

ADVIES

Van	:	adviescommissie strafrecht (prof. Mr. D.V.A. Brouwer)
Datum	:	17 februari 2016
Betreft:		bijdrage inzake de ronde tafel gesprekken i.v.m. de wet computercriminaliteit III

Dank voor de uitnodiging om in naam van de Nederlandse Orde van Advocaten een bijdrage te leveren aan het debat over het wetsvoorstel Computercriminaliteit III.

Het is altijd ongemakkelijk als de overheid toestaat dat een deel van de overheid strafbare feiten mag begaan. Immers, de bevoegdheden die in het wetsvoorstel aan politie en justitie worden gegeven zijn zodanig, dat als een gewone burger ze zou gebruiken deze gewone burger onherroepelijk strafrechtelijk zou worden aangepakt. Het wetsvoorstel houdt dus niet minder dan een *"license to hack"* in, zoals James Bond een *"license to kill"* heeft. In het geval de overheid het mogelijk maakt dat de politie strafbare feiten begaat, dan moet geëist worden dat aan zo'n bevoegdheid strikte toepassingsvoorwaarden worden verbonden, dat over de toepassing van de bevoegdheid volstrekt transparant wordt gerapporteerd, en dat er strikte waarborgen worden ingericht zowel voorafgaande aan de toepassing van de bevoegdheid als achteraf.

Op enkele van deze aspecten ga ik nader in.

De bevoegdheid kan – naar de kern bezien – toegepast worden ingeval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, 1^e lid. Dan kan worden binnengedrongen in een geautomatiseerd werk – welk begrip in het *"internet of things"* ook pacemakers, auto's, koelkasten, energiemeters etc. omvat. Nu is voor heel veel feiten voorlopige hechtenis mogelijk. Voor winkeldiefstal. Voor het benadelen van de gezondheid van een dier. Voor een uit de hand gelopen burenruzie. Voor al deze buitengewoon ernstige vormen van criminaliteit kan de bevoegdheid dus worden ingezet. Dat betekent heel concreet dat als ik bij een burenruzie mijn buurman op zijn gezicht sla, mijn pacemaker kan worden gehackt, mijn auto kan worden gehackt, mijn telefoon kan worden gehackt om mijn gps-positie uit te lezen. De zwaardere varianten van de bevoegdheid kennen een zwaardere eis, maar de toegang tot het geautomatiseerde werk kan al heel snel worden verkregen.

Als de praktijk iets heeft geleerd in de laatste decennia dan is het dat als een bevoegdheid wettelijk *mag* worden toegepast, zij na verloop van tijd ook *zal* worden toegepast. Niet in het eerste jaar, misschien ook niet in het tweede jaar, maar wél in het derde jaar. Dat dit door het openbaar ministerie op dit moment mogelijk niet als proportioneel wordt gezien zegt helemaal niets, omdat proportionaliteitsopvattingen in de loop van de tijd aan verschuiving onderhevig zijn.

De wetgever heeft maar één moment en één mogelijkheid om voorspelbare onwenselijke ontwikkelingen in de toekomst te voorkomen. En dat is door bij de totstandkoming van de wet de noodzakelijke kaders en voorwaarden te stellen. Doe je dat niet, dan ben je de regie voor altijd kwijt.

Dit betekent dat een hogere drempel voor de toepassing van deze buitengewoon ingrijpende bevoegdheid noodzakelijk is. Er moet sprake zijn van aantoonbaar ernstige feiten. Waarom is bijvoorbeeld niet in het wetsvoorstel opgenomen dat alleen toegang kan worden verkregen tot geautomatiseerde werken die bij het vermoedelijk gepleegde misdrijf zijn gebruikt? Ook dat soort doelbindingen kunnen helpen om het toepassingsgebied van de bevoegdheid te beperken tot die zaken en gevallen die aantoonbaar zwaarwegend genoeg zijn om deze zware bevoegdheid ook daadwerkelijk in te zetten.

Een tweede punt ziet op de personen die door de toepassing van de bevoegdheid kunnen worden geraakt. Anders dan wel wordt betoogd betreft het niet alleen verdachten maar betreft het ook onschuldige omstanders. Bijvoorbeeld de bevoegdheid van het voorgestelde art. 126zpa kan worden toegepast tegen "een geautomatiseerd werk dat in gebruik is bij een persoon". Dat betekent dus alle geautomatiseerde werken van alle denkbare personen – dus tegen een ieder.

Een ander voorbeeld is dat een geautomatiseerd werk dat bij een verdachte in gebruik is, zeker niet *exclusief* door de verdachte gebruikt zal worden. Denk aan een computer in gezinsverband, waar niet alleen de verdachte maar ook zijn huisgenoten gebruik van zullen maken. Of wat te denken van een computersysteem of server in een zakelijke omgeving, die ook door collega's van de verdachte worden gebruikt. En tenslotte is natuurlijk zeer voorspelbaar het geval dat een persoon die als verdachte is aangemerkt uiteindelijk onschuldig blijkt. Al deze onschuldige burgers hebben belangen die worden geraakt door het gebruik van een "hackbevoegdheid".

In dit soort gevallen eist artikel 13 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (een artikel dat ik in de parlementaire stukken nog niet genoemd heb zien worden) dat de burger van wie de verdragsrechten (w.o. privacyrechten) zijn geschonden, een "*effective remedy*" moet hebben om zijn grondrechtsschending aan de kaak te stellen, en daarvoor in voorkomende gevallen ook schadevergoeding moet kunnen krijgen. Zo'n "*effective remedy*" is nog niet in het wetsvoorstel opgenomen. Een eerste stap daarvoor is dat de burger bekend wordt met het feit dat zijn computer heimelijk is bezocht door de overheid. In het wetsvoorstel wordt daarvoor de bekende notificatie van stal gehaald. De bestaande notificatieverplichting (artikel 126bb Sv) is zonder twijfel de meest genegeerde bepaling uit het Wetboek. Niemand wordt genotificeerd. Toch wordt deze verplichting weer als vijgenblad aan het voorliggende wetsvoorstel gehangen. Dat is als waarborg volstrekt onvoldoende.

Daarom sluit ik mij aan bij eerdere sprekers die met kracht van argumenten pleiten voor een andere vorm van toezicht, voor systeemtoezicht. Of wat te denken van een heel andere oplossing: publiceer elk half jaar in de Staatscourant een lijst met de EMEI-nummers en IP-adressen die in de uitoefening van deze bevoegdheid door justitie en politie zijn bezocht. Dan kan via de providers de bijbehorende rechthebbende worden ingeseind. De burger die meent dat hij iets te klagen heeft kan dan daadwerkelijk stappen ondernemen. Maar mogelijk is dit voor politie en justitie té transparant.

Afsluitend is de kern van mijn betoog dat als je écht vindt dat dit een noodzakelijke bevoegdheid is, dat die dan tot de absolute uitzonderingen moet blijven behoren. Het moet een muizengaatje zijn. Maar met dit wetsvoorstel worden de sluisdeuren wagenwijd opengezet.