

Aan:

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Bits of Freedom
Prinseneiland 97hs
1013 LN Amsterdam

David Korteweg
+31 6 2116 7110
david@bitsoffreedom.nl

bitsoffreedom.nl
IBAN: NL73 TRIO 0391 1073 80
KVK: 34 12 12 86, Amsterdam

Geachte minister Ollongren,

Bits of Freedom reageert graag op het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (hierna: 'Wiv 2017') dat ter consultatie is aangeboden.

Bij het raadgevend referendum over de Wiv 2017 stemde een meerderheid van de kiezers tegen de wet. De uitslag van het referendum reflecteert de brede maatschappelijke kritiek op onderdelen van deze wet. Met het wetsvoorstel en de op 25 april 2018 vastgestelde beleidsregels¹ (hierna: 'Beleidsregels Wiv 2017') geeft het kabinet gevolg aan de uitslag van het raadgevend referendum over de Wiv 2017.

Bits of Freedom staat positief tegenover de aangepaste bewaartermijnen in artikel 4 van de Beleidsregels Wiv 2017. Toch zijn het merendeel van de wijzigingen in het huidige wetsvoorstel en de Beleidsregels Wiv 2017 van cosmetische en redactionele aard. Hierdoor wordt onvoldoende recht gedaan aan de uitslag van het referendum en de breed gedragen kritiek die sinds aanvang van het wetgevingstraject van de Wiv 2017 is geuit.²

Bits of Freedom gaat in deze bijdrage in op de inhoudelijke wetswijzigingen van de Wiv 2017 en het daarmee samenhangende beleid. Daarbij richten we ons op de volgende punten:

- I. Adresseer de ongerichte aard van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie (hierna: 'OOG-interceptie');
- II. Beperk OOG-interceptie op de kabel tot buitenlands verkeer en digitale aanvallen;
- III. Zorg voor een wettelijke gerichtheidseis die voor alle bevoegdheden geldt; en

¹ Beleidsregels Wiv 2017, *Stcrt.* 2018, 24397.

² Zie bijvoorbeeld de vele bijdragen van onder andere Bits of Freedom tijdens de internetconsultatie van de Wiv 2017: <https://www.internetconsultatie.nl/wiv/reacties>.

IV. Stel grenzen aan de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens.

Uiteraard zijn we graag bereid om onze reactie nader toe te lichten, mocht daaraan behoefte bestaan.

Met vriendelijke groet,

David Korteweg

I. Adresseer de ongerichte aard van OOG-interceptie

1. Veel van de breed gedragen kritiek op de Wiv 2017 richt zich op de zogenaamde ‘bijvangst’ die inherent plaatsvindt bij OOG-interceptie.³ Het wetsvoorstel adresseert deze kritiek ten onrechte niet.
2. Naar zijn aard maakt OOG-interceptie het mogelijk om gegevens te onderscheppen op de kabel of via de ether die niet uitsluitend betrekking hebben op één of meerdere doelwitten van de diensten. Weliswaar vindt OOG-interceptie plaats ten behoeve van een ‘onderzoeksopdracht’, zoals bepaald in de ‘Geïntegreerde Aanwijzing’, de kring van onschuldige burgers en organisaties die geraakt kunnen worden door de inzet van deze bevoegdheid blijft onbepaald.
3. De ingevoerde gerichtheidseis beperkt mogelijk de grootte van deze kring in abstracte zin. Maar dit zal in de praktijk niet voorkomen dat met de inzet van OOG-interceptie op grote schaal en stelselmatig privégegevens van burgers verworven worden die verder geen doelwit van de diensten zijn. Het verwerven van deze gegevens door de inzet van OOG-interceptie in zijn huidige vorm is volgens Bits of Freedom niet te rechtvaardigen en in strijd met het recht op privacy.

II. Beperk OOG-interceptie op de kabel tot buitenlands verkeer en digitale aanvallen

4. Bits of Freedom verzet zich tegen OOG-interceptie. Als het kabinet er toch voor kiest om deze regeling, die naar zijn aard in strijd is met het recht op privacy, dan roept Bits Freedom het kabinet op om OOG-interceptie op de kabel te beperken tot onderzoeken naar communicatie met oorsprong en bestemming buiten Nederland of onderzoeken naar aanvallen waarbij gebruik wordt gemaakt van de Nederlandse digitale infrastructuur. Hiermee wordt opvolging gegeven aan de toezegging van het kabinet die het gaf in de brief waarin het uiteenzet welke gevolgen het verbindt aan de uitslag van het referendum:

“Het is daarom vrijwel uitgesloten dat OOG-interceptie op de kabel de komende jaren wordt ingezet voor onderzoek naar communicatie met oorsprong en bestemming in Nederland (met uitzondering van onderzoek in het kader van cyber defence, omdat bij digitale aanvallen misbruik wordt gemaakt van de Nederlandse digitale infrastructuur en OOG-interceptie op de kabel noodzakelijk kan zijn om dit te onderkennen).”⁴

5. Het kabinet erkent hier dat er geen noodzaak is, althans toont niet aan, dat OOG-interceptie op de kabel zich ook zou moeten uitstrekken tot alle binnenlandse communicatie op de kabel zonder oorsprong of bestemming in het buitenland. Dat die noodzaak hier ontbreekt, ligt ook wel voor de hand. Voor onderzoeken in Nederland beschikken de diensten immers over verschillende alternatieve, meer gerichte, bevoegdheden.

³ Artikel 48 Wiv 2017.

⁴ Kamerstukken II, 2017-2018, 34 588, nr. 70, p. 3.

6. Het kabinet moet noodzakelijkerwijs opvolging geven aan haar eigen opvatting door de reikwijdte van OOG-interceptie te beperken. Dit kan eenvoudig door in het wetsvoorstel op te nemen dat de bevoegdheid tot OOG-interceptie op de kabel zich beperkt tot onderzoeken naar communicatie met oorsprong en bestemming buiten Nederland of onderzoeken naar aanvallen waarbij gebruik wordt gemaakt van de Nederlandse digitale infrastructuur.

III. Zorg voor een wettelijke gerichtheidseis die voor alle bevoegdheden geldt

7. Met artikel I, onderdeel B, van het wetsvoorstel in samenhang met artikel 5 van de Beleidsregels Wiv 2017 beoogt het kabinet de motie Recourt⁵ – om bevoegdheden zo gericht mogelijk in te zetten – te codificeren. Maar anders dan de Memorie van Toelichting stelt, is er slechts sprake van gedeeltelijke codificatie. Ten eerste beperkt de gerichtheidseis zich slechts tot de inzet van bijzondere bevoegdheden. Ten tweede volgt de norm nog steeds niet ondubbelzinnig uit de wet zelf. Deze twee gebreken lichten we hieronder toe en zijn eenvoudig op te lossen.

Pas de gerichtheidseis toe bij de inzet van alle bevoegdheden

8. De voorgestelde gerichtheidseis moet gelden ongeacht de bevoegdheid die de diensten inzetten. Dat is op basis van het wetsvoorstel en de Beleidsregels Wiv 2017 nu ten onrechte niet het geval. Het gerichtheidsvereiste beperkt zich nu tot de inzet van bijzondere bevoegdheden. Bij de inzet van de reguliere bevoegdheid tot het inwinnen van inlichtingen via informanten (artikel 39 Wiv 2017) geldt dit vereiste volgens het wetsvoorstel en de Beleidsregels Wiv 2017 niet.⁶ Enige onderbouwing van het verschil tussen de motie Recourt en de voorgestelde codificatie ontbreekt.
9. De gerichtheidseis bepaalt, kort gezegd, dat de diensten bij het vergaren van gegevens zo min mogelijk inbreuk mogen maken op de rechten van derden. De kring van getroffen personen dient zo beperkt mogelijk te blijven. Dit speelt in het bijzonder als de diensten een bevoegdheid inzetten waarbij grote hoeveelheden gegevens verzameld worden. Daar is het risico immers groot dat inbreuk wordt gemaakt op de rechten van personen die verder geen doelwit van de diensten zijn. Via informanten kunnen de diensten ook grote hoeveelheden gegevens verzamelen. Een informant kan bijvoorbeeld datasets aan de diensten verstrekken of op afstand hiertoe realtime toegang verlenen.⁷
10. Dat de diensten in de praktijk met algemene bevoegdheden grote hoeveelheden gegevens vergaren, werd onlangs nog bevestigd in een onderzoeksrapport van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (hierna: 'CTIVD').⁸ Uit dit onderzoek kwam naar voren dat de diensten via internet een bulkdataset

⁵ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 588, nr. 66.

⁶ Bij het stelselmatig verzamelen van gegevens uit open bronnen geldt de gerichtheidseis via de kruisverwijzing in artikel 38 lid 2 Wiv 2017 wel.

⁷ Zie artikel 39 lid 3 Wiv 2017.

⁸ CTIVD, 'Toezichtsrapport 55 over het verwerven van door derden op internet aangeboden bulkdatasets door de AIVD en MIVD', 13 februari 2018.

verwierven met de persoonsgegevens van meer dan honderd miljoen personen, waaronder veel ingezetenen in Nederland.⁹

11. Voor inbreuk op de rechten van de burger maakt het niet uit op welke wijze de gegevens zijn vergaard. Het is daarom essentieel dat de eis tot een zo gericht mogelijke inzet van bevoegdheden ook expliciet geldt bij de inzet van een reguliere bevoegdheid.

Neem de gerichtheidseis expliciet als norm in de wet zelf op

12. Het wetsvoorstel introduceert uitsluitend een motivatieplicht voor de diensten over de wijze waarop aan de gerichtheidseis wordt voldaan bij de inzet van een bijzondere bevoegdheid. De gerichtheidseis zelf is niet expliciet in de wet opgenomen. Die norm staat in artikel 5 van de Beleidsregels Wiv 2017 en beperkt zich, zoals gezegd, tot de inzet van bijzondere bevoegdheden.¹⁰ Bits of Freedom pleit ervoor deze norm expliciet in de wet zelf op te nemen.
13. Het vastleggen van een norm in een beleidsregel biedt minder waarborgen dan vastlegging in een formele wet. Beleidsregels zijn immers sneller aan verandering onderhevig. Dit is eenvoudig te realiseren door de gerichtheidseis op te nemen in artikel 26 Wiv 2017. Dit zorgt bovendien voor een duidelijker en robuuster normenkader, in plaats van onnodig complexe afhankelijkheden tussen wet en beleidsregels.

IV. Stel grenzen aan uitwisseling ongeëvalueerde gegevens

14. De diensten mogen ongeëvalueerde gegevens die ze verwerven, uitwisselen met buitenlandse diensten waarmee wel (artikel 88 Wiv 2017) of geen (artikel 64 Wiv 2017) samenwerkingsrelatie bestaat. Het is positief dat het kabinet de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens die zijn verzameld via OOG-interceptie, met partnerdiensten tijdelijk verbiedt totdat de vereiste wegingsnotities uiterlijk eind dit kalenderjaar zijn vastgesteld.¹¹ Toch verandert dit in de kern niets aan de mogelijkheid ongeëvalueerde gegevens uit te wisselen.
15. De geuite kritiek op het uitwisselen van ongeëvalueerde gegevens als zodanig blijft staan. Kort gezegd brengt deze praktijk inherent grote risico's met zich mee. De gegevens zijn immers nog niet inhoudelijk geanalyseerd op relevantie op het moment van verstrekking en de controle op wat hiermee in het buitenland gebeurt, is beperkt.
16. Bits of Freedom blijft bij het standpunt dat de mogelijkheid tot uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens een stap te ver gaat en uit de Wiv 2017 geschrapt zou

⁹ Idem, p. 13.

¹⁰ De CTIVD zal deze norm toetsen: Brief CTIVD aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 26 april 2018, nr. 2018/0086.

¹¹ Artikel 2 Beleidsregels Wiv 2017 en Artikel I, onderdeel U van het wetsvoorstel.

moeten worden. Mocht het kabinet hier niet in mee willen gaan, dan zouden als alternatief op z'n minst betere grenzen moeten worden gesteld aan deze praktijk.

Voer aanvullende gerichtheidsnorm in bij uitwisseling ongeëvalueerde gegevens

17. Het uitwisselen van ongeëvalueerde gegevens zou uitsluitend betrekking mogen hebben op datasets waarbij het risico minimaal is dat het gegevens bevat van burgers die geen doelwit zijn. Zolang de diensten niet aan deze norm kunnen voldoen, mogen de verworven gegevens niet ongeëvalueerd uitgewisseld worden met buitenlandse diensten. In essentie is deze norm een aanvulling op de gerichtheidsnorm waarmee de uitwisseling van gegevens nader wordt ingekaderd.
18. Deze norm zou een deel van de risico's kunnen beperken, terwijl het niet alle varianten van deze vorm van gegevensuitwisseling uitsluit. In de praktijk betekent dit bijvoorbeeld dat de ongeëvalueerde gegevens die op een harde schijf van een doelwit staan, onder omstandigheden wel uitgewisseld zouden kunnen worden als aan deze norm wordt voldaan.
19. Bits of Freedom pleit voor de invoering van deze norm in de wet zelf. De betrokken minister zou deze norm moeten meewegen bij haar oordeel om toestemming te verlenen voor het uitwisselen van ongeëvalueerde gegevens. De diensten zullen dan uiteraard vooraf moeten motiveren dat zij aan deze norm voldoen.

Introduceer onafhankelijke toetsing vóór de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens

20. Op dit moment geldt er een meldplicht aan de CTIVD zodra ongeëvalueerde gegevens uitgewisseld worden met een partnerdienst. Dit faciliteert het toezicht achteraf. Een voorafgaande toets door een onafhankelijke instantie, zoals de toetsingscommissie inzet bevoegdheden (hierna: 'TIB'), ontbreekt.
21. Voorafgaand onafhankelijk toezicht is juist essentieel in deze context. Het gaat hier immers om een handeling waarbij het risico op onterechte inbreuken op de rechten van burgers groot is en het toezicht en de handhaving *nadat* gegevens zijn uitgewisseld beperkt is. De vereiste voorafgaande ministeriële toestemming kan hiermee niet worden gelijkgesteld. De positie van de minister als eindverantwoordelijke van de betrokken dienst is immers een andere dan die van de TIB of de rechter.
22. Bits of Freedom pleit daarom voor de invoering van een aparte rechtmatigheidstoets door de TIB voordat ongeëvalueerde gegevens uitgewisseld kunnen worden. Dit maakt het ook mogelijk om naleving van de voorgestelde aanvulling op de gerichtheidsnorm onafhankelijk te toetsen vóórdat gegevens in het buitenland belanden.

Trek meldplicht aan CTIVD gelijk voor alle situaties

23. Artikel 3 van de Beleidsregels Wiv 2017 schrapt de beperking op de meldplicht aan de CTIVD bij het uitwisselen van ongeëvalueerde gegevens met een partnerdienst. Die meldplicht geldt op basis van artikel 89, lid 2 Wiv alleen voor de gegevens die de diensten verwerven via OOG-interceptie. Het schrappen van deze beperking juicht Bits of Freedom toe. De meldplicht moet immers gelden bij het uitwisselen van ongeëvalueerde gegevens, ongeacht de wijze waarop de diensten gegevens verwerven. Dit bevordert het toezicht achteraf door de CTIVD.
24. Bits of Freedom pleit ervoor dat deze uitbreiding van de meldplicht geldt als ongeëvalueerde gegevens uitgewisseld worden met buitenlandse diensten zonder samenwerkingsrelatie.¹² Juist in situaties waarin er géén samenwerkingsrelatie bestaat en dus geen wegingsnotitie is vastgesteld, zijn de risico's nog groter en is effectief toezicht essentieel. De uitbreiding van de meldplicht moet daarom gelijk worden getrokken voor alle situaties waarin ongeëvalueerde gegevens met het buitenland worden uitgewisseld.
25. Het gelijktrekken van de meldplicht dient bovendien in de wet zelf te worden vastgelegd. Dat is eenvoudig te realiseren door de volgende tekst te schrappen uit het derde lid van artikel 64 Wiv 2017 en het tweede lid van artikel 89 Wiv 2017: “[...], indien deze betrekking heeft op gegevens die zijn verworven met toepassing van de bevoegdheid, bedoeld in artikel 48, eerste lid, [...]”. Dit maakt artikel 3 van de Beleidsregels 2017 overbodig en legt de meldplicht duurzaam en helder vast.

¹² Dit is mogelijk op grond van artikel 64 Wiv 2017.