

Betreft: Reactie Nota van wijziging Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma

Datum: 13 januari 2022

Geachte minister Bruins Slot en minister Ollongren,

Op 23 december 2022 is het ontwerp van de Nota van wijziging ten aanzien van de Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma (hierna: Nota van wijziging) in consultatie gegeven. De Nota van wijziging bevat een nieuwe regeling voor (1) de beoordeling door de CTIVD op relevantie van bulkdatasets die met bijzondere bevoegdheden zijn verworven en (2) de introductie van een bindende voorafgaande toets voor de real time verzameling van verkeers- en locatiegegevens (een zogeheten "stomme tap"). De regeling voor bulkdatasets was al geïntroduceerd in het ontwerp voor de Tijdelijke cyberwet, maar in de huidige nota is de reikwijdte vergroot tot alle inlichtingenonderzoeken van de AIVD en de MIVD en daarmee voor de gehele Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (hierna: Wiv 2017).

Wij onderschrijven de noodzaak voor een regeling voor de omgang met bulkdatasets en de regeling voor de stomme tap. Wel plaatsen wij enkele kanttekeningen en noemen wij drie verbeterpunten ten aanzien van de Nota van wijziging.

Onze eerste aanbeveling is om van de Nota van wijziging alsnog een losstaand wetsvoorstel te maken. Wij vinden het onhandig dat de Nota van wijziging geen apart wetsvoorstel is ter wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017. Zoals in de memorie van toelichting wordt verwoord, beperkt de problematiek ten aanzien van bulkdatasets zich niet tot de onderzoeksopdrachten die worden uitgevoerd in het kader van de Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma, maar speelt deze problematiek nu concreet bij bulkdatasets die ook in andere inlichtingenonderzoeken met bijzondere bevoegdheden zijn verworven. Het zou daarom logisch zijn de relevantietoets in artikel 27 Wiv 2017 te wijzigen – bijvoorbeeld met de introductie van een uitzonderingsbepaling – en artikel 32 Wiv 2017 over de taakstelling van de TIB te wijzigen door ook artikel 55 Wiv 2017 onder de reikwijdte van de TIB-toets te laten vallen.

Uw keuze het voorstel te koppelen aan de Tijdelijke cyberwet is onhandig, omdat nu bepalingen met een verschillende reikwijdte onder de – straks gewijzigde - Tijdelijke cyberwet vallen. Hierdoor wordt het wetsvoorstel onduidelijk en onoverzichtelijk. Door er twee wetsvoorstellen van te maken, moet het parlement het als twee wetsvoorstellen behandelen, waardoor er minder verwarring optreedt. Nu bestaat echter de reële mogelijkheid dat het wetstraject (veel) langer zal duren door de onderlinge afhankelijkheid van de regelingen. Vertraging vinden wij onwenselijk gezien de door ons onderschreven noodzaak van de introductie van de Tijdelijke cyberwet en de regelingen in de Nota van wijziging. Wij hebben dat eerder in publicaties ook in zoveel woorden aan vakgenoten te kennen gegeven.¹ Overigens zijn wij, zoals eerder elders betoogd, ook een voorstander van een algemeen regime voor bulkdatasets.² Echter, wij begrijpen dat de bovengenoemde problematiek door de periode van 1,5 jaar in artikel 27 Wiv 2017 nijpend is geworden, en dat er eerst een wetswijziging moet worden

¹ S.A.M. Harleman, 'Een tijdelijke Cyberwet maakt nog geen sleepwet', *NJB* 2022/2695; HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, met annotatie van J.J. Oerlemans & A. Berlee in: *Computerrecht* 2022/186; HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (*La Quadrature du Net e.a./Premier ministre e.a.*), met annotatie J.J. Oerlemans & M. Hagens in *JBP* 2021/1-2.

² Zie J.J. Oerlemans, 'Grenzen stellen aan datahonger. De bescherming van de nationale veiligheid in een democratische rechtsstaat', (oratie Utrecht), Universiteit Utrecht 2020.

doorgevoerd voor bulkdatasets die worden verworven uit bijzondere bevoegdheden. Wij hebben vertrouwen in de mededeling dat dit onderwerp in de algehele wetswijziging wordt opgepakt, waartoe de aangekondigde hoofdlijnennotitie een begin kan vormen.

Onze tweede aanbeveling ziet op een uitbreiding van een voorafgaande onafhankelijke toets ten aanzien van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten (artikel 55 Wiv 2017). In het arrest *Prokuratuur*³ heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie duidelijk gemaakt dat in een strafrechtelijk onderzoek, ten aanzien van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens, een onafhankelijke instantie toestemming moet geven voor het vorderen van deze gegevens. Voor het strafrecht betekende het arrest voor Nederland dat een rechter-commissaris, of een nieuw in te richten onafhankelijke instantie, voorafgaand een machtiging moet afgeven voor het vorderen van deze gegevens. Voorheen mocht een officier van justitie op grond van artikel 126n en artikel 126nd Wetboek van Strafvordering deze gegevens opvragen.

De achterliggende reden voor de waarborg van een toets van een onafhankelijke instantie is dat verzamelen en verder verwerken van verkeers- en locatiegegevens doorgaans een ernstige inmenging vormt met het recht op privacy. Tegen deze achtergrond is het vreemd dat de regering in de memorie van toelichting niet ingaat op dit arrest. Historische verkeers- en locatiegegevens (gegevens over het communicatieverkeer van een gebruiker die in het verleden hebben plaatsgevonden) betreffen gelijksoortige gegevens als toekomstige gegevens bij een stomme tap ('gegevens over het communicatieverkeer met betrekking tot de gebruiker dat *na* het tijdstip van de opdracht zal plaatsvinden'). De inbreuk op het recht privacy kan daarmee even ernstig zijn. Volgens ons zou het daarom logisch zijn ook voor het opvragen van historische verkeers- en locatiegegevens een TIB-toets te introduceren en niet slechts voor toekomstige verkeers- en locatiegegevens.⁴

Tot slot herhalen wij onze eerdere aanbeveling in onze reactie op de Tijdelijke cyberwet om de wetswijzigingen tussentijds door een onafhankelijke commissie te laten evalueren. De bevindingen daarvan kunnen leiden tot bijsturing voor de geplande wijziging van de algehele Wiv 2017.

Hoogachtend,

Prof. mr. dr. Jan-Jaap Oerlemans

Bijzonder hoogleraar Inlichtingen en recht, Universiteit Utrecht

Mr. Sophie Harleman

Promovenda Inlichtingen en recht, Universiteit Utrecht

³ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (*H.K.t. Estland (Prokuratuur)*).

⁴ Zie ook de annotatie van J.J. Oerlemans & A. Berlee bij HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475 in *Computerrecht* 2022/186.