



Consultatie van het voorontwerp voor een
**Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen
met een offensief cyberprogramma**

Reactie van KPN

KPN

Contactpersonen: mr M.H. Korteweg
Postbus 25110
3001 HC Rotterdam
marieke.korteweg@kpn.com

15 april 2022

Inleiding

KPN heeft kennisgenomen van het voorontwerp voor een ‘Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma’ (hierna “**Tijdelijke Wet**”). Dat voorontwerp betreft een tijdelijke aanpassing van het regime van de WIV 2017 voor specifieke onderzoeken van de veiligheidsdiensten. KPN zal zich in deze reactie beperken tot die aspecten van de wet waar KPN, voornamelijk in de hoedanigheid van aanbieder van elektronische communicatiediensten, mee te maken heeft.

KPN begrijpt dat de toenemende geopolitieke onzekerheden kunnen leiden tot de noodzaak om het huidige stelsel van de WIV 2017 voor bijzondere situaties te evalueren en mogelijk aan te passen. KPN ziet het als een politieke verantwoordelijkheid om - binnen de geldende juridische kaders – een oordeel te geven over de al of niet noodzakelijkheid van aanpassing van bevoegdheden in dat kader. De toelichting op het voorontwerp is zeer generiek van aard en leent zich niet voor commentaar zonder inzicht in de daadwerkelijke noodzaak die – naar KPN aanneemt – niet makkelijk in het openbaar kan worden gedeeld. Daarom zal KPN alleen op de uitwerking in het voorstel ingaan.

1. **Uitbreiding ten aanzien van onderzoeksoopdrachtgericht onderzoek van communicatie (art. 7 Tijdelijke Wet en art. 48 e.v. WIV 2017)**

Hoewel de memorie van toelichting bij eerste lezing een vrij brede aanpassing van de rol van de TIB ten aanzien van dit onderwerp suggereert constateert KPN bij nauwkeurige lezing van artikel 7 van het voorontwerp dat voor de bestaande bevoegdheden ten aanzien van de artikelen 48 en 53 de rol van de TIB goeddeels ongewijzigd blijft. Uit artikel 7 volgt dat ook het voorafgaande goedkeuringsbesluit van de Minister ten aanzien van de toegevoegde fase van ‘verkenning’ aan een voorafgaande toetsing op rechtmatigheid door de TIB wordt onderworpen.

Deze verkenningsfase is in artikel 7 niet verder uitgewerkt. In het Besluit gegevensverstrekking onderzoek van communicatie IV 2017 (Stb. 2018, 116) is neergelegd welke gegevens de diensten van aanbieders van communicatienetwerken en -diensten in het kader van artikel 52 WIV 2017 kunnen vragen met het oog op toepassing van onderzoeksoopdrachtgericht onderzoek van communicatie. Het lijkt logisch dat dit Besluit ook van toepassing is op de verkenningsfase van artikel 7 van dit voorontwerp, maar dat is daarin niet expliciet bepaald. Het is wenselijk de toepasbaarheid van het Besluit gegevensverstrekking onderzoek van communicatie WIV 2017 uitdrukkelijk aan artikel 7 van de Tijdelijke Wet toe te voegen.

KPN verzoekt de toepasbaarheid van het Besluit gegevensverstrekking onderzoek van communicatie WIV 2017 (Stb 2018, 116) aan artikel 7 van de Tijdelijke Wet toe te voegen.

2. **Toetsbaarheid gegeven toestemming bijschrijven**

De bijschrijfmogelijkheid die in de Tijdelijke Wet is toegevoegd is nader toegelicht in paragraaf 3.2.5 en paragraaf 3.5 van de memorie van toelichting. In deze toelichting is opgenomen dat er sprake moet zijn van ‘interne toestemming’ voor het bijschrijven.

Onduidelijk is echter wie deze toestemming mag geven. Ook is dit niet opgenomen in de tijdelijke wet. Het moet toetsbaar zijn of de juiste autoriteit toestemming heeft gegeven voor de bijschrijving. Dit is onder meer van belang bij een verzoek om medewerking.

KPN verzoekt in de Tijdelijke Wet op te nemen wie geautoriseerd is toestemming te geven voor het bijschrijven.

3. Toetsing door TIB zal mede moeten zien op proportionaliteit en effectiviteit van medewerkingsplicht telecomoperators

In de reactie van KPN op de consultatie van de WIV in 2015 heeft KPN de zorg geuit dat de nieuwe bevoegdheid onderzoeksopdrachtgericht aftappen ertoe zou kunnen leiden dat aanpassingen in netwerken, systemen en processen nodig zouden kunnen zijn voordat duidelijk is of daar wel gebruik van zal worden gemaakt. Aannemelijk is – aldus ook de toelichting op de WIV 2017 – dat het bij de medewerking aan deze vorm van aftappen om ‘maatwerk’ zal gaan.

In de praktijk kan het verzoek tot medewerking van telecomoperators leiden tot bijzondere, operationeel complexe en ingrijpende oplossingen. Dat volgens artikel 53 lid 6 getroffen voorzieningen in eerste instantie ‘slechts’ een jaar na de periode waarvoor toestemming is verleend in stand behoeven te worden gelaten, is geen geruststelling. Eenmaal gebouwd zal een voorziening niet snel afgebroken kunnen worden ter besparing van gedane investeringen. Dat er een kostenvergoeding kan worden verkregen is onvoldoende geruststelling voor de evenredigheid van de gevraagde werkzaamheden, omdat die waarschijnlijk ook een beroep doen op ontwikkeling en aanpassing van voorzieningen en daarmee op schaarse menskracht.

Daarnaast zal moeten worden afgewogen – afhankelijk van de specifieke voorzieningen die in de opdracht worden gevraagd – of de opgelegde geheimhouding redelijkerwijs door de aanbieder kan worden gegarandeerd. In de snel ontwikkelende technologische markten van de elektronische communicatie en internet is er een steeds kleiner aantal bedrijven dat zelf in staat is de eigen bedrijfsprocessen geheel binnenshuis te realiseren. Leveranciers van (gestandaardiseerde) telecommunicatie-apparatuur zijn er in Nederland niet meer en netwerkaanbieders zijn aangewezen op de wereldmarkt. Aanpassingen in netwerken en bedrijfssystemen kunnen dan ook niet binnen de organisaties van de aanbieders blijven, maar moeten om geïmplementeerd te worden, gedeeld worden met leveranciers. Vele daarvan vallen niet direct onder Nederlands toezicht. Van aanbieders kan niet meer worden verlangd dan dat zij contractueel geheimhouding opleggen ten behoeve van het werk voor de diensten, maar een verdergaande vorm van garantie – zoals in het verleden werd verondersteld – is niet meer mogelijk.

Tot slot is een zorgvuldige toetsing aan proportionaliteit en effectiviteit van de maatregelen vereist gezien de verhouding tot de grondrechten. Aftappen en verstrekking van gegevens over telecommunicatieverkeer vormen een inbreuk op de grondrechten van de artikelen 3 en 8 EVRM, 4 en 7 Handvest Grondrechten van de EU en 10 en 13 Grondwet. De laatste jaren is er, in het licht van artikel 15 e-Privacyrichtlijn een groot aantal rechterlijke uitspraken geweest waarin de kaders zijn verduidelijkt voor – in het bijzonder – het bewaren van (verkeers-)gegevens over telecommunicatie en de toegang daartoe. Op 5 april jl. zijn er

nog twee principiële uitspraken geweest waarin die kaders zijn geschetst. Hoewel deze uitspraken¹ niet rechtstreeks betrekking hebben op de bevoegdheden tot gericht of onderzoeksoverdrachtgericht aftappen kan daaruit wel meer generiek worden afgeleid dat de effectiviteit en evenredigheid van op de grondrechten inbreuk makende maatregelen (zoals bewaren, aftappen en toegang tot gegevens) een rol spelen in de toetsing van de toelaatbaarheid daarvan. Ten aanzien van onderzoeksoverdrachtgericht onderzoek van communicatie (art. 48 e.v. WIV 2017 en art. 7 Tijdelijke Wet) moet worden geconstateerd dat door de niet afgebakende invulling daarvan die toetsing pas kan plaatsvinden in het kader van een concreet te verlenen opdracht of een verkenning daarvan. Die toetsing moet plaatsvinden door een rechterlijke instantie of onafhankelijke bestuurlijke autoriteit (in Nederland de TIB).

Volgens KPN zou daarbij mede rekening moeten worden gehouden met de evenredigheid van de medewerkingsplicht van aanbieders tegenover de effectiviteit van de maatregelen. Over de concrete medewerkingsplicht bij onderzoeksoverdrachtgericht aftappen zal voorafgaand overleg met betrokken marktpartijen zijn. De toetsing op evenredigheid kan alleen goed plaatsvinden als die onafhankelijke autoriteit inzicht heeft in de (technische en operationele) gevolgen van een op te stellen medewerkingsopdracht. Dit geldt al onder de huidige WIV 2017, maar wordt nog relevanter als de bevoegdheid vaker en breder zal worden ingezet.²

Temeer nu het feitelijk niet mogelijk is om in bezwaar of beroep te gaan tegen het opleggen van concrete medewerkingsverplichtingen is het gewenst dat aanbieders zelf eventuele disproportionaliteit van gevraagde medewerking, of zelf een risico voor de continuïteit en beveiliging van de betrokken netwerken en diensten, rechtstreeks aan de toezichthoudende instantie kenbaar kunnen maken. Het zou wenselijk zijn duidelijkheid te verstrekken over de wijze waarop dat mogelijk is.

KPN verzoekt in de toelichting op de Tijdelijke Wet op te nemen dat, of op welke wijze, de telecomoperators informatie kunnen verstrekken aan de toezichthoudende instantie over de uitvoerbaarheid, de impact en risico's van de gevraagde medewerking.

¹ HvJ EU 5 april 2022, zaak C-140/20 (Ierland) en Hoge Raad 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475.

² Zie p. 4 van de ontwerp-MvT, waarin wordt aangegeven: *'de hier bedoelde bevoegdheid is tot op heden slechts beperkt ingezet ten behoeve van het inlichtingenproces vanwege de onduidelijkheid met betrekking tot de wijze waarop het gerichtheidsvereiste bij de inzet van deze bevoegdheid moet worden geïnterpreteerd en de verschillende zienswijzen ter zake van de ministers en de Toetsingscommissie inzet bevoegdheden (TIB) nog niet tot een oplossing heeft geleid. Daardoor kunnen bepaalde onderzoeken in het cyberdomein nog niet worden opgestart.'* Daaruit kan worden afgeleid dat het vervallen van de gerichtheidsvereiste van artikel 26 lid 5 voor de onder de Tijdelijke wet vallende situaties tot toename van de toepassing van artikel 48 (en 53) zal leiden.