

Raad van Europa Conventie 108+ en toezicht op nationale veiligheid

Commissie van Toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (CTIVD)

Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB)

Den Haag, Februari 2021

[‘Conventie 108+’](#) is de gemoderniseerde versie van het bestaande Raad van Europa-verdrag 108 (Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data, ETS No. 108). Een belangrijke aanvulling van het gewijzigde verdrag ten opzichte van de huidige versie is dat gegevensverwerving en –verdere verwerking binnen het domein van nationale veiligheid (en defensie) onder de werking van het verdrag is geplaatst. Voorheen kon nationale veiligheid worden uitgezonderd op grond van artikel 3.2. Zoals in de toelichting op Conventie 108+ wordt aangegeven codificeert het verdrag mede de rijke jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Momenteel is in meerdere Europese landen het proces gestart of lopende om het protocol CETS No. 223 tot wijziging van het verdrag dat leidt tot Conventie 108+ te ratificeren (van de 55 landen die Conventie 108 hebben onderschreven, zijn er 33 die de wijziging hebben getekend en 10 hebben inmiddels ook geratificeerd). De nieuwe conventie kan al in oktober 2023 in werking treden en daarmee bindend worden.

Conventie 108+ (hierna: ‘Conventie 108+’ of ‘Conventie’) heeft meerdere implicaties voor het toezicht in het kader van de nationale veiligheid. Een aantal observaties in dit verband wordt hierna nader geduid. Dit memo heeft niet de bedoeling een uitputtende behandeling te zijn van alle relevante aspecten van de Conventie voor het toezicht in relatie tot nationale veiligheid, maar

beoogt verder bewustzijn te creëren voor de relevantie van de conventie voor de regulering van onder meer inlichtingen- en veiligheidsdiensten, alsmede het toezicht daarop.¹

Overigens moet worden opgemerkt dat de Conventie nieuwe minimum-normen stelt, het staat landen vrij – en zij worden daartoe aangemoedigd – om hogere normen te stellen.

1. Reikwijdte Conventie 108+

Conventie 108+ is onverkort van toepassing op het nationale veiligheidsdomein. Dit impliceert dat nationale veiligheidsregulering op artikelniveau moeten worden nagelopen om vast te stellen of bestaande nationale veiligheidsregulering in overeenstemming is met Conventie 108+. Dit geldt overigens niet alleen voor het toezicht, maar ook voor wat betreft de vereisten (uitgangspunten en voorwaarden) die in het verdrag worden gesteld aan gegevensverwerving en verdere verwerking als zodanig.

De Conventie kent een conceptuele/holistische benadering wanneer wordt gesproken over ‘national security and defense’. Nationale wetgevingskaders hebben niet altijd een dergelijke benadering en kennen uitsluitingen, bijvoorbeeld ten aanzien van de reikwijdte van het toezicht (gelimiteerd tot bepaalde inlichtingen- en veiligheidsorganisaties of tot toezicht op binnenlandse activiteiten of nationale burgers). Conventie 108+ laat dergelijke uitsluitingen evenwel niet toe. Nationale implementatie dient derhalve het gehele veiligheidsdomein te omvatten (‘all inclusive’ te zijn). Dit impliceert bijvoorbeeld dat bij de aanwijzing van de toezichthouder (o.a. artikel 11, lid 3, artikel 15 en artikel 16, lid 2 Conventie) duidelijk moet zijn dat het gehele domein van nationale veiligheid onder de verantwoordelijkheid van de aan te wijzen toezichthouder(s) valt.

2. Beperkte uitzonderingen en beperkingen

Artikel 11 van Conventie 108+ (‘Exceptions and restrictions’) laat (rechtmatige) uitzonderingen en beperkingen op een beperkt aantal bepalingen van de Conventie toe (nader aangegeven in de

¹ De CTIVD en TIB danken degenen die commentaar hebben geleverd op eerdere versies van dit memo, waaronder het secretariaat van de Raad van Europa en leden van de CTIVD-kenniskring. Deze tekst is een vertaling van de Engelstalige versie.

artikelen 11, lid 1 en 3). Het gaan dan om toegelaten beperkingen op de rechten van individuen (data subjecten), maar ook om internationale gegevensuitwisseling en de inrichting/bevoegdheden van het toezicht.

Uitzonderingen en beperkingen, die in dit artikel nader benoemd en gelimiteerd worden, zijn uitsluitend geoorloofd wanneer deze in overeenstemming zijn met de in het artikel genoemde vereisten. Voor de implementatie van Conventie 108+ betekent dit iedere uitzondering en beperking moet zijn voorzien bij wet, in lijn moet zijn met de kern van de onderliggende fundamentele rechten en vrijheden en dusdanig gerechtvaardigd moeten zijn dat deze ‘constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society’. Het gaat hier een uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) gekende toetsing die de bewijslast legt bij de Staat/wetgever.

Het betreft dus geen vrijblijvende toets en reeds bestaande normatieve kaders dienen bij de afweging te worden betrokken. Deze zijn onder meer terug te vinden in de jurisprudentie van het EHRM, die geacht moet worden in de Conventie te zijn geïncorporeerd (zie bijvoorbeeld, the ECtHR [factsheet of the Mass surveillance](#)).

Voor EU-lidstaten is mede van belang dat voor de gegevensverzameling en verwerking, als ook voor toezicht standaarden zijn gezet in zowel de Algemene Verordening Gegevensverwerking (AVG, 2016/679) als de Politierichtlijn (2016/680). Hetzelfde geldt voor de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. In recente jurisprudentie wordt voor wat betreft het noodzakelijkheidsvereiste de verzwaarde term ‘strictly necessary’ gehanteerd (zie: [ECLI:EU:C:2020:790](#) [*Privacy international*] and [ECLI:EU:C:2020:791](#) [*La Quadrature du Net*]).

3. Rol en bevoegdheden van onafhankelijk en effectief toezicht

Conventie 108+ besteedt bij het formuleren van uitzonderingen en beperkingen bijzondere aandacht aan het toezicht in het kader van nationale veiligheid. Gebaseerd op artikel 11, lid 3 zijn uitzonderingen en beperkingen inzake het toezicht uitsluitend geoorloofd ten aanzien van de artikelen 4, lid 3, artikel 14, lid 4 en lid 6, en artikel 15, lid sub a t/m d. Dit betekent dat de voornoemde strikte en nauwe noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets hierop van toepassing

is. Voor uitzonderingen en beperkingen geldt bovendien dat deze nimmer de onafhankelijkheid en de effectiviteit van het toezicht kunnen raken: ‘This without prejudice to the requirement that processing activities for national security and defense purposes are subject to independent and effective review and supervision under the domestic legislation of the respective Party’. Voor relevante EHRM jurisprudentie over onafhankelijk en effectief toezicht, zie onder meer de zaken [ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306](#) [*Roman Zakharov v. Russia*] en [ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003713814](#) [*Szabó and Vissy v. Hungary*].

In artikel 15, lid 2, sub a is voorgeschreven dat het toezicht ‘shall have powers of investigation and intervention’. Effectief toezicht impliceert bindende bevoegdheden juist daar waar de impact op de in het geding zijnde fundamentele rechten het grootst is, vooral in de fasen van toegang, analyse en bewaren van persoonsgegevens. Bindende bevoegdheden dienen te zien op het beperken/beëindigen van de verwerking, inclusief datareductie/vernietiging. In dit verband kan worden opgemerkt dat binnen de EU geldende standaarden (GDPR/Police Directive) dergelijke toezichtsbevoegdheden ook voorschrijven. Het ontbreken van bindende bevoegdheden binnen het domein van nationale veiligheid is vanuit het perspectief van het optimaal beschermen van de rechtstaat niet te rijmen met het criterium dat dit ‘constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society’. Voor de overige elementen van artikel 15 waar beperkingen mogelijk zijn (sub c t/m d) geldt in beginsel hetzelfde.

Conventie 108+ staat geen uitzonderingen toe waar het gaat om de overige onderdelen van artikel 15, te weten sub e van lid 2 (bewustwording), lid 3 (raadpleging over wet en regelgeving), lid 4 (verzoeken en klachten van burgers), lid 5 (onafhankelijkheid en onpartijdigheid), lid 6 (noodzakelijke middelen voor effectieve taakuitoefening), lid 7 [periodieke rapportage), lid 8 (vertrouwelijkheid), lid 9 (mogelijkheid van beroep) en 10 (geen bevoegdheid inzake ‘bodies when acting in their juridical capacity’).

4. Grensoverschrijdend verkeer van persoonsgegevens

In hoofdstuk III/artikel 14 wordt ingegaan op grensoverschrijdend verkeer van persoonsgegevens. Omdat er geen beperkingen en uitzonderingen mogelijk zijn, is dit artikel eveneens onverkort van toepassing op het veiligheidsdomein.

Dit heeft voor het toezicht tenminste twee implicaties. In de eerste plaats legt artikel 14, lid 5 aan de staten op om gegevensverwerkers te verplichten om aan de toezichthouder alle relevante informatie te verstrekken inzake de uitwisseling van persoonsgegevens als bedoeld in lid 3b en, op verzoek, lid 4b en 4c. Deze informatieverplichting omvat in beginsel alle uitwisseling van persoonsgegevens. In de tweede plaats, lid 6 schrijft verder een onderbouwing van de grensoverschrijdende gegevensuitwisseling voor inclusief de verplichting om de toezichthouder bevoegd te laten zijn om de gegevensuitwisseling te verbieden, op te schorten of aan voorwaarden onderhevig te laten zijn.

Artikel 14 behoort tot de artikelen waarop uitzonderingen en beperkingen mogelijk zijn. Dit volgt uit artikel 11 in combinatie met artikel 15, lid 2, sub b. Eventuele uitzonderingen en beperkingen dienen derhalve aan dezelfde eisen met betrekking tot proportionaliteit en noodzakelijkheid te voldoen.

5. Samenwerking toezicht

De Conventie schrijft in artikel 17 voor dat toezichthouders met elkaar moeten samenwerken ‘to the extent necessary for the performance of their duties and exercise of their powers’. Artikel 17 behoort niet tot de artikelen waarop uitzonderingen en beperken mogelijk zijn.

Het artikel noemt in het bijzonder de volgende vormen van samenwerking: wederzijdse ondersteuning (sub a), de coördinatie van onderzoeken en interventies, alsmede het uitvoeren van gezamenlijke acties (sub b) en informatieuitwisseling over regelgeving en praktijk (sub c). Binnen de context van de samenwerking kunnen geen persoonsgegevens worden uitgewisseld, tenzij dit essentieel is voor de samenwerking of wanneer er door betrokken personen toestemming is verleend (die expliciet, vrij en geïnformeerd moet zijn).

Tenslotte verplicht het artikel in lid 3 tot het opzetten van een netwerk van toezichthouders. Deze verplichting wordt opgelegd aan de toezichthouders. De verdragsstaten zullen ook hier - zoals dat in beginsel geldt voor alle andere aspecten van de Conventie - voorwaardenscheppend moeten zijn zodat aan deze verplichting invulling kan worden gegeven.