Commissie van Toezicht
op de Inlichtingen- en
Veiligheidsdiensten

De minister van Binnenlandse Zaken
en Koninkrijksrelaties
Mevrouw drs. K.H. Ollongren
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

Uw kenmerk

Ons kenmerk

Datum
03 september 2020

Betreft
Reactie concept-goedkeuringswet
'Conventie 108+'

Geachte mevrouw Ollongren,

De Commissie van Toezicht op de Inlichtingen-en Veiligheidsdiensten (hierna: CTIVD) heeft kennis genomen van het bij uw departement in behandeling zijnde concept-wetsvoorstel tot '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 geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (Verdrag nr. 223) (Trb. 2018, 201 en Trb. 2020,...)', hierna – in aansluiting op de naamgeving door de Raad van Europa - 'Conventie 108+' (of 'Conventie') genaamd.

De CTIVD heeft u per brief van 28 juli 2020 (kenmerk 2020/0085) laten weten met een nadere reactie op dit concept-wetsvoorstel te zullen komen. Deze brief is daarvan de invulling. Wanneer naar artikelen wordt verwezen, betreft het de artikelen van de geconsolideerde versie van Conventie 108+ zoals gepubliceerd door de Raad van Europa (www.coe.int/dataprotection).

Een belangrijke aanvulling van het gewijzigde verdrag ten opzichte van de huidige versie is dat gegevensverwerking binnen het domein van nationale veiligheid en defensie onder de werking van het verdrag is geplaatst. Zoals in de toelichting op Conventie 108+ wordt aangegeven, codificeert het verdrag aldus mede de rijke jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

De CTIVD signaleert meerdere implementatie-vraagstukken, die in ieder geval met zich meebrengen dat aanpassing van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv

Bezoekadres:
Oranjestraat 15 | 2514 JB Den Haag
T 070 315 58 20 | F 070 318 71 63

Postadres:
Oranjestraat 15 | 2514 JB Den Haag
E info@ctivd.nl | www.ctivd.nl

2017) noodzakelijk is. In het overgelegde concept-wetsvoorstel en de toelichting daarop komen deze vragen niet of slechts marginaal aan de orde.

Wij benoemen hier onze belangrijkste observaties:

1. Conventie 108+ is onverkort van toepassing op het nationale veiligheidsdomein. Dit impliceert dat zowel de Conventie als de Wiv 2017 op artikelniveau moeten worden nagelopen om na te gaan waar de Wiv 2017 wijziging of aanvulling behoeft. De motivering hiervoor vraagt eveneens een artikelsgewijze benadering. Ter illustratie kan verwezen worden naar artikel 10 van de Conventie dat op een meer concrete wijze dan nu voorzien in de Wiv 2017 verplichtingen voor dataverwerking formuleert.

2. De Conventie kent een conceptuele/holistische benadering wanneer wordt gesproken over 'national security and defense'. De Wiv 2017 richt zich primair op de regulering van de beide Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten, de Algemene Inlichtingen-en Veiligheidsdienst (hierna: AIVD) en de Militaire Inlichtingen-en Veiligheidsdienst (hierna: MIVD). Daarmee is de vraag aan de orde of dataverwerking in de context van nationale veiligheid en defensie, die niet onder de Wiv 2017 valt derhalve onder het algemene gegevensbeschermingsrecht valt of binnen het kader van de Wiv 2017 behoort te worden gebracht. In dit verband kan bijvoorbeeld gedacht worden aan gegevensverwerking door de NCTV. Beantwoording van deze vraag is tevens relevant in het licht van de artikelen 15 en 16 van Conventie 108+ (aanwijzing toezichthouder(s)).

3. Uitzonderingen en beperkingen op de rechten van burgers, maar ook waar het gaat om internationale gegevensuitwisseling en de inrichting/bevoegdheden van het toezicht zijn geregeld in artikel 11 van Conventie 108+ ('Exceptions and restrictions'). Uitzonderingen en beperkingen, die in het artikel nader benoemd en gelimiteerd worden, zijn uitsluitend geoorloofd wanneer deze in overeenstemming zijn met de in het artikel genoemde vereisten.

Voor de implementatie brengt dit tenminste met zich mee dat op het niveau van de specifieke uitzondering en beperking gemotiveerd moet worden aangegeven dat deze 'constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society'. Het betreft een in de jurisprudentie van het EHRM gekende toetsing die dus de bewijslast legt bij de Staat. De CTIVD benadrukt dat het hier niet om een vrijblijvende toets gaat, maar om een beoordeling die mede illustreert welke norm er ten aanzien van rechtsstatelijkheid wordt gehanteerd.

4. Ten aanzien van de geoorloofde uitzonderingen en beperkingen met betrekking tot de artikelen 5, 7, 8 en 9 wil de CTIVD zich in deze reactie beperken tot een verwijzing naar de eerste twee observaties. Het maatschappelijk debat rond onder meer bulkdatasets en geautomatiseerde data-analyse illustreert de noodzaak van een zorgvuldige afweging.

5. Conventie 108+ besteedt bij het formuleren van uitzonderingen en beperkingen bijzondere aandacht aan het toezicht in het kader van nationale veiligheid en defensie. Reden waarom de CTIVD in meer detail hierbij wil stilstaan.

Bezoekadres:
Oranjestraat 15 | 2514 JB Den Haag
T 070 315 58 20 | F 070 318 71 68

Postadres:
Oranjestraat 15 | 2514 JB Den Haag
E info@ctivd.nl | www.ctivd.nl

Uitsluitend ten aanzien van de artikelen 4, paragraaf 3, artikel 14, paragraaf 5 en 6 en artikel 15, paragraaf 2, sub a t/m d zijn uitzonderingen en beperkingen inzake het toezicht geoorloofd.

Daarvoor geldt dus in eerste instantie de genoemde noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets. In artikel 11, paragraaf 3, staat dit als volgt geformuleerd: 'only to the extent that it constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society to fulfill such aim'. Bovendien geldt voor uitzonderingen en beperkingen in artikel 11, paragraaf 3, als aanvullende eis dat deze nimmer de onafhankelijkheid en de effectiviteit van het toezicht kunnen raken: 'This is without prejudice to the requirement that processing activities for national security and defense purposes are subject to independent and effective review and supervision under the domestic legislation of the respective Party'. In de toelichting bij artikel 15 van Conventie 108+ komt dit vereiste als volgt terug: 'In so far as Article 11, paragraph 3, applies, other appropriate mechanisms for independent and effective review and supervision of processing activities for national security and defence purposes may be provided for by the Parties.' De Wiv 2017 voldoet thans niet aan dit vereiste aangezien – zoals in het volgende punt wordt besproken – effectief toezicht op belangrijke aspecten van gegevensverwerking ontbreekt.

6. Naar de opvatting van de CTIVD heeft dit in concreto onder meer de volgende implicatie: In artikel 15, lid 2, sub a is voorgeschreven dat het toezicht 'shall have powers of investigation and intervention'. Effectief toezicht vereist doorzettingsmacht (bindende oordelen) juist daar waar de impact op de in het geding zijnde fundamentele rechten het grootst is. Bij nationale veiligheid gaat het dan tenminste om de nadere verwerking/analyse van gegevens(sets), waaronder de toenemende importantie van bulkdatasets; dit is de kernactiviteit van (de Nederlandse) inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Deze gegevensverwerking is een continue dynamisch en complex proces. Bindende *ex ante* toetsing/toestemming in de Wiv 2017 bestrijkt slechts een beperkt deel van dat proces, namelijk de inzet van bepaalde bijzondere bevoegdheden, en heeft geen zicht op de verdere verwerking van de gegevens (waaronder bewaren, vernietigen en werking van analysetools en interne controlemechanismen). Bovendien vereist toezicht op gegevensverwerking andere vaardigheden en methoden, zoals systeemtoezicht, steekproeven en diepteonderzoeken, en grondige kennis van de operaties van de diensten. Doorzettingsmacht impliceert dat het toezicht de verwerking van gegevens kan beperken/beëindigen en kan besluiten dat gegevens vernietigd behoren te worden.

De CTIVD ziet niet hoe beargumenteerd kan worden dat in een rechtsstaat als Nederland het ontbreken van een dergelijke doorzettingsmacht kan worden ontleend aan 'constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society', zeker niet nu de Conventie expliciet aangeeft dat beslissingen van het toezicht onderworpen kunnen worden aan rechterlijke toetsing (artikel 15, paragraaf 9). Zoals bekend ontbreekt deze waarborg voor effectief toezicht in de Wiv 2017.

Bezoekadres:
Oranjestraat 15 | 2514 JB Den Haag
T 070 315 58 20 | F 070 318 71 68

Postadres:
Oranjestraat 15 | 2514 JB Den Haag
E info@ctivd.nl | www.ctivd.nl

7. Ten aanzien van de overige beschreven uitzonderings- en beperkingsgronden met betrekking tot het toezicht enige korte observaties:

- Artikel 4.3: De CTIVD veronderstelt dat niet wordt beoogd om beperkingen te formuleren ten aanzien van de bevoegdheden van het in de Conventie ingestelde 'Convention Committee' waar het betreft het domein van nationale veiligheid en defensie. De rol van het 'Convention Committee' is waardevol en draagt bij aan de versterking van de rechtsstatelijkheid.

- Artikel 14, paragraaf 5 en 6: De bevoegdheid omschreven in paragraaf 6 ('prohibit such transfers, suspend them or subject them to conditions') ontbreekt in de Wiv 2017. De CTIVD ziet ook hier geen argumenten voor het ontbreken van deze bevoegdheid. De Wiv 2017 voorziet reeds in de transparantie zoals beschreven in artikel 14, paragraaf 5.

- Artikel 15, lid 2, sub a, b, c en d: op lid 2 sub a is hiervoor reeds ingegaan. Ten aanzien van sub b, c, en d heeft de CTIVD een overeenkomstige opvatting. Alle genoemde bevoegdheden dragen bij aan een versterking van de rechtsstatelijkheid, zijn passend binnen de Nederlandse context maar nog onvoldoende daarbinnen gerealiseerd en uitzonderingen en beperkingen hierop zijn niet te onderbouwen op grond van het in artikel 11, paragraaf 3, van de Conventie geregelde stelsel van geoorloofde uitzonderingen en beperkingen.

8. De CTIVD heeft eerder het belang van internationale samenwerking tussen toezichthouders op inlichtingen- en veiligheidsdiensten benadrukt en onder de aandacht gebracht.[1] Hoofdstuk V ('Co-operation and mutual assistance') van Conventie 108+ gaat nader in op wat de vereisten zijn met betrekking tot samenwerking tussen toezichthouders op internationaal niveau. Een en ander dient in de Wiv 2017 te worden opgenomen.

De CTIVD realiseert zich dat bovenstaande observaties verder gaan dan de uitsluitende vraag of Nederland Conventie 108+ moet ratificeren. De CTIVD acht ratificatie van groot belang. Juist waar het gaat om de nationale veiligheid zijn de aanpassingen op de bestaande Conventie 108 vanuit rechtsstatelijk perspectief een zeer belangrijke toevoeging.

---

[1] De CTIVD heeft het bestaande 'toezichtshiaat' in het geval van samenwerking en gegevensuitwisseling in multilateraal verband tussen inlichtingen- en veiligheidsdiensten tezamen met vier Europese toezichthouders geadresseerd in een gezamenlijk statement: Joint Statement: Strengthening Intelligence Oversight Cooperation, 4 november 2018, te raadplegen via https://english.ctivd.nl/documents/publications/2018/11/14/index); Beleidsreactie van de ministers van BZK en Defensie, *Kamerstukken II* 2018/19, 34 588, nr. 82.

Bezoekadres:
Oranjestraat 15 | 2514 JB Den Haag
T 070 315 58 20 | F 070 318 71 68

Postadres:
Oranjestraat 15 | 2514 JB Den Haag
E info@ctivd.nl | www.ctivd.nl

In de memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel wordt gesteld dat de huidige Nederlandse wetgeving ten aanzien van de nationale veiligheid en defensie – in het bijzonder de Wiv 2017 – geheel in lijn is met de beperkingensystematiek van Conventie 108+. Uit de gemaakte observaties blijkt dat dit niet het geval is. Er zijn belangrijke tekortkomingen die aanpassing van het bestaande wetgevingskader vereisen.

De CTIVD is gaarne bereid een nadere toelichting dan wel verdieping van de materie te geven.

Een afschrift van deze brief is gestuurd aan uw ambtsgenoot van Defensie.

Hoogachtend

Voorzitter CTIVD

Secretaris CTIVD

Bezoekadres:
Oranjestraat 15 | 2514 JB Den Haag
T 070 315 58 20 | F 070 318 71 68

Postadres:
Oranjestraat 15 | 2514 JB Den Haag
E info@ctivd.nl | www.ctivd.nl