

Advies

Naar een duurzaam en effectief stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten

Auteurs	prof. dr. P.P.T. (Paul) Bovend'Eert , hoogleraar Staatsrecht Radboud Universiteit, prof. dr. R.A. (Rick) Lawson , hoogleraar Europees recht Universiteit leiden, en prof. dr. H.B. (Heinrich) Winter , hoogleraar Bestuurskunde Rijksuniversiteit Groningen
Ondersteuning Opdrachtgever	mr. C.M. (Chantal) Ridderbos-Hovingh, Pro Facto Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving
Datum	21 januari 2022
Status	DEFINITIEF

Inhoud

1	Inleiding	1
2	Samenvatting	3
3	Europese jurisprudentie	7
	3.1 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten: terugblik	8
	3.1.1 <i>Klass t. Duitsland</i> (1978)	8
	3.1.2 <i>Leander t. Zweden</i> (1987)	10
	3.1.3 <i>Kruslin t. Frankrijk</i> (1990)	11
	3.1.4 <i>Weber en Saravia t. Duitsland</i> (2006)	11
	3.1.5 <i>Szabó en Vissy t. Hongarije</i> (2016)	12
	3.2 De twee arresten van 2021	13
	3.2.1 <i>Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk</i> (2021)	13
	3.2.2 <i>Centrum för rättvisa t. Zweden</i> (2021)	14
	3.2.3 De Nederlandse interventie	14
	3.2.4 <i>Big Brother Watch</i> en <i>Centrum för rättvisa</i> op hoofdlijnen	15
	3.3 Samenvattend: Europese eisen aan toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten	18
	3.3.1 Vooraf: de eis van <i>ex ante</i> toestemming	18
	3.3.2 Tijdens: de eis van <i>ex durante</i> toezicht	20
	3.3.3 Achteraf (1): <i>ex post</i> beoordeling	20
	3.3.4 Achteraf (2): de behandeling van klachten	21
	3.3.5 Parlementair toezicht	22
4	Toezicht en toetsing <i>ex ante</i> (TIB)	24
	4.1 De regeling in de Wiv 2017	24
	4.2 De evaluatie van de Wiv 2017	26
	4.3 Advies van de commissie: handhaving en verdere versterking van het stelsel van toezicht vooraf op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten	27
5	Toezicht <i>ex durante</i> en <i>ex post</i> (CTIVD)	35
	5.1 Bevoegdheden en inrichting van de CTIVD	35
	5.1.1 Taakopdracht en bevoegdheden	35
	5.1.2 Inrichting van de CTIVD	36
	5.1.3 Kernvragen	37

5.2	Intermezzo: toezicht en toezichthouders en hun verhouding tot de minister	37
5.2.1	Het begrip <i>toezicht</i>	37
5.2.2	Interventiebevoegdheden	38
5.2.3	Onafhankelijkheid	38
5.3	Onafhankelijkheid van de CTIVD	38
5.3.1	Huidige waarborgen voor onafhankelijkheid	39
5.3.2	Zelfstandig bestuursorgaan	39
5.4	Bevoegdheden van de CTIVD	40
5.4.1	Toeziht <i>ex durante</i>	40
5.4.2	Een schorsingsbevoegdheid voor de CTIVD	43
5.4.3	Toeziht <i>ex post</i>	44
5.4.4	Versterken ministeriële verantwoordelijkheid	44
Bijlage 1:	Bronnenlijst	i

1 Inleiding

Op 20 januari 2021 heeft de Evaluatiecommissie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv 2017) een evaluatierapport uitgebracht over de werking van de Wiv 2017 in de afgelopen twee jaar.¹ Het demissionaire kabinet-Rutte heeft op 5 maart 2021 een kabinetsreactie op het rapport naar de Tweede Kamer gezonden.²

Op 25 mei 2021 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) twee arresten gewezen waarin het Hof nader ingaat op de vraag welke eisen voortvloeien uit artikel 8 EVRM ten aanzien van specifieke bevoegdheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten en het stelsel van toezicht op deze diensten.³

Bij brief van 5 juli 2021 hebben de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en van Defensie de Tweede Kamer op de hoogte gesteld van vervolgstappen in de aanloop naar een wetsvoorstel tot wijziging van de Wiv 2017.⁴ Daarbij is een nadere analyse van de aanbevelingen van de Evaluatiecommissie aangekondigd, waarbij onder andere de recente jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en de inwerking-treding van Conventie 108+⁵ betrokken zou worden.⁶

Van de zijde van het ministerie van BZK, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving is een analyse gemaakt van de recente Europese jurisprudentie, de totstandkoming van Conventie 108+ en de gevolgen voor de huidige Wiv 2017 en het toekomstige wetsvoorstel.⁷

In het kader van de te nemen vervolgstappen heeft de minister van BZK daarnaast besloten om een onderzoekopdracht te verlenen aan een drietal onafhankelijke deskundigen op het terrein van het staatsrecht, de grondrechten en het toezicht. De opdracht is uitgevoerd door prof. dr. P.P.T. (Paul) Bovend'Eert, hoogleraar Staatsrecht Radboud Universiteit, prof. dr. R.A. (Rick) Lawson, hoogleraar Europees recht Universiteit Leiden, en prof. dr. H.B. (Heinrich)

¹ Evaluatiecommissie Wiv 2017.

² *Kamerstukken II 2020/21*, 34588, nr. 89.

³ EHRM 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a. t. VK*); EHRM 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208 (*Centrum för rättvisa t. Zweden*). Uitspraken hierna aangehaald als: *Big Brother Watch e.a. t. VK* en *Centrum för rättvisa t. Zweden*. Alle aangehaalde Straatsburgse jurisprudentie is te vinden m.b.v. de HUDOC-zoekmachine van het Hof, op www.echr.coe.int.

⁴ *Kamerstukken II 2020/21*, 34588, nr. 90.

⁵ Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data (Council of Europe 2018).

⁶ Zie ook het commissiedebat op 8 juni 2021 in de Eerste Kamer.

⁷ Ministerie van BZK 2021.

Winter, hoogleraar Bestuurskunde Rijksuniversiteit Groningen. Zij nemen gezamenlijk verantwoordelijkheid voor het navolgende advies. Gemakshalve worden hun analyses en conclusies hierna aangeduid als analyses en conclusies van *'de commissie.'*

Aan de commissie is de opdracht verstrekt om 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.

De commissie heeft deze onderzoeksopdracht in dit advies als volgt uitgevoerd.

Na een samenvatting (hoofdstuk 2) geeft de commissie allereerst in hoofdstuk 3 een overzicht en analyse van relevante jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) voor de inrichting van het stelsel van toezicht op inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Daarbij heeft de commissie ervoor gekozen om niet slechts te volstaan met een bespreking van twee recente arresten van het EHRM van 25 mei 2021, maar juist een stap terug te zetten en een meer algemeen beeld te schetsen van de jurisprudentie ten einde de noodzakelijke keuzes beter te onderbouwen met argumenten uit eerdere uitspraken van het EHRM. Deze analyse legt de basis voor de verdere bespreking van het stelsel van toezicht en toetsing ten aanzien van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

De commissie heeft vervolgens, voortbouwend op de bestaande regeling van toezicht en toetsing in de Wiv 2017, en mede gelet op de uitkomsten van de evaluatie, bekeken hoe in het licht van de jurisprudentie van het EHRM het stelsel van toezicht en toetsing ten aanzien van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten verder versterkt kan worden. Binnen dat kader behandelt de commissie in hoofdstuk 4 eerst het stelsel van toezicht vooraf door de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB) en vervolgens in het vierde en laatste hoofdstuk het toezicht op het handelen van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten tijdens de uitoefening van bevoegdheden en achteraf door de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten (CTIVD).

Op een aantal onderdelen is wijziging van de wettelijke regeling ten aanzien van de TIB en de CTIVD naar het oordeel van de commissie nodig om een duurzaam en effectief stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten te realiseren.

2 Samenvatting

De opzet van het stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten kenmerkt zich door de volgende drieslag:

1. toetsing vooraf door de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB);
2. toetsing tijdens de uitoefening van bevoegdheden en toetsing achteraf door de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten (CTIVD), afdeling toezicht; en
3. klachtbehandeling achteraf door de CTIVD, afdeling klachtbehandeling.

De commissie heeft in dit advies haar aandacht met name gericht op de eerstgenoemde twee aspecten van het toezicht. Zij stelt vast dat de Europese jurisprudentie in het algemeen niet dwingt tot rigoureuze aanpassingen van het bestaande stelsel van toezicht. De huidige inrichting van het stelsel van toezicht voldoet in het algemeen aan de vereisten in de rechtspraak van het EHRM. Wel zijn aanpassingen op enkele kleinere onderdelen noodzakelijk.

De commissie heeft daarnaast gekeken naar keuzemogelijkheden die de jurisprudentie laat voor de inrichting van een duurzaam stelsel van toezicht. Gelet op de uitkomsten van de Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) kan worden geconstateerd dat het stelsel van toezicht de afgelopen jaren in het algemeen goed gefunctioneerd heeft. Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand de bestaande opzet van het toezicht door enerzijds de TIB en anderzijds de CTIVD te handhaven. Het lijkt de commissie niet verstandig om het stelsel van toezicht, dat sinds de instelling ervan enkele jaren geleden naar behoren functioneert, opnieuw op de schop te nemen. De jurisprudentie van het EHRM levert bovendien geen enkele indicatie dat een andere opzet, zoals bijvoorbeeld een samenvoeging van beide instanties, noodzakelijk of gewenst is. De commissie overweegt hierbij dat de bestaande opzet juist het voordeel heeft dat niet dezelfde instantie vooraf, tijdens, en achteraf toezicht houdt.

De commissie heeft in dit advies derhalve in het bijzonder aandacht besteed aan de vraag op welke wijze het bestaande toezicht door de TIB en door de CTIVD in het licht van de Europese jurisprudentie versterkt kan worden. De ontwikkeling van deze jurisprudentie laat zien dat het EHRM tegenwoordig strengere eisen stelt aan de inrichting van een stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. In dit advies worden enkele voorstellen gedaan om het Nederlandse stelsel van toezicht in het licht van deze jurisprudentie duurzaam te versterken.

Europese jurisprudentie

De Straatsburgse jurisprudentie over het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten gaat al ruim veertig jaar terug. Van meet af aan heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) onderkend dat de democratische staat wordt geconfronteerd met reële dreigingen van spionage en terrorisme, en zich daartegen moet kunnen verweren. Het is dan ook begrijpelijk dat vérgaande surveillance-bevoegdheden worden toegekend aan inlichtingen- en veiligheidsdiensten, ook indien de uitoefening van die bevoegdheden inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de burgers. Tegelijkertijd heeft het EHRM er altijd op gewezen dat heimelijke surveillancetechnieken eenvoudig kunnen worden misbruikt. Het is dan ook cruciaal dat nationale stelsels voorzien in adequate en effectieve waarborgen tegen misbruik. Deze waarborgen moeten *'meegroeien'* naarmate de technologie zich ontwikkelt en nieuwe vormen van surveillance mogelijk maakt.

De aandacht van het Hof richt zich enerzijds op de wettelijk basis van surveillance-maatregelen. De wet moet duidelijk bepalen in welke gevallen surveillance-maatregelen kunnen worden toegepast, welke procedures daarvoor gelden, en hoe het verkregen materiaal wordt behandeld. In de loop van de tijd heeft het Hof deze eisen verder uitgebreid en verfijnd.

Anderzijds kijkt het Hof naar het toezicht op de wijze waarop de bevoegdheden in de praktijk worden ingezet. Daarbij worden drie fases onderscheiden: wanneer een machtiging voor de surveillance wordt afgegeven, terwijl een operatie loopt en na afloop. In zijn meest recente uitspraken heeft het Hof de eis geformuleerd van *'end-to-end safeguards'* – adequate en effectieve waarborgen van begin tot einde.

Intercepties mogen alleen worden uitgevoerd na verkregen toestemming door een van de uitvoerende macht onafhankelijke instantie. Het Hof heeft consequent benadrukt dat toetsing door de rechter de voorkeur verdient. Een rechterlijke procedure biedt immers de beste garantie voor onafhankelijkheid, onpartijdigheid en een zorgvuldige procedure. De toetsende instantie moet haar beslissing over de rechtmatigheid, noodzaak en evenredigheid van de voorgenomen interceptie nemen op basis van toereikende informatie.

Nadat *ex ante* toestemming is verleend, moet een onafhankelijke autoriteit toezicht uitoefenen op de feitelijke uitvoering van intercepties. Gedurende elke fase van dit proces moet sprake zijn van *'sufficiently robust supervision'* waarbij de toezichthouder de noodzaak en de evenredigheid van de actie beoordeelt.

Tot slot moeten burgers de mogelijkheid hebben om te klagen over (beweerde) intercepties. Het orgaan dat de klacht behandelt, hoeft geen rechterlijke instantie te zijn, maar dient wel onafhankelijk van de uitvoerende macht te zijn en een eerlijke behandeling van de zaak te garanderen. Voor zover mogelijk moeten de beginselen van hoor en wederhoor worden gevolgd. Het orgaan moet bindende en gemotiveerde uitspraken doen en bevoegd zijn een beëindiging van onrechtmatige intercepties en de vernietiging van onrechtmatig verkregen en/of opgeslagen materiaal te gelasten.

Een onafhankelijk Rechtscollege Toetsing inzet bevoegdheden (RTIB)

De activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten hebben in veel gevallen tot gevolg dat de overheid buiten medeweten van burgers inbreuk maakt op hun grondrechten. De burger heeft doorgaans niet de mogelijkheid om tegen dit (geheime) overheidsingrijpen bij de rechter op te komen. In een democratische rechtsstaat is dit principiële onaanvaardbaar. Dit tekort in rechtsbescherming kan voor een belangrijk deel worden weggenomen door een

onafhankelijke rechterlijke instantie in te schakelen die vooraf de rechtmatigheid van deze grondrechtenbeperkingen beoordeelt.

In aansluiting op het standpunt van de regering bij de totstandkoming van de Wiv 2017 en in lijn met de jurisprudentie van het EHRM is het wenselijk om de juridische status van de TIB, die thans belast is met dit toezicht vooraf, te versterken door haar de status van een rechterlijke instantie toe te kennen en daaraan de voor deze instantie noodzakelijke waarborgen van onafhankelijkheid te koppelen naar Nederlands recht en internationaal/Europees recht.

De huidige wettelijke regeling van de Wiv 2017 bevat een aantal tekortkomingen die in combinatie ertoe leiden dat zowel de rechtspositionele onafhankelijkheid als de functionele onafhankelijkheid van de TIB onvoldoende gewaarborgd is.

Bij de omvorming en versterking van de TIB tot een rechterlijke instantie dient een robuuste regeling van rechterlijke onafhankelijkheid in de Wiv 2017 opgenomen te worden die voldoet aan vereisten van rechterlijke onafhankelijkheid naar Nederlands recht en – analoog – aan onafhankelijkheidseisen in het Internationaal/Europees recht.

Het heeft de voorkeur om het rechterlijk toezicht vooraf niet onder te brengen bij de gewone rechterlijke macht (rechtbank), maar de omvorming van de TIB tot *Rechtscollege Toetsing Inzet Bevoegdheden* (RTIB) in de Wiv te verankeren als een bijzonder bestuursrechtelijk rechtscollege, bestaande uit rechters met een specifieke expertise, vertrouwd met de praktijk van de inlichtingendiensten.

Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat de (R)TIB bij het verlenen van autorisatie (machtiging) vooraf betreffende inzet van bevoegdheden van inlichtingendiensten zich niet hoeft te beperken tot verwerving van gegevens, maar ook de wijze van verwerking van gegevens daarin kan betrekken. Over de reikwijdte van de bevoegdheden bestaat op enkele punten verschil van inzicht. Deze geschilpunten dienen bij de herziening van de Wiv 2017 in samenspraak met betrokkenen te worden opgelost.

De evaluatiecommissie Wiv 2017 heeft een voorstel gedaan voor een beroepsmogelijkheid tegen beslissingen van de TIB bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De commissie wijst de introductie van een procedure in twee instanties (machtiging (R)TIB en vol beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak) af. Zij is niet effectief en niet nodig. Wel het overwegen waard is een aanvullende voorziening, inhoudende een prejudiciële procedure, waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak uitsluitend een vraag over de uitleg van wettelijke regels (niet de toepassingspraktijk) bindend beantwoordt.

Toezicht door de CTIVD

De CTIVD is belast met het toezicht op de rechtmatigheid van de uitvoering van hetgeen bij of krachtens de Wiv 2017 en de Wet veiligheidsonderzoeken is gesteld. Daartoe heeft de commissie, die bestaat uit de afdeling toezicht en de afdeling klachtbehandeling, drie taken: toezicht tijdens operaties van de diensten, toezicht na afloop van die operaties en het behandelen van klachten. De klachtbehandeling door de afdeling klachtbehandeling, die strikt gescheiden is – ook in personele zin – van de afdeling toezicht, eindigt in juridisch bindende oordelen. De CTIVD is bekleed met onderzoeksbevoegdheden voor het uitoefenen van toezicht op de diensten, maar beschikt niet over juridisch bindende interventiemogelijkheden.

In de rechtspraak van het EHRM is onafhankelijkheid van de toezichthouder een belangrijke eis. Met de evaluatiecommissie is de commissie van oordeel dat in de huidige inrichting van de CTIVD verbetering mogelijk is op het punt van onafhankelijkheid. Met dat oog adviseert de commissie de CTIVD in te richten als zelfstandig bestuursorgaan, op afstand van de ministers, waardoor institutionele en functionele onafhankelijkheid worden gewaarborgd.

De lijn van de rechtspraak van het EHRM is dat het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van *'end-to-end'* *'sufficiently robust'* moet zijn. Op dit moment beschikt de CTIVD niet over de bevoegdheid juridisch bindende oordelen te geven. Op enkele dossiers in het verleden was sprake van een patstelling tussen de CTIVD en de diensten en de minister, waar de minister de oordelen van de CTIVD naast zich neerlegde. Ten behoeve van een duurzaam en effectief stelsel van toezicht beveelt de commissie aan de CTIVD voor het toezicht tijdens de operaties, de beschikking te geven over de bevoegdheid lopende handelingen van de diensten te schorsen. De minister krijgt in zo'n geval de mogelijkheid een nieuw besluit te nemen over de door de diensten beoogde inzet en dat ter autorisatie aan de (R)TIB voor te leggen. Verleent de (R)TIB geen autorisatie, dan kan de minister via de (R)TIB bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State prejudiciële vragen voorleggen indien bij het verschil van inzicht met de (R)TIB (en de CTIVD) de uitleg van de wet een rol speelt. Neemt de minister geen nieuw besluit dat aan de (R)TIB wordt voorgelegd of doet hij dat wel en de (R)TIB verleent geen autorisatie, dan leidt de schorsing na ommekomst van een bepaalde termijn van rechtswege tot de vernietiging van de verzamelde gegevens en het definitief stopzetten van de operatie.

De commissie beveelt aan – mede tegen de achtergrond van de strengere lijn in de rechtspraak van het EHRM – de ministeriele verantwoordelijkheid te versterken. De commissie pleit ervoor in plaats van de Commissie voor Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, een van de vaste Kamercommissies (Binnenlandse Zaken en Defensie) te belasten met de controle op de vertrouwelijke werkzaamheden van de diensten. Fractiespecialisten in deze commissies beschikken over relevante kennis en ervaring en hebben meer tijd beschikbaar voor deze werkzaamheden. Op basis van een op te stellen reglement voert een deel van deze fractiespecialisten de parlementaire controle op het werk van de diensten uit, wanneer dat niet in de openbaarheid plaats kan vinden. De algemene regel blijft dat de parlementaire controle zoveel mogelijk openbaar is.

3 Europese jurisprudentie

In dit hoofdstuk staan wij stil bij de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of het Hof) met betrekking tot het functioneren van inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Centraal staat de vraag welke eisen het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM) stelt aan de inrichting van het toezicht op deze diensten en de toetsing van hun optreden. Deze vraag heeft aan relevantie gewonnen doordat het Hof in mei 2021 uitspraak deed in twee zaken die alom als richtinggevend werden aangemerkt: *Big Brother Watch* en *Centrum för rättvisa*. Beide zaken – die al uitvoerig zijn geanalyseerd in de notitie van het Ministerie van BZK – worden kort geïntroduceerd in paragraaf 3.2. Daarna worden in paragraaf 3.3 de eisen samengevat die de Straatsburgse jurisprudentie stelt aan de inrichting van het toezicht.

Uitspraken van het Hof zijn bindend (artikel 46 EVRM) en de uitleg die het Hof geeft aan de bepalingen van het Verdrag zijn dan ook leidend voor de Verdragspartijen, in die zin dat het Hof het gemeenschappelijke minimumniveau van rechtsbescherming vaststelt. Het staat de Verdragspartijen altijd vrij om een hoger beschermingsniveau te bieden (artikel 53 EVRM).

Maar de uitspraken van het Hof komen tot stand in concrete zaken, die, ook als ze algemene richtsnoeren bevatten, hun lading mede ontleenen aan de specifieke argumenten die partijen aandragen. In *Big Brother Watch* vroegen de klagers aandacht voor de specifieke positie van journalisten, in *Centrum för rättvisa* niet. Daarnaast is het onvermijdelijk dat het oordeel van het Hof zowel naar tijd als naar plaats wordt ingekleurd – het Hof zal immers tot een oordeel komen in reactie op maatschappelijke en technologische ontwikkelingen enerzijds, en het juridische kader van de betrokken staten anderzijds. Als het Hof bijvoorbeeld constateert dat in het VK een adequate wettelijke regeling ontbrak, is de betekenis daarvan voor andere landen relatief beperkt. *Big Brother Watch* en *Centrum för rättvisa* zijn in wezen oude zaken: de eerste is in 2013 aanhangig gemaakt, de tweede zelfs in 2008. In de tussentijd hebben zich uiteraard allerlei veranderingen voorgedaan.

Wil men uit de Straatsburgse jurisprudentie een bruikbaar kader destilleren voor een ‘duurzame’ inrichting van het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, dan is het nuttig om niet alleen te kijken naar de twee meest recente uitspraken. Een beter zicht op de ontwikkeling van de jurisprudentie en de beginselen die daar steeds weer in terugkeren, kan bijdragen aan de zoektocht naar een solide handvat. Daarom biedt paragraaf 3.1 een kort

overzicht van de Straatsburgse rechtspraak die vooraf ging aan *Big Brother Watch* en *Centrum för rättvisa*.

3.1 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten: terugblik

In deze paragraaf kijken we terug naar de jurisprudentie van het Hof in de periode van 1978 tot 2021.

3.1.1 *Klass t. Duitsland (1978)*

De Straatsburgse jurisprudentie over het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten gaat al ruim veertig jaar terug. De basis voor de huidige jurisprudentie werd gelegd in de zaak *Klass t. Duitsland (1978)*. Hierin oordeelde het Hof over de Duitse *G 10-wet*, die het, met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid, onder meer mogelijk maakte post te openen of telefoongesprekken af te tappen. De klagers konden niet aantonen dat dergelijke maatregelen daadwerkelijk op hen waren toegepast, maar zij meenden dat het enkele bestaan van de wet al inbreuk maakte op het recht op eerbiediging van het privéleven en correspondentie (artikel 8 EVRM). Dat gold a fortiori voor de mogelijke toepassing van de wet in concrete gevallen. Het Hof was dat met de klagers eens.

De vraag was of deze inbreuk gerechtvaardigd kon worden. Dat is, op grond van de tekst van artikel 8, tweede lid EVRM, het geval indien aan drie eisen is voldaan: de inbreuk is (a) bij wet voorzien, dient (b) een van de in lid 2 genoemde doelen, en is (c) noodzakelijk in een democratische samenleving om dat doel te bereiken. De eerste twee voorwaarden leverden geen problemen op: de *G 10-wet* vormde de vereiste basis; de nationale veiligheid was het voor de hand liggende doel. De aandacht richtte zich op het noodzakelijkheidsvereiste. Als algemeen vertrekpunt overwoog het Hof dat

*‘powers of secret surveillance of citizens, characterising as they do the police state, are tolerable under the Convention only in so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions’.*⁸

Niettemin aanvaardde het Hof dat een dergelijke surveillance noodzakelijk kan zijn: de democratische staat wordt immers geconfronteerd met reële dreigingen van spionage en terrorisme, en moet zich daar tegen kunnen verweren. De staat geniet daarbij een zekere handelingsvrijheid. Maar die vrijheid is aan grenzen gebonden:

*‘The Court, being aware of the danger such a law poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, affirms that the Contracting States may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate’.*⁹

Grootste zorg van de klagers was dat de mogelijkheid van misbruik van de ruime bevoegdheden waarin de *G 10-wet* voorzag. In reactie daarop overwoog het Hof:

⁸ EHRM 6 september 1978, no. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), par. 42 (hierna: *Klass e.a. t. Duitsland*).

⁹ *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 49.

*‘while the possibility of improper action by a dishonest, negligent or over-zealous official can never be completely ruled out whatever the system, the considerations that matter for the purposes of the Court’s present review are the likelihood of such action and the safeguards provided to protect against it’.*¹⁰

De aandacht richtte zich dan ook op de aanwezigheid van waarborgen tegen misbruik:

*‘The Court must be satisfied that, whatever system of surveillance is adopted, there exist adequate and effective guarantees against abuse. This assessment has only a relative character: it depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering such measures, the authorities competent to permit, carry out and supervise such measures, and the kind of remedy provided by the national law’.*¹¹

Het Hof ging allereerst na in welke gevallen een surveillance maatregel kan worden toegepast. Zo moest er onder meer sprake zijn van feitelijke aanwijzingen dat een verdachte persoon ernstige strafbare feiten voorbereidde of had gepleegd; alternatieve methoden zouden geen soelaas bieden en alleen de verdachte persoon en zijn contacten mochten aan surveillance worden onderworpen – *‘consequently, so-called exploratory or general surveillance is not permitted by the contested legislation’.*¹²

Vervolgens ging het Hof ging nauwgezet na wie bevoegd was opdracht te geven om de betreffende maatregelen te nemen, welke grenzen aan de duur waren gesteld en hoe het verkregen materiaal werd behandeld. Daarbij werd ook belang toegekend aan de centrale rol van *‘officials qualified to exercise judicial office’.*¹³ Deze ambtenaren, die binnen de diensten waren aangesteld, moesten in eerste instantie controleren of de eisen waren nageleefd en besluiten of de verkregen informatie kon worden doorgegeven aan de bevoegde instanties dan wel moest worden vernietigd.

Daarna stond het Hof uitvoerig stil bij het toezicht op de wijze waarop de bevoegdheden in de praktijk werden ingezet. Daarin onderscheidde het drie fases:

‘Review of surveillance may intervene at three stages: when the surveillance is first ordered, while it is being carried out, or after it has been terminated. As regards the first two stages, the very nature and logic of secret surveillance dictate that not only the surveillance itself but also the accompanying review should be effected without the individual’s knowledge. Consequently, since the individual will necessarily be prevented from seeking an effective remedy of his own accord or from taking a direct part in any review proceedings, it is essential that the procedures established should themselves provide adequate and equivalent guarantees safeguarding the individual’s rights. In addition, the values of a democratic society must be followed as faithfully as possible in the supervisory procedures if the bounds of necessity, within the meaning of Article 8 para. 2, are not to be exceeded’.

Het Duitse systeem voorzag in een parlementaire commissie en een speciale *G 10 commissie*. Deze laatste commissie, met onafhankelijke leden die door het parlement waren benoemd,

¹⁰ *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 59.

¹¹ *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 50.

¹² *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 51.

¹³ *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 52.

kon (ambtshalve of naar aanleiding van een klacht) oordelen over zowel de rechtmatigheid als de noodzakelijkheid van een surveillance maatregel. Dat oordeel was bindend. Niettemin meenden de klagers dat een dergelijk toezicht door de rechter moest worden uitgevoerd. Dat was het Hof in beginsel met de klagers eens:

*‘One of the fundamental principles of a democratic society is the rule of law, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention (...). The rule of law implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure’.*¹⁴

Dat laatste geldt eens te meer *‘in a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole’*: het is wenselijk om toezicht toe te vertrouwen aan de rechter. Tegelijk constateerde het Hof dat het in de praktijk lastig is om rechterlijk toezicht inhoud te geven: vaak zullen overwegingen van staatsveiligheid zich ertegen verzetten dat een persoon ervan op de hoogte wordt gesteld dat hij het voorwerp is geweest van surveillance maatregelen.¹⁵

Al met al aanvaardde het Hof met enige tegenzin¹⁶ dat een compromis moet worden gevonden tussen de noodzaak om de democratische rechtsstaat te beschermen en de rechten van het individu te eerbiedigen. Tegen die achtergrond oordeelde het Hof dat het Duitse stelsel voldoende waarborgen bevatte om het gebrek aan rechterlijk toezicht te compenseren. Het constateerde, unaniem, dat zich geen schending van artikel 8 EVRM had voorgedaan en, opnieuw unaniem, evenmin van het recht op een *effective remedy* (artikel 13 EVRM).

3.1.2 *Leander t. Zweden* (1987)

In de zaak *Leander* leidde een antecedentenonderzoek ertoe dat een man geen baan kreeg in de onmiddellijke nabijheid van een Zweedse marinebasis. Bij het onderzoek was gebruik gemaakt van informatie die een veiligheidsdienst over Leander had ingewonnen. Leander wilde de accuratesse van het materiaal aanvechten, maar kreeg geen inzage in het dossier. Toegang tot de rechter had hij evenmin. In Straatsburg klaagde hij over een schending van, onder meer, artikel 8 EVRM. De zaak verschilt feitelijk van *Klass*, in die zin dat de Zweedse veiligheidsdienst aantoonbaar zijn bevoegdheden had toegepast in het geval van de klager.

Het Hof twijfelde niet aan de noodzaak van wetgeving op grond waarvan een overheidsorgaan de bevoegdheid krijgt om, met het doel de nationale veiligheid te beschermen, persoonlijke gegevens te verzamelen en op te slaan, en deze gegevens te gebruiken bij de beoordeling van kandidaten voor gevoelige posities. Bij de inrichting van zo’n systeem, zo merkte het Hof op, beschikken staten over een ruime *margin of appreciation* – een vertrouwd concept in de Straatsburgse jurisprudentie, dat echter in de zaak *Klass* nog niet voorkwam.¹⁷

In vergelijking met *Klass* besteedde het *Leander*-arrest ook meer aandacht aan de eis dat inbreuken een deugdelijke wettelijk basis hebben. Inbreuken op de privacy moeten *‘voorzienbaar’* zijn, in de zin dat de burger in de wet een adequate indicatie kan vinden van de

¹⁴ *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 55. Deze passage komt letterlijk terug in *Big Brother Watch e.a. t. Vk*, par. 336 en *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 250.

¹⁵ *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 58: mochten dergelijke bezwaren niet, of niet langer bestaan, dan dient de betrokken burger wel meteen op de hoogte te worden gesteld.

¹⁶ *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 68: ‘to its regret’.

¹⁷ EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), par. 59.

omstandigheden waarin, en de voorwaarden waaronder de overheid een inbreuk kan maken. Die eis kan natuurlijk niet onverkort gelden bij geheime surveillance maatregelen. Niettemin, zo overwoog het Hof onder verwijzing naar het arrest-*Klass*, moeten er ‘adequate en effectieve waarborgen tegen misbruik’ bestaan. In dat verband wees de Zweedse regering op maar liefst twaalf naast elkaar bestaande waarborgen. Hoewel niet alle waarborgen relevant waren in het onderhavige geval, was het Hof, unaniem, van oordeel dat zich geen schending van artikel 8 EVRM had voorgedaan.

3.1.3 *Kruslin t. Frankrijk (1990)*

In de zaak *Kruslin* ging het om een klassieke telefoontap in het kader van een strafrechtelijk onderzoek. Dergelijke opsporingsmethodes waren destijds niet goed geregeld in het Franse strafprocesrecht, en het Hof constateerde dan ook een schending van artikel 8 EVRM,

Op het eerste gezicht lijkt de zaak niet relevant voor de activiteiten van veiligheidsdiensten. Maar het Hof formuleerde in *Kruslin*, onder verwijzing naar de *rule of law*, een aantal ‘kwaliteitseisen’ die later een grote rol zouden spelen in de jurisprudentie. Het ging niet zozeer om de invulling van het toezicht – die lag in de Franse context bij de rechter-commissaris. In plaats daarvan richtte de aandacht van het Hof zich, juist vanwege het ontbreken van een adequate rechtsbasis, op de minimumeisen waaraan wetgeving inzake dergelijke strafrechtelijke opsporingsmethodes dient te voldoen. Om misbruik van bevoegdheden en willekeur te voorkomen, aldus het Hof, moet duidelijk zijn (1) welke delicten aanleiding kunnen geven om een telefoontap te plaatsen; (2) van welke categorieën personen de communicatie kan worden onderschept; (3) hoe lang de maatregel van toepassing is; (4) welke procedure moet worden gevolgd voor het onderzoek, gebruik en opslag van de verkregen informatie; (5) welke voorwaarden gelden voor het delen van de data met andere partijen; en (6) onder welke omstandigheden de verkregen data kunnen of moeten worden gewist of vernietigd.¹⁸ In latere jurisprudentie – of het nu ging om min of meer klassieke tap/surveillance-zaken of om de toepassing van modernere technieken – bleef het Hof zich lange tijd op deze zes eisen baseren.

3.1.4 *Weber en Saravia t. Duitsland (2006)*

Bijna dertig jaar na het klassieke arrest-*Klass* diende het Hof opnieuw te oordelen over de Duitse *G 10-wet*. In de tussentijd had de techniek niet stil gestaan. Ging het in *Klass* nog om het gericht surveilleren, inmiddels was de Duitse veiligheidsdienst overgegaan tot het ‘strategisch monitoren van communicatie’. De term *bulk-interceptie* viel in deze zaak nog niet, maar het ging in elk geval al wel om surveillance die niet langer gericht was op een specifiek persoon die verdacht wordt van het voorbereiden of plegen van een ernstig strafbaar feit: bij ‘strategisch monitoren’ gaat het om het onderscheppen van informatiestromen in de hoop daarmee nog onbekende dreigingen op het spoor te komen.¹⁹ Met andere woorden: een stap in de richting van de ‘*exploratory or general surveillance*’ die ten tijde van het arrest-*Klass* nog niet aan de orde was. Het ‘strategisch monitoren’ zag op informatiestromen die via de ether (bv. met behulp van satellieten) werden verzonden en die ook uit het buitenland afkomstig konden zijn.

Weber, een freelance journaliste, wisselde geregeld berichten uit met Saravia, die in Uruguay verbleef. Beiden stelden dat hun berichten waren onderschept in het kader van het ‘strategisch monitoren’, en klaagden over een schending van de privacy, artikel 8 EVRM.

¹⁸ EHRM 24 april 1990, no. 11801/85, (*Kruslin t. Frankrijk*), par. 35.

¹⁹ EHRM 29 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0629JUD005493400 (*Weber en Saravia t. Duitsland*), par 4; EHRM 1 juli 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0701JUD005824300 (*Liberty e.a. t. VK*)

Weber, die stelde dat zij in haar werkzaamheden als journalist beperkt was geweest, meende dat ook de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) geschonden was.

Het Hof haakte in veel opzichten aan bij zijn *Klass*-arrest. Het bevestigde dat het enkele bestaan van de *G 10-wet*, evenals de mogelijke toepassing ervan in concrete gevallen, inbreuk maakte op de door artikel 8 EVRM beschermde rechten. Het delen van de aldus verkregen informatie met andere diensten vormt een afzonderlijke inbreuk, en dat geldt evenzeer voor bepalingen op grond waarvan de informatie kan worden vernietigd – daarmee kunnen eerder uitgevoerde surveillance maatregelen immers worden verborgen. Niettemin valt de inbreuk te rechtvaardigen, aldus het Hof. Bij de beoordeling van het wettelijke kader haakte het Hof expliciet aan bij het lijstje van de zaak *Kruslin*.²⁰ Op het punt van de waarborgen tegen misbruik viel de balans hetzelfde uit als in de zaak *Klass*: weliswaar ontbrak rechterlijke controle maar de bestaande waarborgen werden ook in de nieuwe omstandigheden nog afdoende geacht.

3.1.5 *Szabó en Vissy t. Hongarije (2016)*

Wetgeving van een heel ander kaliber was aan de orde in de zaak *Szabó en Vissy*. Een wetswijziging uit 2011 gaf zeer ruime bevoegdheden aan een nieuw opgerichte antiterrorisme eenheid van de Hongaarse politie (TEK): heimelijke doorzoeken van huizen, het openen van post, het aftappen van telecommunicatie en gegevensverkeer tussen computers – en het opslaan en verwerken van aldus verkregen data. De wet was zo ruim geformuleerd dat de mogelijkheid werd geopend van onbeperkte surveillance van grote groepen burgers.

Gezien de dreiging die onder ander uitgaat van terrorisme, toonde het Hof begrip voor de behoefte van staten om de nieuwste technologieën in te zetten. Maar de nieuwe mogelijkheden moeten gepaard gaan met versterkte waarborgen voor individuele rechten:

*‘For the Court, it is a natural consequence of the forms taken by present-day terrorism that governments resort to cutting-edge technologies in pre-empting such attacks, including the massive monitoring of communications susceptible to containing indications of impending incidents. The techniques applied in such monitoring operations have demonstrated a remarkable progress in recent years and reached a level of sophistication which is hardly conceivable for the average citizen (...), especially when automated and systemic data collection is technically possible and becomes widespread. In the face of this progress the Court must scrutinise the question as to whether the development of surveillance methods resulting in masses of data collected has been accompanied by a simultaneous development of legal safeguards securing respect for citizens’ Convention rights’.*²¹

En daar ontbrak het aan in de Hongaarse wetgeving. Deze bevatte nauwelijks waarborgen tegen misbruik: er was geen voorafgaande rechterlijk toetsing van maatregelen. Ook ontbraken heldere regels over het uitvaardigen of verlengen van machtigingen. Machtigingen werden verleend door de minister van Justitie, maar dat was een bij uitstek politieke vorm van toezicht die per definitie niet in staat kan worden geacht om de vereiste strikte noodzakelijkheidstoets uit te voeren.²² Ook het parlementaire toezicht, zoals vormgegeven in Hongarije, vormde geen adequate waarborg tegen misbruik, terwijl de Hongaarse wet ook niet

²⁰ EHRM 29 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0629JUD005493400 (*Weber en Saravia t. Duitsland*), par. 95, met verwijzing naar verdere jurisprudentie. Zo ook EHRM 4 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306 (*Roman Zakharov t. Rusland*), par. 231.

²¹ EHRM 12 januari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003713814 (*Szabó en Vissy t. Hongarije*) par. 68 (hierna: *Szabó en Vissy t. Hongarije*).

²² *Szabó en Vissy t. Hongarije*, par. 75.

voorzag in een adequate klachtprocedure. Tegen de achtergrond van deze situatie benadrukte het Hof het uitgangspunt van rechterlijk toezicht:

*‘Accordingly, in this field, control by an independent body, normally a judge with special expertise, should be the rule and substitute solutions the exception, warranting close scrutiny (...). The ex ante authorisation of such a measure is not an absolute requirement per se, because where there is extensive post factum judicial oversight, this may counterbalance the shortcomings of the authorisation’.*²³

Gegeven het ontbreken van de noodzakelijke waarborgen tegen willekeur komt het niet als een verrassing dat het Hof, unaniem, een schending van artikel 8 EVRM constateerde.

3.2 De twee arresten van 2021

Het Hof deed in mei 2021 uitspraak in twee zaken die alom als richtinggevend werden aange-merkt: *Big Brother Watch* en *Centrum för rättvisa*. Beide zaken worden hierna behandeld.

3.2.1 *Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk (2021)*

Op 25 mei 2021 deed de Grote Kamer van het Hof uitspraak in drie gevoegde zaken tegen het Verenigd Koninkrijk (VK), hier kortheidshalve aangeduid als *Big Brother Watch*.²⁴ De zaken waren aanhangig gemaakt door organisaties en individuen die zich inzetten voor de mensenrechten en voor de rechten van journalisten. Zij hadden hun klachten ingediend nadat Edward Snowden, een voormalige medewerker van de Amerikaanse National Security Agency (NSA), het bestaan had onthuld van surveillance programma’s, uitgevoerd door de veiligheidsdiensten van de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. De regeling die in *Big Brother Watch* centraal staat was de toenmalige *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, die een juridisch kader voor bulk-interceptie van communicatie creëerde.

De klagers meenden dat de aard van hun activiteiten met zich meebracht dat hun elektronische communicatie of communicatiegegevens werden onderschept of verkregen door de Britse veiligheidsdiensten. Zij beriepen zich op de artikelen 8 (recht op respect voor het privéleven) en 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting). Zij klaagden over de reikwijdte en omvang van de door de Britse autoriteiten uitgevoerde surveillance programma’s en in het bijzonder over de regimes betreffende (a) bulk-interceptie van communicatie, (b) het regime voor het verkrijgen van gegevens van buitenlandse inlichtingendiensten, en (c) het opvragen van communicatiegegevens bij service providers.

In september 2018 deed een Kamer (zeven rechters) uitspraak. Het regime voor bulk-interceptie was niet verenigbaar met de artikelen 8 en 10 EVRM, aldus het arrest; hetzelfde gold voor het regime voor het opvragen van communicatiegegevens bij service providers. Aan de andere kant meende de Kamer dat het regime voor het verkrijgen van gegevens van buitenlandse Inlichtingendiensten geen schending opleverde van het EVRM.

Op verzoek van de klagers boog vervolgens ook de Grote Kamer (zeventien rechters) zich over de kwestie. Na een hoorzitting in juli 2019 deed de Grote Kamer – pas – in mei 2021 uitspraak. In zijn uitvoerige arrest (ruim tweehonderd pagina’s) volgde de Grote Kamer in essentie het

²³ *Szabó en Vissy t. Hongarije*, par. 77.

²⁴ *Big Brother Watch e.a. t. VK*.

oordeel van de Kamer. Het Hof was unaniem in zijn oordeel dat het regime voor bulk-interceptie en het regime voor het opvragen van communicatiegegevens bij service providers in strijd waren met de artikelen 8 en 10 EVRM. Waar het ging om het uitwisselen van gegevens met buitenlandse inlichtingendiensten was het Hof verdeeld: bij meerderheid van stemmen (twaalf tegen vijf) oordeelde het dat er in dit opzicht geen sprake was van een schending.

3.2.2 *Centrum för rättvisa t. Zweden (2021)*

Eveneens op 25 mei 2021 deed de Grote Kamer uitspraak in een vergelijkbare Zweedse zaak.²⁵ De klager, *Centrum för rättvisa (Centrum voor rechtvaardigheid)*, is een Zweedse non-gouvernementele organisatie (NGO). Zij staat cliënten terzijde, onder andere in juridische procedures tegen de staat. Daartoe overlegt ze dagelijks – via telefoon, email en fax – met derden in binnen- en buitenland. Naar haar zeggen gaat het daarbij geregeld om gevoelige informatie. *Centrum för rättvisa* vreest dat haar communicatie kan worden onderschept en onderzocht.

In Zweden voorziet de Wet op de Buitenlandse Inlichtingen (2000) in de mogelijkheid dat het FRA (een dienst ressorterend onder het ministerie van Defensie) elektronische signalen verjaart in het kader van het buitenlands veiligheidsbeleid. Bij deze ‘*sigint*’ (verbindingssinlichtingen) gaat het om het onderscheppen, verwerken, analyseren en rapporteren van soms zeer grote hoeveelheden inlichtingen die zijn verkregen van elektronische signalen. Het kan daarbij gaan om zowel de inhoud van signalen (tekst, beeld, geluid) als om communicatiegegevens (wanneer en tussen wie er gegevens werden uitgewisseld). De signalen kunnen via kabels of door de lucht (radio, satelliet) worden doorgegeven. Als het FRA op grote schaal signalen wil verzamelen, dient het een vergunning aan te vragen bij het ‘Gerecht inzake de buitenlandse inlichtingen’. Dit gerecht bestaat uit een vaste rechter en andere leden die voor vier jaar worden benoemd. Zijn werkzaamheden vinden in de praktijk plaats onder strikte geheimhouding. Daarnaast houdt een speciale inspectie, waarvan het bestuur wordt voorgezeten door permanente rechters of voormalige rechters, van het begin tot het einde toezicht op de activiteiten van het FRA. De inspectie controleert met name de interceptie, de analyse, het gebruik en de vernietiging van gegevens. Zij kan de gebruikte zoektermen beoordelen en heeft toegang tot alle relevante documenten van de FRA. Aanvullend toezicht wordt uitgeoefend door de gegevensbeschermingsautoriteit, de parlementaire ombudsmannen en de kanselier van justitie.

In 2008 diende *Centrum för rättvisa* een klacht in bij het EHRM. De NGO stelde dat het Zweedse stelsel inzake bulk-interceptie van communicatie onvoldoende recht deed aan de eisen van met name artikel 8 EVRM. In 2018 wees een Kamer van het Hof, unaniem, de klacht af. *Centrum för rättvisa* legde zich niet neer bij dat oordeel en verzocht om verwijzing van haar zaak naar de Grote Kamer. De onderhavige zaak werd tegelijkertijd met *Big Brother Watch* behandeld. In een uitvoerig arrest (108 pagina’s) constateert het Hof met vijftien stemmen tegen twee een schending van artikel 8 EVRM. Beide arresten bevatten een aantal identiek geformuleerde passages met een algemene strekking.

3.2.3 *De Nederlandse interventie*

In beide zaken intervenueerde Nederland, evenals Frankrijk, Noorwegen en (alleen in de Zweedse zaak) Estland, alsmede een aantal NGO’s. De tekst van de Nederlandse interventie is niet bekend, maar is wel samengevat in de arresten van het Hof.²⁶ In het kort komt het er op neer dat de Nederlandse regering het belang van bulk-interceptie benadrukte als instrument

²⁵ *Centrum för rättvisa t. Zweden*.

²⁶ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 303-307; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 228-232.

om de nationale veiligheid te beschermen tegen verschillende bedreigingen (terrorisme, cyber-aanvallen). Gegeven de snelle technologische ontwikkelingen en de toename van het gegevensverkeer, waardoor de aard en de bron van dreigingen vaak onbekend bleven, was *gerichte* interceptie een onvoldoende effectief middel. Het zou echter verkeerd zijn om bulk-interceptie als volledig '*ongericht*' te zien: de interceptie wordt immers altijd met een specifiek doel ingesteld.

Naar het oordeel van de regering bood de bestaande Straatsburgse jurisprudentie voldoende waarborgen tegen misbruik. De regering betoogde voorts dat bulk-interceptie niet per definitie meer inbreuk op de privacy maakt dan gerichte interceptie. Waar gerichte interceptie wordt toegepast, is het immers waarschijnlijk dat álle onderschepte informatie wordt geanalyseerd. Dat is bij bulk-interceptie niet het geval. Tot slot betoogde de regering dat de effectiviteit van bulk-intercepties sterk zou verminderen als de dienst verplicht was van tevoren een nadere uitleg te geven aan een toezichthouder over de te gebruiken *selectors* of zoekcriteria. Toezicht achteraf (*ex post*) zou voldoende waarborgen bieden.

3.2.4 *Big Brother Watch en Centrum för rättvisa op hoofdlijnen*

1. Noodzaak van 'waarborgen van begin tot einde'

Op voorhand onderkent het Hof dat het overgrote deel van de communicatie tegenwoordig langs digitale weg plaatsvindt via wereldwijde netwerken; nationale grenzen hebben daarbij een geringe betekenis. Staten en hun bevolkingen worden geconfronteerd met tal van oude en nieuwe bedreigingen, van terrorisme tot mensenhandel en cyberaanvallen van vijandige staten. Veel van deze bedreigingen zijn afkomstig van netwerken van internationale actoren die het internet gebruiken voor hun communicatie en dikwijls geavanceerde technologie hanteren om ontdekking te vermijden. Bulk-interceptie kan een waardevol middel zijn om de nieuwe dreigingen op het spoor te komen.²⁷ Daarbij is het begrijpelijk dat interceptie met geheimhouding is omgeven, terwijl de methodes en de gebruikte terminologie van staat tot staat verschillen. Dat impliceert dat het niet eenvoudig is om nationale stelsels van bulk-interceptie te beoordelen. Als het Hof wordt gevraagd na te gaan of deze stelsels voldoende waarborgen bieden tegen misbruik en willekeur, zal het zijn beoordeling moeten uitvoeren op basis van relatief beperkte kennis van het feitelijk functioneren van die stelsels.

Tegelijkertijd is duidelijk dat bulk-interceptie een enorme impact kan hebben. Waarborgen tegen misbruik zijn essentieel. Weliswaar verzet artikel 8 EVRM zich niet tegen de inzet van bulk-intercepties om de nationale veiligheid te beschermen, en hebben staten een ruime *margin of appreciation* bij de keuze voor de inzet van bepaalde middelen – maar bij de toepassing van bulk-interceptie is deze *margin of appreciation* van de staten juist beperkter, terwijl het belang van toezicht en controle groter is, aldus het Hof.²⁸ In zijn analyse karakteriseert het Hof bulk-interceptie als een geleidelijk proces dat in verschillende opeenvolgende fases plaatsvindt. Naar het oordeel van het Hof is artikel 8 EVRM van toepassing op elk van deze fases – maar het is juist in de eindfase, als verwerking van persoonsgegevens plaatsvindt, dat de behoefte aan de waarborgen tegen misbruik het grootste is.²⁹

²⁷ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. par. 322-323 en 424 ('of vital importance'); *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 236-237 en 365.

²⁸ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 347; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 261.

²⁹ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 325-331; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 239-245.

Daarom vereist artikel 8 EVRM naar het oordeel van het Hof dat het proces van bulk-interceptie moet worden onderworpen aan ‘end-to-end safeguards’ – waarborgen van begin tot einde.³⁰ Dit houdt in dat:

- a. op nationaal niveau in elke fase van het proces onderzoek moet worden gedaan naar de noodzaak en proportionaliteit van de genomen maatregelen;
- b. bulk-interceptie vooraf, wanneer doel en reikwijdte van de operatie worden bepaald, moet worden onderworpen aan autorisatie door een onafhankelijk orgaan; en
- c. de operatie moet worden onderworpen aan supervisie tijdens de uitvoering en aan een onafhankelijke *ex post facto* beoordeling.

2. Noodzaak tot aanpassing van de jurisprudentie

In navolging van zijn eerdere *Kruslin*-uitspraak (paragraaf 3.1.3) had het Hof in de zaak *Weber en Saravia* (paragraaf 3.1.4) een aantal minimumwaarborgen geformuleerd die bij surveillance maatregelen in acht moeten worden genomen. De Grote Kamer oordeelt nu, met uitgebreide verwijzingen naar, onder andere, het relevante EU-recht ter zake, dat zijn jurisprudentie moet worden aangepast. Daarvoor zijn twee belangrijke redenen.

Allereerst heeft het inlichtingenwerk in de afgelopen decennia een enorme vlucht genomen dankzij de technologische ontwikkelingen. In de tweede plaats heeft bulk-interceptie bepaalde specifieke kenmerken die in veel opzichten verschillen van gerichte interceptie. Bulk-interceptie richt zich primair op internationale, grensoverschrijdende gegevensstromen en heeft doorgaans tot doel om cyber-attacks, spionage en terrorisme in een vroeg stadium te ontdekken. Wanneer met behulp van bulk-interceptie de communicatie van specifieke personen worden onderschept, worden hun apparaten niet gecontroleerd: in plaats daarvan worden sterke selectiemechanismen toegepast op de communicatie die door de inlichtingendiensten in bulk is onderschept. Aangezien het doel in beginsel eerder preventief is dan het onderzoeken van een specifiek doel of strafbaar feit, lenen sommige waarborgen voor gerichte interceptie zich niet zonder meer voor toepassing in een context van bulk-interceptie.

3. Formulering van minimumwaarborgen rond interceptie

Tegen deze achtergrond formuleert het Hof een reeks waarborgen die de nationale rechtsorde moeten bevatten. Duidelijk moet worden omschreven:³¹

1. De *gronden* waarop bulk-interceptie kan worden toegestaan.
2. De *omstandigheden* waarin communicatie van een *individu* kan worden afgetapt.
3. De procedure die moet worden gevolgd voor het *verlenen van toestemming*. Deze voorwaarde wordt in paragraaf 3.3.1 nader uitgewerkt.
4. De te volgen procedures voor de selectie, het onderzoek en het gebruik van onderscheppingsmateriaal.
5. De voorzorgsmaatregelen die moeten worden genomen bij het *doorgeven van het materiaal aan andere partijen*.³² Het Hof constateert dat veel staten regelmatig materiaal delen met hun ‘*intelligence partners*’ en, in sommige gevallen, deze partners zelfs direct toegang verlenen tot de eigen systemen.³³ Het is echter zaak dat de overdracht wordt beperkt tot materiaal dat is verzameld en opgeslagen op een wijze die in overeenstemming is met het EVRM. Daarnaast moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan die specifiek op de overdracht betrekking hebben. Allereerst moeten de omstandigheden waaronder een dergelijke overdracht kan plaatsvinden, duidelijk in het nationale recht

³⁰ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 350 e.v.; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 264 e.v.

³¹ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 361 e.v.; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 275 e.v.

³² Specifiek over deze voorwaarde: *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 362; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 276.

³³ Zie ook *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 245: tenminste 39 (van de 47) Verdragspartijen bij het EVRM hebben ‘*intelligence sharing agreements*’ met andere staten gesloten of voorzien in de mogelijkheid daartoe.

worden omschreven. In de tweede plaats moet de overdragende Staat ervoor zorgen dat de ontvangende Staat bij de behandeling van de gegevens over waarborgen beschikt waarmee misbruik en onevenredige inmenging kunnen worden voorkomen (in het bijzonder het waarborgen van een veilige opslag en het beperken van de verdere verspreiding van het materiaal). Dit betekent overigens niet noodzakelijkerwijs dat de ontvangende staat een bescherming moet bieden die in alle opzichten identiek is met die van de overdragende staat, of dat deze voorafgaand aan elke afzonderlijke overdracht een garantie moet geven. In de derde plaats moeten verscherpte waarborgen in acht worden genomen indien bijzondere vertrouwelijkheid vereist is (zoals vertrouwelijk journalistiek materiaal). Tot slot moet de overdracht onderworpen zijn aan onafhankelijk toezicht.

6. De grenzen aan de duur van de interceptie, de opslag van interceptiemateriaal en de omstandigheden waarin dergelijk materiaal moet worden gewist en vernietigd. In dit verband merkt het Hof op dat er een wettelijke verplichting moet bestaan om onderscheppingsmateriaal dat zijn relevantie voor inlichtingendoelinden heeft verloren, te wissen, ongeacht of het al dan niet persoonsgegevens bevat, en vooral wanneer het bewaren ervan afbreuk kan doen aan de door artikel 8 EVRM beschermde rechten.
7. De procedures en modaliteiten voor het *toezicht door een onafhankelijke autoriteit* op de naleving van de bovengenoemde waarborgen en haar bevoegdheden om op te treden bij niet-naleving. Deze voorwaarde wordt in paragraaf 3.3.2 nader uitgewerkt.
8. De procedures voor een *onafhankelijke ex post facto toetsing* van de naleving en de bevoegdheden waarover de bevoegde instantie beschikt om gevallen van niet-naleving aan te pakken. In paragraaf 3.3.3 wordt deze voorwaarde nader uitgewerkt.

Aan de hand van deze criteria kunnen nationale stelsels worden beoordeeld. De belangrijkste elementen van een dergelijke beoordeling zijn, aldus het Hof, of het nationale rechtskader voldoende waarborgen tegen misbruik bevat; of het proces '*waarborgen van begin tot eind*' bevat; of het systeem in de praktijk ook daadwerkelijk de nodige controles op de uitoefening van de bevoegdheden garandeert; en of er enig bewijs is van feitelijk misbruik.

Beoordeling van de Zweedse en Britse stelsels

In de zaak *Big Brother Watch* constateerde het Hof gebreken in het Britse stelsel van bulk-interceptie: het ontbreken van onafhankelijke autorisatie voor een bevel (*warrant*) tot bulk-interceptie; het niet opnemen van de categorieën van zoekcriteria (*selectors*) in de aanvraag van een zodanig bevel; en het ontbreken van de waarborg dat zoekcriteria verbonden aan een individu (dat wil zeggen specifieke identificatiemiddelen zoals een e-mailadres), werden onderworpen aan voorafgaande interne autorisatie.

Weliswaar werd waardevol toezicht uitgeoefend door de (toenmalige) *Interception of Communications Commissioner*, en werd een robuust rechtsmiddel geboden door het *Investigations Power Tribunal*, een gerecht dat was opgezet om kennis te nemen van beschuldigingen van burgers dat er een onrechtmatige onderschepping van hun communicatie heeft plaatsgevonden. Deze waarborgen waren naar het oordeel van het Hof echter niet genoeg om de gebreken in het regime te compenseren.

In de *Big Brother Watch*-zaak besteedde het EHRM ook aandacht aan de mogelijke inzet van surveillance maatregelen tegen journalisten. Bronbescherming van journalisten is, zo herhaalde het Hof, een van de hoekstenen van de persvrijheid.³⁴ Het ondermijnen van deze

³⁴ EHRM 27 maart 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0327JUD001748890 (*Goodwin t. VK*) en EHRM 14 september 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0914JUD003822403 (*Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland*).

bescherming kan een schadelijk effect hebben op de functie van de pers als *public watchdog* en het vermogen van journalisten om accurate en betrouwbare informatie te verschaffen. Het toenmalige Britse systeem bevatte onvoldoende waarborgen voor journalisten en kwam daarmee naar het oordeel van het Hof in strijd met de eisen van artikel 10 EVRM.

Ook in de zaak *Centrum för rättvisa* kwam het Hof tot een negatief oordeel. Zo was is er geen afdoende regeling inzake de vernietiging van onderschept materiaal; was er geen verplichting geformuleerd om de privacy van individuen te betrekken bij beslissingen om onderschept materiaal te delen met derde landen; en vervulde de inspectie verschillende rollen en werden beslissingen in het kader van toezicht achteraf niet gemotiveerd.

3.3 Samenvattend: Europese eisen aan toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten

Van oudsher onderscheidt het Hof verschillende fasen bij het toezicht op de wijze waarop de bevoegdheden in de praktijk werden ingezet. In deze paragraaf wordt nader stil gestaan bij elk van deze fasen en wordt in kaart gebracht welke eisen het Hof aan het toezicht stelt.

3.3.1 Vooraf: de eis van *ex ante* toestemming

Sterke voorkeur voor rechterlijk toetsing vooraf

Intercepties mogen alleen worden uitgevoerd, aldus het Hof, na verkregen toestemming door een van de uitvoerende macht onafhankelijke instantie. Vanaf het arrest *Klass* (1978) heeft het Hof consequent benadrukt dat toetsing door de rechter de voorkeur verdient.³⁵ Het Hof is tot nu toe niet zo ver gegaan rechterlijke toetsing te vereisen, maar het heeft wél steeds aangegeven dat rechterlijke toetsing een belangrijke waarborg tegen willekeur biedt. Een rechterlijke procedure biedt immers de beste garantie voor onafhankelijkheid, onpartijdigheid en een zorgvuldige procedure, aldus het Hof. In de Hongaarse zaak *Szabó en Vissy* (2016) omschreef het EHRM het zo: *‘in this field, control by an independent body, normally a judge with special expertise, should be the rule and substitute solutions the exception, warranting close scrutiny’*.³⁶ Die eis van voorafgaande rechterlijke toetsing geldt eens te meer bij operaties die beogen toegang te krijgen tot vertrouwelijk journalistiek materiaal, aldus het Hof in *Big Brother Watch*.³⁷

Hoewel de procedures in de zaken *Szabó en Vissy* en *Big Brother Watch* onderling van elkaar verschilden, had in beide gevallen de verantwoordelijke minister zelfstandig de bevoegdheid een machtiging te verlenen, zonder tussenkomst van een onafhankelijk orgaan. Voor het Hof was dat aanleiding een schending van het Verdrag te constateren.³⁸

Daarentegen voorzag het Zweedse systeem dat in *Centrum för rättvisa* centraal stond, wél in een voorafgaande rechterlijke toets. De onafhankelijkheid van het *‘Gerecht inzake de buitenlandse inlichtingen’* – een gespecialiseerd gerecht waarvan de uitspraken juridisch bindend zijn – staat buiten kijf. De voorzitter en vice-voorzitters zijn rechters en hoewel alle leden door de regering worden benoemd, hebben zij een wettelijke termijn van vier jaar. Het was

³⁵ *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 55; *Roman Zakharov*, par. 233; *Szabó en Vissy*, par. 77; *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 351; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 265.

³⁶ *Szabó en Vissy*, par. 77.

³⁷ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 442-450, m.n. 448.

³⁸ *Szabó en Vissy*, par. 76-77; *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 377-383.

onweersproken, aldus het EHRM, dat noch de regering, noch het parlement noch enig andere instantie invloed kunnen uitoefenen op de besluitvorming van dit gerecht. Ter wille van de vertrouwelijkheid zijn de hoorzittingen nooit publiek en zijn uitspraken blijven geheim. Dit wordt tot op zekere hoogte – en naar tevredenheid van het EHRM – gecompenseerd door de verplichte aanwezigheid ter zitting van een onafhankelijke ‘*privacy protection representative*’ – een (voormalige) rechter of advocaat die in het algemeen belang handelt en de privacybelangen van het publiek behartigt.

Toestemming moet zien op noodzaak en proportionaliteit van de interceptie

Niet alleen moet de toetsende instantie onafhankelijk zijn van de executieve; om een effectieve waarborg tegen misbruik te kunnen bieden moet zij haar beslissing ook nemen op basis van toereikende informatie.³⁹ Zij moet in elk geval op de hoogte worden gesteld van het doel van de interceptie en de communicatieroutes waarop deze zich zal richten. Bij het verlenen van toestemming moet de instantie een oordeel te vellen over de noodzaak en evenredigheid van zowel de voorgenomen bulk-interceptie als de selectie van de communicatieroutes.⁴⁰ Dit alles moet leiden tot toezicht dat ‘*sufficiently robust*’ is om de inbreuken op de privacy te beperken tot wat noodzakelijk is in een democratische samenleving.⁴¹

In dit verband gaat het Hof expliciet in op het door de Nederlandse regering aangevoerde argument dat de effectiviteit van bulk-intercepties sterk zou verminderen als de dienst verplicht was van tevoren een nadere uitleg te geven aan een toezichthouder over de te gebruiken *selectoren* of zoekcriteria. Het Hof gaat daar deels in mee: ‘*the inclusion of all selectors in the authorisation may not be feasible in practice*’. Tegelijkertijd constateert het Hof dat de keuze van *selectoren* en zoektermen bepaalt welke communicatie in aanmerking zal komen voor nader onderzoek door een analist. Daarom zal de machtiging toch op zijn minst moeten aangegeven welke soorten of categorieën *selectoren* zullen worden gebruikt.⁴² Men kan hieruit afleiden dat de machtiging niet alleen betrekking moet hebben op de verwerving van gegevens (m.n. de communicatieroutes waarop de interceptie zich zal richten), maar ook op de verwerking daarvan (met name de soorten of categorieën *selectoren* aan de hand waarvan materiaal wordt geselecteerd voor nadere analyse).

Bovendien moeten extra sterke waarborgen worden geboden indien een sterke *selector* in verband met identificeerbare personen wordt ingezet. Iedere keer dat een dergelijke *selector* wordt ingezet, moet dit worden gerechtvaardigd in het licht van de beginselen van noodzaak en evenredigheid. Die rechtvaardiging moet nauwgezet worden geregistreerd en afzonderlijk en objectief worden gecontroleerd.⁴³

Bij de beoordeling van het Zweedse systeem van *ex ante* toestemming betrok het EHRM elk van de hier genoemde elementen. Het kon instemmen met de omvang van de informatie die aan het Gerecht wordt voorgelegd en de intensiteit van de beoordeling daarvan.⁴⁴

³⁹ Zie ook *Roman Zakharov t. Rusland*, par. 257 e.v., waarin het EHRM constateerde dat het toepasselijke Russische recht weliswaar een rechterlijke machtiging vereiste – maar de rechter baseerde zijn oordeel op zeer beperkte informatie, toetste deze slechts oppervlakkig en gaf zeer algemeen geformuleerde machtigingen af.

⁴⁰ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 352; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 266.

⁴¹ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 356; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 270: ‘*Each stage of the bulk interception process – including the initial authorisation and any subsequent renewals ... – should be subject to supervision by an independent authority and that supervision should be sufficiently robust ...*’.

⁴² *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 353-354; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 267-268.

⁴³ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 355; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 269.

⁴⁴ *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 298-302.

Waar het de specifieke positie van journalisten betreft, volgt uit het arrest *Big Brother Watch* dat extra strenge eisen gelden bij operaties die beogen toegang te krijgen tot vertrouwelijk journalistiek materiaal. Wordt verzocht om autorisatie voor een dergelijke operatie, dan zal het verzoek de te hanteren *selectoren* en zoekvragen moeten bevatten. Daarnaast moet de wet voorzien in een autorisatieprocedure voor voortzetting van opslag en onderzoek indien de dienst bij de verwerking van door interceptie verkregen materiaal – als ‘bijvangst’ – op journalistiek materiaal stuit. De toetsende instantie zal een strenge norm moeten hanteren: er moet sprake zijn van een ‘*overriding requirement in the public interest*’, en het moet vaststaan dat het nagestreefde doel niet met een minder ingrijpend middel kan worden bereikt.⁴⁵

3.3.2 Tijdens: de eis van *ex durante* toezicht

Nadat *ex ante* toestemming is verleend, moet er ook adequaat toezicht worden uitgeoefend door een onafhankelijke autoriteit op de feitelijke uitvoering van intercepties. Gedurende elke fase van het proces moet sprake zijn van een voldoende strenge controle (*‘sufficiently robust supervision’*): toezicht op de selectie van communicatieroutes waarop de interceptie zich richt; op de keuze van *selectoren* en zoektermen; op het gebruik, de opslag, de doorgifte en de vernietiging van het onderschepte materiaal.⁴⁶

De toezichthouder moet steeds de noodzaak en de evenredigheid van de actie beoordelen. Daarbij moet hij zich laten leiden door de ernst van de inbreuken die worden gemaakt op de EVRM-rechten van de personen die waarschijnlijk getroffen zullen worden door de intercepties. Die ernst zal doorgaans toenemen naarmate het proces van interceptie vordert. Naar het oordeel van het Hof is juist in de fase waarin de verwerking van persoonsgegevens plaatsvindt, de behoefte aan adequate waarborgen tegen misbruik het grootste.⁴⁷

In het Zweedse systeem van toezicht dat de inzet vormde van de *Centrum för rättvisa*-zaak, speelde het *Inspectorate* een centrale rol. Als het constateerde dat inlichtingen op ongeoorloofde (*‘improper’*) wijze werden verkregen, had het *Inspectorate* de bevoegdheid om bindend te bepalen dat het vergaren van inlichtingen diende te worden beëindigd, en dat reeds verkregen materiaal moest worden vernietigd. In andere gevallen – bijvoorbeeld als er aanwijzingen waren dat een strafbaar feit was gepleegd, of als mogelijk sprake was van staatsaansprakelijkheid – moest het *Inspectorate* een melding doen aan het bevoegd gezag dat dan juridisch bindende maatregelen kon treffen. Het EHRM nam genoegen met dit arrangement.⁴⁸

3.3.3 Achteraf (1): *ex post* beoordeling

De achtste minimumvoorwaarde van het ‘*Big Brother Watch*-lijstje’ betreft de procedures voor een onafhankelijke *ex post* facto toetsing van het optreden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten. In zijn uitspraken werkt het Hof die voorwaarde niet zo zeer uit in de vorm van een orgaan dat eigener beweging besluit een onafhankelijke beoordeling uit voeren nadat een operatie is beëindigd: in plaats daarvan gaat het Hof vooral in op de eis van een *effective remedy* die open moet staan voor personen die menen dat hun communicatie is onderschept door de veiligheidsdiensten.⁴⁹

Toch valt er wel iets te zeggen over *ex post* beoordelingen. In de Hongaarse zaak *Szabó en Vissy* constateerde het Hof dat inlichtingendiensten steeds vaker gegevens die zij door middel

⁴⁵ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 448.

⁴⁶ *Klass t. Duitsland*, par. 55; *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 356; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 270.

⁴⁷ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 330; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 244.

⁴⁸ *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 350.

⁴⁹ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 357-359; *Centrum för rättvisa*, par. 271-273.

van surveillance hebben verkregen, met elkaar delen. Dat is begrijpelijk, aldus het Hof, gezien het nut daarvan bij de bestrijding van onder andere internationaal terrorisme. Maar dan is de effectiviteit van het *ex post* toezicht van des te groter belang:

'It is in this context that the external, preferably judicial, a posteriori control of secret surveillance activities, both in individual cases and as general supervision, gains its true importance (...), by reinforcing citizens' trust that guarantees of the rule of law are at work even in this sensitive field and by providing redress for any abuse sustained. The significance of this control cannot be overestimated in view of the magnitude of the pool of information retrievable by the authorities applying highly efficient methods and processing masses of data, potentially about each person, should he be, one way or another, connected to suspected subjects or objects of planned terrorist attacks'.⁵⁰

Het Zweedse *Inspectorate* voerde *ex post* toezicht uit dat resulteerde in opinies, aanbevelingen en jaarrapporten. In een periode van acht jaar had het *Inspectorate* meer dan honderd rapporten uitgebracht. Het EHRM constateert dat aanbevelingen serieus werden opgepakt door de betreffende dienst, de FRA. Een onderzoek van de Zweedse Rekenkamer wees uit dat de FRA een vaste procedure had om de aanbevelingen van het *Inspectorate* te behandelen. Waar nodig leidden de aanbevelingen tot aanpassingen van de werkzaamheden. Zo leidde een aanbeveling over de vernietiging van data binnen een jaar tot aanpassing van de werkwijze van FRA.⁵¹ Voor het Hof was er voldoende grond om te constateren dat de Zweedse wet en praktijk in dit opzicht toereikend waren om een effectief toezicht te verzekeren:

'In the Court's view, the Inspectorate's role, coupled with the judicial pre-authorisation procedure before the Foreign Intelligence Court, form together a functioning safeguard against abuse at the crucial stages of the signal intelligence process – before and during the process of interception, analysis, use and destruction of the information obtained'.⁵²

3.3.4 Achteraf (2): de behandeling van klachten

Een gerelateerd vereiste betreft het klachtrecht. Burgers moeten de mogelijkheid hebben om te klagen dat de beweerde interceptie niet rechtmatig was naar nationaal recht, en/of dat het nationale systeem niet in overeenstemming met het EVRM is.

Het notificatie-vereiste, op grond waarvan een persoon die voorwerp is geweest van een gerichte interceptie, na afloop van de operatie daarvan op de hoogte wordt gesteld, kan bijdragen aan de effectiviteit van het rechtsmiddel. Maar een rechtsmiddel kan ook effectief zijn zonder zo'n notificatie-vereiste, indien ieder die meent voorwerp te zijn geweest van een interceptie-operatie het recht heeft een procedure aanhangig te maken. In de context van bulk-intercepties kan een dergelijk stelsel zelfs betere garanties voor rechtsbescherming bieden dan een systeem dat op notificaties is gebaseerd.⁵³

Een relevante kwestie is uiteraard of de instantie die de klacht behandelt, beschikt over toereikende bevoegdheden en adequate procedure waarborgen biedt. Het orgaan hoeft geen rechterlijke instantie te zijn, aldus het Hof, maar dient wel onafhankelijk van de uitvoerende macht te zijn en een eerlijke behandeling van de zaak te garanderen. Voor zover mogelijk moeten de beginselen van hoor en wederhoor worden gevolgd. Het orgaan moet bindende en

⁵⁰ *Szabó en Vissy*, par. 79.

⁵¹ *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 350-353.

⁵² *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 353.

⁵³ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 357-358; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 271-272.

gemotiveerde uitspraken kunnen doen, en moet bevoegd zijn om een beëindiging van onrechtmatige intercepties te gelasten, of de vernietiging van onrechtmatig verkregen en/of opgeslagen materiaal.⁵⁴

Vermeldenswaard is de constatering in *Centrum för rättvisa* dat de Zweedse toezichthouder weliswaar onafhankelijk was, maar dat deze een dubbele functie vervulde: het *Inspectorate* was zowel toezichthouder tijdens de operaties van de FRA als het orgaan dat *ex post facto* klachten behandelde. Dit kon leiden, aldus het Hof, tot situaties waarin het *Inspectorate* ook een oordeel zou moeten uitspreken over zijn eigen rol bij het houden van toezicht op bulk-intercepties van het FRA. Dat zou tot een *conflict of interests* kunnen leiden, aldus het Hof: er zou immers twijfel kunnen rijzen of een beoordeling van individuele klachten door het *Inspectorate* wel voldoende objectief en grondig zou plaatsvinden. Hierbij speelde een rol dat het *Inspectorate* geen gemotiveerde uitspraken deed, zodat er onvoldoende basis was voor het publieke vertrouwen dat eventuele misstanden zouden worden blootgelegd en rechtgezet.⁵⁵

3.3.5 Parlementair toezicht

Tot slot heeft het EHRM in enkele zaken specifiek aandacht besteed aan een heel andere vorm van toezicht op het functioneren van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten: parlementair toezicht.

In de eerste zaak over dit onderwerp, *Klass*, kende het Hof een zekere waarde toe aan de rol van een speciaal in het leven geroepen parlementaire commissie. Deze bestond uit vijf leden, gekozen door het parlement op basis van de politieke verhoudingen. De oppositie maakte deel uit van de commissie. De verantwoordelijk minister diende ten minste iedere zes maanden verslag doen van de toepassing van de *G 10-wet*. Daarnaast benoemde de parlementaire commissie, in consultatie met de regering, de leden van de zogenaamde *G 10-commissie* die toezicht hield op de rechtmatigheid en noodzaak van operaties; bij een negatief oordeel diende de minister de operatie terstond te beëindigen.⁵⁶ Het EHRM merkte op dat beide commissies onafhankelijk waren en over voldoende bevoegdheden beschikten om een effectieve en voortdurende controle uit te oefenen.

In de veel recentere zaak *Szabó en Vissy* (2016) wees de Hongaarse regering op het toezicht dat werd uitgeoefend door de parlementaire commissie inzake nationale veiligheid. Dit keer was het Hof niet onder de indruk. Het toezicht van de parlementaire commissie was globaal van aard en betrof geen individuele gevallen. De halfjaarlijkse rapportage van de minister was niet openbaar, zodat er van een *public scrutiny* geen sprake kon zijn. Bij gebrek aan toegang tot meer specifieke documenten was het comité ook niet in staat effectief toezicht te houden op het feitelijk functioneren van de diensten.⁵⁷

Ook in de meest recente Straatsburgse uitspraak over het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten – in de zaak *Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije* van 11 januari 2022 – besteedt het Hof veel aandacht aan het parlementaire toezicht. Het Hof kijkt naar de samenstelling, bevoegdheden, activiteiten en verslaglegging van het parlementaire comité dat specifiek is belast met het houden van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Zo merkt het Hof op dat alle partijen van het parlement in dit comité zijn vertegenwoordigd.⁵⁸

⁵⁴ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 359; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 273.

⁵⁵ *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 359-361.

⁵⁶ *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 53.

⁵⁷ *Szabó en Vissy*, par. 82.

⁵⁸ EHRM 11 januari 2022, no. 70078/12 (*Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije*), r.o. 126 (hierna: *Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije*).

In het Bulgaarse toezichtstelsel (dat overigens ingrijpend is veranderd na een eerdere veroordeling door het EHRM), speelt het parlementaire comité een belangrijke rol. Het beschikt dan ook over tamelijk vergaande bevoegdheden – veel uitgebreidere bevoegdheden dan het Hongaarse parlementaire comité dat een rol speelde in *Szabó en Vissy*. Zo kan het Bulgaarse comité zelf inlichtingen inwinnen en inspecties uitvoeren; daartoe beschikt het over een eigen staf. Toch constateert het Hof nog een aantal tekortkomingen.⁵⁹

Tekortkomingen deden zich in het Bulgaarse stelsel overigens ook op andere punten voor. Zo noteert het Hof weliswaar met instemming dat de toestemming vooraf door een rechter moet worden verleend, maar tegelijkertijd is duidelijk dat er sprake is van onvoldoende ondersteuning en middelen om een effectieve uitoefening van de rechterlijke taak mogelijk te maken.⁶⁰

⁵⁹ *Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije*, r.o. 345 en 414.

⁶⁰ *Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije*, r.o. 315 en 337.

4 Toezicht en toetsing *ex ante* (TIB)

4.1 De regeling in de Wiv 2017

De Wiv 2017 kent een stelsel van toezicht en toetsing waarin een ‘Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden’ (TIB) belast is met een rechtmatigheidstoetsing vooraf (*ex ante*) van een verleende toestemming door de betrokken minister⁶¹ aan de inlichtingendienst om inlichtingen te verzamelen. De toetsing door de TIB heeft betrekking op een breed spectrum van belangrijke, ingrijpende bevoegdheden van de inlichtingendiensten (artikel 32 Wiv 2017). Het gaat daarbij om uiteenlopende activiteiten van deze diensten, zoals het doorzoeken van besloten plaatsen (artikel 42 Wiv 2017), DNA-onderzoek (artikel 43 Wiv 2017), binnendringen in geautomatiseerde systemen (artikel 45 Wiv 2017), aftappen en afluisteren van gesprekken, telecommunicatie of gegevensoverdracht door geautomatiseerde systemen (artikel 47 Wiv 2017), de uitvoering van onderzoekopdracht gericht aftappen van vormen van telecommunicatie of van geautomatiseerde systemen voor gegevensoverdracht (artikel 48 Wiv 2017), en de selectie van de daaruit voortkomende gegevens (artikel 50 Wiv 2017).⁶²

De minister moet telkens zijn toestemming voor een activiteit van een inlichtingendienst voorleggen aan de TIB en desgevraagd inlichtingen verstrekken. De TIB verricht een volle toetsing. De inzet van bevoegdheden van de diensten moet voldoen aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit (artikel 26 Wiv 2017) en aan het gerichtheidsvereiste.⁶³ Pas als de TIB tot het oordeel is gekomen dat de toestemming rechtmatig is, mag de betreffende dienst de inlichtingenactiviteit uitvoeren.⁶⁴ Oordeelt de TIB dat de ministeriële toestemming onrechtmatig is, dan vervalt de toestemming van rechtswege, zodat de dienst niet in actie kan komen (artikel 36 Wiv 2017). Het oordeel van de TIB is aldus bindend.

De Wiv 2017 bepaalt daarnaast hoe de TIB is samengesteld. Zij bestaat uit drie (vaste) leden, twee rechters en een deskundige/niet-rechter, en eventueel plaatsvervangende leden (artikel 33 Wiv 2017). De drie vaste leden worden door de regering bij koninklijk besluit benoemd voor zes jaren, en zijn eenmaal herbenoembaar. De wet eist dat alleen ervaren rechters (tenminste zes jaar ervaring als rechterlijk ambtenaar) in aanmerking komen voor benoeming tot ‘*rechterlijk lid*’ van de TIB (artikel 33 Wiv 2017). Ten behoeve van de benoeming door de regering

⁶¹ De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, respectievelijk de minister van Defensie (artikel 1 Wiv 2017).

⁶² Zie verder artikel 32 Wiv 2017.

⁶³ *Kamerstukken II 2016/17*, 34588, nr. 18, p. 39.

⁶⁴ Zie voor een uitzondering op deze regel (onverwijld spoe) artikel 37 Wiv 2017.

van een lid van de TIB maakt de Tweede Kamer een voordracht op van drie personen. De Tweede Kamer beschikt daarbij over een aanbevelingslijst, opgemaakt door de vicepresident van de Raad van State, de President van de Hoge Raad en de Nationale ombudsman.⁶⁵ De betrokken ministers kunnen zo nodig de Tweede Kamer verzoeken een nieuwe voordracht te doen.

Met betrekking tot hun rechtspositie bepaalt de Wiv 2017 dat de leden van TIB geen betrekkingen vervullen ‘waarvan de uitoefening ongewenst is met het oog op een goede vervulling van hun functie of op de handhaving van hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid of van het vertrouwen daarin’ (artikel 99 Wiv 2017). De leden van de TIB kunnen niet tevens lid zijn van de CTIVD of de Afdeling klachtbehandeling.

Voor wat betreft hun rechtspositie is tevens van belang dat de Wiv 2017 voorziet in de mogelijkheid om leden van de TIB ongevraagd ontslag te verlenen bij koninklijk besluit op voordracht van de minister, onder meer in geval van blijvende ongeschiktheid vanwege ziekte of gebreken, aanvaarden van een onverenigbare betrekking, en... ‘wanneer naar het oordeel van Onze betrokken ministers gezamenlijk, gehoord de Tweede Kamer der Staten-Generaal, betrokkene door handelen of nalaten ernstig nadeel toebrengt aan het in hem te stellen vertrouwen.’⁶⁶

Tevens bepaalt de Wiv 2017 met betrekking tot de rechtspositie van de leden van de TIB dat zij op verschillende gronden door de betrokken ministers gezamenlijk op non-actief kunnen worden gesteld (artikel 101 WIV 2017).⁶⁷ De non-actiefstelling is onder meer mogelijk als een lid van de TIB wordt vervolgd wegens een misdrijf ‘of indien er een ander ernstig vermoeden is voor het bestaan van feiten en omstandigheden die tot ontslag zouden kunnen leiden’ (artikel 101 Wiv 2017).

Bij algemene maatregel van bestuur zijn ten aanzien van de rechtspositie van de leden nog enkele nadere regelingen getroffen die hoofdzakelijk betrekking hebben op de salariëring van de vaste leden van de TIB.⁶⁸

De TIB wordt ondersteund door een secretariaat. Voor haar werkzaamheden stelt zij een reglement van orde op. De vergaderingen van de TIB zijn niet openbaar. Voor de leden gelden bijzondere geheimhoudingsplichten (artikel 35 Wiv 2017).

Het opdragen van toezicht en toetsing vooraf aan de TIB kreeg zijn beslag bij de herziening van de Wiv in 2017. De instelling van de TIB betekende een aanzienlijke versterking van het stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. De regering stelde zich bij de totstandkoming van de Wiv 2017 op het standpunt dat een sterker en onafhankelijk toezicht gewenst was gelet op Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke ontwikkelingen.⁶⁹ Zij maakte daarbij de keuze om het stelsel van toezicht aan te vullen met een onafhankelijke toets vooraf door de TIB met betrekking tot de uitoefening van bijzondere bevoegdheden van de diensten. Met deze keuze volgde de regering een andere route dan de Afdeling advisering van de Raad van State die een voorkeur had voor concentratie van niet bindend toezicht (vooraf en

⁶⁵ Zie verder artikel 99 Wiv 2017 inzake de beëdiging van leden en het vereiste van de Nederlandse nationaliteit.

⁶⁶ Zie verder artikel 100 Wiv 2017 ter zake van andere ontslaggronden, zoals veroordeling wegens misdrijf of faillissement verklaring.

⁶⁷ Zie verder artikel 101 Wiv 2017.

⁶⁸ Artikel 102 Wiv 2017; Rechtspositie besluit toetsingscommissie inzet bevoegdheden en commissie van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (koninklijk besluit van 7 december 2017).

⁶⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 171 e.v.

achteraf) bij de CTIVD. De Afdeling zag weinig in een, in de praktijk waarschijnlijk marginale en abstracte, bindende rechtmatigheidstoetsing vooraf.⁷⁰

In de keuze voor onafhankelijke bindende toetsing vooraf door de TIB volgde de regering destijds sterk de richting van de jurisprudentie van het EHRM.

4.2 De evaluatie van de Wiv 2017

In haar evaluatierapport uit 2020 spreekt de evaluatiecommissie Wiv 2017 onomwonden een zeer positief oordeel uit over het functioneren van de TIB. Volgens de evaluatiecommissie is de introductie van deze toezichthouder van grote meerwaarde geweest voor het toezichtstelsel. *'De ex-ante-toets is een belangrijke waarborg die aan het systeem is toegevoegd,'* aldus de evaluatiecommissie.⁷¹ Zij is bovendien onder de indruk van de werkzaamheden van de TIB. Er is volgens de evaluatiecommissie veel werk verzet, en de TIB is in staat gebleken om vanaf het begin snel en grondig te beoordelen. Zij heeft haar autorisatietoetsing zeer serieus opgevat en is na twee jaar zeker niet te kwalificeren als *'alibi'* of *'stempelmachine'*, waarvoor bij de totstandkoming van de Wiv 2017 wel werd gevreesd.⁷² De conclusie van de Evaluatiecommissie is dat de TIB moet blijven bestaan als orgaan dat in de autorisatiefase de rechtmatigheid van de toestemming voor de inzet van bepaalde bijzondere bevoegdheden bindend toetst.⁷³

In haar rapport signaleert de evaluatiecommissie een aantal knelpunten ten aanzien van het functioneren van de TIB die bij een voorgenomen wijziging van de Wiv 2017 kunnen worden aangepakt.

Ten eerste stelt de evaluatiecommissie de door de TIB in de praktijk gebrachte *'brede invulling van de toetsing'* ter discussie. Zo betreft de TIB bij het uitvoeren van een toets op het verzamelen van gegevens (verwerving van gegevens) soms ook aspecten van verwerking van gegevens. De voorgenomen verwerking van gegevens kan dan alsnog tot het oordeel leiden dat de inzet van een bevoegdheid onrechtmatig is.⁷⁴ De evaluatiecommissie wijst er op dat de TIB in de praktijk soms voorwaarden verbindt aan een rechtmatigheidsoordeel. Het oordeel *rechtmatig* wordt gegeven, mits bij de uitvoering aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. De evaluatiecommissie merkt in dit verband op dat de Wiv 2017 niet voorziet in het stellen van voorwaarden aan het oordeel van de TIB. Onduidelijk is wat de rechtsgevolgen hiervan zijn.⁷⁵ De evaluatiecommissie komt vervolgens tot de conclusie dat dergelijke geclausuleerde goedkeuringen niet langer mogelijk moeten zijn. Daarnaast heeft de evaluatiecommissie bezwaren tegen de praktijk van de TIB dat de voorziene wijze van verwerking van gegevens in de beoordeling betrokken wordt. Ten slotte plaatst de evaluatiecommissie nog enkele kritische kanttekeningen bij het toetsingskader van de TIB. De toetsingsnormen zijn volgens de evaluatiecommissie te veel toegesneden op in *'individuele'* gevallen te maken afwegingen.⁷⁶ Samenvattend pleit de evaluatiecommissie voor verduidelijking van de reikwijdte van bevoegdheden in de wet, waarbij alleen de inzet van verwervende bevoegdheden binnen het competentiebereik van de TIB hoort te vallen.

⁷⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 172.

⁷¹ Evaluatiecommissie Wiv 2017, p. 119.

⁷² Evaluatiecommissie Wiv 2017, p. 119.

⁷³ Evaluatiecommissie Wiv 2017, p. 120.

⁷⁴ Evaluatiecommissie Wiv 2017, p. 126.

⁷⁵ Evaluatiecommissie Wiv 2017, p. 127.

⁷⁶ Zie verder Evaluatiecommissie Wiv 2017, p. 130-131.

De evaluatiecommissie is daarnaast nog van opvatting dat het principiële en praktisch onwenselijk is dat de TIB als toezichthouder het laatste woord heeft over de uitleg van wettelijke begrippen, de invulling van toetsingsnormen en de intensiteit van toetsing. In dit verband bepleit de evaluatiecommissie dat het stelsel van toezicht wordt aangevuld met een rol van de rechter, die dan de grenzen van het speelveld bepaalt, waarbinnen het toezicht op de bevoegdheidsuitoefening door de diensten plaatsvindt.⁷⁷ Op deze wijze kan een patstelling tussen de diensten en de TIB worden voorkomen. Het stelsel van toezicht wordt meer in balans gebracht. De evaluatiecommissie stelt voor om de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State te belasten met de taak om in voorkomende gevallen geschillen te beslechten tussen de minister en de TIB, en daarbij een richtinggevende uitspraak te doen over de uitleg van wettelijke begrippen en normen of de intensiteit van toetsing. Een volledige heroverweging van een concrete zaak acht de evaluatiecommissie overigens niet nodig. De evaluatiecommissie gaat er van uit dat het per jaar om weinig zaken gaat die bij de Afdeling bestuursrechtspraak terecht komen. Dat daardoor het verwerven van expertise op dit bijzondere rechtsgebied bij de Afdeling bestuursrechtspraak problematisch kan zijn, acht de evaluatiecommissie niet doorslaggevend.⁷⁸

Het demissionaire kabinet-Rutte heeft inmiddels in een reactie op het evaluatierapport aangegeven de conclusies en aanbevelingen van de evaluatiecommissie te willen overnemen.⁷⁹ De Tweede Kamer heeft een motie-Leijten aangenomen, waarin de Kamer de regering verzoekt de bevoegdheden van de TIB bij de toetsing vooraf van verzoeken op geen enkele manier te beperken.⁸⁰

In de ambtelijke notitie van het ministerie van BZK betreffende de recente uitspraken van het EHRM en de totstandkoming van Conventie 108+ in relatie tot het stelsel van toezicht op de inlichtingendiensten heeft het ministerie een nadere uitleg gegeven op de betekenis van twee recente arresten van het EHRM voor het stelsel van toezicht in de Wiv 2017.

4.3 Advies van de commissie: handhaving en verdere versterking van het stelsel van toezicht vooraf op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten

De commissie stelt voorop dat het bestaande stelsel van toezicht door de TIB in het algemeen voldoet aan de vereisten in de rechtspraak van het EHRM. Zij stelt vast dat de Europese jurisprudentie in het algemeen niet dwingt tot rigoureuze aanpassingen van het bestaande stelsel van toezicht. Wel zijn aanpassingen op enkele kleinere onderdelen noodzakelijk.⁸¹

De commissie heeft daarnaast gekeken naar keuzemogelijkheden die de jurisprudentie laat voor de inrichting van een duurzaam stelsel van toezicht. Zij overweegt dat uit de evaluatie van de Wiv 2017, en de reacties daarop vanuit regering en parlement, duidelijk naar voren is gekomen dat het stelsel van toezicht vooraf de afgelopen jaren in het algemeen goed gefunctioneerd heeft. Er is aldus veel draagvlak voor handhaving van een stelsel van controle vooraf bij de toepassing van bevoegdheden door de inlichtingendiensten, waarbij een onafhankelijke instantie (TIB) een bindend rechtmatigheidsoordeel uitspreekt over besluiten tot inzet van

⁷⁷ Evaluatiecommissie Wiv 2017, p. 136.

⁷⁸ Zie verder Evaluatiecommissie Wiv 2017, p. 139-140.

⁷⁹ Kamerstukken II 2020/21, 34588, nr. O (Kabinetsreactie inzake het rapport van de evaluatiecommissie Wiv 2017).

⁸⁰ Kamerstukken II 2020/21, 34588, nr. 214.

⁸¹ Zie hierna.

deze bevoegdheden, en daarnaast een andere instantie (CTIVD) tijdens de uitoefening van bevoegdheden door de inlichtingendiensten en achteraf toezicht houdt.

Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand de bestaande opzet van het toezicht door enerzijds de TIB en anderzijds de CTIVD te handhaven. Het lijkt de commissie bovendien niet verstandig om het stelsel van toezicht, dat sinds de instelling ervan enkele jaren geleden naar behoren functioneert, opnieuw op de schop te nemen. De jurisprudentie van het EHRM levert bovendien geen enkele indicatie dat een andere opzet, zoals bijvoorbeeld een samenvoeging van beide instanties, gewenst is. De commissie overweegt hierbij dat de bestaande opzet juist het voordeel heeft dat niet dezelfde instantie vooraf, tijdens en achteraf toezicht houdt.

De commissie heeft derhalve in het bijzonder aandacht besteed aan de vraag op welke wijze het bestaande toezicht door de TIB in het licht van de Europese jurisprudentie versterkt kan worden. De ontwikkeling van deze jurisprudentie laat zien dat het EHRM steeds strengere eisen stelt aan de inrichting van een stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Hierna worden enkele voorstellen gedaan om het Nederlandse stelsel van toezicht in het licht van deze jurisprudentie duurzaam te versterken.

De commissie is van oordeel dat een verdere versterking van het toezicht vooraf het beste bereikt kan worden door met handhaving van de bestaande opzet aan de betrokken instantie, belast met dat toezicht (TIB), de status van rechterlijke instantie toe te kennen, waardoor het noodzakelijk wordt de gangbare waarborgen op het punt van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid duurzaam te verzekeren.

De commissie stelt vast dat de TIB in haar huidige hoedanigheid krachtens de Wiv 2017 al een semi-rechterlijke instantie is, voor het merendeel bestaande uit leden met een achtergrond uit de rechterlijke macht, belast met een typisch rechterlijke taak, namelijk het uitspreken van een rechtmatigheidsoordeel over inzet van bevoegdheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten. De TIB geeft de facto⁸² als semi-rechterlijke instantie een rechterlijke machtiging (autorisatie) aan overheidsdiensten om bepaalde activiteiten te verrichten die mede tot gevolg hebben dat privacy-grondrechten van burgers worden ingeperkt.

De toekenning van de status van rechterlijke instantie aan de TIB sluit aan op de jurisprudentie van het EHRM en is daarnaast in lijn met het standpunt van de regering bij de inrichting van het stelsel van toezicht vooraf in de Wiv 2017.

Uit de jurisprudentie van het EHRM⁸³ kan worden afgeleid dat het EHRM eist dat het verwerken van gegevens door inlichtingen- en veiligheidsdiensten geschiedt op basis van een autorisatie door een onafhankelijke instantie, waarbij het EHRM het oog heeft op onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht. Blijkens de jurisprudentie heeft het EHRM daarbij een uitgesproken voorkeur voor een autorisatie door een onafhankelijke rechterlijke instantie. Het Hof wijst erop dat de werkzaamheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten vrijwel altijd zonder kennis van de betrokken burgers plaatsvinden, zodat zij geen weet hebben van de inbreuk op hun recht op privacy en daartegen niet kunnen opkomen in een rechtsgang bij de rechter. Het Hof overweegt dat misbruik van bevoegdheden in individuele gevallen bij gebrek aan de mogelijkheid van rechterlijke toetsing achteraf een potentieel risico is. Tegen deze

⁸² De Wiv 2017 geeft niet precies aan welk type beslissing de TIB neemt, gesproken wordt van 'het toetsen van de rechtmatigheid' en van 'het oordeel' dat de toestemming van minister rechtmatig of niet rechtmatig is. Zie artikelen 32 en 36 Wiv 2017. Het is wenselijk bij een herziening van de wet duidelijkheid te bieden en de term machtiging in de wet op te nemen.

⁸³ Zie hiervoor uitgebreid hoofdstuk 3 van dit advies.

achtergrond bepleit het EHRM toezicht door een rechterlijke instantie, *'judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure.'*⁸⁴ Het Hof beschouwt rechterlijke autorisatie als *'an important safeguard against arbitrariness'*. Het Hof ziet duidelijk voordelen in autorisatie vooraf door een rechterlijke instantie, maar het beschouwt deze wijze van inrichting van de autorisatie in zijn jurisprudentie tot nu toe niet als een absolute voorwaarde, maar verlangt wel tenminste dat de betrokken instantie onafhankelijk is.⁸⁵

De regering en het parlement volgden destijds bij de totstandkoming van Wiv 2017, zoals gezegd, sterk de richting van de jurisprudentie van het EHRM. De regering benadrukte dat de normen van het EVRM, en de uitwerking daarvan in de jurisprudentie van het EHRM, zijn aan te merken als minimumnormen; niets verzet zich ertegen dat een verdragsstaat in zijn eigen wetgeving hogere normen hanteert.⁸⁶ Daarnaast merkte de regering op dat diep ingrijpende bevoegdheden in de persoonlijke levenssfeer, zoals voorzien in de Wiv 2017, tot *'effective guarantees against abuse'* noopten. *'Een onafhankelijke bindende toets voorafgaand aan de inzet van een bevoegdheid door een rechter (of een andere daarmee vergelijkbare instantie) heeft daarbij de voorkeur'*, aldus de regering in de toelichting bij de totstandkoming van de Wiv 2017.⁸⁷

De commissie leidt uit het voorgaande af dat het voor de hand ligt om de bestaande opzet van toezicht vooraf op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten duurzaam te versterken door de positie van de TIB in beperkte mate aan te passen, in die zin dat de TIB voortaan als een onafhankelijke rechterlijke instantie een rechterlijke machtiging (autorisatie) vooraf verleent. Deze aanpassing van de juridische status leidt er niet toe dat de bestaande functie-uitoefening verandert. Wat wel verandert is dat de TIB als bijzondere rechterlijke instantie volledig moet voldoen aan onafhankelijkheidswaarborgen⁸⁸ die gelden voor rechterlijke instanties. Deze waarborgen zijn voor de reguliere Nederlandse rechterlijke instanties zowel verankerd in de Grondwet en de organieke wetgeving voor rechterlijke instanties,⁸⁹ als in artikel 6 EVRM en artikelen 2 en 19 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en artikel 47 Handvest grondrechten EU.

De Nederlandse (grond)wetgeving bevat een aantal robuuste onafhankelijkheidswaarborgen betreffende de rechtspositie van rechters. De benoeming van rechters geschiedt voor het leven,⁹⁰ tuchtrechtelijk toezicht en besluiten betreffende overplaatsing, schorsing en (onvrijwillig) ontslag van rechters kunnen slechts door rechterlijke instanties⁹¹ genomen worden.

Bij de toepassing van het EVRM, het VEU en het Handvest grondrechten EU hebben het EHRM en het Hof van Justitie van de EU in hun jurisprudentie eveneens onafhankelijkheidswaar-

⁸⁴ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, ro. 336. Zie verder hiervoor uitgebreid paragraaf 3.2.1 van dit advies.

⁸⁵ *Big Brother Watch e.a. t. VK*, ro. 350. Zie verder hiervoor uitgebreid paragraaf 3.2.1 van dit advies.

⁸⁶ *Kamerstukken II 2016/17*, 34588, nr. 3, p. 173.

⁸⁷ *Kamerstukken II 2016/17*, 34588, nr. 3, p. 173.

⁸⁸ En waarborgen van onpartijdigheid. Deze waarborgen die vooral betrekking hebben op afwezigheid van vooringenomenheid en afwezigheid van een belang bij een zaak/partijen, spelen vooral bij geschilbeslechting door een rechter en minder bij onderhavige besluitvorming een rol blijven. Zij hierna verder buiten beschouwing.

⁸⁹ Zie voor wat betreft de gerechten van de rechterlijke macht artikelen 116 en 117 Gw en zie de rechtspositieregeling van leden van de rechterlijke macht in de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra). Voor de gerechten die niet behoren tot de rechterlijke gelden vergelijkbare onafhankelijkheidswaarborgen in de wet.

⁹⁰ De wet gaat er van uit dat de ambtstermijn van de rechter loopt tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van 70 jaar.

⁹¹ Voor de rechters van de rechterlijke macht, de Centrale Raad van beroep en het College van beroep bedrijfsleven beslist de Hoge Raad over deze rechtspositionele aangelegenheden. Voor de staatsraden van de Afdeling bestuursrechtspraak beslist de Raad van State.

borgen voor de rechtspositie van nationale rechters ontwikkeld, als het gaat om de wijze van benoeming, benoemingstermijn en de mogelijkheid van schorsing overplaatsing en ontslag van rechters. De rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie is de laatste jaren op het punt van de rechterlijke onafhankelijkheid (kernelement van de rechtsstaat) met name in de talrijke zaken tegen Polen en Hongarije sterk in ontwikkeling. De beide hoven stellen strengere eisen aan zowel aspecten van rechtspositionele onafhankelijkheid als de functionele onafhankelijkheid (beslissingsvrijheid) van rechterlijke instanties.⁹²

Deze jurisprudentie kan analoog ook betekenis hebben voor de onderhavige bijzondere onafhankelijke instantie, belast met het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

In de huidige regeling van de Wiv 2017 valt te wijzen op een aantal tekortkomingen die zowel rechtspositionele onafhankelijkheidswaarborgen als functionele onafhankelijkheidswaarborgen betreffen. Deze tekortkomingen kunnen in combinatie ertoe leiden dat de betrokken instantie onvoldoende tegemoetkomt aan eisen van onafhankelijkheid.

Ten eerste is hierbij van belang dat de benoeming van de leden van de TIB voor een periode van zes jaar geschiedt, en daarna een herbenoeming kan plaatsvinden. De mogelijkheid van herbenoeming kan onder omstandigheden een risico inhouden voor de rechtspositionele onafhankelijkheid. Immers de mogelijkheid om al of niet te herbenoemen kan door de uitvoerende macht worden gebruikt als middel om toezicht of invloed uit te oefenen op de betrokken functionaris.⁹³

Een ander serieus punt van zorg is de regeling van ontslag van leden van de TIB. Zij kunnen, zoals hiervoor bleek, tussentijds worden ontslagen, wanneer de betrokken ministers van oordeel zijn dat sprake is van een ernstige vertrouwensbreuk. Deze regeling van ontslag voldoet niet aan gangbare onafhankelijkheidswaarborgen, meer in het bijzonder niet aan het beginsel van onafzetbaarheid in de Europese rechtspraak, waarbij een (beperkte) mogelijkheid van ontslag slechts toelaatbaar is door tussenkomst van (of een rechtsgang bij) een rechterlijke instantie die over een ontslag oordeelt.⁹⁴ Hetzelfde bezwaar geldt ten aanzien van de mogelijkheid dat de betrokken ministers leden van de TIB op non-actief kunnen stellen.

Ten slotte is ook de wijze van benoeming van leden van de TIB in bepaalde opzichten problematisch te noemen. In de Europese rechtspraak wordt geaccepteerd dat de uitvoerende macht beslist over rechtersbenoemingen, maar daaraan wordt wel de voorwaarde verbonden van een onafhankelijk element in de benoemingsprocedure. Dat element is bij de benoeming van leden van TIB voorhanden, namelijk door de aanbeveling door de president van de Hoge Raad, de vicepresident van de Raad van State en de Nationale ombudsman. Bedenklijk is echter dat, zoals hiervoor bleek, het de ministers zonder enige beperking of voorwaarde

⁹² Zie voor ontwikkelingen in de jurisprudentie o.a. HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18; HvJ EU 24 juni 2019, C-619/18; HvJ EU 15 juli 2021, C-791/19; HvJ EU 6 oktober 2021, C-487, 19. Zie voor wat betreft EHRM jurisprudentie o.a. EHRM 9 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD000157107 (*Bilgen t. Turkije*); EHRM 8 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819 (*Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*).

⁹³ Vgl. HvJ EU 24 juni 2019, C-619/18, waarin het Hof de discretionaire bevoegdheid van de executieve (in dit geval de President van Polen) om rechters te herbenoemen bezwaarlijk acht met het oog op de onafhankelijkheid. Benoeming van rechters anders dan tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd kan slechts om dwingende redenen aan de orde zijn.

⁹⁴ Vgl. onder andere HvJ EU 15 juli 2021, C-791/19; HvJ EU 6 oktober 2021, C-487, 19. Zie voor wat betreft het EHRM: EHRM 9 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD000157107 (*Bilgen t. Turkije*). Naar Nederlands recht is onvrijwillig ontslag slechts mogelijk bij arrest van de Hoge Raad (artikel 117 Gw en artikel 46 a e.v. Wvra)

vrijstaat om een voordracht naast zich neer te leggen en een nieuwe voordracht te verzoeken. De vraag rijst of deze procedure wel voldoet aan eisen van onafhankelijkheid.⁹⁵

Naast de rechtspositionele onafhankelijkheid is de functionele onafhankelijkheid van belang. Een onafhankelijke instantie dient beslissingsvrijheid te hebben. Er moet sprake zijn van ‘*safeguards against outside pressures*’ en van ‘*an appearance of independence*.’ Burgers mogen geen gereede twijfel hebben aan de onafhankelijkheid van de betrokken instantie.⁹⁶ De functionele onafhankelijkheid van de TIB is echter niet als zodanig gewaarborgd in de Wiv 2017.

De commissie constateert dat de thans geldende combinatie van rechtspositionele bepalingen betreffende de TIB in de Wiv 2017 twijfels doet rijzen aan de onafhankelijkheid van de leden van de TIB. Bij de versterking van de juridische structuur van de TIB tot een rechterlijke instantie, zoals in dit advies voorgesteld door de commissie, dient een passend kader van rechterlijke onafhankelijkheid in de wet opgenomen te worden. Voor dit kader kan het beste aansluiting worden gezocht bij de bestaande robuuste rechtspositionele onafhankelijkheidswaarborgen die voor rechters van de rechterlijke macht gelden op grond van artikel 117 Grondwet (Gw) en de regeling in de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.⁹⁷ Dat betekent met name dat beslissingen inzake schorsing en ontslag, en eventuele tuchtmaatregelen worden opgedragen aan de Hoge Raad.

Een benoeming voor het leven (tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd) is gangbaar voor rechters in Nederland. Voor rechters van de rechterlijke macht is deze benoeming grondwettelijk voorgeschreven (artikel 117 Gw). Voor rechters die niet behoren tot de rechterlijke macht zou bij wet een benoeming voor een beperkte ambtstermijn mogelijk zijn. Wellicht dat in dit geval voor deze bijzondere rechterlijke functies een benoeming voor een beperkt aantal jaren te overwegen valt.⁹⁸

De benoemingen geschieden bij koninklijk besluit op voordracht van de Tweede Kamer en aanbeveling van onafhankelijke derden.

Deze onafhankelijkheidswaarborgen voldoen aan de eisen die het Hof van Justitie en het EHRM in hun jurisprudentie stellen aan nationale rechterlijke instanties.

Voor het aanpassen van de juridische status van de TIB zijn twee opties denkbaar.

De eerste mogelijkheid is om de TIB voortaan als bijzonder rechtscollege te verankeren in de Wet op de Inlichtingen en veiligheidsdiensten. Op deze wijze wordt dan een bijzondere bestuursrechter, het *Rechtscollege Toezicht Inzet Bevoegdheden* (RTIB), belast met toezicht vooraf op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. De voor leden van de rechterlijke macht gangbare onafhankelijkheidswaarborgen uit de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren worden dan in de Wiv van overeenkomstige toepassing verklaard. De RTIB voldoet aan de

⁹⁵ Vgl. HvJ EU 20 april 2021, C-896/19 (Maltese zaak), r.o. 71, waarin het Hof ervan uitgaat dat afwijking van een onafhankelijk advies inzake benoeming van rechters slechts onder voorwaarde (motivering van de gronden van afwijking aan het parlement) toelaatbaar is.

⁹⁶ Zie o.a. EHRM 25 september 2001, no. 33368/96 (*Yakis t. Turkije*).

⁹⁷ Deze regeling geldt bijvoorbeeld ook voor de staatsraden van de Raad van State. Zie artikelen 3 en 8 Wet op de Raad van State.

⁹⁸ Het Hof van Justitie EU gaat uit van het beginsel van onafzetbaarheid, dat vereist dat rechters moeten kunnen aanblijven tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd of indien hun mandaat aan een bepaalde termijn gebonden is, tot deze verstreken is. HvJ EU C-619/18, ro. 76. Herbenoeming is zoals gezegd niet wenselijk. Zie ook EHRM 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208 (*Centrum för rättvisa t. Zweden*), waarin de rechterlijke instantie, belast met toezicht vooraf, is samengesteld uit leden met een beperkte benoemingstermijn.

gangbare onafhankelijkheidswaarborgen in de jurisprudentie van het EHRM en het Hof van Justitie van de EU. De RTIB heeft onverkort als bijzondere rechterlijke instantie de bevoegdheid al of niet autorisatie/machtiging te verlenen aan de inzet van bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. De RTIB bestaat uit drie rechterlijke leden, met een mogelijkheid van inzet van plaatsvervangende leden. Van belang hierbij is nog in het licht van de jurisprudentie van het EHRM dat de wet een adequate ondersteuning van de RTIB regelt, om een effectieve uitoefening van de rechterlijke taak mogelijk te maken.⁹⁹

Een tweede optie is om de TIB onder te brengen bij de rechterlijke macht en de bevoegdheden op te dragen aan een meervoudige kamer van de rechtbank Den Haag, analoog aan de bestaande voorziening (inzet bevoegdheden jegens advocaten en journalisten) bij de Rechtbank Den Haag in artikel 30 Wiv 2017. Bij deze optie speelt echter de vraag in hoeverre het mogelijk en wenselijk is zo'n bijzondere rechterlijke instantie met een bijzondere taakstelling op het terrein van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten onder te brengen bij een gewone rechtbank. De vraag is dan onder andere of en in hoeverre de bestaande organisatie- en beheersstructuur van de rechtbank toepasbaar is.¹⁰⁰

De commissie heeft een voorkeur voor de eerste optie. Met de instelling van een RTIB als een bijzonder bestuursrechtelijk rechtscollege in de WIV is beter gewaarborgd dat rechters met een specifieke expertise, vertrouwd met de praktijk van de inlichtingendiensten, oordelen over de inzet van de bevoegdheden van deze diensten. De bijzondere voorziening bij de rechtbank Den Haag van artikel 30 Wiv 2017 (voor advocaten en journalisten) kan dan vervallen. Dit scenario, waarbij de toetsing in één hand is, draagt ook bij aan rechtseenheid in de toepassingspraktijk.

Deze tweede optie maakt het bovendien mogelijk de betrokken rechters eventueel voor een beperkte ambtstermijn te benoemen.

De omvorming van de TIB naar de RTIB levert naar het oordeel van de commissie een duurzame versterking op van het stelsel van onafhankelijk toezicht vooraf op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten die tegemoet komt aan onafhankelijkheidseisen die het Nederlandse recht stelt en aansluit op ontwikkelingen in de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie van de EU.

De commissie benadrukt hierbij het belang van toetsing door een rechterlijke instantie. De activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten hebben in veel gevallen tot gevolg dat de overheid inbreuk maakt op grondrechten van burgers op het terrein van de persoonlijke levenssfeer (privacy). De bijzondere omstandigheid dat die inbreuk doorgaans plaatsvindt buiten medeweten van de betrokken burgers, leidt ertoe dat de burger de mogelijkheid mist om tegen het overheidsingrijpen op zijn grondrechten bij de rechter op te komen. Dit leidt tot een tekort in de rechtsbescherming van burgers. In een democratische rechtsstaat is dit principiële onaanvaardbaar. Het tekort aan rechtsbescherming voor de burger bij de beperking van zijn grondrechten kan echter worden weggenomen door een onafhankelijke rechterlijke instantie in te schakelen die vooraf de rechtmatigheid van de grondrechtenbeperking beoordeelt. Het voorstel van de commissie voorziet hierin.

⁹⁹ *Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije*, r.o. 315 en 337.

¹⁰⁰ Denk hierbij bijvoorbeeld aan taken en bevoegdheden van het gerechtsbestuur inzake de samenstelling/bezetting van de kamers, de verdeling van de budgetten, de inzet van ondersteuning, en de taken van de Raad voor de rechtspraak en de minister van Justitie en Veiligheid inzake het toezicht op de bedrijfsvoering.

Naast de juridische status van de instantie, belast met toezicht, is de omvang van haar bevoegdheden een punt van discussie. Hiervoor bleek dat de evaluatiecommissie pleit voor een zekere beperking van de autorisatiefunctie vooraf. De autorisatie vooraf dient zich volgens de evaluatiecommissie te beperken tot besluiten betreffende het verwerven van gegevens, niet de verwerking ervan. Bovendien acht de evaluatiecommissie het stellen van voorwaarden bij het verlenen van autorisatie onwenselijk.

Uit de hiervoor in hoofdstuk 3 van dit advies besproken recente jurisprudentie van het EHRM volgt nochtans dat aspecten van de verwerking van gegevens, zoals de selectie ervan, voorwerp dienen te zijn van een autorisatie vooraf. Het lijkt de commissie raadzaam om deze discussiepunten bij de herziening van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten aan de orde te stellen en daarbij de stellingname van de TIB en de CTIVD nadrukkelijk te betrekken. Met het oog op het bevorderen van een duurzaam stelsel van toezicht vooraf ligt een beperking van bevoegdheden naar het oordeel van de commissie voorshands niet in de rede.

Ten slotte dient nog aandacht besteed te worden aan het pleidooi van de evaluatiecommissie om een aanvullende voorziening toe te voegen aan het stelsel van toezicht, namelijk een voorziening van geschilbeslechting bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, die daarbij richtinggevende uitspraken kan doen over de uitleg van wettelijke regels en normen en de intensiteit van toetsing.

De evaluatiecommissie is op het punt van deze extra voorziening niet geheel duidelijk. Wil zij een volledig beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak toevoegen aan het bestaande stelsel van toezicht of slechts een beperkte aanvullende voorziening? De commissie merkt op dat het stelsel van toezicht vooraf fundamenteel kan veranderen, wanneer een aanvullende voorziening van geschilbeslechting bij de Afdeling bestuursrechtspraak eraan wordt toegevoegd. Het risico bestaat dat zich de facto een procedure in twee instanties (machtiging RTIB en vol beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak) ontwikkelt, waarvan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten naar bevind van zaken gebruik kunnen maken. Het is zeer de vraag of zo'n procedure in twee instanties nodig is. Het risico is geenszins denkbeeldig dat de snelle en efficiënte besluitvorming in het bestaande stelsel van toezicht op de tocht komt te staan.

De introductie van een procedure in twee instanties is bovendien op zich niet goed te rijmen met het uitgesproken positieve oordeel bij de evaluatie over het functioneren van de TIB in de afgelopen jaren. Een procedure in twee instanties zou de positie van de (R)TIB tegenover de minister aanzienlijk kunnen verzwakken.

De commissie heeft begrip voor het standpunt van de evaluatiecommissie dat het onwenselijk is dat de (R)TIB altijd het laatste woord heeft als het gaat om de uitleg van wettelijke regels. In dat verband zou een passende oplossing kunnen zijn dat de betrokken minister bij een verschil van opvatting de bevoegdheid krijgt de (R)TIB te verzoeken een prejudiciële vraag voor te leggen aan de Afdeling bestuursrechtspraak¹⁰¹ over de uitleg van wettelijke regels. Op deze wijze wordt niet een volwaardig beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak gecreëerd, maar een beperkte aanvullende voorziening geboden waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak¹⁰² slechts een bindend oordeel velt over een rechtsvraag.

Bij een verschil van mening tussen minister en (R)TIB over de uitleg van wettelijke regels (niet over de toepassingspraktijk) verzoekt de minister om een prejudiciële beslissing van de

¹⁰¹ Een te overwegen alternatief zou zijn om prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad.

¹⁰² Of de Hoge Raad.

Afdeling bestuursrechtspraak. De (R)TIB legt de prejudiciële vraag voor aan de Afdeling bestuursrechtspraak. De beantwoording van de rechtsvraag door de Afdeling bestuursrechtspraak is bindend voor de (R)TIB en de minister.

De commissie gaat er van uit dat het slechts bij uitzondering nodig zal zijn om een dergelijke prejudiciële procedure te volgen. Bij de aanstaande herziening van de Wiv 2017 kunnen bestaande knelpunten over de uitleg van wettelijke regels worden weggenomen.

5 Toezicht *ex durante* en *ex post* (CTIVD)

5.1 Bevoegdheden en inrichting van de CTIVD

5.1.1 Taakopdracht en bevoegdheden

De taakopdracht van de commissie van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (CTIVD) berust op artikel 97, derde lid, sub a Wiv 2017. Volgens deze bepaling is de CTIVD belast met het toezicht op de rechtmatigheid van de uitvoering van hetgeen bij of krachtens de Wiv 2017 en de Wet veiligheidsonderzoeken is gesteld. Deze opdracht is uitgewerkt in de paragrafen 7.2.1 en 7.2.2 (artikelen 107 tot 113 Wiv 2017). De kern van deze paragrafen bestaat uit de bevoegdheden tot het doen van ‘onderzoek naar de wijze waarop hetgeen bij of krachtens deze wet of de Wet veiligheidsonderzoeken is gesteld, is uitgevoerd’ (artikel 112, eerste lid Wiv 2017). Elk van beide Kamers van de Staten-Generaal kan de CTIVD verzoeken een onderzoek te doen (artikel 112, tweede lid Wiv 2017). De CTIVD informeert de betrokken minister en een of beide Kamers van de Staten-Generaal van een voorgenomen onderzoek, zo nodig vertrouwelijk.

De afdeling toezicht van de CTIVD stelt naar aanleiding van het onderzoek een toezichtsrapport op (artikel 113, eerste lid Wiv 2017) dat voor vaststelling om commentaar aan de betrokken minister wordt voorgelegd (artikel 113, tweede lid Wiv 2017). Na ontvangst van de reactie stelt de CTIVD het rapport vast, dat zo nodig aanbevelingen voor te nemen maatregelen bevat (artikel 113, derde lid Wiv 2017). Na vaststelling stuurt de CTIVD het rapport aan de betrokken minister (artikel 113, vierde lid Wiv 2017), die het rapport en zijn reactie daarop binnen zes weken aan de Staten-Generaal stuurt (artikel 113, vijfde lid Wiv 2017).

Artikel 113, derde en vierde lid Wiv 2017 zijn (ook) te zien als een uitwerking van de in artikel 97, derde lid, sub b Wiv 2017 opgenomen taakopdracht om de minister gevraagd en ongevraagd in te lichten en te adviseren over de door de commissie geconstateerde bevindingen. Artikel 97, derde lid, sub c Wiv 2017 geeft de CTIVD daarnaast expliciet de opdracht ongevraagd te adviseren over de toepassing van de in artikel 59 Wiv 2017 neergelegde bijzondere bevoegdheden. Tot slot heeft de CTIVD op grond van artikel 97, derde lid, sub d Wiv 2017 de taak toe te zien op toepassing van de bevoegdheid van artikel 14, vierde lid, van de Rijkswet op het Nederlanderschap (intrekking Nederlanderschap in het belang van de nationale veiligheid).

De bevoegdheden van de CTIVD strekken zich dus uit tot het doen van onderzoek naar de rechtmatigheid van het handelen van de veiligheidsdiensten en het rapporteren daarover, inclusief het doen van aanbevelingen. Het onderzoek van de CTIVD is zowel *real time* toezicht of *ex durante* toezicht dat zich richt op de uitvoering van een operatie van een dienst, als *ex post* toezicht, onderzoek na afloop van een operatie. De CTIVD beschikt niet over formele interventiebevoegdheden.

Behalve een toezichtstaak heeft de CTIVD ook de taak klachten te behandelen volgens artikel 97, vierde lid Wiv 2017. De afdeling klachtbehandeling onderzoekt en beoordeelt klachten (artikel 97, vierde lid, sub a Wiv 2017) en onderzoekt en beoordeelt meldingen van een vermoeden van een misstand (artikel 97, vierde lid, sub b Wiv 2017). Deze taak is verder uitgewerkt in paragraaf 7.2.3 (over klachtbehandeling) en paragraaf 7.2.4 (over behandeling van meldingen inzake vermoedens van misstanden).

Opvallend is dat de afdeling klachtbehandeling CTIVD wel beschikt over formele interventiebevoegdheden. De afdeling beoordeelt of in de door haar onderzochte aangelegenheid behoorlijk is gehandeld (artikel 124, eerste lid Wiv 2017). Indien het oordeel luidt dat in de onderzochte aangelegenheid sprake is van een onrechtmatige of niet behoorlijke handeling beschikt de afdeling over een aantal interventiebevoegdheden. Volgens artikel 124, vierde lid, sub a Wiv 2017, kan worden bepaald dat een lopend onderzoek wordt gestaakt, dat de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid dient te worden beëindigd (artikel 124, vierde lid, sub b Wiv 2017), of dat door de diensten verwerkte gegevens worden verwijderd en vernietigd. Artikel 124, vijfde lid Wiv 2017 bepaalt dat de betrokken minister gehouden is het oordeel van de afdeling klachtbehandeling uit te voeren. Ter zake van misstanden beoordeelt de afdeling klachtbehandeling of het aannemelijk is dat sprake is van een misstand (artikel 131, eerste lid Wiv 2017). Het oordeel deelt de afdeling klachtbehandeling schriftelijk mede aan de minister; naar aanleiding van het onderzoek kunnen aan de minister aanbevelingen worden gedaan (artikel 131, zesde lid Wiv 2017).

5.1.2 Inrichting van de CTIVD

Voorzitter en leden van de CTIVD worden benoemd door de Kroon, op voordracht van de betrokken ministers, op voordracht van de Tweede Kamer, die daarbij acht slaat op een aanbevelingslijst opgesteld door de vicevoorzitter van de Raad van State, de president van de Hoge Raad en de Nationale ombudsman (artikelen 98 en 99 Wiv 2017). De commissie wordt ondersteund door een secretariaat met de medewerkers waarvan een arbeidsovereenkomst wordt gesloten op basis van een Koninklijk Besluit op voordracht van de betrokken ministers en op aanbeveling van de voorzitter van de commissie (artikel 103 Wiv 2017). De rechtspositie van de leden van de commissie wordt geregeld bij algemene maatregel van bestuur (artikel 102 Wiv 2017). De commissie bestaat uit vier leden. De voorzitter van de commissie en twee van de leden worden benoemd in de afdeling toezicht. Een van de leden wordt benoemd als lid, tevens voorzitter van de afdeling klachtbehandeling (artikel 98, eerste lid Wiv 2017). Daarnaast worden twee andere leden in de afdeling klachtbehandeling benoemd (artikel 98, tweede lid Wiv 2017). Aldus is er een strikte personele scheiding tussen de leden van de afdeling toezicht en de afdeling klachtbehandeling, zoals ook door de rechtspraak van het EHRM wordt geëist. Uit het rapport van de evaluatiecommissie blijkt dat klachtbehandeling slechts weinig voorkomt. De commissie adviseert niet tot wijzigingen in de behandeling van klachten en de inrichting van de afdeling klachtbehandeling te komen. De door het Hof in *Centrum för rättvisa* geëiste scheiding tussen toezicht en klachtbehandeling is in het Nederlandse stelsel

voldoende geregeld. Om die reden besteden we hierna aan de klachtbehandeling door de CTIVD verder geen aandacht.

5.1.3 Kernvragen

In dit onderdeel van het advies staan twee vragen centraal: hoe moet de onafhankelijkheid van de inrichting van de commissie worden beoordeeld en hoe dienen de toezichtsbevoegdheden van de CTIVD te worden gezien in het licht van de recente Straatsburgse jurisprudentie? Daarbij is het goed vast te stellen dat het bestaande stelsel van toezicht door de CTIVD in het algemeen voldoet aan de vereisten in de rechtspraak van het EHRM. De Europese jurisprudentie dwingt in het algemeen niet tot rigoureuze aanpassingen van het bestaande stelsel van toezicht. Wel is het zo dat de jurisprudentie zich ontwikkelt. De beide arresten uit 2021 laten zien dat het EHRM steeds strengere eisen stelt aan de inrichting van een stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Op enkele punten doet de commissie hierna daarom voorstellen die kunnen leiden tot een meer duurzaam en effectief stelsel van toezicht.

5.2 Intermezzo: toezicht en toezichthouders en hun verhouding tot de minister

5.2.1 Het begrip *toezicht*

De CTIVD is belast met het toezicht op de rechtmatigheid van de handelingen van de veiligheidsdiensten ter uitvoering van de Wiv 2017 en de Wet veiligheidsonderzoeken. Met het begrip *toezicht* wordt een activiteit aangeduid: het houden van toezicht. Personen die zich met deze activiteit bezighouden noemen we *toezichthouders*. Verwarrend genoeg duiden we organisaties op dit terrein ook aan als *toezichthouders*. De CTIVD is dus een toezichthouder en bij de commissie werken toezichthouders.

Toezichthouders zijn inspecties, zogenaamde rijkstoezichthouders of rijksinspecties, en autoriteiten. Die organisaties onderscheiden zich van elkaar doordat een rijksinspectie (zoals de Inspectie van het Onderwijs en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd) een onderdeel is van een ministerie, waarvoor de ministeriële verantwoordelijkheid ten volle geldt. Autoriteiten (zoals de Autoriteit Consument en Markt en de Autoriteit Persoonsgegevens) zijn op afstand van de minister geplaatst, veelal georganiseerd als een zelfstandig bestuursorgaan, waarmee de ministeriële verantwoordelijkheid beperkt is.

Toezicht is een juridisch begrip. Toezichthouders beschikken over juridische bevoegdheden die ze nodig hebben voor de uitvoering van hun taken, voor het vergaren van informatie, het uitvoeren van inspecties en het houden van controle op de naleving. De Algemene wet bestuursrecht (Awb) kent in titel 5.2 een algemene regeling voor toezicht op de naleving. Belangrijke bepalingen betreffen de bevoegdheid van toezichthouders plaatsen te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner (artikel 5:15, eerste lid Awb), inlichtingen te vorderen (artikel 5:16 Awb) en inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17, eerste lid Awb). Artikel 5:20, eerste lid Awb kent een medewerkingsplicht: eenieder is verplicht medewerking te verlenen aan een toezichthouder die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

De Wiv 2017 is een *lex specialis* ten opzichte van de Awb. In de artikelen 107 tot 111 Wiv 2017 zijn de bevoegdheden van de CTIVD beschreven die grofweg overeenkomen met in titel 5.2 van de Awb geregelde bevoegdheden.

5.2.2 Interventiebevoegdheden

Toezichthouders beschikken doorgaans over interventiemogelijkheden die te zien zijn als sluitstuk van *toezicht en handhaving*: de toepassing van sanctiebevoegdheden. Veel voorkomende bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden, opgenomen in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht, zijn de last onder bestuursdwang (afdeling 5.3.1), de last onder dwangsom (afdeling 5.3.2) en de bestuurlijke boete (titel 5.4). Daaruit blijkt dat toezichtsinterventies een bestraffend karakter kunnen hebben, zoals bij de boete, maar ook reparatoir van aard kunnen zijn, zoals bij de herstelsancties last onder bestuursdwang en last onder dwangsom. Op sommige beleidsterreinen komen bijzondere interventiebevoegdheden voor zoals de waarschuwing, of bijzondere uitingsvormen van de last onder bestuursdwang.

De CTIVD beschikt niet over interventiebevoegdheden, zoals geregeld in titel 5.3 en 5.4 van de Awb, waarover andere toezichthouders wel beschikken.

5.2.3 Onafhankelijkheid

De CTIVD onderscheidt zich van andere toezichthouders doordat wel sprake is van afstand tot de minister, terwijl niet gekozen is voor de inrichting van een zelfstandig bestuursorgaan. Het is veelal onder invloed van Europese en internationale regelgeving dat toezichthouders op afstand worden geplaatst tot de minister. Voortvloeiend uit de energierichtlijnen geldt die afstand tot de minister voor de energiekamer van de Autoriteit Consument & Markt (ACM). Het toezicht op de financiële markten is op afstand van de minister geplaatst in de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Beide zijn ingericht als zelfstandige bestuursorganen. De toezichthouder die is belast met het toezicht op het waarborgen van het grondrecht op privacy is de Autoriteit Persoonsgegevens (AP). Hier is het de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) die onafhankelijkheid van de toezichthouder (meer precies institutionele onafhankelijkheid) eist ten opzichte van de minister. De AP is ingericht als een zelfstandig bestuursorgaan, ingesteld bij de Uitvoeringswet AVG. Tegen deze achtergrond komt de onafhankelijkheid van de CTIVD hierna nader aan de orde.¹⁰³

5.3 Onafhankelijkheid van de CTIVD

Zoals gezegd wordt op een aantal terreinen door Europese regelgeving geëist dat toezichthouders onafhankelijk moeten zijn gepositioneerd ten opzichte van de verantwoordelijke minister. Rode draad is daarbij telkens dat onafhankelijkheid noodzakelijk is omdat de minister en zijn uitvoeringsorganisatie zelf (ook) voorwerp van toezicht zijn. Dat is evident het geval bij de verhouding tussen de CTIVD en de diensten, waar de toezichthouder uitsluitend toezicht houdt op uitvoeringsorganisaties die vallen onder de verantwoordelijkheid van de minister. De Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke trend wijst duidelijk in de richting van het versterken van de onafhankelijkheid van toezichthouders.¹⁰⁴ In de memorie van toelichting bij de Wiv 2017 wordt die ontwikkeling ook gesignaleerd.¹⁰⁵ De vraag is of de wetgever met de vormgeving van het stelsel van toestemming en toezicht dat in de Wiv 2017 is neergelegd ver genoeg is gegaan. De evaluatiecommissie beveelt aan de TIB en de CTIVD in haar huidige vorm

¹⁰³ Van belang vast te stellen dat de CTIVD geen rijksinspectie is en ook geen markttoezichthouder. In die zin is sprake van een toezichthouder met een bijzondere taak. Het beste is de CTIVD te vergelijken met de Autoriteit Persoonsgegevens (AP). Ook die toezichthouder houdt toezicht op de bescherming van grondrechten, waarbij eveneens artikel 8 EVRM een rol speelt. De AP houdt anders dan de CTIVD niet alleen toezicht op overheden, maar ook op bedrijven en semi-publieke organisaties. De AP is een zbo, bekleed met formele interventiebevoegdheden zoals de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete.

¹⁰⁴ Lavrijssen & Ottow 2012.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr, 3, p, 224.

te laten bestaan.¹⁰⁶ De vraag is welke waarborgen de wet op dit moment kent voor de onafhankelijkheid van het externe toezicht door de CTIVD.

5.3.1 Huidige waarborgen voor onafhankelijkheid

In de Wiv 2017 is in de artikelen 97 en 98 voorzien in benoeming door de Kroon van de voorzitter en leden van de CTIVD volgens een procedure waarbij de Tweede Kamer een voordracht van tenminste drie personen opstelt, waaruit de betrokken ministers een voordracht aan de Kroon doen. De Tweede Kamer laat zich bij haar voordracht adviseren door de vicevoorzitter van de Raad van State, de president van de Hoge Raad en de Nationale ombudsman die een aanbevelingslijst opstellen. Indien de ministers geen van de door de voorgedragen kandidaten geschikt achten, vragen zij de Tweede Kamer een nieuwe voordracht te doen (artikel 99, tweede lid Wiv 2017). De benoeming geschiedt voor zes jaren; herbenoeming is eenmaal mogelijk. De rechtspositie van voorzitter en leden van de CTIVD wordt geregeld bij algemene maatregel van bestuur, voor zover daarin niet bij wet is voorzien (artikel 102 Wiv 2017). De commissie en haar afdelingen worden ondersteund door een secretariaat; bij KB wordt, op voordracht van de betrokken ministers op aanbeveling van de voorzitter CTIVD, besloten tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst met de betreffende personen (artikel 103, eerste en tweede lid Wiv 2017).

Er is sprake van tekortkomingen in de huidige regeling voor wat betreft zowel de rechtspositionele onafhankelijkheidswaarborgen als de functionele onafhankelijkheidswaarborgen. De commissie verwijst op dit punt naar het onderdeel van haar advies over de TIB (paragraaf 4.3).

Ook de evaluatiecommissie meent dat er reden is om de benoemingsprocedure van de CTIVD en de regeling van de rechtspositie van de leden van de CTIVD aan te passen.¹⁰⁷ Om het stelsel toekomstbestendig te maken dient naar het oordeel van de commissie de inrichting van de CTIVD te veranderen. De commissie adviseert daartoe te kiezen voor de oprichting van een zelfstandig bestuursorgaan.

5.3.2 Zelfstandig bestuursorgaan

De commissie meent dat onafhankelijke inrichting van de CTIVD het beste gerealiseerd kan worden door de oprichting van een zelfstandig bestuursorgaan. Daarmee wordt aansluiting gezocht bij de organisatie-inrichting van andere onafhankelijke toezichthouders in ons land. Het grote voordeel daarvan is dat dan het raamwerk van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (zbo's) beschikbaar komt, waarbinnen onafhankelijkheid afdoende is geregeld. Artikel 3, eerste lid Kaderwet zbo's noemt als motief voor de instelling van een zelfstandig bestuursorgaan onder meer onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid. In de wettelijke regeling waarin het zelfstandig bestuursorgaan CTIVD wordt ingesteld moet de toepasselijkheid van de bepalingen van de Kaderwet worden gezien. Zo ligt het voor de hand dat een uitzondering wordt gemaakt voor de artikelen 12, 20, 21, 22 en 23 van de Kaderwet zbo's, die een benoemings- en ontslagbevoegdheid bevatten en die voorzien in verschillende sturingsmogelijkheden van de verantwoordelijke minister ten aanzien van het door een zelfstandig bestuursorgaan gevoerde beleid in de vorm van het opstellen van beleidsregels, het vernietigen van een besluit van het zbo en het treffen van voorzieningen bij ernstige taakverwaarlozing. De instellingswet van de Autoriteit Persoonsgegevens, neergelegd in de Uitvoeringswet AVG kan hiervoor als voorbeeld dienen.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Commissie evaluatie Wiv 2017, p. 159.

¹⁰⁷ Commissie evaluatie Wiv 2017, p. 141 e.v.

¹⁰⁸ Zie hoofdstuk 2 van de UAVG; artikel 8 verklaart een aantal bepalingen van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren van toepassing.

Ook is het van belang dat, zoals op dit moment reeds in de Wiv 2017 is geregeld, er een duidelijke regeling is van het onderscheid tussen klachtafhandeling enerzijds en toezicht anderzijds. Zoals hiervoor in 3.3.4 is benadrukt meende het Hof weliswaar in *Centrum för rättvisa* dat de Zweedse toezichthouder onafhankelijk was, maar stelde het Hof ook vast dat het *Inspectorate* in de situatie terecht zou kunnen komen in klachtprocedures een oordeel uit te moeten uitspreken over zijn eigen rol bij het houden van toezicht op bulk-intercepties.¹⁰⁹ Dat zou kunnen leiden tot een *conflict of interests*.

5.4 Bevoegdheden van de CTIVD

De CTIVD is een bijzondere toezichthouder. De commissie beschikt over bevoegdheden op drie terreinen: toezicht *ex durante*, toezicht *ex post* en klachtbehandeling. Hierna besteden we aandacht aan toezicht tijdens en na afloop van de operaties van de diensten.

5.4.1 Toezicht *ex durante*

De CTIVD houdt toezicht tijdens de uitvoering van de operaties van de diensten. Tijdens die operaties kijkt de CTIVD *'real time'* mee, zo vermeldt ook het rapport van de evaluatiecommissie, die spreekt over *'dynamisch toezicht'*.¹¹⁰ Daartoe is de CTIVD toegerust met onderzoeksbevoegdheden, zoals hiervoor beschreven in 5.1.1. De CTIVD is volledig vrij om onderzoek uit te voeren en heeft daarvoor de benodigde bevoegdheden in paragraaf 7.2.1 van de Wiv 2017. Dat onderzoek leidt tot een door de CTIVD op te stellen rapport, waarop de betrokken minister een reactie kan geven (artikel 113 Wiv 2017). De CTIVD stelt het rapport vast en stuurt dat naar de betrokken minister, die het naar de Staten-Generaal zendt. Deze rapporten zijn dus rapporten van bevindingen.

De toezichtsrapporten van de CTIVD bevatten geen interventies, maar de CTIVD kan wel aanbevelingen doen over eventueel te treffen maatregelen. Zoals eerder geconstateerd, heeft de CTIVD anders dan andere inspecties en autoriteiten niet de bevoegdheid om bij de uitoefening haar toezichtstaken interventies te plegen; de CTIVD kan slechts niet-bindende rechtmatigheidsoordelen geven, en dus eventueel aanbevelingen doen. Het geven van aanbevelingen is geen formele interventie, omdat het opvolgen van die aanbevelingen niet kan worden afgedwongen.

De vraag is hoe het ontbreken van formele interventiebevoegdheden van de CTIVD moet worden gewaardeerd in het licht van de bestaande overige stelsels van toezicht en de Straatsburgse jurisprudentie. Dat begint met de vaststelling dat het EHRM waarborgen eist om het risico op schending van artikel 8 EVRM te minimaliseren. Relevant is dat het Hof in rechtsoverweging 349 van *Big Brother Watch* het volgende overweegt:

'In the context of bulk interception the importance of supervision and review will be amplified, because of the inherent risk of abuse and because the legitimate need for secrecy will inevitably mean that, for reasons of national security, States will often not be at liberty to disclose information concerning the operation of the impugned regime.'

¹⁰⁹ *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 359-361.

¹¹⁰ Commissie evaluatie Wiv 2017, p. 118.

Bij bulkinterceptie weegt het belang van toezicht dus extra zwaar, aldus het Hof. In rechtsoverweging 356 oordeelt het Hof:

‘Each stage of the bulk interception process – including the initial authorisation and any subsequent renewals, the selection of bearers, the choice and application of selectors and query terms, and the use, storage, onward transmission and deletion of the intercept material – should also be subject to supervision by an independent authority and that supervision should be sufficiently robust to keep the “interference” to what is “necessary in a democratic society”’.

Het Hof overweegt in *Big Brother Watch* dus dat gedurende elke fase van het proces sprake moet zijn van een voldoende strenge controle (*‘sufficiently robust supervision’*). Dat betekent toezicht op de selectie van communicatieroutes waarop de interceptie zich richt; op de keuze van *selectoren* en zoektermen; op het gebruik, de opslag, de doorgifte en de vernietiging van het onderschepte materiaal.¹¹¹ Daarbij moet de toezichthouder steeds de noodzaak en de evenredigheid van de actie beoordelen en moet hij zich laten leiden door de ernst van de inbreuken die worden gemaakt op de EVRM-rechten van de personen die waarschijnlijk getroffen zullen worden door de intercepties. Die ernst zal doorgaans toenemen naarmate het proces van interceptie vordert. Naar het oordeel van het Hof is juist in de fase waarin de verwerking van persoonsgegevens plaatsvindt, de behoefte aan adequate waarborgen tegen misbruik het grootst.¹¹²

Zoals hiervoor onder 3.2.2 is verwoord, had in het Zweedse systeem de toezichthouder de bindende bevoegdheid om te bepalen dat het vergaren van inlichtingen diende te worden beëindigd, en dat reeds verkregen materiaal moest worden vernietigd. In andere gevallen moest de toezichthouder een melding doen aan het bevoegd gezag dat dan juridisch bindende maatregelen kon treffen.¹¹³ Het Hof beoordeelt het Zweedse stelsel als *‘satisfactory’*¹¹⁴ en typeert het als *‘effective supervision’*.¹¹⁵

De commissie ziet zich in het licht van het voorgaande en de rechtspraak van het Hof voor de vraag gesteld of een aanpassing van het *ex durante* toezicht door de CTIVD noodzakelijk is.

De commissie-Dessens, die de Wiv 2002 evalueerde, pleitte voor de introductie van wat zij noemde *‘onmiddellijk toezicht’* en meende dat de CTIVD daarnaast ook bindende rechtmatigheidsoordelen zou moeten kunnen geven in het *ex post* toezicht.¹¹⁶ De regering koos daar niet voor, maar splitste de toezichtstaak in toezicht *ex ante*, neergelegd bij de TIB, die de inzet van een operatie door de diensten moet autoriseren, en het toezicht tijdens en na afloop van een operatie door de CTIVD. Het toezicht tijdens en na afloop van de operaties door de CTIVD moest zich volgens de wetgever beperken tot niet-bindende rechtmatigheidsoordelen. Het argument daarvoor was dat de ministers volledig verantwoordelijk zouden moeten blijven voor het werk van de diensten en dat het daarom niet wenselijk was de afdeling toezicht van de CTIVD te bekleden met de bevoegdheid tot het geven van bindende rechtmatigheidsoordelen.

¹¹¹ *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 55; *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 356; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 270.

¹¹² *Big Brother Watch e.a. t. VK*, par. 330; *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 244.

¹¹³ *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 350.

¹¹⁴ *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 350.

¹¹⁵ *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 353.

¹¹⁶ Commissie evaluatie Wiv 2002 p. 102.

De minister verweerde zich in de memorie van toelichting bij de Wiv 2017 tegen het voorstel om de CTIVD te bekleden met de bevoegdheid tot het geven van bindende rechtmatigheids-oordelen met het argument dat de ministeriële verantwoordelijkheid het ventiel is om het systeem laat werken.¹¹⁷ De commissie plaatst vraagtekens bij dat argument. De minister is verantwoordelijk tegenover de Staten-Generaal, maar omdat het veelal situaties betreft waarin dat debat niet plaats kan vinden in de openbaarheid is sprake van een gemankeerde invulling van die ministeriële verantwoordelijkheid. In de Tweede Kamer zijn twee vaste Kamercommissies belast met de parlementaire controle op het functioneren van AIVD en MIVD, de vaste Kamercommissies voor Binnenlandse Zaken en Defensie. Controle op de vertrouwelijke werkzaamheden van het werk van de diensten geschiedt door de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CIVD, de commissie-‘Stiekem’) van de Tweede Kamer. Het gesprek over de aanbevelingen van de CTIVD wordt ook hier gevoerd. Het is niet onwaarschijnlijk dat juist wanneer de diensten en de ministers en de CTIVD tegenover elkaar staan, dat leidt tot een bespreking in de CIVD. Een debat in de openbaarheid vindt dan niet plaats.

Tot 2003 waren de grootste fracties in de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten vertegenwoordigd. Daarna waren in deze commissie de voorzitters van alle fracties in de Tweede Kamer vertegenwoordigd. Sinds 2017 geldt dat niet langer. Tegenwoordig zijn de vijf grootste fracties in de commissie vertegenwoordigd.¹¹⁸ Dat gegeven leidt tot een onherroepelijke beperking van de invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid. Daar komt bij dat al lange tijd indringende kritiek op het functioneren van de commissie bestaat. De parlementaire controle door de commissie lijdt volgens critici aan gebrek aan tijd, expertise en affiniteit met de materie. In het verleden liet ook het aantal vergaderingen en de opkomst daarbij te wensen over. Die kritiek is geformuleerd door (oud-)Kamerleden, de commissie-Havermans die de AIVD evalueerde in 2004¹¹⁹ en ook door de commissie-Dessens die in 2014 pleitte voor nadere regels over de werkwijze en spelregels binnen de CIVD.¹²⁰ De vraag is daarmee hoe zwaarwegend de invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid voor beslissingen over de veiligheidsdiensten in de huidige constellatie precies is. Dat over operaties van de veiligheidsdiensten waarover de CTIVD een negatief oordeel heeft geen publiek debat plaats kan vinden versterkt de twijfel over de ministeriële verantwoordelijkheid voor beslissingen van de diensten nog meer. In dit verband is het bovendien goed om op te merken dat het Hof een strengere lijn lijkt te kiezen waar het gaat om het parlementair toezicht.¹²¹

De evaluatiecommissie Wiv 2017 is in grote trekken tevreden over het in de wet neergelegde stelsel van toezicht dat naar haar oordeel heeft gezorgd voor een stevige inbedding van het toezicht op het handelen van de diensten. Er is naar het oordeel van de evaluatiecommissie dan ook geen reden wijzigingen aan te brengen in de juridische structuur van het toezicht.¹²² De evaluatiecommissie meende dat de effectiviteit van het stelsel van toezicht gediend is met bindende toetsing door de TIB vooraf, maar dat het beter zou zijn de effectiviteit van het *ex durante* en *ex post* toezicht op een andere manier te bereiken dan door het aan de CTIVD toekennen van de bevoegdheid tot het geven van bindende rechtmatigheidsoordelen. Die noodzaak zou volgens de evaluatiecommissie ook niet voortvloeien uit de jurisprudentie van het EHRM. Uiteindelijk komt de evaluatiecommissie met het voorstel de onafhankelijke

¹¹⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 170 e.v.

¹¹⁸ Artikel 22, tweede lid Reglement van orde Tweede Kamer. Op voordracht van de commissie kan deze worden uitgebreid met twee andere fractievoorzitters.

¹¹⁹ Commissie bestuurlijke evaluatie algemene inlichtingen- en veiligheidsdienst 2004, p. 214.

¹²⁰ Commissie evaluatie Wiv 2002, p. 61. De commissie is van mening dat het uitgangspunt voor bespreking in een vaste Kamercommissie of in de CIVD moet zijn ‘Openbaar, tenzij..’.

¹²¹ Zie onder meer: Szabó en Vissy, *Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije* en paragraaf 3.3.5 van dit advies.

¹²² Commissie evaluatie Wiv 2017, p. 125.

bestuursrechter te betrekken bij het bepalen van de grenzen van het speelveld van het toezicht. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zou volgens de evaluatiecommissie moeten worden belast met de taak uitleg te geven aan wettelijke normen en begrippen. Er is in dit voorstel dus sprake van een beperkte rechterlijke rol ten aanzien van de CTIVD.¹²³

In reactie op de rapportage van de evaluatiecommissie herleefde de discussie over bindende of niet-bindende rechtmatigheidsoordelen van de CTIVD in het toezicht *ex durante*. De jurisprudentie van het EHRM vormt een nieuwe aanleiding om daarover na te denken.

Duidelijk is dat de huidige regeling van de interventiebevoegdheden van de CTIVD in sterke mate afwijkt van die van de andere toezichthouders, ook van de toezichthouders waarvoor de ministeriële verantwoordelijkheid ten volle geldt. In het Verenigd Koninkrijk en in België is sprake van *ex post* toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten dat verder gaat dan het Nederlandse stelsel en waarin toezichthouders met beslissingsbevoegdheden zijn bekleed.¹²⁴ Uit *Centrum för rättvisa* blijkt dat dit deels voor het Zweedse stelsel van toezicht ook geldt. Het is de vraag of een effectief stelsel van rechtmatigheidstoezicht kan bestaan zonder dat de toezichthouder beschikt over bindende interventiebevoegdheden.

In het licht van het voorgaande pleit de commissie voor een duurzaam stelsel van toezicht waarin de toezichthouder op juridisch bindende wijze kan interveniëren. De afgelopen jaren is gebleken dat de betrokken ministers het overgrote deel van de aanbevelingen van de CTIVD opvolgden. Maar er kwam ook een aantal keren aan het licht dat er een patstelling bleef bestaan, waarbij minister en CTIVD niet nader tot elkaar kwamen. In die gevallen ontbeert de huidige regeling een mechanisme dat garandeert dat een knoop wordt doorgehakt. Naarmate het aantal situaties waarin dat aan de orde is toeneemt, is in sterkere mate sprake van een toezichthouder zonder tanden. Voor de legitimiteit van het toezicht en de geloofwaardigheid van de toezichthouder is dat op de lange duur een onwenselijke situatie.

Tegen de hiervoor geschetste achtergronden is het is voor de commissie dan ook de vraag of in een effectief stelsel van rechtmatigheidstoezicht *ex durante* het argument van de ministeriële verantwoordelijkheid ten volle het gebrek aan interventiebevoegdheden van de CTIVD kan compenseren. De commissie meent dat over een alternatief voor de huidige toedeling van de bevoegdheden aan de CTIVD moet worden nagedacht en komt met een voorstel. De commissie meent dat de CTIVD moet worden uitgerust met een schorsingsbevoegdheid die de mogelijkheid geeft te interveniëren op lopende handelingen van de diensten.

5.4.2 Een schorsingsbevoegdheid voor de CTIVD

De commissie meent dat het de effectiviteit van het *ex durante* rechtmatigheidstoezicht ten goede komt wanneer aan de CTIVD een schorsingsbevoegdheid wordt toegekend. Bij de inzet van die bevoegdheid kan de CTIVD zich laten leiden door de ernst van de inbreuken die door de diensten worden gemaakt op de grondrechten van de personen die waarschijnlijk getroffen zullen worden door de intercepties. Door de schorsingsbeslissing kunnen de verzamelde gegevens niet langer gebruikt worden. Geregeld moet worden dat de schorsing van rechtswege leidt tot vernietiging van de gegevens en het definitief stopzetten van de operatie na het verstrijken van een nader te bepalen termijn. Het is niet ondenkbaar dat, geconfronteerd met een schorsingsbeslissing van de CTIVD, de minister van oordeel is dat een operatie niettemin toch voortgezet moet worden. De commissie stelt voor bij verschillen van inzicht een uitweg

¹²³ Commissie evaluatie Wiv 2017, p. 136 e.v.

¹²⁴ Commissie evaluatie Wiv 2020, p. 102 en 103.

te zoeken in die zin dat de minister binnen een nader te bepalen termijn een nieuw besluit neemt over de betreffende inzet van de diensten. Dat besluit legt de minister voor aan de (R)TIB, die dit besluit toetst. Verleent de (R)TIB geen autorisatie, dan staat de minister de weg open naar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, in die gevallen waarin bij het verschil van inzicht met de toezichthouder de uitleg van de wet een rol speelt. De Afdeling bestuursrechtspraak kan dan door de (R)TIB worden benaderd met prejudiciële vragen, zoals hiervoor onder 4.3 voorgesteld. Autoriseert de (R)TIB de operatie, dan wordt daarmee de schorsing ongedaan gemaakt en kunnen de diensten hun werkzaamheden voortzetten. Doet de (R)TIB dat niet, dan worden de verzamelde gegevens vernietigd, behoudens het door de (R)TIB eventueel stellen van prejudiciële vragen.

Door de schorsingsbevoegdheid aan het *ex durante* toezicht toe te voegen wordt het toezicht effectiever en wordt een duurzaam stelsel tot stand gebracht dat past in de geest van het door het Hof gewenste robuuste toezicht. Door via de (R)TIB de Raad van State in het stelsel een taak te geven ontstaat een uitgebalanceerd geheel, waarin patstellingen zoals op dit moment zowel in het *ex ante* als in het *ex durante* toezicht aan de orde zijn, kunnen worden opgelost.

5.4.3 Toezicht *ex post*

De taken van de CTIVD zijn hiervoor onderscheiden in klachtbehandeling, toezicht *ex durante* en toezicht *ex post*. Nadat een operatie is beëindigd heeft de CTIVD ook een toezichtstaak. De commissie meent dat aansluitend bij het arrest van het Hof in *Centrum för rättvisa* de in Nederland gekozen invulling van het *ex post* toezicht goed verdedigbaar is.¹²⁵ Net als in Zweden worden de rapporten en de aanbevelingen van de toezichthouder in ons land door de diensten en de ministers serieus overwogen. De commissie is van oordeel dat wanneer in het stelsel van autorisatie en toezicht een evenwicht bestaat tussen bindende autorisatie van operaties vooraf, juridisch bindend toezicht tijdens operaties en onderzoek en aanbevelingen na afloop van de operaties, een evenwichtig geheel tot stand is gekomen.

5.4.4 Versterken ministeriële verantwoordelijkheid

Naast de versterking van het *ex durante* toezicht door het toekennen van een juridisch bindende schorsingsbevoegdheid aan de CTIVD, is de commissie van oordeel dat ook de ministeriële verantwoordelijkheid versterkt dient te worden. Hierboven is geconstateerd dat op dit moment de ministeriële verantwoordelijkheid voor de diensten gemankeerd is. De commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer functioneert om verschillende redenen onvoldoende als tegenwicht. Dat heeft te maken met de samenstelling van de commissie die uit fractievoorzitters bestaat die voor deze taak onvoldoende tijd beschikbaar hebben. Bovendien zorgt de beperking in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer tot vijf fractievoorzitters bij de huidige samenstelling van het parlement voor onevenwichtigheid.

De commissie pleit ervoor een van de vaste Kamercommissies (Binnenlandse Zaken en Defensie) te belasten met deze taak. In deze commissies hebben fractiespecialisten zitting, die beschikken over relevante kennis en ervaring en die meer tijd beschikbaar hebben voor deze werkzaamheden. Het voorstel is voortaan een nader te bepalen deel van de leden van deze vaste Kamercommissie ook in besloten vergaderingen bijeen te laten komen voor parlementaire controle op vertrouwelijke informatie van de diensten. In een op te stellen reglement moeten daarvoor regels worden gesteld. Anders dan de commissie-Dessens meent de commissie dat daartegen, mits de randvoorwaarden daarvoor voldoende op orde zijn, geen bezwaar hoeft te bestaan. De commissie hecht er tot slot aan, evenals de commissie-Dessens, te

¹²⁵ *Centrum för rättvisa t. Zweden*, par. 350-351.

benadrukken dat het uitgangspunt voor de parlementaire controle op de diensten moet zijn *'openbaar, tenzij...'*.

Bijlage 1: Bronnenlijst

Literatuur

Commissie bestuurlijke evaluatie algemene inlichtingen- en veiligheidsdienst 2004

De AIVD in verandering, Commissie bestuurlijke evaluatie algemene inlichtingen- en veiligheidsdienst, november 2004.

Commissie evaluatie Wiv 2002

Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen, Commissie evaluatie Wiv 2000, december 2013.

Evaluatiecommissie Wiv 2017

Evaluatie 2020. Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten 2017, Evaluatiecommissie Wiv 2017, 2021.

Lavrijssen & Ottow 2012

S.A.C.M. Lavrijssen & A.T. Ottow, 'Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept', *Legal Issues of Economic Integration* (39) 2012, afl. 4, p. 419-445.

Ministerie van BZK 2021

Recente uitspraken van het EHRM en de totstandkoming van Conventie 108+ in relatie tot het stelsel van toezicht op inlichtingen- en veiligheidsdiensten, Den Haag: Ministerie van BZK, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, 10 november 2021.

Jurisprudentie

EHRM 6 september 1978, no. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*).

EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (*Leander t. Zweden*).

EHRM 24 april 1990, no. 11801/85 (*Kruslin t. Frankrijk*).

EHRM 27 maart 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0327JUD001748890 (*Goodwin t. VK*).

Zie o.a. EHRM 25 september 2001, no. 33368/96 (*Yakis t. Turkije*).

EHRM 29 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0629JUD005493400 (*Weber en Saravia t. Duitsland*).

EHRM 1 juli 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0701JUD005824300 (*Liberty e.a. t. VK*).

EHRM 14 september 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0914JUD003822403 (*Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland*).

EHRM 4 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306 (*Roman Zakharov t. Rusland*).

EHRM 12 januari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003713814 (*Szabó en Vissy t. Hongarije*).

EHRM 9 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD000157107 (*Bilgen t. Turkije*).

EHRM 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a. t. VK*).

EHRM 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208 (*Centrum för rättvisa t. Zweden*).

EHRM 8 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819 (*Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*).

EHRM 11 januari 2022, no. 70078/12 (*Ekimdzhiev e.a. t. Bulgarije*).

HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18.

HvJ EU 24 juni 2019, C-619/18.

HvJ EU 20 april 2021, C-896/19.

HvJ EU 15 juli 2021, C-791/19.

HvJ EU 6 oktober 2021, C-487, 19.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3.

Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 18.

Kamerstukken II 2020/21, 34588, nr. 89.

Kamerstukken II 2020/21, 34588, nr. 90.

Kamerstukken II 2020/21, 34588, nr. 214.

Kamerstukken II 2020/21, 34588, nr. O (Kabinetsreactie inzake het rapport van de evaluatiecommissie Wiv 2017).