

Bijlage II toetsingskader

Bij het toezichtsrapport over
het verstrekken van ongeëvalueerde
gegevens aan buitenlandse diensten
door de AIVD en de MIVD

CTIVD nr. 65

[vastgesteld op 11 september 2019]



Commissie van Toezicht
op de Inlichtingen- en
Veiligheidsdiensten

Inhoudsopgave

1	Inleiding	3
2	De begrippen ongeëvalueerde en geëvalueerde gegevens	5
3	Het begrip verstrekken	7
4	Wettelijke grondslag voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens	8
4.1	Aangaan en invulling samenwerkingsrelatie	8
4.1.1	Risicodiensten	9
4.2	Artikel 62 Wiv 2017	9
4.3	Artikel 64 Wiv 2017	10
4.4	Artikel 89 Wiv 2017	10
4.4.1	Het verlenen van ondersteuning	11
5	Vereisten en waarborgen	12
5.1	Ministeriële toestemming	12
5.2	Motivering van de aanvraag	13
5.2.1	Wegingsnotities	13
5.2.2	Noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid	14
5.2.3	Filteren op kenmerken van verschoningsgerechtigden en Nederlandse kenmerken	15
5.3	Schriftelijke voorwaarden	16
5.3.1	Derdepartijregel	16
5.3.2	Gebruik in strijd met internationaal recht	16

5.4	Protocolplicht	17
5.5	Meldplicht aan de CTIVD	18

1 Inleiding

In dit onderzoek richt de CTIVD zich specifiek op de praktijk van het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten sinds de inwerkingtreding van de Wiv 2017 en de vraag of dit plaatsvindt binnen het kader van de wet (de onderzoeksperiode loopt van 1 mei 2018 tot 1 januari 2019).

De bevoegdheid van de AIVD en de MIVD tot het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten kan volgens de Wiv 2017 worden uitgeoefend ofwel in het kader van de taakuitvoering van de AIVD en de MIVD (art. 62 lid 1 sub d jo. art. 88 en art. 64 Wiv 2017), ofwel in het belang van de desbetreffende buitenlandse dienst (art. 89 lid 1 jo. art. 88 Wiv 2017). Het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten is een vorm van samenwerking. De Wiv 2017 bevat specifieke bepalingen over de samenwerking van de AIVD en de MIVD met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen (art. 88-90 Wiv 2017). Dit kader bestond deels al in de Wiv 2002, maar is uitgebreid en bevat meer waarborgen. Nieuw is de wettelijke verankering van de samenwerkingscriteria (art. 89 Wiv 2017). De Wiv 2002 bevatte geen specifieke bepalingen en waarborgen voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten. De aangenomen Tweede Kamermotie nr. 96 (2014), naar aanleiding van het debat over het afluisteren door de NSA en de rol van Nederland hierin, bracht hierin verandering en verzocht om ministeriële toestemming voor het delen van ongeëvalueerde gegevens met buitenlandse diensten. De ministers van BZK en Defensie zegden dit toe. Inmiddels is deze waarborg wettelijk verankerd in de Wiv 2017. Verder bevat de Wiv 2017 ook een meldplicht aan de CTIVD van de toestemming van de minister voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten. Dit geldt als tegenwicht voor de omstandigheid dat een toestemming van de minister voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens niet ter toetsing aan de toetsingscommissie inzet bevoegdheden (TIB) hoeft te worden voorgelegd.¹

¹ Op 2 juli 2019 is het wetsvoorstel voor Wijziging van de Wiv 2017 bij de Tweede Kamer ingediend; *Kamerstukken II* 2018/19, 35242, nr. 3 (MvT) en nr. 4 (advies RvS en nader rapport). Waar dit wetsvoorstel betrekking heeft op het onderwerp van dit onderzoek wordt dit in deze bijlage bij het betreffende onderdeel in een voetnoot weergegeven.

De CTIVD heeft zich in haar toezichtspraktijk herhaaldelijk uitgesproken over de samenwerking van de AIVD en de MIVD met buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten en het delen van gegevens met deze partijen.² Deze bijlage bevat het toetsingskader voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten op grond van de Wiv 2017, de daarbij behorende beleidsregels, de wetsgeschiedenis, eerdere toezichtsrapporten en daarbij door de ministers overgenomen conclusies en aanbevelingen. Dit bouwt voort op het juridisch kader dat de CTIVD in eerdere toezichtsrapporten heeft geschetst voor de samenwerking en het delen van ongeëvalueerde gegevens met buitenlandse diensten. Waar de Wiv 2017 afwijkt ten opzichte van de Wiv 2002 wordt dat hierna uitgewerkt. Verder wordt het juridisch kader op hoofdlijnen behandeld. Een nadere verdieping is te vinden in de toezichtsrapporten nrs. 48, 49, 56 en 60.³

De opbouw is als volgt: Eerst volgt de definitie van de begrippen ongeëvalueerde en geëvalueerde gegevens en het verstrekken van gegevens. Vervolgens wordt aangegeven welke grondslagen er in de Wiv 2017 zijn voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten. Hierbij wordt kort stil gestaan bij het aangaan van samenwerkingsrelaties en de weging van risico's. Daarna worden de wettelijke vereisten en aanvullende waarborgen die een rol spelen bij het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens toegelicht, te weten ministeriële toestemming voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens, de motivering van een verzoek om toestemming voor verstrekking, het opnemen van een disclaimer⁴ bij een verstrekking zoals de derdepartijregel, de protocolplicht van de AIVD en de MIVD en de meldplicht aan de CTIVD.

2 Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 22a inzake de samenwerking van de AIVD met buitenlandse inlichtingen- en/of veiligheidsdiensten, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 924, nr. 39 (bijlage), paragraaf 7; toezichtsrapport van de CTIVD nr. 22b over de samenwerking van de MIVD met buitenlandse inlichtingen- en/of veiligheidsdiensten, *Kamerstukken II* 2014/15, 29 924, nr. 128 (bijlage), paragraaf 6; toezichtsrapport van de CTIVD nr. 28 inzake de inzet van Sigint door de MIVD, *Kamerstukken II* 2011/12, 29 924, nr. 74 (bijlage), paragraaf 9.3; toezichtsrapport van de CTIVD nr. 38 inzake gegevensverwerking op het gebied van telecommunicatie door de AIVD en de MIVD, *Kamerstukken II* 2013/14, 29 924, nr. 105 (bijlage), paragraaf 5.4-5.6; toezichtsrapport van de CTIVD nr. 39 inzake onderzoek door de AIVD op sociale media, *Kamerstukken II* 2013/14, 29 924, nr. 114 (bijlage), paragraaf 5.5; toezichtsrapport van de CTIVD nr. 48 over de invulling van samenwerkingscriteria door de AIVD en de MIVD. Onderzoek naar de uitvoering van Tweede Kamermotie nr. 89 (van de leden Schouw en Segers), *Kamerstukken II* 2015/16, 29 924 nr. 142 (bijlage); toezichtsrapport van de CTIVD nr. 49 over de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens door de AIVD en de MIVD. Onderzoek naar de uitvoering van Tweede Kamermotie nr. 96 (van het lid Schouw), *Kamerstukken II* 2015/16, 29 924, nr. 142 (bijlage); toezichtsrapport van de CTIVD nr. 56 over de multilaterale gegevensuitwisseling door de AIVD over (vermeende) Jihadisten, *Kamerstukken II* 2017/18, 29 924, nr. 160 (bijlage), toezichtsrapport nr. 60 (feb. 2019) over de wegingsnotities van de AIVD en de MIVD voor de internationale samenwerking met de Counter Terrorism Group-partners en sigint-partners, *Kamerstukken II* 2018/19, 29 924, nr. 177 (bijlage). Alle rapporten met (juridische) bijlagen zijn beschikbaar op www.ctivd.nl.

3 Zie voetnoot 2.

4 Een schriftelijke voorwaarde die bij een verstrekking wordt gesteld.

2 De begrippen ongeëvalueerde en geëvalueerde gegevens

In de wet en de wetsgeschiedenis wordt onderscheid gemaakt tussen 'geëvalueerde' en 'ongeëvalueerde' gegevens. Anders dan in de Wiv 2002, komt het begrip 'ongeëvalueerde gegevens' wel voor in de Wiv 2017. Het staat expliciet in artikel 64 alsook in artikel 89 lid 2 Wiv 2017, die het verstrekken van gegevens aan buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten regelen. Het begrip 'geëvalueerde gegevens' komt expliciet alleen voor in artikel 64 Wiv 2017. Ook artikel 62 Wiv 2017 biedt een grondslag voor het verstrekken van ongeëvalueerde en geëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten, maar daarin komen deze begrippen niet expliciet voor.

Een definitie of omschrijving van deze begrippen is in de wet niet opgenomen. Uit de wetsgeschiedenis bij de Wiv 2017 blijkt dat onder het begrip 'ongeëvalueerde gegevens' moet worden verstaan: "Gegevens die nog niet op relevantie voor de taakuitvoering zijn onderzocht."⁵ In de wetsgeschiedenis wordt over het begrip 'geëvalueerde gegevens' het volgende overwogen: "In rapport nr. 49 is door de CTIVD vastgesteld dat pas nadat is beoordeeld of de gegevens relevant zijn voor de taakuitvoering van de AIVD/MIVD, sprake kan zijn van geëvalueerde gegevens."⁶ Deze definiëring werd destijds ook gehanteerd in het toenmalige concept-wetsvoorstel Wiv 20XX. In de praktijk betekent dit volgens de regering dat bijvoorbeeld gegevens die worden aangetroffen op de iPhone bij een potentiële ISIS operative moeten worden aangemerkt als ongeëvalueerd, als de gegevens nog niet nader zijn beoordeeld op inhoud. Indien niet wordt gewacht op de evaluatie van de gegevens, maar deze direct worden gedeeld in het Europese platform van de Counter Terrorism Group is volgens de regering sprake van het delen van ongeëvalueerde gegevens, waarvoor toestemming van de minister nodig is.⁷

In rapport nr. 49 heeft de CTIVD opgemerkt dat het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens het risico meebrengt dat gevoelige gegevens, zoals persoonsgegevens of bedrijfsgegevens, worden verstrekt die geen relevantie hebben voor de taakuitvoering van de AIVD of de MIVD. Die gegevens worden dan verstrekt zonder dat dit in het belang van de nationale veiligheid plaatsvindt. Bovendien leidt dit ertoe dat de afwegingen die op basis van de wet moeten worden gemaakt niet dezelfde diepgang kunnen hebben als bij de uitwisseling van geëvalueerde gegevens. Het is immers niet precies bekend welke gegevens worden verstrekt. Daarnaast is het beoogde doel van de verstrekking vaak algemeen van aard en niet gericht op een specifieke persoon of organisatie.⁸ Verder stelde de CTIVD dat pas nadat is beoordeeld of de gegevens relevant zijn voor de taakuitvoering van een dienst, sprake is van geëvalueerde gegevens.⁹

Overeenkomstig de definitie van de wetgever, zijn gegevens die zijn beoordeeld op relevantie (ongeacht de uitkomst hiervan), geëvalueerd. Gegevens die nog niet zijn beoordeeld op relevantie zijn 'ongeëvalueerd'. Hierbij past wel een kanttekening. De achterliggende betekenis van de relevantiebeoordeling, bij het onderscheid tussen de begrippen ongeëvalueerd en geëvalueerd is, dat een zodanige inhoudelijke beoordeling van de gegevens heeft plaatsgevonden dat de AIVD of de MIVD in voldoende mate 'weet wat hij geeft'. Niet iedere vorm van relevantiebeoordeling echter voldoet in alle gevallen zonder meer aan deze achterliggende gedachte. Bijvoorbeeld omdat de relevantie vaak niet meer per gegeven op inhoud, maar op meer abstracte wijze, per categorie, geautomatiseerd of impliciet (op voorhand), wordt beoordeeld. De vraag of (persoons)gegevens (on)geëvalueerd zijn, vraagt om een gerichte en nauwkeurige wijze van beoordelen, niet om een instrumentele. De

⁵ *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 18, p. 18.*

⁶ *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 18, p. 91.*

⁷ *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 18, p. 91.*

⁸ Toezichtsrapport nr. 49, p. 4.

⁹ Toezichtsrapport nr. 49, p. 12.

kern is dat de gegevens daadwerkelijk zodanig op inhoud zijn 'beoordeeld' of 'onderzocht', dat een dienst voldoende inhoudelijke kennis heeft over de gegevens, om de (rechtsstatelijke) risico's van een verstrekking daarvan adequaat te kunnen inschatten. In dat geval is sprake van 'geëvalueerde' gegevens. Dit kan in de regel plaatsvinden door een relevantiebeoordeling, mits deze voldoende specifiek is. Ook de feiten en omstandigheden van het concrete geval kunnen overigens maken dat de dienst, los van een beoordeling op relevantie, in voldoende mate 'weet wat hij geeft'. Een voorbeeld hiervan kan onder omstandigheden zijn de opbrengst van electronic intelligence (elint). De grenzen en uitwerking van deze benadering, moeten in het beleid van de AIVD en de MIVD worden vastgelegd en in de praktijk nadere invulling krijgen. Hierbij geldt dat niet voldoende is voor de beoordeling dat sprake is van 'geëvalueerde' gegevens, dat de gegevens gericht zijn verworven, afkomstig zijn van een target van de dienst of dat de dienst weet wat voor type (technische) gegevens het zijn. Bijzondere omstandigheden daargelaten, bestaat dan nog onvoldoende kennis van de feitelijke inhoud en aard van de gegevens.

De AIVD en de MIVD kunnen gegevens als *geëvalueerd* aanmerken wanneer de dienst door middel van een beoordeling op relevantie genoeg informatie heeft over de aard en feitelijke inhoud van de gegevens om de noodzakelijkheid, de behoorlijkheid en de zorgvuldigheid van de gegevensverstrekking adequaat te kunnen beoordelen ('weten wat je geeft'). Dit gaat verder dan weet hebben welke technische kenmerken zich in de gegevensset bevinden, bijvoorbeeld dat het gaat om telefoonnummers of IP-adressen. De AIVD of de MIVD weet dan immers nog niet op welke personen, organisaties of bedrijven de gegevens betrekking hebben en welke gevoeligheid de gegevens hebben met betrekking tot de rechtsbescherming van de burgers wier (persoons)gegevens worden verstrekt. De AIVD en de MIVD moeten voldoende inzicht hebben in de aard en feitelijke inhoud van de gegevens, zodat in de motivering van de verstrekking de bestaande risico's adequaat kunnen worden afgewogen tegen het doel van de verstrekking. Eerst dan kunnen gegevens als 'geëvalueerd' worden beschouwd en is het wettelijke vereiste dat de zware waarborg van ministeriële toestemming wordt gehanteerd, niet van toepassing.

Die waarborg is wel vereist bij de verstrekking van *ongeëvalueerde* gegevens, dat wil zeggen gegevens waarvan de AIVD en de MIVD onvoldoende kennis hebben van de aard en de feitelijke inhoud ervan ('weten wat je geeft'), dat zij geen adequate afweging kunnen maken over de noodzakelijkheid, de behoorlijkheid en de zorgvuldigheid van de verstrekking en het daarmee onvoldoende duidelijk is welke rechtstatelijke risico's aan de orde zijn en of deze in verhouding staan tot het doel van de verstrekking. Ongeëvalueerde gegevens zijn gegevens waarvan onvoldoende duidelijk is welke risico's voor welke burgers en organisaties bij een verstrekking aan de orde zijn. De AIVD en de MIVD moeten motiveren in het verzoek aan de minister waarom de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens *desondanks* noodzakelijk, behoorlijk en zorgvuldig is. Dat kan dus slechts 'in het algemeen' plaatsvinden en niet specifiek voor het verstrekken van gegevens met betrekking tot concrete personen, organisaties of bedrijven (zie nader 'motivering van de aanvraag' in paragraaf 5.2). Om die reden moet de minister een politiek-bestuurlijke afweging maken of, gegeven de buitenlandse dienst waaraan wordt verstrekt en de aard en omvang van de gegevens die worden verstrekt, risico's acceptabel zijn of niet.

Als de dienst voldoende weet van de inhoud van een gegevensset en deze daarom aanmerkt als geëvalueerde gegevens, geldt niet het wettelijk vereiste van toestemming van de minister als de gegevens worden verstrekt aan een buitenlandse dienst. Dit neemt niet weg, dat in het geval de AIVD of de MIVD kennis heeft van aanzienlijke risico's omdat het bijvoorbeeld gaat om zeer gevoelige gegevens, dit een reden kan zijn om in voorkomende gevallen op een hoger niveau dan gebruikelijk toestemming te vragen. Ook kan dit reden vormen bepaalde maatregelen te nemen om de risico's zoveel mogelijk te verkleinen. Hierbij kan gedacht worden aan het verwijderen van bepaalde gegevens uit de gegevensset, het beperken van de verstrekking tot een deel van de gegevens, of het stellen van aanvullende voorwaarden bij de verstrekking. Die aanvullende voorwaarden kunnen zien op een

maximale bewaartermijn voor de gegevensset of op het gebruik dat de ontvangende buitenlandse dienst maakt van die gegevens.

3 Het begrip verstrekken

Naast een toelichting op de begrippen 'geëvalueerd' en 'ongeëvalueerd', is het in het licht van het onderzoek naar de praktijk bij de AIVD en de MIVD ook van belang stil te staan bij het begrip 'verstrekken'.

Het begrip 'verstrekken' van gegevens is een van de handelingen die valt onder de verwerking van gegevens door de AIVD en de MIVD, zoals dit in artikel 1, onder f, Wiv 2017 nader wordt gedefinieerd. Hierin staat, voor zover relevant voor dit onderzoek: "Gegevensverwerking of verwerking van gegevens: Elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot gegevens, waaronder in ieder geval (...) verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling (...)." In de wetgeschiedenis van de Wiv 2017 wordt verder niet uitgeweid over het begrip verstrekken.¹⁰

Volgens de CTIVD is bepalend bij de vraag of sprake is van 'verstrekking' van (ongeëvalueerde) gegevens door de AIVD of de MIVD aan een buitenlandse dienst – en dus of hiervoor toestemming van de minister benodigd is – dat de AIVD of de MIVD de gegevens ter beschikking van een ander stellen. Daarvoor is een noodzakelijke voorwaarde dat de AIVD of de MIVD de beschikking over de gegevens heeft. Over de wijze waarop de 'terbeschikkingstelling' feitelijk kan plaatsvinden, geeft de wet aan dat dit door middel van 'doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling' kan plaatsvinden. Volgens de CTIVD kan het hierbij gaan om mondelinge of schriftelijke verstrekking als ook om fysieke of digitale overdracht van gegevens of het verschaffen van (digitale) toegang tot de gegevens.

Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van 'verstrekking' van (ongeëvalueerde) gegevens is de samenwerkingsvorm met een buitenlandse dienst niet bepalend. Het kan bijvoorbeeld gaan om het verstrekken van gegevens uit de gezamenlijke inzet van een bijzondere bevoegdheid in het kader van een joint operatie met één of meerdere buitenlandse diensten¹¹, om het verstrekken als onderdeel van de inzet van een bijzondere bevoegdheid op verzoek van een buitenlandse dienst ('ondersteuning', zie nader par. 4.4.1), of om multilaterale verstrekkingen, bijvoorbeeld in het kader van een operationeel platform of gedeelde database van de Counter Terrorism Group.¹²

¹⁰ In de MvT bij de Wiv 2002 werd de samenhang tussen 'gegevensverwerking, waaronder verstrekken van gegevens' door de diensten en de Nederlandse privacywetgeving benadrukt. Daarbij werd aangegeven dat de voorschriften m.b.t. gegevensverstrekking in de Wiv 2002 gelden voor alle binnen de betrokken dienst verwerkte gegevens. Overwogen werd dat de wijze van verstrekken daarbij op zichzelf niet doorslaggevend was. Deze kan mondeling, schriftelijk, geautomatiseerd of door middel van overdracht van een magnetische gegevensdrager geschieden. *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 54.*

¹¹ In toezichtsrapport nr. 53 over de inzet van de hackbevoegdheid door de AIVD en de MIVD in 2015, heeft de CTIVD zich uitgesproken over het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens uit een hack door de MIVD aan twee buitenlandse diensten in het kader van een gezamenlijke operatie (zie par. 8, p. 32).

¹² In toezichtsrapport nr. 56 over de multilaterale gegevensuitwisseling door de AIVD over (vermeende) jihadististen in CTG en sigint samenwerkingsverbanden, geeft de CTIVD m.b.t. de CTG-database aan dat de daarin opgenomen persoonsgegevens in feite uitgewisselde persoonsgegevens zijn. Hierbij overweegt de CTIVD dat wat de gegevensuitwisseling in dit verband anders maakt dan andere, meer traditionele vormen van gegevensuitwisseling, is dat de persoonsgegevens worden opgeslagen in een database en vrijwel direct beschikbaar zijn voor alle deelnemende landen en *real-time* beschikbaar blijven. Volgens de CTIVD zijn het daarmee persoonsgegevens die aan alle 30 deelnemende landen zijn verstrekt en dus na verstrekking aan alle 30 toebehoren. De persoonsgegevens zijn weliswaar ingebracht door één van de deelnemende landen, maar zijn uitgewisseld met hen allen (zie par. 5.5.2, p. 23).

4 Wettelijke grondslag voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens

De Wiv 2017 bevat een gesloten verstrekkingregime. Dit betekent dat niet buiten de wettelijke grondslagen gegevens aan externe partijen mogen worden verstrekt. De Wiv 2017 kent drie grondslagen voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten.

Het uitgangspunt is dat ongeëvalueerde gegevens in beginsel alleen worden verstrekt aan buitenlandse diensten waarmee een samenwerkingsrelatie bestaat op grond van artikel 88 Wiv 2017 welke op basis van de samenwerkingscriteria geschikt is voor deze vergaande vorm van samenwerking en toestemming van de betrokken minister heeft.¹³ Dit is geregeld in artikel 62 lid 1 sub d Wiv 2017 als de verstrekking plaatsvindt in het belang van de eigen taakuitvoering van de AIVD of de MIVD (dat was art. 36 Wiv 2002) en in artikel 89 lid 1 Wiv 2017 als de verstrekking plaatsvindt in het belang van de buitenlandse dienst (dat was art. 59 Wiv 2002). Daarnaast bestaat nu een uitzonderingsregeling in art. 64 Wiv 2017 dat het in het kader van de eigen taakuitvoering van de AIVD of de MIVD mogelijk maakt buiten een (geschikte) samenwerkingsrelatie toch ongeëvalueerde gegevens aan een buitenlandse dienst te verstrekken vanwege dringende en gewichtige redenen.

Eerst wordt kort stilgestaan bij het aangaan van een samenwerkingsrelatie. Voor een uitgebreide bespreking van dit onderwerp wordt verwezen naar toezichtsrapport nr. 48 (juni 2016)¹⁴ en nr. 60 (feb. 2019).¹⁵ Daarna volgt een toelichting van de drie grondslagen voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens. Bij alle drie de grondslagen gelden de volgende waarborgen: voorafgaande ministeriële toestemming, motivering van het verzoek tot verstrekken, de derdepartijregel, de protocolplicht en de meldplicht aan de CTIVD. Deze worden nader besproken in paragraaf 5.

4.1 Aangaan en invulling samenwerkingsrelatie

Op grond van artikel 88 Wiv 2017 zijn de AIVD en de MIVD bevoegd tot het aangaan van samenwerkingsrelaties met buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Voorafgaand hieraan moet de dienst eerst beoordelen of een buitenlandse dienst in aanmerking komt voor samenwerking en, zo ja, wat de aard en intensiteit van de beoogde samenwerkingsrelatie kan zijn. Bij deze weging dient een aantal wettelijk vastgelegde criteria te worden betrokken, zoals de democratische inbedding van de buitenlandse dienst, de eerbiediging van mensenrechten door het land, de professionaliteit en betrouwbaarheid van de buitenlandse dienst, de wettelijke bevoegdheid en mogelijkheden van de buitenlandse dienst en het niveau van gegevensbescherming bij de betreffende buitenlandse dienst. Alle samenwerkingscriteria leiden naar de centrale vraag hoe groot het risico is dat binnen deze samenwerkingsrelatie een ongeoorloofde inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van personen. De beoordeling aan de hand van de samenwerkingscriteria moet inzicht geven in waar de grenzen liggen van het vertrouwen dat in de buitenlandse dienst gesteld kan worden en welke vormen van samenwerking (aard en intensiteit) geoorloofd zijn. De eventuele risico's die de samenwerking met zich mee kan brengen, moeten worden benoemd en afgewogen tegen het belang van de samenwerkingsrelatie. De weging van de risico's wordt vastgelegd in een wegingsnotitie. Dit document vormt

¹³ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 588, nr. 18, p. 93.

¹⁴ Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 48 over de invulling van samenwerkingscriteria door de AIVD en de MIVD. Onderzoek naar de uitvoering van Tweede Kamermotie nr. 89 (van de leden Schouw en Segers), *Kamerstukken II* 2015/16, 29 924 nr. 142 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl.

¹⁵ Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 60 en het bijbehorende juridisch kader (bijlage) inzake het onderzoek naar de rechtmatigheid van de wegingsnotities voor de CTG-partners en Sigint-diensten naar aanleiding van de toezegging van de ministers van BZK en Defensie aan de Tweede Kamer dat deze per 1 mei 2018 beschikbaar zijn. (*Kamerstukken II* 2018/19, 29 924, nr. 177 (bijlage), www.ctivd.nl).

de juridische grondslag waarop de samenwerking van de AIVD of de MIVD met een buitenlandse dienst berust. Het delen van ongeëvalueerde data geldt als één van de meest verregaande vormen van samenwerking. De samenwerkingsrelatie dient dus op grond van de wegingsnotitie geschikt te zijn voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens. Hierbij speelt onder meer de vraag of de buitenlandse dienst in kwestie een adequaat niveau van gegevensbescherming biedt. Wanneer sprake is van risico's betekent dit niet dat er per definitie niet kan worden samengewerkt met de buitenlandse dienst in kwestie. De invulling van een samenwerking hangt ook samen met het nationale veiligheidsbelang. Hoe groter dat belang, hoe meer risico's in de samenwerking kunnen en moeten worden geaccepteerd. Dit kan zelfs betekenen dat een samenwerking in een concreet geval verder gaat dan volgens de wegingsnotitie is toegestaan, omdat daar zwaarwegende operationele belangen voor zijn.¹⁶ Indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven, zowel in positief als in negatief opzicht, dient de AIVD of de MIVD de aard en intensiteit van een samenwerkingsrelatie opnieuw te wegen.¹⁷

4.1.1 Risicodiensten

Onder een risicodienst moet worden verstaan een buitenlandse dienst waarmee de samenwerking op basis van de in artikel 88 lid 3 Wiv 2017 genoemde wegingscriteria een risico vormt. Echter, in de wetsgeschiedenis van de Wiv 2017 is bepaald dat de huidige diffuse dreigingssituatie soms contacten met buitenlandse diensten vereist die niet aan alle eisen voldoen. Dit geldt voor dreigingen richting Nederland maar in toenemende mate ook voor (mogelijke) dreigingen ten aanzien van Nederlandse belangen in het buitenland. Volgens de regering wordt in de weging derhalve uiteindelijk bepaald waarom samenwerking met een buitenlandse dienst – ook indien niet aan alle eisen wordt voldaan – noodzakelijk is, op welke wijze die samenwerking wordt ingevuld en welke randvoorwaarden daarbij gelden.¹⁸

Dit betekent dat bij buitenlandse diensten die volgens de wegingsnotitie niet voldoen aan een of meerdere samenwerkingscriteria (risicodiensten), goed beargumenteerd moet worden waarom samenwerking desondanks noodzakelijk is en op welke manier de samenwerking wordt ingericht teneinde de risico's zo goed mogelijk het hoofd te bieden.

4.2 Artikel 62 Wiv 2017

De verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten kan in het kader van de taakuitvoering van de AIVD en de MIVD op grond van de algemene regeling in artikel 62 lid 1 sub d Wiv 2017 plaatsvinden. In artikel 62 wordt gesproken over de bevoegdheid tot het doen van een 'mededeling' aan bepaalde instanties, waaronder buitenlandse diensten, over door of ten behoeve van de AIVD of de MIVD verwerkte gegevens. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de 'mededeling' als zodanig ook als een vorm van verstrekking van gegevens moet worden aangemerkt.¹⁹ Er is echter voor het begrip 'mededeling' gekozen om tot uitdrukking te brengen dat het 'veelal zal gaan om op enigerlei wijze door de diensten bewerkte gegevens en niet om de (oorspronkelijke) aan de mededeling ten grondslag liggende gegevens.'²⁰ Hiermee is niet uitgesloten dat op grond van artikel 62 Wiv 2017 ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten kunnen worden verstrekt. Het is algemeen aanvaard dat deze bevoegdheid al volgde uit artikel 36 Wiv 2002 die op dezelfde wijze was geformuleerd.²¹

¹⁶ Artikel 64 lid 2 Wiv 2017.

¹⁷ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 3, p. 162.

¹⁸ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 3, p. 161.

¹⁹ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 3, p. 136.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 18, p. 89: "De verstrekking van ongeëvalueerde gegevens (verkregen op grond van artikel 27 lid 1 Wiv 2017) aan een buitenlandse dienst vindt thans plaats op grond van artikel 36 Wiv 2002 (in het kader van de goede taakuitvoering) respectievelijk artikel 59 Wiv 2002 (in het belang van de buitenlandse dienst). Het betreft geen nieuwe bevoegdheid."; zie ook toezichtsrapport nr. 49 van de CTIVD, p. 5.

Voorwaarde hierbij is dat met de betrokken buitenlandse dienst een samenwerkingsrelatie bestaat in de zin van artikel 88 Wiv 2017 met voldoende bandbreedte voor deze vorm van samenwerking (zie par. 4.1).

4.3 Artikel 64 Wiv 2017

Nieuw in de Wiv 2017 is de uitzonderingsregeling in artikel 64 Wiv 2017 dat het verstrekken van gegevens toestaat aan een buitenlandse dienst waarmee geen samenwerkingsrelatie in de zin van artikel 88 Wiv 2017 bestaat.²² Dit moet dan wel plaatsvinden in het kader van de eigen taakuitvoering van de AIVD of de MIVD. Bovendien dient er sprake te zijn van een 'dringende en gewichtige reden'. Deze regeling geldt zowel voor geëvalueerde als ongeëvalueerde gegevens.

De wetsgeschiedenis meldt dat artikel 64 Wiv 2017 slechts is bedoeld voor uitzonderlijke situaties: "Hierbij kan worden gedacht aan gegevens van personen die nog niet nader door de diensten zijn beoordeeld, maar waarvan wel bekend is dat deze personen in relatie staan tot een ophanden zijnde aanslag. De diensten zullen hierbij een afweging maken tussen het algemeen belang van het voorkomen van de aanslag en een eventueel individueel nadeel dat kan ontstaan wanneer de gegevens worden gedeeld."²³ Hierbij moet naast de vereisten van noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid (art. 18 Wiv 2017) ook een afweging worden gemaakt over de dwingende en gewichtige reden voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens (zie paragraaf 5.2).

De betrokken ministers hebben overigens vastgelegd in een beleidsregel bij de Wiv 2017 (6 en 25 april 2018) dat ongeëvalueerde gegevens uit onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel niet zullen worden gedeeld met buitenlandse diensten waarvoor geen wegingsnotitie is opgesteld.²⁴ Deze situatie is voor dit onderzoek niet aan de orde, aangezien er in de onderzoeksperiode nog geen onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel plaatsvond.²⁵

4.4 Artikel 89 Wiv 2017

De Wiv 2017 maakt het mogelijk dat ongeëvalueerde gegevens worden verstrekt aan een buitenlandse dienst zonder dat de AIVD of de MIVD hierbij een belang in het kader van zijn taakuitvoering heeft, maar enkel 'in het belang van de buitenlandse dienst' (art. 89 lid 1 Wiv 2017).

Dit kan alleen plaatsvinden met buitenlandse diensten waarmee een samenwerkingsrelatie op grond van artikel 88 Wiv 2017 (wegingsnotitie) bestaat. In de wetsgeschiedenis wordt hierbij overwogen: "De risico's die het delen van ongeëvalueerde gegevens met zich meebrengen dienen voorafgaand aan de toestemming van de minister zoveel mogelijk in kaart te worden gebracht. Indien een bepaald

²² In het wetsvoorstel voor Wijziging van de Wiv 2017 dat op 2 juli 2019 bij de Tweede Kamer is ingediend wordt artikel 64 aangevuld met de mogelijkheid om ook gegevens te kunnen verstrekken aan een dienst van een land waarmee wel een samenwerkingsrelatie bestaat maar ten aanzien waarvan uit de weging bedoeld in artikel 88 lid 2 Wiv 2017 is vastgesteld dat daaraan regulier (onder normale omstandigheden) geen gegevens mogen worden verstrekt; *Kamerstukken II 2018/19, 35242, nr. 3, p. 10.*

²³ *Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nr. 18, p. 91/94.*

²⁴ In het wetsvoorstel voor Wijziging van de Wiv 2017 dat op 2 juli 2019 bij de Tweede Kamer is ingediend wordt benadrukt dat artikel 64 Wiv 2017 en beleidsregel 2 met elkaar in tegenspraak lijken te zijn, in die zin dat in een situatie uit artikel 64 geen gegevens afkomstig uit onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel mogen worden gedeeld, maar dat een dergelijke benadering geen recht doet aan de strekking van artikel 64 dat juist in uitzonderingsgevallen de mogelijkheid van verstrekking ongeacht het soort gegevens open moet houden; *Kamerstukken II 2018/19, 35242, nr. 3, p. 10.*

²⁵ Beleidsreactie ministers n.a.v. voortgangsrapportage CTIVD (nov. 2018). Uitspraken DG AIVD in uitzending Nieuwsuur (jan. 2019).

risico zich in de praktijk heeft gerealiseerd dan zal dat reden zijn voor de heroverweging van een samenwerking.”²⁶

Wanneer het belang van de buitenlandse dienst bepalend is bij de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens, stelt de wet aanvullende vereisten. Dan moet getoetst worden of het belang van de buitenlandse dienst niet onverenigbaar is met de belangen die de Nederlandse dienst heeft te behartigen en een goede taakuitvoering door de Nederlandse dienst zich niet tegen de verstrekking verzet (zie paragraaf 5.2).

4.4.1 Het verlenen van ondersteuning

Artikel 89 Wiv 2017 biedt in lid 4 de mogelijkheid dat de AIVD of de MIVD op verzoek van een buitenlandse dienst (technische) ondersteuning bieden aan deze dienst. Het kan gaan om de inzet van een bijzondere bevoegdheid, maar ook het beschikbaar stellen van apparatuur of personeel of het overdragen van technische kennis.²⁷ In rapport nr. 49 is de CTIVD ingegaan op de toepassing van de bevoegdheid tot selectie ten behoeve van een buitenlandse dienst.²⁸

Bij de inzet van een bijzondere bevoegdheid ten behoeve van een buitenlandse dienst (ondersteuning) benadrukt de CTIVD dat de verstrekking van daarmee verzamelde gegevens aan deze buitenlandse dienst plaatsvindt op grond van lid 1 van artikel 89 Wiv 2017, waarbij de eisen van lid 2 in acht moeten worden genomen nu het hierbij gaat om ongeëvalueerde gegevens.

²⁶ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 18, p. 94.

²⁷ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 3, p. 169.

²⁸ Toezichtsrapport van de CTIVD, nr. 49 over de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens door de AIVD en de MIVD, par. 3.2, p. 6) en 6.2, p. 19, beschikbaar op de www.ctivd.nl.

5 Vereisten en waarborgen

5.1 Ministeriële toestemming

Anders dan in de Wiv 2002, heeft de wetgever in de Wiv 2017 voorzien in een specifiek waarborgenstelsel voor de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens (met vier zogenoemde sloten), waarbij expliciet in de wetgeschiedenis is aangegeven dat de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens is onderworpen aan een systeem van ministeriële toestemming, niet alleen bij de verstrekking in het belang van een buitenlandse dienst, maar ook bij de verstrekking in het kader van de taakuitvoering van de AIVD of de MIVD.²⁹ In dit onderzoek gaat het om het derde slot: toestemming van de minister voor de verstrekking en het vierde slot: toezicht door de CTIVD (meldplicht).

Dat de betreffende minister toestemming dient te geven voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan een buitenlandse dienst staat expliciet in de wet in artikel 64 en 89 Wiv 2017. In artikel 62 Wiv 2017 staat het niet expliciet, maar ook bij de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens in het kader van de taakuitvoering van de AIVD of de MIVD moet eerst toestemming aan de minister worden gevraagd. Lid 2 van artikel 62 Wiv 2017 bepaalt slechts dat afhankelijk van de aard van de mededeling (aan de buitenlandse dienst) deze geschiedt door de betrokken minister. In de wetgeschiedenis staat: “De bevoegdheid tot het doen van een mededeling is daarbij in algemene zin in handen gelegd bij de diensten, zij het dat er situaties kunnen voordoen waarbij de mededeling gelet op de aard daarvan dient plaats te vinden door de voor de dienst verantwoordelijke minister (zie artikel 62, tweede lid). Dit zal met name dan aan de orde zijn, wanneer er bijvoorbeeld grote politieke risico’s aan de mededeling van de desbetreffende gegevens zijn verbonden.”³⁰ De CTIVD wijst hierbij op de bedoeling van de wetgever om in de Wiv 2017 te voorzien in een specifiek waarborgenstelsel voor de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens (vier sloten³¹), waarbij expliciet is aangegeven dat de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens wordt onderworpen aan een systeem van ministeriële toestemming, niet alleen bij de verstrekking in het belang van een buitenlandse dienst, maar ook bij de verstrekking in het kader van de taakuitvoering van de AIVD of de MIVD.³² Dit betekent naar het oordeel van de CTIVD dat ook bij de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens op grond van artikel 62 lid 1 sub d Wiv 2017 toestemming van de betrokken minister vereist is. Anders wordt het hele systeem van waarborgen rond het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens uitgehouden.

Op grond van artikel 89 lid 2 Wiv 2017 kan de toestemming van de minister voor meerdere opvolgende verstrekkingen van vergelijkbare aard voor een periode van een jaar worden gegeven, met de mogelijkheid van verlenging op basis van een gemotiveerd verzoek voor eenzelfde periode. Dit is met betrekking tot verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens aan een buitenlandse dienst op grond van artikel 62 lid 1 sub d Wiv 2017 niet geregeld. Naar het oordeel van de CTIVD moet deze mogelijkheid wel bestaan. Indien er geen samenwerkingsrelatie bestaat met de buitenlandse dienst (uitzondering art. 64 Wiv 2017) bepaalt de Wiv 2017 dat toestemming moet worden verleend per verstrekking.

²⁹ *Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 163.*

³⁰ *Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 136.*

³¹ *Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 7.* De vier sloten voor de internationale uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens zien op 1) alleen delen met anderen wat rechtmatig door de AIVD of de MIVD is vergaard, 2) Nederland werkt alleen met betrouwbare partners, waarbij de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens slechts met een zeer beperkt aantal landen plaatsvindt, waarbij voorafgaand een weging plaatsvindt van wettelijke criteria zoals eerbied voor mensenrechten en democratische inbedding, 3) ongeëvalueerde gegevens kunnen alleen worden uitgewisseld na toestemming van de minister, 4) de CTIVD houdt toezicht op deze praktijk.

³² *Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 163.*

5.2 Motivering van de aanvraag

Naast de regeling in artikel 88 Wiv 2017 voor het aangaan en de invulling van samenwerkingsrelaties, zal voor elke afzonderlijke handeling binnen die samenwerking, bijvoorbeeld de verstrekking van bepaalde gegevens of de inzet van een bijzondere bevoegdheid ter ondersteuning van een buitenlandse dienst, moeten worden beoordeeld of wordt voldaan aan de vereisten die in die specifieke bepaling worden gesteld en de algemene vereisten van gegevensverwerking (noodzakelijkheid, behoorlijkheid, zorgvuldigheid: art. 18 Wiv 2017).³³ Hierna worden deze motiveringsvereisten nader toegelicht.

Bij elke verstrekking op grond van artikel 62 ('in het kader van de eigen taakuitvoering) of artikel 89 lid 1 ('in het belang van de buitenlandse dienst') Wiv 2017 dient een dubbele afweging plaats te vinden:³⁴ (1) past het binnen de grenzen van de samenwerking zoals die zijn neergelegd in de wegingsnotitie³⁵ en (2) voldoet het in dat kader aan de wettelijke vereisten voor de verwerking van gegevens (art. 18 Wiv 2017: noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid)? Op deze wijze vormt de wegingsnotitie het juridisch fundament voor de afzonderlijke samenwerkingsactiviteiten en wordt voorzien in een sluitend geheel.

Bij een verstrekking op grond van artikel 64 Wiv 2017 is geen samenwerkingsrelatie (wegingsnotitie) aan de orde. In dat geval geldt niet de voorgaande dubbele afweging. Wel dient in aanvulling op de tweede toets (voorafgaand) gemotiveerd te worden waarom sprake is van een 'dringende en gewichtige reden' voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens in het kader van de eigen taakuitvoering van de AIVD of de MIVD.

Ook bij een verstrekking van ongeëvalueerde gegevens op grond van artikel 89 lid 1 Wiv 2017 ('in het belang van de buitenlandse dienst') stelt de wet in aanvulling op de tweede toets aanvullende vereisten. Getoetst moet dan worden of het belang van de buitenlandse dienst niet onverenigbaar is met de belangen die de Nederlandse dienst heeft te behartigen en een goede taakuitvoering door de Nederlandse dienst zich niet tegen de verstrekking verzet.

5.2.1 Wegingsnotities

In de wegingsnotities worden de risico's van de samenwerking in kaart gebracht en wordt beoordeeld of het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens een activiteit is die – met het oog op deze risico's - is toegelaten. Ook is daarin vastgelegd of er bepaalde randvoorwaarden of aanvullende waarborgen dienen te gelden voor de samenwerking. In het specifieke geval wordt beoordeeld of de in de wegingsnotitie benoemde risico's zich in dat geval manifesteren en welke (specifieke) mitigerende maatregelen worden genomen om deze risico's te beperken. Indien het uitwisselen van ongeëvalueerde gegevens volgens de wegingsnotitie niet binnen de bandbreedte van de samenwerking past, dan mag dit alleen gebeuren in het geval van zwaarwegende (operationele) redenen. Deze redenen moeten blijken uit het verzoek om toestemming aan de betrokken minister. Het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens buiten de toegestane bandbreedte van een samenwerkingsrelatie vereist een extra motivering, omdat daarmee een groter risico wordt genomen dan volgens de wegingsnotitie is toegestaan.

³³ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 3, p. 162.

³⁴ Toezichtsrapport van de CTIVD, nr. 49 over de uitwisseling van ongeëvalueerde gegevens door de AIVD en de MIVD, par. 7, p. 24, beschikbaar op de www.ctivd.nl.

³⁵ Een beoordeling van het bestaan, de reikwijdte en de kwaliteit van wegingsnotities valt buiten het bestek van dit onderzoek (zie methodiek/opzet). In 2018 heeft de CTIVD onderzoek verricht naar de rechtmatigheid van de wegingsnotities van de AIVD en de MIVD voor de CTG- en Sigint-diensten. Dit heeft geresulteerd in toezichtsrapport nr. 60 (feb. 2019, *Kamerstukken II 2018/19*, 29 924, nr. 177 (bijlage)). Naar aanleiding van dit rapport hebben de ministers van BZK en Defensie toegezegd dat de geconstateerde gebreken in de wegingsnotities van de AIVD en de MIVD halverwege 2019 zullen zijn gerepareerd. De CTIVD heeft in april 2017 over haar onderzoeksactiviteiten naar de uitvoering van de Wiv 2017 aan de Tweede Kamer aangekondigd dat een onderzoek naar de overige samenwerkingspartners en wegingsnotities, waarvan de ministers van BZK en Defensie hebben toegezegd dat deze per 1 jan. 2019 gereed zijn, in de planning staat.

5.2.2 Noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid

Bij het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens weten de AIVD en de MIVD te weinig van de inhoud van de gegevensset om een adequate afweging te maken over de noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid van de verstrekking en is het daarmee onvoldoende duidelijk welke risico's daadwerkelijk aan de orde zijn. De AIVD of de MIVD moet echter wel motiveren in het verzoek aan de minister waarom de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens *desondanks* noodzakelijk, behoorlijk en zorgvuldig is. De vraag rijst hoe zich dit tot elkaar verhoudt. Het punt is dat de AIVD of de MIVD bij 'ongeëvalueerde gegevens' afwegingen over de noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid alleen 'in het algemeen' kan beargumenteren en niet specifiek voor het verstrekken van gegevens met betrekking tot concrete personen of organisaties. Om die reden moet de minister een politiek-bestuurlijke afweging maken of, gegeven de buitenlandse dienst waaraan wordt verstrekt en de aard en omvang van de gegevens die worden verstrekt, mogelijke risico's acceptabel zijn of niet. De toestemming van de minister dient vervolgens op grond van de Wiv 2017 terstond aan de CTIVD te worden gemeld in verband met het houden van toezicht op de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens.

De CTIVD heeft in de rapporten nr. 49 en nr. 56 overwogen dat wanneer de AIVD of de MIVD aan een buitenlandse dienst ongeëvalueerde gegevens verstrekt, het moeilijk is een concrete afweging te maken of de verstrekking van die gegevens noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. Niet alleen is niet (precies) duidelijk welke gegevens exact worden verstrekt. Vaak is het beoogde doel van de verstrekking algemeen van aard, ook wanneer de verstrekking plaatsvindt in het kader van de taakuitvoering van de AIVD of de MIVD.³⁶ De motivering van de noodzakelijkheid, de behoorlijkheid (o.m. proportionaliteit)³⁷ en de zorgvuldigheid kan in deze situatie alleen in algemene bewoordingen en op hoofdlijnen plaatsvinden.³⁸ Dit betekent dat de afweging bij het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens in feite draait om een algemene inschatting van de risico's van de verstrekking aan de hand van de aard en de omvang van de gegevensset en in het kader van de specifieke samenwerkingsrelatie (wegingsnotitie): zijn deze, gegeven het belang, aanvaardbaar? De betreffende minister moet dit beoordelen en hiervoor toestemming geven.

³⁶ Zie nader toezichtsrapport nr. 49, par. 3.1 (p. 5): "Met de verstrekking wordt bijvoorbeeld beoogd bij te dragen aan (een onderdeel van) het contraterrorisme onderzoek van de dienst. De verstrekking is vaak niet gericht op de verwerking van gegevens met betrekking tot een specifieke persoon of organisatie. Het is dan slechts beperkt mogelijk het concrete belang van de dienst bij de gegevensverstrekking af te wegen tegen de potentiële inbreuk die vanwege de gegevensverstrekking wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer. Ook bij de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens in het belang van de buitenlandse dienst (artikel 59 Wiv 2002; *in de Wiv 2017 art. 89*) is vaak sprake van een algemeen doel waarop de gegevensverstrekking is gericht. Dit omdat door de buitenlandse dienst doorgaans geen inzicht wordt gegeven in de concrete belangen die de desbetreffende dienst heeft bij het ontvangen van de gegevens. In de wet is een aanvullende toets neergelegd die moet plaatsvinden voordat de gegevens worden verstrekt in het belang van de buitenlandse dienst. Het gaat hier om de toets of het belang van de buitenlandse dienst niet onverenigbaar is met de belangen die de Nederlandse dienst heeft te behartigen en een goede taakuitvoering door de Nederlandse dienst zich niet tegen de verstrekking van de gegevens verzet (artikel 59 leden 2 en 4 Wiv 2002; *in de Wiv 2017 art. 89 leden 1 en 4*)."

³⁷ In de MvT bij de Wiv 2017 wordt overwogen: "Het criterium behoorlijk biedt, zoals uiteengezet in rapport 38 van de CTIVD (p. 58) een aanknopingspunt voor een proportionaliteitsvereiste, zoals artikel 8 EVRM vereist, bij alle vormen van gegevensverwerking. Evenredigheid van het middel ten opzichte van het doel is één van de normen van behoorlijk overheidsoptreden.", *Kamerstukken II* 2016/17, 34 588, nr. 3, p. 32.

³⁸ In rapport nr. 56 geeft de CTIVD een nadere toelichting wat de waarborgen van noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid bij verstrekking van gegevens inhouden; toezichtsrapport nr. 56 van de CTIVD over de multilaterale gegevensuitwisseling door de AIVD over (vermeende) jihadististen, p. 29, en bijlage II (waarborgen), p. 2-5, *Kamerstukken II* 2017/18, 29 924, nr. 160 (bijlage).

5.2.3 Filteren op kenmerken van verschoningsgerechtigden en Nederlandse kenmerken

De Wiv 2017 vereist niet expliciet dat, voordat ongeëvalueerde gegevens aan een buitenlandse dienst worden verstrekt, de AIVD of de MIVD 'filtert' op bij de dienst bekende kenmerken van advocaten en journalisten dan wel Nederlandse kenmerken.³⁹ De CTIVD acht het echter noodzakelijk dat voorafgaand aan de verstrekking in het kader van de behoorlijkheidstoets als bedoeld in artikel 18 Wiv 2017, een afweging wordt gemaakt of verwijdering van bepaalde kenmerken, gelet op de specifieke omstandigheden van de verstrekking, noodzakelijk of proportioneel is. Het gaat daarbij in eerste instantie om kenmerken van advocaten en journalisten. De communicatie tussen advocaten en hun cliënten alsook die tussen journalisten en hun bronnen is in de regel vertrouwelijk. Deze vertrouwelijke communicatie en de gegevens die kunnen leiden tot een bron genieten in de Wiv 2017 (zie artikel 27 en 30 Wiv 2017) extra bescherming. Bovendien is in artikel 7 Beleidsregels Wiv 2017 bepaald dat indien de diensten bij de verwerking van gegevens stuiten op gegevens die betrekking hebben op een journalist, deze gegevens niet worden gedeeld met een buitenlandse dienst. Gelet op deze bijzondere bescherming kan een afweging ten aanzien van de filtering van deze gegevens voorafgaand aan de verstrekking niet ontbreken. Een en ander dienen de AIVD en de MIVD uit te werken in beleid. Omdat deze afweging een onderdeel vormt van de behoorlijkheidstoets, moet de afweging worden vastgelegd in het verzoek om toestemming. Waar een voorafgaande afweging uitwijst dat het filteren van kenmerken van advocaten en journalisten niet aangewezen is, ligt het in de rede dat de AIVD en de MIVD bij de verstrekking een disclaimer meesturen die zorgvuldigheid stelt aan het gebruik van gegevens van verschoningsgerechtigden.

De CTIVD acht het voorts in het kader van de behoorlijkheidstoets voorstelbaar dat er zich situaties kunnen voordoen waarin het onwenselijk dan wel niet noodzakelijk is Nederlandse kenmerken aan een buitenlandse dienst te verstrekken. Overigens is hiermee niet gezegd dat die verwijdering in alle gevallen daadwerkelijk dient plaats te vinden, doch dat de dienst zich voorafgaand aan de verstrekking er rekenschap van dient te geven of filtering op deze kenmerken zou moeten plaatsvinden. Bij de afweging die in dit kader moet worden gemaakt, spelen onder meer de aard van de te verstrekken gegevens, het doel van de verstrekking en de samenwerkingsrelatie met de bewuste buitenlandse dienst een rol. Omdat deze afweging een onderdeel vormt van de behoorlijkheidstoets, moet de afweging worden vastgelegd in het verzoek om toestemming. De AIVD en de MIVD dienen voorgaande vast te leggen/uit te werken in beleid.

³⁹ In de wetsgeschiedenis is het vooraf filteren en verwijderen van dergelijke gegevens wel een aantal keren aan bod gekomen. Zo is in de memorie van toelichting bij de Wiv 2017 overwogen dat het inherent is aan de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens dat niet bekend is wat de inhoud daarvan is en dat er dus ook geen 100% garantie kan worden gegeven dat bijvoorbeeld bedrijfsvertrouwelijke gegevens niet daarin zijn opgenomen. Dat neemt volgens de regering niet weg dat de diensten – gelet op de in artikel 89 lid 1 Wiv 2017 neergelegde criteria een inspanningsverplichting hebben het risico daarop zoveel mogelijk te minimaliseren: “Nu het gaat om verstrekking van door de diensten zelf vergaarde gegevens, is op voorhand een aantal zaken reeds duidelijk, zoals de bron waaruit de gegevens zijn verkregen e.d. Daarnaast is het – afhankelijk van de soort gegevens die het betreft – soms mogelijk via een filter aan Nederland gerelateerde gegevens uit te filteren; denk daarbij aan het uitfilteren van telefoonverkeer waarbij het internationaal toegangsnummer (+31) voor Nederland is gebruikt of IP-adressen die door ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) en RIPE NCC (Reseaux IP Europeens Network Coordinations Center) aan Nederlandse ISP-s of specifieke gebruikers(organisaties) zijn toegekend. De uitsluiting van Nederlandse gegevens bij een verstrekking aan een buitenlandse dienst brengt wel het risico met zich mee dat een link naar bijvoorbeeld een nog niet onderkende Nederlandse jihadist niet gevonden wordt. De Nederlandse gegevens zijn immers uitgesloten.” (*Kamerstukken II 2016/17*, 34 588, nr. 3, p. 239). In dat licht overwoog de regering later tijdens de behandeling van de Wiv 2017 dat het mogelijk is data uit de te verstrekken dataset te filteren, maar in veel gevallen is dit technisch niet mogelijk of niet wenselijk, bijvoorbeeld bij het delen van informatie in het kader van het in beeld brengen van de terrorismedreiging in Europa. (*Kamerstukken I 2016/17*, 34 588, C, p. 19.)

5.3 Schriftelijke voorwaarden

5.3.1 Derdepartijregel

Artikel 65 lid 2 Wiv 2017 bepaalt dat indien gegevens aan inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen worden verstrekt hierbij in ieder geval de voorwaarde wordt gesteld dat de ontvangende instantie de gegevens niet aan anderen mag verstrekken (derdepartijregel). Dit gaat verder dan alleen een verbod op doorgifte aan de diensten van andere landen (derdelandregel), maar geldt ook voor doorverstrekking door de ontvangende diensten aan andere partijen in zijn land.

De derdepartijregel geldt ten aanzien van verstrekking van ongeëvalueerde gegevens op grond van artikel 62 lid 1 sub d en artikel 64 Wiv 2017.⁴⁰ De regel is van overeenkomstige toepassing verklaard op verstrekkingen van gegevens (waaronder ook ongeëvalueerde gegevens) op grond van artikel 89 lid 1 Wiv 2017 (zie lid 3). De naleving van de derdepartijregel is onderworpen aan het vertrouwensbeginsel dat tussen samenwerkende diensten geldt. Indien blijkt dat dit vertrouwen wordt geschonden, is dat aanleiding om de samenwerkingsrelatie opnieuw te wegen (art. 88 lid 5 Wiv 2017). Dat kan er toe leiden dat aan deze buitenlandse dienst geen gegevens meer worden verstrekt.⁴¹

In het algemeen geldt dat in het verzoek om toestemming moeten worden vermeld welke schriftelijke voorwaarden worden meegegeven en op welke wijze dit gebeurt. De wijze waarop schriftelijke voorwaarden worden meegegeven is van toegevoegde waarde voor de motivering in het verzoek om toestemming en kunnen een onderdeel vormen van de zorgvuldigheid. Deze afspraken worden immers voornamelijk gemaakt om de integriteit van de gegevens te waarborgen. Specifiek voor de derdepartijregel geldt dat in het verzoek voor toestemming moeten worden vermeld op welke wijze de derdepartijregel wordt meegegeven. Dit moet ook in de praktijk worden geregeld. Bij een incidentele verstrekking moet de derdepartijregel worden vermeld bij de verstrekking. Bij langdurige samenwerkingen kan dit aan de voorkant worden afgesproken tussen de partners. Dit moet zodanig worden vastgelegd dat de onderliggende afspraken terugvindbaar zijn.

5.3.2 Gebruik in strijd met internationaal recht

In toezichtsrapport nr. 50 (sept. 2016) over de bijdragen van de MIVD aan targeting⁴² heeft de CTIVD een aantal voor dit onderzoek relevante aanbevelingen gedaan.⁴³ Kort gezegd komen deze aanbevelingen erop neer dat het beleid gericht op verstrekking van gegevens aan buitenlandse inlichtingen- en/of veiligheidsdiensten en militaire coalities in overeenstemming met het juridisch kader moet worden aangepast. Verder moet bij het aangaan van een samenwerkingsrelatie worden afgewogen of (de staat van) de betreffende buitenlandse dienst betrokken is bij geweldgebruik in het kader van gewapende conflicten of vergelijkbaar geweldgebruik. Als dat het geval is moet worden bezien of gegevensverstrekking risico's met zich meebrengt in de zin dat deze verwijtbaar kan bijdragen aan schendingen van het internationaal recht, waaronder onrechtmatig geweldgebruik. Tevens is van belang dat indien te verstrekken (geëvalueerde of ongeëvalueerde) gegevens over een onderwerp gaan waarvan bekend is dat deze een relatie heeft met lopend geweldgebruik door de staat van de buitenlandse dienst waaraan gegevens worden verstrekt en Nederland niet zelf betrokken is bij dat geweldgebruik, dan moet in aanvulling op de derdepartijregel de schriftelijke voorwaarde worden

⁴⁰ In het wijzigingsvoorstel voor de Wiv 2017 (nr. 34 242, nr. 1) is opgenomen (J) dat aan artikel 65 na "onder d" de zinsnede wordt toegevoegd "alsmede aan een instantie als bedoeld in artikel 64, eerste lid".

⁴¹ *Kamerstukken I 2017/18*, 34 588, K, p. 7.

⁴² Targeting is een proces van selectie en prioritering van doelen dat onder meer kan leiden tot geweldgebruik door strijdkrachten om een bepaalde tactische of strategische doelstelling te halen. Bij illegale targeting gaat het om targeting in strijd met het internationaal recht.

⁴³ Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 50 over bijdragen van de MIVD aan targeting, par. 6 (aanbevelingen 1, 2, 5 en 7 op p. 39), *Kamerstukken II 2016/17*, 29 924, nr. 144 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl.

gesteld dat deze gegevens niet mogen worden gebruikt voor doeleinden die een schending van het internationaal recht inhouden. Tot slot is de feedbackloop relevant. Bij concrete aanwijzingen (en de diensten moeten dit al nagaan als er vermoedens zijn) dat verstrekte gegevens een aandeel hebben gehad in onrechtmatig geweldgebruik door de staat van de buitenlandse dienst waaraan de gegevens zijn verstrekt, dan moet dit leiden tot heroverweging van de samenwerking (wegingsnotitie). Dit onderwerp zou ook aan de orde moeten komen in verzoeken tot verstrekken van ongeëvalueerde gegevens.

In zijn beleidsreactie op rapport nr. 50 heeft de minister van Defensie alle aanbevelingen overgenomen. Toezichtsrapport nr. 50 betrof alleen de MIVD. Dit laat onverlet dat de AIVD destijds in reactie op de vraag van de CTIVD naar de betekenis van het toezichtsrapport voor de samenwerking van de AIVD met buitenlandse diensten en de wijze waarop dit nadere invulling zou kunnen krijgen binnen de AIVD, aan de CTIVD heeft medegedeeld dat in de wegingsnotities voor de bestaande samenwerkingsrelaties van de dienst aandacht wordt besteed aan de mogelijkheid dat door de AIVD verstrekte gegevens in een targetingproces kunnen worden gebruikt.⁴⁴ Bij nieuwe samenwerkingsrelaties waarbinnen sprake zal zijn van gegevensuitwisseling zal de AIVD afwegen of (de staat van) de betreffende buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdienst betrokken is bij geweldgebruik in het kader van gewapende conflicten. Als dat het geval is, zal worden bekeken of gegevensverstrekkingen aan een dienst risico's met zich brengen die een schending van het internationaal recht zouden kunnen inhouden. Ook heeft de AIVD aangegeven dat bij specifieke samenwerkingsverbanden de disclaimer wordt opgenomen dat de gegevens van de AIVD niet mogen worden gebruikt bij activiteiten die een schending van het internationaal recht inhouden.

De CTIVD ziet haar aanbevelingen, indien en voor zover zij door de betrokken minister(s) zijn overgenomen, ook in de berichtgeving aan het parlement, als onderdeel van de op de AIVD en de MIVD toepasselijke wet- en regelgeving.⁴⁵

5.4 Protocolplicht

Artikel 70 Wiv 2017 schrijft voor dat aantekening wordt gehouden van de verstrekking van persoonsgegevens. Dit artikel geldt voor verstrekkingen op basis van artikel 62 en 64 Wiv 2017 (in het kader van de eigen taakuitvoering van de AIVD of de MIVD) en is van overeenkomstige toepassing verklaard op verstrekkingen op grond van artikel 89 lid 1 Wiv 2017 (in het belang van een buitenlandse dienst). Hieruit volgt dat de AIVD en de MIVD inzichtelijk moeten bijhouden welke gegevens(bestanden) aan buitenlandse diensten worden verstrekt. Dit geldt juist ook ten aanzien van ongeëvalueerde gegevens omdat dan niet precies bekend is in welke mate hierin persoonsgegevens zitten. In rapport nr. 49 heeft de CTIVD al gewezen op het belang van een protocolplicht: "In het verlengde van artikel 42 van de Wiv 2002 [dit is nu art. 70 Wiv 2017], waarin is opgenomen dat van de verstrekking van persoonsgegevens aantekening wordt gehouden, vindt de CTIVD het van belang dat de AIVD en de MIVD inzichtelijk bijhouden welke gegevens(bestanden) in het kader van de samenwerkingsverbanden worden uitgewisseld."⁴⁶ De conclusies uit dit rapport zijn overgenomen door de ministers van BZK en Defensie. Een protocolplicht voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten volgt volgens de CTIVD ook uit de meldingsplicht aan de CTIVD. Hieraan kan een dienst niet voldoen zonder een zorgvuldige interne verslaglegging van verstrekkingen. Ook de zorgplicht van de diensthoofden voor de juistheid en kwaliteit van gegevensverwerking op grond van artikel 24 Wiv 2017 vereist dat een dienst voortdurend *in control* is over zijn gegevensverwerkingsprocessen, waaronder het verstrekken van (ongeëvalueerde) gegevens aan buitenlandse diensten valt. Een

⁴⁴ Brief van DG AIVD van 19 mei 2017 (niet openbaar).

⁴⁵ Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 51 over de uitvoering van de notificatieplicht door de AIVD en de MIVD, par. 2.1.2 (p. 11), *Kamerstukken II 2016/17*, 29 924, nr. 146 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl.

⁴⁶ Toezichtsrapport nr. 49, par. 6.1 (p. 18, 27), *Kamerstukken II 2015/16*, 29 924, nr. 142 (bijlage).

zorgvuldige interne verslaglegging van verstrekkingen is tevens een vereiste dat voortvloeit uit het reguliere gegevensbeschermingsrecht dat ook voor de AIVD en de MIVD als richtsnoer gelding heeft, behoudens beperkingen in verband met het bijzondere karakter van deze diensten.


5.5 Meldplicht aan de CTIVD

Nieuw in de Wiv 2017 is de meldplicht aan de CTIVD. Deze is op twee plaatsen opgenomen. Artikel 64 lid 3 bepaalt dat de CTIVD terstond op de hoogte wordt gesteld van een toestemming tot het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens indien deze gegevens afkomstig zijn uit de inzet van de bevoegdheid tot onderzoeksopdrachtgerichte interceptie (art. 48 Wiv 2017). Eenzelfde regeling is opgenomen in artikel 89 lid 2 dat bepaalt dat toestemming voor een verstrekking van ongeëvalueerde gegevens in het belang van een buitenlandse dienst direct aan de CTIVD wordt gemeld indien de gegevens zijn verkregen met toepassing van de bevoegdheid uit artikel 48 Wiv 2017. Op basis van een toezegging van de betrokken ministers (6 en 25 april 2018), die is vastgelegd in een beleidsregel, is de meldplicht aan de CTIVD thans breder geformuleerd, dus ook buiten artikel 48 Wiv 2017: "Van elke verleende toestemming tot het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan een buitenlandse dienst zal melding worden gedaan aan de CTIVD, ongeacht de bron van de gegevens."⁴⁷

De tekst van de beleidsregel suggereert echter een beperkter bereik dan de toezegging van de minister, nu hierin staat dat in aanvulling op artikel 89 lid 2 Wiv 2017 van iedere toestemmingsverlening door de minister tot verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan een *partnerdienst* de CTIVD terstond wordt geïnformeerd. Anders dan het in de toezegging gehanteerde woord 'buitenlandse dienst', suggereert het woord 'partnerdienst' dat de meldplicht aan de CTIVD alleen geldt voor buitenlandse diensten waarmee een samenwerkingsrelatie (wegingsnotitie) bestaat. Daarom heeft de CTIVD in haar reactie op de concept-wetswijziging van de Wiv 2017 aangedrongen op een eenduidige regeling, die bij voorkeur ziet op een meldplicht bij elke verstrekking van ongeëvalueerde gegevens, ongeacht de herkomst (bron) van de gegevens, en ongeacht het al dan niet bestaan van een samenwerkingsrelatie met de betreffende buitenlandse dienst.⁴⁸ Dit is ook conform de formulering van artikel 64 Wiv 2017 dat verstrekking van ongeëvalueerde gegevens mogelijk maakt buiten het bestaan van een samenwerkingsrelatie.

⁴⁷ *Kamerstukken I* 2017/18, 34 588, I (Brief regering 25 april 2018).

⁴⁸ Het wetsvoorstel voor Wijziging van de Wiv 2017 dat op 2 juli 2019 is ingediend bij de Tweede Kamer breidt de meldplicht uit tot elke verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan een buitenlandse dienst, ongeacht de bevoegdheid waarmee deze zijn verworven; *Kamerstukken II* 2018/19, 35242, nr. 3, p. 10.



Oranjestraat 15, 2514 JB Den Haag
Postbus 85556, 2508 CG Den Haag

T 070 315 58 20 | **F** 070 381 71 68
E info@ctivd.nl | www.ctivd.nl