

Aan:

Bits of Freedom
Prinseneiland 97hs
1013 LN Amsterdam

Lotte Houwing
+31 6 8320 7546
lotte@bitsoffreedom.nl

www.bitsoffreedom.nl
IBAN: NL73 TRIO 0391 1073 80
KVK: 34 12 12 86, Amsterdam

Geachte Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, geachte Minister van Defensie,

Bits of Freedom maakt graag van de gelegenheid gebruik om te reageren op de concept nota van wijziging Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma.¹

De reactie die nu voorligt bouwt voort op onze reactie op het conceptwetsvoorstel Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland en Nederlandse belangen (de Cyberwet).²

We gaan eerst kort in op het totstandkomingsproces van de voorgestelde nieuwe regels voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Vervolgens gaan we inhoudelijk in op de voorgestelde maatregelen. We behandelen het voorgestelde regime voor de relevantiebeoordeling van bulkdatasets. En we sluiten af met een positievere noot over de introductie van een bindende toets vooraf door de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB) bij een besluit tot real time verzamelen van verkeers- en locatiegegevens ex artikel 55 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (de Wiv 2017).

1. Het totstandkomingsproces

Voor de context van de maatschappelijke discussie rond de Wiv 2017 en hoe deze zich verhoudt tot nieuw voorgestelde regels voor de geheime diensten, zoals deze, verwijzen wij naar onze reactie op de Cyberwet.

1.1 Faciliteer inbreng en respecteer kleine capaciteit

Wel willen we uit die reactie de opmerking herhalen over de extra last die dit nieuwe beleidsstuk en het telkens opnieuw aanwakkeren van de discussie voor ruimere bevoegdheden met zich meebrengt voor betrokken partijen. Het voorstel voor deze nota van wijziging valt in een lopend proces voor een structurele herziening van de Wiv 2017. Dit

¹ <https://www.internetconsultatie.nl/nvwtijdelijkewetcyber/b1>

² <https://www.internetconsultatie.nl/tijdelijkewetcyber/reactie/a2875bc5-fb44-4ba0-a0c7-c9b27b430b9f>

concept is slechts drie weken nadat het voorstel voor de Cyberwet, als tijdelijke wijziging op de Wiv 2017, bij de Tweede Kamer is ingediend openbaar gemaakt voor consultatie. In de Kerstvakantie. Door de regels aan te passen in verschillende stukken tijdelijk beleid wordt er een onnodig grote aanspraak gemaakt op de capaciteit van betrokken partijen. U kunt hierbij denken aan geëngageerde burgers, het maatschappelijk middenveld, betrokken beroepsorganisaties, journalisten, adviesorganen en Kamerleden.

1.2 Geen beleidslabrynth maar heldere wetgeving

De voorliggende nota van wijziging wijzigt een tijdelijke wet die de Wiv 2017 als hoofdwet aanvult en aanpast. De nota van wijziging kent echter verschillende hoofdstukken met verschillende reikwijdten. Hierdoor wijzigt zij de tijdelijke wet, maar zien de voorgestelde regelingen in het derde hoofdstuk inhoudelijk gezien op wijzigingen in de hoofdwet. Voorstellen die de Wiv 2017 wijzigen zouden daarom beter kunnen worden gedaan in een wijziging van die wet zelf. In de huidige constructie ontstaat er een onoverzichtelijk beleidslabrynth. Dit schaadt de voorzienbaarheidsfunctie van wetgeving waarin bevoegdheden aan overheidsinstanties worden toegekend die de rechten en vrijheden van burgers raken. Met name bij wetgeving over de bevoegdheden van de geheime diensten is deze functie van groot belang, nu dit werk zelf niet openbaar is en burgers voor informatie daarover op de wet zijn aangewezen. Zonder heldere wetgeving die deze ingrijpende bevoegdheden beschrijft en afbakent wordt maatschappelijke controle, uitgevoerd door kritische burgers, journalisten en maatschappelijke organisaties bemoeilijkt. Met onze klacht en de uitspraak daarop hebben we afgelopen jaar nu juist laten zien hoe belangrijk deze vorm van controle, naast de gespecialiseerde toezichthouders, is.³

1.3 Ons advies

Bits of Freedom roept op tot het creëren van overzichtelijke regelgeving met betrekking tot het werk van onze geheime diensten. Stop met het indienen van tijdelijke voorstellen, regelingen en wijzigingen en investeer in een goed proces tot structurele herziening van de Wiv 2017 waarin inspraak van betrokken partijen wordt gefaciliteerd.

2. De relevantiebeoordeling van bulkdatasets

In artikel 14b van de voorgestelde nota van wijziging wordt een nieuwe regeling beschreven voor de beoordeling van bulkdatasets die zijn verzameld met een bijzondere bevoegdheid ex paragraaf 3.2.5 van de Wiv 2017 met uitzondering van artikel 48. Dit artikel vormt een wijziging op de huidige relevantiebeoordeling zoals die nu staat omschreven in artikel 27 van de Wiv 2017.

Bulkdatasets zijn per definitie enorm omvangrijk en hebben voor het merendeel betrekking op organisaties of personen die geen onderwerp van onderzoek van de diensten zijn en dat ook niet zullen worden. De waarborgen bij het verzamelen, bewaren en verwerken van deze gegevens zijn dan ook van groot belang om de inbreuken op fundamentele rechten en vrijheden te beperken. Het vervangen van de relevantiebeoordeling ex artikel 27 van de Wiv 2017 door artikel 14b van dit voorstel levert een lager beschermingsniveau op. Hieronder zullen wij uitleggen waarom dat zo is.

³ <https://www.otivd.nl/documenten/publicaties/2022/06/15/klachtbeslissing>

2.1 Een potentieel oneindige bewaartermijn

Onder artikel 27 van de Wiv 2017 is de uiterste bewaartermijn voordat gegevens op relevantie worden beoordeeld 1,5 jaar. De bewaartermijn van bulkdatasets voordat zij op relevantie worden beoordeeld in het voorgestelde artikel 14b is potentieel oneindig. De termijn kan immers telkens met een jaar worden verlengd, zonder maximumtermijn. Juist bij bulkdatasets, waarbij het gaat om de gegevens van grote aantallen burgers die geen onderwerp van onderzoek van de diensten zijn, is dit problematisch. Burgers moeten er immers op kunnen rekenen dat als hun gegevens als bijvangst verzameld worden, die in elk geval na een bepaalde termijn zullen worden vernietigd. De stap van 1,5 jaar naar potentieel oneindig is ons inziens onuitlegbaar en gaat ten koste van de voorzienbaarheid en fundamentele rechten van burgers. Ook de Afdeling Advisering van de Raad van State sprak zich uit voor maximering van de beoordelingstermijn.⁴

2.2 Waarborgen gaan verloren

2.2.1 Het niveau van de relevantiebeoordeling De CTIVD krijgt de bevoegdheid toezicht te houden op de jaarlijkse verlenging van de bewaartermijn, maar niet op het niveau waarop de relevantiebeoordeling wordt uitgevoerd. Terwijl diezelfde toezichthouder al in eerdere rapportages heeft aangegeven dat die beoordeling dient plaats te vinden op het niveau van gegevens, en niet op het niveau van bulkdatasets.⁵ Dit om te voorkomen dat gegevens die relevant zijn voor de nationale veiligheid, maar onderdeel zijn van een bulkdataset die dat grotendeels niet is, worden vernietigd. En gegevens van burgers die niet relevant zijn voor het onderzoek, maar onderdeel zijn van een bulkdataset met relevante gegevens, worden bewaard.

2.2.2 De prikkel om gegevens zo snel mogelijk op relevantie te beoordelen De Raad van State omschreef hoe met de voorgestelde regeling de prikkel om gegevens zo spoedig mogelijk op relevantie te beoordelen verloren zou gaan en daarmee afbreuk gedaan zou worden aan een belangrijke waarborg die artikel 27 van de Wiv 2017 biedt:

“De Afdeling begrijpt de regeling zo dat de beoordelingstermijn in beginsel oneindig kan worden verlengd, waarbij elk jaar zal worden bezien of de bulkdatasets voldoende bruikbaar zijn om de beoordelingstermijn met een jaar te verlengen. Daarmee ontbreekt een prikkel om de gegevens zo spoedig mogelijk op hun relevantie te beoordelen.”⁶

In de memorie van toelichting bij het voorstel wordt expliciet benoemd dat de prikkel om de gegevens zo spoedig mogelijk op relevantie te beoordelen wordt losgelaten:

“Bovendien geldt dat – in afwijking van artikel 27, eerste lid, Wiv 2017 – de gegevens niet zo spoedig mogelijk op relevantie dienen te worden onderzocht.”⁷

⁴ <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/a131197/w04-22-0073/#highlight=Tijdelijke%20wet%20onderzoeken>

⁵ CTIVD Toezichtsrapportage nr 70 over het verzamelen van bulkdatasets met de hackbevoegdheid en de verdere verwerking daarvan door de AIVD en de MIVD. <https://www.ctivd.nl/onderzoeken/aidv-mivd-onderzoek-bulkhacks/documenten/rapporten/2020/09/22/rapport-70>

⁶ <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/a131197/w04-22-0073/#highlight=Tijdelijke%20wet%20onderzoeken>

⁷ Memorie van toelichting, consultatieversie, p. 9. <https://www.internetconsultatie.nl/nvwtijdelijkewetcyber/document/9835>

Het is nogal wat om een dergelijke waarborg in de Wiv 2017 als hoofdwet buiten toepassing te verklaren in de toelichting bij de nota van wijziging op een tijdelijke wet. Bovendien ontbreekt een motivering voor het buiten werking stellen van deze waarborg. Bits of Freedom acht deze prikkel van groot belang voor het beperken van de inbreuk op het recht op privacy en gegevensbescherming van burgers wiens gegevens als onderdeel van een bulkdataset worden verzameld, maar die niet relevant zijn voor het onderzoek. Deze gegevens dienen zo kort mogelijk na vergaring te worden vernietigd. Het zo spoedig mogelijk op relevantie beoordelen van vergaarde bulkdatasets vormt een belangrijke waarborg daarbij.

2.2.3 Beoordelingstermijn vs bewaartermijn Met de voorgestelde regeling lijkt het verschil tussen een bewaartermijn en een beoordelingstermijn te vervagen. Dit komt onder andere door het vervallen van het vereiste gegevens zo spoedig mogelijk op relevantie te beoordelen, en de verlenging van de beoordelingstermijn te baseren op noodzakelijkheid in de vorm van gebruik en verwacht gebruik. Hiermee dreigt onduidelijkheid over wat voor soort termijn het hier nu precies gaat; een beoordelingstermijn of een bewaartermijn. In het laatste geval brengt dat een groot risico op een praktische afschaffing van de relevantiebeoordeling met zich mee. Nu de gegevens op basis van gebruik en verwacht gebruik bewaard kunnen worden tot zij niet langer noodzakelijk zijn/gebruikt worden en dus kunnen worden vernietigd. De relevantiebeoordeling zou dan maximaal een jaar later als mosterd na de maaltijd kunnen worden uitgevoerd. Bits of Freedom vindt dit zeer onwenselijk.

2.3 Toezicht

We zijn blij dat er bindend toezicht door de CTIVD wordt ingesteld op het verlengen van de beoordelingstermijn van verzamelde bulkdatasets en dat deze toezichthouder een melding krijgt van elke door de minister goedgekeurde verlenging van de beoordelingstermijn en vernietiging van gegevens. Wel hebben wij twijfel bij de effectiviteit van de toets zoals die nu omschreven wordt in het voorstel. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de voorgestelde criteria dienen om de noodzakelijkheid van de verlenging te toetsen. Dit wekt de indruk dat het toetsingskader van de CTIVD om de door de minister goedgekeurde verlenging te beoordelen bestaat uit deze noodzakelijkheid. Indien dit het geval is zou dat zeer kwalijk zijn. De relevantiebeoordeling is een belangrijke waarborg naar burgers toe, wiens gegevens als onderdeel van een bulkdataset zijn verzameld, terwijl de diensten geen onderzoek naar hen doen of zullen doen. Het langer bewaren van deze gegevens dient ten minste naast noodzakelijkheid daarom ook op proportionaliteit te worden getoetst.

2.4 De toetsingscriteria

De Afdeling Advisering van de Raad van State merkte op over het destijds voorgestelde artikel 6 dat er objectieve criteria ontbraken om de verlenging van de beoordelings van de bulkdata te toetsen. In de memorie van toelichting bij het voorstel voor de nota van wijziging worden twee criteria gegeven: Kort gezegd het gebruik van de bulkdatasets over het afgelopen jaar en de verwachte potentiële bijdrage van gegevens uit de bulkdatasets aan onderzoeken van de dienst(en) in de toekomst.

Bij het criterium van gebruik over het afgelopen jaar of jaren is het meewegen in hoeverre het gebruik van deze gegevens ook de inzet van andere (gerichte) middelen mogelijk heeft

gemaakt, de gegevens hebben bijgedragen aan de informatiepositie van het onderzoek of geleid hebben tot exploitatie slechts optioneel. Er wordt benadrukt dat het primair zal gaan om het gebruik van de bulkdataset over het afgelopen jaar.⁸ Bits of Freedom is van mening dat juist de optionele wegingsfactoren van belang zijn en iets zeggen over de waarde van de bulkdataset. Enkel gebruik als criterium hoeft niet indicatief te zijn voor de waarde van de gegevens voor een onderzoek en kan een perverse prikkel geven om bulkdatasets vooral te bevragen, en daarbij (privacygevoelige) gegevens te verwerken, enkel om de gegevens langer te kunnen bewaren.

De CTIVD Afdeling Klachtbehandeling omschreef in haar beslissing op onze klacht dat enkel gebruik als onvoldoende beschrijving van de opbrengst van de gegevens in een bulkdataset:

“Samengevat volgt uit de inhoud van de (her)beoordelingen door de AIVD dat de opbrengst van de bulkdataset in de afgelopen periode onvoldoende is beschreven. De AIVD baseert zich met name op het aantal uitgevoerde naslagen waarbij de gegevens waarop een hit was van de buitenbak naar de binnenbak zijn verplaatst. Dat wil zeggen dat deze gegevens beschikbaar zijn geworden voor het inlichtingenproces. Dit betekent echter niet dat de gegevens ook daadwerkelijk van waarde waren voor het betreffende onderzoek.”⁹

2.5 Uitwisseling met buitenlandse diensten

Het feit dat gegevens in een verzamelde bulkdataset nog niet op relevantie zijn beoordeeld staat niet in de weg aan de mogelijkheid deze gegevens te delen met buitenlandse diensten. Dit maakt de risico's voor burgers wiens gegevens onderdeel uitmaken van de verzamelde bulkdatasets groter. En het vergroot de schadelijkheid van de potentieel oneindige bewaartermijn van bulkdatasets. Bovendien hoeft het niet zo te zijn dat die buitenlandse diensten gebonden zijn aan een maximale bewaartermijn.

2.6 Verhouding met Europees recht

Zoals ook de Raad van State beschrijft in haar advies over de potentieel oneindige bewaartermijn in het voorheen voorgestelde artikel 6 van de Cyberwet, lijkt het onwaarschijnlijk dat het EHRM akkoord zou gaan met de voorgestelde regeling. Het Europees Hof heeft immers in eerdere uitspraken aangegeven waarde te hechten aan een korte en robuuste bewaartermijn¹⁰ en het direct vernietigen van gegevens die niet relevant zijn voor het doel waarvoor zij zijn verzameld.¹¹

Uit de reden voor ongeldigverklaring van de Datarentierichtlijn blijkt dat de beoordeling van de bewaartermijn op basis van artikel 8 EVRM moet worden beoordeeld in het licht van de hoeveelheid gegevens die ongericht zijn verzameld. Het gaat in dit voorstel om omvangrijke gegevensverzameling waarvan het merendeel van de gegevens betrekking heeft op organisaties of personen die geen onderwerp van onderzoek van de diensten zijn en dat ook nooit zullen worden. Ook is het onduidelijk hoeveel van die verzamelde gegevens kort na

⁸ Memorie van toelichting, consultatieversie, p. 9. <<https://www.internetconsultatie.nl/nvtijdelijkewetcyber/document/>

⁹ CTIVD Afdeling Klachtbehandeling, Beslissing klacht Bits of Freedom over het handelen van de AIVD en de MIVD, 15 juni 2022, p. 9. <https://www.ctivd.nl/documenten/publicaties/2022/06/15/klachtbeslissing>

¹⁰ EHRM 25 mei 2021 (GK), Big Brother Watch t. Verenigd Koninkrijk, nrs. 58170/13 62322/14 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013, paragraaf 405 en 423.

¹¹ EHRM 4 december 2015, nr. 47143/06, Roman Zakharov t. Rusland, paragraaf 255.

vergaring worden vernietigd. Het is dus zeer waarschijnlijk dat er grote hoeveelheden gegevens die niet op relevantie zijn onderzocht en die betrekking hebben op grote aantallen burgers waar de diensten geen onderzoek naar doen voor langere tijd (potentieel oneindig) worden bewaard. Waarbij, zoals hierboven beschreven de kans bestaat dat deze gegevens worden gedeeld met buitenlandse diensten.

2.7 Behandeling advies Afdeling Advisering

In het nader rapport bij de Cyberwet staat geschreven dat er niet wordt ingegaan op het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State over het regime voor de beoordeling van bulkdata nu dat artikel uit het voorstel is gehaald. Behandeling van dat advies wordt daarin uitgesteld tot deze nota van wijziging.¹² Behandeling van de onderdelen van het advies over maximering van de beoordelingstermijn van bulkdatasets en de afwezigheid van de prikkel verzamelde gegevens zo spoedig mogelijk op relevantie te beoordelen mist echter. Behandeling hiervan is wel belangrijk nu deze adviezen niet worden opgevolgd. Het loslaten van de prikkel gegevens zo spoedig mogelijk te beoordelen wordt niet gemotiveerd. En er wordt voor gekozen het toepassingsbereik van de regeling voor de relevantiebeoordeling uit te breiden tot bulkdatasets verzameld met alle bijzondere bevoegdheden uit de Wiv 2017, behalve artikel 48, zonder finale termijn. Met deze bredere toepassing wordt de impact die deze regeling heeft vergroot, en daarmee een gedegen behandeling van het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State belangrijker. Daarom zouden wij graag alsnog een behandeling van dit advies op deze punten zien.

2.8 Ons advies

Bits of Freedom adviseert verzamelde gegevens zo spoedig mogelijk op hun relevantie te beoordelen. Gegevens die niet relevant zijn voor onderzoeken van de geheime diensten direct te vernietigen. De relevantiebeoordeling plaats te laten vinden op een zo laag mogelijk niveau, bij voorkeur het niveau van gegevens. Om gegevens die nog niet op relevantie zijn beoordeeld niet met buitenlandse diensten te delen. Om alsnog het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State op de nu ontbrekende punten in behandeling te nemen. Om bij het verlengen van de beoordelingstermijn van bulkdatasets niet enkel op noodzakelijkheid, maar ten minste ook op proportionaliteit te toetsen. Over de toetsingscriteria adviseren wij om niet het enkele gebruik als criterium te nemen, maar in plaats daarvan de waarde van de gegevens voor de onderzoeken van de diensten bepalend te laten zijn in de motivering en toetsing.

3. De ‘stomme tap’

We sluiten graag af met een positievere noot.

We zijn blij om te zien dat er een toetsing vooraf door de TIB wordt geïntroduceerd bij de inzet van het real time verzamelen van verkeers- en locatiegegevens ex artikel 55 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017. En dat hiermee wordt voldaan aan de jurisprudentie die voortkomt uit *la Quadrature du Net*.¹³

We gaan er vanuit u met onze inbreng te hebben voorzien van inzichten en handvatten om het conceptwetsvoorstel voor de wijziging van de Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD

¹² <https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2022D51413>

¹³ HvJEU 6 oktober 2020, (*Quadrature du Net and others*), paragraaf 192.

naar landen met een offensief cyberprogramma te versterken. Vanzelfsprekend zijn wij graag bereid tot een nadere toelichting, mocht daaraan behoefte bestaan.

Met vriendelijke groet, namens Stichting Bits of Freedom,

Lotte Houwing