

# Reactie Vrijschrift op internetconsultatie concept-voorstel Wet inlichtingen en veiligheidsdiensten 2015

## *Inleiding*

### **Over Vrijschrift**

Vrijschrift werkt aan bewustwording van de economische en maatschappelijke betekenis van vrije kennis en cultuur voor onze samenleving. Vrijschrift heeft een beschermende en bevorderende rol voor informatievrijheid.

Adres:

Stichting Vrijschrift

Trekwei 7, 8711 GR Workum

Contactpersoon:

mr. drs. W.H. van Holst

### **Opbouw**

Deze positiebepaling is verdeeld in algemene observaties over het concept-wetsvoorstel in zijn algemeenheid en de de volgende specifieke elementen van het wetsvoorstel:

- het verkennen van en heimelijk binnendringen in geautomatiseerde werken;
- het onderzoek van communicatie;
- informatie- en medewerkingsplicht aanbieders van communicatiediensten bij de verwerving van telecommunicatie en telecommunicatiegegevens (gezamenlijk te behandelen met het onderzoek van communicatie);
- bijzondere bepalingen inzake geautomatiseerde data-analyse;
- en de samenwerking met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen.

Wij behandelen deze bevoegheden in hun algemeenheid en per bevoegdheid in hun verhouding tot de uitingsvrijheid, de vrijheid om informatie te vergaren en overige grondrechten.

### ***Algemene observaties***

Kerntaken van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn de bescherming van de democratische rechtsstaat tegen aantastingen daarvan langs ondemocratische weg, bescherming van de internationale rechtsorde en bescherming van de territoriale integriteit van het Koninkrijk der Nederlanden. Hier vloeit logischerwijze uit voort dat, in het spanningsveld tussen het verzamelen van inlichtingen en de democratische rechtsstaat, de grondrechten en burgerlijke vrijheden niet verder aangetast mogen worden dan strikt noodzakelijk voor het beschermen van de democratische rechtsstaat. De bevoegdheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn middelen die ondergeschikt zijn aan dit doel. Uitbreiding of inzet van bevoegdheden die niet voldoen aan elementaire proportionaliteitsvereisten zijn een minstens zo grote bedreiging voor de democratische rechtsstaat als welke andere interne of externe bedreiging hiervan.

De activiteiten van de inlichtingen en veiligheidsdiensten kunnen, zeker zoals voorgesteld, de volgende grondrechten raken:

- de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
- vrijheid van vereniging en vergadering
- godsdienstvrijheid
- uitingsvrijheid
- de vrijheid om informatie te vergaren
- het recht op een eerlijke procesgang en
- het recht op gelijke behandeling.

Wellicht ten overvloede: de wetenschap geobserveerd te (kunnen) worden leidt tot gedragsveranderingen. In een samenleving waarin geen aspect van het leven onberoerd wordt gelaten door informatietechnologie leidt een verruiming van surveillancebevoegdheden tot terughoudendheid in het vergaren van informatie, het bijwonen van bijeenkomsten en religieuze erediensten. Gezien de huidige focus van de inlichtingendiensten op islamistisch extremisme is het daarbij voorzienbaar dat ethnische en religieuze minderheden buitenproportioneel geraakt zullen worden in eerdergenoemde grondrechten en burgerlijke vrijheden. Dit is onverenigbaar met het grondwettelijk recht op gelijke behandeling.

In zijn algemeenheid valt op dat de Memorie van Toelichting bij het concept-wetsvoorstel bovengenoemd spanningsveld op zijn best aanstipt, en weinig informatie biedt over de afwegingen bij voorbaat terzake hiervan. Het concept-wetsvoorstel zou baat hebben bij expliciete vermelding van bovengenoemde tegenstelling.

In het licht van het bovenstaande betwijfelt Vrijschrift in zijn algemeenheid of de voorgestelde uitbreiding van bevoegdheden wel proportioneel kan zijn zonder een effectieve uitbreiding van het toezicht en waar mogelijk introductie van rechterlijke toetsing van het gebruik van deze (uitgebreide) bevoegdheden vooraf, in het bijzonder daar waar het gaat over onderzoek op verzoek van andere inlichtingen- of veiligheidsdiensten. Zeker nu gebleken is dat de inlichtingen- of veiligheidsdiensten van bondgenoten zoals de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk zich bedienen van werkwijzen die onverenigbaar zijn met de proportionaliteitsvereisten van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en die van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (het Europees Handvest) had dit wetsvoorstel ambitieuzer kunnen en moeten zijn. Daar waar de Wiv 2002 in art. 13 nog veronderstelt dat ieder verzoek van een inlichtingen- of veiligheidsdienst van een bondgenoot voldoet aan proportionaliteitsvereisten, zou dit concept-wetsvoorstel logischerwijze een toetsing analoog aan de toetsing aan art. 12 lid 1 sub a en e t/m g en lid 2 sub a en e t/m i van de Wiv 2002 (of de gelijksoortige bepalingen in art. 18 van dit concept-wetsvoorstel), waar onderzoeken van de eigen inlichtingen- en veiligheidsdiensten aan dienen te voldoen, bevatten.

Positief is de voorgestelde bronbescherming van journalisten door middel van rechterlijke toetsing vooraf. Dit zou een evenzeer geschikt model zijn om de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen verdachten en hun advocaten (en daarmee het recht op een eerlijke procesgang), de vertrouwelijkheid van communicatie met religieuze ambtsdragers en het medisch beroepsgeheim te waarborgen. Het is verbazingwekkend dat het concept-voorstel geen voorstellen ter zake bevat.

### ***Verkennen van en heimelijk binnendringen in een geautomatiseerde werken***

Het voorstel bevat een verontrustende uitbreiding van de bevoegdheden van de Wiv 2002 op dit terrein. De bestaande bevoegdheden van de Wiv 2002 zijn in het licht van de voortgeschreden automatisering van vrijwel alle maatschappelijke sectoren en de hoge vlucht van smartphones die vrijwel zonder uitzondering gevoelige persoonsgegevens bevatten al veel ingrijpender geworden

dan zij waren. Tegen die achtergrond zou het in de lijn der verwachtingen liggen dat een concept-wetsvoorstel voor vervanging van de Wiv 2002 regels zou bevatten om het verbod tot verzameling van gevoelige persoonsgegevens anders dan hoogstnoodzakelijk geen dode letter te doen worden. Dit concept-wetsvoorstel zwijgt hierover en stelt daarentegen een bevoegdheid voor om computersystemen van de omgeving van doelwitten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten binnen te dringen. Uit de MvT blijkt dat deze doelwitten geen eigenstandige bedreiging hoeven te vormen om desondanks doelwit van deze hoogst ingrijpende bevoegdheid te worden.

Het concept-wetsvoorstel gaat hierbij voorbij aan de eventuele onbedoelde neveneffecten en en onvoldoende duidelijk waarom de voordelen van een zó ingrijpend optreden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten opwegen tegen de nadelen, al was het maar omdat veel van de nadelen in het geheel niet genoemd worden. Evidente voorbeelden van dergelijke nadelen zijn het risico van het onbedoeld verstoren van (kritische) organisatieprocessen door een dergelijke operatie. Het binnendringen, zelfs verkennend, van een computersysteem is niet mogelijk zonder dit systeem te wijzigen. Zeker in het geval van het heimelijk aftappen van communicatie vereist dit diepgaande veranderingen in computersystemen, met het onvermijdelijk daarmee gepaard gaande risico van ernstige verstoring hiervan, met mogelijk ernstige gevolgen voor vitale belangen van derden.

Daarnaast zijn inlichtingen- en veiligheidsdiensten nu al belanghebbenden bij het in stand houden van beveiligingsproblemen in (consumenten)apparatuur en wellicht zelfs actieve afnemer op de reeds bestaande zwarte markt voor beveiligingslekken. Beveiligingslekken die op zichzelf al een groot gevaar voor de democratische rechtsorde en/of de openbare orde kunnen zijn. Een werkelijk gemoderniseerde Wiv 2015 zou afwegingskaders dienen te bevatten hoe hiermee om te gaan.

Ook gaat het concept-wetsvoorstel onvoldoende in op de mate waarin computers, in het bijzonder smartphones, een dusdanig integraal onderdeel uitmaken van het leven van burgers dat een dergelijke heimelijke observatie een veel grotere inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is dan traditionele observatie. Een burger heeft zijn of haar smartphone immers vrijwel altijd bij zich en bevat zijn of haar e-mail geschiedenis, SMS-berichten, bezochte locaties, voicemailberichten en veelal ook alle ingangen in sociale media.

Het concept-wetsvoorstel zou baat hebben bij aanvullende waarborgen ter zake van de reeds bestaande bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Vrijschrift ziet ter zake van de uitbreiding van de bevoegdheden vooral voorstellen voor middelen die door het doel niet kunnen worden geheiligd.

## ***Onderzoek van communicatie***

De Wiv 2002 verleent in artikel 27 uitsluitend een bevoegdheid voor ongerichte onderschepping van telecommunicatieverkeer aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten voorzover het niet-draadgebonden telecommunicatie betreft waarvan een van de eindpunten zich buiten Nederland bevindt omdat dit volgens de toenmalige stand der techniek niet mogelijk was om gericht te doen vinden. Dertien jaar later zijn de mogelijkheden van de techniek om dit wél gericht te doen plaatsvinden toegenomen. Uit zowel art. 8 EVRM en de artt. 7 en 8 van het Europees Handvest vloeit dan ook voort dat het eerder voor de hand ligt om naar aanleiding van deze voortgeschreden technologische ontwikkelingen afscheid te nemen van deze bevoegdheid dan om deze uit te breiden. Desondanks wordt in het concept-wetsvoorstel onder het mom van 'techniekonafhankelijkheid' er voor gekozen om dit wel te doen. Juist daar waar technologie medebepalend is voor de proportionaliteitsvraag, is een dergelijke ontwikkeling onbegrijpelijk.

Nadrukkelijk dient opgemerkt te worden dat er deze eeuw er zich in Europa veiligheidsincidenten en aanslagen hebben voorgedaan waarvan de betrokkenen niet reeds in beeld waren van

inlichtingen- en veiligheidsdiensten en waarbij een ongerichte dataverzameling bijgedragen zou hebben aan het voorkomen hiervan. Knelpunt blijkt keer op keer analyse, niet de beschikbaarheid van informatie.

Vrijschrift is van mening dat de reeds bestaande bevoegdheden van de Wiv 2002 in het licht van de stand van de techniek eerder te ruim dan ontoereikend zijn en dat uitbreiding van deze reeds te ruime bevoegdheden een te grote aantasting van grondrechten met zich meebrengt om dit wetsvoorstel geen frontale aanval op de democratische rechtsstaat te laten zijn.

Daarnaast is het onbegrijpelijk dat de medewerking van dienstverleners op het gebied van telecommunicatie wordt gevegd zonder dat er minimale technische vereisten voor het waarborgen van de vertrouwelijkheid, authenticiteit en integriteit van dergelijke medewerkingsverzoeken worden geïntroduceerd, zoals bijvoorbeeld in sommige buurlanden zoals Duitsland het geval is. Zeker nu het concept-wetsvoorstel de kring van norm-adressanten verruimt tot iedere partij die enige vorm van telecommunicatie mogelijk maakt (en daarmee vrijwel ieder huishouden of bedrijf in Nederland) maakt dit concept-wetsvoorstel de samenleving kwetsbaar voor malafide partijen die zich voordoen als functionaris van een inlichtingen- of veiligheidsdienst.

### ***Bijzondere bepalingen inzake geautomatiseerde data-analyse***

Volledig nieuw is art. 47 van het concept-wetsvoorstel, waarbij de MvT bijna terloops vermeldt dat dit noodzakelijk is nu er nieuwe technieken voorhanden zijn, het vanzelfsprekend is dat nieuwe technieken ingezet kunnen worden én dat het onvermijdelijk is dat dit resulteert in ongerichte onderzoeken door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Vrijschrift is van mening dat indien en voorzover het inherent aan een onderzoekstechniek is dat deze leidt tot ongericht onderzoek, het vanzelfsprekend is dat de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zich onthouden van een dergelijke onderzoekstechniek omdat deze inherent onverenigbaar is met de democratische rechtsstaat.

Daarnaast gaat het concept-wetsvoorstel volledig voorbij aan het feit dat met het verdrag van Lissabon het Europees Handvest van toepassing is geworden op de activiteiten van de Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Met name art. 8 van het Europees Handvest legt eisen op aan de waarborgen verbonden aan data-analyse die in het concept-wetsvoorstel niet of onvoldoende geadresseerd worden. Waarover later meer.

Ter zake van door derden ter beschikking gestelde geautomatiseerde gegevensbestanden moet opgemerkt worden dat hiermee in combinatie met de (te vergaande, zie daarover later meer) bevoegdheden tot samenwerking met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen een mogelijkheid ontstaat tot het 'witwassen' van massasurveillance via deze samenwerkingsverbanden.

### ***Samenwerking met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen***

Zoals al in de algemene observaties opgemerkt zijn in het licht van de onthullingen van Edward Snowden over ongekende surveillance door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk aanvullende waarborgen vereist ter zake van de samenwerking met de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen. Bijzonder navrant daarbij is dat diverse NAVO-bondgenoten blijkbaar ongericht telecommunicatie van niet-ingezetenen aftappen en dit met elkaar delen, zodat zij gezamenlijk massasurveillance van eigen burgers realiseren, maar op het niveau van NAVO-lidstaat kunnen beweren dit niet te doen. Ook de geconstateerde praktijken uit het recente verleden van marteling door inlichtingen- en veiligheidsdiensten van een belangrijke NAVO-bondgenoot als de Verenigde Staten zijn in dit opzicht een onderwerp wat redelijkerwijze door het concept-wetsvoorstel geadresseerd zou worden.

De MvT van het concept-wetsvoorstel onderkent dit slechts ten dele en in het voorgestelde art. 76 wordt de vraag van het heroverwegen van een samenwerking overgelaten aan het hoofd van

desbetreffende inlichtingen- of veiligheidsdienst. Wij zijn van mening dat de hoofden van de diensten te zeer gevangen kunnen zijn in het quid quo pro van de internationale samenwerking dat zij redelijkerwijze niet in staat geacht kunnen worden om een dergelijke heroverweging op objectieve wijze gestalte te doen geven. Vrijschrift bepleit de mogelijkheid van een gerechtelijke procedure ter zake waarbij een specifieke rechtbank de minister kan gelasten, zonder dat deze verplicht kan worden het bestaan van een samenwerking te onthullen, om deze voor een beperkte termijn op te schorten of terug te brengen als er voldoende aanleiding is om te twijfelen aan de eerbiediging van de mensenrechten door het desbetreffende land.

Zoals al eerder opgemerkt in de algemene observaties, is het niet meer realistisch om geen proportionaliteitstoetsing op verzoeken van inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen plaats te doen vinden. Art. 77 van het concept-wetsvoorstel zou hiervoor een logische plaats zijn. Tot slot moet opgemerkt worden dat bij het verstrekken van inlichtingen die ook persoonsgegevens bevatten aan inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen buiten de Europese Unie uit art. 8 van het Europees Handvest voortvloeit dat deze onder onafhankelijk toezicht moeten staan dat vergelijkbaar is met het onafhankelijk toezicht op de eigen inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Het concept-wetsvoorstel rept hier niet over.