
TOEZICHTSRAPPORT

Inzake het onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen

1. Inleiding

Op 21 januari 2006 heeft het dagblad De Telegraaf een artikel gepubliceerd, waarin wordt vermeld dat dit dagblad in het bezit was gekomen van gerubriceerde documenten (staatsgeheimen) van de toenmalige Binnenlandse Veiligheidsdienst (BVD), thans de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD). In latere edities van De Telegraaf is nog een aantal keren aandacht besteed aan datzelfde onderwerp. De staatsgeheimen waarover wordt bericht zouden circuleren in het criminele circuit. De documenten uit het gelekte dossier hebben betrekking op het zogenoemde Mikado-onderzoek van de BVD: een operationeel onderzoek naar de mogelijke verwevenheid van de onderwereld en de bovenwereld en naar mogelijke integriteitsaantastingen in relatie tot het openbaar bestuur en de rechtspleging in Nederland. Het Mikado-onderzoek dat van ongeveer 1996 tot 2000 is uitgevoerd richtte zich onder meer op de toetsing van verhalen over corrupte ambtenaren die contacten zouden onderhouden met de gewelddadige groepering rondom de bij Justitie bekende Mink K. Tevens ging de aandacht uit naar de wapens waarover de groepering leek te beschikken.

Een belangrijk deel van het werkdossier van het Mikado-team is terechtgekomen bij De Telegraaf. Het gelekte materiaal heeft een omvang van meer dan duizend pagina's en bestaat onder meer uit gespreksverslagen met menselijke bronnen, teamverslagen, voortgangsrapportages en uitwerkingen van telefoontaps. De Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (verder: de Commissie) heeft geconstateerd dat de gelekte documenten zeer gevoelige informatie bevatten over menselijke bronnen, medewerkers en de werkwijze (modus operandi) van de veiligheidsdienst.

Nadat de AIVD vernomen had dat gerubriceerde informatie is gelekt en dat deze documenten in het bezit zijn gekomen van onbevoegde derden heeft de AIVD een tweetal onderzoeken ingesteld. Deze twee onderzoeken van de AIVD en de rol van de Commissie ten opzichte van die onderzoeken worden in paragraaf 2 en 3 uiteengezet.

2. Onderzoek door de AIVD conform Vir-bi

2.1 *Onderzoek door de AIVD*

Ten eerste heeft de AIVD een onderzoek ingesteld conform artikel 18 van het Voorschrift informatiebeveiliging rijksdienst – bijzondere informatie (Vir-bi). Een dergelijk onderzoek wordt ingesteld nadat bijzondere informatie (zoals staatsgeheimen) onbedoeld in de openbaarheid is gekomen (artikel 17 lid 1 Vir-bi) en heeft tot doel vast te stellen hoe die compromittering heeft plaatsgevonden, wat de aard en omvang van de schade is en welke maatregelen genomen moeten worden om de schade te beperken en herhaling te voorkomen (artikel 18 lid 2 Vir-bi).

Het betreft een onderzoek naar de wijze waarop staatsgeheimen in een organisatie zijn beveiligd om te kunnen beoordelen hoe de compromittering heeft kunnen plaatsvinden en of, en zo ja hoe, de beveiliging dient te worden verbeterd om herhaling in de toekomst te voorkomen. Daarnaast wordt bekeken welke gerubriceerde informatie in de openbaarheid is gekomen en welke gevolgen dat kan hebben. Bij het uitlekken van staatsgeheimen van de AIVD gaat het ook om de vraag welke menselijke bronnen en medewerkers van de AIVD in de gelekte stukken worden genoemd en of er beveiligingsmaatregelen ten aanzien van deze personen moeten worden genomen. Voorts wordt bekeken in hoeverre lopende onderzoeken van de AIVD schade hebben ondervonden van het lek.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de AIVD in het kader van een Vir-bi-onderzoek geen gebruik mag maken van de bijzondere bevoegdheden als genoemd in de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 (verder: WIV 2002). Het onderzoek is gericht op beveiligingsaspecten voor de organisatie waaruit de staatsgeheimen zijn gelekt. Het betreft geen operationeel onderzoek naar personen die een gevaar vormen voor (het voortbestaan van) de democratische rechtsorde dan wel voor de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat (artikel 6 lid 2 sub a WIV 2002).

2.2 *Rol van de Commissie van Toezicht*

In een spoeddebat in de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 26 januari 2006 heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (verder: de Minister) aangekondigd dat de AIVD dit Vir-bi-onderzoek zelf zal uitvoeren.¹ De Minister heeft daarbij toegezegd dat hij de Commissie zal verzoeken te adviseren over de opzet van het onderzoek. De Commissie heeft aan dit verzoek voldaan door voor de aanvang van het Vir-bi-onderzoek de opzet en inrichting van het onderzoek te toetsen aan de eisen die daarvoor in het Vir-bi worden gesteld.

3. **Onderzoek door de AIVD conform WIV 2002**

3.1 *Onderzoek door de AIVD*

Naast het Vir-bi-onderzoek heeft de AIVD in het belang van de nationale veiligheid een operationeel onderzoek in de zin van de WIV 2002 ingesteld. Zoals nader in paragraaf 3.3 wordt uiteengezet is de Commissie niet bij de opzet van het operationele onderzoek betrokken geweest.

Eén van de taken van de AIVD is het verrichten van onderzoek met betrekking tot personen en organisaties die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten een gevaar vormen voor (het voortbestaan van) de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat (artikel 6 lid 2 sub a WIV 2002), de zogenoemde a-taak.

Wanneer gerubriceerd materiaal van de inlichtingen- en veiligheidsdienst wordt gelekt, zijn de integriteit en het functioneren van de AIVD in het geding. De AIVD kan zijn werk niet effectief uitvoeren indien onbevoegde derden informatie over onderzoeken van de AIVD (kunnen) bemachtigen. In dat geval komt de betrouwbaarheid van de AIVD, die essentieel is voor de samenwerking met partners (bijvoorbeeld buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten) en het opbouwen van een vertrouwensrelatie met menselijke bronnen, in gevaar. Tevens worden de operationele onderzoeken van de AIVD belemmerd indien het

¹ *Handelingen II* 26 januari 2006, nr. 42, p. 2818-2819.

actueel kennisniveau en de modus operandi van de AIVD bekend worden bij derden, die mogelijk zelf binnen het aandachtsveld van de dienst opereren. Aldus heeft het lekken van staatsgeheimen een zeer nadelig effect op het functioneren van de gehele AIVD.

De AIVD heeft bovendien de verplichting om zorg te dragen voor de geheimhouding van zijn menselijke bronnen en de veiligheid van zijn medewerkers (artikel 15 WIV 2002).

Een integere AIVD is noodzakelijk om de taken die de dienst in de WIV 2002 zijn toebedeeld effectief te kunnen uitvoeren. Is dat niet mogelijk, dan kan (het voortbestaan van) de democratische rechtsorde dan wel de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat in gevaar komen. Een onderzoek in de zin van artikel 6 lid 2 sub a WIV 2002 is in dat geval noodzakelijk om zicht te krijgen op de organisaties en personen die door hun activiteiten een gevaar vormen voor een effectieve taakuitvoering door de AIVD.

De AIVD heeft de Commissie meegedeeld dat het operationele onderzoek zich niet primair richtte op het achterhalen van de persoon die de stukken bij de AIVD heeft ontvreemd. Deze vraag is dan ook niet met zoveel woorden opgenomen in de teamopdracht, waarbinnen de AIVD de kaders van een onderzoek vastlegt.

Naar de zienswijze van de Commissie is de beantwoording van deze vraag nodig om te kunnen beoordelen in hoeverre het integer en effectief functioneren van de AIVD in het geding is en om te achterhalen waar zich mogelijk nog staatsgeheimen bevinden. De onderzoekshandelingen van de AIVD in het onderhavige onderzoek wijzen ook uit dat de AIVD – naar het oordeel van de Commissie terecht, zij het dat het niet met zoveel woorden in de teamopdracht is vermeld – gericht heeft gezocht naar personen die over de documenten zouden kunnen beschikken.

Ter bevordering van de duidelijkheid merkt de Commissie op dat het in dit geval niet gaat om de zogenoemde c-taak van de AIVD. In artikel 6 lid 2 sub c WIV 2002 is de beveiligingsbevorderende taak van de AIVD opgenomen. Het betreft een preventieve taak die zich richt op veiligheidsmaatregelen bij overheidsdiensten en bepaalde bedrijven met het doel aantasting van de door de AIVD te behartigen belangen te voorkomen. Bij de uitvoering van de c-taak van de AIVD is op voorhand voor de betrokken persoon of organisatie duidelijk dat en om welke redenen er activiteiten door de AIVD worden ontplooid.² De AIVD kan bij het uitvoeren van de c-taak geen gebruik maken van bijzondere bevoegdheden (artikel 18 WIV 2002).

De AIVD bevordert dat overheidsdiensten en bedrijven veiligheidsmaatregelen nemen die noodzakelijk zijn ter bescherming van de nationale veiligheid. Die veiligheidsmaatregelen kunnen onder meer zijn gericht op het *voorkomen* van integriteitsaantastingen en het schenden van staatsgeheimen. Zijn er evenwel aanwijzingen dat de integriteit binnen een overheidsdienst of een bedrijf wordt geschonden of dat staatsgeheimen zijn gelekt en zijn de door de AIVD te behartigen belangen daarmee in het geding, dan kan de AIVD besluiten tot het uitvoeren van een a-onderzoek. In het onderhavige onderzoek was dit het geval.

3.2 *Verhouding met het opsporingsonderzoek*

Het schenden van staatsgeheimen en het onbevoegd onder zich nemen of houden van staatsgeheimen zijn strafbare feiten in de zin van de artikelen 98 e.v. van het Wetboek van Strafrecht. De AIVD heeft daarom op 22 januari 2006 aangifte gedaan bij de Landelijk Officier van Justitie voor Terrorismebestrijding (LOvJ), die een spilfunctie bekleedt tussen het openbaar ministerie en de AIVD. De Rijksrecherche is naar aanleiding van de aangifte een opsporingsonderzoek begonnen. Dit onderzoek staat los van het operationele AIVD-

² *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 13.*

onderzoek. Wel is er sprake van het onderling verstrekken van informatie op basis van artikel 36 e.v. respectievelijk 61 en 62 WIV 2002.

In artikel 9 lid 1 WIV 2002 is vastgelegd dat ambtenaren van de AIVD geen bevoegdheid tot het opsporen van strafbare feiten bezitten. De AIVD is derhalve niet gerechtigd om bijzondere bevoegdheden in te zetten met een opsporingsdoel. De inlichtingendienst kan deze bevoegdheden alleen aanwenden bij de uitvoering van zijn eigen taak.

De aandachtsgebieden van de politie en het openbaar ministerie enerzijds en die van de AIVD anderzijds liggen soms in elkaars verlengde. De opsporingsdiensten en de AIVD benaderen hun onderzoeken evenwel ieder vanuit een andere invalshoek. Een opsporingsonderzoek is gericht op het vergaren van bewijs ten behoeve van het strafproces. Een onderzoek van de AIVD is daarentegen gericht op het tijdig informeren van de tot handelen bevoegde autoriteiten over dreigingen tegen de democratische rechtsorde of gevaren voor de veiligheid of andere gewichtige belangen van de Staat met het doel aantasting van die belangen te voorkomen.

In de zaak van de gelekte staatsgeheimen waarover De Telegraaf heeft gepubliceerd is het de taak van de opsporingsdiensten om informatie te verzamelen over de vraag wie de staatsgeheimen bij de BVD heeft ontvreemd en welke onbevoegde derden het gelekte materiaal onder zich houden of hebben gehouden.

Het onderzoek van de AIVD heeft een andere insteek, doordat de AIVD onderzoekt in hoeverre de integriteit en het effectief functioneren van de AIVD is geschonden en mogelijk nog steeds wordt geschonden. Bij een lek van deze omvang is het bovendien noodzaak te achterhalen of er mogelijk nog meer documenten zijn gelekt en waar deze zich bevinden om de schade voor lopende operationele onderzoeken en de gevaren voor menselijke bronnen en medewerkers van de AIVD in kaart te kunnen brengen.

Hoewel het AIVD-onderzoek niet gericht is op het verzamelen van bewijs voor het strafproces, kan de AIVD bij de uitvoering van zijn eigen taak stuiten op informatie die tevens van belang kan zijn voor de opsporing en vervolging van strafbare feiten. In dat geval heeft de AIVD op grond van artikel 38 WIV 2002 de mogelijkheid om de informatie via een ambtsbericht aan de LOvJ beschikbaar te stellen aan het openbaar ministerie.³ In het onderhavige onderzoek is een aantal ambtsberichten aan het openbaar ministerie uitgebracht.

3.3 *Rol van de Commissie van Toezicht*

De Commissie is niet bij de opzet van het operationele onderzoek van de AIVD betrokken geweest. Dit is ook niet wenselijk, omdat de Commissie ingevolge de WIV 2002 een toezichthoudende taak heeft, die de onafhankelijkheid van de Commissie ten opzichte van de operationele onderzoeken van de AIVD noodzakelijk maakt. De beslissingen over de inrichting en de uitvoering van operationele onderzoeken worden genomen door de AIVD zelf en, voor zover dat wettelijk is vereist, door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. De Commissie toetst achteraf of het door de AIVD uitgevoerde onderzoek rechtmatig heeft plaatsgevonden en is uitgevoerd.

³ Zie voor meer informatie over ambtsberichten het *'Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar de door de AIVD uitgebrachte ambtsberichten in de periode van januari 2004 tot oktober 2005'*, toezichtsrapport nr. 9a, www.ctivd.nl.

Op verzoek van de Minister (conform artikel 64 lid 2 sub b WIV 2002) heeft de Commissie een onderzoek verricht naar de rechtmatigheid van het operationele onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen, inclusief de beweerdte inzet van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten.⁴ Dit onderzoek van de Commissie is bij brief d.d. 29 juni 2006, conform artikel 78 lid 3 WIV 2002, aangekondigd aan de voorzitters van de Eerste en de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het onderhavige toezichtsrapport bevat de bevindingen van dit onderzoek.

4. Onderzoek van de Commissie en verdere indeling van het rapport

4.1 Werkzaamheden van de Commissie

Het onderzoek van de Commissie naar het operationele onderzoek van de AIVD heeft bestaan uit de bestudering van het onderzoeksdossier van de AIVD. Daarnaast zijn gesprekken gevoerd met de dienstleiding en enkele medewerkers van de AIVD.

4.2 Verdere indeling van het rapport

In de paragrafen 5 en 6 geeft de Commissie een beoordeling van de rechtmatigheid van de inzet van bijzondere bevoegdheden door de AIVD in het onderzoek naar het uitlekken van staatsgeheimen. Ten eerste wordt aandacht besteed aan het verschil tussen targets en non-targets (paragraaf 5). Daarna wordt de inzet van bijzondere bevoegdheden in het onderzoek van de AIVD beoordeeld, waarbij enkele tekortkomingen worden geconstateerd (paragraaf 6). In paragraaf 7 wordt ingegaan op de vraag of de bevindingen van de Commissie van invloed zijn op de uitgebrachte ambtsberichten.

De publicaties in De Telegraaf hebben geleid tot veel aandacht in de media en in politieke kringen. De Commissie beschouwt het als haar taak om in dit toezichtsrapport aandacht te besteden aan enkele vragen die in het maatschappelijke debat rond deze publicaties zijn opgeworpen. In de paragrafen 2 en 3 is om die reden reeds uitgebreid ingegaan op de verschillende onderzoeken van de AIVD en de rol van de Commissie van Toezicht ten opzichte van die onderzoeken. In paragraaf 8 van dit toezichtsrapport wordt om diezelfde reden een uiteenzetting gegeven over het journalistieke recht op bronbescherming. Paragraaf 9 gaat over de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen personen die krachtens wet of rechtspraak over een volledig c.q. beperkt verschoningsrecht beschikken.⁵

Paragraaf 10 handelt over de verwijdering en vernietiging van gegevens.

Tot slot worden in paragraaf 11 de conclusies en aanbevelingen van de Commissie opgesomd. Deze aanbevelingen houden onder meer in de vernietiging van enkele onderdelen van het onderzoeksdossier, zoals nader uitgewerkt in een geheim overzicht.

Het toezichtsrapport bevat een geheime bijlage ten behoeve van de Commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

⁴ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 876, nr. 17, p. 3.

⁵ Het journalistieke recht op bronbescherming wordt ook wel aangemerkt als een beperkt verschoningsrecht, zie verder de paragrafen 8 en 9.

4.3 Klacht

De Commissie is tevens als klachtadviescommissie betrokken bij deze zaak. De journalisten die het artikel over de gelekte BVD-documenten hebben geschreven, het dagblad De Telegraaf, de Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ) en het Nederlands Genootschap van Hoofdredacteuren (NGH) hebben immers bij de Minister een klacht ingediend tegen de AIVD. De Minister heeft op grond van artikel 83 lid 2 WIV 2002 de Commissie verzocht hem te adviseren omtrent de klacht. Op het moment dat de klacht door de Commissie is ontvangen was reeds een kort geding-procedure aanhangig tussen genoemde klagers en de Staat over hetzelfde onderwerp. De Commissie heeft besloten de behandeling van de klacht pas aan te vangen nadat het gerechtshof te 's-Gravenhage, als de hoogste feitelijke rechter in deze zaak, een beslissing heeft genomen. Het hof heeft op 31 augustus 2006 arrest gewezen⁶, waarna de Commissie is begonnen met de klachtbehandeling. Inmiddels heeft de Commissie haar advies over de klacht uitgebracht.

De klachtbehandeling verschilt ten opzichte van een rechtmatigheidsonderzoek van de Commissie, doordat bij de klachtbehandeling niet alleen wordt gekeken naar de rechtmatigheid van de inlichtingenactiviteiten van de AIVD, maar tevens naar de vraag of de AIVD behoorlijk heeft gehandeld ten opzichte van de klager. Bovendien wordt bij een klachtbehandeling uitsluitend aandacht besteed aan de onderwerpen die door de klager zijn aangevoerd. Bij een rechtmatigheidsonderzoek kiest de Commissie zelf de onderwerpen die aan een onderzoek worden onderworpen. Dit kan betekenen dat een rechtmatigheidsonderzoek ruimer dan wel beperkter van omvang is dan de klachtbehandeling over eenzelfde onderzoek van de AIVD.

In dit toezichtsrapport kan dan ook geen beantwoording van de klacht worden gelezen, laat staan dat het gelijk gesteld kan worden met het door de Commissie aan de Minister gegeven advies over de afdoening van de klacht.

5. Targets versus non-targets

De AIVD heeft de bevoegdheid om in bepaalde gevallen en onder bepaalde voorwaarden bijzondere bevoegdheden in te zetten, zoals het afluisteren van telefoons, observeren en de inzet van agenten (artikelen 18 t/m 30 WIV 2002). De Commissie heeft bij haar onderzoek naar de rechtmatigheid van het operationele onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen vastgesteld dat de AIVD in sommige gevallen bijzondere bevoegdheden inzet tegen personen, die niet als target van de AIVD (kunnen) worden beschouwd.

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 (artikel 6 lid 2 sub a en artikel 13 lid 1 sub a WIV 2002). Non-targets zijn de personen of organisaties die niet onder deze begripsomschrijving vallen.

Bijzondere bevoegdheden mogen op grond van artikel 18 WIV 2002 worden ingezet voor zover dat noodzakelijk is voor een goede taakuitvoering. Die taak houdt in dat de AIVD onderzoek verricht *met betrekking tot* personen en organisaties die als targets worden beschouwd (artikel 6 lid 2 sub a WIV 2002). Het onderzoek dient aldus gericht te zijn op het verzamelen van gegevens over een target. De meest aangewezen manier om informatie over

⁶ Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2006, *LJN-nummer* AY7004.

het target te verkrijgen is via de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen het target zelf. Door zijn telefoon af te luisteren, door hem te observeren, door van hem telefonieverkeersgegevens op te vragen et cetera, kan zicht worden gekregen op de activiteiten die deze persoon ontplooit.

Soms kan de AIVD geen grip op het target krijgen door de inzet van bijzondere bevoegdheden (uitsluitend) tegen het target zelf. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de AIVD het zicht op een target is verloren. In een dergelijk geval acht de AIVD het soms noodzakelijk om bijzondere bevoegdheden in te zetten tegen non-targets met het doel om via deze weg zicht te krijgen op het target.

De Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 biedt ruimte om bijzondere bevoegdheden in te zetten tegen non-targets. Artikel 13 lid 1 aanhef en sub a WIV 2002 bepaalt dat de verwerking van persoonsgegevens, zoals gegevensverzameling⁷, (slechts) *betrekking kan hebben* op personen die zijn aan te merken als targets. Daarnaast is in de taakomschrijving van de AIVD bepaald dat de AIVD onderzoek verricht *met betrekking tot* targets (artikel 6 lid 2 sub a WIV 2002).

Het verzamelen van gegevens via de inzet van een bijzondere bevoegdheid tegen een non-target is derhalve mogelijk, maar uitsluitend indien dit wordt gedaan om meer te weten te komen over het target. In deze zin heeft de inzet van de bevoegdheid tegen het non-target *betrekking op* het verkrijgen van informatie over het target.

Om te beoordelen of de inzet van bijzondere bevoegdheden gerechtvaardigd is moet enerzijds worden gekeken naar de inbreuk die met de inzet van de bevoegdheid wordt gemaakt en anderzijds naar de belangen die door de inzet worden gediend. De inbreuk dient noodzakelijk (artikel 18 WIV 2002) en proportioneel (artikel 31 WIV 2002) te zijn ten opzichte van het te dienen belang en bovendien dient de minst inbreukmakende bevoegdheid te worden ingezet (subsidiariteitsbeginsel ex artikel 31 en 32 WIV 2002). De belangen die met de inbreuk worden gediend en de zwaarte van de inbreuk zijn per geval verschillend. Bij de inzet van *iedere* bijzondere bevoegdheid zal daarom opnieuw de afweging moeten worden gemaakt of de inbreuk, gelet op de te dienen belangen, gerechtvaardigd is.

Is de persoon tegen wie een bijzondere bevoegdheid wordt ingezet een non-target dan wordt minder gemakkelijk voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Tegen deze persoon bestaan immers (vooralsnog) geen aanwijzingen dat hij of zij een gevaar vormt voor de belangen die door de AIVD worden behartigd. Desondanks wordt de persoonlijke levenssfeer geschonden indien de AIVD via deze persoon informatie over een target probeert te verkrijgen.

Het doel van de inzet van de bijzondere bevoegdheid tegen een non-target dient duidelijk te worden gemotiveerd. Zodra dit doel is bereikt, moet de uitoefening van de bevoegdheid onmiddellijk worden gestaakt (artikel 32 WIV 2002). Is het doel bijvoorbeeld om een uit het zicht verloren target weer in beeld te krijgen en is dat via de inzet van een bijzondere bevoegdheid tegen een non-target gelukt, dan is er geen rechtvaardiging om het middel nog langer tegen het non-target in te zetten.

De Commissie heeft vastgesteld dat de AIVD in het onderzoek naar het uitlekken van staatsgeheimen bijzondere bevoegdheden heeft ingezet tegen enkele personen die door de

⁷ Onder gegevensverwerking wordt blijkens artikel 1 sub f WIV 2002 onder meer verstaan het verzamelen van gegevens. De inzet van een bijzondere bevoegdheid is een vorm van gegevensverzameling (paragraaf 3.2 WIV 2002).

AIVD (naar het oordeel van de Commissie terecht) niet als targets zijn beschouwd. Gelet op alle omstandigheden van het geval acht de Commissie de inzet van de bijzondere bevoegdheden tegen de meeste van deze non-targets in overeenstemming met de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

De Commissie is van oordeel dat het aftappen van de telefoon van één non-target niet in overeenstemming was met het vereiste van subsidiariteit (artikel 31 lid 2 WIV 2002). De AIVD had naar het oordeel van de Commissie eerst langs andere weg de benodigde informatie moeten trachten te verkrijgen. De Commissie beveelt aan om de gegevens die door middel van de inzet van deze bijzondere bevoegdheid zijn verkregen te vernietigen.

De Commissie heeft in de geheime bijlage bij dit toezichtsrapport een overzicht opgenomen van de onderdelen uit het onderzoeksdossier die naar het oordeel van de Commissie dienen te worden vernietigd.

6. De inzet van bijzondere bevoegdheden in het onderzoek naar het uitlekken van staatsgeheimen

Algemeen

De AIVD heeft in het onderhavige onderzoek verschillende bijzondere bevoegdheden ingezet. Naar het oordeel van de Commissie is de inzet van de bijzondere bevoegdheden rechtmatig geweest, behoudens de reeds in paragraaf 5 genoemde tekortkoming met betrekking tot de inzet van een bijzondere bevoegdheid tegen een non-target en de tekortkomingen die hieronder worden uiteengezet. Het betreffen te uitgebreide uitwerkingen van telefoontaps, een te vroege aansluiting van een telefoontap en het aftappen van een verkeerde persoon. Het gaat hier om uitzonderingen.

Te uitgebreide uitwerkingen van telefoontaps

Gegevensverwerking, waaronder het vastleggen van gegevens (artikel 1 sub f WIV 2002), mag slechts plaatsvinden voor een bepaald doel en uitsluitend voor zover dat noodzakelijk is voor een goede taakuitvoering (artikel 12 lid 2 WIV 2002).

Bij het aftappen van een telefoon is het noodzakelijk om alle gesprekken die via de lijn worden gevoerd (gedeeltelijk) uit te luisteren om de relevantie voor het onderzoek van de AIVD te kunnen beoordelen. Het uitwerken en vastleggen van het gesprek mag echter alleen indien dit een bepaald doel heeft en indien dat noodzakelijk is voor het onderzoek.

De Commissie constateert dat verschillende gesprekken zijn uitgewerkt over zaken die geen betrekking hadden op het onderzoek naar het uitlekken van staatsgeheimen en ook niet verder van belang waren voor de taakuitvoering van de AIVD. Voor een (belangrijk) deel van deze uitwerkingen geldt dat al bij een eerste beoordeling duidelijk had moeten zijn dat de gesprekken irrelevant voor het onderzoek waren. De constatering ziet ook op gesprekken die afgeluisterde targets voerden met 'klassieke' geheimhouders.⁸

De Commissie constateert tevens dat de gegevens na het ten onrechte vastleggen niet direct zijn verwijderd en vernietigd (artikel 43 WIV 2002). De Commissie beveelt aan dit alsnog te doen.

⁸ Klassieke geheimhouders zijn advocaten, notarissen, artsen en geestelijken. De Commissie heeft een uiteenzetting gegeven over het aftappen van telecommunicatie met geheimhouders in het 'Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar het AIVD-onderzoek naar radicaal dierenrechtactivisme en links-extremisme', toezichtsrapport nr. 6, www.ctivd.nl. Zie ook paragraaf 9 van het onderhavige toezichtsrapport.

Te vroege aansluiting van een telefoontap

De Commissie heeft enkele uitwerkingen van een telefoontap aangetroffen, terwijl voor die specifieke telefoontap op het moment van inzet nog geen toestemming van de Minister was verkregen. De mondelinge toestemming voor de inzet van de telefoontap volgde ongeveer een uur nadat de feitelijke aansluiting van de telefoontap was gerealiseerd.⁹

Bijzondere bevoegdheden mogen pas worden ingezet *nadat* er – mondeling dan wel schriftelijk – toestemming is gegeven door het bevoegde gezag. Toestemming kan niet met terugwerkende kracht worden verleend. Is reeds met de feitelijke uitvoering begonnen voordat de noodzakelijke toestemming aanwezig was, dan is de eventuele opbrengst op onrechtmatige wijze verkregen en dient deze te worden verwijderd en vernietigd in de zin van artikel 43 WIV 2002. De Commissie beveelt dan ook aan de opbrengst van de telefoontap uit de periode waarin nog geen toestemming van de Minister aanwezig was te vernietigen.

Is de toestemming voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid mondeling gegeven, dan dient dit schriftelijk te worden bevestigd door de persoon die de toestemming heeft gegeven. De Commissie acht het van belang dat de toestemmingsbeschikking zo spoedig mogelijk na de verstrekking van de mondelinge toestemming wordt ondertekend. Door de schriftelijke vastlegging kan worden gecontroleerd op welk moment en voor welke periode de toestemming is gegeven en wat de motivering was voor de inzet van de bijzondere bevoegdheid.

De Commissie heeft geconstateerd dat op de schriftelijke toestemmingsbeschikkingen soms – door een ander dan de persoon die de toestemming moet geven – met de pen is bijgeschreven dat reeds eerder mondelinge toestemming is verleend. De Commissie kan in dat geval niet controleren of de persoon die de toestemming moet geven ook heeft getekend voor de bevestiging van de mondelinge toestemming. De Commissie heeft geen reden te vermoeden dat de bijschrijvingen onjuist zijn, maar acht het beter om elke schijn van antidatering te voorkomen door in de tekst van de toestemmingsbeschikking op te nemen op welke datum en welk tijdstip de mondelinge toestemming is gegeven. Op die manier wordt met de ondertekening van de beschikking door de juiste persoon bevestigd dat de mondelinge toestemming op een eerdere datum was verstrekt.

De Commissie adviseert in interne richtlijnen voor de AIVD op te nemen dat een mondeling gegeven toestemming zo spoedig mogelijk schriftelijk wordt bevestigd en dat in de schriftelijke toestemmingsbeschikking de datum en het tijdstip worden vermeld, waarop de mondelinge toestemming is gegeven.

Aftappen van een verkeerde persoon

Tijdens het onderzoek heeft de AIVD van een betrouwbaar geachte bron enkele telefoonnummers ontvangen die mogelijk zouden toebehoren aan een target van de AIVD. Twee van deze telefoonnummers stonden op naam van een andere persoon dan het target. Dit hoeft op zich geen belemmering te zijn voor het aftappen van een telefoonnummer, omdat een telefoon immers in gebruik kan zijn bij iemand anders.

De AIVD heeft toestemming gevraagd en gekregen om de twee telefoonnummers af te tappen. Daags nadat de AIVD de telefoonnummers is gaan aftappen bleek bij één van de twee taps dat de telefoon niet in gebruik was bij het target. De AIVD heeft die telefoontap direct afgesloten, de andere telefoontap is evenwel nog enige tijd aangesloten gebleven. Omdat deze telefoontap geen relevante informatie opleverde, is deze tap ruim een maand na de feitelijke aansluiting eveneens afgesloten.

⁹ De AIVD heeft deze te vroege aansluiting reeds zelf geconstateerd. Desondanks is de AIVD overgegaan tot het uitwerken van deze gesprekken.

De Commissie constateert dat de AIVD de twee telefoonnummers is gaan aftappen zonder daarbij de noodzakelijke zorgvuldigheid in acht te nemen. De reeds bij de AIVD beschikbare informatie had aanleiding moeten geven om een onderzoek in te stellen naar de vraag wie de persoon was op wiens naam de telefoonnummers stonden. Mogelijk had de AIVD reeds daardoor achterhaald dat de telefoons (hoogstwaarschijnlijk) niet in gebruik waren bij het target. Door dit na te laten heeft de AIVD niet de zorgvuldigheid in acht genomen die van een inlichtingen- en veiligheidsdienst bij de inzet van bijzondere bevoegdheden mag worden verwacht. De Commissie beveelt aan dat de (geringe) opbrengst van deze telefoontaps wordt vernietigd.

7. Ambtsberichten

De AIVD heeft enkele ambtsberichten aan het openbaar ministerie verstrekt met gegevens die voortvloeiden uit het operationele onderzoek. De geconstateerde tekortkomingen die in de paragrafen 5 en 6 van dit toezichtsrapport zijn uiteengezet hebben geen invloed op de rechtmatige verkrijging van de gegevens die door middel van de ambtsberichten extern zijn verstrekt.

8. Het journalistieke recht op bronbescherming in het algemeen

Een van de cruciale vragen die bij het onderzoek van de Commissie speelde was of tegen journalisten van De Telegraaf door de AIVD bijzondere bevoegdheden waren ingezet (zoals door hen gesteld) en zo ja, op welke gronden dit was geschied. Vanwege de geheimhoudingsplicht, waaraan de Commissie zich ingevolge de WIV 2002 gebonden weet, kan de Commissie in het openbare deel van dit rapport op deze vraag niet nader ingaan. De Commissie ziet door alle commotie die omtrent deze zaak is ontstaan en door de zorg die in het parlement, de media en de samenleving aanwezig is over het beweerde handelen van de AIVD in relatie tot journalisten, wel aanleiding om uiteen te zetten aan welke regels de AIVD gebonden is bij het inzetten van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten. Zij zal deze uiteenzetting in paragraaf 9 doen volgen door enige door haar nuttig geachte aanbevelingen zonder dat deze laatste rechtstreeks herleid mogen worden tot concrete bevindingen in het door de Commissie ingestelde onderzoek.

Anders dan de 'klassieke' geheimhouders, zoals advocaten, notarissen, geestelijken en artsen, komt aan journalisten geen expliciet wettelijk verschoningsrecht toe.¹⁰ Dit laat onverlet dat journalisten een *recht op bronbescherming* hebben. Zo heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zich in de zaak Goodwin¹¹ uitgelaten over dit journalistieke recht.¹² In deze Britse zaak werd een journalist door de rechter bevolen de identiteit van zijn bron te openbaren. Hier was aldus sprake van een rechtstreekse inbreuk op het recht op bronbescherming. De uitspraak is echter ook van belang ingeval sprake is van een meer indirecte inbreuk op dit recht, bijvoorbeeld wanneer tegen journalisten bijzondere bevoegdheden worden ingezet die niet primair gericht zijn op het achterhalen van de bronnen van deze journalisten.

Het EHRM merkt in de zaak Goodwin in de eerste plaats op dat waarborgen voor journalistieke bronbescherming van bijzonder belang zijn in het kader van het in artikel 10

¹⁰ Zie voor het verschoningsrecht van de klassieke geheimhouders: artikel 218 van het Wetboek van Strafvordering en artikel 165 lid 2 sub b van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹¹ EHRM 27 maart 1996, *NJ* 1996, 577.

¹² Soms ook wel aangeduid als het 'journalistieke verschoningsrecht', dan wel het 'beperkt verschoningsrecht'.

EVRM gegarandeerde recht van vrijheid van meningsuiting.¹³ Het EHRM vervolgt (in overweging 39):

‘Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public-watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected.

Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, such a measure cannot be compatible with Article 10 of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the public interest.’

Het EHRM maakt aldus duidelijk dat het beschermen van journalistieke bronnen gezien moet worden als een zwaarwegend belang, dat de overheid in vergaande mate dient te respecteren. Dit belang is ingegeven door de rol van ‘public watchdog’ die de pers in een democratische samenleving inneemt. Beperkingen op het recht van bronbescherming zouden afschrikwekkend kunnen werken tegenover de bronnen van journalisten (‘chilling effect’), hetgeen afbreuk doet aan de belangrijke rol die de pers heeft te vervullen. De bronnen van journalisten zouden als gevolg van beperkende maatregelen – waartoe ook de inzet van bijzondere bevoegdheden moet worden gerekend – kunnen opdrogen, waardoor afbreuk wordt gedaan aan het recht van het publiek om geïnformeerd te worden over zaken van publiek belang.

Hiermee is echter niet gezegd dat het recht op journalistieke bronbescherming een absoluut recht is. Beperkingen op dit recht kunnen worden gesteld. Deze beperkingen/inbreuken dienen alsdan te voldoen aan de criteria die artikel 10 lid 2 EVRM daaraan stelt. De inbreuk dient bij wet te zijn voorzien¹⁴ en dient in een democratische samenleving noodzakelijk te zijn voor een legitiem doel. Het belang van de nationale veiligheid en het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten worden in artikel 10 lid 2 EVRM genoemd als enkele van deze legitieme doelen. Tevens zal voldaan moeten zijn aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit.

In vaste jurisprudentie heeft het EHRM over het vereiste van proportionaliteit bepaald dat bij een inbreuk op grondrechten sprake zal moeten zijn van een ‘pressing social need’.¹⁵ Het belang dat de staat heeft om een inbreuk te maken zal zwaarwegend moeten zijn om op te kunnen wegen tegen het belang van journalistieke bronbescherming. De inbreuk moet in een redelijke verhouding staan tot het daarmee te dienen doel. Hierbij speelt in de meeste gevallen de ernst van het feit een grote rol.

Het vereiste van subsidiariteit houdt in dat het doel dat de staat heeft niet anders bereikt kan worden dan door de inzet van een middel dat inbreuk maakt op het recht op bronbescherming. Wanneer er voor het bereiken van het doel de keuze bestaat tussen verschillende middelen of tussen verschillende modaliteiten van hetzelfde middel, dient dat middel of die modaliteit te worden gekozen waardoor de minste inbreuk wordt gemaakt op de rechten van betrokkene. Wanneer bijvoorbeeld de mogelijkheid bestaat tussen de inzet

¹³ Een recht dat ook in artikel 7 van de Grondwet is opgenomen.

¹⁴ Hierbij dient sprake te zijn van voldoende toegankelijkheid ten aanzien van de wet (accessibility) en voorzienbaarheid (foreseeability). Volgens dit laatste vereiste moet een betrokkene in redelijkheid kunnen voorzien onder welke omstandigheden inbreuken mogen worden gemaakt op zijn rechten.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 25 maart 1983, *Series A* 61 (Silver) en EHRM 26 maart 1987, *Series A* 116 (Leander).

van een middel voor een kortere of langere periode, dan zal de kortere periode moeten worden gekozen. Ook bij de wijze van inzet van het middel zal rekening moeten worden gehouden met het journalistieke recht op bronbescherming van de journalist. Dat betekent dat wanneer er bijvoorbeeld sprake is van een telefoontap bijzondere zorg wordt betracht dat slechts die gesprekken worden uitgewerkt en vastgelegd die naar verwachting relevant (kunnen) zijn.

De uitspraak van het EHRM in de zaak Goodwin is richtinggevend geweest voor de latere rechtspraak in Nederland over dit onderwerp.¹⁶ Ook is deze uitspraak verdisconteerd in de 'Aanwijzing toepassing dwangmiddelen bij journalisten' die het College van Procureurs-Generaal in 2002 heeft opgesteld.¹⁷ Deze Aanwijzing verdient bestudering bij het inzetten van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten door de AIVD.

De Commissie merkt op dat de journalistieke beroepsgroep geen gesloten karakter heeft. In tegenstelling tot enkele van de klassieke verschoningsgerechtigden – denk aan de advocaat of de notaris – bestaan er voor journalisten geen vereisten voor het mogen toetreden tot het beroep. In principe zou een ieder zich dan ook journalist kunnen noemen. Dit maakt deze beroepsgroep, juridisch gezien, een diffuse groep. In sommige gevallen kan het hierdoor moeilijk zijn om te beoordelen of het journalistieke bronbeschermingsrecht in het geding is. Er zal moeten worden uitgegaan van een casuïstische benadering, waarbij van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of het journalistieke recht op bronbescherming van toepassing is.

De rechtspraak van het EHRM indachtig is de Commissie van oordeel dat de AIVD in het algemeen terughoudend dient om te gaan met de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten. De weging van de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit krijgt door de rechtspraak van het EHRM extra zwaarte door de rol van de pers in een democratische samenleving ('public watchdog'). Deze weging komt als het ware bovenop de toch al door artikel 31 en 32 WIV 2002 verlangde toetsing aan deze beginselen.

9. De inzet van bijzondere bevoegdheden tegen personen die krachtens wet of rechtspraak over een volledig c.q. beperkt verschoningsrecht beschikken

In een eerder toezichtsrapport heeft de Commissie gewezen op de bijzondere positie van 'klassieke' verschoningsgerechtigden of wettelijke geheimhouders, zoals advocaten en artsen en andere in de wet aangewezen categorieën beroepsbeoefenaren.¹⁸ Deze positie heeft invloed op de inzet en uitoefening van bijzondere bevoegdheden door de AIVD. Hoewel het journalistiek recht op bronbescherming niet kan worden vereenzelvigd met een wettelijk erkend verschoningsrecht, ook omdat het beroep van journalist niet wettelijk is afgebakend, is aan de rechtspraak van het EHRM een aantal vereisten te ontleen die van invloed zijn op het optreden van de AIVD tegenover journalisten, indien en voor zover het recht op bronbescherming in het geding is.

De AIVD zal ten aanzien van de hier genoemde categorieën personen telkens dienen te beoordelen of het mogelijk is om achter de gewenste informatie te komen via andere

¹⁶ Zie bijvoorbeeld de zaak Ravage: HR 2 september 2005, NJ 2006, 291 (m.nt. EJD) en de zaak Van den Biggelaar: HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 (m.nt. EJD). Zie voor een overzicht van de relevante jurisprudentie: E. Prakken, 'Justitiële versus journalistieke waarheidsvinding', *NJB* 2004, p. 620-626.

¹⁷ *Stcrt.* 6 maart 2002, nr. 46, p. 18.

¹⁸ Zie het 'Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar het AIVD-onderzoek naar radicaal dierenrechtenactivisme en links-extremisme', toezichtsrapport nr. 6, www.ctivd.nl.

middelen; dus zonder inbreuk te maken op hun door de wet dan wel de rechtspraak van het EHRM erkende rechten. Wanneer andere middelen niet mogelijk of opportuun blijken te zijn, zal bij toepassing van bijzondere bevoegdheden tegen de genoemde groepen die wijze van inzet moeten worden gekozen die het minste schade toebrengt aan de van toepassing zijnde belangen.

Van belang is de vraag of de betrokkene een target van de AIVD is, of dat het gaat om een zogenoemd 'non-target'.¹⁹ Wanneer de betrokkene een target²⁰ is, is de ruimte van de AIVD voor het inzetten van bijzondere bevoegdheden in beginsel groter. De bijzondere weging die per definitie zal dienen plaats te vinden bij het toepassen van bijzondere bevoegdheden tegen de genoemde groepen van personen krijgt bij het toepassen van bijzondere bevoegdheden tegen hen als non-target nog een extra gewicht.

In verzoeken tot toestemming voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid dienen in de motivering de bovengenoemde rechten expliciet te zijn meegenomen. Alle relevante gezichtspunten dienen in deze motivering direct terug te vinden te zijn. Hierdoor wordt de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties – voor zover het gaat om de inzet van bevoegdheden waarvoor de Minister toestemming dient te verlenen – in staat gesteld om een afgewogen oordeel te geven over de vraag of de inzet van bepaalde bevoegdheden met een dergelijk bijzonder en inbreukmakend karakter beantwoordt aan de daarvoor gestelde vereisten.

Ook voor de Commissie is het aangewezen om te kunnen beschikken over een dergelijke motivering om – in een later stadium – de rechtmatigheid van de inzet van de bijzondere bevoegdheden voldoende te kunnen toetsen.

Bij de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten is ook relevant de vraag of de inzet van de bijzondere bevoegdheid rechtstreeks gericht is op het achterhalen van een bron van de journalisten, dan wel dat de inzet van de bijzondere bevoegdheid primair een ander doel dient. Inzet van een bijzondere bevoegdheid primair met het doel een bron van de journalisten te achterhalen acht de Commissie ongeoorloofd, tenzij zwaarwegende, bijzondere omstandigheden een dergelijke inzet noodzakelijk maken.

De Commissie beveelt aan om, met inachtneming van deze uitgangspunten, voor de hier genoemde bijzondere groepen van personen door de AIVD zelf nadere interne richtlijnen te doen formuleren. Daarin zou ook met het volgende rekening moeten worden gehouden.

Van groot belang is – voor zover het gaat om de inzet van bijzondere bevoegdheden waarvoor de Minister toestemming dient te verlenen – dat de politieke verantwoordelijkheid van de Minister voor de inzet van bijzondere bevoegdheden in de hier bedoelde gevallen een zwaarder accent krijgt. Het gaat immers om gewichtige, in wet en/of rechtspraak erkende en beschermde rechten.

De WIV 2002 gaat bij de inzet van bijzondere bevoegdheden uit van een aanvangstermijn van maximaal drie maanden (art. 19 WIV 2002). Na deze termijn is een verlenging van de inzet mogelijk, telkens voor de duur van maximaal drie maanden.

De maximum-termijn van drie maanden is, zoals de Commissie gebleken is, in de praktijk de gebruikelijke termijn. Er wordt nagenoeg altijd aan de betrokken bewindspersoon verzocht toestemming te verlenen voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid voor een termijn van

¹⁹ Zie voor het onderscheid tussen targets en non-targets paragraaf 5.

²⁰ Een persoon tegen wie een ernstig vermoeden bestaat dat hij of zij een gevaar vormt voor (het voortbestaan van) de democratische rechtsorde dan wel voor de veiligheid of voor andere belangen van de staat.

drie maanden, na afloop waarvan om verlenging kan worden verzocht. Gedurende de looptijd kan de AIVD besluiten de inzet van de bijzondere bevoegdheid eerder te beëindigen. De Minister komt aan dit laatste doorgaans niet te pas.

De Commissie is van oordeel dat bij deze bijzondere gevallen, waarin bevoegdheden worden ingezet tegen (al dan niet beperkt) verschoningsgerechtigden, door het verkorten van de termijn van drie maanden naar bijvoorbeeld één maand, hetgeen de wet dus thans reeds mogelijk maakt, de politieke verantwoordelijkheid van de Minister een duidelijker accent krijgt. Na deze periode kan zo nodig opnieuw, en dan uiteraard opnieuw gemotiveerd, het verzoek aan de Minister worden voorgelegd deze termijn met (telkens) een maand te verlengen. De Minister wordt zo in staat gesteld met kortere tussenpozen dan nu het geval is uitdrukkelijk te overwegen of hij de verlenging van de inzet van de bijzondere bevoegdheid in deze bijzondere gevallen voor zijn verantwoordelijkheid wil nemen. Dit komt de terughoudendheid bij het uitoefenen van de bijzondere bevoegdheid voor een langere periode en een zo verantwoord mogelijke besluitvorming terzake ten goede.

Ook is het naar het oordeel van de Commissie noodzakelijk om ten aanzien van de hier bedoelde categorieën van personen eisen te formuleren betreffende het beperkt uitwerken en vastleggen van telefoongesprekken. Bij het uitwerken en vastleggen van deze gesprekken zal een extra weging dienen plaats te vinden boven de al bestaande toetsing aan noodzakelijkheid en doelgerichtheid (artikel 12 lid 2 WIV 2002).

Verder moet naar het oordeel van de Commissie worden voorzien in regels omtrent het inzetten van bijzondere bevoegdheden tegen de genoemde groepen van personen als non-targets, waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat dit slechts in uitzonderingsgevallen toelaatbaar is.

10. Verwijdering en vernietiging van gegevens

In juni 2006 heeft, zoals reeds in paragraaf 4.3 opgemerkt, een kort geding gediend vanwege het beweerde af luisteren en observeren door de AIVD van de journalisten die de publicaties in De Telegraaf hebben geschreven. De voorzieningenrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage heeft op 21 juni 2006 vonnis gewezen.²¹ In punt 4.15 van het vonnis heeft de voorzieningenrechter besloten dat

“de Staat binnen vijf dagen na de betekening van dit vonnis de (...) gegevens moet verwijderen en deze binnen zes maanden na de betekening dient te vernietigen. Voor de begrippen “verwijdering” en “vernietiging” wordt verwezen naar de artikelen 43 en 44 Wiv 2002.”

De verwijdering en vernietiging hebben betrekking op alle informatie, in de meest ruime zin opgevat, die is verkregen in verband met de beweerde inzet van bijzondere bevoegdheden tegen de journalisten.

Het gerechtshof te 's-Gravenhage heeft in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank op dit punt niet bekrachtigd. De vordering tot vernietiging van gegevens is slechts in zoverre toegewezen dat

“het de AIVD wordt verboden om alle materiaal (en kopieën daarvan), welke met behulp van de toepassing van bijzondere bevoegdheden zijn verkregen, ter hand te stellen of mededeling daaromtrent te doen aan het openbaar ministerie, zolang de commissie [Commissie van Toezicht] niet heeft geoordeeld dat de verkrijging daarvan niet onrechtmatig

²¹ Voorzieningenrechter rechtbank 's-Gravenhage, 21 juni 2006, LJN-nummer AX9008.

was. Voor het overige is niet aannemelijk geworden dat deze voorzieningen met onverwijlde spoed moeten worden getroffen en dat daarom het oordeel van de commissie niet kan worden afgewacht, nog daargelaten dat toewijzing van de vordering tot (definitieve) vernietiging van de gegevens (...) de reikwijdte van het onderhavige geding te buiten gaat.”²²

Gegevens die door de AIVD onjuist of ten onrechte zijn verwerkt, dienen op grond van artikel 43 lid 2 WIV 2002 te worden verbeterd onderscheidenlijk verwijderd. De verwijderde gegevens worden vernietigd, tenzij wettelijke regels omtrent bewaring daaraan in de weg staan (artikel 43 lid 3 WIV 2002). In een bij en krachtens de Archiefwet 1995 vast te stellen vernietigingslijst wordt bepaald welke gegevens voor vernietiging in aanmerking komen.²³ Verwijderde gegevens die niet voor vernietiging in aanmerking komen worden bewaard in afzonderlijke bestanden die niet meer voor operationele doeleinden van de AIVD toegankelijk zijn. De gegevens zijn uitsluitend beschikbaar voor archiefwerkzaamheden, klachtbehandeling en dergelijke.²⁴

De Commissie heeft vastgesteld dat de ‘lijst van categorieën te bewaren en te vernietigen archiefbescheiden van de BVD en zijn voorgangers’²⁵ momenteel buiten toepassing wordt gelaten, omdat deze blijkens een advies van de Raad van Cultuur onduidelijkheden bevat en aanleiding kan geven tot misverstanden.²⁶ Een nieuwe archiefselectielijst is nog niet gepubliceerd in de Staatscourant. De Tweede Kamer is toegezegd dat de AIVD pas na de formele vaststelling van de nieuwe selectielijst daadwerkelijk zal overgaan tot vernietiging van die archiefbescheiden die voor vernietiging in aanmerking komen.²⁷ Thans kan de AIVD dus niet beoordelen of verwijderde gegevens mogen worden vernietigd. De verwijderde gegevens dienen daarom, zoals hiervoor vermeld, opgeslagen te worden in afzonderlijke bestanden die niet meer toegankelijk zijn voor operationele doeleinden van de AIVD.

De Commissie constateert dat vernietiging van gegevens de uitvoering van de taken van de Commissie (evenals de Nationale ombudsman) in de weg kan staan. Naast het rechtmatigheidsonderzoek van de Commissie gaat het daarbij ook om de taak die de Commissie heeft als klachtadviescommissie. De Commissie verzoekt de Minister bij voorrang een nieuwe vernietigingslijst vast te (doen)²⁸ stellen en er hierbij rekening mee te houden dat de Commissie (evenals de Nationale ombudsman) haar taken in volle omvang kan blijven uitoefenen.

Hoewel de bestaande vernietigingslijst thans buiten toepassing wordt gelaten, acht de Commissie het vanzelfsprekend dat gegevens worden vernietigd indien de Commissie heeft geoordeeld dat die gegevens onrechtmatig zijn verkregen. In het onderhavige toezichtsrapport heeft de Commissie derhalve enkele keren aanbevolen om een aantal onderdelen van het dossier van het onderzoek naar het uitlekken van staatsgeheimen te vernietigen. De onderdelen die naar het oordeel van de Commissie vernietigd dienen te worden zijn opgenomen in de geheime bijlage bij dit toezichtsrapport.

²² Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2006, *LJN-nummer* AY7004, rechtsoverweging 22.

²³ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 60-61.

²⁴ *Kamerstukken II* 1999/2000, 25 877, nr. 8, p. 77.

²⁵ *Stcrt.* 1997, 217, p. 18.

²⁶ *Kamerstukken II* 1999/2000, 22 036, nr. 15, p. 1.

²⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VII, nr. 3, p. 16-17.

²⁸ De formele vaststelling van de selectielijst vindt plaats door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gezamenlijk.

11. Conclusies en aanbevelingen

- 11.1 Naar het oordeel van de Commissie is de inzet van bijzondere bevoegdheden in het onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen rechtmatig geweest, behoudens de in het toezichtsrapport genoemde uitzonderingen (paragrafen 5 en 6).
- 11.2 De Commissie is van oordeel dat het aftappen van de telefoon van één non-target niet in overeenstemming was met het vereiste van subsidiariteit (artikel 31 lid 2 WIV 2002). De AIVD had naar het oordeel van de Commissie eerst langs andere weg de benodigde informatie moeten trachten te verkrijgen. De Commissie beveelt aan om de gegevens die door middel van de inzet van deze bijzondere bevoegdheid zijn verkregen te vernietigen (paragraaf 5).
Voorts constateert de Commissie dat de AIVD verschillende afgetapte telefoongesprekken heeft uitgewerkt die geen betrekking hadden op de zaak over het lek en ook niet verder van belang zijn voor de taakuitvoering van de AIVD. Deze ten onrechte vastgelegde gegevens zijn niet direct verwijderd en vernietigd. De Commissie beveelt aan de gegevens alsnog te vernietigen (paragraaf 6).
Tevens heeft de Commissie enkele uitwerkingen van een telefoontap aangetroffen, terwijl voor die specifieke telefoontap op het moment van uitwerking nog geen toestemming van de Minister was verkregen. De Commissie beveelt aan de opbrengst van de telefoontap uit de periode waarin nog geen toestemming van de Minister aanwezig was te vernietigen (paragraaf 6).
De Commissie constateert ook dat de AIVD twee telefoonnummers heeft afgetapt die ten onrechte aan een target van de AIVD waren toegekend. De Commissie is van oordeel dat de AIVD de noodzakelijke zorgvuldigheid – die vooral bij de inzet van een dergelijk inbreukmakend middel mag worden verwacht – niet in acht heeft genomen. De Commissie beveelt aan dat de (geringe) opbrengst van deze telefoontaps wordt vernietigd (paragraaf 6).
- 11.3 De Commissie adviseert in interne richtlijnen voor de AIVD op te nemen dat een mondeling gegeven toestemming zo spoedig mogelijk schriftelijk wordt bevestigd en dat in de schriftelijke toestemmingsbeschikking wordt vermeld wanneer de mondelinge toestemming is gegeven (paragraaf 6).
- 11.4 De in dit toezichtsrapport geconstateerde tekortkomingen hebben geen invloed op de rechtmatige verkrijging van de gegevens die door middel van de ambtsberichten extern zijn verstrekt (paragraaf 7).
- 11.5 Met het oog op de rechtspraak van het EHRM over het journalistieke recht op bronbescherming is de Commissie van oordeel dat de AIVD terughoudend dient om te gaan met de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten (paragraaf 8).
Bij de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten, dan wel wettelijk erkende verschoningsgerechtigden als non-target krijgt de bijzondere weging die per definitie dient plaats te vinden bij de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen deze groepen van personen nog een extra gewicht.
In de motivering van een verzoek om toestemming voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid dienen de rechten van journalisten, dan wel wettelijk erkende verschoningsgerechtigden expliciet te zijn meegenomen. Alle relevante gezichtspunten dienen in deze motivering direct terug te vinden te zijn.

Inzet van een bijzondere bevoegdheid primair met het doel een bron van de journalisten te achterhalen acht de Commissie ongeoorloofd, tenzij zwaarwegende, bijzondere omstandigheden een dergelijke inzet noodzakelijk maken.

De Commissie beveelt aan om nadere interne richtlijnen voor de AIVD vast te stellen waarin de terughoudendheid bij de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen in wet en/of rechtspraak erkende (al dan niet beperkt) verschoningsgerechtigden tot uiting wordt gebracht.

Ook de politieke verantwoordelijkheid van de betrokken bewindsman zou daarin zwaarder accent moeten krijgen door de termijn voor de inzet van bijzondere bevoegdheden in deze gevallen te verkorten van drie maanden tot bijvoorbeeld één maand, waarna eventueel telkens verlenging met één maand mogelijk is. Dit komt een zorgvuldige besluitvorming op het hoogste niveau ten goede.

De Commissie acht het noodzakelijk eisen te formuleren betreffende het beperkt uitwerken en vastleggen van afgetapte telefoongesprekken ten aanzien van journalisten dan wel wettelijk erkende verschoningsgerechtigden.

Tevens moet naar het oordeel van de Commissie worden voorzien in regels omtrent het inzetten van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten dan wel wettelijk erkende verschoningsgerechtigden als non-targets (paragraaf 9).

- 11.6 De Commissie heeft vastgesteld dat de bestaande vernietigingslijst voor gegevens van de AIVD buiten toepassing wordt gelaten. De Commissie verzoekt de Minister bij voorrang een nieuwe vernietigingslijst vast te (doen) stellen en er hierbij rekening mee te houden dat de Commissie (evenals de Nationale Ombudsman) haar taken in volle omvang kan blijven uitoefenen.

Hoewel de bestaande vernietigingslijst thans buiten toepassing wordt gelaten, acht de Commissie het vanzelfsprekend dat gegevens worden vernietigd indien de Commissie heeft geoordeeld dat die gegevens onrechtmatig zijn verkregen (paragraaf 10).

Aldus vastgesteld in de vergadering van de Commissie d.d. 15 november 2006.