DE ROOS
& PEN

Cybercrime

Lissabon, september 2016

B.W. Newitt

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS & PEN

onderwerpen

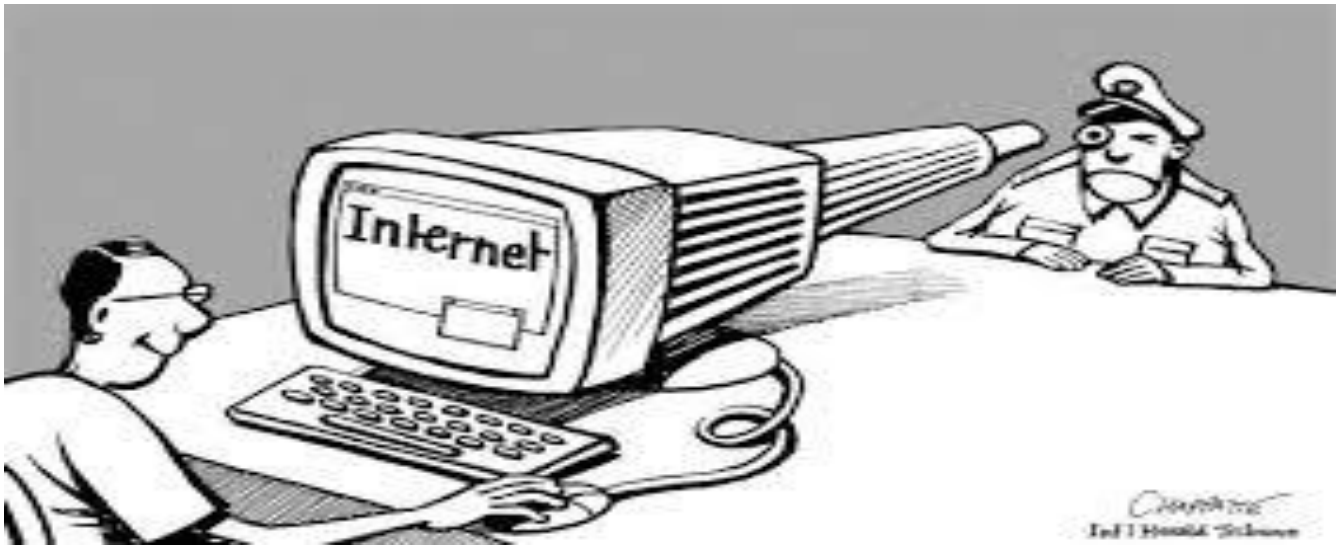
In Vogelvlucht:

I: Rechtsmacht en rechtshulp bij digitale opsporing
II: Uitingsvrijheid op het internet
III: Wet Computercriminaliteit III

DE ROOS & PEN

onderwerpen

I: Rechtsmacht en rechtshulp bij digitale opsporing



DE ROOS & PEN

Rechtsmacht en Rechtshulp

Wat is cybercrime?

- Containerbegrip
- in brede zin: misdrijven waarbij computers of netwerken een rol spelen
- In enge zin: misdrijven die niet zonder tussenkomst of gebruik van computers of netwerken gepleegd kunnen worden

DE ROOS & PEN

Wat is rechtsmacht

Wat is rechtsmacht:

Het recht van een soevereine staat om:

- Te reguleren (wetgevende rechtsmacht)
- Te berechten (rechtsprekende rechtsmacht)
- Te handhaven (handhavende of uitvoerende rechtsmacht)

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Kenmerken van cybercrime waarbij problemen rijzen bij toepassing van klassieke ideeën over rechtsmacht:

- Bij uitstek internationaal
- Dader en slachtoffer vaak niet in zelfde land
- Computer/netwerk soms niet in land van dader of slachtoffer
- Bewijsmiddelen vaak in ander land
- Snelheid en anonimiteit

DE ROOS & PEN

Rechtsmachtbeginselen

- Een staat heeft volledige rechtsmacht binnen eigen territoir, mits het internationale recht geen beperkingen oplegt
- Een staat kan daarbuiten zijn wetgevende bevoegdheden aanwenden op basis van erkende beginselen
- Een staat kan een andere staat niet aan zijn uitvoerende of rechtsprekende rechtsmacht onderwerpen *(par in parem non habet iudicum)*
- *Zie ook S.S.Lotus-zaak*

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Rechtsmachtbeginselen

Extraterritoriale uitoefening van uitvoerende rechtsmacht (waaronder opsporing) is daarom afhankelijk van:

1. Een expliciete internationaalrechtelijke basis
   of
2. Instemming van de betrokken staat

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Beginselen van rechtsmacht:

- Territorialiteitsbeginsel
- Personaliteitsbeginsel (actief en passief)
- Beschermingsbeginsel
- Universaliteitsbeginsel

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS & PEN

Rechtsmachtbronnen

Voornaamste bronnen voor rechtsmacht in Nederland:

- Artikel 2-8c Sr
- Verdragen, veelal verwerkt in:
- Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Territorialiteitsbeginsel in Nederland:

- Artikel 2 Sr: *'De Nederlandse strafwet is toepasselijk op ieder die zich in Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt'*

- De Nederlandse wet kent geen voorschrift om vast te stellen wanneer een feit *in Nederland* is gepleegd.

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Locus Delicti

Locus Delicti kan men vaststellen op grond van de volgende leren:

- Leer van de lichamelijke gedraging
- Leer van het instrument (HR Azewijnse Paard)
- Leer van het constitutieve gevolg (HR Singapore)
- Ubiquiteitsleer

- Vervolging ook mogelijk voor *'de ten aanzien van dat strafbare feit deel uitmakende gedragingen die buiten Nederland hebben plaatsgevonden' (NJ 1998, 117)*

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Nederland heeft op basis van de verschillende locus delicti-leren binnen het territorialiteitsbeginsel een zeer grote rechtsmacht ten aanzien van cyberdelicten:

- *Als er delictsbestanddelen zijn vervuld in Nederland*
- *Als gevolgen in Nederland zijn ingetreden*
- *Als het feit (deels) gepleegd is via een Nederlands netwerk of server*

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Passief personaliteitsbeginsel

Nederland heeft daarnaast op basis van het passief personaliteitsbeginsel rechtsmacht over een groot deel van via het internet gepleegde zedendelicten:

- *'indien het feit is begaan tegen een Nederlander of een vreemdeling die in Nederland een vaste woon- of verblijfplaats heeft welke Nederlander of vreemdeling de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt'*

(Artikel 6 Sr jo artikel 3 lid 1 Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht)

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Actief nationaliteitsbeginsel

Nederland heeft daarnaast op basis van het actief personaliteitsbeginsel rechtsmacht over de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een groot aantal cybercrime delicten in enge zin.

(Artikel 6 Sr jo artikel 3 lid 2 Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht)

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Op basis van het universaliteitsbeginsel en het beschermingsbeginsel zou Nederland ook nog ten aanzien van *een ieder* rechtsmacht kunnen vestigen indien sprake is van georganiseerde internationale cybermisdrijven of cyberterrorisme op basis van:

- artikel 15 VN verdrag ter bestrijding van de grensoverschrijdende georganiseerde criminaliteit
- artikel 9 Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

- Nederland heeft dus zeer ruime wetgevende en rechtsprekende jurisdictie met betrekking tot cybercrime

- De vestiging van wetgevende of rechtsprekende jurisdictie wordt zeer beperkt getoetst door het EHRM
  (Vgl: Al Skeini e.a. t. VK, Premininy t. Rusland, Jaloud t. Nederland, Perrin t. VK)

- De mogelijkheden van digitale opsporing van Nederland (uitvoerende rechtsmacht) buiten zijn landsgrenzen echter zeer beperkt

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Extraterritoriale digitale opsporingsbevoegdheden:

Rechtsgrondslag:

Artikel 539a Sv indien:

- rechtsmacht op basis van artikel 2 t/m 8c Sr
- voor zover toegelaten door volkenrecht en interregionaal recht.

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Zelfstandige extraterritoriale digitale opsporingsbevoegdheden zeer beperkt:

- Cybercrime-verdrag artikel 32 en guidance note T-CY

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS & PEN

Zelfstandige bevoegdheden

Een verdragsstaat mag op grond van artikel 32:

1. zich toegang verschaffen tot openbare data onafhankelijk van waar deze is opgeslagen
2. toegang verkrijgen tot data opgeslagen in een andere verdragsstaat:

- met wettige en vrijwillige toestemming van een persoon
- die bevoegd is die data te verstrekken
- en in de opsporende staat aanwezig is

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Bronnen rechtshulp

Rechtsbronnen internationale rechtshulp bij digitale opsporing:

- Verdragen en EU instrumenten
- Artikel 36 en 40 Statuut
- Nationale wetgeving aangezochte staat
- Boek IV Titel X Sv
- Aanwijzingen

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Rechtshulp

Er zijn zes IRC's en één landelijk rechtshulpcentrum (LIRC). Deze zijn verantwoordelijk voor:

1. registratie van rechtshulpverzoeken in LURIS
2. uitvoering van eenvoudige rechtshulpverzoeken en de coördinatie van de uitvoering van overige rechtshulpverzoeken
3. het functioneren als kennis- en expertisecentrum op het gebied van internationale rechtshulp

Waar in verdragen inzake internationale rechtshulp het Ministerie van Justitie is aangewezen als Centrale Autoriteit, vervult AIRS die rol.

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS
& PEN

- Boek IV Titel X ziet alleen op inkomende rechtshulpverzoeken en is van aanvullend recht op mogelijk van toepassing zijnd verdrag
- Rechtspositie van Nederland bij uitgaande rechtshulpverzoeken wordt geregeld door het eventueel toepasselijke rechtshulpverdrag en nationale wetgeving aangezochte staat.

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

- Bij uitgaande rechtshulpverzoeken moet naar maatstaven van de Nederlandse wet voldaan zijn aan de vereisten voor toepassen van de verzochte opsporingsbevoegdheid:

  HR 25 juni 1996, NJ 1996, 715

  HR 29 september 1987, NJ 1988, 302

- Inkomende rechtshulpverzoeken worden uitgevoerd in overeenstemming met Nationale voorschriften

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS & PEN

Inkomend verzoek

Artikel 552k Sr:

Als een rechtshulpverzoek gegrond is op een verdrag wordt daaraan *'zoveel mogelijk het verlangde gevolg gegeven'.* Uitzonderingen:

1. Weigeringsgronden in verdrag
2. Belemmeringen van wezenlijke aard (552l Sr)
3. Dreigende flagrante schending mensenrechten
4. Strijd met fundamentele beginselen Nederlands strafprocesrecht (HR 5 November 2013, HR:2013:1109)

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Inkomend verzoek

Artikel 552k Sr: Er is niet zondermeer een verdrag nodig voor kleine rechtshulp:

- Wel toetsen of:

1. Rechtshulp niet in strijd komt met wettelijk voorschrift of aanwijzing
2. Verzoek ‘redelijk’ is
3. Strijd is met aanwijzing MV&J

- Dubbele strafbaarheid niet altijd nodig

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Inkomend verzoek

Rechtsmiddelen tegen uitvoering rechtshulp door Nederland bij digitale opsporing :

- Beklag 552a
- Kort geding

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Inkomend verzoek

- Veel digitale opsporingsresultaten op grond van rechtshulpverzoek kunnen in beginsel slechts met verlof rechtbank aan verzoekende staat worden gezonden (552oa en 552p Sr)
- Tegen beschikking ex 552oa staat geen cassatie open voor betrokkene (wel voor OM)
- Zonder zelf een klaagschrift ex 552a te hebben ingediend staat geen cassatie open tegen beschikking ex 552p (HR 19 december 2006, NJ 2007, 26)

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Inkomend verzoek

Geen betrokkenheid OvJ of verlof nodig voor:

- Verstrekken inlichtingen door politie

1. Waarvoor geen dwangmiddelen, verkennend onderzoek of BOB zijn gebruikt
2. Niet bedoeld zijn als bewijs ter zitting of CIE info of JG betreffen

(Aanwijzing inzake de informatie-uitwisseling in het kader van de wederzijdse rechtshulp in strafzaken)

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Inkomend verzoek

In ieder geval geen verlof nodig voor:

- Digitale opsporingsgegevens eerder vergaard in Nederlandse strafzaak (HR 13 juni 2003, NJ 2003, 634)
- Rechtstreeks doorgeleide communicatietap (artikel 552ob jo 18 EU RHV)
- Voorlopige terbeschikkingstelling van digitale opsporingsresultaten vergaard door een JIT (titel X afd. 1A)

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Toetsing van rechtshulp aan Nederland

Ten aanzien van onderzoekshandelingen uitgevoerd door een buitenlandse staat die is toegetreden bij het EVRM is de taak van de Nederlandse strafrechter ertoe beperkt dat te waarborgen dat dat de wijze waarop de resultaten van dit onderzoek in de strafzaak tegen de verdachte gebruikt worden geen inbreuk maakt op het recht op een eerlijk proces.

(HR 5 oktober 2010, NJ 2011/169)

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Toetsing van rechtshulp aan Nederland

Ten aanzien van onderzoekshandelingen uitgevoerd door niet bij het EVRM aangesloten staat waarmee wel een rechtshulpverdrag bestaat is het vertrouwensbeginsel nog steeds leidend maar lijkt de toetsing van de Nederlandse strafrechter iets ruimer:

- Geen flagrante schending van essentiële rechtsbeginselen
- Geen rechtshulpverzoek terzake in Nederland niet toegestane opsporingsmethoden

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Toetsing van rechtshulp aan Nederland

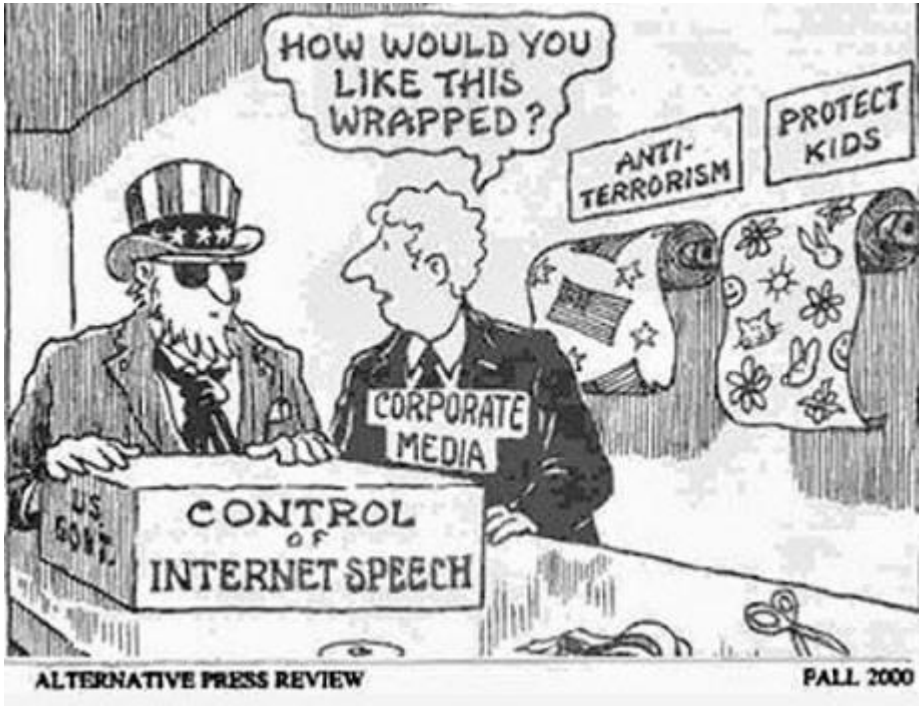
- Onderzoekshandelingen in het buitenland uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van Nederlandse autoriteiten moeten getoetst worden aan of de Nederlandse rechtsregels zijn nageleefd, waaronder het EVRM
- Dat door Nederlands optreden in het buitenland volkenrechtelijke regels zijn overtreden is in beginsel niet relevant

  (HR 5 oktober 2010, NJ 2011/169)

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS
& PEN

II: Uitingsvrijheid op het internet



CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Voornaamste bronnen:

- Artikel 7 Grondwet
- Artikel 10 EVRM
- Artikel 11 Handvest

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS & PEN

Artikel 7 Grondwet

Voordeel:

- Beperking inhoud enkel bij WIFZ

Nadelen:

- Geen uitdrukkelijk recht op informatie ontvangen of verspreiden
- WIFZ niet toetsbaar aan Grondwet

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Artikel 11 Handvest EU

- Vrijheid van meningsuiting en van informatie
- Brede bescherming
- Bekrachtiging IVBPR en EVRM

Nadeel

- Alleen van toepassing bij uitvoering Unierecht (artikel 51 Handvest)

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Artikel 10 EVRM

- In praktijk belangrijkste bescherming
- Zowel uiting, verspreiding als ontvangst beschermd
- Toetsing wetten in formele zin mogelijk (93 en 94 Gw)

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Systeem 10 EVRM

- Voorziet kenbare en begrijpelijke regel in de beperking?
- Heeft beperking een artikel 10 EVRM doel?
- Noodzakelijk in een democratische samenleving (proportioneel)?

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Strafrechtelijke grenzen uitingsvrijheid op het internet:

- Met uitzondering van 248^{e} (grooming) geen specifieke internet uitingsdelicten
- Reguliere uitingsdelicten komen wel veel vaker voor door internet

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Vindplaatsen uitingsdelicten in Nederland:

- Boek II, Titel II en III Sr (beledigingen koningshuis en internationaal beschermde personen)
- Boek II, Titel V Sr (opruiingsdelicten)
- Boek II, Titel XIV Sr (zedendelicten)
- Boek II, Titel 16 Sr (klassieke beledingsbepalingen)
- 137c-e Sr (discriminatie en aanzetten tot haat)

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Toetsingskader 137c-e Sr

- Uiting beledigend of discriminerend? (invloed Wilders zaak)
- Opzet op belediging/discriminatie?
- Gedaan in het openbaar?

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS & PEN

Aanvullende bescherming EVRM bij ondermeer:

- Kader publiek debat
- Kader van religie

Minder bescherming EHRM bij:

- Uitingen die aanzetten tot haat of geweld
- Uitingen die strijdig zijn met de fundamentele waarden van het EVRM

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Aanvullende bescherming voor service providers:

- Eerste protocol bij Cybercrime verdrag artikel 7 en de *explanatory report*
- Kaderbesluit 2008/913/JBZ artikel 5 en 6
- Richtlijn 2000/31/EG artikel 14 en 15

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Nederlandse bescherming service providers:

Artikel 54a Sr:

- Geen vervolging voor ISP voor doorgifte of opslag van gegevens van een derde indien de tussenpersoon de gegevens ontoegankelijk maakt op vordering van de Officier na machtiging van de RC
- Bij: *mere conduit/caching/hosting*

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Beperkingen op systeem van 54a Sr:

- Gedragscode *NTD*
- Bevoegdheid doorzoeking ter ontoegankelijkmaking ex 125i Sv blijft de OvJ ter hand staan (niet als ‘vordering volstaat’)

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

EHRM toont maar beperkte wil om de E-commerce richtlijn te eerbiedigen:

- Delfi AS t. Estland
- MTE en Index.hu t. Hongarije

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

- Wet computercriminaliteit III

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Wet computercriminaliteit III:

- Lange aanloop (eerste concept wetsvoorstel 2011)
- cybercrime-gerelateerde strafbepalingen aanscherpen
- cybercrime-gerelateerde opsporingsbevoegdheden verruimen.
- Aanvulling op Wet Computercriminaliteit en Wet computercriminaliteit II

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Nieuw bevel 125p Sv:

- Eerder impliciete bevoegdheid 54a Sr
- Machtiging rechter-commissaris gebleven
- Wettelijke bevoegdheid tot bevel nu beschreven in 125p Sv
- Klaagschrift 552a nu mogelijk (eerder niet: HR 15 april 2014, NJ 2014, 327)

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS & PEN

Strafbaarstelling heling en verduistering van gegevens (139g en 138c Sr):

- Gegevens slechts onder bepaalde omstandigheden een goed (HR 3 December 1996, NJ 1997, 574 en HR 31 januari 2012, NJ 2012, 536)
- Uitzondering heling voor journalisten en klokkenluiders
- Heling gegevens 139g Sr (1jr) wordt wel VH-feit

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Inzet lokpuber bij grooming en verleiding tot ontucht:

- Artikel 248e en 248a Sr worden aangevuld met *'die zich voordoet als een persoon die de leeftijd van 16/18 nog niet heeft bereikt'*
- Lokpuber eerder door Hof den Haag 25 juni 2013, NJ 2014/123 afgewezen
- Talon en Khubodin t. Rusland (EHRM) blijven van toepassing

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Strafbaarstelling online handelsfraude (326d Sr):

- Aanleiding nogal casuïstische oudere rechtspraak 326 Sr
- 326d Sr wordt opgenomen in artikel 67a

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Hacken als opsporingsbevoegdheid: (126nba, uba en zba Sv):

- Controversiële bevoegdheid
- Rechtsmacht problematiek

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS & PEN

Voorwaarden 126nba hackbevoegdheid:

- Vier jaars-feit
- Ernstige inbreuk rechtsorde
- Aangewezen opsporingsambtenaar
- In computer en ‘verbonden gegevensdrager’
- Bij verdachte *in gebruik*
- Bevel OvJ met machtiging RC
- 8 EVRM van toepassing

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Rechtsmacht problematiek 126nba-hacken

- Vaak onduidelijke *waar* je hackt
- Al heel snel doe je onderzoek in een gegevensdrager of netwerk dat zich buiten Nederland bevind
- Het internationaalrechtelijk kader zoals eerder uiteengezet laat voor hacken in het buitenland in beginsel geen ruimte
- Maar: HR 5 oktober 2010, NJ 2011/169

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS & PEN

Rechtvaardiging Wetgever 126nba-hacken

- Anderen landen doen het ook
- Territorialiteitsbeginsel staat binnen cybercrime onder druk
- Haast is vaak geboden
- Verdragskader heeft voorkeur maar:
- In afwachting van verdragskader met legitiem kader voorop lopen met een transparante en met waarborgen omklede minder strikte interpretatie van internationaal recht in cyberspace

CRIMINAL DEFENCE LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Blijvende zorgen over 126nba-hacken

- Legitimeert inbreuken door andere landen
- Terughacken maakt systemen kwetsbaar
- Meest ernstige vorm van inbreuk op privacy
- Risico op misbruik
- Politieke/diplomatieke problemen
- ‘waarborgen en kaders’ in te vullen door AMVB of aanwijzing OM

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS

DE ROOS
& PEN

Vragen?

CRIMINAL
DEFENCE
LAWYERS