



Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

> Retouradres Postbus 20011 2500 EA Den Haag

KRO-NRCV

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

**Directoraat-Generaal
Overheidsorganisatie**
CIO Rijk

Turfmarkt 147
Den Haag
Postbus 20011
2500 EA Den Haag
www.rijksoverheid.nl
www.facebook.com/minbzk
www.twitter.com/minbzk

Contactpersoon

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Datum **04 JUL 2019**
Betreft Besluit op bezwaar

Kenmerk
2019-0000285126
Uw kenmerk

Geachte [REDACTED],

Bij brief ontvangen op 20 november 2018 hebt u pro forma bezwaar gemaakt tegen mijn besluit van 10 oktober 2018. Bij brief van 15 januari 2019 heeft u de gronden van het bezwaar aangevuld. Met deze brief wordt op uw bezwaar beslist.

Besluit

Ik verklaar uw bezwaar ongegrond, omdat de documenten 10 en 11 van de inventarislijst bij het Wob besluit op juiste gronden niet openbaar zijn gemaakt.

Verloop van de procedure

Bij brief van 25 mei 2018 heeft u een verzoek ingediend als bedoeld in artikel 3 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en verzocht om informatie met betrekking tot het besluit om de antivirussoftware van Kaspersky Lab B.V. (Kaspersky) voor het Rijk uit te faseren.

Bij besluit van 10 oktober 2018 heb ik uw besluit deels ingewilligd. Onder mijn ministerie zijn 13 documenten aangetroffen. Openbaarmaking van een tweetal documenten (met nummers 10 en 11) is met een beroep op de weigeringsgronden in artikel 10 lid 1 sub b en artikel 10 lid 2 sub b en g Wob integraal geweigerd. De overige documenten zijn (deels) openbaar gemaakt.

Bij brief ontvangen op 20 november 2018 hebt u pro forma bezwaar gemaakt tegen het besluit van 10 oktober 2018. Op 20 november 2018 is de ontvangst van uw bezwaarschrift bevestigd en heeft u een nadere termijn gekregen voor het aanvullen van de bezwaargronden. Bij brief van 15 januari 2019 heeft u de bezwaargronden aangevuld.

Op 22 januari 2019 heeft Kaspersky zich gemeld als derdebelanghebbende bij dit bezwaar. In die hoedanigheid heeft Kaspersky op 26 februari 2019 een zienswijze ingediend. U hebt die zienswijze ook ontvangen.

In onderling overleg is de datum voor de hoorzitting vastgesteld. Op 6 maart jl. vond de hoorzitting plaats bij mijn ministerie. Kaspersky was daarbij aanwezig en heeft daar ook het woord gevoerd en een pleitnota overgelegd. Voor de

samenstelling van de commissie en het verhandelde ter zitting verwijs ik naar het verslag van de zitting, dat als bijlage 1 aan dit besluit wordt gehecht.

Ontvankelijkheid

Het bezwaarschrift is ingediend binnen zes weken na bekendmaking van het primaire besluit. Het voldoet aan de overige door de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gestelde eisen zodat het bezwaarschrift ontvankelijk is.

Relevante wetsartikelen/juridisch kader

Artikel 10 Wet openbaarheid van bestuur
Hoofdstuk 7 Algemene wet bestuursrecht

Beoordeling van het bezwaar

Gronden van het bezwaar

In uw bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting hebt u – kort samengevat – het volgende aangevoerd. U bent het niet eens met de integrale weigering van documenten 10 en 11. Tegen die weigering zijn de volgende gronden naar voren gebracht:

- i) Er is geen sprake van onevenredige benadeling bij openbaarmaking van de documenten 10 en 11, omdat de antwoorden op de vragen alleen inzicht geven in de vraag of Kaspersky software wordt gebruikt. Bovendien is dit systeem al uitgefaseerd;
- ii) De weigeringsgrond uit artikel 10 lid 1 onder b Wob (veiligheid van de staat) gaat om bovengenoemde reden evenmin op;
- iii) Aangezien er bij anti-virus software bedrijven al veel kennis over de markt aanwezig is, de Kaspersky software in veel gevallen al zal zijn vervangen en het om algemene gegevens gaat, kan het economische of financiële belang van de staat niet zwaarder wegen dan het belang van openbaarmaking.
- iv) Voor alle gronden onder i) t/m iii) hiervoor geldt bovendien dat de weigeringsgrond per alinea moet worden beoordeeld en dat een integrale weigering van de documenten in strijd is met recente jurisprudentie.

Kaspersky heeft deze bezwaargronden met een eigen nadere onderbouwing onderschreven. Aangezien Kaspersky geen bezwaar heeft ingediend tegen het besluit in primo, wordt op deze onderbouwing van Kaspersky in dit besluit niet verder ingegaan.

Overwegingen ten aanzien van de gronden van bezwaar

Gebruik anti-virussoftware en voorkomen van onevenredige benadeling

Vast staat dat op het moment van het primaire besluit géén informatie beschikbaar was of Kaspersky anti-virus software volledig zou zijn uitgefaseerd bij de rijksoverheid. Op het moment van de beslissing op bezwaar was geen bevestiging ontvangen dat dat alle Kaspersky anti-virus software volledig was uitgefaseerd en is het daarmee aannemelijk dat met het geheel of gedeeltelijk verstrekken van de documenten 10 en 11 inzicht zou worden gegeven in het gebruik van Kaspersky anti-virus software in systemen van diverse departementen of organisatieonderdelen. Zoals in het primaire besluit terecht gesteld geeft openbaarmaking van de documenten (direct of indirect) inzicht in de

gebruikte systemen. Kwaadwillende personen kunnen hun aanvalstechnieken daarop afstemmen en departementen kunnen eerder doelwit worden voor hackers. Dit leidt evident tot een onevenredige benadeling van departementen of organisatieonderdelen, zowel organisatorisch (weglekken van informatie, herstel van systemen, herstel van de veiligheid van systemen) als financieel. Het belang deze onevenredige benadeling te voorkomen weegt zwaarder dan het algemene belang dat is gediend met openbaarmaking. Geconcludeerd wordt dat dit bezwaaronderdeel ongegrond is.

Veiligheid van de Staat

Op grond van bovenstaande overwegingen kan bij openbaarmaking van de documenten 10 en 11 ook de veiligheid van de Staat worden geschaad. Een cyberaanval door – bijvoorbeeld – buitenlandse inlichtingendiensten brengt de veiligheid van de Nederlandse staat ernstig in gevaar. Er moet alles aan worden gedaan om die kans tot een minimum te beperken. Deze bezwaargrond is ongegrond.

Economische of financiële belangen van de Staat

Zoals hiervoor gesteld is er geen bevestiging ontvangen dat dat alle Kaspersky anti-virus software volledig is uitgefaseerd bij de rijksoverheid. Daarmee geeft openbaarmaking van de documenten 10 en 11 inzicht in de vervangingsvraag van departementen of organisatieonderdelen, waar marktpartijen bij aanbestedingen of andere inkoopprocedures op kunnen inspelen. De onderhandelingspositie van de Staat is daarmee in het geding. Dit bezwaaronderdeel acht ik ongegrond.

Beoordeling per alinea

Het is juist dat voor documenten geldt dat per zelfstandig onderdeel van een document moet worden beoordeeld in hoeverre een weigeringsgrond van de Wob van toepassing is en dat dus per onderdeel moet worden beoordeeld of informatie openbaar kan worden gemaakt. Dat is in dit geval ook gebeurd. Openbaarmaking van de documenten, waarbij wellicht een enkele algemene zin of alinea ongelakt is, geeft echter – gelet op de geringe of juist omvangrijke omvang van de gelakte delen – al dusdanig veel informatie dat de belangen zoals genoemd in de onderdelen hiervoor geschaad worden. Juist hetgeen bezwaarde zelf stelt *“dat ook uit de omvang van gezwarte pagina’s voor het publiek interessante informatie kan overbrengen”* (verslag pagina 2, kopje “Uitfasering Kaspersky, tweede alinea) dient met het oog op onevenredige benadeling, de veiligheid van de Staat en/of de economische of financiële belangen van de Staat te worden voorkomen. Dit bezwaaronderdeel is ongegrond.

Besluit

Gelet op het voorgaande verklaar ik uw bezwaar ongegrond en handhaaf ik het bestreden besluit.

Dit besluit op bezwaar zal op www.rijksoverheid.nl worden geplaatst.

Hoogachtend,



BEROEPSCLAUSULE

U kunt tegen dit besluit beroep instellen bij de sector bestuursrecht van de rechtbank Utrecht, postbus 16005, 3500 DA Utrecht. Het beroepschrift moet binnen zes weken na de dag waarop de beschikking u is toegezonden door de rechtbank zijn ontvangen.

Het beroepschrift moet op grond van artikel 6:5 van de Algemene wet bestuursrecht zijn ondertekend en bevat ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, de omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht, zo mogelijk een afschrift van dit besluit, en de gronden waarop het beroepschrift rust. Van de indiener van het beroepschrift wordt griffierecht geheven door de griffier van de rechtbank. Nadere informatie over de hoogte van het griffierecht en de wijze van betalen wordt door de griffie van de rechtbank verstrekt.

Datum
18 maart 2019

Kenmerk

Bijlage(n)
Pleitnota Bird&Bird namens
Kaspersky

verslag

Hoorzitting Bezwaar KRONCRV Reporter inzake WOB
besluit Kaspersky

Vergaderdatum

7 maart 2019

Aanwezig

[Redacted list of attendees]

Opening

Voorzitter opent de hoorzitting, heet de aanwezigen welkom en zet de procedure uiteen.

De [Redacted] licht toe dat hij wordt vergezeld door de [Redacted]. Deze doet samenstelling van programma's bij Reporter Radio. Hij fungeert als woordvoerder bij het bezwaar van het onderhavige WOB besluit. De [Redacted] (advocatenkantoor Bird&Bird) treedt als gemachtigde op namens het bedrijf Kaspersky Lab, waarvan ook de [Redacted] aanwezig is.

Toelichting bezwaar

De [Redacted] licht het bewaar toe. Kern van het bezwaar is dat de beantwoording van de CIO's niet is verstrekt. Het bezwaar bestaat uit twee hoofdargumenten.

- 1) Allereerst meent de [Redacted] dat documenten alsnog moeten worden verstrekt waarbij, indien nodig, passages worden gezwart. Daarbij wordt een beroep gedaan op artikel 10 en 11. Daarbij wordt verwezen naar een uitspraak van de Raad van State waaruit de noodzaak voortvloeit om per alinea de toetsingsgronden aan te geven.
- 2) Ten tweede meent KRONCRV dat nu de software van Kaspersky niet meer wordt gebruikt, een beroep op artikel 10 niet meer aan de orde is. Kwaadwillenden hebben geen nut kennis te nemen waar een anti-virus product niet meer wordt gebruikt.

De [Redacted] voert het woord aan de hand van een pleitnota die aan het verslag wordt toegevoegd en hier als herhaald en ingelast wordt beschouwd. (zie

bijlage). In aanvulling daarop wordt opgemerkt dat bij punt 1 en bij punt 6 het de Minister van Justitie en Veiligheid is die het besluit heeft genomen tot uitfasering van Kaspersky bij de overheid en niet de minister van BZK. Bij punt 5 merkt de [REDACTED] op dat toetsingsgronden ex nunc moeten worden toegepast. De voorzitter merkt op te twijfelen aan de status van de pleitnota en het belang van Kaspersky. Het gaat om de juiste invulling van het derdenbelang dat Kaspersky hierbij heeft. Dit belang komt tot uiting bij de zienswijze bij het primaire besluit. De vraag zou kunnen zijn of bij het nemen van het besluit voldoende rekening is gehouden met dit belang, dan zou Kaspersky belanghebbende kunnen zijn. Kaspersky is ook om een zienswijze gevraagd in de aanloop naar het bestreden besluit en daarmee is rekening gehouden. De pleitnota lijkt zich hierop evenwel niet te richten, maar zich te richten op het wob besluit zelf. De vraag is hoe BZK de aanwezigheid van Kaspersky en de pleitnota moeten zien, nu Kaspersky evenmin bezwaar tegen het besluit heeft ingediend. De [REDACTED] geeft aan dat het derdenbelang nu niet in het geding is, maar dat het zich aansluit bij het bezwaargronden van KRONCRV en een apart bezwaar van Kaspersky in aanvulling op een bewaar van KRONCRV geen toegevoegde waarde zou hebben.

Uitfasering Kaspersky

De [REDACTED] geeft aan het de Minister van J&V in zijn Kamerbrief over dit onderwerp niet heeft aangegeven dat per direct met het gebruik van Kaspersky zou worden gestopt. Er is sprake van een streven tot uitfasering van het product zonder dat daarvoor in de brief een termijn is genoemd. De [REDACTED] schetst verschillende alternatieven van de huidige situatie om aan te geven wat er mogelijk is. Hij geeft ook aan dat BZK geen inzicht heeft in die huidige situatie en dat deze moeilijk is in te schatten.

KRONCRV geeft aan dat het verwacht dat de uitfasering 'zo snel mogelijk' zal zijn uitgevoerd, en inmiddels toch wel zal zijn gerealiseerd. Tevens geeft KRONCRV desgevraagd aan dat ook uit de omvang van gezwarte alinea's voor het publiek interessante informatie kan overbrengen.

Toetsingsgronden per alinea

De [REDACTED] geeft aan dat de uitspraak van de Raad van State weliswaar ziet op artikel 11 WOB, maar dat deze naar analogie breder moet worden toegepast, i.e. op de andere toetsingsgronden van de WOB. De [REDACTED] sluit zich hierbij aan: het melden van toetsingsgronden per alinea geeft houvast en verschaft zelfstandig informatie zonder dat onderliggende informatie wordt vrijgegeven. Verder verwijst hij in aanvulling hierop naar een uitspraak van de Raad van State over een WOB besluit inzake ICT bij de Politie. De [REDACTED] onderstreept het belang van de motiveringsplicht die bestuursorganen hebben.



Datum
18 maart 2019

De voorzitter geeft nu er geen vragen meer zijn het woord aan KRONCRV en Kaspersky voor een laatste opmerking. Niets meer aan de orde zijnde dankt hij de aanwezigen voor hun komst en sluit de hoorzitting.

Den Haag 18 maart 2019



Ministerie van Binnenlandse
Zaken en Koninkrijksrelaties

Kenmerk: 2019-0000050690

6 maart 2019
10.00 uur

Pleitaantekeningen


gemachtigde

namens:

Kaspersky Lab B.V.,
Derde-belanghebbende,

inzake:

het bezwaar van de vereniging KRONCRV tegen het besluit van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties d.d. 10 oktober 2018 (met kenmerk 2018-00000793159) waarin een aantal documenten openbaar is gemaakt en van een aantal documenten de openbaarmaking is geweigerd.

-
1. Kaspersky Lab B.V. ("**Kaspersky**") dankt uw Ministerie voor de geboden gelegenheid schriftelijk en mondeling haar zienswijze te mogen geven op het besluit van de Minister van 10 oktober 2018 en het daartegen gerichte bezwaar van KRONCRV. Kaspersky heeft op 26 februari 2019 haar standpunten schriftelijk aan uw Ministerie doen toekomen. Vandaag volstaat zij daarom met enkele aanvullende opmerkingen.
 2. Centraal staat de vraag of de Minister bij de controversiële beslissing om de antivirussoftware van Kaspersky uit te faseren voldoende transparant was (en is), en of (delen van) documenten die een essentieel onderdeel van het besluitvormingsproces uitmaken, niet ten onrechte met een beroep op de uitzonderingsgronden van de Wet openbaarheid van bestuur ("**Wob**") geheim blijven.
 3. Ter discussie staan documenten 10 en 11, de per e-mail gewisselde antwoorden van diverse Rijksonderdelen n.a.v. een eerdere uitvraag (januari 2018) die als doel had

het gebruik van antivirussoftware van Kaspersky te inventariseren. Uw Minister heeft diverse weigeringsgronden aangevoerd bij de beslissing deze stukken niet openbaar te maken.

4. Opgemerkt wordt dat niet duidelijk is wat de hiërarchie of onderlinge verhouding tussen de weigeringsgronden nu precies is. Rechtvaardigt elke weigeringsgrond als zodanig al de weigering in de vorm zoals deze is gegeven? Zijn het de gronden in samenhang? Is er een grond die zwaarder of het zwaarst weegt?
5. Kaspersky heeft, net als KRONCRV, in het bijzonder gewezen op de gebrekkige motivering van het besluit van 10 oktober 2018, en er op gewezen dat het hoogst onwaarschijnlijk is dat een *volledige* geheimhouding van de stukken gerechtvaardigd is. Ook lijkt lastig in te zien dat wanneer bedrijfsvertrouwelijke gegevens (zoals prijzen e.d.) zouden worden weggelakt – wat uiteraard dient te gebeuren – er nog een financieel risico of economisch nadeel voor de overheid zou kunnen bestaan. Al met al is de motivering sterk speculatief en wordt deze nergens echt concreet.
6. Ten slotte wijst Kaspersky u op het MHB-arrest van het EHRM¹, waaruit volgt dat voor journalisten op grondslag van artikel 10 EVRM onder omstandigheden een recht op informatie volgt dat verder gaat dan waar de Wob recht op geeft. Volgens inmiddels vaste nationale rechtspraak dient er dan sprake te zijn van zeer bijzondere omstandigheden, die in dat verband gesteld moeten worden en aannemelijk moeten worden gemaakt.² Van dergelijke bijzondere omstandigheden lijkt sprake te zijn. Zeer bijzonder is namelijk het feit dat er door de Minister een vergaande beslissing is genomen (uitfasering antivirussoftware Kaspersky) op grond van een aantal serieuze en zwaarwegende gronden waarbij de nationale veiligheid wordt opgevoerd. De beslissing noch de gronden zijn echter voor de pers werkelijk te controleren, omdat de achterliggende stukken die er toe doen, integraal geheim blijven. Dat is een eerste bijzondere omstandigheid. Een tweede bijzondere omstandigheid is dat zelfs het bedrijf waar het om gaat – Kaspersky – niet is gekend in de achterliggende overwegingen; vooraf noch achteraf. Ook die bijzonderheid dient te worden meegewogen.
7. Alles overziend is de conclusie dat het bezwaar van KRONCRV gegrond is.

¹ EHRM 8 november 2016 (ECLI:CE:ECHR:1108).

² Zie o.m. ABRvS 16 januari 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:100).