



Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

> Retouradres Postbus 20011 2500 EA Den Haag

Aan de Koning

CZW
CZ

Turfmarkt 147
Den Haag
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

Kenmerk
2023-0000535653

Uw kenmerk

Datum **28 AUG 2023**
Betreft Nader rapport inzake voorstel van wet Nota van Wijziging
Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met
een offensief cyberprogramma

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 27 maart 2023, nr. 2022001014, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde ontwerp rechtstreeks aan mij en in afschrift aan mijn ambtgenoot van Defensie te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 10 mei 2023, nr. W04.23.00073/I, bied ik U hierbij aan. Dit nader rapport is mede namens de Minister van Defensie opgesteld.

De tekst van het advies treft u hieronder cursief aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 27 maart 2023, no.2022001014, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties mede namens de Minister van Defensie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de nota van wijziging bij het wetsvoorstel houdende regels inzake specifieke wettelijke voorzieningen voor het uitvoeren van onderzoeken door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland of Nederlandse belangen (Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma), met toelichting.

De nota van wijziging voorziet in een uitbreiding van het voorstel voor een tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma. De plicht in de Wiv 2017 om bulkdatasets binnen anderhalf jaar op relevantie te beoordelen en anders te vernietigen wordt geschrapt. Op grond van de nota van wijziging kan de bewaartermijn van bulkdatasets door de betrokken minister op grond van een beargumenteerd verzoek van de diensten jaarlijks verlengd worden. De CTIVD houdt hierop bindend toezicht.

Deze regeling geldt voor alle inlichtingenonderzoeken van de AIVD en de MIVD, en dus niet alleen voor onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma. Ook de reeds verworven bulkdatasets komen onder dit nieuwe

regime te vallen. Daarnaast introduceert de nota van wijziging, ter uitvoering van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU, een bindende onafhankelijke ex ante toets voor het realtime verzamelen van verkeers- en locatiegegevens.

Het wetsvoorstel krijgt met deze voorstellen een ruimere reikwijdte: het heeft niet langer uitsluitend betrekking op landen met een offensief cyberprogramma. In verband daarmee krijgt het voorstel ook een nieuwe naam: Tijdelijke wet specifieke voorzieningen onderzoeken AIVD en MIVD.

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat voorgestelde verruiming van de mogelijkheid bulkdatasets te bewaren een zorgvuldige afweging vereist. Het gaat hier immers om zeer grote hoeveelheden persoonsgegevens die voor het merendeel betrekking hebben op personen die geen voorwerp van onderzoek zijn en ook nooit zullen zijn. De Afdeling begrijpt het belang van bulkdatasets voor een goede taakuitoefening van de diensten. De toelichting is op dit punt echter niet toereikend, mede gelet op de aard en omvang van de bulkgegevens. Uit de toelichting wordt onder meer niet duidelijk waarom de bestaande regeling reeds op dit moment voor alle inlichtingenonderzoeken tijdelijk gewijzigd moet worden. Zij adviseert dit alsnog dragend te motiveren.

Een regeling voor het bewaren en vernietigen van bulkdatasets dient met solide waarborgen te zijn omgeven. In de nota van wijziging ligt het zwaartepunt bij het toezicht van de CTIVD op de jaarlijkse verlenging van de bewaartermijn. De voorgestelde regeling zelf echter kent in concrete zin weinig begrenzing. De Afdeling adviseert de criteria waaraan de verlengingsverzoeken worden getoetst in de wet neer te leggen. Om duidelijk te maken dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de burger eindig is, adviseert zij daarnaast te voorzien in een wettelijke eindtermijn met een nauwkeurig begrensde mogelijkheid om daarvan bij wijze van uitzondering af te wijken. In het licht van deze opmerkingen dient de nota van wijziging te worden heroverwogen.

1. Achtergrond en inhoud

Voorgeschiedenis wetsvoorstel

Vooruitlopend op een algehele herziening van de Wiv 2017 is het voorstel voor een tijdelijke wet onderzoeken Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD) naar landen met een offensief cyberprogramma in procedure.¹ Dat wetsvoorstel voorziet in een tijdelijk, van de Wiv 2017 afwijkend regime. Het bestaande regime van de Wiv 2017 belemmert de diensten, zo heeft de regering toegelicht, om het onderzoek naar landen met een offensief cyberprogramma effectief uit te voeren. Voor dit deel van de werkzaamheden van de diensten wil de regering de toegezegde

¹ Kamerstukken II 2022/23, 36263, nrs. 1-3. Op 10 mei 2022 bracht de Afdeling advies uit daarover uit.

herziening van de Wiv 2017 naar aanleiding van het rapport van de Evaluatiecommissie Jones- Bos van 2021 niet afwachten.²

Het doel van het wetsvoorstel is meer operationele snelheid en wendbaarheid mogelijk te maken, terwijl het niveau van toezicht gelijk blijft. Het voorstel verruimt daartoe de inzetmogelijkheden van enkele cyberbevoegdheden, brengt verschuivingen aan in het stelsel van toezicht en creëert voor geschillen tussen de minister(s) en de toezichthouder(s) een beroepsprocedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het voorstel voor een tijdelijke wet is op 1 december 2022 ingediend bij de Tweede Kamer. De minister kondigde in het nader rapport aan dat de bepalingen inzake het bewaren en vernietigen van bulkdatasets uit het voorstel zouden worden gehaald.

Bulkdatasets

Uit de nu voorliggende nota van wijziging blijkt dat wordt voorgesteld om de regeling een bredere toepassing te geven dan in het oorspronkelijke conceptvoorstel werd beoogd.³ De voorgestelde regeling heeft betrekking op het bewaren en vernietigen van bulkdatasets die in het kader van alle inlichtingenonderzoeken zijn verzameld. Een bulkdataset is gedefinieerd als "een omvangrijke gegevensverzameling waarvan het merendeel van de gegevens betrekking heeft op organisaties of personen die geen onderwerp van onderzoek van de diensten zijn en dat ook nooit zullen worden".⁴

De Wiv 2017 schrijft voor dat deze bulkdatasets binnen een termijn van anderhalf jaar op relevantie moeten worden beoordeeld.⁵ Dat is in de praktijk problematisch omdat het niet uitvoerbaar bleek de relevantie van bulkdatasets binnen anderhalf jaar te beoordelen en deze sets vaak langer dan die termijn van waarde zijn voor de onderzoeken van de diensten.

Na inwerkingtreding van de Wiv 2017 is op grond van deze overwegingen aanvankelijk ervoor gekozen om bepaalde bulkdatasets in zijn geheel of grotendeels als relevant te beoordelen. De afdeling toezicht van de CTIVD heeft daarop het in zijn geheel of grotendeels relevant beoordelen vanwege het aflopen van de wettelijke maximale beoordelingstermijn als onrechtmatig gekwalificeerd. De CTIVD onderkende weliswaar de operationele belangen om bulkdatasets langer te bewaren, maar was van oordeel dat de kern van bulkdata - dat zij gegevens bevat van personen en organisaties die geen onderwerp van onderzoek zijn - eraan in de weg staat dat zij in het geheel relevant worden verklaard.⁶ In het verlengde daarvan heeft de afdeling klachtbehandeling van de CTIVD naar aanleiding van een klacht van burgerrechtenvereniging Bits of Freedom in 2022 bepaald dat de diensten niet zorgvuldig en in strijd met de wet hebben gehandeld

² Kamerstukken II 2020/21, 34588, nr. O.

³ Kamerstukken II 2022/23, 36263, nr. 4, p. 24

⁴ Voorgesteld artikel 1, onder f.

⁵ Artikel 27, derde lid, Wiv 2017

⁶ CTIVD, Voortgangsrapportage IV: De implementatie van de Wiv 2017 (rapport 69), 5 augustus 2020, p. 12.

bij het periodiek (her)beoordelen van meerdere bulkdatasets. Deze bulkdatasets dienden om die reden te worden verwijderd en vernietigd.⁷

De nota van wijziging voorziet nu in de mogelijkheid van een jaarlijkse verlenging van het bewaren van de bulkdatasets. Hiervoor geldt, anders dan op grond van de huidige wet, geen eindtermijn. Zoals reeds vermeld is de nu voorgestelde regeling, anders dan in het oorspronkelijke conceptvoorstel voor een Tijdelijke wet, niet alleen van toepassing op de verlenging van bulkdatasets die zijn verzameld in onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma maar in bredere zin op bulkdatasets die zijn verzameld in inlichtingenonderzoeken. Daarnaast voorziet de nota van wijziging in een overgangsregeling waarmee alle reeds vergaarde bulkdatasets onder dit regime worden gebracht.⁸

Stomme tap

De nota van wijziging introduceert tot slot een nieuwe procedure voor de inzet van de bevoegdheid tot het realtime verzamelen van verkeers- en locatiegegevens.⁹ Men noemt deze bevoegdheid de "stomme tap" omdat hierbij niet de inhoud van communicatie wordt geïntercepteerd. Ook hier gaat het om inzet in het kader van alle inlichtingenonderzoeken, niet alleen in onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma. De aanleiding voor deze wijziging is een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het Hof oordeelde dat het realtime verzamelen van verkeers- en locatiegegevens enkel mag plaatsvinden na voorafgaand bindend toezicht door een rechter of een onafhankelijke administratieve autoriteit.¹⁰ Op basis van de Wiv 2017 is voor deze bevoegdheid geen voorafgaande bindende toets van de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB) benodigd. De nota van wijziging voorziet nu in een dergelijke toets. In de tussentijd wordt ervoor gezorgd dat in de praktijk al in lijn met deze wijziging wordt gehandeld.¹¹

In de toelichting bij de nota van wijziging is aangegeven dat ten behoeve van de stomme tap een tijdelijke voorziening zal worden getroffen waarbij wordt voorzien in een ex ante toets in de vorm van een bindend advies aan de betreffende minister. Hiermee kan vooruitlopend op de totstandkoming en inwerkingtreding van onderhavig wetsvoorstel reeds nu conformiteit met het EU-recht worden bewerkstelligd. Op dit moment is nog overleg gaande met de TIB om tot deze tijdelijke voorziening te komen. Overigens is van de gelegenheid gebruik gemaakt om in artikel 14e een wetstechnische onvolkomenheid weg te nemen.

⁷ Beslissing klacht Bits of Freedom over het handelen van de AIVD en de MIVD, 15 juni 2022, www.ctivd.nl.

⁸ Voorgesteld artikel 14c.

⁹ Voorgesteld artikel 14e.

¹⁰ Hof van Justitie van de Europese Unie, 6 oktober 2020, in de gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18 (Quadrature du Net e.a.),

¹¹ Toelichting, onderdeelsgewijs, I.

2. Noodzaak uitbreiding reikwijdte

Zoals vermeld had de tijdelijke wet tot dusverre een beperkte reikwijdte. Centraal stond de specifieke dreiging die uitgaat van landen met een offensief cyberprogramma en de belemmeringen in de Wiv 2017 om hier effectief onderzoek naar te doen. De Afdeling achtte het in haar eerdere advies over de tijdelijke wet, gelet op de geschetste bijzondere dreiging, "begrijpelijk om thans, vooruitlopend op een definitieve wetswijziging, een aangepast regime voor een beperkt deel van de taken tijdelijk te beproeven".¹²

Met de nota van wijziging wordt de specifieke reikwijdte van het wetsvoorstel losgelaten en krijgt het voorstel een breder bereik. De tijdelijke wet krijgt dan ook een nieuwe naam: Tijdelijke wet specifieke voorzieningen onderzoeken AIVD en MIVD.¹³ Voor wat betreft de verruiming van de mogelijkheid van het bewaren van bulkdata is, mede gelet op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zoals gewaarborgd in artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 EVRM,¹⁴ een zorgvuldige afweging van belang. Dit geldt te meer omdat het bij bulkdataset gaat om zeer grote hoeveelheden persoonsgegevens die voor het merendeel betrekking hebben op personen die geen voorwerp van onderzoek zijn en ook nooit zullen zijn en bovendien met deze verruiming wordt vooruitgelopen op de herziening van de Wiv 2017 waarin dit thema nog ten principale aan de orde komt. De Afdeling begrijpt de grote betekenis van bulkdataset voor een goede taakuitoefening van de diensten en heeft in dat verband, naast de overwegingen daaromtrent van de commissie Jones-Bos, kennisgenomen van het gezamenlijke pleidooi van de beide toezichthouders (TIB en CTIVD) voor een wettelijke regeling. Niettemin merkt de Afdeling op dat de toelichting op de nota van wijziging, mede gelet op de aard en omvang van de bulkgegevens, niet toereikend is. Zij bevat in het algemeen deel geen zelfstandige en samenhangende motivering voor het feit dat de voorgestelde uitbreiding, in afwijking van de specifieke reikwijdte van de tijdelijke wet, op dit moment noodzakelijk is. De motivering blijft in het artikelsgewijze deel van de toelichting beperkt tot de stelling dat bulkdatasets "niet alleen bij onderzoeken in het cyberdomein een belangrijke functie [vervullen]. Zij vervullen ook in veel andere onderzoeken [...] een belangrijke rol in de analyse".¹⁵ Verdere motivering ontbreekt. Ook wordt uit de artikelsgewijze toelichting niet duidelijk waarom de voorgestelde uitbreiding op dit moment nodig is en niet kan worden gewacht op de herziening van de Wiv 2017.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de uitbreiding van de regeling voor het bewaren en vernietigen van bulkdatasets alsnog dragend te motiveren.

¹² Kamerstukken II 2022/23, 36263, nr. 4, punt 3.

¹³ Voorgestelde wijziging van het opschrift, zie onder A.

¹⁴ Op het relevante constitutionele kader is de Afdeling ingegaan in haar eerdere advies over de tijdelijke wet. Zie Kamerstukken II 2022/23, 36263, nr. 4, punt 2.

¹⁵ Toelichting, onderdeelsgewijs, I.

Naar aanleiding van dit advies is in het onderdeelsgewijze deel een nadere toelichting gegeven op de voorgestelde uitbreiding van de regeling omtrent bulkdatasets. Hierbij is nader gemotiveerd dat bulkdatasets niet alleen bij onderzoeken in het cyberdomein een belangrijke functie vervullen. Zij vervullen namelijk ook in veel andere onderzoeken die de diensten uitvoeren in het kader van de aan hen opgedragen taak in de artikelen 8, tweede lid, onder a en d, onderscheidenlijk 10, tweede lid, onder a, c en e van de Wiv 2017 een belangrijke rol in de analyse van bekende dreigingen en het onderkennen en identificeren van verborgen dreigingen. Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat eenzelfde bulkdataset een rol speelt bij het onderzoeken van een terroristische dreiging en tegelijkertijd gebruikt wordt voor onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma. Het gebruik van bulkdatasets is op zichzelf niet in te delen in of afgebakend tot de onderzoeksoopdrachten van de diensten, zoals een contraterrorisme onderzoek naar land X of een cyber onderzoek naar land Y. Immers, door de diensten rechtmatig verworven gegevens, waaronder bulkdatasets, mogen op grond van de Wiv 2017 niet alleen worden gebruikt voor het onderzoek ten behoeve waarvan ze zijn voor verworven maar ook voor enig ander lopend inlichtingenonderzoek van de dienst. Het is voorts inherent aan de werkwijze van inlichtingen- en veiligheidsdiensten om gegevens zoveel mogelijk in onderlinge samenhang te verwerken. Juist het combineren van rechtmatig verworven gegevens maakt het mogelijk verbanden te leggen of juist uit te sluiten. Een eenduidig kader maakt het stelsel minder complex, niet alleen in het kader van de toepassing maar ook vanuit het perspectief van toezicht. Bovendien bevordert het eveneens de rechtszekerheid voor de burger die immers moet kunnen vertrouwen op het consequent handelen van de overheid. Uiteraard geldt bij dit alles dat de wettelijke eisen die aan de verwerking van gegevens zijn gesteld met het oog op het borgen van de belangen van de burgers onverkort van toepassing zijn en blijven.

3. Bewaarregime bulkdatasets

Bulkdatasets in de Wiv 2017

De Wiv 2017 bevat verschillende regels voor de verwerking van bulkdatasets, afhankelijk van de wijze waarop de bulkdatasets zijn verzameld. De Evaluatiecommissie Jones-Bos heeft in haar rapport aanbevolen om in de Wiv 2017 één regeling te treffen voor de verwerking van alle bulkdatasets, waarbij wel onderscheid kan worden gemaakt naar type datasets.¹⁶

Zo kan in beginsel, ongeacht de wijze waarop de bulkdata zijn verworven, worden gezorgd voor uniformiteit bij de verwerking. De minister heeft de conclusies en aanbevelingen van de commissie omarmd en heeft toegezegd deze te betrekken bij de herziening van de Wiv 2017.¹⁷

¹⁶ Rapport Evaluatiecommissie Wiv 2017, bijlage bij Kamerstukken 2020/21, 34588, nr. 88, paragraaf 4.

¹⁷ Kamerstukken II 2020/21, 34 588, O.

Ook ten aanzien van het bewaren en vernietigen van bulkdatasets gelden in de Wiv 2017 verschillende regimes. Voor bulkdatasets die zijn verworven met bijzondere bevoegdheden schrijft de Wiv 2017 voor dat bulkdatasets zo spoedig mogelijk en binnen maximaal anderhalf jaar worden beoordeeld op relevantie (relevantie-regime). Niet-relevante gegevens worden vernietigd.¹⁸ Gegevens die wel relevant zijn worden verwijderd als zij, gelet op het doel waarvoor zij worden verwerkt, geen betekenis hebben of hun betekenis hebben verloren (betekenis-regime), aldus de huidige wet.¹⁹

Bulkdatasets in de nota van wijziging

De nu voorgestelde regeling beperkt zich tot de bulkdatasets die zijn verworven met zogenoemde bijzondere bevoegdheden, bijvoorbeeld de hackbevoegdheid. De regeling ziet niet op bulkdatasets die zijn verworven met de onderzoeksoopdrachtgerichte (OOG) interceptie; deze houden het door de Wiv 2017 voorgeschreven eigen bewaarregime. Ook voor bulkdatasets die zijn verworven met algemene bevoegdheden blijft het algemene bewaarregime in de Wiv 2017 gelden.

Op grond van de nota van wijziging hoeven bulkdatasets niet langer op relevantie te worden beoordeeld. Het voorstel is jaarlijks te bezien of de bulkdataset nog een jaar bewaard mag worden.²⁰ De minister besluit over de verlenging van de bewaartermijn op basis van een beargumenteerd voorstel van de diensten. Voor zover het gaat om het toezicht geldt het regime van het aanhangige voorstel voor een Tijdelijke wet. Dat betekent dat de CTIVD bindend toezicht houdt en dat tegen een negatief bindend oordeel van de CTIVD beroep open staat bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

In haar advies over het voorstel voor de Tijdelijke wet plaatste de Afdeling kanttekeningen bij het daarin voorgestelde bewaarregime voor bulkdatasets. Net als bij haar advisering over de Wiv 2017 wees de Afdeling op jurisprudentie van het EHRM die het belang benadrukt van een zo kort mogelijke bewaartermijn die in wet- en regelgeving dient te worden neergelegd.²¹

Het leek haar aangewezen het aantal mogelijke verlengingen wettelijk te maximeren. Ook achtte zij het noodzakelijk dat de wet met het oog op de beoordeling van het verlengingsverzoek objectieve toetsingscriteria bevat.

Blijkens de toelichting bij de nota van wijziging neemt de regering dit advies niet over. Volgens haar is het niet passend om voor alle bulkdatasets op voorhand eenzelfde maximale bewaartermijn te stellen. De jaarlijkse verlenging per geval

¹⁸ Artikel 27, eerste en derde lid, Wiv 2017.

¹⁹ Artikel 20, eerste lid, Wiv 2017.

²⁰ Voorgesteld artikel 14b.

²¹ EHRM 25 mei 2021 (GK), Big Brother Watch t. Verenigd Koninkrijk, nrs. 58170/13 62322/14 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013, paragraaf 405 en 423. Zie ook EHRM 4 december 2015, nr. 47143/06, Roman Zakharov t. Rusland, paragraaf 255. Zij deed dit ook al in haar advies over de Wiv 2017, zie Advies van de Afdeling advisering van 21 september 2016 over de Wiv 2017 (W04.16.0097/I), Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 4, punt 4f.

biedt de mogelijkheid tot maatwerk per bulkdataset. De toelichting schetst op hoofdlijnen hoe de noodzaak en proportionaliteit van de verlenging zal worden getoetst en formuleert daartoe enkele afwegingsfactoren. Daarbij benadrukt de regering de rol van de CTIVD en de Afdeling bestuursrechtspraak. Zo wordt invulling gegeven aan de eisen van (jurisprudentie over) artikel 8 EVRM, aldus de toelichting.²²

Meer wettelijke waarborgen

De Wiv 2017 bevat diverse mogelijkheden om bulkdatasets te verwerken. Zo kunnen bulkdatasets geautomatiseerd worden geanalyseerd en onder voorwaarden met buitenlandse inlichtingendiensten worden gedeeld.²³ De privacy-inbreuk die met deze verwerking gepaard gaat, is, zoals hiervoor al opgemerkt, in het bijzonder ook van belang omdat het merendeel van de gegevens in bulkdatasets ziet op personen of organisaties die niet bij de AIVD en de MIVD in onderzoek zijn en ook nooit zullen zijn. Het bewaar- en vernietigingsregime voor bulkdatasets dient dan ook met solide waarborgen te zijn omgeven. Dat is eens te meer het geval nu de nota van wijziging de regeling inzake bewaring en vernietiging significant uitbreidt naar alle inlichtingenonderzoeken én naar de in het verleden reeds verzamelde bulkdatasets.

Tegen deze achtergrond bevat het wetsvoorstel nog onvoldoende waarborgen. In de voorgestelde regeling ligt te zeer het zwaartepunt op de alleen in algemene termen vastgelegde noodzakelijkheids- en proportionaliteitsmaatstaf bij de jaarlijkse verlengingen en het toezicht van de CTIVD daarop. Dit zijn betekenisvolle waarborgen maar tegelijkertijd kent het voorstel zélf in concrete zin weinig begrenzing. Gelet op de aard en omvang van bulkdatasets (zie hiervoor) zijn meer waarborgen nodig.

Daartoe adviseert de Afdeling in de eerste plaats de criteria waaraan de verlengingsverzoeken worden getoetst, concreter dan nu het geval is in de wet neer te leggen. Hierbij kan worden aangesloten bij het wettelijk kader voor de inzet van bijzondere bevoegdheden in de Wiv 2017²⁴ en bij de reeds in de toelichting bij de nota van wijziging genoemde factoren.²⁵ Uit dat laatste blijkt dat in elk geval gekeken wordt naar:

- (a) het gebruik van gegevens uit de bulkdataset door de betrokken dienst in het afgelopen jaar of de afgelopen jaren en*
- (b) de verwachte potentiële bijdrage van gegevens uit de bulkdataset aan onderzoeken van de betrokken dienst in de aankomende periode.*

De Afdeling adviseert deze factoren wettelijk te verankeren. Daarnaast kan gedacht worden aan de ernst van de inbreuk die door de betreffende categorie

²² Toelichting, onderdeelsgewijs, I.

²³ Artikel 89, tweede lid, en artikel 60 Wiv 2017.

²⁴ Artikel 29 Wiv 2017.

²⁵ Toelichting, onderdeelsgewijs, I.

persoonsgegevens op de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt en de periode gedurende welke de bulkdataset op dat moment reeds wordt bewaard.

In de aangepaste nota van wijziging, mede naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering, is thans voorzien in (1) een nieuw artikel 14b, waarbij in afwijking van artikel 27, eerste en derde lid, Wiv 2017 voor het gebruik, waaronder begrepen het onderzoek naar relevantie, van gegevens in de bulkdatasets een eindtermijn van anderhalf jaar wordt bepaald en (2) een nieuw artikel 14ba, waarin nader wordt geregeld en ingekaderd de mogelijkheid tot het door de minister vaststellen van een nieuwe eindtermijn voor het gebruik van een bulkdataset indien dit vanwege dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid noodzakelijk wordt geacht. Alvorens op de procedure tot het kunnen vaststellen van een nieuwe eindtermijn in te gaan, wordt opgemerkt dat in de voorgestelde regeling ervoor is gekozen om de eindtermijn niet te koppelen aan de handeling van het relevant verklaren van gegevens opgenomen in een bulkdataset, maar aan het gebruik van de bulkdataset als zodanig, waarbij onder gebruik wel degelijk ook de handeling van relevant verklaring van gegevens omvat. Het verzoek daartoe van het hoofd van de dienst aan de betrokken minister dient te voldoen aan de in artikel 14ba, tweede lid, neergelegde criteria, waarmee gevolg is gegeven aan het advies van de Afdeling advisering ter zake. Het verzoek dient als gevolg daarvan de volgende gegevens te bevatten: een aanduiding van de bulkdataset dan wel, voor zover van toepassing, delen daarvan, een omschrijving van het onderzoek in welk kader de bulkdataset is verworven, de periode gedurende welke de bulkdataset reeds is bewaard, de reden waarom een nieuwe eindtermijn voor gebruik van de bulkdataset noodzakelijk is, de reden waarom een nieuwe eindtermijn voor gebruik van de bulkdataset vanuit de daarmee gepaard gaande beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de personen wier gegevens in de bulkdataset zijn opgenomen proportioneel en subsidiair is, het gebruik van de bulkdataset in de afgelopen periode en daarmee het behaalde resultaat en de verwachte potentiële bijdrage van het gebruik van de bulkdataset aan enig lopend inlichtingenonderzoek in de verzochte nieuwe eindtermijn. De genoemde criteria zijn nader toegelicht in de toelichting bij de nota van wijziging.

In artikel 14ba, derde lid, is bepaald dat de minister, indien deze tot het oordeel komt dat er (inderdaad) dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid aanwezig zijn die het noodzakelijk maken om een nieuwe eindtermijn te geven voor het gebruik van een bulkdataset, hij een nieuwe eindtermijn kan vaststellen. Bij de beoordeling of dergelijke dringende redenen aanwezig zijn zal hij acht slaan op de eerdergenoemde criteria en de door het hoofd van de dienst verstrekte gegevens ter zake. Indien de minister een nieuwe eindtermijn vaststelt, wordt deze terstond aan de afdeling toezicht van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) medegedeeld (artikel 14ba, derde lid). Deze kan daarop bindend toezicht uitoefenen (artikel 14d). Indien het verzoek door de minister wordt afgewezen dient de bulkdataset terstond na afloop van de geldende eindtermijn te worden vernietigd. Ook daarvan wordt terstond mededeling aan de afdeling toezicht van de CTIVD gedaan (artikel 14ba, vijfde lid). De nieuwe procedure is in de toelichting nader uiteengezet.

Als gevolg van de hiervoor beschreven aanpassingen van de nota van wijziging, zijn ook het opschrift en de considerans, alsmede de artikelen 14c en 14d in technische zin aangepast. Ook overigens is van de gelegenheid gebruik gemaakt de toelichting op onderdelen aan te passen.

Verder merkt de Afdeling op dat naast de jaarlijkse verlengingsprocedure, in lijn met hetgeen doorgaans in het algemene gegevensbeschermingsrecht geldt, op enigerlei wijze moet worden voorzien in een eindtermijn. Een eindtermijn biedt duidelijkheid aan zowel de betreffende dienst als de toezichthouder dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de burger eindig is. Daarbij kan mogelijk worden aangesloten bij de bestaande wettelijke bewaartermijn voor gegevens die zijn verkregen met de onderzoeksopdrachtgerichte (OOG) interceptie die de Tijdelijke wet ongewijzigd laat²⁶. Om recht te doen aan de onderlinge verschillen tussen bulkdatasets kan in aanvulling daarop worden overwogen om een nauwkeurig begrensde bevoegdheid te creëren om bij wijze van uitzondering van de eindtermijn af te wijken indien dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid dat strikt noodzakelijk maken.

Daarom adviseert de Afdeling de nota van wijziging ook op dit punt aan te passen.

In de voorgestelde regeling is er allereerst voor gekozen om in artikel 14b in afwijking van het bepaalde in artikel 27, eerste en derde lid, Wiv 2017 eenduidig te bepalen dat de eindtermijn voor het gebruik van een door de diensten verworven bulkdataset die is verworven met een bijzondere bevoegdheid, niet zijnde de bevoegdheid ex artikel 48 Wiv 2017, anderhalf jaar is. In de praktijk wordt immers vrijwel altijd van de in artikel 27, derde lid, Wiv 2017 geboden verlengingsmogelijkheid met zes maanden (in aanvulling op de termijn van één jaar uit artikel 27, eerste lid, Wiv 2017) gebruik gemaakt. Daarbij is geen aansluiting gezocht bij de in artikel 48 Wiv 2017 genoemde termijn, maar de bestaande (totaal)termijn uit artikel 27 Wiv 2017 gehandhaafd.

Zoals hiervoor al is uiteengezet voorziet de nota van wijziging in de mogelijkheid om de minister, indien aan de daarvoor geformuleerde criteria wordt voldaan, een nieuwe eindtermijn te laten vaststellen. Bij de formulering van de mogelijkheid om tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn te komen, is aangesloten bij het door de Afdeling geformuleerde criterium voor de door haar mogelijk geachte uitzondering op een eindtermijn, te weten dat sprake moet zijn van dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid die dat noodzakelijk maken. De voorgestelde regeling beoogt een oplossing voor de beschreven problematiek te bieden, waarbij recht wordt gedaan aan de aard van iedere afzonderlijke bulkdataset en het gebruik daarvan in de inlichtingenpraktijk. Zo is het merendeel van de sets die de diensten verwerven een buitenlandse registerset. Dit zijn sets met identificerende kenmerken. Hierbij kan de vergelijking gemaakt worden meteen telefoonboek of een register van de Kamer van Koophandel of RDW. Uit

²⁶ De maximum bewaartermijn is hier drie jaar. Zie artikel 48 lid 5 Wiv 2017.

de praktijk is gebleken dat registersets gebruikt kunnen worden als naslagwerk en hierdoor langdurige inlichtingenwaarde hebben. Deze analyse wordt door de CTIVD en ECW gedeeld²⁷.

De in artikel 14ba opgenomen regeling biedt de mogelijkheid tot maatwerk en kan voorkomen dat bulkdatasets die van grote waarde zijn voor de inlichtingenonderzoeken van de dienst, mits deze voldoen aan de criteria, worden vernietigd. De voorgestelde regeling beoogt tegelijkertijd een belangrijk operationeel knelpunt voor de taakuitvoering van de diensten weg te nemen, dat is verbonden aan de huidige regeling van artikel 27, eerste en derde lid, Wiv 2017. Daaruit vloeit voort dat bulkdatasets na een periode van maximaal anderhalf jaar zonder meer vernietigd moeten worden zonder dat daarbij binnen het huidige wettelijke kader voldoende rekening kan worden gehouden met het feit dat bulkdatasets ook na afloop van die termijn nog steeds grote inlichtingenwaarde kunnen hebben voor lopende onderzoeken in het kader van de nationale veiligheid.

Tot slot wordt opgemerkt dat voor alle voorgestelde maatregelen in de Tijdelijke wet, dus ook waar het gaat om de mogelijkheid van het vaststellen van een nieuwe eindtermijn, geldt dat die nadrukkelijk een tijdelijk karakter hebben. In artikel 17 van het wetsvoorstel is immers bepaald dat de Tijdelijke wet na vier jaar vervalst. De reden daarvoor is dat ter opvolging van onder andere de aanbevelingen van de Evaluatiecommissie Wiv 2017, na het uitbrengen van de hoofdlijnennotitie aan en bespreking daarvan met de Tweede Kamer, een traject tot herziening van de Wiv 2017 als zodanig zal worden ingezet, waarvan de verwachting is dat die binnen de werkingsduur van de Tijdelijke wet kan worden bewerkstelligd. In dat wetstraject zal ook een brede regeling voor de bulkdata-problematiek worden getroffen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij de nota van wijziging en adviseert deze niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij deze is aangepast.

*De vice-president van de Raad van State
Th.C. de Graaf*

²⁷ Kamerstukken II 2019/20, 29 924, nr. 203 (Beleidsreactie CTIVD-rapporten nr. 70 en 71); CTIVD. (2020). Toezichtsrapport 70 over het verzamelen van bulkdatasets met de hackbevoegdheid en de verdere verwerking daarvan door de AIVD en de MIVD. p. 3, 13, 22-23 en Evaluatie 2020 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017, p.40.

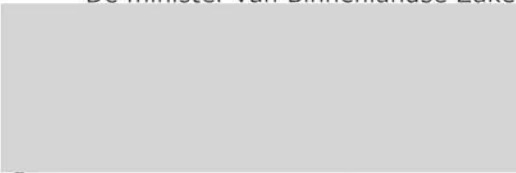
CZW
CZ

Datum

Kenmerk
2023-0000535653

Ik verzoek U, mede namens mijn ambtgenoot van Defensie, in te stemmen met toezending van de gewijzigde nota van wijziging en de gewijzigde toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,



Hanke Bruins Slot

Regels inzake specifieke wettelijke voorzieningen voor het uitvoeren van onderzoeken door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland of Nederlandse belangen (Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma)

NOTA VAN WIJZIGING

Het voorstel van wet wordt als volgt gewijzigd:

A

Het opschrift komt te luiden:

Tijdelijke regels inzake specifieke wettelijke voorzieningen voor het uitvoeren van onderzoeken door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland of Nederlandse belangen alsmede voorzieningen inzake de mogelijkheid tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn voor gebruik door de diensten van in het kader van hun taakuitvoering met bijzondere bevoegdheden verworven bulkdatasets en de invoering van een bindende toets ex ante van verleende toestemmingen voor de real time interceptie van verkeers- en locatiegegevens (Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma, bulkdatasets en overige specifieke voorzieningen)

B

De considerans komt te luiden:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is in aanvulling op en deels in afwijking van hetgeen in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 is bepaald, randvoorwaarden te scheppen waarbinnen de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst op een effectieve wijze onderzoek kunnen doen naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland of Nederlandse belangen, met onder meer als doel beter zicht te krijgen op de daarmee samenhangende bekende en verborgen dreigingen, de door deze landen gehanteerde werkwijzen en de specifieke aandachtsgebieden waarop die dreigingen zich richten, te voorzien in tijdelijke regels inhoudende de mogelijkheid tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn voor gebruik door de diensten van in het kader van hun taakuitvoering met bijzondere bevoegdheden verworven bulkdatasets en de invoering van een bindende toets ex ante van verleende toestemmingen voor de real time interceptie van verkeers- en locatiegegevens alsmede te voorzien in de mogelijkheid van bindend toezicht door de afdeling toezicht van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten en de mogelijkheid van beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State;.

C

“Paragraaf 1 Definitiebepaling” wordt vervangen door “**Hoofdstuk 1 Definitiebepaling**”.

D

In artikel 1 wordt onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel e door een puntkomma een onderdeel toegevoegd, luidende:

f. bulkdataset: een omvangrijke gegevensverzameling waarvan het merendeel van de gegevens betrekking heeft op organisaties of personen die geen onderwerp van onderzoek van de diensten zijn en dat ook nooit zullen worden.

E

Voor paragraaf 2 wordt ingevoegd "**Hoofdstuk 2 Tijdelijke voorzieningen in verband met het onderzoek van de AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma**".

F

"Paragraaf 2 Reikwijdte wet en van toepassingsverklaring wet" wordt vervangen door "Paragraaf 1 Reikwijdte en van toepassingsverklaring hoofdstuk 2".

G

De paragrafen 3 tot en met 8 worden vernummerd tot paragrafen 2 tot en met 7.

H

Artikel 2 wordt gewijzigd als volgt:

1. In het tweede lid wordt "deze wet" vervangen door "dit hoofdstuk".
2. Het derde lid komt te luiden:
 3. In een verzoek om toestemming, alsmede een verzoek om verlenging van een toestemming voor de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid als bedoeld in paragraaf 3.2.5 van de Wiv 2017 wordt in aanvulling op het bepaalde in artikel 29, tweede lid, van die wet tevens vermeld of daarbij toepassing wordt gegeven aan het bepaalde in dit hoofdstuk.

I

Na artikel 14 wordt een hoofdstuk ingevoegd, luidende:

Hoofdstuk 3 Overige tijdelijke voorzieningen in het kader van de taakuitvoering van de AIVD en MIVD

Artikel 14a

Op de uitvoering van de in artikel 8, tweede lid, onder a en d, onderscheidenlijk 10, tweede lid, onder a, c en e, van de Wiv 2017 aan de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst onderscheidenlijk de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst in het belang van de nationale veiligheid opgedragen taak, waaronder begrepen de taak, bedoeld in artikel 2, eerste lid, is het bepaalde in dit hoofdstuk van toepassing.

Artikel 14b

In afwijking van het bepaalde in artikel 27, eerste en derde lid, Wiv 2017 bedraagt de eindtermijn voor gebruik, waaronder begrepen het onderzoek naar relevantie, van de gegevens in een door de dienst verworven bulkdataset bij de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid als bedoeld in paragraaf 3.2.5 van de Wiv 2017, niet zijnde de bevoegdheid als bedoeld in artikel 48 van die wet, anderhalf jaar. Na afloop van deze eindtermijn worden de gegevens in de bulkdataset vernietigd. Van de vernietiging wordt terstond mededeling gedaan aan de afdeling toezicht van de commissie van toezicht.

Artikel 14ba

1. Onze betrokken Minister kan, bij afloop van de eindtermijn, bedoeld in artikel 14b, op een daartoe strekkend verzoek van het hoofd van de betrokken dienst, wanneer vanwege dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid dit noodzakelijk wordt geacht, worden verzocht om te beoordelen of een nieuwe eindtermijn dient te worden vastgesteld voor het gebruik van een bulkdataset voor enig lopend onderzoek vallend onder de taken, bedoeld in artikel 8, tweede lid, onder a en d, onderscheidenlijk artikel 10, tweede lid, onder a, c en e, van de Wiv 2017.
2. Een verzoek om toestemming als bedoeld in het eerste lid, bevat:
 - a. een aanduiding van de bulkdataset dan wel, voor zover van toepassing, delen daarvan;
 - b. een omschrijving van het onderzoek in welk kader de bulkdataset is verworven;
 - c. de periode gedurende welke de bulkdataset reeds is bewaard;

- d. de reden waarom een nieuwe eindtermijn voor gebruik van de bulkdataset noodzakelijk is;
 - e. de reden waarom een nieuwe eindtermijn voor gebruik van de bulkdataset vanuit de daarmee gepaard gaande beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de personen wier gegevens in de bulkdataset zijn opgenomen proportioneel en subsidiair is;
 - f. het gebruik van de bulkdataset in de afgelopen periode en daarmee het behaalde resultaat;
 - g. de verwachte potentiële bijdrage van het gebruik van de bulkdataset aan enig lopend onderzoek vallend onder de taken, bedoeld in artikel 8, tweede lid, onder a en d, onderscheidenlijk artikel 10, tweede lid, onder a, c en e, van de Wiv 2017 in de verzochte nieuwe eindtermijn.
3. Indien Onze betrokken Minister bij de beoordeling van een verzoek als bedoeld in het eerste lid tot het oordeel komt dat dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid dit noodzakelijk maken, kan een nieuwe eindtermijn voor gebruik van de bulkdataset van ten hoogste een jaar door hem worden vastgesteld. Van de vaststelling van een nieuwe eindtermijn door Onze betrokken Minister wordt terstond mededeling gedaan aan de afdeling toezicht van de commissie van toezicht.
 4. Na afloop van de ingevolge het derde lid vastgestelde nieuwe eindtermijn kan in voorkomende gevallen een nieuw verzoek als bedoeld in het eerste lid bij Onze betrokken Minister worden ingediend, met dien verstande dat dan verzocht wordt om een nieuwe eindtermijn ten opzichte van de eerder op grond van het derde lid vastgestelde eindtermijn.
 5. Indien Onze betrokken Minister op een verzoek als bedoeld in het eerste lid afwijzend beslist, wordt de desbetreffende bulkdataset terstond na afloop van de geldende eindtermijn vernietigd. Van de vernietiging wordt terstond mededeling gedaan aan de afdeling toezicht van de commissie van toezicht.

Artikel 14c

1. Op bulkdatasets die door de dienst op grond van een bijzondere bevoegdheid als bedoeld in paragraaf 3.2.5 van de Wiv 2017, niet zijnde de bevoegdheid als bedoeld in artikel 48 van die wet, zijn verworven voor de inwerkingtreding van deze wet en die nog overeenkomstig het bepaalde in artikel 27, eerste lid, van de Wiv 2017 onderworpen zijn aan een toets op relevantie, zijn de artikelen 14b en 14ba van overeenkomstige toepassing.
2. Als tijdstip van verwerving van de bulkdatasets wordt voor toepassing van het bepaalde in artikel 14b de datum van feitelijke verwerving aangemerkt, indien deze minder dan een jaar voor inwerkingtreding van deze wet ligt.
3. Op bulkdatasets waarvan het tijdstip van verwerving een jaar dan wel meer dan een jaar voor de inwerkingtreding van deze wet ligt, kan bij inwerkingtreding van deze wet door het hoofd van de betrokken dienst aan Onze betrokken Minister een verzoek als bedoeld in artikel 14ba, eerste lid, worden gedaan, tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn voor gebruik van een bulkdataset.
4. Onze betrokken Minister doet aan de afdeling toezicht een overzicht toekomen van de bulkdatasets die op grond van dit artikel onder de toepassing van artikel 14b en 14ba worden gebracht.

Artikel 14d

Op een besluit genomen op grond van artikel 14ba, derde lid, is hoofdstuk 2, paragraaf 7, van overeenkomstige toepassing.

Artikel 14e

1. Dit artikel is van toepassing op de uitoefening van de bevoegdheid, bedoeld in artikel 55, eerste lid, van die wet voor zover deze betrekking heeft op gegevens over het

communicatieverkeer met betrekking tot de gebruiker dat na het tijdstip van de opdracht zal plaatsvinden.

2. Een door Onze betrokken Minister of namens deze door het hoofd van de betrokken dienst verleende schriftelijke toestemming voor de uitoefening van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid, wordt voor een toets op rechtmatigheid aan de toetsingscommissie voorgelegd. Het oordeel van de toetsingscommissie is bindend. De artikelen 36 en 37 Wiv 2017 zijn van overeenkomstige toepassing.
3. Artikel 59 van de Wiv 2017 is van overeenkomstige toepassing op de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid als bedoeld in het eerste lid.

J

"Paragraaf 9 Overgangs- slotbepalingen" wordt vervangen door "**Hoofdstuk 4 Overgangs- en slotbepalingen**".

K

Artikel 18 komt te luiden:

Artikel 18

Deze wet wordt aangehaald als: Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma, bulkdatasets en overige specifieke voorzieningen.

Toelichting

Algemeen

1. Inleiding

Op 2 december 2022 is bij de Tweede Kamer het voorstel voor een Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma ingediend (hierna: Tijdelijke wet). In het aan de Koning uitgebrachte nader rapport is aangegeven dat het (ingediende) wetsvoorstel bij nota van wijziging nog zou worden aangevuld met een regeling inzake bulkdatasets die door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD) met bijzondere bevoegdheden worden verworven en een regeling van een bindende toets ex ante van verleende toestemmingen voor de real time interceptie van verkeers- en locatiegegevens (de zogeheten stomme tap). Deze nota van wijziging voorziet daarin. Gelet op de aard en inhoud van de voorgestelde wijzigingen is een ontwerp van de nota van wijziging voor advies voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering is de regeling inzake bulkdatasets c.a. aangepast.

De nota van wijziging behelst een aantal wijzigingen van het wetsvoorstel, waarmee – onder aanpassing van de structuur van het wetsvoorstel – naast de reeds opgenomen wettelijke voorzieningen voor het uitvoeren van onderzoeken door de AIVD en de MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma, enkele wettelijke voorzieningen worden voorgesteld die ook betrekking hebben op andere onderzoeken die de diensten uitvoeren in het kader van de aan hen opgedragen taken in de artikelen 8, tweede lid, onder a en d, onderscheidenlijk 10, tweede lid, onder a, c en e, van de Wiv 2017 (hierna ook wel aangeduid als de inlichtingenonderzoeken). Het gaat dan concreet om (1) het vaststellen van een eindtermijn van anderhalf jaar voor gebruik van bulkdatasets die verworven zijn met bijzondere bevoegdheden, niet zijnde de bevoegdheid ex artikel 48 Wiv 2017, alsmede het voorzien in de mogelijkheid om in geval dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid daartoe noodzaken de minister te verzoeken om te beoordelen of het noodzakelijk is een nieuwe eindtermijn voor het gebruik van een bulkdataset vast te stellen, (2) een overgangsregeling te treffen voor door de diensten verworven bulkdatasets voor inwerkingtreding van de wet en die nog in het kader van artikel 27, eerste lid, Wiv 2017 aan een relevantietoets zijn onderworpen alsmede (3) een regeling voor een bindende ex ante toets op verleende toestemmingen voor de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid tot real time interceptie van verkeers- en locatiegegevens (de zogeheten stomme tap). Waar het gaat om de besluiten die worden genomen in het kader van de onder (1) vermelde bevoegdheid van de minister om een nieuwe eindtermijn voor gebruik van een bulkdataset vast te kunnen stellen, geldt dat deze onderworpen zullen worden aan de bindende toezichtsbevoegdheid van de afdeling toezicht van de CTIVD, waarin het wetsvoorstel reeds voorziet, en de mogelijkheid van beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak tegen oordelen van de afdeling toezicht van de CTIVD ter zake. In het onderdeelsgewijze deel wordt op de voorgestelde wijzigingen nader ingegaan.

2. Structuur wetsvoorstel en tijdelijkheid van de wettelijke regeling

De voorgestelde wijzigingen behelzen ook een aanpassing van de structuur van het wetsvoorstel. Het ingediende wetsvoorstel richt zich inhoudelijk op enkele specifieke wettelijke voorzieningen voor de AIVD en MIVD om onderzoeken te kunnen verrichten naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland en Nederlandse belangen. Het betreft qua methodiek geen wijziging van de Wiv 2017, die overigens gewoon van toepassing is (artikel 2, tweede lid), maar een afzonderlijke wettelijke regeling die deels in aanvulling en deels in afwijking van de Wiv 2017 geldt. Ook de in deze nota van wijziging opgenomen wijzigingsvoorstellen strekken niet tot wijziging van de Wiv 2017, maar volgen de hiervoor geschetste methodiek. Een belangrijk verschil is wel dat het hier gaat om wijzigingen die een bredere werking hebben dan waar het ingediende wetsvoorstel in voorziet, namelijk ook voor alle andere inlichtingenonderzoeken van de diensten. Om dit adequaat in het wetsvoorstel in te kunnen passen is voorzien in een herindeling van het wetsvoorstel in separate hoofdstukken, waarbij hoofdstuk 2 (nieuw) de materiële inhoud van het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel ook qua reikwijdte omvat en hoofdstuk 3 (nieuw) de nieuwe

onderdelen. De in hoofdstuk 4 (nieuw) ondergebrachte overgangs- en slotbepalingen gelden voor zowel het bepaalde in hoofdstuk 2 als hoofdstuk 3. Dat betekent dus dat de in artikel 17 opgenomen horizonbepaling ook voor de in deze nota van wijziging voorziene aanpassingen van het wetsvoorstel, concreet de in hoofdstuk 3 nieuw opgenomen andere tijdelijke voorzieningen, geldt.¹ Zoals in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel is aangegeven zal ter opvolging van de aanbevelingen van de Evaluatiecommissie Wiv 2017 (ECW), na het uitbrengen van de toegezegde hoofdlijnennotitie aan het parlement, een traject tot herziening van de Wiv 2017 als zodanig worden ingezet, waarvan de verwachting is dat die binnen de werkingsduur van de Tijdelijke wet kan worden bewerkstelligd. Mocht dat onverhoopt niet het geval zijn, dan zal moeten worden gezien of een traject tot verlenging van de werkingsduur van de Tijdelijke wet moet worden ingezet. Dat ligt in ieder geval in de rede waar het gaat om de in de nota van wijziging opgenomen regeling inzake de bindende toets ex ante met betrekking tot toestemmingen inzake de stomme tap.

3. Advies en consultatie

3.1 Algemeen

Het ontwerp van de nota van wijziging is gericht ter consultatie voorgelegd aan de TIB, de CTIVD, het Adviescollege Toetsing Regeldruk (ATR) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Daarnaast is het ontwerp van de nota van wijziging in de periode 23 december 2022 tot en met 16 januari 2023 aan internetconsultatie onderworpen. Dat heeft ruim 45 reacties opgeleverd van burgers en organisaties. Enkele respondenten hebben ervoor gekozen hun reactie niet openbaar te maken. De rest van de reacties is te raadplegen op www.internetconsultatie.nl. De weergegeven reacties hebben betrekking op de in consultatie gegeven ontwerpnota van wijziging, eveneens te raadplegen op voormelde internetsite.

3.2 De reactie van de TIB

De TIB kwalificeert de in de ontwerpnota van wijziging voorgestelde wijzigingen als ingrijpend. De wijzigingen hebben een ruimer toepassingsbereik dan de Tijdelijke wet. Naar het oordeel van de TIB roept de inhoud van de ontwerpnota van wijziging enkele fundamentele vragen op over de opzet van het wetsvoorstel. De voorgestelde voorzieningen worden de hoofdregel van de Wiv 2017, maar worden in de Tijdelijke wet geregeld. Zou dan niet, aldus de TIB, de Wiv 2017 moeten worden gewijzigd? De voorgestelde wijzigingen zouden inderdaad ook als een wijziging van de Wiv 2017 kunnen worden geformuleerd. Echter, dat zou in ieder geval voor het onderdeel dat betrekking heeft op de mogelijkheid tot vaststelling van een aanvullende beoordelingstermijn van met bijzondere bevoegdheden verworven bulkdatasets tot gevolg hebben dat de Wiv 2017 reeds nu en uitsluitend voor een specifieke en beperkte categorie van besluiten (namelijk tot een aanvullende beoordelingstermijn van bulkdatasets) al zou worden aangevuld met de mogelijkheid van bindend toezicht door de afdeling toezicht van de CTIVD en de mogelijkheid van beroep tegen oordelen van die afdeling bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, terwijl over het gehele stelsel van toets en toezicht als zodanig – mede op basis van de rapportage van de ECW – nog door de regering een standpunt dient te worden bepaald. De voorgestelde regeling heeft nadrukkelijk een tijdelijk karakter in afwachting daarvan en deelt derhalve in het tijdelijke karakter van de Tijdelijke wet. Waar het gaat om de stomme tap is wijziging van de Wiv 2017 inderdaad een mogelijkheid, maar – uitgaande van de veronderstelling dat binnen de geldingsduur van de Tijdelijke wet de herziening van de Wiv 2017 gestalte kan krijgen – is daarvan thans afgezien, mede vanuit de overweging om bij een regeling in de Wiv 2017 ook het door de TIB opgeworpen punt inzake het niveau van toestemmingsverlening en dan in relatie tot alle bevoegdheden opnieuw te bezien.

Hoewel de TIB er begrip voor heeft dat er een passende termijn wordt gegund voor de beoordeling van bulkdatasets, acht zij het wel van belang dat het bewaren van gegevens in bulkdatasets die niet van belang zijn voor de diensten zo kort mogelijk moet worden gehouden. Voortdurende

¹ Voor de verhouding van de Tijdelijke wet tot de Wiv 2017 zie paragraaf 2.4 van de memorie van toelichting.

opslag van gegevens schaadt immers de privacy van burgers. Naar haar oordeel betekent het schrappen van de plicht om zo spoedig mogelijk op relevantie te toetsen dat in de praktijk überhaupt niet meer op relevantie zal worden getoetst. Pas op het moment dat geen noodzaak tot bewaren meer bestaat, zal, aldus de TIB, pas de vernietiging van de bulkdataset plaatsvinden. Daarbij wijst zij erop dat het vervallen van de eis om zo spoedig mogelijk op relevantie te toetsen alleen uit de toelichting zou blijken en dat de noodzaak daarvan niet wordt toegelicht. Zij pleit ervoor het vereiste te handhaven. Allereerst wordt erop gewezen dat niet alleen uit de toelichting maar ook uit de tekst van de voorgestelde regeling (artikel 14b) blijkt dat het vereiste van een zo spoedig mogelijke toets niet meer wordt gesteld (in tegenstelling tot artikel 27, eerste lid, Wiv 2017 ontbreekt immers dat vereiste). De suggestie dat als gevolg van het schrappen van dit vereiste gegevens in een bulkdataset niet meer op relevantie worden getoetst en dat pas op het moment dat er geen noodzaak meer tot bewaren bestaat tot vernietiging van de bulkdataset wordt overgegaan, is onjuist. Als een set door de diensten is verworven, dan wordt er besloten welk deel van de bulkdataset ontsloten moet worden. Dat kan de gehele set zijn, maar er kunnen ook delen van de set direct worden verwijderd. Dat kunnen bijvoorbeeld gegevens van landen zijn waar de diensten geen onderzoek naar doen, of informatie waarvan op voorhand al zeker is dat deze niet gaan bijdragen aan de beantwoording van onderzoeksvragen. Op deze manier vindt direct bij verwerving al datareductie plaats. Vervolgens kunnen de diensten de bulkdataset na ontsluiting gebruiken voor het beantwoorden van onderzoeksvragen. Dat gebeurt bijvoorbeeld via naslagen, waarmee de set doorzocht wordt. De resultaten van deze naslagen (bijvoorbeeld telefoonnummer horende bij naam X) kunnen dan relevant worden verklaard.

De TIB wijst voorts op de kritiek van de Afdeling advisering van de Raad van State² dat in de Tijdelijke wet een wettelijk vast te leggen toetsingskader ontbreekt waar het gaat om de criteria om bulkdatasets langer te kunnen bewaren teneinde deze op relevantie te kunnen beoordelen. De regeling inzake bulkdatasets is mede naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering op de ontwerpnota van wijziging aangepast en er wordt voorzien in een opsomming van de criteria waaraan een verzoek tot het vaststellen van een nieuwe eindtermijn voor gebruik van een bulkdataset dient te voldoen en waaraan de minister vervolgens het verzoek dient te beoordelen (artikel 14ba, eerste tot en met derde lid). Daarbij is er ook in voorzien dat gemotiveerd dient te worden waarom de verzochte nieuwe eindtermijn gelet op de daarmee gepaard gaande beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de personen wier gegevens in de bulkdataset zijn opgenomen proportioneel en subsidiair is te achten. Ten onrechte is – bij de ontwerpnota van wijziging – het beeld ontstaan dat voor een langere beoordelingstermijn uitsluitend het noodzakelijkheids criterium een rol zou spelen. Uiteraard dient daarbij ook het proportionaliteitsvereiste te worden betrokken. Daarnaast heeft de CTIVD, waarvan de TIB het feit dat deze bindend op de toepassing van deze regeling zal toezien toejuicht, in haar reactie op de ontwerpnota van wijziging voorts nadrukkelijk aangegeven dat zij bij dat toezicht ook het proportionaliteitsvereiste zal betrekken.

De TIB wijst erop dat er geen maximum is gesteld op de mogelijkheid tot bewaring van bulkdatasets, waardoor voorzienbaar is dat die lang bewaard zullen worden. Zij wijst er in dit verband op dat op de opmerking van de Afdeling advisering van de Raad van State, dat de kans klein is dat het EHRM een onbegrensde termijn in licht van 8 EVRM aanvaardbaar zou achten (ook bij bindend toezicht), in de toelichting niet expliciet is gereageerd. De toelichting is op dit punt, mede in het licht van het advies van de Afdeling advisering op de ontwerpnota van wijziging, aangevuld door middel van het stellen van een eindtermijn in artikel 14b van de voorgestelde regeling.

Waar het gaat om de mogelijkheid tot hernieuwde verwerving van reeds eerder verworven bulkdatasets wijst de TIB erop dat alleen gegevens die relevant zijn voor onderzoeken van de diensten langer dan anderhalf jaar worden bewaard. Relevantietoets is een privacy waarborg en de toelichting lijkt nu te suggereren dat er geen sprake is van een waarborg en dat het in de geest van de wet zo moet worden begrepen dat hernieuwde verwerving onder hetzelfde

² Betreft het advies op het voorstel van de Tijdelijke wet.

beoordelingskader mogelijk moet zijn. Dat zou betekenen dat de relevantiebepalingen en de beoogde, bindende toets eenvoudig omzeild kunnen worden. Alleen in slechts bijzondere, zwaarwegende omstandigheden kan sprake zijn van hernieuwde verwerving. Een andere uitleg van artikel 27 Wiv 2017 beschouwt de TIB als omzeiling van een waarborg en daarmee een U-bochtconstructie. In de toelichting op onderdeel I, ad 1 en 2, wordt nader ingegaan op de mogelijkheid die het wettelijk kader biedt om bulkdatasets die zijn vernietigd, vanwege tijdsverloop of vanwege het feit dat ze op dat moment niet meer noodzakelijk zijn voor de taakuitvoering van de diensten, opnieuw te verwerven. In dat geval dienen de diensten opnieuw toestemming te vragen de bulkdataset te verwerven, met alle motiveringsplichten en waarborgen van dien. De noodzaak moet immers (opnieuw) worden gemotiveerd en ook wordt de proportionaliteit hierin meegewogen. Bovendien wordt in de toelichting nader ingegaan op de genuanceerde praktijk van het 'opnieuw verwerven' van een set.

Waar het gaat om de voorgestelde regeling voor de stomme tap acht de TIB het een goede zaak dat dit nu al wordt geregeld en niet wordt gewacht op herziening van de Wiv 2017. Men heeft er begrip voor dat het toestemmingsniveau minder zwaar belegd wordt (niet meer bij de minister), maar dat raakt naar het oordeel van de TIB ook aan meer algemene kwestie of het wenselijk is dat voor alle bijzondere bevoegdheden toestemming door de minister is vereist. Dat is echter een discussie die nu niet aan de orde is. Voor nu acht de TIB het niet wenselijk om van het bestaande stelsel af te wijken en dus te voorzien in – zo wordt aangenomen uitsluitend – toestemming van de minister. De opvatting van de TIB dat bij de herziening van de Wiv 2017 het toestemmingsniveau voor de inzet van bijzondere bevoegdheden nog eens opnieuw bezien dient te worden, wordt gedeeld, maar voor nu is het van belang dat de bestaande toestemmingsregeling in artikel 55 Wiv 2017 (minister of namens deze het hoofd van de dienst) wordt gehandhaafd. Dat zal met zich meebrengen dat – in afwijking van hetgeen thans geldt – ook een door het hoofd van een dienst in mandaat verleende toestemming voor een stomme tap ter toetsing aan de TIB wordt voorgelegd. De door de TIB gesignaleerde onvolkomenheden in de regeling, zijn weggenomen.

Tot slot gaat de TIB in op de in artikel 11 van de Tijdelijke wet opgenomen regeling inzake de informatie-uitwisseling met de CTIVD. De mogelijkheid tot informatie-uitwisseling is, zo begrijpt de TIB, beperkt tot de in het kader van de Tijdelijke wet opgedragen toezichtstaken. De TIB is van oordeel dat het uitwisselen door TIB en CTIVD van alle voor het toezicht relevante informatie substantieel kan bijdragen aan effectief en gedegen toezicht. Dat biedt naar haar oordeel ook meer rechtszekerheid aan de diensten. De TIB geeft in overweging de bevoegdheid tot informatie-uitwisseling te verbreden tot alle bijzondere bevoegdheden waarvoor een TIB-toets aan de orde is en dus niet alleen voor datgene wat in de Tijdelijke wet wordt geregeld. Tot slot wijst de TIB op een passage in de toelichting die erop lijkt te duiden dat de TIB slechts bij haar oordeel is toegestaan de CTIVD op bepaalde punten te wijzen; als deze passage het oog heeft op beperken van de informatie-uitwisseling tot het schriftelijk meegeven van aandachtspunten, acht de TIB dat onaanvaardbaar. De TIB hecht voorts aan een vrije en onbelemmerde informatie-uitwisseling met de CTIVD. Dat betekent dat zij ook voorafgaand aan haar besluitvorming informatie wil kunnen uitwisselen, teneinde (eventueel ook) op basis van de van de CTIVD verkregen informatie een oordeel te kunnen vormen. In reactie hierop wordt opgemerkt dat de thans voorziene regeling beperkt dient te blijven tot hetgeen in de Tijdelijke wet wordt geregeld, waartoe uiteraard ook de bij deze nota van wijziging aangebrachte aanpassingen van de Tijdelijke wet moeten worden gerekend. De in artikel 11 van de Tijdelijke wet geregelde bevoegdheid tot informatie-uitwisseling kent voorts geen andere beperking dan dat de uitwisseling noodzakelijk dient te zijn voor de uitvoering van de aan de TIB dan wel afdeling toezicht in het kader van de Tijdelijke wet opgedragen taak en beperkt zich dus niet tot het uitsluitend meegeven van aandachtspunten door de TIB aan de afdeling toezicht van de CTIVD, die immers afzonderlijk in de artikelen 3 en 6 van de Tijdelijke wet is geregeld. Een dergelijke beperking blijkt ook niet uit de memorie van toelichting, waarin juist wordt aangegeven dat ter zake van die aandachtspunten nadere toelichting door de TIB daarop mogelijk wordt gemaakt. En ook wordt het voorbeeld gegeven van informatieverstrekking door de afdeling toezicht aan de TIB in gevallen waarin de TIB dat noodzakelijk acht voor haar taakuitvoering en dus ook voorafgaand aan haar besluitvorming. Echter, een verdergaande vorm van informatie-uitwisseling zoals door de TIB en ook de CTIVD

wordt bepleit, namelijk uitstrekkende tot alle bijzondere bevoegdheden waarop de TIB-toets van toepassing is onderscheidenlijk tot de gehele Wiv 2017, is thans niet aan de orde. Dit vraagstuk zal worden betrokken bij de standpuntbepaling inzake het stelsel van toets en toezicht in het kader van de herziening van de Wiv 2017, waarbij dit bezien kan worden in relatie tot de specifieke taak van de TIB en de afdeling toezicht van de CTIVD in dat stelsel, de precieze verhouding tussen beide instanties en de in dat kader gewenste interactie tussen instanties. De TIB heeft immers een andersoortige rol dan de afdeling toezicht van de CTIVD: de TIB zit in de autorisatiefase voorafgaand aan de inzet van (bepaalde) bijzondere bevoegdheden. Dat is vergelijkbaar met de figuur van de goedkeuring als bedoeld in afdeling 10.2.1 Algemene wet bestuursrecht. De afdeling toezicht heeft een andersoortige taak en functie en ziet toe op de rechtmatige uitvoering van de Wiv 2017.

3.3 De reactie van de CTIVD

De CTIVD vindt de ontwerpnota van wijziging een positieve ontwikkeling en ondersteunt deze. Het toezicht wordt versterkt en effectiever en er wordt een aantal onvolkomenheden uit de Wiv 2017 gerepareerd.

De verbreding van de regeling voor beoordeling van bulkdatasets (ruimer toepassingsbereik) brengt geen verandering in het oordeel van de CTIVD dat het wetsvoorstel toezichtbaar is. Bij het toezicht op een langere beoordelingstermijn van bulkdatasets zullen de relevant geachte gegevens en de gemotiveerde vastlegging daarvan in de systemen van de diensten een belangrijke rol spelen. De CTIVD vindt het positief dat de ontwerpnota van wijziging een fatale beoordelingstermijn regelt voor de beoordeling van de relevantie van de gegevens in een bulkdataset, waarna herbeoordeling door de minister dient plaats te vinden als er een noodzaak bestaat de desbetreffende bulkdataset langer te bewaren.³ Hierop is bindende toetsing van de CTIVD mogelijk, ook waar het gaat om de proportionaliteit. De mogelijkheid van beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voorziet naar het oordeel van de CTIVD in versterking van de rechtsstatelijkheid.

De CTIVD dringt erop aan dat ook bulkdatasets die zijn verworven met algemene bevoegdheden (inclusief op basis van samenwerking buitenlandse diensten) onder de reikwijdte van nota van wijziging worden gebracht. In reactie hierop wordt het volgende opgemerkt. In de nota van wijziging is de reikwijdte van de regeling al uitgebreid tot de bulkdatasets die met de uitoefening van bijzondere bevoegdheden door de diensten worden verworven in het kader van alle inlichtingentaken van de diensten; dus niet meer beperkt tot onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma. Dat is voor de diensten uitvoerbaar. Een uitbreiding zoals door de CTIVD bepleit, namelijk ook tot bulkdatasets die zijn verworven met de inzet van algemene bevoegdheden (zoals informanten) stuit bij de diensten op uitvoeringstechnische bezwaren. In de toelichting op onderdeel I, ad 1 en 2, is deze problematiek nader toegelicht.

De CTIVD vraagt (wederom) aandacht voor de (unieke) datasets die uit de termijn lopen in de periode dat de Tijdelijke wet nog niet in werking is getreden en dienen te worden vernietigd. Ook wanneer deze van belang zijn voor de nationale veiligheid en voor de bescherming van de burgers. Zij wijst op de spanning die bestaat tussen de taakstelling van de diensten in de wet en de in de Wiv 2017 gestelde termijnen. De CTIVD onderschrijft dat hernieuwde verwerving van bulkdatasets in beginsel mogelijk moet zijn, zij het dat daarbij geen sprake kan zijn van omzeiling van waarborgen. Dit naar aanleiding van de opmerking in de toelichting op de ontwerpnota van wijziging dat een en ander een zelfstandig afwegingsproces is waarbij meegewogen wordt dat het gaat om een dataset waarvan de termijn is verstreken. In dat kader noemt zij als voorbeeld dat het niet zo kan zijn dat na 364 dagen een dataset wordt vernietigd en vervolgens opnieuw wordt verworven zodat de termijn opnieuw start. In reactie hierop wordt het volgende opgemerkt. De aandacht die de CTIVD vraagt voor de spanning die bestaat tussen de taakstelling van de diensten en de in de Wiv 2017 gestelde termijnen legt bloot dat de huidige termijnen in de Wiv 2017 niet

³ Dit standpunt van de CTIVD is gerelateerd aan de eerder in de ontwerpnota van wijziging opgenomen regeling; deze is na het advies van de Afdeling advisering echter aangepast.

passen bij de essentie van het gebruik van bulkdatasets. De voorgestelde regeling biedt hiervoor een oplossing, hetgeen nader wordt toegelicht bij onderdeel I, onder ad 1 en 2. Bulkdatasets die uit de termijn lopen in de periode dat de Tijdelijke wet nog niet in werking is getreden zullen, conform het wettelijke kader van de Wiv 2017, moeten worden vernietigd. Hierbij is het van belang op te merken dat het in het kader van de bescherming van de nationale veiligheid goed mogelijk is dat een bulkdataset op een later moment noodzakelijk is voor de taakuitvoering van de diensten. De diensten kunnen dan opnieuw toestemming vragen de bulkdataset te verwerven, met alle motiveringsplichten en waarborgen van dien. In de toelichting wordt hier nader aandacht aan besteed, evenals de nuance die moet worden aangebracht wanneer een set opnieuw wordt verworven. In de praktijk zal het namelijk ook gaan om niet exact dezelfde bulkdatasets, maar bijvoorbeeld een actualisering ervan.

De CTIVD vindt dat de regeling voor informatie-uitwisseling tussen TIB en CTIVD niet beperkt dient te blijven tot de reikwijdte van de Tijdelijke wet, maar voor het geheel van de Wiv 2017. Dit zou in de nota van wijziging kunnen worden opgenomen. Ook zou in plaats van "bevoegd tot verstrekken" gewoon van "verstrekken" moeten worden gesproken. Hiervoor is reeds ingegaan op een (deels) vergelijkbare opmerking van de TIB en wordt daarnaar verwezen. Wel wordt vastgesteld dat de CTIVD hierbij overigens nog verder gaat dan de TIB, namelijk dat de betreffende regeling voor het geheel van de Wiv 2017 zou moeten gelden. Dat is niet een kwestie die bij een tijdelijke wet moet worden geregeld, maar betrokken dient te worden bij de herziening van de Wiv 2017.

De CTIVD gaat ervan uit dat de uitbreiding van de taken zoals in de Tijdelijke wet voorzien met de extra 10 fte kan worden gerealiseerd, zij het dat de praktijk moet uitwijzen of dat voldoende is. Men wijst erop dat tot op heden nog niet in de noodzakelijk uitbreiding van de werkruimten en herhuisvesting is voorzien. Hieromtrent kan worden opgemerkt, dat aan de begroting van het ministerie van Algemene Zaken extra financiële middelen zijn toegevoegd om vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Tijdelijke wet de uitbreiding van het secretariaat van de CTIVD met 10 FTE te realiseren. De werving is inmiddels in volle gang. Het Rijksvastgoedbedrijf is naar aanleiding van deze uitbreiding een project gestart om het aantal werkplekken van de CTIVD te vergroten.

Tot slot wijst de CTIVD erop dat de algehele wijziging van de Wiv 2017 zo snel mogelijk en voortvarend moet worden opgepakt, aangezien niet alleen de knelpunten waar de Tijdelijke wet een oplossing voor biedt, moeten worden opgelost maar ook alle andere (o.a. in de evaluatie) gesignaleerde knelpunten. Die dienen duurzaam en structureel te worden geadresseerd om zowel het belang van de nationale veiligheid als de fundamentele rechten te beschermen. Daarbij wijst zij met name op de volgende onderwerpen: bredere implementatie van statische naar dynamische regulering, het samenwerken en delen van informatie met derden, de bulkproblematiek en herinrichting van het toezicht. De noodzaak om met voortvarendheid de algehele herziening van de Wiv 2017 op te pakken wordt onderschreven. In de Hoofddijnennotitie zal uiteengezet worden hoe het traject tot herziening zal worden ingericht. Voor nu is het van belang dat de Tijdelijke wet zo spoedig mogelijk tot stand wordt gebracht, zodat alle beschikbare energie en capaciteit op het herzieningstraject kan worden gericht.

3.4 Advies van de ATR

De ontwerpnota van wijziging is voor advies voorgelegd aan het Adviescollege Toetsing Regeldruk (ATR). Het ATR heeft aangegeven deze wijziging niet te selecteren voor een formeel advies, omdat er naar verwachting geen gevolgen voor de regeldruk zullen zijn.

3.5 De reactie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

De ontwerpnota van wijziging is voor een reactie voorgelegd aan de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Deze heeft laten weten dat de ontwerpnota de Afdeling geen aanleiding geeft tot vragen of opmerkingen vanuit een oogpunt van rechtsbescherming of rechtspleging.

3.6 Overige reacties (burgers en NGO's)

Hiervoor is aangegeven dat er in het kader van de consultatieronde ruim 45 reacties zijn ontvangen op de ontwerpnota van wijziging. Naast de reacties van een aantal burgers, zijn ook reacties ontvangen van een tweetal instanties, te weten het College voor de Rechten de Mens (CRvdm) en Bits of Freedom (BoF). De reacties van de burgers zijn – op enkele uitzonderingen na – overwegend afwijzend van aard. Een deel van de ontvangen reacties raken aan dezelfde kwesties die ook door TIB en CTIVD zijn opgebracht, zoals het vraagstuk van een afzonderlijk wetsvoorstel tot wijziging van de Wiv 2017 en een voortvarende herziening van de Wiv 2017, en zijn hiervoor reeds besproken; kortheidshalve wordt dan ook verwezen naar hetgeen in reactie daarop is gesteld.

In de reacties van CRvdm en BoF wordt ingegaan op het ontbreken van een maximum aan de beoordelings- c.q. bewaartermijn (of ook wel fatale termijn) voor bulkdatasets, waarvan betwijfeld wordt of dat in lijn is met de Europese jurisprudentie (CRvdm). Die zouden wijzen op een korte en robuuste bewaartermijnen en het direct vernietigen van gegevens die niet relevant zijn voor het doel waarvoor ze zijn verzameld. Het gaat bij bulkdatasets immers om gegevens waarbij het merendeel ervan betrekking heeft op personen die geen onderwerp van onderzoek van de diensten zijn en dat ook niet zullen worden (BoF). Het is weliswaar goed dat ter zake bindend toezicht wordt geïntroduceerd, dat in de ogen van CRvdm inherent is aan effectief toezicht, maar BoF geeft aan dat het erop lijkt dat deze alleen op de langere beoordelingstermijn ziet en niet op de relevantiebeoordeling als zodanig. Hoewel BoF bindend toezicht toejuicht, is het maar de vraag hoe effectief deze is. Ook het ontbreken van een prikkel om bulkdatasets zo spoedig mogelijk op relevantie te beoordelen wordt bekritiseerd, waardoor het risico bestaat dat praktisch gezien de relevantiebeoordeling als zodanig uit beeld verdwijnt (BoF).

Wat ook ontbreekt, aldus BoF, zijn – naast de slechts twee in de toelichting op de ontwerpnota van wijziging genoemde beoordelingscriteria – juist belangrijke optionele wegingsfactoren, zoals in hoeverre het gebruik van gegevens in bulkdatasets ook de inzet van andere (gerichte) bevoegdheden hebben mogelijk gemaakt, de gegevens hebben bijgedragen aan de informatiepositie van het onderzoek of tot exploitatie, van belang zijn en iets zeggen over de waarde van een bulkdataset. In reactie hierop wordt opgemerkt, dat dat deze optionele criteria wel degelijk zijn benoemd bij de (invulling van de) twee benoemde criteria, waarnaar BoF verwijst. Mede naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering is de regeling inzake bulkdatasets aangepast en zijn in het thans voorgestelde artikel 14ba, tweede lid (zie onderdeel I), de criteria benoemd waaraan een verzoek tot vaststelling van nieuwe eindtermijn voor gebruik van een bulkdataset dient te voldoen en die de minister bij diens beoordeling van het verzoek dient te betrekken.

Waar het gaat om de regeling voor bulkdatasets acht het CRvdm het onbegrijpelijk en ontoelaatbaar dat bulkdatasets die worden verkregen met algemene bevoegdheden buiten de regeling wordt gehouden, immers niet de wijze van verwerving maar de aard van de bulkdataset dient bepalend te zijn. Ook geeft CRvdm aan dat zij het wenselijk acht om de regeling inzake toegang tot bulkdatasets uit de Tijdelijke regeling verdere verwerking bulkdatasets in de nota van wijziging op te nemen. Tot slot acht het CRvdm opvallend dat ervoor is gekozen om de bepalingen die in algemene zin gelden voor de bulkdatasets te koppelen aan de Tijdelijke wet en niet te voorzien in een wijziging van artikel 27 Wiv 2017. De voorgestelde constructie is voor de burger verwarrend en komt de voorzienbaarheid van wet- en regelgeving inzake inlichtingen- en veiligheidsdiensten niet ten goede. Dit laatste sluit aan bij de meer algemene opmerking van BoF over het ontstaan van een onoverzichtelijk beleidslabirynth die de voorzienbaarheidsfunctie van wetgeving schaadt. Zonder heldere wetgeving wordt maatschappelijke controle bemoeilijkt. BoF roept dan ook op tot creëren van overzichtelijke regelgeving met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Investeer, aldus BoF, in een goed proces van structurele herziening Wiv waarin inspraak van betrokken partijen wordt gefaciliteerd; en dus niet in allerlei tijdelijke voorstellen e.d. In reactie hierop wordt het volgende opgemerkt. In het traject tot herziening Wiv 2017 zal waar mogelijk tussentijds de dialoog met maatschappelijke organisaties verder vorm krijgen.

BoF wijst voorts op de risico's verbonden aan de uitwisseling van nog niet op relevantie beoordeelde gegevens met buitenlandse diensten. Ten aanzien van het uitwisselen van

ongeëvalueerde gegevens met buitenlandse diensten wordt het volgende opgemerkt. Internationale samenwerking is binnen het inlichtingendomein onmisbaar en daarmee ook het uitwisselen van geëvalueerde en ongeëvalueerde (kunnen dus bulkdatasets zijn) gegevens. Het uitwisselen van ongeëvalueerde gegevens mag op grond van artikel 62 en 89, tweede lid, Wiv 2017 (en in uitzonderlijke situaties, bij dringende en gewichtige redenen, ook op grond van artikel 64 Wiv 2017) en deze bevoegdheid is met diverse waarborgen omkleed. In de toelichting op het wetsvoorstel dat tot de Wiv 2017 heeft geleid worden deze waarborgen ook toegelicht als de “vier sloten”, die hier voor de duidelijkheid nog eens worden benoemd. Ten eerste, enkel gegevens die rechtmatig zijn verworven door de AIVD en MIVD mogen met buitenlandse diensten worden gedeeld. Ten tweede moet er altijd een toestemming zijn van de minister bij het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens. De minister maakt de (politieke) afweging of de risico’s die kleven aan het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aanvaardbaar zijn aangaande de buitenlandse dienst die het betreft en specifiek de verstrekking van de ongeëvalueerde gegevens die het betreft. In het toestemmingsverzoek aan de minister moeten eisen zoals noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid gemotiveerd worden. Ten derde werken de AIVD en MIVD samen met buitenlandse diensten waarvoor een wegingsnotitie (artikel 88 Wiv 2017) is gemaakt. In een wegingsnotitie wordt een weging gemaakt van onder andere de eerbiediging van de mensenrechten en democratische inbedding. In een wegingsnotitie kunnen aanvullende waarborgen opgenomen worden per buitenlandse dienst als er hoge risico’s kunnen zijn in de samenwerking omdat zij bijvoorbeeld in een niet stabiele democratische rechtsstaat functioneren, er geen goed toezicht op die dienst is of dat het land bekend staat om de schending van mensenrechten. Een aanvullende waarborg kan dan zijn dat bepaalde gegevens – zoals ongeëvalueerde gegevens – niet met deze dienst mogen worden gedeeld. Daarbij mogen buitenlandse diensten de door de AIVD en MIVD verstrekte gegevens niet gebruiken ten behoeve van handelingen die in strijd zijn met internationaal recht en mogen ze deze gegevens niet aan derden verstrekken (derde partij-regel). Tot slot, als vierde waarborg geldt dat goedgekeurde toestemmingsaanvragen van de minister voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens, terstond gemeld worden bij de CTIVD en houdt de CTIVD toezicht op deze praktijk.

Tot slot is BoF blij dat er een toetsing door de TIB wordt geïntroduceerd met betrekking tot de stomme tap en dat daarmee wordt voldaan aan de jurisprudentie die voortkomt uit *la Quadrature du Net*.

4. Uitvoeringsvraagstukken

De in de nota van wijziging opgenomen wijzigingen van de Tijdelijke wet zijn uitvoerbaar voor de diensten.

Bij het opstellen van de nota van wijziging is continu aandacht geweest voor de uitvoerbaarheid en de voorziene implementatie van de bepalingen. De bepalingen uit de nota van wijziging hebben effect op de diensten, CTIVD en TIB. Daarover is ook met de TIB en CTIVD gesproken. De TIB en CTIVD hebben hun zienswijze gedeeld en daarmee is zoveel mogelijk rekening gehouden. De implementatie van de beroepsmogelijkheid tegen bindende oordelen van de TIB en CTIVD is bij de uitvoeringstoets op de Tijdelijke wet (waar de bepaling inzake de mogelijkheid voor een langere beoordelingstermijn van bulkdatasets in eerste instantie nog was opgenomen) besproken met de Raad van State.

Met betrekking tot de voorziene mogelijkheid om in verband met dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid de voor de dienst verantwoordelijke minister te verzoeken om een nieuwe eindtermijn (van ten hoogste een jaar) vast te stellen voor het gebruik van een bulkdataset, betekent het dat de diensten na maximaal anderhalf jaar een verzoek kunnen doen om de bulkdataset langer te mogen gebruiken. Het opstellen van een verzoek betekent dat er sprake is van een administratieve lastenverzwaring voor teams die het verzoek moeten gaan schrijven, hier input voor leveren of de verzoeken controleren. Daarnaast is er een verwachte lastenverzwaring in het faciliteren van het door de CTIVD uit te voeren toezicht.

De implementatie van de regeling inzake de mogelijkheid om de minister te verzoeken een nieuwe eindtermijn vast te stellen om de bulkdataset te gebruiken kan op korte termijn handmatig uitgevoerd worden. De software die de diensten gebruiken voor de administratie van toegekende verzoeken zou na de nodige aanpassingen voor deze verzoeken gebruikt kunnen worden. Het aanpassen van IT-applicaties heeft een langere doorlooptijd en om ervoor te zorgen dat de wet tijdig is geïmplementeerd zal een deel van de implementatie op kortere termijn via handmatige werkprocessen plaatsvinden.

De CTIVD krijgt bij de vaststelling van de nieuwe eindtermijn door de minister voor het gebruik van een bulkdataset een melding van de diensten en kan op het besluit van de minister bindend toezicht houden. De meldplichtprocedure die de diensten op grond van de Wiv 2017 op dit moment hanteren, zal daarmee uitgebreid worden. Voor de CTIVD zijn extra financiële middelen beschikbaar gesteld zodat zij uitvoering kan geven aan het toezicht in het kader van de uitvoering van de Tijdelijke wet. Met dit budget wordt onder andere het personeelsbestand uitgebreid.

Met betrekking tot de bepaling waarin een onafhankelijke toets door de TIB van een daarvoor gegeven toestemming voor de inzet van de artikel 55 Wiv 2017 neergelegde bevoegdheid inzake een stomme tap wordt geregeld, is tevens overleg geweest met de CTIVD en TIB. De aanleiding voor het opnemen van deze bepaling is gelegen in een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Voor deze bevoegdheid wordt er al een toestemmingsaanvraag geschreven. De wijziging die deze bepaling met zich meebrengt is dat de toestemming van het diensthoofd op rechtmatigheid getoetst zal worden door de TIB. Hiervoor moet geregeld worden dat de verleende toestemming van het diensthoofd wordt voorgelegd aan de TIB. Dit betekent aanvullende administratieve handelingen voor 'medewerkers van de diensten die dit uitvoeren, maar dit is uitvoerbaar binnen de huidige capaciteit. De software die de diensten gebruiken voor de administratie van verleende toestemmingen hoeft op dit punt niet aangepast worden. Het beleid voor toepassing van artikel 55 Wiv 2017 zal aangepast worden na vaststelling en inwerkingtreding van het wetsvoorstel. De aanpassing houdt een kleine wijziging in de toestemmingslijn in. De impact die deze bepaling op de diensten zal hebben is dat er sprake zal zijn van een langere periode voordat er daadwerkelijk toestemming is en de bevoegdheid ingezet kan worden. Voor de TIB betekent deze wijziging dat zij meer verleende toestemmingen moeten gaan toetsen op rechtmatigheid. Daarnaast is er een verwachte lastenverzwaring in het faciliteren van de toetsing door de TIB. Net als de CTIVD krijgt de TIB extra financiële middelen zodat zij uitvoering kan geven aan de Tijdelijke wet. Met dit budget wordt onder andere haar personeelsbezetting uitgebreid.

Onderdeelsgewijs

A, B en K

In onderdeel A wordt het opschrift van het wetsvoorstel aangepast in verband met de toevoeging van andere tijdelijke voorzieningen aan het wetsvoorstel die buiten de reikwijdte van het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel vallen. Dat geldt ook voor de in onderdeel B voorziene aanpassing van de considerans. Nu de reikwijdte niet meer beperkt is tot tijdelijke voorzieningen in verband met onderzoeken van de AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma is de citeertitel aangepast.

C, E, F, G en J

In deze onderdelen worden enkel aanpassingen in de structuur van het wetsvoorstel voorgesteld (hoofdstukaanduidingen en vernummering paragrafen).

D

Aan artikel 1 van het wetsvoorstel wordt een definitie van bulkdataset toegevoegd.

H

Dit onderdeel behelst een technische aanpassing van artikel 2, tweede en derde lid, aan de nieuwe structuur van het wetsvoorstel. De in hoofdstuk 2 (nieuw) opgenomen voorzieningen zijn alleen van toepassing bij de uitvoering van de in artikel 2, eerste lid, benoemde taak van beide diensten.

I

In onderdeel I wordt een nieuw hoofdstuk 3 in het wetsvoorstel ingevoegd met enkele andere tijdelijke voorzieningen in het kader van de taakuitvoering van de AIVD en MIVD. Naast artikel 14a, waarin het toepassingsbereik van hoofdstuk 3 wordt geformuleerd, gaat het daarbij om de volgende onderwerpen:

- (1) een bepaling, waarbij – in afwijking van het bepaalde in artikel 27, eerste en derde lid, Wiv 2017 – de eindtermijn voor gebruik, waaronder begrepen het onderzoek op relevantie, van gegevens in de bulkdatasets die door de diensten zijn verworven met bijzondere bevoegdheden, niet zijnde de bevoegdheid ex artikel 48 Wiv 2017, wordt vastgesteld op anderhalf jaar (artikel 14b),
- (2) een regeling waarbij, in geval dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid dat noodzakelijk maakt, het mogelijk is de voor de dienst verantwoordelijke minister te verzoeken om, in aanvulling op de eindtermijn van artikel 14b, een nieuwe eindtermijn van (ten hoogste) een jaar vast te stellen voor het gebruik van bulkdatasets en, in samenhang daarmee, een bepaling waarmee het mogelijk wordt de bulkdatasets die op het moment van de inwerkingtreding van de wet nog op grond van artikel 27, eerste lid, Wiv 2017 aan een relevantietoets zijn onderworpen onder de werking van artikel 14b (en daarmee ook artikel 14ba) te brengen (artikel 14c),
- (3) de toepassing van hoofdstuk 2, paragraaf 7, inzake het bindend toezicht door de afdeling toezicht van de CTIVD en de mogelijkheid van beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, op de besluiten die op grond van artikel 14ba, derde lid, worden genomen (artikel 14d), en
- (4) een regeling voor een bindende ex ante toets van verleende toestemmingen voor de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid tot real time interceptie van verkeers- en locatiegegevens (artikel 14e).

Ad 1 en 2: de eindtermijn voor het gebruik van met bijzondere bevoegdheden verworven bulkdatasets en de mogelijkheid tot het vaststellen van een nieuwe eindtermijn voor gebruik

Algemeen

Een bulkdataset is een omvangrijke gegevensverzameling waarbij het merendeel van de gegevens betrekking heeft op personen of organisaties die geen onderwerp van onderzoek zijn van een dienst en dat ook nooit zullen worden. Bulkdatasets vervullen een belangrijke functie bij de onderzoeken van de diensten in zowel de analyse van bekende dreigingen, als bij de analyse van het onderkennen en identificeren van verborgen dreigingen. Deze sets hebben over het algemeen een langdurige operationele waarde, zoals de Evaluatiecommissie Wiv 2017 (ECW) in haar evaluatierapport onderschrijft.⁴

De Wiv 2017 biedt geen specifieke regeling voor de verwerving of verdere verwerking van bulkdatasets. Een dergelijke regeling is door de ECW wel aanbevolen en zal onderdeel uitmaken van de voorgenomen herziening van de Wiv 2017. Bij het vooralsnog ontbreken van een dergelijke specifieke regeling dienen derhalve de bestaande normen ter zake van gegevensverwerking zoals opgenomen in de Wiv 2017 te worden toegepast. Voor alle gegevens die door de diensten worden verwerkt – ongeacht of deze zijn opgenomen in bulkdatasets – gelden de algemene wettelijke normen voor gegevensverwerking als genoemd in paragraaf 3.1 van de Wiv 2017. Na inwerkingtreding van de Wiv 2017 was er, naast deze algemene wettelijk vastgelegde normen, behoefte aan meer duidelijkheid over specifiek de omgang met bulkdatasets die in het zogeheten

⁴ Rapport Evaluatiecommissie Wiv 2017 (ECW), p. 65 e.v.

betekenisregime⁵ zijn geplaatst. Het gaat hier om alle door de diensten verworven bulkdatasets met uitzondering van die welke zijn verworven met toepassing van artikel 48 Wiv 2017 (onderzoekso opdrachtgerichte interceptie)⁶. Gelet op het belang van een zorgvuldige verwerking van bulkdatasets, was het passend aanvullende regels te stellen met betrekking tot de omgang met dergelijke datasets. Dit heeft geresulteerd in de Tijdelijke regeling verdere verwerking bulkdatasets Wiv 2017⁷. Deze Tijdelijke regeling betreft aldus aanvullende waarborgen ten opzichte van de Wiv 2017.

De in deze nota van wijziging opgenomen regeling inzake bulkdatasets beoogt een belangrijk operationeel knelpunt voor de taakuitvoering van de diensten weg te nemen, dat is verbonden aan de huidige regeling van artikel 27, eerste en derde lid, Wiv 2017. Daaruit vloeit voort dat bulkdatasets na een periode van maximaal anderhalf jaar zonder meer vernietigd moeten worden zonder dat daarbij voldoende rekening is gehouden met het feit dat bulkdatasets ook na afloop van die termijn nog steeds grote inlichtingenwaarde hebben voor onderzoeken in het kader van de nationale veiligheid. Naar aanleiding van een oordeel van de afdeling klachtbehandeling van de CTIVD⁸ moesten meerdere bulkdatasets vernietigd worden. De nadelige operationele gevolgen hiervan zijn groot. Tegen deze achtergrond wordt een oplossing voorgesteld, waarbij wordt voorzien in de mogelijkheid om op grond van dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid met betrekking tot een specifieke bulkdataset de minister te verzoeken om een nieuwe eindtermijn vast te stellen voor gebruik van deze bulkdataset. Op het besluit van de minister tot toepassing van deze bevoegdheid wordt bindend toezicht door de afdeling toezicht van de CTIVD mogelijk gemaakt. Het is een tijdelijke oplossing in afwachting van een brede wettelijke regeling van het bulkdatavraagstuk, waarbij de aanbevelingen van de ECW zullen worden betrokken en die in het kader van de herziening van de Wiv 2017 zijn beslag zal dienen te krijgen. In de Hoofdpijnennotitie zal daarop en op andere aspecten van de herziening van de Wiv 2017 worden ingegaan.

In het onderstaande zal allereerst worden ingegaan op de reikwijdte van de voorgestelde regeling (artikel 14b en 14ba) en waarop deze geen betrekking heeft. Aansluitend zal het belang worden uiteengezet die bulkdatasets hebben voor de inlichtingenonderzoeken van de diensten en waarom er noodzaak bestaat om te voorzien in de mogelijkheid om – ten opzichte van de eindtermijn van anderhalf jaar (artikel 14b) – een nieuwe eindtermijn voor het gebruik van de bulkdataset vast te kunnen (doen) stellen. Daarbij zal ingegaan worden op de verschillende onderdelen van de voorgestelde regeling. Aansluitend zal stil gestaan worden bij de mogelijkheid om reeds vernietigde bulkdatasets opnieuw te verwerven. Vervolgens wordt ingegaan op de overgangsregeling. Tot slot zullen de grond- en mensenrechtelijke aspecten worden geduid.

Reikwijdte regeling

In het oorspronkelijke aan de Afdeling advisering van de Raad van State voorgelegde voorstel voor de Tijdelijke wet was een artikel 6 opgenomen, waarmee de mogelijkheid werd geopend om de beoordelingstermijn voor met bijzondere bevoegdheden verworven bulkdatasets - teneinde de daarin opgenomen gegevens op relevantie te kunnen beoordelen - op een daartoe strekkend verzoek van het hoofd van de AIVD of MIVD aan de voor de dienst verantwoordelijke minister met een jaar te kunnen verlengen. Artikel 48 Wiv 2017 was hiervan uitgezonderd, omdat de regeling voor OOG-interceptie voorziet in een eigenstandige regeling ten aanzien van het bewaren van de door toepassing van artikel 48 Wiv 2017 verworven gegevens. Bovendien vloeide uit artikel 6 voort dat – in afwijking van artikel 27, eerste lid, Wiv 2017 – de gegevens niet zo spoedig mogelijk op

⁵ Dat is het regime dat geldt voor gegevens die relevant zijn verklaard (betekenis hebben).

⁶ Het gaat daarbij om bulkdatasets die zijn verworven door inzet van zowel de algemene bevoegdheid (zoals via het raadplegen van informanten) als de inzet van bijzondere bevoegdheden (zoals het binnendringen in een geautomatiseerd werk). Voorts is deze regeling ook van toepassing op van buitenlandse diensten verkregen bulkdatasets.

⁷ Stcrt. 2020, 56482.

⁸ Beslissing van 15 juni 2022; gepubliceerd op www.ctivd.nl

relevantie dienden te worden onderzocht; die verplichting was immers in het artikel niet meer opgenomen.

De reikwijdte van het oorspronkelijke voor advies aan de Afdeling advisering voorgelegde wetsvoorstel beperkte zich tot onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland of Nederlandse belangen. Dat betekende dat binnen de strekking van artikel 6 van het oorspronkelijke wetsvoorstel enkel die bulkdatasets vielen die met de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid, niet zijnde de bevoegdheid ex artikel 48 Wiv 2017, onder toepassing van de Tijdelijke wet waren verworven en gegevens bevatten die van operationele waarde zijn in onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland of Nederlandse belangen. Bulkdatasets vervullen echter niet alleen bij onderzoeken in het cyberdomein een belangrijke functie. Zij vervullen ook in veel andere onderzoeken die de diensten uitvoeren in het kader van de aan hen opgedragen taken in de artikelen 8, tweede lid, onder a en d, onderscheidenlijk 10, tweede lid, onder a, c en e van de Wiv 2017 een belangrijke rol in de analyse van bekende dreigingen en het onderkennen en identificeren van verborgen dreigingen. Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat eenzelfde bulkdataset een rol speelt bij het onderzoeken van een terroristische dreiging en tegelijkertijd gebruikt wordt voor onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma. Het gebruik van bulkdatasets is op zich zelf niet in te delen in of afgebakend tot de onderzoeksopdrachten van de diensten, zoals een contraterrorisme onderzoek naar land X of een cyber onderzoek naar land Y. Immers, door de diensten rechtmatig verworven gegevens, waaronder bulkdatasets, mogen op grond van de Wiv 2017 niet alleen worden gebruikt voor het onderzoek ten behoeve waarvan ze zijn voor verworven maar ook voor enig ander lopend inlichtingenonderzoek van de dienst. Het is voorts inherent aan de werkwijze van inlichtingen- en veiligheidsdiensten om gegevens zoveel mogelijk in onderlinge samenhang te verwerken. Juist het combineren van rechtmatig verworven gegevens maakt het mogelijk verbanden te leggen of juist uit te sluiten. Een eenduidig kader maakt het stelsel minder complex en meer eenduidiger, niet alleen in het kader van de toepassing maar ook vanuit het perspectief van toezicht. Bovendien bevordert het eveneens de rechtszekerheid voor de burger die immers moet kunnen vertrouwen op het consequent handelen van de overheid. Uiteraard geldt bij dit alles dat de wettelijke eisen die aan de verwerking van gegevens zijn gesteld met het oog op het borgen van de belangen van de burgers onverkort van toepassing zijn en blijven.

Gelet op de hiervoor genoemde overwegingen wordt het noodzakelijk geacht dat de oorspronkelijk in artikel 6 opgenomen regeling, zij het – mede naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering op de voorgelegde ontwerpnota van wijziging - in aangepaste en aangevulde vorm, een breder toepassingsbereik krijgt en daarmee ook gaat gelden voor alle andere inlichtingenonderzoeken⁹ van de diensten. Gelijktrekking van de mogelijkheid om de minister op een daartoe strekkend verzoek van het hoofd van de dienst om dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid een nieuwe eindtermijn voor het gebruik van een bulkdataset vast te laten stellen ter uitvoering van onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma (de oorspronkelijke reikwijdte van de regeling) dan wel andere inlichtingenonderzoeken van de dienst op grond van de Wiv 2017, heft het onderscheid in behandeling van bulkdatasets op, zodat de operationele meerwaarde van de desbetreffende bulkdatasets voor alle onderzoeken van de diensten kan worden geborgd. Bij de beoordeling van dergelijke verzoeken zal de minister acht dienen te slaan op de wettelijk vastgelegde criteria, waarin de operationele belangen van de dienst en de gevolgen van een nieuwe eindtermijn voor gebruik van een bulkdataset voor de in geding zijnde (privacy)belangen van de burgers een rol spelen; zie daartoe artikel 14ba, tweede lid. De afdeling toezicht van de CTIVD ziet bindend toe op de rechtmatige toepassing van deze regeling, waartoe ook de door de minister gemaakte afweging van de in geding zijnde belangen. Het besluit van de minister tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn is onderworpen aan het bindend

⁹ Onder het begrip inlichtingenonderzoeken worden de onderzoeken verstaan die de AIVD en de MIVD uitvoeren op grond van hun wettelijke taak als bedoeld in artikel 8, tweede lid, onder a en d, onderscheidenlijk 10, tweede lid, onder a, c en e, van de Wiv 2017.

toezicht van de afdeling toezicht van de CTIVD. Tegen het oordeel van de afdeling toezicht wordt de mogelijkheid van beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak ingesteld.

In dit verband kan ook gewezen worden op de beslissing van de afdeling klachtbehandeling van de CTIVD inzake de klacht van Bits of Freedom over het handelen van de AIVD en de MIVD ten aanzien van bulkdatasets.¹⁰ De klacht betrof een aantal bulkdatasets die door de diensten integraal relevant waren verklaard terwijl het merendeel van de gegevens in de betreffende sets betrekking heeft op organisaties en/of personen die geen onderwerp van onderzoek van de diensten zijn en dat ook nooit zullen worden. De afdeling toezicht van de CTIVD had eerder (in rapport 70 over het verzamelen van bulkdatasets met de hackbevoegdheid en de verdere verwerking daarvan door de AIVD en de MIVD¹¹) al geconstateerd dat de gegevens als gevolg van de relevantverklaring door de diensten onder het zogeheten betekenisregime vallen, waardoor de gegevens in de betreffende bulkdatasets zonder definitieve vernietigingstermijn opgeslagen blijven. Vernietiging na een jaar of anderhalf jaar na een verlenging zoals voorgeschreven in artikel 27 van de Wiv 2017 is dan immers niet meer aan de orde. De Wiv 2017 biedt voor deze constructie echter geen ruimte, aldus de afdeling toezicht. De afdeling toezicht erkent wel dat bulkdatasets vanwege hun specifieke karakter aanzienlijk langer van operationele waarde (kunnen) zijn voor de onderzoeken van de diensten en heeft het signaal afgegeven dat een oplossing voor deze situatie moest worden gezocht. De afdeling klachtbehandeling verklaarde de klacht gegrond en bepaalde dat de onderzochte vijf bulkdatasets moesten worden verwijderd en vernietigd.

De beslissing van de afdeling klachtbehandeling bevestigt hetgeen ook door de ECW was geconstateerd, namelijk dat de omgang met bulkdatasets zoals geregeld in de Wiv 2017 aan herziening toe is. De beslissing van de afdeling klachtbehandeling maakt duidelijk dat het hier gaat om een urgent probleem dat geldt voor alle bulkdatasets die verworven zijn of worden onder de Wiv 2017. Vanwege de huidige regeling in de Wiv 2017 en de vigerende uitleg van het begrip "relevant verklaren" in het kader van bulkdatasets, hebben de diensten namelijk meer bulkdatasets dan waar de klacht op zag moeten vernietigen. Deze sets hadden echter een nog een grote operationele waarde en hadden een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan het beantwoorden van onderzoeksvragen in onderzoek door de diensten in het belang van de nationale veiligheid.

Uitzondering op het toepassingsbereik van de regeling

Van het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling zijn uitgezonderd de bulkdatasets die zijn verworven met de inzet van algemene bevoegdheden. Voor de verwerking van gegevens die met algemene bevoegdheden zijn verworven geldt op grond van de Wiv 2017 een andere regeling dan voor gegevens verworven met bijzondere bevoegdheden. De in deze nota van wijziging voorgestelde oplossing voor bulkdatasets verworven middels een bijzondere bevoegdheid is niet vanzelfsprekend te vertalen naar bulkdatasets verworven middels een algemene bevoegdheid. Bij de diensten zijn op dit moment o.a. werkprocessen, procedures en ondersteunende IT-systemen ingesteld op dit onderscheid. Het implementeren van deze oplossingen voor bulkdatasets verworven met algemene bevoegdheden is daarom de komende jaren niet uitvoerbaar. Het voornemen is om één regeling voor de verwerking van alle soorten bulkdatasets te maken.

Geen integrale regeling voor de verwerking van bulkdatasets

Het kabinet heeft de aanbevelingen van de ECW omarmd en daarmee ook het uitgangspunt dat er één regeling moet komen voor de omgang met bulkdata, onafhankelijk van de bevoegdheid waarmee deze is verworven. Dit uitgangspunt wordt "bulk is bulk" genoemd. Naast het feit dat het nieuwe bulkregime voor alle bulkdatasets zou moeten gelden, geldt dat de aard van de bulkdataset en de inbreuk die van deze set uitgaat centraal staat en niet de wijze van verwerving. Daarnaast moet voor het nieuwe bulkregime ook uitgewerkt worden hoe en op welke manier deze sets

¹⁰ Beslissing klacht Bits of Freedom over het handelen van de AIVD en de MIVD t.a.v. bulkdatasets d.d. 15 juni 2022, <https://www.ctivd.nl/documenten/publicaties/2022/06/15/klachtbeslissing>

¹¹ CTIVD-rapport nr. 70 over het verzamelen van bulkdatasets met de hackbevoegdheid en de verdere verwerking daarvan door de AIVD en de MIVD, vastgesteld op 19 augustus 2020

beoordeeld moeten worden en met welke waarborgen het omkleed moet zijn. Daarmee vormt dit uitgangspunt de basis voor de uitwerking van een nieuw wettelijk regime voor het bewaren, beoordelen en vernietigen van bulkdata. Het treffen van een dergelijke brede en integrale regeling voor de verwerking van bulkdatasets waarbij alle ECW-aanbevelingen worden betrokken, betreft een complex (wetgevings)proces met fundamentele wijzigingen voor de uitvoeringspraktijk en het beleid, dat met de nodige zorgvuldigheid en in afstemming met de TIB en CTIVD moet plaatsvinden. In de Hoofdpijnennotitie voor de herziening van de Wiv 2017 worden in grote lijnen de uitgangspunten voor de op te stellen regeling uiteengezet. Daarbij is de uitvoerbaarheid van het stelsel een belangrijke randvoorwaarde waarop getoetst gaat worden.

Betekenis van gebruik bulkdatasets voor inlichtingenonderzoeken en noodzaak tot het kunnen doen vaststellen van een nieuwe eindtermijn voor het gebruik van bulkdatasets

Bulkdatasets die verworven zijn door middel van de inzet van bijzondere bevoegdheden moeten op grond van artikel 27, eerste lid, Wiv 2017 binnen een jaar (met een mogelijke eenmalige verlenging van een half jaar (artikel 27, derde lid, Wiv 2017)) worden beoordeeld op relevantie.¹² Echter, om voor alle gegevens in een bulkdataset afzonderlijk de relevantie vast te stellen is gelet op de omvang en/of complexiteit van de bulkdataset in de praktijk onuitvoerbaar gebleken. Dit heeft er toe geleid dat potentieel waardevolle gegevens uit een bulkdataset die nog niet op relevantie beoordeeld konden worden, zijn vernietigd. Dit heeft er toe geleid dat onderzoeksvragen van de diensten op basis van de Geïntegreerde Aanwijzing (GA) niet afdoende beantwoord konden worden.

Gegevens uit bulkdatasets zijn vaak een noodzakelijke schakel om reeds bij de diensten aanwezige gegevens van meerwaarde te laten zijn. Bij het doen van onderzoek naar ongekennde dreigingen is een belangrijk onderdeel daarvan het identificeren van personen en organisaties achter die dreiging. Een kenmerkende eigenschap van bulkdatasets is dat niet op voorhand te bepalen is welke gegevens uit die bulkdatasets relevant zijn voor een concreet inlichtingenonderzoek, maar dat alle gegevens potentieel van waarde kunnen zijn. Dit betekent dat de set als geheel van waarde is, en dat pas achteraf zal blijken welke gegevens uit een bulkdataset daadwerkelijk gebruikt zijn bij het beantwoorden van concrete onderzoeksvragen.

Voorbeeld:

Soms blijkt pas na langere tijd wat de waarde van een bulkdataset is voor een onderzoek. Bijvoorbeeld doordat informatie aan het licht komt die in combinatie met een beschikbare bulkdataset een nieuw inzicht oplevert. Een voorbeeld van het belang hiervan is het gebruik van bulkdata bij het OPCW-onderzoek waarbij data uit 2016/2017 in 2019/2020 van grote waarde bleek.

In 2017 deed de OPCW-onderzoek naar drie luchtaanvallen in Syrië. Bij de aanvallen is zeer waarschijnlijk gebruik gemaakt van het chemische strijdmiddel sarin. Uit openbare bronnen bleek dat een van deze luchtaanvallen werd uitgevoerd door een militair vliegtuig vanaf de Syrische luchtbasis Shayrat. Met een bulkdataset hebben de diensten kunnen vaststellen welke personen zich rondom en op deze luchtbasis bevonden op het moment dat de luchtaanvallen werden voorbereid en uitgevoerd. De analyse van deze set door de diensten was doorslaggevend voor het aanwijzen van een vijftal sleutelfiguren in het Syrische chemische wapenprogramma. Bovendien vormde het een belangrijk puzzelstuk voor het internationaal onderzoek van de Syrische gifgasaanvallen. Zonder de bulkdataset had deze waardevolle bijdrage niet geleverd kunnen worden.

De voorgestelde regeling beoogt een oplossing voor de beschreven problematiek te bieden, waarbij recht wordt gedaan aan de aard van iedere afzonderlijke bulkdataset en het gebruik daarvan in de inlichtingenpraktijk. Zo is het merendeel van de sets die de diensten verwerven een buitenlandse registerset. Dit zijn sets met identificerende kenmerken. Hierbij kan de vergelijking gemaakt

¹² Voor bulkdata verworven met de bijzondere bevoegdheid van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie, geldt op grond van artikel 48, vijfde lid, Wiv 2017 een andere regeling met een termijn van drie jaar.

worden met een telefoonboek of een register van de Kamer van Koophandel of RDW. Uit de praktijk is gebleken dat registersets gebruikt kunnen worden als naslagwerk en hierdoor langdurige inlichtingenwaarde hebben.

Er is allereerst voor gekozen om in artikel 14b in afwijking van het bepaalde in artikel 27, eerste en derde lid, Wiv 2017 eenduidig te bepalen dat de eindtermijn voor gebruik van bulkdatasets die zijn verworven met bijzondere bevoegdheden, niet zijnde de bevoegdheid ex artikel 48 Wiv 2017, anderhalf jaar is. In de praktijk wordt immers vrijwel altijd van de in artikel 27, derde lid, Wiv 2017 gebruikte verlengingsmogelijkheid met zes maanden (in aanvulling op de termijn van een jaar uit 27, eerste lid) gebruik gemaakt. Alvorens op de procedure tot het kunnen vaststellen van een nieuwe eindtermijn in te gaan, wordt opgemerkt dat in de voorgestelde regeling ervoor is gekozen om de eindtermijn niet te koppelen aan de handeling van het relevant verklaren van gegevens opgenomen in een bulkdataset, maar aan het gebruik van de bulkdataset als zodanig.

Met het gebruik van bulkdatasets wordt bedoeld het geheel van gegevensverwerkingen dat noodzakelijk is om te voldoen aan de in artikel 8, tweede lid, onder a en d, en artikel 10, tweede lid, onder a, c en e, van de Wiv 2017 geformuleerde taken. Hierbij kan als voorbeeld genoemd worden het uitvoeren van een naslag om vast te stellen welk telefoonnummer hoort bij welke persoon, of welke personen zich op een bepaald moment op een bepaalde plek bevonden. Het relevant verklaren van deze gegevens, waardoor zij in het betekenisregime terecht komen,¹³ valt tevens onder het gebruik van bulkdatasets.

Voor alle gegevens die door de diensten worden verzameld en verder verwerkt geldt dat daarbij moet worden voldaan aan de wettelijk vastgelegde eis dat dit slechts plaatsvindt voor een bepaald doel en slechts voor zover dat noodzakelijk is voor een goede uitvoering van de Wiv 2017 en de Wet veiligheidsonderzoeken en voorts dient de verwerking plaats te vinden in overeenstemming met de wet en op behoorlijke en zorgvuldige wijze (artikel 18 Wiv 2017). Dit geldt dus ook voor bulkdatasets.

Bulkdatasets hebben grote operationele waarde, maar tegelijkertijd kan het verder verwerken van bulkdatasets in meer of mindere mate leiden tot een beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de personen wiens gegevens zich in de set bevinden. Bij de verdere verwerking zal dus steeds een afweging moeten worden gemaakt die recht doet aan zowel de bescherming van de nationale veiligheid en de taakuitvoering van de diensten als het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Daarom zijn in de Tijdelijke regeling verdere verwerking bulkdatasets Wiv 2017 (Stcrt. 2020, 56482) nadere regels gesteld voor de omgang met bulkdatasets. Dit geldt voor zowel bulkdatasets die zijn verworven met algemene als ook met bijzondere bevoegdheden. Deze regeling is dus ook van toepassing op de bulkdatasets waarop de regeling in de nota van wijziging betrekking heeft.

De Tijdelijke regeling verdere verwerking bulkdatasets Wiv 2017 is gebaseerd op twee uitgangspunten. Ten eerste het uitgangspunt dat de wijze van verwerving niet maatgevend is voor de beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer die met de verdere verwerking van de bulkdataset gepaard gaat. Het tweede uitgangspunt is het principe dat naarmate de beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als gevolg van de verdere verwerking van de bulkdatasets groter is, dit gepaard dient te gaan met extra waarborgen. De aard en omvang van de beperking is bepalend voor de toepassing van één van de drie regimes met voorwaarden voor het verkrijgen van inhoudelijke gegevens uit de bulkdatasets. De voorwaarden hebben niet alleen betrekking op het beperken van de mogelijkheid om gegevens uit een bulkdataset te verkrijgen, maar ook op de periode waarbinnen een bulkdataset moet worden beoordeeld op het continueren van de verwerking, dan wel het verwijderen of vernietigen van de gegevens. De beoordeling in hoeverre de verdere verwerking een beperking oplevert van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer vindt plaats aan de hand van de mate

¹³ Het betreft hier gegevens waarvan is vastgesteld dat deze bijdragen aan het onderzoek. Relevant verklaarde gegevens kunnen door de diensten – met inachtneming van artikel 20 Wiv 2017 – worden gebruikt, ook nadat de bulkdataset waaraan zij zijn ontleend is vernietigd.

waarin de bulkdataset inzicht geeft in bepaalde aspecten van het privéleven en de mate waarin een bulkdataset gegevens bevat die voor een ieder toegankelijk zijn.

Een ander element om de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer te beperken is het stelsel van datareductie. In de praktijk werkt dit als volgt. De verwerving van bulkdatasets is gekoppeld aan een inlichtingenbehoefte bij een onderzoeksteam en voor de verwerving daarvan door de inzet van bijzondere bevoegdheden zal door het team een verzoek om toestemming moeten worden opgesteld, dat in ieder geval dient te voldoen aan de eisen van artikel 29, tweede lid, Wiv 2017 en waarbij dus ook een toets aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit, subsidiariteit en gerichtheid plaatsvindt. In de meeste gevallen gaat het om bevoegdheden waarvoor de minister toestemming verleent en waarbij de TIB de verleende toestemming op rechtmatigheid toetst. Zodra door uitoefening van de bevoegdheid een bulkdataset wordt verworven, wordt de set onderzocht: wat zit er precies in qua gegevens en hoe kan de set worden ontsloten (dat wil zeggen: gereed worden gemaakt voor intern gebruik). Bij het ontsluiten zal al direct worden gekeken welke gegevens bruikbaar zijn en welke gegevens niet, in het licht van de inlichtingenbehoefte van het team ten behoeve waarvan de bulkdataset is verworven en de wijze waarop dat in het toestemmingsverzoek is omschreven. De niet bruikbare gegevens zullen niet ontsloten worden en worden vernietigd. Om dit gestructureerd en gecoördineerd te laten verlopen wordt dit proces bij beide diensten uitgevoerd door een multidisciplinair team met juristen, operationele adviseurs en technici. De bulkdataset die na deze reductieslag in beginsel beschikbaar komt voor de teams, kan vervolgens – afhankelijk van het toepasselijke toegangsregime – worden geraadpleegd. Tot het data-reductiestelsel behoort ook de relevantiebeoordeling op gegevensniveau als bedoeld in artikel 27, eerste lid, Wiv 2017; in artikel 14b valt dit onder het begrip gebruik. De beoordeling of een gegeven in een bulkdataset relevant is, gebeurt onder andere aan de hand van gerichte bevraging van de gegevens in een bulkdataset op basis van de onderzoeksvragen van de diensten. Zo blijft de relevantiebeoordeling op gegevensniveau als zodanig onverkort van kracht. Bij afloop van de eindtermijn worden de gegevens in een bulkdataset vernietigd met uitzondering van de gegevens die relevant zijn beoordeeld.

Schematische weergave verwerving en verdere verwerkingsproces

Verwerving

Inzet bevoegdheid verwerving bulkdatasets (art. 41, 45 en 54 Wiv 2017) en feitelijk binnenhalen bulkdatasets



Ontsluiting

Ontsluiten bulkdatasets

Bij deze ontsluiting kan een eerste reductie plaatsvinden en vindt er categorisering op basis van de Tijdelijke regeling plaats.

Gebruik

Database (AIVD+MIVD)

Opslag van bulkdatasets



Bijvoorbeeld door:

1. Zoekslagen/naslagen

2. Resultaten

JSCU / Inlichtingenteam(s) AIVD+MIVD

Resultaten van bijvoorbeeld gerichte naslagen kunnen relevant worden verklaard en komen in het betekenisregime.

In artikel 14ba wordt voorzien in de mogelijkheid dat, ingeval dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid dit noodzakelijk maken, de voor een dienst verantwoordelijke minister op een daartoe strekkend verzoek van het hoofd van de betrokken dienst kan worden verzocht om te beoordelen of in aanvulling op de eindtermijn als bedoeld in artikel 14b een nieuwe eindtermijn

dient te worden vastgesteld die noodzakelijk wordt geacht voor het gebruik van de desbetreffende bulkdataset.

Het verzoek om toestemming als bedoeld in het eerste lid zal de volgende gegevens dienen te bevatten:

- a. een aanduiding van de bulkdataset dan wel, voor zover van toepassing, delen daarvan;
- b. een omschrijving van het onderzoek in welk kader de bulkdataset is verworven;
- c. de periode gedurende welke de bulkdataset reeds is bewaard;
- d. de reden waarom een nieuwe eindtermijn voor gebruik van de bulkdataset noodzakelijk is;
- e. de reden waarom een nieuwe eindtermijn voor gebruik van de bulkdataset vanuit de daarmee gepaard gaande beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de personen wier gegevens in de bulkdataset zijn opgenomen proportioneel en subsidiair is;
- f. het gebruik van de bulkdataset in de afgelopen periode en daarmee het behaalde resultaat;
- g. de verwachte potentiële bijdrage van het gebruik van de bulkdataset aan enig lopend onderzoek vallend onder de taken, bedoeld in artikel 8, tweede lid, onder a en d, onderscheidenlijk artikel 10, tweede lid, onder a, c en e, van de Wiv 2017 in de verzochte nieuwe eindtermijn.

Het eerste criterium (onder a) is een aanduiding van de bulkdataset dan wel delen daarvan waarvoor een nieuwe eindtermijn voor gebruik van een bulkdataset wordt gevraagd. In het verzoek zal worden aangegeven op welke bulkdataset het verzoek betrekking heeft. Ook kan worden toegelicht of het de gehele set betreft of een gedeelte daarvan. Dit is onderdeel van het data-reductiestelsel.

Daarnaast dient het verzoek een omschrijving te bevatten van het onderzoek in welk kader de bulkdataset is verworven (onder b). Dit kunnen ook meerdere onderzoeken zijn. In de praktijk is gebleken dat bulkdatasets die zijn verworven voor bijvoorbeeld een Rusland-onderzoek ook een bijdrage kunnen leveren aan het beantwoorden van onderzoeksvragen voor bijvoorbeeld een China-onderzoek. Bij dit criterium kan volstaan worden met een aanduiding van het onderzoek of de onderzoeken van de diensten in het kader waarvan de bulkdataset is verworven.

Voorts wordt in het verzoek aangegeven gedurende welke periode de bulkdataset sinds de verwerving reeds is bewaard (onder c). Van belang is op te merken dat er een grote verscheidenheid aan bulkdatasets is. Bepaalde bulkdatasets worden integraal, eenmalig verworven en zijn statisch van aard. Andere bulkdatasets zijn dynamischer van aard en kunnen bijvoorbeeld periodiek worden aangevuld met actuelere gegevens, waardoor de set wordt geüpdatet. Ook kan de bulkdataset na anderhalf jaar niet meer dezelfde omvang als ten tijde van de verwerving hebben. Dynamische bulkdatasets worden in het kader van dit criterium als één geheel beschouwd, waarbij de gegevens met de oudste verwervingsdatum bepalend zijn voor de algehele bewaarperiode van de set.

Ook dient de noodzaak van een nieuwe eindtermijn te worden onderbouwd (onder d). Daarbij wordt vermeld voor welk(e) onderzoek(en) van de diensten de desbetreffende bulkdataset noodzakelijk is ter beantwoording van de onderzoeksvragen van dat onderzoek. Ook wordt toegelicht wat de aard van de gegevens is die de bulkdataset bevat en op welke wijze deze gegevens bijdragen aan het beantwoorden van onderzoeksvragen. Omdat bulkdatasets onderling zo verschillend zijn, zal, afhankelijk van de bulkdataset, de onderbouwing van de noodzaak ook verschillen en kunnen de elementen die een rol spelen bij de onderbouwing van de noodzaak dus ook van elkaar verschillen. Een element dat bijvoorbeeld een rol kan spelen bij de onderbouwing een nieuwe eindtermijn vast te stellen, is de onmogelijkheid de bulkdataset opnieuw te kunnen verwerven.

In het verzoek dient tevens te worden onderbouwd dat het verzoek vanuit de daarmee gepaard

gaande beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de personen wier gegevens in de bulkdataset zijn opgenomen proportioneel en subsidiair is (onder e). Bij de proportionaliteitsafweging wordt het onderzoeksbelang van de dienst(en) om de bulkdataset langer te kunnen gebruiken afgewogen tegen de inbreuk op de privacy die daarmee gepaard gaat, waarbij voor de inbreuk op de privacy gekeken zal worden naar de categorisering van de bulkdataset op basis van artikel 3 van de Tijdelijke regeling verdere verwerking bulkdatasets Wiv 2017. Die categorisering is immers een resultante van de afweging die de minister heeft gemaakt aan de hand van in ieder geval de criteria: (1) de mate waarin een bulkdataset inzicht geeft in bepaalde aspecten van het privéleven, waaronder identificerende gegevens, locaties, netwerk en vertrouwelijke inhoudelijke gegevens en (2) de mate waarin een bulkdataset voor een ieder toegankelijk is. Bij de subsidiariteitsafweging zal moeten worden aangegeven dat het langer kunnen gebruiken van de bulkdataset, welke gegevens reeds ter beschikking staan voor onderzoeken van de dienst(en), het lichtste middel is om het doel van het langer gebruiken van de bulkdataset, te weten het doen van onderzoek, te bereiken, afgewogen tegen de inbreuk die optreedt ingeval van het (opnieuw) verzamelen van gegevens (zie artikel 25 Wiv 2017).

Ook wordt een aanduiding gegeven van het gebruik van de in de bulkdataset opgenomen gegevens in de afgelopen periode en daarmee het behaalde resultaat (onder f). Hierbij kan worden meegenomen in hoeverre de bulkdataset (in zijn geheel, dan wel delen ervan en dus niet op gegevensniveau) daadwerkelijk operationele inlichtingenmeerwaarde heeft gehad bijvoorbeeld door de inzet van andere (gerichte) middelen mogelijk te maken. Een concreet voorbeeld is of een gegeven uit de bulkdataset de basis is geweest voor de aanvraag van een andere bevoegdheid. Daarnaast kunnen gegevens hebben bijgedragen aan de informatiepositie van de diensten in een onderzoek doordat (onderdelen van) de bulkdataset een hypothese bevestigden dan wel ontkrachtten. Ook kan informatie uit de bulkdataset direct of indirect geleid hebben tot exploitatie, bijvoorbeeld een inlichtingenanalyse, een inlichtingenbericht of een ambtsbericht¹⁴.

Tot slot wordt ook een aanduiding gegeven van de verwachte potentiële bijdrage aan enig lopend onderzoek van het gebruik van de bulkdataset (in zijn geheel, dan wel delen ervan en dus niet op gegevensniveau) in de komende periode (onder g). De vraag die kan worden gesteld is of naar verwachting de komende periode meer of minder gebruik wordt gemaakt van de bulkdataset. Ook kunnen onderdelen van de bulkdataset meer of minder intensief worden gebruikt in de komende periode, bijvoorbeeld vanwege een verwachte ontwikkeling binnen het onderzoek. Een onderzoek kan geïntensiveerd worden maar ook (deels) afgeschaald. Ook kan de focus wijzigen. Primair wordt gekeken naar de verwachte potentiële bijdrage gedurende de komende periode.

Op grond van de uitwerking van deze criteria in het verzoek zal de minister dienen te beoordelen of alles afwegende inderdaad sprake is van dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid en kan hij, indien hij van oordeel is dat daarvan sprake is, een nieuwe eindtermijn van ten hoogste een jaar vaststellen voor het gebruik van de bulkdataset (artikel 14ba, derde lid). Indien de toets aan de criteria positief uitvalt is daarmee voldaan aan de maatstaf van dringende redenen van nationale veiligheid die het noodzakelijk maken dat een nieuwe eindtermijn wordt vastgesteld. Van de vaststelling van een nieuwe eindtermijn dient terstond mededeling te worden gedaan aan de afdeling toezicht van de CTIVD. Indien de minister het verzoek afwijst, dient, ingevolge het bepaalde in het vijfde lid, de betreffende bulkdataset na afloop van de (nog) geldende eindtermijn terstond te worden vernietigd. Daarvan wordt ook terstond mededeling aan de afdeling toezicht gedaan.

Na afloop van een eerder vastgestelde eindtermijn kan een nieuw verzoek tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn worden gedaan (artikel 14ba, vierde lid).

De besluiten van de minister tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn zijn onderworpen aan het bindend toezicht van de afdeling toezicht van de CTIVD (artikel 14d).

¹⁴ Een ambtsbericht is een document dat een ontvanger in staat stelt om maatregelen te nemen tegen de persoon of organisatie die in het ambtsbericht wordt genoemd. De diensten brengen ambtsberichten uit om niet-geheime informatie uit onze onderzoeken te delen met ambtelijke partners.

Hernieuwde verwerving van eerder vernietigde bulkdatasets

Bulkdatasets waarvan de in artikel 27 Wiv 2017 vastgelegde beoordelingstermijn voorafgaand aan het moment van inwerkingtreding van deze wet is verstreken worden op grond van de Wiv 2017 vernietigd. Dat geldt dus niet alleen voor de sets waarvan vastgesteld is dat deze niet langer bijdragen aan de onderzoeken van de diensten, maar ook voor bulkdatasets die nog steeds een bijdrage leveren aan de bescherming van de nationale veiligheid. Zoals ook uit artikel 27 van de Wiv 2017 blijkt, wil het om deze reden vernietigen van de set niet zeggen dat deze gegevens niet relevant zijn voor de onderzoeken van de diensten, enkel dat de relevantie van deze gegevens niet binnen deze termijn kan worden beoordeeld. Door de huidige regeling wordt de nationale veiligheid, zowel ten aanzien van huidige als toekomstige dreigingen geraakt. De bescherming van de Nederlandse belangen, waaronder Defensie en de nationale veiligheid en daarmee de bescherming van overheden, bedrijven en burgers vragen om langduriger gebruik van deze sets. De Wiv 2017 biedt echter geen ruimte om een nieuwe eindtermijn voor het gebruik van deze bulkdatasets vast te stellen indien de nationale veiligheid daartoe noodzaakt. Dit onderstreept zowel de noodzaak voor de voorgestelde regeling inzake bulkdatasets als een spoedige inwerkingtreding daarvan.

Nu verzet de Wiv 2017 zich er niet tegen dat bulkdatasets die vanwege enkel tijdsverloop dienen te worden vernietigd, opnieuw worden verworven. Echter dit biedt alleen een oplossing voor zover opnieuw verwerven ook feitelijk mogelijk is. Wel zal ook het opnieuw verwerven onderworpen dienen te zijn aan een toets op met name noodzakelijkheid en proportionaliteit. In feite spelen dan grotendeels dezelfde criteria een rol die hiervoor in relatie tot de mogelijkheid voor de minister om te beoordelen of tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn voor een bulkdataset moet worden gekomen, zijn uiteengezet.

Er zal moeten worden aangetoond dat de inhoud van een set die inmiddels is vernietigd, nog steeds of opnieuw noodzakelijk is voor het beschermen van onze nationale veiligheid. Daarbij wordt nadrukkelijk het karakter van bulkdatasets meegewogen. Dit vraagt om een weging en beargumentering waarom de noodzaak van het opnieuw verwerven van deze gegevens opweegt tegen de inbreuk die daarmee op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt en in welk kader ook de proportionaliteit van die inbreuk wordt meegewogen. Ook zal worden benoemd om welke bulkdataset het zal gaan. Hierbij moet oog zijn voor de genuanceerde praktijk van het 'opnieuw verwerven' van een set. Het kan namelijk ook gaan om het verwerven van een actuelere versie van een set, of een update ervan in plaats van *exact* dezelfde data. Ook dit element zal worden meegewogen in de motivering bij het 'opnieuw verwerven'. Daarbij geldt dat het hierbij hoofdzakelijk sets betreft die zicht geven op de dreiging in en vanuit het buitenland en die vaak niet op andere manieren inzichtelijk te krijgen is.

Waar het gaat om bijzondere bevoegdheden waarvoor de toestemming onderworpen is aan een rechtmatigheidstoets van de TIB zal deze de verleende toestemming voor hernieuwde verwerving dienen te beoordelen.

Overgangsregeling

In artikel 14c wordt een overgangsregeling voorgesteld. Deze regeling houdt in dat voor bulkdatasets die op grond van een bijzondere bevoegdheid als bedoeld in paragraaf 3.2.5, niet zijnde de bevoegdheid als bedoeld in artikel 48 Wiv 2017, zijn verworven voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet, en waarvan de beoordelingstermijn op grond van artikel 27, eerste, Wiv 2017 nog niet is verlopen, de regeling van de artikelen 14b en 14ba ook geldt. Ook voor die sets kan derhalve een verzoek worden gedaan om een nieuwe eindtermijn voor gebruik vast te stellen (artikel 14c, eerste lid). Daarbij wordt als tijdstip van verwerving voor de toepassing van het bepaalde in artikel 14b de datum van feitelijke verwerving aangemerkt, indien deze minder dan een jaar voor inwerkingtreding van deze wet ligt (artikel 14c, tweede lid). Voor bulkdatasets waarvan de datum van verwerving meer dan een jaar voor inwerkingtreding ligt, hetgeen dus uitsluitend ziet op die bulkdatasets waarbij gebruik is gemaakt van de in artikel 27, derde lid, Wiv

2017 voorziene mogelijkheid om de termijn met een half jaar te verlengen, geldt dat moet zijn voldaan aan het verzoek voor vaststelling van een aanvullende termijn per moment van inwerkingtreding van de wet. De afdeling toezicht van de CTIVD ontvangt een overzicht van de bulkdatasets die op grond van artikel 14c onder de toepassing van de artikelen 14b en 14ba worden gebracht.

Grond- en mensenrechtelijke aspecten van de regeling inzake de eindtermijn van bulkdatasets

In haar advies op het wetsvoorstel voor een Tijdelijke wet, waarin de thans voorgestelde regeling met een beperktere reikwijdte was opgenomen, wijst de Afdeling advisering erop dat de jurisprudentie van het EHRM de wenselijkheid van een zo kort mogelijke bewaartermijn in wet- en regelgeving benadrukt en dat de vraag rijst in hoeverre dit niet wettelijk gemaximeerd moet worden. In haar advies op de ontwerpnota van wijziging refereert zij wederom hieraan en dat in onderhavige nota van wijziging dit advies niet over is genomen. Zij wijst er aansluitend op dat het bewaar- en vernietigingsregime voor bulkdatasets met solide waarborgen dient te zijn omgeven, temeer nu in onderhavige nota van wijziging de regeling inzake bewaring en vernietiging significant wordt uitgebreid naar alle inlichtingenonderzoeken en naar de in het verleden reeds verzamelde bulkdatasets. Naar haar oordeel ontbreken die waarborgen in het aan haar voorgelegde voorstel. Zij adviseert dan ook (1) de criteria waaraan verlengingsverzoeken moeten voldoen wettelijk te verankeren, (2) de jaarlijkse verlengingsprocedure op enigerlei wijze te voorzien in een eindtermijn, en (3) om recht te doen aan de onderlinge verschillen tussen bulkdatasets in aanvulling daarop te overwegen om een nauwkeurig begrensde bevoegdheid te creëren om bij wijze van uitzondering op de eindtermijn af te wijken indien dringende redenen van nationale veiligheid dit noodzakelijk maken. Op deze aspecten zal hieronder worden ingegaan.

Allereerst wordt erop gewezen dat in hoofdstuk 5 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel reeds uitvoerig is ingegaan op de grondrechtelijke en mensenrechtelijke aspecten van de in het wetsvoorstel opgenomen afwijkingen dan wel aanvullingen ten opzichte van hetgeen in de Wiv 2017 is bepaald. Dat geldt ook voor de in artikel 6 (oud) opgenomen regeling voor een langere termijn om bulkdatasets op relevantie te kunnen beoordelen. Hetgeen daar is gesteld is onverkort van toepassing op de in deze nota van wijziging opgenomen regeling (de artikelen 14b en 14ba nieuw) die grotendeels voortborduurt op artikel 6 (oud), maar dat thans een breder toepassingsgebied heeft gekregen.

Indachtig het advies van de Afdeling advisering, zoals hiervoor gememoreerd, zijn thans de criteria waaraan een verzoek aan de minister dient te voldoen om deze in de gelegenheid te stellen te beoordelen of er dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid bestaan om een nieuwe eindtermijn – dus boven op de eindtermijn van artikel 14b (anderhalf jaar) – vast te stellen, wettelijk verankerd (artikel 14ba, tweede lid). De betreffende criteria gelden naast de reguliere eisen die aan de (verdere) verwerking van gegevens worden gesteld (par. 3.1 van de Wiv 2017), zoals doelbinding en noodzakelijkheid, zodat de minister een weloverwogen besluit ter zake kan nemen.

Bij de formulering van de mogelijkheid om tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn voor gebruik van bulkdataset te komen, is voorts aangesloten bij het door de Afdeling Advisering geformuleerde criterium voor de door haar mogelijk geachte uitzondering op een eindtermijn. Hiermee wordt recht gedaan aan de onderlinge verschillen tussen bulkdatasets zodat enkel van de wettelijk vast te leggen eindtermijn kan worden afgeweken indien dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid dat noodzakelijk maken. De minister zal dat bij de beoordeling van een verzoek, uitsluitend aan de hand van de in artikel 14ba, tweede lid, neergelegde criteria dienen vast te stellen. De afdeling toezicht van de CTIVD oefent op een besluit tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn bindend toezicht uit en kan dan ook het oordeel van de minister ter zake op rechtmatigheid bezien. En, ingeval van beroep van de minister tegen een negatief bindend oordeel, door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (met de mogelijkheid van een prejudiciële procedure bij het EHRM).

Het gaat in de context van de Tijdelijke wet om een tijdelijke regeling en bij de herziening van de Wiv 2017 zal een brede oplossing worden geboden voor de verwerking van bulkdatasets. Daarbij zal bezien worden wat voor wettelijke arrangementen – rekening houdend met de aard en inhoud van bulkdatasets – kunnen worden getroffen.

Tot slot wordt opgemerkt dat de vraag of een stelsel zoals thans wordt voorgesteld, dus zonder vaststelling van een maximale termijn, vanuit met name het EVRM-perspectief geoorloofd is, iets is dat uiteindelijk uitsluitend door het EHRM – conform haar vaste jurisprudentie ter zake – kan worden vastgesteld. De regering acht het voorliggende stelsel vanuit EVRM-perspectief verdedigbaar. Daarbij komt dat de voor inlichtingen- en veiligheidsdiensten relevante uitspraken van het EHRM, waarin ook bewaartermijnen een factor van betekenis vormden, zaken betroffen waarbij het ging om het bewaren van gegevens verworven door bulkinterceptie. Voor zover bekend is met betrekking tot andere vormen van bevoegdheidsuitoefening door inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de bewaring van in dat kader verworven bulkgegevens nog geen relevante jurisprudentie voorhanden.

Ad 3: bindend toezicht van de afdeling toezicht van de CTIVD op besluit tot vaststelling van nieuwe eindtermijn voor gebruik bulkdatasets

In artikel 14d wordt het bepaalde in hoofdstuk 2, paragraaf 7, van overeenkomstige toepassing verklaard op besluiten van de minister waarbij een nieuwe eindtermijn voor gebruik van een bulkdataset overeenkomstig artikel 14ba, derde lid, is vastgesteld. Zoals hierboven is uiteengezet was dit in het oorspronkelijke voor advies aan de Afdeling advisering voorgelegde wetsvoorstel beperkt voor onderzoeken van de diensten naar landen met een offensief cyberprogramma. Daarbij was ook voorzien in de mogelijkheid van bindend toezicht door de afdeling toezicht van de CTIVD alsmede in de mogelijkheid om tegen de bindende oordelen van de afdeling toezicht in beroep te kunnen gaan bij de Afdeling bestuursrechtspraak. De verbreding van de mogelijkheid tot vaststelling van een nieuwe eindtermijn voor het gebruik van een bulkdataset tot *alle* inlichtingenonderzoeken van de diensten dient ook gepaard te gaan met handhaving van de – ook in het oorspronkelijk wetsvoorstel opgenomen – waarborgen van bindend toezicht door de afdeling toezicht en de mogelijkheid van beroep.

Ad 4: de regeling voor een bindende ex ante toets door de TIB van verleende toestemmingen voor de inzet van de stomme tap

In artikel 14e wordt een bindende ex ante toets van verleende toestemmingen voor de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid tot real time interceptie van verkeers- en locatiegegevens geregeld. De aanleiding voor het opnemen van deze regeling is gelegen in de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 6 oktober 2020 in de gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18 (*Quadrature du Net e.a.*), waarbij aan haar zowel door de Franse Raad van State als het Belgische Constitutionele Hof enkele prejudiciële vragen waren voorgelegd, onder meer omtrent de *real time* verzameling van verkeers- en locatiegegevens en onder welke condities die zou mogen plaatsvinden. Dit zou naar het oordeel van het Hof alleen zijn toegestaan op basis van een besluit dat is gebaseerd op in nationale wetgeving vastgelegde objectieve en non-discriminatoire criteria, waaronder de omstandigheden en voorwaarden waarbij deze vorm van gegevensverzameling is toegestaan. Bovendien dient een dergelijk besluit onderworpen te zijn aan een voorafgaand bindend toezicht door een rechter of een onafhankelijke administratieve autoriteit, waarbij wordt vastgesteld dat deze maatregel zich beperkt tot wat strikt noodzakelijk is.¹⁵ Voorts dient de toepassing van deze bevoegdheid, zodra dat mogelijk is, te worden genotificeerd.¹⁶

Hoewel de uitspraak in deze prejudiciële zaak direct van betekenis is voor de rechterlijke instantie die de prejudiciële zaak aanhangig heeft gemaakt en aan deze uitspraak is gebonden, heeft deze uitspraak uiteraard ook (indirect) effect voor de andere lidstaten van de Unie. Immers het ligt in de rede dat in vergelijkbare zaken een vergelijkbaar oordeel zal worden geveld. Het is dan ook

¹⁵ Par. 189 van de uitspraak.

¹⁶ Par. 190 van de uitspraak.

aangewezen om – voor zover aan de orde – de Nederlandse wetgeving daarmee in lijn te brengen. Daarmee is de rechtszekerheid van de bij de toepassing van de desbetreffende bevoegdheid betrokken partijen gediend.

De bijzondere bevoegdheid tot de real time verzameling van verkeers- en locatiegegevens (de zogeheten stomme tap¹⁷) door de AIVD en de MIVD is in artikel 55, eerste lid, van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) geregeld.

Aldaar is onder meer bepaald dat de AIVD en de MIVD bevoegd zijn zich, na verkregen toestemming, te wenden tot een aanbieder van een communicatiedienst¹⁸ met de opdracht gegevens te verstrekken over het communicatieverkeer dat met betrekking tot een gebruiker¹⁹ na het tijdstip van de opdracht zal plaatsvinden.

De toestemming voor de uitoefening van deze bijzondere bevoegdheid is op dit moment niet aan een voorafgaande bindende toets onderworpen. Voor zover de Wiv 2017 daarin voorziet is die toets opgedragen aan de Toetsingscommissie inzet bevoegdheden (TIB). Het ligt voor de hand om de voorafgaande bindende toets in dit geval dan ook bij de TIB te beleggen. Artikel 14e, tweede lid, voorziet daarin.

In de Europeesrechtelijke jurisprudentie is tevens een ontwikkeling zichtbaar waarbij het onderscheid tussen de inhoud van de communicatie en de daaraan gerelateerde verkeers- en locatiegegevens in toenemende mate wordt gerelativeerd.²⁰ In het verlengde van het vervagen van het onderscheid tussen inhoud en daaraan gerelateerde verkeers- en locatiegegevens past de door het Hof geformuleerde eis dat er ook wordt voorzien in notificatie van de uitgeoefende bevoegdheid. Artikel 14e, derde lid, voorziet daarin.

In artikel 14e, derde lid is de in artikel 59 van de Wiv 2017 opgenomen notificatieverplichting ook van overeenkomstige toepassing verklaard op de uitoefening van de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid.

Vooruitlopend op de totstandkoming en inwerkingtreding van onderhavig wetsvoorstel zal - om reeds nu conformiteit met het EU-recht te bewerkstelligen - een tijdelijke voorziening worden getroffen, waarbij wordt voorzien in een ex ante toets in de vorm van een bindend advies aan de betreffende minister.

Deze toelichting wordt ondertekend mede namens de Minister van Defensie.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

¹⁷ De aanduiding stom in stomme tap ziet daarop dat anders dan bij een reguliere tap niet de inhoud van de communicatie wordt geïntercepteerd.

¹⁸ Een aanbieder van een communicatiedienst is in artikel 46 Wiv 2017 gedefinieerd als de natuurlijke of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf aan de gebruikers van zijn dienst de mogelijkheid biedt te communiceren met behulp van een geautomatiseerd werk, of die gegevens verwerkt of opslaat ten behoeve van een zodanige dienst of de gebruikers van die dienst.

¹⁹ Een gebruiker is in artikel 46 Wiv 2017 gedefinieerd als de natuurlijke persoon of rechtspersoon die met de aanbieder van een communicatiedienst een overeenkomst is aangegaan met betrekking tot het gebruik van die dienst of die feitelijk gebruik maakt van een zodanige dienst

²⁰ Zie EHRM 13 september 2018 (Big Brother Watch e.a. tegen het VK); HvJEU 6 oktober 2020 (Privacy International), r.o. 71.

No. W04.23.00073/I

's-Gravenhage, 10 mei 2023

Bij Kabinetsmissive van 27 maart 2023, no.2022001014, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties mede namens de Minister van Defensie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de nota van wijziging bij het wetsvoorstel houdende regels inzake specifieke wettelijke voorzieningen voor het uitvoeren van onderzoeken door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland of Nederlandse belangen (Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma), met toelichting.

De nota van wijziging voorziet in een uitbreiding van het voorstel voor een tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma. De plicht in de Wiv 2017 om bulkdatasets binnen anderhalf jaar op relevantie te beoordelen en anders te vernietigen wordt geschrapt. Op grond van de nota van wijziging kan de bewaartermijn van bulkdatasets door de betrokken minister op grond van een beargumenteerd verzoek van de diensten jaarlijks verlengd worden. De CTIVD houdt hierop bindend toezicht.

Deze regeling geldt voor *alle* inlichtingenonderzoeken van de AIVD en de MIVD, en dus niet alleen voor onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma. Ook de reeds verworven bulkdatasets komen onder dit nieuwe regime te vallen. Daarnaast introduceert de nota van wijziging, ter uitvoering van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU, een bindende onafhankelijke ex ante toets voor het *realtime* verzamelen van verkeers- en locatiegegevens.

Het wetsvoorstel krijgt met deze voorstellen een ruimere reikwijdte: het heeft niet langer uitsluitend betrekking op landen met een offensief cyberprogramma. In verband daarmee krijgt het voorstel ook een nieuwe naam: Tijdelijke wet specifieke voorzieningen onderzoeken AIVD en MIVD.

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat voorgestelde verruiming van de mogelijkheid bulkdatasets te bewaren een zorgvuldige afweging vereist. Het gaat hier immers om zeer grote hoeveelheden persoonsgegevens die voor het merendeel betrekking hebben op personen die geen voorwerp van onderzoek zijn en ook nooit zullen zijn. De Afdeling begrijpt het belang van bulkdatasets voor een goede taakuitoefening van de diensten. De toelichting is op dit punt echter niet toereikend, mede gelet op de aard en omvang van de bulkgegevens. Uit de toelichting wordt onder meer niet duidelijk waarom de bestaande regeling reeds op dit moment voor alle inlichtingenonderzoeken tijdelijk gewijzigd moet worden. Zij adviseert dit alsnog dragend te motiveren.

Een regeling voor het bewaren en vernietigen van bulkdatasets dient met solide waarborgen te zijn omgeven. In de nota van wijziging ligt het zwaartepunt bij het

AAN DE KONING

toezicht van de CTIVD op de jaarlijkse verlenging van de bewaartermijn. De voorgestelde regeling zelf echter kent in concrete zin weinig begrenzing. De Afdeling adviseert de criteria waaraan de verlengingsverzoeken worden getoetst in de wet neer te leggen. Om duidelijk te maken dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de burger eindig is, adviseert zij daarnaast te voorzien in een wettelijke eindtermijn met een nauwkeurig begrensde mogelijkheid om daarvan bij wijze van uitzondering af te wijken.

In het licht van deze opmerkingen dient de nota van wijziging te worden heroverwogen.

1. Achtergrond en inhoud

Voorgeschiedenis wetsvoorstel

Vooruitlopend op een algehele herziening van de Wiv 2017 is het voorstel voor een tijdelijke wet onderzoeken Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD) naar landen met een offensief cyberprogramma in procedure.¹ Dat wetsvoorstel voorziet in een tijdelijk, van de Wiv 2017 afwijkend regime. Het bestaande regime van de Wiv 2017 belemmert de diensten, zo heeft de regering toegelicht, om het onderzoek naar landen met een offensief cyberprogramma effectief uit te voeren. Voor dit deel van de werkzaamheden van de diensten wil de regering de toegezegde herziening van de Wiv 2017 naar aanleiding van het rapport van de Evaluatiecommissie Jones-Bos van 2021 niet afwachten.²

Het doel van het wetsvoorstel is meer operationele snelheid en wendbaarheid mogelijk te maken, terwijl het niveau van toezicht gelijk blijft. Het voorstel verruimt daartoe de inzetmogelijkheden van enkele cyberbevoegdheden, brengt verschuivingen aan in het stelsel van toezicht en creëert voor geschillen tussen de minister(s) en de toezichthouder(s) een beroepsprocedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het voorstel voor een tijdelijke wet is op 1 december 2022 ingediend bij de Tweede Kamer. De minister kondigde in het nader rapport aan dat de bepalingen inzake het bewaren en vernietigen van bulkdatasets uit het voorstel zouden worden gehaald.

Bulkdatasets

Uit de nu voorliggende nota van wijziging blijkt dat wordt voorgesteld om de regeling een bredere toepassing te geven dan in het oorspronkelijke conceptvoorstel werd beoogd.³ De voorgestelde regeling heeft betrekking op het bewaren en vernietigen van bulkdatasets die in het kader van *alle* inlichtingenonderzoeken zijn verzameld. Een bulkdatasets is gedefinieerd als “een omvangrijke gegevensverzameling waarvan het merendeel van de gegevens

¹ Kamerstukken II 2022/23, 36263, nrs. 1-3. Op 10 mei 2022 bracht de Afdeling advies uit daarover uit.

² Kamerstukken II 2020/21, 34588, nr. O.

³ Kamerstukken II 2022/23, 36263, nr. 4, p. 24

betrekking heeft op organisaties of personen die geen onderwerp van onderzoek van de diensten zijn en dat ook nooit zullen worden”.⁴ De Wiv 2017 schrijft voor dat deze bulkdatasets binnen een termijn van anderhalf jaar op relevantie moeten worden beoordeeld.⁵ Dat is in de praktijk problematisch omdat het niet uitvoerbaar bleek de relevantie van bulkdatasets binnen anderhalf jaar te beoordelen en deze sets vaak langer dan die termijn van waarde zijn voor de onderzoeken van de diensten.

Na inwerkingtreding van de Wiv 2017 is op grond van deze overwegingen aanvankelijk ervoor gekozen om bepaalde bulkdatasets in zijn geheel of grotendeels als relevant te beoordelen. De afdeling toezicht van de CTIVD heeft daarop het in zijn geheel of grotendeels relevant beoordelen vanwege het aflopen van de wettelijke maximale beoordelingstermijn als onrechtmatig gekwalificeerd. De CTIVD onderkende weliswaar de operationele belangen om bulkdatasets langer te bewaren, maar was van oordeel dat de kern van bulkdata – dat zij gegevens bevat van personen en organisaties die geen onderwerp van onderzoek zijn – eraan in de weg staat dat zij in het geheel relevant worden verklaard.⁶ In het verlengde daarvan heeft de afdeling klachtbehandeling van de CTIVD naar aanleiding van een klacht van burgerrechtenvereniging Bits of Freedom in 2022 bepaald dat de diensten niet zorgvuldig en in strijd met de wet hebben gehandeld bij het periodiek (her)beoordelen van meerdere bulkdatasets. Deze bulkdatasets dienden om die reden te worden verwijderd en vernietigd.⁷

De nota van wijziging voorziet nu in de mogelijkheid van een jaarlijkse verlenging van het bewaren van de bulkdatasets. Hiervoor geldt, anders dan op grond van de huidige wet, geen eindtermijn. Zoals reeds vermeld is de nu voorgestelde regeling, anders dan in het oorspronkelijke conceptvoorstel voor een Tijdelijke wet, niet alleen van toepassing op de verlenging van bulkdatasets die zijn verzameld in onderzoeken naar landen met een offensief cyberprogramma maar in bredere zin op bulkdatasets die zijn verzameld in inlichtingenonderzoeken. Daarnaast voorziet de nota van wijziging in een overgangsregeling waarmee alle reeds vergaarde bulkdatasets onder dit regime worden gebracht.⁸

Stomme tap

De nota van wijziging introduceert tot slot een nieuwe procedure voor de inzet van de bevoegdheid tot het *realtime* verzamelen van verkeers- en locatiegegevens.⁹ Men noemt deze bevoegdheid de “stomme tap” omdat hierbij niet de inhoud van communicatie wordt geïntercepteerd. Ook hier gaat het om inzet in het kader van alle inlichtingenonderzoeken, niet alleen in onderzoeken naar landen met een

⁴ Voorgesteld artikel 1, onder f.

⁵ Artikel 27, derde lid, Wiv 2017

⁶ CTIVD, Voortgangsrapportage IV: De implementatie van de Wiv 2017 (rapport 69), 5 augustus 2020, p. 12.

⁷ Beslissing klacht Bits of Freedom over het handelen van de AIVD en de MIVD, 15 juni 2022, www.ctivd.nl.

⁸ Voorgesteld artikel 14c.

⁹ Voorgesteld artikel 14e.

offensief cyberprogramma. De aanleiding voor deze wijziging is een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het Hof oordeelde dat het *realtime* verzamelen van verkeers- en locatiegegevens enkel mag plaatsvinden na voorafgaand bindend toezicht door een rechter of een onafhankelijke administratieve autoriteit.¹⁰ Op basis van de Wiv 2017 is voor deze bevoegdheid geen voorafgaande bindende toets van de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB) benodigd. De nota van wijziging voorziet nu in een dergelijke toets. In de tussentijd wordt ervoor gezorgd dat in de praktijk al in lijn met deze wijziging wordt gehandeld.¹¹

2. Noodzaak uitbreiding reikwijdte

Zoals vermeld had de tijdelijke wet tot dusverre een beperkte reikwijdte. Centraal stond de specifieke dreiging die uitgaat van landen met een offensief cyberprogramma en de belemmeringen in de Wiv 2017 om hier effectief onderzoek naar te doen. De Afdeling achtte het in haar eerdere advies over de tijdelijke wet, gelet op de geschetste bijzondere dreiging, “begrijpelijk om thans, vooruitlopend op een definitieve wetswijziging, een aangepast regime voor een beperkt deel van de taken tijdelijk te beproeven”.¹²

Met de nota van wijziging wordt de specifieke reikwijdte van het wetsvoorstel losgelaten en krijgt het voorstel een breder bereik. De tijdelijke wet krijgt dan ook een nieuwe naam: Tijdelijke wet specifieke voorzieningen onderzoeken AIVD en MIVD.¹³ Voor wat betreft de verruiming van de mogelijkheid van het bewaren van bulkdata is, mede gelet op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zoals gewaarborgd in artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 EVRM,¹⁴ een zorgvuldige afweging van belang. Dit geldt te meer omdat het bij bulkdatasetsets gaat om zeer grote hoeveelheden persoonsgegevens die voor het merendeel betrekking hebben op personen die geen voorwerp van onderzoek zijn en ook nooit zullen zijn en bovendien met deze verruiming wordt vooruitgelopen op de herziening van de Wiv 2017 waarin dit thema nog ten principale aan de orde komt.

De Afdeling begrijpt de grote betekenis van bulkdatasetsets voor een goede taakuitoefening van de diensten en heeft in dat verband, naast de overwegingen daaromtrent van de commissie Jones-Bos, kennisgenomen van het gezamenlijke pleidooi van de beide toezichthouders (TIB en CTIVD) voor een wettelijke regeling. Niettemin merkt de Afdeling op dat de toelichting op de nota van wijziging, mede gelet op de aard en omvang van de bulkgegevens, niet toereikend is. Zij bevat in het algemeen deel geen zelfstandige en samenhangende motivering voor het feit

¹⁰ Hof van Justitie van de Europese Unie, 6 oktober 2020, in de gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18 (Quadrature du Net e.a.),

¹¹ Toelichting, onderdeelsgewijs, I.

¹² Kamerstukken II 2022/23, 36263, nr. 4, punt 3.

¹³ Voorgestelde wijziging van het opschrift, zie onder A.

¹⁴ Op het relevante constitutionele kader is de Afdeling ingegaan in haar eerdere advies over de tijdelijke wet. Zie Kamerstukken II 2022/23, 36263, nr. 4, punt 2.

dat de voorgestelde uitbreiding, in afwijking van de specifieke reikwijdte van de tijdelijke wet, op dit moment noodzakelijk is. De motivering blijft in het artikelsgewijze deel van de toelichting beperkt tot de stelling dat bulkdatasets “niet alleen bij onderzoeken in het cyberdomein een belangrijke functie [vervullen]. Zij vervullen ook in veel andere onderzoeken [...] een belangrijke rol in de analyse”.¹⁵ Verdere motivering ontbreekt. Ook wordt uit de artikelsgewijze toelichting niet duidelijk waarom de voorgestelde uitbreiding op dit moment nodig is en niet kan worden gewacht op de herziening van de Wiv 2017.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de uitbreiding van de regeling voor het bewaren en vernietigen van bulkdatasets alsnog dragend te motiveren.

3. Bewaarregime bulkdatasets

Bulkdatasets in de Wiv 2017

De Wiv 2017 bevat verschillende regels voor de verwerking van bulkdatasets, afhankelijk van de wijze waarop de bulkdatasets zijn verzameld. De Evaluatiecommissie Jones-Bos heeft in haar rapport aanbevolen om in de Wiv 2017 één regeling te treffen voor de verwerking van alle bulkdatasets, waarbij wel onderscheid kan worden gemaakt naar type datasets.¹⁶ Zo kan in beginsel, ongeacht de wijze waarop de bulkdata zijn verworven, worden gezorgd voor uniformiteit bij de verwerking. De minister heeft de conclusies en aanbevelingen van de commissie omarmd en heeft toegezegd deze te betrekken bij de herziening van de Wiv 2017.¹⁷

Ook ten aanzien van het bewaren en vernietigen van bulkdatasets gelden in de Wiv 2017 verschillende regimes. Voor bulkdatasets die zijn verworven met bijzondere bevoegdheden schrijft de Wiv 2017 voor dat bulkdatasets zo spoedig mogelijk en binnen maximaal anderhalf jaar worden beoordeeld op relevantie (relevantie-regime). Niet-relevante gegevens worden vernietigd.¹⁸ Gegevens die wel relevant zijn worden verwijderd als zij, gelet op het doel waarvoor zij worden verwerkt, geen betekenis hebben of hun betekenis hebben verloren (betekenis-regime), aldus de huidige wet.¹⁹

Bulkdatasets in de nota van wijziging

De nu voorgestelde regeling beperkt zich tot de bulkdatasets die zijn verworven met zogenoemde bijzondere bevoegdheden, bijvoorbeeld de hackbevoegdheid. De regeling ziet niet op bulkdatasets die zijn verworven met de onderzoeksopdrachtgerichte (OOG) interceptie; deze houden het door de Wiv 2017 voorgeschreven eigen bewaarregime. Ook voor bulkdatasets die zijn

¹⁵ Toelichting, onderdeelsgewijs, I.

¹⁶ Rapport Evaluatiecommissie Wiv 2017, bijlage bij Kamerstukken 2020/21, 34588, nr. 88, paragraaf 4.

¹⁷ Kamerstukken II 2020/21, 34 588, O.

¹⁸ Artikel 27, eerste en derde lid, Wiv 2017.

¹⁹ Artikel 20, eerste lid, Wiv 2017.

verworven met algemene bevoegdheden blijft het algemene bewaarregime in de Wiv 2017 gelden.

Op grond van de nota van wijziging hoeven bulkdatasets niet langer op relevantie te worden beoordeeld. Het voorstel is jaarlijks te bezien of de bulkdataset nog een jaar bewaard mag worden.²⁰ De minister besluit over de verlenging van de bewaartermijn op basis van een beargumenteerd voorstel van de diensten. Voor zover het gaat om het toezicht geldt het regime van het aanhangige voorstel voor een Tijdelijke wet. Dat betekent dat de CTIVD bindend toezicht houdt en dat tegen een negatief bindend oordeel van de CTIVD beroep open staat bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

In haar advies over het voorstel voor de Tijdelijke wet plaatste de Afdeling kanttekeningen bij het daarin voorgestelde bewaarregime voor bulkdatasets. Net als bij haar advisering over de Wiv 2017 wees de Afdeling op jurisprudentie van het EHRM die het belang benadrukt van een zo kort mogelijke bewaartermijn die in wet- en regelgeving dient te worden neergelegd.²¹ Het leek haar aangewezen het aantal mogelijke verlengingen wettelijk te maximeren. Ook achtte zij het noodzakelijk dat de wet met het oog op de beoordeling van het verlengingsverzoek objectieve toetsingscriteria bevat.

Blijkens de toelichting bij de nota van wijziging neemt de regering dit advies niet over. Volgens haar is het niet passend om voor alle bulkdatasets op voorhand eenzelfde maximale bewaartermijn te stellen. De jaarlijkse verlenging per geval biedt de mogelijkheid tot maatwerk per bulkdataset. De toelichting schetst op hoofdlijnen hoe de noodzaak en proportionaliteit van de verlenging zal worden getoetst en formuleert daartoe enkele afwegingsfactoren. Daarbij benadrukt de regering de rol van de CTIVD en de Afdeling bestuursrechtspraak. Zo wordt invulling gegeven aan de eisen van (jurisprudentie over) artikel 8 EVRM, aldus de toelichting.²²

Meer wettelijke waarborgen

De Wiv 2017 bevat diverse mogelijkheden om bulkdatasets te verwerken. Zo kunnen bulkdatasets geautomatiseerd worden geanalyseerd en onder voorwaarden met buitenlandse inlichtingendiensten worden gedeeld.²³ De privacy-inbreuk die met deze verwerking gepaard gaat, is, zoals hiervoor al opgemerkt, in het bijzonder ook van belang omdat het merendeel van de gegevens in bulkdatasets ziet op personen of organisaties die niet bij de AIVD en de MIVD in onderzoek zijn

²⁰ Voorgesteld artikel 14b.

²¹ EHRM 25 mei 2021 (GK), Big Brother Watch t. Verenigd Koninkrijk, nrs. 58170/13 62322/14 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013, paragraaf 405 en 423. Zie ook EHRM 4 december 2015, nr. 47143/06, Roman Zakharov t. Rusland, paragraaf 255. Zij deed dit ook al in haar advies over de Wiv 2017, zie Advies van de Afdeling advisering van 21 september 2016 over de Wiv 2017 (W04.16.0097/I), Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 4, punt 4f.

²² Toelichting, onderdeelsgewijs, I.

²³ Artikel 89, tweede lid, en artikel 60 Wiv 2017.

en ook nooit zullen zijn. Het bewaar- en vernietigingsregime voor bulkdatasets dient dan ook met solide waarborgen te zijn omgeven. Dat is eens te meer het geval nu de nota van wijziging de regeling inzake bewaring en vernietiging significant uitbreidt naar alle inlichtingenonderzoeken én naar de in het verleden reeds verzamelde bulkdatasets.

Tegen deze achtergrond bevat het wetsvoorstel nog onvoldoende waarborgen. In de voorgestelde regeling ligt te zeer het zwaartepunt op de alleen in algemene termen vastgelegde noodzakelijkheids- en proportionaliteitsmaatstaf bij de jaarlijkse verlengingen en het toezicht van de CTIVD daarop. Dit zijn betekenisvolle waarborgen maar tegelijkertijd kent het voorstel zelf in concrete zin weinig begrenzing. Gelet op de aard en omvang van bulkdatasets (zie hiervoor) zijn meer waarborgen nodig.

Daartoe adviseert de Afdeling in de eerste plaats de criteria waaraan de verlengingsverzoeken worden getoetst, concreter dan nu het geval is in de wet neer te leggen. Hierbij kan worden aangesloten bij het wettelijk kader voor de inzet van bijzondere bevoegdheden in de Wiv 2017²⁴ en bij de reeds in de toelichting bij de nota van wijziging genoemde factoren.²⁵ Uit dat laatste blijkt dat in elk geval gekeken wordt naar:

- (a) het gebruik van gegevens uit de bulkdataset door de betrokken dienst in het afgelopen jaar of de afgelopen jaren en
- (b) de verwachte potentiële bijdrage van gegevens uit de bulkdataset aan onderzoeken van de betrokken dienst in de aankomende periode.

De Afdeling adviseert deze factoren wettelijk te verankeren. Daarnaast kan gedacht worden aan de ernst van de inbreuk die door de betreffende categorie persoonsgegevens op de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt en de periode gedurende welke de bulkdataset op dat moment reeds wordt bewaard.

Verder merkt de Afdeling op dat naast de jaarlijkse verlengingsprocedure, in lijn met hetgeen doorgaans in het algemene gegevensbeschermingsrecht geldt, op enigerlei wijze moet worden voorzien in een eindtermijn. Een eindtermijn biedt duidelijkheid aan zowel de betreffende dienst als de toezichthouder dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de burger eindig is. Daarbij kan mogelijk worden aangesloten bij de bestaande wettelijke bewaartermijn voor gegevens die zijn verkregen met de onderzoeksoopdrachtgerichte (OOG) interceptie die de Tijdelijke wet ongewijzigd laat.²⁶ Om recht te doen aan de onderlinge verschillen tussen bulkdatasets kan in aanvulling daarop worden overwogen om een nauwkeurig begrensde bevoegdheid te creëren om bij wijze van uitzondering van de eindtermijn af te wijken indien dringende redenen met het oog op de nationale veiligheid dat strikt noodzakelijk maken.

²⁴ Artikel 29 Wiv 2017.

²⁵ Toelichting, onderdeelsgewijs, I.

²⁶ De maximum bewaartermijn is hier drie jaar. Zie artikel 48 lid 5 Wiv 2017.

Daarom adviseert de Afdeling de nota van wijziging ook op dit punt aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij de nota van wijziging en adviseert deze niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij deze is aangepast.

De vice-president van de Raad van State,

