

T.a.v. de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Dr. R.H.A. Plasterk
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

Leiden, 31 augustus 2015

Excellentie,

Het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (hierna: het NJCM) maakt graag gebruik van de gelegenheid om inhoudelijk te reageren op het concept-wetsvoorstel dat strekt ter vervanging van de huidige Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002).

Met name op het gebied van de bijzondere bevoegdheden van de diensten bevat dit concept-wetsvoorstel een aantal grote wijzigingen ten opzichte van de huidige wet. De meest ingrijpende herziening heeft betrekking op interceptie van telecommunicatie en het opvragen van telecommunicatiegegevens. Het NJCM realiseert zich dat de technologie in hoog tempo voortschrijdt en de diensten adequate toegang tot telecommunicatie noodzakelijk achten. Ook begrijpt het NJCM dat de wetgever ervoor kiest om het technische onderscheid op te heffen en thans gebruik te maken van technologieonafhankelijke formuleringen. Tegelijkertijd dienen de fundamentele rechten gewaarborgd te zijn en daarover maakt het NJCM zich zorgen. Het NJCM brengt hieronder haar belangrijkste inhoudelijke bezwaren op het wetsvoorstel naar voren.

Noodzaak, proportionaliteit en effectiviteit

Zoals u weet dienen zwaarwegende redenen van algemeen belang te bestaan om een inbreuk te rechtvaardigen op grondrechten zoals de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 Gw), het briefgeheim (artikel 13 Gw) en op het recht op eerbiediging van privéleven zoals neergelegd in artikel 8 EVRM. De inbreuk dient noodzakelijk te zijn en moet voldoen aan de eisen van proportionaliteit. Dit betekent dat met de inbreuk een gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd en dat dit doel met de maatregel daadwerkelijk kan worden bereikt. Dat de maatregel effectief bijdraagt aan de verwezenlijking van het doel is mede bepalend en de maatregel dient evenredig te zijn aan het doel.

Noodzaak

Het NJCM is van mening dat onvoldoende is gemotiveerd wat de noodzaak is van voorgestelde uitbreiding van de interceptiebevoegdheid van de diensten. Het voorstel strekt ertoe de diensten de mogelijkheid te bieden bulk te intercepteren in het kabelgebonden domein. Dit vindt plaats door met een technisch hulpmiddel aftappen, ontvangen, opnemen en afluisteren van elke vorm van telecommunicatie of gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk met betrekking tot niet specifieke personen, organisaties en nummers: het zogenaamde sleepneteffect. Het gevolg hiervan is dat deze bevoegdheid ook kan worden toegepast op communicatie van onschuldige burgers. De enkele keuze van de wetgever om deze laatste bepaling technologieonafhankelijk te formuleren heeft grote gevolgen voor de betrokkenen. Het toepassen van een dergelijke bevoegdheid betekent namelijk de mogelijkheid tot massa-interceptie waarmee op de privacy van grote groepen onschuldige burgers in Nederland een inbreuk zal worden gemaakt.

De memorie stelt dat met de uitbreiding van de interceptiebevoegdheid uitvoering wordt gegeven aan het door het kabinet ingenomen standpunt dat de techniekafhankelijke interceptiebepalingen van de Wiv 2002 op basis van het onderscheid tussen de ether en de kabel niet meer te rijmen valt met de voortschrijdende technologische ontwikkelingen op het gebied van dataverkeer en communicatie.

Het NJCM merkt op dat in de toelichting echter gegevens ontbreken die inzicht geven in de aard, omvang en ernst van het probleem. Weliswaar wordt erop gewezen dat negentig procent van alle telecommunicatie via kabelnetwerken verloopt en dat de diensten dit als een probleem ervaren. In de toelichting komt echter niet duidelijk naar voren waarom deze bevoegdheid noodzakelijk is, waarom de bestaande bevoegdheden niet in voldoende mate volstaan en welke (ernstige) problemen de voorgestelde bevoegdheid precies gaat oplossen. Door het ontbreken van deze informatie is de noodzaak van het voorstel vooralsnog niet aangetoond – omdat niet beoordeeld kan worden in hoeverre de voorgestelde ingrijpende maatregel het doel van het voorstel rechtvaardigt. In dit kader wijst het NJCM nog op het oordeel van het Europees Hof van Justitie (hierna: Hof). Op 8 april 2014 heeft het Hof in de zaken C-293/12 en C-594/12 beslist dat Richtlijn 2006/24/EG (Dataretentierichtlijn) in zijn geheel ongeldig is wegens strijd met de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het Hof oordeelde over de noodzaak van de Richtlijn dat ondanks de omstandigheid dat zij geschikt was voor het bereiken van het gestelde doel:

‘the wide-ranging and particularly serious interference of the directive with the fundamental rights at issue is not sufficiently circumscribed to ensure that that interference is actually limited to what is strictly necessary’.

Ditzelfde lijkt het geval te zijn bij het onderhavige wetsvoorstel, waarin de noodzaak van het verzamelen van grote hoeveelheden communicatie van onschuldige burgers ontbreekt. Ook andere internationale instanties trekken de noodzaak van dergelijke grootschalige gegevensverzamelingen in twijfel.¹ Het

¹ Privacy and Civil Liberties Oversight Board, *Report on the Telephone Records Programme Conducted under Section 215 of the USA PATRIOT Act and on the Operations of the Foreign Intelligence Surveillance Court*, 23

NJCM meent dat op dit punt in de memorie een nadere toelichting moet worden gegeven.

Proportionaliteit

Het NJCM heeft grote twijfels of de voorgestelde zogenoemde 'doelgerichtere interceptie' wel proportioneel is. Het proportionaliteitsbeginsel brengt immers mee dat de inbreuken op de belangen van de betrokkenen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel. Er dient dus een belangenafweging plaats te vinden ter beoordeling of de betreffende inmenging in de persoonlijke levenssfeer voldoet aan dit beginsel. Het NJCM is van mening dat in de memorie van toelichting onvoldoende is toegelicht waarom het bestaande wettelijke instrumentarium niet toereikend is. Onder de huidige wet hebben de diensten in dit kader de volgende bevoegdheden:

- De diensten zijn bevoegd tot het gericht aftappen, ontvangen, opnemen en afluisteren van communicatie (artikel 25);
- De diensten zijn bevoegd tot het ontvangen en opnemen van niet-kabelgebonden telecommunicatie (artikel 26);
- De diensten zijn bevoegd tot het met een technisch hulpmiddel ongericht ontvangen en opnemen van niet-kabelgebonden telecommunicatie (artikel 27).

De memorie onderbouwt onvoldoende waarom de huidige wetgeving niet toereikend zou zijn. De diensten zijn al bevoegd om gericht kabelgebonden communicatie te onderscheppen. De noodzaak om de communicatie van eenieder (lees: onschuldige burgers) te onderscheppen, lijkt hiermee overbodig en niet proportioneel. In het voorstel wordt de nieuwe bevoegdheid 'doelgerichte verwerving van telecommunicatie' genoemd. Daarbij hoeft in de eerste fase geen sprake te zijn van concrete personen die een gevaar vormen voor de nationale veiligheid en onder de aandacht van de diensten vallen. In dit verband kan het doel voor het onderscheppen van communicatie van personen die hier geen aanleiding toe geven zeer ruim geformuleerd worden. Het NJCM meent dat zolang een concrete omschrijving van het doel en onderzoeksobject ontbreekt, een juiste belangenafweging niet kan worden gemaakt. Bij het ontbreken daarvan kan van proportionaliteit niet worden gesproken. Dit alles klemt te meer nu het huidige toezichtstelsel onvoldoende waarborgen biedt, waarover hieronder meer. Hiermee is echter niet gezegd dat de proportionaliteitsvraag aan de hand van de bestaande waarborgen dient te worden beantwoord.

Wat betreft de toestemming verleend op grond van artikel 24 merkt het NJCM nog het volgende op. Ex

January 2014, <https://www.pclob.gov/library.html>, p. 11., US National Research Council, *Bulk Collection of Signals Intelligence: Technical Options*, January 2015, http://www.nap.edu/catalog.php?record_id=19414, Conclusion 1, SURVEILLE Paper Assessing Surveillance in the Context of Preventing a Terrorist Act, FP7-SEC-2011-284725, published on 29 May 2014m UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, report 23 September 2014, A/69/397, par. 51, 52.

artikel 24 lid 3 wordt de toestemming voor het uitoefenen van een bijzondere bevoegdheid door een dienst verleend voor een periode van maximaal drie maanden. Deze kan echter telkens voor drie maanden verlengd worden. Er wordt dus geen grens gesteld aan het aantal keren dat het verlengd kan worden. Dit geldt ook voor 'massasurveillance' op de kabel. Het NJCM is niet overtuigd van de proportionaliteit van een dergelijke eindeloze tapbevoegdheid. Het NJCM meent dat de uitoefening van deze bijzondere bevoegdheid voor betrokkenen een onevenredig nadeel kan opleveren in vergelijking met het daarmee na te streven doel. Het NJCM adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan.

Effectiviteit

Naast het gebrek aan noodzaak en proportionaliteit heeft het NJCM ook twijfels bij de effectiviteit van de uitbreiding van de interceptiebevoegdheden van de diensten. Het NJCM erkent dat er behoefte is aan een effectieve surveillance van verdachte terroristen en andere georganiseerde criminaliteit. Internationaal is niet aangetoond dat niet gerichte interceptiebevoegdheden effectief zijn. Uitgaande van onafhankelijke beoordelingen in de Verenigde Staten heeft massasurveillance echter niet bijgedragen aan de preventie van terroristische aanvallen in het belang van de nationale veiligheid.² Bovendien vraagt het NJCM zich af in hoeverre er doelgericht kan worden gezocht wanneer de hoeveelheid informatie en persoonsgegevens die worden verzameld steeds groter wordt. Het is de bedoeling van de wetgever om de veiligheid meer te waarborgen door alle soorten communicatie te kunnen verzamelen, maar die schaalvergroting lijkt het proces moeizamer te maken. Het NJCM betwijfelt of de voorgestelde bevoegdheid wel effectief is en ziet hierover graag een onderbouwing tegemoet.

Waarborgen

De wetgever heeft de positie en het toezicht op de toestemmingsverlening van de CTIVD in het concept-wetsvoorstel op onderdelen versterkt. Hoewel het NJCM toejuicht dat het toezicht op de toestemmingsverlening is versterkt door de wetgever, plaatsen wij enkele kanttekeningen bij het voorgestelde toezichtstelsel.

Rechterlijke toestemming vooraf

Inbreuk op het communicatiegeheim is een indringende bevoegdheid en verdient indringende bescherming. Dat brengt mee dat de waarborgen sterk moeten zijn. Het EHRM heeft de wenselijkheid onderschreven van een onafhankelijk orgaan met de bevoegdheid om de toepassing van bijzondere bevoegdheden tegen te gaan of te beëindigen.³ Ook de commissie Dessens constateert dat

² https://www.newamerica.org/downloads/IS_NSA_surveillance.pdf

³ EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06 (Telegraaf Media Nederland/Nederland), r.o. 98.

'in de landen om ons heen de afgelopen decennia een ontwikkeling valt waar te nemen in de richting van meer extern toezicht vooraf op de inzet van inlichtingmiddelen die een inbreuk maken op grondrechten. Deze ontwikkeling komt ook tot uitdrukking in een aanbeveling van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa uit 1999 waarin een voorkeur wordt uitgesproken voor rechterlijk toezicht vooraf op elke inbreuk op grondrechten door I&V-diensten. Ook in de wetenschappelijke literatuur over toezicht op inlichtingen- en veiligheidsdiensten valt een zekere voorkeur te bespeuren voor preventief rechterlijk toezicht.⁴

Het NJCM vindt, ingegeven door internationale en nationale uitspraken, dat toestemming van de minister niet voldoende is.⁵ Rechterlijke toestemming vooraf is de sterkste waarborg. Het NJCM vindt dit ook voor inlichtingen- en veiligheidsdiensten de aangewezen bescherming.

Bindend toezicht

De Commissie Dessens heeft voorgesteld aan toezicht door de CTIVD achteraf bindende kracht te verlenen. Het kabinet heeft dit advies in het concept-wetsvoorstel niet overgenomen. Dit betekent dat de minister na heroverweging alsnog kan besluiten een bevoegdheid te blijven toepassen. Alhoewel de minister vervolgens ter verantwoording geroepen kan worden door de Tweede Kamercommissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (de CIVD, ook wel de 'commissie Stiekem' genoemd), wordt deze rol van het parlement bij het toezicht in het concept-wetsvoorstel niet nader ingevuld.

Hoewel rechterlijke toestemming vooraf haar voorkeur heeft, ziet het NJCM in bindend toezicht achteraf door de CTIVD een mogelijk alternatief. Bindendheid is immers een belangrijk criterium voor effectieve onafhankelijke controle. De ministeriële verantwoordelijkheid blijft zo wel degelijk intact. Het NJCM vindt de redenering van het kabinet om dit voorstel niet te volgen dan ook niet overtuigend.

Bewaartermijnen

Een andere belangrijke waarborg is die van bewaartermijnen. Het grootschalig verzamelen van communicatie moet gepaard gaan met zo snel mogelijk verwijderen van communicatie die niet direct relevant is. Het voorstel van het kabinet maakt het echter mogelijk dat de verzamelde communicatie lang bewaard blijft, zodat hier ook (bijvoorbeeld tot drie jaar nadat deze is verzameld) in teruggezocht kan worden. Het NJCM vindt dit vanuit privacyoogpunt een zeer onwenselijke situatie. Zij beveelt aan om korte en concrete bewaartermijnen te hanteren.

Klachtbehandeling

De CTIVD is in de huidige Wiv 2002 naast toezichthouder ook interne behandelaar voor klachten over de

⁴ Op pagina 90 van het rapport van de commissie Dessens.

⁵ EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06 (Telegraaf Media Nederland/Nederland) en ECLI:NL:RBDHA:2015:7436 (Dataretentie).

AIVD en de MIVD. In het voorstel wordt zij extern klachtbehandelaar met bindende beslisbevoegdheid. Het kabinet stelt voor dan wel een organisatorische scheiding aan te brengen binnen de CTIVD. Zo wordt beoogd de rol van toezicht en van klachtbehandeling te scheiden en daarmee iedere schijn van partijdigheid weg te nemen. De Ombudsman wijst er in zijn reactie op het wetsvoorstel terecht op dat deze scheiding onvolkomen is. Een klager ziet nog steeds één organisatie, met één naam, gevestigd in één bedrijfspand. Ook het NJCM is voorstander van een zo onafhankelijk en onpartijdig mogelijke klachtbehandeling. Zij vindt het wetsvoorstel op dit punt dan ook niet overtuigend.

Samenwerking met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen

Ten slotte merkt het NJCM nog op dat wat betreft de samenwerking met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen de toelichting niet ingaat op wat de Nederlandse inlichtingendiensten moeten doen met informatie die de buitenlandse inlichtingendiensten hebben verkregen met overschrijding van hun bevoegdheden. Bovendien biedt de MvT geen informatie over de beperkingen die Nederland moet stellen aan de informatiedoorstroming naar buitenlandse inlichtingendiensten. In dit kader wijst het NJCM ook op de opinie van de Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens waarbij wordt gepleit voor meer internationale controle op de inlichtingendiensten.⁶ Het strekt tot de aanbeveling dat in de memorie van toelichting nader wordt ingegaan op de gevolgen van de uitwisseling van gegevens in de samenwerking met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen.

Gelet op het voorgaande adviseert het NJCM het voorstel aan een kritisch onderzoek te onderwerpen en te heroverwegen.

Hoogachtend,



Marloes van Noorloos, voorzitter NJCM

Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
Postbus 778
2300 AT Leiden
Telefoon: 071-527 7748
Email: NJCM@law.leidenuniv.nl
www.njcm.nl

⁶ Article 29 Data Protection Working Party, 'Opinion 04/2014 on surveillance of electronic communications for intelligence and national security purposes', 10 april 2014, 819/14/EN WP 215, http://www.cnpd.public.lu/fr/publications/groupe-art29/wp215_en.pdf