

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is an Author's version preprint which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<https://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/237916>

Please be advised that this information was generated on 2021-10-21 and may be subject to change.

Toezicht onder de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017: een tour de force

*Rowin Jansen **

Om de verruiming van het bevoegdhedenarsenaal van de AIVD en de MIVD te compenseren, herschikte de wetgever het toezichtstelsel in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017. Ondanks stevige kritieken opteerde hij voor een stelsel met twee losstaande toezichthouders. De recente wetsevaluatie wijst uit dat dit duale stelsel in de praktijk suboptimaal functioneert. Er zijn onder meer patstellingen ontstaan tussen de AIVD en de MIVD enerzijds en de TIB en de CTIVD anderzijds over de interpretatie van wettelijke normen. In deze bijdrage wordt beschreven welke keuzes met betrekking tot het toezichtstelsel zijn gemaakt, welke problemen in de toepassingspraktijk zijn ontstaan en welke knopen de wetgever de komende tijd moet doorhakken.

Trefwoorden: AIVD, MIVD, TIB, CTIVD, Wiv 2017

1 Inleiding

De Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) kent een turbulente wordings- en werkingsgeschiedenis. In de loop van 2017 ontstond maatschappelijke en politieke commotie over de modernisering van het bevoegdhedenarsenaal van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen- en veiligheidsdienst (MIVD). Per saldo bracht het moderniseringstraject een verruiming van de interceptiebevoegdheden van deze diensten. Volgens sommigen zou de wetgever daarin te ver zijn gegaan.¹ Een en ander leidde tot een raadgevend referendum, waarin een kleine meerderheid van de opgekomen kiesgerechtigden ‘tegen’ stemde.

* Mr. drs. Rowin Jansen is als docent en promovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht van de Radboud Universiteit. De kopij is afgesloten op 5 oktober 2021.

¹ Zie uitgebreid het themanummer van *Justitiële Verkenningen* getiteld ‘Geheime diensten en de democratische rechtsstaat’ (2018) alsook de *NTM/NJCM-Bulletin* mini-special ‘Referendum WIV’ (2018).

Sindsdien is het onrustig in dit domein. Het referendum was voor het kabinet reden om het wetsimplementatieproces nauwgezet in kaart te brengen en de wet vroegtijdig te evalueren. De Evaluatiecommissie Wiv 2017, beter bekend als de ‘Commissie-Jones-Bos’ en afgekort tot ‘ECW’, heeft die wetsevaluatie recent afgerond.² Een heikel punt bleek de inrichting van het toezichtstelsel. Daarover lopen de meningen al langer uiteen. Ondanks felle kritiek van wetgevingsadviseurs en wetenschappers koos de wetgever in de Wiv 2017 voor een duaal stelsel. Naast de bestaande Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) is de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB) opgetuigd. Waar laatstgenoemde instantie uitdrukkelijk in de autorisatiefase is gepositioneerd, bleef de CTIVD verantwoordelijk voor het toezicht tijdens en na afloop van een bevoegdhedeninzet.

Anno 2021 blijkt dit stelsel suboptimaal te functioneren. Naast inregelproblematieken en onderlinge afstemmingsproblemen zijn blijkaar ‘patstellingen’ ontstaan tussen de diensten en de toezichthouders.³ Om die op te lossen stelt de ECW accentverschuivingen in het toezichtstelsel voor. Als het aan haar ligt, ziet de TIB-toets voortaan nog uitsluitend op de gegevensverwervingsfase. De fase waarin gegevens worden verwerkt zou immers behoren tot het domein van CTIVD. Maar daar stuit men op het feit dat de CTIVD weliswaar royale onderzoeksbevoegdheden heeft, maar geen interventiemogelijkheid. Voor de goede orde, bij de TIB is precies dat andersom: zij oordeelt bindend, maar heeft geen directe toegang tot de systemen, de gebouwen en de medewerkers van de diensten.

Het evaluatierapport bracht opnieuw een polemiek over het toezichtstelsel teweeg. De discussie spitste zich toe op de voorgestelde herschikking van dat stelsel en de gevolgen daarvan. De TIB repte over ‘een achteruitgang in de balans tussen bescherming van de nationale veiligheid en de privacy van de burger’.⁴ De CTIVD vond dat de operationele dienstbelangen en de belangen van de bescherming van fundamentele rechten van de burgers in het evaluatierapport ‘niet in balans’ waren.⁵ Beide toezichthouders zetten hun kritiek kracht bij met een dubbelinterview in *NRC Handelsblad*. TIB-voorzitter Moussault zwaaide erin met haar portefeuille. Want, zo lichtte ze toe, door uitvoering van adviezen van de ECW ‘word ik een stempelmachine’.⁶ Om later te verzekeren: ‘dat is geen dreiging, maar een belofte’.⁷

² *Strct.* 2020, nr. 21256.

³ Evaluatiecommissie Wiv 2017, *Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017. Evaluatie 2020*, Den Haag 2021 (hierna: Evaluatierapport), p. 4.

⁴ TIB, ‘Reactie TIB Evaluatie Wiv 2017’ (20 januari 2021), raadpleegbaar via <https://www.tib-ivd.nl/actueel/nieuws/2021/01/20/reactie-tib-evaluatie-wiv-2017>.

⁵ CTIVD, ‘Waarborgen voor effectief toezicht zijn noodzaak’ (20 januari 2021), raadpleegbaar via <https://www.ctivd.nl/actueel/nieuws/2021/01/20/index>.

⁶ ‘Toezichthouders inlichtingendiensten: ‘Balans tussen nationale veiligheid en privacy raakt zoek’’, *NRC Handelsblad* (7 maart 2021) en ‘Toezichthouders op AIVD en MIVD vrezen ‘uitholling’ van hun bevoegdheden’’, *NRC Handelsblad* (7 maart 2021).

⁷ ‘#10 – De controle op de dienst’ *Podcastserie Dossier AIVD* (26 juni 2021), min. 49.00.

Het kabinet had toen al te kennen gegeven de analyse, de conclusies en de aanbevelingen uit het evaluatierapport te 'omarmen'.⁸ Niet veel later publiceerde de Algemene Rekenkamer een rapport over het implementatieproces van de Wiv 2017. Het had als sprekende ondertitel 'De wet dwingt, de tijd dringt, de praktijk wringt'. Inhoudelijk sloot de bevindingen naadloos aan bij die uit het evaluatierapport. De slotsom van de Algemene Rekenkamer luidde immers dat de nieuwe waarborgen en de toename van de administratieve lasten drukken op de operationele capaciteit en de toekomstbestendigheid van de diensten.⁹

Nu is het inrichten van toezichtarrangementen voor de AIVD en de MIVD per definitie een lastige opgave. De diensten moeten rechtsstatelijk worden ingesnoerd, maar tegelijkertijd de nodige speelruimte en slagkracht hebben om de democratische rechtsorde te beschermen in een onvoorspelbaar domein. Zij mogen activiteiten verrichten die bijkans altijd resulteren in al dan niet vergaande inbreuken op de privacy van burgers. Om die inbreuken zo goed mogelijk te compenseren, dient er een effectief functionerend toezichtstelsel te zijn. Wanneer een stelsel 'effectief' is, valt echter moeilijk in algemene zin te zeggen. De jurisprudentie van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) biedt weliswaar enige houvast, maar is niet geheel eenduidig en ziet steeds op de situatie in één specifiek land. Binnen de jurisprudentiële bandbreedte bestaat er dus enige keuzeruimte voor de nationale wetgever.¹⁰

In deze bijdrage laat ik zien welke keuzes met betrekking tot het toezichtstelsel zijn gemaakt in de Wiv 2017, welke problemen in de toepassingspraktijk zijn ontstaan en welke vraagstukken de wetgever de komende tijd moet zien te adresseren. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst doorloop ik de totstandkomingsgeschiedenis (§ 2) en het implementatieproces (§ 3) van de Wiv 2017. Dat tekstgedeelte heeft in wezen het karakter van een kroniek, al komen daarin ook verschillende visies op het toezichtstelsel aan bod. Vervolgens zet ik de probleemanalyse en de oplossingsrichtingen uit het evaluatierapport uiteen (§ 4). De Wiv 2017 moet sowieso terug naar de tekentafel. Ik breng dan ook in kaart welke knopen de wetgever binnenkort zal moeten doorhakken (§ 5), en sluit af met een korte beschouwing (§ 6).

⁸ *Kamerstukken II 2020/21*, 34 588, nr. 89.

⁹ Algemene Rekenkamer, *Slagkracht AIVD en MIVD. De wet dwingt, de tijd dringt, de praktijk wringt*, Den Haag 2021 (hierna: Algemene Rekenkamer 2021), m.n. hoofdstuk 7.

¹⁰ Zie uitgebreid J.P. Loof e.a., *Het mensenrechtenkader voor het Nederlandse stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten*, Leiden 2015 (online).

2 Totstandkomingsgeschiedenis

2.1 Wijzigingsnoodzaak

Voor een goede diagnose van de huidige problemen blik ik eerst terug. De voorganger van de Wiv 2017 is de Wiv 2002. Die wet kende evengoed een bewogen totstandkomingsgeschiedenis. Aan het eerste conceptvoorstel heeft men flink moeten sleutelen, voordat het net na de millenniumwisseling in werking kon treden. Een belangrijke, zo niet de belangrijkste noviteit was de oprichting van de CTIVD. Voor het eerst in hun geschiedenis werden de inlichtingen- en veiligheidsdiensten onderworpen aan een externe, onafhankelijke toezichthouder. De wetgever gaf de CTIVD meteen zeer royale onderzoeksbevoegdheden. Zij mocht alle relevante staatsgeheime informatie raadplegen, zelfstandig systemen van de diensten inzien, dienstmedewerkers onder ede horen en desgewenst nagenoeg elke plek betreden.¹¹ Let wel: de CTIVD mocht rapporteren en adviseren, maar niet interveniëren. Haar oordelen hadden (en hebben) een niet-bindend karakter en ook ontbraken handhavingsmechanismen. Niettemin, met het verstrekken van zo'n ruime toegang aan de toezichthouder vervulde de Nederlandse wetgever – zeker gezien in het toenmalige tijdsgewricht – wereldwijd een voortrekkersrol.

Al vrij snel, in 2006, presenteerde de regering een omvangrijk voorstel tot wijziging van de Wiv 2002.¹² De bomaanslagen in Madrid en Londen vormden daarvoor de directe aanleiding. De regering vond dat de Wiv 2002 nog onvoldoende ruimte om onderzoek te verrichten naar terroristische gevaren en om informatiedeling met overheidsinstanties en particulieren te faciliteren. Het wijzigingsvoorstel kon op steun rekenen van een meerderheid in de Tweede Kamer, maar stuitte direct op bezwaren in de Eerste Kamer. Door een kritisch advies van het College bescherming persoonsgegevens namen de parlementaire aarzelingen almaar toe.¹³ De senaat talmde dusdanig lang, dat de regering het voorstel vijf jaar na de indiening terugtrok.¹⁴

Het wijzigingsvoorstel was dan wel van tafel, in regeringskringen achtte men een bevoegdhedenuitbreiding voor de diensten nog altijd noodzakelijk. Op verzoek van de Tweede Kamer¹⁵ besloten de betrokken ministers de Wiv 2002 eerst te laten evalueren. De *trigger* was een CTIVD-rapport waaruit bleek dat 'de wettelijke regeling ten aanzien van de bevoegdheden van de MIVD op het terrein van Sigint niet overeenkomt of zelfs op gespannen voet staat met de (gewenste) praktijk van de MIVD'.¹⁶ De Commissie Evaluatie Wiv 2002, beter bekend als de

¹¹ Paragraaf 7.2 Wiv 2017.

¹² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 553, nr. 1 en 2.

¹³ Advies CBP met kenmerk z2007-01381 (20 december 2007).

¹⁴ *Kamerstukken I* 2010/11, 30 553, nr. F.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 29 924, nr. 76 en 81.

¹⁶ CTIVD-Toezichtsrapport nr. 28, 'De inzet van Sigint door de MIVD' (2011). Een soortgelijke problematiek kwam aan de orde in het Toezichtsrapport nr. 31, 'De inzet van de afluisterbevoegdheid en van de bevoegdheid tot selectie van Sigint door de AIVD' (2012).

Commissie-Dessens, lichtte daarop het functioneren van het gehele inlichtingen- en veiligheidsapparaat en het toezichtstelsel door. In 2013 resulteerde dat onderzoek in een gedegen rapport. De rode draad ervan was: de bevoegdheden van de diensten zijn ontoereikend, verruiming ervan is met het oog op technologische ontwikkelingen wenselijk, maar dient gepaard te gaan met een verzwaring van de wettelijke waarborgen én een herschikking van het toezichtstelsel.¹⁷

Wat was nu de crux? De Wiv 2002 stamde uit het pre-digitale tijdperk. Zij had, zoals men dat later is gaan noemen, een ‘techniekafhankelijk’ karakter. Dat wil zeggen dat de (interceptie)bevoegdheden aan bepaalde technologische middelen waren gekoppeld. Door steeds geavanceerdere technologie en een toenemend gebruik van moderne communicatiekanalen veranderde de wereld echter in rap tempo. Op die nieuwe realiteit waren de bevoegdheden van de diensten niet goed toegesneden, met als gevolg dat de wet zienderogen verouderde. De diensten mochten bijvoorbeeld wel ongericht communicatie via ether en satelliet intercepteren, maar niet via de kabel – terwijl het overgrote deel van de telecommunicatie intussen kabelgebonden was. Cruciale gegevensstromen dreigden dan ook buiten het zicht van de diensten te geraken. Zoals defensie-minister Hennis-Plasschaert eens waarschuwde: ‘Onze diensten zijn in rap tempo blind en doof aan het worden’.¹⁸

2.2 Conceptwetsvoorstel

Het kabinet nam de aanbevelingen van de Commissie-Dessens goeddeels over. Medio 2015 presenteerde het een conceptwijzigingsvoorstel. Dat voorstel volgde de structuur van Wiv 2002, maar wijzigde die op fundamentele onderdelen. Er lagen twee uitgangspunten aan ten grondslag. In de eerste plaats moest de nieuwe inlichtingenwet ‘technologieneutraal’ c.q. ‘techniekonafhankelijk’ zijn. Bevoegdheden werden daarom losgekoppeld van specifieke technische toepassingen.¹⁹ Die moderniseringsslag zag met name op de interceptiebevoegdheden.²⁰ In de tweede plaats moest het wettelijk kader ‘EVRM-proof’ worden, want het kabinet veronderstelde dat de oude wet dat niet (meer) was. Vanuit die gedachte voorzag

¹⁷ Commissie Evaluatie Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002: naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen*, Den Haag 2013 (hierna: Commissie-Dessens 2013).

¹⁸ *Handelingen I* 2016/17 (11 juli 2017) p. 35-8-13.

¹⁹ Zie J.J. Oerlemans & M. Hagens, ‘De Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017: Een technologisch gedreven wet’, *Computerrecht* 2018, afl. 3, p. 130-141; J.J. Oerlemans & M. Hagens, ‘Privacy en bulkinterceptie in de Wiv 2017’, *Ars Aequi* 2017, afl. 7/8, p. 560-568

²⁰ Qua normering van ‘klassieke’ bevoegdheden – denk aan het raadplegen van informanten, het inzetten van agenten en het volgen van targets – veranderde er weinig. Zie uitgebreid R.J.I. Dielemans, ‘De Wiv 2002 en Wiv 2017 op enkele hoofdlijnen vergeleken’, *JV* 2018, afl. 1, p. 68-84. Vgl. B.P.F. Jacobs, ‘Select while you collect. Over de voorgestelde interceptiebevoegdheden voor inlichtingen- en veiligheidsdiensten’, *NJB* 2016, afl. 4, p. 256-261.

het wijzigingsvoorstel in een aanscherping van de wettelijke waarborgen en een verzwaring van de toezichtmechanismen.

Opvallend is dat het kabinet met betrekking tot het toezichtstelsel een andere lijn koos dan de Commissie-Dessens. Die commissie had voorgesteld het toezicht vooraf (*ex ante*), tijdens (*ex nunc*) én achteraf (*ex post*) te beleggen bij de CTIVD. De rechtmatigheidsoordelen van die toezichthouder zouden bovendien een juridisch bindende status moeten krijgen. Meer concreet: indien de CTIVD tot de conclusie komt dat gegevens door een dienst onrechtmatig zijn verwerkt, zou de toezichthouder mogen eisen dat gegevens worden vernietigd of operaties gestopt.²¹ Het kabinet wilde zover niet gaan. Naast de CTIVD wenste het liever een nieuw op te richten onafhankelijke commissie, de TIB, te positioneren in de autorisatiefase. In plaats van concentratie koos het kabinet dus voor fragmentatie.

2.3 Wetgevingsadvisering

Over het conceptwetsvoorstel liepen de meningen sterk uiteen. De internetconsultatie leverde veel reacties op, vrijwel allemaal kritisch. De Tweede Kamer liet daarop een *Privacy Impact Assessment* uitvoeren, waardoor diverse privacy-risico's aan het licht kwamen.²² Vervolgens, op 21 september 2016, presenteerde de Afdeling advisering van de Raad van State het wetgevingsadvies.²³ Al met al zou het conceptwetsvoorstel, zo schreef de Raad van State, een deugdelijke wettelijke basis bieden voor de activiteiten van de AIVD en de MIVD. Maar over het voorgestelde toezichtstelsel toonde de Raad van State zich allerminst enthousiast. Dat zou 'als geheel niet toereikend' zijn; er waren 'ernstige twijfels' over de daadwerkelijke effectiviteit ervan. 'Het gaat er niet uitsluitend om dat een toezichtstelsel formeel – op papier – voldoet aan de criteria die het EHRM stelt, opdat het in 'Straatsburg' *EVRM-proof* is. Het gaat er vooral om, dat het stelsel van toezicht is toegesneden op de specifieke inrichting van het nationale systeem en daarbinnen, in samenhang gezien, daadwerkelijk effectieve bescherming biedt. Het wetsvoorstel schiet op dit punt tekort', zo lichtte de Raad van State toe.²⁴

Liever zag de Raad van State de TIB geschrapt en het toezicht geconcentreerd bij de CTIVD. In de praktijk zou de TIB-toets namelijk neerkomen op 'een marginale en abstracte rechtmatigheidsbeoordeling *ex ante*'. Bovendien was een stelsel met twee toezichthouders een recept voor afstemmingsproblemen, met minder effectief toezicht tot gevolg.²⁵ De Raad van State presenteerde een alternatief, waarin de ministeriële verantwoordelijkheid en de parlementaire

²¹ Commissie-Dessens 2013, p. 103.

²² Bijlage bij *Handelingen II 2015/16*, 33 820, nr. 7: *Privacy Impact Assessment Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20XX*, Delft 2016.

²³ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 4.

²⁴ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 4, p. 2.

²⁵ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 4, m.n. p. 2 en 45.

controlefunctie²⁶ – in ieder geval in theorie – optimaal tot hun recht zouden komen. Het stak als volgt in elkaar. Naast de bestaande toezichtstaken wordt de CTIVD belast met de beoordeling van conceptlasten voor de inzet van bijzondere bevoegdheden. Een aparte afdeling velde over die lasten een rechtmatigheidsoordeel. Een minister volgt die oordelen in principe op. Maar als daarvoor zwaarwegende gronden bestaan, mag de minister besluiten de last in afwijking van het oordeel van de CTIVD ongewijzigd te handhaven. In zulke gevallen – naar verwachting zou het slechts zeer uitzonderlijke situaties²⁷ betreffen – dient het parlement hiervan onverwijld op de hoogte te worden gebracht. Bewindslieden kunnen daar dan, desnoods achter gesloten deuren, verantwoording afleggen. Vindt het parlement de afwijkende opstelling van de minister ontoelaatbaar, dan kan het als uiterste consequentie de vertrouwensregel in werking stellen. Eenzelfde heroverwegingsprocedure zou volgens de Raad van State bij de beoordeling van de uitvoeringspraktijk door de diensten kunnen worden ingebouwd. Concreter: de CTIVD zou dan de bevoegdheid krijgen om te oordelen of een bepaalde operatie, interceptie of wijze van uitvoering onrechtmatig is. De minister mag ook in dit geval van het CTIVD-oordeel afwijken, maar uitsluitend indien daarvoor zwaarwegende gronden bestaan.

Het kabinet ging er niet in mee. Het schoof de belangrijkste aanbeveling van de Raad van State – in mijn woorden: richt de TIB niet op, breid de CTIVD uit – terzijde. Sterker nog, het aangepaste conceptwetsvoorstel, dat in oktober 2016 zijn weg vond naar het Binnenhof, verstevigde juist de positie van de TIB. Volgens het nieuwe voorstel moest het driekoppige college niet slechts een rechtmatigheidstoets verrichten bij ongerichte kabelinterceptie, maar bij veel méér bijzondere bevoegdheden.²⁸ Met slechts één uitzondering: conform jurisprudentie vereist de inzet van onderzoeksbevoegdheden jegens advocaten en journalisten een rechterlijke toets, waardoor in een dergelijk geval de rechtbank Den Haag de bevoegdhedeninzet moet accorderen.²⁹ Tegelijkertijd wilde het kabinet het onafhankelijke toezicht door de CTIVD aanscherpen. Het wenste de toezichthouder op te splitsen in twee gescheiden afdelingen: de Afdeling toezicht, die

²⁶ Zie uitgebreid R.H.T. Jansen, 'Parlementaire controle op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in Nederland', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2019, afl. 5, p. 179-194.

²⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 588, nr. 4, p. 20 onder verwijzing naar EHRM 18 mei 2010, 26839/05 (*Kennedy t. Verenigd Koninkrijk*), par. 155-170.

²⁸ Voorheen was voor het openen van brieven en geadresseerde zendingen een *ex ante*-toets, te verrichten door de rechtbank Den Haag, vereist op grond van artikel 23 Wiv 2002. Tussen 1 januari 2016 en 1 mei 2018 velde een tijdelijke toetsingscommissie een rechtmatigheidsoordeel over de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens journalisten en advocaten.

²⁹ Artikel 30 lid 2 en lid 3 Wiv 2017. Een en ander is conform Rb. Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436 en Hof Den Haag 27 oktober 2015, ECLI:NL:2015:2881. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 29 279, nr. 268; *Kamerstukken II* 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 47-50. Vgl. Buruma, 'Geheime diensten en het afluisteren van advocaten', in: Th.O.M. Dieben, J.I.M.G. Jahae & P.T.C. van Kampen (red.), *Advocaat(-generaal). Liber amicorum Taru Spronken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 55-73; M.J. Kroon-van Zweeden, 'Het afluisteren van advocaten door de AIVD. Waar ligt de grens?', *NJB* 2015, afl. 18, p. 1219-1226.

van oudsher niet-bindende rechtmatigheidsoordelen velt, en de Afdeling klachtbehandeling, die in klachtprocedures wél een bindend oordeel geeft.³⁰

Het conceptwetsvoorstel ontmoette niet alleen bij de Raad van State, maar ook elders weerstand. De CTIVD liet weten dat het beleggen van het toezicht *ex ante* en *ex post* bij twee verschillende instanties weleens tot inhoudelijke problemen zou kunnen leiden. Denk bijvoorbeeld aan de verlenging van de inzet van bijzondere bevoegdheden: 'Deze beoordeling is niet een zuiver juridische die vooraf aan de hand van een aanvraag (last) kan worden gemaakt. Ook de opbrengst van het middel moet meegewogen worden'. Effectief toezicht behelst in zo'n geval méér dan een toetsing van de aanvraag, zo redeneerde de CTIVD. Om het beeld te completeren zou niet alleen inzicht in de achterliggende documenten vereist zijn, maar ook het voeren van gesprekken en het verrichten van veldonderzoek. De CTIVD achtte het echter 'weinig wenselijk' een nieuwe instantie te creëren met vergaande toegang tot staatsgeheimen en pleitte er daarom voor alle toezichtsactiviteiten in dit domein bij haarzelf te beleggen.³¹ Ook de Raad voor de rechtspraak trok de effectiviteit van het voorgestelde toezichtstelsel in twijfel, en liet doorschemeren de TIB liever als zelfstandige en onafhankelijke commissie gepositioneerd te zien binnen de CTIVD.³²

2.4 Kritiek vanuit de rechtswetenschap

In de juridische doctrine klonken ook kritische geluiden. Van Eijk, in de hoedanigheid van hoogleraar Informatierecht in Amsterdam, hekelde het duale stelsel van het conceptwetsvoorstel. Want 'waarom is er een onderscheid tussen advocaten en journalisten enerzijds en 'gewone burgers' anderzijds? Is de procedure bij de rechtbank met meer en die bij de toetsingscommissie met minder waarborgen omkleed?' De wetgever zou er verstandiger aan doen, zo schreef hij, om een bijzondere kamer in te stellen bij de rechtbank die *alle* verzoeken vooraf toetst. Met een dergelijke uniforme procedure konden mogelijke afstemmingsproblemen en dubbele toestemmingen, benodigd voor het volledig kunnen volgen van advocaten en journalisten, worden voorkomen.³³ We zullen Van Eijk verderop nog tegenkomen, want hij is sinds 1 oktober 2019 de voorzitter van de CTIVD.

De Leidse hoogleraren Muller en Voermans, beiden lid geweest van de Commissie-Dessens, vonden het voorgestelde toezichtstelsel te complex en verwachtten dat het niet effectief zou

³⁰ Bindend klachtrecht zou de klachtbehandeling 'aanzienlijk' verder versterken en bovendien beter aansluiten bij de relevante EHRM-jurisprudentie, zo redeneerde het kabinet blijkens *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 3, m.n. p. 183. Zie uitgebreid over de klachtenprocedure A.H. toe Laer, 'Klachtbehandeling in de WIV 2017. Een belangrijke waarborg tegen onrechtmatig handelen van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten', *NJB* 2019, afl. 11, p. 734-738.

³¹ Reactie CTIVD (bijlage bij MvT), p. 14.

³² Raad voor de rechtspraak, Brief aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (d.d. 15 november 2016), p. 6.

³³ N.A.N.M. van Eijk, 'Betere waarborgen voor de werkwijze van inlichtingendiensten', *AA* 2016, afl. 6, p. 436-439, aldaar p. p. 438-439.

blijken. Net als de Raad van State voorzagen zij problemen in de *ex ante*-fase. Vanwege de hoge tijdsdruk en de actuele dreiging voor de nationale veiligheid, zou de TIB het risico lopen een 'afstempel-organisatie' te worden. Zij wezen er ook op dat de onderlinge verhouding tussen de TIB en de CTIVD niet helder was. Wat zou er gebeuren als de TIB de inzet van een bevoegdheid bindend rechtmatig heeft beoordeeld en de CTIVD achteraf tot de conclusie komt dat de inzet niet rechtmatig was? Bovendien zou onvoldoende duidelijk zijn hoe de ministeriële verantwoordelijkheid voor de nationale veiligheid op juiste wijze tot uitdrukking komt in een stelsel van onafhankelijke autorisatie vooraf. Beter was het, zo opperden Muller en Voermans, om de rechtmatigheid van de inzet van bevoegdheden vooral *achteraf* zo uitgebreid mogelijk – 'zelfs mogelijk onmiddellijk na de machtiging' – te laten toetsen en die toetsing in de handen te leggen van één toezichthouder.³⁴

Hagens, senior CTIVD-onderzoeker en tevens gastonderzoeker van de Universiteit Utrecht, redeneerde ook in die richting. In een publicatie, die het levenslicht zag net nadat het parlement de Wiv 2017 had aangenomen, plaatste zij de volgende kanttekeningen. De versplintering van het toezichtstelsel zou risico's met zich brengen voor de eenheid van de interpretatie en de toepassing van wettelijke bepalingen. In plaats van de TIB in de autorisatiefase te positioneren, was er volgens haar ook veel voor te zeggen geweest om de CTIVD-aanbevelingen bindende kracht te geven en die toezichthouder meer 'direct' toezicht – als in meteen na de aanvraag voor een bevoegdhedeninzet – te laten uitoefenen. *Ex post*-toezicht door deze gespecialiseerde toezichthouder kon meer de breedte en diepte ingaan dan de meer abstracte rechtmatigheidstoets vooraf, zo vermoedde Hagens. Anders dan de CTIVD kreeg de TIB geen rechtstreekse toegang tot gegevens bij de diensten. De regering achtte dat nu eenmaal niet nodig.³⁵ Bovendien: waar ongerichte interceptiebevoegdheden en technische analysemogelijkheden vooral sterke waarborgen in de verwerkingsfase vereisen, biedt een verzwaring van de autorisatiefase slechts beperkte waarborgen. Volgens Hagens had de wetgever 'in zijn drift om de vereisten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele rechten volledig te incorporeren' het stelsel 'onnodig ingewikkeld' gemaakt.³⁶

³⁴ E.R. Muller & W.J.M. Voermans, 'Nieuwe Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten. Een nieuw evenwicht tussen veiligheid en waarborgen', *NJB* 2017, afl. 2, p. 102-109, p. 107-108.

³⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 71.

³⁶ M. Hagens, 'Toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten: een blik op het heden, het verleden en de toekomst', in: in E. Bakker e.a. (red.), *Terrorisme. Studies over terrorisme en terrorismebestrijding*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 555-594, m.n. 591-592. Vgl. M. Hagens, 'Toezicht in de Wiv 2017. Kansen en uitdagingen voor een effectief en sterk toezichtstelsel', *JV* 2018, afl. 3, p. 85-98.

2.5 *Parlementair traject*

Terug naar het parlementaire proces. Op 14 februari 2017 stemde een ruime meerderheid van de Tweede Kamer vóór de Wiv 2017.³⁷ Op 11 juli nam ook de Eerste Kamer het wetsvoorstel aan. Ondanks alle kritiek koos de wetgever, zoals het kabinet had gewild, voor een stelsel met twee losstaande toezichthouders.³⁸ Het voornaamste argument voor die organisatorische knip was een slager-keurt-zijn-eigen-vlees-vrees: de autorisatie, het toezicht en de klachtbehandeling zouden niet in één hand mogen zijn.³⁹

Met de parlementaire goedkeuring was de kous echter niet af. Een groepje Amsterdamse studenten, gesteund door een conglomeraat van privacybelangenbehartigers, startte een handtekeningenactie tegen wat zij karakteriseerden als ‘de sleepwet’. Vervolgens bleek het populaire tv-programma *Zondag met Lubach* een katalysator in de maatschappelijke discussie. Nadat presentator Arjen Lubach zich openlijk had geschaard achter de actiegroep, stroomden de benodigde handtekeningen *in no time* binnen. Het kabinet zag zich gedwongen een volksraadpleging te organiseren conform de – inmiddels vervallen – Wet raadgevend referendum. De inwerkingtreding van de Wiv 2017 moest uitgesteld.⁴⁰ Op 21 maart 2018 stemde 49,44% van de opgekomen kiesgerechtigden tegen, 46,53% voor en 4,03% blanco.⁴¹ De referendumuitslag noopte tot heroverweging van de wet.⁴² Kabinet-Rutte III drukte uiteindelijk door, en liet weten dat de Wiv 2017 medio 2018 alsnog in werking zou treden. Klaarblijkelijk was de gevoelde urgentie aan regeringszijde zeer hoog.

Uiteraard konden de bewindslieden de ontstane commotie niet zomaar negeren. Om de gemoederen enigszins tot bedaren te brengen presenteerden zij een zestal ‘extra garanties’, oftewel verduidelijkingen van de wet en enkele beleidsbeloften.⁴³ Die garanties zagen op de samenwerking met buitenlandse partnerdiensten, de praktijk van de bewaartermijn en de zo gericht mogelijke inzet van bijzondere inlichtingenmiddelen. Om de snelheid erin te houden wilden de ministers een en ander voorlopig vastleggen in beleidsregels, die pas later zouden worden omgezet naar wettelijke normen.⁴⁴ Eén van die beloften was de eerste wetsevaluatie, die

³⁷ PvdA, Van Vliet, 50Plus, Houwers, Monasch, VVD, SGP, ChristenUnie, CDA, Groep Bontes/Van Klaveren, PVV stemden vóór.

³⁸ Uitgangspunt is dat de instanties naast elkaar bestaan en niet ondergeschikt zijn aan elkaar. Zie *Kamerstukken I* 2016/17, 34 588, C, p. 24.

³⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 52 en 234; *Handelingen I* 2016/17, 35, nr. 8, p. 3.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 700, nr. 52.

⁴¹ Het opkomstpercentage was 51,54%. Zie uitgebreid het proces-verbaal van de uitslag van het referendum, vastgesteld door de Kiesraad op 29 maart 2018.

⁴² Artikel 12 lid 2 Wet raadgevend referendum.

⁴³ Zie de infopagina ‘Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten van kracht met zes extra garanties’ (1 mei 2018) op de website van de rijksoverheid.

⁴⁴ Zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 34 588, nr. 76 en de daarbij behorende bijlage. Zie Regeerakkoord 2017-2021 (VVD, CDA, D66, CU), *Vertrouwen in de toekomst*, p. 4.

volgens de Wiv 2017 vijfjaarlijks moet plaatsvinden, naar voren te halen.⁴⁵ Al na twee jaar zou het eerste evaluatieonderzoek van start gaan. Aannemelijk was, zo preludeerden de bewindslieden, dat het kabinet op basis daarvan weer een wijzigingswetsvoorstel zou optuigen.⁴⁶

3 Implementatieproces

3.1 Kort geding

Op 1 mei 2018 trad de Wiv 2017 volledig in werking.⁴⁷ Vanaf dat moment golden ook de eerder genoemde beleidsregels.⁴⁸ De ministeriële oplossing om bepaalde lastige kwesties via beleidsregels als het ware ‘te parkeren’ stuitte op verzet. Een coalitie van privacybelangenbehartigers, waaronder Bits of Freedom, Privacy First en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, stapte naar de rechter. In een kort geding werd de buitenwerkingstelling van vijf bepalingen uit de Wiv 2017 geëist.⁴⁹ Volgens de eisers kon uitoefening van deze bevoegdheden namelijk leiden tot het grootschalig ongericht verzamelen van gegevens van personen waartegen geen individuele verdenking bestaat, zonder dat daarvoor een afdoende wettelijke grondslag bestond. Het kabinet had volgens hen een onjuiste volgorde gehanteerd ‘door de wet ongewijzigd in te voeren, daarbij een wetswijziging aan te kondigen, waarbij in de tussentijd uit moties, toezeggingen in brieven en beleidsregels, die deels slechts intern en niet publiekelijk toegankelijk zijn, moet worden afgeleid welke waarborgen er gelden’.⁵⁰ Op 26 juni 2018 wees de Haagse voorzieningenrechter het gevorderde af. Vanwege de scheiding der machten zou hem terughoudendheid passen.⁵¹ Hoger beroep bleef achterwege.

⁴⁵ Volgens artikel 167 Wiv 2017 moet de wet binnen vijf jaar na de inwerkingtreding ervan en vervolgens telkens na vijf jaar worden geëvalueerd.

⁴⁶ *Kamerstukken II 2017/18*, 34 588, nr. 70. Vgl. *Handelingen II 2017/18*, nr. 71.

⁴⁷ Ik schrijf ‘volledig’, want sommige artikelen betreffende de TIB en de Afdeling klachtbehandeling van de CTIVD traden enige tijd daarvoor al in werking. De TIB was al sinds april actief, zodat de commissieleden enige tijd hadden om een inwerkprogramma te doorlopen en alvast interne (juridische) kaders op te stellen. Zie TIB-Jaarverslag 2018/19, p. 4-5.

⁴⁸ Ongeveer een maand later zonden de ministers al een eerste concept-wijzigingsvoorstel, dat deze beleidsregels zou omzetten in wettelijke normen, naar de TIB en de CTIVD. De reacties van de CTIVD en de TIB op het concept-wijzigingsvoorstel zijn raadpleegbaar via hun website. Deze reacties zijn gedateerd op 20 respectievelijk 28 augustus 2018. Pas zeer recent, in juni 2021, stemde het parlement met het wijzigingsvoorstel in.

⁴⁹ Het betrof de bevoegdheid tot raadpleging van informanten (artikel 39 lid 1), het binnendringen in geautomatiseerde werken (artikel 45 lid 1 sub b), onderzoeksopdracht gericht onderzoek van communicatie (artikel 48 lid 1) en het verstrekken van gegevens aan buitenlandse diensten (artikel 64 lid 1 jo. artikel 89 lid 1). Geciteerd uit rechtsoverweging 3.2.

⁵⁰ Geciteerd uit gepubliceerde uitspraak.

⁵¹ Rb. Den Haag 26 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7459, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2018, afl. 4, p. 153-156, m.nt. C.N.J. de Vey Mestdagh (‘De Trias als Toverformule’).

3.2 Implementatievoortgang

Om zicht te krijgen op de implementatie van de Wiv 2017, rapporteerde de CTIVD op uitdrukkelijk verzoek van regering en parlement halfjaarlijks over de voortgang. In die rapporten toetste zij of de wettelijke en toegezegde beleidsmatige waarborgen voor rechtsbescherming voor de burger een nadere invulling kregen in het beleid, de werkprocessen en de technische systemen van de diensten. Op basis daarvan maakte zij risico-inschattingen van mogelijke onrechtmatigheden. Die risico's waren, zo bleek uit het eerste rapport, niet gering. Pakweg een half jaar na de inwerkingtreding hadden de diensten al het nodige werk verzet, maar waren zij er blijkbaar 'zeker nog niet'. Essentiële waarborgen voor de bescherming van de rechten van het individu misten, geheel of gedeeltelijk, hun invulling in de praktijk.⁵² De betrokken ministers beloofden dat de diensten spoedig een 'gedetailleerde en toetsbare tijdsplanning' zouden opstellen over de door te voeren verbeteringen. De diensten stelden daarop zogenaamde 'Wiv-boards' in, om de risico's integraal en structureel aan te pakken.⁵³

Het hielp. In de tweede voortgangsrapportage stelde de CTIVD verschillende risico-indicaties bij van 'hoog' naar 'gemiddeld' en van 'gemiddeld' naar 'beperkt'.⁵⁴ Het leek dus goed te gaan. Toch stagneerde nadien de snelheid waarin de wettelijke waarborgen in de interne processen bij de diensten werden geïmplementeerd. Hoewel de diensten fundamentele stappen (in gang) hadden gezet en zeer bereidwillig waren om de benodigde hervormingen door te voeren, bleek de implementatie van de Wiv 2017 moeilijker dan vooraf was ingeschat. De moeilijkheid zat 'm vooral in de complexe datahuishouding en de ICT-infrastructuur van de diensten. 'Bovendien lopen de AIVD en de MIVD in de praktijk steeds meer tegen de situatie aan dat de huidige inrichting van de werkprocessen en systemen onvoldoende is toegesneden op de vereisten die de wet stelt. Het aanpassen hiervan blijkt dan veelomvattender dan aanvankelijk gedacht,' zo lezen wij in de derde rapportage.⁵⁵

Intussen had de TIB in haar eerste jaarverslag bekendgemaakt dat zij ongeveer vijf procent van de aanvragen voor de inzet van bijzondere bevoegdheden had afgewezen.⁵⁶ Dat percentage laat zich, in ieder geval ten dele, als volgt verklaren. Voor het eerst in hun bestaan moesten de diensten lastgevingen schrijven op grond waarvan een onafhankelijke derde kon oordelen, terwijl op voorhand niet geheel duidelijk was hoe de TIB precies zou toetsen en welke informatie zij daarvoor nodig had. Door de invoering van de extra rechtmatigheidstoets vooraf kwam dan ook,

⁵² CTIVD, *Voortgangsrapportage. De werking van de Wiv 2017*, Den Haag, 27 november 2018.

⁵³ *Kamerstukken II 2018/19*, 34 588, n. 80, p. 4.

⁵⁴ CTIVD, *Voortgangsrapportage II. De werking van de Wiv 2017*, Den Haag, 11 juni 2019.

⁵⁵ CTIVD, *Voortgangsrapportage III. De werking van de Wiv 2017*, Den Haag, 6 november 2019.

⁵⁶ Jaarverslag TIB 2018-2019, p. 19-20. De TIB was voornemens om het totaal aantal (toestemmingen op) verzoeken gesplitst per dienst op te nemen in het jaarverslag. De betrokken ministers meenden echter dat dit te veel inzicht zou geven in de modus operandi van de diensten en rubriceerden de gesplitste aantallen daarom als staatsgeheim.

zo meldt de Algemene Rekenkamer, met name bij de AIVD een achterstand in de kwaliteit van de motiveringen van aanvragen bloot te liggen.⁵⁷ Kennelijk verbeterde een en ander na dat eerste jaar. Later daalde het percentage afwijzingen naar slechts 1,7 procent van de AIVD-aanvragen en 3,1 procent van de MIVD-aanvragen,⁵⁸ om in de daaropvolgende verslagperiode, die om verantwoordingstechnische redenen iets korter duurde,⁵⁹ weer te stijgen 1,9 respectievelijk naar 8,1 procent.⁶⁰

3.3 Toenemende zorgen

Wat in de politieke discussies weleens raakt ondergesneeuwd is dat de TIB het leeuwendeel van de aanvragen fiatteerde (en fiatteert). Wel kan het percentage afwijzingen als duidelijke vingerwijzing worden opgevat: idealiter zetten de diensten nóg een tandje bij. Minister Bijleveld, op dat moment tijdelijk verantwoordelijk voor beide diensten, onderkende dat ook met zoveel woorden.⁶¹ Zij toonde zich echter in toenemende mate bezorgd over de operationele slagkracht van de diensten. Volgens haar moest nogal wat mankracht, materiaal en budget worden ingezet om de organisaties – in managementjargon – *Wiv 2017-compliant* te krijgen. Bracht de nieuwe wet niet een te grote administratieve lastenverzwaring voor de diensten met zich? In een televisie-interview, enkele maanden ervoor, had ook het diensthoofd van de AIVD al gewaarschuwd dat ‘de operationele slagkracht niet mag worden overheerst door de administratieve last die ontstaat door de nieuwe wetgeving’.⁶² De minister wilde onafhankelijk advies inwinnen over de impact van de implementatie op de diensten⁶³ en bracht dit punt daarom onder de aandacht van de Algemene Rekenkamer, die daarover rapporteerde in het voorjaar van 2021.⁶⁴ Daarmee leek het debat, in de bewoordingen van Oerlemans en Eijkman, te kantelen van zorgen over privacybescherming naar zorgen over administratieve lasten voor de diensten zelf.⁶⁵

Ruim twee jaar na de inwerkingtreding van de Wiv 2017 was de implementatie ervan nog niet afgerond. In de slotrapportage, die vanwege de aanhoudende coronaperikelen ietwat later verscheen, onderstreepte de CTIVD dat de diensten hard hadden gewerkt. De hoge risico’s op

⁵⁷ Rapport Algemene Rekenkamer 2021, p. 34.

⁵⁸ Jaarverslag TIB 2019-2020, p. 18.

⁵⁹ De TIB bracht in 2020 eenmalig verslag uit over een kortere periode, zodat haar jaarverslagen voortaan een kalenderjaar bestrijken en in gelijke pas lopen met de jaarverslagen van de CTIVD, de AIVD en de MIVD.

⁶⁰ Jaarverslag TIB 2020, p. 14.

⁶¹ Wegens ziekte van minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Ollongren had defensie-minister Bijleveld afgelopen kabinetsperiode tijdelijk zowel de AIVD als de MIVD in haar portefeuille.

⁶² ‘Reportage en gesprek: Dick Schoof over de AIVD’, *Nieuwsuur* (6 februari 2019); ‘Opnieuw stevige kritiek op de AIVD, nieuwe directeur Schoof reageert’, *NOS* (6 februari 2019).

⁶³ *Kamerstukken II* 2019/20, 34 588, nr. 85.

⁶⁴ Zie over de onderzoeksmogelijkheden van de Algemene Rekenkamer R.H.T. Jansen, ‘Geheime uitgaven en ontvangsten van de Staat: know unknowns? Een staatsrechtelijke analyse van de begrotingsartikelen met de omschrijving ‘geheim’’, *TvCR* 2020, afl. 3, p. 340-363, m.n. par. 6.

⁶⁵ J.J. Oerlemans & Q.A.M. Eijkman, ‘Evaluatie Wiv 2017: betere uitvoerbaarheid, ten koste van privacy?’, *IR* 2021, afl. 3, p. 95-101. Vgl. J.J. Oerlemans, ‘Van zorgen over privacy naar zorgen over administratieve rompslomp’, *Computerrecht* 2021, afl. 2, p. 145.

onrechtmatige gegevensverwerkingen waren aanzienlijk gereduceerd. Toch bleken niet alle wettelijke waarborgen daadwerkelijk geïmplementeerd te zijn. De omzetting van de wet naar de praktijk – *in concreto*: werkinstructies, technische systemen, interne controlemechanismen – baarde haar zorgen. Opvallend was dat een volgens de CTIVD onrechtmatige praktijk bij het beoordelen van bulkdatasets, waartegen zij al eerder had geageerd, bleef voortbestaan: de diensten bleken bulkdatasets integraal of grotendeels als relevant te beoordelen als, in de woorden van de toezichthouder, een ‘kunstgreep’ om de bewaartermijn van deze bulkdatasets te verlengen.⁶⁶ Op die bulkdatadiscussie kom ik later nog terug.

3.4 Voorlopige tussenstand

In haar slotrapportage maakte de CTIVD de voorlopige tussenstand op. Gedurende het traject had zij steeds ferme kritiek geuit op de AIVD en de MIVD, maar ditmaal legde zij uit waarom ook enig begrip voor de situatie moest worden getoond. De implementatie was een behoorlijk intensief project dat de diensten naast hun lopende inlichtingen- en veiligheidsoperaties dienden te voltooien. De achterstand in het implementatieproces en de daarmee samenhangende risico’s op onrechtmatig handelen was niet alleen aan hen te wijten, maar ook aan het feit dat de wetgever amper aandacht had gehad voor de implementatie en de uitvoering van de wet. ‘Zo is er niet voorzien in overgangsrecht, hebben de diensten geen extra budget gekregen voor de uitvoering van het implementatieproces en is er niet nagedacht over de consequenties van de implementatie voor de organisatie en de operationele praktijk van de diensten’, aldus de CTIVD.⁶⁷

Men moet trouwens bedenken dat de AIVD op het moment dat de implementatiefase aanving net een periode van budgettaire turbulentie achter de rug had. In 2012 bezuinigde kabinet Rutte II – plotsklaps – ongeveer een derde van het totale dienstbudget weg. Nog geen jaar later kwam de coalitie alweer tot inkeer. Zowel jihadistische als de digitale dreiging nam substantieel toe. In 2014 en in 2015 kreeg de dienst er dan ook geld bij. Maar toen was het kwaad al geschied. De onbezonnen inkrimpingsoperatie had, in de woorden van de Algemene Rekenkamer, ‘diepe sporen’ getrokken in de organisatie.⁶⁸ Dat wreekte zich. De bezuinigingen zijn vooral neergeslagen bij de ondersteunende afdeling (staf en IT), en dat waren bij uitstek de afdelingen die later de Wiv 2017 zouden moeten implementeren.⁶⁹ Op tenminste één punt toonden de CTIVD, de Algemene Rekenkamer en de ECW zich dan ook eensgezind: de wetgever moet in de toekomst meer oog hebben voor de implementatiefase en de (technische) uitvoeringspraktijk, en in het vervolg niet verzuimen overgangsrecht op te stellen.

⁶⁶ CTIVD, *Voortgangsrapportage IV. De werking van de Wiv 2017*, Den Haag, 8 september 2020.

⁶⁷ Ibidem, p. 22.

⁶⁸ Zie uitgebreid Algemene Rekenkamer, *Bezuinigingen en intensiveringen bij de AIVD. Gevolgen van de budgettaire turbulentie in de periode 2012-2015*, Den Haag 2015.

⁶⁹ Algemene Rekenkamer 2021, p. 53-54.

4 Wetsevaluatie door de ECW

De Wiv 2017 moest vroegtijdig geëvalueerd, zo luidde de afspraak uit het regeerakkoord van kabinet Rutte-III.⁷⁰ Dat het land vanwege de coronacrisis in lockdown ging, mocht daaraan niet in de weg staan. Op 17 april 2020 startte het evaluatieonderzoek. De ECW kreeg een brede onderzoeksopdracht mee, al was dat wel een beperktere dan de opdracht van de Commissie-Dessens. De ECW moest niet alleen nagaan of de wet datgene had gebracht wat de wetgever voor ogen had gehad, maar ook of de wet in de praktijk 'een werkbaar instrument' was voor de taakuitvoering van de diensten en welke 'knel- en aandachtspunten' zich in de toepassingspraktijk hadden voorgedaan.⁷¹ Het onderzoek resulteerde in een lijvig rapport met ruim vijftig aanbevelingen. Ik liet al doorschemeren dat een deel van die aanbevelingen bepaald niet in goede aarde viel bij de TIB en de CTIVD. In de media beklagden hun voorzitters zich over wat zij percipiëren als een afbreuk van (privacy)waarborgen. Waar zit 'm nu de pijn? Om dat te begrijpen, moeten wij dieper het evaluatierapport induiken.

Het toezichtstelsel komt aan bod in het negende hoofdstuk. De ECW trapt daarin af met de vaststelling dat het stelsel zich in twee jaar tijd 'goed heeft gezet en dat het toezicht op het handelen van de diensten hiermee stevig is ingebed'.⁷² De TIB is van grote meerwaarde gebleken en het toezicht door de CTIVD, dat klaarblijkelijk in toenemende mate een dynamisch karakter heeft gekregen, wordt ook zorgvuldig en effectief ingevuld. De klachtbehandelingsprocedure blijkt ook niet aan kwaliteit en toegankelijkheid te hebben ingeboet. Een dringende noodzaak tot het herzien van de juridische structuur van het toezicht is er derhalve niet, zo stelt de ECW.⁷³ In de toepassingspraktijk zijn evenwel de nodige 'spanningen', 'knelpunten' en zelfs 'patstellingen' ontstaan tussen de diensten enerzijds en de toezichthouders anderzijds. De reden daarvoor is dat de wetgever de relatie tussen *ex ante*-, *ex nunc*- en *ex post*-toezicht niet goed heeft doordacht.⁷⁴

4.1 Problematiek bij de *ex ante*-toetsing

Ik diep deze probleemanalyse wat verder uit. In de eerste plaats stelt de ECW problemen vast met betrekking tot de invulling van de *ex ante*-toets. In de praktijk blijkt de TIB een volle toets te verrichten. Bij de rechtmatigheidsbeoordeling kijkt zij naar de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit, noodzakelijkheid en gerichtheid. Op zichzelf is dat weinig frappant; de wetgever

⁷⁰ *Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017-2021 (VVD, CDA, D66, CU)*, Den Haag, 10 oktober 2017, p. 4.

⁷¹ Artikel 2 Regeling van 17 april 2020 tot instelling van de Evaluatiecommissie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017.

⁷² Evaluatierapport, p. 125 en 145.

⁷³ Evaluatierapport, p. 125.

⁷⁴ Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de ECW ook enkele meer technische aanbevelingen doet, bijvoorbeeld met betrekking tot de benoemingsprocedure van de toezichthouders (49-52), hun rechtspositie (53), bezetting (54) en kenniskring (55). Ik laat die aanbevelingen hier verder rusten.

stuurde daarop immers aan.⁷⁵ Toch valt kennelijk te twisten het karakter en de intensiteit van die toets. De ECW onderkent met zoveel woorden dat een volle rechtmatigheidstoets ‘wel degelijk een vorm van doelmatigheidstoetsing’ vergt. De diensten denken daar, zo blijkt uit het evaluatierapport, anders over. Wel lijken zij het eens over het uitgangspunt: hoe ingrijpender de bevoegdheden en hoe groter het belang van de burger, hoe indringender de toetsing zal zijn.⁷⁶

Naar de smaak van de ECW vult de TIB haar toets wel wat breed – soms zelfs té breed – in. Zo neemt de TIB bij de toets op de rechtmatigheid van het verzamelen van gegevens soms ook aspecten mee van wat de diensten later met die gegevens gaan doen. Dat strookt niet met het strikte conceptuele onderscheid dat de ECW graag, in het voetspoor van de Wiv 2017, maakt tussen de fasen van ‘verwerving’ en ‘verwerking’. Deels is deze ontwikkeling van de TIB te wijten aan wetstechnische keuzes. Ingeval van drie bijzondere bevoegdheden lopen de voornoemde fasen bijvoorbeeld wettelijk door elkaar heen: *search* gericht op selectie,⁷⁷ selectie⁷⁸ en geautomatiseerde data-analyse.⁷⁹ Voor de overige bevoegdheden geldt echter, zo predikt de ECW, dat het *verzamen* van gegevens het object van toetsing behoort te zijn en niet de *verwerking* ervan. Lastig is bovendien dat de TIB-toets per definitie statisch is, terwijl de verwerkingsfase juist een (zeer) dynamisch karakter kent.⁸⁰

Wat daarnaast opvalt, is dat de TIB in de loop van de tijd blijkbaar voorwaarden is gaan verbinden aan een rechtmatigheidsoordeel.⁸¹ In zulke gevallen beoordeelt zij een ministeriële toestemming als rechtmatig, mits de diensten aan een aantal voorwaarden bij de uitvoering voldoen. In wandelgangen is dit de ‘geclausuleerde goedkeuring’ gaan heten. Punt is dat de wet helemaal niet voorziet in een dergelijke figuur. Volgens de ECW verdraagt een voorwaardelijke toestemming zich ook niet goed met het karakter van deze *ex ante*-toets. Want wat is het rechtsgevolg van het niet-naleven van de voorwaarden? Vervalt dan de toestemming? Zo ja, *ex nunc* of met terugwerkende kracht? En wat als een deel van de voorwaarden is nageleefd en een ander deel niet? Wordt dat door de TIB dan beoordeeld bij eventuele verlengingen?

Volgens de ECW is een kernelement van preventief toezicht dat een toezichthouder alleen ‘ja’ of ‘nee’ kan zeggen tegen het besluit, en moet de figuur van de geclausuleerde toestemming dan ook worden geschrapt.⁸² Ik waag die stellingname te betwijfelen. Gaat hier het adagium ‘wie het meerdere mag, mag ook het mindere’ immers niet op? Op zichzelf is niet onbegrijpelijk dat de TIB

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 588, nr. 18, p. 39.

⁷⁶ Evaluatierapport, p. 128.

⁷⁷ Artikel 49 lid 2 Wiv 2017.

⁷⁸ Artikel 50 lid 1 onder a Wiv 2017.

⁷⁹ Artikel 50 lid 1 onder b Wiv 2017.

⁸⁰ Evaluatierapport, par. 9.3.3.

⁸¹ Zie Jaarverslag TIB 2018-2019, p. 14; Jaarverslag TIB 2019-2020, p. 10.

⁸² Evaluatierapport, aanbeveling 43.

enige voorwaarden is gaan stellen. Zou zij dat niet hebben gedaan, dan was het percentage afwijzingen waarschijnlijk hoger geweest. Al zullen de diensten dat wellicht anders hebben ervaren, deze manoeuvre van de TIB kan worden uitgelegd als een handreiking naar hen. Mijns inziens is de vraag vooral of de TIB zich bij het stellen van die voorwaarden niet te véél vrijheid heeft gepermitteerd. Maar dat is een vraag die een buitenstaander niet beoordelen. De toestemmingsaanvragen en de TIB-oordelen daarover zijn immers om evidente redenen staatsgeheim.

Dit zijn niet de enige pijnpunten. In de toepassingspraktijk blijken ook interpretatiegeschillen te zijn ontstaan over de uitleg van die normen. Dat zit zo. De vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit, noodzakelijkheid en gerichtheid zijn open normen. Dat is evident. De wetgever heeft daar ook welbewust voor gekozen. Hij redeneerde dat de wet door opnemng van open normen gemakkelijker zou kunnen meebewegen met (technologische) ontwikkelingen. Open normen vergen evenwel belangenafwegingen, waarvan niet in niet in algemene zin valt te zeggen hoe die in een concrete situatie uitvallen. Volgens de ECW is de interpretatie van die normen door de toezichthouders soms gepaard gegaan met het stellen van niet-transparante 'bovenwettelijke eisen', terwijl zulke eisen niet worden gedeeld door de ministers en de diensten.⁸³

Vervolgens maakt de ECW een ander, daaraan gerelateerd punt. Zij betwijfelt of onder alle omstandigheden dezelfde aspecten zouden moeten meewegen bij de invulling van de open normen. Past een statische interpretatie eigenlijk wel bij de dynamiek en de voortschrijdende technologisering van de activiteiten van de diensten? Zou het niet beter zijn om al naar gelang de casus te differentiëren bij de invulling van deze open normen? De vraag stellen is 'm beantwoorden. De ECW voelt daar inderdaad voor, maar wijst erop dat de wetgever dan eerst de toelichting op de wet zal moeten aanvullen met méér en vooral betere voorbeelden.⁸⁴ Aan die voorbeelden ontleent de TIB belangrijke aanknopingspunten voor haar toets. Volgens de ECW gaat de huidige casuïstiek in de toelichtende stukken echter nog te zeer uit van individuele targets en bekende dreigingen, terwijl in de inlichtingen- en veiligheidspraktijk veelal sprake is van nog verborgen dreigingen en niet van bekende targets.⁸⁵

Bij dit alles komt dat de TIB in het algemeen vrij detaillistisch te werk schijnt te gaan, bijvoorbeeld door te willen meewegen *hoe* de inzet van een bevoegdheid precies plaatsvindt en welke (technische) stappen en risico's daarmee gepaard gaan. Mijn indruk is dat de TIB *coûte qua coûte* heeft willen voorkomen dat zij inderdaad, zoals sommigen tijdens de totstandkomingsfase van de wet vreesden, zou verworden tot een 'stempelmachine'. Zij lijkt haar taak daarom vrij extensief te

⁸³ Evaluatierapport, p. 130-131.

⁸⁴ Evaluatierapport, aanbeveling 45.

⁸⁵ Evaluatierapport, p. 131.

interpreteren en loopt mede daardoor het risico aan micromanagement te doen. Al geschiedt dit alles ongetwijfeld met de beste bedoelingen, met het oog op de snelheid en complexiteit van een operatie kan het onwenselijk zijn. In het bijzonder bij technisch (zeer) complexe operaties zullen de diensten namelijk niet altijd tot in detail kunnen aangeven hoe een bevoegdhedeninzet precies zal plaatsvinden.⁸⁶

Voorname problematiek speelt onder meer bij een van de moderne essentialia uit het bevoegdhedenarsenaal van de diensten: de hackbevoegdheid.⁸⁷ Die bevoegdheid is één van de meest indringende, omdat computers steeds meer informatie over het privéleven van burgers bevatten. Om die reden heeft de wetgever is het toestemmingsniveau voor zowel verkennende activiteiten als het daadwerkelijke binnendringen van geautomatiseerde werken verhoogd naar de betrokken minister. Er is dan dus ook een TIB-toets vereist. De ECW meent echter dat het toestemmingsniveau voor verkennen beter intern kan worden belegd. Dat zou de kwaliteit en de gerichtheid bevorderen van de toestemmingsaanvragen voor het binnendringen die wél langs de minister gaan.⁸⁸ Wat de ECW betreft worden technische risico's, vanwege de onvoorzienbaarheid ervan, voortaan niet ook meer meegewogen in de TIB-toets. De precieze tenuitvoerlegging van de bevoegdheid kwalificeert namelijk als verwerking, en valt overeenkomstig het ECW-mantra onder het bereik van het CTIVD-toezicht.⁸⁹

Het voornoemde blijkt zich ook bij strategische operaties te wreken. Normaliter wenden de diensten bevoegdheden aan ten behoeve van concrete onderzoeksvragen of actuele dreigingen. Bij strategische onderzoeken ligt dat anders. De diensten proberen dan een strategische positie te verkrijgen, zodat zij (later) kunnen anticiperen op nieuwe ontwikkelingen. Zulke operaties kunnen in een cybercontext spelen, bijvoorbeeld als de diensten zich willen nestelen op een strategische positie in een netwerk, maar dat hoeft niet. Het kan ook gaan om het binnendringen van een leverancier van apparatuur, diensten of software die door targets wordt gebruikt. Dergelijke operaties kunnen in samenwerking met partnerdiensten plaatsvinden, waardoor nationale toetsing ook internationale repercussies heeft. Het 'klassieke' opzetten van een informantennetwerk kwalificeert evengoed als strategisch opereren en vergt soms de inzet van bijzondere bevoegdheden.⁹⁰

De ECW meent dat de wet in algemene zin ruimte biedt voor de inzet van bijzondere bevoegdheden ten behoeve van strategische operaties, maar hier onvoldoende expliciet over is.⁹¹ Vanwege dit stilzwijgen van de wetgever beoordeelt de TIB dergelijke aanvragen binnen hetzelfde

⁸⁶ Evaluatierapport, p. 126.

⁸⁷ Vgl. Evaluatierapport, p. 97.

⁸⁸ Evaluatierapport, aanbeveling 23.

⁸⁹ Evaluatierapport, aanbeveling 24.

⁹⁰ De genoemde voorbeelden zijn ontleend aan Evaluatierapport, p. 96.

⁹¹ Evaluatierapport, p. 96-97.

beoordelingskader als geldt voor reguliere verzoeken die rechtstreeks op targets zijn gericht.⁹² Strategische operaties zijn uit de aard der zaak echter moeilijk verenigbaar met het gerichtheids criterium. Daar komt bij dat de TIB juist dit criterium enger blijkt in te vullen dan de diensten.⁹³ De resultante is dat zij aanvragen voor een bevoegdhedeninzet in het kader van strategische operaties afwijst, aanvullende voorwaarden stelt of vraagt naar details. *Either way*, operaties lopen er (enige) vertraging door op.⁹⁴

Nu toont de ECW – mijns inziens terecht – wel enige begrip voor de aarzelingen van de TIB. Het betreft hier namelijk potentieel gevoelige operaties. De ECW wil derhalve dat wetgever voor de invulling van de toetsingsnormen in deze gevallen duidelijkere handvatten biedt.⁹⁵ Dat lijkt inderdaad wenselijk. Het liefst doet de wetgever dat zelfs met gezwinde spoed, want als dit type operaties al te snel in de autorisatiefase sneuvelt kan dat drukken op de inlichtingenposities van operationele teams en daarmee op het anticiperend vermogen van de diensten.⁹⁶

4.2 Impact op de werkprocessen

Uit het rapport van de Algemene Rekenkamer blijkt dat de impact van de nieuw geïntroduceerde *ex ante*-rechtmatigheidstoets op de werkprocessen van de diensten groot is. Inlichtingenteams lijken het belang van dit type rechtmatigheidstoezicht als zodanig niet in twijfel te trekken, maar hebben wel moeite met het vertragende effect. Het aanvraagproces voor de inzet van bijzondere bevoegdheden is aanmerkelijk complexer geworden. De AIVD becijferde zelf dat de doorlooptijd drie tot zes dagen langer is dan voorheen. Medewerkers steken die tijd onder andere in het formuleren van antwoorden op door de TIB verlangde (technische) toelichtingen op. De TIB wijst er op haar beurt op dat zij vaak binnen 48 uur besluit en dat 95 procent van het aantal verzoeken in de week van binnenkomst wordt afgewikkeld. De diensten houden het op een week of langer.⁹⁷ Hoe het ook zij, het gevolg is dat inlichtingenteams ‘soms’ uit eigener beweging afzien van het indienen van een aanvraag en dus de bevoegdheid niet aanwenden.⁹⁸

Enig oponthoud is onvermijdelijk, zo lijkt mij. Extra toezicht vergt nu eenmaal extra tijd. Dat is ook niet per se problematisch. Het niet-indienen van een aanvraag is een juiste keuze wanneer de plannen niet blijken te passen binnen het wettelijke kader van de diensten. Maar het kan ook zo zijn dat gerechtvaardigde onderzoeken niet plaatsvinden vanwege de toegenomen administratieve lasten. Dat is problematisch, omdat sommige bedreigingen van de nationale

⁹² De TIB toetst dan of de inzet zelf proportioneel, subsidiair en zo gericht mogelijk is en weegt ook mee of de technische risico's die samenhangen met de bevoegdhedeninzet proportioneel zijn. Zie Jaarverslag TIB 2020, p. 10-11.

⁹³ Algemene Rekenkamer 2021, p. 39.

⁹⁴ Algemene Rekenkamer 2021, p. 39-40.

⁹⁵ Evaluatierapport, p. 96-97.

⁹⁶ Vgl. Algemene Rekenkamer 2021, p. 39-40.

⁹⁷ Algemene Rekenkamer 2021, p. 37-38.

⁹⁸ De Algemene Rekenkamer noemt drie praktijkvoorbeelden op p. 36-37.

veiligheid erdoor mogelijk onvoldoende worden onderkend. Als de nood aan de man is, kan de dienst overigens wel de wettelijke spoedprocedure inwerking stellen.⁹⁹ Die is evengoed inzetbaar bij cyberoperaties,¹⁰⁰ en zou volgens de ECW zelfs minder terughoudend mogen worden ingezet.¹⁰¹

Een belangrijke verdienste van de TIB, dat wil ik hier nog eens beklemtonen, is dat haar toetsingsactiviteiten een waarborg zijn gebleken die de kwaliteit van de toestemmingsaanvragen heeft verbeterd en daarmee de zorgvuldigheid in de afwegingen binnen de diensten.¹⁰² Dat is bevorderlijk voor de rechtsstatelijkheid van het dienstoptreden en dus prijzenswaardig. Dat neemt niet weg dat regering en parlement zich de komende tijd moeten afvragen welke mate van administratieve lastenverzwaring zij nog acceptabel vinden. En, als blijkt dat een en ander inderdaad te zwaar drukt op de diensten, zoals het rapport van de Algemene Rekenkamer doet vermoeden, wellicht met extra budget voor zowel de diensten als de toezichthouders over de brug komen – dat is echter een efficiëncyraagstuk, waar ik mij in een juridische bijdrage verder niet aan wil wagen.

4.3 *Twistpunt bij het ex nunc- en ex post-toezicht*

Vanzelfsprekend komt in het evaluatierapport ook het CTIVD-toezicht aan bod. Daar is het karakter van de rechtmatigheidsoordelen van de toezichthouder het voornaamste twistpunt. De CTIVD pleit al geruime tijd voor bindend toezicht, omdat zij naar eigen zeggen ‘voldoende tanden’ mist.¹⁰³ De wetgever heeft zover nooit willen gaan. Ditmaal zet de CTIVD er zwaar op in. In openbare brieven, gericht aan de ECW, beargumenteert de CTIVD dat het vanuit rechtsstatelijk perspectief ‘essentieel’ is dat zij ‘de instrumenten krijgt toebedeeld om te handhaven bij onrechtmatige gegevensverwerkingen’, zodat zij effectiever kan opereren.¹⁰⁴ Later schreef zij dat ‘niet te onderbouwen’ is dat bindende toezichtsbevoegdheden ontbreken ten aanzien van ‘de meest gevoelige en meest relevante aspect van gegevensverwerking – de verwerking zelf – proportioneel en noodzakelijk in een democratische samenleving is’.¹⁰⁵ Ter onderbouwing verwijst de CTIVD steevast naar Europese jurisprudentie over bulkinterceptiebevoegdheden en

⁹⁹ Ingeval van onverwijld spoed mag de dienst een bevoegdheid uitoefenen zodra de betrokken minister daarvoor toestemming heeft verleend. Die toestemming dient vervolgens direct aan de TIB te worden gezonden. Als de TIB oordeelt dat de verleende toestemming onrechtmatig is, dan vervalt deze van rechtswege en dienen de reeds verzamelde gegevens terstond te worden vernietigd. Als zij tot de slotsom komt dat de spoedprocedure ten onrechte is toegepast maar de minister de toestemming wel rechtmatig is verleend, bepaalt zij welke gevolgen met betrekking tot de verzamelde gegevens daaraan verbonden worden. Zie uitgebreid artikel 37 Wiv 2017.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 3, p. 54.

¹⁰¹ Evaluatierapport, p. 93.

¹⁰² Evaluatierapport, p. 4. De diensten erkennen ook dat ‘een aanzienlijke verbetering’ zichtbaar is in de kwaliteit van toestemmingsaanvragen voor inzet van bijzondere bevoegdheden. Zie *Kamerstukken II 2019/20*, 29 924, nr. 197, p. 2.

¹⁰³ CTIVD, *Reactie op het conceptwetsvoorstel Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20XX (consultatieversie juni 2015)*, Den Haag 2015, p. 2-3. Vgl. M. Martijn, ‘De waakhond van de geheime diensten wil door kunnen bijten, maar heeft er de tanden niet voor’, *De Correspondent* (11 januari 2016).

¹⁰⁴ Brief aan de ECW, d.d. 11 augustus 2020, p. 8-9.

¹⁰⁵ Brief aan de ECW, d.d. 2 december 2020, p. 2.

een door Nederland ondertekend, maar nog niet geratificeerd wijzigingsprotocol van het Dataproductieverdrag dat ook wel bekend is onder de noemer 'Conventie 108+'. Te betwijfelen valt echter of deze rechtspraak en dit wijzigingsprotocol dwingendrechtelijk verplichten tot het omkleden van de CTIVD met bindende toezichtsbevoegdheden.¹⁰⁶

Op die bindendheid kom ik zo nog kort terug. Voor nu volstaat de constatering dat de CTIVD er blijkbaar niet in is geslaagd de ECW van haar zienswijze te overtuigen. In het evaluatierapport is namelijk opgetekend dat de CTIVD 'in haar huidige vorm' kan blijven bestaan 'met behoud van de huidige bevoegdheden'.¹⁰⁷ De achterliggende redenering is als volgt. Er moet een scherp onderscheid worden gemaakt tussen het *ex ante*- en het *ex post*-toezicht. Effectief *ex ante*-toezicht is naar het oordeel van de ECW niet goed denkbaar als het niet bindend is, omdat er een *go/no-go*-beslissing moet komen.¹⁰⁸ Bij *ex post*-toezicht is dat daarentegen 'niet zonder meer vanzelfsprekend'. In de praktijk is het toezicht van de CTIVD immers, zo stelt de ECW vast, 'bijzonder effectief' bleken. Sinds de inwerkingtreding van de Wiv 2017 hebben de ministers slechts vier van de 74 aanbevelingen niet overgenomen.¹⁰⁹

Als ik het goed zie, verkiest de ECW een stelsel dat uitgaat van *gezaghebbend* toezicht boven een stelsel waarin de toezichthouder direct in werkprocessen van de diensten kan interveniëren. De ECW vreest dat door bindend toezicht de verschillen van inzicht tussen minister en toezichthouder zouden verergeren, omdat het de dialoog tussen hen fnuikt. Bedenk trouwens dat het CTIVD-toezicht zeer intensief gericht is op louter de AIVD en de MIVD en zich intussen heeft doorontwikkeld tot *real time*-toezicht. 'Hierbij kan het afdwingen van aanbevelingen zelfs nadelig werken', zo schrijft de ECW.¹¹⁰ Verderop in andere bewoordingen: 'Introductie van bindende te sanctioneren oordelen van de CTIVD heeft als risico dat deze constructieve dialoog wordt geschaad'.¹¹¹ Tenslotte meldt de ECW – al is dit een wat onuitgewerkt argument – dat een bindend toezichtsinstrumentarium niet aansluit op het reguliere stelsel van strafrecht en punitief bestuursrecht, waarin de Staat immuniteit geniet en andere openbare lichamen ook immuun zijn voor zover zij een publieke taak behartigen.¹¹²

¹⁰⁶ Zie R.H.T. Jansen & M.D. Reijneveld, 'Conventie 108+ en (toezicht op) gegevensverwerkingen in het nationale veiligheidsdomein', *Computerrecht* 2021, afl. 4, p. 411-422, m.n. par. 5.2.

¹⁰⁷ Evaluatierapport, aanbeveling 41.

¹⁰⁸ Overigens is in theorie ook tegen een *ex ante*-beslissing een vorm van beroep bij een rechter denkbaar.

¹⁰⁹ Zie voor een overzicht van de niet door de ministers overgenomen CTIVD-aanbevelingen Evaluatierapport, p. 123-124. Eerder volstond de Commissie-Dessens met de vagere vaststelling dat de CTIVD sinds 2002 'in enkele gevallen' het oordeel had uitgesproken dat de inzet van een bijzondere bevoegdheid onrechtmatig was en dat de minister 'in een paar gevallen' dat oordeel niet had overgenomen. Zie Commissie-Dessens 2013, p. 91.

¹¹⁰ Evaluatierapport, p. 124.

¹¹¹ Evaluatierapport, p. 124.

¹¹² Evaluatierapport, p. 124. Onder verwijzing naar HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342 (*Pikmeer II*); NJ 1998/367 m.nt. JdH, AB 1998/45 m.nt. ThGD; JB 1998/4, AB- klassiek, 7e druk, Deventer: Kluwer 2016 nr. 24 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

4.4 *Intermezzo: bulkdatasetdiscussie*

Het is niet nieuw dat de CTIVD pleit voor een bindend toezichtinstrumentarium. Zoals ik hiervoor liet zien, lobbyde de CTIVD daar al tijdens de totstandkoming van de Wiv 2017 voor. Toen speelde dat pleidooi tegen de achtergrond van het rapport van de Commissie-Dessens, waarin, als gezegd, een geheel ander stelsel was uitgewerkt. Dat de CTIVD nu wederom hamert op de noodzaak om bindende oordelen te kunnen vellen, hangt, denk ik, samen met de onlangs opgelaaide bulkdatasetdiscussie. Hoe interessant ook, het voert te ver hier alle *ins* en *outs* van die kwestie te beschrijven.¹¹³ Voor het hiernavolgende is het goed om er tenminste iets over op te merken. Deze discussie blijkt namelijk hét voorbeeld te zijn van een patstelling tussen de diensten enerzijds en de toezichthouders anderzijds.

De hele kwestie draait om bepaalde bulkdatasets. In het algemeen zijn dat grote gegevenssets met daarin hoofdzakelijk data over mensen die niet onder de aandacht van de diensten staan en dat waarschijnlijk ook nooit zullen staan.¹¹⁴ De diensten kunnen bulkdatasets door gebruikmaking van verschillende bevoegdheden verwerven, te weten via interceptie van kabel of satelliet, een hackoperatie of de inzet van een agent dan wel een informant. Normaliter moeten door de diensten eenmaal verworven gegevens ‘zo spoedig mogelijk’ en na maximaal anderhalf jaar op relevantie worden beoordeeld.¹¹⁵ Gegevens die niet op relevantie zijn onderzocht of niet-relevant blijken, dienen te worden verwijderd. Gegevens die wél relevant zijn en bewaard worden komen in het zogenaamde ‘betekenisregime’ en moeten alsnog worden verwijderd wanneer zij ‘niet meer van betekenis zijn’.¹¹⁶ Let wel: de Wiv 2017 kent voor de opslag van die gegevens geen maximale bewaartermijn.

In november 2019 concludeerde de CTIVD in de derde voortgangsrapportage dat het vereiste om bulkdata binnen maximaal anderhalf jaar op relevantie te beoordelen praktisch niet goed uitvoerbaar is.¹¹⁷ De AIVD kon niet tijdig inhoudelijk beoordelen of gegevens al dan niet relevant waren. De dienst merkte daarop een substantieel deel van bepaalde bulkdatasets aan als ‘relevant’, waardoor die in het betekenisregime terechtkwam. De CTIVD erkende dat bepaalde bulkdata noodzakelijk konden zijn voor de taakuitvoering van de diensten, dat van tevoren vaak onduidelijk is hoe lang gegevensbewaring noodzakelijk is omdat de operationele levensduur van een bulkdataset pas duidelijk wordt gedurende de verdere gegevensverwerking én dat integrale vernietiging van bepaalde datasets operationele risico’s met zich bracht. Niettemin adviseerde de

¹¹³ Elders is daarover het nodige geschreven. Zie Evaluatierapport p. 57-58 en Oerlemans en Eijkman 2021.

¹¹⁴ Vgl. Oerlemans 2020, p. 17.

¹¹⁵ Artikel 27 Wiv 2017.

¹¹⁶ Artikel 20 Wiv 2017.

¹¹⁷ CTIVD, Voortgangsrapportage III (2019), p. 9-10.

CTIVD bepaalde bulkdatasets terstond te vernietigen. De wet zou nu eenmaal geen ruimte bieden om evident niet-relevante gegevens als relevant aan te merken.¹¹⁸

De ministers en de diensten deelden het oordeel van de CTIVD niet. Zij brachten een principiële argument te berde: er had wel degelijk een relevantiebeoordeling plaatsgevonden, zij het een meer abstracte.¹¹⁹ Op de achtergrond speelt dus een interpretatiekwestie over het begrip 'relevantie' in het kader van bulkdatasets. Aan het parlement lieten de bewindslieden weten niet over te gaan tot de vernietiging van de desbetreffende datasets, mede omdat dat 'gelet op het operationele belang van deze sets' onverantwoord zou zijn.¹²⁰ Daarmee liep de discussie vast. Later zette de MIVD het operationele-belang-argument kracht bij door naar buiten te brengen dat de dienst hoge officieren uit het Syrische leger had weten te identificeren die verantwoordelijk waren voor gifgasaanvallen op burgers. 'Doordat wij bulkdatasets hadden over Syrië zijn we in staat geweest om onze analyses daarop los te laten en hebben we geconcludeerd dat het zeer waarschijnlijk is dat er sarin is ingezet in Syrië. En in de tweede plaats dat er vijf hoge Syrische officieren werkzaam in het chemische wapenprogramma van Assad betrokken zijn geweest bij de inzet van dat chemische strijdgas tegen de eigen bevolking, aldus het diensthoofd.¹²¹

Wat er inhoudelijk verder ook van de bulkdatasetdiscussie zij – als gezegd, daarover valt nog veel meer te schrijven – dit voorbeeld laat zien dat de CTIVD, in ieder geval vanuit in haar optiek bezien, op de grenzen van haar bevoegdheden stuitte. Zij constateerde een onrechtmatigheid, maar ontbeerde doorzettingsmacht. De ministers bleken in dit concrete geval per slot van rekening bij machte – niet alleen juridisch, ook politiek – het oordeel van de CTIVD naast zich neer te leggen. Het onderliggende probleem lijkt hier niet zozeer te liggen bij het al dan niet bindende karakter van het toezicht, maar veeleer bij de adequaatheid van de wet. Er is een wetsinhoudelijk probleem, te weten de normering van de bewaartermijnen, dat moet worden opgelost.

4.5 Oplossingsrichtingen

De ECW heeft het niet gelaten bij een probleemanalyse. Zij reikt in haar rapport ook oplossingsrichtingen aan. De ECW wil het bestaande duale stelsel in stand houden, maar wel ietwat bijstaven. Om toekomstige patstellingen te voorkomen, acht zij het noodzakelijk de relatie tussen het *ex ante*- en *ex post*-toezicht 'te verduidelijken' en de rolverdeling tussen de toezichthouders 'te verhelderen'. In de eerste plaats moet de *ex ante*-toets expliciet worden beperkt tot de verwervende bevoegdheden. In tegenstelling tot de huidige praktijk, mag de TIB

¹¹⁸ CTIVD-Toezichtsrapport nr. 70, 'Over het verzamelen van bulkdatasets met de hackbevoegdheid en de verdere verwerking daarvan door de AIVD en de MIVD' (2020), p. 24-25.

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2019/20*, 34 588, nr. 85, p. 2; *Kamerstukken II 2019/20*, 34 588, nr. 87, p. 2.

¹²⁰ *Kamerstukken II 2020/21*, 29 924, nr. 203, p. 3.

¹²¹ Zie uitgebreid 'MIVD identificeerde officieren achter gifgasaanval Khan Sheikhoun in Syrië, *Argos* (4 juli 2021).

daarin géén verwerkingsaspecten meer meewegen.¹²² Ondiplomatiek geformuleerd: de ECW duwt de TIB terug in het hok. De ratio erachter is dat de CTIVD toezicht zal uitoefenen op activiteiten in de verwerkingsfase. Dat toezicht heeft *de iure* weliswaar geen bindend karakter, maar *de facto* wél. Om de rechtseenheid te borgen, dienen beide toezichthouders ook beter samen te werken, onderling overleg te plegen en relevante constatering en constateringen aan elkaar door te spelen. Naast het reeds bestaande ‘rechtseenheidsoverleg’ – waarvan de juridische status wat schimmig is – introduceert het evaluatierapport derhalve het ‘beleidseenheidsoverleg’. Daarin zouden de toezichthouders periodiek over specifieke casuïstiek kunnen beraadslagen.¹²³

De ECW wenst één fundamentele stelselwijziging. Zij vindt het ‘niet alleen praktisch onwenselijk, maar ook principieel niet passend’ dat de TIB en de CTIVD het laatste woord hebben over de uitleg van de wet. Ministers en diensten blijken zich aanvankelijk onvoldoende hebben gerealiseerd dat onder het nieuwe wettelijke regime niet alleen de algemene invulling van wettelijke begrippen en criteria in laatste instantie aan de toezichthouder werd gelaten, maar ook wat daarvan de gevolgen zouden zijn.¹²⁴ Vanwege de voortschrijdende digitalisering kan deze ‘weeffout’ opnieuw tot problemen leiden. De ECW wil daarom dat een nieuwe actor aan het toezichtsveld toevoegen. Voortaan zou de rechter de grenzen van het speelveld moeten bepalen waarbinnen het toezicht op de bevoegdheidsuitoefening door de diensten plaatsvindt.¹²⁵

Meer concreet: de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dient in eerste en enige instantie belast te zijn met geschilbeslechting en het doen van richtinggevende uitspraken over de uitleg van de Wiv 2017.¹²⁶ Als ik het goed zie wil de ECW een soort ventiel inbouwen. De gedachte erachter is dat deze beroepsgang bij de rechter leidt tot meer transparantie en een betere balans in het toezichtstelsel. Bijkomende voordelen zijn dat algemeen-belangbehartigende organisaties in de vorm van een *amicus curiae* inbreng kunnen leveren in zo’n rechterlijke procedure, dat de rechter prejudiciële vragen kan stellen aan de beide Europese hoven én dat de noodzaak van een rechtseenheidsoverleg tussen de toezichthouders afneemt.¹²⁷

¹²² Evaluatierapport, aanbeveling 44 en 45.

¹²³ Evaluatierapport, par. 9.4.2 en 9.4.3.

¹²⁴ Evaluatierapport, p. 135.

¹²⁵ Evaluatierapport, aanbeveling 47.

¹²⁶ Evaluatierapport, aanbeveling 48.

¹²⁷ Evaluatierapport, par. 9.5.3.

5 Hoe nu verder?

Als het aan de TIB en de CTIVD ligt, worden de ECW-aanbevelingen met betrekking tot het toezicht niet bewaarheid. Zij hebben zich er publiekelijk fel tegen gekant, omdat implementatie ervan *de facto* zou leiden tot een afschaling van het toezicht.¹²⁸ Die media-interventie lijkt effect te sorteren. Aanvankelijk voerden zorgen om administratieve lasten en het streven naar een beter werkbare wet de boventoon. In het nieuw samengestelde parlement lijkt een andere wind waaien. Het dossier ‘Wiv 2017’ lag er altijd al gevoelig, maar is nu extra precair. Menig parlementariër duidt het evaluatierapport immers vanuit de door de toelagenaffaire in zwang geraakte tegenstelling ‘macht en tegenmacht’. Dat geeft, zo dunkt mij, een weer een andere dynamiek aan het debat.

Een teken aan de wand is dat de Tweede Kamer op 8 juni 2021, na een technische briefing door de ECW,¹²⁹ de diensten¹³⁰ en de toezichthouders,¹³¹ een serie moties heeft aangenomen. De motie-Leijten – aangenomen met de kleinst mogelijke meerderheid – stelt dat de bevoegdheden van de TIB bij de toetsing vooraf ‘op geen enkele manier’ mogen worden ingeperkt.¹³² De motie-Van Baarle wenst extra waarborgen in de verwerkingsfase in te bouwen als het bindende *ex ante*-toezicht daar verdwijnt, ‘zodat dit in de praktijk geen afschaling van toezicht op de verwerkingsfase inhoudt’.¹³³ Dan zijn er nog drie moties die specifiek zien op het ambtelijke proces dat moet leiden tot een nieuwe wijzigingswet. De volksvertegenwoordiging wil dat de toezichthouders ‘voldoende’ bij dat voortraject worden betrokken,¹³⁴ dat eerst nog een consultatie plaatsvindt over de takenscheiding tussen de TIB en CTIVD¹³⁵ en dat de voor- en nadelen van het samenvoegen van beide toezichthouders worden geïnventariseerd.¹³⁶

Dat de Tweede Kamer in dit prille stadium van het wijzigingstraject dergelijke moties heeft aangenomen, mag opvallend heten. Temeer omdat de moties multi-interpretabel zijn en enigszins tegenstrijdig lijken. In feite zijn met dit parlementaire handelen delen van het ECW-rapport

¹²⁸ TIB-voorzitter Moussault geeft in aflevering 17 van de podcast ‘Cyberhelden’ uitgebreid haar zienswijze weer op het evaluatierapport. De Argos-radioaflevering ‘Hoe moet het verder met de sleepnetwet?’ (5 juni 2021) is eveneens de moeite van het luisteren waard. Zie uiteraard ook het eerder aangehaalde interview in *NRC Handelsblad*.

¹²⁹ Merkwaardigerwijs vond deze briefing, in tegenstelling tot de andere briefings, achter gesloten deuren plaats.

¹³⁰ Terugkijkbaar via

https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2021A03298 (AIVD/MIVD)

¹³¹ Terugkijkbaar via

https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2021A03302 (CTIVD);

https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2021A03300 (TIB)

¹³² *Kamerstukken II 2020/21*, 29 924, nr. 220. Aan die motie lagen de argumenten ten grondslag dat het theoretische verschil tussen verwerven en verwerken van gegevens onwerkbaar zou zijn voor deze toezichthouder en dat de TIB naar eigen zeggen meermaals onjuist is geïnformeerd door de diensten. Zie over dat laatste Jaarverslag TIB 2020, p. 6 en 13. Overigens is deze klacht niet nieuw. Al in de eerste voortgangsbrief, uit november 2018, bleek dat de TIB zich niet altijd volledig geïnformeerd achtte. Zie *Kamerstukken II 2018/19*, 29 924, nr. 172, p. 4.

¹³³ *Kamerstukken II 2020/21*, 29 924, nr. 218.

¹³⁴ *Kamerstukken II 2020/21*, 29 924, nr. 215.

¹³⁵ Blijkens de motie moeten toezichthouders, mensenrechtenorganisaties, wetenschappers, de Autoriteit Persoonsgegevens en juristen worden geraadpleegd. Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 29 924, nr. 217.

¹³⁶ *Kamerstukken II 2020/21*, 29 924, nr. 219.

ontmanteld nog vóórdat de aanbevelingen zijn omgewerkt tot concrete wetswijzigingsvoorstellen. Dat heeft de boel voor wat betreft het toezichtstelsel op slot gezet. Althans, voorlopig. Het is nu wachten op de kabinetsformatie. Een nieuwe, nog te vormen regeringscoalitie zal de vervolgrichting moeten bepalen.¹³⁷ Het demissionaire kabinet heeft al wel een schot voor de boeg genomen. Daags voor de technische briefing schetste het in een Kamerbrief het beoogde vervolgtraject. Ambtenaren blijken thans in interdepartementaal verband te werken aan een analyse van alle recente ontwikkelingen. In elk geval betrekken zij daarin de rapporten van de ECW en de Algemene Rekenkamer, het functioneren van het (toezicht)stelsel, de uitvoeringsconsequenties voor de AIVD en de MIVD, de daarover gevoerde parlementaire debatten, en de gevolgen van de recente jurisprudentie van beide Europese hoven alsook van de inwerkingtreding van Conventie 108+. In het najaar moet dit resulteren in een ‘hoofdlijnennotitie’, waarna de betrokken ministers met het parlement beraadslagen over de te zetten vervolgstappen.¹³⁸

De Wiv 2017 moet terug naar de tekentafel, zoveel is duidelijk. Dat de wetgever het toezichtstelsel in meer of mindere mate herschikt, ligt in de lijn der verwachting. Hoe zeer het stelsel op de schop gaat, valt op dit moment niet goed te voorspellen. Het kan nog alle kanten op. Vooropgesteld zij dat binnen de Europese jurisprudentie en het nationale staatsrecht ook verschillende toezichtstelsels verdedigbaar zijn. Het EHRM heeft weliswaar enkele piketpaaltjes geslagen waar de nationale wetgever gelet op de artikelen 8 en 13 EVRM rekening mee dient te houden, maar de jurisprudentie is niet geheel eenduidig en kan dus verschillend worden geduid. De minimumeis luidt dat sprake moet zijn van ‘effectief’ en ‘onafhankelijk’ toezicht. Het EHRM benadert die begrippen steevast vanuit een holistische benadering: het gaat erom dat het samenspel van verschillende rechtsmiddelen en toezichtmechanismen in hun totaliteit bezien evenwichtig moet zijn. Meer concreet betekent dit dat eventuele tekortkomingen in een bepaalde fase mogen worden gerepareerd of gecompenseerd door (meer of zwaardere) waarborgen in een andere fase.¹³⁹

In de recente uitspraken inzake *Big Brother Watch* en *Centrum voor Rättvisa* heeft de Grote Kamer van het EHRM een en ander gepreciseerd. In die zaken ging het om bulkinterceptie, internationale gegevensuitwisseling en toezicht daarop. De Grote Kamer eist erin dat sprake is van ‘end-to-end safeguards’.¹⁴⁰ Kort samengevat wil dat zeggen dat er in alle fasen van een bevoegdhedeninzet –

¹³⁷ Op het moment dat de kopij is afgerond is de kabinetsformatie naar aanleiding van de Tweede Kamerverkiezingen van 17 maart 2021 nog niet voltooid.

¹³⁸ *Kamerstukken II 2020/21*, 34 588, nr. 90.

¹³⁹ EHRM 4 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306 (*Roman Zakharov/Rusland*); EHRM 12 januari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003713814 (*Szabó en Vissy/Hongarije*). Vgl. Hagens 2017, p. 569-572.

¹⁴⁰ EHRM 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208 (*Centrum för Rättvisa/Zweden*). Zie ook de dubbelannotaties

vooraf, tijdens, achteraf – sprake is van een vorm van toezicht. Daarbij maakt het EHRM een (organisatorische) knip tussen het toezicht vooraf enerzijds en het toezicht op elke navolgende fase anderzijds. Op het punt van de *ex ante*-fase is het EHRM tamelijk duidelijk. Het heeft een sterke voorkeur voor de rechter, maar acht het toezicht door een gespecialiseerd college eveneens toelaatbaar. Dat college moet dan wel onafhankelijk zijn van de uitvoerende macht en voldoende onderzoeks- en beslisbevoegdheden hebben. In de *ex nunc*- en *ex post*-fase lijkt meer variatie mogelijk. Daar mag het gaan om combinaties van bestuurlijk, parlementair, rechterlijk en gespecialiseerd toezicht – als het geheel maar evenwichtig en effectief is.

Het EHRM heeft dus enkele randvoorwaarden geformuleerd, maar een noodzaak tot wijziging van het toezichtstelsel lijkt er niet direct te zijn. De nationale wetgever zal vooral zélf keuzes moeten maken. Op zich is het mogelijk het huidige toezichtstelsel te handhaven, zelfs zonder daaraan al te veel te sleutelen. Het stelsel lijkt immers – in ieder geval op papier – ‘EVRM-proof’. Wel zal de wetgever de toepassingsproblematiek rondom de *ex ante*-toets moeten zien te ondervangen. Het evaluatierapport biedt daarvoor de nodige handvatten. Continuering van het huidige stelsel heeft ook een duidelijk nadeel: er ontbreekt een mechanisme om impasses tussen de diensten en de toezichthouders te doorbreken. De wetgever zou derhalve, in navolging van het evaluatierapport, een vorm van beroep bij de (bestuurs)rechter kunnen inrichten. Dat is een interessante oplossingsrichting, die de moeite van het doordenken beslist waard is. Uit de huidige discussie over de toetsing door de TIB kan wel een les worden geleerd. Als de wetgever een beroepsmogelijkheid wil openstellen, doet hij er goed aan in ieder geval de volgende vragen te adresseren: wat mag de rechter precies toetsen, waaraan, op basis waarvan en met welke toetsingsintensiteit?

Intussen ligt door de Tweede Kamermoties nog een ander scenario op tafel: een samenvoeging van de TIB en de CTIVD. Als gezegd, de Raad van State heeft eerder gepleit voor concentratie van het toezicht bij één toezichthouder en ook in de rechtswetenschappelijke literatuur is die optie verdedigd. Een samengaan van beide toezichthoudende instanties kan namelijk diverse (praktische) voordelen hebben. Voorstelbaar is dat kennissystemen, ondersteunende staf, kenniskringen en *best practices* in zo’n situatie eenvoudiger kunnen worden uitgewisseld. Voorts worden de theoretische risico’s op onderlinge concurrentiedrang en afstemmingsproblemen gereduceerd, en krijgt het toezicht als geheel wellicht een verdiepingsslag. Misschien komt de *ex ante*-toets, die in de praktijk al zeer belangrijk is gebleken voor de kwaliteit van toestemmingsaanvragen, zelfs beter tot haar recht als zij is belegd bij een aparte CTIVD-afdeling. Enerzijds, omdat de CTIVD ietwat indringender kan toetsen. De CTIVD is per slot van rekening

van M. Hagens en J. Oerlemans in *European Human Rights Cases Updates* (online) en E. Moyakine in *Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens* 2021/62, afl. 4, p. 396-407.

qua onderzoeksbevoegdheden ruimer geëquipeerd dan de TIB en beschikt ook over meer domeinkennis.¹⁴¹ Anderzijds, omdat het vervolgtoezicht dan makkelijker van de ene afdeling op de andere kan worden overgedragen. Dat komt de integraliteit van het toezicht ten goede.

Tot slot zal de wetgever zich moeten beraden op het pleidooi van de CTIVD voor een interventiemogelijkheid, oftewel 'doorzettingsmacht'. Nog onduidelijk is of de jurisprudentiële effectiviteitseis daartoe daadwerkelijk verplicht. De CTIVD meent van wel.¹⁴² De ECW ziet dat anders en prefereert niet-bindend toezicht in de *ex nunc*- en *ex post-fase*.¹⁴³ Als er inderdaad bindende toezichtsbevoegdheden dienen te komen, doemt de vervolgvraag op hoe die er dan *in concreto* moeten uitzien. Moet de wetgever bijvoorbeeld differentiëren tussen bevoegdheden, opdat de toezichthouder kan ingrijpen bij de inzet van enkele specifieke bevoegdheden, of dient het bindende instrumentarium inzetbaar te zijn over de volle linie van het toezicht? Bij de beantwoording van deze en aanpalende vragen zal de wetgever ongetwijfeld ook de staatsrechtelijke noties ministeriële verantwoordelijkheid en parlementaire controle willen meewegen, al was het maar omdat hij een twee-kapiteins-op-één-schip-situatie moet zien te voorkomen.

6 Besluit

Samenvattend: om de verruiming van het bevoegdhedenarsenaal van de AIVD en de MIVD onder het regime van de Wiv 2017 te compenseren, wijzigde de wetgever het toezichtstelsel. Van meet af waarschuwden wetgevingsadviseurs en rechtswetenschappers onder meer voor onduidelijkheid rondom de intensiteit van de *ex ante*-toets, problemen in de informatievoorziening van de TIB en uiteenlopende wetsinterpretaties door beide toezichthouders. Ondanks deze kritiek opteerde de wetgever voor een gefragmenteerd toezichtstelsel. Vrijwel alle vooraf geïnventariseerde risico's hebben zich in de jaren daarna in meer of mindere mate gemanifesteerd.

De precieze verhouding tussen het toezicht vooraf en het toezicht achteraf blijkt van tevoren niet goed doordacht en heeft zich ook in de toepassingspraktijk nog onvoldoende uitgekristalliseerd. De resultante is dat we aan de voorkant, bij de TIB, een zekere verkramping zien, terwijl aan de achterkant, bij de CTIVD, onvrede bestaat over het ontbreken van interventiemogelijkheden. De ECW heeft in haar rapport diverse aanbevelingen gedaan om meer balans te brengen in het toezichtstelsel, op een zodanige wijze dat naar haar idee beter recht wordt gedaan aan de

¹⁴¹ Vgl. Hagens 2017, p. 591.

¹⁴² Brief aan de ECW, d.d. 11 augustus 2020, p. 8-9.

¹⁴³ Evaluatierapport, p. 123.

operationele complexiteit van het inlichtingen- en veiligheidswerk. Daarmee sluit haar rapport verrassend goed aan bij eerdere kanttekeningen van de Raad van State en analyses van rechtswetenschappers.

Hoe nu verder? De wetgever zal de komende tijd verschillende knopen moeten doorhakken. Niet alleen knelt de normering van sommige (digitale) bevoegdheden, ook is het noodzakelijk het toezichtstelsel in meer of mindere mate te herschikken. Nu is het bijstellen van toezichtmechanismen voor inlichtingen- en veiligheidsdiensten per definitie een moeilijke aangelegenheid. Binnen de bandbreedte van de EHRM-jurisprudentie zijn verschillende keuzes mogelijk. Mocht de wetgever voortgaan op de ingeslagen weg – instandhouding van twee losstaande toezichthouders – dan doet hij er verstandig aan ten minste heldere richtsnoeren voor de *ex ante*-toets op te stellen, de taakverdeling in het toezichtstelsel te preciseren en een voorziening te ontwerpen om eventuele interpretatiegeschillen te doorbreken. Bij dit alles kan hij teruggrijpen op aanbevelingen uit het evaluatierapport.

Vanwege de recente moties van de Tweede Kamer is een scenario waarin de wetgever TIB opheft en haar taken overhevelt naar de CTIVD niet ondenkbeeldig. De wetgever zal zich dan tevens moeten buigen over de vraag of en, zo ja, in welke gevallen de CTIVD bindende beslissingen mag nemen. Mocht de toezichthouder een dergelijke interventiemogelijkheid krijgen, dan kan de wetgever daar eventueel een beroepsmogelijkheid bij de rechter tegenover zetten. De introductie van zo'n nieuw, rechterlijk arrangement is wat rigoureuus en zal een toch al ingewikkeld toezichtstelsel verder compliceren. Toch valt een vorm van rechterlijke tegenmacht wellicht te billijken. Want, hoe men het ook wendt of keert, de positie de diensten in het staatsbestel is uniek en de op het spel staande belangen zijn in dit domein per definitie groot. •