

Vergaderjaar 2021–2022

36 138

Regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2021/784 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2021 inzake het tegengaan van de verspreiding van terroristische online-inhoud (PbEU 2021, L 172) (Uitvoeringswet verordening terroristische online-inhoud)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 30 maart 2022 en het nader rapport d.d. 14 juni 2022, aangeboden aan de Koning door de Minister van Justitie en Veiligheid, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 4 februari 2022, nr. 2022000220, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 30 maart 2022, nr. W16.22.0013/II, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) treft u hieronder cursief aan, voorzien van mijn reactie.

Het wetsvoorstel regelt primair de instelling van een nieuw zelfstandig bestuursorgaan (zbo) in de vorm van een Autoriteit. Deze Autoriteit wordt belast met de uitoefening van de in de Verordening genoemde taken en bevoegdheden. Met het oog op de eisen die de Verordening stelt aan de onafhankelijkheid van de Autoriteit, wordt ervoor gekozen tevens uitzonderingen te maken op de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Hierdoor wordt de Minister verder op afstand gezet.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt allereerst opmerkingen over de keuze om een nieuw zbo op te richten. Daarmee wordt een uitzondering gemaakt op de grondwettelijk verankerde regel dat een Minister politiek verantwoordelijk en aanspreekbaar is voor het handelen van organen en diensten die behoren tot de centrale overheid. Om die reden is het regeringsbeleid om terughoudend te zijn met de wettelijke

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

instelling van nieuwe onafhankelijke instanties. In het licht daarvan adviseert de Afdeling om de keuze voor de oprichting van een nieuw zbo in de toelichting nader te motiveren. Tevens adviseert zij om de keuze voor afwijking van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen ten aanzien van de ministeriële bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen, te heroverwegen.

Daarnaast maakt de Afdeling opmerkingen over enkele grondrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel. Zij gaat in dat verband in op de afbakening van de digitale bevoegdheden van de Autoriteit, de bescherming van persoonsgegevens, en de verhouding van de zorgplicht tot het censuurverbod. In verband daarmee is aanpassing van het wetsvoorstel en de toelichting wenselijk.

1. Aanleiding en inhoud van de Uitvoeringswet

a. De Verordening terroristische online-inhoud

Op 29 april 2021 is Verordening (EU) 2021/784 van het Europees Parlement en de Raad inzake het tegengaan van de verspreiding van terroristische online-inhoud (hierna: de Verordening) tot stand gekomen.² Deze Verordening treedt op 7 juni 2022 in werking en heeft tot doel misbruik van hostingdiensten voor terroristische doeleinden tegen te gaan, en daarmee bij te dragen aan de openbare veiligheid in de Europese Unie.³

De Verordening bevat verplichtingen voor aanbieders van hostingdiensten om maatregelen te nemen tegen terroristische online-inhoud. Lidstaten dienen een autoriteit aan te wijzen die bevoegd is tot het uitvaardigen van verwijderingsbevelen (repressieve bevoegdheid), tot het opleggen van specifieke maatregelen (preventieve bevoegdheid), en aan wie sanctioneeringsbevoegdheden toekomen.⁴ Deze bevoegdheden vereisen tevens een taakopdracht het internet te doorzoeken op de aanwezigheid van terroristische online-inhoud.⁵ Het hoeft niet noodzakelijk te gaan om een nieuw op te richten autoriteit. Het is mogelijk om een bestaande instantie met de in de Verordening voorziene functies te belasten, zo stelt de Verordening.⁶

De Verordening stelt materiële eisen aan de aan te wijzen autoriteit. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat deze haar taken op objectieve en niet-discriminerende wijze uitoefent met volledige eerbiediging van de grondrechten. Zij vraagt noch ontvangt instructies van andere instanties met betrekking tot de uitoefening van haar uit hoofde van deze Verordening opgedragen taken.⁷ Dit mag overigens geen beletsel vormen voor toezicht overeenkomstig het nationale constitutionele recht, zo blijkt uit de Verordening.⁸

b. De nationale Uitvoeringswet

De genoemde verplichtingen uit de Verordening hebben rechtstreekse werking en vereisen dan ook geen omzetting door de nationale wetgever. Wel is een aantal wettelijke bepalingen op nationaal niveau nodig om

² Verordening (EU) 2021/784 van het Europees Parlement en de Raad inzake het tegengaan van de verspreiding van terroristische online-inhoud, PbEU 2021, L172.

³ Overweging 1 van de Verordening.

⁴ Overweging 35 en artikel 12 van de Verordening.

⁵ Artikel 1, eerste lid, onder b, van de Verordening.

⁶ Zie in dit verband overweging 35 van de Verordening.

⁷ Artikel 13 van de Verordening.

⁸ Artikel 13, tweede lid, van de Verordening. Zie ook overweging 35 van de Verordening.

uitvoering te kunnen geven aan de Verordening. Daartoe dient de voorliggende Uitvoeringswet.

Het belangrijkste aspect dat de Uitvoeringswet regelt, is de instelling van een nieuw zbo in de vorm van een autoriteit. Deze wordt belast met de uitoefening van de in de Verordening genoemde taken en bevoegdheden.⁹ Gelet op de eisen die de Verordening stelt en de waarborgen die de mensenrechtenverdragen en de Grondwet bieden met betrekking tot (beperking van) de vrijheid van meningsuiting, dient de bevoegde instantie op grote afstand van de regering te staan, aldus de toelichting.¹⁰ De Autoriteit bestaat uit drie leden, onder wie de voorzitter, te benoemen bij koninklijk besluit.¹¹

De toelichting stelt dat er nu geen bestuursorgaan is belast met vergelijkbare taken. Daarom wordt ervoor gekozen een nieuwe autoriteit op te richten. Met het oog op de beoogde onafhankelijkheid worden in het wetsvoorstel uitzonderingen gemaakt op de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Hierdoor kan de Minister van Justitie en Veiligheid geen beleidsregels stellen en ook geen besluiten van de Autoriteit vernietigen. Verder zijn de regelingen inzake inlichtingen en taakverwaarlozing uit de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen slechts van toepassing voor zover het gaat om het financiële beheer en de administratieve organisatie.¹²

De Uitvoeringswet voorziet daarnaast in coördinatie en afstemming met de politie, het Openbaar Ministerie (hierna: OM), de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst.¹³ Verder wordt een grondslag geboden voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens.¹⁴

De genoemde repressieve bevoegdheid (het opleggen van een verwijderingsbevel) en preventieve bevoegdheid (het opleggen van specifieke maatregelen, een zorgplicht genoemd) vloeien voort uit de Verordening. Daarnaast regelt de Uitvoeringswet ter uitvoering van de Verordening de sanctiemogelijkheden: het opleggen van een last onder dwangsom en het opleggen van een bestuurlijke boete.

c. Samenhang bestuursrechtelijke aanpak online kinderpornografisch materiaal

De Uitvoeringswet bevat een samenloopbepaling die betrekking heeft op het in procedure genomen wetsvoorstel houdende regels over een bestuursrechtelijke aanpak van online kinderpornografisch materiaal. Dat wetsvoorstel ziet eveneens in de oprichting van een nieuw zbo aan wie vergelijkbare taken en bevoegdheden toekomen. Indien dat wetsvoorstel eerder zou worden aangenomen door de Staten-Generaal vervallen enkele artikelen van de thans voorliggende Uitvoeringswet.¹⁵

Het wetsvoorstel houdende regels over een bestuursrechtelijke aanpak van online kinderpornografisch materiaal is bij de Afdeling aanhangig. Dat voorstel vloeit niet voort uit een Europese verordening, maar berust op een nationale beleidskeuze. De Minister van Justitie en Veiligheid heeft de

⁹ Voorgesteld artikel 2, van de Uitvoeringswet.

¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 3.1.

¹¹ Voorgesteld artikel 3, van de Uitvoeringswet.

¹² Voorgesteld artikel 5, van de Uitvoeringswet.

¹³ Voorgesteld artikel 8, van de Uitvoeringswet.

¹⁴ Voorgesteld artikel 9, van de Uitvoeringswet.

¹⁵ Voorgesteld artikel 14, van de Uitvoeringswet. Het wetsvoorstel houdende regels over een bestuursrechtelijke aanpak van online kinderpornografisch materiaal bevat een soortgelijke samenloopbepaling voor de situatie dat deze Uitvoeringswet eerder zou zijn behandeld.

Tweede Kamer laten weten de aanpak van online kinderpornografisch materiaal ter verbinden met de Europese verplichtingen inzake terroristische online-informatie.¹⁶ Er zijn dan ook aanzienlijke inhoudelijke raakvlakken tussen beide wetsvoorstellen. De Afdeling zal daar in haar advies bij het wetsvoorstel houdende regels over een bestuursrechtelijke aanpak van online kinderpornografisch materiaal nader op ingaan.

2. Een nieuw zbo: constitutionele aspecten

a. Inleiding

De kern van het wetsvoorstel is de oprichting van een nieuw zbo. Daartoe moet niet te gemakkelijk worden overgegaan. Het vormt een uitzondering op de grondwettelijk verankerde regel dat een Minister politiek verantwoordelijk en aanspreekbaar is voor het handelen van organen en diensten die behoren tot de centrale overheid. Om die reden is het regeringsbeleid om terughoudend te zijn met de wettelijke instelling van nieuwe onafhankelijke instanties.¹⁷

Met het oog daarop dient telkens de vraag te worden gesteld of er een noodzaak bestaat voor taaktoedeling aan een (nieuw) zbo. Dit geldt te meer nu de dagelijkse praktijk weerbarstig is. De neiging om in incidentele gevallen de Minister ondanks de wettelijke verzelfstandiging politiek verantwoordelijk te houden, kan leiden tot verwarring en spanningen in de verhouding tussen Tweede Kamer, Minister en zelfstandig bestuursorgaan. Daarom zijn een grondige afweging en een deugdelijke en toereikende motivering noodzakelijk.¹⁸

Zoals gesteld dient volgens de regering de autoriteit, gelet op de eisen van de Verordening en de waarborgen die mensenrechtenverdragen en de Grondwet bieden, «op grote afstand van de regering te staan». Met deze passage lijkt de regering zich op het standpunt te stellen dat oprichting van een zbo uit de Verordening, het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en de Grondwet voortvloeit. Op de vraag in hoeverre dat het geval is, gaat de Afdeling hieronder nader in (punt b en c). Daarbij komt ook de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen aan bod (punt d tot en met f), gevolgd door een conclusie (punt g).

b. Verordening 2021/784

Op grond van de Verordening wijst iedere lidstaat een autoriteit aan die als taak krijgt terroristische online-content te identificeren en de snelle verwijdering ervan door aanbieders van hostingdiensten te garanderen.¹⁹ De Verordening laat de keuze voor de bevoegde nationale autoriteit aan de lidstaten, mits deze voldoet aan enkele eisen die de Verordening stelt. Zo dient de bevoegde autoriteit geen instructies van andere instanties te vragen of te ontvangen met betrekking tot de uitoefening van zijn taken.²⁰

De Afdeling merkt op dat het voornemen om (mede) op grond van het EU-recht over te gaan tot de instelling van een onafhankelijke autoriteit, in een bredere tendens past. Op grond van ontwikkelingen in de Europese

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2020/21, 31 015, nr. 208.

¹⁷ Kamerstukken II 2014/15, 25 268, nr. 83. Zie ook Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), Kamerstukken II 2019/20, 35 300, nr. 78 (bijlage), punt 3.2 en 4.3.

¹⁸ Zie ook Aanwijzing 5.8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹⁹ Artikel 12 van de Verordening.

²⁰ Artikel 13, tweede lid, van de Verordening.

wetgeving van de afgelopen ruim twintig jaar, is een aantal toezichthoudende autoriteiten opgericht die vaak ruime bevoegdheden uitoefenen op grond van een door het EU-recht gewaarborgde onafhankelijke positie.²¹ De EU-regelingen waarop deze zijn gebaseerd, zijn echter steeds verschillend. Daarom dient bij elke nieuwe regeling steeds te worden nagegaan hoever de daarop gebaseerde verplichtingen reiken. Dat geldt temeer in de gevallen waarin verplichtingen aanpassingen vergen van het nationale constitutionele recht, zoals de in de Grondwet gewaarborgde ministeriële verantwoordelijkheid.

In dat licht constateert de Afdeling dat de Verordening uitdrukkelijk bepaalt dat het daarin geregelde verbod om instructies te vragen of te ontvangen «geen beletsel mag vormen voor toezicht overeenkomstig het nationale constitutionele recht».²² Dit laatste impliceert dat overeenkomstig de Grondwet de ministeriële verantwoordelijkheid uitgangspunt kan blijven. De Verordening staat niet in de weg aan de keuze om de desbetreffende taken op te dragen aan een nieuw zbo, maar die keuze vloeit gelet op het voorgaande ook niet dwingend uit de Verordening voort (zie ook hierna onder e).

c. Vrijheid van meningsuiting: EVRM en Grondwet

De toelichting betoogt dat onafhankelijke oordeelsvorming door de Autoriteit noodzakelijk is vanwege haar inmenging in de vrijheid van meningsuiting. Het stelt dat uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) volgt dat het in de regel de rechter is die, waar noodzakelijk, overgaat tot een beperking van de vrijheid van meningsuiting. Dit laat onverlet dat ook aan een ander orgaan de bevoegdheid kan worden geattribueerd om bepaalde uitingen ontoegankelijk te maken. Het ontbreken van voorafgaande rechterlijke toetsing moet dan worden gecompenseerd door andere waarborgen, zodanig dat onafhankelijke oordeelsvorming alsnog is geborgd, aldus de toelichting. Door de Autoriteit vorm te geven als zelfstandig bestuursorgaan is volgens de toelichting aan dit vereiste voldaan.²³

Uit deze toelichting kan de indruk ontstaan dat artikel 10 van het EVRM in het geval van een beperking van de vrijheid van meningsuiting door een ander orgaan dan de rechter zou verplichten tot de oprichting van een zbo.²⁴ Dat kan echter niet zonder meer uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid. De vraag rijst allereerst in hoeverre de door de toelichting aangehaalde rechtspraak²⁵ onverkort van toepassing is op het voorliggende wetsvoorstel. De context in die zaken was immers een geheel andere dan de verwijdering van online terroristisch – en daarmee

²¹ Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), Kamerstukken II 2019/20, 35 300, nr. 78 (bijlage), punt 3.2.

²² Artikel 13, tweede lid, van de Verordening. Zie ook overweging 35 van de Verordening.

²³ Memorie van toelichting, paragraaf 3.1.

²⁴ Idem.

²⁵ De toelichting verwijst in dit verband naar EHRM 10 september 2010 (GK), *Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland*, nr. 38244/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0914JUD003822403, r.o. 90–92; EHRM 7 juni 2007, *Smirnov t. Rusland*, nr. 71362/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0607JUD007136201, r.o. 45, en EHRM 30 september 2014, *Prezhdarovi t. Bulgarije*, nr. 8429/05, ECLI:CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, r.o. 46.

strafbaar – materiaal.²⁶ Op basis van de in aantal geringe en tevens zeer specifieke casuïstiek die aan het EHRM is voorgelegd, kan dan ook niet of in elk geval niet met zekerheid worden vastgesteld dat die rechtspraak ook van toepassing is op de situaties waarop het wetsvoorstel ziet.

Voor zover de in de toelichting aangehaalde rechtspraak hier betekenis heeft, is de vraag op welke wijze het ontbreken van voorafgaande rechterlijke toetsing gecompenseerd moet worden met andere waarborgen. Uit de rechtspraak blijkt geen duidelijk antwoord op die vraag. Een belangrijke waarborg zal in veel gevallen kunnen zijn dat, zoals in het bestuursrecht gebruikelijk is, de maatregel die inbreuk maakt op het grondrecht van de betrokkenen achteraf aan een onafhankelijke rechter kan worden voorgelegd.²⁷ Artikel 10 van het EVRM vereist in elk geval niet dat het bestuursorgaan dat de maatregel neemt, ook zélf onafhankelijk is. Ook artikel 7 van de Grondwet schrijft dit niet voor.

d. Kaderwet zelfstandige bestuursorganen: onafhankelijke oordeelsvorming

Volgens de toelichting is de oprichting van een zbo in overeenstemming met de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Op grond van artikel 3, eerste lid, aanhef en onderdeel a, kan een zbo worden ingesteld indien er behoefte is aan «onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid». Daarvan is in dit geval sprake, zo stelt de toelichting.²⁸

De Afdeling heeft eerder opgemerkt op dat er onvoldoende duidelijkheid bestaat over de vraag wanneer het aangewezen is een beroep te doen op de «behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid» in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.²⁹ Die duidelijkheid is wel noodzakelijk, omdat het ook samenhangt met de vraag op welke wijze de voor overheidstaken vereiste deskundigheid en onpartijdige en onafhankelijke oordeelsvorming binnen departementale diensten en instellingen zélf (en dus met behoud van de ministeriële verantwoordelijkheid) kan worden gewaarborgd. De regering heeft te kennen gegeven op dit punt naar versterking te streven en heeft daartoe maatregelen aangekondigd.³⁰

Tegen deze achtergrond schiet de toelichting tekort. Waarom er behoefte is aan «onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid» in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en waarom deze behoefte in dit geval de instelling van een nieuw zbo

²⁶ Het ging in de genoemde zaken om de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen met als doel het journalistieke brongeheime te doorbreken, respectievelijk huiszoekingen en de inbeslagname van (digitale) documenten door de politie zonder voorafgaande rechterlijke toetsing. Dat het EHRM met name bij journalistieke bronbescherming een voorafgaande onafhankelijke beoordeling heeft geëist, is begrijpelijk. Het EHRM is bij de toetsing aan artikel 10 EVRM doorgaans zeer streng als het gaat om de bescherming van journalisten. Bovendien is voorafgaande toetsing in dat geval onvermijdelijk omdat het vrijgeven van de identiteit van een journalistieke bron, niet achteraf kan worden hersteld.

²⁷ Het EHRM achtte rechterlijke toetsing achteraf toereikend in *Smirnov t. Rusland*, nr. 71362/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0607JUD007136201, r.o. 45, en EHRM 30 september 2014, *Prezhdarovi t. Bulgarije*, nr. 8429/05, ECLI:CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, r.o. 46.

²⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 3.1.

²⁹ Zie Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/l), Kamerstukken II 2019/20, 35 300, nr. 78 (bijlage), punt 4.3. Zie tevens Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 28 april 2021 over de Wijziging van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en enkele andere wetten (W04.21.0051/l), Kamerstukken II 2020/21, 35 890, nr. 4, punt 1.

³⁰ Dit hangt samen met het bevorderen van ambtelijk vakmanschap. Zie Nader rapport inzake advies Afdeling advisering van de Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid, Kamerstukken II 2020/21, 35 570, nr. 47 (bijlage), punt 2.5.

noodzakelijk maakt, wordt niet zelfstandig gemotiveerd. Dit gebeurt ook niet in de Kamerbrief van 20 november 2020, waarnaar de toelichting verwijst.³¹

e. Zorgvuldige afweging

De Afdeling acht een grondige afweging en een zorgvuldige motivering van de pro's en contra's van de instelling van een nieuw zbo noodzakelijk. Daarbij dienen ook andere opties te worden afgewogen. Met het oog daarop stelt de toelichting allereerst dat er geen bestaand bestuursorgaan is dat reeds belast is met het (doen) verwijderen of blokkeren van online terroristische-inhoud of vergelijkbare taken.³² Hoewel dit op zichzelf juist is, maakt dit nog niet duidelijk of en hoe de mogelijkheid om de bevoegdheid toe te kennen aan een al bestaand orgaan, is beoordeeld. De toelichting gaat daar niet op in.

In dit verband kan worden gewezen op artikel 125p van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv). Deze bepaling maakt het mogelijk om in het kader van een verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv een strafrechtelijk bevel tot ontoegankelijkmaking uit te vaardigen aan een aanbieder van een communicatiedienst.³³ Hiervoor is toestemming van de officier van justitie vereist, evenals een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris. De toelichting gaat niet in op de vraag waarom – in het verlengde van artikel 125p Sv – er niet voor is gekozen om de in de Verordening bedoelde bevoegdheid tot ontoegankelijkmaking toe te kennen aan het OM na voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris, al dan niet met aanpassingen in het licht van de eisen die de Verordening stelt. Daarbij kan van belang zijn dat in de gevallen waarop het wetsvoorstel ziet doorgaans ook sprake zal zijn van (een verdenking van) een misdrijf in bovenbedoelde zin.

De toelichting gaat wel in op de vraag waarom niet is gekozen voor een agentschap of deconcentratie.³⁴ De constructie waarin de bevoegde autoriteit wordt ondergebracht in een departementale dienst met de, door de Verordening voorgeschreven, beperking van de ministeriële bevoegdheid om in individuele gevallen aanwijzingen of instructies te geven, wordt afgewezen. Volgens de toelichting is de reden daarvoor dat het leidt tot «de ongewenste situatie dat de Minister beperkt wordt in zijn mogelijkheid tot ingrijpen, maar toch politiek verantwoordelijk blijft voor de wijze waarop de bevoegde autoriteit zijn taken vervult.»

Dit betoog acht de Afdeling niet voldoende. Het gaat eraan voorbij dat ook onder de ministeriële verantwoordelijkheid onafhankelijke oordeelsvorming mogelijk is en in sommige gevallen ook is gewaarborgd.³⁵ In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de geldende regels voor het OM³⁶ en de Aanwijzingen inzake de Rijksinspecties.³⁷ Bij de weging

³¹ Kamerstukken II 2020/21, 31 015, nr. 208.

³² Memorie van toelichting, paragraaf 3.1.

³³ Idem, paragraaf 3.6.

³⁴ Idem, paragraaf 3.1.

³⁵ Vergelijk S.E. Zijlstra, Onafhankelijke ondergeschikten. Zbo's, rijksinspecties, planbureaus, privacy-officers, het WODC: tijd voor chaos in de orde!, NTB 2019, afl. 2, p. 39–47.

³⁶ Artikel 127 en 128 Wet RO. Van belang is dat de reden om de volledige ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM te handhaven is «dat hierbij fundamentele rechtsgoederen in het geding zijn waarbij de officier van justitie over een aanzienlijke mate van beleidsvrijheid beschikt die zich niet volledig in regels laat programmeren.» Zie Rapport van de Eerste externe commissie van de Bijzondere Commissie Vraagpunten (commissie-Scheltema) «Steekhoudend ministerschap», Kamerstukken II 1992/93, 21 427, nr. 41, p. 44–45. Zie ook Kamerstukken II 1996/97, 25 392, nr. 3, punt 3.2.

³⁷ Aanwijzingen 10–15 van de Aanwijzingen inzake de Rijksinspecties, met bijbehorende toelichting.

van de mogelijkheid en wenselijkheid van onderbrenging bij een departement is ook van belang dat de Minister niet alleen verantwoording verschuldigd is aan het parlement, maar ook, zoals de regering in de toelichting terecht onderstreept, namens de Staat der Nederlanden door de Europese Commissie aanspreekbaar is voor het nakomen van de verplichtingen op grond van de Verordening.³⁸

f. Afwijking van Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

Het wetsvoorstel verklaart verschillende bepalingen van de Kaderwet buiten toepassing.³⁹ Zo wordt onder meer de toepassing van de artikelen 21 en 22 van de Kaderwet uitgezonderd.⁴⁰ Als gevolg hiervan mag de Minister geen beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening van de Autoriteit. Evenmin mag de Minister besluiten van de Autoriteit – ook die inhoudende beleidsregels – vernietigen. De regering acht deze afwijkingen nodig in het licht van de onafhankelijke oordeelsvorming.⁴¹ Dit standpunt wordt in de toelichting niet nader gemotiveerd.

De Afdeling merkt echter op dat deze afwijkingen niet dwingend voortvloeien uit de Verordening of enige andere rechtsregel. De Verordening plaatst het aanvaarden van instructies in de sleutel van het op objectieve en niet-discriminerende wijze uitvoeren van de opgedragen taken.⁴² Inmenging in concrete gevallen moet dan ook worden onderscheiden van het vooraf vaststellen van beleidsregels over de taakuitoefening in algemene zin.

De bevoegdheid om beleidsregels te stellen berust in het algemeen bij het bestuursorgaan,⁴³ maar ten aanzien van zbo's is deze weloverwogen ook aan de Minister toegekend. Deze bevoegdheid is bij amendement ingevoegd in de Kaderwet met als toelichting dat de Minister «voldoende handvatten [moet] hebben om zijn ministeriële verantwoordelijkheid voor een zelfstandig bestuursorgaan inhoud te kunnen geven».⁴⁴ Daarbinnen houdt het bestuursorgaan de ruimte om de taak naar eigen inzicht uit te oefenen.⁴⁵ Het stellen van beleidsregels door de Minister staat volgens de Kaderwet dan ook niet in de weg aan onafhankelijke taakuitoefening. Daarbij komt dat de Minister op grond van de Kaderwet niet verplicht is om beleidsregels te stellen, terwijl het voorliggende voorstel de Minister die bevoegdheid geheel ontnemt.

Tegen die achtergrond behoeven de voorgestelde afwijkingen van de Kaderwet een nadere toelichting. De Afdeling acht afwijking in het bijzonder problematisch waar de ministeriële bevoegdheid om beleidsregels te stellen wordt uitgesloten. Als het gaat om situaties waarin (expliciet of impliciet) beleidskeuzes aan de orde zijn, is het bij uitstek van belang dat de Minister voor het parlement en de samenleving aanspreekbaar blijft.⁴⁶ Dat klemt temeer gelet op de ingrijpende aard van de bevoegdheden van de voorgestelde Autoriteit.

³⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 3.1.

³⁹ Idem, paragraaf 3.2.

⁴⁰ Voorgesteld artikel 5, eerste lid, van de Uitvoeringswet.

⁴¹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.7.

⁴² Artikel 13, tweede lid, eerste volzin vs. tweede volzin, van de Verordening. Zie ook Overweging 35 van de Verordening.

⁴³ Artikel 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht.

⁴⁴ Kamerstukken II, 2001/02, 27 427, nr. 21.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.20.0135/I), Kamerstukken II 2019/20, 35 300, nr. 78 (bijlage), punt 4.3.

g. Conclusie

In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling de noodzaak van de instelling van een nieuw zbo in de toelichting grondig af te wegen en nader te motiveren en in dat kader nader in te gaan op de voor- en tegenargumenten van de verschillende opties. Wanneer alles afwegende besloten wordt tot instelling van een nieuw zbo, adviseert zij voorts de keuze voor afwijking van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen ten aanzien van de ministeriële bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen, te heroverwegen.

De regering dankt de Afdeling voor het advies. Hieronder zal de noodzaak van de instelling van een nieuw zelfstandig bestuursorgaan (zbo) worden toegelicht en zal inzicht worden gegeven in de afwegingen die zijn gemaakt om tot deze keuze te komen.

Vormgeving binnen het strafrecht of bestuursrecht?

Verkend is of de Autoriteit vorm moest krijgen binnen het strafrecht of het bestuursrecht. Bij de keuze voor het bestuursrecht was ten eerste relevant dat de verordening een reparatoir karakter heeft. De verordening heeft niet tot doel om diegenen die terroristische online-inhoud produceren en op internet plaatsen op te sporen en te vervolgen; de verordening is er louter op gericht om terroristische online-inhoud zo snel mogelijk ontoegankelijk te maken en dit zo nodig af te dwingen om verdere verspreiding tegen te gaan. Een aantal taken uit de verordening, zoals de bevoegdheid voor de Autoriteit om te bezien of de door de aanbieder van hostingdiensten getroffen maatregelen afdoende zijn, leent zich bovendien ook inhoudelijk minder goed voor uitvoering binnen het strafrecht.

In het bijzonder is bezien of kon worden volstaan met de in artikel 125p wetboek van Strafvordering (Sv) neergelegde strafrechtelijke bevoegdheid tot het geven van een bevel tot ontoegankelijkmaking. Hier wordt ook door de Afdeling naar gevraagd. Hiervoor is niet gekozen. Van belang daarbij is dat strafrechtelijke vervolging van een aanbieder van hostingdiensten, als deze in beeld komt bij het Openbaar Ministerie (hierna: OM), wegens de middels zijn diensten opgeslagen en verspreide gegevens slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde is. In feite moet het dan gaan om een situatie waarin een aanbieder niet langer optreedt als een tussenpersoon die louter (en passief) gegevens van een ander doorgeeft, maar ook inhoudelijke betrokkenheid heeft of verkrijgt met de terroristische online-inhoud. Alleen dan is de aanbieder van een hostingdienst immers strafbaar voor het via zijn diensten opslaan en verspreiden van terroristische online-inhoud. Een dergelijke situatie doet zich, gelet op de neutrale en passieve rol die deze aanbieders vervullen, zelden voor.

Daarnaast verplicht de verordening tot een specifiek op terroristische online-inhoud toegesneden instrumentarium. Een krachtens artikel 125p Sv gegeven bevel kan strekken tot de ontoegankelijkmaking van elk type gegevens. Tevens zou het (veel) vaker aanwenden van de in artikel 125p Sv neergelegde bevoegdheid een te groot beslag leggen op de capaciteit van het OM. Door de ontoegankelijkmaking van terroristische online-inhoud te beleggen bij een daarvoor toegeruste Autoriteit, kan de capaciteit van het OM worden vrijgehouden ten behoeve van de opsporing en vervolging van personen die zelf terroristische online-inhoud produceren en verspreiden.

Zoals de Afdeling opmerkt, wordt met de oprichting van een zbo de ministeriële verantwoordelijkheid beperkt. Het kabinetsbeleid neemt tot uitgangspunt dat publieke taken onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid worden uitgevoerd, zodat de verantwoordelijke bewinds-persoon op alle aspecten van de uitvoering (politiek) aanspreekbaar is. Dat laat onverlet dat het in bepaalde situaties noodzakelijk kan zijn een zelfstandig bestuursorgaan in te stellen. Dat is mogelijk als is voldaan aan één van de in artikel 3, eerste lid, van de Kaderwet genoemde instellings-motieven. In aanvulling daarop is een aanvullende motivering vereist. Op grond van artikel 3, eerste lid, aanhef en onderdeel a, van de Kaderwet, kan een zelfstandig bestuursorgaan worden ingesteld indien er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskun-digheid.

In dit specifieke geval is de primaire reden voor de keuze om de taak van het ontoegankelijk doen maken dan wel verwijderen van terroristische online-inhoud bij een zbo te beleggen de wens (de schijn van) politieke inmenging in de vrijheid van meningsuiting te voorkomen. Ook in internationaal verband is aandacht gevraagd voor de noodzaak van een onafhankelijke Autoriteit als het gaat om het ontoegankelijk maken van uitingen op het internet. Het ontoegankelijk maken van gegevens op internet, louter vanwege de inhoud daarvan, vormt naar zijn aard een beperking van de vrijheid van meningsuiting, zoals neergelegd in artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het is vaste recht-spraak dat met (legitieme en noodzakelijke) beperkingen op dit grondrecht terughoudend moet worden omgegaan. Een bevoegdheid die de vrijheid van meningsuiting beperkt, moet daarom met voldoende waarborgen zijn omgeven, zodanig dat een willekeurige inmenging wordt voorkomen.

Terecht geeft de Afdeling aan dat de Grondwet, het EVRM of de jurispru-dentie noch de verordening als zodanig verplichten tot instelling van een zbo. Echter, door de bevoegde autoriteit vorm te geven als een zbo waarbij aanvullende waarborgen zijn gesteld aan de vereiste onafhan-lijkheid is naar het oordeel van de regering voldaan aan de vereiste onafhankelijke oordeelsvorming: een zbo is in zijn taakuitoefening niet hiërarchisch ondergeschikt aan enige politieke ambtsdrager, zodat onafhankelijke oordeelsvorming van de politiek is geborgd. De bevoegd-heden die de Kaderwet zbo's toekent aan de Minister, waaronder de Autoriteit ressorteert, zijn in onderhavig voorstel zodanig ingeperkt, dat de Minister uitsluitend kan ingrijpen ten aanzien van het financieel beheer en de administratieve organisatie. Anders dan de Afdeling adviseert, is er niet voor gekozen de afwijkingen van de Kaderwet zbo's in dit wetsvoorstel te schrappen. Juist gelet op het belang van onafhankelijke oordeelsvorming door de Autoriteit acht de regering het aangewezen de invloed van de Minister door middel van deze uitzonderingen op de Kaderwet zbo's waar mogelijk in te perken. Een bevoegdheid van de Minister om beleidsregels te stellen ten aanzien van de Autoriteit past naar het oordeel van de regering in dit geval niet bij de vereiste onafhan-lijkheid. De Minister kan zich aldus niet mengen in de inhoudelijke uitoefening van de taak van de Autoriteit.

De Minister is namens de Staat der Nederlanden door de Europese Commissie aanspreekbaar voor het nakomen van de verplichtingen op grond van de verordening. Het volledig uitsluiten van iedere mogelijkheid om bij een tekortkoming in de nakoming van de uitvoering van de verordening deze verantwoordelijkheid vorm te geven, kan op gespannen voet komen te staan met deze verantwoordelijkheid. Vandaar dat de

Minister enige bevoegdheden ten aanzien van het zbo heeft, zoals het voordragen voor benoeming van de bestuurders. Ook het parlement kan de Minister aanspreken. De Minister blijft immers stelselverantwoordelijk voor het publieke belang dat met het zbo wordt geborgd.

Er is geen bestaand bestuursorgaan dat is belast met het (doen) verwijderen of blokkeren van terroristische online -inhoud of vergelijkbare taken zodat het om die reden niet voor de hand ligt deze bijzondere taak bij een bestaand bestuursorgaan te beleggen. Gelet op het voorgaande is de regering van oordeel dat instelling van een nieuw zbo aangewezen is.

De Autoriteit zal, na aanvaarding van het wetsvoorstel bestuursrechtelijke aanpak online kinderpornografisch materiaal, tevens worden belast wordt met het ontoegankelijk maken van online kinderpornografisch materiaal.

3. Grondrechtelijke aspecten

a. Digitale bevoegdheden van de Autoriteit

De Verordening bepaalt dat de Autoriteit de taak krijgt om online terroristische inhoud te identificeren.⁴⁷ Het identificeren van dergelijke inhoud vergt dat de Autoriteit onderzoek uitvoert op het publieke internet. Daarbij zal volgens de toelichting ook gebruik gemaakt worden van geautomatiseerde monitoringsinstrumenten en worden tevens bijzondere persoonsgegevens verwerkt. De resultaten van dit onderzoek kunnen de Autoriteit vervolgens aanleiding geven voor het uitoefenen van repressieve of preventieve bevoegdheden.⁴⁸

Het wetsvoorstel creëert een wettelijke grondslag voor de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens.⁴⁹ De onderzoekstaak van de Autoriteit zelf en de grenzen daarvan worden evenwel niet nader geregeld in het wetsvoorstel. Daarmee rijst de vraag welke digitale bevoegdheden de Autoriteit heeft bij haar onderzoek en waar de grenzen daarvan liggen. Ook de toelichting gaat op dergelijke vragen niet in.

De Afdeling wijst er in dit verband op dat waar digitale bevoegdheden worden gecreëerd, de wet hierover voldoende duidelijk dient te zijn. Dit klemmt temeer gelet op de ingrijpende aard van de bevoegdheden van de Autoriteit tegen de achtergrond van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van meningsuiting. De belangrijkste keuzes ten aanzien van digitale bevoegdheden en de reikwijdte daarvan moeten door de formele wetgever op het niveau van de wet worden gemaakt. Dit is van belang met het oog op het legaliteitsbeginsel, de voorzienbaarheid van wetgeving, en het primaat van de wetgever. Om het parlement zijn taak als medewetgever goed te kunnen laten uitoefenen, moet de benodigde informatie over digitale bevoegdheden tevens in de toelichting zijn opgenomen.⁵⁰

In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling het wetsvoorstel evenals de toelichting aan te passen.

⁴⁷ Artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder i, van de Verordening. Deze taak komt tevens tot uitdrukking in artikel 2, derde lid onderdeel B, van de Uitvoeringswet.

⁴⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 5.2. Zie hierover punt 3b, onderdeel i, van dit advies.

⁴⁹ Voorgesteld artikel 9, eerste lid, van de Uitvoeringswet.

⁵⁰ Zie ook Raad van State, Digitalisering – Wetgeving en Bestuursrechtspraak, mei 2021, punt 2.II (De juridische toets).

Deze uitvoeringswet regelt op nationaal niveau wat nodig is om de verordening goed uit te voeren en daarmee uitvoering te geven aan de verplichting die op de lidstaten rust om zorg te dragen voor de effectieve werking van de verordening. De verordening verplicht de lidstaten om ervoor te zorgen dat hun bevoegde autoriteiten over de bevoegdheden beschikken om de doelstellingen van de verordening te verwezenlijken (artikel 13, eerste lid van de verordening). Onder de doelstellingen van de verordening valt ook het identificeren van terroristische online inhoud. Deze taak is in artikel 2, derde lid van de uitvoeringswet aan de Autoriteit toebedeeld.

De reikwijdte van deze taak wordt bepaald door de verordening zelf. De verordening stelt regels om het misbruik van hostingdiensten voor de verspreiding onder het publiek van terroristische online-inhoud tegen te gaan. Gelet hierop ziet het onderzoeksgebied van de Autoriteit enkel op materiaal dat zich op het openbare internet bevindt. Met het openbare internet wordt bedoeld dat deel van het internet dat door een gebruiker direct kan worden benaderd, bijvoorbeeld via een link, een adres of een inlog. Uit de verordening volgt, nu het niet mogelijk is terroristische online-inhoud op een andere wijze te identificeren, dat de Autoriteit bevoegd is onderzoek te doen op het openbare internet. Nu die bevoegdheid niet door de verordening wordt beperkt, past het niet deze (alsnog) in de Nederlandse wetgeving te beperken.

Dat neemt niet weg dat de door de verordening aan de Autoriteit toegekende taak wel op andere wijze wordt beperkt. Wanneer voor de toegang tot informatie registratie of toelating tot een groep gebruikers vereist is, valt zij alleen onder het bereik van de verordening wanneer gebruikers die toegang tot de informatie wensen, automatisch worden geregistreerd of toegelaten zonder menselijke beslissing of selectie van wie toegang krijgt. Alleen dan kan namelijk worden gesproken van het «openbare internet». Dit voorstel biedt derhalve geen grondslag voor het kennismaken van bronnen waarbij een aanvullende handeling, die in feite niet volledig geautomatiseerd is, is vereist en waarvoor een «deurbeleid» bestaat in de vorm van een beoordeling van de accounthouder (in enige mate doorbreken van een beveiliging).

Verder wordt er op gewezen dat de Autoriteit krachtens dit wetsvoorstel niet wordt toegerust met opsporingsbevoegdheden, omdat dat niet past bij de taak die de verordening aan de Autoriteit toekent. De taak van de Autoriteit is immers het zo snel mogelijk offline laten halen dan wel ontoegankelijk doen maken van terroristische online-inhoud en niet het opsporen van de plaatsers van dit materiaal.

Voor de volledigheid zij vermeld dat de Autoriteit in het kader van het onderzoek op het openbare internet persoonsgegevens kan verwerken. Omdat daarbij mogelijk (bijzondere) persoonsgegevens worden verwerkt is in artikel 9 van onderhavig voorstel voorzien in een grondslag voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens.

De toelichting is overeenkomstig het voorgaande aangevuld.

b. Bescherming van persoonsgegevens

i. Verwerking bijzondere categorieën van persoonsgegevens

De Autoriteit zal bijzondere categorieën van persoonsgegevens verwerken.⁵¹ Dat is niet alleen het geval in de onderzoeksfase, maar lijkt evenmin uitgesloten waar het de samenwerking en coördinatie met de bevoegde autoriteiten van andere lidstaten betreft. Daarbij kan ook informatie worden uitgewisseld met betrekking tot de genomen maatregelen en opgelegde sancties.⁵²

Het verwerken van bijzondere persoonsgegevens is op grond van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) verboden, tenzij een van de aldaar genoemde rechtvaardigingsgronden van toepassing is.⁵³ De toelichting vermeldt dat de rechtvaardiging in dit geval is gelegen in het Unierecht,⁵⁴ te weten de Verordening. Dat geldt volgens de toelichting ook voor de verwerking van strafrechtelijke gegevens als bedoeld in artikel 10 van de AVG.⁵⁵

Niettemin rijst de vraag of voldaan wordt aan de voorwaarden die de AVG stelt aan een beroep op de genoemde rechtvaardigingsgrond. Zo dienen «passende en specifieke maatregelen te worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene».⁵⁶ De Verordening legt lidstaten de verplichting op om te zorgen voor passende en veilige communicatiekanalen. Dit wordt nader geregeld in artikel 6, tweede lid, van de Uitvoeringswet. Deze waarborg kan worden beschouwd als een «passende en specifieke maatregel» in het kader van de uitwisseling van gegevens.

Ten aanzien van de verwerking van bijzondere persoonsgegevens in meer algemene zin volgt echter niet uit het wetsvoorstel welke «passende en specifieke maatregelen» zijn getroffen, bijvoorbeeld met betrekking tot toegang tot bijzondere persoonsgegevens en de bewaartermijn daarvan. Voorgesteld artikel 6, derde lid, bepaalt weliswaar dat gegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk, maar op grond van het beginsel van opslagbeperking⁵⁷ moet al aan dit vereiste worden voldaan. Daarmee kan dit niet worden aangemerkt als een «passende en specifieke maatregel» als vereist door de AVG.

De Afdeling adviseert om in voorgesteld artikel 6, derde lid, alsnog een concrete maximale bewaartermijn op te nemen. Tevens adviseert zij in het wetsvoorstel een delegatiegrondslag op te nemen om zo te voorzien in de overige vereiste «passende en specifieke maatregelen».

Voor zowel de verwerking van bijzondere persoonsgegevens als van strafrechtelijke gegevens geldt dat indien verwerking op grond van de AVG is toegestaan passende en specifieke maatregelen moeten worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene. Dit staat in artikel 9 tweede lid onder g respectievelijk artikel 10 van de AVG. Deze passende en specifieke maatregelen kunnen bijvoorbeeld bestaan uit het opnemen van een bewaartermijn, maar ook uit andere passende en specifieke maatregelen.

⁵¹ Memorie van toelichting, paragraaf 5.2.

⁵² Artikel 14, tweede lid, van de Verordening.

⁵³ Artikel 9, eerste en tweede lid, van de AVG.

⁵⁴ Artikel 9, tweede lid, onderdeel g, van de AVG.

⁵⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 5.2.

⁵⁶ Artikel 9, tweede lid, onderdeel g, van de AVG.

⁵⁷ Artikel 5, eerste lid, onderdeel e, van de AVG.

Aan het advies is in dit geval gevolg gegeven door in artikel 6, derde lid van de uitvoeringswet op te nemen dat persoonsgegevens die noodzakelijk zijn in verband met de uitvoering van de taken van de Autoriteit en de administratieve en gerechtelijke procedures niet langer kunnen worden bewaard dan noodzakelijk voor de doeleinden waarvoor ze zijn verzameld en in ieder geval niet langer dan een jaar na de laatste verwerking.

Gelet op het beginsel van opslagbeperking is het uitgangspunt dat persoonsgegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij zijn verzameld. Voor het onderhavige wetsvoorstel betekent dit dat persoonsgegevens in beginsel dertien maanden worden bewaard, opdat kan worden vastgesteld of een bedrijf in de afgelopen 12 maanden 2 of meer keer is blootgesteld aan terroristische online-inhoud en er een blootstellingsbesluit kan worden genomen. Ook voor het afhandelen van het bezwaar is deze termijn passend. Voor de afhandeling van de beroep- of klachtenprocedures is het noodzakelijk om persoonsgegevens langer te bewaren. Deze gegevens zullen immers noodzakelijk zijn bij het voeren van de genoemde procedures. Een termijn van een jaar na de laatste verwerking van de persoonsgegevens wordt daarbij passend geacht, opdat ook de termijn van het instellen van vervolgpcedures zal zijn verstreken. Na afronding van deze procedures en nadat een eventuele beroepstermijn is verstreken, zal de inhoud worden verwijderd.

Bij het voorbereiden van dit wetsvoorstel is een Privacy Impact Assessment (hierna: PIA) uitgevoerd om de veiligheidsrisico's in kaart te brengen. Hierop is het beveiligingsniveau afgestemd en zijn passende en specifieke maatregelen genomen, zoals een loggingsverplichting en geheimhoudingsverklaring. In de toelichting is verder verduidelijkt dat slechts die personen die werkzaam zijn bij de Autoriteit en die toegang nodig hebben voor de uitoefening van hun taken toegang hebben tot de genoemde gegevens.

Gelet hierop is er thans geen noodzaak verdere passende en specifieke maatregelen op te nemen. Mochten de werkzaamheden van aard veranderen dan zal opnieuw een PIA worden uitgevoerd.

ii. Geautomatiseerde individuele besluitvorming

De toelichting maakt duidelijk dat bij het onderzoek door de Autoriteit gebruik zal worden gemaakt van geautomatiseerde instrumenten. Ook de beoordeling of in een concreet geval daadwerkelijk sprake is van terroristisch materiaal, kan geautomatiseerd worden verricht.⁵⁸ Uit de toelichting blijkt niet of een daarop gebaseerd verwijderingsbevel tevens geautomatiseerd tot stand kan komen.⁵⁹

Indien dat het geval is, stelt de AVG grenzen aan besluitvorming die uitsluitend is gebaseerd op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens en waaraan, zoals de AVG bepaalt, voor de betrokkene rechtsgevolgen zijn verboden of die hem op een andere manier in aanmerkelijke mate treft.⁶⁰ Dergelijke besluitvorming is niet toegestaan, tenzij voldaan wordt aan bepaalde voorwaarden.⁶¹ Zo is bovengenoemd verbod onder meer niet van toepassing indien het besluit «is toegestaan bij een Unierechtelijk of lidstatelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en die ook voorziet in passende

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Artikel 22, eerste lid, van de AVG.

⁶¹ Artikel 22, tweede lid, van de AVG.

*maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkenen».*⁶²

*In het geval sprake kan zijn van een geautomatiseerd tot stand gekomen verwijderingsbevel, zouden dergelijke waarborgen in de wet moeten worden opgenomen. De AVG noemt in dit verband onder meer het recht op menselijke tussenkomst.*⁶³

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande te verduidelijken en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Indien vermoedelijke terroristische online-inhoud wordt aangetroffen door de inzet van geautomatiseerde instrumenten wordt deze vervolgens altijd door middel van een menselijke toets binnen de Autoriteit geverifieerd. Daarbij wordt beoordeeld of deze content gekwalificeerd kan worden als terroristische online-inhoud in de zin van de TOI-verordening. De definitie van terroristische online-inhoud in de TOI-verordening sluit nauw aan bij de bestaande definities van terroristische misdrijven in de Richtlijn inzake terrorismebestrijding (Richtlijn 2017/541/EU) en is geïmplementeerd in het Nederlandse wetboek van strafrecht. Deze definitie is leidend voor de beoordeling voor het inzetten van de bevoegdheden van de Autoriteit en dus voor het besluit om een verwijderingsbevel uit te vaardigen. Hiermee is voldaan aan dat wat in artikel 22, eerste lid van de AVG wordt bepaald. De toelichting is overeenkomstig het voorgaande aangevuld.

c. Verhouding van de zorgplicht tot het censuurverbod

*De Verordening bepaalt dat de Autoriteit een tweetal bevoegdheden krijgt om de verspreiding van terroristische online-inhoud te voorkomen. Het betreft ten eerste de (preventieve) bevoegdheid tot het opleggen van zorgplicht⁶⁴ en ten tweede de (repressieve) bevoegdheid om een verwijderingsbevel uit te vaardigen jegens een aanbieder van hosting-diensten.*⁶⁵

*Wanneer de Autoriteit heeft vastgesteld dat een aanbieder van hosting-diensten is blootgesteld aan terroristische online-inhoud en aldus een «blootstellingsbesluit» heeft genomen en medegedeeld aan de betreffende aanbieder,⁶⁶ ontstaat op grond van artikel 5 van de Verordening een zorgplicht. De aanbieder wordt dan verplicht tot het treffen van specifieke maatregelen om de verspreiding van terroristische online-inhoud tegen te gaan. Het gaat daarbij in elk geval om een verplichting in de algemene voorwaarden bepalingen op te nemen om het misbruik van zijn diensten voor de verspreiding van terroristische online-inhoud tegen te gaan en deze voorwaarden toe te passen.*⁶⁷

Daarnaast wordt de aanbieder verplicht om (andere) specifieke maatregelen te nemen tegen misbruik van zijn diensten.⁶⁸ Hoewel de keuze voor de te treffen maatregelen bij de aanbieder ligt, noemt de Verordening een

⁶² Artikel 22, tweede lid, onderdeel b, van de AVG.

⁶³ Zie overweging 71 van de AVG.

⁶⁴ Artikel 5 van de Verordening.

⁶⁵ Artikel 3 van de Verordening.

⁶⁶ Volgens de toelichting wordt de blootstelling «op basis van objectieve factoren vastgesteld, zoals het feit dat de aanbieder in de twaalf voorafgaande maanden twee of meer definitieve verwijderingsbevelen heeft ontvangen». Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

⁶⁷ Artikel 5, eerste lid, van de Verordening.

⁶⁸ Artikel 5, tweede lid, aanhef, van de Verordening.

viertal mogelijke maatregelen.⁶⁹ Tevens moeten de maatregelen voldoen aan enkele voorwaarden. Zo moeten de maatregelen doeltreffend, doelgericht en evenredig zijn en moeten zij worden toegepast op een zorgvuldige en niet-discriminerende wijze. Daarbij wordt tevens rekening gehouden met grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting.⁷⁰

In dat verband rijst de vraag naar de verhouding van het wetsvoorstel tot de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting. De toelichting erkent dat de aanwending van de bevoegdheden van de Autoriteit een inmenging kan vormen in het recht op de vrijheid van meningsuiting, zoals vervat in onder meer artikel 7 van de Grondwet.⁷¹

Uitingen op het internet moeten worden beoordeeld in het licht van het derde lid van artikel 7 van de Grondwet.⁷² Daaruit volgt dat niemand voorafgaand verlot nodig heeft om gedachten of gevoelens te openbaren wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Uit de jurisprudentie en de wetsgeschiedenis volgt dat dit verbod ruim moet worden gelezen: artikel 7, derde lid, van de Grondwet verbiedt iedere preventieve beperking van de uitingsvrijheid door de overheid die gegrond is op de inhoud ervan.⁷³ Beperkingen vanwege de inhoud kunnen dus alleen repressief zijn.⁷⁴ Het verbod is tevens absoluut. De clausulering «behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet» mag niet zo begrepen worden dat voorafgaand verlot wegens de inhoud wél is toegestaan als dat door de formele wetgever is ingesteld.⁷⁵

De toelichting stelt dat er in casu geen sprake is van voorafgaand verlot, aangezien «een verwijderingsbevel wordt uitgevaardigd naar aanleiding van reeds openbaar gemaakte terroristische inhoud, waarop vervolgens rechterlijke toetsing mogelijk is».⁷⁶ De vraag rijst evenwel hoe de zorgplicht, die meer preventief van aard is dan het verwijderingsbevel, zich verhoudt tot artikel 7, derde lid, van de Grondwet. Een nadere beschouwing welke maatregelen aanbieders van hostingdiensten in dit verband al dan niet mogen nemen, ontbreekt in de toelichting. Dit leidt tot rechtsonzekerheid voor zowel aanbieders als gebruikers van hostingdiensten.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

⁶⁹ Artikel 5, tweede lid, onderdeel a tot en met d, van de Verordening. De Verordening maakt in artikel 5, achtste lid, tevens duidelijk dat de verplichting om specifieke maatregelen te treffen geen afbreuk doet aan artikel 15, eerste lid, van Richtlijn 2000/31/EG. Dat houdt voor aanbieders van hostingdiensten noch een algemene verplichting in om toezicht te houden op de informatie die zij doorsturen of opslaan, noch een algemene verplichting om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op illegale activiteiten duiden.

⁷⁰ Artikel 5, derde lid, van de Verordening.

⁷¹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.7.

⁷² Zie B.P. Vermeulen, «Commentaar op artikel 7 van de Grondwet», in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2019 (www.nederlandrechtsstaat.nl).

⁷³ HR 7 november 1892, W 6259; Kamerstukken II 1975/76, 24 872, nr. 3, p. 18 en Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 26. Zie

ook B.P. Vermeulen, «Commentaar op artikel 7 van de Grondwet», in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2019 (www.nederlandrechtsstaat.nl).

⁷⁴ Kamerstukken II 1975/76, 24 872, nr. 3, p. 35.

⁷⁵ Zie B.P. Vermeulen, «Commentaar op artikel 7 van de Grondwet», in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2019 (www.nederlandrechtsstaat.nl).

⁷⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 3.7.

De Autoriteit kan op grond van artikel 5, vierde lid van de verordening op basis van objectieve factoren, zoals het feit dat de aanbieder van hostingdiensten in de voorafgaande twaalf maanden twee of meer definitieve verwijderingsbevelen heeft ontvangen, vaststellen dat een aanbieder van hostingdiensten is blootgesteld aan terroristische online-inhoud. Als de Autoriteit gelet daarop een blootstellingsbesluit heeft genomen en dit besluit aan de aanbieder van hostingdiensten heeft medegedeeld, neemt de aanbieder van hostingdiensten specifieke maatregelen om zijn diensten te beschermen tegen de verspreiding van terroristische inhoud onder het publiek.

Het tweede lid van artikel 5 van de verordening bepaalt daarbij expliciet dat de keuze van de specifieke maatregelen bij de aanbieder van hostingdiensten blijft berusten. Wel is in het tweede lid van artikel 5 van de verordening een niet-limitatieve opsomming opgenomen van de specifieke maatregelen die kunnen worden getroffen. Tevens moeten de maatregelen voldoen aan voorwaarden genoemd in artikel 5, lid 3 van de verordening. Zo moeten de maatregelen doeltreffend, doelgericht en evenredig zijn en moeten zij worden toegepast op een zorgvuldige en niet-discriminerende wijze. Daarbij wordt tevens rekening gehouden met grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting. Artikel 5, achtste lid van de TOI-verordening bepaalt verder dat de verplichting tot het nemen van specifieke maatregelen geen afbreuk doet aan artikel 15, lid 1, van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (PbEG L178; hierna: de Richtlijn inzake elektronische handel). En dat de verplichting om specifieke maatregelen treffen voor aanbieders van hostingdiensten noch een algemene verplichting inhoudt om toezicht te houden op de informatie die zij doorsturen of opslaan, noch een algemene verplichting inhoudt om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op illegale activiteiten duiden. De verplichting om specifieke maatregelen te treffen kan aanbieders van hostingdiensten er dus niet toe verplichten in algemene zin toe te zien op gegevens die zij doorgeven of opslaan, om geüpload materiaal op systematische wijze te analyseren, of om actief te zoeken naar online terroristische-inhoud. Kortom: een blootstellingsbesluit verplicht weliswaar tot het treffen van specifieke maatregelen, maar de keuze voor het type maatregelen blijft bij de aanbieder van hostingdiensten en bovendien kan nooit de verplichting bestaan tot een algemene vorm van filtering vooraf.

Of maatregelen die worden getroffen door een aanbieder van hostingdiensten proportioneel en effectief zijn, is afhankelijk van een veelheid aan factoren, die per geval verschillen. Daarbij is onder andere relevant hoeveel verwijderingsbevelen aan deze aanbieder van hostingdiensten zijn uitgevaardigd, wat de omvang en economische draagkracht van de aanbieder van hostingdiensten is, wat de invloed van zijn diensten op de verspreiding van terroristische inhoud is, bijvoorbeeld op basis van het aantal gebruikers in de Unie, alsook welke waarborgen zijn ingevoerd om misbruik van zijn diensten voor de verspreiding van terroristische online-inhoud tegen te gaan. Het opnemen van de concrete lijst met maatregelen, zou verwachtingen kunnen wekken over wat passend en effectief is. Dit terwijl het antwoord op de vraag welke maatregelen proportioneel en effectief zijn en de vrijheden van gebruikers voldoende respecteren, een kwestie van maatwerk is waarop niet in algemene zin een antwoord valt te geven.

De aanbieder van hostingdiensten dient binnen drie maanden na ontvangst van het blootstellingsbesluit en vervolgens op jaarbasis verslag uit te brengen over de getroffen maatregelen. Indien de Autoriteit op basis

van dat verslag en, in voorkomend geval, andere objectieve factoren van oordeel is dat de genomen specifieke maatregelen niet voldoen aan de leden 2 en 3 van artikel 5 van de verordening, richt de bevoegde autoriteit een besluit tot de aanbieder van hostingdiensten dat hem ertoe verplicht de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat aan de leden 2 en 3 wordt voldaan. Indien de Autoriteit van oordeel is dat de getroffen maatregelen in strijd zijn met de grondrechten van de gebruikers inzake de vrijheid van meningsuiting, kan dit in het nieuwe besluit worden opgenomen.

Gelet op het voorgaande is geen lijst met passende maatregelen in de toelichting opgenomen. Wel is de toelichting overeenkomstig het voorgaande aangevuld.

4. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

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

Aan de redactionele opmerkingen van de Afdeling is gevolg gegeven. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om nog enkele andere wijzigingen door te voeren in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Zo is in artikel 2, eerste lid de naam van de Autoriteit opgenomen en is de bevoegdheid in artikel 10 om de rechten van betrokkene te beperken toebedeeld aan de Autoriteit.

Ik moge u hierbij, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verzoeken het gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie en Veiligheid,
D. Yeşilgöz-Zegerius