

Over waterfilters en bioscoopschermen: het WIV-voorstel en Tele2/Watson

Het debat over het voorstel voor de nieuwe Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (WIV) wordt ook gevoerd aan de hand van metaforen. Zo lijkt het kabellandschap volgens de regering op onze “watervoorziening”. In plaats van een waterfilter te plaatsen bij één huis, zoals we nu doen, is het volgens de regering beter één centraal waterzuiveringssysteem te installeren.¹ En volgens de regering is de reikwijdte van de huidige interceptie-bevoegdheid van de AIVD en MIVD op termijn te vergelijken met “het kijken naar een bioscoopscherm, waarvan slechts een klein hoekje zichtbaar is”.² Daarom introduceert de regering een nieuwe bevoegdheid om makkelijker kabelgebonden communicatie te onderschepen, te analyseren en te bewaren.

Het wetsvoorstel is op 1 november 2016 geïntroduceerd.³ Maar sindsdien is het juridische landschap wel wat veranderd. Op 21 december 2016 heeft het Hof van Justitie in *Tele2/Watson* namelijk de toelaatbaarheid van bulk-opslag van verkeersgegevens nader besproken.⁴ De vraag is wat dat betekent voor de locatie van het waterfilter en de omvang van het bioscoopscherm.

Eerst de achtergrond. In 2014 verklaarde het Hof de Bewaarplichtrichtlijn 2006/24/EG ongeldig.⁵ Het Hof somde een aantal omstandigheden op die, “gelet op een en ander”, tot de conclusie leidden dat de regeling disproportioneel was (met het oog op art. 7 en 8 Handvest). Veel regeringen stelden zich daarom de vraag: is de implementatiewetgeving op basis van die ongeldige richtlijn nog wel toegestaan? Sommige lidstaten, waaronder Zweden en het Verenigd Koninkrijk, meenden – ingegeven door de woorden “een en ander” van het Hof – dat hun nationale algemene bewaarplichten op eigen merites beoordeeld moesten worden. De proportionaliteit – en daarmee de toelaatbaarheid – zou namelijk afhangen van de toegangscriteria, beveiligingsmaatregelen en de bewaartermijn, die per wet verschillend was. Zij hielden hun nationale bewaarplichtwetten in stand.⁶

Tele2/Watson gaat over die implementatiewetten van Zweden en het Verenigd Koninkrijk. De verwijzende rechters vragen het Hof er dit keer niet omheen te draaien: is het beginsel van een ongerichte opslagverplichting – dus verplichte opslag van verkeersgegevens van iedere telefoongebruiker – onverenigbaar met het Handvest, of zijn er omstandigheden waarin dit wél is toegestaan?

En zoals verzocht laat het Hof er nu geen misverstand over bestaan. Een “algemene en ongedifferentieerde bewaring van

alle verkeersgegevens en locatiegegevens van alle abonnees en geregistreerde gebruikers betreffende alle elektronische communicatiemiddelen” gaat te ver (r.o. 107). Met andere woorden: zelfs met beperkte toegang, adequate beveiliging en kortere bewaartermijn is de verplichte opslag van verkeersgegevens van iedereen, niet toelaatbaar.

Maar Het Hof laat het daar niet bij. Het doet ook een aanzet voor de omschrijving van eisen waaraan een nationale regeling wél moet voldoen. De regeling moet onder meer “duidelijke en nauwkeurige regels voor de draagwijdte en de toepassing” bevatten, waaronder “in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden” gegevens bewaard moeten worden. Daarbij moet die opslag steeds voldoen aan “objectieve criteria die een verband leggen tussen de te bewaren gegevens en het nagestreefde doel” (r.o. 109). Het sluit zich daarmee aan bij de eisen die het EHRM in zaken over groot-schalige surveillance heeft geformuleerd.⁷

Het *Tele2/Watson*-arrest is op verschillende vlakken relevant voor het nieuwe WIV-voorstel, ook al gaat dat voorstel over interceptie en opslag. Ik richt me op één punt: is de regeling wel voldoende duidelijk? Diensten zouden de bevoegdheid krijgen “onderzoeksopdrachtgericht” communicatie te onderscheppen en die vervolgens te analyseren en selecteren (artt. 48-50). Die term “onderzoeksopdrachtgericht” wordt niet in de wet omschreven, al gaat de regering in de ontstaansgeschiedenis wel in op de reikwijdte. Zo wordt de onderzoeksopdracht geformuleerd aan de hand van een “thema” dat in een door het kabinet opgestelde Geïntegreerde Aanwijzing aan de diensten verder wordt beschreven. En in de toelichting staat dat een interceptie altijd moet voldoen aan de vereisten van “proportionaliteit en subsidiariteit”.

Dat klinkt goed, maar toch: geeft de regeling zelf voldoende “duidelijk en nauwkeurig” aan “in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden” deze mag worden ingezet? Hier wreken de voorbeelden van het centrale waterzuiveringssysteem en het bioscoopscherm zich. Want een waterzuiveringssysteem is weliswaar handig – wie wil er niet schoon water? – maar een centraal systeem filtert wel *al* dat water, en *moet* het hele bioscoopscherm wel zichtbaar zijn? De metaforen helpen niet. Het wetsvoorstel wordt op dit moment behandeld in het parlement. Binnenkort zal ook de Eerste Kamer zich erover buigen. Het is te hopen dat de senatoren ook *Tele2/Watson* erbij pakken. Ik zet de popcorn in ieder geval klaar.

* Ot van Daalen is onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht en werkzaam bij de Autoriteit Persoonsgegevens. Hij schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel.

1 Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 13.

2 Rijksoverheid, “Vragen & Antwoorden nieuwe Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten”, <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2016/10/28/vragen-antwoorden-nieuwe-wet-op-de-inlichtingen-en-veiligheidsdiensten/FAQ+Wiv+29-10.pdf>

3 Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nrs. 1-3.

4 HvJEU 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15 (*Tele2/Watson*).

5 HvJEU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*).

6 Terzijde: Dat deed de Nederlandse regering ook, maar de Nederlandse implementatiewet is in 2015 door de Haagse rechter buiten werking gesteld: V.zr. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498 (*Privacy First e.a./Staat*). Dat weerhield de Nederlandse staat er niet van om dit standpunt ook in *Tele2/Watson* te bepleiten.

7 Zie recent: EHRM 4 december 2015, nr. 47143/06 (*Zakharov/Rusland*), r.o. 247 en EHRM 12 januari 2016, nr. 37138/14 (*Szabó & Vissy/Hongarije*), r.o. 65 en 67.