

Vergaderjaar 2022–2023

34 588

Regels met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten alsmede wijziging van enkele wetten (Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20..)

Nr. 92

BRIEF VAN DE MINISTERS VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES EN VAN DEFENSIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 1 september 2023

Hierbij bieden wij u, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, en de Minister van Justitie en Veiligheid, de hoofdlijnennotitie wijziging Wiv 2017 aan. De hoofdlijnennotitie schetst de contouren van de wetsherziening Wiv 2017.

Zoals in de uitstelbrief van 12 juni 2023 staat beschreven, ontvangt u

de hoofdlijnennotitie wijziging Wiv 2017, en het verslag van het functioneren van de diensten, gelijktijdig met de nota van wijziging en de nota naar aanleiding van het verslag bij de Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma (Kamerstuk 36 263, nrs. 9 en 10).

Wij gaan graag met de Tweede Kamer in gesprek over de inhoud van de hoofdlijnennotitie.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
H.G.J. Bruins Slot

De Minister van Defensie,
K.H. Ollongren

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding hoofdlijnennotitie

In het regeerakkoord van het kabinet Rutte III (bijlage bij Kamerstuk 35 788, nr. 77) is afgesproken dat de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) uiterlijk twee jaar na inwerkingtreding zou worden geëvalueerd door een onafhankelijke commissie. Het kabinet heeft hiervoor destijds de Evaluatiecommissie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (ECW of evaluatiecommissie) ingesteld. Deze commissie, onder voorzitterschap van mevrouw drs. R.V.M. Jones-Bos, bracht op 20 januari 2021 haar rapport uit¹. De hoofdconclusie van het rapport was dat de Wiv 2017 voor een belangrijk deel heeft gebracht wat was beoogd, maar op onderdelen tekortschiet. Op 5 maart 2021 deed het kabinet uw Kamer zijn reactie² op het rapport toekomen, waarin de analyse en conclusies van de ECW werden omarmd en de aanbevelingen van de ECW bij de wijziging van de Wiv 2017 als uitgangspunt worden genomen.

Nadat op 9 juni 2021 met de vaste commissie van Binnenlandse Zaken en de vaste commissie voor Defensie is gesproken over het rapport van de ECW, informeerden de toenmalige Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en Defensie uw Kamer op 5 juli 2021 over de wijze waarop het verdere traject tot wijziging van de Wiv 2017 zou worden ingericht³. Aangegeven is dat in interdepartementaal verband verder gewerkt zou worden aan een analyse van de aanbevelingen van de evaluatiecommissie. Deze analyse betreft het functioneren en het evenwicht van het stelsel in brede zin, met inbegrip van het toezicht, de uitvoeringsconsequenties voor de AIVD en de MIVD, de waarborgen ter bescherming van de rechten en belangen van burgers, de gevolgen van de recente jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), alsmede het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) en de inwerkingtreding van Conventie 108+⁴. Bij dit geheel zou ook het rapport van 22 april 2021 van de Algemene Rekenkamer naar de slagkracht van beide diensten⁵ worden betrokken alsook de uitkomsten van de debatten met uw Kamer en de Eerste Kamer en de daar aangenomen Kamer moties⁶. Zoals uit de bovenstaande beschrijving blijkt, richt de hoofdlijnennotitie zich op de wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Er wordt in deze notitie dus niet ingegaan op bevoegdheden van organisatieonderdelen die niet onder deze reikwijdte vallen, zoals het Land Information Manoeuvre Centre (LIMC) van de krijgsmacht en het Team Openbare Orde Inlichtingen (TOOI) van de Nationale Politie.

Tot slot heeft in het verlengde van de motie van het lid Leijten (Kamerstuk 29 924, nr. 215) op verschillende momenten ook de dialoog plaatsgevonden met de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) en Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB), onder meer inzake de voorbereiding van de Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma (hierna: de Tijdelijke wet). Deze dialoog, die gaande zal blijven bij de voorgenomen wijziging van de Wiv 2017, heeft een aantal inzichten gegeven die

¹ Kamerstuk 34 588, nr. 88.

² Kamerstuk 34 588, nr. 89.

³ Kamerstuk 34 588, nr. 90.

⁴ Kamerstuk 34 588, nr. 91.

⁵ Kamerstuk 29 924, nr. 210 «Operationele slagkracht AIVD/MIVD: de wet dwingt, de tijd dringt, de praktijk wringt».

⁶ Kamerstuk 29 924, nrs. 214, 215, 217, 218, 219.

betrekking hebben op het inlichtingen- en veiligheidsdomein in het algemeen en het stelsel van toetsing en toezicht met betrekking tot de rechtmatige taakuitvoering van de diensten in het bijzonder. De Ministers en de CTIVD en de TIB zijn het eens over de noodzaak van een breed fundament voor de voorgenomen wijziging van de Wiv 2017. Veel opmerkingen van de CTIVD en de TIB zijn ter harte genomen en meegenomen bij het opstellen van deze hoofdlijnennotitie.

Deze brede analyse heeft geleid tot de voorliggende hoofdlijnennotitie. Overeenkomstig de toezegging die de Minister van BZK op 29 juni 2022 (Kamerstuk 30 977, nr. 164) in het overleg met de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken heeft gedaan bied ik uw Kamer hierbij de hoofdlijnennotitie aan.

1.2 Opbouw notitie

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 beschreven wat het kabinet als fundament ziet voor de herziening van de Wiv 2017 en welke doelstellingen zij daarbij hanteert. In hoofdstuk 3 volgen andere relevante ontwikkelingen – naast het rapport van de ECW – die bij de herziening van de Wiv 2017 dienen te worden betrokken. In hoofdstuk 4 worden vervolgens enkele hoofdlijnen van de voorgenomen herziening van de Wiv 2017 geschetst. Daarbij zal grotendeels worden aangesloten bij de thematische indeling van het rapport van de ECW. In hoofdstuk 5 wordt afzonderlijk ingegaan op het stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling. Hoofdstuk 6 gaat ten slotte in op het vervolgotraject na het uitbrengen van deze hoofdlijnennotitie.

Hoofdstuk 2 Fundament en doelstellingen voor de herziening van de Wiv 2017

De Nederlandse overheid heeft de grondwettelijke plicht onze open en vrije samenleving en de democratische rechtsorde te beschermen en de internationale rechtsorde te bevorderen. De inlichtingen- en veiligheidsdiensten, de AIVD en de MIVD (hierna: de diensten), spelen hierbij een onmisbare rol. Omdat de diensten voor hun taken bevoegdheden moeten kunnen inzetten die heimelijk een inbreuk kunnen maken op de persoonlijke levenssfeer van personen is het noodzakelijk dat de regulering daarvan in overeenstemming is met de eisen die daaraan grondwettelijk en internationaalrechtelijk worden gesteld en dat wordt voorzien in effectief en onafhankelijk toezicht op de diensten. Hierbij wil het kabinet benadrukken dat de bescherming van burgerrechten en de bescherming van nationale veiligheid met elkaar zijn verbonden en elkaar kunnen versterken.

Het belang van het werk van de diensten is de afgelopen jaren onmiskenbaar toegenomen. Nederland wordt indringend geconfronteerd met een groeiende hoeveelheid en verscheidenheid aan dreigingen. Deze dreigingen variëren van opgelopen geopolitieke spanningen in Europa (zoals rondom de oorlog in Oekraïne) tot terrorisme en extremisme uit verschillende stromingen en de ontwikkeling van massavernietigingswapens. Ook gaat er een ernstige en groeiende dreiging uit van landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland, waardoor zowel de nationale veiligheid als de kennis- en technologiebasis van Nederlandse bedrijven en persoonsgegevens van Nederlandse burgers in het geding zijn. Voorts staan de democratische rechtsorde en de nationale veiligheid onder toenemende druk van anti-institutioneel extremisme en criminele ondermijning.

Om Nederland en Europa te kunnen beschermen doen de diensten in opdracht van de regering onderzoek naar deze dreigingen en naar de personen, organisaties en landen die daarbij zijn betrokken. De AIVD doet dit in het kader van bescherming van de democratische rechtsorde, de (nationale) veiligheid en andere gewichtige belangen van de staat. De MIVD heeft daarnaast de bijzondere taak het optreden van de krijgsmacht rechtstreeks te ondersteunen, zowel in het kader van de handhaving van de internationale rechtsorde als in nationaal of bondgenootschappelijk verband.

De diensten moeten deze taken verrichten in een zeer veranderlijke technologische omgeving. Voor de samenleving als geheel geldt dat technologische ontwikkelingen, zoals die op het gebied van dataverwerking en kunstmatige intelligentie, zowel enorme kansen bieden als bedreigingen opleveren. Ook de diensten kunnen zich niet aan deze ontwikkelingen onttrekken. Zij moeten met de tijd mee om hun taken op een verantwoorde manier te kunnen blijven uitvoeren. Hiertoe dienen de diensten methoden en technieken te kunnen inzetten die passen bij de dynamiek en complexiteit van hedendaagse en toekomstige dreigingen. Net als voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in gelijkgezinde landen geldt ook voor de Nederlandse diensten dat data en technologie niet meer zijn weg te denken uit het dagelijkse werk.

Voor het kabinet zijn het beschermen van burgerrechten en het beschermen van de nationale veiligheid geen tegengestelde doelstellingen. Onze inlichtingendiensten spelen een cruciale rol bij het beschermen van de persoonlijke levenssfeer van Nederlandse burgers, bijvoorbeeld tegen landen die actief cyberprogramma's voeren gericht tegen Nederland. Hierbij zetten zij zich in om met rechtsstatelijke middelen en robuuste waarborgen onder parlementaire verantwoording de strijd aan te gaan met veelal niet-rechtsstatelijke tegenstanders. De Nederlandse diensten onderscheiden zich in hun handelen door een cultuur van rechtmatigheid hoog in het vaandel te dragen. Hun medewerkers worden gedreven door een intrinsiek besef van het belang daarvan en door de wens onze open en vrije samenleving, waar zij zelf als burger ook onderdeel van zijn, te beschermen. Dit besef is diep verankerd in hun dagelijkse handelen.

Andersom is het zo dat de bescherming van burgerrechten via toezicht op de diensten en andere waarborgen niet tegengesteld is aan het belang de democratische rechtsorde te beschermen. Onafhankelijk en effectief intern en extern toezicht draagt bij aan het vertrouwen bij de burger dat de diensten zich (enkel) bedienen van rechtmatige middelen. Het kabinet heeft in dit kader met belangstelling kennisgenomen van de zienswijze van de CTIVD en de TIB dat een geïntegreerd stelsel van toetsing en toezicht – één van de in hoofdstuk 5 geschetste scenario's om het stelsel van toetsing en toezicht te versterken – in combinatie met het verder versterken van de compliance-functie van de diensten zelf, goede waarborgen biedt voor een, effectieve én rechtmatige manier van werken bij de diensten. Zeker in de dynamische omgeving die nu en de komende jaren zo kenmerkend is voor het werk van de diensten, is een sterk normatief kader en passend stelsel van toezicht nodig waarbinnen de diensten gebruik kunnen en mogen maken van nieuwe en zich aandienende technologieën. Het kabinet wil hierin internationaal voorop blijven lopen. In deze hoofdlijnennotitie wordt in hoofdstuk 5 separaat stilgestaan bij het stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling.

Kortom, veiligheidsbelangen en het beschermen van de grondrechten van burgers zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en kunnen elkaar zelfs versterken. Burgers moeten er immers zeker van kunnen zijn dat de

overheid hen zowel beschermt tegen uiteenlopende dreigingen als zorgt voor een wettelijk kader met stevige waarborgen en onafhankelijk toezicht ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Een effectieve wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten is hierop gebaseerd en als zodanig fundamenteel voor een open en vrije samenleving.

Voortbouwend op dit fundament gelden (in ieder geval) de volgende doelstellingen bij de herziening van de Wiv 2017:

- de herziene wet dient de diensten in staat te stellen om hun bijdrage te leveren aan het waarborgen van de grondrechten en het voortbestaan van de democratische rechtsorde;
- de herziene wet moet de diensten in staat stellen hun taken op een verantwoorde manier te kunnen blijven uitvoeren, zodanig dat zij hiertoe moderne technologische methoden en technieken kunnen inzetten die passen bij de dynamiek en complexiteit van hedendaagse en toekomstige dreigingen;
- de herziene wet moet een stelsel van toezicht en toetsing bevatten dat, met een sterk normatief kader en elkaar versterkend effectief intern- en extern toezicht, waarborgen biedt voor een effectieve én rechtmatige manier van werken bij de diensten in een dynamische omgeving;
- de herziene wet in het algemeen en het stelsel van toezicht en toetsing in het bijzonder dient ruimschoots te blijven voldoen aan de actuele en voorzienbare eisen van het EVRM, de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU, het EU-Handvest en dient net als nu het geval is in internationaal verband blijvend te worden gezien als maatgevend;
- de herziene wet en het stelsel van toezicht en toetsing moeten voor de voorzienbare toekomst een zekere robuustheid kennen, waarbij het streven is dat beiden niet meer, maar minder complex worden;
- de ministeriële verantwoordelijkheid voor het optreden van de diensten en de mogelijkheid tot parlementaire controle dient adequaat geborgd te zijn.

Met deze hoofdlijnennotitie geeft de regering richting aan de voorgenomen herziening van de Wiv 2017. Enerzijds door feitelijk te beschrijven welke onderwerpen en aandachtspunten voor de aankomende wetsherziening van belang zijn. Anderzijds door op een zodanige wijze de contouren van de voorgenomen herziening te schetsen dat niet alleen de diensten en hun toezichthouders, maar ook burgers, bedrijven, militairen, bondgenoten, maatschappelijke organisaties en instituties de wetsherziening met vertrouwen tegemoet kunnen zien.

Hoofdstuk 3 Relevante ontwikkelingen te betrekken bij de herziening van de Wiv 2017

3.1 Inleiding

Sinds het verschijnen van het rapport van de ECW hebben zich een aantal ontwikkelingen voorgedaan die eveneens relevant zijn voor de voorgenomen herziening, waarop in dit hoofdstuk nader wordt ingegaan. Allereerst wordt gewezen op een aantal uitspraken van de Grote Kamer van het EHRM en van het Hof van Justitie EU die nadien zijn gedaan. Voorts wordt ingegaan op de in het kader van de Raad van Europa tot stand gebrachte Protocol tot wijziging van het Dataprotectieverdrag (C 108+). Daarnaast is door een drietal hoogleraren – desgevraagd – een nader advies uitgebracht over – kort gezegd – de vraag in hoeverre het toezichtsstelsel kan worden versterkt. Ook hierop wordt ingegaan.

In de afgelopen periode is gewerkt aan de voorbereiding van het voorstel voor de Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma (hierna: Tijdelijke wet). Dat wetsvoorstel is

inmiddels bij de Tweede Kamer ingediend (36 263). Over een ontwerpnota van wijziging op het wetsvoorstel is recent advies ontvangen van de Afdeling advisering van de Raad van State. Ook wordt gewezen op het rapport van de Algemene Rekenkamer. Weliswaar vloeien daaruit niet zozeer zaken voort die tot wijzigingen van de wet nopen, maar het geeft wel aandachtspunten die bij de herziening van de wet dienen te worden betrokken. Tot slot zal worden stilgestaan bij de vraag of er verdere aansluiting bij de Algemene wet bestuursrecht moet worden gezocht.

3.2 Europeesrechtelijke aspecten

3.2.1 Algemeen

Het belang van het Europese recht, in het bijzonder het recht dat in het kader van de Raad van Europa tot stand is gekomen, voor de regulering van de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten kan niet worden onderschat. Waar de Grondwet, in het bijzonder artikel 10 (recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer), de eis stelt dat beperkingen van deze activiteiten een formeel-wettelijke grondslag behoeven, vloeien uit het EVRM (in het bijzonder artikel 8 EVRM) en de jurisprudentie van het EHRM vergaande eisen voort waar het gaat om de invulling van dergelijke beperkingen. Deze jurisprudentie heeft merkbare invloed gehad en heeft dat nog steeds op de wijze waarop de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten wettelijk dienen te worden ingekaderd.⁷ Bij de voorbereiding van de Wiv 2017 is dan ook uitvoerig aandacht besteed aan de eisen die uit het Europese recht voortvloeien. In hoofdstuk 9 van de memorie van toelichting, waar de grond- en mensenrechtelijke aspecten zijn belicht, is daar ook uitvoerig bij stil gestaan.⁸ Maar niet alleen het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM zijn van belang. In de afgelopen jaren heeft ook het Hof van Justitie van de Europese Unie enkele uitspraken gedaan, die invloed hebben op de activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten. De ECW heeft in haar rapport dan ook terecht op de diverse relevante Europeesrechtelijke ontwikkelingen gewezen en in haar oordeelsvorming betrokken; zie daartoe in het bijzonder de paragrafen 3.4 (algemeen), 4.2.4 (bulkinterceptie) en 9.2.5 (toezicht) van het ECW-rapport. Zoals gebruikelijk in wetgevingstrajecten zal als onderdeel van het proces tot wijziging van de Wiv 2017 daarom steeds gekeken worden naar relevante technologische en Europeesrechtelijke ontwikkelingen die (ook na behandeling van deze hoofdlijnennotitie in de Tweede Kamer) steeds gemonitord, geanalyseerd en waar nodig betrokken worden bij de herziening van de Wiv 2017.

3.2.2 Europeesrechtelijke ontwikkelingen na het verschijnen van het ECW-rapport

In het rapport van de ECW wordt gewezen op de betekenis van het Europese (en internationale) recht in relatie tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. In dat kader wijst zij op het belang van de jurisprudentie van met name het EHRM voor gegevensverwerving en gegevensverwerking alsmede de noodzaak van effectief onafhankelijk toezicht.

⁷ Zonder de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in de zaak Van Baggum en Valkenier zou er in 1995 geen traject in gang zijn gezet om de bestaande wetgeving (de Wiv van 1987) te herzien en in lijn te brengen met het EVRM, hetgeen uiteindelijk heeft geleid tot de Wiv van 2002. Sindsdien worden de Europeesrechtelijke ontwikkelingen nauwgezet gevolgd en op hun gevolgen voor het wettelijk kader beoordeeld. Waar dat nodig is wordt de wetgeving daarmee in overeenstemming gebracht. Een concreet voorbeeld daarvan vormt onder meer de uitspraak van het EHRM in de zaak van de Telegraaf tegen Nederland, waarbij door het Hof in het kader van artikel 10 EVRM eisen zijn gesteld aan de wijze waarop inbreuk gemaakt mag worden op het recht op journalistieke bronbescherming, en die vervolgens in de Wiv 2002 zijn verankerd.

⁸ Kamerstuk 34 588, nr. 3.

Waar het gaat om toezicht kijkt het EHRM naar het toezichtstelsel als geheel, waarbij – zoals de ECW ook opmerkt – doorslaggevend elementen zijn: voorafgaand toezicht bij de inzet van de bevoegdheden, onafhankelijkheid van de toezichthouder (te vergelijken met de rechterlijke macht) en toezicht op de uitvoering van de bevoegdheden. Hierbij is wel van belang om op te merken dat het EHRM kijkt naar het stelsel als geheel, dus breder dan enkel het toezichtelement. Het gaat ook om aspecten zoals hoe de bevoegdheid is vormgegeven, de autorisatie, wie toegang heeft tot gegevens, de verwijdering en vernietiging van gegevens, het gebruik van gegevens, etc. Kortom, er zijn onder de werking van het EVRM verschillende stelsels van toetsing en toezicht mogelijk en er bestaat dus keuzeruimte voor de wetgever. Of een bepaald wettelijk stelsel EVRM-proof is, is volgens vaste jurisprudentie, uiteindelijk onderworpen aan het oordeel van het EHRM. Ook dient te worden benadrukt dat de EVRM-eisen waar een stelsel aan dient te voldoen minimumeisen zijn. Het staat de landen dus vrij om zichzelf strengere normen op te leggen. Dit heeft de regering bijvoorbeeld in de Wiv 2017 gedaan door de TIB-toets voorafgaand aan de inzet van bijzondere bevoegdheden ook van toepassing te verklaren op de inzet van een aantal bevoegdheden waar het EHRM deze niet nodig acht⁹. Uitgezonderd de bevoegdheden die betrekking hebben op interceptie en de selectie van gegevens uit bulkdatasets verkregen door bulkinterceptie betreft het alle overige bevoegdheden waar in artikel 32 van de Wiv 2017 («Taken van de TIB») naar wordt verwezen en waarbij het oordeel van de TIB bindend is.

Uitspraken van de Grote Kamer van het EHRM in de zaken Big Brother Watch en Centrum för Rättvisa

In haar rapport wijst de ECW op een tweetal zaken die bij het verschijnen van het rapport nog aanhangig waren bij de Grote Kamer van het EHRM, te weten de zaken Centrum för Rättvisa tegen Zweden¹⁰ en Big Brother Watch e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk¹¹. De Grote Kamer heeft na het verschijnen van het rapport op 25 mei 2021 uitspraak gedaan in beide zaken. Overeenkomstig de toezegging van de Minister van BZK is de analyse die de directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van BZK van deze uitspraken had gemaakt aan beide kamers der Staten-Generaal toegezonden.¹² Uit de analyse van deze uitspraken volgt dat deze slechts in beperkte zin tot aanpassing c.q. aanvulling van de Wiv 2017 aanleiding geven.

Beide zaken hebben betrekking op bulkinterceptie en de verdere verwerking van de geïntercepteerde gegevens, waarbij in de Britse zaak ook het vraagstuk van het ontvangen van bulkinterceptiegegevens van buitenlandse diensten wordt beoordeeld en in de Zweedse zaak juist het verstrekken ervan aan buitenlandse diensten.

Uit de analyse van deze uitspraken komen een aantal aspecten naar voren die in de Nederlandse situatie bijzondere aandacht verdienen bij de herziening van de wet. Dat ziet in het bijzonder op de volgende aspecten:

- De regeling inzake het gebruik van selectoren en «strong selectors» in het bijzonder bij het verwerken van de in bulk geïntercepteerde

⁹ Voor de goede orde wordt erop gewezen dat het EHRM ook een voorafgaande bindende toets vereist bij de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens journalisten waarbij de uitoefening kan leiden tot gegevens inzake de bron van de journalist. In artikel 30 Wiv 2017 is dit in handen gelegd van de rechtbank Den Haag. Idem wat betreft de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens advocaten waarbij kennis kan worden genomen van de vertrouwelijke communicatie met diens cliënten.

¹⁰ EHRM 25 mei 2021, ECLI:CE:EHCR:2021:0525JUD003525208.

¹¹ EHRM 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013.

¹² Kamerstuk 34 588, nr. 91.

gegevens hoeft niet voor te schrijven dat alle selectoren in een verzoek om autorisatie worden opgenomen. Dat acht ook het EHRM in de praktijk onwerkbaar. Wel dient de autorisatie op zijn minst de «typen of categorieën van selectoren» die worden gebruikt te identificeren. Binnen de huidige regeling – hoewel niet wettelijk voorgeschreven – is dit op zich reeds mogelijk, maar wel dient in het kader van de herziening van de wet duidelijkheid te komen over de precieze reikwijdte van deze categorie en ook of de vereiste autorisatie ook ziet op deze categorieën.

- Waar het gaat om de verwerving, maar ook de verdere verwerking, acht het Hof het onderscheid tussen verkeersgegevens en inhoud van communicatie niet overtuigend. Daarbij dient hetzelfde niveau van waarborgen in acht te worden genomen, maar die waarborgen hoeven niet identiek te zijn.
- Het eventueel voorzien in de mogelijkheid tot nadrukkelijke intrekking van een toestemming voor de inzet van een bevoegdheid indien er geen noodzaak meer bestaat voor de uitoefening daarvan.
- Het doen van een verzoek om interceptie aan een buitenlandse dienst en de verwerking van ontvangen materiaal als gevolg daarvan moet aan artikel 8 EVRM voldoen.¹³ Het Hof maakt hierbij onderscheid tussen Staten die wel en niet partij zijn bij het EVRM en stelt in het laatste geval specifieke eisen. Bezien dient te worden of dit uitwerking in de wet verdient.
- In de wet ontbreekt een expliciete regeling waarbij aan buitenlandse diensten gegevens mogen worden gevraagd, zoals die wel voor de verstrekking van gegevens bestaat. Ook ontbreekt een regeling, waarbij de waarborgen die gelden voor de verdere verwerking van gegevens verkregen uit eigen interceptie, ook gelden indien het gaat om geïntercepteerde gegevens die desgevraagd van een andere Staat wordt ontvangen. Dat zal in de wet geregeld moeten worden.
- In relatie tot artikel 10 EVRM komt het Hof waar het gaat om vertrouwelijke journalistieke gegevens die als bijvangst worden geïntercepteerd tot een gewijzigde lijn ten opzichte van die in de zaak Weber en Saravia tegen Duitsland. Er moeten robuuste waarborgen zijn voorzien betreffende opslag, onderzoek, gebruik, verdere verstrekking en vernietiging van dergelijke gegevens. In het geval dat duidelijk wordt dat de geïntercepteerde gegevens (communicatie en gerelateerde verkeersgegevens) vertrouwelijk journalistiek materiaal bevatten, is de voortdurende opslag en onderzoek door een analist alleen mogelijk indien dit is geautoriseerd door een rechter of een andere onafhankelijke autoriteit die kan beslissen of de voortdurende opslag en het onderzoek wordt gerechtvaardigd door een «overriding requirement in the public interest». De wet moet op dit punt worden aangepast.
- Tussen toezicht en klachtbehandeling ondergebracht bij een en dezelfde instantie dienen, zeker indien deze is omgeven door geheimhouding, adequate waarborgen aanwezig te zijn opdat beide instanties objectief en grondig hun taak kunnen vervullen en er geen sprake kan zijn van wederzijdse beïnvloeding. De huidige wet kent een «Chinese muur» tussen beide afdelingen, die op zijn robuustheid wordt bezien.

¹³ De Grote Kamer onderschrijft de opvatting dat de interceptie van communicatie door een buitenlandse dienst niet kan leiden tot verantwoordelijkheid van de ontvangende Staat of binnen de jurisdictie van die Staat kan vallen, zoals bedoeld in artikel 1 van het EVRM, zelfs als de interceptie op verzoek van die Staat heeft plaatsgevonden. Volgens vaste jurisprudentie valt de interceptie van communicatie door een buitenlandse dienst alleen binnen de jurisdictie van de ontvangende Staat indien die Staat gezag/macht of controle over die dienst uitoefent. Dit is een belangrijke notie bij de toepassing van artikel 90, lid 3, Wiv 2017.

Op een enkel onderdeel dient de Wiv 2017 aangepast te worden aan recente jurisprudentie van niet zozeer het EHRM, maar het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU). In haar uitspraak van 6 oktober 2020 heeft het HvJ-EU in de gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18 (La Quadrature du Net e.a.) de voorwaarden geformuleerd waaraan de real time verzameling van verkeers- en locatiegegevens mag plaatsvinden. De hier bedoelde bevoegdheid (ook wel aangeduid als «stomme tap») is in artikel 55, eerste lid, Wiv 2017 geregeld. De toestemming voor de uitoefening van deze bijzondere bevoegdheid is op dit moment niet aan een voorafgaande bindende toets onderworpen. Uit de uitspraken van het Hof vloeit voort dat dit wel is vereist. In de uit te brengen nota van wijziging op de Tijdelijke wet wordt – vooruitlopend op de herziening van de Wiv 2017 – een door de TIB uit te voeren toets geïntroduceerd op de uitoefening van deze bevoegdheid.

3.2.3 Het gemoderniseerde dataprotectieverdrag van de Raad van Europa (C 108+)

Het Dataprotectieverdrag uit 1981¹⁴ (Conventie 108) van de Raad van Europa is een uitwerking van het recht op eerbiediging van het privéleven, zoals vastgelegd in artikel 8 van het EVRM. Het verdrag heeft een brede territoriale reikwijdte omdat ook staten die geen lid zijn van de Raad van Europa het verdrag kunnen ondertekenen. C108+ is een wijzigingsprotocol¹⁵ en moderniseert Conventie 108 en versterkt de toepassing ervan. Aanleiding hiervoor waren de voortschrijdende technologische ontwikkelingen sinds de totstandkoming van het verdrag in 1981, in combinatie met de modernisering van het Europese gegevensbeschermingsrecht.¹⁶ Met het wijzigingsprotocol is het niveau van gegevensbescherming dat uit hoofde van Conventie 108 wordt geboden meer in lijn gebracht met het gegevensbeschermingsrecht van de EU. De wijzigingen die door het protocol zullen worden aangebracht zijn dermate substantieel dat er materieel gezien een vrijwel geheel nieuw verdrag is ontstaan.

C108+ is onverkort van toepassing op de verwerking van gegevens in het kader van nationale veiligheid en het toezicht daarop. Het wijzigingsprotocol bevat wel een grondslag voor uitzonderingen en beperkingen op de rechten en verplichtingen uit het verdrag in het belang van defensie of nationale veiligheid. Op grond van artikel 14 van het wijzigingsprotocol kan de toepassing van een deel van de bepalingen uit het verdrag in die gevallen worden uitgesloten of beperkt. Dit geldt bijvoorbeeld voor transparantieplichtingen, de meldplicht bij datalekken, rechten van datasubjecten, bevoegdheden van toezichthouders en principes van rechtmatige dataverwerking. Ten aanzien van het vereiste van effectief toezicht verwijst de Raad van State in zijn advies naar het uitgangspunt dat het stelsel als geheel waarborgen dient te bevatten die in hun onderlinge samenhang adequate en effectieve garanties bieden tegen willekeur en het risico van misbruik. De Afdeling ziet op dit punt dan ook geen noodzaak de bestaande regelgeving naar aanleiding van Conventie 108+ aan te passen.¹⁷ Verder bevat de Wiv 2017 op enkele onderdelen een

¹⁴ Trb. 1988, nr. 7.

¹⁵ Trb. 2018, nr. 201.

¹⁶ Met name de totstandkoming van de Algemene Verordening Gegevensbescherming en de Richtlijn 2016/680 inzake de bescherming van persoonsgegevens in het politie- en justitiedomein.

¹⁷ Advies van de Afdeling advisering van 16 november 2022 over de Rijkswet houdende Goedkeuring van het op 28 januari 1981 te Straatsburg tot stand gekomen Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (Trb. 1988, nr. 7) (W16.22.0137/II), punt 3d

uitzondering als bedoeld in artikel 14 van het wijzigingsprotocol. De uitzonderingen zijn in lijn met de beperkingensystematiek van het wijzigingsprotocol. Ook voor het overige noopt C108+ niet tot wijziging van de Wiv 2017.

3.3 Nader advies: Naar een duurzaam en effectief stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten

Naast de eigen analyse van de uitspraken van het EHRM in de hiervoor genoemde zaken, is aan een drietal onafhankelijke deskundigen op het terrein van het staatsrecht, de grondrechten en het toezicht nader advies gevraagd dat heeft geleid tot het – eveneens aan de beide Kamers toegezonden – advies *Naar een duurzaam en effectief stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten*¹⁸ (hierna: nader advies). De onderzoeksoopdracht strekte ertoe om strikt juridisch in kaart te brengen (a) wat de vereisten zijn die de actuele jurisprudentie stelt aan de inrichting van het stelsel van toezicht en toetsing op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten; en (b) welke keuzemogelijkheden deze jurisprudentie laat voor de inrichting van een duurzaam stelsel van toezicht en toetsing op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

Net als uit het rapport van de ECW en de interne analyse is de algemene conclusie uit het nader advies dat het huidige wettelijke stelsel in het algemeen voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit het Europees recht. Verder is in het nader advies een alternatief stelsel van toetsing en toezicht gepresenteerd. In hoofdstuk 5 van deze notitie, waar wordt ingegaan op het stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling, zal dat alternatieve stelsel aan de orde komen.

3.4 Het voorstel voor de Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma

Sinds het verschijnen van het rapport van de ECW en de uitgebrachte kabinetsreactie hebben zich intussen enkele ontwikkelingen voorgedaan die noopten tot het met voorrang voorbereiden van een wettelijke regeling om de diensten in staat te stellen slagvaardig op te kunnen treden tegen landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland of Nederlandse belangen. Dat wetsvoorstel is thans bij de Tweede Kamer aanhangig en op korte termijn is het kabinet voornemens een nota van wijziging daarop uit te brengen. Het wetsvoorstel behelst geen wijziging van de Wiv 2017, maar geeft deels in aanvulling en deels in afwijking daarvan de noodzakelijke wettelijke voorzieningen. Daarin zijn overigens enkele voorzieningen opgenomen die ook door de ECW zijn voorgesteld; maar ook die (juist) niet door de ECW zijn voorgesteld.¹⁹ De resultaten van de aangekondigde monitoring van de uitvoering van de Tijdelijke wet zullen bij de herziening van de Wiv 2017 worden betrokken.

3.5 Rapport Algemene Rekenkamer: Slagkracht AIVD en MIVD; De wet dwingt, de tijd dringt, de praktijk wringt

Bij de voorgenomen herziening van de Wiv 2017 zal gevolg worden gegeven aan de aanbevelingen van de Algemene Rekenkamer in zijn onderzoek naar de effecten van de implementatie van de Wiv 2017 op de operationele slagkracht van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. In het bijzonder gaat het hierbij om het advies om de AIVD en de MIVD zelf op een vroeg moment bij de voorbereiding van wetswijzigingen te betrekken

¹⁸ Kamerstuk 34 588, nr. 91. Een advies van prof. dr. P.T.T. Bovend'Eert, prof. dr. R.A. Lawson en prof. dr. H.B. Winter (in deze notitie nader aangeduid als het nader advies).

¹⁹ Zoals bindend toezicht door de CTIVD.

voor adequate technische en operationele inbreng en om bij een wijziging van het wettelijk kader altijd en tijdig een uitvoeringstoets uit te voeren waarbij tenminste aandacht wordt besteed aan de effecten op de regeldruk (administratieve lasten), de budgettaire consequenties daarvan en de gevolgen voor IT en de bedrijfsvoering van de betrokken organisaties. Daarnaast adviseert de Algemene Rekenkamer onder meer om passende maatregelen te treffen voor de structurele administratieve lastenverzwaring van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten als gevolg van de implementatie van de Wiv 2017. De dienaangaande aanbeveling van de Algemene Rekenkamer indachtig, beoogt de herziening van de Wiv 2017 een herstel van de slagkracht, mede door terugbrengen van de structurele administratieve lastenverzwaring die na inwerkingtreding van de Wiv 2017 heeft plaatsgevonden.

3.6. Aanbevelingen van de CTIVD

Uiteraard zullen ook alle eerder door de regering overgenomen aanbevelingen uit rapporten van de CTIVD die strekken tot een aanpassing van het wettelijk kader, bij de voorgenomen wijziging van de Wiv 2017 worden betrokken. Dit betreft bijvoorbeeld recente rapporten van de CTIVD inzake kabelinterceptie (rapport nr. 75), automated OSINT (rapport 74), het verstrekken van persoonsgegevens aan buitenlandse diensten met een verhoogd risicoprofiel (rapport 73), de inzet van bijzondere bevoegdheden ter ondersteuning van een goede taakuitvoering (rapport 72) en het verzamelen en verder verwerken van passagiersgegevens van luchtvaartmaatschappijen (rapport 71). Het betreft hier primair de aanbevelingen om bij kabelinterceptie het «verkennen» te voorzien van een zelfstandige grondslag (zoals al is opgenomen in het wetsvoorstel voor de Tijdelijke wet) en de aanbeveling om een meer voorzienbare wettelijke grondslag voor «*automated OSINT*» met voldoende waarborgen te creëren.

3.7 Verdere aansluiting bij het algemene bestuursrecht?

De Wiv 2017 is een bijzondere bestuursrechtelijke wet. Het algemene bestuursrecht zoals is neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht is echter niet van toepassing op – kort gezegd – de operationele besluitvorming (en daarmee samenhangende aspecten) van de diensten (zie artikel 145 Wiv 2017). De Awb is wel van toepassing op de toepassing van hoofdstuk 5 van de Wiv 2017, waarin het recht op kennisneming van gegevens verwerkt door of ten behoeve van de diensten is geregeld, en op de uitvoering van de Wet veiligheidsonderzoeken. De Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) en Toetsingscommissie inzet bevoegdheden (TIB) zijn in artikel 1:1, tweede lid, onder h onderscheidenlijk onder i, Awb niet als bestuursorgaan aangemerkt. Dat betekent dat op hun activiteiten de Awb niet van toepassing is.

Hoewel de indertijd gegeven argumentatie²⁰ nog steeds geldt is het mede in het licht van recente ontwikkelingen, zoals de invoering van bindend toezicht door de afdeling toezicht van de CTIVD en de mogelijkheid van beroep tegen oordelen van de TIB en de afdeling toezicht van de CTIVD bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in voorstel van de Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma, de vraag opgekomen of nauwere aansluiting bij het bepaalde in de Awb mogelijk is. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in haar consultatiereactie op het voorstel voor de Tijdelijke wet, waar het gaat om de daarin opgenomen procesrechtelijke regeling, opgemerkt, dat het van overeenkomstige toepassing verklaren van de Awb evidente voordelen heeft.²¹ In reactie daarop is aangegeven dat een onderzoek naar de mogelijkheden en onmogelijkheden op het genoemde punt complex en omvangrijk is en het bestek van dat wetsvoorstel te buiten gaat. In het kader van de herziening van de Wiv 2017 is dit echter een vraagstuk dat wel onderzocht dient te worden. Daarbij is het van belang in ieder geval onderscheid te maken tussen toepassing in het operationele domein (waar artikel 145 Wiv 2017 nu een uitzondering regelt) en het procesdeel (beroep tegen besluiten van de TIB en de oordelen in het kader van de klachtbehandeling). Ook de CTIVD beargumenteerde nauwere aansluiting bij de Awb in zijn consultatiereactie op het wetsvoorstel voor de Tijdelijke wet.

Hoofdstuk 4 De voorgenenen herziening van de Wiv 2017 op hoofdlijnen

4.1 Inleiding

In de eerste door het (vorige, demissionaire) kabinet uitgebrachte reactie²² is opgemerkt dat de hoofdconclusie van de ECW is dat de Wiv 2017 voor een groot deel heeft gebracht wat was beoogd, maar op punten tekortschiet. Aangegeven is dat het rapport een scherpe analyse van de door haar onderzochte problematiek geeft en daaruit duidelijke (deel)conclusies uit trekt en vervolgens 57 aanbevelingen presenteert. Die aanbevelingen zien deels op aanpassing van de wet, deels op verduidelijking van de toepassing van bestaande bepalingen en deels zijn ze van andere aard. Terecht heeft de ECW daarbij zowel oog getoond voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer als de operationele praktijk van de diensten. De ECW wijst er voorts ook op dat de Wiv 2017 een omvangrijke, maar ook een complexe wet betreft. De wet moet dan ook op onderdelen worden verduidelijkt. Het kabinet heeft vervolgens aangegeven dat de analyse, conclusies en aanbevelingen worden omarmd. Daarbij is de kanttekening gemaakt dat verschillende aanbevelingen hun vertaling dienen te krijgen in onder meer concrete wetteksten, die moeten worden toegepast in een operationeel technische praktijk. De

²⁰ De keuze om de Algemene wet bestuursrecht in voormelde zin niet van toepassing te verklaren op genoemde activiteiten is indertijd gemaakt bij de voorbereiding en totstandbrenging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002) en de daarin gekozen oplossing is – in aangepaste vorm – vervolgens in de Wiv 2017 opnieuw neergelegd. Bij de parlementaire behandeling van de Wiv 2002 is ter toelichting op de gemaakte uitzondering gesteld dat het karakter van de beslissingen die ter uitvoering van de wet worden genomen daar al dan niet in de weg staan: voor zover de activiteiten van de diensten een geheim karakter hebben zullen de daaraan ten grondslag liggende besluitvorming en de in dat kader genomen beslissingen dat karakter over het algemeen delen. Indien een dergelijke beslissing, die als een besluit in de zin van de Awb valt aan te merken overeenkomstig de regeling van de Awb zou moeten worden voorbereid, bekendgemaakt e.d. dan zou niet alleen de effectiviteit van dat middel maar meer nog in het bijzonder de mogelijkheid om de aan een dienst opgedragen taak naar behoren uit te kunnen voeren in gedrang komen (Kamerstuk 25 887, nr. 3, p. 91–92).

²¹ Zie ook: Kamerstuk 36 263, nr. 3, p. 52–53.

²² Kamerstuk 34 588, nr. 89.

ervaring leert dat dan vaak pas de precieze gevolgen voor het systeem van de wet en de toepassingspraktijk blijken. Zo zal verderop in dit hoofdstuk blijken dat er in de Tijdelijke wet enkele voorzieningen zijn opgenomen die niet door de ECW zijn voorgesteld of waarin een andere keuze wordt gemaakt. Het is voorstelbaar dat voor een aantal onderwerpen dit ook tijdens de voorgenomen wijziging van de Wiv 2017 kan voorkomen.

In dit hoofdstuk zullen de inhoudelijke hoofdlijnen van de voorgenomen herziening van de Wiv 2017 worden geschetst. Het stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling zal hierna in een afzonderlijk hoofdstuk worden behandeld. Nu het gaat om de formulering van de hoofdlijnen van de voorgenomen herziening is er van afgezien op alle afzonderlijke aanbevelingen van de ECW in te gaan. Bij de uiteenzetting van de hoofdlijnen zullen ook de in hoofdstuk 3 genoemde ontwikkelingen, waar relevant, worden betrokken.

4.2 Aspecten van gegevensverwerking door of ten behoeve van de diensten

4.2.1 De verwerking van bulkdata en de toepassing van geautomatiseerde data-analyse (GDA)

4.2.1.1 Inleiding

Gelet op de samenhang tussen de omgang met bulkdata en de toepassing van GDA – waar het in de kern gaat om de vraag hoe om te gaan met omvangrijke gegevensverzamelingen – en het streven om voor deze onderwerpen een zoveel mogelijk uniform verwerkingsregime tot stand te brengen, worden deze twee onderwerpen in deze paragraaf samen behandeld.

4.2.1.2 De bevindingen en aanbevelingen van de ECW

De ECW gaat in zijn rapport in op zowel bulkdata als GDA (hoofdstukken 4 en 5). Zonder hier op alle bevindingen en aanbevelingen in te willen gaan (zie bijlage 1 bij deze notitie), worden hier de daarin uitgezette hoofdlijnen samengenomen. De ECW geeft in haar rapport aan het belang van bulkdatasets voor de taakuitvoering van de diensten te onderschrijven. Tegelijkertijd is het verwerven en verwerken van bulkdata gevoelig vanwege de aard daarvan. De Wiv 2017 voorziet nu niet in passende waarborgen voor de omgang met bulkdata. Daardoor is zowel de bulkverwerving als de daaropvolgende verwerking in de wet niet uniform geregeld en onvoldoende voorzienbaar. De ECW benadrukt dat er meer uniformiteit en met name voorzienbaarheid nodig is in de verschillende manieren waarop de diensten bulkdata kunnen verwerven. De belangrijkste aanbeveling van de ECW ten aanzien van de verwerking van bulkdata is om een uniform systeem van waarborgen te introduceren voor alle bulkdata, onafhankelijk van de wijze waarop deze bulkdata is verkregen. De ECW adviseerde onder meer om bulkdata op relevantie te beoordelen binnen een termijn van drie jaar. De ECW liet daarbij wel nadrukkelijk de ruimte om bulkdatasets, bij bewezen operationele waarde daarvan, op een hoger niveau van abstractie relevant te beoordelen. Voor bulkdatasets met gedragsgegevens achtte de ECW het mogelijk dat de relevantiebeoordeling op meer deelverzamelingen van de bulkdataset zou zien (bijvoorbeeld een bepaalde begrenzing in tijd of een geografische beperking). Voor register-bulkdatasets – die bestaan uit identificerende kenmerken die relatief stabiel zijn en die daardoor in veel mindere mate tijdsgebonden zijn – achtte de ECW het mogelijk dat de relevantiebeoordeling betrekking zou hebben op de integrale dataset.

Tot slot heeft de ECW zich in zijn rapport uitgelaten over de toepassing van GDA op OOG-metadata. De ECW markeerde dat er in de zoektocht naar een gemeenschappelijk wettelijk kader een situatie was ontstaan waarin het begrip GDA uiteindelijk vrijwel elke vorm van gegevensverwerking omvat en dat de discussie hierover tussen de Ministers en de diensten enerzijds en de TIB en CTIVD anderzijds was vastgelopen. De ECW deed een voorstel om uit deze impasse te geraken door een herdefiniëring te geven van het begrip GDA, in het rapport GDA+ genaamd, dat in de plaats zou moeten komen van het bestaande begrip.²³

4.2.1.3 Uitgangspunten bij de regeling van bulkdata en de herziening van de regeling van GDA

Een bulkdataset is een omvangrijke gegevensverzameling waarbij het merendeel van de gegevens betrekking heeft op personen en/of organisaties die geen onderwerp van onderzoek zijn van een dienst en dat ook niet worden. Bulkdatasets vervullen een belangrijke functie bij de onderzoeken van de diensten in zowel de analyse van bekende dreigingen, als bij de analyse van het onderkennen en identificeren van verborgen dreigingen en hebben een langdurige operationele waarde. In de praktijk wordt de opbrengst uit een bulkdataset vaak gecombineerd met andere inlichtingeninformatie, bijvoorbeeld afkomstig uit de inzet van andere bijzondere bevoegdheden. Door deze gegevens te combineren worden verbanden zichtbaar of wordt de kennis over reeds gekende dreigingen vergroot. Er is bij bulkdatasets een grote verscheidenheid, die niet eenvoudigweg te categoriseren is. Zo zijn bijvoorbeeld een telefoonboek of een op internet gepubliceerd overzicht met IP-adressen, bulkdatasets. Een telefoonboek maakt een minder grote inbreuk; een set met locatiegegevens maakt een grotere inbreuk. Naast typen sets verschilt ook het gebruik van bulkdata van geval tot geval. Gegevens die met OOG-interceptie worden verworven vormen bij uitstek ook een bulkdataset.

Hoe de diensten na verwerving met bulkdata omgaan wordt bepaald aan de hand van het *gegevensverwerkingsregime*. Gegevensverwerking behoort tot de kerntaken van de diensten. Immers, om verworven gegevens te kunnen gebruiken ten behoeve van onderzoeken is het nodig deze te doorzoeken, analyseren en onderling met elkaar in verband te brengen. Dit valt allemaal onder gegevensverwerking.

Verwervingsbevoegdheden kennen verschillen in waarborgen en afhankelijk van welke *verwervingsbevoegdheid* wordt gebruikt zijn er vervolgens ook weer verschillen in waarborgen voor de *verwerking*. Dit verschil in benadering hangt samen met het feit dat in de Wiv 2017 – in navolging van het bepaalde in de Wiv 2002 – onderscheid is gemaakt tussen algemene en bijzondere bevoegdheden vanuit de gedachte dat de uitoefening van bijzondere bevoegdheden waar het gaat om de daarmee gepaard gaande privacy-inbreuk ingrijpender zouden zijn dan algemene bevoegdheden. Dit onderscheid is aan herwaardering toe en het streven is dan ook dat verschil bij de herziening van de Wiv 2017 op te heffen. Immers, toegespitst op bulkdatasets, is dat verschil niet goed te verklaren als wordt gekeken naar de mogelijke aard en omvang van de gegevens die met ongeacht welke bevoegdheid worden verworven.

²³ Aanbeveling 17 rapport ECW.

Deze constatering heeft er overigens inmiddels toe geleid dat de Ministers van BZK en van Defensie sinds 6 november 2020 met de vaststelling van de *Tijdelijke regeling verdere verwerking bulkdatasets Wiv 2017*²⁴ reeds een uniforme werkwijze hebben ingevoerd voor enkele aspecten van de verdere verwerking van verworven bulkdatasets²⁵. De regeling is gebaseerd op twee uitgangspunten. Ten eerste het uitgangspunt dat *de wijze van verwerving* niet maatgevend is voor de beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer die met de verdere verwerking van de bulkdataset gepaard gaat. Het tweede uitgangspunt is het principe dat naarmate de beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als gevolg van de verdere verwerking van de bulkdatasets groter is, dit gepaard dient te gaan met extra waarborgen.

Het uitgangspunt bij de voorgenomen herziening van de Wiv 2017 is om ook in de wet te komen tot een uniforme regeling voor bulkdatasets, gebaseerd op deze principes. Daarmee wordt uitvoering gegeven aan een belangrijke aanbeveling van de ECW. In de kern is daarbij het devies: bulk is bulk, ongeacht hoe deze is verworven. Het voornemen is daarbij tevens om de uniforme regeling van bulkdatasets in te passen in een uniforme regeling voor gegevensverwerking als zodanig. Bij het nieuw in te richten stelsel van gegevensverwerking zijn uniformering, voorzienbaarheid en minder complexiteit belangrijke uitgangspunten. Gelet op het verschil in type (bulk)data en de verscheidenheid van gebruik van (bulk)data is het wel van belang om binnen het uniform te ontwerpen stelsel te kunnen differentiëren, bijvoorbeeld naar gelang de privacy-inbreuk die wordt gepleegd bij het gebruik van een bulkdatasets of naar de aard en inhoud van de gegevens. Daarbij hoort ook de mogelijkheid om de waarborgen te differentiëren, zodat deze passen bij de situatie.

Dit betekent dat er waarborgen zullen worden gekoppeld aan de aard en inhoud van de gegevens, zoals bulkdatasets, en dat er waarborgen zijn die horen bij de uit te voeren handeling op deze gegevens, zoals het doorzoeken van deze bulkdatasets.

Om te illustreren hoe deze waarborgen met elkaar combineren en hoe deze elkaar versterken volgt een voorbeeld. De diensten hebben de beschikking over een bulkdataset met telecommunicatielocatie gegevens en ze willen deze gebruiken in een onderzoek. Deze bulkdataset bevat gegevens die in het graduele proces van gebruik daarvan een inbreuk maken op de privacy van de personen wiens gegevens deel uitmaken van de dataset, terwijl het overgrote deel van deze personen nooit onderdeel van onderzoek zal zijn of worden. Hierdoor zal zowel de waarborg op toegang als de waarborg op tijd zwaar wegen. Dit betekent een strikt autorisatieregime voor medewerkers en dat zwaarder gemotiveerd dient te worden wat de noodzaak is om deze bulkdataset voor een langere periode ter beschikking te hebben. Wanneer de diensten GDA op deze bulkdataset willen toepassen, zal ook de handelingswaarborg verhoogd zijn.

²⁴ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/regelingen/2020/11/05/tijdelijke-regeling-verdere-verwerking-bulkdatasets-wiv-2017>.

²⁵ Deze regeling is destijds ontworpen om toe te passen op alle bulkdata met uitzondering van gegevens die zijn verworven met de toepassing van de bevoegdheid tot OOG-interceptie, welke in de wet een eigen wettelijk regime kennen (artikel 48–50 Wiv 2017). Sinds de diensten bulkdatasets verworven met bijzondere bevoegdheden niet meer integraal relevant kunnen verklaren heeft de Tijdelijke regeling verdere verwerking bulkdatasets voornamelijk betekenis voor bulkdatasets die zijn verworven met algemene bevoegdheden, waarvoor niet de wettelijke eis geldt dat deze binnen maximaal 1,5 jaar op relevantie worden beoordeeld.

Indien het echter gaat om een bulkdataset, zoals bijvoorbeeld het Handelsregister dat berust bij de Kamer van Koophandel, die grotendeels openbaar is, worden de waarborgen minder zwaar ingevuld dan voor bulkdatasets die (mogelijk) een zwaardere inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer. Hierdoor zal dus differentiatie binnen het regime van gegevensverwerking worden gefaciliteerd, waarbij, vanuit een uniforme systematiek, voor elke vorm van verwerking passende waarborgen volgen.

4.2.2 OOG-interceptie

4.2.2.1 Inleiding

De ontwikkelingen op het gebied van communicatietechnologie hebben ervoor gezorgd dat vrijwel alle wereldwijde communicatie over een geavanceerd, wereldomspannend glasvezelnetwerk wordt getransporteerd. Om op een zinnige manier invulling te geven aan hun wettelijke taak is het voor de diensten dan ook noodzakelijk om toegang te kunnen hebben tot de gegevens die over de kabelgebonden infrastructuur worden getransporteerd. In de Wiv 2017 is daarom de beperking van de bevoegdheid tot ongerichte interceptie van niet-kabelgebonden (zoals dat toentertijd onder de Wiv 2002 werd aangeduid) komen te vervallen en een regeling voor onderzoekso opdrachtgerichte interceptie (OOG-interceptie) opgenomen waarbij de infrastructuur waarover de communicatie wordt verzorgd – ether of kabel – indifferent is.

Dit houdt in dat het de diensten thans is toegestaan om, uiteraard met inachtneming van de wettelijke eisen, communicatie die via de ether en de kabel wordt getransporteerd te onderscheppen en vervolgens te onderzoeken.

Nederland heeft een hoogwaardige communicatie infrastructuur en fungeert als een knooppunt in het wereldwijde internet. Dit brengt ook verantwoordelijkheden met zich mee. Deze infrastructuur wordt vanwege de kwaliteit ook gebruikt door landen met een offensief cyberprogramma om hun aanvallen uit te voeren. De diensten moeten in staat zijn dit tijdig te onderkennen en waar nodig passende maatregelen te kunnen nemen. OOG-interceptie is bij uitstek een bevoegdheid waarbij bulkdata wordt verworven en die daarmee een sleutelrol speelt in het onderkennen van dreigingen.

Buitenlandse diensten die al langer van kabelinterceptie gebruik maken verwerven een groot en belangrijk deel van hun inlichtingen op deze wijze. De Nederlandse diensten hebben tot op heden, ondanks het feit dat de bevoegdheid tot kabelinterceptie per 1 mei 2018 beschikbaar is gekomen, deze slechts in beperkte mate kunnen inzetten. Dit schaadt de nationale veiligheid, omdat daarmee de mogelijkheid van onderzoek naar ongekende dreigingen ernstig wordt gehinderd.

4.2.2.2 De bevindingen en de aanbevelingen van de ECW

De ECW constateerde in haar onderzoek dat OOG-interceptie op de kabel technisch, juridisch en organisatorisch een complexe bevoegdheid is. De ECW deed enkele aanbevelingen die er vooral op waren gericht om het OOG-stelsel te stroomlijnen, te optimaliseren en waar nodig te repareren. De belangrijkste aanbeveling betrof de aanbeveling om de diensten in staat te stellen om op basis van metingen een geschikte access-locatie te zoeken. Dit komt de gerichtheid van de inzet van het middel ten goede en doet meer recht aan het strategische karakter van een access-locatie. Ook

zou met de aldus verkregen gegevens een toestemmingsaanvraag voor interceptie (productielast) beter te onderbouwen zijn en te toetsen.

4.2.2.3 *Uitgangspunten bij de herziening van de regeling van OOG-interceptie*

In het bij de Tweede Kamer aanhangige voorstel voor de Tijdelijke wet (Kamerstuk 36 263) zijn de meest pregnante knelpunten die zich voordoen op het gebied van OOG-interceptie voor onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma geadresseerd. Inzake OOG-interceptie voorziet de Tijdelijke wet conform de dienaangaande aanbeveling van de ECW in een zelfstandige juridische grondslag voor OOG-interceptie ten behoeve van verkenning. Ook de CTIVD deed de afgelopen jaren intensief onderzoek naar de implementatie van en omgang met kabelinterceptie door de diensten. Zij heeft een met de aanbeveling van de ECW vergelijkbaar advies gegeven²⁶. Tevens benoemt de Tijdelijke wet enkele aspecten die met name moeten worden betrokken bij de invulling van de eisen van gerichtheid en proportionaliteit bij de aanvraag van een toestemming voor OOG-interceptie.

De in de Tijdelijke wet opgenomen maatregelen inzake OOG-interceptie zullen bij de herziening als uitgangspunt worden genomen. De ervaringen die met die maatregelen zullen worden opgedaan bij de uitvoering van de Tijdelijke wet zullen worden betrokken bij de herziening van de Wiv 2017. Kabelinterceptie is een complex geheel dat bestaat uit veel, verschillende te nemen stappen, waarbij de technische realiteit voortdurend wijzigt. Het is noodzakelijk om over de juiste technische informatie te beschikken. Het wettelijk kader moet hierop toegerust zijn.

Daarnaast zullen ook de relevante aspecten die naar aanleiding van de uitspraken van de Grote Kamer van het EHRM in de zaken Big Brother Watch e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk en Centrum för Rättvisa tegen Zweden (paragraaf 3.2.2 van deze notitie) bij de uitwerking van de regeling worden betrokken. Het EHRM stelt in deze uitspraken – toegevoegd op bulkinterceptie – vast dat hoe verder je komt in het verwerkingsproces, de inbreuk op de privacy groter wordt en dat dit vergt dat het verwerkingsproces onderworpen dient te zijn aan een systeem van «end-to-end safeguards».²⁷ Het hierin neergelegde uitgangspunt, dat hoe verder je in het verwerkingsproces komt, hoe groter de privacy-inbreuk is en dat deze fase voorzien dient te worden van adequate waarborgen (gradueel proces), zal bij de herziening worden betrokken.

4.2.3 *De hackbevoegdheid*

4.2.3.1 *Inleiding*

De diensten beschikken op grond van artikel 45 van de Wiv 2017 over de bijzondere bevoegdheid tot het verkennen en binnendringen van geautomatiseerde werken, ook wel bekend als *hacken*. Vanwege de verregaande digitalisering van de samenleving is het belang van deze

²⁶ CTIVD rapport nr. 75, p. 53–57.

²⁷ Zie overweging 350 (Big Brother Watch e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk): «Therefore, in order to minimize the risk of bulk interception power being abused, the Court considers that the process must be subject to «end-to-end safeguards», meaning that, at the domestic level, an assessment should be made at each stage of the process of the necessity and proportionality of the measures being taken; that bulk interception should be subject to independent authorization at the outset, when the object and scope of the operation are being defined; and that the operation should be subject to supervision and independent ex post facto review. In the Court's view, these are fundamental safeguards which will be the cornerstone of any Article 8 compliant bulk interception regime (...).»

bevoegdheid voor de taakuitvoering van de diensten in de loop der jaren alleen maar toegenomen. Daarbij is ook duidelijk geworden dat de verscheidenheid aan hackoperaties door diezelfde digitalisering toeneemt. Waar de huidige wet toch nog geschreven lijkt met een traditionele computer in gedachten bestaat de realiteit van het internet uit virtuele systemen in cloud omgevingen, krachtige mobiele devices en complexe netwerksystemen.

De mogelijkheid om deze bevoegdheid met de noodzakelijke wendbaarheid en snelheid in te zetten op een manier die goed aansluit bij de huidige én toekomstige ontwikkelingen is daarom ook essentieel voor de onderzoeken van de diensten, met name in het cyberdomein. In het cyberdomein is het immers, in tegenstelling tot het fysieke domein, zeer eenvoudig om snel en vaak te wisselen van locatie, wereldwijd. Bij cyberaanvallen gebeurt dit bewust met als doel beveiligingsmaatregelen te doorbreken en om te verhullen waar de aanval vandaan komt. Teneinde de dreiging te kunnen volgen, mitigerende maatregelen te treffen en in voorkomend geval tot attributie over te kunnen gaan, is het derhalve noodzakelijk om eenzelfde tempo te kunnen hanteren als de betreffende kwaadwillende actor. Zoals werd geconstateerd door de ECW en vervolgens werd bevestigd door de Algemene Rekenkamer, wringt de operationele praktijk hier op punten met de Wiv 2017.

4.2.3.2 De bevindingen en aanbevelingen ECW

Over het algemeen constateerde de ECW dat de wet op het gebied van hacken redelijk functioneert, maar op een aantal specifieke punten aanpassing vergt. Het eerste punt betreft het toestemmingsniveau voor het enkel *verkennen* van een geautomatiseerd werk, dat dient te worden verlaagd van ministerieel niveau naar diensten intern. Verkennen bevordert de kwaliteit en gerichtheid van de toestemmingsaanvragen voor het binnendringen van een geautomatiseerd werk die *wel* langs de Minister gaan. Het tweede punt is dat artikel 54 Wiv 2017, waarmee gegevensbestanden kunnen opgevraagd bij aanbieders van telecommunicatie- en opslagdiensten, voorzien moet worden van een bijschrijfmogelijkheid. Verder is gebleken dat de toelichting op artikel 45 Wiv 2017 – het *hackartikel* – op sommige punten onvoldoende aansluit bij de technische realiteit van het internet en dus bij de uitvoeringspraktijk van hackoperaties. Bij de omschrijving van technische risico's voor de ex-ante toets van de TIB is het gewenst om het begrip zelf duidelijker te omschrijven en aan te laten sluiten bij de technische uitvoeringspraktijk en om daarnaast meer richting te geven over de mate van detail waaraan de beschrijving moet voldoen; de vraag wanneer een geautomatiseerd werk in gebruik is bij een actor moet nader toegelicht worden; de voorwaarden waaronder via artikel 45 Wiv 2017 verworven gegevens van derden gebruikt mogen worden, moeten worden verduidelijkt en de wetgever moet meer helderheid bieden over het toepassingsbereik van artikel 45 Wiv 2017 in het kader van strategische operaties. Tot slot concludeert de ECW dat de TIB een belangrijke waakfunctie vervult voor de inzet van een zware bevoegdheid als de hackbevoegdheid. Tegelijk kan de snelheid en complexiteit – en daaruit voortvloeiende voorzienbaarheid – van met name cyberoperaties in sommige gevallen wringen met de ex-ante toets door de TIB. In deze gevallen ziet de ECW in het dynamische toezicht door de CTIVD een geschikte vorm van toezicht op de uitvoering van hackoperaties.

4.2.3.3 Uitgangspunten bij de herziening van de regeling van de hackbevoegdheid

De aanbevelingen van de ECW die betrekking hebben op de hackbevoegdheid zijn vrijwel geheel verwerkt in het voorstel voor de Tijdelijke wet, met dien verstande dat het dynamische toezicht door de CTIVD in de Tijdelijke wet op onderdelen een bindend karakter heeft gekregen. Het uitgangspunt is om alle aanbevelingen van de ECW inzake de hackbevoegdheid over te nemen in de voorgenomen herziening van de Wiv 2017. De ervaringen met de Tijdelijke wet zullen daarbij worden betrokken. Daarnaast zal worden gezien of de bevoegdheid in voldoende mate techniekonafhankelijk is geformuleerd.

4.3 Internationale samenwerking

4.3.1 Het bestaande wettelijke kader op hoofdlijnen

De Wiv 2017 geeft een uitvoerige regeling voor de samenwerking met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen (par. 6.2). De diensten komen daarbij de bevoegdheid toe om met dergelijke diensten samen te werken, zij het dat voorafgaand aan het aangaan van een samenwerkingsverband eerst – aan de hand van (niet limitatief) wettelijk vastgelegde criteria – een zogeheten wegingsnotitie dient te worden opgesteld. Daarin dient antwoord te worden gegeven op de vraag of een samenwerkingsrelatie kan worden aangegaan en zo ja, wat de aard en intensiteit daarvan is. Voor het aangaan van een samenwerkingsverband is toestemming van de Minister vereist. Binnen de parameters die in de wegingsnotitie zijn vastgesteld kan vervolgens met de andere dienst worden samengewerkt. Deze samenwerking kan bestaan uit gegevensverstrekking dan wel het verlenen van technische en andere vormen van samenwerking (artikel 89). Wel zal telkens gewogen moeten worden of de met de verstrekking dan wel de ondersteuning te dienen belangen van de desbetreffende dienst, niet onverenigbaar zijn met de belangen die de AIVD dan wel de MIVD hebben te behartigen en een goede taakuitvoering van de dienst zich er niet tegen verzet. Verzoeken om ondersteuning aan de AIVD of MIVD dienen aan in de wet gestelde procedurele vereisten te voldoen en vergen toestemming van de Minister. De verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan een andere dienst vergt eveneens toestemming van de Minister. Ook wordt de CTIVD daarvan terstond op de hoogte gesteld.

Naast de situatie dat diensten van andere landen aan de AIVD en MIVD verzoeken kunnen richten tot ondersteuning, komt het omgekeerde ook voor. Artikel 90 van de wet geeft daarvoor een regeling. Dat kan ook bestaan uit een verzoek om een handeling te verrichten die overeenkomt met een in de Wiv 2017 geregelde bijzondere bevoegdheid (artikel 90, derde lid). Of aan een dergelijk verzoek door de betreffende dienst gehoor wordt gegeven, staat ter discretie van die dienst en daarop is het in het desbetreffende land geldende wettelijk kader van toepassing. De wet geeft (nog) geen expliciete regeling voor het vragen van gegevens door de AIVD of MIVD aan diensten van andere landen. Artikel 39 van de wet biedt daarvoor thans de grondslag.

4.3.2 De bevindingen en aanbevelingen van de ECW

De ECW heeft in haar rapport aandacht besteed aan de bevoegdheden van de diensten en waarborgen met betrekking tot internationale samenwerking, zowel op het vlak van gegevensverstrekking als ondersteuning. De belangrijkste observatie van de ECW ten aanzien van internationale samenwerking is dat de normering van deze samenwerking

moet worden uitgebreid en versterkt, zodat deze beter is gespecificeerd en wettelijk verankerd. De ECW doet een aantal aanbevelingen die zien op de wegingsnotities, waaronder het opnemen van de inrichting en effectiviteit van het toezicht als apart criterium in de wet. Ook beveelt de ECW aan om een expliciete grondslag op te nemen voor de samenwerking met niet-statelijke groeperingen in het buitenland. Daarnaast beveelt de ECW aan om een aantal meer inhoudelijke normen in de wet te specificeren en te verankeren. Het gaat hier onder meer om het verbod op het delen van register bulkdata van Nederlandse medeoverheden, een inspanningsverplichting – waar technisch haalbaar en uitvoerbaar – om bepaalde kenmerken uit te verstrekken gegevens te filteren en de verplichting om de ontvangende dienst te verzoeken de persoonsgegevens van Nederlandse burgers of ingezetenen, die voorafgaand aan verstrekking niet waren onderkend en verder niet relevant zijn voor het onderzoek, bij ontdekking te verwijderen. Ook moet het uitgangspunt in de wet opgenomen worden dat er geen gegevens worden gedeeld als een reëel risico bestaat dat gebruik door de ontvangende dienst een schending oplevert van het internationaal recht en in het bijzonder de mensenrechten en internationaal humanitair recht. Deze normen sluiten enerzijds aan bij bestaande nationale en internationale jurisprudentie, normen en praktijken en kunnen anderzijds bijdragen aan het ontwikkelen van gedeelde (Europese) normen ten aanzien van internationale samenwerking tussen inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

4.3.2 Uitgangspunten bij de herziening van de regeling van de internationale samenwerking

Het voornemen is om alle aanbevelingen van de ECW over te nemen en te verwerken in de voorgenomen herziening van de Wiv 2017. Een belangrijk deel van de aanbevelingen is al uitgewerkt in beleid en staande praktijk van de diensten. Gezien het belang van internationale samenwerking voor de taakuitvoering van de diensten is bij de uitwerking van de aanbevelingen doorlopende aandacht voor de uitvoeringspraktijk, inclusief het gegeven dat buitenlandse diensten (en hun toezichthouders) hun taken uitvoeren binnen de voor deze diensten geldende wettelijke kaders. Dit houdt ook in dat er aandacht is voor ongewenste neveneffecten van het wettelijk kader, zoals terughoudendheid bij partnerdiensten tot samenwerking en gegevensverstrekking, aangezien dit grote gevolgen kan hebben voor de inlichtingenpositie en daarmee de uitvoering van de wettelijke taken van de diensten. Tot slot zijn er geen acute knelpunten op het gebied van de internationale samenwerking bij onderzoeken door de AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland en Nederlandse belangen.

Daarnaast zullen ook de relevante aspecten die naar aanleiding van de uitspraken van de Grote Kamer van het EHRM in de zaken Big Brother Watch e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk en Centrum för Rättvisa tegen Zweden (paragraaf 3.2.2 van deze notitie) bij de uitwerking van de regeling worden betrokken. Dat ziet in ieder geval op het toe te passen verwerkingsregime bij verstrekking van gegevens door buitenlandse diensten aan de Nederlandse diensten.

Hoofdstuk 5 Het stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling

5.1 Inleiding

Als vervolg op de beschrijving van het belang en de rol van het stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling in hoofdstuk 2 wordt in dit hoofdstuk separaat stilgestaan bij dit stelsel. Naast een schets van het

bestaande wettelijke kader en een uiteenzetting van de bevindingen en aanbevelingen van de ECW, wordt in paragraaf 5.4 ingegaan op enkele mogelijkheden tot (verdere) versteviging van het bestaande stelsel. Hoewel het bestaande stelsel EVRM-proof is, wijst de praktijk uit dat er ruimte voor verbetering is om de dynamische onderzoekspraktijk van de diensten en de wijze waarop toetsing en toezicht – ook ten opzichte van elkaar – zouden moeten functioneren beter op elkaar te laten aansluiten, waarbij het herstel van de door de ECW geconstateerde weeffout (zie hierna onder 5.3) een noodzakelijke, maar niet allesomvattende oplossing biedt. Daartoe worden een aantal scenario's op hoofdlijnen geschetst. Hoewel het kabinet zich herkent in de voordelen van het voorkeursscenario van de CTIVD en de TIB (geïntegreerd stelsel van toetsing en toezicht) acht het kabinet dit niet het aangewezen moment voor een keuze voor een specifiek stelsel. Zoals verderop in deze hoofdlijnennotitie wordt betoogd is het – gelet op de doorslaggevende invloed die deze keuze heeft op de effectiviteit van stelsel als geheel van belang eerst een nadere uitwerking te maken van de voorziene effecten van de voorliggende scenario's. Net als voor de overige scenario's wordt ook dit voorkeursscenario van de CTIVD en TIB in de komende periode nader gewogen, mede aan de hand van de in paragraaf 5.4 geformuleerde criteria. Verder is het natuurlijk een gegeven dat in de Tijdelijke wet een bepaald stelsel is opgenomen. De werking van dat stelsel zal worden gemonitord en de daarmee opgedane ervaringen zullen ook worden betrokken bij de te maken eindafweging.

5.2 Het bestaande wettelijke kader

De Wiv 2017 biedt een alomvattende regeling voor toetsing, toezicht en klachtbehandeling. Een belangrijke wijziging ten opzichte van de regeling in de Wiv 2002 betrof de introductie van de Toetsingscommissie inzet bevoegdheden (TIB). Aan deze nieuwe commissie werd de bindende toets van door de Minister (persoonlijk) verleende toestemmingen tot de inzet van bijzondere bevoegdheden door de diensten op rechtmatigheid opgedragen (ex ante toets). De introductie van de TIB vond plaats naar aanleiding van het feit dat velen in het kader van de internetconsultatie met betrekking tot de consultatieversie van de Wiv 2017 hadden betoogd dat de modernisering van de bijzondere bevoegdheden gepaard zou moeten gaan met de introductie van een onafhankelijke toets voordat tot de uitoefening van deze bevoegdheden zou worden overgegaan. De regering verwachtte dat de jurisprudentie van het EHRM zich ook in die richting zou (kunnen) ontwikkelen.²⁸ Al eerder was vastgesteld dat de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens journalisten²⁹ en advocaten³⁰ diende te worden onderworpen aan een voorafgaande bindende toets (of toestemming) door een onafhankelijke instantie, die in de Wiv 2017, evenals waar het gaat om de toestemming tot het openen van brieven³¹, in handen is gelegd van de rechtbank Den Haag.

In de afgelopen periode is gebleken dat een bindende toets ex ante – buiten de hiervoor genoemde gevallen – slechts in een beperkt aantal gevallen door het EHRM en het HvJEU noodzakelijk is bevonden en wel in het bijzonder waar het gaat om de interceptiebevoegdheden van de diensten (inclusief de vaststelling van categorieën van selectoren op in bulk geïntercepteerde gegevens). De Wiv 2017 biedt dan ook, indien men kijkt naar de catalogus van bijzondere bevoegdheden waarvoor de

²⁸ Zie Kamerstuk 34 588, nr. 3, p. 50 e.v.

²⁹ EHRM 22 november 2012, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. en anderen t. Nederland*.

³⁰ 34ECLI:NL:RBDHA:2015:7436 en ECLI:NL:2015:2881.35.

³¹ Artikel 13 Grondwet eist een rechterlijke machtiging.

toestemming ex ante getoetst dient te worden door de TIB, in dat opzicht een ruimere rechtswaarborg dan waartoe het Europese recht thans toe verplicht.

De oordelen van de TIB zijn bindend en bij een onrechtmatigheidsoordeel vervalt de verleende toestemming van rechtswege. Daarbij heeft de wetgever strikt genomen niet voorzien in een vorm van geclausuleerde goedkeuring, bijvoorbeeld door het stellen van voorwaarden.³² Indien de TIB een verleende toestemming onrechtmatig acht, dient zij dit met redenen omkleed aan de betreffende Minister mede te delen. Deze kan op basis daarvan de eerder verleende toestemming heroverwegen en zo nodig (doen) aanpassen. Voorkomen moet worden dat een door de Minister verleende toestemming buiten betrokkenheid van de Minister om wordt gemodificeerd. Daar komt nog bij dat een toestemmingsverzoek, voordat deze bij Minister en na instemming door de Minister bij de TIB ter toetsing wordt voorgelegd, een uitgebreid afwegingproces bij de diensten heeft doorlopen, waarbij onder meer technische, operationele en juridische aspecten aan de orde komen. Modificatie van een toestemmingsverzoek heeft vanwege de sterke onderling verwevenheid van deze aspecten gevolgen die afzonderlijk op hun merites beoordeeld moeten worden. De verantwoordelijke Minister moet ter zake een hernieuwde afweging kunnen maken. De regeling van de TIB is opgenomen bij de regeling van de bijzondere bevoegdheden, omdat de TIB een rol speelt in het autorisatieproces, hetgeen een andersoortige rol betreft dan het toezicht houden op de rechtmatige uitvoering van de Wiv 2017 en de Wet veiligheidsonderzoeken (Wvo).³³ De wet voorziet er voorts in dat de commissie door de Minister alle voor de uitvoering van de taak benodigde inlichtingen en medewerking krijgt. Deze medewerking bestaat er in de praktijk in dat de TIB antwoorden ontvangt op vragen ter verduidelijking en dat er (technische) briefings worden verzorgd. Anders dan de CTIVD is niet voorzien in de mogelijkheid tot het verlenen van rechtstreekse toegang tot bij de diensten aanwezige gegevens, aangezien dat voor de taakuitvoering niet noodzakelijk is. De TIB doet immers geen onderzoek, maar beoordeelt hetzelfde aan de Minister voorgelegde complex aan feiten en afwegingen met het oog op het verkrijgen van toestemming op rechtmatigheid. De TIB dient ieder jaar voor 1 mei een openbaar verslag van haar werkzaamheden uit te brengen.

Voorts werd in het kader van de Wiv 2017 de reeds onder de Wiv 2002 ingestelde Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten onderverdeeld in twee afdelingen: de afdeling toezicht en de afdeling klachtbehandeling. De afdeling toezicht bleef belast met het reeds onder de werking van de Wiv 2002 bestaande toezicht op de rechtmatige uitvoering van de Wiv en de Wet veiligheidsonderzoeken. De nieuwe afdeling klachtbehandeling werd belast met het bindend oordelen over klachten met betrekking tot onder meer het (vermeende) optreden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten alsmede de behandeling en beoordeling van vermoedens van misstanden (klokkenluidersregeling). Onder de werking van de Wiv 2002 trad de CTIVD op als onafhankelijke klachtadviseur in het kader van de interne klachtbehandeling door de voor de dienst verantwoordelijke Minister en trad de Nationale ombudsman op als externe klachtbehandelaar. Met de invoering van bindend klachtrecht werd ook invulling gegeven aan de eis van artikel 13 EVRM inzake de beschikbaarheid van een effectief rechtsmiddel. Eerder was geconcludeerd dat onder de werking van de Wiv 2002 daar een hiaat bestond. De

³² Kamerstuk 35 242, nr. 6, p. 5–6.

³³ De rol van de TIB is vergelijkbaar met het verlenen van goedkeuring als bedoeld in artikel 10:25 van de Algemene wet bestuursrecht. Zie ook hetgeen de ECW in noot 265 van haar rapport daaromtrent heeft opgemerkt.

Nationale ombudsman als extern klachtbehandelaar kwam daarmee te vervallen. Voor de behandeling van klachten en vermoedens van misstanden geeft de Wiv 2017 een eigen regeling. Waar het gaat om de behandeling van klachten wordt daarbij overigens op onderdelen wel bij de regeling van het klachtrecht in de Awb aangesloten. Beide afdelingen van de CTIVD beschikken over ruime onderzoeksbevoegdheden. Ook is aan hen ten behoeve van een goede taakuitoefening van hun taken rechtstreekse toegang tot de door de diensten verwerkte gegevens op grond van de Wiv 2017 en de Wvo gegeven.

De afdeling toezicht komt niet de bevoegdheid tot bindende oordelen toe. Vanuit EVRM-perspectief is dat geen eis om toezicht effectief te doen zijn.³⁴ Voor de uitoefening van het toezicht geeft paragraaf 7.2.2. van de wet een specifieke regeling. Onderzoeken dienen vooraf te worden aangekondigd en monden uit in een openbaar rapport (met de mogelijkheid van een geheime bijlage), dat met een reactie van de Minister aan de beide Kamers der Staten-Generaal wordt gezonden (de geheime bijlage wordt uitsluitend aan de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer ter inzage gegeven). De praktijk leert dat in vrijwel alle gevallen de Minister door de CTIVD gedane aanbevelingen overneemt. De Minister kan vervolgens ter zake ter verantwoording worden geroepen door de Kamer. Ook de CTIVD dient voor 1 mei een openbaar verslag van haar werkzaamheden uit te brengen. Naast de eerdergenoemde rapportages legt de CTIVD daarmee verantwoording af over haar taakuitvoering.

De oordelen van de afdeling klachtbehandeling zijn ingeval het klachten betreft bindend en kunnen er toe strekken dat een lopend onderzoek moet worden gestaakt, de uitoefening van een bevoegdheid dient te worden beëindigd en door de diensten verwerkte gegevens dienen te worden vernietigd; een en ander voor zover deze rechtstreeks in verband staan met de klacht. Tegen de oordelen van de afdeling klachtbehandeling, evenals die van de TIB, staat geen mogelijkheid open om deze aan een rechterlijke instantie ter toetsing voor te leggen.

Voor de benoeming van leden van de CTIVD en van de TIB geeft de wet een bijzondere procedure, waarbij een belangrijke rol voor de Tweede Kamer is weggelegd. Deze doet voor ontstane vacatures een voordracht aan het kabinet; het kabinet is daaraan gebonden en indien een voorgedragen persoon op bezwaren stuit, dient een nieuw verzoek aan de Tweede Kamer te worden gericht. De ervaringen die met de toepassing van deze procedure in de afgelopen jaren zijn opgedaan, maken het wenselijk om de inrichting van de procedure en de rol en verantwoordelijkheid van betrokken partijen opnieuw te bezien.

5.3 De bevindingen en aanbevelingen van de ECW

De ECW komt in algemene zin tot de conclusie dat het in de Wiv 2017 neergelegde stelsel van toetsing en toezicht zich goed heeft gezet en dat het toezicht op het handelen van de diensten stevig is ingebed. Zij stelt vast dat de TIB van grote meerwaarde is gebleken en verbindt daaraan de aanbeveling dat de TIB in haar huidige vorm zou moeten blijven bestaan

³⁴ Zie in dit verband het rapport van de ECW (blz. 121–122); ook de Afdeling advisering van de Raad van State komt in zijn advies met betrekking tot het voorstel van rijkswet houdende goedkeuring van het op 28 januari 1981 te Straatsburg tot stand gekomen Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (Trb. 1988, nr. 7) en goedkeuring van het op 10 oktober 2018 te Straatsburg tot stand gekomen Protocol tot wijziging van het Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (Trb. 2018, nr. 201) niet tot een andere conclusie.

met behoud van de bevoegdheid om bindend te oordelen. Een zelfde aanbeveling doet de ECW waar het gaat om het toezicht van de CTIVD, dat onverminderd een belangrijke waarborg vormt. Anders dan bij de TIB acht zij een bindend oordeel bij ex post toezicht niet zonder meer vanzelfsprekend en acht zij zelfs niet bindend toezicht in casu effectiever, temeer nu de aanbevelingen van de CTIVD vrijwel zonder uitzondering door de Ministers worden overgenomen. De huidige constructieve dialoog tussen de diensten en de CTIVD acht zij van grote meerwaarde voor het waarborgen van een goede taakuitoefening door de diensten. Ook de afdeling klachtbehandeling voert naar het oordeel van de ECW haar taken zorgvuldig uit en dient in haar huidige vorm met behoud van het bindend oordeel te blijven bestaan.

De ECW ziet wel dat er spanningen zijn ontstaan in het stelsel ten aanzien van het object van en de normstelling bij de ex ante toets door de TIB. Zij acht deze spanningen het gevolg van een stelsel waarin de relatie tussen ex ante en ex post toezicht niet goed is doordacht. Zo heeft de wetgever, aldus de ECW, de TIB niet alleen een rol gegeven bij de verwerving van gegevens, wat naar haar oordeel past bij de aard van een ex ante toets, maar ook bij bepaalde bevoegdheden in de verwerkingsfase. Deze spanningen zijn voorts te herleiden tot het ontbreken van voldoende aanknopingspunten voor differentiatie van de invulling van de open toetsingsnormen in de wet en de wetsgeschiedenis. In de toelichting op de wet zouden voorbeelden moeten worden opgenomen aan de hand waarvan de TIB de invulling van de normen kan differentiëren, waarbij (overwogen kan worden) de aard van de verschillende wettelijke taken van de diensten (veiligheidsstaak³⁵ vs. inlichtingentaak³⁶) een rol (te laten) spelen. De ECW beveelt dan ook aan om de ex ante toets te beperken tot de fase van verwerving, waarbij de toets niet strekt tot aspecten van verwerking. Ook zou het bij deze autoriserende rol niet passen om aan een rechtmatigheidsoordeel voorwaarden te verbinden. Op deze wijze zou de relatie tussen het ex ante en ex post toezicht worden verduidelijkt en de diffuse rolverdeling tussen TIB en CTIVD worden verhelderd. De TIB toets is een statische ex ante toets van de verleende toestemming voor de inzet van bijzondere bevoegdheden; het toezicht door de CTIVD ziet op de uitvoering daarvan over de gehele linie en in de verschillende fases van een operatie kan de focus van het toezicht ook verschuiven (dynamisch toezicht). De ECW acht het wel van belang dat de rol van de TIB en de CTIVD goed op elkaar aansluiten als belangrijke voorwaarde voor effectief toezicht, meer in het bijzonder het dynamische toezicht. De samenwerking tussen beide zou kunnen worden versterkt door het voeren van een beleidseenheidsoverleg, waarin casuïstiek wordt besproken. Waar het gaat om het rechtseenheidsoverleg doet de ECW geen aanbevelingen, met dien verstande dat de afdeling klachtbehandeling – maar dat zou evenzeer gelden voor de rechtbank Den Haag – geen onderdeel uitmaakt van dat overleg vanwege het feit dat deze onafhankelijk van de afdeling toezicht moet kunnen oordelen. Overigens ziet de ECW geen duidelijke juridische basis voor en in ieder geval geen bindende status van de in het kader van het rechtseenheidsoverleg ingenomen standpunten.

De ECW constateert dat het in de Wiv 2017 neergelegde stelsel op één punt nog een weeffout bevat. De ECW geeft aan dat iedere toezichthouder in eerste instantie invulling zal moeten geven aan wettelijke normen en begrippen, maar dat in het in de Wiv 2017 neergelegde stelsel de toezichthouders niet alleen het laatste woord in een concrete casus hebben, maar – behoudens ingrijpen door de wetgever – ook wat betreft de uitleg van de wettelijke begrippen en criteria, en de wijze waarop zij

³⁵ De a-taak van de AIVD.

³⁶ De d-taak van de AIVD en de e-taak van de MIVD: de inlichtingentaak buitenland.

hieraan toetsen. Dat heeft in de afgelopen jaren tot verschillende knelpunten geleid. De ECW geeft aan het niet alleen praktisch onwenselijk, maar ook principieel niet passend te vinden dat een toezichthouder het laatste woord heeft over de uitleg van wettelijke begrippen, de invulling van de toetsingsnormen en de intensiteit van de toetsing. Dat is bij uitstek een rechterlijke taak, waarbij de toezichthouder, gegeven de rechterlijke overwegingen, gaat over de toepassing in concrete gevallen. Om balans te brengen in het stelsel van toezicht beveelt zij dan ook aan een rechterlijke procedure mogelijk te maken in gevallen van geschillen over de uitleg van wettelijke begrippen, de invulling van de toetsingsnormen en de intensiteit van de toetsing (de grenzen van het speelveld van het toezicht). Daartoe doet zij de aanbeveling de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in eerste en enige instantie met geschilbeslechting te belasten en met het doen van richtinggevend uitspraken over de uitleg van wettelijke normen en begrippen. Het gaat dan om de mogelijkheid van beroep tegen de oordelen van de TIB en van de afdeling klachtbehandeling van de CTIVD. Deze procedure, aldus de ECW, kan ook ruimte bieden aan algemeen-belangenbehartigers, wat het maatschappelijk debat ten goede zal komen. Ook wordt met deze procedure de weg vrijgemaakt om prejudiciële vragen te stellen aan het EHRM of het HvJEU.

5.4 Mogelijke scenario's tot versterking van het stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling

Hoewel het EVRM, actuele jurisprudentie of C108+ niet dwingen tot aanpassing of herziening van het stelsel, hecht het kabinet er aan te bezien hoe het stelsel van toetsing en toezicht nog verder verstevigd kan worden. Niet alleen om het stelsel als geheel robuuster te maken, maar ook om een betere aansluiting te bewerkstelligen op de dynamiek van de uitvoering van de onderzoekstaken van de diensten en de inzet van bevoegdheden daarbij. Vanuit de optiek van de diensten bezien verandert hun werkveld voortdurend. Dreigingen worden meer diffuus. Het hybride gebied tussen vrede en oorlog wordt steeds groter en steeds vaker staan onderzoeken in het teken van het onderkennen van (nog) verborgen dreigingen. In dit soort onderzoek is het cyberdomein van grote betekenis. Het impliceert automatisch dat de diensten meer data-gedreven werken. Het werk van de diensten wordt dynamischer. Het vraagt diensten die wendbaar zijn en die een hoog adaptief vermogen hebben. Het is naar het oordeel van het kabinet van groot belang dat het stelsel van toetsing en toezicht in staat is adequaat aan te sluiten bij c.q. mee te bewegen met de geschetste dynamiek in de uitvoeringspraktijk. Daarnaast is het de ambitie dat het stelsel bijdraagt aan het vertrouwen van burgers dat de diensten zich (enkel) bedienen van rechtmatige middelen. Concreet betekent dit dat aanpassingen van (onderdelen van) het stelsel van toetsing en toezicht in ieder geval aan de volgende criteria moet voldoen:

- het stelsel moet een sterk normatief kader en een effectief samenspel tussen intern en extern toezicht mogelijk maken waarbinnen de diensten gebruik kunnen en mogen maken van nieuwe en zich aandienende technologieën;
- het stelsel moet uitvoerbaar zijn voor de diensten en de met toezicht belaste instanties, en aansluiten bij de dynamiek (snelheid, wendbaarheid e.d.) die de taakuitvoering van de diensten kenmerkt;
- de rol en verantwoordelijkheid van de diensten en de met toezicht belaste instanties bij de uitvoering van de wet moeten helder en duidelijk gemarkeerd zijn en wederzijds worden erkend en – net zoals nu – ruimte bieden aan een constructieve dialoog voordat tot formele interventie wordt overgegaan;
- de administratieve lasten van het stelsel – zowel vanuit het perspectief van de diensten als dat van de met toetsing en toezicht belaste instanties – moet beheersbaar zijn en niet verder toenemen;

- de uitoefening van het toezicht moet voorspelbaar zijn;
- het stelsel moet qua organisatievorm robuust en duurzaam zijn;
- het stelsel moet ruimschoots voldoen aan de Europeesrechtelijke eisen;
- het stelsel moet voorzien in een beroepsmogelijkheid bij een rechterlijke instantie;
- de ministeriële verantwoordelijkheid en de mogelijkheid tot parlementaire controle moeten gewaarborgd blijven.

Bij de nog te maken keuze over een eventuele aanpassing van het stelsel van toetsing en toezicht zal ook aandacht moeten worden besteed aan de positionering van de afdeling klachtbehandeling van de CTIVD. Daarop zal nog afzonderlijk worden ingegaan.

Vooralsnog zijn – ten opzichte van de bestaande situatie – de volgende scenario's te schetsen. Bepaalde elementen uit die scenario's zouden bij de uitwerking mogelijk kunnen worden gecombineerd.

Scenario 1: ECW

In paragraaf 5.3 is reeds uitvoerig ingegaan op de voorstellen van de ECW, inclusief die met betrekking tot het stelsel van toetsing en toezicht, zodat korthedshalve daarnaar wordt verwezen. Het model dat de ECW – alles overziend – voorstelt, bouwt voort op het thans in de Wiv 2017 neergelegde stelsel en behelst geen wezenlijke verandering in de structuur van het stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling. Wel is de introductie van de mogelijkheid van beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak in dit opzichte als een belangrijke aanvulling te beschouwen.

Scenario 2: Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma

Een andere mogelijkheid is de regeling zoals die thans in het bij de Tweede Kamer aanhangige voorstel van de Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma is neergelegd. In het wetsvoorstel is – beperkt tot de reikwijdte van de Tijdelijke wet – enerzijds voorzien in een beperkt aantal uitzonderingen op de voor een ex ante toets op rechtmatigheid aan de TIB voor te leggen toestemmingen van de Minister³⁷, en anderzijds in de introductie van bindend toezicht ex durante en ex post op de van ex ante toets uitgezonderde besluiten alsmede op enkele andere in de Tijdelijke wet opgenomen bevoegdheden³⁸. Op deze wijze sluit de aard van het toezicht beter aan bij de fase en de dynamiek van het door de diensten te verrichten onderzoek; korthedshalve wordt verwezen naar hetgeen daaromtrent in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel is gesteld.³⁹ Tegelijkertijd werd met de introductie van een regeling inzake bindend toezicht voor de afdeling toezicht van de CTIVD de kwestie inzake de noodzaak van een vorm van rechterlijke toets, waarvoor ook de ECW in haar rapport al constateerde dat het ontbreken ervan een weeffout in het stelsel betreft, reeds nu actueel. Dat heeft ertoe geleid dat in de Tijdelijke wet – vooruitlopend op het wetstraject tot herziening van de Wiv 2017 – reeds in een vorm van rechterlijke toets wordt voorzien waar het gaat om de oordelen die in het kader van het bindend toezicht door de afdeling toezicht van de CTIVD tot stand komen, alsmede met betrekking tot enkele oordelen van de TIB.⁴⁰

³⁷ Te weten de toestemmingen tot het mogen verkennen van geautomatiseerde werken alsmede het uitvoeren van GDA op door OOG-interceptie verworven metadata.

³⁸ In het bijzonder de bijschrijfmogelijkheden.

³⁹ Kamerstuk 36 263, nr. 3, p. 9.

⁴⁰ Kamerstuk 36 263, nr. 3, p. 28 e.v.

Daartoe is voorzien in de mogelijkheid van beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak; voorts bestaat, vanwege het feit dat aan beroep tegen oordelen van de afdeling toezicht van de CTIVD geen schorsende werking is toegekend, tevens de mogelijkheid om een voorlopige voorziening aan te vragen. Zowel voor de uitvoering van de bindende toezichtsbevoegdheid als voor het beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak voorziet de Tijdelijke wet in eigen procedurele voorschriften (regeling *sui generis*). Overigens is in de Tijdelijke wet niet voorzien in beroep tegen oordelen van de afdeling klachtbehandeling van de CTIVD.

Een eerste reflectie op scenario 2

De in de Tijdelijke wet opgenomen regeling heeft een in tijd beperkt karakter; vier jaar na inwerkingtreding vervalt de regeling. De verwachting is dat in die periode de herziening van de Wiv 2017 zijn beslag kan krijgen. Zoals in reactie op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is aangegeven zal na inwerkingtreding van de Tijdelijke wet de uitvoering van de wet intern door de diensten worden gemonitord. Ongeveer een jaar na inwerkingtreding zal volgens de methode van de invoeringstoets gekeken worden naar de gevolgen voor de doelgroep en de uitvoering waarbij ook actief naar knelpunten op zoek zal worden gegaan. Daarbij zal in het bijzonder ook aandacht worden besteed aan de vraag in hoeverre het in de Tijdelijke wet voorgestelde stelsel van toetsing en toezicht als geheel zich verhoudt tot de beoogde operationele snelheid en wendbaarheid.⁴¹ Uiteraard zullen ook de ervaringen met de toepassing van het hiervoor beschreven stelsel als zodanig worden geïnventariseerd en worden betrokken bij de besluitvorming over welke aanpassingen in het stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling bij de herziening van de Wiv 2017 aangewezen worden geacht. Het is niet zo dat met het in de Tijdelijke wet neergelegde stelsel een *fait accompli* wordt geschapen. Zoals in reactie op de zorgen van het College voor de Rechten van de Mens is aangegeven staat een en ander geenszins in de weg aan een inhoudelijke discussie met het parlement over de inrichting van het stelsel van toetsing en toezicht, zodra een wetsvoorstel tot wijziging van de Wiv 2017 is ingediend.⁴²

Scenario 3: Geïntegreerd stelsel van toetsing en toezicht

De derde mogelijkheid betreft de invoering van een geïntegreerd stelsel van toetsing en toezicht. Als vervolg op de motie van het lid Ceder komt dit scenario er feitelijk op neer dat TIB en CTIVD worden omgevormd tot een nieuwe onafhankelijke toezichthouder die – met bindende bevoegdheden – toezicht houdt op in ieder geval het gehele proces van activiteiten in het kader van de gegevensverwerving en -verwerking; dus *ex ante*, *ex durante* en *ex post*.⁴³ Bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan tegen de bindende oordelen van de TIB en CTIVD in beroep worden gegaan. Overigens richt thans de toezichttaak van de CTIVD zich ook op het bevorderen van rechtmatigheid voordat de diensten een concrete bevoegdheid inzetten, dus «aan de voorzijde» als nog geen sprake is van «*ex ante*»/«*ex durante*» of «*ex post*». Dit scenario betekent een breuk met het bestaande stelsel, waarin we twee instanties kennen – TIB en afdeling toezicht CTIVD – die ieder in een verschillende fase van het onderzoek van een dienst zijn gepositioneerd met een verschillende

⁴¹ Kamerstuk 36 263, nr. 4, p. 8 e.v.

⁴² Kamerstuk 36 263, nr. 3, p. 57.

⁴³ In dit verband is ook de motie Ceder relevant (Kamerstuk 29 924, nr. 219), waarbij de regering wordt verzocht om te inventariseren bij de veiligheidsdiensten en toezichthouders welke voor- en nadelen er zijn om de twee toezichthouders tot een krachtige toezichthouder te maken en mogelijke knelpunten aan de Kamer voor te leggen.

taak. De TIB maakt onderdeel uit van het autorisatieproces voor de inzet van (aangewezen) bijzondere bevoegdheden (ex ante). De afdeling toezicht houdt vervolgens toezicht op de uitvoering van die bevoegdheden (ex durante en ex post).

Met het introduceren van één toezichthouder die «end-to-end» toezicht houdt, ontstaat de mogelijkheid om intern- en extern toezicht effectiever op elkaar af te stemmen en om zo een normatief kader voor de hele keten op te stellen. Daarnaast biedt het kunnen beschikken over een normatief kader voor de hele keten goede aanknopingspunten voor het kunnen anticiperen op bijvoorbeeld nieuwe technologische ontwikkelingen en de dynamiek die hieruit voortvloeit voor de operationele praktijk bij de diensten.

Een eerste reflectie op scenario 3

Deze optie onderscheidt zich, vanuit de optiek van efficiency en operationele robuustheid van toezicht, zeker indien er sprake kan zijn van vrije uitwisseling binnen de toezichthouder van de informatie die in de verschillende fasen wordt verworven en vervolgens gebruikt kan worden om aard, inhoud en intensiteit van het toezicht in de te onderscheiden fasen te bepalen. Er is immers één toezichthouder die «end-to-end» robuust toezicht kan houden. Daarnaast biedt één toezichthouder die voor de uitoefening van zijn taken beschikt over kennis van gebruikte systemen, die rechtstreeks toegang heeft tot gegevens, medewerkers en werkwijzen en door de diensten kan worden betrokken bij actuele ontwikkelingen op zowel het gebied van dreigingen als technologie grote voordelen. Een grote organisatie biedt bovendien in zijn algemeenheid zekerheid vanuit continuïteitsoverwegingen.

Onderzocht zou moeten worden hoe het bijeenbrengen van deze twee bevoegdheden, los van de vraag wat de ex ante bevoegdheid dan zou moeten zijn (toets of toestemming), kan worden vormgegeven. In de zaak Centrum för Rättvisa tegen Zweden is door het EHRM geen bezwaar geuit tegen het feit dat de Zweedse toezichthouder zowel een beslissing nam op een verzoek van de Zweedse dienst om op de kabel te mogen interceperen en vervolgens daarop toezicht hield, maar een markant punt was in die casus wel dat met betrekking tot de bevoegdheid tot bulkinterceptie als zodanig eerst toestemming was gevraagd aan en verleend door een onafhankelijke rechter en de taak van de toezichthouder bij het toelaten van een dienst op de kabel in feite neer kwam op het bezien of dat verzoek binnen de verleende rechterlijke toestemming viel.⁴⁴ Onduidelijk is nog of bij afwezigheid van een rechterlijke toestemming de combinatie van toestemming (of toets) ex ante en vervolgens toezicht ex durante en ex post vanuit perspectief EHRM toelaatbaar is. Dan wel dat er voorzien moet worden in «Chinese muren». Dit zal nader moeten worden verkend. Voorts zal moeten worden bezien of door positionering van de nieuwe toezichthouder als bestuursorgaan en het geheel of gedeeltelijk van toepassing verklaren van de Awb, mede met het oog op een goede procedurele inbedding van de toepassing van bevoegdheden en de rechtsbescherming daartegen, voldoende waarborgen voor alle partici-

⁴⁴ Zie overweging 347 in uitspraak EHRM in de zaak Centrum för Rättvisa tegen Zweden. «The Inspectorate has wide-ranging powers covering the operation of signal intelligence activities from beginning to end. In particular, it is tasked with granting the FRA access to communications bearers after verifying that the requested access corresponds to the permit issued by the Foreign Intelligence Court (Chapter 6, section 19a of the Electronic Communications Act). The Inspectorate reviews all other aspects of the FRA's activities, including the interception, analysis, use and destruction of material. Importantly, it can scrutinise the selectors used (section 10 of the Signals Intelligence Act) and enjoys access to all relevant documents of the FRA (see paragraphs 50–53 above).»

panten in het stelsel kunnen worden ingebouwd. En uiteraard zal bezien dienen te worden welke implicaties een dergelijke toezichtsvorm heeft voor de ministeriële verantwoordelijkheid en de parlementaire controle.

Scenario 4: Nader advies

De in het nader advies opgenomen voorstellen komen in essentie neer op het volgende. De TIB wordt omgevormd tot een bijzondere rechterlijke instantie (Rechterlijke TIB of RTIB) met rechters met een specifieke expertise; deze dient niet ondergebracht te worden in de gewone rechterlijke organisatie. Een procedure in twee instanties, te weten machtiging van de RTIB en vol beroep bij de Afdeling bestuursrecht-spraak, wijst men af. Deze zou niet effectief en niet nodig zijn. Men is wel voorstander van een prejudiciële procedure bij de Afdeling bestuursrecht-spraak met het oog op bindende uitleg van wettelijke bepalingen (niet de toepassingspraktijk). Met de ECW is men het eens dat in de huidige inrichting van de CTIVD verbetering mogelijk is op het punt van de onafhankelijkheid. Men stelt daartoe voor de CTIVD om te vormen tot zelfstandig bestuursorgaan. Vanuit de overweging dat het toezicht op de diensten conform de jurisprudentie van het EHRM van «end-to-end» «sufficiently robust» dient te zijn adviseert men om de CTIVD voor het toezicht tijdens operaties de bevoegdheid te geven om lopende handelingen van de diensten te schorsen. Bij een schorsing zou de Minister een nieuw besluit moeten nemen en voorleggen aan de RTIB; indien de RTIB de autorisatie weigert, zou het vervolgens mogelijk moeten zijn om prejudiciële vragen omtrent de uitleg van de wet aan de Afdeling bestuursrechtspraak voor te leggen. Samenvoeging van TIB en CTIVD is gelet op de jurisprudentie van het EHRM niet noodzakelijk noch gewenst. Het nader advies overweegt dat de bestaande opzet juist het voordeel heeft dat niet dezelfde instantie vooraf, tijdens en achteraf toezicht houdt. Inzake de klachtbehandeling worden geen aanpassingsvoorstellen gedaan.

Een eerste reflectie op scenario 4

De TIB is thans een rechtsfiguur *sui generis*; het is geen rechterlijke instantie en ook geen bestuursorgaan. Omvorming van de TIB tot rechterlijke instantie is in het nader advies ingegeven vanuit de wens daarmee de door deze instantie noodzakelijke waarborgen van onafhankelijkheid te koppelen aan Nederlands recht en internationaal c.q. Europees recht. Daarmee zou, aldus het nader advies, een aantal tekortkomingen worden weggelaten die thans zowel de rechtspositionele als functionele onafhankelijkheid onvoldoende waarborgt. Het is op zich juist dat naar het oordeel van het EVRM een ex ante toetsing bij voorkeur in handen wordt gelegd van een rechter, maar een administratieve instantie die qua onafhankelijkheid daarmee vergelijkbaar is – en dat geldt voor de huidige TIB – is ook mogelijk. Het nader advies acht onderbrenging van de TIB in de gewone rechterlijke organisatie onwenselijk. De daarbij gehanteerde argumentatie gaat er aan voorbij dat ook in dat geval specialisatie mogelijk is door bijvoorbeeld de inrichting van een aparte kamer bij de rechtbank. Zie ook hetgeen hier onder scenario 5 is gesteld.

Evenals de TIB is de CTIVD thans geen bestuursorgaan. Omvorming tot zelfstandig bestuursorgaan betekent dan ook een statusverandering met als consequentie dat in beginsel het algemene bestuursrecht van toepassing wordt. Ook zou de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen van toepassing worden. Zoals eerder in deze notitie is aangegeven zal in het kader van de herziening van de Wiv 2017 ook de vraag aan de orde komen of de Awb – geheel of gedeeltelijk – van toepassing kan worden op (1) de operationele besluitvorming van de diensten (thans via artikel 145 Wiv

2017 uitgezonderd) en op (2) de procedures in relatie tot beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak en de behandeling van klachten. Mede afhankelijk daarvan kan worden bezien of omvorming tot ZBO een mogelijkheid is, waarbij vanzelfsprekend het borgen van de onafhankelijkheid van de toezichthouder een belangrijke eis is. Alle voor- en nadelen van omvorming tot ZBO dienen in kaart gebracht te worden.

In het nader advies is voorts geadviseerd om de CTIVD een schorsende bevoegdheid toe te kennen. Dit vanuit de overweging dat het toezicht op de diensten conform de jurisprudentie van het EHRM van «end-to-end» «sufficiently robust» dient te zijn. Dat gaat minder ver dan bindend toezicht zoals thans in de Tijdelijke wet is neergelegd (zie ook hierna onder scenario 3). Anders dan bij bindend toezicht lijkt in deze optie het handelingsvermogen van de dienst en de Minister ruimer vanwege de expliciete mogelijkheid om tot heroverweging te komen. Overigens, maar dat geldt evenzeer bij toekenning van een bindende toezichtsbevoegdheid aan de afdeling toezicht van de CTIVD, is een van de kwesties die nader onderzocht zouden moeten worden hoever de schorsingsbevoegdheid zou moeten strekken (zoals welke verwervings- en verwerkingsbevoegdheden). Daarbij zal ook de impact op de taakuitvoering van de diensten in kaart gebracht moeten worden.

Tot slot wordt in het nader advies ter versterking van de ministeriële verantwoordelijkheid voorgesteld om in plaats van de CIVD voortaan een van de vaste Kamercommissies (Binnenlandse Zaken of Defensie) de controle op de vertrouwelijke werkzaamheden te laten verrichten. Dit voorstel raakt aan de werkzaamheden van de Tweede Kamer en daar gaat de Kamer zelf over.⁴⁵

Scenario 5: Vervangen ex ante toets TIB door toestemming door de rechtbank

Bij de bespreking van scenario 4 (nader advies) is ingegaan op het voorstel om de TIB om te vormen tot een rechterlijke instantie. In het nader advies wordt aangegeven dat het niet wenselijk is om de TIB onder te brengen in de gewone rechterlijke organisatie. De daarbij gehanteerde argumentatie gaat eraan voorbij dat ook in dat geval specialisatie mogelijk is door bijvoorbeeld de inrichting van een aparte kamer bij de rechtbank. Op dit moment is de rechtbank Den Haag reeds bij wet belast met de taak om toestemming te verlenen bij de uitoefening van bijzondere bevoegdheden jegens journalisten en advocaten alsmede de opening van brieven. Het is mogelijk om in plaats van een ex ante toets door de TIB op door de Minister verleende toestemmingen voor de inzet van bijzondere bevoegdheden, de rechtbank Den Haag te belasten met niet zozeer de bestaande toetstaak van de TIB maar – in het verlengde van de reeds aan haar toegekende taak – tot het verlenen van toestemming voor de inzet van bevoegdheden op aanvraag van de Minister. Daartoe zou wel een aparte kamer in de bestuursrechtelijke kolom⁴⁶ bij de rechtbank dienen te worden ingericht, waarbij uiteraard wel van belang is dat daarbij wordt voorzien in voldoende expertise op het terrein van inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Opgemerkt wordt dat de rechtbank(en) reeds nu een (rechterlijke) rol hebben in het kader van de beoordeling van besluiten zowel op grond van

⁴⁵ Zie in dit verband o.a. Kamerstuk 30 977, nr. 25 en Kamerstuk 30 977, nr. 81 waar het gaat om de werkwijze van de CIVD en de verstrekking van vertrouwelijke informatie over de werkzaamheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten aan het parlement.

⁴⁶ De Wiv 2017 is – evenals de Wet veiligheidsonderzoeken – immers een (bijzondere) bestuursrechtelijke wet.

de Wiv 2017 (inzageverzoeken) en de Wet veiligheidsonderzoeken (weigering en intrekking van verklaringen van geen bezwaar).

Een eerste reflectie op scenario 5

Net als in scenario 3, zal inbedding in een bestaande, grote organisatie in zijn algemeenheid voordelen bieden vanuit continuïteitsoverwegingen. Zo zal bijvoorbeeld de kans op uitvalverschijnselen (zoals door ziekte of vertrek) zich niet vaak voordoen. Bij de verdere verkenning van dit voorstel zal ook de toepasbaarheid van de Awb worden onderzocht, zeker in het licht van de mogelijkheid om tegen een weigering van toestemming beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak in te kunnen stellen. Dit scenario staat overigens los van de vraag of en, op welke wijze, het toezicht door de CTIVD ingericht wordt.

Onderlinge vergelijking van scenario's vraagt om meer gedetailleerde uitwerking

De hiervoor op hoofdlijnen beschreven scenario's bevatten enkele waardevolle eerste reflecties. Echter, om uiteindelijk een doordachte keuze te kunnen maken dienen ze, tegen de achtergrond van de geformuleerde criteria, nader te worden gewogen. Dit kan betekenen dat een of meer van deze scenario's eerst in meer detail moet(en) worden uitgewerkt. De keuze voor een specifieke variant heeft immers een doorslaggevende invloed op de effectiviteit van het stelsel als geheel. Zo lijkt bijvoorbeeld scenario 3 (geïntegreerd stelsel van toetsing en toezicht) zich positief te onderscheiden van de overige scenario's met twee instanties als het gaat om de verbinding met criteria zoals het kunnen beschikken over een normatief kader voor de hele keten en het goed kunnen aansluiten bij zich aandienende technologieën en de dynamiek die de taakuitvoering van de diensten kenmerkt. Het sluit in dat perspectief goed aan bij de tendens die met de Tijdelijke wet is ingezet; van statisch naar dynamisch, en met meer interactie tussen toetsing en toezicht. Echter, gelet op de kennis en ervaringen tot nu toe, bieden de scenario's met twee bestaande instanties een duidelijk gemarkeerde rolverdeling met dito verantwoordelijkheden voor zowel de diensten, als de met toezicht belaste instanties. Een goede onderbouwing van beide bovengenoemde voorbeelden is noodzakelijk en geldt ook voor een vergelijking inzake de administratieve lasten, de mate van voorspelbaarheid en de overige opgenomen criteria.

Klachtbehandeling

In de geschetste scenario's is slechts beperkt aandacht geschonken aan klachtbehandeling. Er lijkt consensus te bestaan – zie ook het rapport ECW en het nader advies – dat klachtbehandeling op dit moment adequaat is geregeld en functioneert. Niettemin dient stilgestaan te worden bij de positionering van de klachtbehandeling in het licht van enkele van de geschetste scenario's (te weten 3 en 4).

Bij het ongewijzigd laten van het stelsel van toetsing en toezicht, dus met twee aparte organisaties, is er geen reden de positionering van de afdeling klachtbehandeling te herzien. Dat wordt anders indien de CTIVD, zoals voorgesteld wordt in het nader advies (scenario 4), wordt aangemerkt als zelfstandig bestuursorgaan. In dat geval zal de afdeling klachtbehandeling ergens anders moeten worden ondergebracht dan wel als zelfstandige organisatie worden gepositioneerd. Ingeval gekozen wordt voor scenario 3 (geïntegreerd stelsel van toetsing en toezicht) zal het raadzaam zijn om – ook als er een effectieve Chinese muur is aangebracht – te komen tot een andere positionering van de afdeling klachtbehandeling. Ingeval van een organisatie die èn toets/toestemming

verleent, en bindend toezicht houdt en vervolgens ook klachten behandelt (die overigens ook over het functioneren van de nieuwe organisatie zouden kunnen gaan) kunnen al snel – hoe onterecht wellicht ook – vraagtekens worden geplaatst bij de onafhankelijkheid, hetgeen het goed functioneren van de organisatie en het publieke vertrouwen daarin niet ten goede komt.

In beginsel komen dus twee opties voor herpositionering in aanmerking: als een zelfstandige organisatie dan wel door deze onder te brengen bij een bestaande organisatie. Of een zelfstandige positie ook tot de mogelijkheden behoort, zal nader onderzocht moeten worden. Waarschijnlijk is dat niet (voldoende) levensvatbaar. Klachtbehandeling is immers afhankelijk van de onzekere factor dat er een klacht moet zijn ingediend en – anders dan bij de TIB – is er geen sprake van een continue stroom van wekelijks te toetsen toestemmingen. Maar zelfs in dat laatste geval blijft, vanwege de geringe omvang, sprake van een kwetsbaarheid ingeval van uitval van leden of ondersteunend personeel.

5.5 Inrichting van het herzieningstraject met betrekking tot het stelsel van toetsing en toezicht

Het is een gegeven dat in de Tijdelijke wet thans gekozen is voor een – binnen dat kader – andere inrichting van het stelsel van toetsing en toezicht, met daarbij een rol voor de Afdeling bestuursrechtspraak om bindende uitspraken te doen in geschillen tussen de voor de dienst verantwoordelijke Minister en de TIB dan wel afdeling toezicht van de CTIVD over door deze instanties gegeven oordelen. Dit stelsel heeft een tijdelijke karakter in afwachting van een definitieve regeling die in het kader van de herziening van de Wiv 2017 zal worden getroffen. Wat daarin echter wel zal terugkeren, en daarop is in het voorgaande ook al gewezen, is de beroepsmogelijkheid bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Daarvoor is nu een bijzonder procesrecht ontworpen, maar in het kader van de herziening zal worden gezien of op dit vlak geheel of gedeeltelijk meer aansluiting bij het procesrecht in de Awb kan worden gevonden. Dat is een complexe zoektocht, dat ook in goed overleg met de Afdeling bestuursrechtspraak zal worden verkend.

Waar het gaat om het stelsel van toetsing en toezicht is, zoals ook in het nader rapport bij en de memorie van toelichting op de Tijdelijke wet is aangegeven, voorzien in een proces van monitoring van de wijze waarop het in de Tijdelijke wet neergelegde stelsel in de praktijk functioneert. Daarvoor zal een periode van 1 à 2 jaar worden genomen. De daarmee opgedane ervaringen zullen, afgezet tegen de geformuleerde criteria, bij de te maken eindafweging worden betrokken. Eventueel kunnen deze dan ook leiden tot andere keuzes. Daarbij bieden de geschetste scenario's en de nadere uitwerking daarvan in de komende periode, getoetst aan de geformuleerde criteria, aanknopingspunten voor eventuele aanpassing van het stelsel.

Het ligt dan ook voor de hand dat de herziening van de Wiv 2017 op het aspect toetsing, toezicht en klachtbehandeling als laatste onderdeel wordt opgepakt. Dit is goed mogelijk omdat de definitieve inrichting van het stelsel – naar het zich nu laat aanzien – geen directe invloed heeft op de uitwerking van de andere onderdelen, zoals in deze hoofdlijnennotitie

beschreven. Het gaat dan immers uiteindelijk om de vraag waarop dat nieuwe stelsel zich richt.⁴⁷

Om een voorbeeld te schetsen: het voorgestelde stelsel in de Tijdelijke wet gaat nog uit van twee instanties (TIB en CTIVD) met ieder een eigen rol. Die situatie kan gecontinueerd worden, maar er zijn ook andere opties mogelijk en geschetst. Zoals die van een geïntegreerd stelsel van toetsing en toezicht, waarbij de gehele keten van activiteiten van de diensten door een en dezelfde instantie wordt bestreken en de diensten maar met één instantie te maken hebben. Hoewel het kabinet het model van een geïntegreerd stelsel van toetsing en toezicht als een reële mogelijkheid ziet dat, wat toezicht op het dynamische proces van gegevensverwerking en verwerking betreft, duidelijk voordelen biedt, wil zij niet nu al een keuze maken. Onder meer vanwege het feit dat er nog diverse vraagstukken in kaart dienen te worden gebracht, zoals de reikwijdte van de bindendheid van toets en toezicht (welke onderdelen van het verwerkingsproces), de processuele inbedding van een dergelijke stelsel (waarborgen Awb), de impact op de uitvoeringsprocessen van de diensten en het vraagstuk van de ministeriële verantwoordelijkheid. De ervaringen met de regeling in de Tijdelijke wet zullen daarbij zeker een rol spelen. Een ander scenario, dat ook is geschetst, is het vervangen van toetsing door de TIB door toestemming door de rechtbank. Ook hier spelen vergelijkbare vraagstukken rond reikwijdte, processuele inbedding enzovoort die nader inzichtelijk gemaakt dienen te worden.

De (eventuele) herinrichting van het stelsel van toetsing en toezicht is mogelijk het meest complexe onderdeel van de herzieningsoperatie. Dat moet zorgvuldig en in goede samenspraak met de betrokken partijen plaatsvinden. De tot nu toe gevoerde gesprekken vormen hiervoor een prima vertrekpunt. Indien dit proces tot een resultaat heeft geleid zal de Kamer daarover worden geïnformeerd, zodat in aanloop naar de wettelijke verankering, daarover nog overleg mogelijk is en tot een gedegen afweging kan worden gekomen.

Hoofdstuk 6 Het vervolgtraject

Hiervoor zijn de hoofdlijnen geschetst van een herziening van de Wiv 2017, mede aan de hand van de door de ECW uitgebrachte aanbevelingen. Hierbij hecht het kabinet er belang aan nogmaals te benadrukken dat de nationale veiligheid en het beschermen van burgerrechten onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en elkaar zelfs versterken. Ook is ingegaan op enkele andere onderwerpen, zoals de mogelijkheid om de Algemene wet bestuursrecht geheel of gedeeltelijk toe te passen. Daarnaast zijn ook de bevindingen uit het verslag over het functioneren van de diensten, dat wij op grond van artikel 167, tweede lid, van de Wiv 2017 aan uw Kamer zullen toezenden, relevant. Dit geldt ook voor tegen die tijd actuele operationele inzichten vanuit de AIVD en MIVD, Europees-rechtelijke en/of technologische ontwikkelingen alsook de ervaringen die worden opgedaan met de Tijdelijke wet en het daarin neergelegde (tijdelijke) stelsel van bindend toezicht en beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak. Al eerder is in dat kader aangekondigd dat de toepassing van de Tijdelijke wet zal worden gemonitord.

Wij wisselen hierover graag met uw Kamer van gedachten.

⁴⁷ Vergelijk de regeling voor de TIB-toets: de reikwijdte wordt daar (wetstechnisch) bepaald door de verwijzing naar de bepalingen van de bevoegdheden die onder de toets dienen te vallen. Idem de reikwijdte van de bindende toezichtsbevoegdheid van de afdeling toezicht van de CTIVD in de Tijdelijke wet.

Deze notitie wordt uitgebracht mede namens de Minister-President,
Minister van Algemene Zaken, en de Minister van Justitie en Veiligheid,

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
H.G.J. Bruins Slot

De Minister van Defensie,
K.H. Ollongren

BULKDATA	Aanbeveling	Voorlopig standpunt kabinet
1	Neem in de wet een bulkparagraaf op.	Wordt overgenomen.
2	Kom tot één grondslag voor het verkrijgen van gegevens (inclusief bulkdata) van Nederlandse medeoverheden.	Wordt overgenomen.
3	Voeg een stap aan het toestemmingsproces toe waarbij de bulkbehoefte voorafgaand aan het inzetverzoek ter toestemming wordt voorgelegd aan de Minister.	Wordt overgenomen.
4	Neem in de wet op dat het gerichtheids criterium bij de verwerving van bulkdata kan worden ingevuld aan de hand van zowel het terugbrengen van aantallen personen en/of organisaties als het terugbrengen van het aantal te verwerven datapunten.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject.
5	Leg een uniform verwerkingsregime voor alle bulkdata in de wet vast.	Wordt overgenomen.
6	Laat het wettelijk onderscheid tussen metadata en inhoud los.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject.
7	Verklaar de selectiebevoegdheid van toepassing op alle bulkdata, zonder onderscheid tussen inhoud en metadata.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject.
8	Beleg het toestemmingsniveau voor selectie intern bij de diensten.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject. Wel begrenzing nodig als gevolg uitspraak EHRM in zaak Big Brother Watch e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk (onafhankelijke ex ante toets op categorie van selectoren).
9	Laat ruimte bestaan voor onderbouwde uitzonderingen, waar een versimpelde selectieprocedure kan worden gevolgd.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject.
10	Het verstrekken van bulkdata aan buitenlandse diensten wordt op het niveau van de Minister belegd en is onderhevig aan meldplicht aan de CTIVD. Het wettelijke onderscheid tussen «geëvalueerd» en «ongeëvalueerd» komt daarmee te vervallen.	Wordt overgenomen.
11	Maak bulkdata niet toegankelijk voor alle medewerkers in het inlichtingenproces. Slechts bepaalde functionarissen krijgen toegang voor search gericht op selectie.	Wordt overgenomen.
12	Het vereiste van relevantiebeoordeling geldt voor alle bulkdata.	Wordt overgenomen.
13	Stel een termijn in van drie jaar voor de relevantiebeoordeling van bulkdata.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject
14	Verklaar het vereiste van zo spoedig mogelijk niet van toepassing op de relevantiebeoordeling van bulkdata.	Wordt overgenomen.

BULKDATA	Aanbeveling	Voorlopig standpunt kabinet
15	Koppel de relevantiebeoordeling niet aan specifieke personen/organisaties maar aan de operationele waarde. Hierbij kan het onderscheid register- en gedrag-bulkdata nuttig zijn.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject.
16	Toets de als relevant aangemerkte bulkdata eerder en vaker op betekenis.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject.
GDA		
17	Herdefinieer de categorie gegevensverwerking (hier genoemd GDA+) die voorzien moet worden van handelingswaarborgen. Het oorspronkelijke begrip GDA wordt vervangen door GDA+.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject.
18	Voor het ontwikkelen van nieuwe technische functionaliteiten ten behoeve van GDA+ moet de betrokken Minister vooraf toestemming geven. Als deze toestemming wordt gegeven, dan wordt de CTIVD daarvan op de hoogte gebracht.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject.
OOG-INTERCEPTIE		
19	Koppel artikel 53 los van artikel 48 en introduceer een artikel «52 a» waarmee de diensten metingen kunnen doen bij bepaalde aanbieders.	Wordt overgenomen.
20	Voorzie de verplichting van artikel 52 van een termijn van vier weken.	Wordt overgenomen.
21	Voeg <i>search</i> gericht op interceptie toe aan de huidige wettelijke bepaling voor de interceptiebevoegdheid.	Wordt materieel overgenomen: wordt als aparte bevoegdheid geformuleerd.
22	Maak in de wettelijke bepaling voor OOG-interceptie een uitzondering voor militair HF-verkeer, net als bij gerichte interceptie.	Wordt overgenomen.
HACKBE-VOEGDHEID		
23	Beleg het toestemmingsniveau voor verkennen intern bij de diensten.	Wordt overgenomen.
24	Bied in de toelichting op de wet meer ruimte voor differentiatie in de mate van detail van de omschrijving van de technische risico's voor de ex-ante toets door de TIB.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject.
25	Bied in de toelichting bij artikel 45, lid 8, een werkbare uitleg wanneer een geautomatiseerd werk «in gebruik is» van een actor.	Bijschrijfmogelijkheid wordt aangepast.
26	Voorzie artikel 54 van een bijschrijfmogelijkheid.	Wordt overgenomen.
27	Geef in de toelichting op de wet meer duidelijkheid over het gebruik van gegevens van derden die via artikel 45 en/of 54 worden verworven.	Wordt overgenomen.
28	Ga in de toelichting op de wet in op het gebruik van bijzondere bevoegdheden voor strategische operaties door middel van voorbeelden om de TIB meer handvatten te bieden voor differentiatie bij de invulling van normen.	Inzet bijzondere bevoegdheden in het kader van strategische operaties wordt toegelicht.

BULKDATA	Aanbeveling	Voorlopig standpunt kabinet
INTERNATIONALE SAMENWERKING		
29	Voorzie in een eenduidig wetsartikel als grondslag voor het bevragen van internationale partners en het ontvangen van gegevens van deze partners.	Wordt overgenomen.
30	Als de wetgever samenwerking met niet-statelijke groeperingen wil toestaan, dan moet in de wet een expliciete wettelijke basis komen met de verplichting tot het opstellen van een wegingsnotitie voor deze samenwerking.	Wordt overgenomen.
31	Neem «de inrichting en effectiviteit van het toezicht» op als apart wegingscriterium.	Wordt overgenomen.
32	Leg de volgende inhoudelijke normen in de wet vast die gelden bij het verstrekken van gegevens aan buitenlandse diensten: a) De regel dat er geen gegevens worden gedeeld als er een reëel risico bestaat dat gebruik door de ontvangende dienst een flagrante schending oplevert van het internationaal recht, en in het bijzonder van de mensenrechten en internationaal humanitair recht. b) Het verbod op het delen van register-bulkdata van Nederlandse medeoverheden. c) De inspanningsverplichting om – waar technisch haalbaar en uitvoerbaar – bij het verstrekken van bulkdata te filteren op specifieke Nederlandse kenmerken. d) De algemene inspanningsverplichting – waar technisch haalbaar en uitvoerbaar – tot het filteren van bijzondere categorieën personen, met name journalisten en advocaten, en andere specifieke groepen personen, zoals klokkenluiders en dissidenten. e) De verplichting om bij verstrekking van gegevens de ontvangende dienst te verzoeken gegevens over Nederlandse burgers en ingezetenen, die voorafgaand aan verstrekking niet waren onderkend en verder niet direct relevant zijn voor het onderzoek, bij eventuele ontdekking te vernietigen. f) De verplichting om bij verstrekken van gegevens de ontvangende dienst te verzoeken de gegevens te vernietigen als deze niet (meer) worden gebruikt voor het inlichtingenproces.	Wordt overgenomen.
33	De CTIVD houdt toezicht op internationale samenwerking, en specifiek ook het verstrekken van (bulk)gegevens. Internationale samenwerking en meer specifiek verstrekking van gegevens/bulkdata worden niet getoetst door de TIB. De TIB heeft alleen een rol bij internationale samenwerking waar het de inzet van door de TIB te toetsen bijzondere bevoegdheden (mede) ten behoeve van een buitenlandse dienst betreft.	Wordt overgenomen.
34	Leg in de wet vast dat het uniforme verwerkingsregime voor bulkdata óók geldt voor bulkdata ontvangen van buitenlandse diensten.	Wordt overgenomen.

BULKDATA	Aanbeveling	Voorlopig standpunt kabinet
35	Leg in de wet vast dat voor bulkdata ontvangen van een buitenlandse dienst de Minister eerst akkoord moet gaan met de bulkbehoefte alvorens deze bulkdata mag worden gebruikt voor het inlichtingenproces.	Wordt overgenomen.
36	Leg in de wet vast dat een U-bocht constructie ten aanzien van internationale samenwerking verboden is.	Wordt overgenomen.
37	Stel voor langdurige multilaterale samenwerking aparte overzichtsnotities op.	Wordt overgenomen.
38	Moedig de CTIVD aan en faciliteer haar in de voortrekkersrol die zij op zich heeft genomen ter bevordering van internationaal toezicht.	Wordt overgenomen.
39	Geef de CTIVD de wettelijke bevoegdheid om onderzoek te doen naar aanleiding van een verzoek van een toezichthouder van een buitenlandse partnerdienst.	Wordt nader onderzocht tijdens het wetgevingstraject.
STELSEL VAN TOEZICHT		
40	De TIB blijft in haar huidige vorm bestaan met behoud van de bevoegdheid om bindend ex-ante te toetsen.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
41	De CTIVD afdeling toezicht blijft in haar huidige vorm bestaan met behoud van de huidige bevoegdheden.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
42	De afdeling klachtbehandeling van de CTIVD blijft in haar huidige vorm bestaan met behoud van het bindend oordeel.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
43	Maak het gebruik van de figuur van de geclausuleerde toestemming niet mogelijk.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)

BULKDATA	Aanbeveling	Voorlopig standpunt kabinet
44	Verduidelijk de wet en toelichting zodat duidelijk is dat de TIB alleen bij de inzet van verwervende bevoegdheden een rol heeft, niet bij bevoegdheden voor verwerking. Specificeer hierbij ook dat bij deze TIB-toets op de inzet van verwervende bevoegdheden de verwerking van de te verwerven gegevens geen rol speelt.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
45	Neem in de toelichting op de wet voorbeelden op van verschillende omstandigheden aan de hand waarvan de TIB de invulling van de normen bij de toets kan differentiëren. Hierbij kan de aard van de verschillende wettelijke taken van de diensten een rol spelen.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
46	Intensiveer de samenwerking tussen de TIB en de CTIVD, waarbij casuïstiek wordt besproken in een beleidseenheids-overleg. De huidige wet vormt hiervoor geen belemmering.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
47	Vul het stelsel van toezicht aan met een rol voor de rechter. Deze rechter bepaalt de grenzen van het speelveld van toezicht door de uitleg van wettelijke begrippen, de invulling van toetsingsnormen en de intensiteit van de toetsing.	Wordt overgenomen.
48	Belast de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in eerste en enige instantie met geschilbeslechting en het doen van richtinggevende uitspraken over de uitleg van wettelijke normen en begrippen.	Wordt overgenomen.
49	Behoud de benoemingsprocedure voor leden van de TIB en de CTIVD zoals deze nu is en neem daarbij een raadgevende rol van de voorzitter van het betreffende college op.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
50	Maak ofwel een lichtere procedure mogelijk voor benoeming van een tijdelijke waarnemer voor de TIB op korte termijn ofwel benoem – na inwerkingtreding van het wetsvoorstel tot wijziging van de Wiv 2017 – voldoende plaatsvervangende leden van de TIB.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)

BULKDATA	Aanbeveling	Voorlopig standpunt kabinet
51	Laat het wettelijk vereiste vallen dat drie kandidaten voor de TIB en de CTIVD in het openbaar moeten worden voorgedragen en vervang «ten minste drie personen» door «zo mogelijk drie personen».	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
52	Maak de naam van de te benoemen kandidaten pas openbaar na (positieve) afronding van het veiligheidsonderzoek.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
53	Regel de rechtspositie van de TIB en de CTIVD op hoofdlijnen in de Wiv, met mogelijkheid van delegatie naar een AMvB.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
54	Maak het de TIB mogelijk intensiever te werken met plaatsvervangers met verschillende achtergronden, zowel ter vervanging van een vast lid in geval van (langdurige) afwezigheid als ter aanvulling op de aanwezige expertise (in geval van technisch, juridisch en/of operationeel complexe operaties).	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
55	Maak het de TIB mogelijk gebruik te maken van een kenniskring.	Standpuntbepaling vindt plaats na besluitvorming inzake het bij de herziening van de Wiv 2017 uit te werken stelsel van toetsing, toezicht en klachtbehandeling (zie hoofdstuk 5 hoofdlijnennotitie)
OVERIGE BEVINDINGEN		
56	Bij een toekomstige wetwijziging moet tijdig aandacht zijn voor de implementatie daarvan en bij iedere afzonderlijke wetwijziging moet worden overwogen of overgangsrecht nodig is.	Wordt overgenomen.
57	Doe een ICT-uitvoeringstoets bij wijzigingen van de wet.	Wordt overgenomen.