

3 Denkfout: virtuele objecten zijn computergegevens noch goederen ex art. 310 Sr

Reactie op J. Hoekman en C. Dirkzwager, 'Virtuele diefstal: hoe gegevens toch weer goederen werden', *Computerrecht* 2009, 148.

In nummer vier van Computerrecht dit jaar (2009), verscheen het artikel van Hoekman en Dirkzwager genaamd 'Virtuele diefstal: hoe gegevens toch weer goederen werden'.² In dit artikel wordt betoogd dat in de zogenoemde 'Runescape'-uitspraak³ van de Rechtbank Leeuwarden virtuele goederen terecht als goederen in de zin van art. 310 Sr zijn beschouwd en derhalve vatbaar zijn voor diefstal. Deze stelling van deze auteurs, de Officier van Justitie en de rechtbank in de voornoemde zaak (en later ook het Hof Leeuwarden⁴), is onjuist en stoelt op een denkfout. Onlangs is in een andere zaak die diende bij de Amsterdamse kinderrechtster dezelfde fout gemaakt, te weten in de Habbohotel-zaak.⁵ Dit is de tweede Nederlandse uitspraak aangaande 'virtuele' goederen. In het hiernavolgende zal ik kort (gezien de beperkte omvang van deze bijdrage) uiteenzetten dat Hoekman en Dirkzwager in hun artikel er ten onrechte van uitgaan dat sprake was van 'andere gegevens' als bedoeld in het computergegevensarrest uit 1996⁶ alsmede dat en waarom 'virtuele' goederen non-existent zijn. Tevens zal ik aankaarten wat wel de geëigende weg is om deze problematiek op te lossen.

Door de auteurs wordt de jurisprudentiële geschiedenis van het goedsbegrip kort behandeld. Terecht wordt het Elektriciteitsarrest⁷ aangehaald en wordt zeer kort het Giraal-geldarrest⁸ besproken. Met dit beruchte Elektriciteitsarrest heeft de Hoge Raad een einde aan gemaakt aan het materialistische goedsbegrip⁹ en bepaalde dat elektriciteit als een goed in de zin van art. 310 Sr kan worden beschouwd. Hij motiveerde dit met de redenering dat elektriciteit voldoende aan de eigenschappen van een goed voldoet omdat het kan worden getransformeerd, geaccumuleerd en ter beschikking blijft van hem die het heeft opgewekt. Daarnaast heeft het economische waarde en kan ook worden weggenomen. In het Giraal-geldarrest werd zonder serieuze motivering bepaald dat ook het betaalmiddel onder het begrip 'goed' valt. Hoekman en Dirkzwager bespreken vervolgens het computergegevensarrest.¹⁰ De Hoge Raad bepaalde dat computergegevens niet onder de juridische entiteit 'goed' vallen. Hij motiveerde dit met de redenering dat van een 'goed' slechts sprake is als bij wegnemen de feitelijke macht over het goed noodzakelijkerwijs wordt verloren. Dit is bij computergegevens lang niet altijd het geval omdat computergegevens een 'multiple' karakter hebben. Ze kunnen immers terzelfder tijd op verschillende plaatsen aan meerdere mensen tegelijkertijd ter beschikking staan.¹¹ De Hoge Raad is dus van mening dat wil iets als een 'goed' in de zin van art. 310 Sr worden be-

schouwd, dan dient het uit de feitelijke heerschappij van de rechthebbende te kunnen worden onttrokken. Om goed te kunnen begrijpen wat in de Runescape- en Habbohotel-zaken fout is gegaan, is het belangrijk om te begrijpen wat computergegevens nu precies zijn. Immers, als het, zoals Hoekman en Dirkzwager stellen, juist is dat in deze zaken ook sprake was van computergegevens, dan had het arrest van de Hoge Raad toegepast moeten worden en zou er dus geen sprake zijn geweest van een 'goed'. Computergegevens zijn in feite slechts een opeenvolging van commando's die bestaan uit *bits* en *bytes* die weer bestaan uit zogenoemde *binary digits* die er zo uitzien: 0011 1010.¹² Computergegevens zijn slechts een taal, een communicatiemethode¹³ net als de letters in deze tekst of de noten in een partituur. Indien deze tekens in een bepaalde volgorde worden gezet krijgen ze betekenis. Een computer kan deze informatie dan vertalen door middel van haar soft- en hardware. In bijvoorbeeld het geval van de Runescape-zaak gaat het om een bepaalde volgorde van *bits* en *bytes* die door gebruik van, voor het spel benodigde programma's (software) en een videokaart (hardware) een visuele weergave op het scherm veroorzaken. Wat voor programma, spel of netwerk er ook gebruikt wordt, alles is gevormd door enen en nullen. Het is zelfs zo dat het feitelijk niet eens mogelijk zou zijn om computergegevens te stelen. Ze kunnen slechts worden gewist of ontoegankelijk worden gemaakt. Immers, als ik computergegevens wil stelen dan zal ik het medium waar de informatie is opgeslagen moeten stelen (bijv. de computer of cd) of de gegevens moeten kopiëren naar bijv. een USB-apparaat of ander medium. Indien ik zou willen dat de gegevens niet meer toegankelijk zijn voor een ander, dan zal ik het origineel moeten wissen, ook wel formatteren genoemd. Echter, dit formatteren is niet het verwijderen van de enen en nullen van een harde schijf of diskette. De *binary digits* worden dan slechts in een betekenisloze volgorde gezet. Het uitgangspunt van de Hoge Raad in het computergegevensarrest is dus volkomen juist. De redenering van Hoekman en Dirkzwager 'dat ook computergegevens bestaan die wel daadwerkelijk van iemand kunnen worden afgenomen, die wel uniek zijn en die wel uit de beschikkingsmacht van de rechthebbende kunnen worden gebracht: virtuele goederen'¹⁴ is dus volkomen onjuist. De 'virtuele' goederen zelf zijn geen

1 Mr. Y. Moszkowicz is werkzaam als advocaat bij MDMV advocatuur en mediation te Utrecht.

2 J. Hoekman en C. Dirkzwager, 'Virtuele diefstal: hoe gegevens toch weer goederen werden', *Computerrecht* 2009, 148.

3 L/JN BG0939.

4 L/JN BK2773.

5 L/JN BH9789/BH9790/BH9791.

6 HR 3 december 1996, NJ 1997, 574.

7 HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.

8 HR 11 mei 1982, NJ 1982, 583.

9 C.D. Schaap, *Heling getoetst*, Gouda Quint 1999, p. 250.

10 HR 3 december 1996, NJ 1997, 574.

11 Prof. mr. C. Kelk, *Studieboek Materieel Strafrecht*, Gouda Quint 2001, p. 96.

12 A. Lodder, 'Recht in een virtuele wereld: Juridische aspecten van Massive Multiplayer Online Role Playing Games', *NvviR*. Elsevier, 2006, p. 37.

13 Y. Moszkowicz, 'Een kritische noot bij de "RuneScape" en "Habbohotel" uitspraken: Een illusie is geen goed', *Strafblad* 2009, 5, p. 495-503.

14 Hoekman en Dirkzwager, p. 159.

computergegevens, ze zijn het *resultaat* van computergegevens. Op pagina 160 van hun betoog stellen de auteurs dat het in de Runescape-zaak wel mogelijk was om computergegevens als 'goederen' te bestempelen omdat dit zou gaan om andersoortige gegevens dan bij het computergegevens arrest.¹⁵ Los van het feit dat dit pertinent onjuist is, volstaan zij hier bij dit cruciale onderdeel van hun betoog (ze stellen immers dat gegevens toch weer goederen werden) slechts met deze vermelding... Men zou mogen verwachten dat er op zijn minst een summier onderbouwing volgt op de stelling dat er 'andersoortige' gegevens bestaan waardoor het arrest van de Hoge Raad niet meer van toepassing is. Wat voor andere gegevens dan? Waarom zouden deze dan wel onder het begrip 'goed' moeten vallen? En waar bestaan die 'andersoortige' gegevens dan uit? Bovendien geven de auteurs eerder in hun artikel de wettelijke definitie van computergegevens uit art. 80 quinquies Wet Computercriminaliteit 1. Aan de hand van dit wetsartikel hadden ze kunnen weten dat er geen sprake kan zijn van 'andersoortige' gegevens. Immers, computergegevens zijn altijd enen en nullen, computers kunnen uitsluitend daarmee communiceren en een afbeelding van wat dan ook op een beeldscherm is slechts de betekenis van die gegevens. Wat op het beeldscherm van een computer is afgebeeld valt dus niet onder de noemer computergegevens. Wat is het dan wel? Volgens de rechtbanken in de Runescape- (en het hof in deze zaak) en Habbohotel-zaken, zijn de in die zaken onderhavige afbeeldingen van o.a. een zwaard en meubels *an sich* 'goederen' in de zin van art. 310 Sr. Ook dit is een denkfout. Een virtueel goed is een denkbeeldig goed, een illusie.¹⁶ Virtuele 'goederen' zijn zoals hierboven is gebleken in feite slechts een opeenvolging van *bits* en *bytes*.¹⁷ Een virtuele wereld is dus een visuele illusie die wordt gecreëerd door een opeenvolging van commando's. Om een dergelijke illusie te laten bewegen, bijvoorbeeld de avatar (iemand's virtuele alter ego) van het slachtoffer in de Runescape-zaak, geeft de persoon in kwestie opdrachten met zijn toetsenbord of joystick waardoor zijn avatar gaat bewegen. In feite heeft de verdachte dus slechts data, in de vorm van binaire codes op de server van het computerspel, veranderd.¹⁸ Een gegevensverandering dus, die een visuele verandering op een beeldscherm teweeg brengt.¹⁹ Dit zal elke computerprogrammeur beamen. De computer is slechts drager van gegevens en/of de poort naar gegevens op een externe server. Wat wel een wezenlijk verschil is, is dat computergegevens interactief kunnen zijn voor de gebruiker, zoals bij de speler van een spel. Echter, ook dat maakt het niet een goed, het blijft computerdata.²⁰ Dat het één (virtueel goed) uit het ander (computergegevens) voortvloeit, maakt niet dat het dezelfde materie is. Iets virtueels bestaat niet in de realiteit, hetgeen wel het geval is bij elektriciteit en gas. Dit is dan ook het grote verschil met het Elektriciteitsarrest en de reden waarom de daar geformuleerde criteria niet volledig kunnen worden toegepast. Het feitelijkemacht criterium is niet toepasbaar. Het is überhaupt nog maar de vraag of er in het verband van data bij online computerspellen of online virtuele werelden van feitelijke macht van de gebruiker kan worden gesproken, daar de beheerder van het spel, te allen tijde, als een soort 'hand van god' de account van een speler kan openen²¹ en de ontvreemde data weer terug kan plaatsen in de oorspronkelijke account.²² In een Chinese 'virtuele' diefstalzaak is door de rechter opdracht gegeven hiertoe.²³ De data die de visuele weergave vertegenwoordigt ligt vast op de server van de

aanbieder van het spel. De speler krijgt dus nooit de beschikking over de data. 'Virtuele' goederen zijn dus niet individualiseerbaar zoals dit wel het geval is bij 'echte' goederen.²⁴ Dat computergegevens, die de code vormen voor de weergave van virtuele 'goederen', de eigenschap hebben om te kunnen worden gekopieerd of door middel van accounts en wachtwoorden ontoegankelijk voor een ander kunnen worden gemaakt, heeft niets met de juridische entiteit van de afbeelding op een beeldscherm te maken. Immers, als ik het woord 'appel' uit een verhaal wis heb ik niet echt een appel gestolen. Zo is het ook bij de computergegevens en de afbeelding die ze veroorzaken. Computergegevens zijn slechts een taal en het ontoegankelijk maken of wissen van die gegevens heeft niets met art. 310 Sr te maken. Hier zijn aparte strafbepalingen voor in het leven geroepen te weten, art. 138a en 350a Sr en *alleen die* hadden toegepast moeten worden. De auteurs Hoekman en Dirkwager bekijken net als Neppelenbroek ook de civiele kant van het verhaal en nemen de verhouding tussen de speler van online-computerspel en de aanbieder in ogenschouw. Zij komen tot de conclusie dat er sprake is van een licentieovereenkomst tussen gebruiker en aanbieder en dat in het geval van de Runescape-zaak de gebruiker op grond van deze overeenkomst het exclusieve recht heeft om binnen het spel over zijn 'virtuele' goederen te beschikken.²⁵ Los van het feit dat een licentie al impliceert dat er geen absoluut recht voor de gebruiker bestaat, kan gezien de omstandigheid dat de gebruiker alleen binnen het spel over zijn 'goed' kan beschikken niet gesproken worden van exclusiviteit of absolute beschikkingsmacht.

De redenering van Hoekman en Dirkwager in hun passage over de context van het spel deel ik wel met hen. Immers, in de meeste computerspellen is het nu juist de bedoeling dat men iets steelt van zijn opponent al dan niet door middel van stevig virtueel geweld. Als er al sprake kan zijn van virtuele diefstal – quod non – dan zal het wegnemen van de virtuele goederen pas wederrechtelijk zijn als dit niet is toegestaan door de spelregels. Bovendien heeft Lodder dienaangaande eens de vergelijking getrokken met het Monopolyspel.²⁶ Stel dat de verdachten en slachtoffers zeer fanatieke Monopolyspelers zouden zijn, dan zouden de verdachten de hotels en/of straten van het slachtoffer hebben afgepakt. Maar zou dan sprake zijn van diefstal? En is er dan sprake van een goed? Nee, moet het antwoord luiden. De dief heeft slechts een papiertje of een plastic huisje weggenomen en niet daadwerkelijk de Kalverstraat of een hotel. Bij het ontoegankelijk maken van iemand's virtuele meubeltjes, zoals in de Habbohotel-zaak, kan iemand niet diefstal van meubels ten laste worden gelegd maar slechts het ontoegankelijk maken

15 Idem p. 160.

16 Moszkowicz , p. 495-503.

17 Lodder, p. 37.

18 Moszkowicz , p. 495-503.

19 E.D.C. Neppelenbroek AA, *Het drakenzwaarf of: virtuele goederen als vorderingsrecht uit online-contracten*, 2006, p. 26.

20 Moszkowicz, p. 495-503.

21 A. Lodder AA, *Virtuele werelden: toepassing externe regulering na afweging in het licht van de magische cirkel*, 2008, p. 520.

22 Moszkowicz, p. 495-503.

23 *www.cnn.com*.

24 Neppelenbroek, p. 26.

25 Hoekman en Dirkwager, p. 160.

26 Lodder, p. 516.

van die gegevens die de virtuele meubels vertegenwoordigen en zo art. 138a Sr en/of art. 350a Sr schenden. De relevante bepalingen van art. 138a Sr luiden als volgt:

Met gevangenisstraf (...) gestraft hij die opzettelijk en wederrechtelijk binnendringt in geautomatiseerd werk of in deel daarvan. Van binnendringen is in ieder geval sprake indien de toegang tot het werk wordt verworven (...) a. door het doorbreken van beveiliging (...) b. door het aannemen van valse hoedanigheid.

Met gevangenisstraf (...) gestraft computervedbreuk, indien de dader vervolgens gegevens die zijn opgeslagen, worden verwerkt of overgedragen door middel van geautomatiseerd werk waarin hij zich wederrechtelijk bevindt, voor zichzelf of ander overneemt, aftapt of opneemt.

Dit artikel had in de onderhavige kwesties voldoende bescherming geboden. De verdachten hebben in beide zaken volledig voldaan aan deze delictsomschrijving. Het bevreemdt mij daarom dat de officier van Justitie dit niet ten laste heeft gelegd, hetgeen wel het geval was in de Habbohotel-zaak. In beide zaken hebben de verdachten de gegevens voor het slachtoffer *ontoegankelijk* en voor zichzelf *toegankelijk* gemaakt. Door deze handeling hebben de verdachten naast art. 138a Sr dus ook voldaan aan de vereisten van art. 350a Sr. Dit artikel is in geen van beide zaken ten laste gelegd:

Hij die opzettelijk en wederrechtelijk gegevens die door middel van een geautomatiseerd werk of door middel van telecommunicatie zijn opgeslagen, worden verwerkt of overgedragen, verandert, wist, onbruikbaar, of ontoegankelijk maakt (...) wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of een geldboete van de vierde categorie. (mijn onderstreping, YM)

Het is een foute gedachte om een virtuele illusie als een 'goed' in de zin van art. 310 Sr te kwalificeren. Een virtueel goed is niet meer dan een aantal codes die een visuele verschijning teweeg brengen en een afbeelding op een beeldscherm is het resultaat van computergegevens maar is dat zelf niet. Het is belangrijk om computercriminaliteit te effectief te kunnen bestrijden. Het gevaar van deze vorm van criminaliteit wordt eens te meer duidelijk in de beschouwingen van prof. Kaspersen in zijn rubriek Strafrecht van dit blad.²⁷ Echter, de rechtelijke macht moet niet de regels voor een analoge wereld op een digitale wereld willen toepassen. Dit is appels met peren vergelijken. Bovendien wordt het analogieverbod uit art. 1 Sr en art. 7 EVRM geschonden met deze werkwijze. Art. 138a Sr en art. 350a Sr vormen de geëigende weg om mensen te beschermen tegen deze vorm van criminaliteit. In de Runescape-zaak is inmiddels cassatie ingesteld. Ik hoop dat de Hoge Raad zich wel goed laat voorlichten en met inzicht in de digitale wereld op correcte wijze over deze zaak zal oordelen.

²⁷ Kaspersen, 'Rubriek Strafrecht', *Computerrecht* 2009/05, p. 219-223.