

Advies

inzake

het wetsvoorstel

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met ontoegankelijkmaking van gegevens op het internet, strafbaarstelling van het wederrechtelijk overnemen van gegevens en het beschikken over of bekend maken van wederrechtelijk overgenomen gegevens, alsmede verruiming van de strafbepalingen betreffende het afluisteren, aftappen of opnemen van vertrouwelijke communicatie (versterking bestrijding computercriminaliteit)

Inleiding

Het wetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit strekt tot aanpassing van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering op de volgende drie onderwerpen:

- De bevoegdheid van de Officier van Justitie te vorderen dat gegevens op het internet ontoegankelijk worden gemaakt;
- Strafbbaarstelling van het wederrechtelijk overnemen van gegevens, en het beschikken over dergelijke gegevens;
- Verruiming van de strafbepalingen betreffende het afluisteren, aftappen of opnemen van vertrouwelijke communicatie.

In dit advies zal op elk van deze thema's worden ingegaan, zij het in een exact *omgekeerde* volgorde dan in het wetsvoorstel wordt aangehouden. De volgorde die in dit advies wordt aangehouden is van meest ingrijpend naar minst ingrijpend.

Samengevat is het oordeel van de commissie dat met de voorgestelde verruimingen van de strafbepalingen terzake opnemen etc. van vertrouwelijke communicatie en het overnemen

van niet-openbare gegevens, strafbaar wordt gesteld wat niet strafbaar moet zijn, en ongemoeid wordt gelaten hetgeen men wellicht zou willen uitbannen. De voorgestelde strafbepalingen zijn onaanvaardbaar ruim geformuleerd. In plaats van de voorgestelde bepalingen zou aansluiting moeten worden gezocht bij de klassieke verspreidings- en beledigingsdelicten. Technisch-juridisch zijn de voorgestelde strafbepalingen onder de maat.

Voor wat betreft de herziene bevelsbevoegdheid van de officier van justitie is de ACS van oordeel dat de eisen van het EVRM met zich brengen dat voorafgaande rechterlijke toetsing niet kan worden gemist. Daarnaast stelt de ACS een enkele technische verbetering voor, waardoor de rechtsbescherming van de burger tegen opgelegde dwangsommen op vergelijkbaar niveau komt als onder de Algemene wet bestuursrecht.

Verruiming van de strafbepalingen betreffende het afluisteren, aftappen of opnemen van vertrouwelijke communicatie

Het meest principiële, en tevens het meest bezwaarlijke onderdeel van het wetsvoorstel, bestaat uit de wijzigingen die in de artikelen 139a tot en met 139e van het Wetboek van Strafrecht worden voorgesteld. Is de huidige stand van het recht - kort gezegd - dat een deelnemer aan een gesprek bevoegd is dat gesprek ook op te nemen, onder de voorgestelde wettekst wordt vrijwel *elk* opnemen en aftappen van gesprekken strafbaar.

Daartoe verbieden het voorgestelde artikel 139a en 139b van het Wetboek van Strafrecht het opnemen van “face to face” gesprekken met een technisch hulpmiddel,¹ en verbiedt het voorgestelde artikel 139c Sr het met een technisch middel aftappen of opnemen van niet openbare overdracht van gegevens door middel van telecommunicatie. Hieronder moeten volgens vaste uitleg ook worden begrepen normale telefoongesprekken. Tenslotte stelt het voorgestelde artikel 139e Sr strafbaar onder meer het beschikken over niet openbaar gegevens die, naar redelijkerwijs vermoed moet worden in strijd met de bepalingen van de voorgestelde artikelen 139a tot en met 139c Sr zijn opgenomen, alsmede het ter beschikking stellen van die gegevens aan een ander.

Naar het oordeel van de Adviescommissie Strafrecht worden met dit stelsel van bepalingen onaanvaardbaar ruime verzamelingen van strafbaarstelling gecreëerd. In plaats van in abstracto te betogen waarom de Adviescommissie dit meent, lijkt het inzichtelijker om een

¹ Het voorgestelde artikel 139a Strafrecht stelt strafbaar het afluisteren of opnemen van een gesprek dat in een woning, besloten lokaal of erf wordt gevoerd; het voorgestelde artikel 139b stelt strafbaar het heimelijk afluisteren of opnemen van een gesprek dat elders dan in een woning, besloten lokaal of erf wordt gevoerd.

aantal praktijkvoorbeelden te geven die tot op heden probleemloos en straffeloos zijn, maar die onder de voorgestelde regeling tot strafbaarheid kunnen leiden:

- Elke vorm van undercover journalistiek, waarbij gebruik gemaakt wordt van een verborgen camera of verborgen microfoon, is strafbaar. Deze vorm van journalistiek omvat immers altijd ook het heimelijk opnemen van gesprekken.
- 112-Meldkamers nemen standaard het telefoonverkeer op. In beginsel wordt het opnemen van die alarmcentralegesprekken strafbaar.
- Het is algemene journalistieke praktijk, dat journalisten hun telefoongesprekken opnemen. Alleen op deze manier kan een journalist immers aantonen dat hij zijn gesprekspartner correct citeert in zijn krant of in zijn radio- of tv-programma. Dit alleszins acceptabele journalistieke controlemiddel is onder voorgestelde regeling strafbaar.
- Banken, vermogensbeheerders en effectenhandelaren nemen standaard de telefoongesprekken met hun cliëntèle op, om desnodig in een latere procedure aan te kunnen tonen dat men conform de instructies van de klant heeft gehandeld. Dit lijkt onder voorgestelde bepaling eveneens strafbaar.
- Allerminst ongebruikelijk is het, dat - op advies van de politie - een slachtoffer van stalking of van telefonische bedreigingen de inbreukmakende telefoongesprekken opneemt, teneinde haar aangifte tegen de stalker of bedreiger te onderbouwen. Onder de voorgestelde wettekst wordt dit slachtoffer door deze handeling zelf strafbaar.² De politieagent die dit adviseert is als medepleger strafbaar.
- Sommige zakelijke onderhandelingen worden op het scherpst van de snede gevoerd. Dan is het niet ongebruikelijk dat een partij ten bewijze van de gemaakte mondelinge afspraken - die immers juridisch bindend zijn - van de onderhandelingen opnamen maakt. Dat wordt strafbaar.

² In de kranten van 9 september 2010 (b.v. de voorpagina van Trouw) stond het bericht hoe de Belgische kardinaal Danneels slechts tot een ruimhartiger erkenning van seksueel misbruik binnen Rooms-katholieke kerk kon worden gebracht, door de publicatie van gesprekken tussen hemzelf, een dader en een slachtoffer, welke gesprekken door het slachtoffer heimelijk waren opgenomen. Onder het wetsvoorstel zou dit slachtoffer in Nederland strafbaar zijn – alsook de personen en instanties die over deze opgenomen gesprekken hebben kunnen beschikken.

- Welke ouder maakt geen video-opnamen van het gezinsleven? Het maken van huis, tuin en keuken video-opnames in de woning wordt met het voorliggende wetsvoorstel in beginsel verboden.

De lijst met voorbeelden kan eenvoudig worden uitgebreid tot allerhande andere situaties, waarin één van de gespreksdeelnemers voldoende reden heeft om een door hem of haarzelf gevoerd gesprek op te nemen. In de concept Memorie van Toelichting zoekt men tevergeefs naar een verantwoording voor het criminaliseren van dergelijke opnamesituaties.

Zo'n verantwoording wordt temeer gemist, nu de hiervoor opgesomde gedragingen onder het wetsvoorstel strafbaar zijn, zelfs als er nog geen begin van een voornemen bestaat om het opgenomen materiaal via het internet te verspreiden. Dat is opmerkelijk, nu de reden van het wetsvoorstel juist ligt in de wens de schade die *verspreiding* met zich brengt te voorkomen. Hieruit blijkt naar het oordeel van de adviescommissie dat de redactie van de voorgestelde strafbaarstellingen onvoldoende aansluit bij de bedoeling van het wetsvoorstel.

De enige grens tussen strafbaarheid en straffeloosheid die in het wetsvoorstel nog wordt getrokken is dat het opnemen “wederrechtelijk” moet zijn, waaraan in de memorie van toelichting vervolgens een civielrechtelijke belangenafweging wordt gekoppeld. Dit buitengewoon vage bestanddeel biedt echter voor de praktijk nauwelijks houvast – betoogd zou immers kunnen worden dat elk heimelijk opnemen van vertrouwelijke gesprekken volgens de voorgestelde wettekst in beginsel geacht wordt “wederrechtelijk” te zijn. Daardoor kan de burger – het slachtoffer van bedreigingen, de journalist die een undercoveroperatie overweegt of de ouder die zijn kind wil filmen voor later – aan de hand van dit boterzachte criterium niet op *voorhand* inschatten of een *achteraf* oordelende rechter zijn of haar gedragingen “alles afwegende” misschien wél “wederrechtelijk” en dus strafbaar acht.

Hieraan kan worden toegevoegd dat de voorgestelde “helingsbepaling” van artikel 139e Sr deze onwenselijke criminalisering nog verder oprekt. De omroeporganisatie die beschikt over de undercoverreportage van de journalist is onder het voorgestelde artikel 139e Sr strafbaar. De politieagent, de Officier van Justitie, zelfs de rechter die in het kader van een strafzaak beschikt over door het slachtoffer van telefoonterreur opgenomen gesprekken valt onder het voorgestelde artikel 139e Sr. De voorbeelden zijn niet theoretisch, zijn alleszins denkbaar, en illustreren de oeverloosheid van de voorgestelde strafbaarstellingen.

Het wetsvoorstel lijkt te zeer geïnspireerd door de vrees dat opgenomen (vertrouwelijke) communicatie via internet breed wordt verspreid. Dat dergelijke misstanden zich voordoen,

kan aan de Minister worden toegegeven. Daar staat echter tegenover dat de benadeelden van dergelijke internetverspreidingen ook langs de weg van de civiele rechter daartegen kunnen opkomen. Dat de civiele rechter effectieve bescherming kan bieden, is gebleken in de zaak van de studente, van wie op de openbare weg beeld- en geluidsopnamen waren gemaakt, die vervolgens op de website “Geen Stijl” waren geplaatst. De website is veroordeeld tot het ontoegankelijk maken van die beelden. Nu voor deze situaties het privaatrecht voldoende remedies biedt, spreekt het niet vanzelf om dergelijke incidenten te willen bestrijden door strafbaarstellingen in het leven te roepen waarmee vooral de respectabele praktijk (journalistiek, zakelijke dienstverlening en slachtoffers van bedreigingen telefoonterreur) wordt gecriminaliseerd.

Daarbij bevatten de voorgestelde bepalingen overigens een opmerkelijke lacune: Ook onder de voorgestelde bepalingen, zou het maken van opnames, zoals van de hiervoor besproken studente, *niet* strafbaar zijn, omdat zij immers niet “heimelijk”, maar *openlijk* waren gemaakt. De voorgestelde regeling stelt kortom strafbaar wat niet strafbaar moet zijn, en laat ongemoeid hetgeen men wellicht zou willen uitbannen. Technisch-juridisch zijn de voorgestelde strafbepalingen daarmee dan ook v  r onder de maat.

De ACS is dan ook van oordeel dat het uitgangspunt van een wettelijke regeling niet moet zijn het verbieden van het maken van opnames. Uitgangspunt van strafrechtelijke regulering moet zijn het *gebruik* dat burgers of instanties van bestaande opnamen maken. Als dat gebruik onoorbaar is (dat is: zonder redelijk belang in ernstige mate privacy- schendend), dan zou strafbaarheid overwogen moeten worden. Daarbij zou dan aangehaakt moeten worden bij de bepalingen die zien op belediging (bijvoorbeeld: aanranding van de eer en goede naam door middel van internetpublicaties).

Concluderend zijn de voorgestelde artikelen naar het oordeel van de ACS onaanvaardbaar ruim, omdat ze gedragingen treffen die niet strafbaar zouden moeten zijn, en omdat zij ongemoeid laten hetgeen men zou willen verbieden. Dit gebrek aan precisie, aan trefzekerheid in de voorgestelde bepalingen maakt dat ze in technisch-juridische zin evenzeer tekort schieten als een strafbepaling die in zou houden dat “alle wederrechtelijke gedragingen verboden zijn”. Wat de ACS betreft wordt dit onderdeel van het voorstel ingetrokken, en vervangen door een voorgesteld systeem van strafbepalingen dat aansluiting zoekt bij de klassieke verspreidings- en beledigingsbepalingen.

De strafbaarstelling van het wederrechtelijk overnemen van gegevens en het daarover beschikken

Naar huidig recht zijn niet alle gegevens strafrechtelijk beschermd. Slechts *geheime* gegevens zijn beschermd. We kennen staatsgeheimen, we kennen gegevens die onder een bijzondere wettelijke geheimhoudingsplicht vallen (denk bijvoorbeeld aan de geheimhoudingsplicht die veel ambtenaren in wettelijke bepalingen hebben opgelegd gekregen), of ook gegevens die werknemers onder zich hebben, en waarvoor zij een uitdrukkelijke geheimhoudingsverklaring hebben getekend. Naar huidig recht zijn niet-geheime niet-openbare gegevens niet strafrechtelijk beschermd. Met het voorliggende wetsvoorstel wordt daar verandering in aangebracht, nu strafbaar wordt gesteld het overnemen van niet-openbare gegevens die zijn opgeslagen door middel van een geautomatiseerd werk.

Ook hier lijkt de voorgestelde strafbaarstelling vooral ingegeven door de wens privacyschendingen door grootschalige internetverspreiding van niet-openbare gegevens te voorkomen. Maar ook hier is de strafbaarstelling zó ruim geformuleerd, dat daardoor ook allerlei maatschappelijk zeer aanvaardbare vormen van digitale kopieeractiviteiten worden gecriminaliseerd. Denk bijvoorbeeld aan de klokkenluider, die in de bedrijfscomputers bewijs voor corruptieve of mededingingsbeperkende afspraken vindt. Als deze burger dit bewijsmateriaal op een USB-stick zet en vervolgens aan de NMa of de rijksrecherche overhandigt, dan is deze burger onder de voorgestelde regeling strafbaar. Onder het voorgestelde artikel 139e Sr – dat verbiedt de “beschikking” te hebben over dergelijke niet-openbare gegevens – is vervolgens ook de NMa-ambtenaar of de rijksrechercheur die deze gegevens in ontvangst neemt (en er dus de beschikking over heeft), eveneens strafbaar. En ook de advocaat, die door een potentiële klokkenluider wordt ingeschakeld voor advies, wordt strafbaar zodra hij van zijn cliënt gekopieerd materiaal ontvangt.³

Ook hier kunnen weer legio voorbeelden worden gepresenteerd, die alle leiden tot de slotsom dat de aandacht van het wetsvoorstel te eenzijdig ligt op het voorkómen van de aantasting van de eer en goede naam door publicaties op het internet, en dat ter bescherming van dit (ook civielrechtelijk te handhaven) relatieve belang heel veel kind met heel weinig badwater wordt weggegooid.

³ Nu advocaten tuchtrechtelijk niemand mogen adviseren een strafbaar feit te begaan, kan het advies aan een potentiële klokkenluider overigens slechts zijn: “niet doen!, niets kopiëren!”.

De ACS meent dat ook hier aansluiting gezocht moet worden met de beledigingsbepalingen. In elk geval dient de voorgestelde verbodsbepaling te worden beperkt door toevoeging van bestanddelen: niet *alle* niet-openbare informatie zou moeten worden beschermd, maar – gelet op het voorbeeld in de toelichting – bijvoorbeeld slechts de niet-openbare informatie “waarvan de betrokkene weet of redelijkerwijze moet vermoeden dat openbaarmaking of verspreiding een ernstige aantasting van de persoonlijke levenssfeer van een ander met zich zou brengen”. Dergelijke reikwijdtebeperkende bestanddelen zijn dringend gewenst, om de “collateral damage” van de voorgestelde bepaling te beperken.

De bevoegdheid van de Officier van Justitie te vorderen dat gegevens op het internet ontoegankelijk worden gemaakt

Het derde onderdeel van het wetsvoorstel betreft de modernisering van de regeling van de bevoegdheid van de officier van justitie te vorderen dat gegevens op het internet ontoegankelijk worden gemaakt. Voorgesteld wordt om in plaats van een machtiging vóóraf door de rechter-commissaris (het huidige systeem), de officier van justitie een zelfstandige vorderingsbevoegdheid te geven, die achteraf aan rechterlijke toetsing onderworpen kan worden langs de weg van beklag door de geadresseerde van de vordering bij de raadkamer van de rechtbank. Dit wordt in het wetsvoorstel geregeld door 552a Sv van toepassing te verklaren. Aan de vordering van de officier van justitie kan een dwangsom worden verbonden.

Een belangrijk voordeel van de voorgestelde regeling is dat de reeds bestaande bevelsbevoegdheid (die besloten ligt in het huidige artikel 54a Sr) duidelijker wordt geformuleerd. Daarbij is echter een slag gemist, waar het de afgrenzing van de bevoegdheid betreft. Volgens de voorgestelde tekst van artikel 125p Sv kan de vordering gedaan worden “*voorzover dit nodig is ter beëindiging van een strafbaar feit of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten.*” Deze redactie sluit niet uit dat een officier van justitie deze bevelsbevoegdheid gebruikt in een bagatelgeval, bij voorbeeld een particuliere site waar één of slechts enkele auteursrechtsschendende bestanden of hyperlinks zijn geplaatst. Gelet op het ingrijpende karakter van de bevoegdheid, en het altijd betrokken recht op vrije meningsuiting, kan dit niet de bedoeling van het wetsvoorstel zijn. Wetstechnisch is het echter van belang om bevoegdheden die slechts in serieuze gevallen zouden moeten worden gebruikt, ook uitdrukkelijk aan serieuze situaties te verbinden. De adviescommissie stelt dan ook voor om in artikel 125p Sv toe te voegen “*indien dit dringend noodzakelijk is ter beëindiging van een strafbaar feit dat een ernstige inbreuk op de rechtsorde met zich brengt*”

of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten die ernstige inbreuken op de rechtsorde met zich kunnen brengen”.

In het wetsvoorstel wordt de keuze gemaakt om een machtiging vóóraf door de rechter-commissaris te vervangen door de mogelijkheid van beklag bij de raadkamer van de rechtbank achteraf. Beide varianten hebben hun voor- en nadelen. Enerzijds voorkomt een rechterlijke toetsing vóóraf al te lichtvaardige toepassing van de bevoegdheid. Anderzijds wordt de potentieel geadresseerde van de vordering door de rechter-commissaris niet gehoord, waardoor de geadresseerde geen invloed op de beslissing heeft. In dit laatste opzicht is de raadkamerprocedure met meer waarborgen omkleed. Het nadeel van die procedure is echter dat het in gewone gevallen meerdere weken tot zelfs maanden zal duren voordat een zitting op het beklag zal plaatsvinden. Ook bij de raadkamer is immers sprake van achterstanden en lange doorlooptijden.

De nationale wetgever zal rekening dienen te houden met de eisen die blijkens de jurisprudentie van het EHRM uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens voortvloeien. Voor het voorliggende wetsvoorstel betekent dit dat de recente uitspraak van het EHRM in de zaak *Sanoma*⁴ niet kan worden veronachtzaamd. Die zaak betrof de bescherming van journalistieke bronnen. Daar oordeelde het EHRM dat de officier van justitie “is a ‘party’ defending interests potentially incompatible with journalistic source protection and can hardly be seen as objective and impartial so as to make the necessary assessments of the various competing interests”.⁵ Het ontbreken van een *rechterlijke* toetsing *voorafgaand* aan de inbeslagname van journalistiek materiaal betekende een schending van art. 10 EVRM.

Onderkennend dat de in het wetsvoorstel voorgestelde regeling niet primair de journalistieke bronbescherming betreft, moet vastgesteld worden dat publicaties op het internet in alle gevallen het recht op vrije meningsuiting raken, en niet zelden ook *journalistieke* uitingen zullen betreffen. Met name in dat laatste geval is niet goed voorstelbaar dat een bevel tot verwijdering van gepubliceerd materiaal volgens het EHRM zonder *voorafgaande* rechterlijke toetsing kan worden gegeven. Die voorafgaande rechterlijke toetsing dient naar het oordeel van de Adviescommissie dan ook te worden gehandhaafd. Die toetsing zou dan ook de noodzaak en wenselijkheid van het opleggen van een dwangsom moeten betreffen.

⁴ EHRM 14 september 2010, Appl. Nr. 38224/03.

⁵ R.O. 93.

Daarmee alleen is de rechtsbescherming van de (soms journalistieke) geadresseerde van het bevel nog niet voldoende gegarandeerd, nu deze in de bestaande regeling bij een toetsing door de rechter-commissaris geen mogelijkheid heeft zijn zienswijze naar voren te brengen. Daarom is het bepaald wenselijk de voorgestelde mogelijkheid van beklag bij de raadkamer te handhaven.

Voor wat betreft de op te leggen dwangsommen lijkt er één lacune in de rechtsbescherming te zijn gevallen: volgens de voorgestelde tekst van artikel 552a Sv kan worden geklaagd over een vordering als bedoeld in artikel 125p Sv, alsmede over een beslissing tot het opleggen van een dwangsom. Wat echter ontbreekt is een mogelijkheid om de *verbeurte* en de *invordering* van dwangsommen aan een rechterlijke toets te onderwerpen. Hieraan kan behoefte zijn indien de geadresseerde van een vordering onder dwangsom om technische- of andere overmachtredenen niet in staat is om aan de vordering te voldoen. Zonder uitdrukkelijke bevoegdheid van de raadkamer van de rechtbank om te bepalen dat geen dwangsommen geacht kunnen worden verbeurd te zijn, zou het denkbaar zijn dat de officier van justitie – ongeacht de door de geadresseerde van het bevel betoogde overmacht – de naar zijn oordeel verbeurde dwangsommen bij dwangbevel gaat invorderen.

Voor dergelijke verschillen van inzicht geeft art. 5:37 van de Algemene wet bestuursrecht een voorziening, door te bepalen – kort gezegd – dat de beslissing om verbeurde dwangsommen daadwerkelijk te gaan invorderen bij *beschikking* moet worden genomen. Door dit voorschrift wordt bewerkstelligd dat tegen een invorderingsbesluit voor de burger *zelfstandig* bezwaar en beroep mogelijk wordt, in welk kader de burger ook toegang heeft tot de (bestuursrechtelijke) voorzieningenrechter. In het wetsvoorstel worden allerhande bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht op de door de officier van justitie op te leggen dwangsom van overeenkomstige toepassing verklaard, maar opmerkelijk genoeg *niet* artikel 5:37. In de MvT wordt geen reden gegeven – en er is ook geen goede inhoudelijke reden denkbaar – waarom deze fundamentele rechtsbescherming, die in het bestuursrecht gemeengoed is, bij de quasibestuursrechtelijke bevelsbevoegdheid van het voorgestelde art. 125q Sv achterwege is gelaten. Voor zover de achtergrond van dit verzuim is, dat het onwenselijk wordt geacht de gang naar de *bestuursrechter* open te stellen, kan de geschetste lacune eenvoudig worden opgelost door de strafrechtelijke beklagrechter óók bevoegd te maken de beslissingen van verbeurte en invordering van dwangsommen te toetsen.

Een en ander brengt met zich dat de in Artikel II, onderdeel F, onder 2 voorgestelde wijziging zou moeten komen te luiden: “bedoeld in de artikelen 125o en 125p evenals een beslissing

tot het opleggen van een dwangsom, bedoeld in artikel 125q, tweede lid, alsmede de beslissing over te gaan tot invordering van verbeurde dwangsommen". Op deze manier wordt de rechtsbescherming tegen de voorgestelde strafvorderlijke dwangsom gelijkgetrokken met de rechtsbescherming tegen bestuursrechtelijke dwangsommen.

Rotterdam, 17 september 2010

Adviescommissie Strafrecht
mr. R. van der Hoeven, voorzitter,
namens deze, mr. R. Croes-Hoogendoorn, secretaris.