

Jaarverslag 2018/2019

De TIB was voornemens om het totaal aantal (toestemmingen op) verzoeken van de AIVD en de MIVD gesplitst per dienst op te nemen in dit jaarverslag. De ministers van BZK en Defensie zijn echter van oordeel dat het gesplitst opnemen van deze aantallen te veel inzicht geeft in de modus operandi van de diensten. De gesplitste aantallen zijn daarom als staatsgeheim beoordeeld. Derhalve is alleen een gezamenlijk aantal benoemd voor beide diensten. Dit gezamenlijke aantal is door de ministers niet als staatsgeheim beoordeeld.

Samenvatting

De TIB is geïntroduceerd in de Wiv 2017 die op 1 mei 2018 in werking is getreden. Als de inlichtingen- en veiligheidsdiensten AIVD en MIVD bepaalde bijzondere bevoegdheden willen inzetten hebben ze daarvoor toestemming nodig van de minister van BZK of Defensie. De TIB toetst daarna of die toestemming rechtmatig is verleend. Feitelijk toetst de TIB daarbij het verzoek dat aan de toestemming ten grondslag ligt. Als de TIB oordeelt dat de toestemming rechtmatig is, dan mag de dienst de bevoegdheid inzetten. Alleen in spoedgevallen toetst de TIB achteraf. In dit jaarverslag legt de TIB verantwoording af over de manier waarop de toestemmingen op de verzoeken getoetst worden.

De TIB heeft in het afgelopen jaar in de praktijk invulling gegeven aan het wettelijk toetsingskader. Het moet noodzakelijk zijn om een bijzondere bevoegdheid in te zetten. Het belang van de in te zetten bevoegdheid wordt gewogen ten opzichte van het nadeel dat de inzet oplevert (proportionaliteit). Daarbij gaat het om ‘targets’, maar vooral ook om mensen die geen target zijn maar wel door de bevoegdheid getroffen worden. Verder wordt bekeken of het lichtste middel wordt ingezet om de benodigde informatie te verkrijgen (subsidiariteit). Ook wordt getoetst of de inzet van het beoogde middel wel zo gericht mogelijk is.

De TIB heeft in de periode van 1 mei 2018 tot 1 april 2019 in totaal 2159 verzoeken getoetst van beide diensten gezamenlijk. Bij 4,5% van de verzoeken van de AIVD heeft de TIB geoordeeld dat de toestemming onrechtmatig is verleend. Dit is een daling van het percentage ten opzichte van de periode 1 mei tot 1 oktober 2018 (5,5%). Dit komt onder meer doordat er beter gemotiveerd wordt en het aantal vermijdbare fouten is gedaald. Bij 5,8% van de verzoeken van de MIVD heeft de TIB geoordeeld dat de toestemming onrechtmatig is verleend. Dit is een relatieve stijging ten opzichte van de eerdere periode (4,1%). Dit beeld wordt echter vertekend door de beoordeling als onrechtmatig van één bevoegdheid waarvoor separate verzoeken zijn ingediend. Als deze bevoegdheid in één verzoek was aangevraagd zou het percentage verzoeken dat als onrechtmatig is beoordeeld van de MIVD lager zijn geweest.

De belangrijkste redenen om verzoeken als onrechtmatig te beoordelen waren gebreken in de (motivering van de) proportionaliteit en/of de subsidiariteit van de inzet van de bevoegdheid. Dit wordt in het jaarverslag geïllustreerd aan de hand van een ‘bulkhack’ op een bedrijf die als onrechtmatig is beoordeeld, omdat de noodzaak onvoldoende onderbouwd was om het ongericht verwerven van de gegevens van miljoenen personen te rechtvaardigen (proportionaliteit). Ook was het in dat geval mogelijk de gegevens individueel op te vragen (subsidiariteit).

De TIB heeft ook verzoeken met betrekking tot een nieuwe bevoegdheid van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten getoetst: de onderzoeksoopdrachtgerichte (OOG) interceptie op de kabel. De TIB heeft in eerste instantie geoordeeld dat de verzochte inzet niet proportioneel en niet zo gericht mogelijk was en daarom de door de ministers verleende toestemmingen als onrechtmatig beoordeeld. Vervolgens zijn nieuwe verzoeken ingediend om deze bevoegdheid in te zetten. De reikwijdte van de inzet is daarin beperkt. Deze verzoeken zijn door de TIB geclausuleerd als rechtmatig beoordeeld.

Inhoudsopgave

Samenvatting.....	2
1 Voorwoord	4
2 Inleiding	5
3 Toetsingskader	7
3.1 Rechtseenheid	7
3.2 De toets van de TIB.....	7
3.2.1 Wettelijke vereisten voor een verzoek	8
3.2.2 Noodzaak.....	8
3.2.3 Proportionaliteit	9
3.2.4 Subsidiariteit.....	9
3.2.5 Zo gericht mogelijk	10
3.3 Geautomatiseerde data-analyse (GDA)	10
3.4 Binnendringen in een geautomatiseerd werk (hacken).....	11
3.4.1 Technische risico's.....	11
3.4.2 Bulk hacks.....	12
3.5 Onderzoekopdrachtgerichte kabelinterceptie (kabel OOG-interceptie).....	13
4 Hoe wordt de TIB geïnformeerd?.....	15
4.1 Informatie bij een concreet toestemmingsverzoek	15
4.2 Informatie over operaties, trends en werkwijzen van de diensten	16
4.3 Informatie van derden.....	17
5 Resultaten en bevindingen.....	18
5.1 De kwaliteit van de verzoeken om toestemming.....	18
5.2 Beslistermijn van de TIB	18
5.3 Spoedprocedure	19
5.4 Aantal (on)rechtmatigheden	19
5.5 Grond van de onrechtmatigheden	20
6 Conclusies en vooruitblik	23
7 Samenstelling van de TIB.....	24

1 Voorwoord

Het doet mij genoegen om het eerste jaarverslag uit te brengen over de werkzaamheden van de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB). Op 1 april 2018 is de TIB gestart met een inwerkprogramma en een maand later begon de TIB aan haar taak: het toetsen van toestemmingen van ministers voor de inzet van bijzondere bevoegdheden door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD). De samenvatting van het resultaat van het eerste jaar werken van de TIB is verwoord in dit jaarverslag.

Het eerste jaar stond voor de TIB, naast het toetsen van verzoeken, ook in het kader van het opbouwen van haar organisatie. De TIB heeft haar fysieke onderkomen gevonden in het gebouw van het Ministerie van Algemene Zaken op het Binnenhof in Den Haag. Tijdens die opbouw is de TIB ondersteund door diverse medewerkers van dit ministerie waarvoor zij haar dank uitspreekt.

De totstandkoming en inrichting van de TIB in de wetsgeschiedenis is niet zonder slag of stoot gegaan. De verwachtingen ten aanzien van de te verrichten rechtmatigheidstoets door de TIB verschilden behoorlijk. Sommigen dachten dat de TIB een stempelmachine zou worden, anderen vreesden een vertragende bureaucratie. Beide is niet gebeurd. Er wordt kritisch en voortvarend getoetst. Door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) is gesteld: “De TIB is een onafhankelijke instantie, waarvan de toets materieel gezien zeker niet onderdoet voor die van de rechter”². Kortom, de lat lag en ligt hoog.

De TIB heeft vanaf het begin veel waarde gehecht aan haar onafhankelijkheid. Onafhankelijk zijn is een belangrijke voorwaarde om een evenwichtige en geloofwaardige toets te kunnen verrichten. Enerzijds dient de TIB daarbij rekening te houden met de belangen van de diensten die hun werk doen om de maatschappij veilig te houden. Anderzijds dient de TIB ook rekening te houden met het gerechtvaardigde belang van privacy van burgers.

Burgers merken er meestal niets van als hun privacy wordt geschonden. De diensten merken wel als de TIB een verleende toestemming als onrechtmatig beoordeelt. De toets van de TIB is onlangs als “scherp” gekwalificeerd door de ministers van BZK en Defensie. Daarbij is ook opgemerkt dat die toets eraan bij heeft gedragen dat de kwaliteit van de door de diensten ingebrachte verzoeken is verbeterd en zelfs ertoe heeft geleid dat er een nieuwe standaard is gezet. De TIB heeft dat ook gemerkt. Die verbetering was op een aantal punten nodig. De diensten hebben vergaande bevoegdheden. In een democratische samenleving mag van de diensten verwacht worden dat zij die bevoegdheden op een weloverwogen wijze inzetten en kunnen verantwoorden.

U mag van de TIB verwachten dat zij scherp toetst. Dat heeft de TIB gedaan in het eerste jaar van haar bestaan en dat zal de TIB blijven doen.

Mariëtte Moussault
Voorzitter Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 588, nr. 18, p. 35.

2 Inleiding

De samenstelling en bevoegdheden van de TIB zijn geregeld bij de nieuwe Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) die op 1 mei 2018 (volledig) in werking is getreden. Op diezelfde datum begon de TIB met haar toetsingswerkzaamheden. Met de introductie van de TIB is de wetgever tegemoetgekomen aan de kritiek die is geuit in de consultatiefase van de Wiv 2017 dat er geen sprake zou zijn van een voorafgaande onafhankelijke toets voor de inzet van een bevoegdheid door een dienst. Daardoor zou niet zijn voldaan aan de eisen die uit de jurisprudentie met betrekking tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) voortvloeien.

De taak van de TIB staat beschreven in artikel 32 Wiv 2017. De TIB is belast met het toetsen van de rechtmatigheid van de door de minister van Defensie of BZK verleende toestemming voor de inzet van bijzondere bevoegdheden door de MIVD en de AIVD. 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. Daarmee is sprake van een onafhankelijke bindende toets voorafgaand aan de uitvoering van bijzondere bevoegdheden door de diensten. Als er zoveel spoed is dat de toets van de TIB niet afgewacht kan worden, kan de spoedprocedure worden toegepast. In dat geval mag een bevoegdheid worden ingezet vóór de toets door de TIB.

Aan de toestemming van de minister ligt een verzoek ten grondslag. Praktisch gezien, toetst de TIB de inhoud van het schriftelijk verzoek. In dit jaarverslag zal in verband met de leesbaarheid verder gesproken worden over “verzoeken” die worden getoetst.

De TIB bestaat uit drie leden, waarvan er ten minste twee minimaal zes jaar rechterlijke ervaring moeten hebben. Het derde lid hoeft die ervaring niet te hebben en daarmee biedt de Wiv 2017 de nodige ruimte aan een lid met technische expertise. De leden zijn aangesteld na een uitgebreide benoemingsprocedure waarbij eerst de rechtsprekende macht, vervolgens de wetgevende macht en tot slot de uitvoerende macht betrokken is. Ook bij de ondersteuning van de TIB is zowel juridische als technische expertise aanwezig, zodat beide aspecten ook in de voorbereiding van de besluitvorming aan bod komen.

De TIB heeft de maand april 2018 benut om een intensief voorbereidingsprogramma te doorlopen in aanloop naar de inwerkingtreding van de Wiv 2017. Daarbij zijn presentaties ontvangen van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (hierna CTIVD), de ministeries van BZK en Defensie, alsook de AIVD en de MIVD. Deze presentaties hadden betrekking op onder meer het wettelijk kader, maar gaven ook inzicht in de werkwijze van de diensten en de verschillende lopende operaties. Voorts heeft de TIB interne (juridische) kaders opgesteld. De werkwijze van de TIB is vastgelegd in een Reglement van Orde³. Hierin is onder andere beschreven wanneer de TIB bijeenkomt en op welke wijze besluitvorming plaatsvindt.

De TIB heeft op 1 november 2018 een voortgangsbrief gepubliceerd. Op een aantal elementen, die al in de voortgangsbrief zijn genoemd, wordt in dit jaarverslag uitgebreider ingegaan. Op grond van

³ Staatscourant 14 mei 2018, 26358.

de Wiv 2017 moet ieder jaar voor 1 mei door de TIB gerapporteerd worden over het voorafgaande jaar. De cijfers voor dit verslag zijn gebaseerd op de periode 1 mei 2018 tot 1 april 2019.

De TIB vindt het belangrijk om inzicht te geven in de wijze waarop zij invulling geeft aan de rechtmatigheidstoets. Daarbij zijn belangrijke elementen de begrippen proportionaliteit en subsidiariteit. Deze begrippen komen niet uitsluitend voor in de Wiv 2017. Het zijn algemeen juridische begrippen. Hierop wordt ingegaan in hoofdstuk 3. Specifieke aandacht zal in dat hoofdstuk besteed worden aan geautomatiseerde data-analyse en de bevoegdheid om te hacken.

De ministers van BZK en Defensie hebben naar aanleiding van het referendum over de Wiv 2017 aangegeven dat het van belang is dat de TIB expliciet rapporteert over de onderzoeksopdrachtgerichte interceptie van de kabel (kabel OOG-interceptie). De TIB onderstreept dit belang om inzicht te geven over de inzet van deze bevoegdheid. In hoofdstuk 3 zal de TIB daarom, voor zover in het openbaar mogelijk is, ook ingaan op de manier waarop zij invulling heeft gegeven aan de rechtmatigheidstoets met betrekking tot deze bevoegdheid.

Het is van belang dat de TIB goed geïnformeerd is. Dit geldt voor concrete verzoeken die ingediend worden, maar ook in een breder kader. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de wijze waarop de TIB het afgelopen jaar is geïnformeerd.

Hoofdstuk 5 bevat de resultaten van de toetsing van de TIB. In dit hoofdstuk zal inzichtelijk worden gemaakt hoeveel verzoeken de TIB heeft beoordeeld en wat daarvan het resultaat was. Een conclusie met betrekking tot deze resultaten en een vooruitblik voor het komende jaar wordt gegeven in hoofdstuk 6.

Bijzondere bevoegdheden die door de TIB worden getoetst

Niet voor alle bevoegdheden die de AIVD of MIVD mogen inzetten, is toestemming door de minister vereist die vervolgens door de TIB wordt getoetst. De TIB toetst alleen verzoeken die zien op de volgende bijzondere bevoegdheden uit de Wiv 2017:

- Observeren in een woning (artikel 40 lid 3)
- Onderzoek van besloten plaatsen en gesloten voorwerpen voor zover het (in) een woning betreft (artikel 42 lid 4)
- DNA-onderzoek (artikel 43 lid 2 en lid 4)
- Hacken (artikel 45 lid 3, 5 en 10)
- Onderzoek van communicatie zoals een telefoontap (artikel 47 lid 2)
- Onderzoeksopdrachtgerichte interceptie (het tappen van een satelliet of kabel), het selecteren van de opbrengst en geautomatiseerde data-analyse als die is gericht op het identificeren van personen of organisaties (artikel 48 lid 2, artikel 49 lid 4 en artikel 50 lid 2 en lid 4)
- Medewerkingsplicht voor aanbieders van communicatiediensten (artikel 53 lid 2)
- Verstrekken van gegevens door aanbieders van communicatiediensten of aanbieders van opslagdiensten (artikel 54 lid 2)
- Medewerking verlenen bij ontsluiting van communicatie (artikel 57 lid 2)

3 Toetsingskader

De TIB toetst of de toestemming die een minister heeft verleend aan de MIVD of AIVD om een bijzondere bevoegdheid in te zetten rechtmatig is⁴. Hoe voert de TIB die toets uit? Wat wordt meegewogen en wat niet? In dit hoofdstuk geeft de TIB inzicht in het toetsingskader dat zij gebruikt⁵. De TIB benoemt hierin eerst de hoofdlijnen die zij hanteert en die van toepassing zijn op de meest voorkomende verzoeken. Specifieke aandacht wordt besteed aan de onderwerpen geautomatiseerde data-analyse, hacken en kabel OOG-interceptie. Het beoordelen van verzoeken is echter maatwerk, waarbij telkens alle omstandigheden die in een verzoek zijn opgenomen worden gewogen.

3.1 Rechtseenheid

De TIB hanteert het juridisch kader zoals is bepaald in de Wiv 2017 en de daarbij behorende wetsgeschiedenis tegen de achtergrond van het EVRM bij de toetsing van verzoeken om toestemming. Waar de wet dient te worden uitgelegd voor toepassing in de praktijk, voeren de TIB en CTIVD overleg om te komen tot een gezamenlijke wetsinterpretatie ter bevordering van een uniforme en consistente rechtstoepassing⁶. De daaruit voortkomende rechtseenheidsbrieven van de CTIVD en TIB beschrijven onder meer waar een door de ministers als rechtmatig beoordeeld verzoek tot toestemming aan moet voldoen om binnen de kaders van de wet te vallen en als rechtmatig beoordeeld te kunnen worden door de TIB. Dit kader vormt het uitgangspunt van de toets van de TIB.

3.2 De toets van de TIB

Uit de wetsgeschiedenis van de Wiv 2017 komt nadrukkelijk naar voren dat de rechtmatigheidstoets van de TIB geen marginale toets is⁷.

“De TIB zal hetzelfde feitencomplex als de Minister krijgen voorgelegd en de in dat kader beoogde bevoegdheidsuitoefening in zijn volle omvang aan een rechtmatigheidstoets kunnen onderwerpen”

Een verzoek moet aan een aantal wettelijke vereisten voldoen en vervolgens vindt een toets plaats op de criteria noodzakelijkheid, proportionaliteit, subsidiariteit en het criterium “zo gericht mogelijk”. Daarbij komt dat de criteria niet alleen op zichzelf, maar ook in samenhang worden beoordeeld.

⁴ Artikel 36 Wiv 2017.

⁵ Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat indien het één van de situaties betreft zoals is beschreven in artikel 30 lid 2 en lid 3 Wiv 2017, de Rechtbank Den Haag op verzoek van de minister toestemming moet verlenen, alvorens tot de uitoefening van de bevoegdheid kan worden overgegaan.

⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 588, nr. 18, p. 40.

⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 588, nr. 18, p. 39.

3.2.1 Wettelijke vereisten voor een verzoek

De minister verleent toestemming op basis van een verzoek van de dienst. Dit verzoek wordt inclusief de toestemming van de minister aan de TIB verstrekt en vormt de basis van de toetsing. De TIB toetst op de eerste plaats of het verzoek wel aan alle wettelijke vereisten voldoet⁸. In het verzoek moet staan welke bevoegdheid wordt verzocht, wie of wat het target⁹ is, om welke bevoegdheid het gaat, wat het doel is van deze bevoegdheid en waarom het noodzakelijk is deze bevoegdheid in te zetten.

Als het gaat om een verlengingsverzoek, moet ook opgenomen worden wat de opbrengst van de eerdere inzet van die bevoegdheid is. De TIB vindt het belangrijk om op dit punt voldoende geïnformeerd te worden. Als van een target bijvoorbeeld meerdere telefoonnummers worden afgeluisterd, wil de TIB per telefoonnummer weten wat de opbrengst is geweest in de voorgaande periode. Uit die opbrengst kan bijvoorbeeld naar voren komen dat een telefoonnummer dat weliswaar op naam staat van de af te luisteren persoon in werkelijkheid gebruikt wordt door de partner. In dat laatste geval zijn de afgeluisterde gesprekken niet zonder meer van belang voor het onderzoek en kan dat tot gevolg hebben dat de verzochte verlenging van dat telefoonnummer niet meer wordt gehonoreerd.

3.2.2 Noodzaak

In het verzoek moet voldoende onderbouwd zijn wat de noodzaak is om de bevoegdheid in te zetten. Hierbij toetst de TIB allereerst in hoeverre een verzoek verbonden kan worden aan één van de doelen uit de Geïntegreerde Aanwijzing (GA)¹⁰. De toets op de noodzaak beperkt zich echter niet tot deze procedurele controle. De GA is te abstract om alleen op basis daarvan te kunnen toetsen of de noodzaak bestaat voor de inzet van een bevoegdheid tegen een specifiek target. Gewaarborgd moet worden dat bijvoorbeeld niet iedere (voormalig) inwoner van een land dat in de GA wordt genoemd, of iedereen die dat land ooit heeft bezocht of contact heeft gehad met iemand uit dat land, onderwerp van inzet van bevoegdheden kan worden. Daarom moet gemotiveerd aannemelijk gemaakt worden op basis waarvan juist die specifieke persoon of organisatie een dreiging vormt in het licht van de abstracte doelen zoals opgenomen in de Geïntegreerde Aanwijzing.

De TIB maakt geen eigen inschatting van de geschetste dreiging. Wel toetst de TIB of de in het verzoek geschetste dreiging voldoende gedragen wordt door de gegeven onderbouwing en noopt tot de inzet van de verzochte bevoegdheid. Zij toetst daarmee of de noodzaak voldoende is onderbouwd¹¹.

⁸ Artikel 29 Wiv 2017.

⁹ 'Targets' zijn personen of organisaties die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat.

¹⁰ De Geïntegreerde Aanwijzing, betreft de inhoudelijke invulling van de wettelijke taken van de diensten en het instrument waarin de regering richting de diensten aangeeft wat noodzakelijk wordt geacht voor een veilig Nederland, voor een goed geïnformeerde regering en voor de internationale veiligheid.

¹¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 34 588, nr. 18, p. 18.

Ter illustratie: rechtsextremisme is een aandachtsgebied van de AIVD¹². Als de AIVD een tap wil zetten op een extreem rechts target, toetst de TIB niet de noodzaak van dit aandachtsgebied voor Nederland. De TIB toetst wel of voldoende is gemotiveerd dat het target een extreem gedachtengoed aanhangt en of voldoende is gemotiveerd dat er op enige manier een dreiging uitgaat van dit target die redengevend is om tegen hem of haar een bijzondere bevoegdheid in te zetten.

3.2.3 Proportionaliteit

Bij de proportionaliteitstoets wordt het belang van de in te zetten bevoegdheid gewogen ten opzichte van het nadeel (dat ziet met name op de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer) dat ontstaat voor betrokkene(n). De TIB is van oordeel dat alles wat wezenlijk bijdraagt aan de belangenafweging gewogen moet worden. Bij een hoge dreiging kan het inzetten van een zware bevoegdheid eerder gerechtvaardigd zijn dan bij een lichte dreiging. Alles wat wezenlijk bijdraagt aan het nadeel (voor de privacy) moet worden gewogen. Ook het aantal betrokkenen dat door de inzet van een bevoegdheid geraakt kan worden is relevant. Bij het onderscheppen van gegevens van satelliet- of kabelcommunicatie kan de privacy van veel mensen, soms wel miljoenen, geraakt worden. Het gaat dan niet alleen om targets, maar vooral om mensen waar de diensten helemaal geen aandacht voor hebben. De inzet kan dan toch proportioneel zijn als op die manier bijvoorbeeld een aanslag voorkomen kan worden.

De TIB heeft met de CTIVD in een rechtseenheidsbrief¹³ over de reikwijdte van de toetsing benoemd dat zij het noodzakelijk vindt om ook geïnformeerd te worden indien het bij de inzet van bevoegdheden redelijkerwijs voorzienbaar is dat die gegevens gedeeld zullen gaan worden met andere – buitenlandse – diensten. De TIB beoordeelt de inbreuk op de privacy van personen groter, indien gegevens niet door één dienst, maar door meerdere diensten zullen worden verkregen, zeker als dit ook personen betreft die niet in de aandacht van de diensten staan. Het is namelijk niet in alle gevallen duidelijk wat de exacte inhoud is van de (bulk)gegevens die aan de – buitenlandse – diensten worden gegeven. De omvang van de gehele te maken inbreuk moet getoetst worden in het licht van proportionaliteit.

De TIB toetst niet of de eenmaal verworven gegevens feitelijk wel of niet gedeeld mógen worden, noch of samenwerking met de collegadienst aangewezen is. Die beslissing is voorbehouden aan de minister. De CTIVD houdt hier toezicht op.

3.2.4 Subsidiariteit

De subsidiariteitstoets houdt in dat beoordeeld wordt of de minst zware bevoegdheid wordt ingezet. Soms is dat eenvoudig te toetsten: als je informatie via open bronnen kunt verkrijgen, is het niet nodig om voor die informatie een telefoon af te luisteren.

Bij meer ingewikkelde hackoperaties is regelmatig een combinatie vereist van juridische en technische kennis om te kunnen beoordelen of het lichtste middel ingezet zal worden. Dit geldt ook

¹² Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 30977, nr. 154.

¹³ Reikwijdte van de rechtmatigheidstoets. Zie voor meer informatie hierover de rechtseenheidsbrief: <https://www.tib-ivd.nl/documenten/brieven/2018/11/23/reikwijdte-rechtmatigheidstoetsing-tib>

voor de vraag of een middel zo gericht mogelijk wordt ingezet (zie hierna). De TIB heeft deze kennis in huis. Een lid en een medewerker van de TIB beschikken over uitgebreide technische kennis.

Het toetsen van de subsidiariteit kan in sommige gevallen ook samenlopen met de beoordeling aangaande de noodzaak en proportionaliteit. Er kan bijvoorbeeld informatie bekend worden dat er een dreiging is van een aanslag op korte termijn. In een dergelijk geval kan het noodzakelijk, proportioneel en subsidiair zijn om niet eerst een relatief licht middel in te zetten om, indien dit niet leidt tot het gewenste resultaat, verder te gaan met een zwaarder middel. Het kan dan voorkomen dat de inzet van een zwaar middel of een combinatie van (zware) middelen toch als rechtmatig beoordeeld wordt.

3.2.5 Zo gericht mogelijk

De TIB hanteert zoals beschreven in haar reactie op het wijzigingsvoorstel van de Wiv 2017 met betrekking tot “zo gericht mogelijk” het volgende criterium¹⁴:

“In hoeverre is bij verwerving sprake van het tot een minimum beperken van niet strikt voor het onderzoek noodzakelijke gegevens, gelet op de technische en operationele omstandigheden van de casus”

Dit criterium is vooral relevant bij bijzondere bevoegdheden die inbreuk maken op de privacy van veel betrokkenen, zoals bij kabel OOG-interceptie. In de paragraaf over kabel OOG-interceptie wordt nader ingegaan hoe aan dit criterium invulling is gegeven.

3.3 Geautomatiseerde data-analyse (GDA)

Met geautomatiseerde data-analyse (GDA) wordt kort gezegd bedoeld het geautomatiseerd verwerken van gegevens onder meer door deze op geautomatiseerde wijze onderling met elkaar te vergelijken dan wel in combinatie met elkaar te vergelijken, te doorzoeken aan de hand van profielen en te vergelijken met het oog op het onderkennen van bepaalde patronen. GDA is beschreven in artikel 50 lid 1 sub b en lid 4 en artikel 60 van de Wiv 2017.

GDA ten aanzien van metadatabestanden die verkregen zijn door middel van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie op de kabel of satelliet en die gericht zijn op het identificeren van personen of organisaties kan in potentie een verstrekkend gevolg hebben voor de inbreuk op de privacy van die personen of organisaties. De bestanden die middels OOG-interceptie worden verworven bevatten naar hun aard en inhoud voor het overgrote deel gegevens van personen die niet in de aandacht van de diensten staan. Ook een eenvoudige zoekslag in dergelijke bestanden kan grote consequenties hebben. Technisch gezien is een zoekslag waarin wordt gezocht met welke telefoonnummers een bepaald nummer heeft gebeld net zo eenvoudig als de zoekvraag welke IP-adressen, vanaf welke locatie contact hebben gemaakt met het internet en welke websites daarbij de afgelopen 3 jaar zijn bezocht.

¹⁴ <https://www.tib-ivd.nl/documenten/brieven/2018/08/23/reactie-wijzigingsvoorstel-wiv-2017>

Naar aanleiding van de indiening van enkele verzoeken met betrekking tot GDA op basis van artikel 50 lid 1 sub b van de Wiv 2017 hebben de CTIVD en TIB rechtseenheidsoverleg gevoerd. Dit overleg heeft geleid tot een rechtseenheidsbrief die is verstuurd naar de beide ministers¹⁵. Eveneens is door de TIB en CTIVD nader overleg gevoerd met de diensten en ministeries over de praktische uitvoering van GDA met inachtneming van de rechtseenheidsbrief. Op het moment van schrijven van dit jaarverslag is een nader overleg gepland. Het is van belang dat bij de uitvoering van GDA sprake is van het voldoen aan de vereisten van noodzaak, proportionaliteit, subsidiariteit en zo gericht mogelijk en tegelijk sprake blijft van een effectieve bevoegdheid.

3.4 Binnendringen in een geautomatiseerd werk (hacken)

Veel mensen denken bij de bevoegdheid hacken aan het inbreken in een specifieke computer of telefoon van een target. De praktijk is complexer. De technische wereld bestaat anno 2019 niet meer alleen uit computers die je kunt aanwijzen en vasthouden. Virtuele computers (virtuele machines)¹⁶ zijn eerder de norm dan de uitzondering. Deze virtuele computers kunnen draaien in volledig eigen beheer en eigendom, maar kunnen ook met een paar simpele klikken waar ook ter wereld worden gehoord. Op de omgeving waar deze virtuele computers actief zijn kunnen echter ook andere computers actief zijn van personen of bedrijven die geen target zijn van de diensten en waar informatie op kan staan van willekeurige anderen.

Bij complexe hackoperaties moet deze technische verwevenheid van hardware, gevirtualiseerde hardware, software en netwerklagen vertaald worden in een verzoek. Daarbij moet aan de orde komen of alleen een geautomatiseerd werk van een target zelf zal worden gehackt, of ook andere systemen. Ook moet duidelijk gemaakt worden op welke wijze vervolgens geopereerd wordt binnen de (netwerk)omgeving. Worden de werken van eventuele andere aanwezige partijen in die netwerk omgeving ook geraakt? Zijn er technische risico's ten aanzien van deze partijen, bijvoorbeeld dat de server van een dergelijke willekeurige ander uitvalt met alle gevolgen van dien?

Een strikte lezing van de wetsgeschiedenis zou ertoe kunnen leiden dat uitsluitend via een derde gehackt mag worden, indien eerst is geprobeerd om rechtstreeks binnen te dringen en daarbij gebleken is dat het target niet rechtstreeks gehackt kan worden¹⁷. In de praktijk is dit niet altijd realistisch. De TIB is van oordeel dat als voldoende is gemotiveerd dat in concrete gevallen rechtstreeks hacken van een target niet mogelijk is als gevolg van zwaarwegende operationele redenen, het onder omstandigheden ook rechtmatig kan zijn om de hack via een derde uit te voeren zonder het eerst rechtstreeks te hebben geprobeerd.

3.4.1 Technische risico's

Bij hackoperaties vereist de Wiv 2017 dat de technische risico's worden vermeld die zijn verbonden aan de uitoefening van de bevoegdheid. Waar gehackt wordt kunnen spaanders vallen. De TIB moet op basis van de verzoeken kunnen beoordelen wat de technische risico's zijn en in hoeverre deze technische risico's aanvaardbaar zijn. De technische risico's behoren dan ook nadrukkelijk te

¹⁵ <https://www.tib-ivd.nl/documenten/brieven/2018/08/23/geautomatiseerde-data-analyse-ex-art.-50-wiv>

¹⁶ Een virtuele computer is een computerprogramma dat een computer nabootst en waar andere programma's op kunnen worden uitgevoerd.

¹⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 34588, nr. 3, p. 78.

worden omschreven¹⁸. De TIB houdt bij de beoordeling van de inzet van de hackbevoegdheid onder andere rekening met de volgende elementen:

- De risico's ten aanzien van de beschikbaarheid en de integriteit van de betrokken computersystemen. Het zou onaanvaardbaar kunnen zijn als er significante risico's ontstaan voor de beschikbaarheid of integriteit van systemen in de vitale infrastructuur of belangrijke systemen van dienstverleners die als derde of als 'non-target'¹⁹ worden gehackt.
- Het risico dat de technische voorzieningen, die door de diensten worden aangebracht om op afstand toegang tot gehackte systemen te behouden, door derden misbruikt zouden kunnen worden om ook toegang te verkrijgen tot deze systemen²⁰.
- De risico's die verbonden zijn aan het gebruik van (on)bekende kwetsbaarheden. Het gebruik maken van kwetsbaarheden vormt onderdeel van de inzet van de bevoegdheid tot het binnendringen in een geautomatiseerd werk. De TIB moet dit in de rechtmatigheidstoets betrekken²¹. Voor zover bij de uitoefening van een bevoegdheid gebruik wordt gemaakt van een (on)bekende kwetsbaarheid moet dat feit inclusief de bijbehorende technische risico's dan ook expliciet worden beschreven en getoetst²².

“Voor zover bij de uitoefening van deze bevoegdheid gebruik wordt gemaakt van een kwetsbaarheid zal daarvan in het verzoek om toestemming blijken, evenals van de technische risico's die daaraan verbonden zijn”

Het gebruik van dergelijke kwetsbaarheden kan grote maatschappelijke gevolgen met zich meebrengen. Dit is bijvoorbeeld gebleken bij de uitbraak van de WannaCry worm, die misbruik maakte van uitgelekte kwetsbaarheden en onder andere leidde tot de onbeschikbaarheid van kritieke systemen in ziekenhuizen²³.

- De risico's die voortvloeien uit de potentiële onderkenning van een hack, bijvoorbeeld eventuele gevolgschade of represailles naar aanleiding van een hack van een derde.

3.4.2 Bulk hacks

Op verzoek van de minister van BZK heeft de TIB gereageerd op het wijzigingsvoorstel van de Wiv 2017. De TIB heeft in haar reactie als aanvullend punt opgenomen dat sprake is van een verschil in waarborgen ten aanzien van bulk hacks en OOG interceptie (op de kabel of de ether). In beide gevallen kunnen op grootschalige wijze gegevens worden verkregen, bijvoorbeeld van

¹⁸ Eerste Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 34588, C, p. 15.

¹⁹ Bij de inzet van een bevoegdheid tegen een 'non-target' wordt deze persoon of organisatie niet als een zelfstandig 'target' van de diensten aangemerkt, maar kan de inzet van de bijzondere bevoegdheid ertoe leiden dat de informatiepositie ten aanzien van één of meer targets wordt verbeterd.

²⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 34588, nr. 3, p. 80.

²¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 34588, nr. 3, p. 12.

²² Eerste Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 34588, E, p. 4.

²³ Department of Health – National Audit Office (UK), "Investigation: WannaCry cyber attack and the NHS", oktober 2017.

dienstverleners die worden aangemerkt als ‘non-target’, waaronder informatie die voor het overgrote deel betrekking heeft op personen die niet in de aandacht van de diensten staan. In het kader van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie zijn aanvullende waarborgen opgenomen in artikel 50 van de Wiv 2017 ten aanzien van het kennisnemen van de inhoud van de data en ten aanzien van het verrichten van metadata-analyse. De TIB ziet voor dit verschil (interceptie via de kabel of via de ether versus interceptie via een hack) in waarborgen hoe met de gegevens van deze personen wordt omgegaan, zoals dat thans geldt, geen grond.

Waar interceptie op de kabel alleen informatie kan opleveren over de communicatie die wordt verstuurd vanaf het moment van intercepteren, ligt dit bij een hack anders. Bij de inzet van de (bulk)hackbevoegdheid, kan op (grootschalige wijze) historische informatie worden verkregen. Afhankelijk van de wijze van opslag door de partij die wordt gehackt kan dit verder teruggaan in de tijd dan de maximale termijn²⁴ die voor de diensten zelf geldt voordat gegevens op relevantie beoordeeld moeten worden en de niet relevante gegevens vernietigd moeten worden.

Daarnaast is het bij de inzet van de hackbevoegdheid mogelijk dat opnieuw informatie wordt verworven die eerder als niet relevant is beoordeeld, of niet binnen een jaar op relevantie is beoordeeld en daarom is vernietigd. Ook dit is een verschil ten aanzien van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie, waarbij het niet mogelijk is om opnieuw dezelfde informatie te verwerven.

3.5 Onderzoeksopdrachtgerichte kabelinterceptie (kabel OOG-interceptie)

Een belangrijke wijziging in de Wiv 2017 ten opzichte van de Wiv 2002 is de bevoegdheid tot onderzoeksopdrachtgerichte interceptie van de kabel, kortweg kabel OOG-interceptie²⁵. Het is een bevoegdheid waarbij grote hoeveelheden data verkregen kunnen worden. Daarbij zit onvermijdelijk ook data van veel personen die niet in de aandacht van de diensten staan.

Eind 2018 zijn door de ministers van BZK en Defensie goedgekeurde verzoeken voorgelegd aan de TIB met betrekking tot kabel OOG-interceptie²⁶. Gezien de grote maatschappelijke discussie die over het opnemen van deze bevoegdheid in de wet is gevoerd en gezien het expliciete verzoek van de ministers van BZK en Defensie om over deze bevoegdheid te rapporteren²⁷, zal de TIB meer specifiek op de beoordeling van de verzoeken tot kabel OOG-interceptie ingaan.

De TIB heeft naar aanleiding van de ingediende verzoeken een aantal vragen gesteld die vooral betrekking hadden op de gerichtheid en de proportionaliteit van de voorgenomen inzet van de bevoegdheid.

De TIB heeft bij de beoordeling van deze verzoeken, bij gebrek aan een in de wet nader uitgewerkt criterium van “zo gericht mogelijk”, gebruik gemaakt van haar invulling zoals beschreven in de

²⁴ Artikel 27 Wiv 2017.

²⁵ In de Wiv 2002 was het mogelijk om ongericht satellietverkeer te verwerven. Met de Wiv 2017 is sprake van één wettelijk regime van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie ten aanzien van informatie die hetzij via een satelliet, hetzij via de kabel verloopt.

²⁶ Er was sprake van verzoeken van beide diensten, die ieder voor eigen onderzoeksopdrachten toestemming hebben gevraagd. Dit zegt echter niet iets over het aantal ‘access points’ waarop wordt ingezet.

²⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2017-2018, 34588, nr. 70.

reactie op het wijzigingsvoorstel van de Wiv 2017: “in hoeverre is er bij de verwerving sprake van het tot een minimum beperken van niet strikt voor het onderzoek noodzakelijke gegevens, gelet op de technische en operationele omstandigheden van de casus”²⁸. Bij kabel OOG-interceptie is het een gegeven dat er een grote hoeveelheid niet voor het onderzoek noodzakelijke gegevens verworven kan worden. Dat gegeven op zich is geen reden om de verleende toestemming als onrechtmatig te beoordelen. Het is inherent aan de wettelijk toegestane bevoegdheid. De TIB is in het algemeen van oordeel dat naarmate een interceptiepunt omvangrijker is ook een grotere inspanning vereist is om de verwerving van niet strikt voor het onderzoek noodzakelijke gegevens tot een minimum te beperken.

De TIB heeft ten aanzien van de voorgelegde verzoeken een aantal relevante factoren geïdentificeerd. Dit betreffen (a) het uitgekozen toegangspunt en de omvang van daar aanwezige informatiestromen, (b) de beperking(en) die de AIVD en MIVD zichzelf oplegden ten aanzien van de feitelijk te intercepteren informatiestromen, (c) de wijze van toepassing van technische filtering, (d) de wijze van voorgenomen omgang met de verworven metadata en (e) de periode waarvoor toestemming werd gevraagd.

De hiervoor genoemde factoren (a) tot en met (e) moeten beschouwd worden als communicerende vaten. Als één van deze factoren als het ware ruim zou worden toegepast, zou een andere factor meer beperkt moeten worden om op die manier toch tot een zo gericht mogelijke inzet te kunnen komen. Dat is bij de ingediende verzoeken naar het oordeel van de TIB onvoldoende gebeurd. De TIB heeft geoordeeld dat de inzet niet proportioneel en niet zo gericht mogelijk was en daarom de door de ministers verleende toestemmingen als onrechtmatig beoordeeld.

Omdat het een nieuwe bevoegdheid betreft en er bij de diensten geen ervaring was met het indienen van verzoeken voor deze bevoegdheid, heeft de TIB haar oordeel niet alleen uitvoerig schriftelijk gemotiveerd, maar ook in een bijeenkomst met de beide diensten uitgebreid toegelicht.

In 2019 zijn met betrekking tot kabel OOG-interceptie opnieuw verzoeken ingediend. Deze nieuwe verzoeken verschillen ten opzichte van de eerdere verzoeken in reikwijdte. De verzoeken bevatten ook meer concrete informatie over de aanwezige informatiestromen en geven op die manier meer inzicht in de mogelijk te verwerven gegevens. Toch riepen ook deze verzoeken vraagtekens op met betrekking tot een zo gericht mogelijke inzet. Hierover heeft de TIB nadere vragen gesteld. Uiteindelijk is de TIB tot het oordeel gekomen dat de toestemmingen met betrekking tot de nieuwe verzoeken geclausuleerd als rechtmatig beoordeeld konden worden. Over de exacte inhoud van dit oordeel kan de TIB in het openbaar geen nadere mededelingen doen, omdat dit naar het oordeel van de TIB te veel zicht zou geven op de toegepaste modus operandi van de diensten.

²⁸ <https://www.tib-ivd.nl/documenten/brieven/2018/08/23/reactie-wijzigingsvoorstel-wiv-2017>

4 Hoe wordt de TIB geïnformeerd?

Welke informatie heeft de TIB en heeft zij genoeg informatie om te kunnen beslissen? Begrijpt de TIB wel voldoende hoe de diensten werken? Anderzijds, is er niet een risico dat zij te eenzijdig geïnformeerd raakt als zij alleen maar door de diensten geïnformeerd wordt? Meer in het algemeen: hoe wordt de TIB geïnformeerd?

De TIB heeft bij de start van de werkzaamheden een intensief inwerk- en kennismakingsprogramma gevolgd. Dit programma verschafte kennis over de werkwijze van de beide diensten, het inlichtingenproces, het wettelijk kader, de in te zetten middelen en de aandachtsgebieden van de diensten. Hiermee was een basis gelegd om te kunnen starten met de beoordeling van de verzoeken. Gedurende het afgelopen jaar heeft de TIB de verkregen kennis verder uitgebreid en geactualiseerd. Dit is enerzijds gebeurd door presentaties door medewerkers van de diensten over bepaalde onderwerpen, anderzijds door gesprekken met externe deskundigen uit het bedrijfsleven of maatschappelijke organisaties. Naast de algemene kennis is het van belang dat de TIB in concrete verzoeken ook voldoende geïnformeerd wordt. In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de wijze waarop de TIB wordt geïnformeerd en zich laat informeren.

4.1 Informatie bij een concreet toestemmingsverzoek

De TIB beoordeelt de door de minister verleende toestemming voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid op basis van het aan die toestemming ten grondslag liggende verzoek. Dat verzoek bevat informatie over de onderzoeksopdracht en het specifieke onderzoek waarvoor een bevoegdheid wordt verzocht, de persoon of organisatie tegen wie de bevoegdheid wordt ingezet, welke bevoegdheid wordt ingezet en hoe deze inzet uitgeoefend zal gaan worden. Tevens wordt beschreven waarom de inzet noodzakelijk, subsidiair, proportioneel en zo gericht mogelijk is. Indien er sprake is van een verlengingsverzoek, dient ook vermeld te worden of de eerdere periode(s) van de inzet opbrengst heeft gehad of niet. Bij spoedverzoeken dient vermeld te worden waarom er sprake is van spoed.

Het verzoek zou voldoende informatie moeten bevatten om de verleende toestemming te kunnen toetsen. De verzoeken van de MIVD bevatten uitgebreide informatie over de omvang van de operatie, de in te zetten bevoegdheid en de opbrengst daarvan in geval van een verlengingsverzoek. Daardoor wordt de TIB uitgebreid geïnformeerd. In voorkomende gevallen bevatten de verzoeken ook informatie over gerelateerde bevoegdheden die worden ingezet zonder dat er toetsing van die specifieke bevoegdheden door de TIB is vereist. De TIB krijgt hierdoor een volledig beeld van de omvang van de operatie waardoor zij ook een afgewogen oordeel kan geven.

Tot eind 2018 heeft de TIB ervaren dat de door de AIVD ingediende verzoeken regelmatig onvoldoende volledig en/of transparant waren, waardoor verzoeken niet (direct) toetsbaar waren of zelfs de verleende toestemming onrechtmatig was. De TIB heeft geen mogelijkheden om zelfstandig in de informatiesystemen van de diensten te kunnen kijken om zelfstandig kennis te nemen van deze informatie. Wel kan de TIB vragen stellen en daarmee alsnog de benodigde informatie ontvangen. In 12,3% van de gevallen heeft de TIB vragen gesteld naar aanleiding van een

verzoek van de AIVD²⁹. Zeker in de beginperiode heeft de TIB veel verzoeken pas (als rechtmatig) kunnen beoordelen nadat vragen waren gesteld en beantwoord.

De door de TIB gestelde vragen worden meestal binnen één week beantwoord. Wel heeft de TIB de ontvangen antwoorden in sommige gevallen als zuinig ervaren. Doorvragen is dan geboden om uiteindelijk toch de benodigde informatie te ontvangen om een verzoek te kunnen beoordelen. De TIB heeft hiervoor herhaaldelijk aandacht gevraagd bij de AIVD. Sinds het begin van 2019 bemerkt de TIB een positieve verandering. De informatie in de verzoeken is in toenemende mate volledig. De TIB heeft goede hoop dat de nu ingezette positieve ontwikkeling zich verder doorzet.

Soms vraagt de TIB de AIVD structureel om bepaalde informatie. Dit is bijvoorbeeld het geval bij selectielijsten. Bij onderzoeksoopdrachtgerichte interceptie is sprake van de fases verwerven, verwerken en analyseren. Om kennis te mogen nemen van de inhoud van verworven OOG-communicatie (analyseren) moet toestemming gevraagd worden aan de minister. De TIB toetst de verleende toestemming. Deze verzoeken worden ook wel selectieverzoeken genoemd. In deze verzoeken wordt een omschrijving gegeven van de personen, organisaties of onderwerpen jegens wie deze bevoegdheid wordt ingezet. De diensten zijn bevoegd om ter uitvoering van het onderzoek waar een selectieverzoek voor wordt ingediend selectiecriteria vast te stellen. Deze selectiecriteria betreffen bijvoorbeeld de personen ten aanzien van wie selectie wordt verricht en de telefoonnummers, emailadressen of trefwoorden aan de hand waarvan de inhoud van communicatie wordt geselecteerd. Deze criteria worden in een lijst gezet, de zogenaamde selectielijsten.

Het is voorgekomen dat op een selectielijst voor het selecteren van de inhoud van communicatie buitenlandse journalisten vermeld waren. De TIB let er scherp op dat de verzochte bevoegdheden niet worden ingezet tegen advocaten en journalisten waarbij de inzet kan leiden tot het achterhalen van bronnen want dan is de TIB niet bevoegd³⁰. Het is op de eerste plaats aan de diensten zelf om hier ook op te letten en dat gebeurt doorgaans ook. Het vaststellen van de lijsten met daarop de selectiecriteria is een bevoegdheid van de minister of het hoofd van de dienst die niet getoetst wordt door de TIB. De TIB acht het wel noodzakelijk om deze lijsten structureel in te kunnen zien, onder meer om te kunnen toetsen of er met het overkoepelende selectieverzoek geen personen "in selectie worden gezet" die niet binnen de competentie van de TIB vallen. De lijsten geven ook inzicht in de mate van gerichtheid van de verzochte bevoegdheid in de selectieverzoeken. Aan het verzoek de selectielijsten structureel in te mogen zien wordt thans gehoor gegeven.

4.2 Informatie over operaties, trends en werkwijzen van de diensten

Naast informatie die verkregen wordt uit de verzoeken om toestemming vraagt de TIB in sommige gevallen ook om een algemene nadere toelichting over bijvoorbeeld een bepaalde operatie, een bepaald aandachtsgebied of een bepaalde werkwijze van de AIVD of MIVD. Dit draagt bij aan de kennis van de TIB van de bredere context waarbinnen de verzoeken worden ingediend. Ook kan op deze wijze op een inhoudelijk diepgaande wijze kennis worden genomen van in te zetten middelen

²⁹ Dit betreft de periode 1 mei 2018 tot en met 31 maart 2019.

³⁰ Artikel 30 Wiv 2017.

en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen. De diensten werken ruimhartig mee aan deze verzoeken en medewerkers zijn altijd bereid gebleken om over verschillende onderwerpen presentaties te verzorgen. De TIB heeft dit als zeer positief ervaren.

4.3 Informatie van derden

De TIB realiseert zich dat zij bij de beoordeling van verzoeken een gekleurde belangenafweging met betrekking tot grondrechten voorgelegd kan krijgen. De TIB vindt het belangrijk te voorkomen dat bijvoorbeeld gewenning of tunnelvisie zou kunnen optreden. Daarom laat de TIB zich ook informeren door personen of organisaties anders dan de diensten. De TIB heeft in het afgelopen jaar gesprekken gevoerd met onder andere bedrijven in de ICT-sector en Bits of Freedom.

De gesprekken hebben zich onder andere gericht op het vergroten van het inzicht in de bestaande technologieën en infrastructuur. Met behulp van deze kennis kan de TIB nog beter beoordelen of een voorgenomen inzet ook op een zo gericht mogelijke wijze zal worden uitgevoerd of wat de technische risico's zouden kunnen zijn bij hacken.

De gesprekken hebben de TIB daarnaast waardevolle informatie verschaft over hoe deze partijen naar de taken van de diensten, de Wiv 2017, maar ook naar de TIB zelf kijken. Deze gesprekken voeden de TIB met ideeën over de wijze waarop zij haar toetsende taak kan blijven ontwikkelen en inzicht kan geven over de wijze van uitvoering daarvan.

5 Resultaten en bevindingen

5.1 De kwaliteit van de verzoeken om toestemming

De TIB heeft vooral gedurende 2018 zorg gehad over de kwaliteit van de verzoeken van de AIVD. Hiervoor is door de TIB op verschillende momenten aandacht gevraagd, omdat de rechtmatigheidstoetsing op basis van deze verzoeken plaatsvindt.

De TIB heeft al in mei 2018 een aantal punten onder de aandacht gebracht van de minister van BZK. Dit betrof onder andere de wijze van beschrijven van de technische risico's bij het opstellen van de hackverzoeken en de nauwkeurigheid en volledigheid van de in de verzoeken opgenomen informatie. Dit heeft in eerste instantie niet in voldoende mate geleid tot verbetering van de kwaliteit van de verzoeken. In november 2018 heeft de TIB opnieuw uitvoerig aandacht gevraagd voor de zorgelijke kwaliteit van de verzoeken aan de minister van BZK. Dit betrof voor een groot deel nog dezelfde elementen als genoemd in de brief van mei 2018. Daarnaast is er toen aandacht gevraagd voor de kwaliteit van de proportionaliteits- en subsidiariteitsafwegingen.

In december 2018 heeft de AIVD een aantal interne maatregelen genomen om de kwaliteit van de verzoeken te verbeteren. De TIB acht het niet aan haar om deze maatregelen uitputtend toe te lichten, nu deze maatregelen de bedrijfsvoering van de AIVD betreffen. De TIB heeft geconstateerd dat de kwaliteit van de proportionaliteits- en subsidiariteitsafwegingen sinds de maatregelen zijn getroffen is toegenomen. Verder is het aantal onrechtmatige verzoeken dat het gevolg is van vermijdbare fouten sindsdien aanzienlijk verminderd (bijvoorbeeld het ontbreken van relevante stukken tekst, een inconsistent verzoek door foutief knip- en plakwerk, het niet vermelden van opbrengst bij verlengingsverzoeken, et cetera).

5.2 Beslistermijn van de TIB

De Wiv 2017 kent geen termijn waarbinnen de TIB moet beslissen, maar de TIB acht het van belang om de termijn zo kort mogelijk te houden. Sommige verzoeken zijn zo evident dat deze redelijk snel beoordeeld kunnen worden. De beoordeling van een verlengingsverzoek waarbij sprake is van dezelfde omstandigheden als bij het initiële verzoek en waarbij tevens sprake is van relevante opbrengst, hoeft niet veel tijd te kosten. Een nieuw verzoek waarbij principiële punten aan de orde komen, kan wel veel tijd kosten. De TIB neemt die tijd dan ook.

De verzoeken worden doorgaans op dinsdag in het begin van de ochtend aangeleverd. Op dinsdag vindt dan de voorbereiding plaats. De TIB leden vergaderen in beginsel op woensdag en vrijdagochtend. Op het grootste deel van de verzoeken wordt op woensdag besloten. Verzoeken die meer discussie behoeven worden op vrijdag (weer) behandeld. Als de TIB een door de minister verleende toestemming als onrechtmatig heeft beoordeeld, dient de TIB dat besluit schriftelijk te motiveren. Vaak worden deze besluiten op donderdag of vrijdag aan de betreffende minister (en het diensthoofd) aangeboden. Als een zorgvuldige motivering van het besluit meer tijd vergt, bijvoorbeeld bij complexe verzoeken of principiële besluiten, kan het voorkomen dat het gemotiveerde besluit in de daaropvolgende week aan de betreffende minister wordt aangeboden.

5.3 Spoedprocedure

In de Wiv 2017 is voorzien in een spoedprocedure, voor gevallen waarin de inzet van een bevoegdheid niet op een rechtmatigheidstoets kan wachten. Dit betekent dat de diensten op basis van een (veelal) mondelinge toestemming van de minister een bevoegdheid kunnen inzetten, zonder dat de TIB die toestemming vooraf heeft getoetst. De verleende toestemming moet vervolgens wel zo spoedig mogelijk alsnog ter toetsing worden voorgelegd aan de TIB.

De wetgever heeft hiermee invulling gegeven aan het uitgangspunt dat de toets van de TIB moet plaatsvinden voor het maken van een inbreuk op de privacy van burgers. De TIB is van oordeel dat alleen operationele spoed een reden kan zijn tot het rechtmatig inzetten van de spoedprocedure. Als bijvoorbeeld al weken informatie over een target bekend is maar niet verder is verwerkt, is dat geen reden om de spoedprocedure toe te passen.

De spoedprocedure is in het afgelopen jaar bij de MIVD in 1,9% van de verzoeken ingezet. Bij de MIVD is de inzet van de spoedprocedure in alle gevallen rechtmatig beoordeeld wat betreft de inzet van de bevoegdheid én de toegepaste spoedprocedure.

De spoedprocedure is in het afgelopen jaar bij de AIVD in 3,3% van de verzoeken ingezet. In 88,4% van de spoedverzoeken bij de AIVD is de verleende toestemming in een spoedprocedure als rechtmatig beoordeeld wat betreft de inzet van de bevoegdheid én de toegepaste spoedprocedure. Het is bij verzoeken van de AIVD niet voorgekomen dat een verleende toestemming voor de inzet van de bevoegdheid én de spoedprocedure beide als onrechtmatig zijn beoordeeld. In 11,6% van de spoedverzoeken van de AIVD is de verleende toestemming als rechtmatig beoordeeld, maar het inzetten van de spoedprocedure niet. In een aantal gevallen was dit te wijten aan het onvoldoende motiveren van de reden van het inzetten van de spoedprocedure. Als de TIB de inzet van de spoedprocedure onrechtmatig acht, dan moet de TIB beoordelen wat er met de eventueel gegenereerde opbrengst tot het moment van beslissen door de TIB moet gebeuren. Eén keer heeft de TIB geoordeeld dat de tot dan toe verkregen informatie vernietigd diende te worden.

5.4 Aantal (on)rechtmatigheden

De TIB heeft in de periode van 1 mei 2018 tot 1 april 2019 in totaal 2159 verzoeken getoetst.

De TIB heeft in deze periode bij 4,5% van de verzoeken van de AIVD geoordeeld dat de toestemming onrechtmatig is verleend. In de periode van 1 mei tot 1 oktober 2018 was dit 5,5%. Deze daling is vooral ingezet na verbeteracties door de AIVD sinds december 2018. De kwaliteit van de verzoeken van de AIVD is sindsdien gestegen. Het aantal vermijdbare fouten is gedaald. Het aantal verzoeken dat als onrechtmatig moest worden beoordeeld is in deze periode afgenomen. In de periode van 1 december 2018 tot 1 april 2019 is 2,1% van de verzoeken van de AIVD als onrechtmatig beoordeeld.

Het beeld ten aanzien van de MIVD lijkt omgekeerd te zijn als alleen naar het percentage onrechtmatig beoordelingen wordt gekeken. De TIB heeft bij 5,8% van de verzoeken van de MIVD geoordeeld dat de toestemming onrechtmatig is verleend. In de periode van 1 mei tot 1 oktober 2018 was dit 4,1%. Hier past echter enige nuancering. De TIB heeft niet gemerkt dat de kwaliteit van de door de minister van Defensie voorgelegde verzoeken sinds het publiceren van de

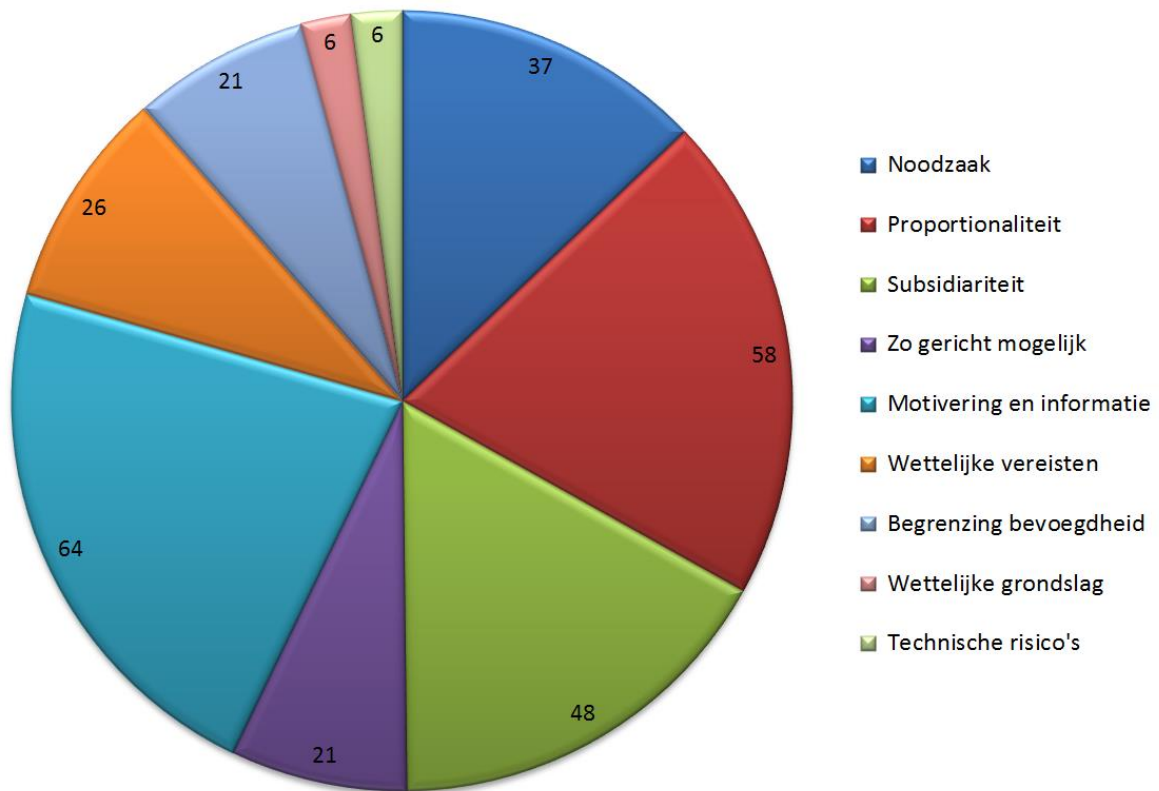
voortgangsbrief³¹ is afgenomen. De beoordeling als onrechtmatig ziet op een, in absolute getallen uitgedrukt, beperkt aantal. In de tweede helft van de verslagperiode zijn verzoeken separaat ingediend, die feitelijk betrekking hadden op de inzet van één bevoegdheid. Deze verzoeken zijn als onrechtmatig beoordeeld. Als deze inzet als één verzoek zou zijn beoordeeld, zou bij een lager percentage van de verzoeken van de MIVD geoordeeld zijn dat de toestemming onrechtmatig is verleend.

Verzoeken die als onrechtmatig worden beoordeeld door de TIB kunnen door de diensten telkens opnieuw worden ingediend. In de meerderheid van de operaties leidt dit ertoe dat aangepaste verzoeken op een later moment alsnog rechtmatig worden bevonden, bijvoorbeeld omdat de bevoegdheid meer gericht wordt ingezet of de inbreuk op grondrechten anderszins wordt beperkt. In een aantal gevallen worden verzoeken die door de TIB als onrechtmatig zijn beoordeeld (tot op heden) niet opnieuw ingediend door de diensten of zijn deze bij herhaling als onrechtmatig beoordeeld. In de verslagperiode betrof dit 41% van de als onrechtmatig beoordeelde unieke verzoeken van de AIVD. Bij de MIVD was dit percentage 44%.

5.5 Grond van de onrechtmatigheden

Bij de rechtmatigheidstoets worden verschillende relevante elementen betrokken, zoals eerder in dit jaarverslag is beschreven. In afbeelding 1 wordt inzicht geboden in welke mate deze elementen hebben bijgedragen tot het als onrechtmatig beoordelen van een verzoek. Deze afbeelding heeft zowel betrekking op de AIVD als de MIVD. De beoordeling van één verzoek als onrechtmatig kan meerdere redenen hebben. De noodzaak kan bijvoorbeeld onvoldoende onderbouwd zijn en de bevoegdheid kan daardoor ook als niet proportioneel beoordeeld worden. In dat geval wordt één verzoek als onrechtmatig beoordeeld op grond van zowel de *noodzaak*, als de *motivering en informatie* en de *proportionaliteit* in de telling die aan afbeelding 1 ten grondslag ligt.

³¹ <https://www.tib-ivd.nl/documenten/brieven/2018/11/01/voortgangsbrief-tib-oktober-2018>



Afbeelding 1 - grond van de onrechtmatigheden

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.

Meerdere elementen van de rechtmatigheidstoets kunnen worden uitgelegd aan de hand van een voorbeeld. De TIB heeft een verzoek als onrechtmatig beoordeeld waarin een ‘bulkhack’ werd aangevraagd op een bedrijf om de gegevens van miljoenen personen te verkrijgen, waaronder de gegevens van ‘targets’. De drempel voor een dergelijke bulkhack is hoog; er moet sprake zijn van zwaarwegende operationele belangen³².

“Bij zwaarwegende operationele belangen kan gedacht worden aan situaties waarin sprake is van één of meer concrete aanwijzingen dat er een direct gevaar voor de nationale veiligheid bestaat”

Het enkele feit dat óók niet nader genoemde ‘targets’ gebruik maken van de diensten van het bedrijf, was in dit geval volgens de TIB niet voldoende *motivering* van de *noodzaak* om de inzet tegen dit bedrijf te kunnen rechtvaardigen. Daarbij was de inzet ook niet *subsidiar*, omdat het in dit geval mogelijk was om dezelfde gegevens over targets te verkrijgen door gerichte bevraging aan het bedrijf.

Een aanzienlijk percentage van de verleende toestemmingen is als onrechtmatig beoordeeld omdat de voorgenomen inzet niet *proportioneel* was (of de proportionaliteit niet afdoende was gemotiveerd). De inbreuk op de privacy die daarmee gepaard zou zijn gegaan verschilt tussen een enkel individu en miljoenen personen. Het kan bijvoorbeeld gaan om het niet meewegen van de inbreuk op de privacy van één of meer huisgenoten bij het tappen van een (vaste) huistelefoon. Het kan echter ook gaan om het niet meewegen van de inbreuk op de privacy van personen die niet in de aandacht van de dienst staan bij een bulkhack om alle gegevens van een organisatie te verkrijgen.

Een aantal verzoeken is als onrechtmatig beoordeeld, omdat ze niet aan de wettelijke vereisten voldeden waaraan verzoeken om toestemming ten minste moeten voldoen³³. Het betreft bijvoorbeeld verzoeken waarin het niet duidelijk is ten aanzien van wie de bevoegdheid wordt aangevraagd (de identiteit van het target). Ook gaat het in deze categorie over verzoeken om de inzet van een bevoegdheid te verlengen, zonder dat daarbij de (al dan niet) behaalde resultaten zijn beschreven. In een aantal gevallen schort het aan een *wettelijke grondslag* en/of de *begrenzing van de bevoegdheid*, bijvoorbeeld waar de diensten de bevoegdheid hebben verzocht om bedrijven waarop geen medewerkingsplicht van toepassing is te verplichten om gegevens van gebruikers te verstrekken.

³² CTIVD rapport nr. 53, p. 20 en 27.

³³ Artikel 29 Wiv 2017.

6 Conclusies en vooruitblik

In het eerste jaar van haar bestaan heeft de TIB haar organisatie opgebouwd en vorm gegeven aan de rechtmatigheidstoets. De toets door de TIB betreft een rechtmatigheidstoets in volle omvang. In een aantal gevallen is over de nadere invulling van de wet rechtseenheidoverleg gevoerd met de CTIVD en zijn hierover brieven verstuurd naar de ministers en Tweede Kamer. Hiermee is voor een ieder inzichtelijk op welke wijze de TIB de inzet van bevoegdheden toetst.

De TIB heeft geen mogelijkheden om zelfstandig informatie op te zoeken in de systemen van de diensten. Zij is dus aangewezen op de informatie die in de verzoeken staat of op het stellen van vragen wanneer de verzoeken onduidelijkheden bevatten. De door de MIVD opgestelde verzoeken waren en zijn goed wat betreft de informatievoorziening. Na een stroeve start in het eerste half jaar heeft de TIB inmiddels het beeld dat zij over het algemeen ook door de AIVD beter wordt geïnformeerd.

Ten aanzien van de MIVD is sprake van een constante en goede kwaliteit van de verzoeken. De TIB heeft in het afgelopen jaar herhaaldelijk aandacht gevraagd voor de kwaliteit van de verzoeken van de AIVD. Sinds december 2018 heeft de TIB gemerkt dat een verbeteringslag is doorgevoerd. Hierdoor is het aantal als onrechtmatig beoordeelde verzoeken van de AIVD gedaald. De TIB acht zich voldoende geïnformeerd om de benodigde inhoudelijke afwegingen te kunnen maken.

Voor de rechtmatigheidstoets van de TIB en de organisatie van de TIB zelf staan belangrijke ontwikkelingen op de agenda voor de jaren 2019 en 2020. Naar verwachting dient het kabinet nog dit jaar het wijzigingsvoorstel van de Wiv 2017 in bij de Tweede Kamer. Deze wetsbehandeling is voor de TIB relevant met het oog op onder andere de codificering en de uitleg van het criterium: “zo gericht mogelijk”. Daarnaast is al via de beantwoording van Kamervragen door de ministers toegezegd in de wijziging van de wet te willen voorzien in de mogelijkheid tot het benoemen van plaatsvervangend leden bij de TIB.

Vanaf volgend jaar zal ook de evaluatie van de Wiv 2017 starten. Ter voorbereiding hierop zal de TIB relevante constatering die zij doet bij de uitvoering van haar rechtmatigheidstoets vastleggen zodat die ter beschikking gesteld kunnen worden aan de evaluatiecommissie. De TIB zal daarnaast in het komende jaar, in navolging van het geboden inzicht uit dit jaarverslag, zoeken naar manieren waarop zij blijvend inzicht kan geven in de manier waarop zij toetst en welke aspecten hierin worden betrokken.

Daarnaast wil de TIB structureel blijven investeren in haar deskundigheid, dit om op de hoogte te blijven van de laatste ontwikkelingen in het veiligheidsdomein met betrekking tot techniek en toezicht. De gesprekken met derden zorgen daarnaast voor inzicht in de zienswijze van andere partijen en houden de TIB scherp voor het kunnen verrichten van haar toets.

De TIB kijkt ernaar uit om u volgend jaar opnieuw te mogen informeren.

7 Samenstelling van de TIB

De Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden bestaat uit drie leden. Eén van de commissieleden is voorzitter. Ten minste twee van de drie leden moeten een achtergrond als rechter hebben. Het derde lid hoeft geen rechtelijke achtergrond te hebben, maar kan benoemd worden op grond van technische deskundigheid. Dat is thans het geval. De commissie wordt ondersteund door een secretariaat.



Afbeelding 2 - Samenstelling van de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden

Van links naar rechts afgebeeld:

- mr. A.R.O. (Lex) Mooy, lid
- mr. ir. drs. A.P.M. (Paul) Pols, plv secretaris
- mr. M. (Mariëtte) Moussault, voorzitter
- mr. L.W. (Lennart) Schroijen, secretaris
- ir. J.R. (Ronald) Prins, lid

