

Toezihtsrapport

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

CTIVD nr. 65

TOEZICHTSRAPPORT

Over het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens
aan buitenlandse diensten door de AIVD en de MIVD

Inhoudsopgave

Samenvatting	3
1 Inleiding	7
2 Bevindingen beleid, werkinstructies en verstrekkingen AIVD en MIVD in de praktijk	10
2.1 Inleiding	10
2.2 Beslissing geëvalueerde of ongeëvalueerde gegevens	11
2.3 Motivering van verzoeken om toestemming	13
2.4 Toestemming minister	15
2.5 Waarborgen bij de verstrekking	16
2.6 Protocolplicht	18
2.7 Meldplicht	19
3 Conclusies	20
4 Aanbevelingen	23
4.1 AIVD	23
4.2 MIVD	23

TOEZICHTSRAPPORT

Over het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens
aan buitenlandse diensten door de AIVD en de MIVD

Samenvatting

Dit toezichtsrapport gaat over het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD). De AIVD en de MIVD hebben de bevoegdheid samen te werken met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen. Samenwerking met buitenlandse diensten is in het algemeen noodzakelijk in het belang van de bescherming van de nationale veiligheid en de internationale rechtsorde. Een vorm van samenwerking betreft het verstrekken van gegevens die de AIVD en de MIVD zelf hebben verworven.

In de Wiv 2017 is het begrip ‘ongeëvalueerde gegevens’ geïntroduceerd. De CTIVD constateert dat in de praktijk de behoefte bestaat aan meer duidelijkheid en houvast over de begrippen geëvalueerd en ongeëvalueerd. Dit rapport is dan ook bedoeld als nader kaderstellend voor de definiëring van deze begrippen. Zolang door de AIVD of de MIVD verworven gegevens niet inhoudelijk zijn beoordeeld door middel van toetsing op relevantie dan wel op andere wijze, is sprake van zogenoemde ongeëvalueerde gegevens. Deze term duidt erop dat de AIVD of de MIVD niet of onvoldoende bekend is met de aard en de feitelijke inhoud van de betreffende gegevens(set), waardoor geen concrete afweging kan worden gemaakt over de noodzakelijkheid, de behoorlijkheid en de zorgvuldigheid van een verstrekking van deze gegevens(set) aan een buitenlandse dienst.¹ De risico's bij de verstrekking voor bijvoorbeeld ongerechtvaardigde inbreuken op de privacy en andere grondrechten van burgers wier gegevens worden verstrekt zijn daarmee niet of onvoldoende bekend voor de AIVD of de MIVD. Ter ondervanging hiervan is in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) een aantal waarborgen verankerd. Het gaat onder meer om het vereiste dat verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens voorafgaande toestemming van de betrokken minister behoeven. Ook is vereist dat deze toestemming van de minister wordt gemeld aan de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD).

¹ Met betrekking tot de noodzakelijkheid moet gemotiveerd worden van welk vooraf omschreven doel, dat past binnen de wettelijke taken, sprake is en de verwachting is dat de verstrekking bijdraagt aan dit doel. In het geval van een verlenging moet worden gemotiveerd op welke wijze de verstrekking heeft bijgedragen aan dit doel. De behoorlijkheid betreft onder meer de weging tussen het doel van de verstrekking en de nadelen ervan voor personen of organisaties wiens gegevens worden verstrekt. Hier is sprake van communicerende vaten: als het risico groot is dat veel persoonsgegevens worden verstrekt, moet het onderzoeksbelang ook zwaarwegend zijn. Hierbij kan van belang zijn of sprake is van een éénmalige verstrekking of dat het gaat om meerdere verstrekkingen van gelijksoortige aard. De zorgvuldigheid ziet op het borgen van de inhoudelijke juistheid en de correcte weergave van de gegevens die worden verstrekt.

Focus onderzoek

De CTIVD geeft antwoord op de volgende centrale onderzoeksvraag:

Hebben de AIVD en de MIVD rechtmatig gehandeld bij het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten in de periode 1 mei 2018 tot 1 januari 2019?

Hiervoor zijn onderstaande deelvragen gesteld:

1. Zijn het beleid en de werkinstructies voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens zodanig ingericht dat in de uitvoering aan de wettelijke vereisten kan worden voldaan?
2. Waren in de praktijk de concrete verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in de onderzoeksperiode rechtmatig?

Bevindingen beleid en werkinstructies

De CTIVD heeft geen beleid bij de diensten aangetroffen dat strijdig is met de Wiv 2017. Wel schiet het beleid op een aantal punten tekort. Dat geldt in meerdere mate voor het beleid van de AIVD dan voor het beleid van de MIVD. Hiertoe doet de CTIVD aanbevelingen om beleid nader op te stellen of aan te vullen.

Een belangrijke constatering in dit toezichtsrapport is het ontbreken bij zowel de AIVD als de MIVD van een sluitend overzicht van de verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens die hebben plaatsgevonden. Het beleid en de werkinstructies van de diensten voorzien onvoldoende in een regeling hiervoor. Voor de terugvindbaarheid, verantwoording, interne controle en het extern toezicht is het van belang dat verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens worden geregistreerd en dat daarvan verslag wordt gemaakt.

Het moet ter uitvoering van de wettelijke protocolplicht van de diensten voor iedere medewerker duidelijk zijn dat verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens moeten worden vastgelegd, wat er moet worden vastgelegd en waar dat moet gebeuren. Het is niet voldoende dat uitsluitend de toestemmingsverzoeken aan de betrokken ministers en de verleende toestemming die ten grondslag liggen aan een (serie van) verstrekking(en) terugvindbaar zijn. Een verleende toestemming betekent nog niet dat er daadwerkelijk een verstrekking heeft plaatsgevonden, noch geeft het inzicht in het aantal verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens. Toestemming kan namelijk desgevraagd worden verleend voor een periode van maximaal een jaar waarbij meerdere opeenvolgende verstrekkingen van vergelijkbare aard kunnen plaatsvinden.

Bevindingen praktijk

Uit het onderzoek blijkt dat de verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens divers van aard zijn. De CTIVD heeft verstrekkingen aangetroffen waar sprake was van een multilaterale samenwerking, waarbij vrijwel dagelijks grote hoeveelheden gegevens zijn verstrekt aan buitenlandse diensten. Daarnaast zijn er bilaterale samenwerkingsverbanden waarin niet dagelijks, maar wel met enige regelmaat (bijvoorbeeld maandelijks) gegevens zijn verstrekt. Als laatste zijn er verstrekkingen die éénmalig plaatsvinden. Alle verstrekkingen zijn gedaan aan buitenlandse diensten waarmee sprake is van een strategische langlopende operationele samenwerking. Gegevens worden verstrekt via (semi) automatische verbindingen alsook via het overhandigen van hardware (denk hierbij aan USB sticks of harde schijven).

De CTIVD heeft geen verstrekkingen aangetroffen waarbij sprake was van een dringende en gewichtige reden om ongeëvalueerde gegevens te verstrekken zonder samenwerkingsrelatie (art. 64 Wiv 2017).

De AIVD en de MIVD zijn in de onderzoeksperiode bij concrete verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten tekortgeschoten in de naleving van de wettelijke verplichtingen. De onrechtmatigheden zijn zowel inhoudelijk als procedureel van aard. Dit betreft de volgende punten:

- De registratie/verslaglegging van verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens (protocolplicht) vindt door beide diensten niet dan wel onvoldoende plaats. Waar registratie wel plaatsvindt, wordt deze niet uniform uitgevoerd;
- De MIVD heeft geen toestemming aan de minister gevraagd voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens die op basis van door buitenlandse diensten aangeleverde kenmerken voor dezen door de MIVD zijn geselecteerd. Deze gegevens zijn onterecht geclassificeerd als geëvalueerde gegevens. Hiermee zijn deze verstrekkingen ook niet gemeld aan de CTIVD;
- De AIVD heeft voor een aantal verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens binnen drie samenwerkingsverbanden geen toestemming aan de minister gevraagd;
- De AIVD heeft het verplicht melden aan de CTIVD van de toestemming van de minister voor verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens niet structureel nageleefd;
- Bij drie toestemmingsverzoeken van de AIVD en één van de MIVD, waarbij het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens volgens de onderliggende wegingsnotitie bepaalde risico's kent, wordt in de motivering van het toestemmingsverzoek onvoldoende afgewogen wat de risico's van de verstrekkingen zijn en op welke wijze deze risico's worden beperkt;
- Bij een aantal verstrekkingen hadden de AIVD en de MIVD, gelet op hun beoordeling van de risico's van de samenwerking in de onderliggende wegingsnotities, aanvullende schriftelijke voorwaarden moeten stellen bij de verstrekking.

Slot/urgentie

Het zo snel mogelijk verbeteren van beleid en praktijk met betrekking tot de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten is essentieel. Wanneer de AIVD en de MIVD de bevoegdheid van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel operationeel gereed hebben, geldt dat meer gegevens kunnen worden verzameld door de beide diensten. De verwachting bestaat dat daarmee ook steeds meer ongeëvalueerde gegevens zullen worden verstrekt. Eén en ander benadrukt nog eens het grote belang en de urgentie van een zorgvuldige en rechtmatige uitvoering in de praktijk.

TOEZICHTSRAPPORT

Over het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens
aan buitenlandse diensten door de AIVD en de MIVD

1 Inleiding

Het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens

De AIVD en de MIVD hebben de bevoegdheid samen te werken met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen. Samenwerking met buitenlandse diensten is in het algemeen noodzakelijk in het belang van de bescherming van de nationale veiligheid en de internationale rechtsorde. Een vorm van samenwerking betreft het met een buitenlandse dienst delen van gegevens die de AIVD en de MIVD zelf hebben verworven. Overeenkomstig de wet is het uitgangspunt hierbij dat gegevens die de AIVD of de MIVD nog niet heeft beoordeeld op relevantie voor de taakuitvoering als ‘ongeëvalueerd’ worden beschouwd, omdat de dienst in dat geval geen of onvoldoende kennis heeft over de inhoud van de gegevens om te weten wat hij geeft aan een buitenlandse dienst. Deze benodigde kennis over de inhoud van de gegevens kan overigens ook volgen uit de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. Evenzeer overeenkomstig de lijn van de wetgever worden gegevens die wel zijn beoordeeld op relevantie als ‘geëvalueerd’ aangemerkt. Hierbij is vanzelfsprekend van belang dat de relevantiebeoordeling een voldoende inhoudelijk karakter heeft, zodat de dienst daadwerkelijk in voldoende mate weet wat hij verstrekt. Bij ongeëvalueerde gegevens is de AIVD of de MIVD niet of onvoldoende bekend met de aard en de feitelijke inhoud van de betreffende gegevens(set), waardoor de dienst niet of onvoldoende weet wat hij geeft en daardoor geen concrete afweging kan worden gemaakt over de noodzakelijkheid, de behoorlijkheid en de zorgvuldigheid van een verstrekking van deze gegevens(set) aan een buitenlandse dienst.²

Dat levert risico's op onder meer op het gebied van de rechtsbescherming van burgers over wie gegevens worden verstrekt. Ter ondervanging hiervan is in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) een aantal waarborgen verankerd. Het gaat onder meer om het vereiste dat verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens voorafgaande toestemming van de betrokken minister behoeven. Ook is vereist dat deze toestemming van de minister terstond wordt gemeld aan de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD).

² Met betrekking tot de noodzakelijkheid moet gemotiveerd worden van welk vooraf omschreven doel, dat past binnen de wettelijke taken, sprake is en de verwachting is dat de verstrekking bijdraagt aan dit doel. In het geval van een verlenging moet worden gemotiveerd op welke wijze de verstrekking heeft bijgedragen aan dit doel. De behoorlijkheid betreft onder meer de weging tussen het doel van de verstrekking en de nadelen ervan voor personen of organisaties wiens gegevens worden verstrekt. Hier is sprake van communicerende vaten: als het risico groot is dat veel persoonsgegevens worden verstrekt, moet het onderzoeksbelang ook zwaarwegend zijn. Hierbij kan van belang zijn of sprake is van een éénmalige verstrekking of dat het gaat om meerdere verstrekkingen van gelijksoortige aard. De zorgvuldigheid ziet op het borgen van de inhoudelijke juistheid en de correcte weergave van de gegevens die worden verstrekt.

De aanleiding van het onderzoek

De bevoegdheid van de AIVD en de MIVD tot het delen van ongeëvalueerde gegevens met buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten heeft tijdens de totstandkoming van de Wiv 2017 aanleiding gegeven tot veel discussie. Deze bevoegdheid is overigens niet nieuw, onder de werking van de Wiv 2002 bestond deze bevoegdheid reeds. Mede door de digitalisering van de samenleving kunnen de AIVD en de MIVD steeds meer gegevens verwerven en kunnen naast de nieuwe bevoegdheid tot 'onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel', ook bestaande (algemene en bijzondere) bevoegdheden steeds meer opbrengst genereren. Dit maakt ook dat steeds vaker en ook grotere hoeveelheden digitale gegevens aan buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten kunnen worden verstrekt. Een ontwikkeling die met de onderzoeksopdrachtgerichte interceptie van de kabel naar verwachting verder zal toenemen. Het is daarom van belang dat het beleid, de werkinstructies en de praktijk van de AIVD en de MIVD in overeenstemming zijn met de wettelijke waarborgen die voor dergelijke verstrekkingen gelden. 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.³ De inwerkingtreding van de Wiv 2017 vormt de aanleiding om vinger aan de pols te houden bij het onderwerp van het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens en dit nader te onderzoeken.

Opzet van het onderzoek

De CTIVD heeft een diepteonderzoek verricht naar het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten door de AIVD en de MIVD.

Het onderzoek beslaat de periode van 1 mei 2018, de datum van inwerkingtreding van de Wiv 2017, tot 1 januari 2019 en heeft betrekking op de daadwerkelijke verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in die periode.

De CTIVD geeft met dit onderzoek antwoord op onderstaande onderzoeksvraag:

Hebben de AIVD en de MIVD rechtmatig gehandeld bij het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten in de periode 1 mei 2018 tot 1 januari 2019?

Hiervoor zijn onderstaande deelvragen gesteld:

1. Zijn het beleid en de werkinstructies voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens zodanig ingericht dat in de uitvoering aan de wettelijke vereisten kan worden voldaan?
2. Waren in de praktijk de concrete verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in de onderzoeksperiode rechtmatig?

Het onderzoek richt zich op een beoordeling van het beleid van de AIVD en de MIVD, de werkwijze en de verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in de onderzoeksperiode. Het gaat daarbij niet om verstrekkingen van gegevens die zijn verworven door middel van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel, omdat daar in de onderzoeksperiode nog geen sprake van was.⁴

De onderzoeksmethodiek en de afbakening van het onderzoek (wat buiten het onderzoek valt) staan beschreven in bijlage I bij dit toezichtsrapport.

³ Toezichtsrapporten van de CTIVD nrs. 22a, 22b, 28, 38, 39, 48, 49, 56 en 60. Alle rapporten met (juridische) bijlagen zijn beschikbaar op www.ctivd.nl.

⁴ Beleidsreactie ministers n.a.v. voortgangsrapportage CTIVD (nov. 2018). Uitspraken DG AIVD in uitzending Nieuwsuur (jan. 2019).

Leeswijzer

Het rapport is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 staan de bevindingen en conclusies van het onderzoek van de CTIVD over het beleid, de werkinstructies (voor zover aanwezig) en de praktijk van de AIVD en de MIVD bij het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens in de onderzoeksperiode. Het juridisch toetsingskader dat hierbij geldt, is nader uitgewerkt in bijlage II bij dit toezichtsrapport. In hoofdstuk 2 wordt per onderdeel de essentie van dit toetsingskader gemeld. In hoofdstuk 3 worden de conclusies van het onderzoek uiteengezet. Ten slotte worden in hoofdstuk 4 de aanbevelingen per dienst weergegeven.

Dit toezichtsrapport heeft geen geheime bijlage.

2 Bevindingen beleid, werkinstructies en verstrekkingen AIVD en MIVD in de praktijk

2.1 Inleiding

De CTIVD heeft onderzocht of het beleid en de werkinstructies van de AIVD en de MIVD over het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten in overeenstemming zijn met het juridisch toetsingskader dat is opgenomen in bijlage II.

Daarnaast heeft de CTIVD onderzoek gedaan naar verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in de praktijk. Door de gebrekkige registratie van deze verstrekkingen (zie paragraaf 2.6) bij de AIVD en de MIVD kan de CTIVD echter niet met zekerheid vaststellen wat het totaal aantal verstrekkingen in de onderzoeksperiode is geweest.⁵ Alle aangetroffen toestemmingsverzoeken aan de minister voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens en de daarmee verbonden toestemmingen, zijn door de CTIVD onderzocht. Ook is door de CTIVD een aantal verstrekkingen onderzocht waarbij geen sprake was van een toestemmingsverzoek, maar waar wel ongeëvalueerde gegevens zijn verstrekt in de onderzoeksperiode aan een buitenlandse dienst (zie paragraaf 2.4).

Bij de AIVD gaat het in dit onderzoek om twaalf en bij de MIVD om tien samenwerkingen waarbij sprake was van éénmalige of meerdere verstrekkingen van gelijke aard (al dan niet met toestemming van de betrokken minister). Dit aantal geeft dus niet aan hoeveel verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens daadwerkelijk hebben plaatsgevonden in de praktijk. Een verzoek om toestemming kan namelijk worden aangevraagd voor een éénmalige verstrekking of voor maximaal een jaar waarin meerdere verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens van vergelijkbare aard kunnen plaatsvinden. In de onderzoeksperiode zijn er bijvoorbeeld vier goedgekeurde toestemmingsverzoeken voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens voor maximaal een jaar waarbij vrijwel dagelijks grote hoeveelheden gegevens zijn verstrekt aan buitenlandse diensten. Het ging hierbij om verstrekkingen waarbij zowel de AIVD als de MIVD waren betrokken.

Alle verstrekkingen hebben plaatsgevonden aan buitenlandse diensten waarmee sprake is van een langlopende operationele samenwerking. Gegevens worden verstrekt via (semi) automatische verbindingen alsook via het overhandigen van hardware (denk hierbij aan USB sticks of harde schijven).

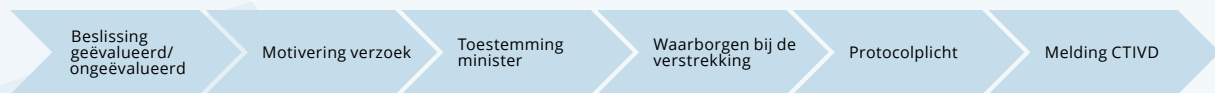
Indeling hoofdstuk

De bevindingen en beoordeling van het beleid, de werkinstructies alsmede van de verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in de praktijk worden weergegeven aan de hand van de volgende processtappen:

1. Beslissing geëvalueerde of ongeëvalueerde gegevens
2. Motivering van toestemmingsverzoek aan de betrokken minister
3. Aanwezigheid van de toestemming van de minister
4. Waarborgen bij verstrekking, te weten schriftelijke voorwaarden en filtering
5. Protocolplicht
6. Melding aan de CTIVD

⁵ De methodiek van het onderzoek staat beschreven in bijlage I bij het toezichtsrapport.

Schematisch ziet het proces er als volgt uit:



2.2 Beslissing geëvalueerde of ongeëvalueerde gegevens

Juridisch kader

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 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.

Beoordeling CTIVD beleid en werkinstructies

Beide diensten leggen in hun beleid een koppeling met de beoordeling van de relevantie van gegevens. Naar het oordeel van de CTIVD is dat juist zolang de beoordeling van de relevantie zodanig heeft plaatsgevonden dat de dienst genoeg informatie heeft over de aard en de feitelijke inhoud van de gegevens om deze als 'geëvalueerd' te kunnen aanmerken. De vraag of (persoons)gegevens geëvalueerd zijn of niet, vraagt om een gerichte en nauwkeurige beoordeling, niet om een instrumentele. 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'. Eén en ander komt in het beleid van de diensten nog onvoldoende tot uiting. Dit vraagt om een nadere uitwerking en toelichting in het beleid voor de vaststelling of gegevens (on)geëvalueerd zijn.

De MIVD kent een uitzondering voor het vragen van ministeriële toestemming voor gegevens die geen inbreuk maken op de privacy of andere fundamentele rechten van mensen.⁶ Als voorbeeld wordt

⁶ De MIVD refereert aan rapport 28 en 38 van de CTIVD.

genoemd gegevens die zijn verkregen uit electronic intelligence (hierna: elint).⁷ Gezien de bijzondere aard van gegevens uit elint, namelijk parametrische en positionele informatie van non-communicatiesystemen welke werken in een elektromagnetisch veld, kan de CTIVD zich voorstellen dat de MIVD ten aanzien van dergelijke gegevens, in het licht van de concrete omstandigheden van de samenwerking met een buitenlandse dienst, kan beargumenteren dat de dienst voldoende bekend is met de inhoud van de gegevensset om vast te stellen dat in voorkomend geval sprake is van geëvalueerde gegevens. De MIVD is dan in staat concrete afwegingen te maken over de noodzakelijkheid, de behoorlijkheid en de zorgvuldigheid van de verstrekking en daarmee over concrete risico's van de verstrekking. Deze motivering moet wel worden vastgelegd. In dat geval is geen sprake van ongeëvalueerde gegevens en is voor de verstrekking geen toestemming van de minister benodigd.

Voorgaande betreft geen afwijking van het standpunt in rapport 28 en 38 dat elint geen inbreuk maakt op de privacy of andere fundamentele rechten van mensen. De CTIVD benadrukt hierbij dat de wet in beginsel geen ruimte laat om gegevens zonder dat voldoende inhoudelijke beoordeling heeft plaatsgevonden als 'geëvalueerd' aan te merken. De Wiv 2017 kent ook geen uitzonderingen op het regime voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens. Zolang gegevens als ongeëvalueerd beschouwd dienen te worden, kan verstrekking hiervan aan een buitenlandse dienst niet plaatsvinden dan met in achtneming van alle wettelijke waarborgen. Dit moet per gegevensset worden beoordeeld en worden vastgelegd. Bij elint kan immers niet op voorhand, voor alle gevallen worden gezegd dat geen sprake is van gevoelige gegevens. De gegevens kunnen immers ook in bepaalde gevallen betrekking hebben op gegevens die kunnen worden gebruikt ter identificatie van personen of organisaties. Deze mogelijkheden nemen toe gelet op de toekomstige ontwikkelingen.⁸

Beoordeling CTIVD van de praktijk

De CTIVD concludeert dat de verstrekkingen in de onderzoeksperiode die door de AIVD en de MIVD zijn gedefinieerd als verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens, juist zijn geclassificeerd.

Uit het onderzoek is overigens wel gebleken dat bij de medewerkers van beide diensten behoefte bestaat aan meer duidelijkheid en houvast over deze begrippen. In bepaalde situaties in de praktijk is het voor de diensten duidelijk dat sprake is van ongeëvalueerde gegevens, denk hierbij aan gegevens die zijn versleuteld. Ook bestaat er geen twijfel over dat bijvoorbeeld inlichtingenrapporten geëvalueerde gegevens zijn. Er zijn echter ook grijze gebieden, die nadere invulling behoeven. Het gaat hierbij met name om gegevens die te relateren zijn aan een specifieke actor of een specifiek target. Deze gegevens zijn gericht verzameld binnen een concreet onderzoek. Dan is globale kennis over de gegevens aanwezig. Er is echter, bijzondere omstandigheden daargelaten (zie hiervoor bij de beoordeling van het beleid en werkinstructies op dit punt), vaak dan nog onvoldoende kennis over de aard en feitelijke inhoud van de gegevens om een adequate inschatting van de risico's te kunnen maken.

De CTIVD is bij de MIVD gestuit⁹ op een bepaalde categorie van verstrekkingen die naar het oordeel van de CTIVD onterecht zijn geclassificeerd als verstrekkingen van geëvalueerde gegevens. De MIVD verstrekt gegevens aan meerdere buitenlandse diensten die zijn geselecteerd op basis van de aangeleverde kenmerken van deze buitenlandse diensten.¹⁰ De MIVD heeft dit geclassificeerd als het verstrekken van 'geëvalueerde gegevens', omdat de aangeleverde kenmerken volgens de MIVD relevant

⁷ Bijvoorbeeld radar.

⁸ Zoals beschreven in bijlage I van dit rapport heeft de CTIVD gekozen de focus van het huidige onderzoek te beperken tot 'ongeëvalueerde gegevens'. Zij heeft thans geen onderzoek gedaan naar verstrekkingen van gegevens in de praktijk die door de AIVD of de MIVD anders dan als het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens zijn gedefinieerd. Om deze reden is geen onderzoek gedaan in de praktijk naar verstrekkingen van elint aan buitenlandse diensten en is alleen het beleid van de diensten op dit punt beoordeeld.

⁹ De MIVD heeft dit in het kader van het onderzoek zelf aangebracht bij de CTIVD.

¹⁰ De CTIVD heeft deze verstrekkingen in dit onderzoek als één categorie geteld in het totaal overzicht met betrekking tot de MIVD, zie paragraaf 2.1 voor een nadere toelichting op de telling.

zijn voor de buitenlandse dienst en hierdoor aangenomen mag worden dat de gegevens relevant zijn voor de taakuitvoering van de betreffende buitenlandse dienst. De CTIVD kan zich niet vinden in deze motivering. De gegevens worden verstrekt door de MIVD zonder zelf onderzoek te hebben gedaan naar de feitelijke inhoud van de gegevens die worden verstrekt. Hierdoor heeft de dienst onvoldoende informatie over de gegevens en over de gevoeligheid hiervan om goede afwegingen te kunnen maken over de noodzakelijkheid, de behoorlijkheid en de zorgvuldigheid van de verstrekking en daarmee de risico's. Dit komt verder aan de orde in paragraaf 2.4 (toestemming minister) en 2.7 (meldplicht aan de CTIVD).

2.3 Motivering van verzoeken om toestemming

Juridisch kader

De motivering van het verzoek om toestemming voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens moet onderstaande elementen bevatten:

- In hoeverre de verstrekking past binnen de bandbreedte van de samenwerking (art. 88).
 - Indien een samenwerkingsrelatie niet geschikt is voor het delen van ongeëvalueerde gegevens omdat er risico's bestaan, dan dient onderbouwd te worden waarom sprake is van een zodanig zwaarwegend operationeel belang om desondanks te verstrekken en welke mitigerende maatregelen worden genomen om de risico's te ondervangen.
 - Indien er sprake is van een dringende en gewichtige reden kan in het kader van de taakuitvoering van de AIVD en de MIVD buiten een samenwerkingsrelatie worden verstrekt (art. 64 Wiv 2017).
- Juiste grondslag
 - Artikel 62 Wiv 2017: verstrekking in het kader van de eigen taakuitvoering;
 - Artikel 89 Wiv 2017: verstrekking in het kader van de taakuitvoering van de buitenlandse dienst;
 - Artikel 64 Wiv 2017: verstrekking aan een dienst waarmee geen samenwerkingsrelatie bestaat.
- Aanvullende vereisten die voortvloeien uit artikel 89 Wiv 2017:
 - De goede taakuitvoering door de AIVD en de MIVD verzet zich niet tegen de verstrekking;
 - Het belang van de buitenlandse dienst is niet onverenigbaar met de belangen die de AIVD en de MIVD hebben te behartigen.
- Aanvullende vereisten die voortvloeien uit artikel 64 Wiv 2017:
 - Een dringende en gewichtige reden voor de verstrekking.
- Motivering van de noodzakelijkheid, de behoorlijkheid en de zorgvuldigheid van de verstrekking:
 - Vanwege onvoldoende kennis over de inhoud van de gegevens is niet duidelijk welke rechtstatelijke risico's aan de orde zijn en of deze in verhouding staan tot het doel van de verstrekking. De AIVD en de MIVD moeten echter wel motiveren in het verzoek 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 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, risico's acceptabel zijn of niet. Om diezelfde reden vindt de melding aan de CTIVD plaats.

Beoordeling CTIVD beleid en werkinstructies

Zowel het beleid van de AIVD als de MIVD is incompleet als het gaat om de wettelijke grondslagen voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens en de wettelijke vereisten van de motivering van het verzoek. In het beleid van de AIVD worden als grondslagen voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens artikel 62, 64 en 89 Wiv 2017 genoemd. In het beleid is echter niet weergegeven wat het verschil is tussen artikel 62 (in het kader van de eigen taakuitvoering) en artikel 89 Wiv 2017 (in het belang van een buitenlandse dienst). Daarnaast ontbreekt dat in het toestemmingsverzoek aan de minister moet worden ingegaan op de bevindingen van de wegingsnotities, zodat uit het verzoek blijkt of aan de samenwerking risico's kleven. In het beleid van de MIVD worden artikel 64 en 89 Wiv 2017 genoemd als grondslag. Artikel 62 Wiv 2017 wordt uitsluitend als grondslag genoemd voor de verstrekking van geëvalueerde gegevens. Voor beide diensten geldt dat niet in het beleid is opgenomen dat moet worden getoetst aan de vereisten van noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid (art. 18 Wiv 2017) en indien artikel 64 of 89 Wiv 2017 als grondslag dient aan de daarin genoemde aanvullende vereisten.

Beoordeling CTIVD van de praktijk

Het bovenstaande weerspiegelt zich ook in de praktijk. De CTIVD concludeert dat in de onderzoeksperiode bij de AIVD ten aanzien van vier verstrekkingen en bij de MIVD ten aanzien van vijf verstrekkingen in de motivering van het toestemmingsverzoek aan de betrokken minister de vereisten van behoorlijkheid en zorgvuldigheid onvoldoende zijn gemotiveerd. De CTIVD constateert dat beide diensten deze vereisten wel hadden kunnen motiveren gelet op de praktijk van de betreffende verstrekkingen. Deze tekortkomingen verdienen dan ook verbetering. De noodzaak van de verstrekkingen was in het algemeen wel voldoende gemotiveerd. In de toestemmingsverzoeken wordt, al dan niet impliciet, gemotiveerd van welk vooraf omschreven doel, dat past binnen de wettelijke taken, sprake is en de verwachting dat de verstrekking bijdraagt aan dit doel (en, in het geval van een verlenging, op welke wijze de verstrekking heeft bijgedragen aan dit doel). In een aantal toestemmingsverzoeken is de proportionaliteit en de subsidiariteit gemotiveerd in plaats van de behoorlijkheid en de zorgvuldigheid. De toets op behoorlijkheid en de zorgvuldigheid kan weliswaar maar beperkt worden gemaakt, maar mag niet ontbreken of zonder onderbouwing alleen maar worden vermeld. In het algemeen hebben de diensten wel een beeld bij de aard en omvang van de gegevens. Bij de behoorlijkheid gaat het onder meer om de weging tussen het doel van de verstrekking en de nadelen ervan voor personen of organisaties wiens gegevens worden verstrekt.¹¹ Hier is sprake van communicerende vaten: als het risico groot is dat veel persoonsgegevens worden verstrekt, moet het onderzoeksbelang ook zwaarwegend zijn. Hierbij kan van belang zijn of sprake is van een éénmalige verstrekking of dat het gaat om meerdere verstrekkingen van gelijksoortige aard. Bij de zorgvuldigheid gaat het om het borgen van de inhoudelijke juistheid en de correcte weergave van de gegevens die worden verstrekt. Hierbij is het van belang in het verzoek op te nemen in hoeverre maatregelen zijn getroffen die bijvoorbeeld de kwaliteit van de verwerking van verstrekte gegevens bevorderen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan onderliggende afspraken over de wijze van opslag, verdere verstrekking en het tijdig vernietigen van gegevens door de ontvangende dienst. Ook de wijze waarop in een concreet geval uitvoering wordt gegeven aan de derdepartijregel dient als onderdeel van de zorgvuldigheid in het verzoek te worden toegelicht (zie ook paragraaf 2.5). Verwezen wordt naar CTIVD rapporten 56 en 60 waarvan de aanbevelingen door de beide ministers zijn overgenomen.¹² Mede aan de hand van de onderliggende wegingsnotitie kunnen de AIVD en de MIVD hierover afspraken maken met de ontvangende buitenlandse dienst.

¹¹ 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.

¹² Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 56 over de multilaterale gegevensuitwisseling door de AIVD en toezichtsrapport van de CTIVD nr. 60 over de wegingsnotities van de AIVD en de MIVD voor de internationale samenwerking met de Counter Terrorism Group- en sigint-partners. Beide rapporten met (juridische) bijlagen zijn beschikbaar op www.ctivd.nl.

Indien in de onderliggende wegingsnotitie melding wordt gemaakt van bepaalde risico's die relevant zijn voor de betreffende verstrekking, dienen deze terug te komen in het verzoek. Daarbij is het van belang dat wordt aangegeven in hoeverre en op welke manier de bestaande risico's worden beperkt. Bij de AIVD heeft de CTIVD geconstateerd dat bij drie toestemmingsverzoeken aan de betrokken minister voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens dit niet is opgenomen, terwijl hiervoor wel aanleiding was. Bij de MIVD blijkt dat dit aan de orde bij één toestemmingsverzoek. De CTIVD beoordeelt dit als onrechtmatig.

De toets of het belang van de buitenlandse dienst niet onverenigbaar is met de belangen die de AIVD en de MIVD hebben te behartigen en de toets of een goede taakuitvoering door de AIVD en de MIVD zich niet tegen de verstrekking verzet, worden bij beide diensten in alle verzoeken om toestemming aan de betrokken minister slechts impliciet of niet gemotiveerd, waarmee geen recht wordt gedaan aan de wettelijke betekenis van deze verplichte toetsingen.

Daarnaast zijn alle toestemmingsverzoeken gedaan op grond van artikel 89 Wiv 2017 (in het belang van de buitenlandse dienst). Voor twee verzoeken bij de AIVD en voor twee verzoeken bij de MIVD was dit onjuist, omdat sprake was van een verstrekking in het kader van de eigen taakuitvoering (art. 62 Wiv 2017).

De CTIVD heeft geen verstrekkingen aangetroffen waarbij sprake was van een dringende en gewichtige reden om ongeëvalueerde gegevens te verstrekken zonder samenwerkingsverband (art. 64 Wiv 2017).

2.4 Toestemming minister

Juridisch kader

Het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens is onderworpen aan een systeem van ministeriële toestemming. Dit staat expliciet in de wet in artikel 64 en 89 Wiv 2017. In artikel 62 Wiv 2017 staat dit 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 wetsgeschiedenis 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." 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 sloten), 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.

Beoordeling CTIVD beleid en werkinstructies

Bij beide diensten is duidelijk beschreven in het beleid dat toestemming van de minister nodig is voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens. De MIVD maakt hierop een uitzondering als het gaat om gegevens waarvan gemotiveerd kan worden dat met het uitwisselen van de gegevens geen inbreuk wordt gemaakt op de privacy of andere fundamentele rechten van personen. Zoals beschreven in paragraaf 2.2 kent de Wiv 2017 geen uitzonderingen op het regime voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens. Het beleid dient op dit punt te worden aangepast.

Beoordeling CTIVD van de praktijk

In de onderzoeksperiode had de AIVD voor een aantal verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens binnen drie samenwerkingsverbanden geen toestemming van de minister voor de verstrekking gevraagd. Voor één van deze gevallen geldt dat het meerdere verstrekkingen van vergelijkbare aard betrof. De AIVD heeft in dat geval de gegevens onterecht als 'geëvalueerd' geclassificeerd. In een ander geval heeft de AIVD de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens in een bilaterale samenwerking ten onrechte onder een al lopende last voor verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens binnen een specifieke multilaterale samenwerking gebracht. Hiervoor had afzonderlijk toestemming behoren te worden gevraagd. In het laatste geval heeft de AIVD geen toestemming gevraagd voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens omdat op dat moment nog geen wegingsnotitie bestond waarin de betreffende buitenlandse dienst als risicodienst was aangemerkt. Dat is niet conform de wet. Dit is onrechtmatig.

De MIVD had voor alle verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in de onderzoeksperiode toestemming van de betrokken minister. Behoudens de categorie van verstrekkingen aan buitenlandse diensten van gegevens die door de MIVD zijn geselecteerd op basis van door hen aangeleverde kenmerken.¹³ De MIVD heeft dit onterecht geclassificeerd als het verstrekken van 'geëvalueerde gegevens' (paragraaf 2.2). Voor het verstrekken van deze ongeëvalueerde gegevens is dan ook geen toestemming van de minister gevraagd.¹⁴ Dit is onrechtmatig.

2.5 Waarborgen bij de verstrekking

Juridisch kader

Op grond van artikel 65 lid 2 Wiv 2017 zijn de diensten wettelijk verplicht om bij een verstrekking van ongeëvalueerde gegevens de voorwaarde te stellen dat de ontvangende instantie de gegevens niet aan anderen mag verstrekken (derdepartijregel). Daarnaast kunnen, gegeven de feiten en omstandigheden bij een verstrekking, ook andere schriftelijke voorwaarden worden gesteld, zoals de voorwaarde dat de gegevens niet mogen worden gebruikt voor doeleinden die een schending van het internationaal recht inhouden. Het is van belang dat de wijze van uitvoering van de schriftelijke voorwaarde in het verzoek om toestemming wordt opgenomen.

Daarnaast hebben de AIVD en de MIVD naar aanleiding van rapport 50 van de CTIVD toezeggingen gedaan over het opstellen dan wel aanpassen van hun beleid en hun praktijk als het gaat om de mogelijkheid dat de dienst door het delen van ongeëvalueerde gegevens een bijdrage levert aan een targetingproces (zie voor een specificering van deze toezeggingen bijlage II, paragraaf 5.3.2).

Als laatste dient voorafgaand aan een verstrekking, in het kader van de behoorlijkheidstoets als bedoeld in artikel 18 Wiv 2017, een afweging te worden gemaakt of het filteren op bepaalde kenmerken, gelet op de specifieke omstandigheden van de verstrekking, noodzakelijk of proportioneel is. Het gaat daarbij om zowel Nederlandse kenmerken als bij de dienst bekende kenmerken van advocaten en journalisten. De communicatie tussen advocaten en hun cliënten alsook die tussen journalisten

¹³ De CTIVD heeft deze verstrekkingen in dit onderzoek als één categorie geteld in het totaal overzicht met betrekking tot de MIVD, zie paragraaf 2.1 voor een nadere toelichting op de telling.

¹⁴ De MIVD heeft wel toestemming aan de minister gevraagd en gekregen voor (technische) ondersteuning van een buitenlandse dienst in de zin van artikel 89 lid 4 Wiv 2019. In het juridisch toetsingskader (bijlage II, hoofdstuk 4.4.1) heeft de CTIVD toegelicht dat bij de inzet van een bijzondere bevoegdheid ten behoeve van een buitenlandse dienst (ondersteuning) de verstrekking van daarmee verzamelde ongeëvalueerde gegevens aan deze buitenlandse dienst moet plaatsvinden op grond van lid 1 van artikel 89 Wiv 2017, waarbij de eisen van lid 2 in acht moeten worden genomen, te weten voorafgaande ministeriële toestemming op basis van een gemotiveerd verzoek voor de verstrekking en melding aan de CTIVD. Dit kan in één toestemmingsverzoek plaatsvinden.

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. 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.

Beoordeling CTIVD beleid en werkinstructies

In het beleid van de AIVD ontbreekt de derdepartijregel. Het beleid van de MIVD vermeldt deze regel wel.

In het beleid van de AIVD wordt geen aandacht besteed aan de mogelijkheid dat de dienst door het delen van ongeëvalueerde gegevens een bijdrage levert aan een targetingproces (zie bijlage II, paragraaf 5.3.2).

Noch het beleid van de AIVD noch van de MIVD bevat een regeling dat een afweging moet worden gemaakt of voorafgaande filtering op bepaalde (gevoelige) gegevens, zoals kenmerken van advocaten of journalisten of Nederlandse kenmerken, noodzakelijk of proportioneel is. Dit volgt onder meer uit het behoorlijkheidscriterium uit artikel 18 Wiv 2017 en uit beleidsregel 7 over de bescherming van gegevens van journalisten. Hiermee is niet gezegd dat dit in alle gevallen daadwerkelijk dient plaats te vinden, maar dat de dienst voorafgaand aan de verstrekking dient af te wegen of 'filtering' ter zake zou moeten plaatsvinden. Dit dient in het beleid en in de werkinstructies van de diensten te worden opgenomen (zie bijlage II, paragraaf 5.2.3).

Beoordeling CTIVD van de praktijk

De CTIVD constateert dat beide diensten niet structureel de derdepartijregel expliciet meegeven bij de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan een buitenlandse dienst. Deze tekortkoming in de werkwijze van de diensten behoeft verbetering. Beide diensten verwijzen naar afspraken die zijn vastgelegd in onderliggende Memoranda of Understanding (MoU's) of naar algemene afspraken. Deze verwijzing is voor het merendeel van verstrekkingen niet voldoende. Reden hiervoor is dat de betreffende MoU's dateren van jaren geleden (soms uit de jaren '60 van de vorige eeuw), niet zien op de betreffende verstrekking, nog in conceptvorm zijn of dat sprake is van een verstrekking aan meerdere landen waarbij slechts voor één land sprake is van een MoU. Daarnaast heeft de CTIVD de algemene afspraken waarnaar wordt verwezen niet kunnen terugvinden. Beide diensten hebben ook niet kunnen aangeven waar deze afspraken zijn vastgelegd. Hierbij wordt opgemerkt dat in het geval van langlopende samenwerkingsverbanden waarbij een hoge mate van vertrouwen bestaat tussen de samenwerkende diensten, de CTIVD zich kan voorstellen dat de derdepartijregel een algemeen geldend gebruik is. De derdepartijregel is niet alleen een nationaal wettelijk voorschrift, maar ook stelregel binnen de inlichtingen- en veiligheidsgemeenschap. Desondanks vereist de wet dat deze regel moet worden meegegeven bij de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens. Indien dit herleidbaar wordt vastgelegd in schriftelijke afspraken die voorafgaand aan een samenwerking worden gemaakt, hoeft de voorwaarde niet bij elke opeenvolgende verstrekking te worden gemeld. 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 kan 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.

Met betrekking tot overige aanvullende schriftelijke voorwaarden, concludeert de CTIVD dat de AIVD bij een aantal verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in het kader van drie samenwerkingen binnen de onderzoeksperiode dergelijke voorwaarden had moeten stellen bij de verstrekking, gelet op de beoordeling van de risico's van de samenwerking in de onderliggende wegingsnotities met betrekking tot de buitenlandse diensten. Dit is niet gebeurd. De MIVD heeft dit bij verstrekkingen in het kader van twee samenwerkingen in de onderzoeksperiode nagelaten. De CTIVD oordeelt dit als onrechtmatig.

Met uitzondering van een aantal verstrekkingen door de MIVD in het kader van twee samenwerkingen binnen dit onderzoek, waarbij vooraf is gefilterd op Nederlandse kenmerken, heeft bij de verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in de onderzoeksperiode door de diensten geen afweging plaatsgevonden of het filteren op (bij de AIVD of de MIVD bekende) kenmerken van advocaten en journalisten dan wel Nederlandse kenmerken noodzakelijk of proportioneel is. Onder meer op basis van het behoorlijkheidscriterium uit artikel 18 Wiv 2017 is vereist dat deze afweging in de motivering van het toestemmingsverzoek wordt vastgelegd.

2.6 Protocolplicht

Juridisch kader

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 goede taakuitvoering door 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 niet precies bekend is in welke mate hierin persoonsgegevens aanwezig zijn. Ook de zorgplicht van de diensthouders voor de juistheid en kwaliteit van de 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.

Beoordeling CTIVD beleid en werkinstructies

In het beleid van beide diensten wordt aandacht besteed aan de registratie /verslaglegging van de verstrekking van (ongeëvalueerde) gegevens. Het beleid van de MIVD schrijft voor dat verstrekkingen van gegevens aan externe partijen moeten worden geregistreerd zodat is te herleiden aan wie, om welke reden, op welk moment, welke informatie is verstrekt. In het beleid van de AIVD is uitsluitend opgenomen dat vast moet worden gelegd welke bestanden zijn gedeeld. In het beleid van de AIVD ontbreekt een heldere en meer specifieke aanwijzing waar, dat wil zeggen in welk systeem, en door wie de verslaglegging van de verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens dient plaats te vinden. Dit geldt ook ten aanzien van wat moet worden vastgelegd. Het beleid van de MIVD bepaalt dat in werkinstructies per afdeling dient te worden uitgewerkt op welke manier en waar medewerkers dienen te registreren. Hierbij zijn de afdelingen vrij een eigen systematiek in te regelen, gerelateerd aan de (on)mogelijkheden waar de systemen waarmee zij werken, zijn gebonden. Uit het onderzoek blijkt dat deze werkinstructies niet bestaan. De CTIVD beveelt aan op dit punt beleid/werkinstructies op te stellen.

Beoordeling CTIVD van de praktijk

De toestemmingsverzoeken aan de betrokken minister worden door beide diensten centraal geregistreerd. In dit systeem wordt ook geregistreerd wanneer de minister toestemming heeft verleend. Hierdoor zijn deze documenten terugvindbaar. Een verleende toestemming betekent echter niet dat er daadwerkelijk een verstrekking heeft plaatsgevonden, noch geeft het inzicht in het aantal verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens. Toestemming kan namelijk desgevraagd worden verleend voor de duur van maximaal een jaar. In dit jaar kunnen meerdere opeenvolgende verstrekkingen van vergelijkbare aard plaatsvinden. De concrete verstrekkingen worden in beginsel op decentraal niveau geregistreerd. In de praktijk blijkt dat deze registratie door beide diensten niet dan wel onvoldoende wordt uitgevoerd. Decentraal wordt de protocolplicht derhalve niet, slechts beperkt of, in het beste geval, niet uniform ingevuld. Eén en ander brengt mee dat bij beide diensten centraal noch decentraal een sluitend overzicht bestaat van de verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens die hebben plaatsgevonden. In de praktijk wordt de wettelijke protocolplicht niet dan wel in onvoldoende mate nageleefd, wat onrechtmatig is.

2.7 Meldplicht

Juridisch kader

Van elke verleende toestemming van de minister voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan een buitenlandse dienst dient terstond melding te worden gedaan aan de CTIVD.

Beoordeling CTIVD beleid en werkinstructies

Het beleid van de MIVD is op het punt van de meldplicht conform het wettelijk kader. Bij het beleid van de AIVD past de kanttekening dat dit vereiste tot medio december 2018 ontbrak. Dit heeft de AIVD tijdens het onderzoek van de CTIVD gerepareerd.

Beoordeling CTIVD van de praktijk

De meldplicht aan de CTIVD **is niet van toepassing** indien de toestemming door de minister is gegeven voor de inwerkingtreding van de Wiv 2017 (deze geldt wel voor een eventuele verlenging nadien).

Desondanks stelt de CTIVD vast dat de MIVD alle door de minister verleende toestemmingen voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens heeft gemeld aan de CTIVD. Behoudens de categorie van verstrekkingen aan buitenlandse diensten van gegevens die door de MIVD zijn geselecteerd op basis van door de betreffende buitenlandse diensten aangeleverde kenmerken (paragraaf 2.2 en 2.4). Deze zijn niet gemeld aan de CTIVD. Dit is onrechtmatig.

De AIVD heeft vijf toestemmingen van de minister die vallen in de onderzoeksperiode voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens ten onrechte niet gemeld aan de CTIVD. Daarnaast heeft de AIVD ten onrechte voor drie verstrekkingen geen toestemming gevraagd aan de minister (paragraaf 2.4). Deze verstrekkingen zijn ook niet gemeld aan de CTIVD. Voor de overige verstrekkingen in de onderzoeksperiode geldt dat de toestemming van de minister is gegeven voor de inwerkingtreding van de Wiv 2017, waardoor de meldplicht voor die toestemming niet geldt. De AIVD heeft de meldplicht niet structureel uitgevoerd. Het niet naleven van de meldplicht aan de CTIVD is onrechtmatig.

3 Conclusies

De CTIVD geeft met dit onderzoek antwoord op onderstaande onderzoeksvraag:

Hebben de AIVD en de MIVD rechtmatig gehandeld bij het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten in de periode 1 mei 2018 tot 1 januari 2019?

Hiervoor zijn onderstaande deelvragen gesteld:

1. Zijn het beleid en de werkinstructies voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens zodanig ingericht dat in de uitvoering aan de wettelijke vereisten kan worden voldaan?
2. Waren in de praktijk de concrete verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in de onderzoeksperiode rechtmatig?

Conclusies beleid en werkinstructies

Op een aantal punten schiet het beleid van de diensten met betrekking tot de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten tekort. Dat geldt in meerdere mate voor het beleid van de AIVD dan voor dat van de MIVD. In hoofdstuk 2 is per dienst voor elk onderdeel van het proces van het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens uitgewerkt op welke punten het beleid en de werkinstructies niet voldoen. De aanbevelingen in hoofdstuk 4 sluiten hierbij aan. Hier beperken we ons tot een aantal kernpunten.

1. Voor beide diensten geldt dat hun definities van ongeëvalueerde en geëvalueerde gegevens nader dienen te worden verduidelijkt overeenkomstig het juridisch toetsingskader bij dit rapport (paragraaf 2.2 en bijlage II);
2. Het beleid van de AIVD noch dat van de MIVD bevat een regeling dat in het kader van de behoorlijkheidstoets uit artikel 18 Wiv 2017 en vanwege de bescherming van gegevens van journalisten op grond van beleidsregel 7, een afweging moet worden gemaakt of voorafgaande filtering op bepaalde (gevoelige) gegevens, zoals (bij de AIVD en de MIVD bekende) kenmerken van advocaten of journalisten of Nederlandse kenmerken, noodzakelijk of proportioneel is (paragraaf 2.5);
3. Bij beide diensten zijn beleid en werkinstructies met betrekking tot de registratie/vastlegging van de verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens in onvoldoende mate aanwezig. Bij de MIVD is dit voor het beleid in mindere mate het geval dan bij de AIVD (paragraaf 2.6).

Conclusies praktijk

Uit het onderzoek blijkt dat de verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens divers van aard zijn. De CTIVD heeft verstrekkingen aangetroffen waar sprake was van een multilaterale samenwerking waarbij vrijwel dagelijks grote hoeveelheden gegevens zijn verstrekt aan buitenlandse diensten. Daarnaast zijn er bilaterale samenwerkingsverbanden waarin niet dagelijks, maar wel met enige regelmaat (bijvoorbeeld maandelijks) gegevens zijn verstrekt. Als laatste zijn er verstrekkingen die éénmalig plaatsvinden. Alle verstrekkingen zijn gedaan aan buitenlandse diensten waarmee sprake is van een strategische langlopende operationele samenwerking. Gegevens worden verstrekt via (semi) automatische verbindingen alsook via het overhandigen van hardware (denk hierbij aan USB sticks of harde schijven).

De CTIVD heeft geen verstrekkingen aangetroffen waarbij sprake was van een dringende en gewichtige reden om ongeëvalueerde gegevens te verstrekken zonder samenwerkingsverband (art. 64 Wiv 2017).

De AIVD en de MIVD zijn in de onderzoeksperiode bij concrete verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens tekortgeschoten in de naleving van de geldende wettelijke verplichtingen. In hoofdstuk 2 zijn per dienst de bevindingen nader beschreven. De aanbevelingen in hoofdstuk 4 sluiten aan bij de bevindingen. Een groot aantal conclusies van de praktijk vertalen zich door naar aanbevelingen

voor het opstellen dan wel aanpassen van beleid. De onrechtmatigheden zijn zowel inhoudelijk als procedureel:

1. Bij de medewerkers van beide diensten bestaat de behoefte aan meer duidelijkheid en houvast over de begrippen geëvalueerd en ongeëvalueerd om te komen tot een juiste kwalificering van de gegevens (paragraaf 2.2);
2. De MIVD heeft een categorie van verstrekkingen onterecht geclassificeerd als verstrekkingen van geëvalueerde gegevens. De MIVD verstrekt gegevens die op basis van door buitenlandse diensten aangeleverde kenmerken voor dezen door de MIVD zijn geselecteerd. Er is dan ook geen toestemming aan de betrokken minister gevraagd voor het verstrekken van deze ongeëvalueerde gegevens. Deze verstrekkingen zijn daarmee niet gemeld aan de CTIVD. Het voorafgaande is onrechtmatig (paragraaf 2.2);
3. Bij beide diensten waren bepaalde tekortkomingen in de motivering van de toestemmingsverzoeken aan de ministers aanwezig, waar het gaat om de vereisten van behoorlijkheid en zorgvuldigheid. De noodzaak van de verstrekkingen wordt in het algemeen wel voldoende gemotiveerd (paragraaf 2.3);
4. Bij drie toestemmingsverzoeken van de AIVD en bij één van de MIVD is in de motivering van het toestemmingsverzoek onvoldoende afgewogen wat de risico's van de verstrekking zijn en op welke wijze deze risico's kunnen worden beperkt gelet op de onderliggende wegingsnotitie. Dit is onrechtmatig (paragraaf 2.3);
5. De AIVD heeft in de onderzoeksperiode ten onrechte voor een aantal verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens binnen drie samenwerkingsverbanden geen toestemming aan de minister gevraagd. Dit is onrechtmatig (paragraaf 2.4);
6. Beide diensten vermelden structureel niet de derdepartijregel. Dit betreft een tekortkoming die de diensten moeten aanpakken (paragraaf 2.5);
7. De AIVD had bij een aantal verstrekkingen in het kader van drie samenwerkingen, aanvullende schriftelijke voorwaarden bij de daadwerkelijke verstrekking moeten stellen, gelet op de beoordeling van de risico's van de samenwerking in de onderliggende wegingsnotities met betrekking tot de buitenlandse diensten. De MIVD heeft dit bij verstrekkingen in het kader van twee samenwerkingen in de onderzoeksperiode nagelaten. Dit is onrechtmatig (paragraaf 2.5);
8. Bij beide diensten heeft in de onderzoeksperiode voorafgaand aan verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens geen afweging plaatsgevonden of het filteren op (bij de AIVD of de MIVD bekende) kenmerken van advocaten en journalisten dan wel Nederlandse kenmerken (behoudens in twee gevallen bij de MIVD) noodzakelijk of proportioneel is (paragraaf 2.5);
9. In de praktijk wordt door de diensten de protocolplicht voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens onvoldoende nageleefd. Dit is onrechtmatig (paragraaf 2.6);
10. De wettelijke plicht tot het melden aan de CTIVD van de toestemming van de minister van BZK voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten is door de AIVD niet structureel uitgevoerd. Dit is onrechtmatig. De MIVD voert deze meldplicht in het algemeen correct uit (paragraaf 2.7).

Slot/urgentie

Anders dan in de Wiv 2002, heeft de wetgever in de Wiv 2017 voorzien in een specifiek waarborgenstelsel voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens aan buitenlandse diensten. De CTIVD concludeert dat in de praktijk de behoefte bestaat aan meer duidelijkheid en houvast over de begrippen geëvalueerd en ongeëvalueerd. Dit rapport is dan ook bedoeld als nader kaderstellend voor de definiëring van deze begrippen.

De motivering van het toestemmingsverzoek aan de minister, de melding aan de CTIVD en het uitvoeren van de protocolplicht met betrekking tot de registratie en verslaglegging van de verstrekkingen vormen de basis van deze waarborgen. Wanneer de AIVD en de MIVD de bevoegdheid van onderzoekso opdrachtgerichte interceptie op de kabel operationeel gereed hebben, geldt dat meer gegevens kunnen worden verzameld door de beide diensten. De verwachting bestaat dat dan ook

steeds meer ongeëvalueerde gegevens zullen worden verstrekt aan buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Gelet op de huidige praktijk hierbij van de AIVD en de MIVD benadrukt dit het belang en de urgentie van een meer zorgvuldige en rechtmatige uitvoering. In hoofdstuk 4 zullen hierop afgestemde aanbevelingen worden gedaan.

Met betrekking tot bovenstaande constatering op hoofdlijnen inzake beleid, werkinstructies en praktijk alsmede voor die welke nader gespecificeerd zijn in de afzonderlijke hoofdstukken en paragrafen, worden in hoofdstuk 4 per dienst aanbevelingen gedaan.

4 Aanbevelingen

4.1 AIVD

Beleid en werkinstructies

1. Verduidelijk en werk uit in beleid en door middel van werkinstructies de definities van ongeëvalueerde en geëvalueerde gegevens overeenkomstig het juridisch toetsingskader bij dit rapport (paragraaf 2.2 en bijlage II);
2. Neem in beleid en werkinstructies op dat in de motivering voor het verzoek om toestemming voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens, wordt ingegaan op de bevindingen van de weging van de betreffende dienst als vastgelegd in de onderliggende wegingsnotities, zodat uit het verzoek direct blijkt of aan de samenwerking risico's kleven en zo ja, welke beperkende maatregelen daarbij worden getroffen (paragraaf 2.3);
3. Vul het beleid aan met een toelichting op het verschil tussen een verstrekking op grond van artikel 62 en 89 Wiv 2017 en met een juiste toelichting van de uitzondering in artikel 64 Wiv 2017 (paragraaf 2.3);
4. Voeg aan het beleid en werkinstructies toe dat de motivering van het verzoek om toestemming aan de minister zich moet richten op de eisen van noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid en, indien artikel 64 of 89 Wiv 2017 als grondslag dient, op de daarin genoemde vereisten (paragraaf 2.3);
5. Vul het beleid aan met de verplichte toepassing van de derdepartijregel en met de afwegingen in het kader van gegevensverstrekkingen rond targetting en het niet gebruik mogen maken van gegevens ten behoeve van handelingen in strijd met internationaal recht, en stel hiervoor werkinstructies op (paragraaf 2.5);
6. Stel beleid en werkinstructies op met betrekking tot het filteren van Nederlandse kenmerken en van (bij de AIVD en de MIVD bekende) kenmerken van advocaten en journalisten voorafgaand aan de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens (paragraaf 2.5);
7. Stel beleid en werkinstructies op die voorzien in centrale registratie en een zorgvuldige inhoudelijke verslaglegging van verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens (paragraaf 2.6).

Praktijk

8. Maak voor de lopende en voorafgaand aan nieuwe samenwerkingsverbanden waarin ongeëvalueerde gegevens (zullen) worden verstrekt nadere schriftelijke afspraken over de wijze waarop de ongeëvalueerde gegevens worden verstrekt, kunnen worden verwerkt door de buitenlandse dienst (de invulling van de zorgvuldigheid) en welke schriftelijke voorwaarden daarbij gelden, zoals de derdepartijregel (paragraaf 2.3 en 2.5);
9. Herstel bij de nog lopende samenwerkingen met buitenlandse diensten in verlengingsverzoeken de gebreken in de motivering op het punt van de behoorlijkheid, zorgvuldigheid en de wijze van uitvoering van de derdepartijregel (paragraaf 2.3 en 2.5);
10. Herstel bij de nog lopende samenwerkingen met buitenlandse diensten het ontbreken van de toestemming van de minister voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens (paragraaf 2.4);
11. Herstel ten behoeve van effectief extern toezicht de gebreken met betrekking tot het niet melden van de toestemming van de minister aan de CTIVD (paragraaf 2.7).

4.2 MIVD

Beleid en werkinstructies

1. Verduidelijk en werk uit in beleid en werkinstructies de definities van ongeëvalueerde en geëvalueerde gegevens overeenkomstig het juridisch toetsingskader bij dit rapport (paragraaf 2.2 en bijlage II);
2. Vul het beleid aan met artikel 62 Wiv 2017 als grondslag voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens (paragraaf 2.3);
3. Voeg aan beleid en de werkinstructies toe dat de motivering van het verzoek om toestemming aan de minister zich moet richten op de eisen van noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid en, indien artikel 64 of 89 Wiv 2017 als grondslag dient, bovendien op de daarin genoemde vereisten (paragraaf 2.3);
4. Stel beleid en werkinstructies op die voorzien in centrale registratie en een zorgvuldige inhoudelijke verslaglegging van verstrekkingen van ongeëvalueerde gegevens (paragraaf 2.5);
5. Stel beleid en werkinstructies op met betrekking tot het filteren van Nederlandse kenmerken en van (bij de AIVD en de MIVD bekende) kenmerken van advocaten en journalisten voorafgaand aan de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens (paragraaf 2.5).

Praktijk

6. Maak voor de lopende en voorafgaand aan nieuwe samenwerkingsverbanden waarin ongeëvalueerde gegevens (zullen) worden verstrekt nadere schriftelijke afspraken over de wijze waarop de ongeëvalueerde gegevens worden verstrekt, kunnen worden verwerkt door de buitenlandse dienst (de invulling van de zorgvuldigheid) en welke schriftelijke voorwaarden daarbij gelden (paragraaf 2.3 en 2.5);
7. Herstel bij de nog lopende samenwerkingen met buitenlandse diensten in verlengingsverzoeken de gebreken in de motivering op het punt van de behoorlijkheid, zorgvuldigheid en de wijze van uitvoering van de derdepartijregel (paragraaf 2.3 en 2.5);
8. Herstel bij de nog lopende samenwerkingen met buitenlandse diensten het ontbreken van de toestemming van de minister voor het verstrekken van ongeëvalueerde gegevens (paragraaf 2.4);
9. Geef uitvoering aan de wettelijke verplichting tot het melden aan de CTIVD van de toestemming van de minister voor wat betreft de categorie van verstrekkingen die door de MIVD ten onrechte als 'geëvalueerd' is aangemerkt (paragraaf 2.7).



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