Ministerie van Justitie en Veiligheid

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer

Afdeling Cybersecurity
www.rijksoverheid.nl/jenv

Datum
3 oktober 2024

Onze referentie
5836798

nota

Factsheet gevolgen niet-tijdige implementatie NIS2-richtlijn

Aanleiding

De nieuwe Europese richtlijn over netwerk- en informatiebeveiliging (hierna: NIS2-richtlijn) dient uiterlijk 17 oktober 2024 in alle lidstaten te zijn omgezet in nationale wetgeving. Die deadline zal door Nederland niet worden gehaald. Dit betekent dat totdat de Cyberbeveiligingswet (hierna: Cbw) - waarmee de NIS2-richtlijn wordt geïmplementeerd - in werking treedt, de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (hierna: Wbni), voor zover het gaat om de entiteiten die thans onder de werking daarvan vallen, zal blijven gelden. De Wbni wordt ingetrokken bij inwerkingtreding van de Cbw.
Deze factsheet geeft inzicht in de gevolgen van de niet-tijdige implementatie van de NIS2-richtlijn voor de periode na 17 oktober 2024 tot de datum van inwerkingtreding van de Cbw. Sommige bepalingen uit de richtlijn hebben met ingang van 17 oktober 2024 zogenoemde rechtstreekse werking. Dat betekent dat de overheid vanaf laatstgenoemde datum, en dus voordat de richtlijn zal zijn geïmplementeerd in nationale wetgeving, bepaalde bepalingen uit de richtlijn direct moet toepassen. Daarnaast geldt dat na 17 oktober 2024 het nationale recht conform de NIS2-richtlijn geïnterpreteerd moet worden.[1] Dat is met name relevant als een beroep wordt gedaan op de Wbni na 17 oktober 2024. In deze factsheet wordt daarom ingegaan op de leerstukken van rechtstreekse werking en richtlijnconforme interpretatie,de gevolgen van de niet-tijdige implementatie van de NIS2-richtlijn voor de uitvoeringspraktijk en beleidsmatige overwegingen

(i) Rechtstreekse werking en richtlijnconforme interpretatie

Belangrijkste punten bij het leerstuk van rechtstreekse werking

- Het beginsel van rechtstreekse werking houdt in dat particulieren zich rechtstreeks kunnen beroepen op het EU-recht bij een nationale of Europese rechter, ongeacht het bestaan van regelgeving in het nationale recht. Er moet dan wel aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan (zie Verticale rechtstreekse werking - particulier-overheid).
- Er zijn twee vormen van rechtstreekse werking, namelijk de verticale en de horizontale rechtstreekse werking. Verticale rechtstreekse werking houdt in dat een particulier zich ten overstaan van de overheid en bij een rechter op

[1] f Hoofdstuk III, par. 5.1 en HvJ EU 22 juni 1989, ECLI:EU:C:1989:256 (zaak C-103/88 (Fratelli Constanzo)); HvJ EU 25 november 2010, ECLI:EU:C:2010:717 (zaak C-429/09 (FUSS II), r.o. 39, HvJ EU 1 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:764 (zaak C-649/18 (Daniel B)), r.o. 38.

het EU-recht kan beroepen. Richtlijnen kunnen alleen verticale rechtstreekse werking hebben bij niet-tijdige implementatie. Omgekeerd geldt niet dat de overheid zich ten nadele van een burger rechtstreeks op een richtlijn kan beroepen bij niet-tijdige implementatie (verbod van omgekeerde verticale rechtstreekse werking). Horizontale rechtstreekse werking houdt in dat particulieren zich ten overstaan van elkaar op het EU-recht kunnen beroepen.

- Een richtlijn(bepaling) kan niet door een particulier tegenover een andere particulier worden ingeroepen.2
- Per richtlijnbepaling moet worden bepaald of sprake is van rechtstreekse werking.

Verticale rechtstreekse werking (particulier – overheid)

- Een richtlijnbepaling heeft enkel verticale rechtstreekse werking als aan de volgende voorwaarden is voldaan:
  a) de richtlijn is niet of onjuist omgezet in nationaal recht.
  b) de bepaling van de richtlijn is inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig. Een bepaling is voldoende nauwkeurig als deze een duidelijk omschreven plicht bevat, en bovendien aangeeft op wie die plicht rust. Een bepaling is onvoorwaardelijk als er geen nadere handelingen van de EU of de lidstaten noodzakelijk zijn, om de bepaling effect te laten hebben.
  c) uit de bepaling van de richtlijn vloeit een recht voort voor particulieren.
- Als aan voorgaande voorwaarden is voldaan, kan een recht uit de desbetreffende richtlijnbepaling door particulieren worden ingeroepen tegen de overheid en voor de rechter.
- Daarnaast geldt dat - wanneer uit de desbetreffende bepaling geen rechten voor particulieren voortvloeien en slechts aan de eerste en tweede voorwaarde wordt voldaan - lidstaten worden geacht rekening te houden met de niet-omgezette richtlijn op grond van het beginsel van loyale samenwerking (artikel 4, derde lid, EU-verdrag).

Belangrijkste punten bij het leerstuk van richtlijnconforme interpretatie

- In geval van een niet tijdig omgezette richtlijn is de nationale rechter verplicht het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met de niet-tijdig omgezette richtlijn uit te leggen op grond van het beginsel van loyale samenwerking (artikel 4, derde lid, EU-verdrag).
- De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie raakt alle bepalingen van het nationale recht, ongeacht of zij dateren van eerdere of latere datum dan de betrokken richtlijn.[3]
- Richtlijnconforme interpretatie wordt echter begrensd door algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en kan niet dienen als grondslag voor een uitlegging 'contra legem' van het nationale recht.[4]
- Richtlijnconforme interpretatie kan er – meer specifiek – wel toe leiden dat de rechter nationaal recht ten voordele van de overheid en ten nadele van de burger interpreteert, mits het nationale recht hier voldoende aanknopingspunten voor biedt. Bestuursrechtelijke handhaving wordt

[2] HvJ EG, Commissie v. België, Jur. 1980, p. 1473, HvJ EG 14 juli 1994, ECLI:EU:C:1994:292 (zaak C-91/92 (Faccini Dori)), r.o. 25.
[3] HvJ EG 13 november 1990, ECLI:EU:C:1990:395 (zaak C-106/89 (Marleasing)), r.o. 8.
[4] HvJ EG 4 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:443 (zaak C-212/04 (Konstantinos Adeneler e.a.)).

indien er voldoende aanknopingspunten zijn, geacht in strijd te zijn met het rechtszekerheidsbeginsel.[5]

- In een gerechtelijke procedure zal een rechter eerst beoordelen of een nationale bepaling richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd en vervolgens of sprake is van rechtstreekse werking van een richtlijnbepaling.[6]

(ii) NIS2-richtlijnbepalingen en rechtstreekse werking

De verwachting is dat de volgende NIS2-bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn en een recht voor particulieren bevatten dat in de periode tot de inwerkingtreding van de Cbw kan worden ingeroepen ten overstaan van de overheid en voor de nationale rechter

- Het op verzoek verlenen van bijstand aan betrokken essentiële en belangrijke entiteiten met betrekking tot het realtime of bijna-realtime monitoren van hun netwerk en informatiesystemen door een CSIRT (artikel 11, derde lid, onderdeel a, NIS2-richtlijn);
- Het verstrekken van vroegtijdige waarschuwingen, meldingen en aankondigingen en het verspreiden van informatie onder betrokken essentiële en belangrijke entiteiten en andere relevante belanghebbenden over cyberdreigingen, kwetsbaarheden en incidenten, in bijna-realtime indien mogelijk, door een CSIRT (artikel 11, derde lid, onderdeel b, NIS2-richtlijn);
- Het reageren op incidenten en verlenen van bijstand aan de betrokken essentiële en belangrijke entiteiten door een CSIRT (artikel 11, derde, onderdeel c, NIS2-richtlijn);
- Het op verzoek van een essentiële of belangrijke entiteit proactief scannen van de netwerk- en informatiesystemen van de betrokken entiteit om kwetsbaarheden met mogelijk significante gevolgen op te sporen door een CSIRT (artikel 11, derde, onderdeel e, NIS2-richtlijn);
- Het verwerken van een vrijwillige melding door een essentiële of belangrijke entiteit van en een cyberdreiging of bijna-incident of door een andere entiteit van een significant incident, cyberdreiging of bijna-incident (artikel 30 NIS2-richtlijn).

(iii) Gevolgen van de niet-tijdige implementatie voor de uitvoeringspraktijk

CSIRT-taken algemeen

- De Wbni regelt ten behoeve van de uitvoering van de CSIRT-taken als bedoeld in de NIS1-richtlijn de aanwijzing van een tweetal CSIRT's, namelijk die voor aanbieders van essentiële diensten (artikel 3, eerste lid, onder b, Wbni) en die voor digitaledienstverleners (artikel 4, vierde lid, Wbni).
- Het Nationaal Cyber Security Centrum (hierna: NCSC) is het CSIRT voor wat aanbieders van essentiële diensten betreft. Het CSIRT voor digitale diensten (CSIRT-DSP) is het CSIRT voor wat digitaledienstverleners betreft.

5 ABRvS 4 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH4621 (Mandemakers), zie ook: Verhoeven, M. J. M., & Jans, J. H. (2017). Doorwerking via conforme interpretatie en rechtstreekse werking. In R. J. G. M. Widdershoven, & S. Prechal (editors), Inleiding tot het Europees bestuursrecht, p. 102.

6 HvJ EG 27 februari 2003, ECLI:EU:C:2003:109 (zaak C-327/00 (Santex)), r.o. 63 en 64 alsmede (meer expliciet) HvJ EU 24 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:33 (zaak C-282/10 (Dominquez)), r.o. 23, HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:650 (zaak C-306/12 (Spedition Welter)), r.o. 28. En ook: ABRvS 29 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB2468 (Weerribben en Wieden).

- Voor de gevolgen van de niet-tijdige implementatie wordt hieronder als uitgangspunt genomen dat zo veel mogelijk wordt aangesloten bij de huidige aanwijzing van bovenbedoelde twee organisaties voor de uitoefening van de CSIRT-taken ten behoeve van hun bovenbedoelde doelgroepen.

Doelgroep Nationaal Cyber Security Centrum (NCSC)

- Het is aannemelijk dat een rechter de verwijzing naar de CSIRT-taken als bedoeld in de NIS1-richtlijn in artikel 3, eerste lid, onder b, van de Wbni in de overgangsperiode zal interpreteren als een verwijzing naar de CSIRT-taken als bedoeld in artikel 11, derde lid, van de NIS2-richtlijn. Daarbij is het aannemelijk dat een rechter de in artikel 3, eerste lid, van de Wbni bedoelde doelgroep van het NCSC richtlijnconform zal interpreteren en hieronder *ook* belangrijke en essentiële entiteiten als bedoeld in de NIS2-richtlijn zal verstaan, voor zover het daarbij niet gaat om entiteiten die onder de doelgroep van een ander aangewezen CSIRT vallen (bv. digitaledienstverleners). De doelgroep van het NCSC zal daarom in de tussenliggende periode *ook* belangrijke en essentiële entiteiten die niet reeds onder de reikwijdte van de Wbni vallen omvatten. Voor entiteiten in de zorgsector is een andere lijn gekozen, zie het kopje 'doelgroep Z-CERT'.
- De grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens door het NCSC als CSIRT in het kader van de bovenbedoelde taken voor zowel de Wbni-doelgroep alsook de in de vorige bullet bedoelde belangrijke en essentiële entiteiten die niet behoren tot die Wbni-doelgroep wordt artikel 3 van de Wbni in combinatie met artikel 17 van de Wbni geacht te zijn.
- Artikel 11, derde lid, van de NIS2-richtlijn kent niet enkel rechten toe aan belangrijke en essentiële entiteiten, maar ook het recht aan 'relevante belanghebbenden' voor het ontvangen van vroegtijdige waarschuwingen, meldingen en aankondigingen en informatie over cyberdreigingen, kwetsbaarheden en incidenten, in bijna-realtime indien mogelijk. Het is aannemelijk dat een richtlijnconforme interpretatie van artikel 3, eerste lid, onderdeel b, in samenhang met artikel 3, tweede lid, van de Wbni ertoe leidt dat hier niet alleen aan de in artikel 3, tweede lid, van de Wbni genoemde organisaties informatie moet worden verstrekt, maar aan alle relevante belanghebbenden in de zin van artikel 11, derde lid, onderdeel b, van de NIS2-richtlijn.
- Voor zover er met het verstrekken van informatie aan relevante belanghebbenden persoonsgegevens worden verwerkt, wordt de grondslag artikel 3van de Wbni in combinatie met artikel 17 van de Wbni geacht te zijn.
- Op het verstrekken van informatie aan zowel belangrijke en essentiële entiteiten als relevante belanghebbenden als bedoeld in de NIS2-richtlijn is artikel 20 van de Wbni van toepassing.

Doelgroep CSIRT voor digitale diensten (CSIRT-DSP)

- Het CSIRT-DSP heeft op grond van de Wbni digitaledienstverleners als doelgroep, zijnde online marktplaatsen, online zoekmachines en cloudcomputerdiensten.
- Voor die drie groepen aanbieders geldt dat zij van rechtswege vallen onder het toepassingsbereik van de NIS2-richtlijn. Daarbij vallen online marktplaatsen en online zoekmachines onder de sector digitale aanbieders

in bijlage II van de NIS2-richtlijn én cloudcomputerdiensten onder de sector digitale infrastructuur in bijlage I van de NIS2-richtlijn.

- Het is aannemelijk dat een rechter de verwijzing naar de CSIRT-taken als bedoeld in de NIS1-richtlijn in artikel 4, vierde lid, van de Wbni in de overgangsperiode zal interpreteren als een verwijzing naar de CSIRT-taken als bedoeld in artikel 11, derde lid, van de NIS2-richtlijn.
- Wel geldt daarbij nog dat bij bovenbedoelde richtlijnconforme interpretatie het CSIRT-DSP *ook* relevante informatie zal moeten verstrekken aan relevante belanghebbenden als bedoeld in artikel 11, derde lid, onderdeel b, van de NIS2-richtlijn.
- De grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens door het CSIRT-DSP in het kader van de bovenbedoelde taken wordt artikel 4, vierde lid, van de Wbni, in combinatie met artikel 17 van de Wbni geacht te zijn.
- Op het verstrekken van informatie aan online marktplaatsen, online zoekmachines en cloudcomputerdiensten als bedoeld in de NIS2-richtlijn is artikel 21 van de Wbni van toepassing.

Sectorale CERT's algemeen

- Ten aanzien van enkele groepen entiteiten, die van rechtswege dan wel na regeling daarvan in de Cbw onder het toepassingsbereik van de NIS2-richtlijn komen te vallen, wordt voorzien dat voor het uitvoeren van de CSIRT-taken vanaf het moment van inwerkingtreding van de Cbw een andere organisatie dan het NCSC zal worden aangewezen. Die entiteiten worden momenteel door die organisaties (IBD, Z-CERT, CERT-WM en SURFcert) als computercrisisteam, niet zijnde een CSIRT (hierna: CERT) bediend. In die hoedanigheid zijn deze organisaties thans ook krachtens de Wbni aangewezen[7], zodat zij informatie ten behoeve van hun doelgroep van het NCSC kunnen ontvangen.

    - *Doelgroep IBD, CERT-WM en SURFcert*

- De doelgroep van de IBD en CERT-WM zijn lokale c.q. decentrale overheden (gemeenten, waterschappen). De doelgroep van SURFcert zijn onderwijsinstellingen. Lokale overheden en onderwijsinstellingen vallen (los van de hieronder genoemde afvalwater- en wegbeheertaken) niet van rechtswege onder de NIS2-richtlijn, maar pas nadat een lidstaat in wetgeving heeft bepaald dat de NIS2-richtlijn ook op hen van toepassing is. Dit betekent dat de hierboven onder (ii) genoemde NIS2-bepalingen over door een CSIRT uit te voeren taken ten aanzien van genoemde overheden en onderwijsinstellingen niet geacht worden rechtstreeks te werken.
- Voor deze overheden en onderwijsinstellingen blijft in de overgangsperiode uiteraard wel gelden dat hun CERT's (IBD, etc.) hen als zodanig zullen kunnen blijven bedienen. Ook zal het NCSC in die periode op grond van de Wbni deze CERT's dreigings- en incidentinformatie kunnen blijven verstrekken ten behoeve van informeren van hun doelgroepen.
- In het geval van waterschappen en gemeenten geldt echter nog wel dat zij, als het gaat om hun afvalwatertaken respectievelijk wegbeheertaken, wel van rechtswege onder de toepasselijkheid van de NIS2-richtlijn vallen én dat daarom in relatie tot die taken de hierboven onder (ii) genoemde

[7] Regeling aanwijzing computercrisisteams, Staatscourant 2020, 4410.

bepalingen in artikel 11, derde lid, van de NIS2-richtlijn ten aanzien van hen wél rechtstreekse werking hebben. Hierom kan het NCSC geacht worden in de overgangsperiode ook de waterschappen en gemeenten, voor zover het gaat om het verrichten van de afvalwatertaken respectievelijk wegbeheertaken, als doelgroep te hebben. NCSC, CERT-WM en IBD zullen hierover zo nodig afspraken kunnen maken.

- *Doelgroep Z-CERT*

- De doelgroep van Z-CERT zijn onder meer zorginstellingen, vervaardigers van farmaceutische basisproducten en vervaardigers van medische hulpmiddelen. De zorgsector valt als sector van rechtswege onder de NIS2-richtlijn. De rechtstreeks werkende NIS2-bepalingen, meer in het bijzonder die over de taken van een CSIRT in het hierboven genoemde artikel 11, derde lid, van de NIS2-richtlijn, gelden dan ook ten aanzien van essentiële en belangrijke entiteiten in de sector zorg.
- Voor de periode tot de inwerkingtreding van de Cbw zal gelden dat het expertisecentrum voor cybersecurity in de zorg Z-CERT de rol heeft van CSIRT op basis van expertise van de sector.
    - VWS communiceert aan de koepelorganisaties dat Z-CERT het CSIRT is om ondersteuning te bieden, inclusief entiteiten in de zorgsector als bedoeld in de NIS2-richtlijn.
    - Een aantal entiteiten die nu al worden bediend door Z-CERT vallen in de hierboven bedoelde zorgsector.
- Aangezien de sector zorg geen onderdeel uitmaakte van de Wbni betekende dat Z-CERT onder deze wet niet was aangewezen als CSIRT. Hiermee wordt voor de doelgroep van Z-CERT afgeweken van de overige sectoren. Hiervoor zijn een aantal beleidsmatige overwegingen:
    - Z-CERT heeft de expertise en kennispositie in de zorg om de entiteiten te ondersteunen in het op peil houden en verhogen van de weerbaarheid. Voor de samenleving levert dit een zo hoog mogelijke dienstverlening op.
    - Daarbij geldt dat de minister van VWS heeft beoordeeld dat Z-CERT voldoet aan de eisen die de richtlijn stelt aan een CSIRT.
    - Z-CERT ondersteunt op dit moment al een significant deel van de doelgroep. Het is van belang dit te continueren.
    - Naast continuering van beleid past dit ook in de lijn van het wetsvoorstel Cyberbeveiligingswet waar het voornemen is opgenomen om Z-CERT als CSIRT voor de zorgsector aan te wijzen.
    - Het continueren van beleid voorkomt ook dat er onduidelijkheid is voor entiteiten bij wie zij terecht kunnen. Bij een incident is duidelijkheid juist gewenst, zeker gezien het huidige dreigingsbeeld.
    - Deze keuze sluit aan bij de politieke verantwoordelijkheid van de minister van VWS voor de zorg.
- NCSC en Z-CERT zullen tijdens de periode tussen 17 oktober 2024 en de datum van inwerkingtreding van de Cyberbeveiligingswet en daarna nauw samenwerken.

Vrijwillige meldingen van incidenten

- Artikel 16 van de Wbni biedt, vanwege implementatie van de NIS1-richtlijn, al een grondslag voor het in behandeling nemen van vrijwillige meldingen van incidenten. Dit betreft krachtens artikel 3, derde lid, van de Wbni, een taak van het NCSC. Meldingen kunnen ter behandeling worden doorgestuurd naar andere CSIRTs of bij ministeriële regeling aangewezen computercrisisteams (bv. IBD, Z-CERT). Die meldingen kunnen echter alleen incidenten met aanzienlijke gevolgen betreffen.
- De mogelijkheid van vrijwillige melding is in de NIS2-richtlijn zoals bovenvermeld breder (bv. ook bijna-incidenten) én geeft particulieren dus vaker aanspraak maken op het ter behandeling melden van incidenten of dreigingen. Ook hiervoor geldt dat het aannemelijk is dat een richtlijnconforme interpretatie van artikel 16 van de Wbni ertoe leidt dat organisaties in alle in de NIS2-richtlijn genoemde gevallen een vrijwillige melding moeten kunnen doen bij het NCSC.
- De grondslag voor de verwerking in het kader van de behandeling van die meldingen wordt in die gevallen artikel 16 van de Wbni jo. artikel 3, derde lid, van de Wbni in combinatie met artikel 17 van de Wbni geacht te zijn.