

REACTIE NLKABEL OP INTERNETCONSULTATIE WETSVOORSTEL VERSTERKING BESTRIJDING COMPUTERCRIMINALITEIT

Algemeen

NLkabel, de vereniging van kabelbedrijven, reageert graag op het concept wetsvoorstel computercriminaliteit III. De reactie van NLkabel zal zich beperken tot een belangrijk aspect van het wetsvoorstel dat impact heeft op de positie van ISP's: artikel 125p Strafvordering.

Onder de leden van NLkabel bevinden zich ondermeer de ISP's Ziggo, UPC, Zeelandnet en Caiway. Via de moderne hybrid fiber coaxial (HFC)-kabelinfrastructuur bieden de kabel-ISP's tezamen ruim 2,4 miljoen klanten breedbandige toegang tot het internet. De kabelsector biedt op vrijwel landelijke schaal consumenten de mogelijkheid gebruik te maken van high speed internet, met snelheden tot 120 Mbps.

Vrije toegang tot internet is een groot maatschappelijk belang. De kabelsector vindt het belangrijk dat burgers vrijelijk aan de informatiemaatschappij kunnen deelnemen en ervan profiteren. Vertrouwen in en veiligheid van het netwerk dat toegang biedt tot het internet zijn kernvoorwaarden voor een goed functionerende informatiemaatschappij. Het eerbiedigen van fundamentele rechten en vrijheden, zoals de communicatievrijheid, is daarbij van essentieel belang.

De voornaamste bezwaren die NLkabel heeft met het concept wetsvoorstel zijn de volgende:

1. Gelet op het voor burgers ingrijpende karakter van het ontoegankelijk maken van informatieaanbod blijft voorafgaande toetsing door een rechter-commissaris (R-C) uiterst noodzakelijk. Het schrappen van de voorafgaande toetsing door een R-C levert strijd op met het fundamentele recht van communicatievrijheid.
2. Nut en noodzaak van het concept wetsvoorstel is niet aangetoond. Er zijn bestaande afspraken - zoals de NTD-code - die juist in het leven zijn geroepen om strafbare inhoud op het internet tegen te gaan.
3. De neutrale rol van acces providers wordt ernstig onder druk gezet door het concept wetsvoorstel en levert daardoor spanning op met het Europees en nationaal vastgelegde Safe Harbor-principe.

1. NTD-bevel OvJ: geen rechterlijke toetsing vooraf

In het voorgestelde artikel 125p WvSv krijgt de officier van justitie (OvJ) de bevoegdheid om een Notice-and-Take-Down (NTD) bevel te geven voor 'strafbare feiten'. Wanneer ISP's niet meewerken aan een dergelijk bevel kunnen aan ISP's dwangsommen worden opgelegd. De voorafgaande toetsing door de R-C die op dit moment vereist is bij de uitoefening van deze bevoegdheid wordt daarbij geschrapt.

De vrijheid van meningsuiting is een leidend beginsel bij de huidige regeling 54aSr. Juist vanwege dit grondwettelijk recht is betrokkenheid van een R-C noodzakelijk. Zoals uit de MvT¹ bij het huidige art. 54a Sr blijkt, is de rol van de R-C relevant om te voorkomen dat censuur gepleegd wordt.

Ook uit onderzoek van de Universiteit van Tilburg² blijkt dat - voor informatie die openbaar is en waarbij uit dien hoofde verwacht kan worden dat ontoegankelijkmaking een inbreuk maakt op de vrijheid van meningsuiting - een zwaar regime moet gelden dat in ieder geval voorziet in voorafgaande controle door de R-C.

Een zwaarder regime - met rechterlijke toetsing vooraf waarbij subsidiariteit en proportionaliteit gewaarborgd zijn - zou juist vooral ook moeten gelden in gevallen waar sprake is van filter- of blokkeringstechnieken die een ISP kunnen worden opgelegd door een OvJ.³ In het voornoemde onderzoek van de Universiteit van Tilburg wordt de conclusie immers getrokken dat technisch gezien de bijvangst, de benodigde investeringen en de inbreuk op privacy erg groot wordt.

2. Nut en noodzaak wetsvoorstel

Het is de kabelsector tegen bovenvermelde achtergrond volstrekt onduidelijk welk nut gediend wordt met voorgestelde wijziging en in hoeverre het wetsvoorstel ook absoluut noodzakelijk is. Temeer nu het ministerie van Justitie juist ook een van de organisaties is die de zgn. NTD-code ondersteunen. Sinds oktober 2008 zijn een aantal initiatiefnemers - waaronder NLkabel en zijn leden - in samenwerking met de overheid tot een NTD-code gekomen. De NTD-code richt zich op de afhandeling van meldingen ten aanzien van (vermeende) onrechtmatige en/of strafbare inhoud op internet. In de code zijn door de deelnemers heldere afspraken gemaakt over wie welke rol heeft. Volgens deze afspraken worden de meldingen altijd afgehandeld. In evaluaties van de NTD-code is door het ministerie van Justitie als deelnemer van de NTD-code nooit naar voren gebracht dat de NTD-code niet voldoet of moet worden aangepast. In het licht van deze afspraken ziet NLkabel dan ook geen enkele noodzaak van de voorgestelde wijziging.

¹ Kamerstukken II 2001 - 2002, 28197, nr. 3, p.63

² M.H.M. Schellekens, E.J. Koops & W.G. Teepe, *Wat niet weg is, is gezien*, Universiteit van Tilburg 2007, p. 44

³ zie MvT Wetsvoorstel p. 15

3. Positie ISP's onder druk

Deze conceptwetswijziging zal grote rechtsonzekerheid met zich mee brengen voor wat betreft het aansprakelijkheidsregime van ISP's en zet daarmee de positie van ISP's onder druk. De risico's rond de aansprakelijkheid bij een *onrechtmatig* gegeven bevel kunnen als voorbeeld dienen.

Een ISP zal in dat geval - met het oog op een eventuele schadeclaim van een contentaanbieder alsnog de rechtmatigheid van het onderliggende informatieaanbod moeten onderzoeken. Daarvoor is een ISP niet geëquipeerd. Bovendien zou het uitermate onwenselijk zijn om een dergelijk onderzoek uit te laten voren door een andere partij dan de rechterlijke macht.

Daarenboven geldt dat het technisch en organisatorisch niet altijd haalbaar is alleen het strafbare materiaal te verwijderen. Er is dus een wezenlijk risico op 'bijvangst'. Aanbieders van rechtmatige inhoud kunnen daardoor substantiële schade lijden. Dit pleit dus ook voor een rechterlijke toetsing vooraf.

4. ACTA en Nieuw Regelgevend Kader

NLkabel heeft onlangs gereageerd op de internetconsultatie van het ACTA-verdrag⁴. Ook in de conceptverdragstekst van ACTA wordt gerept van een uitbreiding van aansprakelijkheid van ISP's in hun rol van acces provider (mere conduit).

Een uitbreiding van het aansprakelijkheidsregime druist in tegen de huidige aansprakelijkheidsregels die voor ISP's gelden, zoals vastgelegd in de E-commerce richtlijn en in nationale wetgeving. Deze regels gaan uit van het Safe harbor-principe: ISP's die als acces provider slechts doorgeefluik zijn kunnen niet aansprakelijk gesteld worden voor inbreuken die door derden worden gepleegd. Dit principe biedt ISP's de noodzakelijke rechtszekerheid om toegangsdiensten te leveren en draagt bij aan het waarborgen van grondwettelijke rechten als vrijheid van meningsuiting en de informatievrijheid. Deze neutrale rol van een ISP is ook bevestigd in de recente gerechtelijke uitspraak in de zaak die Stichting Brein heeft aangespannen tegen Ziggo⁵.

Overigens merkt de kabelsector op dat voorgestelde wetswijziging zich slecht verhoudt tot artikel 1 lid 3 bis van de Kaderrichtlijn inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (welk artikel in het kader van Nieuw Regelgevend Kader in nationale wetgeving momenteel wordt geïmplementeerd). Op basis van dit artikel moeten maatregelen van lidstaten betreffende toegang tot of gebruik van diensten en toepassingen door de eindgebruikers via elektronische communicatienetwerken de fundamentele rechten en vrijheden van burgers eerbiedigen zoals die door het Europees Verdrag tot bescherming van de mens en de fundamentele vrijheden en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht worden gewaarborgd. De Richtlijn bepaalt dat een *voorafgaande, eerlijke en onpartijdige* procedure wordt gegarandeerd. De kabelsector meent dat een dergelijke procedure met het voorliggende conceptwetsvoorstel niet wordt geborgd.

⁴ zie www.nlkabel.nl en www.internetconsultatie.nl

⁵ Zie zaak LJN: BN1445, Rechtbank 's-Gravenhage, 365643 / KG ZA 10-573, Stichting BREIN tegen ZIGGO B.V. en XS4ALL INTERNET B.V. dd. 19 juli 2010

