

De minister van Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 GH Den Haag

Datum
18 oktober 2010

Kenmerk
1837.2693/JT

Uw kenmerk
5631682/10/6

Onderwerp
Concept-wetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit

Geachte heer Opstelten,

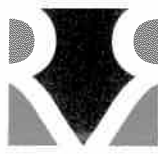
Bij brief van 27 juli 2010 met kenmerk 5631682/10/6 heeft uw ambtsvoorganger, mr. E.M.H. Hirsch Ballin, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) verzocht advies uit te brengen over het daarbij gevoegde concept-wetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit.

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR heeft het wetsontwerp bestudeerd en een aantal leden van de NVvR geconsulteerd, waarna een preadvies is opgesteld. Het door de Wetenschappelijke Commissie besproken en vastgestelde advies treft u aan in de bijlage bij deze brief.

Namens het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak,
de Wetenschappelijke Commissie,

1/0

F.F. Langemeijer,
voorzitter



Datum
18 oktober 2010

Contactpersoon
J.M.A. Timmer

Uw kenmerk
5631682/10/6

Code archief

Wetgevingsadvies

Versterking bestrijding computercriminaliteit

Advies van de NVvR inzake het conceptwetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit.

1. Inleiding

Bij brief van 27 juli 2010 met kenmerk 5631682/10/6 heeft u de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) verzocht advies uit te brengen over het daarbij gevoegde conceptwetsvoorstel Versterking bestrijding computercriminaliteit.

Dit advies is voorbereid door een werkgroep van leden en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

2. Korte inhoud van het wetsvoorstel

Blijkens de toelichting beoogt het conceptwetsvoorstel te voorzien in een ruimere strafrechtelijke bescherming van computergegevens, ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van burgers en ter bescherming van vertrouwelijke communicatie. Daartoe worden drie wetswijzigingen voorgesteld.

In de eerste plaats wordt voorgesteld te komen tot een zelfstandige regeling van de (thans nog in art. 54a Sr besloten liggende) bevoegdheid van de officier van justitie om te bevelen dat bepaalde gegevens op het internet ontoegankelijk worden gemaakt. Achter het voorstel steekt de gedachte dat de wettelijke mogelijkheden moeten worden versterkt om "strafbare content" op een effectieve wijze van het internet te verwijderen, althans ontoegankelijk te maken.

In de tweede plaats wordt voorgesteld het wederrechtelijk overnemen van computergegevens en het beschikken over, of bekendmaken van, wederrechtelijk overgenomen gegevens strafbaar te stellen.

In de derde plaats wordt een verruiming voorgesteld van de strafbepalingen betreffende het afluisteren, aftappen of opnemen van vertrouwelijke communicatie. Het gaat hierbij met name om de strafbaarheid van personen die heimelijk communicatie opnemen waaraan zij zelf hebben deelgenomen of die de desbetreffende gegevens via het internet verspreiden.

3. Commentaar

3.1 algemeen

De snelle ontwikkelingen op het terrein van technologie, internet en criminaliteit roepen bij voortdurende vraag op of de bestaande juridische instrumenten nog voldoende zijn toegesneden op hetgeen een

doeltreffende bestrijding van computercriminaliteit vergt. De NVvR deelt het standpunt dat de bestrijding van computercriminaliteit gelijke tred moet houden met de voortgang van de technologische ontwikkeling en versterking kan gebruiken op de in het conceptwetsvoorstel genoemde punten. Het belang van bescherming van de persoonlijke levenssfeer van burgers heeft hier geen nadere toelichting. Beschouwd vanuit het belang van de rechtspraak juicht de NVvR het voornemen toe, het “hybride” en daardoor in de praktijk als niet goed hanteerbaar ervaren artikel 54a Sr te herzien en de vorderingsbevoegdheid zelfstandig te regelen. Ook de omschrijving van “gegevens” en “geautomatiseerd werk” (in art. 138e en 138f nieuw Sv) wordt ervaren als een verbetering.

Afgezet tegen de doelstelling van de voorgestelde wetswijzigingen, vraagt de NVvR zich overigens wel af of met deze voorstellen het beoogde doel kan worden bereikt. In de eerste plaats mag niet uit het oog worden verloren dat computercriminaliteit dikwijls een grensoverschrijdend karakter heeft. Naast een verbetering van het nationale recht zal derhalve een intensivering van de internationale samenwerking op dit gebied nodig zijn. In de tweede plaats kenmerkt de verspreiding van gegevens via het internet zich door haar grote snelheid. Waar het gaat om bescherming van de persoonlijke levenssfeer van burgers, komt – afgezien van de preventieve werking van de wettelijke strafbedreiging – een strafrechtelijk optreden meestal pas op het moment dat de schade al is aangericht. In de derde plaats wijst de NVvR op de telkens terugkerende discussies bij een inperking van grondrechten, in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting. De verdragsrechtelijk toegelaten beperkingen op dit grondrecht vragen dikwijls om een toetsing door de rechter: is de inbreuk een geschikt middel om een bepaald doel te bereiken en welk doel is dat dan precies? Zoals onder 3.2.1 zal worden uiteengezet, is de NVvR van mening dat het belang van een voorafgaande rechterlijke toetsing in het conceptwetsvoorstel onvoldoende is onderkend. De conceptmemorie van toelichting heeft de NVvR niet van het tegendeel overtuigd. Mocht de voorgestelde regeling toch worden gehandhaafd, dan zou de NVvR - met het oog op de door de rechter te verrichten toetsing van de inbreuk op het grondrecht - het op prijs stellen dat in de memorie van toelichting dieper zou worden ingegaan op de belangen die ten grondslag hebben gelegen aan de voorgestelde bevoegdheid van de officier van justitie respectievelijk op de belangen die bij de nieuwe strafbepalingen met betrekking tot de verspreiding van informatie een rol hebben gespeeld.

3.2 commentaar op onderdelen

3.2.1. de zelfstandige regeling van de bevoegdheid van de officier van justitie

De voorgestelde regeling van de bevoegdheid te vorderen dat de aanbieder van een communicatiedienst (of degene die de beschikkingsmacht heeft over een geautomatiseerd werk) maatregelen neemt om bepaalde gegevens ontoegankelijk te maken (nieuw art. 125p Sv), geeft de NVvR slechts op een onderdeel aanleiding tot het maken van opmerkingen.

In de voorgestelde regeling is het vereiste van een voorafgaande schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris (te verlenen op vordering van de officier van justitie, zie art. 54a Sr) niet teruggekeerd. In de concept-MvT (blz. 5 en 22) wordt het vervallen van het vereiste van een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris verklaard met het argument dat in de nieuwe regeling beklag over de vordering kan worden gedaan bij de raadkamer van de rechtbank (de voorgestelde wijziging van art. 552a Sv). Dat moge juist zijn, maar het betekent dat een rechterlijke toetsing vooraf wordt vervangen door een rechterlijke toetsing achteraf. Deze keuze wordt in de MvT niet gemotiveerd.

Tot op heden (het huidige art. 54a Sr is op 30 juni 2004 in werking getreden) is niet gebleken dat het vereiste van een voorafgaande machtiging voor de officier van justitie onnodig vertraging opleverde. Een rechterlijke machtiging kan op korte termijn gegeven worden, zoals in de praktijk blijkt bij spoed-telefoontaps en machtigingen tot doorzoeking van woningen. De NVvR is van mening dat wanneer het ontoegankelijk maken van (gedeelten van) websites leidt tot een beperking van grondrechten, in het bijzonder art. 7 Grondwet en art. 10 EVRM, niet zou mogen worden volstaan met een rechterlijke toetsing achteraf. Het gaat immers om een mogelijkheid voor een orgaan van de overheid om (verdere) verspreiding van informatie te voorkomen. In het EVRM zijn, anders dan in de Grondwet, duidelijke



doelcriteria gesteld op basis waarvan grondrechten kunnen worden beperkt. Een voorafgaande rechterlijke toetsing, aan de hand van de in het EVRM opgenomen beperkingsgronden, maakt de afweging inzichtelijk en verschaft legitimatie aan het handelen van de overheid. In dit verband wijst de NVvR ook op het arrest van het EHRM in de zaak Sanoma/Nederland (14 september 2010, app.no. 38224/03). In deze zaak, die betrekking had op een uitleveringsbevel, werd de wettelijke basis, hoewel aanwezig (art. 96a Sv), niet toereikend geacht. Een voorafgaande rechterlijke afweging van enerzijds het recht op vrije meningsuiting (inclusief, in die zaak, het belang van bescherming van journalistieke bronnen) en anderzijds het opsporingsbelang, ontbrak. Een soortgelijk probleem zou zich kunnen voordoen bij een bevel op grond van de thans voorgestelde regeling. De NVvR adviseert het vereiste van een voorafgaande rechterlijke machtiging te behouden.

In de concept-MvT (blz. 27) heeft de volgende passage m.b.t. het voorgestelde art. 125q Sv tot vragen geleid: "Omdat de officier van justitie alleen overgaat tot het doen van een vordering in gevallen waarin een spoedeisend belang aanwezig is ...". Is met deze passage bedoeld een beperking te stellen aan de gevallen waarin de OvJ toepassing kan geven aan zijn bevoegdheid ingevolge art. 125p en/of art. 125a Sv en zo ja, waarom is deze beperking niet opgenomen in de wettekst?

3.2.2 De strafbaarstelling van het wederrechtelijk overnemen van gegevens en het beschikken over of bekendmaken van wederrechtelijk overgenomen gegevens

Hierover wil de NVvR opmerken dat door de keuze van de wettelijke strafbedreiging in art. 139c resp. 139e Sr het toepassen van bepaalde dwangmiddelen als aanhouding buiten heterdaad, inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis niet tot de mogelijkheden behoren. De NVvR vraagt zich af, of dit een bewuste keuze is geweest. Deze dwangmiddelen kunnen nodig zijn bij de bestrijding van de ernstigere verschijningsvormen van deze delicten. Ook de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden is bij deze wettelijke strafbedreiging beperkt. De NVvR adviseert te onderzoeken of de nieuwe strafbepalingen zouden moeten worden opgenomen in art. 67, eerste lid onder b, Sv, althans in de MvT nader aandacht te besteden aan de overwegingen die een rol hebben gespeeld bij de keuze van de wettelijke strafbedreiging.

Op blz. 19 van de concept-MvT wordt gesteld dat bij het overnemen van gegevens sprake moet zijn van opzet: de dader moet de niet voor hem bestemde gegevens "willens en wetens" hebben overgenomen. De NVvR vraagt zich af of met de uitdrukkelijke verwijzing naar "willens en wetens" is bedoeld, de mogelijkheid van voorwaardelijk opzet uit te sluiten. In dat geval wordt een zwaardere bewijslast op het Openbaar Ministerie gelegd en wordt handhaving van deze strafbepaling navenant moeilijker.

3.2.3. Het verruimen van de strafbepalingen m.b.t. afluisteren, aftappen of opnemen van vertrouwelijke communicatie

De NVvR vraagt in de eerste plaats aandacht voor een praktijkprobleem. Het komt wel voor, zelfs op advies van de politie, dat slachtoffers van stalking of andere vormen van intimidatie opnamen maken van telefoongesprekken, die als bewijsmateriaal kunnen worden gebruikt bij een aangifte. Gelet op de voorgestelde wettekst (nieuw art. 139c Sr), zouden ook zij strafbaar kunnen zijn wanneer zij zonder medeweten van de gesprekspartner opnamen maken en deze doorgeven. Wanneer de drijfveer achter de voorgestelde wetswijziging is het ongewenst verspreiden van vertrouwelijke gegevens via het internet, lijkt het voldoende dat het verspreiden van opgenomen vertrouwelijke gegevens strafbaar wordt gesteld; niet het enkele opnemen ervan.

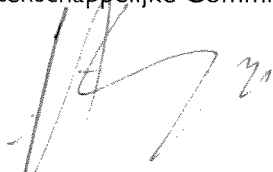
Daarnaast zou de NVvR vanuit het belang van de rechtspraak gaarne een verduidelijking zien van het begrip "wederrechtelijk" in de voorgestelde delictomschrijving. In de concept-MvT (blz. 12) staat dat van strafbaarheid alleen sprake is als het opnemen van communicatie "wederrechtelijk" is. Hiermee lijkt te worden bedoeld op het ontbreken van civielrechtelijke onrechtmatigheid: de strafbaarheid ontbreekt wanneer alle deelnemers aan het gesprek (of andere vorm van communicatie) toestemming hebben



verleend tot het opnemen ervan; ook ontbreekt het onrechtmatige karakter wanneer het opnemen noodzakelijk is om misstanden aan de kaak te stellen en dit belang zwaarder weegt dan de belangen die zijn gemoeid met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de deelnemers aan de communicatie. Indien dit juist is, zou het betekenen dat als het opnemen civielrechtelijk niet onrechtmatig is (of zelfs uitdrukkelijk is toegestaan door de deelnemers aan de communicatie) ook van strafbaarheid geen sprake is. Om te voorkomen dat de voorgestelde strafbepaling tot verwarring leidt (bijv.: de civiele rechter acht het opnemen onrechtmatig omdat het strafbaar is gesteld; de strafrechter verwijst naar de civiele onrechtmatigheidscriteria), zou het nuttig zijn wanneer dit in de MvT met zoveel woorden wordt vastgelegd.

Hiermee houdt verband de opmerking, dat niet geheel uit de verf komt hoe het opnemen en opslaan van gegevens die voor iemand zelf bestemd zijn, wederrechtelijk kan zijn: sluit de omstandigheid dat de gegevens voor de geadresseerde bestemd zijn niet in dat de geadresseerde daarover kan beschikken? Is voor strafbaarheid vereist dat het vertrouwelijke karakter van de gegevens uitdrukkelijk is vermeld? Op dit punt ware de toelichting (MvT blz. 11 en 18) aan te scherpen.

Namens het bestuur van de NVvR,
de Wetenschappelijke Commissie



F.F. Langemeijer,
voorzitter