Toetsingscommissie
Inzet Bevoegdheden

Jaarverslag 2019/2020

Binnenhof 19
2513 AA Den Haag
www.tib-ivd.nl

1 Samenvatting

De Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden heeft na haar verkorte jaarverslag van 16 april 2020, op 30 juni 2020 haar volledige jaarverslag gepubliceerd. Als de inlichtingen- en veiligheidsdiensten AIVD en MIVD bepaalde bijzondere bevoegdheden willen inzetten dienen ze een verzoek in bij de minister van BZK of Defensie. Als de minister toestemming verleent, toetst de TIB daarna of die toestemming rechtmatig is verleend voordat de bevoegdheid mag worden ingezet. In dit jaarverslag legt de TIB verantwoording af over de manier waarop de toestemmingen op de verzoeken getoetst zijn.

In de periode van 1 april 2019 tot 1 april 2020 zijn in totaal 2.355 verzoeken getoetst van beide diensten gezamenlijk. Bij 1,7% van de verzoeken van de AIVD heeft de TIB geoordeeld dat de toestemming onrechtmatig is verleend. Bij 3,1% van de verzoeken van de MIVD heeft de TIB geoordeeld dat de toestemming onrechtmatig is verleend. Bij beide diensten is dit percentage gedaald ten opzichte van het vorige jaar. Dit betekent niet dat alles goed is gegaan. Zo heeft de AIVD de TIB niet altijd volledig en een aantal maal ook onjuist geïnformeerd. Dit bleek pas nadat de TIB vragen stelde over de verzoeken. De MIVD heeft bij verzoeken ten behoeve van buitenlandse partnerdiensten een aantal maal selectielijsten overgelegd die journalisten en/of advocaten bleken te bevatten.

De TIB heeft ook verlengingsverzoeken getoetst met betrekking tot onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel (het tappen van de kabel). Deze verzoeken zijn als onrechtmatig beoordeeld. Naast de verzochte verlenging in tijd was er namelijk ook sprake van een uitbreiding. Die uitbreiding was in dit geval onrechtmatig. Het zou erop neer komen dat toezeggingen over negatieve filtering die waren gedaan door de minister bij de behandeling van de Wiv 2017, niet meer zouden gelden. Een negatief filter geeft aan welke gegevens niet ter opslag moeten worden doorgelaten. Hierna zijn nieuwe verzoeken ingediend zonder deze uitbreiding. Deze verzoeken zijn als rechtmatig beoordeeld.

Bij de beoordeling van hackverzoeken heeft de TIB geconstateerd dat bulkhacks, waarbij soms gegevens over miljoenen personen kunnen worden verkregen, om meer zicht te krijgen op relatief weinig targets, op gespannen voet staan met de vereisten van proportionaliteit en gerichtheid. Dit geldt vooral als de gerichtheid niet direct na de verwerving wordt hersteld en de bulkgegevens langer beschikbaar blijven voor de dienst. Als ongerichte verwerving een doel op zich is, bijvoorbeeld om ongekende dreigingen te ontdekken, is er eigenlijk sprake van onderzoeksopdrachtgerichte hacks. De Wiv 2017 biedt wel waarborgen bij bulkgegevens die verzameld zijn door onderzoeksopdrachtgerichte interceptie van de kabel of via de satelliet, maar niet als het gaat om bulkgegevens die verworven zijn door een hackoperatie.

2 Inhoudsopgave

1 Samenvatting 1
2 Inhoudsopgave 2
3 Voorwoord 3
4 Inleiding 4
5 Toetsingskader 6
5.1 Algemeen toetsingskader 6
5.2 Onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel 7
5.3 Digitaal binnendringen: bulkhacks en gegevens van slachtoffers 8
5.4 Geautomatiseerde data-analyse 9
5.5 Verzoeken van buitenlandse diensten aan de AIVD of MIVD 11
5.6 Rechtseenheid 12
6 Informatie en kennis 14
6.1 Algemeen 14
6.2 Informatie vanuit de diensten 14
6.3 Informatievoorziening vanuit derden 16
7 Resultaten en bevindingen 17
7.1 Kwaliteit van de verzoeken 17
7.2 Resultaten rechtmatigheidstoetsing 18
7.3 Beoordeling inzet spoedprocedure 19
7.4 Grondslag van onrechtmatigheden 20
8 Conclusie en vooruitblik 22
9 Samenstelling van de TIB 24

3 Voorwoord

Met enige vertraging bied ik u het volledige jaarverslag van de TIB aan.

Ook de TIB heeft te maken gehad met de gevolgen van de coronacrisis. De TIB heeft haar werkproces moeten aanpassen om de continuïteit van de onafhankelijke toetsing van de inzet van bijzondere bevoegdheden te garanderen. Dat is gelukt. Het was echter onvermijdelijk om een aantal werkzaamheden, waaronder het vaststellen van dit volledige jaarverslag, uit te stellen. Wel is er een verkort jaarverslag opgemaakt, waarin inzage is geboden in de kern van de uitgevoerde werkzaamheden. Het verkorte jaarverslag is op 16 april 2020 openbaar gemaakt.

De TIB bestaat pas twee jaar. Waar de TIB zich in het eerste jaar vooral heeft gericht op een eerste basale verbetering van de kwaliteit van de verzoeken van de diensten, kenmerkte het tweede verslagjaar zich in een verdiepingsslag van die kwaliteit.

In de jaarverslagen van de AIVD en de MIVD 2019 valt te lezen dat beide diensten zich afgelopen jaar ook indringender hebben ingezet om aan de Wiv 2017 te voldoen, waaronder het verbeteren van de kwaliteit van de verzoeken. De toetsing door de TIB heeft hierbij een belangrijke rol gespeeld.

De TIB constateert dat die kwaliteitsverbetering in het tweede verslagjaar duidelijk en zichtbaar aanwezig is. Het aantal onrechtmatigheden bij beide diensten is ook aanmerkelijk gedaald. Deze tendens is echter geen reden voor de TIB om achterover te gaan leunen. De TIB blijkt niet altijd juist te zijn geïnformeerd in de voorgelegde verzoeken. Het blijft zaak om alert te zijn, vragen te stellen en zo nodig door te vragen.

Verder heeft de TIB, nu met twee jaar ervaring, meer expertise opgebouwd. De gevolgen van de in te zetten bevoegdheden kunnen hierdoor steeds beter doorzien worden. Dit geldt met name voor de meer complexe bevoegdheden. Het blijft een uitdaging om dan bij de beoordeling een goede balans te vinden tussen operationele noodzaak en rechtsbescherming van de burger. De TIB betrekt daarbij ook uitspraken van het Europees Hof van de Rechten voor de Mens.

In het komende jaar zal de Wiv 2017 het onderwerp zijn van een wetsevaluatie. De TIB heeft ervaren dat de Wiv 2017, mede in verband met de complexiteit van het cyberdomein, niet in alle gevallen aansluit op de praktijk. De TIB zal haar bevindingen daarom onder de aandacht van de evaluatiecommissie brengen.

Mariëtte Moussault
Voorzitter Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden

4 Inleiding

De Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (hierna TIB) is belast met het toetsen van de rechtmatigheid van de door de betrokken minister verleende toestemming voor de inzet van bepaalde bijzondere bevoegdheden door de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (hierna MIVD) en de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (hierna AIVD). Een bijzondere bevoegdheid is bijvoorbeeld het tappen van een telefoon of het hacken van een computer. De TIB is onafhankelijk en het oordeel van de TIB is bindend. Dat betekent dat als de TIB een door de minister verleende toestemming als onrechtmatig beoordeelt, die bevoegdheid niet mag worden ingezet. De samenstelling en bevoegdheden van de TIB zijn opgenomen in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (hierna Wiv 2017).

Aan de toestemming van de minister ligt een (schriftelijk) verzoek ten grondslag. Praktisch gezien toetst de TIB dus de inhoud van het schriftelijke verzoek. In dit jaarverslag zal in verband met de leesbaarheid daarom verder gesproken worden over het toetsen van verzoeken.

De TIB bestaat uit drie leden. Twee van de leden hebben brede ervaring binnen de rechterlijke macht. Het derde lid kan worden benoemd op basis van technische deskundigheid. Bij het secretariaat van de TIB is ook gedegen juridische en technische expertise aanwezig. Het uitgangspunt van de werkwijze van de TIB is dat alle leden alle verzoeken lezen en vervolgens gezamenlijk beoordelen. Dat is niet altijd mogelijk als gevolg van verlof of eventueel ziekte van een van de leden. In het voorjaar van 2020 is er een langere periode geweest dat er geen beoordeling door drie leden gezamenlijk mogelijk was als gevolg van de maatregelen tegen het coronavirus SARS-CoV-2. De TIB heeft ervoor gekozen om in die periode met twee leden te toetsen.[1]

Het eerste jaar van de TIB bestond naast het toetsen, vooral uit het opbouwen van de organisatie en het ontwikkelen van een toetsingskader. In het eerste jaarverslag is de TIB ingegaan op hoe zij is samengesteld, welke van de bijzondere bevoegdheden die door de AIVD en MIVD mogen worden ingezet door de TIB moeten worden getoetst en de manier waarop zij haar werkzaamheden uitvoert. Ook is beschreven hoe de TIB bij haar beoordeling de wettelijk vereisten toepast en invulling geeft aan de begrippen noodzakelijkheid, proportionaliteit, subsidiariteit en zo gericht mogelijk.

[1] De Wiv 2017 biedt geen ruimte voor de aanstelling van plaatsvervangend leden. Het risico dat de drie leden elkaar bij een gezamenlijke toetsing zouden besmetten, waarna verdere toetsing onmogelijk zou worden, was te groot. In een beperkt aantal principiële zaken is hierop een uitzondering gemaakt.

Voor u ligt het jaarverslag 2019/2020. Het betreft de periode van 1 april 2019 tot 1 april 2020. Het toetsingskader van de TIB is nu, na bijna twee jaar toetsen, met betrekking tot de meeste bevoegdheden meer uitgekristalliseerd maar niet wezenlijk veranderd ten opzichte van de beschrijving in het vorige jaarverslag. Het algemene toetsingskader is in het TIB-jaarverslag 2018/2019 uiteengezet en zal daarom niet herhaald worden. Wel wordt in hoofdstuk 5 van dit jaarverslag beschreven hoe het toetsingskader van toepassing is op een aantal specifieke bevoegdheden: onderzoeksopdrachtgerichte kabelinterceptie (hierna kabel OOG-interceptie), *bulkhacks*, geautomatiseerde data-analyse (hierna GDA) en de inzet van bevoegdheden op basis van een verzoek van buitenlandse diensten aan de AIVD en/of MIVD. Bij de bespreking van deze bevoegdheden wordt ingegaan op de wijze van toetsen en de toepassing van het criterium zo gericht mogelijk.

In hoofdstuk 6 zal nader worden stilgestaan bij de bevindingen ten aanzien van de informatievoorziening aan de TIB. De TIB ontleent de benodigde informatie primair door middel van de schriftelijke verzoeken om bijzondere bevoegdheden in te zetten. In het afgelopen jaar is herhaaldelijk gebleken dat de verstrekte informatie in verzoeken onvolledig of onjuist was, waardoor verzoeken die in eerste instantie rechtmatig leken toch als onrechtmatig beoordeeld zijn.

Het is daarnaast van belang om te voorkomen dat de TIB eenzijdig geïnformeerd wordt. De TIB voert daarom ook gesprekken met andere partijen dan de diensten, zoals experts uit de wetenschap, maatschappelijk betrokken organisaties, dienstverleners en andere (internationale) instanties die de rechtmatigheid van overheidshandelingen toetsen.

Hoofdstuk 7 bevat de resultaten van de toetsing van de verzoeken van het afgelopen jaar. De TIB constateert dat in het afgelopen jaar de kwaliteit van de verzoeken van de AIVD is toegenomen. Mede als gevolg van deze kwaliteitsverbetering is het aantal verleende toestemmingen dat onrechtmatig is beoordeeld als gevolg van vermijdbare fouten afgenomen. De kwaliteit van de verzoeken van de MIVD was ten tijde van de start van de TIB in 2018 relatief hoog. In de loop der tijd zijn wel enkele aandachtspunten naar voren gekomen.

Tot slot staat in hoofdstuk 8 de conclusie en een voortuitblik voor het komende jaar.

5 Toetsingskader

Voordat bepaalde bijzondere bevoegdheden mogen worden ingezet door de AIVD of MIVD, is allereerst toestemming van de betrokken minister vereist. Als de minister toestemming verleent op een verzoek van de AIVD of MIVD, wordt dit verzoek vervolgens ter toetsing voorgelegd aan de TIB. De TIB beoordeelt of de toestemming rechtmatig is verleend. In dit hoofdstuk staat de TIB stil bij verzoeken tot de inzet van enkele specifieke bevoegdheden en aandachtspunten die daarin door de TIB bij de toetsing worden betrokken.

5.1 Algemeen toetsingskader

De meerderheid van alle verzoeken kan op basis van enkel en alleen het schriftelijke verzoek als 'rechtmatig' of als 'onrechtmatig' worden beoordeeld. Met enige regelmaat is het echter nodig om vragen te stellen en vindt een definitieve beoordeling plaats na beantwoording van de vragen. Het komt echter ook meer dan eens voor dat verzoeken gebreken vertonen waarvoor een binaire toets (rechtmatig/onrechtmatig) simpelweg niet volstaat. Zo kan een verzoek zinnen bevatten die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn. Daarbij kan de ene uitleg leiden tot een rechtmatigheidsbeoordeling en een andere uitleg tot een *on*rechtmatigheidsbeoordeling. Als verder aan alle wettelijke vereisten wordt voldaan beoordeelt de TIB dergelijke gevallen als rechtmatig "met inachtneming van", waarbij een specifieke uitleg door de TIB wordt vastgelegd die binnen de kaders van de wet past of waarbij wordt verwezen naar de schriftelijke beantwoording van de gestelde vraag.

Het alternatief, dat wil zeggen het als onrechtmatig beoordelen van elk verzoek dat dergelijke gebreken bevat, zou ertoe leiden dat een grotere hoeveelheid (anderszins rechtmatige) verzoeken onnodig als onrechtmatig zouden moeten worden beoordeeld. Die verzoeken zouden dan met een kleine verbetering opnieuw ingediend worden en met enige vertraging alsnog rechtmatig beoordeeld worden. De TIB acht het derhalve in dergelijke gevallen haar impliciete bevoegdheid om verzoeken op de hiervoor geschetste wijze als rechtmatig te beoordelen. Dit mede in het licht van het onderliggende belang van de desbetreffende verzoeken en het beperken van een nodeloze administratieve last. De vastgelegde uitleg van de TIB wordt tot op heden, voor zover bij de TIB bekend, ook door de diensten bij inzet van de bevoegdheid toegepast.

5.2 Onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel

Bij de totstandkoming van de Wiv 2017 is veel aandacht geweest voor de bevoegdheid tot kabel OOG-interceptie. De TIB is door de ministers gevraagd hierover expliciet te rapporteren in haar jaarverslag. In het jaarverslag 2018/2019 is beschreven dat de eerste (serie) verzoeken van beide diensten als onrechtmatig zijn beoordeeld en de vervolgens ontvangen verzoeken geclausuleerd als rechtmatig zijn beoordeeld.

Begin 2020 zijn van beide diensten verlengingsverzoeken ontvangen ten behoeve van kabel OOG-interceptie. De verlengingsverzoeken zijn door de TIB als onrechtmatig beoordeeld. Er werd, naast een verzoek om de bestaande bevoegdheid in tijd te verlengen, ook verzocht de bevoegdheid uit te breiden. Deze uitbreiding was in strijd met toezeggingen van de minister tijdens de behandeling van de Wiv 2017 en in brieven van de regering omtrent negatieve filtering bij de inzet van kabelinterceptie. Een negatief filter geeft aan welke gegevens niet ter opslag moeten worden doorgelaten. Dit was reden voor de TIB om de verleende toestemming ten aanzien van die verzoeken als onrechtmatig te beoordelen.

Na deze beoordelingen heeft de TIB nog binnen dit verslagjaar nieuwe verzoeken ontvangen. Deze verzoeken bevatten niet langer de onrechtmatige uitbreiding van de bevoegdheid, maar betroffen enkel een verlenging van de in 2019 als rechtmatig beoordeelde verzoeken. Deze nieuwe verzoeken zijn door de TIB als rechtmatig beoordeeld.

5.3 Digitaal binnendringen: bulkhacks en gegevens van slachtoffers

Diverse organisaties of bedrijven beschikken over gegevens die meer zicht kunnen geven op één of meer *targets* van de diensten. Als de informatie over targets niet kan worden opgevraagd, bijvoorbeeld omdat het bedrijf zich in het buitenland bevindt, kan een inlichtingendienst de minister verzoeken om een hack uit te mogen voeren om deze gegevens te verkrijgen. Ook bij het inzetten van de hackbevoegdheid is het uitgangspunt dat deze zo gericht mogelijk behoort te worden uitgevoerd.

Het is echter niet altijd mogelijk om gericht te hacken, bijvoorbeeld omdat het gericht hacken te veel opvalt. Het ongericht verwerven van alle gegevens kan dan om operationele redenen noodzakelijk zijn. Het kan daarbij echter gaan om gegevens over miljoenen personen die niet in de aandacht van de dienst staan die dan als bijvangst wordt binnengehaald. De Wiv 2017 biedt hiervoor geen aanvullende waarborgen. De TIB heeft in dergelijke gevallen eerder gesproken over *bulkhacks*.[2]

Bij bulkhacks verwacht de TIB in principe dat het gebrek aan gerichtheid op het eerst mogelijke moment wordt hersteld. Gegevens van personen die niet in de aandacht van de dienst staan moeten naar het oordeel van de TIB dan ook zo spoedig mogelijk na verwerving vernietigd worden. Deze gegevens zouden niet voor elk ander doeleinde van de diensten gebruikt mogen worden totdat de bewaartermijn is verstreken. Het terugbrengen van de gerichtheid door gegevens direct na de verwerving te vernietigen komt ook de proportionaliteit van de verzochte inzet ten goede, omdat de mate van inbreuk daarmee beperkt wordt.

In sommige gevallen is de ongerichte verwerving van bulkgegevens echter een doel op zichzelf, bijvoorbeeld om onderzoek te doen naar nog ongekende dreigingen. In dergelijke gevallen zou ook wel gesproken kunnen worden over *onderzoeksopdrachtgerichte (bulk)hacks*, in navolging van de onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel of via de satelliet. De TIB merkt echter op dat de wetssystematiek en waarborgen die van toepassing zijn op bulkgegevens die worden verworven door middel van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie niet van toepassing zijn op de bulkgegevens die door middel van hacks worden verworven. De noodzaak, proportionaliteit en mate van gerichtheid van een dergelijke inzet zijn daarbij structureel een punt van aandacht in de beoordeling door de TIB. De TIB zal hiervoor ook in het kader van de wetsevaluatie aandacht vragen.

[2] Zie daarvoor ook de reactie van de TIB inzake het wijzigingsvoorstel Wiv 2017 op https://www.tib-ivd.nl/documenten/brieven/2018/08/23/reactie-wijzigingsvoorstel-wiv-2017

De diensten doen daarnaast reeds enkele jaren onderzoek naar de cyberdreiging die uitgaat van statelijke actoren. Statelijke actoren proberen onder andere binnen te dringen bij ministeries, politieke partijen, cultureel-maatschappelijke organisaties, Nederlandse topsectoren en vitale infrastructuur.[3] Deze statelijke actoren kunnen een dreiging voor de nationale veiligheid vormen en daarom onderwerp van onderzoek zijn. Bij de inzet van bijzondere bevoegdheden kunnen de diensten vervolgens stuiten op gegevens van slachtoffers die een statelijke actor heeft buitgemaakt. De gegevens van een dergelijk slachtoffer kunnen van belang zijn om te duiden op welke wijze en met welk doel een statelijke actor opereert. De TIB acht het van belang dat ook de omgang met *slachtoffergegevens* zo gericht mogelijk en proportioneel is. Slachtoffergegevens behoren, naar het oordeel van de TIB, in principe alleen gebruikt te worden in het onderzoek naar de desbetreffende actoren en niet voor elk ander doeleinde van de diensten. Dit geldt met name voor gegevens van slachtoffers die zelf niet aangemerkt zouden kunnen worden als target van de diensten.

5.4 Geautomatiseerde data-analyse

Geautomatiseerde data-analyse betreft het op geautomatiseerde wijze met elkaar vergelijken van gegevens of deze te doorzoeken aan de hand van profielen, met het oog op het onderkennen van bepaalde patronen. Als bij GDA gegevens die zijn verworven met onderzoeksopdrachtgerichte interceptie (via de satelliet of kabel) worden betrokken en de GDA is gericht op het identificeren van personen of organisaties, is toestemming van de minister vereist. De TIB toetst die toestemming. Voor GDA op gegevens die bijvoorbeeld zijn verworven door middel van meerdere (onderzoeksopdrachtgerichte) bulkhacks is de toestemming van de minister en toets van de TIB niet vereist.

Gegevens die door OOG-interceptie zijn verworven bevatten voor het overgrote deel gegevens van personen die niet in de aandacht van de diensten staan. GDA kan daardoor een grote inbreuk op de privacy van grote hoeveelheden personen betekenen. Ook deze bevoegdheid dient zo gericht mogelijk ingezet te worden. Om de inbreuk van GDA te kunnen wegen ten opzichte van de noodzaak van de inzet, is het van belang om inzage te hebben in de toe te passen vorm van GDA en de gegevensbestanden die hierbij worden betrokken. Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om de naslag van gegevens in bepaalde gegevensbestanden, maar ook om vormen van geografisch onderzoek met behulp locatiegegevens die uit verschillende bronnen verzameld zijn.

De inzet van GDA is al langer onderwerp van gesprek tussen de TIB, de CTIVD, de diensten en ministeries. De TIB en de CTIVD hebben in november 2018 een rechtseenheidbrief uitgebracht over de toepassing van GDA. In de loop van de tijd hebben diverse gesprekken plaatsgevonden over de vraag hoe de operationele wens voor de inzet van GDA in lijn kan worden gebracht met het toepasselijke wettelijke kader. De TIB hecht eraan om ook bij deze inbreuk makende bevoegdheid een zinvolle toets uit te voeren.

[3] Zie het Jaarverslag AIVD 2019.

Medio 2019 heeft de TIB een verzoek ontvangen tot inzet van GDA. Voorafgaand aan dat verzoek heeft de TIB een presentatie ontvangen over hoe in de praktijk wordt omgegaan met GDA. Het verzoek is getoetst aan het reguliere toetsingskader van de TIB en aan het toetsingskader voor GDA, zoals opgenomen in de rechtseenheidsbrief van de CTIVD en de TIB. Het verzoek is als onrechtmatig beoordeeld, omdat de verzochte inzet, kort samengevat, onvoldoende gericht was. Dit werd met name veroorzaakt doordat gepoogd was om alle voorstelbare randgevallen onder de reikwijdte van één verzoek te scharen. Bij de presentatie was juist gebleken dat in de praktijk voor de grote meerderheid van de werkzaamheden met een gerichter verzoek zou kunnen worden volstaan.

De TIB heeft in haar beslissing elementen benoemd die individueel, of in onderling verband, de inzet meer gericht zouden kunnen maken. Door deze elementen wel te benoemen, maar de keuze van de elementen bij de dienst te laten, is er naar het oordeel van de TIB enerzijds voldoende ruimte voor de diensten om flexibel te opereren en is er tegelijkertijd de waarborg dat de bevoegdheid zo gericht mogelijk wordt ingezet. Deze elementen betroffen onder andere:

- de *gegevensbestanden* die in de GDA worden betrokken (worden alle aanwezige gegevensbestanden betrokken of een meer gerichte set van bestanden)
- het *type gegevens* dat in de GDA wordt betrokken (alle gegevenstypes of specifiek locatiegegevens, verkeersgegevens of andere gebruikersgegevens)
- het *onderzoekssubject* ten aanzien van wie GDA wordt verricht en de mate van verwijdering daarvan (strekt de inzet van GDA alleen tot targets, of ook tot *non-targets*, of locaties als startpunt van de GDA en hoeveel graden van verwijdering ten opzichte van hen)
- de invoering van een *kwantitatieve begrenzing* bij het tonen van resultaten (hiermee zou bewerkstelligd kunnen worden dat het systeem afdwingt dat een gerichtere bevraging wordt gedaan, bijvoorbeeld door resultaten niet te tonen als dit er te veel zijn)
- de invoering van een *geografische begrenzing* (bijvoorbeeld beperkt tot de aandachtsgebieden)

Vervolgens heeft de TIB een nieuw GDA-verzoek ontvangen en getoetst. Voor de toetsing van dit verzoek heeft de TIB een overzicht ingezien van de bestanden ten aanzien waarvan de inzet van GDA was beoogd. Inzage hierin was noodzakelijk om de mogelijke omvang van de inbreuk op de privacy van burgers te kunnen vaststellen en dus om de proportionaliteitstoets te kunnen verrichten. Het benoemen van de in de GDA betrokken bestanden is daarnaast een zelfstandig wettelijk vereiste.[4]

De TIB heeft het verzoek geclausuleerd rechtmatig beoordeeld. Benoemd is onder andere dat de TIB ervan uitgaat dat alleen bestanden in de GDA mogen worden betrokken die rechtmatig aanwezig zijn, met het oog op de derde voortgangsrapportage van de CTIVD (rapport nr. 66). In deze derde voortgangsrapportage heeft de CTIVD vastgesteld dat de relevantieverklaring en daarmee het voor onbepaalde termijn bewaren van (delen van) bulkdatasets onrechtmatig is.

[4] Artikel 50 lid 4 sub b Wiv 2017.

5.5 Verzoeken van buitenlandse diensten aan de AIVD of MIVD

Het is gebruikelijk dat diensten internationaal samenwerken op basis van het “quid pro quo” (ook wel: voor wat hoort wat) principe. Die samenwerking kan verschillende vormen aannemen. Informatie kan in dat kader over en weer gedeeld worden met daartoe geschikt bevonden diensten. Ook kan er gezamenlijk aan een onderzoek gewerkt worden. Een andere mogelijkheid is dat een buitenlandse dienst de Nederlandse collega's verzoekt bevoegdheden in te zetten ten behoeve van de taakuitvoering van die buitenlandse dienst.

De afwegingen die de Nederlandse diensten maken bij het bepalen of ze ondersteuning verlenen is anders dan wanneer de diensten bevoegdheden willen inzetten voor de eigen taakuitvoering.[5] Wanneer sprake is van ondersteuning van een buitenlandse dienst hoeft uitsluitend beoordeeld te worden of de belangen die de buitenlandse dienst behartigt niet onverenigbaar zijn met de belangen die de AIVD en MIVD hebben te behartigen en of de goede taakuitvoering van de AIVD en MIVD zich niet tegen de verlening van de desbetreffende vorm van ondersteuning verzet.[6]

Als de inzet van een bijzondere bevoegdheid ten behoeve van een buitenlandse dienst wordt verzocht, dient het verzoek, na toestemming van de minister, aan de TIB ter toetsing voorgelegd te worden. De rechtmatigheidstoets van de TIB die op deze verzoeken van toepassing is, is beperkter dan de toets die de TIB uitvoert als het verzoek ten behoeve van een Nederlandse dienst wordt gedaan.[7] Weliswaar moet een buitenlandse dienst motiveren welke vorm van ondersteuning nodig is, maar de buitenlandse diensten hoeven de verzoeken niet te motiveren conform de reguliere vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit, subsidiariteit en een zo gericht mogelijke inzet.

[5] Andersom geldt dat wanneer de Nederlandse diensten aan een buitenlandse dienst verzoeken om een bijzondere bevoegdheid in te zetten en de inzet van die bevoegdheid plaatsvindt buiten de Nederlandse jurisdictie, de TIB niet om een rechtmatigheidsoordeel wordt gevraagd. Het wettelijk kader van de buitenlandse dienst is op dergelijke verzoeken van toepassing.
[6] Artikel 89 Wiv 2017.
[7] In rapport 38 van de CTIVD is geconstateerd dat de MIVD bijzondere bevoegdheden inzet ten behoeve van buitenlandse diensten. Het betrof in dat geval selectie ten aanzien van ongericht verkregen gegevens van niet-kabelgebonden communicatie. Destijds was de aanbeveling om ten behoeve van dergelijke verzoeken ook de verantwoordelijk minister toestemming te laten verlenen. Met de Wiv 2017 is hierin voorzien. Nu hierbij sprake is van de inzet van een bijzondere bevoegdheid door de MIVD, moet de TIB een rechtmatigheidstoets uitvoeren alvorens de bevoegdheid mag worden ingezet.

Ook deze marginale toetsing is echter van belang gebleken. In het verslagjaar heeft de TIB verzoeken voorgelegd gekregen waarin sprake was van de inzet van bevoegdheden op verzoek van buitenlandse diensten. Het betrof daarbij onder andere de selectie ten aanzien van onderzoeksopdrachtgericht verkregen gegevens van niet-kabelgebonden communicatie. Bij deze verzoeken zijn als bijlage gevoegd lijsten met de kenmerken[8] waarop selectie wordt verzocht, zogenaamde *selectielijsten*. Vanwege het toepasselijke kader kunnen deze verzoeken slechts marginaal door de TIB worden getoetst. Dat wil zeggen: is de inzet van bevoegdheden ten aanzien van personen of organisaties die op basis van een bepaalde grondslag wordt verzocht onverenigbaar met de belangen of de goede taakuitvoering die de AIVD en MIVD hebben te behartigen?

De TIB controleert daarbij of selectie wordt verzocht ten aanzien van kenmerken die worden toegeschreven aan advocaten of journalisten, omdat alleen de rechtbank Den Haag bevoegd is om daarover te oordelen. Bij het toetsen van dergelijke verzoeken van de MIVD heeft de TIB bij herhaling geconstateerd dat op de selectielijsten (zonder inhoudelijke motivering) advocaten(kantoren), persbureaus en journalisten waren vermeld. De TIB heeft hierover vragen gesteld en dit punt onder de aandacht gebracht van de directeur van de MIVD en het ministerie van Defensie. Er zijn nieuwe verzoeken ingediend met aangepaste selectielijsten. De MIVD heeft de TIB bericht dat voor deze specifieke vorm van ondersteuning van buitenlandse diensten de interne toestemmingsprocedure is aangescherpt. De TIB heeft sindsdien geen advocaten of journalisten op selectielijsten aangetroffen.

5.6 Rechtseenheid

De TIB en CTIVD voeren overleg om te zorgen dat er sprake blijft van een gezamenlijke wetsinterpretatie ter bevordering van een uniforme en consistente rechtstoepassing.[9] Met regelmaat vindt er dan ook overleg plaats, zowel op ambtelijk als bestuurlijk niveau. Naar aanleiding daarvan zijn in het vorige verslagjaar rechtseenheidbrieven opgesteld en verzonden naar de Tweede Kamer. De inhoud van die brieven is grotendeels door de betrokken ministers omarmd.

Op een beperkt aantal punten bleek een verschil van inzicht te bestaan, met name waar het de reikwijdte van de rechtmatigheidstoetsing door de TIB betrof. [10] Hierover heeft in juni 2019 een gesprek plaatsgevonden met de betrokken ministers en de voorzitters van de CTIVD en de TIB. De verschillen van inzicht zijn daarbij overbrugbaar gebleken, zoals ook door beide ministers aan de Tweede Kamer is medegedeeld.[11]

[8] Een *kenmerk* kan bijvoorbeeld een naam van een target of een telefoonnummer zijn.
[9] Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 34 588, nr. 18, p. 40.
[10] Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 29 924, nr. 173.
[11] Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 29 924, nr. 186.

Wat betreft de reikwijdte van de rechtmatigheidstoetsing van de TIB is thans vastgelegd dat:

- Het voornemen om *gegevens te delen met buitenlandse diensten* wordt opgenomen in het verzoek, wanneer de diensten ten tijde van het indienen van het verzoek reeds dit oogmerk hebben. Deze vermelding is met name van belang in het kader van de proportionaliteitstoetsing als het gaat om het delen van ongeëvalueerde gegevens of bulkgegevens.

- De *voorgenomen wijze van gegevensverwerking* meer in het algemeen in de toestemmingsaanvraag betrokken wordt, als dit relevant is voor de beoordeling van de proportionaliteit en de gerichtheid van de verzochte inzet.

- De *mate van dreiging* in de toestemmingsverzoeken voldoende onderbouwd dient te worden, met het oog op de beoordeling van de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van de verzochte inzet.

In het afgelopen verslagjaar zijn geen nieuwe rechtseenheidbrieven opgesteld door de CTIVD en de TIB.

Er is dit verslagjaar overleg geweest met de rechtbank Den Haag. De TIB is niet bevoegd om verzoeken te toetsen als de voorgenomen bevoegdheid wordt ingezet jegens een journalist, waarbij de uitoefening kan leiden tot verwerving van gegevens inzake de bron van de journalist.[12] Voor de vraag wie als journalist moet worden beschouwd, zoekt de TIB onder meer aansluiting bij de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna EHRM). Er zijn echter twijfelgevallen, zeker in het licht van de fluïde definitie van een journalist. Het is een keer voorgekomen dat een target, niet zijnde een beroepsmatige journalist, activiteiten uitvoerde die potentieel geduid zouden kunnen worden als journalist. Om te voorkomen dat de TIB zich onbevoegd zou verklaren en de rechtbank vervolgens zou oordelen dat er geen sprake was van een journalist en tevens onbevoegd zou zijn, is casus-gebonden overleg gevoerd.

[12] Artikel 30 lid 2 Wiv 2017.

6 Informatie en kennis

6.1 Algemeen

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de wijze waarop de TIB geïnformeerd wordt. Om de verleende toestemming om een bevoegdheid in te zetten goed te kunnen toetsen, is het noodzakelijk om goed geïnformeerd te zijn. De verzoeken van de beide diensten zijn de primaire bron van informatie. Daarnaast ontvangt de TIB presentaties van medewerkers van de diensten over specifieke verzoeken of over bepaalde onderwerpen in het algemeen. De TIB vindt het van belang om ook door andere partijen geïnformeerd te worden of van gedachten te wisselen.

6.2 Informatie vanuit de diensten

Het is essentieel voor het verrichten van de rechtmatigheidstoets dat de TIB beschikt over volledige en juiste informatie. Deze informatie wordt door de diensten verstrekt in de door hen opgestelde schriftelijke verzoeken tot toestemming om een bijzondere bevoegdheid in te mogen zetten. Deze verzoeken worden eerst aan de minister voorgelegd en vervolgens, als de minister toestemming verleent, aan de TIB.

De TIB beschikt bij de aanvang van de toets over dezelfde schriftelijke informatie als de minister. Als de informatie naar het oordeel van de TIB niet compleet is, of onvoldoende duidelijk, kan de TIB vragen stellen.[13] In de praktijk, worden de vragen rechtstreeks aan de diensten gesteld. De TIB maakt met regelmaat gebruik van de bevoegdheid om vragen te stellen.

De TIB is zich ervan bewust dat het beantwoorden van vragen capaciteit kost van de diensten. Toch is het stellen van vragen nodig gebleken. Het is voorgekomen dat verzoeken die zonder een nadere uitleg van de oorspronkelijke informatie als onrechtmatig beoordeeld zouden worden, maar met inachtneming van de (schriftelijke) antwoorden op gestelde vragen alsnog als rechtmatig beoordeeld zijn. In een aantal gevallen oordeelde de TIB dat door de beantwoording van de vragen zodanig van het oorspronkelijk verzoek was afgeweken dat er sprake was van een nieuw verzoek op basis van een andere grondslag, waardoor de minister hiervoor opnieuw toestemming diende te geven. De oorspronkelijke toestemmingen zijn in die gevallen als onrechtmatig beoordeeld.

[13] Artikel 36 lid 1 Wiv 2017: “Onze betrokken Ministers verstrekken desgevraagd aan de toetsingscommissie alle inlichtingen en verlenen haar alle overige medewerking die zij voor een goede uitoefening van haar taak noodzakelijk acht.”

Uit de beantwoording van vragen is ook herhaaldelijk gebleken dat de oorspronkelijk verstrekte informatie in het verzoek onvolledig of zelfs onjuist was. In enkele gevallen is een verzoek met inachtneming van de nieuwe en volledige informatie als onrechtmatig beoordeeld. In één individuele casus uit medio 2018 is vast komen te staan dat de toenmalige DG had besloten dat het niet nodig was om bepaalde informatie aan de TIB te verstrekken. Het betrof echter informatie waarvan de TIB eerder had aangegeven dat die relevant is voor haar beoordeling. De situatie in deze casus heeft voortgeduurd tot augustus 2019, op welk moment de benodigde informatie door de AIVD is verstrekt. In overige gevallen is niet gebleken dat er sprake is geweest van het bewust opnemen van onvolledige of onjuiste informatie. Dat doet er niet aan af dat het al dan niet bewust opnemen van onvolledige of onjuiste informatie in verzoeken schadelijk is geweest voor het vertrouwen dat de TIB in de juistheid van informatie moet kunnen hebben. De minister is hierover via de schriftelijke besluiten in deze zaken geïnformeerd en er hebben hierover gesprekken plaatsgevonden tussen de TIB en de dienstleiding van de AIVD.

De TIB heeft van medewerkers van met name de AIVD, maar ook van de MIVD, over uiteenlopende onderwerpen presentaties ontvangen. Soms werden die presentaties aangeboden en in andere gevallen werd er door de TIB om gevraagd. De presentaties hadden tot doel om de TIB meer achtergrondinformatie te verschaffen over een bepaalde operatie of dienden om meer uitleg te geven bij een concreet verzoek. Het is de TIB daarbij telkens opgevallen dat veel moeite werd gedaan om de TIB uitgebreid te informeren. Er was ook alle ruimte om (kritische) vragen te stellen en die vragen werden ruimhartig beantwoord.

6.3 Informatievoorziening vanuit derden

Om enige balans in de informatievoorziening te bewaren hecht de TIB eraan om ook door derden geïnformeerd te worden. Informatievoorziening buiten de verzoeken om helpt te voorkomen dat tunnelvisie optreedt en de TIB alleen nog maar vanuit het perspectief van de diensten zou toetsen. De TIB voert daarom ook gesprekken met andere partijen dan de diensten, zoals experts uit de wetenschap, maatschappelijk betrokken organisaties, dienstverleners en andere instanties die de rechtmatigheid van overheidshandelingen toetsen.

In het afgelopen jaar zijn contacten gelegd met toetsingsinstanties vergelijkbaar met de TIB uit andere Europese landen. Hoewel daarbij niet over staatsgeheimen gesproken wordt, kan in algemene zin wel over bepaalde thema's of onderwerpen gesproken worden, zoals bijvoorbeeld de toepassing van jurisprudentie van het EHRM. Dergelijke gesprekken dragen bij aan een betere toets van de verzoeken van de diensten. Eind 2019 vond in dat kader de door de CTIVD georganiseerde European Intelligence Oversight Conference in Den Haag plaats; een conferentie voor Europese toezichthouders op inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Ook de TIB was daarbij aanwezig. Het uitwisselen van algemene bevindingen en ervaringen is daarbij nuttig gebleken om best practices te identificeren op het gebied van toetsing en toezicht.

Inlichtingen- en veiligheidsdiensten werken op allerlei onderzoeksgebieden internationaal samen en kunnen daarbij op casus-niveau inhoudelijk overleg voeren over de inzet van bevoegdheden en gegevensdeling. Voor de toezichthouders is een dergelijk casus-gebonden overleg (nog) niet mogelijk gemaakt. Hierdoor kan niet worden vastgesteld of er bij de inzet van bijzondere bevoegdheden in het kader van specifieke internationale samenwerkingen een sluitend systeem is van onafhankelijke toetsing en toezicht vooraf of achteraf.

7 Resultaten en bevindingen

7.1 Kwaliteit van de verzoeken

De kwaliteit van de verzoeken van de AIVD was in het eerste (half) jaar na de start van de TIB een punt van zorg. In het eerste jaarverslag heeft de TIB vermeld dat er vanaf december 2018 maatregelen zijn genomen om de kwaliteit te verbeteren en dat die daardoor begin 2019 is verbeterd. Daarna is de kwaliteit van de verzoeken verder verbeterd. In de verzoeken wordt bijvoorbeeld beter afgewogen of de uitoefening van de verzochte bevoegdheid een onevenredig nadeel oplevert ten opzichte van het doel van de bevoegdheid (de proportionaliteitstoets). Ook wordt beter gemotiveerd of het middel wordt ingezet dat het minste nadeel oplevert voor de betrokkenen (de subsidiariteitstoets). Verder komen gebreken met betrekking tot de formele vereisten aan een verzoek, zoals het niet vermelden van de identiteit of kenmerken van targets, steeds minder vaak voor.

De kwaliteit van de verzoeken van de MIVD was ten tijde van de start van de TIB in 2018 relatief hoog. In de loop der tijd zijn wel enkele aandachtspunten naar voren gekomen. Zo is bij de MIVD gebleken dat de feitelijke voorgenomen inzet van de bijzondere bevoegdheid soms afwijkt van de beschrijving daarvan in de verzoeken. De TIB heeft hiervoor aandacht gevraagd bij de dienstleiding van de MIVD en het ministerie van Defensie.

De TIB heeft bij beide diensten aandacht gevraagd voor de onderbouwing van de noodzaak om bulkgegevens te verwerven bij non-targets en de (on)mogelijkheid om de verworven gegevens op het eerst mogelijke moment terug te brengen tot de voor het onderzoek noodzakelijke gegevens. De beschrijving van de opbrengst bij verlengingsverzoeken in dergelijke operaties blijft ook een aandachtspunt, waardoor de proportionaliteit van de verzochte inzet onder druk staat. Als een inzet van een bevoegdheid nauwelijks of geen opbrengst genereert, kan dit invloed hebben op de proportionaliteit van een verlenging van de inzet. Andere aandachtspunten die tot op heden blijven bestaan met betrekking tot de verzoeken van beide diensten zijn de beschrijving van de technische hulpmiddelen en technische risico’s die gepaard gaat met het digitaal binnendringen (hacken), met name waar het binnendringen non-targets of derden raakt.

7.2 Resultaten rechtmatigheidstoetsing

De TIB heeft in de periode van 1 april 2019 tot 1 april 2020 in totaal 2.355 verzoeken getoetst. De TIB heeft in deze periode bij 1,7% van de verzoeken van de AIVD geoordeeld dat de toestemming onrechtmatig is verleend. De TIB heeft bij 3,1% van de verzoeken van de MIVD geoordeeld dat de toestemming onrechtmatig is verleend. Voor beide diensten is het aantal onrechtmatigheden gedaald ten opzichte van de periode 1 mei 2018 tot 1 april 2019,[14] toen de toestemming voor 4,5% van de AIVD verzoeken en voor 5,8% van de MIVD verzoeken als onrechtmatig is beoordeeld.

Wanneer een verzoek voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid als onrechtmatig is beoordeeld, kan de dienst ervoor kiezen een nieuw en aangepast verzoek in te dienen. Dit nieuwe verzoek kan dan alsnog rechtmatig worden bevonden, bijvoorbeeld omdat de bevoegdheid meer gericht wordt ingezet of de inbreuk op grondrechten anderszins wordt beperkt. In het verslagjaar zijn 86% van de onrechtmatig beoordeelde verzoeken op een later moment in een aangepaste vorm alsnog als rechtmatig beoordeeld. De gemaakte aanpassingen kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het beter motiveren van een verzoek of op het gerichter inzetten van een middel.

In de overige 14% van de gevallen zijn verzoeken die door de TIB als onrechtmatig zijn beoordeeld (tot op heden) niet opnieuw ingediend of zijn deze bij herhaling als onrechtmatig beoordeeld. Deze gevallen betreffen met name onderzoeksopdrachtgerichte (bulk)hacks en andere hacks op non-targets of derden. De toestemming voor de verzochte inzet van bijzondere bevoegdheden is in die gevallen door de TIB op materiële gronden als niet zo gericht mogelijk, als niet subsidiair en/of als niet proportioneel beoordeeld.

In drie gevallen heeft de TIB zich onbevoegd verklaard om te oordelen over verzoeken van de AIVD, omdat de inzet gericht was op een persoon die volgens de TIB aangemerkt moest worden als journalist of advocaat. De inzet van een bevoegdheid die is gericht op een journalist of advocaat moet worden voorgelegd aan de rechtbank Den Haag als dit kan leiden tot de verwerving van gegevens over bronnen van journalisten of de vertrouwelijke informatie tussen een advocaat en diens cliënt.[15]

[14] Het vorige jaarverslag betrof een periode van 11 maanden, omdat de TIB vanaf 1 mei 2018 is gestart met toetsen. In die periode zijn 2.159 verzoeken getoetst.
[15] Artikel 30 Wiv 2017.

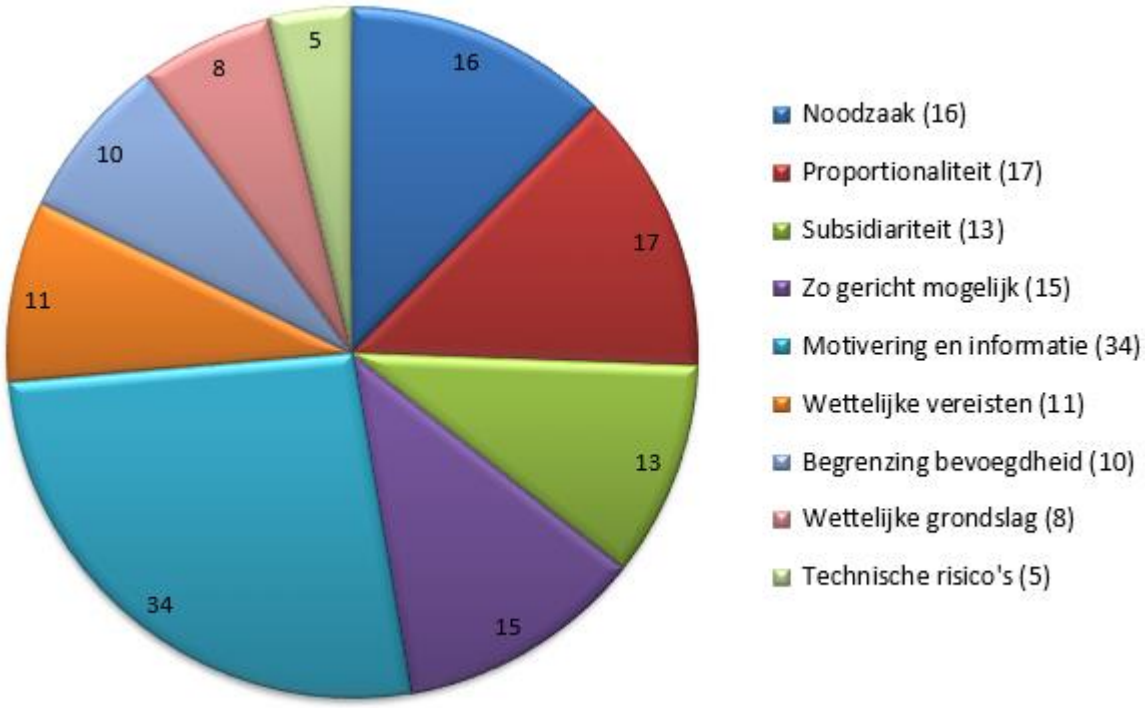
7.3 Beoordeling inzet spoedprocedure

Voor spoedeisende gevallen is in de Wiv 2017 een procedure opgenomen, waarbij de bevoegdheid al kan worden ingezet voordat de rechtmatigheidstoets door de TIB heeft plaatsgevonden. De minister moet ook in spoedeisende gevallen eerst toestemming verlenen. De verleende toestemming moet vervolgens zo snel mogelijk worden voorgelegd aan de TIB voor een rechtmatigheidstoets.

De spoedprocedure is in het afgelopen jaar bij 3,3% van de verzoeken van de AIVD en bij 1,6% van de verzoeken van de MIVD ingezet. Bij de MIVD is de inzet van de spoedprocedure in alle gevallen rechtmatig beoordeeld, zowel wat betreft de inzet van de bevoegdheid als de toegepaste spoedprocedure. In 97,1% van de spoedverzoeken van de AIVD is de verleende toestemming in een spoedprocedure als rechtmatig beoordeeld, wat betreft de inzet van de bevoegdheid zelf alsmede de toegepaste spoedprocedure. In 2,9% van de spoedverzoeken van de AIVD is de verleende toestemming wat de inzet van de bevoegdheid betreft wel als rechtmatig beoordeeld, maar het inzetten van de spoedprocedure niet, omdat er geen sprake van was onverwijlde *operationele* spoed. Dit is een verbetering ten opzichte van het vorige verslagjaar, toen in 11,6% van de gevallen is geoordeeld dat de spoedprocedure ten onrechte was toegepast door de AIVD.

7.4 Grondslag van onrechtmatigheden

In figuur 1 wordt een overzicht gegeven van de redenen waarom verzoeken als onrechtmatig zijn beoordeeld. In figuur 2 worden deze cijfers vergeleken met het voorgaande verslagjaar. De figuren hebben zowel betrekking op de verzoeken van de AIVD als van de MIVD. Eén verzoek kan om meerdere redenen als onrechtmatig beoordeeld worden. Zo kan de noodzaak van een verzoek bijvoorbeeld onvoldoende zijn onderbouwd. Vaak is het verzoek dan ook niet proportioneel. Eén verzoek wordt in de telling dan meerdere malen meegenomen.

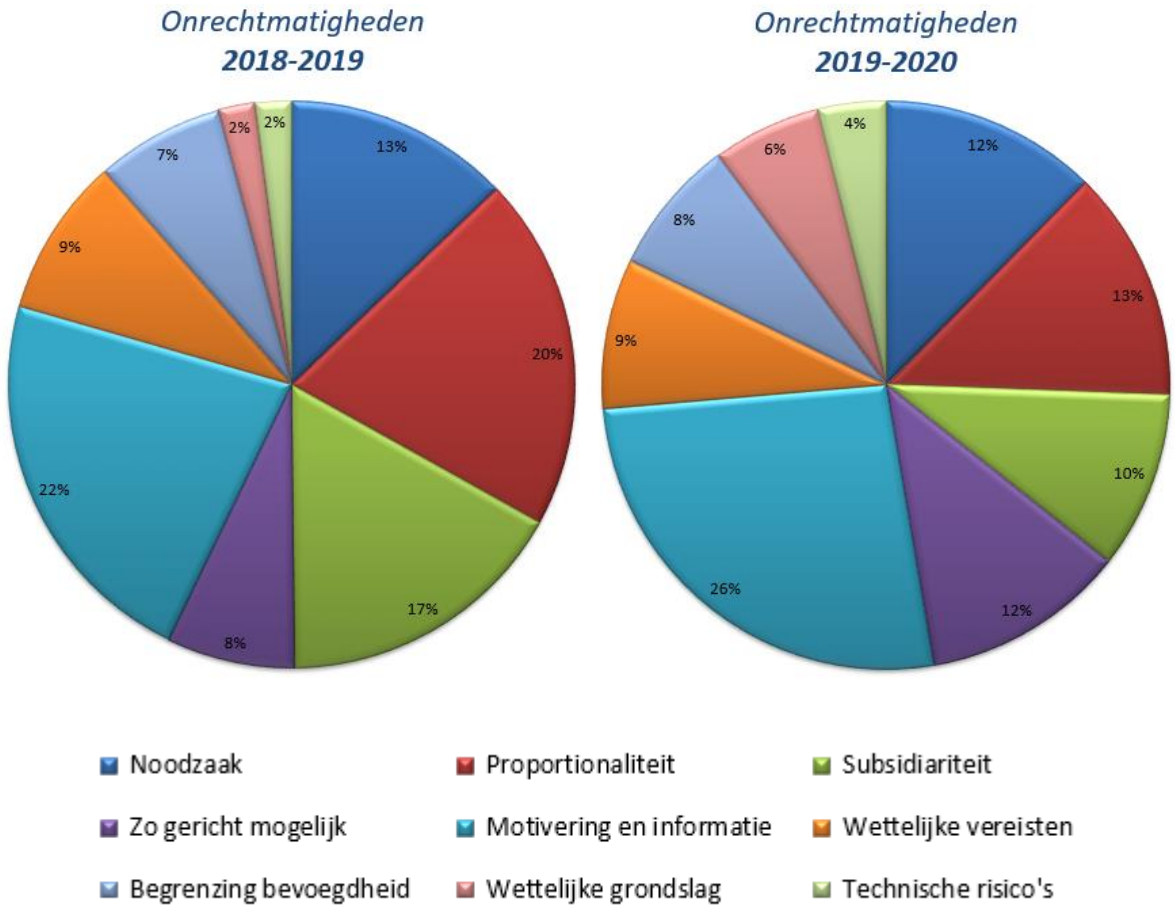


Figuur 1 – Overzicht van de grondslag van onrechtmatigheden (absolute aantallen)

Uitleg bij de toetsingselementen in de legenda

De TIB toetst of de inzet van een bijzondere bevoegdheid *noodzakelijk* is, of de inzet geen onevenredig nadeel oplevert in vergelijking met de noodzaak (*proportionaliteit*), of het doel ook kan worden bereikt met minder ingrijpende bevoegdheden (*subsidiariteit*) en of de bevoegdheid *zo gericht mogelijk* wordt ingezet.

Daarnaast toetst de TIB ook aan andere rechtmatigheidsaspecten. Is er een *wettelijke grondslag* voor de inzet van de bevoegdheid; dat wil zeggen sluit de inzet die wordt verzocht aan bij een artikel in de wet. Daarbij toetst de TIB ook of de inzet de reikwijdte van de wet niet overschrijdt (*begrenzing bevoegdheid*). Verder is het van belang dat de verzoeken om bevoegdheden in te zetten voldoende *informatie* bevatten over de relevante feiten en omstandigheden, maar ook dat de vereiste elementen met betrekking tot de voorgenomen inzet van de bevoegdheid naar behoren *gemotiveerd* worden. Bij de inzet van de hackbevoegdheid moeten de *technische risico's* nadrukkelijk worden omschreven.



Figuur 2 – Vergelijking van de grondslag van onrechtmatigheden (percentages)

In vergelijking met het verslagjaar 2018-2019 zijn in het verslagjaar 2019-2020 relatief meer verzoeken onrechtmatig beoordeeld op basis van gebreken in de verstrekte informatie en motivatie, het ontbreken van een wettelijke grondslag voor de verzochte inzet en gebreken in de beschrijving van technische risico's. Het aantal verzoeken dat als onrechtmatig is beoordeeld op basis van de (motivering van de) noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit van de verzochte inzet is relatief gedaald. De grondslag van de onrechtmatigheid op deze punten was in de periode 2019-2020 vaker materieel van aard (oftewel inhoudelijk onrechtmatig omdat de inbreuk die gepaard ging met het verzochte middel niet proportioneel was ten opzichte van het te dienen belang), waar deze onrechtmatigheden in 2018-2019 met een grotere regelmaat meer formeel van aard waren (bijvoorbeeld geen proportionaliteitstoets opgenomen met betrekking tot huisgenoten van een target waarvan een tap op een vaste telefoonlijn werd verzocht).

8 Conclusie en vooruitblik

De TIB concludeert in haar tweede verslagjaar dat de kwaliteit van de verzoeken van met name de AIVD sterk is verbeterd. Het percentage van verzoeken dat als onrechtmatig is beoordeeld als gevolg van vermijdbare fouten is aanzienlijk gedaald. Ook bij de MIVD is het percentage verzoeken dat als onrechtmatig is beoordeeld gedaald.

Afgelopen jaar heeft de TIB geconstateerd dat zij onvolledig en onjuist is geïnformeerd in de verzoeken. De TIB heeft dit onder de aandacht van de AIVD en de minister gebracht. De dienstleiding van de AIVD heeft toegezegd bijzondere aandacht te zullen besteden aan de juiste en volledige informatievoorziening aan de TIB.

Verlengingsverzoeken met betrekking tot kabel OOG-interceptie zijn aanvankelijk onrechtmatig beoordeeld, omdat deze onverenigbaar waren met de wetshistorie. Vervolgens zijn nieuwe verzoeken ingediend waarin dit gebrek is weggenomen. Deze nieuwe verzoeken zijn als rechtmatig beoordeeld. Een verzoek tot toepassing van GDA op gegevens die mede uit OOG-interceptie afkomstig zijn, is in eerste instantie als onrechtmatig beoordeeld, omdat de verzochte inzet niet zo gericht mogelijk was. Daarbij heeft de TIB een aantal elementen benoemd die van belang zijn om tot een zo gericht mogelijke inzet te komen. Een gerichter verzoek is vervolgens geclausuleerd als rechtmatig beoordeeld.

Gedurende het verslagjaar is gebleken dat door buitenlandse diensten aangeleverde selectielijsten kenmerken bevatten van advocaten en of journalisten. Er zijn nieuwe verzoeken ingediend met aangepaste selectielijsten. De MIVD heeft meegedeeld dat de interne controle is aangescherpt.

Met name bij de beoordeling van verzoeken om digitaal binnen te dringen is de TIB gestuit op vraagstukken die bij de totstandkoming van de wet niet expliciet zijn overwogen. De TIB heeft geconstateerd dat verzoeken om bulkhacks uit te voeren op bedrijven en instanties, om meer zicht te krijgen op een relatief kleine hoeveelheid targets, op gespannen voet staan met de gerichtheid en proportionaliteit die worden vereist. Dit geldt des te meer wanneer de gerichtheid niet direct na de verwerving wordt hersteld en de bulkgegevens langdurig beschikbaar blijven voor bevragingen voor de specifieke onderzoeksopdracht of zelfs alle andere onderzoeksopdrachten van de diensten. Ook de omgang met slachtoffergegevens in onderzoeken naar de cyberdreiging die uitgaat van statelijke actoren is een aandachtspunt, waarbij het de vraag is voor welke doeleinden het gebruik van dergelijke gegevens proportioneel blijft.

De Wiv 2017 blijft in beweging. Op 10 juni 2020 is een wijzigingsvoorstel van de Wiv 2017 aangenomen door de Tweede Kamer[16], dat voor de TIB relevante wijzigingen aan de wet bevat. Zo is hierin de mogelijkheid tot benoeming van plaatsvervangend leden opgenomen. Voorts is in het wetsvoorstel bepaald dat de TIB de toestemming van de minister naast noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit, ook dient te toetsen aan het criterium "zo gericht mogelijk".[17] Aan dit criterium werd al getoetst, maar het krijgt nu een wettelijke grondslag. Bovendien is in het huidige wetsvoorstel nader uitgelegd hoe dit criterium behoort te worden geïnterpreteerd. De door de TIB tot nu toe gehanteerde uitleg krijgt daarmee ook een wettelijke basis.

Daarnaast is de evaluatie van de Wiv 2017 gestart, waarin de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk zullen worden bezien. Uit de kamerbrief over de evaluatie blijkt dat daarbij in ieder geval aandacht zal worden besteed aan het integrale stelsel van toezicht, maar ook specifiek aan de inrichting, functie en plaats van de TIB in het bestel. De TIB zal ook onderwerpen zoals GDA, (het abstractieniveau van de) relevantiebepaling en de internationale samenwerking tussen diensten onder de aandacht van de evaluatiecommissie brengen. De TIB zal uiteraard ook haar bijdrage leveren aan een evenwichtige evaluatie van de wet door de aandachtspunten die gaandeweg door de TIB zijn geconstateerd uiteen te zetten voor de evaluatiecommissie.

Traditioneel betreft nationale veiligheid een pijler van de rechtstaat waarvan de regulering primair is voorbehouden is aan nationale overheden. Op het gebied van Europees recht worden echter uitspraken verwacht van de hoogste rechtsorganen, die potentieel gevolgen hebben voor de uitleg van de Wiv 2017. Deze Europese uitspraken kunnen in het komende toetsingsjaar leiden tot aanpassingen van het toetsingskader van de TIB. Zo heeft de Advocaat-Generaal van het Hof van Justitie in Straatsburg het Hof geadviseerd te oordelen dat het Europees recht ook op het gebied van nationale veiligheid van toepassing is, wanneer private partijen geacht worden mee te werken aan de inzet van (bijzondere) bevoegdheden.

In het komende jaar zal de TIB bij het toetsen van verzoeken bijzondere aandacht besteden aan de vraag of de toegevoegde waarde van de langdurige inzet van bepaalde bijzondere bevoegdheden, blijkens de opbrengst daarvan, op blijft wegen tegen de inbreuk die daarmee gepaard gaat. Volgend jaar zullen wij u wederom informeren over de bevindingen, resultaten en ontwikkelingen van de TIB.

[16] Voorstel van wet (35242-2), Wijziging van de Wet op de inlichtingen-en veiligheidsdiensten 2017, vergaderjaar 2018-249, ingediend op 1 juli 2019.
[17] Aan artikel 26 Wiv 2017 wordt een nieuw lid 5 toegevoegd: De uitoefening van de bevoegdheid dient zo gericht mogelijk te zijn.

9 Samenstelling van de TIB

De TIB bestaat uit drie leden, waarvan er twee een achtergrond als rechter hebben. Het derde lid kan worden benoemd op grond van technische deskundigheid. De leden worden benoemd na een selectieprocedure waarin de rechtsprekende, wetgevende en uitvoerende macht betrokken zijn. De commissie wordt ondersteund door een secretaris en een plaatsvervangend secretaris.

mr. M. (Mariëtte) Moussault
Voorzitter

mr. A.R.O. (Lex) Mooy
Lid

ir. J.R. (Ronald) Prins
Technisch lid tot 1 juni 2020.

mr. L.W. (Lennart) Schroijen
Secretaris

mr. ir. drs. A.P.M. (Paul) Pols
Plaatsvervangend secretaris

Binnenhof 19
2513 AA Den Haag
www.tib-ivd.nl