No.W04.21.0339/I 's-Gravenhage, 26 januari 2022

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 17 november 2021, no.2021002254, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van de Kieswet, houdende vaststelling van regels over de programmatuur die bij verkiezingen wordt gebruikt ten behoeve van de vaststelling van de verkiezingsuitslag (Wet programmatuur verkiezingsuitslagen), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel stelt regels over de programmatuur die bij verkiezingen wordt gebruikt ten behoeve van de vaststelling van de verkiezingsuitslag. Voorgesteld wordt om deze programmatuur te centraliseren, het gebruik ervan verplicht te stellen en de Kiesraad verantwoordelijk te maken voor het beheer.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft het belang van het wetsvoorstel. Zij merkt op dat het, mede gelet op de bijzondere aard van het kiesrecht en artikel 59 van de Grondwet, noodzakelijk is om de basisvereisten aan de uitslagprogrammatuur in de wet op te nemen en ook overigens om (sub)delegatie nader in te kaderen. Daarnaast zouden terugvalopties, mocht de programmatuur onverhoopt uitvallen, nader moeten worden uitgewerkt en gebruikers daarop worden voorbereid.

Verder adviseert de Afdeling om in de toelichting aandacht te besteden aan de strafbaarstelling in het geval iemand inbreuk maakt op de programmatuur. Tot slot is het van belang dat binnen de Kiesraad onderscheid wordt gemaakt tussen de functie van beheerder van de programmatuur en de functie van centraal stembureau, ter voorkoming van onwenselijke functievermenging.

In verband met deze opmerkingen is aanpassing van het voorstel en de toelichting wenselijk.

1. Inhoud en reikwijdte wetsvoorstel

Het wetsvoorstel regelt de bevoegdheden en verantwoordelijkheden met betrekking tot de programmatuur die de respectievelijke stembureaus gebruiken voor de vaststelling van de uitslag. Met deze apparatuur berekent elk stembureau het aantal stemmen per kandidaat en per lijst, alsmede het aantal blanco en ongeldige stemmen. Op die manier kan de Kiesraad de verkiezingsuitslag berekenen en vaststellen. De voorgestelde regels gelden voor de verkiezingen van het Europees Parlement, de Tweede Kamer, provinciale staten, waterschappen en gemeenteraden. Het wetsvoorstel is in beginsel ook van toepassing op de verkiezingen in Caribisch Nederland.

Het wetsvoorstel bevat de volgende kernelementen:

*Centralisering uitslagprogrammatuur*

De Kiesraad richt met het oog op de betrouwbare werking en beveiliging van de uitslagprogrammatuur centrale voorzieningen in en treft centrale maatregelen. De programmatuur is thans nog decentraal ingericht met per gemeente ‘stand-alone’ computers.

*Verplicht gebruik*

De gemeentelijke stembureaus, de hoofdstembureaus, het nationaal briefstembureau en het centraal stembureau worden verplicht om de uitslagprogrammatuur te gebruiken. In de huidige situatie is dit nog facultatief.

*Kiesraad beheerder*

De Kiesraad wordt voor alle verkiezingen verantwoordelijk voor het beschikbaar stellen, de instandhouding, de betrouwbare werking en de beveiliging van de uitslagprogrammatuur. Dit is een codificatie van de praktijk dat de Kiesraad de uitslagprogrammatuur bij alle verkiezingen ter beschikking stelt.

*Wat verandert niet?*

Ook in de huidige praktijk wordt al gebruikgemaakt van programmatuur om de uitslag van verkiezingen te berekenen. Het wetsvoorstel voorziet dus niet in een verdere automatisering van het proces. Het uitbrengen van de stemmen en het tellen van de stembiljetten blijven handmatig plaatsvinden. Het wetsvoorstel verandert evenmin de procedure voor vaststelling van de verkiezingsuitslag.

2. Niveau van regelgeving

*a. Eisen aan programmatuur in de wet*

De toelichting vermeldt dat het wetsvoorstel “voorziet in de basisbeginselen van betrouwbaarheid, beveiliging, transparantie en controleerbaarheid”.[[1]](#footnote-1) Het wetsvoorstel noemt enkele van deze begrippen, zoals betrouwbare werking en beveiliging, in de context van de regeling van de bevoegdheden van de Kiesraad.[[2]](#footnote-2) Tevens voorziet het voorstel in een delegatiegrondslag voor de te stellen eisen.[[3]](#footnote-3)

De Afdeling merkt op dat het wetsvoorstel enige richting geeft aan de vraag waaraan uitslagprogrammatuur moet voldoen. Een eenduidige en systematische opsomming ontbreekt echter. Zo is niet wettelijk verankerd dat de uitslagprogrammatuur controleerbaar en transparant moet zijn.[[4]](#footnote-4) De toelichting meldt dat de vereisten waaraan uitslagprogrammatuur moet voldoen, zullen worden geregeld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (amvb).[[5]](#footnote-5)

De Afdeling wijst erop dat de aard en de impact van het kiesrecht meebrengen dat de wezenlijke elementen op het niveau van de formele wet moeten worden vastgelegd, zoals ook in de toelichting uiteengezet.[[6]](#footnote-6) Om deze reden verzet artikel 59 van de Grondwet zich tegen ruime delegatie.[[7]](#footnote-7) Vanwege het gegeven dat de kieswetgeving een essentieel democratisch proces regelt, is nauwe betrokkenheid van het parlement noodzakelijk.[[8]](#footnote-8) Het ligt dan ook in de rede om in de Kieswet de basisvereisten op te nemen die aan de uitslagprogrammatuur worden gesteld. Uiteraard laat dat nadere uitwerking in lagere regelgeving onverlet.

De Afdeling adviseert de algemene basisvereisten waaraan de uitslagprogrammatuur moet voldoen in de wet op te nemen.

*b. (Sub)delegatie*

Daarnaast valt op dat voor een aantal onderwerpen gekozen wordt voor delegatie bij of krachtens amvb. Dit betreft onder meer de procedure van toetsing van de uitslagprogrammatuur, de deskundigheid en onafhankelijkheid van de instantie die de uitslagprogrammatuur toetst, openbaarmaking van de gegevens, bedoeld in artikel Ea 2, zevende lid, en de regeling van de gegevens die het betreft, het ter beschikking stellen van de uitslagprogrammatuur aan het gemeentelijk stembureau, het nationaal briefstembureau, het hoofdstembureau en het centraal stembureau, niet zijnde de Kiesraad. De toelichting stelt dat regeling bij of krachtens amvb de voorkeur heeft in verband de benodigde flexibiliteit samenhangend met mogelijke onvoorziene of nieuwe ontwikkelingen.[[9]](#footnote-9)

Van de mogelijkheid van delegatie aan een minister van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften dient terughoudend gebruik te worden gemaakt, in verband met het uitgangspunt dat deze op een zo hoog mogelijk regelniveau worden vastgesteld. Deze delegatie naar een ministeriële regeling dient bovendien te worden beperkt tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van details van een regeling of voorschriften waarvan te voorzien is dat zij met grote spoed worden vastgesteld. Een keuze voor subdelegatie naar ministeriële regelingen moet overtuigend worden gemotiveerd in de toelichting. In het voorstel wordt nu in (vrijwel alle) delegatiebepalingen standaard tevens voorzien in deze subdelegatie, zonder dat per onderwerp gemotiveerd wordt waarom dit noodzakelijk dan wel aangewezen zou zijn.

Mede gelet op de aard van het kiesrecht adviseert de Afdeling de noodzaak van delegatie per onderwerp te bezien, alsook het niveau van delegatie. Verder dient een zo concreet mogelijke omschrijving te worden opgenomen van de omstandigheden waaronder en de onderwerpen waarvoor van de bevoegdheid tot (sub)delegatie gebruik mag worden gemaakt.

3. Terugvalopties bij onderbreking programmatuur

Met het wetsvoorstel wordt de Kiesraad bevoegd om het gebruik van de programmatuur te onderbreken, onder andere bij een ernstige storing of aantasting van de werking, beveiliging of betrouwbaarheid.[[10]](#footnote-10) Indien het gebruik van de programmatuur niet kan worden hervat, zijn er twee terugvalopties om de verkiezingsuitslag alsnog te berekenen.[[11]](#footnote-11)

Ten eerste is er de mogelijkheid om decentraal ontsloten uitslagprogrammatuur in te zetten op een stand-alone (offline) computer. Een kanttekening die hierbij wordt gemaakt is dat ook deze programmatuur veilig en betrouwbaar moet werken en het installeren van de programmatuur op de afzonderlijke computers veel werk en tijd vergt. Ten tweede is er de ‘zeer extreme en niet te verwachten’ optie terug te vallen op een volledig handmatige optelling en vaststelling. Dit scenario wordt als zeer onwenselijk aangemerkt, vooral omdat de langere doorlooptijd die dit tot gevolg zal hebben zal leiden tot overschrijding van de termijnen in de Kieswet en meer risico bevat op telfouten. Daarnaast is er ook bij het handmatige optellen en vaststellen het risico dat er gebruik wordt gemaakt van andere niet gecontroleerde software, zoals Excel.

Gegeven het feit dat de veilige en betrouwbare werking nooit honderd procent kan worden gewaarborgd (‘zero trust’), is het cruciaal dat er terugvalopties zijn zodat het verkiezingsproces ook doorgang vindt in het geval van een digitale verstoring. Voorbereiding op digitale ontwrichting dient integraal onderdeel te zijn van het veiligheidsbeleid ter waarborging van de continuïteit van vitale processen in de samenleving.[[12]](#footnote-12) Dit vergt een goede voorbereiding – ook van de werkprocessen die in gang moeten worden gezet op het moment dat voor een terugvaloptie wordt gekozen.

In dit licht bezien is het positief dat aandacht wordt besteed aan terugvalopties. De toelichting stelt evenwel dat de verstrekking van decentrale programmatuur (optie 1) pas plaatsvindt vanuit de Kiesraad nadat is gebleken dat dit nodig is. De vraag is of dat niet (te) reactief is en minder kwetsbaar kan worden ingericht. Daarnaast is het van belang ook de handmatige optie meer voor te bereiden door te oefenen en te trainen, zodat vaardigheden en kennis van werkprocessen voorhanden blijven. In antwoord op suggesties om een draaiboek of instructies op te stellen voor handmatige optelling, stelt de regering dat de handmatige optie een ‘uiterst scenario’ betreft, waarvan het niet passend is om daar ruim voor de verkiezingen op voor te sorteren.[[13]](#footnote-13) De Afdeling merkt daarentegen op dat voorbereiding op uiterste scenario’s het stelsel in de praktijk robuuster maakt.

Voor zover moet worden teruggevallen op handmatige telling, is overigens onduidelijk of de Kiesraad dan bevoegd is hierover aanwijzingen te geven.[[14]](#footnote-14) Deze bevoegdheid is in het wetsvoorstel beperkt tot zaken die betrekking hebben op de aansluiting en het beheer van de uitslagprogrammatuur. Daarmee is niet geregeld of en zo ja door wie er bij een handmatige telling aanwijzingen kunnen worden gegeven. Voor een goede werking van de handmatige terugvaloptie is het van belang dat hierover duidelijkheid bestaat.

De Afdeling adviseert de beide terugvalopties nader uit te werken en gebruikers daarop voor te bereiden.

4. Strafbaarstelling

Het wetsvoorstel bevat geen specifieke strafbaarstelling in de Kieswet in het geval iemand de programmatuur manipuleert, misbruikt of op andere wijze inbreuk maakt op de betrouwbare werking ervan. Dergelijke handelingen vallen daarmee onder de algemene strafbaarstelling voor het manipuleren van de uitslag van een stemming.[[15]](#footnote-15) Op grond van dit artikel kan een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden worden opgelegd of een geldboete van de vierde categorie.

De Afdeling wijst erop dat de Kieswet diverse specifieke strafbepalingen bevat met aanmerkelijk hogere strafmaten.[[16]](#footnote-16) Zo staat bijvoorbeeld op het namaken of vervalsen van stembiljetten en stempassen een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaar.[[17]](#footnote-17) Gegeven de potentieel verstrekkende gevolgen van een inbreuk op de werking van de uitslagprogrammatuur, en daarmee op de betrouwbaarheid van de verkiezingsuitslag, is het de vraag of de strafmaat van een jaar en zes maanden nog in verhouding staat tot deze specifieke strafmaten uit de Kieswet. Nu het gebruik van de uitslagprogrammatuur in de Kieswet dwingend wordt voorgeschreven, rijst tevens de vraag of het aangewezen is om hiervoor in de Kieswet zelf een specifieke strafbepaling op te nemen vergelijkbaar met de bepalingen over stembiljetten, stempassen en andere materialen die in het stemproces worden gebruikt.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de strafbaarstelling en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

5. Interne organisatie Kiesraad

Met dit wetsvoorstel wordt de Kiesraad formeel beheerder van de uitslagprogrammatuur en in die functie verantwoordelijk voor de goede werking van die programmatuur. Het betekent ook dat de Kiesraad afspraken maakt met (en regels stelt aan) de gebruikers van de programmatuur. Zo nodig kan de beheerder ingrijpen bij deze gebruikers en hen een aanwijzing geven. Een van die gebruikers is het centraal stembureau, een functie die ook door de Kiesraad wordt vervuld. Deze dubbelrol betekent dat de Kiesraad ‘met zichzelf’ afspraken maakt en op zichzelf toeziet. Het is in dit verband, en mede in het licht van de verdere transitie van de Kiesraad tot ‘verkiezingsautoriteit’,[[18]](#footnote-18) belangrijk dat er in organisatorische zin onderscheid wordt gemaakt ter voorkoming van onwenselijke functievermenging.

De Afdeling adviseert in verband hiermee de toelichting aan te vullen en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

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,

1. Toelichting, paragraaf 1.1, ‘achtergrond en inleiding’. [↑](#footnote-ref-1)
2. Voorgesteld artikel Ea2, eerste tot en met zevende lid. [↑](#footnote-ref-2)
3. Voorgesteld artikel Ea2, achtste lid. Zie ook de toelichting, paragraaf 2.3, ‘de beveiligingseisen aan de uitslagprogrammatuur’. [↑](#footnote-ref-3)
4. Deze worden alleen genoemd in de toelichting, zie bijv. paragraaf 2.3, ‘de beveiligingseisen aan de uitslagprogrammatuur’. [↑](#footnote-ref-4)
5. Toelichting, paragraaf 3.2, ‘het niveau van de regelgeving’. [↑](#footnote-ref-5)
6. Toelichting, paragraaf 3.2, ‘het niveau van de regelgeving’. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artikel 59 van de Grondwet: “Alles, wat verder het kiesrecht en de verkiezingen betreft, wordt bij de wet geregeld.” [↑](#footnote-ref-7)
8. Zie ook Raad van State (2021) Digitalisering, p. 35-36 over ‘betrokkenheid parlement’. [↑](#footnote-ref-8)
9. Toelichting, paragraaf 3.2, ‘het niveau van de regelgeving’. [↑](#footnote-ref-9)
10. Voorgesteld artikel Ea 8. [↑](#footnote-ref-10)
11. Toelichting, paragraaf 2.8.3 ‘Formele bevoegdheid van de Kiesraad tot het (doen) onderbreken van gebruik’. [↑](#footnote-ref-11)
12. WRR (2019) Voorbereiden op digitale ontwrichting, p. 13-14. [↑](#footnote-ref-12)
13. Toelichting, paragraaf 6 ‘advies en consultatie’. [↑](#footnote-ref-13)
14. Voorgesteld artikel Ea 7. [↑](#footnote-ref-14)
15. Wetboek van Strafrecht, artikel 129. [↑](#footnote-ref-15)
16. Kieswet, hoofdstuk Z, paragraaf 1 ‘strafbepalingen’. [↑](#footnote-ref-16)
17. Kieswet, artikel Z 1. [↑](#footnote-ref-17)
18. Toelichting, paragraaf 1.4 ‘Transitie Kiesraad en samenhang met het wetsvoorstel omtrent de (verdere) bevordering van de kwaliteit in het verkiezingsproces’. [↑](#footnote-ref-18)