

-lees-

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: C/09/553023 / KG ZA 18/476

Vonnis in kort geding van 26 juni 2018

in de zaak van

1. de stichting **STICHTING BITS OF FREEDOM**, gevestigd te Amsterdam,
2. de stichting **STICHTING FREE PRESS UNLIMITED**, gevestigd te Amsterdam,
3. de stichting **STICHTING GREENPEACE COUNCIL**, gevestigd te Amsterdam,
4. de vereniging **NEDERLANDS JURISTEN COMITÉ VOOR DE MENSENRECHTEN (NJCM)**, gevestigd te Leiden,
5. de vereniging **NEDERLANDSE VERENIGING VAN STRAFRECHTADVOCATEN (NVSA)**, gevestigd te Goirle,
6. de stichting **STICHTING PLATFORM BESCHERMING BURGERRECHTEN**, gevestigd te Amsterdam,
7. de stichting **STICHTING PRIVACY FIRST**, gevestigd te Amsterdam,
8. de stichting **STICHTING WAAG SOCIETY**, gevestigd te Amsterdam,
9. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **BIT B.V.**, gevestigd te Ede,
10. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **MIJNDOMEIN HOSTING B.V.**, gevestigd te Lelystad,
11. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **SPEAKUP B.V.**, gevestigd te Enschede,
12. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **VOYS B.V.**, gevestigd te Groningen,

eisers,

advocaten mrs. O.M.B.J. Volgenant, F.F. Blokhuis en R.H.W. Lamme te Amsterdam,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon **DE STAAT DER NEDERLANDEN** (meer in het bijzonder het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, het Ministerie van Defensie, het Ministerie van Algemene Zaken en het ministerie van Justitie en Veiligheid), zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaten mrs. C.M. Bitter en R.W. Veldhuis te Den Haag.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties;
- de door gedaagde overgelegde conclusie met producties;
- de op 7 juni 2018 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door beide partijen pleitnotities zijn overgelegd.

1.2. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

C/09/553023 / KG ZA 18/476

26 juni 2018

2

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

- 2.1. Eisers sub 1, 4, 6, 7, 8 en 9 zijn organisaties die zich sterk maken voor privacybelangen en/of mensenrechten. Eisers sub 2, 3 en 5 zijn organisaties die onder meer opkomen voor de belangen van respectievelijk media, journalisten en hun bronnen, maatschappelijke organisaties en hun bronnen en advocaten en hun cliënten. Eisers sub 9 tot en met 12 zijn bedrijven die communicatiediensten verlenen.
- 2.2. De in de kop van dit vonnis bij gedaagde genoemde Ministeries zijn betrokken bij de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (hierna: de Wiv 2017).
- 2.3. Met het voor de Wiv 2017 gedane wetsvoorstel heeft de regering volgens de Memorie van Toelichting beoogd *“de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002) te vervangen. De bestaande wet was toe aan een grondige herziening. Een belangrijke wijziging is dat de bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten worden gemoderniseerd en dat er wettelijke waarborgen voor inzet van die bevoegdheden nauwgezet worden vastgelegd.”*
- 2.4. De Wiv 2017 is op 14 februari 2017 door de Tweede Kamer en op 11 juli 2017 door de Eerste Kamer aangenomen.
- 2.5. Op 1 september 2017 zijn enkele bepalingen van deze wet in werking getreden, onder meer betreffende de instelling van de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (hierna: de TIB). De overigens beoogde datum van inwerkingtreding van 1 januari 2018 is uitgesteld tot 1 mei 2018 omdat de benoemingsprocedure van de leden van de TIB extra tijd vergde.
- 2.6. Op 1 november 2017 is bekend geworden dat er voldoende geldige verzoeken waren ingediend om een raadgevend referendum over de Wiv 2017 te houden. Dat referendum is gehouden op 21 maart 2018. Dit heeft geleid tot een geldige uitkomst, waarbij een meerderheid van de stemmers tegen de wet heeft gestemd.
- 2.7. Bij brieven van 6 april 2018 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2017-2018, 34 588, nr. 70 en Eerste Kamer, vergaderjaar 2017-2018, 34 588, G) hebben de betrokken ministers de Staten-Generaal geïnformeerd over de gevolgen die de regering wil verbinden aan de uitkomst van het raadgevend referendum. Heel kort weergegeven houdt dit in dat – met toepassing van artikel 12 van de Wet raadgevend referendum – de wet zoals aangekondigd met ingang van 1 mei 2017 in werking zal treden. Daarbij wordt onder meer vermeld dat *“in het maatschappelijk debat rondom het raadgevend referendum is gebleken dat er nog steeds zorgen bestaan. Het kabinet heeft dan ook de nadrukkelijke wens om de waarborgen uit de wet op onderdelen, zoals bewaartermijnen, gegevensuitwisseling met buitenlandse diensten en de inzet van onderzoeksopdracht gerichte interceptie (OOG-interceptie) te verduidelijken en de ruimte die de wet in de uitvoeringspraktijk biedt zo nodig in te perken door middel van beleidsregels.”*

C/09/553023 / KG ZA 18/476

26 juni 2018

3

2.8. Bij brieven van 25 april 2018 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2017-2018, 34 588, nr. 76 en Eerste Kamer, vergaderjaar 2017-2018, 34 588, I) heeft de betrokken minister de Staten-Generaal geïnformeerd over de wijze waarop uitvoering zal worden gegeven aan gedane toezeggingen, waarbij de toegezegde beleidsregels als bijlage bij de brief zijn gevoegd en in de Staatscourant zijn geplaatst (Besluit van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister van Defensie van 25 april 2018, nr. 2018-0000251025, houdende vaststelling van beleidsregels met betrekking tot de uitvoering van de Wiv 2017 (Beleidsregels Wiv 2017). Voorts wordt in de brieven melding gemaakt van een wetswijziging die na de zomer aan de Kamer zal worden gezonden en van een te starten evaluatie binnen twee jaar na inwerkingtreding van de wet.

2.9. Op 1 mei 2017 is de Wiv 2017 in werking getreden.

3. Het geschil

3.1. Eisers vorderen, zakelijk weergegeven, de bevoegdheden zoals vastgelegd in de Wiv 2017 in de artikelen 48, lid 1, 39 lid 1, 45 lid 1 sub b, 64 lid 1 en 89 lid 1, te weten respectievelijk:

- tot onderzoeksopdrachtgericht onderzoek van communicatie;
- zich te wenden tot een ieder om gegevens te verstrekken, voor zover daaraan voldaan wordt door het verlenen van rechtstreekse geautomatiseerde toegang tot de desbetreffende gegevens dan wel door het verstrekken van geautomatiseerde gegevens;
- tot het al dan niet met gebruikmaking van een technisch hulpmiddel, valse signalen, valse sleutels, valse hoedanigheid of door tussenkomst van het geautomatiseerd werk van een derde, binnendringen in een geautomatiseerd werk;
- geëvalueerde gegevens en/of ongeëvalueerde gegevens te verstrekken aan buitenlandse diensten;

buiten werking te stellen dan wel buiten toepassing of onverbindend te verklaren dan wel gedaagde te verbieden om die bevoegdheden uit te oefenen en/of die artikelleden toe te passen,

althans voor zover de inzet van deze bevoegdheden leidt tot het grootschalig verzamelen, opslaan, gebruiken, bewaren en/of doorgeven van gegevens van burgers die geen risico vormen voor de nationale veiligheid en/of van cliënten van advocaten en/of van bronnen van journalisten en niet-gouvernementele organisaties,

tot het moment dat de parlementaire behandeling van een aan de Tweede Kamer en aan de Eerste Kamer voor te leggen wetsvoorstel om de Wiv 2017 op deze onderdelen te wijzigen is voltooid en de benodigde wetswijziging in werking is getreden,

een en ander eventueel onder oplegging van een door de rechtbank in goede justitie vast te stellen voorwaarde,

met veroordeling van gedaagde in de proceskosten en de nakosten.

3.2. Daartoe voeren eisers – samengevat – het volgende aan. De Wiv 2017 leidt ertoe dat er grootschalig en ongericht gegevens worden verzameld en gebruikt van burgers, die geen enkel risico vormen voor de nationale veiligheid, die pas daarna worden onderzocht op relevantie en die voordien al aan buitenlandse diensten kunnen worden verstrekt. Daar zitten ook gegevens bij van bronnen van journalisten en NGO's en vertrouwelijke communicatie tussen advocaten en cliënten. De bepalingen die in dit kort geding aan de orde worden gesteld zijn onrechtmatig jegens eisers en jegens alle in Nederland wonende burgers. Deze vormen namelijk een inbreuk op diverse fundamentele privacy-grondrechten en het recht op vertrouwelijkheid van communicatie. Beperkingen op deze rechten moeten zijn voorzien bij

C/09/553023 / KG ZA 18/476

26 juni 2018

4

wet en die moet daarbij voldoen aan kwaliteitseisen. Deze moeten kenbaar en voorzienbaar zijn en 'particularly precise'. Ze moeten voorts een legitiem doel dienen en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Aan een aantal van die voorwaarden is bij genoemde bepalingen niet voldaan. Er is ook niet voldaan aan de eisen, die volgen uit de rechtspraak, inhoudende dat duidelijk is afgebakend voor welke doelen, jegens welke categorieën personen en gedurende welke periode de bevoegdheden mogen worden ingezet, welke procedure moet worden gevolgd voor het onderzoeken, gebruiken en bewaren van onderschepte gegevens, en welke waarborgen er gelden bij het aan derden verstrekken van de data en rondom het wissen of vernietigen van de data. Genoemde bepalingen moeten daarom buiten werking worden gesteld en vervolgens eerst gewijzigd worden alvorens deze worden ingevoerd. Het kabinet heeft een onjuiste volgorde gehanteerd door de wet ongewijzigd in te voeren, daarbij een wetswijziging aan te kondigen, waarbij in de tussentijd uit moties, toezeggingen in brieven en beleidsregels, die deels slechts intern en niet publiekelijk toegankelijk zijn, moet worden afgeleid welke waarborgen er gelden. Dit voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen.

3.3. Gedaagde voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

Toetsingskader

4.1. Eisers vorderen de buitenwerkingstelling van een aantal bepalingen van de Wiv 2017. Zij beroepen zich erop dat deze bepalingen onrechtmatig jegens hen zijn, nu deze in strijd zijn met hoger recht. Daarbij hebben zij zich onder meer beroepen op het Unierecht, waaronder met name op het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) en daarop gebaseerde rechtspraak. Gedaagde kan echter worden gevolgd in zijn verweer tegen de toepasselijkheid daarvan, gelet op het bepaalde in artikel 51 van het Handvest. Daaruit volgt dat het Handvest uitsluitend op lidstaten van toepassing is wanneer zij het recht van de Europese Unie ten uitvoer brengen. Niet is komen vast staan dat die situatie hier aan de orde is. De Wiv 2017 bevat regels met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Dit is bij uitstek een domein waarop de Unie, zo volgt uit artikel 4, lid 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, essentiële staatsfuncties van een lidstaat eerbiedigt, waarbij met name de nationale veiligheid de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat blijft. Voor het stellen van prejudiciële vragen hieromtrent aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, zoals door eisers is geopperd, ziet de voorzieningenrechter dan ook geen aanleiding.

4.2. In dit geding ligt daarom uitsluitend ter beoordeling voor of de bepalingen van de Wiv 2017, die eisers in dit geding aan de orde stellen, strijd opleveren met artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), waar eisers zich ook op hebben beroepen. Dat artikel beschermt het individu tegen willekeurige inbreuken van de overheid op onder meer de grondrechten op respect voor zijn privéleven en zijn correspondentie. Het toepassingsbereik van artikel 8 EVRM strekt zich blijkens de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Hof) uit tot het verzamelen (ook: intercepteren of onderscheppen) en verwerken van metagegevens en het opslaan en verwerken van persoonsgegevens. Een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van een individu is op grond van artikel 8, lid 2 EVRM (slechts dan) gerechtvaardigd indien die inbreuk (1) bij wet is voorzien, (2)

C/09/553023 / KG ZA 18/476

26 juni 2018

5

noodzakelijk is in een democratische samenleving en (3) in het belang is van één van de in die bepaling genoemde doelen, waaronder de nationale veiligheid.

4.3. Voor zover eisers zich op het standpunt hebben willen stellen dat niet is voldaan aan de hiervoor sub 2 en 3 genoemde voorwaarden, hebben zij dat niet dan wel onvoldoende geconcretiseerd en onderbouwd. Uitgangspunt bij de beoordeling is dan ook dat de inbreuken die de bepalingen maken op de persoonlijke levenssfeer noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en in het belang zijn van de nationale veiligheid.

4.4. Eisers hebben zich wel uitdrukkelijk op het standpunt gesteld dat niet is voldaan aan het eerste vereiste, te weten dat de inbreuk bij wet is voorzien. De Wiv 2017 voldoet volgens hen niet aan de vereiste kwaliteitseisen. In dat kader is relevant dat een beperking op verschillende wijzen "bij de wet" kan zijn voorzien, zo ook bijvoorbeeld bij een wet in materiële zin of een beleidsregel. Voor zover eisers dat laatste hebben willen betwisten, wordt daaraan voorbij gegaan. Vereist is echter wel dat de wet of regel voldoende precies, toegankelijk en voorzienbaar is. Het Hof heeft in de zaak *Roman Zakharov tegen Rusland* (4 december 2015, nr. 47143/06, hierna ook: het Zakharov-arrest) uiteengezet waar het juridisch kader voor het heimelijk onderscheppen van telefoon- en internetverkeer aan moet voldoen onder het EVRM. In dit geding is met name relevant dat daaruit kan worden afgeleid dat bij de beoordeling of aan dit vereiste is voldaan de gehele wet (in de hiervoor vermelde zin) met alle getroffen maatregelen moet worden gezien, waaronder ook alle waarborgen en garanties tegen misbruik. Deze moeten adequaat en effectief zijn en daartoe aan bepaalde minimumvereisten voldoen, waarbij de beoordeling afhangt van alle omstandigheden van het geval.

4.5. Nu het hierbij gaat om een door de rechter uit te voeren toetsing van wetgeving in formele zin en het hier een kort geding betreft, wordt hierbij het volgende voorop gesteld. De burgerlijke rechter kan (onderdelen van) een wet in formele zin in kort geding slechts buiten toepassing verklaren indien en voor zover deze *onmiskkenbaar onverbindend* is wegens strijd met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Dit criterium vloeit voort uit artikel 94 van de Grondwet en vaste jurisprudentie (vgl. HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360) en wijst op grote terughoudendheid, te meer nu in een kort geding slechts een voorlopig oordeel kan worden gegeven. De in acht te nemen terughoudendheid vindt haar grondslag in de op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen – de scheiding der machten. Wetten in formele zin worden vastgesteld door de wetgever. Het is bij uitstek de taak van de wetgever om alle in het geding zijnde argumenten en belangen tegen elkaar af te wegen, waarbij aan hem een grote mate van beleidsvrijheid toekomt. Er is dan ook geen plaats voor een eigen "volle" toetsing door de burgerlijke rechter.

Inhoudelijke beoordeling: algemeen

4.6. Alvorens over te gaan tot een beoordeling per aangevallen bepaling, overweegt de voorzieningenrechter het volgende. Bij de beoordeling die hierna volgt wordt in aanmerking genomen hetgeen staat vermeld in de Wiv 2017, maar ook in de Memorie van Toelichting bij die wet en in de Beleidsregels Wiv 2017, die zijn gepubliceerd in de Staatscourant en overigens ook raadpleegbaar zijn via www.overheid.nl en op de websites van de diensten. Daarmee is voldaan aan de eis dat de bepalingen toegankelijk moeten zijn. Voor zover eisers dat betwisten, wordt daaraan dan ook voorbij gegaan.

C/09/553023 / KG ZA 18/476

26 juni 2018

6

4.7. De wetwijziging waaraan eisers refereren en ten aanzien waarvan zij menen dat die had moeten worden afgewacht, alvorens tot invoering van de Wiv 2017 over te gaan, zal in het hierna vermelde buiten beschouwing worden gelaten. Gedaagde stelt immers dat de wetwijziging niets afdoet aan het feit dat de huidige wet, bezien in samenhang met de beleidsregels, voldoet aan de eisen en niet kan leiden tot het oordeel dat de genoemde bepalingen onmiskenbaar onverbindend zijn.

4.8. De stellingen die eisers hebben ingenomen over de inwerkingtreding van de Wiv2017 op 1 mei 2018, gerelateerd aan de uitkomst van het raadgevend referendum, en over de omstandigheid dat de inwerkingtreding volgens eisers niet zo urgent was als gedaagde stelt, kunnen onbesproken blijven. Eisers hebben hieraan geen gevolgen verbonden. Deze stellingen missen dan ook zelfstandige betekenis.

Inhoudelijke boordeling per bepaling

Onderzoeksopdrachtgerichte interceptie (artikel 48, lid 1)

4.9. Dit artikellid luidt als volgt:

“De diensten zijn bevoegd tot het met een technisch hulpmiddel onderzoeksopdrachtgericht aftappen, ontvangen, opnemen en afluisteren van elke vorm van telecommunicatie of gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk ongeacht waar en op welke plaats vindt, indien wordt voldaan aan hetgeen bij of krachtens dit artikel is gesteld. Tot de bevoegdheid, bedoeld in de eerste volzin, behoort tevens de bevoegdheid tot het ongedaan maken van de versleuteling van de telecommunicatie of gegevens alsmede de technische analyse van de gegevens voor zover deze gericht is op de optimalisatie van de uitoefening van de in de eerste volzin bedoelde bevoegdheid. Ten behoeve van de technische analyse mag, voor zover noodzakelijk, de inhoud van de telecommunicatie of gegevens uitsluitend worden gecontroleerd op de goede uitvoering van de ontvangst.”

4.10. De bezwaren van eisers tegen deze bevoegdheid tot onderzoeksopdrachtgerichte interceptie (hierna ook: OOG-interceptie) zien op, verkort weergegeven, het (volgens eisers) grootschalige en ongerichte karakter van de interceptie, hetgeen ertoe zal leiden dat ook gegevens van vele onschuldige burgers die geen risico vormen voor de nationale veiligheid worden verzameld en opgeslagen, waaronder van geheimhouders. Dit vormt volgens eisers een grote en ontoelaatbare inbreuk op de privacy van burgers. Daarbij is volgens eisers niet voldaan aan de zogenoemde Zakharov-criteria.

4.11. Gedaagde heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Daarbij heeft hij er op gewezen dat onder de Wiv 2002 al een bevoegdheid bestond tot ongerichte interceptie via de ether. Door voortschrijdende technologische ontwikkelingen werden de diensten echter ernstig in hun taakuitvoering belemmerd. Het was van groot belang dat deze bevoegdheid technologieonafhankelijk geformuleerd zou worden. De noodzaak daarvan is evident en door eisers ook niet betwist. Met de aanpassing van de bevoegdheid zijn volgens gedaagde ook de waarborgen wezenlijk uitgebreid, hetgeen hij nader heeft toegelicht als volgt.

4.12. De bevoegdheid is uitdrukkelijk – en anders dan eisers telkenmale stellen – niet ongericht. Deze is weliswaar niet gericht op een persoon, maar dit hangt samen met het feit dat op voorhand niet precies duidelijk is van wie de dreiging komt. De bevoegdheid is gericht op een bepaalde onderzoeksopdracht, zo volgt uit voormeld artikellid.

4.13. Daarbij gelden er diverse waarborgen, die van toepassing zijn op iedere gegevensverwerking op grond van de Wiv 2017, aldus gedaagde. Samengevat weergegeven

C/09/553023 / KG ZA 18/476

26 juni 2018

7

betreft dit (in ieder geval) de volgende bepalingen. De verwerking van gegevens vindt slechts plaats voor een bepaald doel en slechts voor zover dat noodzakelijk is voor een goede uitvoering van deze wet of de Wet Veiligheidsonderzoeken. Wat betreft het doel heeft te gelden dat de taken van de diensten duidelijk in de wet zijn omschreven. Verder dient de verwerking van gegevens te geschieden in overeenstemming met de wet en op behoorlijke en zorgvuldige wijze (artikel 18, lid 1 en 2 Wiv 2017). Er dienen maatregelen te worden getroffen ter bevordering van de kwaliteit van de gegevensverwerking (artikel 24 Wiv 2017) en de uitoefening van de bevoegdheden dient plaats te vinden in overeenstemming met (kort gezegd) de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit (artikel 26 Wiv 2017).

4.14. Daar komen diverse waarborgen bij, die specifiek gelden voor de toepassing van bijzondere bevoegdheden, waaronder ook de onderhavige bevoegdheid tot OOG-interceptie valt. Toepassing van deze bevoegdheden dient zo gericht mogelijk plaats te vinden (artikel 5 van de Beleidsregels Wiv 2017). Gegevens die worden verkregen door uitoefening van een bijzondere bevoegdheid worden zo spoedig mogelijk onderzocht op hun relevantie voor het onderzoek waarvoor ze zijn verworven. Er gelden concrete termijnen voor de vernietiging van gegevens waarvan is vastgesteld dat deze niet relevant zijn en die een bepaalde periode niet op relevantie zijn onderzocht. Voor het geval er sprake is van gegevens die betrekking hebben op de vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en diens cliënt geldt een specifieke regeling, die kort gezegd inhoudt dat deze terstond worden vernietigd, tenzij deze noodzakelijk zijn voor het onderzoek en de rechtbank Den Haag daartoe toestemming heeft verleend (artikel 27 Wiv 2017). Bepaald is dat uitoefening van een bijzondere bevoegdheid slechts mag voor zover dat noodzakelijk is voor de goede uitvoering van concreet benoemde taken (artikel 28, lid 1 Wiv 2017). Verder dient de betrokken minister in specifiek beschreven situaties toestemming te verlenen op een daartoe strekkend verzoek van het hoofd van de betrokken dienst en gelden er termijnen waarvoor die toestemming wordt verleend. Voor de situatie van uitoefening van bevoegdheden jegens een journalist en een advocaat is in het bijzonder bepaald dat dit slechts is toegestaan indien deze rechtbank daar op verzoek van de minister toestemming voor heeft verleend, waarbij ook termijnen zijn opgenomen (artikel 30 Wiv 2017). Hierbij is geconcretiseerd welke gegevens minimaal in een dergelijke verzoek om toestemming moeten worden opgenomen (artikel 29, lid 2 Wiv 2017). Ten slotte is de TIB belast met het toetsen van de rechtmatigheid van de door de minister verleende toestemming. Het oordeel van deze commissie is bindend (artikel 32, lid 2 Wiv 2017). De uitoefening van de bevoegdheid vangt niet eerder aan dan nadat de TIB heeft geoordeeld dat de toestemming rechtmatig is verleend en indien wordt geoordeeld dat dit niet het geval is vervalt de verleende toestemming van rechtswege (artikel 36 Wiv 2017).

4.15. Nog meer in het bijzonder gelden voor toepassing van OOG-interceptie dat de betrokken minister daarvoor toestemming moet verlenen, die geldt voor een bepaalde duur (artikel 48, lid 2 Wiv 2017). Daarbij dient het verzoek daartoe aanvullende gegevens te bevatten naast de gegevens als bedoeld in artikel 29 Wiv 2017 (artikel 48, lid 3 Wiv 2017). Toestemming van de betrokken minister is voorts nodig voor het onderzoeken, selecteren en analyseren van gegevens die door uitoefening van deze bevoegdheid zijn verkregen (artikelen 49 en 50 Wiv 2017). Voorts zijn er bewaartermijnen ten behoeve van gegevensverwerking opgenomen en is bepaald wanneer niet relevante gegevens en gegevens die niet op relevantie zijn onderzocht moeten worden vernietigd (artikel 48, lid 5 Wiv 2017).

4.16. De voorzieningenrechter overweegt dat eisers met name zijn ingegaan op het bepaalde in artikel 48 lid 1 Wiv 2017 en de inbreuk die daarmee wordt gemaakt. Daarbij hebben zij voormelde bepalingen echter grotendeels onbesproken gelaten, terwijl deze nu

C/09/553023 / KG ZA 18/476

26 juni 2018

8

juist zorgen voor de nodige waarborgen en garanties tegen misbruik, zoals voorgeschreven in het Zakharov-arrest. De regeling van deze bevoegdheid is, met inachtneming van al de van toepassing zijnde bepalingen met waarborgen en garanties, naar het oordeel van de voorzieningenrechter zodanig vormgegeven dat in dit geding niet kan worden geconcludeerd dat dit artikellid onmiskenbaar onverbindend is. Daarbij is in het bijzonder acht geslagen op de omstandigheid dat i) de bevoegdheid onderzoeksgericht en ook overigens zo (doel)gericht mogelijk is, ii) bij de uitoefeningen daarvan diverse essentiële zorgvuldigheidsbeginselen in acht zullen moeten worden genomen, iii) er speciale waarborgen zijn ingebouwd voor de inzet van bevoegdheden tegen journalisten en advocaten en het gebruik van gegevens die betrekking hebben op vertrouwelijke communicatie tussen advocaten en cliënten, iv) de te volgen procedure duidelijk is omschreven, onder meer ook wat betreft de bewaar- en vernietigingstermijnen en v) het systeem van toestemmingverlening, met daarin verwerkt een rechtmatigheidstoetsing door de TIB. Ten slotte is hierbij ook de toezichthoudende taak van de commissie van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (CTIVD) een relevant gegeven. Deze commissie is belast met, onder meer en kort gezegd, het toezicht op de rechtmatigheid van de uitvoering van het bepaalde in de Wiv2017 en het gevraagd en ongevraagd inlichten en adviseren van de betrokken ministers aangaande de door de CTIVD geconstateerde bevindingen (artikel 97 e.v. Wiv 2017)

Gebruik van informanten (artikel 39, lid 1)

4.17. Dit artikellid luidt als volgt:

"De diensten zijn bevoegd zich bij de uitvoering van hun taak, dan wel ter ondersteuning van een goede taakuitvoering, voor het verzamelen van gegevens te wenden tot bestuursorganen, ambtenaren en voorts een ieder die geacht wordt de benodigde gegevens te kunnen verstrekken."

4.18. Deze bepaling betreft niet de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid, zodat de onder 4.14 genoemde bepalingen hier niet van toepassing zijn. Volgens eisers is dat ten onrechte, waartoe zij met name wijzen op de omstandigheid dat met gebruikmaking van deze bevoegdheid grote hoeveelheden data kunnen worden verkregen. In het licht van de gemotiveerde toelichting van gedaagde aangaande de kenmerken van deze bevoegdheid en de essentiële verschillen tussen de inzet van deze bevoegdheid en van bijzondere bevoegdheden, is het betoog van eisers naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende gemotiveerd om aan te kunnen nemen dat hier van een onmiskenbaar onverbindende bepaling sprake is. Daartoe is met name het volgende redengevend.

4.19. Het betreft een – al onder de Wiv 2002 bestaande – bevoegdheid van de diensten die bij alle taken kan worden ingezet, waarbij sprake is van een gerichte bevraging op gegevens waarnaar de diensten op zoek zijn. Daarbij kan een informant slechts gegevens verstrekken waarover hij beschikt of kan beschikken en verleent deze op vrijwillige basis zijn medewerking. Hij kan dus ook verstrekking weigeren of verleende rechtstreekse toegang ongedaan maken, waarna dit door de diensten niet kan worden afgedwongen. Het gaat hierbij dus om gegevens die door eenieder kunnen worden vergaard. Anders dan onder de Wiv 2002 wordt thans geëxpliciteerd hoe door informanten aan een verzoek kan worden voldaan en hoe de werkwijze is, indien rechtstreeks geautomatiseerde toegang wordt verleend. Voorts zijn de waarborgen van toepassing, die van toepassing zijn op iedere gegevensverwerking op grond van de Wiv 2017, zoals vermeld onder 4.13. Ook hierbij geldt dus dat verwerking van gegevens slechts plaatsvindt voor een bepaald doel, slechts voor zover dat noodzakelijk is voor een goede uitvoering van de wet, in overeenstemming met de wet en op behoorlijke en zorgvuldige wijze. De uitoefening van de bevoegdheid

C/09/553023 / KG ZA 18/476

26 juni 2018

9

moet voorts plaatsvinden in overeenstemming met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

4.20. Ten overvloede wordt overwogen dat eisers kunnen worden gevolgd in hun stelling dat het CTIVD in het verleden in een toezichtsrapport betreffende het verwerven van door derden op internet aangeboden bulkdatasets (toezichtsrapport nummer 55) een onderdeel als onrechtmatig heeft beoordeeld. Dat betrof echter een onjuiste wijze van toestemmingverlening in een specifiek geval. De CTIVD is overigens in dat rapport op basis van eigen onderzoek tot de conclusie gekomen dat de verwerving van de bulkdatasets wel aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit voldeed. Bovendien is de procedure betreffende het verwerven en verder verwerken van bulkdatasets door de CTIVD als rechtmatig beoordeeld.

Binnendringen in geautomatiseerd werk via het werk van een derde (artikel 45, lid 1 sub b)

4.21. Dit artikellid luidt als volgt:

"De diensten zijn bevoegd tot:

(...):

b. het al dan niet met gebruikmaking van een technisch hulpmiddel, valse signalen, valse sleutels, valse hoedanigheid of door tussenkomst van het geautomatiseerd werk van een derde, binnendringen in een geautomatiseerd werk."

4.22. Eisers hebben benadrukt dat ook met het inzetten van deze bevoegdheid grote hoeveelheden data kunnen worden verkregen en de wijze waarop vormt volgens hen een vergaand inbreuk op het recht op privacy van burgers. Met name door de mogelijkheid van het hacken van derden, waarmee de Wiv 2017 is uitgebreid ten opzichte van de Wiv 2002, wordt de kans vergroot dat de diensten toegang krijgen tot bestanden met gegevens van burgers die geen risico vormen voor de nationale veiligheid, geheimhouders en bronnen van journalisten en NGO's, aldus eisers.

4.23. Gedaagde heeft dit een en ander gemotiveerd weersproken. Ten aanzien van het systeem en de procedure heeft hij met name verwezen naar de Memorie van Toelichting bij de Wiv 2017 (Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nr. 3), hierna aangeduid als: MvT. In de MvT wordt op de eerste plaats de noodzaak van deze bevoegdheid duidelijk toegelicht als volgt: *"De technische realiteit leert dat targets over het algemeen veiligheidsbewust zijn, maar dat zich operationele kansen tot het benutten van zwakheden kunnen voordoen bij technische randgebruikers, zoals medehuurders van een bepaalde server, welke kunnen leiden tot het succesvol binnendringen van het geautomatiseerde werk van het target. Het wordt in het belang van de bescherming van de nationale veiligheid noodzakelijk geacht de diensten ook in dergelijke situaties in staat te stellen om via geautomatiseerde werken van derden binnen te dringen in geautomatiseerde werken die bij targets in gebruik zijn."* Die noodzaak is door eisers niet weersproken, maar uit dit citaat blijkt ook dat sprake is van een op een target gerichte bevoegdheid. De MvT meldt daarover verder: *"De bevoegdheid tot het binnendringen van een geautomatiseerd werk is gericht van aard, dat wil zeggen dat de inzet van de bijzondere bevoegdheid zich doorgaans zal richten op een geautomatiseerd werk dat bij een onderzoeksobject (target) van de AIVD of MIVD in gebruik is."* Verder vermeldt de MvT over de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, die volgens eisers extreem vergaand is *"In de meeste gevallen zal die derde niet een individuele burger betreffen maar bijvoorbeeld een provider, tussenleverancier of dienstverlener. Dit betekent echter niet dat een individuele burger van dit begrip uitgesloten moet worden. In bijzondere gevallen moet het namelijk mogelijk zijn om het geautomatiseerde werk van een target binnen te dringen via een geautomatiseerd werk toebehorende aan een individuele burger. Hiervan kan alleen sprake zijn*

C/09/553023 / KG ZA 18/476

26 juni 2018

10

wanneer alternatieve, minder inbreukmakende manieren van binnendringen, niet succesvol zijn gebleken. Indien dergelijke gevallen zich in de praktijk voordoen zal in het verzoek om toestemming hieraan aandacht worden besteed." Dit zijn naar het oordeel van de voorzieningenrechter belangrijke nuanceringen ten aanzien van het betoog van eisers, die in het kader van het criterium dat beperkingen moeten zijn voorzien "bij de wet" zeer relevant zijn.

4.24. Daar komt bij dat ook hier, zoals gedaagde terecht heeft opgemerkt, de algemene waarborgen gelden als vermeld onder 4.13, zoals reeds meermaals gedeut. Dat leidt er in dit geval onder meer toe dat de diensten verplicht zijn om eerst te proberen rechtstreeks binnen te dringen in het geautomatiseerde werk van het target zelf. Verder gelden de waarborgen voor het uitoefenen van bijzondere bevoegdheden, zoals nader toegelicht onder 4.14, als ook nog enkele waarborgen specifiek voor het uitoefenen van deze bevoegdheid. Dit laatste betreft i) de vereiste toestemming van de betrokken minister voor het uitoefenen van de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid, als ook voor het binnendringen via het geautomatiseerde werk van een derde (artikel 45, lid 3 en 5), ii) de aanvullende vereisten ten aanzien van hetgeen in het verzoek daartoe moet worden vermeld (artikel 45, lid 4), hetgeen niet alleen van belang is voor de toestemming van de minister maar ook voor de toetsing daarvan door de TIB en iii) de uitsluiting van bepaalde bevoegdheden (artikel 45, lid 5).

4.25. De regeling van deze bevoegdheid is, met inachtneming van het al het vorenstaande, naar het oordeel van de voorzieningenrechter zodanig vormgegeven dat niet kan worden geconcludeerd dat de onderhavige bepaling in dit geding onmiskenbaar onverbindend is. Daarbij is in het bijzonder acht geslagen op de onder 4.16 opgesomde omstandigheden, die ook hier van toepassing zijn, met uitzondering van hetgeen aldaar onder I staat vermeld over de onderzoeksgerichtheid van de bevoegdheid. In dit geval is echter ook sprake van een gerichte bevoegdheid maar een andersoortige, te weten gericht op een geautomatiseerd werk dat bij een onderzoeksobject (target) in gebruik is.

Verstrekking gegevens aan buitenland buiten samenwerkingsrelatie (artikel 64, lid 1)

4.26. Dit artikellid luidt als volgt:

"De diensten zijn in het kader van een goede taakuitvoering voorts bevoegd om op grond van een dringende en gewichtige reden geëvalueerde of ongeëvalueerde gegevens te verstrekken aan een inlichtingen- of veiligheidsdienst van een ander land waarmee geen samenwerkingsrelatie bestaat als bedoeld in artikel 88, eerste lid."

4.27. Dit artikel voldoet volgens eisers niet aan de daaraan te stellen eisen, nu geen sprake is van een samenwerkingsrelatie en er dus geen weging plaatsvindt, er ook ongeëvalueerde gegevens worden verstrekt van niet-targets, na verstrekking het zicht op de gegevens verloren gaat en de TIB hier niet aan te pas komt.

4.28. Gedaagde heeft in het kader van zijn verweer gewezen op het volgende. Een verstrekking van gegevens zoals hier bedoeld zal zich uitsluitend in uitzonderingssituaties kunnen voordoen. Dit staat in de MvT vermeld onder verwijzing naar de tekst van dit artikellid. Daarin staat vermeld dat er sprake dient te zijn van een dringende en gewichtige reden. Eveneens volgt uit dit artikellid dat de eigen goede taakuitvoering van de diensten hiertoe moet noodzaken. In de MvT is opgemerkt dat waar het gaat om geëvalueerde gegevens als bedoeld in artikel 62 "de wenselijkheid om daaromtrent mededeling te kunnen doen in het bijzonder [is] ingegeven om bijvoorbeeld ingeval de diensten de beschikking krijgen over gegevens die wijzen op een terroristische aanslag in een land waar met de desbetreffende inlichtingen- of veiligheidsdienst (nog) geen samenwerkingsrelatie bestaat deze gegevens toch te

C/09/553023 / KG ZA 18/476
26 juni 2018

11

kunnen verstrekken." Over de voorziening van artikel 64 Wiv 2017 meldt de MvT vervolgens dat die is getroffen "omdat niet valt uit te sluiten dat er zich in de toekomst een situatie voordoet waardoor een acute noodzaak ontstaat om ook ongeëvalueerde gegevens te verstrekken aan een land waarmee geen samenwerkingsrelatie bestaat". Dit is nog nader ingevuld in een brief van de Minister aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 15 december 2017 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2017-2018, 34 588, nr. 69), waarin staat vermeld: "Een uitzondering op de hoofdregel dat sprake moet zijn van een samenwerkingsrelatie met een partnerdienst voordat informatie wordt uitgewisseld, is enkel mogelijk als het niet geven van informatie aan een ander land mensenlevens in gevaar kan brengen. Het niet geven van de informatie zou dan onverantwoord zijn. Nederland zou van andere landen hetzelfde verlangen."

4.29. Uit het vorenstaande blijkt van het zeer bijzondere karakter van deze bepaling. Dat in aanmerking nemende, alsmede de vereiste toestemming van de betrokken minister alvorens tot verstrekking kan worden overgegaan, maakt dat in dit geding niet kan worden geoordeeld dat sprake is van een onmiskenbaar onverbindende bepaling. Daarbij is ook in ogenschouw genomen dat de gegevens die kunnen worden gedeeld zijn verkregen door uitoefening van de hiervoor genoemde bevoegdheden. Al die bevoegdheden zijn met de nodige waarborgen omkleed, zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, waaronder ook betreffende de inzet van bevoegdheden tegen journalisten en advocaten en het gebruik van gegevens die betrekking hebben op vertrouwelijke communicatie tussen advocaten en cliënten. Ten slotte is in dit verband ook de toezichthoudende taak van de CTIVD een relevant gegeven.

Verstrekking gegevens aan buitenland in kader van samenwerkingsrelatie (artikel 89, lid 1)

4.30. Dit artikellid luidt als volgt:

"In het kader van een samenwerkingsrelatie als bedoeld in artikel 88 zijn de diensten bevoegd aan de desbetreffende dienst van een ander land gegevens te verstrekken ten behoeve van door deze instanties te behartigen belangen, voor zover:

- a. deze belangen niet onverenigbaar zijn met de belangen die de diensten hebben te behartigen, en*
- b. een goede taakuitvoering door de diensten zich niet tegen verstrekking verzet."*

4.31. De bezwaren van eisers tegen deze bepaling zien met name op de mogelijkheid die hiermee wordt geboden om ongeëvalueerde gegevens uit te wisselen met andere partijen, waarbij zij stellen dat daarna het zicht op de verstrekte gegevens verloren raakt. Zij wijzen op de bijzondere risico's die dit met zich brengt voor Nederlandse burgers, indien zij de landen bezoeken waar de gegevens aan worden verstrekt en dat landen betreft waar mensenrechten niet (ten volle) worden gerespecteerd. De samenwerking met buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten is volgens eisers onvoldoende gewaarborgd waar het de verstrekking van gegevens betreft die zijn verkregen door de uitoefening van de bevoegdheden zoals hiervoor besproken.

4.32. Gedaagde heeft gewezen op een aantal bijzondere bepalingen die gelden in deze situatie, waaronder met name op de bepalingen omtrent de samenwerkingsrelatie die er moet zijn met het betreffende land. In artikel 88 Wiv 2017 is uitgewerkt welke criteria worden betrokken bij de weging of wordt overgegaan tot een samenwerkingsrelatie en zo ja, wat de aard en intensiteit van de beoogde samenwerking kan zijn. Verder wordt een samenwerkingsrelatie pas aangegaan indien de betrokken minister toestemming heeft verleend en wordt de samenwerking periodiek geëvalueerd (artikel 88 lid 4 en 5 Wiv 2017). Verder is in dit artikellid zelf uitdrukkelijk opgenomen in welk geval deze bevoegdheid kan worden uitgeoefend. In het geval er sprake is van de verstrekking van ongeëvalueerde

C/09/553023 / KG ZA 18/476

26 juni 2018

12

gegevens, waar eisers met name bezwaar tegen hebben, is daarvoor de toestemming van de betrokken minister nodig. De CTIVD wordt terstond geïnformeerd daarover, zo volgt uit artikel 3 van de Beleidsregels. In het derde lid van 88 Wiv 2017 worden een aantal artikelen, die waarborgen bevatten van overeenkomstige toepassing verklaard. Daarbij heeft gedaagde met name gewezen op de toepasselijkheid van artikel 65 Wiv2017, waarin staat vermeld dat de verstrekking van gegevens kan geschieden onder de voorwaarde dat degene aan wie de gegevens worden verstrekt, deze gegevens niet aan anderen mag verstrekken, welke voorwaarde in ieder geval wordt gesteld, indien gegevens worden verstrekt aan daarvoor in aanmerking komende inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen waarmee een samenwerkingsrelatie wordt onderhouden. De bezwaren van eisers tegen de "kan"-bepaling van het eerste lid van artikel 65 Wiv 2017 gaan dan ook in zoverre niet op. Ten slotte geldt ook hier, zoals ook onder 4.29 is overwogen, dat de gegevens die kunnen worden gedeeld zijn verkregen door uitoefening van de bevoegdheden die hiervoor aan de orde zijn geweest. Al die bevoegdheden zijn met de nodige waarborgen omkleed, zo volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, waaronder ook betreffende de inzet van bevoegdheden tegen journalisten en advocaten en het gebruik van gegevens die betrekking hebben op vertrouwelijke communicatie tussen advocaten en cliënten.

4.33. De regeling van deze bevoegdheid is, met inachtneming van het al het vorenstaande, naar het oordeel van de voorzieningenrechter zodanig vormgegeven dat niet kan worden geconcludeerd dat de onderhavige bepaling in dit geding onmiskenbaar onverbindend is. Daarbij is in het bijzonder acht geslagen op de duidelijke criteria die worden betrokken bij de weging die – altijd – voorafgaat aan het aangaan van een samenwerkingsrelatie. Verkort weergegeven betreft dit: de democratische inbedding van de dienst in het betreffende land, de eerbiediging van de mensenrechten door het land, de professionaliteit en betrouwbaarheid van de betreffende dienst, de wettelijke bevoegdheden en mogelijkheden van de dienst en het door de dienst geboden niveau van gegevensbescherming. Daarbij kunnen de samenwerking en de aard en intensiteit van die samenwerking in de loop der tijd aan verandering onderhevig zijn. Voorts is ook hier sprake van het vereiste van toestemming van de betrokken minister zowel voor het aangaan van een samenwerkingsrelatie als voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens.

Conclusie

4.34. Voor toewijzing van (een van) de vorderingen in dit geding is gelet op al het vorenstaande geen plaats. Het betoog van gedaagde inhoudende dat een deel van de bevoegdheden waarop eisers met dit geding het oog hebben, al bestonden onder de Wiv2002 en dat eisers hoe dan ook geen spoedeisend belang hebben bij vorderingen die zien op buitenwerkingstelling van dergelijke bevoegdheden, kan gelet daarop onbesproken blijven.

4.35. Eisers zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. wijst het gevorderde af;

C/09/553023 / KG ZA 18/476
26 juni 2018

13

5.2. veroordeelt eisers in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van gedaagde begroot op € 1.606,-, waarvan € 980,- aan salaris advocaat en € 626,- aan griffierecht.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.P. van Ham en in het openbaar uitgesproken op 26 juni 2018.

ts

