

Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden
T.a.v. de voorzitter, mevr. mr. M. Moussault
Binnenhof 19
2513 AA Den Haag

Kenmerk
2019-0000115728
Uw kenmerk

Datum 19 maart 2019
Betreft Reactie op de rechtseenheidsbrieven van TIB en CTIVD

Geachte mevrouw Moussault,

Bij brief van 31 mei 2018 hebben uw commissie en de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten (CTIVD) gezamenlijk de Tweede Kamer geïnformeerd over uw standpunt inzake de rechtsbescherming van advocaten en journalisten in het buitenland; een gelijklopende brief is aan ons toegezonden. Voorts zijn bij brieven van 23 november 2018 aan de Tweede Kamer naar aanleiding van het gevoerde rechtseenheidsoverleg standpunten van uw commissie en de CTIVD overgebracht inzake (1) de reikwijdte van de rechtmatigheidstoetsing door de TIB en (2) de geautomatiseerde data-analyse ex artikel 50 Wiv 2017. Zoals daarbij is aangegeven zijn deze standpunten reeds eerder aan ons kenbaar gemaakt. In het onderstaande willen wij graag op de ingenomen standpunten reageren. Een brief van gelijke inhoud doen wij toekomen aan de voorzitter van de CTIVD. Een afschrift van onze reactie doen we desgevraagd toekomen aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Alvorens inhoudelijk in te gaan op de genoemde onderwerpen, achten wij het wenselijk om enkele opmerkingen te maken over het rechtseenheidsoverleg in relatie tot onze verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de Wiv 2017.

Rechtseenheidsoverleg

Wij onderschrijven zonder meer het belang van rechtszekerheid. Dit aspect is bij de parlementaire behandeling ook aan de orde geweest. Rechtseenheidsoverleg tussen de TIB en de CTIVD kan bijdragen aan een uniforme en consistente rechtstoepassing. Immers niemand, de burger voorop, is erbij gebaat dat twee verschillende instanties bij de uitleg van de wet op een en hetzelfde onderdeel tot twee verschillende oordelen komen. De op 1 mei 2018 ingevoerde wet is een complexe wet die aan de uitvoering ervan voor de diensten en de daarvoor verantwoordelijke ministers de nodige uitdagingen stelt. De wet dient in een veelheid van situaties toepassing te kunnen vinden en biedt dan ook de nodige ruimte aan de ministers en de diensten om op onderdelen – binnen de grenzen van de wet en met inachtneming van hetgeen tijdens de parlementaire behandeling is gewisseld - beleid te ontwikkelen en vast te stellen. Zeker bij een nieuwe wet als de Wiv 2017 zal het enige tijd vergen eer een en ander voldoende in beleid is uitgekristalliseerd. Daaraan wordt – zie ook onze reactie op de eerste

Datum

Kenmerk
2019-0000115728

voortgangsrapportage van de CTIVD – met man en macht gewerkt. De inzichten van de TIB en de CTIVD zijn daarbij uiteraard zeer welkom, maar voorkomen moet worden dat daarmee de facto aan de verantwoordelijke ministers de mogelijkheid tot het voeren van (juridisch) beleid wordt ingeperkt c.q. ontnomen. Dit klemt temeer omdat de TIB in haar brieven over de wetsuitleg heeft aangegeven toestemmingsaanvragen niet in behandeling te nemen wanneer deze niet voldoen aan haar beleidsinvulling. Wij menen deze kanttekeningen te moeten maken ter verduidelijking van onze reactie op hetgeen wij hieronder over de reikwijdte van de rechtmatigheidstoets TIB opmerken.

Rechtsbescherming advocaten en journalisten in het buitenland

In de brief van 31 mei 2018 wordt opgemerkt dat de wet geen onderscheid maakt tussen advocaten en journalisten in Nederland en advocaten en journalisten in het buitenland. Naar aanleiding van het feit dat in het interne beleid van de AIVD en de MIVD wel een dergelijk onderscheid is gemaakt, is rechtseenheidsoverleg gevoerd, waarbij ook het kabinet rechter-commissaris te Den Haag is betrokken. Daarin is unaniem geoordeeld dat met betrekking tot advocaten en journalisten in het buitenland, hetzelfde rechtsbeschermingsregime van toepassing is, te weten dat de rechtbank Den Haag toestemming dient te geven en dat de verzwaarde proportionaliteit in de verzoeken om toestemming tot uitdrukking moet komen. Wij onderschrijven dat oordeel. De AIVD en de MIVD zullen dienovereenkomstig handelen.

De reikwijdte van de rechtmatigheidstoets van de TIB

In de brief over de reikwijdte van de rechtmatigheidstoets van de TIB staat de vraag centraal of en, zo ja, in welke mate de samenwerking met buitenlandse diensten dient te worden betrokken in de motivering voor de inzet van bijzondere bevoegdheden door de AIVD en de MIVD en daarmee bij de rechtmatigheidstoetsing door de TIB. Het ingenomen standpunt delen wij grotendeels maar geeft ons wel aanleiding tot het maken van enkele opmerkingen. Deze reactie plaatsen wij tegen de achtergrond van het in de Wiv 2017 neergelegde systeem. In dit systeem heeft de wetgever de TIB en de CTIVD ieder een eigen rol toegekend in te onderscheiden fasen van het inlichtingenproces. Er is hierbij ook sprake van een daarmee samenhangend onderscheid in bevoegdheden, waarbij die van de CTIVD naar hun aard een ruimer bereik hebben.

In genoemde brief wordt terecht gesteld dat het aangaan van samenwerkingsrelaties met buitenlandse diensten behoort tot de exclusieve verantwoordelijkheid van de voor de dienst verantwoordelijke minister. En voorts wordt terecht gesteld dat voor de verstrekking van ongeëvalueerde gegevens aan dergelijke diensten dan wel het verlenen van ondersteuning door de AIVD en MIVD in het kader van een samenwerkingsrelatie toestemming van de betrokken minister is vereist. Voorts wordt terecht gesteld dat deze ministeriële toestemmingen niet zijn onderworpen aan een rechtmatigheidstoets door de TIB. De wet voorziet daar immers (ook indirect) niet in. Ook stelt uw commissie en de CTIVD dat u beiden van oordeel bent dat de AIVD en de MIVD bij de motivering

Datum

Kenmerk
2019-0000115728

van de inzet van de door de TIB te toetsen bijzondere bevoegdheden, alle reeds vaststaande en vooraf in redelijkheid voorzienbare feiten en omstandigheden behoren te benoemen, die de TIB van betekenis acht voor de toetsing van de rechtmatigheid van die inzet. In dat kader wordt voorts aangegeven dat als de inzet van een bijzondere bevoegdheid (mede) ten behoeve van verlening van ondersteuning aan een buitenlandse dienst is, dit in de motivering van die inzet dient te worden betrokken. Tot slot wordt gesteld dat wanneer vaststaat of vooraf in redelijkheid voorzienbaar is dat de gegevens die door de inzet van de bijzondere bevoegdheid worden verworven, in ongeëvalueerde vorm of in bulk worden verstrekt aan een buitenlandse dienst, dit moet worden betrokken in de motivering. Ter onderbouwing van dit laatste wordt verwezen naar hetgeen in het kader van de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel is gesteld, met name waar het gaat om situaties waarbij een *division of effort* is overeengekomen met buitenlandse diensten. Deze standpunten geven ons aanleiding tot het plaatsen van enkele kanttekeningen.

Wij wijzen er allereerst op dat in artikel 36, eerste lid, van de wet is bepaald wat ter toetsing aan de TIB dient te worden voorgelegd en daarmee het object van de rechtmatigheidstoets definieert, namelijk: het aan de toestemming ten grondslag liggende verzoek alsmede het door de minister genomen besluit. Het gaat hier ingevolge artikel 32, tweede lid, van de wet, waarin de toetstaak van de TIB is geregeld, om een toets op rechtmatigheid. Dus niet op eventuele aan de toestemming (en het onderliggende verzoek) verbonden doelmatigheidsaspecten en de door de diensten gemaakte afweging inzake de dreiging met betrekking tot de nationale veiligheid, waarbij de diensten zich dienen te richten naar de door de minister-president, minister van Algemene Zaken, de minister van BZK en de minister van Defensie gezamenlijk vastgestelde Geïntegreerde Aanwijzing als bedoeld in artikel 6 van de wet. Daarin worden onder meer de door de diensten te verrichten onderzoeken uitgewerkt en een prioritering aangebracht. Het voorgaande laat onverlet de bevoegdheid van de TIB om (aanvullend) aan ons het verzoek te richten om alle inlichtingen te verstrekken en alle medewerking te verlenen die zij voor een goede uitoefening van haar taak noodzakelijk acht. Desgevraagd wordt, zoals bekend, aan een dergelijk verzoek voldaan.

De rechtmatigheidstoets van de TIB strekt zich niet uit tot de verdere verwerking van met de uitoefening van bijzondere bevoegdheden verkregen gegevens, in casu voor zover het gaat om de (mogelijke) verstrekking daarvan aan buitenlandse diensten. De verstrekking van gegevens aan buitenlandse diensten en de uitoefening van andere bevoegdheden tot (verdere) verwerking van gegevens, zoals de verstrekking aan Nederlandse instanties, is immers onderworpen aan het rechtmatigheidstoezicht door de CTIVD. De verdere verwerking van gegevens die zijn verkregen door de inzet van bijzondere bevoegdheden vallen buiten de rechtmatigheidstoets van de TIB. De TIB heeft een rol in het autorisatieproces en niet in hetgeen daarop volgt.

Het voorgaande ligt waar het gaat om de reikwijdte van de toets door de TIB in één geval anders. Dat betreft de situatie, waarbij de (voorgenomen) inzet van bijzondere bevoegdheden door de AIVD of MIVD (mede) plaatsvindt naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek van een buitenlandse dienst tot

Datum

Kenmerk
2019-0000115728

ondersteuning. De uitoefening van een bijzondere bevoegdheid ten behoeve van de desbetreffende buitenlandse dienst vindt in dat geval immers juist plaats met het oog op de verstrekking van de met de inzet daarvan verkregen gegevens aan die buitenlandse dienst. In deze gevallen maakt de onlosmakelijk aan de inzet van de bijzondere bevoegdheid verbonden verstrekking van gegevens dan ook onderdeel uit van de afweging die de verantwoordelijke minister moet maken bij een voorliggend verzoek om toestemming. En in dat geval maakt het dus ook onderdeel uit van de door de TIB te verrichten rechtmatigheidstoets op de door de minister verleende toestemming. Zoals aan uw commissie en de CTIVD reeds is laten weten is bij de inzet van bijzondere bevoegdheden (mede) op verzoek van partnerdiensten niet consistent conform het bovenstaande gehandeld. De uitvoeringspraktijk is hiermee inmiddels in lijn gebracht.

In de gevallen waarbij de bijzondere bevoegdheden *uitsluitend* voor de *eigen goede taakuitvoering* door de AIVD en MIVD worden ingezet, dat wil zeggen voor het eigen onderzoek naar dreigingen van onze nationale veiligheid, dient de verdere verwerking van gegevens, waaronder de eventuele verstrekking aan buitenlandse diensten, buiten beschouwing te blijven. In de door de TIB aan te leggen toets dient de inzet voor het eigen onderzoek van AIVD en MIVD centraal te staan. Bij die toets kan de TIB uiteraard vol toetsen aan de wettelijke eisen van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit alsmede de in de beleidsregel vastgelegde eis van een gerichte inzet.

Tot slot komen we op dit onderdeel bij hetgeen in de brief wordt gesteld over de *division of effort* die met andere partijen is overeengekomen, waarbij wordt verwezen naar hetgeen daaromtrent in de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel naar voren is gebracht (Kamerstukken II 2016/17, 34 588, nr. 18, p. 96). De situatie waarin een *division of effort*¹ is overeengekomen betreft een voorbeeld van de hierboven genoemde situatie waarbij bijzondere bevoegdheden worden ingezet (mede) op verzoek van een buitenlandse dienst. In de desbetreffende passage uit de nota naar aanleiding van het verslag wordt als uitgangspunt gesteld dat bij de verstrekking van gegevens aan het buitenland het niet gaat om bijzondere bevoegdheden, waar de ter uitvoering daarvan verleende toestemmingen zijn onderworpen aan de rechtmatigheidstoets van de TIB. Vervolgens wordt gesteld: "Daar komt bij dat het hier gaat om rechtmatig door de diensten verworven gegevens, waarbij in de daarvoor in aanmerking komende gevallen een toets door de TIB heeft plaatsgevonden. Onder omstandigheden kan overigens het aspect van delen van informatie met het buitenland als onderdeel van het toestemmingsverzoek zijn meegewogen, bijvoorbeeld als de interceptie plaatsvindt in het kader van een militaire operatie en er sprake is van een *division of effort* overeengekomen met de andere coalitiepartijen." Ergo: het meewegen van het aspect delen van informatie met het buitenland is alleen aan de orde indien de inzet van de bijzondere bevoegdheden (mede) plaatsvindt voor die buitenlandse dienst. In andere gevallen dient het delen van informatie met het

¹ Ingeval van een *division of effort* worden door de betrokken diensten afspraken gemaakt op welke wijze de inlichtingenmiddelen waarover de afzonderlijke diensten beschikken ten behoeve van een gezamenlijk doel – rekening houdend met diverse operationele omstandigheden (waaronder de geografie) – effectief kunnen worden ingezet, waarbij de daarbij verworven gegevens onderling worden gedeeld. In dat geval vindt de inzet van een bijzondere bevoegdheid mede ten behoeve van de andere dienst(en) plaats.

Datum

Kenmerk
2019-0000115728

buitenland buiten beschouwing te blijven in de toets, hetgeen ook wordt bevestigd in het vervolg van het betoog in de nota naar aanleiding van het verslag: "Het delen van informatie (met het buitenland) behoort tot de kernactiviteiten van de diensten. Er moet ook voorkomen worden dat een groot deel van het primaire werkproces van de diensten aan een voorafgaande externe toets onderworpen gaat worden. Dat levert een voor de diensten onwerkbaar situatie op."

Samenvattend brengt de bovenstaande beschouwing mee dat wij het erover eens zijn dat, als de inzet van een bijzondere bevoegdheid (mede) ten behoeve van verlening van ondersteuning aan een buitenlandse dienst is, dit in de motivering van die inzet dient te worden betrokken. Uw standpunt dat dit ook het geval dient te zijn indien vaststaat of vooraf in redelijkheid voorzienbaar is dat de gegevens die door de inzet van de bijzondere bevoegdheid worden verworven, in ongeëvalueerde vorm of in bulk worden verstrekt aan een buitenlandse dienst, onderschrijven wij dan ook slechts ten dele. De enkele voorzienbaarheid dat informatie met buitenlandse partners zal worden gedeeld valt naar onze mening niet onder de hierboven geschetste uitzondering op het principe dat de rechtmatigheidstoets van de TIB zich niet uitstrekt tot de verdere verwerking van met de uitoefening van bijzondere bevoegdheden verkregen gegevens.

Geautomatiseerde data-analyse (GDA) door de AIVD en MIVD op metadata verworven via onderzoeksoopdrachtgerichte interceptie (artikel 50, lid 1, onder b, Wiv 2017)

Wij merken op dat ministeriële toestemming nodig is om geautomatiseerde data-analyse (GDA) gericht op het identificeren van personen of organisaties te mogen toepassen op metadata verworven via onderzoeksoopdrachtgerichte interceptie (artikel 50, eerste lid, onder b). De TIB toetst de verleende toestemming op rechtmatigheid. De eis van ministeriële toestemming en aansluitend een toets door de TIB als extra waarborg is begrijpelijk indien met de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van burgers groot is of groot kan zijn. Nu bestaan er verschillende vormen van GDA die elk hun eigen mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van burgers kennen. Een vorm van GDA met een beperkte mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is bijvoorbeeld het invoeren van een telefoonnummer in een applicatie die de bron(nen) waarin dat nummer voorkomt laat zien. Een ander voorbeeld betreft het invoeren van een telefoonnummer in een applicatie die vervolgens de telefoonnummers weergeeft waarmee het ingevoerde telefoonnummer verbinding heeft gehad. Een voorbeeld van een vorm van GDA die meer inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer is het geautomatiseerd analyseren van gegevensbestanden die als resultaat potentiële verbanden en patronen tussen personen weergeeft. Naar ons oordeel zouden uitsluitend voor vormen van GDA waar een substantiële inbreuk op de persoonlijke levenssfeer plaatsvindt, ministeriële toestemming een passende waarborg zijn.

Uw commissie en de CTIVD hebben een brief gestuurd over de reikwijdte van GDA en geven aan welk toetsingskader zal worden gehanteerd waar het gaat om de toepassing van GDA. Wij herkennen ons in de hoofdlijnen van dit kader. Wij merken op dat wij nog zorgen hebben of het geschetste kader voldoende ruimte

Datum

Kenmerk
2019-0000115728

laat voor het herhalende en onvoorspelbare karakter van het onderzoeksproces dat zo kenmerkend is voor het werk van de diensten. De vragen waarop GDA, als hulpmiddel binnen een onderzoekopdracht, antwoord kan geven zijn vooraf vaak nog onbekend. Welke vragen er gesteld kunnen worden hangt onder andere af van de stand van het onderzoek en de (veronderstelde) samenhang tussen personen en netwerken die in de interesse staan van de diensten. Daarbij is het noodzakelijk om (nog) onbekende verbanden te kunnen onderkennen en te kunnen schakelen waar nodig. Als het door de commissies gestelde kader zo wordt uitgelegd dat in elke toestemmingsaanvraag voor GDA een gedetailleerde omschrijving en op voorhand begrensde van de gegevensbestanden behoort te staan, conflicteert deze uitleg met het dynamische onderzoeksproces. Een verleende toestemming voor GDA moet naar ons oordeel dan ook een bepaalde mate van duurzaamheid hebben. Op die manier kan rekening worden gehouden met het iteratieve onderzoeksproces, de werking van de techniek en de operationele slagkracht.

Wij blijven graag met uw commissie en de CTIVD in gesprek om te verkennen in hoeverre er binnen het kader ruimte is die recht doet aan zowel de strekking van de wet als aan de operationele uitvoeringspraktijk van de diensten. Voor een wetwijziging die bovenstaande zorgpunten adresseert, achten wij het op dit moment nog te vroeg. In de komende periode zal verdere ervaring worden opgedaan met de toepassing van de waarborg van GDA. Deze ervaring zal ingebracht worden tijdens de wetsevaluatie welke per 1 mei 2020 van start gaat.

Slotopmerking

Het is naar onze mening duidelijk dat – met minder dan een jaar ervaring met deze nieuwe wet – een aantal aspecten nog moet uitkristalliseren. In de afgelopen periode is – zowel op ambtelijk als bestuurlijk niveau – regelmatig overleg gevoerd met de TIB over de ter toetsing aan de TIB voorgelegde lasten. De toets door de TIB is scherp en heeft voor de rechtmatigheid van de uitoefening van bijzondere bevoegdheden door de diensten een nieuwe standaard gezet. In algemene zin leidt de toetsing van de TIB ook tot een duidelijke kwaliteitsverbetering van de aanvragen. In sommige gevallen is er discussie over de reikwijdte van de toets door de TIB. Wij blijven graag in dialoog met uw commissie en de CTIVD om een goede en rechtmatige toepassing van de wet te bewerkstelligen en hopen dat we op de geconstateerde verschillen in opvatting tot een vergelijk kunnen komen.

De minister van Binnenlandse Zaken
en Koninkrijksrelaties,

De minister van Defensie,

drs. K.H. Ollongren

drs. A.Th.B. Bijleveld-Schouten