gestelde gedragingen. Degene die kinderporno aanbiedt, is immers steeds bezitter daarvan (geweest). Soms kan hij worden aangemerkt als degene die verspreidt, openlijk tentoonstelt, invoert, doorvoert of uitvoert. Degene die kinderporno verwerft, komt steeds in het bezit daarvan.

De NVvR heeft in haar advies de vraag opgeworpen of het niet de voorkeur zou verdienen om in artikel 240b Sr nadrukkelijker aan te sluiten bij de opsomming van gedragingen als opgenomen in artikel 20 van het Verdrag. Bij nader inzien ben ik met de NVvR van mening dat het aanbeveling verdient meer aan te sluiten bij de systematiek van artikel 20 van het Verdrag en het aanbieden en het verwerven van kinderpornografie als afzonderlijke gedragingen op te nemen in artikel 240b Sr. Daarmee wordt beter inzichtelijk dat de Nederlandse wetgever ten volle aan zijn implementatieverplichtingen voldoet.

Het Verdrag voegt aan de strafbaarstelling van kinderpornografie nog een nieuwe gedraging toe. In onderdeel (f) wordt strafbaar gesteld het zich, door middel van informatie- en communicatietechnologie, welbewust toegang verschaffen tot kinderpornografie. De discussie over het opnemen van deze strafbaarstelling in het Verdrag is door Nederland geïnitieerd. Omdat een aantal lidstaten van de Raad van Europa zorgen had over de handhaafbaarheid van deze uitbreiding, is deze strafbaarstelling uiteindelijk als optionele bepaling in het Verdrag opgenomen. Bij een eerdere gelegenheid heb ik reeds aangegeven artikel 240b Sr in genoemde zin te willen aanscherpen (*Kamerstukken II* 2007/08, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1189). Het onderhavige voorstel strekt daartoe. De achtergrond van deze aanscherping van de strafbaarstelling van kinderpornografie is de volgende. Door technologische ontwikkelingen is het mogelijk om met gebruik van informatietechnologie toegang te verkrijgen tot op afstand geplaatste bestanden waarop zich kinderpornografisch materiaal, al dan niet versleuteld, bevindt. Aldus bestaat er een mogelijkheid om over het materiaal te beschikken en dit desgewenst te bekijken, zonder dat daarbij het materiaal op de eigen computer wordt opgeslagen. De vraag rijst of deze wijze van het verkrijgen van toegang tot kinderpornografie in alle gevallen onder de bestaande strafbaarstelling van ‘bezit’ kan worden gebracht. Het begrip ‘bezit’ heeft immers van oudsher een fysieke connotatie. In een digitale context wordt daarbij in de eerste plaats gedacht aan vastgelegde data. De jurisprudentie over artikel 240b Sr geeft nog geen duidelijk

antwoord op de vraag naar de reikwijdte van het begrip 'bezit' in een digitale context. Voorkomen moet evenwel worden dat personen die zich bijvoorbeeld met gebruik van versleutelingstechnieken of besloten computernetwerken toegang verschaffen tot kinderpornografie, bij afwezigheid van gedownload materiaal op de eigen computer, niet strafrechtelijk kunnen worden vervolgd. Daarbij kan ook worden gedacht aan personen die zich tegen betaling toegang verschaffen tot kinderpornografie, maar de strafbare beelden uitsluitend 'real time', zonder gelijktijdig op de harde schijf te downloaden, bekijken. In het bijzonder de personen die zich op professionele en commerciële schaal bezighouden met kinderpornografie, blijken vindingrijk in versleutelingstechnieken en nieuwe technische methoden om hun gedragingen zoveel mogelijk af te schermen. De voorgestelde aanscherping van artikel 240b Sr biedt een ruimer bereik en vormt een nuttig en wenselijk vangnet voor gevallen die mogelijk niet onder de strafbaarstelling van 'bezit' zouden kunnen worden gebracht. Het scherpt bovendien in dat de relatieve afstandelijkheid en anonimiteit van het internet geen vrijplaats bieden om straffeloos dit soort ernstige feiten te plegen.

Het bekijken van kinderpornografie als zodanig is niet strafbaar gesteld. Dat is een bewuste keuze van de wetgever. De voorgestelde aanscherping strekt ook niet tot strafbaarstelling daarvan. Strafbaarstelling van kijken naar kinderpornografie is in de praktijk niet handhaafbaar en dient om die reden achterwege te blijven. Daarbij komt een ander argument. Degene die een bepaald bestand ongevraagd krijgt toegestuurd en dat bekijkt, dient wanneer dat bestand kinderpornografie bevat en hij zich van dat bestand ontdoet niet voor het bekijken ervan met straf te worden bedreigd. Noch in het Verdrag noch in andere internationale instrumenten is voor strafbaarstelling van het kijken naar kinderpornografie als zodanig gekozen.

De strafbaarstelling van het 'zich toegang verschaffen tot' vereist meer dan uitsluitend het bekijken van kinderpornografie'. Het 'zich toegang verschaffen tot' impliceert een actieve handeling die op het verkrijgen van toegang is gericht. Evenals bij strafbaar bezit, is opzet een vereiste voor strafbaarheid. Het opzet van betrokkene dient te zijn gericht op het verkrijgen van toegang tot kinderpornografie. Bij degene die nietsvermoedend een hyperlink naar een website aanklikt waarmee hij zichzelf ongewild toegang tot kinderpornografie blijkt te verschaffen, zal van opzet niet gauw sprake zijn. Dit komt evenwel mogelijk anders te liggen op het moment dat bijvoorbeeld de benaming van een hyperlink een indicatie bevat voor de aanwezigheid van kinderpornografie op de desbetreffende website of wanneer de betrokkene eerder heeft kunnen constateren dat op een bepaalde website kinderpornografie voorkomt, maar dit hem er niet van heeft weerhouden die website nogmaals te bezoeken. Belangrijk bewijs voor opzet zal veelal kunnen worden gevonden in de handeling waarmee betrokkene zichzelf toegang tot het kinderpornografisch materiaal verschaft. Daarbij kan worden gedacht aan (online) betalingsverkeer dat is terug te leiden tot websites waarop kinderpornografie wordt aangeboden. Ook het beschikken over de voor het verkrijgen van toegang tot het materiaal benodigde wachtwoorden of inloggegevens, kan – samen met de historische gegevens van bezochte websites – het bewijs opleveren dat iemand zich opzettelijk de toegang tot kinderpornografie heeft verschaft."

3.7.

In deze passage uit de wetsgeschiedenis van art. 240b, eerste lid, Sr wordt met 'het gebruikmaken van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk' een illustratie gegeven van het zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst toegang verschaffen tot kinderpornografische afbeeldingen. Het toepassingsbereik van het bestanddeel 'zich toegang verschaffen tot kinderpornografische afbeeldingen' dient echter niet tot dit voorbeeld beperkt te worden geacht. Aangenomen mag worden dat het gegeven voorbeeld voor deze strafbaarstelling een vingerwijzing inhoudt. De wetgever heeft er immers uitdrukkelijk voor gekozen het (enkele) bekijken van kinderpornografie zelf niet strafbaar te stellen. Zowel in deze keuze als in het genoemde voorbeeld van de gebruikmaking van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk ligt min of meer besloten dat de wetgever zijn pijlen wil richten op gedragingen die aan de aanbodzijde van kinderpornografie als zodanig moeten worden geplaatst of die in ieder geval met enig (direct) gewicht aan het voortbestaan van kinderpornografie bijdragen.

3.8.

Tegelijkertijd heeft de wetgever met deze wetwijziging gekozen voor de strafbaarstelling van een breed scala aan gedragingen die vallen onder (digitale) kinderpornografie. De begrenzing van de strafbaarheid ligt genuanceerd. Volgens de wetgever is voor een strafbare gedraging in dit verband in zoverre méér vereist dan het (enkele) bekijken van kinderpornografie, dat het bestanddeel 'zich de toegang verschaffen tot' uit art. 240b, eerste lid, Sr impliceert dat sprake moet zijn van een actieve, op het verkrijgen van toegang gerichte handeling. De wetgever inventariseert enkele indicaties voor het bestaan van een dergelijke – op het verkrijgen van toegang gerichte – handeling, zoals het gebruik van wachtwoorden of inloggegevens, het doen van betalingen, het aanklikken van hyperlinks waarvan de benaming een aanwijzing voor de aanwezigheid van kinderpornografie bevat of het bezoeken van websites ten aanzien waarvan een verdachte al eerder heeft kunnen zien dat zij kinderpornografie bevatten. Deze beschouwingen uit de wetsgeschiedenis verhouden zich slecht tot een categorische uitsluiting van strafbaarheid van andere gedragingen dan gedragingen als het gebruikmaken van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk.

3.9.

De door het middel bedoelde overweging waarmee het hof de verdachte van het onder 2 tenlastegelegde heeft vrijgesproken komt wel op een dergelijke categorische uitsluiting van strafbaarheid neer. Zoals volgt uit de hierboven onder 3.3 weergegeven passage van het requisitoir, heeft de advocaat-generaal in hoger beroep aangevoerd dat uit de onderzoeksbevindingen in de onderhavige zaak blijkt dat *“de verdachte zich in de tenlastegelegde periode door middel van een computer (eigen computer, provider en zoekmachine/server) en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst (provider en zoekmachine/server) de toegang heeft verschaft tot die 113 resp 7 kinderpornografische afbeeldingen”* en dat de verdachte zich daarmee schuldig heeft gemaakt aan een gedraging die binnen het bereik van de strafbaarstelling van art. 240b, eerste lid, Sr valt. Door te overwegen dat *“anders dan de advocaat-generaal kennelijk meent [...] in deze niet aan de orde [is] dat de verdachte zich met gebruikmaking van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk toegang heeft verschaft tot een verzameling kinderpornografie die niet op zijn eigen computer is opgeslagen”*, heeft het hof (impliciet) geoordeeld dat de door de advocaat-generaal genoemde gedraging van het zich toegang verschaffen tot kinderpornografie door middel van een eigen computer en met gebruikmaking van een internetprovider en een zoekmachine voor de vraag of sprake is van strafbaarheid op grond van art. 240b, eerste lid, Sr niet van belang kan zijn. Dit oordeel getuigt mijns inziens inderdaad van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het voorgestelde middel doel treft.

3.10.

Het middel slaagt.

Uitspraak

Hoge Raad:

2. Beoordeling van het middel

2.1.

Het middel klaagt over de door het Hof gegeven vrijspraak van het onder 2 tenlastegelegde.

2.2.1.

Aan de verdachte is onder 2 tenlastegelegd dat:

“hij, in of omstreeks de periode van 01 januari 2011 tot en met 02 juni 2011 te Spijkenisse, in elk geval in Nederland, één of meer malen (telkens) 147, althans een aantal, afbeelding(en), te weten 137 foto's en/of 10 films en/of (een) gegevensdrager(s) bevattende (een) afbeelding(en), heeft verspreid en/of aangeboden en/of openlijk tentoongesteld en/of vervaardigd en/of ingevoerd en/of doorgevoerd en/of uitgevoerd en/of verworven en/of in bezit gehad en/of zich daartoe door middel van een geautomatiseerd werk en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang heeft verschaft, terwijl op die afbeelding(en) (een) seksuele gedraging(en) zichtbaar is/zijn, waarbij (telkens) een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, welke voornoemde seksuele gedragingen bestonden uit:

(...)

van welk(e) misdrijf/misdrijven hij, verdachte, een gewoonte heeft gemaakt.”

2.2.2.

Het Hof heeft de verdachte vrijgesproken van het onder 2 tenlastegelegde en daartoe overwogen:

“Onder 2 wordt de verdachte — kort gezegd — verweten dat hij in de periode van 1 januari 2011 tot en met 2 juni 2011 afbeeldingen en films en (een) gegevensdrager(s) in bezit heeft gehad met afbeeldingen waarop seksuele gedragingen te zien zijn van personen die de leeftijd van achttien jaar nog niet hadden bereikt, dat hij zich daar door middel van een geautomatiseerd werk dan wel met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang toe heeft verschaft en daarvan een gewoonte heeft gemaakt.

De verdediging heeft vrijspraak bepleit.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Uit het politieonderzoek van de bij verdachte in beslag genomen computer volgt dat van de 147 afbeeldingen die kinderpornografisch van aard waren 32 foto's en 2 films toegankelijk en benaderbaar waren voor de verdachte zonder dat de computer daarvoor in verbinding met het internet hoefde te staan (zie bijlage III en IIIa-bij het proces-verbaalnummer 258/2011). Voornoemde bestanden zijn aangetroffen in het zogenaamde cachegeheugen van verdachtes computer.

De verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep verklaard dat hij die bestanden nimmer bewust heeft opgeslagen op zijn computer.

Hoewel het hof vraagtekens zet bij de uitleg die de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep heeft gegeven aan zijn

computergedrag, is het hof van oordeel dat niet wettig en overtuigend kan worden bewezen dat de verdachte de kinderpornografische afbeeldingen, die op de computer van de verdachte zijn aangetroffen en blijkens politieonderzoek waren opgeslagen in het zogenaamde cachegeheugen, opzettelijk in zijn bezit heeft gehad, nu het hof van oordeel is dat de niet-geëigende plek waar de bestanden zijn aangetroffen en de relatief geringe hoeveelheid van het aangetroffen materiaal niet wijzen op het opzettelijk bezit van kinderporno.

Gelet op het vorenstaande kan niet bewezen worden verklaard dat verdachte het opzet heeft gehad op het bezit van dat materiaal.

Het enkel bekijken van kinderpornografische afbeeldingen is door de wetgever niet strafbaar gesteld en anders dan de advocaat-generaal kennelijk meent is in deze niet aan de orde dat de verdachte zich met gebruikmaking van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk toegang heeft verschaft tot een verzameling kinderpornografie die niet op zijn eigen computer is opgeslagen.

Naar het oordeel van het hof kan dan ook evenmin bewezen worden verklaard dat de verdachte door middel van een geautomatiseerd werk en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang heeft verschaft tot kinderpornografisch materiaal.

Naar 's hofs oordeel dient de verdachte derhalve van het hem onder 2 tenlastegelegde te worden vrijgesproken.”

2.3.1.

De tenlastelegging is toegesneden op art. 240b Sr, welk artikel op 1 januari 2010 is gewijzigd ter uitvoering van art. 20 van het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (*Trb.* 2008, 58; Verdrag van Lanzarote). Art. 240b Sr luidt:

“1.

Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.

2.

Met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.”

2.3.2.

Art. 20, eerste lid, van het Verdrag van Lanzarote luidt in de Nederlandse vertaling:

“Elke Partij neemt de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat de volgende opzettelijke gedragingen, indien wederrechtelijk gepleegd, strafbaar worden gesteld:

- a. het vervaardigen van kinderpornografie;
- b. het aanbieden of ter beschikking stellen van kinderpornografie;
- c. het verspreiden of uitzenden van kinderpornografie;
- d. het, al dan niet voor een derde, verwerven van kinderpornografie;
- e. het in bezit hebben van kinderpornografie;
- f. het zich, door middel van informatie- en communicatietechnologie welbewust toegang verschaffen tot kinderpornografie.”

2.3.3.

De geschiedenis van de totstandkoming van art. 240b Sr houdt onder meer het volgende in:

“Dit wetsvoorstel strekt tot uitvoering van het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (*Trb.* 2008, 58). (...)

Naast de vele positieve effecten kent de digitalisering van de maatschappij ook enkele ongewenste, negatieve effecten. Het Verdrag beoogt nadrukkelijk bescherming te bieden tegen de voor kinderen negatieve effecten, zoals de nieuwe verschijningsvormen van misbruik die zich in de digitale wereld voordoen. Het internet stelt daders in staat in relatieve anonimiteit misbruik te plegen. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de verspreiding en het bezit van kinderpornografie.

De komst van het internet heeft het verkrijgen en verspreiden van kinderpornografie vergemakkelijkt. Dit heeft geleid tot een vlucht in de verspreiding en een grootschaliger bezit van kinderpornografie.

(...)

Ad 1) Aanscherping strafbaarstelling kinderpornografie

Artikel 20 van het Verdrag verplicht tot strafbaarstelling van een reeks opzettelijk gepleegde gedragingen met betrekking tot kinderpornografie. De in het eerste lid, onderdelen (a) tot en met (e) genoemde gedragingen zijn ook opgenomen in andere internationale instrumenten. Deze gedragingen vallen onder het bereik van de in artikel 240b Sr strafbaar gestelde gedragingen, al zijn er verschillen in de omschrijving ervan in het Verdrag en in artikel 240b Sr. Zo zijn in artikel 20, eerste lid, van het Verdrag als afzonderlijke categorieën van gedragingen opgenomen het aanbieden van kinderpornografie (onderdeel b) en het verwerven van kinderpornografie (onderdeel d). Deze gedragingen zijn thans niet als afzonderlijke categorie opgenomen in artikel 240b Sr. Zij kunnen worden gebracht onder een van de in artikel 240b Sr strafbaar gestelde gedragingen. Degene die kinderporno aanbiedt, is immers steeds bezitter daarvan (geweest). Soms kan hij worden aangemerkt als degene die verspreidt, openlijk tentoonstelt, invoert, doorvoert of uitvoert. Degene die kinderporno verwerft, komt steeds in het bezit daarvan.

De NVvR heeft in haar advies de vraag opgeworpen of het niet de voorkeur zou verdienen om in artikel 240b Sr nadrukkelijker aan te sluiten bij de opsomming van gedragingen als opgenomen in artikel 20 van het Verdrag. Bij nader inzien ben ik met de NVvR van mening dat het aanbeveling verdient meer aan te sluiten bij de systematiek van artikel 20 van het Verdrag en het aanbieden en het verwerven van kinderpornografie als afzonderlijke gedragingen op te nemen in artikel 240b Sr. Daarmee wordt beter inzichtelijk dat de Nederlandse wetgever ten volle aan zijn implementatieverplichtingen voldoet.

Het Verdrag voegt aan de strafbaarstelling van kinderpornografie nog een nieuwe gedraging toe. In onderdeel (f) wordt strafbaar gesteld het zich, door middel van informatie- en communicatietechnologie, welbewust toegang verschaffen tot kinderpornografie.

(...) De achtergrond van deze aanscherping van de strafbaarstelling van kinderpornografie is de volgende. Door technologische ontwikkelingen is het mogelijk om met gebruik van informatietechnologie toegang te verkrijgen tot op afstand geplaatste bestanden waarop zich kinderpornografisch materiaal, al dan niet versleuteld, bevindt. Aldus bestaat er een mogelijkheid om over het materiaal te beschikken en dit desgewenst te bekijken, zonder dat daarbij het materiaal op de eigen computer wordt opgeslagen. De vraag rijst of deze wijze van het verkrijgen van toegang tot kinderpornografie in alle gevallen onder de bestaande strafbaarstelling van 'bezit' kan worden gebracht. Het begrip 'bezit' heeft immers van oudsher een fysieke connotatie. In een digitale context wordt daarbij in de eerste plaats gedacht aan vastgelegde data. De jurisprudentie over artikel 240b Sr geeft nog geen duidelijk antwoord op de vraag naar de reikwijdte van het begrip 'bezit' in een digitale context. Voorkomen moet evenwel worden dat personen die zich bijvoorbeeld met gebruik van versleutelingstechnieken of besloten computernetwerken toegang verschaffen tot kinderpornografie, bij afwezigheid van gedownload materiaal op de eigen computer, niet strafrechtelijk kunnen worden vervolgd. Daarbij kan ook worden gedacht aan personen die zich tegen betaling toegang verschaffen tot kinderpornografie, maar de strafbare beelden uitsluitend 'real time', zonder gelijktijdig op de harde schijf te downloaden, bekijken. In het bijzonder de personen die zich op professionele en commerciële schaal bezighouden met kinderpornografie, blijken vindingrijk in versleutelingstechnieken en nieuwe technische methoden om hun gedragingen zoveel mogelijk af te schermen. De voorgestelde aanscherping van artikel 240b Sr biedt een ruimer bereik en vormt een nuttig en wenselijk vangnet voor gevallen die mogelijk niet onder de strafbaarstelling van 'bezit' zouden kunnen worden gebracht. Het scherpt bovendien in dat de relatieve afstandelijkheid en anonimiteit van het internet geen vrijplaats bieden om straffeloos dit soort ernstige feiten te plegen.

Het bekijken van kinderpornografie als zodanig is niet strafbaar gesteld. Dat is een bewuste keuze van de wetgever. De voorgestelde aanscherping strekt ook niet tot strafbaarstelling daarvan. Strafbaarstelling van kijken naar kinderpornografie is in de praktijk niet handhaafbaar en dient om die reden achterwege te blijven. Daarbij komt een ander argument. Degene die een bepaald bestand ongevraagd krijgt toegestuurd en dat bekijkt, dient wanneer dat bestand kinderpornografie bevat en hij zich van dat bestand ontdoet niet voor het bekijken ervan met straf te worden bedreigd. Noch in het Verdrag noch in andere internationale instrumenten is voor strafbaarstelling van het kijken naar kinderpornografie als zodanig gekozen.

De strafbaarstelling van het 'zich toegang verschaffen tot' vereist meer dan uitsluitend het bekijken van kinderpornografie. Het 'zich toegang verschaffen tot' impliceert een actieve handeling die op het verkrijgen van toegang is gericht. Evenals bij strafbaar bezit, is opzet een vereiste voor strafbaarheid. Het opzet van betrokkene dient te zijn gericht op het verkrijgen van toegang tot kinderpornografie. Bij degene die nietsvermoedend een hyperlink naar een website aanklikt waarmee hij zichzelf ongewild toegang tot kinderpornografie blijkt te verschaffen, zal van opzet niet gauw sprake zijn. Dit komt evenwel mogelijk anders te liggen op het moment dat bijvoorbeeld de benaming van een hyperlink een indicatie bevat voor de aanwezigheid van kinderpornografie op de desbetreffende website of wanneer de betrokkene eerder heeft kunnen constateren dat op een bepaalde website kinderpornografie voorkomt, maar dit hem er niet van heeft weerhouden die website nogmaals te bezoeken. Belangrijk bewijs voor opzet zal veelal kunnen worden gevonden in de handeling waarmee betrokkene zichzelf toegang tot het kinderpornografisch materiaal verschaft. Daarbij kan worden gedacht aan (online) betalingsverkeer dat is terug te leiden tot websites waarop kinderpornografie wordt aangeboden. Ook het beschikken over de voor het verkrijgen van toegang tot het materiaal benodigde wachtwoorden of inloggegevens, kan — samen met de historische gegevens van bezochte websites — het bewijs opleveren dat iemand zich opzettelijk de toegang tot kinderpornografie heeft verschaft. Het OM heeft er in zijn advies voor gepleit om het opzetvereiste voor het 'zich toegang verschaffen tot' met meer nadruk in de wettekst tot uitdrukking te brengen door toevoeging van het begrip 'welbewust', dat ook in de verdragstekst wordt gebezigd.

Ik zie daar evenwel geen aanleiding toe. De reeds gebezigde gedragingen in artikel 240b Sr impliceren opzet. De toevoeging van de gedraging 'zich toegang verschaffen tot' beoogt op deze bestaande structuur geen uitzondering te maken. Deze gedraging impliceert evenzeer opzet.

De handelingen waarmee toegang tot het materiaal wordt verschaft, zullen in bepaalde gevallen tot een verdachte herleidbaar zijn. Dit biedt een belangrijk aangrijpingspunt voor strafrechtelijke handhaving. Hierboven werd al gewezen op het financiële aangrijpingspunt van betalingsverkeer op internet.

(...)

Artikel I, onderdeel A

Dit onderdeel is in het algemeen deel van deze toelichting reeds toegelicht. De redactie van de aanscherping terzake van 'zich toegang verschaffen tot' sluit nauw aan bij de tekst van artikel 20, eerste lid, onderdeel (f) van het Verdrag. De begrippen 'geautomatiseerd werk' en 'communicatiedienst' worden reeds gebruikt in het Wetboek van Strafrecht respectievelijk het Wetboek van Strafvordering. Het begrip 'geautomatiseerd werk' wordt gedefinieerd in artikel 80sexies Sr. Onder geautomatiseerd werk wordt verstaan een inrichting die bestemd is om langs elektronische weg gegevens op te slaan, te verwerken en over te dragen. Het begrip 'communicatiedienst' wordt onder andere gehanteerd in de artikelen 126la en verder van het Wetboek van Strafvordering. Met het gebruik van beide begrippen wordt het in het Verdrag gehanteerde begrip 'informatie- en communicatietechnologie', dat als zodanig niet in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering voorkomt, volledig gedekt. De bepaling omvat zowel het zich toegang verschaffen tot kinderpornografie door middel van een computersysteem als bijvoorbeeld door middel van een mobiele telefoon. De ontwikkelingen in de techniek hebben immers nieuwe functionaliteiten toegevoegd aan mobiele telefoons, waaronder de mogelijkheid van e-mailverkeer en toegang tot internet."

([Kamerstukken II, 2008-2009, 31 810, nr. 3](#), p. 1-4, 7-8)

2.3.4.

Het toelichtende rapport op het Verdrag van Lanzarote (Council of Europe Treaty Series – No. 201) houdt onder meer in:

"Article 20 – Offences concerning child pornography

(...)

Paragraph 1 f is a new element introduced in this Convention. It is intended to catch those who view child images on line by accessing child pornography sites but without downloading and who cannot therefore be caught under the offence of procuring or possession in some jurisdictions. To be liable the person must both intend to enter a site where child pornography is available and know that such images can be found there. Sanctions must not be applied to persons accessing sites containing child pornography inadvertently. The intentional nature of the offence may notably be deduced from the fact that it is recurrent or that the offences were committed via a service in return for payment."

2.4.

Met ingang van 1 januari 2010 is art. 240b Sr verruimd en is in dit artikel - naast onder meer het bezit van, kort gezegd, kinderporno - het zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang verschaffen tot kinderporno strafbaar gesteld. Blijkens de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis is met die wijziging van art. 240b Sr beoogd strafbaarstelling mede toe te snijden op gevallen waarin sprake is van het door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst kunnen beschikken over en kunnen bekijken van kinderporno, zonder dat tevens sprake is van "bezit" als bedoeld in art. 240b Sr omdat het kinderpornografische materiaal niet door de betrokkene wordt opgeslagen. Het enkele bekijken van kinderporno is door de wetgever evenwel niet strafbaar gesteld.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat sprake is van "zich toegang verschaffen" als de verdachte een gedraging verricht die is gericht op het verkrijgen van toegang tot kinderporno, bijvoorbeeld door het bezoeken van kinderpornografische websites. Het opzet van de verdachte dient, al dan niet in voorwaardelijke vorm, te zijn gericht op het verkrijgen van die toegang.

2.5.

In de onder 2.2.2 weergegeven overweging ligt als oordeel van het Hof besloten dat voor bewezenverklaring van het bestanddeel "zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft" uit de bewijsmiddelen moet blijken dat gebruik is gemaakt van technologische middelen zoals "versleuteling of een besloten computernetwerk". Dat oordeel getuigt - gelet op de onder 2.3 weergegeven totstandkomingsgeschiedenis - van een te beperkte en dus onjuiste uitleg van art. 240b, eerste lid, Sr.

2.6.

Het middel slaagt.

3. Slotsom

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de bestreden uitspraak - voor zover aan het oordeel van de Hoge Raad onderworpen - niet in stand kan blijven en als volgt moet worden beslist.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak maar uitsluitend wat betreft de beslissingen ten aanzien van het onder 2 tenlastegelegde; wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Den Haag, opdat de zaak in zoverre op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Noot

Auteur: N. Rozemond

1.

Op de computer van de verdachte worden afbeeldingen van kinderpornografie aangetroffen. Ze bevinden zich in het cachegeheugen van de computer. De verdachte ontkent dat hij ze bewust heeft opgeslagen. Het Hof Den Haag spreekt de verdachte vrij van het in bezit hebben van kinderpornografie, omdat het hof niet bewezen acht dat de verdachte deze afbeeldingen opzettelijk in zijn bezit had (zie hierover uitgebreid L. Stevens en E.J. Koops, 'Opzet op de harde schijf: criteria voor opzettelijk bezit van digitale kinderporno', DD 2009/ 51).

Uit de aanwezigheid van de afbeeldingen in het cachegeheugen kan worden afgeleid dat de verdachte de afbeeldingen heeft bekeken op het internet. Het enkele bekijken van kinderporno is echter niet strafbaar op grond van art. 240b Sr. Deze bepaling stelt wel strafbaar het zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang verschaffen tot kinderpornografische afbeeldingen. Het Hof Den Haag spreekt de verdachte ook daarvan vrij, omdat niet kan worden bewezen dat de verdachte zich met gebruikmaking van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk toegang heeft verschaft tot de afbeeldingen.

De Hoge Raad casseert de vrijspraak, omdat het oordeel van het hof van een te beperkte en dus onjuiste uitleg van art. 240b lid 1 Sr getuigt. Deze bepaling vereist niet dat de verdachte zich toegang heeft verschaft door middel van technologische middelen zoals versleuteling of een besloten computernetwerk. De Hoge Raad leidt uit de aangehaalde memorie van toelichting af dat de verdachte een gedraging moet hebben verricht die is gericht op het verkrijgen van toegang tot kinderporno, bijvoorbeeld het bezoeken van kinderpornografische websites. Het opzet van de verdachte dient bij het bezoeken te zijn gericht op het verkrijgen van toegang tot kinderporno, waarbij het ook om voorwaardelijk opzet kan gaan.

2.

Het gaat in dit arrest in de eerste plaats om de uitleg van het begrip 'zich toegang verschaffen tot afbeeldingen' en de afbakening van dat begrip tot het 'bekijken van afbeeldingen'. Volgens de memorie van toelichting is het enkele bekijken niet strafbaar. Dat heeft te maken met de onmogelijkheid om de strafbaarstelling daarvan te handhaven, maar ook met de mogelijkheid dat een persoon ongevraagd kinderporno toegestuurd krijgt en bekijkt. Het onverwachts aantreffen van kinderporno op een website en het opzettelijk bekijken van die afbeeldingen zou daarom ook niet onder art. 240b lid 1 Sr vallen. Het is eveneens denkbaar dat een persoon zich opzettelijk toegang verschaft tot een website met de bedoeling om kinderpornografische afbeeldingen te bekijken en vervolgens die afbeeldingen aan een ander laat zien. Die ander heeft zich geen toegang tot die afbeeldingen verschaft, maar bekijkt ze slechts. Daardoor valt zijn gedraging niet onder art. 240b lid 1 Sr (er zou wel sprake kunnen zijn van medeplegen ([Kamerstukken II 2008/09, 31810, 7](#), p. 2-3)).

Het verschil tussen bekijken van en zich toegang verschaffen tot afbeeldingen roept de vraag op wanneer bekijken overgaat in zich toegang verschaffen. Volgens de Hoge Raad is daarvoor niet vereist dat de dader gebruik maakt van een versleuteling of een besloten computernetwerk. Uit die negatieve afbakening volgt echter niet dat het bezoeken van een website met kinderporno het zich toegang verschaffen tot kinderporno is. De cruciale vraag is: valt het bezoeken van een website met kinderporno zonder meer onder het zich toegang verschaffen in de zin van art. 240b lid 1 Sr? Het legaliteitsbeginsel (art. 1 Sr, art. 16 GW, art. 7 EVRM) vereist dat iedere burger op die vraag een duidelijk antwoord moet kunnen krijgen.

Volgens de memorie van toelichting moet het gaan om een 'actieve handeling' die is gericht op het verkrijgen van toegang tot kinderporno. De toelichting bespreekt vervolgens wanneer uit bepaalde handelingen kan worden afgeleid dat de verdachte opzet heeft op het verkrijgen van toegang tot kinderporno. Uit het nietsvermoedend aanklikken van een hyperlink

naar een website met kinderporno kan niet gauw het opzet van de verdachte op het zich toegang verschaffen tot kinderporno worden afgeleid. Dat wordt volgens de toelichting anders wanneer de benaming van de hyperlink een indicatie bevat dat de betreffende website kinderporno bevat. Opzet kan ook worden afgeleid uit het gegeven dat de verdachte de website eerder heeft bezocht en daarbij kinderporno heeft gezien. Het gaat hier volgens de toelichting om het 'nogmaals bezoeken' van de website. Bewijs van opzet kan eveneens worden gevonden in handelingen waarmee de betrokkene zich toegang heeft verschaft tot kinderporno, zoals betaling door de verdachte of gebruik van wachtwoorden of inloggegevens.

3.

De aangehaalde toelichting gaat vooral over het bewijs van opzet bij de verdachte. Uit de toelichting kan echter ook worden afgeleid wat onder zich toegang verschaffen kan worden verstaan. De toelichting beschouwt het zich verschaffen van toegang tot kinderporno door middel van betaling of door middel van wachtwoorden of inloggegevens als gedragingen die onder art. 240b lid 1 Sr vallen. De toelichting noemt deze gedragingen als voorbeelden van een 'handeling waarmee de betrokkene zichzelf toegang tot het kinderpornografisch materiaal verschaft'. Eerder noemt de toelichting het gebruik van versleuteltechnieken of besloten computernetwerken een vorm van zich toegang verschaffen tot kinderporno.

De toelichting gaat verder niet in op de vraag hoe het bekijken van afbeeldingen op een website en het zich toegang verschaffen tot die afbeeldingen van elkaar moeten worden onderscheiden. De toelichting geeft ook niet aan dat het bezoeken van een website met kinderporno op zich al strafbaar is.

Het is mogelijk om het bezoeken van een website als een actieve handeling op te vatten waarbij de verdachte bewust op zoek is gegaan naar websites met kinderporno en dat bewuste zoeken bijvoorbeeld blijkt uit zoekopdrachten in een zoekmachine. Ook is het mogelijk om het aanklikken van een link waarvan evident is dat deze naar een kinderpornosite leidt op te vatten als het zich verschaffen van toegang tot de kinderporno op die website (zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3702). De toelichting noemt het 'nogmaals bezoeken' als voorbeeld van het zich opzettelijk toegang verschaffen. Kennelijk is daarvoor een 'actieve handeling' vereist en die handeling zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit het aanklikken van een opgeslagen link in een favorietenbestand of het intikken van het adres van een eerder bezochte website in de adresregel van een zoekmachine. Een uitleg over de vraag wat de 'actieve handeling' is bij 'nogmaals bezoeken' ontbreekt in de memorie van toelichting.

4.

Uit de toelichting zou kunnen afgeleid dat voor het zich toegang verschaffen meer moet worden gedaan dan het enkele bezoeken van een website. Een argument daarvoor is dat het bekijken van afbeeldingen op internet en het bezoeken van websites als gedragingen te weinig van elkaar verschillen. Een ander argument is dat het zich toegang verschaffen taalkundig en juridisch van bezoeken verschilt. De omschrijving van het zich toegang verschaffen tot een plaats in art. 311 lid 1 onder 5° Sr maakt bijvoorbeeld duidelijk dat dat kan worden gedaan door middel van een actieve handeling, zoals braak, verbreking of inklimming. Ook de toelichting bij art. 240b Sr vereist een actieve handeling voor het zich verschaffen van toegang tot kinderporno (een verschil met art. 311 Sr is dat art. 240b Sr geen limitatieve opsomming van actieve handelingen bevat). Een principieel argument voor een restrictieve uitleg is dat de wettekst en de toelichting onvoldoende duidelijk maken dat het bezoeken van een website met kinderporno zonder meer strafbaar is, zoals blijkt uit de beslissing van het Hof Den Haag in deze zaak.

Een argument voor een extensieve uitleg is dat het bezoeken van een website altijd gepaard gaat met een actieve handeling in de vorm van een zoekactie of het aanklikken van een link of het intikken van een internetadres, zonder dat die actieve handeling nader hoeft te worden gespecificeerd in de wet, de tenlastelegging of de bewijsmiddelen. Een dergelijke handeling is immers altijd noodzakelijk om een website te bezoeken, waarbij moeilijk te bewijzen valt welke actieve handeling de verdachte precies heeft verricht. Het enkele feit dat de verdachte zich 'door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst' toegang verschaft tot kinderporno is volgens de wettekst voldoende. De 'actieve handeling' waarmee dat wordt gedaan, hoeft daarom niet verder te worden gespecificeerd: de wettekst specificeert niet de handeling waarmee toegang wordt verschaft, maar het werk of de dienst waarmee dat gebeurt (te vergelijken met de valse sleutel en het valse kostuum uit art. 311 lid 1 onder 5° Sr). Deze uitleg volgt uit de tekst van de wet en uit de actieve aard van het bezoeken van websites met kinderporno, waardoor dat bezoeken verschilt van het bekijken van kinderporno. Het belang dat door art. 240b lid 1 Sr wordt beschermd, bekrachtigt deze uitleg. Dat belang bestaat uit de bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik en seksuele exploitatie (zie hierover punt 23 en 55 van de conclusie van A-G Hofstee (ECLI:NL:PHR:2017:195) bij HR 28 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:524). Bezoekers van websites met kinderporno bevorderen de uitbuiting en het misbruik van kinderen en zij profiteren daarvan. Daarom handelen zij strafwaardig. Na het arrest van de Hoge Raad is het voor iedere burger duidelijk dat het bezoeken van websites met kinderporno zonder meer strafbaar is.

5.

Het verschil tussen straffeloos en strafbaar bezoeken van een website met kinderporno komt bij een extensieve uitleg vooral

tot uitdrukking in het vereiste opzet (zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 18 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3698). De verdachte die toevallig op een website met kinderporno stuit en vervolgens opzettelijk een kinderpornografische afbeelding bekijkt, is niet strafbaar. Zijn opzet is in een dergelijk geval niet gericht op het zich toegang verschaffen tot de afbeelding in de zin dat hij de website bewust heeft bezocht om kinderporno te bekijken of met de bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans dat hij op die site kinderporno zou kunnen aantreffen.

Er moet dus bewijs zijn van opzet op het zich toegang verschaffen tot kinderporno op het moment dat de website wordt bezocht. De voorbeelden die de toelichting geeft, hebben de strekking om aan te geven wat bewijsindicaties van een dergelijk opzet zijn. Daarbij kan de kanttekening worden geplaatst dat het enkele feit dat de verdachte een wachtwoord voor een site heeft gebruikt nog niet betekent dat zijn opzet was gericht op het zich toegang verschaffen tot kinderporno. Hij heeft zich met het wachtwoord wel opzettelijk toegang verschaft tot de website, maar daarmee staat nog niet vast dat hij bewust op zoek was naar kinderporno. Daarvoor is op z'n minst vereist dat de verdachte bij het bezoeken van de website bewust de aanmerkelijke kans aanvaardde dat hij daar kinderporno zou kunnen aantreffen.

De overwegingen van het Hof Den Haag zijn te restrictief als het gaat om de vraag welke gedragingen onder het zich toegang verschaffen tot kinderporno vallen. Deze overwegingen zijn wel relevant voor de vraag of de verdachte opzet had om zich toegang tot kinderporno te verschaffen. Het hof stelt vast dat bepaalde indicaties daarvoor ontbreken (er is geen bewijs dat de verdachte versleutelingen heeft gebruikt of dat het om besloten computernetwerken ging). Het gaat hier echter niet om limitatieve indicaties, zodat het bewijs van opzet ook uit andere indicaties kan worden afgeleid.

In dit geval heeft de verdachte blijkens het politieonderzoek 147 kinderpornografische afbeeldingen op het internet bekeken. Uit de grote hoeveelheid afbeeldingen zou kunnen worden afgeleid dat de verdachte de betreffende websites bewust heeft opgezocht om de afbeeldingen te bekijken. Uit het gerichte zoeken naar deze afbeeldingen op het internet kan worden afgeleid dat de verdachte zich via het internet opzettelijk toegang tot die afbeeldingen heeft verschaft. Bij een dergelijke hoeveelheid kan het geen toeval zijn dat de verdachte op de afbeeldingen is gestuit. Daarmee is de strafbaarheid van zijn doelgerichte zoekgedrag op het internet gegeven (zie bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 23 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7441 en Rechtbank Overijssel 14 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1116, zie ook Stevens en Koops, *a.w.*, § 2.2.2).

Voetnoten

[1.]

In de toelichting op het middel wordt in dit verband verwezen naar een tweetal uitspraken uit de feitenrechtspraak, te weten: Hof Arnhem/Leeuwarden 18 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2016 en Hof Den Haag 17 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3259.

[2.]

Zie [Kamerstukken II 2008/09, 31810, nr. 3](#), p. 2-4.