



Stichting Bits of Freedom

Postbus 10746
1001 ES Amsterdam

M +31(0)6 5438 6680
E ot.vandaalen@bof.nl
W www.bof.nl

Landelijk Officier van Justitie Cybercrime & Interceptie

Lodewijk van Zwieten
Postbus 395
3000 AJ Rotterdam
tevens per mail:

Bankrekening 55 47 06 512
Bits of Freedom, Amsterdam
KVK-nr. 34 12 12 86

Betreft

Interpretatie van artikel 139c Wetboek van Strafrecht

Datum

Amsterdam, 24 augustus 2011

Geachte heer Van Zwieten,

1. In zijn brief van 29 juli 2011 liet het Openbaar Ministerie ("OM") aan KPN weten dat het onderzoek naar de inzet van Deep Packet Inspection ("DPI") door KPN wordt gestaakt. Het OM komt tot deze conclusie op basis van een onjuiste redenering met verstrekkende, onwenselijke implicaties. Bits of Freedom verzoekt het OM daarom haar beslissing te heroverwegen en beter te motiveren, zodat duidelijk wordt dat onwenselijke inbreuken op het communicatiegeheim strafbaar zijn.

OM lijkt beperkte uitleg aan artikel 139c WvSr te geven

2. Het OM lijkt van mening te zijn dat artikel 139c Wetboek van Strafrecht enkel een bepaalde vorm van "afluisteren" van internetverkeer strafbaar zou stellen. In de brief van het OM aan KPN schrijft het namelijk dat het oriënterend onderzoek van het OM geen aanwijzingen heeft opgeleverd dat KPN bij het gebruik van DPI de communicatie van haar klanten heeft "afgeluisterd" in de zin van artikel 139c Wetboek van Strafrecht. Hierbij is volgens het OM van belang dat de gebruikte techniek in de opgegeven configuratie geen mogelijkheden zou bieden om "direct in een voor de mens waarneembare en begrijpelijke vorm kennis te nemen van de inhoud van de communicatie". Het OM wekt in de brief de suggestie dat KPN dit artikel niet heeft overtreden en lijkt het onderzoek te staken. En de woordvoerder van het Landelijk Parket stelt vervolgens op 19 augustus 2011 uitdrukkelijk dat dit artikel slechts zou beschermen tegen het "afluisteren" van het internetverkeer van gebruikers.¹

1 Zie R. Schoemaker, 'Verhagen laat gebruik DPI door telco's toe', WebWereld 19 augustus 2011, <http://webwereld.nl/nieuws/107654/verhagen-laat-gebruik-dpi-door-telco-s-toe---update.html>, waarin een woordvoerder van het Landelijk Parket zegt: "De interpretatie van het artikel door het OM is zoals die ook verwoord is in de brief aan KPN. Er is in onze optiek niet gebleken dat KPN het internetverkeer van zijn klanten heeft afgeluisterd. Het wetsartikel is in de mening van het OM bedoeld om juist het afluisteren van informatie tegen te gaan. Daarnaast heeft KPN DPI gebruikt om tot betere werking van het telecommunicatienetwerk te komen."

De beperkte interpretatie van artikel 139c WvSr door het OM is onjuist

3. Dat is een te beperkte interpretatie van dit artikel. Dit artikel is immers, zo blijkt uit de wettekst, erop gericht om te voorkomen dat “gegevens” worden “afgetapt” of “opgenomen”. De term gegevens is breed, zoals blijkt uit artikel 80quinquies Wetboek van Strafrecht: “Onder gegevens wordt verstaan iedere weergave van feiten, begrippen of instructies, op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of geautomatiseerde werken.” Hieronder vallen ook gegevens uit de – in de woorden van het OM – transport- en internetlaag.
4. Maar niet alleen het begrip “gegevens” is breed - ook de begrippen “aftappen” en “opnemen” zijn breed. Uit de ontstaansgeschiedenis blijkt dat het artikel tegen meer dan “afluisteren” zoals het OM dat interpreteert beschermt (*Kamerstukken II 1989/90, 21 551, nr. 3, p. 7*):

“Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat elk aftappen of opnemen van telecommunicatie verboden is. Onder aftappen wordt verstaan elke momentane kennisneming van gegevens. Ook afluisteren is dus een vorm van aftappen, terwijl de kennisneming van beelden een vorm van aftappen is die niet tevens afluisteren is. Het opnemen is het vastleggen van gegevens op enige gegevensdrager, teneinde deze gegevens later te kunnen gebruiken.”

5. Dit artikel is daarna aangepast naar aanleiding van de inwerkingtreding van artikel 3 van het Cybercrimeverdrag. Ook uit de toelichting bij die aanpassing blijkt dat dit artikel – en daarmee artikel 139c Wetboek van Strafrecht – erop gericht is een zo volledig mogelijke bescherming te bieden aan het communicatiegeheim (*Kamerstukken II 2004/05, 26 671, nr. 7, p. 34*):

“Artikel 3 van het Verdrag betreft de onrechtmatige onderschepping, met technische middelen, van niet-publieke overbrenging van computergegevens naar, vanuit en binnen computersystemen. Het artikel beoogt daarmee een zo volledig mogelijke bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij gegevensoverdracht. Het artikel – dat aansluit bij artikel 8 van het EVRM – betreft alle vormen van elektronische gegevensoverdracht, of deze nu plaatsvindt per telefoon, telefax, e-mail of andere overdracht van gegevensbestanden.”

6. Deze beperkte interpretatie van artikel 139c Wetboek van Strafrecht leidt ook tot de verkeerde conclusie. Het OM overweegt in haar beoordeling dat KPN gegevens uit de transportlaag en de internetlaag heeft opgeslagen en geanalyseerd. Zoals hierboven is opgemerkt zijn ook de delen van datapakketjes op deze niveau's aan te merken als “gegevens” in de zin van artikel 139c Wetboek van Strafrecht. Bovendien is het analyseren van deze gegevens, zoals KPN dat heeft gedaan, aan te merken als het “aftappen” van deze gegevens, nu hiervan momentaan kennis is genomen om het gebruik van internetdiensten door individuele klanten in kaart te brengen. Overigens blijkt hieruit al dat de gegevens zijn omgezet in een voor de mens waarneembare vorm, nu KPN de gegevens kon analyseren. De opslag van deze gegevens door KPN moet tot slot worden aangemerkt als het 'opnemen' van deze gegevens in de zin van artikel 139c Wetboek van Strafrecht. En voor de volledigheid: uit de brief blijkt dat deze gegevens ook voor marketingdoeleinden zijn gebruikt, is tot slot lid 2 sub 3 van dit artikel niet van toepassing.

De beperkte interpretatie van artikel 139c WvSr door het OM is bovendien onwenselijk

7. Maar niet alleen is de interpretatie onjuist: Bits of Freedom acht deze interpretatie bovendien onwenselijk. Zelfs als de gegevens die KPN volgens het OM zou hebben verzameld niet zouden zijn aan te merken als 'payload', dan nog zijn die gegevens beschermenswaardig. Hieruit kan immers onder meer worden opgemaakt welke websites iemand bezoekt, welke diensten iemand

gebruikt en met wie diegene communiceert. En als dit bijvoorbeeld websites met een politieke inhoud of medische informatie zijn, kan dit veel over iemand vertellen. Bovendien is het onderscheid tussen inhoud en overige gegevens moeilijk te maken: zo kan uit een URL al belangrijke informatie over de inhoud van een webpagina worden gedestilleerd. Hierbij kan gedacht worden aan Google-zoekopdrachten, die immers ook worden weergegeven in de URL.

8. Deze interpretatie van het OM zou tot gevolg hebben dat internetproviders volgens het OM niet strafbaar handelen als zij deze gegevens opslaan en analyseren – en deze gegevens bovendien voor onbepaalde doeleinden, zoals marketingdoeleinden, gebruiken. En dit zou niet alleen gelden voor internetproviders: de suggestie wordt hiermee gewekt dat anderen dit ook zouden mogen doen. Het is denkbaar dat het volgens het OM niet strafbaar zou zijn onder dit artikel om heimelijk het verkeer in internetcafe's af te tappen, en daaruit deze gegevens te destilleren, op te slaan en te analyseren. Het zou vervolgens ook niet strafbaar zijn om deze gegevens voor talloze doeleinden te gebruiken, waaronder voor marketingdoeleinden. Het behoeft weinig toelichting dat dit het communicatiegeheim zou ondermijnen.

Heroverweging besluit OM over artikel 139c WvSr is gewenst

9. Nu de gewekte suggestie van het OM onjuist en onwenselijk is, is het van belang dat het OM zijn beslissing in het onderzoek naar KPN heroverweegt. Gelet op het belang van deze interpretatie zouden wij het op prijs stellen als u binnen drie weken na verzending van deze brief inhoudelijk kunt reageren op dit verzoek of uw beslissing heroverweegt. Ondertussen houden wij ons graag beschikbaar voor een toelichting, mocht daaraan behoefte bestaan.

Hoogachtend,

Ot van Daalen

Directeur Bits of Freedom