

Reactie Microsoft op vervanging Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002

Microsoft verwelkomt de mogelijkheid via een internetconsultatie commentaar te geven op het voorstel voor vervanging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002).

Microsoft begrijpt de cruciale rol die wetshandhaving speelt in het waarborgen van veiligheid in onze samenleving. Daarbij is het echter wel van groot belang dat wetgeving waarmee inlichtingen- en veiligheidsdiensten een mandaat krijgen om bepaalde activiteiten te onderzoeken, in adequate waarborgen voorziet om fundamentele rechten van mensen te beschermen, waaronder het recht op privacy van gebruikers van technologie. Microsoft is een wereldwijd opererend technologiebedrijf en aanbieder van een breed scala aan online diensten. Daarom zijn we ons er goed van bewust dat het een uitdaging is een balans te vinden tussen de rechten, waaronder het recht op privacy, van burgers en instituties enerzijds en de belangen van overheidsinstanties anderzijds. In de praktijk zien we dat afwijkende nationale methodes voor het verzamelen van informatie door inlichtingen- en veiligheidsdiensten voor conflicten zorgen voor bedrijven die zich moeten houden aan wetgeving in verschillende jurisdicties. Balans en harmonisatie moeten daarom twee belangrijke uitgangspunten zijn bij de hervorming van wetgeving die van toepassing is op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

Om dat te bereiken moedigde Microsoft, samen met een aantal andere technologiebedrijven, overheden overal ter wereld eerder al aan vijf kernprincipes te hanteren in de hervorming van dergelijke wetgeving. We zijn ervan overtuigd dat deze principes, te vinden op www.reformgovernmentsurveillance.com, een leidraad kunnen zijn voor de door de Nederlandse regering voorgestelde vervanging van de Wiv 2002. Met het omarmen van deze principes kan de Nederlandse overheid niet alleen de nationale veiligheid van Nederland beschermen, maar ook de fundamentele rechten van technologiegebruikers versterken, innovatie ondersteunen en het vertrouwen van gebruikers in technologie herstellen.

In aanvulling op deze principes moedigen we de Nederlandse regering aan de volgende elementen aan te passen in het voorliggende wetsvoorstel:

Definities van diensten waar de wet op van toepassing is

Wanneer geïmplementeerd in haar huidige vorm zijn bepalingen in de nieuwe wet van toepassing op *'elke aanbieder van een communicatiedienst'*, die *'de mogelijkheid biedt te communiceren met behulp van een geautomatiseerd werk, of die gegevens opslaat ten behoeve van een zodanige dienst, of de gebruikers van die dienst.'* Waar de Wiv 2002 zich nog richtte tot de *aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk en/of openbare telecommunicatiedienst* in de zin van de Telecommunicatiewet, richt de nieuwe wet zich op het bredere begrip *aanbieder van een communicatiedienst*. Op basis van de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel wordt duidelijk dat met dit begrip een veel bredere groep van

diensten, en dus ook aanbieders, wordt bestreken. Volgens de Memorie van Toelichting vallen onder het begrip *aanbieder van een communicatiedienst* ook aanbieders van besloten netwerken en –diensten, aanbieders van webhostingdiensten, website-beheerders en aanbieders van online opslag, email of spraakdiensten.

Deze aanpassing betekent een significante verruiming van de bestaande wet. Door de in het voorstel opgenomen verplichtingen op te leggen aan een bredere groep aanbieders en diensten heeft het wetsvoorstel de potentie om het vertrouwen van gebruikers in technologie ernstig te schaden, en innovatie te ontmoedigen. Met een dergelijke wet kan een aanzienlijke hoeveelheid informatie, die door gebruikers via technologiebedrijven wordt opgeslagen of verstuurd, worden ingezien door de Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten, met wantrouwen van die gebruikers in deze bedrijven tot gevolg. Dat wantrouwen kan op haar beurt weer leiden tot terughoudendheid bij gebruikers om nieuwe technologie te gaan gebruiken, net als de bereidheid van technologiebedrijven – met in het bijzonder start-ups en MKB-bedrijven – om te innoveren doordat de potentiële markt voor producten en diensten krimpt. Daarnaast zouden de verplichtingen waar *aanbieders van communicatiediensten* onder het wetsvoorstel aan moeten voldoen niet overeenkomen met hun verplichtingen in andere jurisdicties – in Europa en daarbuiten – waarmee de Nederlandse ICT-markt ernstig kan worden verstoord.

Geografische reikwijdte

Hoewel wij aannemen dat de voorgestelde wet en de daarin opgenomen verplichtingen geen extraterritoriale werking hebben, bevat het wetsvoorstel dubbelzinnigheden over de daadwerkelijke territoriale reikwijdte. Als voorbeeld van deze dubbelzinnigheid kan worden gewezen op de volgende vermelding in het wetsvoorstel: “(...) de diensten zijn bevoegd tot het met een technisch hulpmiddel gericht aftappen, ontvangen, opnemen en afluisteren van elke vorm van gesprek, telecommunicatie of gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk, ongeacht waar een en ander plaatsvindt.”

Het is bovendien onduidelijk onder welke omstandigheden de verplichtingen uit deze wet van toepassing zullen zijn op *aanbieders van communicatiediensten* die internationaal opereren. Enkele factoren die hierbij een rol zouden kunnen spelen zijn:

- de locatie waar de aanbieder is gevestigd;
- de locatie waar de gegevens zich bevinden of de communicatie plaatsvindt;
- de omstandigheid dat de dienst wel of niet wordt aangeboden aan gebruikers in Nederland;
- de omstandigheid dat de gegevens of communicatie afkomstig is van en/of bestemd is voor gebruikers die zich niet in Nederland bevinden;
- combinaties van de vier hierboven genoemde factoren.

Helaas wordt in het wetsvoorstel en de daarbij behorende Memorie van Toelichting geen enkele duidelijkheid gegeven onder welke omstandigheden *aanbieders van*

communicatiediensten gehouden zijn om aan de verplichtingen uit deze wet te voldoen. Zo is bijvoorbeeld onduidelijk of de verplichtingen uit deze wet ook van toepassing zullen zijn op aanbieders die hun diensten (mede) in Nederland aanbieden maar in het buitenland gevestigd zijn en waarbij de gegevens zich eveneens in het buitenland bevinden. De onduidelijkheid over de territoriale reikwijdte van de wet is voor buitenlandse partijen die internationaal opereren problematisch en zorgt bovendien voor grote rechtsonzekerheid. De Nederlandse regering dient op dit punt meer duidelijkheid te verschaffen. Daarbij zou het marktpartijen helpen als de Nederlandse regering aan de hand van de hierboven vermelde factoren de verschillende scenario's afloopt waarin de wet en de daarin vermelde verplichtingen wel of niet van toepassing zijn op aanbieders die internationaal opereren.

Wij roepen de Nederlandse regering op in het wetsvoorstel duidelijk te maken dat het mandaat geboden aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zich strikt beperkt tot de inhoud en gegevens die ten minste zijn opgeslagen in Nederland, en dat verplichtingen tot onderschepping van gegevens *alleen* van toepassing zijn op *bedrijven* met ten minste een infrastructuur in Nederland. De reden daarvoor is simpel: dergelijke verplichtingen opleggen aan aanbieders van diensten wiens infrastructuur *buiten* Nederland is gevestigd zal tot conflicten kunnen leiden met de wettelijke verplichtingen die deze bedrijven moeten nakomen in die andere landen waar hun infrastructuur is gevestigd. Gezien het feit dat ook andere landen vergelijkbare wetgeving aan het doorvoeren zijn zal de resulterende lappendeken aan conflicterende wetgeving niemands belang dienen.

Zoals ook opgenomen in het evaluatierapport van de Commissie Dessens uit 2013 (p. 41), weerhouden principes van soevereiniteit en non-interventie in het internationaal recht staten ervan activiteiten te ondernemen op het grondgebied van andere staten zonder expliciete toestemming van die staat. Wij zijn van mening dat de Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten die *aanbieders van communicatiediensten* die *buiten* Nederland zijn gevestigd, om medewerking verzoeken dit enkel en alleen zouden mogen doen door samenwerking met de relevante autoriteiten in de desbetreffende jurisdictie waar de aanbieder is gevestigd. Deze samenwerking moet plaatsvinden met respect voor de nationale regelgeving waar deze buiten Nederland gevestigde aanbieders aan moeten voldoen, net als aan relevante verdragsrechtelijke raamwerken of bestaande samenwerkingsovereenkomsten tussen de diensten.

In plaats van eenzijdig te opereren, moeten overheden volgens gevestigde internationale raamwerken en andere samenwerkingsovereenkomsten werken om zo te garanderen dat het aftappen van communicatie of het vergaren van gegevens consistent is met de wetgeving van het land waar de gegevens zijn opgeslagen en de aanbieder is gevestigd. Als bestaande mechanismen niet adequaat blijken te werken moeten deze niet worden omzeild, maar moet er juist een op principes gebaseerde, transparant, efficiënt en duurzaam raamwerk worden ontwikkeld om rechtmatige verzoeken om gegevens tussen verschillende jurisdicties in goede banen te leiden. Daarmee worden zowel de rechten beschermd van gebruikers wiens gegevens worden onderschept, als de soevereiniteit gewaarborgd van andere landen.

Harmonisatie met andere jurisdicties

Microsoft dringt er bij de Nederlandse regering ook op aan om de wetgeving op dit gebied goed te coördineren met andere jurisdicties, in het bijzonder andere EU-lidstaten, om ervoor te zorgen dat wetgeving een harmoniserende aanpak voorstaat ten aanzien van de regulering van *aanbieders van communicatiediensten*. Dat is nodig omdat bedrijven over grenzen heen opereren – hun klanten zijn vaak ingezetenen van verschillende landen – waarbij heldere, werkbare en technisch haalbare regels nodig zijn om hun verplichtingen in die verschillende landen na te kunnen komen.

Zoals nu opgesteld, zou het wetsvoorstel het huidige wereldwijde stelsel van nationale wet- en regelgeving op dit gebied – dat nu al inconsistent en gefragmenteerd is – nodeloos verder compliceren. Deze tegengestelde standaarden vormen een uitdaging voor bedrijven die diensten aanbieden in meer dan één land. Als een EU-lidstaat bijvoorbeeld communicatie wil aftappen en dit alleen mogelijk zou zijn door fysiek handelen in een andere EU-lidstaat, dan zou de wetgeving van de jurisdictie waarin gehandeld moet worden in strijd kunnen zijn met de wetgeving in de jurisdictie van waaruit het aftappen gewenst is.

Om duidelijkheid voor *aanbieders van communicatiediensten* te vergroten en de kosten van compliance te verlagen zou de Nederlandse regering het proces van aftappen van communicatie en het opvragen van gegevens zoveel mogelijk in lijn moeten brengen met dat van andere jurisdicties. Als een potentiële onderschepping van communicatie of verstrekking van gegevens impact heeft op meerdere jurisdicties, dan moeten de overheden van deze jurisdicties samenwerken om de rechtmatigheid van dat verzoek te bepalen, in plaats van aanbieders tegenstrijdige verplichtingen op te leggen. Coördinatie door EU-lidstaten op basis van de *Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie (EU-rechtshulpverdrag)* van 2005, is slechts één voorbeeld van hoe staten hebben samengewerkt om een pan-Europees raamwerk te creëren dat soortgelijke problemen aanpakt in de sfeer van strafvorderlijke bevoegdheden van opsporingsinstanties. Een soortgelijk raamwerk zou ook moeten worden ontwikkeld voor de grensoverschrijdende activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Op basisniveau zou de Nederlandse regering ook moeten garanderen dat het type gegevens dat kan worden onderschept of worden opgevraagd en het format daarvan onder de nieuwe wet geharmoniseerd worden met het type en het format van de gegevens die kunnen worden onderschept of opgevraagd op grond van verplichtingen die andere landen opleggen. Zonder een geharmoniseerde implementatie van deze principes bestaat er een significant risico op economische lasten voor de Nederlandse maatschappij.

Voor meer informatie ben ik uiteraard beschikbaar. Ik ga graag verder in gesprek over de details van onze reactie, mogelijke aanvullende vragen, of mogelijkheden voor aanvullende samenwerking. Zoals aan het begin van dit commentaar aangegeven, vinden we de hervorming van deze wetgeving van het grootste belang en werken we graag samen met alle

Microsoft Corporation
One Microsoft Way
Redmond, WA 98052-6399

Tel 425 882 8080
Fax 425 936 7329
<http://www.microsoft.com/>



belanghebbenden om ervoor te zorgen dat de uiteindelijk aangenomen wet voor zowel wetshandhaving als bescherming van de rechten van burgers en marktpartijen voldoende handvaten biedt.

Hoogachtend,

Jochem de Groot

Government Affairs, Microsoft Nederland