

Evaluatie Wiv 2017: betere uitvoerbaarheid, ten koste van privacy?

prof. mr. dr. J.J. Oerlemans en mr. dr. Q.A.M. Eijkman¹

1. Inleiding

Twee jaar na de inwerkingtreding van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) is de evaluatie van start gegaan. Deze vervroegde² wetsevaluatie is oorspronkelijk geïnitieerd vanwege de uitslag van het raadgevend referendum over de Wiv 2017. 49,44% van de kiezers heeft tegen de Wiv 2017 gestemd, 46,53% voor, en 4,03% blanco.³ Uit het maatschappelijk debat rondom het raadgevend referendum bleek dat mensen zich met name zorgen maakten over privacy en dan specifiek over de uitbreiding van de bevoegdheid tot bulkinterceptie naar de kabel ten behoeve van de interceptie van internetverkeer (het 'sleepnet' genoemd). Dit bleek ook onder andere uit de 'Privacy Impact Assessment' (PIA) uit 2016 van het wetsvoorstel, waarvan slechts enkele aanbevelingen in de wet zijn opgenomen.⁴

Net voor de start van de evaluatie van de Wiv 2017 vond in 2019 een kentering in het debat plaats. Het voormalige hoofd van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) Dick Schoof waarschuwde op 6 februari 2019 in het programma Nieuwsuur dat de 'operationele slagkracht niet overheerst mag worden door de administratieve last die ontstaat door de nieuwe wetgeving'.⁵ Kort daarop vroegen

Kamerleden van CDA- en VVD-fractie zich af 'of de genomen maatregelen werkbaar blijven voor de diensten' en 'hoe de disproportionele bureaucrativering van het werk van de diensten wordt tegengegaan'.⁶ De invloed op de operationele slagkracht van de Wiv 2017 is door de Algemene Rekenkamer speciaal onderzocht. De Algemene Rekenkamer concludeert dat: (1) de nieuwe waarborgen in de Wiv 2017 de inzet van bepaalde bijzondere bevoegdheden het verzamelen van inlichtingen en de snelheid in internationale samenwerking beperken en (2) er een toename is van administratieve lasten, waardoor bij gelijkblijvende capaciteit minder tijd overblijft voor het uitvoeren van onderzoek in het belang van de nationale veiligheid.⁷

Mede als gevolg van deze kentering in het debat van privacy naar zorgen over administratieve lasten, kreeg de Commissie Evaluatie Wiv 2017 (hierna: de Commissie Jones-Bos naar haar voorzitter⁸) expliciet de opdracht te onderzoeken 'of de wet in de praktijk een werkbaar instrument is gebleken voor de taakuitvoering van de diensten' en 'de knel- en aandachtspunten in de toepassingspraktijk van de wet' te onderkennen.⁹ Op 20 januari 2021 heeft de Commissie Jones-Bos een lijvig rapport (180 pagina's) afgeleverd.¹⁰ Een groot deel van de aanbevelingen streven een 'werkbaarder wet' na, soms ten koste van

1. Jan-Jaap Oerlemans is bijzonder hoogleraar Inlichtingen en Recht aan de Universiteit Utrecht en senior onderzoeker bij de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD). Quirine Eijkman is lector Toegang tot het Recht aan het Kenniscentrum Sociale Innovatie (KSI) van de Hogeschool Utrecht en ondervoorzitter Onderzoek & Advies bij het College voor de Rechten van de Mens. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.
2. De Wiv wordt standaard na vijf jaar geëvalueerd (art. 167 Wiv 2017).
3. *Kamerstukken II 2017/18*, 34588, nr. 70.
4. B.J. Koops, A. Roosendaal, E. Kosta, M. van Lieshout & E. Oldhoff, *Privacy Impact Assessment Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20XX*, TNO/PILab 2016 (hierna: Koops e.a. 2016). *Kamerstukken II 2015/16*, 33820, nr. 7.
5. Nieuwsuur, 'Reportage en gesprek: Dick Schoof over de AIVD', 6 februari 2019 (vanaf 18 minuten). Zie ook Huib Modderkolk, 'AIVD ontevreden over nieuwe toezichthouder die oordeelt over tappen, hacken en af luisteren', *De Volkskrant*, 21 november 2019 en Huib Modderkolk, 'Nog steeds wrevel over de 'sleepwet': geklaag bij geheime diensten, zorgen bij toezichthouder', *De Volkskrant*, 8 september 2020.

6. *Kamerstukken II 2019/20*, 35242, nr. 6.
7. Algemene Rekenkamer, *Operationele Slagkracht van de AIVD en MIVD: De Wet Dwingt, de Tijd Dringt, de Praktijk Wringt*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2021.
8. Renée Jones-Bos is oud-mensenrechtenambassadeur en oud-ambassadeur in Washington DC en Moskou, waar zij enige ervaring met inlichtingen- en veiligheidsdiensten heeft kunnen opdoen. De andere commissieleden hadden expertise op het staats- en bestuursrecht, internationale samenwerking, telecommunicatierecht en mensenrechten, en de operationele praktijk. Zie *Strct.* 2020, nr. 21256 voor het instellingsbesluit.
9. Als derde opdracht kreeg de evaluatiecommissie, de Commissie Jones-Bos, de opdracht te onderzoeken of de wet datgene heeft gebracht wat de wetgever daarmee voor ogen had (realisatie van de doelstellingen van de wet).
10. *Kamerstukken II 2020/21*, 34588, nr. 88 (Evaluatie 2020: Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv) 2017).

reeds bestaande (privacy)waarborgen. Het demissionaire kabinet heeft inmiddels gereageerd. Zij omarmt de aanbevelingen en is voornemens alle 57 aanbevelingen als basis voor een voorstel tot wetswijziging te gebruiken.¹¹

Dit artikel verkent wat de gevolgen van een aantal van deze voorstellen kunnen zijn voor het recht op privacy van personen die betrokken kunnen raken bij de uitvoering van de Wiv 2017. Het artikel richt zich in het bijzonder op de manier waarop bulkdatasets worden verzameld en hoe data-analyse is geregeld. Paragraaf 2 bespreekt de voorstellen omtrent de verzameling van 'bulkdatasets', terwijl paragraaf 3 ingaat op de voorstellen omtrent 'geautomatiseerde data-analyse'. De reflectie volgt in paragraaf 4.

2. De verzameling van 'bulkdatasets'

In de Wiv 2017 ging de maatschappelijke discussie voornamelijk over de uitbreiding van bulkinterceptie naar het onderscheppen van communicatie op de kabel om daarmee meer internetverkeer te verzamelen. Dit wordt in de wet de 'onderzoeksopdrachtgerichte interceptie' genoemd. Na advies door de Commissie Dessens in 2013, heeft de wetgever in artikel 48-50 Wiv 2017 een regeling gecreëerd met een stelsel van drie bijzondere bevoegdheden die zien op de interceptie (artikel 48), optimalisatie van de interceptie en het onderzoek van de gegevens (artikel 49) en de kennisname van de inhoud en analyse van de metadata uit de communicatie (artikel 50 Wiv 2017).¹² Voor elk van deze fasen moet vooraf toestemming worden verkregen van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) of Defensie en voert de nieuwe 'Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden' (TIB) een rechtmatigheidstoets uit. De rechtmatigheid van de verwerking van de gegevens wordt bovendien gecontroleerd door de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) die - in tegenstelling tot de TIB - geen 'bindende bevoegdheid' bij deze toezichtstaak heeft. Het huidige stelsel voor bulkinterceptie in de Wiv 2017 voldoet volgens ons aan de vereisten van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) die heeft uitgewerkt in haar jurisprudentie.¹³

11. *Kamerstukken II 2020/21*, 34588, nr. 89 (Kabinetsreactie naar aanleiding van de Evaluatie van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv) 2017).
12. Zie hierover, onder andere, P.J.F. Koop, 'De Snowden-ont-hullingen en ongerichte interceptie onder de Wiv 2017', *Justitiële verkenningen* 2018, nr. 1, p. 133-147 en J.J. Oerlemans & M. Hagens, 'De Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017: een technologisch gedreven wet', *Computerrecht* 2018/111, p. 130-141. Deze drie fasen binnen het stelsel van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie zijn enigszins kunstmatig en in de praktijk diffuser dan op papier (zie ook Koops *e.a.* 2016, pp. 131 en 149).
13. Zie J.J. Oerlemans & M. Hagens, 'Privacy en bulkinterceptie in de Wiv 2017', *Ars Aequi* 2019/7, p. 560-568.

Uit rapporten van de toezichthouder op de AIVD en de MIVD blijkt echter dat in de praktijk 'de diensten' ook andere vormen van 'bulk' (zeer grote hoeveelheden gegevens) verzamelen met de inzet van andere bevoegdheden.¹⁴ Het gaat daarbij om de inzet van de 'informantenbevoegdheid' en de 'hackbevoegdheid'. Ook verschillende 'stakeholders', onder wie een coalitie van NGO's en het College voor de Rechten van de Mens, hebben hiervoor aandacht gevraagd.¹⁵

2.1. De informantenbevoegdheid

Met de inzet van de informantenbevoegdheid is in het verleden bijvoorbeeld een bulkdataset van 'meer dan honderd miljoen personen' verzameld van internet, 'waaronder van veel Nederlanders'.¹⁶ Ook heeft de AIVD via de Koninklijke Marechaussee structureel passagiersgegevens van luchtvaartmaatschappijen verzameld waardoor in de loop der jaren een bulkdataset is ontstaan.¹⁷ Bulkdatasets zijn zo groot dat het merendeel van de mensen in deze sets niet onder de aandacht van de diensten staan en dat ook nooit zullen staan.

Eerder is betoogd dat de regeling van de informantenbevoegdheid (artikel 39 Wiv 2017) niet voldoet, omdat de wettelijke regeling onvoldoende voorzienbaar is voor burgers (mensen denken eerder aan een individu die op vrijwillige basis gegevens verstrekt) en de inzet van de bevoegdheid meer waarborgen verdient, vanwege de grote hoeveelheden gegevens die worden verzameld.¹⁸

2.2. De hackbevoegdheid

De hackbevoegdheid bestaat al als bijzondere bevoegdheid voor de AIVD en de MIVD sinds de Wiv 2002. In de afgelopen tijd is het een steeds belangrijker inlichtingenmiddel geworden. In de memorie

14. Zie CTIVD-rapport nr. 55 (2018) over het verwerven van door derden op internet aangeboden bulkdatasets, CTIVD-rapport nr. 70 (2021) over het verzamelen van bulkdatasets met de hackbevoegdheid en CTIVD-rapport nr. 71 (2020) over het verzamelen en verder verwerken van passagiersgegevens van luchtvaartmaatschappijen.
15. NGO's versus de Staat der Nederland (2018), *Dagvaarding Kort Geding Tegen de Sleepwet*, pp. 16-21, College voor de Rechten van de Mens, 'Observaties bij de Toepassing op de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017)', Utrecht: College voor de Rechten van de Mens 2020, p. 4-5.
16. CTIVD-rapport nr. 55 (2018), p. 11.
17. Zie CTIVD-rapport nr. 71 (2020).
18. Zie Q. Eijkman, N. van Eijk & R. van Schaik, *Dutch National Security Reform Under Review: Sufficient Checks and Balances in the Intelligence and Security Services Act 2017?*, Amsterdam / Utrecht: Instituut voor Informatierecht UvA / Hogeschool Utrecht KSI 2018, CTIVD-rapport nr. 71 (2020), College voor de Rechten van de Mens (2020), en J.J. Oerlemans, 'Grenzen stellen aan datahonger. De bescherming van de nationale veiligheid in een democratische rechtsstaat', inaugurele rede, Universiteit Utrecht 2020.

van toelichting op de Wiv 2017 wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat 'bij targets van de diensten toegang tot de smartphone of tablet tegenwoordig vaak relevanter is dan bijvoorbeeld het binnentreden in een woning of het inzetten van een telefoontap'.¹⁹

In de praktijk gaat het echter niet altijd om het hacken van een specifieke computer of telefoon van een target, maar vinden hacks ook plaats in een netwerk-omgeving.²⁰ In haar eerste jaarverslag wijst de TIB er op dat bij de inzet van de hackbevoegdheid ook in bulk gegevens worden verkregen. In dat geval richt de hackbevoegdheid zich op bijvoorbeeld een (internet)dienstverlener, die als 'derde' in de zin van artikel 45 Wiv 2017 wordt aangemerkt.

De TIB wijst er op dat de wetssystematiek en waarborgen die gelden bij bulkinterceptie niet hetzelfde zijn als bij dergelijke 'bulk hacks' met de inzet van de hackbevoegdheid. Het ontbreekt daarbij bijvoorbeeld aan de bijzondere bevoegdheden voor de selectie van de inhoudelijke gegevens en metadata-analyse in de verwerkingsfase van de gegevens. In CTIVD-rapport nr. 70 (2020) over het verzamelen van bulkdatasets met de inzet van de hackbevoegdheid benadrukt de toezichthouder dat bulkdatasets van grote waarde zijn voor de taakuitvoering van de AIVD en de MIVD, maar ook een ernstige privacy-inmenging inhouden en een beter voorzienbare regeling met meer waarborgen in de verwerkingsfase van gegevens verdienen.

2.3. Analyse voorstellen Commissie Jones-Bos

De Commissie Jones-Bos doet de aanbeveling een aparte regeling te creëren voor het verzamelen en verder verwerken van bulkdatasets in een gewijzigde Wiv (de 'bulkparagraaf', aanbeveling 1 en 2).²¹ De evaluatiecommissie voorziet daarbij een tweedeling in bulkdatasets, 'registerbulkdatasets' en 'gedragsbulkdatasets' die op een andere manier een inbreuk maken op het recht op privacy (aanbeveling 15).²²

Onder register-bulkdata verstaat de Commissie Jones-Bos een bulkdataset met identificerende kenmerken die beschrijven wie of wat iemand is. Daarbij kan worden gedacht aan postcodes, geboortgegevens en paspoortnummers, e-mailadressen, een bulkregister van een telecomaandbieder, en basisregistraties van de overheid zoals het Handelsregister van de Kamer van Koophandel.²³

Onder gedrags-bulkdata verstaat de Commissie Jones-Bos bulkdata die niet enkel uit identificerende kenmerken bestaan, maar ook uit gedragsgegevens bestaat (niet wat iemand *is*, maar wat iemand *doet*). Gedacht kan worden aan passagiersgegevens over welke tijd en waar iemand heen vliegt en telefonieverkeersgegevens.²⁴

De commissie legt uit dat de diensten deze register-bulkdata van andere overheidsorganen nodig hebben om het beeld van personen in onderzoek zo volledig mogelijk te maken. De evaluatiecommissie stelt ook voor één grondslag te creëren voor het verkrijgen van deze bulkdatagegevens van Nederlandse medeoverheden, met als extra waarborg een toets van de betrokken minister (aanbeveling 3).²⁵

Het gevolg van aanbeveling 3 zou zijn dat het verzamelen van bulkdatasets van medeoverheden nog steeds niet als bijzondere bevoegdheid wordt aangemerkt en de TIB dus geen toets op rechtmatigheid uitvoert. Dat is wellicht vreemd, gezien de ernstige inbreuk op privacy die zich voordoet bij de verwerking van een grote hoeveelheid gegevens, waarbij het merendeel van de personen niet onder de aandacht staat van de diensten en dat ook nooit zullen staan.²⁶ Tegelijkertijd blijkt uit jurisprudentie ook dat het bewaren en verwerken van gebruikersgegevens bij telecommunicatie geen bijzonder ernstige privacy-inmenging met zich meebrengt, waardoor het niveau van toestemming wellicht toch is te rechtvaardigen voor registerbulkdatasets.²⁷

Wel ontbreekt het volgens ons aan een voldoende uitwerking van een nieuwe regeling voor het opvragen van bulkdatasets bij medeoverheden. Moeten alle overheidsinstanties de gegevens straks *verplicht* afgeven of op vrijwillige basis, zoals in de huidige regeling van de informantenbevoegdheid? Een verplichte afgifte van gegevens komt neer op een flinke uitbreiding van de bevoegdheden van de AIVD en de MIVD, waarover voldoende maatschappelijk debat moet zijn en de gevolgen (ook voor toezicht) moeten worden overwogen. Voor een dergelijke uitbreiding van bevoegdheden voor de politie in het strafrecht was destijds speciaal de Commissie Mevis ingesteld.²⁸ Kortom, het ontbreekt aan een verdere

19. Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 75.

20. TIB jaarverslag 2018/19, p. 12-13. Zie ook de reactie van J.V.J. van Hoboken en M.R. Koot op de internetconsultatie van de Wiv 2017, p. 5 en Huib Modderkolk, 'Waarom kwam de Britse geheime dienst zo makkelijk weg met het hacken van Belgacom?', *De Volkskrant*, 17 februari 2018.

21. Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 50.

22. Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 42-47 en p. 59-66.

23. Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 43.

24. Idem.

25. Voor bulk hacks en bulkinterceptie gelden de bestaande voorwaarden voor de inzet van bijzondere bevoegdheden voor het verzamelen van de gegevens (inclusief toestemming van de TIB).

26. Daarbij kan een vergelijking worden gemaakt met de overwegingen over de ernst van privacy-inmenging in jurisprudentie over de bewaarplicht van gegevens, zoals in HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (*La Quadrature du Net e.a./Frankrijk*).

27. *La Quadrature du Net e.a.*, par. 152 en 157. Zie in vergelijkbare zin over de ernst van de privacy-inbreuk EHRM 30 januari 2020, nr. 50001/12, ECLI:CE:ECHR:2020:0130JUD005000112 par. 92 en 94 (*Breyer t. Duitsland*).

28. Zie het rapport van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij, 'Gegevensvergaring in strafvordering. Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek', mei 2001.

uitwerking van deze aanbeveling. De wetgever zal zich hier verder over moeten buigen, hopelijk met inbreng vanuit de wetenschap en het maatschappelijk middenveld.

Naast een nieuwe regeling ligt er een probleem met betrekking tot de bewaartermijn van gegevens die worden verzameld met de inzet van een bijzondere bevoegdheid. Normaal gesproken moeten gegevens "zo spoedig mogelijk" en na maximaal anderhalf jaar op relevantie worden beoordeeld.²⁹ Gegevens die niet op relevantie zijn onderzocht of niet-relevant worden geacht, moeten worden vernietigd. Gegevens die wel op relevantie zijn beoordeeld en bewaard worden, moeten worden verwijderd als deze 'niet meer van betekenis zijn'.³⁰ In dit 'betekenisregime' kent de Wiv 2017 geen maximale bewaartermijn.

Registerbulkdatasets zijn echter datasets die voor de langere termijn operationeel van waarde zouden kunnen zijn voor de diensten.³¹ De CTIVD heeft ook aangegeven dat bulkdatasets een grote operationele waarde kunnen hebben voor de diensten en van tevoren vaak niet goed is vast te stellen hoe lang de gegevens bewaard moeten worden, omdat de operationele levensduur van een bulkdataset pas echt duidelijk wordt gedurende de verdere verwerking van de gegevens in de bulkdataset. Mede op basis van de ervaringsleer uit het voorgaande jaar, kan gemotiveerd worden waarom de verlenging noodzakelijk, proportioneel en subsidiair is.³² Een relevantietoets binnen anderhalf jaar is in de praktijk vaak te kort voor de diensten.³³

De Commissie Jones-Bos stelt hierover voor dat binnen drie jaar de relevantie van de bulkdata moet worden beoordeeld, in lijn met de bewaartermijn die geldt voor bulkinterceptie (aanbeveling 12-14).³⁴ Vervolgens stelt de evaluatiecommissie echter stelt dat de bulkdatasets na maximaal drie jaar (bijna) in hun geheel op relevantie beoordeeld mogen worden, afhankelijk van hun "operationele waarde" (aanbeveling 15). De operationele waarde kan kwalitatief worden onderbouwd (zoals belang voor specifieke onderzoeken, relatie tot landen/regio's in de Geïntegreerde Aanwijzing), of kwantitatief (zoals hoe vaak en wanneer geraadpleegd, door hoeveel teams). Echter, ons inziens wordt de termijn van drie jaar om de gegevens op relevantie te beoordelen hoogstwaarschijnlijk een wassen neus. Er is bijvoorbeeld een aanzienlijke kans dan de gegevens bijna in hun geheel relevant worden verklaard en daarna zonder maximale bewaartermijn worden bewaard.

3. Regulering van de analyse van gegevens

Eén van de meest elementaire bevoegdheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten is de bevoegdheid om gegevens te verwerken, op voorwaarde dat dit in het kader van de uitvoering van hun taken plaatsvindt.³⁵ Het doel is de gegevens te analyseren, zodat er bruikbare informatie ontstaat, waarmee de nationale veiligheid en de democratische rechtsstaat kan worden beschermd.

Met de Wiv 2017 is een bijzondere bevoegdheid geïntroduceerd voor de analysefase van de gegevens uit bulkinterceptie (artikel 50 lid 1 Wiv 2017), namelijk voor de kennisname van de inhoud van communicatie uit bulkinterceptie (de 'selectiebevoegdheid') en voor de analyse van de metadata uit die communicatie ('metadata-analyse').³⁶ Ook kwam er een aparte bijzondere regeling voor 'geautomatiseerde data-analyse' (artikel 60 Wiv 2017). Voor de inzet van de bevoegdheid in artikel 60 Wiv 2017 is in tegenstelling tot de selectiebevoegdheid en metadata-analyse uit bulkinterceptie (artikel 50 Wiv 2017) geen toestemming van een verantwoordelijke ministers of een rechtmatigheidsstoets door de TIB vereist.

In de praktijk blijkt de toepassing van met name de bijzondere bevoegdheid voor metadata-analyse uit bulkinterceptie een uitdaging. De toezichthouders verschillen met de diensten van mening over waar de bijzondere bevoegdheid tot metadata-analyse in artikel 50 Wiv 2017 aan moet voldoen.³⁷ Als gevolg van deze discussie is de bijzondere bevoegdheid tot metadata-analyse in de praktijk nauwelijks ingezet, omdat er geen toestemming voor de inzet werd verkregen.³⁸ Hoewel de evaluatiecommissie dat niet zo verwoord is deze 'impasse' onwenselijk, omdat de verwerking van gegevens noodzakelijk is voor een goede taakuitvoering van de AIVD en de MIVD (kortgezegd: de bescherming van de nationale veiligheid). In deze paragraaf wordt eerst de regeling voor metadata-analyse uiteengezet en worden daarna de voorstellen van de Commissie Jones-Bos besproken.

3.1. Metadata-analyse

Metadata-analyse is de verwerking van gegevens uit communicatie die niet de inhoud van communicatie betreffen.³⁹ Aan de hand van metadata kan worden vastgesteld of tussen telefoontoestellen contact is geweest, of e-mailadressen met elkaar verband houden, of IP-adressen met elkaar in contact staan en

29. Artikel 27 Wiv 2017.

30. Zie artikel 20 Wiv 2017.

31. Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 43-47 en 66.

32. Zie CTIVD-rapport nr. 70 en 71 (2020) en de reactie van de CTIVD op de wetsevaluatie van 11 augustus 2020.

33. Zie CTIVD-rapport nr. 69 (2020), Voortgangsrapportage IV over de implementatie van de Wiv 2017, p. 10 en Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 65.

34. Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 64.

35. Art. 17 Wiv 2017. De taken van de AIVD staan omschreven in artikel 8 Wiv 2017. De taken van de MIVD staan omschreven in artikel 10 Wiv 2017.

36. Zie Oerlemans & Hagens 2019.

37. Zie Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 71-72

38. Idem. Zie ook CTIVD-rapport nr. 62 (2019) en 69 (2020) (Voortgangsrapportage II en IV Implementatie Wiv 2017); Algemene Rekenkamer (2021), p. 45.

39. *Kamerstukken II 2016/17*, 34588, nr. 3, p. 111.

wanneer dat heeft plaatsgevonden, welke websites vanaf een pc zijn bezocht, en waar een communicatiemiddel zich op een bepaald moment bevond.⁴⁰

In de Wiv 2002 was het analyseren van metadata 'lastenvrij', wat wil zeggen dat hiervoor geen bijzondere bevoegdheden met een voorafgaande toets op noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit was vereist.⁴¹ In de Wiv 2017 is het gebruik van metadata-analyse uit bulkinterceptie in artikel 50 lid 1 sub b als bijzondere bevoegdheid geregeld.⁴² Het regelen van metadata-analyse als bijzondere bevoegdheid werd door de wetgever noodzakelijk geacht vanwege de ernstige privacy-inbreuk die zich voordoet bij metadata-analyse.⁴³ Ook de persoonlijke gegevens van andere personen, die geen target zijn, kunnen immers onderdeel vormen van de dataset.

Uit jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in (onder andere) de zaken *Liberty e.a.*,⁴⁴ *Brother Watch e.a.*⁴⁵ met betrekking tot bulkinterceptie en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in de zaken *Digital Rights*,⁴⁶ *Tele2 Sverige en AB/Watson*,⁴⁷ *Privacy International*,⁴⁸ en de samengevoegde zaken van *La Quadrature du Net e.a.*⁴⁹ met betrekking tot (bulk)-dataretentie, volgt dat metadata-analyse, waarmee de contacten, bewegingen, internetgeschiedenis en communicatiepatronen van personen in kaart kunnen worden gebracht, een zwaarwegende inbreuk in het recht op privacy inhoudt. Daar moeten voldoende waarborgen en toezicht tegenover staan om misbruik van overheidsmacht te voorkomen.

Het regelen van deze specifieke verwerking van gegevens als bijzondere bevoegdheid in artikel 50 lid 1

sub b Wiv 2017 dient de voorzienbaarheid van wetgeving door de reikwijdte en voorwaarden van de inzet van het inlichtingenmiddel in de wet op te nemen. Voor metadata-analyse uit bulkinterceptie is toestemming van de verantwoordelijke minister van BZK of Defensie vereist, voor zover de metadata-analyse is gericht op het identificeren van personen of organisaties. Bij de inzet van deze bijzondere bevoegdheid voert de TIB een rechtmatigheidsoordeel uit op de verleende toestemming van de minister. De TIB toetst op de algemene vereisten bij de inzet van bijzondere bevoegdheden op (1) de noodzaak, (2) de proportionaliteit, (3) de subsidiariteit, en (4) het gerichtheidsvereiste bij de inzet van bijzondere bevoegdheden.⁵⁰ De Wiv 2017 kent hiernaast een bijzondere bevoegdheid om van de inhoud van de communicatie uit bulkinterceptie kennis te nemen (art. 50 lid 1 sub a Wiv 2017). Deze bijzondere bevoegdheid wordt 'selectie' genoemd.⁵¹

De aanvragen voor de inzet van bijzondere bevoegdheden moeten ook voldoen aan de vereisten in de bijzondere bevoegdheid zelf. De aanvraag tot inzet van de bijzondere bevoegdheid tot metadata-analyse moet ook een aanduiding bevatten van (a) de toe te passen vorm van geautomatiseerde data-analyse en (b) de gegevensbestanden die in de geautomatiseerde data-analyse worden betrokken.⁵² De toestemming kan worden verleend voor een periode van twaalf maanden en telkens op verzoek voor eenzelfde periode worden verlengd.

Het probleem is dat de bijzondere bevoegdheid van metadata-analyse in de Wiv 2017 nauwelijks werkbaar is. In de praktijk blijkt dat het voor de AIVD en de MIVD lastig is goede aanvragen te formuleren voor de inzet van de bijzondere bevoegdheid van metadata-analyse uit bulkinterceptie.⁵³ Dat kan op verschillende manieren worden verklaard.

De Commissie Jones-Bos wijdt dit aan onduidelijkheid over het begrip 'geautomatiseerde data-analyse'.⁵⁴ Ons inziens is duidelijk wat onder metadata-analyse uit bulkinterceptie moet worden verstaan, met inbegrip van 'contact chaining', maar het

40. Idem.

41. Zie CTIVD-rapport nr. 38 (2014) over gegevensverwerking op het gebied van telecommunicatie door de AIVD en de MIVD, p. 14 (hierna: CTIVD-rapport nr. 38 (2014)).

42. Zie uitgebreid J.J. Oerlemans (2020), 'Metadata-analyse in de Wiv 2017', *Privacy & Informatie* 2020, nr. 6, p. 260-267. Enkele paragrafen uit dit artikel komen overeen met de voorgenoemde publicatie.

43. *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 111.

44. EHRM 1 juli 2008, nr. 58243/00, ECLI:CE:ECHR:2008:0701JUD005824300, par. 69 (*Liberty e.a./Verenigd Koninkrijk*).

45. EHRM 13 september 2018, nr. 58170/13, 62322/14, 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013, par. 356-357 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*). Zie ook de Grote Kamer uitspraak in EHRM 25 mei 2021, nrs. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013, par. 342 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*).

46. HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, par. 27 (*Digital Rights/Ierland*).

47. HvJ EU 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:572 en ECLI:EU:C:2016:970, par. 99 (*Tele2 Sverige AB en Watson*).

48. HvJ EU 6 oktober 2020, C-623/17, ECLI:EU:C:2020:790, par. 70-73 (*Privacy International/Verenigd Koninkrijk*).

49. HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791, par. 117 en 153 (*La Quadrature du Net e.a./Frankrijk*), *JBP* 2021/1, m.nt. J.J. Oerlemans & M. Hagens.

50. Zie artikel 26 en artikel 29 Wiv 2017. Naar aanleiding van het raadgevend referendum en ter uitvoering van de motie Recourt is in artikel 5 Beleidsregels Wiv 2017 het gerichtheidsvereiste als extra eis geformuleerd bij de verzameling van gegevens met de inzet van bijzondere bevoegdheden *Kamerstukken II* 2017/18, 34588, nr. 70.

51. Zie uitgebreid CTIVD-rapport nr. 64 (2019) over de inzet van de bijzondere bevoegdheid tot selectie door de AIVD en de MIVD.

52. In de memorie van toelichting staat aangegeven dat in de praktijk de metadata wordt gecorreleerd met andere gegevensbestanden die de diensten ter beschikking hebben. Het is volgens de toelichting van belang deze gegevensbestanden te duiden, voor de toetsing aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit te toetsen (*Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 112).

53. Zie CTIVD-rapport nr. 69 (2020) (Voortgangsrapportage IV Implementatie Wiv 2017) (augustus 2020).

54. Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 71. Zie ook Algemene Rekenkamer (2021), p. 45-46.

is voorstelbaar dat het lastig is van te voren toestemming aan te vragen en aan alle voorwaarden van het artikel te voldoen. Het is op voorhand niet goed in te schatten hoe het proces van data-analyse verloopt en welke bestanden of applicaties moeten worden gebruikt om de doelstelling van data-analyse te bereiken, terwijl dit wel door de wet wordt vereist.

3.2. Analyse voorstellen Commissie Jones-Bos

De evaluatiecommissie, de Commissie Jones-Bos, stelt voor de voorafgaande toestemming en de bijzondere bevoegdheid voor metadata-analyse én selectie uit bulkinterceptie (artikel 50 Wiv 2017) te schrappen en hier een interne bevoegdheid van te maken (aanbeveling 8 en 18).⁵⁵

Hoewel er best veel te zeggen valt voor het aanpassen van de bijzondere bevoegdheid voor metadata-analyse, is het vervangen van de bijzondere bevoegdheid door een interne bevoegdheid van de AIVD en MIVD zonder onafhankelijke toets vooraf naar onze mening een te grote stap. Deze aanpassing, in combinatie met andere voorgestelde beperkingen van de huidige wijze waarop de TIB haar toets uitvoert, gaat volgens de voorzitter van de TIB zelfs zo ver dat de voorafgaande toets wordt 'uitgehouden'. Zij dreigt haar functie neer te leggen bij aanpassing van de wetgeving op basis van de aanbevelingen.⁵⁶ Zeker gezien het belang dat daar aan de onafhankelijke toets werd gehecht in de discussie voorafgaande aan het referendum van de Wiv 2017 is dit opmerkelijk.⁵⁷

Een alternatief is de selectiebevoegdheid inderdaad in te voeren voor bulkbevoegdheden met een voorafgaande toets van de TIB op de personen, organisaties of onderwerpen waar de bevoegdheid zich op richt, tezamen met de technische kenmerken die daarbij horen.⁵⁸ In samenspraak met de CTIVD kan hier toezicht op worden gehouden, waarbij ook overwogen moet worden de CTIVD een bindende bevoegdheid te geven om onrechtmatige gegevensverwerking na een rechtmatigheidsoordeel te doen stoppen.⁵⁹ Nederland is deze overweging aan zichzelf verplicht, mede gezien de geplande wijziging van

Verdrag 108 over de verwerking van persoonsgegevens van de Raad van Europa ("Conventie 108+"). Op basis van dat verdrag kan slechts gemotiveerd een uitzondering worden gemaakt op het beginsel een toezichthouder op het gebied van gegevensverwerking (ook in het nationale veiligheidsdomein) bindende bevoegdheden te geven.⁶⁰ Nederland zit in het ratificatieproces van dit verdrag.

De selectiebevoegdheid voor de kennisname van inhoud van de gegevens uit bulkinterceptie is enigszins vergelijkbaar met de toestemming die wordt gegeven voor het aftappen en uitluisteren van een telefoontap (art. 47 Wiv 2017), maar dan voor heel veel personen of één organisatie tegelijk.⁶¹ Als de aanbevelingen van de Commissie Jones-Bos op het gebied van geautomatiseerde data-analyse worden geïmplementeerd blijft onduidelijk of wordt voldaan aan de internationale jurisprudentie ten aanzien van de analyse van verkeersgegevens.⁶² De Big Brother Watch- en Centrum För Rättvisa-arresten van de Grote Kamer van EHRM zijn op 25 mei 2021 gepubliceerd en daardoor niet in het evaluatierapport door de Commissie Jones-Bos meegenomen. Hoewel de arresten aan de ene kant ruimte scheppen voor interne toestemming van de koppeling van selectiecriteria aan individuen, vereist het EHRM aan de andere kant dat 'categorieën van selectiecriteria' door een onafhankelijk orgaan in de aanvraag vooraf worden getoetst.⁶³ Kortom, als gevolg hiervan zullen deze criteria moeten worden doorvertaald naar de Nederlandse context. De wetgever kan er natuurlijk ook voor kiezen verder te gaan dan de minimale kwalitatieve vereisten die het EHRM heeft geformuleerd.

Volgens de Commissie Jones-Bos zijn slechts bepaalde vormen van data-analyse risicovol. Deze worden in het rapport 'geautomatiseerde data-analyse plus' ("GDA+") genoemd (aanbeveling 17). Zo'n twee jaar eerder hebben de verantwoordelijke ministers voor de diensten in een reactie op een zogenaamde "rechtseenheidsbrief" van de TIB en CTIVD hetzelfde geschreven.⁶⁴ Die risico's manifesteren zich volgens de evaluatiecommissie en de verantwoordelijke ministeries uitsluitend bij - kortgezegd - het gebruik van statistische data-analyses en profiling.⁶⁵ De evaluatiecommissie stelt voor het verbod op geautomatiseerde besluitvorming niet te wijzigen, maar als

55. Zie Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 62 en p. 75-76.

56. Zie Steven Derix & Rik Wassens, 'Toezichthouders inlichtingendiensten: 'Balans tussen nationale veiligheid en privacy raakt zoek', NRC, 7 maart 2021. Luister voor meer toelichting ook naar aflevering 17 van de podcast 'Cyberhelden' met Mariëtte Moussault.

57. Zie o.a. de open brief 'onvoldoende waarborgen WIV' geschreven door 29 wetenschappers aan de Tweede Kamer op 13 december 2016, Koops e.a. 2016, en N. van Eijk & Q. Eijkman, 'Enkele kanttekeningen bij de Wiv 2017: De uitbreiding van bevoegdheden getoetst aan mensenrechten', *Justitiële Verkenningen* 2018, Vol. 44, nr. 1, pp. 99-113.

58. Zoals nu ook het geval is. Zie rapport nr. 64 (2019) over de inzet van de bijzondere bevoegdheid tot selectie.

59. Zie ook College voor de Rechten van de Mens (2020), reactie van de CTIVD op de wetsevaluatie van 11 augustus 2020.

60. Zie artikel 11 lid 3 in combinatie met artikel 15 lid 2 sub a van Conventie 108+.

61. Zie voor dit voorbeeld ook aflevering 17 van de podcast met de voorzitter van de TIB, Mariëtte Moussault op Cyberhelden.nl.

62. Zie voetnoot 46 en 48.

63. EHRM 25 mei 2021, nrs. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013, par. 354 en 382-383 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 25 mei 2021, nr. 35252/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208, par. 268, 298 en 302 (*Centrum För Rättvisa/Zweden*).

64. Afschrift van de brief aan de CTIVD en de TIB met reactie op de rechtseenheidsbrieven van 19 maart 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 29924, 179.

65. Zie Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 75-76 en rapport Algemene Rekenkamer (2021), p. 45.

extra waarborg wordt voorgesteld de verantwoordelijke minister vooraf toestemming te laten geven voor het ontwikkelen van 'nieuwe technische functionaliteiten' ten behoeve van GDA+ (aanbeveling 18). Als deze toestemming wordt gegeven, zou de CTIVD daarvan op de hoogte moeten worden gebracht en kan deze op de ontwikkeling en de toepassing van GDA+ 'systeemtoezicht' houden.⁶⁶

Dit voorstel doet echter geen recht aan de recente jurisprudentie van het EHRM en het Hof van Justitie waarin vaak wordt benadrukt dat de analyse van verkeersgegevens uit communicatie (waaronder metadata-analyse) een ernstige privacy-inbreuk maakt en tenminste even ernstig is als de kennisname van de inhoud van communicatie (zie paragraaf 3.1). Dit maakt het schrappen van de bijzondere bevoegdheid tot metadata-analyse, zonder dat hier nieuwe waarborgen voor in de plaats komen, extra pijnlijk.

Tegelijkertijd zullen de AIVD en de MIVD moeten voldoen aan de algemene vereisten en de (nieuwe) zorgplicht, en zodoende een behoorlijke en zorgvuldige gegevensverwerking moeten nastreven.⁶⁷ Het ligt daarbij voor de hand dat de diensten zelf extra waarborgen (zoals autorisaties, logging, bewaartermijn en verslaglegging) toepassen bij gegevensverwerkingen die extra risico's voor mensenrechten met zich meebrengen. Het is in dat opzicht opmerkelijk dat hoofdstuk 5 van het rapport over geautomatiseerde data-analyse zo weinig aandacht besteedt aan de relatie met de algemene bepalingen omtrent gegevensverwerking in de Wiv 2017. Er wordt geen link gelegd met wetgeving over de verwerking van persoonsgegevens in andere sectoren, zoals de AVG⁶⁸ en in de richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging.⁶⁹ Het gaat ook niet in op de gevolgen voor het recht op bescherming van persoonsgegevens en andere mensenrechten, zoals het recht op gelijke behandeling.⁷⁰ Wat ons betreft is daardoor een nieuwe 'Privacy Impact Assessment' op zijn plaats, voor zover het gaat om de voorstellen over geautomatiseerde data-analyse in relatie tot privacy, de bescherming van persoonsgegevens en andere mensenrechten.

66. Zie Rapport Commissie Jones-Bos (2021), p. 76.

67. Q. Eijkman & N. van Eijk, 'Adequate Waarborgen in de Nederlandse Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten?', in: M. Cools, E. Debruyne, V. Deckmyn, F. Francus, A. Lemaître, Robin Libert, V. Pashley, T. Piette, G. Rapaille & K. van Acker, *Cahiers Inlichtingenstudies* 2019, nr. 10, pp. 11-31.

68. Zie artikel 22 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

69. Zie artikel 11 van de richtlijn 2016/680/EU.

70. *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 131. Zie ook College de Rechten van de Mens, 'Observaties bij de Toepassing op de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017)', Utrecht: College de Rechten van de Mens 2020, p. 1, VN Speciaal Rapporteur Hedendaagse Vormen van Racisme, Rassendiscriminatie, Vreemdelingenhaat, en Aanverwante Vreemdelingenhaat, *Emerging Digital Technologies and Racial Discrimination*, Report Human Rights Council, A/HRC/44/57, 18 juni 2020, p. 3.

4. Conclusie: de gevolgen van de voorstellen evaluatiecommissie WIV 2017

In combinatie met het rapport van de Algemene Rekenkamer maakt het rapport van de Commissie Jones-Bos duidelijk dat er aanzienlijke wijzigingen in de Wiv 2017 op handen zijn, waarbij het de vraag is of de (privacy)waarborgen voldoende worden meegenomen. De primaire focus bij het updaten van de wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten ligt bij de operationele slagkracht van de AIVD en de MIVD. Vanuit een veranderende geopolitieke context is dat realistisch, maar de vraag is of dat tot de conclusie zou moeten leiden dat de huidige waarborgen deels te beknellend zijn. Immers, het maatschappelijk debat dat uitmondde in een raadgevend referendum maakt duidelijk dat burgers waarde hechten aan hun privacy ten aanzien van de (nieuwe)-bevoegdheden van hun inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

De voorstellen van de Commissie Jones-Bos zullen de waarborgen van bepaalde bijzondere bevoegdheden verzwakken, hetgeen gevolgen heeft voor de bescherming van het recht op privacy. Deze wijziging in het niveau van bescherming komt met name door de gebrekkige uitwerking van de nieuwe informatienbevoegdheid waarmee ook bulkdatasets kunnen worden verzameld, het schrappen van de voorafgaande onafhankelijke toets bij selectie- en metadata-analyse, het vereenvoudigen van het relevant verklaren van bulkdatasets, en de inperking van het begrip 'geautomatiseerde data-analyse'.

Het schrappen van de selectiebevoegdheid als bijzondere bevoegdheid met voorafgaande toets van de TIB en de kijk op geautomatiseerde data-analyse van de Commissie Jones-Bos zal gevolgen met zich meebrengen. Een interne toets voor de selectiebevoegdheid in plaats van een onafhankelijke toets vooraf op de individuen, organisaties en trefwoorden met bijbehorende selectiecriteria, is ons inziens een beduidend zwakkere privacy waarborg, waarbij het ook de vraag is in hoeverre dat juridisch haalbaar is in het licht van Europese wet- en regelgeving en de laatste jurisprudentie. Het is daarnaast natuurlijk opmerkelijk dat de voorzitter van de TIB de aanbevelingen van de evaluatiecommissie beschouwd als een zodanige aantasting van de waarborgen en toets van de TIB dat zij bij doorgang dreigt op te stappen.

De Commissie Jones-Bos besteedt helaas bijzonder weinig aandacht aan de bepalingen omtrent gegevensverwerking in de Wiv in relatie tot minder geavanceerde vormen van geautomatiseerde data-analyse die wel degelijk een ernstige inbreuk op het recht op privacy en andere fundamentele rechten met mee kunnen brengen. Wij bevelen daarom aan voordat het voorstel tot wetwijziging naar de Tweede Kamer wordt gestuurd alsnog een 'privacy impact assessment' uit te voeren en de uitkomsten daarvan voor het wetsvoorstel in overweging te nemen.