No.W16.22.0013/II 's-Gravenhage, 30 maart 2022

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 4 februari 2022, no.2022000220, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie en Veiligheid, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2021/784 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2021 inzake het tegengaan van de verspreiding van terroristische online-inhoud (PbEU 2021, L 172) (Uitvoeringswet verordening terroristische online-inhoud), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel regelt primair de instelling van een nieuw zelfstandig bestuursorgaan (zbo) in de vorm van een Autoriteit. Deze Autoriteit wordt belast met de uitoefening van de in de Verordening genoemde taken en bevoegdheden. Met het oog op de eisen die de Verordening stelt aan de onafhankelijkheid van de Autoriteit, wordt ervoor gekozen tevens uitzonderingen te maken op de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Hierdoor wordt de minister verder op afstand gezet.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt allereerst opmerkingen over de keuze om een nieuw zbo op te richten. Daarmee wordt een uitzondering gemaakt op de grondwettelijk verankerde regel dat een minister politiek verantwoordelijk en aanspreekbaar is voor het handelen van organen en diensten die behoren tot de centrale overheid. Om die reden is het regeringsbeleid om terughoudend te zijn met de wettelijke instelling van nieuwe onafhankelijke instanties. In het licht daarvan adviseert de Afdeling om de keuze voor de oprichting van een nieuw zbo in de toelichting nader te motiveren. Tevens adviseert zij om de keuze voor afwijking van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen ten aanzien van de ministeriële bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen, te heroverwegen.

Daarnaast maakt de Afdeling opmerkingen over enkele grondrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel. Zij gaat in dat verband in op de afbakening van de digitale bevoegdheden van de Autoriteit, de bescherming van persoonsgegevens, en de verhouding van de zorgplicht tot het censuurverbod. In verband daarmee is aanpassing van het wetsvoorstel en de toelichting wenselijk.

1. Aanleiding en inhoud van de Uitvoeringswet

a. *De Verordening terroristische online-inhoud*

Op 29 april 2021 is Verordening (EU) 2021/784 van het Europees Parlement en de Raad inzake het tegengaan van de verspreiding van terroristische online-inhoud (hierna: de Verordening) tot stand gekomen.[[1]](#footnote-1) Deze Verordening treedt op 7 juni 2022 in werking en heeft tot doel misbruik van hostingdiensten voor terroristische doeleinden tegen te gaan, en daarmee bij te dragen aan de openbare veiligheid in de Europese Unie.[[2]](#footnote-2)

De Verordening bevat verplichtingen voor aanbieders van hostingdiensten om maatregelen te nemen tegen terroristische online-inhoud. Lidstaten dienen een autoriteit aan te wijzen die bevoegd is tot het uitvaardigen van verwijderingsbevelen (repressieve bevoegdheid), tot het opleggen van specifieke maatregelen (preventieve bevoegdheid), en aan wie sanctioneringsbevoegdheden toekomen.[[3]](#footnote-3) Deze bevoegdheden vereisen tevens een taakopdracht het internet te doorzoeken op de aanwezigheid van terroristische online-inhoud.[[4]](#footnote-4) Het hoeft niet noodzakelijk te gaan om een nieuw op te richten autoriteit. Het is mogelijk om een bestaande instantie met de in de Verordening voorziene functies te belasten, zo stelt de Verordening.[[5]](#footnote-5)

De Verordening stelt materiële eisen aan de aan te wijzen autoriteit. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat deze haar taken op objectieve en niet-discriminerende wijze uitoefent met volledige eerbiediging van de grondrechten. Zij vraagt noch ontvangt instructies van andere instanties met betrekking tot de uitoefening van haar uit hoofde van deze Verordening opgedragen taken.[[6]](#footnote-6) Dit mag overigens geen beletsel vormen voor toezicht overeenkomstig het nationale constitutionele recht, zo blijkt uit de Verordening.[[7]](#footnote-7)

b. *De nationale Uitvoeringswet*

De genoemde verplichtingen uit de Verordening hebben rechtstreekse werking en vereisen dan ook geen omzetting door de nationale wetgever. Wel is een aantal wettelijke bepalingen op nationaal niveau nodig om uitvoering te kunnen geven aan de Verordening. Daartoe dient de voorliggende Uitvoeringswet.

Het belangrijkste aspect dat de Uitvoeringswet regelt, is de instelling van een nieuw zbo in de vorm van een autoriteit. Deze wordt belast met de uitoefening van de in de Verordening genoemde taken en bevoegdheden.[[8]](#footnote-8) Gelet op de eisen die de Verordening stelt en de waarborgen die de mensenrechtenverdragen en de Grondwet bieden met betrekking tot (beperking van) de vrijheid van meningsuiting, dient de bevoegde instantie op grote afstand van de regering te staan, aldus de toelichting.[[9]](#footnote-9) De Autoriteit bestaat uit drie leden, onder wie de voorzitter, te benoemen bij koninklijk besluit.[[10]](#footnote-10)

De toelichting stelt dat er nu geen bestuursorgaan is belast met vergelijkbare taken. Daarom wordt ervoor gekozen een nieuwe autoriteit op te richten. Met het oog op de beoogde onafhankelijkheid worden in het wetsvoorstel uitzonderingen gemaakt op de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Hierdoor kan de Minister van Justitie en Veiligheid geen beleidsregels stellen en ook geen besluiten van de Autoriteit vernietigen. Verder zijn de regelingen inzake inlichtingen en taakverwaarlozing uit de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen slechts van toepassing voor zover het gaat om het financiële beheer en de administratieve organisatie.[[11]](#footnote-11)

De Uitvoeringswet voorziet daarnaast in coördinatie en afstemming met de politie, het Openbaar Ministerie (hierna: OM), de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst.[[12]](#footnote-12) Verder wordt een grondslag geboden voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens.[[13]](#footnote-13)

De genoemde repressieve bevoegdheid (het opleggen van een verwijderingsbevel) en preventieve bevoegdheid (het opleggen van specifieke maatregelen, een zorgplicht genoemd) vloeien voort uit de Verordening. Daarnaast regelt de Uitvoeringswet ter uitvoering van de Verordening de sanctiemogelijkheden: het opleggen van een last onder dwangsom en het opleggen van een bestuurlijke boete.

c. *Samenhang bestuursrechtelijke aanpak online kinderpornografisch materiaal*

De Uitvoeringswet bevat een samenloopbepaling die betrekking heeft op het in procedure genomen wetsvoorstel houdende regels over een bestuursrechtelijke aanpak van online kinderpornografisch materiaal. Dat wetsvoorstel ziet eveneens in de oprichting van een nieuw zbo aan wie vergelijkbare taken en bevoegdheden toekomen. Indien dat wetsvoorstel eerder zou worden aangenomen door de Staten-Generaal vervallen enkele artikelen van de thans voorliggende Uitvoeringswet.[[14]](#footnote-14)

Het wetsvoorstel houdende regels over een bestuursrechtelijke aanpak van online kinderpornografisch materiaal is bij de Afdeling aanhangig. Dat voorstel vloeit niet voort uit een Europese verordening, maar berust op een nationale beleidskeuze. De Minister van Justitie en Veiligheid heeft de Tweede Kamer laten weten de aanpak van online kinderpornografisch materiaal ter verbinden met de Europese verplichtingen inzake terroristische online-informatie.[[15]](#footnote-15) Er zijn dan ook aanzienlijke inhoudelijke raakvlakken tussen beide wetsvoorstellen. De Afdeling zal daar in haar advies bij het wetsvoorstel houdende regels over een bestuursrechtelijke aanpak van online kinderpornografisch materiaal nader op ingaan.

1. Een nieuw zbo: constitutionele aspecten
2. *Inleiding*

De kern van het wetsvoorstel is de oprichting van een nieuw zbo. Daartoe moet niet te gemakkelijk worden overgegaan. Het vormt een uitzondering op de grondwettelijk verankerde regel dat een minister politiek verantwoordelijk en aanspreekbaar is voor het handelen van organen en diensten die behoren tot de centrale overheid. Om die reden is het regeringsbeleid om terughoudend te zijn met de wettelijke instelling van nieuwe onafhankelijke instanties.[[16]](#footnote-16)

Met het oog daarop dient telkens de vraag te worden gesteld of er een noodzaak bestaat voor taaktoedeling aan een (nieuw) zbo. Dit geldt te meer nu de dagelijkse praktijk weerbarstig is. De neiging om in incidentele gevallen de minister ondanks de wettelijke verzelfstandiging politiek verantwoordelijk te houden, kan leiden tot verwarring en spanningen in de verhouding tussen Tweede Kamer, minister en zelfstandig bestuursorgaan. Daarom zijn een grondige afweging en een deugdelijke en toereikende motivering noodzakelijk.[[17]](#footnote-17)

Zoals gesteld dient volgens de regering de autoriteit, gelet op de eisen van de Verordening en de waarborgen die mensenrechtenverdragen en de Grondwet bieden, “op grote afstand van de regering te staan”. Met deze passage lijkt de regering zich op het standpunt te stellen dat oprichting van een zbo uit de Verordening, het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en de Grondwet voortvloeit. Op de vraag in hoeverre dat het geval is, gaat de Afdeling hieronder nader in (punt b en c). Daarbij komt ook de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen aan bod (punt d tot en met f), gevolgd door een conclusie (punt g).

b. *Verordening 2021/784*

Op grond van de Verordening wijst iedere lidstaat een autoriteit aan die als taak krijgt terroristische online-content te identificeren en de snelle verwijdering ervan door aanbieders van hostingdiensten te garanderen.[[18]](#footnote-18) De Verordening laat de keuze voor de bevoegde nationale autoriteit aan de lidstaten, mits deze voldoet aan enkele eisen die de Verordening stelt. Zo dient de bevoegde autoriteit geen instructies van andere instanties te vragen of te ontvangen met betrekking tot de uitoefening van zijn taken.[[19]](#footnote-19)

De Afdeling merkt op dat het voornemen om (mede) op grond van het EU-recht over te gaan tot de instelling van een onafhankelijke autoriteit, in een bredere tendens past. Op grond van ontwikkelingen in de Europese wetgeving van de afgelopen ruim twintig jaar, is een aantal toezichthoudende autoriteiten opgericht die vaak ruime bevoegdheden uitoefenen op grond van een door het EU-recht gewaarborgde onafhankelijke positie.[[20]](#footnote-20) De EU-regelingen waarop deze zijn gebaseerd, zijn echter steeds verschillend. Daarom dient bij elke nieuwe regeling steeds te worden nagegaan hoever de daarop gebaseerde verplichtingen reiken. Dat geldt temeer in de gevallen waarin verplichtingen aanpassingen vergen van het nationale constitutionele recht, zoals de in de Grondwet gewaarborgde ministeriële verantwoordelijkheid.

In dat licht constateert de Afdeling dat de Verordening uitdrukkelijk bepaalt dat het daarin geregelde verbod om instructies te vragen of te ontvangen “geen beletsel mag vormen voor toezicht overeenkomstig het nationale constitutionele recht”.[[21]](#footnote-21) Dit laatste impliceert dat overeenkomstig de Grondwet de ministeriële verantwoordelijkheid uitgangspunt kan blijven. De Verordening staat niet in de weg aan de keuze om de desbetreffende taken op te dragen aan een nieuw zbo, maar die keuze vloeit gelet op het voorgaande ook niet dwingend uit de Verordening voort (zie ook hierna onder e).

c. *Vrijheid van meningsuiting: EVRM en Grondwet*

De toelichting betoogt dat onafhankelijke oordeelsvorming door de Autoriteit noodzakelijk is vanwege haar inmenging in de vrijheid van meningsuiting. Het stelt dat uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) volgt dat het in de regel de rechter is die, waar noodzakelijk, overgaat tot een beperking van de vrijheid van meningsuiting. Dit laat onverlet dat ook aan een ander orgaan de bevoegdheid kan worden geattribueerd om bepaalde uitingen ontoegankelijk te maken. Het ontbreken van voorafgaande rechterlijke toetsing moet dan worden gecompenseerd door andere waarborgen, zodanig dat onafhankelijke oordeelsvorming alsnog is geborgd, aldus de toelichting. Door de Autoriteit vorm te geven als zelfstandig bestuursorgaan is volgens de toelichting aan dit vereiste voldaan.[[22]](#footnote-22)

Uit deze toelichting kan de indruk ontstaan dat artikel 10 van het EVRM in het geval van een beperking van de vrijheid van meningsuiting door een ander orgaan dan de rechter zou *verplichten* tot de oprichting van een zbo.[[23]](#footnote-23) Dat kan echter niet zonder meer uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid. De vraag rijst allereerst in hoeverre de door de toelichting aangehaalde rechtspraak[[24]](#footnote-24) onverkort van toepassing is op het voorliggende wetsvoorstel. De context in die zaken was immers een geheel andere dan de verwijdering van online terroristisch – en daarmee strafbaar – materiaal.[[25]](#footnote-25) Op basis van de in aantal geringe en tevens zeer specifieke casuïstiek die aan het EHRM is voorgelegd, kan dan ook niet of in elk geval niet met zekerheid worden vastgesteld dat die rechtspraak ook van toepassing is op de situaties waarop het wetsvoorstel ziet.

Voor zover de in de toelichting aangehaalde rechtspraak hier betekenis heeft, is de vraag op welke wijze het ontbreken van voorafgaande rechterlijke toetsing gecompenseerd moet worden met andere waarborgen. Uit de rechtspraak blijkt geen duidelijk antwoord op die vraag. Een belangrijke waarborg zal in veel gevallen kunnen zijn dat, zoals in het bestuursrecht gebruikelijk is, de maatregel die inbreuk maakt op het grondrecht van de betrokkenen achteraf aan een onafhankelijke rechter kan worden voorgelegd.[[26]](#footnote-26) Artikel 10 van het EVRM vereist in elk geval niet dat het bestuursorgaan dat de maatregel neemt, ook zélf onafhankelijk is. Ook artikel 7 van de Grondwet schrijft dit niet voor.

d. *Kaderwet zelfstandige bestuursorganen: onafhankelijke oordeelsvorming*

Volgens de toelichting is de oprichting van een zbo in overeenstemming met de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Op grond van artikel 3, eerste lid, aanhef en onderdeel a, kan een zbo worden ingesteld indien er behoefte is aan ‘onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid’. Daarvan is in dit geval sprake, zo stelt de toelichting.[[27]](#footnote-27)

De Afdeling heeft eerder opgemerkt op dat er onvoldoende duidelijkheid bestaat over de vraag wanneer het aangewezen is een beroep te doen op de “behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid” in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.[[28]](#footnote-28) Die duidelijkheid is wel noodzakelijk, omdat het ook samenhangt met de vraag op welke wijze de voor overheidstaken vereiste deskundigheid en onpartijdige en onafhankelijke oordeelsvorming binnen departementale diensten en instellingen zélf (en dus met behoud van de ministeriële verantwoordelijkheid) kan worden gewaarborgd. De regering heeft te kennen gegeven op dit punt naar versterking te streven en heeft daartoe maatregelen aangekondigd. [[29]](#footnote-29)

Tegen deze achtergrond schiet de toelichting tekort. Waarom er behoefte is aan “onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid” in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en waarom deze behoefte in dit geval de instelling van een nieuw zbo noodzakelijk maakt, wordt niet zelfstandig gemotiveerd. Dit gebeurt ook niet in de Kamerbrief van 20 november 2020, waarnaar de toelichting verwijst.[[30]](#footnote-30)

e. *Zorgvuldige afweging*

De Afdeling acht een grondige afweging en een zorgvuldige motivering van de pro’s en contra’s van de instelling van een nieuw zbo noodzakelijk. Daarbij dienen ook andere opties te worden afgewogen. Met het oog daarop stelt de toelichting allereerst dat er geen bestaand bestuursorgaan is dat reeds belast is met het (doen) verwijderen of blokkeren van online terroristische-inhoud of vergelijkbare taken.[[31]](#footnote-31) Hoewel dit op zichzelf juist is, maakt dit nog niet duidelijk of en hoe de mogelijkheid om de bevoegdheid toe te kennen aan een al bestaand orgaan, is beoordeeld. De toelichting gaat daar niet op in.

In dit verband kan worden gewezen op artikel 125p van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv). Deze bepaling maakt het mogelijk om in het kader van een verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv een strafrechtelijk bevel tot ontoegankelijkmaking uit te vaardigen aan een aanbieder van een communicatiedienst.[[32]](#footnote-32) Hiervoor is toestemming van de officier van justitie vereist, evenals een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris. De toelichting gaat niet in op de vraag waarom – in het verlengde van artikel 125p Sv – er niet voor is gekozen om de in de Verordening bedoelde bevoegdheid tot ontoegankelijkmaking toe te kennen aan het OM na voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris, al dan niet met aanpassingen in het licht van de eisen die de Verordening stelt. Daarbij kan van belang zijn dat in de gevallen waarop het wetsvoorstel ziet doorgaans ook sprake zal zijn van (een verdenking van) een misdrijf in bovenbedoelde zin.

De toelichting gaat wel in op de vraag waarom niet is gekozen voor een agentschap of deconcentratie.[[33]](#footnote-33) De constructie waarin de bevoegde autoriteit wordt ondergebracht in een departementale dienst met de, door de Verordening voorgeschreven, beperking van de ministeriële bevoegdheid om in individuele gevallen aanwijzingen of instructies te geven, wordt afgewezen. Volgens de toelichting is de reden daarvoor dat het leidt tot ‘de ongewenste situatie dat de minister beperkt wordt in zijn mogelijkheid tot ingrijpen, maar toch politiek verantwoordelijk blijft voor de wijze waarop de bevoegde autoriteit zijn taken vervult.’

Dit betoog acht de Afdeling niet voldoende. Het gaat eraan voorbij dat ook onder de ministeriële verantwoordelijkheid onafhankelijke oordeelsvorming mogelijk is en in sommige gevallen ook is gewaarborgd.[[34]](#footnote-34) In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de geldende regels voor het OM[[35]](#footnote-35) en de Aanwijzingen inzake de Rijksinspecties.[[36]](#footnote-36) Bij de weging van de mogelijkheid en wenselijkheid van onderbrenging bij een departement is ook van belang dat de minister niet alleen verantwoording verschuldigd is aan het parlement, maar ook, zoals de regering in de toelichting terecht onderstreept, namens de Staat der Nederlanden door de Europese Commissie aanspreekbaar is voor het nakomen van de verplichtingen op grond van de Verordening.[[37]](#footnote-37)

f. *Afwijking van Kaderwet zelfstandige bestuursorganen*

Het wetsvoorstel verklaart verschillende bepalingen van de Kaderwet buiten toepassing.[[38]](#footnote-38) Zo wordt onder meer de toepassing van de artikelen 21 en 22 van de Kaderwet uitgezonderd.[[39]](#footnote-39) Als gevolg hiervan mag de minister geen beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening van de Autoriteit. Evenmin mag de minister besluiten van de Autoriteit – ook die inhoudende beleidsregels – vernietigen. De regering acht deze afwijkingen nodig in het licht van de onafhankelijke oordeelsvorming.[[40]](#footnote-40) Dit standpunt wordt in de toelichting niet nader gemotiveerd.

De Afdeling merkt echter op dat deze afwijkingen niet dwingend voortvloeien uit de Verordening of enige andere rechtsregel. De Verordening plaatst het aanvaarden van instructies in de sleutel van het op objectieve en niet-discriminerende wijze uitvoeren van de opgedragen taken.[[41]](#footnote-41) Inmenging in concrete gevallen moet dan ook worden onderscheiden van het vooraf vaststellen van beleidsregels over de taakuitoefening in algemene zin.

De bevoegdheid om beleidsregels te stellen berust in het algemeen bij het bestuursorgaan,[[42]](#footnote-42) maar ten aanzien van zbo’s is deze weloverwogen ook aan de minister toegekend. Deze bevoegdheid is bij amendement ingevoegd in de Kaderwet met als toelichting dat de minister “voldoende handvatten [moet] hebben om zijn ministeriële verantwoordelijkheid voor een zelfstandig bestuursorgaan inhoud te kunnen geven”.[[43]](#footnote-43) Daarbinnen houdt het bestuursorgaan de ruimte om de taak naar eigen inzicht uit te oefenen.[[44]](#footnote-44) Het stellen van beleidsregels door de minister staat volgens de Kaderwet dan ook niet in de weg aan onafhankelijke taakuitoefening. Daarbij komt dat de minister op grond van de Kaderwet niet *verplicht* is om beleidsregels te stellen, terwijl het voorliggende voorstel de minister die bevoegdheid geheel ontneemt.

Tegen die achtergrond behoeven de voorgestelde afwijkingen van de Kaderwet een nadere toelichting. De Afdeling acht afwijking in het bijzonder problematisch waar de ministeriële bevoegdheid om beleidsregels te stellen wordt uitgesloten. Als het gaat om situaties waarin (expliciet of impliciet) beleidskeuzes aan de orde zijn, is het bij uitstek van belang dat de minister voor het parlement en de samenleving aanspreekbaar blijft.[[45]](#footnote-45) Dat klemt temeer gelet op de ingrijpende aard van de bevoegdheden van de voorgestelde Autoriteit.

g. *Conclusie*

In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling de noodzaak van de instelling van een nieuw zbo in de toelichting grondig af te wegen en nader te motiveren en in dat kader nader in te gaan op de voor- en tegenargumenten van de verschillende opties. Wanneer alles afwegende besloten wordt tot instelling van een nieuw zbo, adviseert zij voorts de keuze voor afwijking van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen ten aanzien van de ministeriële bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen, te heroverwegen.

1. Grondrechtelijke aspecten
2. *Digitale bevoegdheden van de* *Autoriteit*

De Verordening bepaalt dat de Autoriteit de taak krijgt om online terroristische inhoud te identificeren.[[46]](#footnote-46) Het identificeren van dergelijke inhoud vergt dat de Autoriteit onderzoek uitvoert op het publieke internet. Daarbij zal volgens de toelichting ook gebruik gemaakt worden van geautomatiseerde monitoringsinstrumenten en worden tevens bijzondere persoonsgegevens verwerkt. De resultaten van dit onderzoek kunnen de Autoriteit vervolgens aanleiding geven voor het uitoefenen van repressieve of preventieve bevoegdheden.[[47]](#footnote-47)

Het wetsvoorstel creëert een wettelijke grondslag voor de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens.[[48]](#footnote-48) De onderzoekstaak van de Autoriteit zelf en de grenzen daarvan worden evenwel niet nader geregeld in het wetsvoorstel. Daarmee rijst de vraag welke digitale bevoegdheden de Autoriteit heeft bij haar onderzoek en waar de grenzen daarvan liggen. Ook de toelichting gaat op dergelijke vragen niet in.

De Afdeling wijst er in dit verband op dat waar digitale bevoegdheden worden gecreëerd, de wet hierover voldoende duidelijk dient te zijn. Dit klemt temeer gelet op de ingrijpende aard van de bevoegdheden van de Autoriteit tegen de achtergrond van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van meningsuiting. De belangrijkste keuzes ten aanzien van digitale bevoegdheden en de reikwijdte daarvan moeten door de formele wetgever op het niveau van de wet worden gemaakt. Dit is van belang met het oog op het legaliteitsbeginsel, de voorzienbaarheid van wetgeving, en het primaat van de wetgever. Om het parlement zijn taak als medewetgever goed te kunnen laten uitoefenen, moet de benodigde informatie over digitale bevoegdheden tevens in de toelichting zijn opgenomen.[[49]](#footnote-49)

In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling het wetsvoorstel evenals de toelichting aan te passen.

1. *Bescherming van persoonsgegevens*
2. *Verwerking bijzondere categorieën van persoonsgegevens*

De Autoriteit zal bijzondere categorieën van persoonsgegevens verwerken.[[50]](#footnote-50) Dat is niet alleen het geval in de onderzoeksfase, maar lijkt evenmin uitgesloten waar het de samenwerking en coördinatie met de bevoegde autoriteiten van andere lidstaten betreft. Daarbij kan ook informatie worden uitgewisseld met betrekking tot de genomen maatregelen en opgelegde sancties.[[51]](#footnote-51)

Het verwerken van bijzondere persoonsgegevens is op grond van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) verboden, tenzij een van de aldaar genoemde rechtvaardigingsgronden van toepassing is.[[52]](#footnote-52) De toelichting vermeldt dat de rechtvaardiging in dit geval is gelegen in het Unierecht,[[53]](#footnote-53) te weten de Verordening. Dat geldt volgens de toelichting ook voor de verwerking van strafrechtelijke gegevens als bedoeld in artikel 10 van de AVG.[[54]](#footnote-54)

Niettemin rijst de vraag of voldaan wordt aan de voorwaarden die de AVG stelt aan een beroep op de genoemde rechtvaardigingsgrond. Zo dienen “passende en specifieke maatregelen te worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene”.[[55]](#footnote-55) De Verordening legt lidstaten de verplichting op om te zorgen voor passende en veilige communicatiekanalen. Dit wordt nader geregeld in artikel 6, tweede lid, van de Uitvoeringswet. Deze waarborg kan worden beschouwd als een ‘passende en specifieke maatregel’ in het kader van de uitwisseling van gegevens.

Ten aanzien van de verwerking van bijzondere persoonsgegevens in meer algemene zin volgt echter niet uit het wetsvoorstel welke “passende en specifieke maatregelen” zijn getroffen, bijvoorbeeld met betrekking tot toegang tot bijzondere persoonsgegevens en de bewaartermijn daarvan. Voorgesteld artikel 6, derde lid, bepaalt weliswaar dat gegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk, maar op grond van het beginsel van opslagbeperking[[56]](#footnote-56) moet al aan dit vereiste worden voldaan. Daarmee kan dit niet worden aangemerkt als een ‘passende en specifieke maatregel’ als vereist door de AVG.

De Afdeling adviseert om in voorgesteld artikel 6, derde lid, alsnog een concrete maximale bewaartermijn op te nemen. Tevens adviseert zij in het wetsvoorstel een delegatiegrondslag op te nemen om zo te voorzien in de overige vereiste “passende en specifieke maatregelen”.

1. *Geautomatiseerde individuele besluitvorming*

De toelichting maakt duidelijk dat bij het onderzoek door de Autoriteit gebruik zal worden gemaakt van geautomatiseerde instrumenten. Ook de beoordeling of in een concreet geval daadwerkelijk sprake is van terroristisch materiaal, kan geautomatiseerd worden verricht.[[57]](#footnote-57) Uit de toelichting blijkt niet of een daarop gebaseerd verwijderingsbevel tevens geautomatiseerd tot stand kan komen.[[58]](#footnote-58)

Indien dat het geval is, stelt de AVG grenzen aan besluitvorming die uitsluitend is gebaseerd op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens en waaraan, zoals de AVG bepaalt, voor de betrokkene rechtsgevolgen zijn verbonden of die hem op een andere manier in aanmerkelijke mate treft.[[59]](#footnote-59) Dergelijke besluitvorming is niet toegestaan, tenzij voldaan wordt aan bepaalde voorwaarden.[[60]](#footnote-60) Zo is bovengenoemd verbod onder meer niet van toepassing indien het besluit ‘is toegestaan bij een Unierechtelijk of lidstatelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en die ook voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkenen’.[[61]](#footnote-61)

In het geval sprake kan zijn van een geautomatiseerd tot stand gekomen verwijderingsbevel, zouden dergelijke waarborgen in de wet moeten worden opgenomen. De AVG noemt in dit verband onder meer het recht op menselijke tussenkomst.[[62]](#footnote-62)

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande te verduidelijken en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

1. *Verhouding van de zorgplicht tot het* *censuurverbod*

De Verordening bepaalt dat de Autoriteit een tweetal bevoegdheden krijgt om de verspreiding van terroristische online-inhoud te voorkomen. Het betreft ten eerste de (preventieve) bevoegdheid tot het opleggen van zorgplicht[[63]](#footnote-63) en ten tweede de (repressieve) bevoegdheid om een verwijderingsbevel uit te vaardigen jegens een aanbieder van hostingdiensten.[[64]](#footnote-64)

Wanneer de Autoriteit heeft vastgesteld dat een aanbieder van hostingdiensten is blootgesteld aan terroristische online-inhoud en aldus een ‘blootstellingsbesluit’ heeft genomen en medegedeeld aan de betreffende aanbieder,[[65]](#footnote-65) ontstaat op grond van artikel 5 van de Verordening een zorgplicht. De aanbieder wordt dan verplicht tot het treffen van specifieke maatregelen om de verspreiding van terroristische online-inhoud tegen te gaan. Het gaat daarbij in elk geval om een verplichting in de algemene voorwaarden bepalingen op te nemen om het misbruik van zijn diensten voor de verspreiding van terroristische online-inhoud tegen te gaan en deze voorwaarden toe te passen.[[66]](#footnote-66)

Daarnaast wordt de aanbieder verplicht om (andere) specifieke maatregelen te nemen tegen misbruik van zijn diensten.[[67]](#footnote-67) Hoewel de keuze voor de te treffen maatregelen bij de aanbieder ligt, noemt de Verordening een viertal mogelijke maatregelen.[[68]](#footnote-68) Tevens moeten de maatregelen voldoen aan enkele voorwaarden. Zo moeten de maatregelen doeltreffend, doelgericht en evenredig zijn en moeten zij worden toegepast op een zorgvuldige en niet-discriminerende wijze. Daarbij wordt tevens rekening gehouden met grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting.[[69]](#footnote-69)

In dat verband rijst de vraag naar de verhouding van het wetsvoorstel tot de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting. De toelichting erkent dat de aanwending van de bevoegdheden van de Autoriteit een inmenging kan vormen in het recht op de vrijheid van meningsuiting, zoals vervat in onder meer artikel 7 van de Grondwet.[[70]](#footnote-70)

Uitingen op het internet moeten worden beoordeeld in het licht van het derde lid van artikel 7 van de Grondwet.[[71]](#footnote-71) Daaruit volgt dat niemand voorafgaand verlof nodig heeft om gedachten of gevoelens te openbaren wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Uit de jurisprudentie en de wetsgeschiedenis volgt dat dit verbod ruim moet worden gelezen: artikel 7, derde lid, van de Grondwet verbiedt iedere preventieve beperking van de uitingsvrijheid door de overheid die gegrond is op de inhoud ervan.[[72]](#footnote-72) Beperkingen vanwege de inhoud kunnen dus alleen repressief zijn.[[73]](#footnote-73) Het verbod is tevens absoluut. De clausulering “behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet” mag niet zo begrepen worden dat voorafgaand verlof wegens de inhoud wél is toegestaan als dat door de formele wetgever is ingesteld.[[74]](#footnote-74)

De toelichting stelt dat er *in casu* geen sprake is van voorafgaand verlof, aangezien “een verwijderingsbevel wordt uitgevaardigd naar aanleiding van reeds openbaar gemaakte terroristische inhoud, waarop vervolgens rechterlijke toetsing mogelijk is”.[[75]](#footnote-75) De vraag rijst evenwel hoe de zorgplicht, die meer preventief van aard is dan het verwijderingsbevel, zich verhoudt tot artikel 7, derde lid, van de Grondwet. Een nadere beschouwing welke maatregelen aanbieders van hostingdiensten in dit verband al dan niet mogen nemen, ontbreekt in de toelichting. Dit leidt tot rechtsonzekerheid voor zowel aanbieders als gebruikers van hostingdiensten.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

4. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.   
  
  
De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W16.22.0013/II

* Overeenkomstig Aanwijzing 9.12, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de Regelgeving, in de transponeringstabel inzichtelijk maken dat het sanctiestelsel berust op nationale beleidskeuzes.

1. Verordening (EU) 2021/784 van het Europees Parlement en de Raad inzake het tegengaan van de verspreiding van terroristische online-inhoud, PbEU 2021, L172. [↑](#footnote-ref-1)
2. Overweging 1 van de Verordening. [↑](#footnote-ref-2)
3. Overweging 35 en artikel 12 van de Verordening. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artikel 1, eerste lid, onder b, van de Verordening. [↑](#footnote-ref-4)
5. Zie in dit verband overweging 35 van de Verordening. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artikel 13 van de Verordening. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artikel 13, tweede lid, van de Verordening. Zie ook overweging 35 van de Verordening. [↑](#footnote-ref-7)
8. Voorgesteld artikel 2, van de Uitvoeringswet. [↑](#footnote-ref-8)
9. Memorie van toelichting, paragraaf 3.1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Voorgesteld artikel 3, van de Uitvoeringswet. [↑](#footnote-ref-10)
11. Voorgesteld artikel 5, van de Uitvoeringswet. [↑](#footnote-ref-11)
12. Voorgesteld artikel 8, van de Uitvoeringswet. [↑](#footnote-ref-12)
13. Voorgesteld artikel 9, van de Uitvoeringswet. [↑](#footnote-ref-13)
14. Voorgesteld artikel 14, van de Uitvoeringswet. Het wetsvoorstel houdende regels over een bestuursrechtelijke aanpak van online kinderpornografisch materiaal bevat een soortgelijke samenloopbepaling voor de situatie dat deze Uitvoeringswet eerder zou zijn behandeld. [↑](#footnote-ref-14)
15. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2020/21, 31015, nr. 208. [↑](#footnote-ref-15)
16. Kamerstukken II 2014/15, 25268, nr. 83. Zie ook Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78 (bijlage), punt 3.2 en 4.3. [↑](#footnote-ref-16)
17. Zie ook Aanwijzing 5.8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artikel 12 van de Verordening. [↑](#footnote-ref-18)
19. Artikel 13, tweede lid, van de Verordening. [↑](#footnote-ref-19)
20. Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78 (bijlage), punt 3.2. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artikel 13, tweede lid, van de Verordening. Zie ook overweging 35 van de Verordening. [↑](#footnote-ref-21)
22. Memorie van toelichting, paragraaf 3.1. [↑](#footnote-ref-22)
23. Idem. [↑](#footnote-ref-23)
24. De toelichting verwijst in dit verband naar EHRM 10 september 2010 (GK), *Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland*, nr. 38244/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0914JUD003822403, r.o. 90-92; EHRM 7 juni 2007, *Smirnov t. Rusland*, nr. 71362/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0607JUD007136201, r.o. 45, en EHRM 30 september 2014, *Prezhdarovi t. Bulgarije*, nr. 8429/05, ECLI:CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, r.o. 46. [↑](#footnote-ref-24)
25. Het ging in de genoemde zaken om de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen met als doel het journalistieke brongeheim te doorbreken, respectievelijk huiszoekingen en de inbeslagname van (digitale) documenten door de politie zonder voorafgaande rechterlijke toetsing. Dat het EHRM met name bij journalistieke bronbescherming een voorafgaande onafhankelijke beoordeling heeft geëist, is begrijpelijk. Het EHRM is bij de toetsing aan artikel 10 EVRM doorgaans zeer streng als het gaat om de bescherming van journalisten. Bovendien is voorafgaande toetsing in dat geval onvermijdelijk omdat het vrijgeven van de identiteit van een journalistieke bron, niet achteraf kan worden hersteld. [↑](#footnote-ref-25)
26. Het EHRM achtte rechterlijke toetsing achteraf toereikend in *Smirnov t. Rusland*, nr. 71362/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0607JUD007136201, r.o. 45, en EHRM 30 september 2014, *Prezhdarovi t. Bulgarije*, nr. 8429/05, ECLI:CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, r.o. 46. [↑](#footnote-ref-26)
27. Memorie van toelichting, paragraaf 3.1. [↑](#footnote-ref-27)
28. Zie Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78 (bijlage), punt 4.3. Zie tevens Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 28 april 2021 over de Wijziging van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en enkele andere wetten (W04.21.0051/I), Kamerstukken II 2020/21, 35890, nr. 4, punt 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Dit hangt samen met het bevorderen van ambtelijk vakmanschap. Zie Nader rapport inzake advies Afdeling advisering van de Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid, Kamerstukken II 2020/21, 35570, nr. 47 (bijlage), punt 2.5. [↑](#footnote-ref-29)
30. Kamerstukken II 2020/21, 31015, nr. 208. [↑](#footnote-ref-30)
31. Memorie van toelichting, paragraaf 3.1. [↑](#footnote-ref-31)
32. Idem, paragraaf 3.6. [↑](#footnote-ref-32)
33. Idem, paragraaf 3.1. [↑](#footnote-ref-33)
34. Vergelijk S.E. Zijlstra, Onafhankelijke ondergeschikten. Zbo’s, rijksinspecties, planbureaus, privacy-officers, het WODC: tijd voor chaos in de orde!, NTB 2019, afl. 2, p. 39-47. [↑](#footnote-ref-34)
35. Artikel 127 en 128 Wet RO. Van belang is dat de reden om de volledige ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM te handhaven is ‘dat hierbij fundamentele rechtsgoederen in het geding zijn waarbij de officier van justitie over een aanzienlijke mate van beleidsvrijheid beschikt die zich niet volledig in regels laat programmeren.’ Zie Rapport van de Eerste externe commissie van de Bijzondere Commissie Vraagpunten (commissie-Scheltema) “Steekhoudend ministerschap”, Kamerstukken II 1992/93, 21427, nr. 41, p. 44-45. Zie ook Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, punt 3.2. [↑](#footnote-ref-35)
36. Aanwijzingen 10-15 van de Aanwijzingen inzake de Rijksinspecties, met bijbehorende toelichting. [↑](#footnote-ref-36)
37. Memorie van toelichting, paragraaf 3.1. [↑](#footnote-ref-37)
38. Idem, paragraaf 3.2. [↑](#footnote-ref-38)
39. Voorgesteld artikel 5, eerste lid, van de Uitvoeringswet. [↑](#footnote-ref-39)
40. Memorie van toelichting, paragraaf 3.7. [↑](#footnote-ref-40)
41. Artikel 13, tweede lid, eerste volzin vs. tweede volzin, van de Verordening. Zie ook Overweging 35 van de Verordening. [↑](#footnote-ref-41)
42. Artikel 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht. [↑](#footnote-ref-42)
43. Kamerstukken II, 2001/02, 27427, nr. 21. [↑](#footnote-ref-43)
44. Idem. [↑](#footnote-ref-44)
45. Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78 (bijlage), punt 4.3. [↑](#footnote-ref-45)
46. Artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder i, van de Verordening. Deze taak komt tevens tot uitdrukking in artikel 2, derde lid onderdeel B, van de Uitvoeringswet. [↑](#footnote-ref-46)
47. Memorie van toelichting, paragraaf 5.2. Zie hierover punt 3b, onderdeel i, van dit advies. [↑](#footnote-ref-47)
48. Voorgesteld artikel 9, eerste lid, van de Uitvoeringswet. [↑](#footnote-ref-48)
49. Zie ook Raad van State, Digitalisering – Wetgeving en Bestuursrechtspraak, mei 2021, punt 2.II (De juridische toets). [↑](#footnote-ref-49)
50. Memorie van toelichting, paragraaf 5.2. [↑](#footnote-ref-50)
51. Artikel 14, tweede lid, van de Verordening. [↑](#footnote-ref-51)
52. Artikel 9, eerste en tweede lid, van de AVG. [↑](#footnote-ref-52)
53. Artikel 9, tweede lid, onderdeel g, van de AVG. [↑](#footnote-ref-53)
54. Memorie van toelichting, paragraaf 5.2. [↑](#footnote-ref-54)
55. Artikel 9, tweede lid, onderdeel g, van de AVG. [↑](#footnote-ref-55)
56. Artikel 5, eerste lid, onderdeel e, van de AVG. [↑](#footnote-ref-56)
57. Idem. [↑](#footnote-ref-57)
58. Idem. [↑](#footnote-ref-58)
59. Artikel 22, eerste lid, van de AVG. [↑](#footnote-ref-59)
60. Artikel 22, tweede lid, van de AVG. [↑](#footnote-ref-60)
61. Artikel 22, tweede lid, onderdeel b, van de AVG. [↑](#footnote-ref-61)
62. Zie overweging 71 van de AVG. [↑](#footnote-ref-62)
63. Artikel 5 van de Verordening. [↑](#footnote-ref-63)
64. Artikel 3 van de Verordening. [↑](#footnote-ref-64)
65. Volgens de toelichting wordt de blootstelling ‘op basis van objectieve factoren vastgesteld, zoals het feit dat de aanbieder in de twaalf voorafgaande maanden twee of meer definitieve verwijderingsbevelen heeft ontvangen’. Memorie van toelichting, paragraaf 2.2. [↑](#footnote-ref-65)
66. Artikel 5, eerste lid, van de Verordening. [↑](#footnote-ref-66)
67. Artikel 5, tweede lid, aanhef, van de Verordening. [↑](#footnote-ref-67)
68. Artikel 5, tweede lid, onderdeel a tot en met d, van de Verordening. De Verordening maakt in artikel 5, achtste lid, tevens duidelijk dat de verplichting om specifieke maatregelen te treffen geen afbreuk doet aan artikel 15, eerste lid, van Richtlijn 2000/31/EG. Dat houdt voor aanbieders van hostingdiensten noch een algemene verplichting in om toezicht te houden op de informatie die zij doorsturen of opslaan, noch een algemene verplichting om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op illegale activiteiten duiden. [↑](#footnote-ref-68)
69. Artikel 5, derde lid, van de Verordening. [↑](#footnote-ref-69)
70. Memorie van toelichting, paragraaf 3.7. [↑](#footnote-ref-70)
71. Zie B.P. Vermeulen, ‘Commentaar op artikel 7 van de Grondwet’, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknegt (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2019 (www.nederlandrechtsstaat.nl). [↑](#footnote-ref-71)
72. HR 7 november 1892, W 6259; Kamerstukken II 1975/76, 24872, nr. 3, p. 18 en Kamerstukken II 1976/77, 13872, nr. 7, p. 26. Zie ook B.P. Vermeulen, ‘Commentaar op artikel 7 van de Grondwet’, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknegt (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2019 (www.nederlandrechtsstaat.nl). [↑](#footnote-ref-72)
73. Kamerstukken II 1975/76, 24872, nr. 3, p. 35. [↑](#footnote-ref-73)
74. Zie B.P. Vermeulen, ‘Commentaar op artikel 7 van de Grondwet’, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknegt (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2019 (www.nederlandrechtsstaat.nl). [↑](#footnote-ref-74)
75. Memorie van toelichting, paragraaf 3.7. [↑](#footnote-ref-75)