de Rechtspraak

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
dr. R.H.A. Plasterk
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

Afdeling Strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

T (088) 36 10000
F (088) 36 10022
www.rechtspraak.nl

datum 15 november 2016
e-mail voorlichting@rechtspraak.nl
telefoonnummer 088-361 33 17
cc
- De Minister-President
- De Minister van Defensie
- De Minister van Veiligheid en Justitie

onderwerp Advies Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20..

Geachte heer Plasterk,

De Raad voor de rechtspraak (de "Raad") heeft kennisgenomen van het op 28 oktober 2016 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediende *voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten alsmede wijziging van enkele wetten (Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20..)*[1] (het "Wetsvoorstel"), het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State ("de Afdeling") d.d. 21 september 2016 en het Nader rapport[2], en de bij het Wetsvoorstel als bijlage toegevoegde externe adviezen[3], waaronder de adviezen van het College van de Rechten van de Mens ("advies CRM") en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten ("advies NJCM").

De Raad heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. Het is naar het eigen oordeel van de Rechtspraak evident dat dit Wetsvoorstel, vanwege de voorziene inbreuk op de grondrechten van individuen en de bijbehorende toetsing daarop (waaronder begrepen de vraag in hoeverre die toetsing door de rechter moet worden uitgevoerd), onder de reikwijdte van de wettelijke adviestaak van de Raad valt. De Raad is echter enkel formeel gevraagd te adviseren op de werklastgevolgen van het Wetsvoorstel en pas *na* de advisering door de Afdeling. De Raad benadrukt dat dit een zeer ongebruikelijke gang van zaken is. Hij ziet zich daarom genoodzaakt om door middel van deze brief op eigen initiatief inhoudelijk advies uit te brengen. De Raad verzoekt u dit advies zo spoedig mogelijk kenbaar te maken aan de Kamer en attendeert u op de omstandigheid dat de adviezen van de Raad in beginsel openbaar worden gemaakt. De Raad betreurt het dat hij door de korte termijn die nog beschikbaar is enkel op hoofdlijnen kan adviseren. Dit leidt er toe dat een reactie op het volledige voorstel niet mogelijk is. Dit advies zal daarom met name gericht zijn op de waarborgen tegen aantasting van fundamentele rechten en het toezicht daarop.

[1] TK, 34588, nrs. 2 en 3
[2] TK, 34588, nr. 4
[3] Bijlages 1 t/m 11 bij MvT. TK, 34588, nr. 3

Het Wetsvoorstel
Dit Wetsvoorstel zal de huidige Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten 2002 geheel vervangen. Uit de Memorie van Toelichting ("MvT")[4] blijkt dat middels het Wetsvoorstel wordt beoogd het juridisch instrumentarium van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten ("de diensten") uit te breiden en te moderniseren, dit om het hoofd te kunnen bieden aan technologische en maatschappelijke ontwikkelingen en het toenemende dreigingsbeeld. Daarnaast worden er verscheidene bestaande praktijken en bijbehorende waarborgen gecodificeerd. De beoogde modernisering van de bevoegdheden gaat gepaard met een inbreuk op grondrechten, waaronder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Om de grondrechtelijke waarborgen te versterken, wordt in het Wetsvoorstel getracht de wettelijke waarborgen voor de inzet van bevoegdheden nauwgezet vast te leggen en zijn er in het Wetsvoorstel onder andere aanzienlijke wijzigingen doorgevoerd op het gebied van toezicht.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.[5]

Advies

Waarborgen tegen aantasting van fundamentele rechten burgers
De Raad onderkent het grote belang van het voorliggende wetsvoorstel en is met de regering van oordeel dat de diensten[6] de democratische rechtsstaat beschermen en daarbij een bijdrage leveren aan het waarborgen van grondrechten van burgers. De zoektocht naar een balans tussen vrijheden van burgers en nationale veiligheid is ingewikkeld. De beperking van rechten van burgers lijkt onvermijdelijk één van de offers te zijn die gebracht moet worden in het kader van het veiligheidsbeleid.

Dat aan de totstandkoming van wetgeving, waarbij in een inbreuk op bestaande vrijheden van burgers is voorzien, een zorgvuldige belangenafweging ten grondslag moet liggen, mag duidelijk zijn. Dit betekent volgens de Raad ten eerste dat moet worden gezocht naar de minst belastende optie (subsidiariteit). Daarnaast dient aan de keuze, om fundamentele rechten te laten wijken voor het realiseren van het beoogde wetgevingsdoel, een gedegen en uitgebreide motivering ten grondslag te liggen voor de noodzaak tot deze inbreuk (proportionaliteit). Tevens zal het Wetsvoorstel moeten voorzien in voldoende compenserende waarborgen die misbruik voorkomen en dient helder te zijn wat de effectiviteit van de voorgestelde wetgeving is.

---

[4] MvT, pagina 6 en 7.
[5] De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.
[6] AIVD en MIVD.

Uit het Wetsvoorstel blijkt dat de regering onderkent dat de (bijzondere) bevoegdheden die aan de diensten worden toegekend en de wijze waarop deze bevoegdheden[7] vervolgens uitgeoefend worden op gespannen voet staan met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer[8].

Een inbreuk op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is onder strenge voorwaarden geoorloofd[9]. Het EHRM heeft de afgelopen jaren verscheidene arresten gewezen waarbij er eisen zijn gesteld aan de waarborgen die aanwezig moeten zijn als het gaat om een inbreuk op een fundamenteel recht. Een onnodige beperking van fundamentele rechten van burgers dient immers te allen tijde te worden voorkomen respectievelijk zo beperkt mogelijk gehouden te worden.

Met de Afdeling is de Raad van mening dat het Wetsvoorstel een aanzienlijk aantal essentiële waarborgen bevat en dat in belangrijke mate voldaan wordt aan de eisen die het EHRM stelt. De Raad acht de MvT op dit punt voldoende uitvoerig.

Toezicht en effectiviteit van het toezicht

Instelling TIB
In de MvT[10] is aangegeven dat o.a. de adviezen van het CRM en het NJCM[11] zijn gevolgd met betrekking tot de vraag hoe de toestemming van de minister tot het gebruik van de bijzondere bevoegdheden, getoetst dient te worden en of het oordeel van de toetsingsinstantie bindend dient te zijn of niet. Dit betekent dat de, in het consultatiewetsvoorstel voorgestelde, heroverwegingsverplichting van de minister geen doorgang zal vinden.

De Raad is van mening dat, gelet op de aard van de aan de diensten ter beschikking staande bevoegdheden, voorzien moet worden in adequaat toezicht. Hierbij is de instelling van een onafhankelijke instantie van essentieel belang.[12] Deze onafhankelijke instantie heeft in het Wetsvoorstel de vorm gekregen van de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (de "TIB")[13]. De TIB staat geheel los van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (de "CTIVD") en is ingesteld om een rechtmatigheidstoets te verrichten op de door de minister gegeven toestemming tot inzet van bijzondere bevoegdheden[14]. Het oordeel van de TIB is bindend.

Alhoewel de Raad van mening is dat de instelling van de TIB op zich een aanvaardbare constructie kan zijn, wijst hij erop dat voldoende waarborgen gecreëerd moeten worden opdat de TIB zijn verantwoordelijkheid ten aanzien van het toetsen van de bijzondere bevoegdheden ook kan waarmaken.

---

[7] Volgen van personen (artikel 40), doorzoeken van besloten plaatsen of afgesloten voorwerpen (artikel 42), DNA- onderzoek (artikel 43), openen van brieven (artikel 44), het binnendringen van computers (artikel 45) en het gericht en ongericht onderscheppen van telecommunicatie en andere vormen van gegevensoverdracht (artikelen 47 en 48).
[8] Artikel 8 EVRM, artikel 10 Grondwet en artikel 17 IVBPR.
[9] Bij wet voorzien, nauwkeurig genoeg en in het licht van een beoogd doel ook noodzakelijk.
[10] Versie van 28 oktober 2016.
[11] Paragraaf 3 advies CRM d.d.31 augustus 2015/ pagina 4 en 5 advies NJCM d.d. 31 augustus 2015.
[12] EHRM, 4 december 2015, 47143/06, § 249, 285.
[13] Artikel 32 Wetsvoorstel.
[14] Hiermee wordt gedoeld op zowel de Minister van Binnenlandse Zaken (AIVD) als op de Minister van Defensie (MIVD).

Bij een dergelijk grote inbreuk op de rechten en vrijheden van burgers zoals in dit Wetsvoorstel beoogd, is een stevige onafhankelijke toezichthouder vereist die op een effectieve wijze zijn taak kan vervullen. Voor een effectieve taakvervulling is noodzakelijk dat de leden van de TIB onafhankelijk zijn en dat gedurende hun benoemingstermijn ook blijven, dat de leden van de TIB over adequate informatie beschikken om hun toetsende rol te kunnen waarmaken en dat goed is afgewogen wat de verhouding is tussen de oordelen van de TIB en de verantwoordelijkheid van de minister.

Ministeriële verantwoordelijkheid
Het Wetsvoorstel gaat uit van een bindend oordeel van de TIB. In de MvT[15] geeft de regering aan dat de oordeelsvorming door de TIB met de ministeriële verantwoordelijkheid verenigd kan worden, maar argumenten voor deze stelling worden niet gegeven. De Raad vraagt zich, evenals de Afdeling, af of het bindend oordeel van de TIB en de ministeriële verantwoordelijkheid van de minister wel verenigbaar zijn. Er bestaat immers geen ministeriële verantwoordelijkheid als de minister geen bevoegdheid heeft. De Raad merkt op dat de TIB in de huidige opzet in elk geval niet beschikt over de kennis en het apparaat om deze bevoegdheid van de minister over te nemen. De regering geeft in het Nader rapport aan dat haar eerdere conclusie genuanceerd dient te worden en stelt dat de vraag of het bindend oordeel van de TIB leidt tot een inperking van de ministeriële verantwoordelijkheid voor discussie vatbaar is. De Raad is van mening dat de onderwerpelijke vraag een helder oordeel verdient. De Raad adviseert derhalve dringend om over voornoemde vraag duidelijkheid te scheppen in het Wetsvoorstel.

Samenstelling TIB
Het Wetsvoorstel[16] bepaalt dat de TIB uit drie (volwaardige) leden bestaat, waarvan twee leden[17] over minimaal 6 jaar ervaring binnen de rechterlijke macht beschikken. Het derde lid van de TIB beschikt bijvoorbeeld over technische deskundigheid en inzicht in veiligheidsrisico's.
De Raad is, evenals de Afdeling, van oordeel dat de TIB over voldoende kennis en ervaring moet beschikken om de rechtmatigheidstoets effectief te kunnen uitvoeren. Rond de TIB is echter nog veel onduidelijk. Zo is naar het oordeel van de Raad niet duidelijk of de TIB steeds als college beslist, dan wel of ook individuele leden van de TIB kunnen beslissen. Ook is niet duidelijk of er ook plaatsvervangende leden worden benoemd en welke eisen aan die leden worden gesteld. De Raad wijst op het belang om "inkapseling" van de leden van de TIB te voorkomen en acht het van belang dat wordt vastgesteld dat de leden niet kunnen worden herbenoemd. Ook is niet duidelijk wat de omvang van de werkzaamheden is. De Raad ziet graag dat een nadere toelichting wordt gegeven op de vormgeving en de bemensing van de TIB.

Toetsing door de TIB
In de visie van de Raad dient de TIB een sterke en onafhankelijke toetsingsinstantie te zijn, die voldoet aan de eisen van het EVRM. Zoals eerder in dit advies is aangegeven dient de TIB stevig genoeg te zijn om zijn verantwoordelijkheid te kunnen dragen. Dit betekent naar mening van de Raad ook dat de leden van de TIB ter zake deskundig zijn en inzicht hebben in wat de diensten kunnen en welke bevoegdheden zij hebben. Zij dienen de gevolgen van de uitvoeringspraktijk te kunnen overzien.

[15] MvT, pagina 257 en 258.
[16] Artikel 33.
[17] Waaronder de voorzitter.

Daarnaast zal effectief toezicht alleen uitgeoefend kunnen worden als de TIB ook over voldoende (eigen) bevoegdheden beschikt.

Het Wetsvoorstel schrijft voor dat de door de minister verleende toestemming aan de TIB ter beoordeling wordt voorgelegd[18]. Het Wetsvoorstel bepaalt dat de minister het aan de toestemming ten grondslag liggende verzoek om toestemming en diens besluit aan de TIB verstrekt. De TIB heeft geen rechtstreekse toegang tot de gegevens bij de AIVD en de MIVD. De regering acht dit niet nodig aangezien de TIB alleen op rechtmatigheid dient te toetsen[19].

Het komt de Raad voor dat hiermee op twee punten een effectieve vorm van toezicht onmogelijk wordt gemaakt. In de eerste plaats immers rijst de vraag hoe de TIB uit het verzoek en de toestemming kan afleiden of de bevoegdheid terecht wordt uitgeoefend en of de TIB op basis van de inlichtingen over de uitoefening van de bevoegdheid die op zijn verzoek door de minister worden verstrekt voldoende informatie kan krijgen om de bevoegdheidsuitoefening te beoordelen. Ten tweede rijst de vraag of de TIB beschikt over voldoende kennis en een adequaat apparaat om de toetsing ook effectief te kunnen uitvoeren. Wat dit laatste punt betreft vraagt de Raad zich af, waarom niet is overwogen de TIB als zelfstandige en onafhankelijke commissie te positioneren binnen de CTIVD.
De Raad plaatst hierom, net als de Afdeling, vraagtekens bij de effectiviteit van deze vorm van toezicht door de TIB. De MvT en het Nader rapport[20] overtuigen de Raad niet.

Voorafgaande rechterlijke toestemming
In sommige gevallen is voor de uitoefening van een bevoegdheid op basis van het Wetsvoorstel voorafgaande toestemming van de rechtbank Den Haag vereist[21]. Dit toestemmingsvereiste geldt als er advocaten en journalisten in het spel zijn aangezien hier ook de vrijheid van meningsuiting en het recht op een eerlijk proces als bedoeld in de artikelen 6 en 10 van het EVRM in het geding zijn.

In hoofdstuk 12 van de MvT is te lezen dat het Wetsvoorstel niet is aangepast naar aanleiding van reacties van respondenten voor wat betreft de reikwijdte van de bepalingen die alleen gelden voor advocaten en journalisten. Zo is o.a. door het CRM aandacht gevraagd voor de positie van andere verschoningsgerechtigden.
De Raad constateert dat afgezien is van opname van meerdere verschoningsgerechtigden omdat journalisten en advocaten ten aanzien van andere verschoningsgerechtigden, volgens de MvT, een belangrijke rol in de borging van belangrijke aspecten van de democratische rechtsstaat spelen. De Raad acht dit geen afdoende motivering en vraagt aandacht voor de positie van andere beroepsgroepen met een vertrouwensfunctie in relatie tot bepaalde grondrechten.
De voorgestelde beperking komt de Raad als tamelijk arbitrair voor; het is in het Wetsvoorstel niet duidelijk waarom deze grens is getrokken en waarom de genoemde argumenten de gemaakte keuze rechtvaardigen.

---

[18] Artikel 36, eerste lid.
[19] Pagina 71, MvT.
[20] Nader rapport d.d. 28 oktober 2016.
[21] Artikel 27, tweede lid; artikel 30, tweede en derde lid; artikel 66, derde lid. Op basis van artikel 44 is ook toestemming van de rechtbank Den haag vereist echter deze bepaling ziet niet specifiek op advocaten en journalisten.

Kennisdeling
Nu zowel de leden van de TIB als de rechtbank Den Haag (voor wat betreft advocaten en journalisten) eenzelfde soort toetsing moeten verrichten om de vraag te beantwoorden of de inzet van bijzondere bevoegdheden door de diensten rechtmatig is, ligt het volgens de Raad in de rede dat tussen beide periodiek kennis en ervaringen worden uitgewisseld. Hierbij zou ook de kennis van de CTIVD ingebracht kunnen worden om te borgen dat het benodigde inzicht in en overzicht van de gevolgen van de uitvoeringspraktijk en daarmee zicht op de noodzakelijkheid van de inzet van verschillende bevoegdheden wordt verkregen. De Raad sluit op dit punt aan bij de opmerkingen van de Afdeling[22].

Klachtbehandeling[23] en toezicht door de CTIVD
In het Wetsvoorstel is bepaald dat de klachtbehandeling zoals die nu is belegd bij de Nationale Ombudsman, overgaat naar de CTIVD. De betreffende bepaling geeft burgers de mogelijkheid om bij de CTIVD een klacht in te dienen over de werkwijze van de diensten. Hiertoe zal een aparte afdeling klachtbehandeling worden ingesteld. Ook het (doorlopende) toezicht op de diensten ligt in handen van de CTIVD. Dit betekent dat de CTIVD een dubbele rol heeft. In de MvT is aangegeven dat de afdeling klachtbehandeling en de afdeling toezicht strikt gescheiden zullen zijn.
Alhoewel in het Nader rapport, naar aanleiding van het advies van de Afdeling, is aangegeven dat de regering van mening is dat het onderbrengen van de klachtbehandeling bij de CTIVD niet schuurt met de al bestaande toezichtstaak van de CTIVD, is de Raad niet overtuigd van de wenselijkheid van deze keuze gelet op de schijn van partijdigheid die gewekt kan worden. De Raad refereert in dit kader dan ook aan het belang dat het maatschappelijk vertrouwen in de diensten behouden blijft. De Raad acht de voorgestelde constructie onwenselijk.

Bewaartermijn onderzoeksopdrachtgerichte interceptie
Met de Afdeling is de Raad van mening dat de voorgestelde bewaartermijn van gegevens uit een onderzoeksopdrachtgerichte interceptie van 3 jaar[24], vanuit privacy oogpunt, onwenselijk is. De MvT motiveert deze lange bewaartermijn met de stelling dat nooit op voorhand duidelijk is welke gegevens relevant zijn en dus op een later moment nog nuttig kunnen zijn. De Raad merkt op dat de bewaartermijn dient te voldoen aan het criterium “noodzaak” en niet aan het criterium “mogelijk nuttig”. De Raad kan zich wel voorstellen dat de gegevens op een later moment een andere betekenis kunnen krijgen, echter hij is niet overtuigd van het feit dat dit gedurende 3 jaar mogelijk gemaakt moet worden. Daarnaast is het de vraag of deze termijn houdbaar is in het licht van de *Digital Rights* uitspraak.[25]
Het Nader rapport gaat onvoldoende in op de kritiek van de Afdeling op dit punt. De vraag welke gegevens precies zo lang bewaard moeten worden en of er niet beter geselecteerd zou moeten worden zodat de omvang van de gegevens beperkt blijft[26], blijft onbeantwoord. Verduidelijking op dit punt is belangrijk, ook in het licht van het in de vorige paragraaf genoemde aspect van het maatschappelijk vertrouwen in de diensten.

---

[22] Advies Afdeling advisering van de Raad van State, d.d. 21 september 2016, pagina 16 e.v.
[23] Klachtregeling is gebaseerd op artikel 13 EVRM dat ziet op een effectief en daadwerkelijk rechtsmiddel.
[24] Artikel 48, vijfde lid.
[25] HvJEU, 8 april 2014, ECLI:EU:C:2014:238, C-293/12 en C-594-12.
[26] Hier bestaan zowel systemen als bepaalde werkwijzen voor.

Toepassing artikel 8:29 Awb
Op grond van artikel 87 van de huidige Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten beslist niet de rechter maar de betrokken minister of de CTIVD over geheimhouding van stukken in een rechterlijke procedure (beperkte kennisname)[27].
De Afdeling heeft in haar uitspraak van november 2011 beslist dat artikel 87, eerste lid, WIV buiten toepassing moet worden verklaard. Concreet betekent dit dat de rechter moet beslissen of een beperkte kennisname van stukken gerechtvaardigd is en dus dat artikel 8:29 Awb in volle omvang van toepassing is op bestuursrechtelijke procedures waar gegevens van inlichtingendiensten een rol spelen.
De jurisprudentie van de Afdeling is in het Wetsvoorstel gecodificeerd in artikel 137 en geldt niet alleen in die gevallen waar de minister zelf partij is bij een gerechtelijke procedure, maar ook in die gevallen waarbij besluiten van andere bestuursorganen centraal staan die (mede) gebaseerd zijn op door de diensten verstrekte gegevens. De Raad adviseert positief over deze wijziging.

Werklast
Het Wetsvoorstel leidt naar verwachting niet tot een substantiële toename van de werklast voor de gerechten. De Raad wil hierbij wel aandacht vragen voor de benodigde investeringen op het gebied van deskundigheid, onder andere om uitvoering te kunnen geven aan ‘kennisdeling’ zoals hiervoor in de gelijknamige paragraaf uiteengezet.

Conclusie
De Raad voor de rechtspraak onderkent het belang van het Wetsvoorstel maar hecht daarnaast aan de bescherming van de rechten en vrijheden van burgers. Het Wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm op een aantal bezwaren. De Raad verzoekt u tijdens de Kamerbehandeling rekenschap te geven aan de opmerkingen in dit advies.

Tot slot
Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. F.C. Bakker
Voorzitter Raad voor de rechtspraak

[27] In artikel 87 van de huidige WIV is bepaald dat artikel 8:29, derde tot en met het vijfde lid, Awb niet van toepassing is.