Race tussen recht en technologie: opsporing via hacken en decryptiebevel

Race tussen recht en technologie: opsporing via hacken en decryptiebevel

Juridische analyse van het wetsvoorstel Computercriminaliteit III in relatie tot het privacyrecht

mr. R.L.D. Pool

Race tussen recht en technologie: opsporing via hacken en decryptiebevel
Juridische analyse van het wetsvoorstel Computercriminaliteit III in relatie tot het privacyrecht

Dit boek is een uitgave van de masterscriptie waarop de auteur in augustus 2014 afstudeerde aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zijn begeleider was mr. dr. C.N.J. de Vey Mestdagh (universitair hoofddocent Recht & ICT).

Auteur: R.L.D. Pool

Druk: Uitgeverij BOXPress
Omslagontwerp: Uitgeverij BOXPress

ISBN 978-94-6295-110-5
NUR 820

Inhoudsopgave

Gebruikte afkortingen

AMvB	Algemene maatregel van bestuur
BverfG	Bundesverfassungsgericht
CCV	Europees Cybercrime-verdrag
CTC	Centrale Toetsings Commissie
DDoS	Denial-of-service attacks
EHRM	Europese Hof van de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
ICT	Informatie- en communicatietechnologie
IP	Internet Protocol
IRT	Interregionaal Recherche Team
ISP	Internet Service Provider
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
JV	Justitiële verkenningen
KLPD	Korps landelijke politiediensten
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NSA	National Security Agency
P&I	Privacy & Informatie
Pw	Politiewet
red.	Redactie
Rb.	Rechtbank
R-C	Rechter-commissaris
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
TOR	The Onion Router
VoIP	Voice-over-Internet-Protocol
Wet CC	Wet Computercriminaliteit
Wet BOB	Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden
WIVD	Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002
WOB	Wet Openbaarheid Bestuur
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

1. Inleiding

'Omdat de Strafvordering in vele opzigten inbreuk maakt op de persoonlijke vrijheid, moet de Wetgever zich ten doele stellen de juiste grenzen te bepalen, in hoeverre die inbreuk geoorloofd is, en daardoor de persoonlijke vrijheid tegen willekeur te beschermen'[1]

Dit citaat komt van Jhr. mr. De Bosch Kemper (1808-1876), in een periode toen er nog geen sprake was van ICT. Het citaat laat echter wel zien dat het spanningsveld tussen de toenemende vastlegging van gegevens en privacy al langer bestaat dan de dag van gisteren. Al zolang strafvordering bestaat is het duidelijk dat opsporing niet ongelimiteerd kan plaatsvinden, maar men moet in sommige gevallen wel inbreuk kunnen maken op vrijheden van burgers. In een veranderende maatschappij is het moeilijk om te bepalen waar deze grens ligt. De grens zegt namelijk veel over de inrichting van de maatschappij en de verhouding tussen staat en burger. Terwijl de burger bescherming zoekt bij de staat, grijpen moderne methodes van opsporing dieper in op de privé-levens van burgers, en wordt het handelen van justitie steeds minder doorzichtig. 'In reactie op deze ontwikkelingen [lijken] volksvertegenwoordiging en justitie eerder gedreven te zijn door *the politics of the latest scandal* dan dat sprake is van weloverwogen beleid.'[2] Zo kreeg minister Plasterk bijvoorbeeld het verwijt dat hij de geheime diensten niet onder controle heeft en had moeten weten van de metadataverzameling van 1,8 miljoen telefoontjes. Na veel tegenstrijdige berichten kwam het kabinet uiteindelijk met de mededeling dat niet de National Security Agency (hierna: NSA) maar Nederland zelf de communicatie had onderschept en doorgegeven aan de Amerikanen.[3]

Het is een feit dat onze samenleving steeds meer afhankelijk is van allerlei ICT systemen en we kunnen bijna niet meer zonder het gebruik van internet. In Nederland maakt meer dan 90% van de inwoners gebruik van internet, en toegang tot het internet is door de VN inmiddels ook aangewezen als onderdeel van het mensenrechtenspectrum.[4] Nieuwe technologie brengt ook nieuwe gevaren met zich mee. Zo onthulde Edward Snowden, agent bij de Amerikaanse NSA, in juni 2013 dat er door de NSA op onvoorstelbare grote schaal privégegevens werden verzameld. Het bleek dat via het aftapprogramma PRISM de NSA toegang had tot de servers van onder andere Apple, Google, Facebook, Microsoft en YouTube en zonder rechterlijke bevel mensen kon bespioneren. Het belang om privacy te beschermen werd hiermee duidelijker dan ooit te voren. De onthullingen leidden dan ook tot wereldwijde verontwaardigingen.

Kort voor Snowden's onthullingen werd in Nederland het ontwerp wetsvoorstel Wet Computercriminaliteit III gepubliceerd. Dit wetsvoorstel bevat een uiteenzetting van hackbevoegdheden ('terug-hacken') voor de opsporingsinstanties, en de mogelijkheden van een notice and take down-bevel en een decryptiebevel voor verdachten. Uit de uitgebreide Memorie van Toelichting (hierna: MvT) blijkt dat dit voorstel de opsporingsbevoegdheden weer in evenwicht moet brengen met de technologische ontwikkelingen van de afgelopen jaren. Hoewel het begrippenpaar 'toezicht en internet' inmiddels niet meer onbekend is, blijft de vraag wat de aard van toezicht op internet moet zijn. 'Het kabinet [Rutte 1] gaf aan dat de

[1] De Bosch Kemper 1840b, Nalezing, p. 8, in: Koops 2002, p.1.
[2] Brants et al. 2001, p. 3.
[3] rijksoverheid.nl > kamerbrief reactie metadata telefoonverkeer
[4] Leeuw et al. 2013.

nationale overheid niet in staat is of zal zijn over datastromen in de informatiesamenleving (...) in den brede regie te voeren (...). Bovendien acht het kabinet het wenselijk noch noodzakelijk om te streven naar een regierol in de iSamenleving.'[5] Het is duidelijk dat het huidige kabinet met dit wetsvoorstel in zekere zin een andere weg is ingeslagen en een actievere rol wil spelen op het internet. Met deze nieuwe rol komen een aantal bevoegdheden die het recht op privacy en andere fundamentele rechten voor burgers aantast. Zoals aangeven gaat opsporing al snel gepaard met een inmenging in de rechten van burgers. Derhalve is het van belang dat de bevoegdheden helder zijn en dat deze met waarborgen zijn omkleed. Wat betreft het wetsvoorstel Computercriminaliteit III zijn er twee bevoegdheden waarvan duidelijk is dat die het meest ingrijpend zijn voor burgers. Het gaat om de bevoegdheid om op afstand binnen te dringen in computers (het 'terug-hacken') en de bevoegdheid om ook aan de verdachte het bevel te kunnen geven om versleutelde gegevens te ontsleutelen (het decryptiebevel).

De onderzoeksvraag die centraal staat in deze scriptie luidt dan ook als volgt: in hoeverre rechtvaardigt de bestrijding van computercriminaliteit, met de voorgestelde opsporingsbevoegdheden, de daarmee gepaard gaande beperking van het privacyrecht en andere fundamentele rechten van burgers; en zijn deze bevoegdheden noodzakelijk en effectief voor de handhaving van cybersecurity?

Omdat het van belang is enige kennis te hebben van ontwikkelingen in cybercrime-wetgeving in Nederland (en Europa) zal ik in hoofdstuk twee een korte geschiedenis van de cybercrime-wetgeving schetsen. Daarnaast zal in dit hoofdstuk worden gekeken naar de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (Wet BOB), en het wetsvoorstel Computercriminaliteit III, waarin de nieuwe bevoegdheden worden geregeld.

In hoofdstuk drie zullen de kernbegrippen 'opsporing', 'hacken' en 'privacy' worden toegelicht. Vervolgens zal het normatieve kader worden geschetst, hierbij wordt voornamelijk gekeken naar de Grondwet en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Aan de hand van Europese jurisprudentie wordt de basis voor het recht op privacy en nemo-teneturbeginsel gegeven.

Het vierde hoofdstuk zal in het teken staan van een analyse van de noodzakelijkheid en effectiviteit van de hackbevoegdheden en het decryptiebevel. Bij deze bevoegdheden staan respectievelijk het recht op privacy en nemo-teneturbeginsel centraal. Mede aan de hand van de MvT en wetenschappelijke literatuur zal daarom worden gekeken naar de voorwaarden voor de bevoegdheid en de strijd met de grondrechten.

Tot slot wil ik het vijfde hoofdstuk reserveren voor de conclusie, waarin ik de belangrijkste punten zal uitlichten.

[5] *Kamerstukken II* 2011/12, 26 643, nr. 211, p. 4; Leeuw et al. 2013.