

's-Gravenhage, 21 april 2022

Aan
Minister voor Binnenlandse Zaken
en Koninkrijksrelatie
Mevrouw H. Bruins Slot
Postbus 20011
2500 EA 'S-GRAVENHAGE

Ons kenmerk: 22-01093

Betreft: consultatie Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief
cyberprogramma

Excellentie,

Naar aanleiding van uw brief van 5 april 2022, geschreven mede namens de minister voor Defensie maak ik graag gebruik van de gelegenheid te reageren op het consultatieverzoek inzake het wetsvoorstel Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma.

Deze reactie van de Afdeling bestuursrechtspraak loopt niet vooruit op de advisering door de Afdeling advisering van de Raad van State.

Het wetsvoorstel roept zowel principiële als praktische vragen op. Na een inleiding (1) zal ik ingaan op de keuze voor de bestuursrechter (2), de eis van openbaarheid en artikel 121 van de Grondwet (3), de vraag of de procedure van beroep in de Tijdelijke wet bestuursrechtspraak is of een bijzondere vorm van geschilbeslechting (4), enkele procesrechtelijke punten (5), de noodzaak van een tijdige evaluatie (6) en enkele organisatorische aspecten (7).

1. Inleiding

Op grond van de Wiv 2017 hebben de AIVD en de MIVD de taak om onderzoek te doen naar mogelijke bedreigingen voor de nationale veiligheid. Tot die opdracht behoort ook onderzoek naar landen met een offensief cyberprogramma. De diensten hebben daarvoor een scala aan bevoegdheden. Na de inwerkingtreding van de Wiv 2017 is gebleken dat deze bevoegdheden niet altijd adequaat kunnen worden ingezet. Daardoor kunnen soms noodzakelijk geachte onderzoeken in het cyberdomein niet worden verricht. Tegen deze achtergrond treft het wetsvoorstel Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma (hierna: Tijdelijke wet) enkele wettelijke voorzieningen die de mogelijkheden tot inzet van deze bijzondere bevoegdheden vergroten.

Een van deze voorzieningen is een wijziging van het bindend toezicht op de uitoefening van bevoegdheden door de AIVD en MIVD. De inzet van een aantal bijzondere bevoegdheden vereist voorafgaande toestemming van de verantwoordelijke minister. De Toetsingscommissie inzet bevoegdheden (TIB) beoordeelt de toestemming die de minister heeft gegeven op rechtmatigheid (niet op doelmatigheid). De TIB-toets gaat vooraf aan de inzet van een bevoegdheid en is bindend voor de diensten. Het wetsvoorstel vervangt de rechtmatigheidstoets door de TIB op enkele onderdelen (bijvoorbeeld het kunnen verkennen van geautomatiseerde werken) door bindend toezicht door de afdeling toezicht van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD).

Daarnaast introduceert het wetsvoorstel een nieuw toezichtselement: een beroepsmogelijkheid bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voor toezichtsoordelen van de afdeling toezicht van de CTIVD en de TIB (artikel 14). De verantwoordelijke minister kan bij de Afdeling bestuursrechtspraak beroep instellen tegen sommige bindende oordelen van de TIB of de afdeling toezicht van de CTIVD over door de minister verleende toestemmingen.

Blijkens de toelichting bij de Tijdelijke wet is de keuze voor de Afdeling bestuursrechtspraak ingegeven door het feit dat de Afdeling sinds jaar en dag een belangrijke taak heeft als geschilbeslechter maar ook als rechtsvormer. Gelet op de aard van de zaken die zullen worden voorgelegd, waarbij zonder uitzondering sprake is van de (voorgenomen) toepassing van een bevoegdheid die verstrekkende gevolgen heeft voor de privacy van burgers en die bestuursrechtelijk van aard zijn, ligt een rol voor de hoogste bestuursrechter volgens de regering voor de hand.

Ook de evaluatiecommissie WIV heeft in 2020 geadviseerd de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in eerste en enige instantie te belasten met geschilbeslechting en het doen van richtinggevende uitspraken over de uitleg van wettelijke normen en begrippen.¹

De beroepsprocedure bij de Afdeling zal per definitie gaan over informatie die uit een oogpunt van staatsveiligheid geheim is en moet blijven. Daarom geeft het wetsvoorstel voor deze procedure enige voorschriften die afwijken van het algemene regime van de Awb. De behandeling van de zaak bij de Afdeling bestuursrechtspraak geschiedt met gesloten deuren (artikel 14, tiende lid). De beslissing van de Afdeling wordt niet in het openbaar uitgesproken (artikel 14, veertiende lid). Het gaat immers om de uitvoering van bevoegdheden door de diensten die per definitie inzicht geven in het actuele kennisniveau van de betreffende dienst, de personen en organisaties die in onderzoek zijn en door de diensten gebruikte geheime bronnen. In het verlengde hiervan bepaalt het wetsvoorstel dat een ieder die betrokken is bij de behandeling van het beroep verplicht is tot geheimhouding (artikel 14, vijftiende lid). Tot slot bepaalt het wetsvoorstel dat van een beslissing van de Afdeling bestuursrechtspraak door de minister terstond mededeling wordt gedaan aan de beide kamers der Staten-Generaal (artikel 14, zestiende lid). Nu het hier om beslissingen gaat over de toepassing van bijzondere bevoegdheden in het kader van lopende inlichtingenonderzoeken is artikel 12, derde lid, Wiv 2017 van toepassing. De informatie kan door de minister daarom volgens

¹ Evaluatiecommissie Wiv 2017: 'Evaluatie 2020: wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017', te vinden op: www.open.overheid.nl.

de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel slechts vertrouwelijk worden verstrekt. Dit betekent in de praktijk dat de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CIVD) van de Tweede Kamer wordt geïnformeerd.

2. De keuze voor de bestuursrechter

De Wiv 2017 regelt een stelsel van toezicht op de inlichtingendiensten. Het huidige stelsel van de Wiv 2017 voorziet niet in rechterlijke toetsing. Het is aan de wetgever om te bepalen of hij rechterlijke toetsing opportuun acht, en zo ja, in welke vorm en door welke rechterlijke instantie.

Thans is voor bepaalde onderzoekshandelingen de toestemming vereist van de rechtbank Den Haag (rechter-commissaris in strafzaken), zoals bij het openen van brieven en pakketten (briefgeheim) en bij het verlenen van toestemming voor het tappen van telefoongesprekken met advocaten en journalisten. De procedure is eenvoudig, vindt met gesloten deuren plaats en de beslissing is niet openbaar.

De Tijdelijke wet kiest een andere route, namelijk toetsing van het oordeel van de TIB of de (afdeling toezicht van) de CTIVD door de bestuursrechter. Bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen een oordeel van een toezichthouder is niet nieuw. Zo wordt met enige regelmaat beroep ingesteld tegen besluiten van toezichthouders als de DNB, ACM en AP. De keuze voor een procedure bij de (hoogste) algemene bestuursrechter is in dat licht begrijpelijk. Nieuw is wel dat de burger aan de procedure niet zal kunnen deelnemen.

Voorts regelt de Tijdelijke wet een van het gewone bestuursprocesrecht afwijkende procedure voor de behandeling van het beroep van de minister. Deze procedure heeft enkele specifieke kenmerken, geregeld in artikel 14, tiende, veertiende en vijftiende lid:

- behandeling met gesloten deuren;
- een niet openbare uitspraak, en
- de verplichting tot geheimhouding voor alle betrokkenen.

Deze bijzondere kenmerken roepen de vraag op of deze beperkingen in overeenstemming zijn met de aan een behoorlijke rechtsgang te stellen eisen. Daarop zal hieronder meer uitgebreid worden ingegaan.

3. De eis van openbaarheid/artikel 121 Grondwet

Het procesrecht voor de bestuursrechter, zoals neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht, kent al de behandeling met gesloten deuren (artikel 8:62 Awb). Een openbare zitting is uitgangspunt, maar de bestuursrechter *kan* bepalen dat het onderzoek ter zitting geheel of gedeeltelijk zal plaatshebben met gesloten deuren. Dit kan onder meer in het belang van de openbare orde en het belang van de veiligheid van de Staat. Het verschil met de regeling in de Tijdelijke wet is dat deze de bestuursrechter niet slechts de bevoegdheid toekent om de deuren te sluiten, maar daartoe dwingt.²

² The Investigatory Powers Tribunal in het Verenigd Koninkrijk werkt met zowel 'closed' als 'open hearings' om waar mogelijk inhoud te geven aan het belang bij 'public scrutiny', zoals bij 'points of law'. Op de website van het Tribunal valt te lezen: "As no risk of prejudice to the NCND policy or to any other aspect of national security or the public interest is present, the Tribunal have decided to exercise their discretion under Section 68(1) of RIPA to allow the hearing to be made public by means of the transcripts and also to make public the reasons for

De Algemene wet bestuursrecht kent ook al de mogelijkheid om in de procedure bij de bestuursrechter bepaalde informatie en bepaalde stukken geheim te houden (artikel 8:29 Awb). Ook dit staat in het stelsel van de Awb ter beoordeling aan de bestuursrechter (geheimhoudingskamer). De Tijdelijke wet bepaalt echter dwingend dat alle betrokkenen bij de behandeling van het beroep verplicht zijn tot geheimhouding. Dit betekent dat over de procedure en over de inhoud van het debat en de gewisselde informatie geen enkele mededeling mag worden gedaan.

Gelet op de aard van de materie en de belangen van de veiligheid van de Staat zijn de door de wetgever te maken keuzen voor behandeling achter gesloten deuren en geheimhouding op zich navolgbaar.

De Tijdelijke wet bepaalt echter ook dat de uitspraak niet openbaar is. De Tijdelijke wet gaat uit van beperkte bekendmaking van de uitspraak. De uitspraak wordt toegezonden aan de beide procespartijen, minister en toezichthouder, en daarnaast doet de betrokken minister van de uitspraak terstond mededeling aan de beide kamers der Staten-Generaal. De uitspraak mag echter niet openbaar worden gemaakt aan het algemene publiek. Dit roept de vraag op of en hoe deze keuze zich verhoudt tot artikel 121 Grondwet.

De toelichting bij de Tijdelijke wet (p. 37) stelt dat artikel 121 Grondwet niet van toepassing is op uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak. Daar kan ook anders over worden gedacht.

Artikel 121 Grondwet luidt:

“Met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald vinden de terechtzittingen in het openbaar plaats en houden de vonnissen de gronden in waarop zij rusten. De uitspraak geschiedt in het openbaar.”

Deze bepaling bevat drie waarborgen voor een behoorlijke rechtspraak: de openbaarheid van terechtzittingen, de motivering van het vonnis en de openbaarheid van het vonnis. Het valt op dat op de eerste twee waarborgen bij wet een uitzondering kan worden gemaakt, maar niet op de derde waarborg: de openbare uitspraak.

Over het bereik van artikel 121 van de Grondwet is de toelichting niet heel duidelijk. Uit de toelichting blijkt echter wel dat de grondwetgever destijds voor ogen had deze waarborgen te laten gelden voor alle rechterlijke organen. Hoewel de term ‘terrechtzittingen’ in artikel 121 Grondwet volgens de toelichting alleen betrekking heeft op procedures bij gerechten die behoren tot de rechterlijke macht, laat de toelichting tevens zien dat de grondwetgever destijds een ruime uitleg van het begrip ‘rechterlijke macht’ voor ogen had:

“[w]ij menen, dat het niet juist is bij een algehele herformulering van de grondwettelijke bepalingen over rechtspraak het begrip «rechterlijke macht» te blijven beperken tot die rechterlijke instanties, die men traditioneel tot de rechterlijke macht rekent, terwijl

Tribunal have decided to exercise their discretion under Section 68(1) of RIPA to allow the hearing to be made public by means of the transcripts and also to make public the reasons for their rulings on the legal issues argued”.

buiten deze rechterlijke instanties vele andere rechterlijke organen in onze samenleving met een omvangrijke en gewichtige rechtsprekende taak zijn belast”.

Dit begrip zou daarom in beginsel:

“elk rechterlijk orgaan kunnen betreffen, dat duurzaam met rechtspraak is belast. Ook de administratieve en militaire rechters moeten derhalve tot de rechterlijke macht kunnen behoren”.

De grondwetgever heeft daarnaast in artikel 116, eerste lid, Grondwet de mogelijkheid opgenomen om naast de gerechten die reeds tot de rechterlijke macht behoorden (rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad) ook andere gerechten aan te wijzen die tot de rechterlijke macht behoren. De toelichting bij de grondwetswijziging merkt daarom op dat:

“ook de zittingen van de administratieve gerechten waarvan de wet bepaalt dat zij behoren tot de rechterlijke macht, onder deze term begrepen zijn”.

Voor wat betreft de uitleg van de term ‘vonnissen’ in artikel 121 Grondwet heeft de grondwetgever overigens, zonder hier expliciet te verwijzen naar de mogelijkheid om bestuursrechtelijke colleges aan te wijzen als gerechten behorend tot de rechterlijke macht (zie hiervoor), toegelicht dat dit begrip moet worden gelezen als mede omvattende “beslissingen van de administratieve rechter — niet die, gegeven in administratief beroep — ...”.

Hoewel de Afdeling bestuursrechtspraak nooit formeel is aangewezen als gerecht behorende tot de rechterlijke macht, is de Afdeling bestuursrechtspraak gelet op artikel 1:4 Awb juncto 30b van de wet op de RvS een onafhankelijk rechterlijk orgaan dat duurzaam met rechtspraak is belast.

Gelet op het voorgaande meent de Afdeling dat moet worden aangenomen dat artikel 121 Grondwet, inclusief de daarin voorziene uitzonderingsmogelijkheden, in algemene zin ook van toepassing is op de Afdeling bestuursrechtspraak, alhoewel zij geen deel uitmaakt van de rechterlijke macht in de zin van de Grondwet.

4. De Tijdelijke wet: bestuursrechtspraak of bijzondere vorm van geschilbeslechting?

Hoewel aangenomen moet worden dat artikel 121 Grondwet in abstracto van toepassing is op de Afdeling bestuursrechtspraak, is de vraag of deze bepaling in concreto van toepassing is op de beroepsprocedure die bij de Afdeling wordt belegd in de artikelen 14 en 15 van de voorgestelde Tijdelijk wet. Hoewel deze beroepsprocedure raakvlakken vertoont met de bestuursrechtelijke procedures waarin de Afdeling bestuursrechtspraak rechtspreekt zoals bedoeld in artikel 73, derde lid, Grondwet, lijkt het hier te gaan om de uitoefening van een andere, specifieke geschilbeslechtende taak.

Voor dat standpunt pleiten verschillende argumenten. In de eerste plaats wijken de partijen in het geding af van wat gebruikelijk is in de bestuursrechtspraak. Het gaat hier om een *sui generis* voorziening voor een geschil tussen twee overheidsorganen: de minister enerzijds en de TIB/CTIVD anderzijds. Burgers voor wie de inzet van de

onderzoeksbevoegdheden van de veiligheidsdiensten die in het geding zijn gevolgen hebben, hebben, anders dan in reguliere bestuursrechtelijke procedures, geen rol in de procedure. Ook dat is een aanwijzing dat deze procedure geen gewone bestuursrechtspraak is. Bestuursrechtspraak in klassieke zin strekt tot het bieden van rechtsbescherming aan burgers, bedrijven en particuliere organisaties in een procedure over de rechtmatigheid van een besluit van een bestuursorgaan. Daarvan is geen sprake. Ook het reguliere bestuursprocesrecht is niet van toepassing, inclusief de daarin voor burgers opgenomen waarborgen. Daarnaast is ook de aard van het geschil bijzonder. Het gaat om een geschil over machtigingen voor en beoordeling van operaties van de veiligheidsdiensten in het kader van de bescherming van de nationale veiligheid. Wellicht is deze procedure beter te vergelijken met de in de Wiv 2017 geregelde procedure die een last van de rechtbank Den Haag vereist voor het openen van brieven en andere geadresseerde zendingen. Deze last is evenmin openbaar. Door deze factoren tezamen ligt het niet voor de hand dat de regeling van beroep in de Tijdelijke wet aan te merken is als bestuursrechtspraak in de traditionele zin. Het betreft hier een taak die weliswaar in zekere zin aansluit bij de normale rechterlijke taak van de Afdeling maar anderzijds daarvan afwijkt. Begrijpelijk is dat bij deze nieuwe taak – gelet op de aard daarvan – de eis van openbaarheid van de zittingen en de beslissingen niet kan worden gesteld. Een interpretatie waarbij artikel 121 Grondwet wel op deze bijzondere beroepsprocedure van toepassing zou zijn, zou met name in het licht van het absolute vereiste van de openbaarheid van de uitspraak in de tweede zin van artikel 121 Grondwet zeer problematisch zijn.

Dit roept de vraag op of is bedoeld de Afdeling bestuursrechtspraak de taak op te dragen van geschilbeslechting tussen minister en toezichthouder in een bijzondere procedure anders dan als hoogste, algemene bestuursrechter. De wet biedt daartoe de mogelijkheid. Het tweede lid van artikel 75 Grondwet maakt duidelijk dat de taken die in artikel 73 Grondwet aan de Raad van State zijn toegekend niet limitatief zijn. Bij wet kunnen aan de Raad of aan een afdeling van de Raad ook andere taken worden opgedragen. De aanvullende taken die tot op heden bij wet aan (een afdeling van) de Raad van State zijn toegekend, betreffen met name toezichtstaken die aan de Afdeling advisering zijn opgedragen, zoals het houden van toezicht op de naleving van begrotingsregels. Artikel 75 Grondwet staat er echter niet aan in de weg dat aan de Afdeling bestuursrechtspraak een nieuwe taak wordt opgedragen die niet bestaat uit rechtspreken in 'klassieke' bestuursrechtelijke geschillen, maar een andere vorm van geschilbeslechting betreft.

De Afdeling bestuursrechtspraak constateert dat de toelichting bij het wetsvoorstel slechts summier ingaat op de toepasselijkheid van artikel 121 Grondwet en op de bijzondere aard van het beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak in de artikelen 14 en 15 van de Tijdelijke wet.

De Afdeling geeft de regering in overweging om in het licht van het voorgaande in de toelichting alsnog en meer uitgebreid in te gaan op de toepasselijkheid van artikel 121 Grondwet. Verder wordt de regering gevraagd een duidelijke en beredeneerde keuze te maken over de aard van de geschilbeslechting en de wettelijke grondslag van de aan de Afdeling bestuursrechtspraak op te dragen taak en daarop in de toelichting in te gaan.

5. Procesrechtelijke opmerkingen

Onderstaande opmerkingen hebben een subsidiair karakter. Indien de regering meent dat de procedure in de Tijdelijke wet moet worden aangemerkt als bestuursrechtspraak in meer klassieke zin, dan verdient bespreking waarom is gekozen voor een regeling *sui generis* en waarom niet wordt aangesloten bij het bestuursprocesrecht in de hoofdstukken 6 en 8 van de Awb. Indien de procedure in de Tijdelijke wet moet worden aangemerkt als vorm van geschilbeslechting tussen twee overheidspartijen opgedragen aan een afdeling van de Raad van State dan kan in beginsel met een minder uitgewerkt wettelijk procesrecht worden volstaan. Uitgaande van de laatste optie merkt de Afdeling bestuursrechtspraak bij de artikelen 14 en 15 van de Tijdelijke wet nog het volgende op.

Procesregeling. De Tijdelijke wet kent een procesrechtelijke regeling *sui generis*. De Awb is niet van toepassing. Artikel 1:1, tweede lid, onder h en i, van de Awb bepaalt immers dat de TIB en de (afdelingen van) de CTIVD niet als bestuursorgaan worden aangemerkt, zodat oordelen van deze toezichthouders niet zijn aan te merken als besluiten in de zin van artikel 1:3 van de Awb.

De Afdeling bestuursrechtspraak verzoekt de regering dit in de toelichting te expliciteren.

Het niet van toepassing zijn van de Awb heeft voor- en nadelen. Voordeel is dat een beknopte op de materie toegesneden regeling voor de procedure kan worden vastgesteld. Nadeel is dat veel nuttige bepalingen uit de hoofdstukken 6 en 8 Awb toepassing missen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de artikelen 6:11, 6:19 en 6:22 Awb. Dat maakt de noodzaak groter om een procesregeling te kunnen vaststellen, waarin aanvullende spelregels worden opgenomen over de procedure.

De regering wordt in overweging gegeven in het voorstel voor de Tijdelijke wet een grondslag op te nemen voor een door de Afdeling bestuursrechtspraak vast te stellen procesregeling. Een alternatief is om na te gaan of toch niet een deel van de Awb van overeenkomstige toepassing moet worden verklaard.

Procedurele drukte. Omdat het instellen van beroep geen schorsende werking heeft (artikel 14, tweede lid), is voorzien in de mogelijkheid een voorlopige voorziening te treffen indien onverwijlde spoed gelet op de betrokken belangen dat vereist. Indien de toezichthouders een voor de betrokken ministers negatief oordeel hebben uitgesproken kan een voorgenomen operatie niet worden uitgevoerd of zal een lopende operatie onmiddellijk moeten worden gestaakt. In die gevallen zal steeds sprake zijn van 'onverwijlde spoed' en zal naar verwachting standaard een voorlopige voorziening worden gevraagd. Dit heeft tot gevolg dat er standaard naast elkaar twee procedures moeten worden behandeld: het beroep en het verzoek om een voorlopige voorziening. Op zowel het verzoek als het beroep moet binnen zeer korte termijn worden beslist. Dit leidt tot procedurele 'drukke' die ten koste zal gaan van de tijd en aandacht die nodig is voor de behandeling van het beroep.

De Afdeling bestuursrechtspraak geeft de regering daarom in overweging aan het beroep van de minister schorsende werking toe te kennen.

Tussenuitspraak. De Tijdelijke wet kent niet de mogelijkheid van een tussenuitspraak. Dat past niet bij opdracht om binnen twee weken na ontvangst van het verweerschrift uitspraak te doen. De zeer korte termijnen maken het praktisch lastig, zo niet (nagenoeg) onmogelijk, om nadere informatie in te winnen, getuigen en deskundigen te horen, amici curiae in te schakelen, en om prejudiciële vragen te stellen³. Overigens ontbreekt in de artikelen 14 en 15 van de Tijdelijke wet ook de (wettelijke) grondslag om inhoud te geven aan het (voor)onderzoek bijvoorbeeld voor het inschakelen van deskundigen of amici curiae.

Denkbaar is een regeling waarbij de Afdeling binnen een – nader te bepalen – korte termijn oordeelt – bijvoorbeeld in een tussenuitspraak – of een operatie mag starten of doorgaan, waarna het onderzoek wordt heropend en voortgezet om nader onderzoek te verrichten om uiteindelijk richtinggevende uitspraken te kunnen doen over de intrinsieke spanning tussen de bescherming van de privacy van burgers enerzijds en de noodzaak tot inlichtingen- en veiligheidsonderzoek in het belang van de veiligheid van de Staat en daarmee ook van alle betrokken burgers anderzijds.

De regering zou in het wetsvoorstel hieraan aandacht dienen te besteden.

Deskundigheid. De diensten beschikken over grote technische materiedeskundigheid. Ook de beide toezichthouders hebben technische deskundigheid aan boord. Om de aangevochten oordelen op waarde te kunnen schatten zal ook de Afdeling bestuursrechtspraak de noodzakelijke technische kennis moeten opdoen. Dat kan allereerst door aan de procespartijen tekst en uitleg te vragen. Verder kan worden gedacht aan het maken van een reglement met spelregels over uitleg – spontaan of op verzoek – over de inzet van (nieuwe) technische middelen. De rechter moet echter ook de mogelijkheid hebben om (andere) deskundigen te raadplegen. Die mogelijkheid ontbreekt in het wetsvoorstel zoals dit thans is voorgelegd. Verder valt te voorzien dat de Afdeling behoefte heeft aan technische deskundigheid in de zittingskamer die het beroep behandelt. Dat kan in theorie door de benoeming van een staatsraad in buitengewone dienst die jurist is en tevens beschikt over de benodigde technische kennis. Dergelijke personen zijn (zeer) schaars. Het ligt dan ook meer voor de hand om bij wet te regelen dat de Afdeling bestuursrechtspraak een extra lid kan toevoegen aan de behandelend kamer; vergelijk artikel 5 van de Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging, welke wet thans uitsluitend van toepassing is op de civiele rechtspleging.

De Afdeling bestuursrechtspraak geeft de regering in overweging in het wetsvoorstel aan bovenstaande aspecten aandacht te besteden.

De amicus curiae. In de procedure voor de Afdeling bestuursrechtspraak wordt het belang van de burger en diens privacy indirect vertegenwoordigd, maar niet rechtstreeks. De burger is geen procespartij en kan dat ook niet zijn. Het is echter niet onmogelijk om de privacybelangen van burgers in de beroepsprocedure te laten behartigen door speciaal daarvoor aangewezen deskundigen ('amici curiae' of 'special advocates').

³ Het belang van de mogelijkheid om prejudiciële vragen te kunnen stellen is aan de orde gesteld in het rapport van de Evaluatiecommissie Wiv 2017.

De Afdeling bestuursrechtspraak geeft de regering daarom in overweging in het kader van (de evaluatie van) de Tijdelijke wet te bezien welke mogelijkheden er zijn om de privacybelangen van burgers te betrekken in de procedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Rechtsvergelijking met Angelsaksische landen kan hier mogelijk tot inspiratie dienen.⁴

Dicta. In de toelichting bij de Tijdelijke wet wordt ervan uitgegaan dat de Afdeling bij een gegrond beroep ook de volgende dicta kan hanteren:

- rechtsgevolgen in stand laten, geheel of gedeeltelijk;
- zelf in de zaak voorzien;
- de opdracht geven tot een nieuwe weging met inachtneming van de overwegingen van de Afdeling;
- het treffen van een voorlopige voorziening.

In artikel 14, dertiende lid, is opgenomen dat de Afdeling bij gegrondverklaring van het beroep tevens de gevolgen bepaalt die daaraan moeten worden verbonden. Kennelijk is hiermee bedoeld dat de Afdeling ook de hiervoor genoemde dicta kan hanteren.

De Afdeling bestuursrechtspraak geeft de regering in overweging uit oogpunt van rechtszekerheid deze mogelijkheden in de wettekst zelf op te nemen.

6. Evaluatie

De Tijdelijke verdient evaluatie na één of twee jaar. Evaluatie is noodzakelijk om te bezien of de procedure tot tevredenheid functioneert, of de termijnbepalingen realistisch zijn, en of behoefte bestaat aan andere onderzoeksinstrumenten. De evaluatie kan ook worden gebruikt om (rechtsvergelijkend) onderzoek te doen naar een mogelijke vorm van openbaarheid van de uitspraken van de rechter en naar versterking van de positie van de burger in de procedure.

De Afdeling bestuursrechtspraak verzoekt de regering daarom in de Tijdelijke wet een evaluatiebepaling op te nemen.

7. Organisatorische aspecten

De personele gevolgen van de mogelijkheid van beroep op de ABRvS zijn op dit moment moeilijk in te schatten. Immers, onduidelijk is of beroep zal worden ingesteld en, zo ja, hoe vaak. Maar als er beroep wordt ingesteld moet de organisatie van de Afdeling zodanig zijn dat ter zake deskundige rechters en ondersteunende juristen direct aan het werk kunnen om op korte termijn op het beroep uitspraak te kunnen doen. In de praktijk zal dat betekenen dat de betrokken staatsraden en juristen van lopende zaken afgehaald moeten worden om voorrang te verlenen aan de behandeling van het beroep van de

⁴ Vergelijk The Investigatory Powers Tribunal in het Verenigd Koninkrijk en The Foreign Intelligence Surveillance Court (of Review) in de Verenigde Staten. In de rechtsvergelijking kan ook worden betrokken het stelsel van toezicht in Duitsland, met de G10-commissie, en in Frankrijk, waar de Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) toezicht houdt op de inzet van bevoegdheden en waar - indien adviezen van de CNCTR niet worden gevolgd - een zaak kan worden voorgelegd aan een speciale kamer van de 'section du contentieux' van de Franse Raad van State.

minister, hetgeen tot verdringing leidt en dus ten koste gaat van de aandacht voor andere zaken. Pas na verloop van tijd zal blijken wat de impact is van de beroepsmogelijkheid in personele, organisatorische en financiële zin.

De Afdeling bestuursrechtspraak gaat ervan uit dat de betrokken ministeries de hiermee gemoeide kosten zullen vergoeden.

De benodigde aanpassingen om beroepen op grond van de Tijdelijke wet te kunnen behandelen zijn ingrijpend omdat ze in velerlei opzichten (inhoudelijk, beveiliging, IT) afwijken van hetgeen thans bij de behandeling van (hoger) beroep door de Afdeling bestuursrechtspraak gebruikelijk is. Naar de inschatting van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn met de noodzakelijke aanpassingen de nodige tijd, energie, geld en technische kennis gemoeid. Die aanpassingen zullen eerst moeten worden gerealiseerd voordat de eerste beroepen kunnen worden behandeld. Dit heeft gevolgen voor het tijdstip waarop de Tijdelijke wet in werking kan treden, althans voor de datum van inwerkingtreding van de artikelen 14 en 15 van de Tijdelijke wet.

De Afdeling bestuursrechtspraak verzoekt de ministers hiermee rekening te houden en hierover met de Afdeling in overleg te treden.