

## **Reactie op consultatie Wet tot wijziging van de WIV**

Hierbij doe ik u graag mijn reactie toekomen op het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017.

1. Het ter consultatie voorliggende wetsvoorstel houdt in dat voortaan bij een verzoek tot uitoefening van de bevoegdheden, als bedoeld in paragraaf 3.2.5. van de WIV 2017, een beschrijving moet worden gegeven van de wijze waarop een zo gericht mogelijke inzet van de desbetreffende bevoegdheid wordt gewaarborgd. Met deze tekst zou volgens de MvT worden vastgelegd dat de inzet van bevoegdheden door de diensten zo gericht mogelijk dient te zijn.

Hierover merk ik op dat de eis waaraan een verzoek moet voldoen alleen maar iets zegt over dat verzoek maar niets over de wijze waarop het verzoek wordt afgehandeld en dus ook niet hoe die bevoegdheid wordt uitgeoefend. Als het kabinet zou willen regelen dat de bevoegdheid gericht wordt uitgeoefend, dan moet dat in het eerste lid worden toegevoegd, of als algemene bepaling in paragraaf 3.2.5. Het verzoek is slechts een aanvraag en zegt dus niets over het besluit dat daarop wordt genomen. Het hoofd van dienst kan zondermeer afwijken van het verzoek en toch een ongerichte toestemming verlenen. Aan het wetsvoorstel is dan voldaan. De opneming van de eis van gerichtheid in het tweede lid heeft dan ook geen enkel effect op de uitvoering van de bevoegdheid. De vraag is bovendien wat er verstaan moet worden onder ‘zo gericht mogelijk’. Dat is onduidelijk omdat de WIV 2017 nog steeds voorziet in de mogelijkheid metadata te verzamelen en te bewaren.

2. Het wetsvoorstel voldoet niet aan de vereisten van de e-Privacyrichtlijn (richtlijn 2002/58/EG van 12 juli 2002 (PbEU L 201/37)). Deze richtlijn is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens in verband met de levering van openbare elektronische communicatiediensten over openbare communicatienetwerken in de EU. Dit omvat zowel vaste als mobiele elektronische communicatienetwerken en een groot deel van de WIV 2017 heeft dus betrekking op deze diensten en hun aanbieders. Zowel in de WIV 2017 als in het ter consultatie voorliggende wetsvoorstel wordt met geen woord gerept over deze richtlijn. Dat is verwonderlijk omdat het Europese Hof van Justitie reeds in zijn uitspraak van 21 december 2016 in de gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15 uitdrukkelijk heeft uitgesproken dat de e-privacyrichtlijn ook van toepassing is op activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied en die welke verband houden met openbare veiligheid, defensie en staatsveiligheid. Dit betekent dat ook het Europees Handvest van toepassing is en dat de inlichtingen- en veiligheidsdiensten verplicht moeten worden te voldoen aan hetgeen daar is bepaald met betrekking tot de grondrechten van de EU-burgers. Het is onbegrijpelijk waarom het onderhavige ter consultatie voorliggende wetsvoorstel niet is gelegd naast de e-privacyrichtlijn en het Handvest. Kennelijk wordt nog steeds de onjuiste stelling betrokken dat de EU-privacyregels niet van toepassing zouden zijn op inlichtingendiensten. Voor zover het de openbare elektronische communicatienetwerken betreft, heeft het HvJ korte metten gemaakt met deze stelling, hetgeen hieronder nader wordt aangegeven.

3. De WIV 2017 bevat in artikel 48 de bevoegdheid metadata te verzamelen. De MvT bij de WIV 2017 is hierover helder: “Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat ook ex artikel 49, met ministeriële toestemming, metadata-analyse kan plaatsvinden”. Omdat het ter consultatie voorliggende wetsvoorstel geen wijziging aanbrengt in artikel 48, moet er van worden uitgegaan dat er na wijziging nog steeds metadata verzameld worden. Deze metadata kunnen vervolgens drie

jaar worden bewaard. De Wet dataretentie is echter om die reden buiten toepassing verklaard nadat het HvJ de richtlijn dataretentie buiten werking stelde. De WIV 2017 bevat dus de zelfde bevoegdheden tot verzamelen en bewaren van en toegang tot metadata als de buiten werking gestelde Wet dataretentie.

4. Het ter consultatie voorliggende wetsvoorstel houdt ten onrechte geen rekening met de beperkingen die de e-Privacyrichtlijn en het Europees Handvest oplegt aan het verzamelen en bewaren van metadata en het verlenen van toegang tot metadata. De nationale wetgever is echter verplicht om bij voorstellen tot wettelijke regels de verplichtingen van de e-privacyrichtlijn na te komen, ook als het gaat om de uitoefening van bevoegdheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Het HvJ heeft het volgende overwogen:

- 69 *Volgens artikel 1, lid 3, van deze richtlijn zijn van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten de „activiteiten van de staat” op de aldaar bedoelde gebieden, te weten met name de activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied en die welke verband houden met openbare veiligheid, defensie en staatsveiligheid, met inbegrip van het economische welzijn van de staat wanneer de activiteit verband houdt met de staatsveiligheid (zie naar analogie, met betrekking tot artikel 3, lid 2, eerste streepje, van richtlijn 95/46, arresten van 6 november 2003, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, punt 43, en 16 december 2008, Satakunnan Markkinapörssi en Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, punt 41).*
- 70 *In artikel 3 van richtlijn 2002/58 staat dat deze richtlijn van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens in verband met de levering van openbare elektronische communicatiediensten over openbare communicatienetwerken in de Unie, met inbegrip van de openbare communicatienetwerken die systemen voor gegevensverzameling en identificatie ondersteunen (hierna: „elektronische communicatiediensten”). Bijgevolg moet worden geoordeeld dat deze richtlijn de activiteiten van de aanbieders van dergelijke diensten regelt.*
- 71 *Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 staat de lidstaten toe om, met inachtneming van de aldaar geformuleerde voorwaarden „wettelijke maatregelen [te] treffen ter beperking van de reikwijdte van de in de artikelen 5 en 6, artikel 8, leden 1, 2, 3 en 4, en artikel 9 van deze richtlijn bedoelde rechten en plichten”. In artikel 15, lid 1, tweede zin, van die richtlijn worden als voorbeeld van maatregelen die de lidstaten aldus kunnen treffen, genoemd de maatregelen „om gegevens [...] te bewaren”.*
- 72 *De in artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 bedoelde wettelijke maatregelen betreffen specifieke activiteiten van de staten of van de overheidsdiensten en hebben niets van doen met de gebieden waarop particulieren activiteiten ontplooiën (zie in die zin arrest van 29 januari 2008, Promusicae, C-275/06, EU:C:2008:54, punt 51). Bovendien blijken de doelstellingen die dergelijke maatregelen volgens die bepaling moeten nastreven, in het onderhavige geval het waarborgen van de nationale veiligheid, de landsverdediging en de openbare veiligheid en het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van het elektronische communicatiesysteem, grotendeels overeen te stemmen met de doelstellingen van de in artikel 1, lid 3, van die richtlijn bedoelde activiteiten.*

73 *Gelet op de algemene opzet van richtlijn 2002/58, kan uit de in het voorgaande punt van het onderhavige arrest genoemde elementen echter niet worden afgeleid dat de in artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 bedoelde wettelijke maatregelen van de werkingssfeer van deze richtlijn zijn uitgesloten, omdat daardoor aan deze bepaling elk nuttig effect zou worden ontnomen. Deze bepaling vooronderstelt immers noodzakelijkerwijze dat de aldaar bedoelde nationale maatregelen, zoals die betreffende de bewaring van gegevens ter bestrijding van criminaliteit, binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallen, omdat in deze laatste uitdrukkelijk wordt bepaald dat de lidstaten die maatregelen slechts mogen treffen met inachtneming van de aldaar geformuleerde voorwaarden.*

5. De e-privacyrichtlijn is dus onverkort van toepassing op maatregelen die staten nemen in het kader van de staatsveiligheid. Ingevolge de e-privacyrichtlijn dienen lidstaten de onder andere de vertrouwelijkheid van de communicatie te waarborgen (artikel 5), telecommunicatiegegevens niet langer op te slaan dan noodzakelijk is voor bepaalde doeleinden (artikel 6) etc. Ingevolge artikel 15 mogen deze rechten inderdaad worden beperkt om redenen van staatsveiligheid, echter met dien verstande dat de nationale maatregelen in overeenstemming dienen te zijn met de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, met inbegrip van de beginselen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (artikel 15, eerste lid van de e-privacyrichtlijn). Het HvJ heeft in de uitspraak van 21 december 2016 suggesties gegeven hoe er 'gericht' kan worden bewaard. Zie de overwegingen 106 e.v.:

106 *Een dergelijke regeling eist geen enkel verband tussen de gegevens die moeten worden bewaard en een bedreiging van de openbare veiligheid. Zij beperkt de bewaring met name niet tot gegevens die betrekking hebben op een bepaalde periode en/of een bepaald geografisch gebied en/of een kring van personen die op een of andere wijze betrokken kunnen zijn bij een ernstig strafbaar feit, of op personen van wie de bewaring van de gegevens om andere redenen zou kunnen helpen bij de bestrijding van criminaliteit (zie naar analogie, met betrekking tot richtlijn 2006/24, arrest Digital Rights, punt 59).*

107 *Een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding gaat dus verder dan strikt noodzakelijk is, en kan niet worden beschouwd als een regeling die in een democratische samenleving gerechtvaardigd is, zoals artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58, gelezen tegen de achtergrond van de artikelen 7, 8 en 11 en artikel 52, lid 1, van het Handvest, eist.*

108 *Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58, gelezen tegen de achtergrond van de artikelen 7, 8 en 11 en artikel 52, lid 1, van het Handvest, staat daarentegen niet eraan in de weg dat een lidstaat een regeling vaststelt op grond waarvan de verkeersgegevens en de locatiegegevens ter bestrijding van zware criminaliteit preventief gericht kunnen worden bewaard, op voorwaarde dat de bewaring van die gegevens, hetzij wat de categorieën van te bewaren gegevens betreft, hetzij wat de betrokken communicatiemiddelen, personen en duur van de bewaring betreft, tot het strikt noodzakelijke wordt beperkt.*

6. Het verzamelen en bewaren van metadata is in strijd met de e-privacyrichtlijn en daardoor dus ook met het Handvest en gaat verder dan hetgeen strikt noodzakelijk is. De metadata hebben immers niet betrekking op een 'beperkte kring van personen' of een 'bepaald geografisch ge-

bied'. Dat gegevens niet anders mogen worden verzameld of bewaard dan strikt noodzakelijk, is inmiddels vaste jurisprudentie van het HvJ.

7. Op de langere termijn is de bestrijding van ernstige criminaliteit en terrorisme niet gediend met dit wetsvoorstel. Omdat het wetsvoorstel en de WIV 2017 geen enkele concrete beperking als aangegeven in de jurisprudentie van het HvJ bevat, valt te voorzien dat, net als met de wet dataretentie, deze wet vroeg of laat gedeeltelijk buiten toepassing wordt verklaard waardoor het risico bestaat dat er wederom (tijdelijk) in het geheel geen bevoegdheid tot het verzamelen van gegevens meer bestaat, hetgeen uiteraard in het geheel niet bevorderlijk is voor de bestrijding van criminaliteit en terrorisme, terwijl deze bevoegdheden (mits die niet verder gaan dan hetgeen strikt noodzakelijk is en dus gericht zijn op bepaalde groepen verdachte personen of bepaalde geografische gebieden) wel echt noodzakelijk zijn.

Om een dergelijke ongewenste situatie te voorkomen, zou het nu voorliggende wetsvoorstel zo spoedig mogelijk ingrijpend moeten worden aangepast en wel zodanig dat wél aan het Handvest en de jurisprudentie van het HvJ wordt voldaan.