

COMMISSIE VAN TOEZICHT
BETREFFENDE
DE INLICHTINGEN- EN VEILIGHEIDSDIENSTEN

CTIVD nr. 14

TOEZICHTSRAPPORT

inzake het onderzoek van de AIVD naar de ongewenste inmenging
van vreemde mogendheden (waaronder spionage)

Inhoudsopgave

Paragraaf 1.		
Onderzoek van de AIVD		1
Paragraaf 2.		
Onderzoek van de Commissie		2
Paragraaf 3.		
Theoretisch kader		2
3.1	Het soevereiniteitsbeginsel	2
3.2	Toegestane activiteiten van buitenlandse overheidsdiensten in Nederland	3
3.2.1	Activiteiten van inlichtingendiensten	3
3.2.2	Activiteiten van diplomatieke en consulaire vertegenwoordigingen	4
3.3	Ongewenste inmenging van vreemde mogendheden	6
Paragraaf 4.		
Bevindingen van de Commissie		8
4.1	Inzet van algemene en bijzondere bevoegdheden	8
4.2	Observeren (artikel 20 WIV 2002)	8
4.3	De inzet van agenten (artikel 21 WIV 2002)	9
Paragraaf 5.		
Conclusies en aanbevelingen		10

TOEZICHTSRAPPORT

inzake het onderzoek van de AIVD naar de ongewenste inmenging
van vreemde mogendheden (waaronder spionage)

1. Onderzoek van de AIVD

Het jaarverslag 2005 van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) vermeldt dat de laatste jaren het aantal vreemde mogendheden dat in Nederland inlichtingenactiviteiten ontplooit is gegroeid.¹ De toename is onder meer het gevolg van de toegenomen globalisering en de onderlinge afhankelijkheid van landen, gegroeide migrantengemeenschappen, nieuwe (wereldwijde) economische verhoudingen en de voortgaande professionalisering en uitbreiding van technologische mogelijkheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten.² In het jaarverslag 2006 van de AIVD wordt vermeld dat spionage en ongewenste buitenlandse inmenging onderzoeksonderwerpen van de AIVD zijn die nog niets aan actualiteit hebben ingeboet.³

De AIVD verricht onderzoek naar buitenlandse inlichtingenactiviteiten in Nederland. Dit onderzoek vindt plaats op grond van de zogenoemde a-taak van de AIVD (artikel 6 lid 2 sub a WIV 2002). Deze taak houdt in dat de AIVD in het belang van de nationale veiligheid onderzoek verricht met betrekking tot organisaties en personen 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 andere gewichtige belangen van de staat.

Binnen de directie Staatsveiligheid van de AIVD onderzoekt een aantal teams de heimelijke activiteiten van vreemde mogendheden die de soevereiniteit van Nederland aantasten en daarmee de nationale veiligheid (kunnen) schaden. Daarbij is het doel om de ongewenste inmenging van buitenlandse overheidsdiensten zowel te onderkennen als tegen te gaan.

De Commissie Bestuurlijke Evaluatie AIVD (de commissie-Havermans) concludeert in haar rapport uit november 2004 dat het contra-inmenging beleid van de AIVD sterk heeft geleden onder de interne prioriteringen in de richting van contra-terrorisme. Structureel onderzoek was zelfs tijdelijk stopgezet.⁴ Inmiddels is weer meer capaciteit voor het onderzoek naar spionageactiviteiten vrijgemaakt. In het jaarplan 2007 deelt de AIVD mee het onderzoek naar inmengingsactiviteiten te intensiveren.⁵

¹ Jaarverslag AIVD 2005, p. 53, www.aivd.nl.

² *Kamerstukken II 2006/07*, 30 800 VII, nr. 4, p. 8.

³ Jaarverslag AIVD 2006, p. 61, www.aivd.nl.

⁴ Commissie Bestuurlijke Evaluatie Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, *“De AIVD in verandering”*, p. 141, www.aivd.nl, aangeboden bij *Kamerstukken II 2004/05*, 29 876, nr. 1.

⁵ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 977, nr. 1, p. 3.

De AIVD heeft meerdere teams die volledig gericht zijn op het onderzoek naar contra-inmenging. Daarnaast wordt ook in andere teams van de AIVD aandacht besteed aan onderwerpen die zijn gerelateerd aan spionage, zoals de teams die onderzoek doen naar proliferatie van massavernietigingswapens.⁶ Het onderzoek van de Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (verder: de Commissie) heeft zich gericht op de teams die specifiek zijn opgezet voor het onderzoek naar inmengingsactiviteiten.

2. Onderzoek van de Commissie

De Commissie heeft een onderzoek uitgevoerd naar de rechtmatigheid van de onderzoekshandelingen die de AIVD vanaf begin 2004 tot halverwege 2006 heeft verricht naar de ongewenste inmenging van buitenlandse overheidsdiensten. Het onderzoek van de Commissie is bij brief d.d. 8 september 2005, conform artikel 78 lid 3 van de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 (verder: WIV 2002), aangekondigd aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (verder: de Minister) en de voorzitters van beide kamers der Staten-Generaal.

Naast dossierstudie heeft de Commissie gesprekken gevoerd met de directeur van de directie Staatsveiligheid, de teamhoofden van de betrokken teams en enkele juristen van de afdeling Kabinet en Juridische Aangelegenheden.

Alvorens in paragraaf 4 de bevindingen van het onderzoek van de Commissie te presenteren, wordt in paragraaf 3 een theoretische uiteenzetting gegeven over activiteiten van vreemde mogendheden op Nederlands grondgebied. Het rapport wordt in paragraaf 5 afgesloten met conclusies en aanbevelingen.

Het rapport bevat een geheime bijlage ten behoeve van de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

3. Theoretisch kader

3.1 Het soevereiniteitsbeginsel

In het internationaal recht worden staten aangemerkt als soeverein. Dit betekent dat zij op het eigen grondgebied, behoudens internationale afspraken en verdragen, volledig en bij uitsluiting bevoegd zijn om wetgevende, rechtsprekende en administratieve handelingen uit te oefenen. Het wereldwijd aanvaard soevereiniteitsbeginsel is gecodificeerd in artikel 2 lid 1 van het Handvest van de Verenigde Naties. Vanwege de internationale samenwerkingsverbanden wordt de soevereiniteit van landen - met hun instemming - steeds meer gereduceerd.

Het soevereiniteitsbeginsel omvat mede het beginsel van non-interventie. Staten zijn niet bevoegd om in een ander land activiteiten te ontplooiën, waarvan kan worden aangenomen dat zij een ongewenste inbreuk maken op de soevereiniteit van dat land. Activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten in het buitenland doen dat veelal wel. In het belang van de nationale veiligheid is het voor landen niettemin noodzakelijk om niet alleen zicht te

⁶ De Commissie heeft reeds eerder het toezichtsrapport *“Inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar de rechtmatigheid van het AIVD-onderzoek naar proliferatie van massavernietigingswapens en overbrengingsmiddelen”*, toezichtsrapport nummer 5B, uitgebracht. Het rapport is gepubliceerd op www.ctivd.nl, alsmede in het jaarverslag 2005-2006 van de Commissie.

hebben op hun eigen binnenlandse situatie, maar tevens om inlichtingen te vergaren over buitenlandse aangelegenheden. Voor de AIVD is deze buitenlandstaak neergelegd in artikel 6 lid 2 sub d WIV 2002. Inlichtingenorganisaties die de taak opgedragen hebben gekregen om informatie over het buitenland te verzamelen, dienen daartoe mede buiten de eigen landsgrenzen te opereren. Daarbij moet voornamelijk worden gedacht aan de inzet van inlichtingenofficieren/agenten op buitenlands grondgebied.⁷

3.2 *Toegestane activiteiten van buitenlandse overheidsdiensten in Nederland*

3.2.1 Activiteiten van inlichtingendiensten

Voor zover buitenlandse inlichtingendiensten in Nederland uitsluitend inlichtingen vergaren door het raadplegen van open bronnen (kranten, tijdschriften, etc.) is daartegen geen bezwaar. Daarnaast mogen inlichtingenofficieren van vreemde mogendheden op Nederlands grondgebied activiteiten ontplooiën, indien daarvoor toestemming is verleend door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties of namens deze door het hoofd van de AIVD (artikel 59 WIV 2002).⁸ Voor activiteiten op militair terrein dient de Minister van Defensie of namens deze het hoofd van de MIVD toestemming te geven.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel WIV 2002 is over de inzet van buitenlandse agenten in Nederland het volgende opgemerkt:

“De inzet van buitenlandse agenten op Nederlands grondgebied is in beginsel alleen toegestaan indien daarvoor toestemming is verleend door de betreffende Nederlandse dienst – in de praktijk is dit de BVD [thans de AIVD] – en onder de voorwaarden die aan deze toestemming worden verbonden. Dat sluit niet uit dat al naar gelang de aard van de operatie (en het daaraan verbonden geringe afbreukrisico) de toestemming eventueel in overleg met de verantwoordelijke minister moet worden gegeven. Wordt toestemming verleend, dan geschiedt de inzet onder verantwoordelijkheid van de voor de betreffende Nederlandse dienst verantwoordelijke minister. De inzet op Nederlands grondgebied van de betreffende buitenlandse agent geschiedt verder in principe onder leiding van de Nederlandse dienst, waarbij overigens de buitenlandse dienst als gelijkwaardige partner betrokken blijft. (...) Het is voorts aan de betreffende Nederlandse dienst om controle uit te oefenen op het opereren van de buitenlandse agent en om na te gaan of dit opereren aan de gestelde voorwaarden voldoet.”⁹

Het optreden van een buitenlandse collegadienst van de AIVD in Nederland dient dus altijd te geschieden onder toezicht van de Nederlandse dienst. De buitenlandse dienst kan niet worden gemachtigd om zelfstandig op Nederlands grondgebied te opereren.

Het toelaten van agenten op Nederlands grondgebied wordt gezien als een vorm van ondersteuning aan een buitenlandse inlichtingendienst in het kader van het onderhouden van contacten met die dienst. Toestemming wordt alleen verleend indien de belangen van de buitenlandse dienst niet onverenigbaar zijn met de belangen die de AIVD en de MIVD hebben te behartigen. Voorts dient een goede taakuitvoering door de AIVD en de MIVD zich

⁷ De Commissie heeft over de inzet van agenten in het buitenland door de Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten twee toezichtsrapporten uitgebracht: CTIVD nr. 8a (met betrekking tot de inzet van agenten door de MIVD) en CTIVD nr. 8b (met betrekking tot de inzet van agenten door de AIVD), gepubliceerd op www.ctivd.nl, alsmede in het jaarverslag 2005-2006 van de Commissie.

⁸ *Kamerstukken II* 1999/2000, 25 877, nr. 9, p. 38; *Kamerstukken II* 2000/01, 25 877, nr. 14, p. 64; *Kamerstukken I* 2001/02, 25 877, nr. 58a, p. 24-25.

⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 25 877, nr. 14, p. 64.

niet tegen verlening van de desbetreffende vorm van ondersteuning te verzetten (artikel 59 lid 4 WIV 2002). Uitgangspunt is dat het slechts aan agenten van diensten waarmee een beproefde samenwerking bestaat wordt toegestaan om op Nederlands grondgebied werkzaamheden te verrichten.

3.2.2 Activiteiten van diplomatieke en consulaire vertegenwoordigingen

Het is buitenlandse overheden eveneens toegestaan om hier te lande activiteiten te ontplooiën in verband met diplomatieke en consulaire werkzaamheden. Het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer uit 1961¹⁰ en het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen uit 1963¹¹ handelen over de diplomatieke en consulaire betrekkingen tussen de aangesloten staten.

De toenemende internationale betrekkingen in de vorige eeuw deden de behoefte ontstaan aan een regeling voor het diplomatiek (en later ook consulaire) verkeer. De International Law Commission (onderdeel van de Verenigde Naties) heeft daartoe een verdrag ontworpen, dat grotendeels was gebaseerd op reeds bestaand gewoonterecht. In haar toelichting op het Verdrag heeft de VN-commissie aandacht besteed aan het theoretische kader waarbinnen de verdragsbepalingen moeten worden gezien:

“(1) Among the theories that have exercised an influence on the development of diplomatic privileges and immunities, the Commission will mention the ‘exterritoriality’ theory, according to which the premises of the mission represent a sort of extension of the territory of the sending State; and the ‘representative’ theory, which based such privileges and immunities on the idea that the diplomatic mission personifies the sending State.

(2) There is now a third theory which appears to be gaining ground in modern times namely, the ‘functional necessity’ theory which justifies privileges and immunities as being necessary to enable the mission to perform its functions.

(3) The Commission was guided by this third theory in solving problems on which practice gave no clear pointers, while also bearing in mind the representative character of the head of the mission and the mission itself.”¹²

In de preambule van het Verdrag van Wenen (1961)¹³ heeft het theoretische kader zijn weerslag gekregen, doordat daarin onder meer is opgenomen dat het Verdrag tot stand is gekomen:

“Believing that an international convention on diplomatic intercourse, privileges and immunities would contribute to the development of friendly relations among nations, irrespective of their differing constitutional and social systems,
Realizing that the purpose of such privileges and immunities is not to benefit individuals but to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions as representing States.”

Met die uitgangspunten zijn in de Verdragen van Wenen verschillende immuniteiten en privileges opgenomen die buitenlandse vertegenwoordigingen toekomen, zodat zij hun functie naar behoren kunnen uitoefenen. Het gaat onder meer om onschendbaarheid van de gebouwen van de vertegenwoordiging, onschendbaarheid van het archief en de documenten van de vertegenwoordiging, onschendbaarheid van de officiële briefwisseling,

¹⁰ *Trb.* 1962, 101.

¹¹ *Trb.* 1965, 40.

¹² International Law Commission, Yearbook 1958, Volume II, p. 94-95.

¹³ Dezelfde bepaling staat in het Verdrag van Wenen (1963).

onschendbaarheid van de particuliere woning en onschendbaarheid van de communicatie.¹⁴ De Verdragen van Wenen zijn gedateerd en gaan niet in op de thans meer gebruikte communicatievormen zoals (mobiel) telefonieverkeer en internetgebruik. Doordat in de Verdragen wordt gesproken over 'alle daarvoor in aanmerking komende middelen' mag evenwel worden verondersteld dat de onschendbaarheid van de communicatie zich ook uitstrekt over de moderne communicatiemiddelen.¹⁵

In de Weense Verdragen zijn naast immuniteiten en privileges ook verplichtingen voor de buitenlandse missies opgenomen.¹⁶ Het betreft onder meer de verplichting om de wetten en regelingen van de ontvangende staat te eerbiedigen en de verplichting om zich niet in te laten met binnenlandse aangelegenheden. Bovendien mogen de gebouwen van de vertegenwoordiging niet worden gebruikt op een wijze die onverenigbaar is met de in het verdrag vastgelegde functies van de vertegenwoordiging. Het is (functionarissen van) diplomatieke en consulaire vertegenwoordigingen dus niet toegestaan om hier te lande activiteiten te ontplooiën, die als ongewenste inmenging kunnen worden beschouwd.

De verplichtingen gelden blijkens de desbetreffende verdragsbepalingen 'without prejudice to their privileges and immunities', in de Nederlandse versie van de verdragen vertaald als 'ongeacht hun voorrechten en immuniteiten'.

Het Internationaal Gerechtshof, gevestigd in Den Haag, heeft in 1980 een uitspraak gedaan over de verhouding tussen de immuniteiten en de verplichtingen uit de Verdragen van Wenen.¹⁷ Aanleiding voor de gerechtelijke procedure was de bezetting van de ambassade en het consulaat van de Verenigde Staten in Teheran (Iran) en de gijzelneming van daar werkzame personen. Hierdoor werd inbreuk gemaakt op de onschendbaarheid van de gebouwen en op de onschendbaarheid van de personen, waaronder het gevrijwaard zijn van enigerlei vorm van vrijheidsbeneming. De Iraanse regering heeft tegen de bezetting en gijzeling geen actie ondernomen, ondanks de verplichting die een ontvangende staat heeft om alle geëigende maatregelen te nemen om de gebouwen van de zending tegen indringers en tegen het toebrengen van schade te beschermen en te verhinderen dat de rust van de zending op enigerlei wijze wordt verstoord of aan haar waardigheid afbreuk wordt gedaan.¹⁸

Iran voerde in de procedure bij het Internationaal Gerechtshof aan dat de bezetting en de gijzeling moesten worden gezien in het licht van de continue inmenging van de Verenigde Staten in de internationale aangelegenheden van Iran, de schaamteloze uitbuiting van Iran, en de talrijke misdaden die zijn gepleegd jegens de Iraanse burgers in strijd met alle internationale en humanitaire regels.

Het Gerechtshof oordeelde dat ook indien de beweringen konden worden bewezen, het gedrag van Iran niet kon worden gerechtvaardigd. Het diplomatieke recht voorziet immers zelf, aldus het Gerechtshof, in de noodzakelijke maatregelen voor een staat om zich te verweren tegen onwettige activiteiten van diplomatieke en consulaire missies. Artikel 9 van

¹⁴ Artikelen 22, 24, 27 en 30 van het Verdrag van Wenen (1961) en de artikelen 31, 33, 35 en 36 van het Verdrag van Wenen (1963).

¹⁵ Zo ook: E. Denza, *Diplomatic Law. A Commentary on the Vienna Convention on diplomatic Relations*, Oxford: Clarendon Press 1998, p. 175 en J. Kish, red. D. Turns, *International Law and Espionage*, Den Haag: Kluwer Law International 1995, p. 67.

¹⁶ Artikel 41 lid 1 Verdrag van Wenen (1961) en artikel 55 lid 1 Verdrag van Wenen (1963).

¹⁷ Internationaal Gerechtshof 24 mei 1980, 'Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran', <http://www.icj-cij.org>.

¹⁸ Artikel 22 lid 2 en artikel 29 Verdrag van Wenen (1961); artikel 31 lid 3 en artikel 40 Verdrag van Wenen (1963).

het Verdrag van Wenen (1961)¹⁹ bepaalt namelijk dat een staat een persoon van de vertegenwoordiging 'persona non grata' kan verklaren. Het Gerechtshof acht daarbij van belang dat geen motivering hoeft te worden gegeven waarom iemand persona non grata wordt verklaard, rekening houdende met

"the difficulty that may be experienced in practice of proving such abuses in every case or, indeed, of determining exactly when exercise of the diplomatic function, expressly recognized in Article 3(1)(d) of the 1961 Convention, of 'ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State' may be considered as involving such acts as 'espionage' or 'interference in internal affairs'."²⁰

Gelet op de internationale diplomatieke verhoudingen is het in de praktijk volstrekt inopportuun om personen tegen wie uitsluitend een vermoeden bestaat dat zij spioneren persona non grata te verklaren. Dit kan de diplomatieke betrekkingen onnodig onder druk zetten en tegenmaatregelen of represailles uitlokken. De Commissie onderschrijft de overweging van het Internationaal Gerechtshof dat het moeilijk kan zijn om de taak van de diplomatieke en consulaire vertegenwoordigingen, in het bijzonder het verzamelen van informatie over het land waar de vertegenwoordiging verblijft, te onderscheiden van inmengingsactiviteiten.

3.3 *Ongewenste inmenging van vreemde mogendheden*

Naast de in paragraaf 3.2 beschreven toegestane activiteiten van buitenlandse overheidsdiensten trachten andere staten in Nederland soms ook op heimelijke wijze vertrouwelijke of geheime gegevens te bemachtigen²¹ en/of personen in Nederland te beïnvloeden. In dat geval is sprake van ongewenste inmenging van een vreemde mogendheid (spionage), waardoor inbreuk wordt gemaakt op het soevereiniteitsbeginsel. Het gaat daarbij onder meer om de klassieke spionageactiviteiten, zoals het verwerven van geheime informatie en de beïnvloeding van de politiek-ambtelijke besluitvorming. Buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn echter ook op andere manieren in Nederland ongewenst actief. Er is bijvoorbeeld een aantal buitenlandse inlichtingendiensten betrokken bij het beïnvloeden, controleren en intimideren van in Nederland aanwezige migrantengroepen en opposanten. Zij trachten grip te houden op hun (voormalige) onderdanen door de integratie in Nederland tegen te gaan en oefenen druk uit op deze personen met het doel hen te rekruteren om (eveneens) te spioneren voor hun land van herkomst. Voor een uiteenzetting van de verschillende vormen van spionage en enkele praktijkgevallen wordt verwezen naar de gezamenlijk door de AIVD en de MIVD uitgebrachte brochure "Spionage en veiligheidsrisico's".²²

Om de daadwerkelijke activiteiten van een inlichtingenfunctionaris te verhullen, treden spionnen in Nederland onder een andere hoedanigheid op, bijvoorbeeld als handelsvertegenwoordiger, student, journalist of wetenschapper. Wereldwijd komen met enige regelmaat incidenten aan het licht waarbij (functionarissen van) diplomatieke of consulaire vertegenwoordigingen worden verdacht van inmengingsactiviteiten. Het onderzoek van de AIVD laat zien dat dit ook in Nederland geen onbekend fenomeen is.

¹⁹ Gelijk aan artikel 23 van het Verdrag van Wenen (1963).

²⁰ Internationaal Gerechtshof 24 mei 1980, 'Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran', <http://www.icj-cij.org>, rechtsoverweging 85.

²¹ Het kan zowel om staatsgeheimen als om bedrijfsgeheimen gaan.

²² Ministerie van Defensie en Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, "Spionage en veiligheidsrisico's: Actueel, onzichtbaar en divers", tweede druk: juli 2005, www.aivd.nl.

Spionageactiviteiten – zowel verricht onder de dekmantel van een diplomatieke of consulaire vertegenwoordiging als in andere vorm – leveren schade op aan de nationale veiligheid. Inmengingsactiviteiten veroorzaken immers een aantasting van de nationale soevereiniteit, ondermijning van de democratische rechtsorde, aantasting van de politiek-ambtelijke integriteit en, doordat vertrouwelijke en geheime informatie terechtkomt bij onbevoegde derden, aantasting van vitale en kwetsbare sectoren in Nederland. Het is derhalve in het belang van de nationale veiligheid dat de AIVD onderzoek verricht naar ongewenste inmengingsactiviteiten van vreemde mogendheden in Nederland.

Het is de AIVD pas toegestaan om met betrekking tot personen en/of organisaties een onderzoek uit te voeren indien er een ernstig vermoeden in de zin van artikel 6 lid 2 sub a WIV 2002 bestaat dat zij inmengingsactiviteiten ontplooiën in Nederland. Dat er sprake moet zijn van een ‘ernstig vermoeden’ voorkomt dat met betrekking tot willekeurige personen en organisaties onderzoek mag worden gedaan.

Personen en organisaties die in Nederland spioneren, kunnen weten dat zij een potentieel voorwerp van onderzoek voor de AIVD zijn. Dit is van belang in verband met het in de Europese rechtspraak ontwikkelde voorzienbaarheids criterium. In 2000 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een arrest gewezen in een zaak waarin een burger een klacht indiende tegen Zwitserland vanwege het afluisteren van een telefoongesprek dat hij voerde met de ambassade van de toenmalige Sovjet Unie, waarvan de telefoonlijn door de Zwitserse autoriteiten werd afgetapt.²³

Het EHRM overweegt dat een inbreuk op het recht op privacy is toegestaan indien de inbreuk bij wet is voorzien (‘in accordance with the law’) en noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van o.a. de nationale veiligheid (artikel 8 lid 2 EVRM).²⁴ Het hof vervolgt:

“The Court draws attention to its established case-law, according which the expression ‘in accordance with the law’ not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects.”²⁵

Het is niet alleen een feit van algemene bekendheid dat inlichtingendiensten onderzoek doen naar ongewenste inmengingsactiviteiten van vreemde mogendheden, maar het blijkt bovendien uit de jaarverslagen van de AIVD. In de WIV 2002 is vastgelegd op welke wijze de AIVD onderzoek mag verrichten.

²³ Het EHRM gaat in het arrest niet in op de vraag of het afluisteren van de ambassade in strijd is met het Verdrag van Wenen (1961), maar toetst het afluisteren uitsluitend aan het Europese Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM). Aan het EHRM werd ook niet de vraag voorgelegd of er een inbreuk was gemaakt op de rechten van de diplomatieke vertegenwoordiging – die rechtsvraag valt onder de jurisdictie van het Internationaal Gerechtshof –, maar of er een inbreuk was gemaakt op het recht op privacy van de burger (artikel 8 lid 1 EVRM).

²⁴ EHRM 16 februari 2000, Case of Amann v. Switzerland, <http://cmiskp.echr.coe.int>, rechtsoverweging 46.

²⁵ Case of Amann v. Switzerland, zie noot 22, rechtsoverweging 50.

4. Bevindingen van de Commissie

4.1 Inzet van algemene en bijzondere bevoegdheden

De AIVD maakt in het onderzoek naar spionage gebruik van een aantal bevoegdheden, zoals genoemd in de WIV 2002. Naast de algemene bevoegdheid om informatie te vragen aan derden (artikel 17 WIV 2002) zet de AIVD ook bijzondere bevoegdheden in, waaronder observatie (artikel 20 WIV 2002) en de inzet van agenten (artikel 21 WIV 2002).

De Commissie heeft onderzocht of bij de ingezette bevoegdheden is voldaan aan de daarvoor in de WIV 2002 gestelde vereisten. Bij de inzet van bijzondere bevoegdheden dient onder meer te zijn voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid (artikel 18 WIV 2002), proportionaliteit en subsidiariteit (artikelen 31 en 32 WIV 2002).

Voorzover het onderzoek van de AIVD zich richt op (functionarissen van) diplomatieke of consulaire vertegenwoordigingen dient de AIVD bovendien rekening te houden met de aan deze personen en organisaties toegekende immuniteiten uit de Verdragen van Wenen (zie par. 3.2.2). De ratio van de verdragen mag niet worden ondermijnd door onderzoekshandelingen van de AIVD. Dit betekent niet dat tegen deze groep geen bijzondere bevoegdheden mogen worden ingezet. De Verdragen van Wenen bevatten bijvoorbeeld geen bepalingen die in de weg staan aan bepaalde vormen van observatie van (functionarissen van) diplomatieke en consulaire vertegenwoordigingen.

De Commissie concludeert dat, behoudens het gestelde in paragraaf 4.3, het onderzoek van de AIVD naar de ongewenste inmenging van vreemde mogendheden in de onderzochte periode van begin 2004 tot halverwege 2006 in overeenstemming met de toepasselijke wettelijke regels c.q. op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

4.2 Observeren (artikel 20 WIV 2002)

In artikel 20 lid 1 sub a van de WIV 2002 is aan de AIVD de bevoegdheid toegekend om natuurlijke personen en zaken te observeren, al dan niet met behulp van observatiemiddelen. Conform artikel 3 lid 1 van het Mandaatbesluit Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 (verder: het Mandaatbesluit AIVD 2002) hebben de Directeur en de teamhoofden mandaat om toestemming te verlenen voor observatie in de zin van artikel 20 WIV 2002. Voor het verlenen van toestemming voor de observatie in een woning is uitsluitend de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties bevoegd (artikel 20 lid 3 WIV 2002).

Gelet op het feit dat observatie niet in alle gevallen even inbreukmakend is, kan de Commissie zich voorstellen dat de toestemming in een (groot) aantal gevallen door de Directeur dan wel het teamhoofd kan worden gegeven. Er zijn evenwel situaties denkbaar, waarbij de inbreuk op de rechten van personen en/of organisaties dusdanig groot is dat het niet langer aanvaardbaar is om de toestemmingsbevoegdheid op een lager niveau dan dat van de dienstleiding neer te leggen. De Commissie doelt op het observeren van personen en organisaties die een bijzondere maatschappelijke positie innemen.

Voor de selectie van personen die een bijzondere maatschappelijke positie bekleden kan naar de zienswijze van de Commissie aansluiting worden gezocht bij de functies en beroepen die zijn genoemd in bijlage 1 van het voornoemde Mandaatbesluit. Deze bijlage bevat een lijst met personen die een bijzondere maatschappelijke positie innemen, zoals rechters, politieke ambtsdragers, diplomaten en verschoningsgerechtigden. Indien deze personen door de

AIVD worden benaderd met het doel hen als agent (artikel 21 WIV 2002) in te zetten, dan moet de toestemming door een hogere functionaris worden gegeven dan standaard volgens het Mandaatbesluit bij de inzet van een agent is toegestaan.

In de memorie van toelichting op de WIV 2002 is aandacht besteed aan de mogelijkheid dat zich bijzondere situaties voordoen, waardoor afgeweken dient te worden van de mandaatregeling:

“Indien zich bijzondere omstandigheden voordoen, bijvoorbeeld dat de uitoefening van een bepaalde bijzondere bevoegdheid potentieel een groot politiek risico oplevert, is het evident dat dit aan de betrokken minister wordt voorgelegd die dan ook zelf een beslissing ter zake neemt.”²⁶

De Commissie is van oordeel dat er sprake is van een bijzondere omstandigheid indien er personen worden geobserveerd, die vanwege hun functie of beroep een bijzondere maatschappelijke positie innemen. Mutatis mutandis geldt dit ook voor de gebouwen waar deze personen werkzaam zijn. De Commissie vindt het passend om de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming voor dergelijke observaties uitsluitend toe te kennen aan de Minister of namens deze aan het hoofd van de AIVD. De Commissie beveelt aan de Mandaatregeling AIVD 2002 hiermee in overeenstemming te brengen.

4.3 *De inzet van agenten (artikel 21 WIV 2002)*

Op grond van artikel 21 WIV 2002 is de AIVD bevoegd tot de inzet van natuurlijke personen die onder verantwoordelijkheid en onder instructie van de AIVD onder andere zijn belast met het verzamelen van gegevens die voor de taakuitvoering van de AIVD van belang zijn. Deze personen worden agenten genoemd.

De Directeur en de teamhoofden hebben mandaat om toestemming te verlenen voor de inzet van een agent (artikel 4 Mandaatbesluit AIVD 2002). Bij het eerste verzoek om toestemming is uitsluitend de Directeur bevoegd om de toestemming te verlenen. De toestemming voor het verlengen van de operatie wordt doorgaans door het teamhoofd gegeven.

De termijn waarvoor de toestemming maximaal mag worden verleend dan wel verlengd bedraagt drie maanden (artikel 19 lid 3 WIV 2002). In het reeds eerder genoemde wetsvoorstel inzake de Post Madrid-maatregelen wordt voorgesteld om de maximale termijn te verlengen tot een jaar.²⁷ Dit heeft te maken met het feit dat de recrutering, opbouw en inzet van een agent vaak veel tijd vergt, waardoor het bij de inzet van een agent over het algemeen gaat om langlopende operaties.²⁸

In een eerder toezichtsrapport²⁹ heeft de Commissie reeds aandacht besteed aan de verlengingsverzoeken voor de inzet van een agent. In het rapport is geconcludeerd dat wanneer de maximale termijn van de toestemming voor de inzet van een agent wordt verruimd, de Commissie het aangewezen acht dat de mandaatregels van de AIVD worden aangepast. Naar het oordeel van de Commissie zou de Directeur de bevoegde functionaris dienen te zijn bij het verlenen van toestemming voor de verlenging van de inzet van agenten,

²⁶ Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 27 (memorie van toelichting).

²⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 553, nr. 2, p. 4 (artikel 21 lid 8 WIV 2002 (nieuw)).

²⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 553, nr. 3, p. 29.

²⁹ Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar de rechtmatigheid van de uitvoering van een contra-terrorisme operatie van de AIVD, toezichtsrapport nr. 7, paragraaf 3 en conclusie 9.2, gepubliceerd op www.ctivd.nl, alsmede in het jaarverslag 2005-2006 van de Commissie.

omdat de Directeur meer afstand heeft ten opzichte van de operatie dan het teamhoofd en daardoor een objectiever oordeel kan geven over zaken als noodzakelijkheid (artikel 18 WIV 2002), proportionaliteit en subsidiariteit (artikelen 31 en 32 WIV 2002) van de operatie.

Totdat het wetsvoorstel voor verlenging van de termijn is geïmplementeerd, zal iedere drie maanden opnieuw toestemming moeten worden verleend indien voortdurende van de operatie wenselijk wordt geacht. De toestemming wordt schriftelijk verleend (artikel 11 Mandaatbesluit AIVD 2002). In spoedeisende gevallen kan de toestemming mondeling worden gegeven, waarna de toestemming zo spoedig mogelijk schriftelijk wordt bevestigd.

De Commissie heeft geconstateerd dat bij een van de onderzochte teams de schriftelijke toestemming voor de verlenging van de inzet van agenten veelal te laat is gegeven of zelfs in het geheel ontbreekt. Het teamhoofd was wel op de hoogte van de (verlengde) inzet van de agenten. Inmiddels wordt de (schriftelijke) toestemming voor de verlenging van de inzet van een agent tijdig verleend.

De Commissie acht naleving van de bepaling uit het Mandaatbesluit, dat toestemmingsbesluiten schriftelijk dienen te worden verleend, althans bevestigd, van groot belang. Ieder besluit dient deugdelijk te worden gemotiveerd. Bij de beslissing of het nog langer gerechtvaardigd is om door te gaan met de inzet van een bijzondere bevoegdheid, dient stil te worden gestaan bij de afwegingen in het kader van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Bij een verlenging dient tevens de opbrengst van de operatie te worden afgewogen tegen de inbreuk die wordt gemaakt op de rechten van betrokkenen. Door de afweging schriftelijk vast te leggen wordt bevorderd dat een gemotiveerd besluit wordt genomen, dat bovendien daardoor achteraf (door de Commissie) controleerbaar is. De Commissie dringt daarom aan op een zorgvuldige schriftelijke vastlegging van de besluiten tot verlenging van de inzet van een agent.

5. Conclusies en aanbevelingen

- 5.1 De Commissie concludeert dat het onderzoek van de AIVD naar de ongewenste inmenging van vreemde mogendheden in de onderzochte periode van begin 2004 tot halverwege 2006 in overeenstemming met de toepasselijke wettelijke regels c.q. op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden, behoudens het gestelde in conclusie 5.3 (paragraaf 4.1).
- 5.2 De Commissie beveelt aan om het Mandaatbesluit AIVD 2002 aan te passen door het beslissingsniveau voor het observeren in de zin van artikel 20 WIV 2002 op het niveau van de Minister of namens deze het hoofd van de AIVD neer te leggen indien het de observatie van een persoon betreft die vanwege zijn functie of beroep een bijzondere maatschappelijke positie. Mutatis mutandis geldt dit voor een observatie van de gebouwen waar deze personen werkzaam zijn. (paragraaf 4.2).
- 5.3 De Commissie heeft geconstateerd dat bij een van de onderzochte teams de schriftelijke toestemming voor de verlenging van de inzet van agenten (artikel 21 WIV 2002) veelal te laat is gegeven of zelfs in het geheel ontbreekt. Inmiddels wordt de toestemming voor de verlenging van de inzet van een agent tijdig verleend (paragraaf 4.3).
- 5.4 De Commissie acht naleving van de bepaling uit het Mandaatbesluit, dat toestemmingsbesluiten schriftelijk dienen te worden vastgelegd, van groot belang.

Ieder besluit dient deugdelijk te worden gemotiveerd. De Commissie beveelt dringend aan acht te slaan op een zorgvuldige schriftelijke vastlegging van de besluiten tot verlenging van de inzet van een agent (paragraaf 4.3).

Aldus vastgesteld in de vergadering van de Commissie d.d. 15 mei 2007.