

COMMISSIE VAN TOEZICHT
BETREFFENDE
DE INLICHTINGEN- EN VEILIGHEIDSDIENSTEN

CTIVD nr. 19

TOEZICHTSRAPPORT

inzake de toepassing door de AIVD van artikel 25 WIV 2002 (aftappen)
en artikel 27 WIV 2002 (selectie van ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie)

Inhoudsopgave

| | | |
|--|--|----|
| Paragraaf 1. | | |
| Onderzoek van de Commissie | | 3 |
| Paragraaf 2. | | |
| De bijzondere bevoegdheden van artikel 25 en artikel 27 WIV 2002 | | 4 |
| 2.1 | <i>Artikel 25 WIV 2002</i> | 5 |
| 2.2 | <i>Artikel 27 WIV 2002</i> | 6 |
| 2.3 | <i>“Stomme tap”</i> | 8 |
| Paragraaf 3. | | |
| Inzet van bijzondere bevoegdheden uitsluitend ten behoeve van de a- en de d-taak | | 11 |
| 3.1 | <i>De a-taak van de AIVD</i> | 11 |
| 3.2 | <i>De d-taak van de AIVD</i> | 13 |
| 3.3 | <i>Het belang van de nationale veiligheid</i> | 15 |
| 3.4 | <i>Bevindingen van de Commissie</i> | 17 |
| Paragraaf 4. | | |
| Toetsingscriteria voor de inzet van bijzondere bevoegdheden | | 17 |
| 4.1 | <i>Het noodzakelijkheids criterium</i> | 18 |
| 4.2 | <i>Proportionaliteit en subsidiariteit</i> | 20 |
| Paragraaf 5. | | |
| Toestemmingsprocedure | | 21 |
| Paragraaf 6. | | |
| Vereisten voor het verzoek om toestemming of verlenging inzake art. 25 WIV 2002 | | 23 |
| 6.1 | <i>Een aanduiding van de bevoegdheid en, voor zover van toepassing, het nummer</i> | 24 |
| 6.2 | <i>Gegevens betreffende de identiteit van de persoon of de organisatie</i> | 25 |
| 6.2.1 | <i>Het aanvullen van gegevens bij organisatieverzoeken</i> | 25 |
| 6.2.2 | <i>Identiteitsgegevens van een target of van een non-target</i> | 26 |
| 6.3 | <i>De reden waarom de uitoefening wordt verlangd</i> | 29 |

| | |
|---|----|
| Paragraaf 7. | |
| Vereisten voor het verzoek om toestemming of verlenging inzake art. 27 WIV 2002 | 30 |
| Paragraaf 8. | |
| Inzet van bijzondere bevoegdheden tegen (beperkt) verschoningsgerechtigden | 32 |
| Paragraaf 9. | |
| Verwijderen en vernietigen van ten onrechte verwerkte gegevens | 37 |
| Paragraaf 10. | |
| Conclusies en aanbevelingen | 38 |

1. Onderzoek van de Commissie

Dit toezichtsrapport van de Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (verder: de Commissie) gaat over de toepassing door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) van een aantal bijzondere bevoegdheden, namelijk die van artikel 25 en artikel 27 van de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 (WIV 2002). Dit zijn, kort gezegd, de bevoegdheid om af te tappen respectievelijk de bevoegdheid om ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie te selecteren. In paragraaf 2 van dit rapport worden deze bevoegdheden nader geëxpliciteerd.

De Commissie bekijkt sinds eind 2004 de verzoeken om toestemming tot en verlenging van de inzet van de artikelen 25 en 27 WIV 2002, die aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (verder: de Minister) zijn voorgelegd en waarmee de Minister heeft ingestemd. In 2006 heeft de Commissie besloten een diepteonderzoek uit te voeren naar de inzet van deze bijzondere bevoegdheden. Dit diepteonderzoek is bij brief d.d. 20 april 2006 conform artikel 78 lid 3 WIV 2002 aangekondigd aan de Minister en de voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Commissie heeft sindsdien gemiddeld eens in de drie maanden de verzoeken bestudeerd. Meestal zijn daarbij alle verzoeken ingezien, enkele keren heeft de Commissie slechts een steekproef uitgevoerd. Ten behoeve van dit diepteonderzoek zijn de verzoeken voor het laatst ingezien in juni 2008. De Commissie blijft na afronding van dit onderzoek de toepassing van de artikelen 25 en 27 WIV 2002 door de AIVD monitoren.

Belangrijk is te vermelden dat de Commissie het toezicht over de activiteiten van de AIVD achteraf uitoefent. De verzoeken om toestemming en verlenging worden dus niet ter goedkeuring aan de Commissie voorgelegd.

Het is de Minister die op grond van de WIV 2002 toestemming dient te verlenen voor de inzet van de bevoegdheden genoemd in de artikelen 25 en 27 WIV 2002. In paragraaf 5 wordt verder ingegaan op de toestemmingsprocedure.

De bevindingen van de Commissie zijn gedurende het onderzoek telkens besproken met de betrokken juristen van de AIVD. Tevens zijn gesprekken gevoerd met de huidige Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), mevrouw Ter Horst, en haar ambtsvoorganger, de heer Remkes, als de wettelijk bevoegden om toestemming te verlenen voor de inzet van deze bijzondere bevoegdheden door de AIVD.

De besprekingen met de AIVD hebben bij de dienst reeds gedurende het onderzoek geleid tot verschillende aanpassingen en verbeteringen in de verzoeken om toestemming en verlenging.

In onderhavig toezichtsrapport wordt gerapporteerd over de belangrijkste bevindingen. In elk geval wordt daarbij, voorzover deze zijn aangetroffen, melding gemaakt van de verzoeken die naar het oordeel van de Commissie niet voldoen aan een of meer wettelijke vereiste(n), waaronder de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

Het toezichtsrapport is grotendeels ingedeeld aan de hand van de verschillende wettelijke vereisten die in de WIV 2002 zijn opgenomen voor de toepassing van de artikelen 25 en 27 WIV 2002. Nadat in paragraaf 2 eerst wordt uitgelegd om wat voor soort bevoegdheden het gaat, wordt in paragraaf 3 behandeld dat de bevoegdheden alleen kunnen worden ingezet voor een goede uitvoering van de a- en de d-taak van de AIVD. In paragraaf 4 worden de toetsingscriteria voor de inzet van de bijzondere bevoegdheden uitgewerkt. Vervolgens wordt in paragraaf 5 aandacht besteed aan de toestemmingsprocedure. In de paragrafen 6 en

7 wordt uiteengezet aan welke vereisten de verzoeken aan de Minister van BZK om artikel 25 respectievelijk artikel 27 WIV 2002 te mogen toepassen moeten voldoen.

Mede vanwege de aanhoudende maatschappelijke en politieke aandacht voor de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen (beperkt) verschoningsgerechtigden is daar in het toezichtsrapport een aparte paragraaf aan gewijd (paragraaf 8).

Tot slot wordt in paragraaf 9 aandacht gevraagd voor de verplichting om ten onrechte verwerkte gegevens te verwijderen en te vernietigen en worden in paragraaf 10 de conclusies en aanbevelingen uit het rapport opgesomd.

Het rapport bevat een geheime bijlage, waarin meer gedetailleerd op enkele zaken wordt ingegaan.

De Commissie heeft het onderzoek afgebakend door uitsluitend de *verzoeken* te bekijken die in het kader van de toestemmingsprocedure aan de Minister van BZK zijn voorgelegd en waarmee de Minister heeft ingestemd. De Commissie heeft niet gekeken naar de daadwerkelijke uitvoering van de bijzondere bevoegdheden uit de artikelen 25 en 27 WIV 2002 nadat de Minister daarvoor toestemming heeft gegeven. Dit zou het onderzoek te veelomvattend maken. De wijze waarop de AIVD omgaat met de opbrengst van de inzet van deze middelen valt aldus buiten het bereik van dit onderzoek.

In andere onderzoeken van de Commissie wordt wel aandacht besteed aan de uitvoering en de opbrengst. De Commissie doet bijvoorbeeld onderzoek naar de door de AIVD uitgebrachte ambtsberichten, waarbij in de achterliggende dossiers vaak rapporten zijn opgenomen van de inzet van bijzondere bevoegdheden (bijvoorbeeld taprapporten). In dat onderzoek controleert de Commissie of die uitwerkingen voldoen aan de wettelijke vereisten.

In onderhavig toezichtsrapport wordt evenmin aandacht besteed aan de zogenoemde notificatieverplichting, die behelst dat de AIVD vijf jaar na de beëindiging van de uitoefening van enkele bijzondere bevoegdheden, waaronder die van de artikelen 25 en 27 WIV 2002, onderzoekt of daarvan verslag kan worden uitgebracht aan de persoon ten aanzien van wie die bevoegdheid is uitgeoefend (artikel 34 lid 1 WIV 2002). Gelet op het feit dat de wet op 29 mei 2002¹ in werking is getreden zijn deze notificatieonderzoeken pas voor het eerst uitgevoerd in de tweede helft van 2007. Het is derhalve op dit moment te vroeg om over dat onderwerp conclusies te trekken en te rapporteren. De Commissie monitort de notificatiebesluiten van de AIVD en zal te zijner tijd verslag uitbrengen van haar bevindingen.

2. De bijzondere bevoegdheden van artikel 25 en artikel 27 WIV 2002

Op 9 juni 1994 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat in de (oude) Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (WIV 1987) wel was geregeld ten aanzien van welke (categorieën van) personen het verzamelen van inlichtingen was toegestaan, maar niet onder welke omstandigheden dat mocht plaatsvinden en evenmin welke middelen de - toenmalige - Binnenlandse Veiligheidsdienst daarbij mocht gebruiken. De Raad van State concludeerde daarom dat de WIV 1987 niet voldeed aan het in artikel 8 lid 2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) neergelegde vereiste dat een inmenging in het recht op privé-leven slechts mag plaatsvinden indien deze bij wet is voorzien.²

¹ *Stb.* 2002, 196.

² Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 9 juni 1994, *AB* 1995/238 (Van Baggum). Gelijktijdig werd eenzelfde uitspraak gedaan in de niet gepubliceerde zaak Valkenier.

Deze uitspraak van de Raad van State vormde de directe aanleiding voor de totstandkoming van de (nieuwe) Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (WIV 2002). Deze wet bevat veel wijzigingen ten opzichte van de WIV 1987, waarvan de voor dit rapport meest van belang zijnde is dat de bijzondere bevoegdheden die de – inmiddels genoemde – AIVD en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD) ter beschikking staan limitatief in de wet zijn opgesomd en omschreven. Twee van deze bevoegdheden, artikel 25 en artikel 27, worden hieronder nader uitgewerkt.

2.1 Artikel 25 WIV 2002

Artikel 25 lid 1 WIV 2002 luidt als volgt:

“De diensten zijn bevoegd tot het met een technisch hulpmiddel gericht aftappen, ontvangen, opnemen en afluisteren van elke vorm van gesprek, telecommunicatie of gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk, ongeacht waar een en ander plaatsvindt. Tot de bevoegdheid, bedoeld in de eerste volzin, behoort tevens de bevoegdheid om versleuteling van de gesprekken, telecommunicatie of gegevensoverdracht ongedaan te maken.”

Op grond van dit artikel kan de AIVD bijvoorbeeld gesprekken opnemen met behulp van een microfoon, telefoongesprekken aftappen, e-mailberichten lezen en het internetgedrag van een persoon in de gaten houden.

Het artikel is ruim geformuleerd. Het gaat om *elke vorm van* gesprek, telecommunicatie of gegevensoverdracht via een geautomatiseerd werk. Dit betekent onder andere dat niet alleen telefoongesprekken kunnen worden afgetapt, maar dat ook berichtenverkeer dat plaatsvindt via een telefoonverbinding kan worden afgetapt.³ Gedacht kan worden aan fax- of sms-berichten. Het voordeel van deze ruime formulering is dat de AIVD kan inspelen op nieuwe communicatietechnologieën.

Zoals blijkt uit de beschrijving in het artikel maakt het niet uit waar het gesprek, de telecommunicatie of gegevensoverdracht plaatsvindt (*‘ongeacht waar een en ander plaatsvindt’*). Een microfoon kan aldus overal worden geplaatst, ook in de woning van een persoon. Of de inzet van een middel op een bepaalde plek gerechtvaardigd is wordt beoordeeld aan de hand van enkele toetsingscriteria, waaronder de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De toetsingscriteria worden in paragraaf 4 van dit toezichtsrapport uiteengezet.

Tijdens de totstandkoming van de WIV 2002 is de vraag gesteld of de woorden *‘ongeacht waar een en ander plaatsvindt’* betekenen dat vanuit Nederland ook gesprekken, telecommunicatie en gegevensoverdracht in andere landen kunnen worden afgetapt. De regering gaf daarop het volgende antwoord:

“Allereerst wordt opgemerkt dat de bevoegdheid van de diensten om gesprekken, telecommunicatie en gegevensoverdracht af te tappen, zoals onder andere geregeld in artikel 25, niet verder reikt dan tot waar de rechtsmacht van de Nederlandse Staat reikt. De Nederlandse wetgever kan immers niet eenzijdig rechtsmacht scheppen in andere landen. Dat neemt niet weg dat de uitoefening van de in artikel 25 geregelde bevoegdheid, in het bijzonder voor zover deze betrekking heeft op de interceptie van telecommunicatie, alsmede de uitoefening van de bevoegdheden, zoals neergelegd in het bij nota van wijziging ingevoegde artikel 25a [Commissie: thans artikel 26] en artikel 26 [Commissie: thans artikel

³ *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 41.*

27], [zich] tevens uit kunnen strekken tot de interceptie van telecommunicatie met een oorsprong of bestemming in het buitenland.”⁴

Met de inzet van de middelen genoemd in artikel 25 WIV 2002 wordt een vergaande inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen, omdat gericht kennis wordt genomen van de inhoud van de communicatie van personen en organisaties. Door de inzet van deze bijzondere bevoegdheid wordt een inbreuk gemaakt op het in artikel 13 van de Grondwet neergelegde telefoon- en telegraafgeheim. Bij de totstandkoming van de WIV 2002 is ervoor gekozen om niet te voorzien in een mandaatregeling bij de bijzondere bevoegdheden die inbreuk maken op meer specifiek door de Grondwet geregelde rechten, zoals het huisrecht en het telefoon- en telegraafgeheim.⁵ Dit betekent dat op grond van artikel 19 jo artikel 25 lid 2 WIV 2002 uitsluitend de Minister van BZK bevoegd is om aan de AIVD toestemming te geven om af te tappen. Deze toestemming kan voor maximaal drie maanden worden verleend (artikel 19 lid 3 WIV 2002). Op een daartoe strekkend verzoek van de AIVD kan de toestemming telkens voor maximaal eenzelfde periode worden verlengd.

2.2 Artikel 27 WIV 2002

In artikel 27 lid 1 is het volgende bepaald:

“De diensten zijn bevoegd tot het met een technisch hulpmiddel ongericht ontvangen en opnemen van niet-kabelgebonden telecommunicatie. Tot de bevoegdheid, bedoeld in de eerste volzin, behoort tevens de bevoegdheid om versleuteling van de telecommunicatie ongedaan te maken.”

Zoals in de vorige paragraaf is behandeld is in artikel 25 WIV 2002 neergelegd dat de AIVD telecommunicatie mag aftappen, ontvangen, opnemen en afluisteren. Die bepaling voorziet in het *gericht* aftappen van de telecommunicatie van een bij de AIVD bekende persoon of organisatie, dan wel van een bij de AIVD bekend telefoonnummer.

Artikel 27 lid 1 WIV 2002 maakt het mogelijk dat de AIVD ook *onggericht* telecommunicatie ontvangt en opneemt. Het gaat daarbij om niet-kabelgebonden telecommunicatie, dat wil zeggen etherverkeer in de ruimste zin van het woord. In het bijzonder dient gedacht te worden aan het intercepteren van telecommunicatieverkeer dat via satellieten plaatsvindt.⁶ De AIVD vangt niet al het etherverkeer op. Op grond van artikel 26 WIV 2002 (het zogenoemde “searchen”) wordt eerst beoordeeld welke frequenties of satellietkanalen interessant zijn om in de gaten te houden. Indien bij het searchen kennis wordt genomen van frequenties of satellietkanalen die mogelijk interessante informatie voor de AIVD opleveren, dan kan de AIVD de daarover verzonden informatie ongericht ontvangen en opnemen. Gesproken wordt over ongericht, omdat op voorhand niet duidelijk is wat de opbrengst zal zijn en of zich daartussen voor de AIVD relevante informatie bevindt. Bij het ongericht ontvangen en opnemen wordt nog geen kennis genomen van de inhoud van de communicatie. De bulk informatie wordt alleen in de computersystemen opgeslagen.

Voor dit ongericht ontvangen en opnemen van de informatie heeft de AIVD geen toestemming nodig (artikel 27 lid 2 WIV 2002). Wil de AIVD echter kennis nemen van de inhoud van de communicatie, dan dient de AIVD aan de Minister van BZK toestemming te vragen om de ongericht ontvangen informatie te selecteren, waarna kennis kan worden

⁴ *Kamerstukken II 1999/2000*, 25 877, nr. 8, p. 65.

⁵ *Kamerstukken II 1999/2000*, 25 877, nr. 8, p. 45-46 en *Kamerstukken II 2000/01*, 25 877, nr. 59, p. 7-8.

⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 877, nr. 3, p. 44.

genomen van dat gedeelte van de opgevangen informatie waar de selectiecriteria betrekking op hebben. De bevoegdheid om te selecteren is in artikel 27 lid 3 WIV 2002 opgenomen:

“De gegevens die door de uitoefening van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid, zijn verzameld, kunnen door de diensten worden geselecteerd aan de hand van:

- a. gegevens betreffende de identiteit van een persoon dan wel een organisatie;
- b. een nummer als bedoeld in artikel 1.1, onder bb, van de Telecommunicatiewet, dan wel enig technisch kenmerk;
- c. aan een nader omschreven onderwerp gerelateerde trefwoorden.”

De onder sub a en sub b genoemde selectiecriteria behoeven weinig toelichting. Het gaat bijvoorbeeld om namen, adresgegevens of sofi-nummers (sub a) dan wel om telefoonnummers of IP-adressen (sub b). De gegevensverzameling aan de hand van deze selectiecriteria heeft betrekking op concrete personen en organisaties, waardoor gesproken wordt van een *gerichte* zoekactie. Derhalve dient voor het selecteren aan de hand van deze gegevens hetzelfde regime te worden gevolgd als bij de inzet van artikel 25 WIV 2002, hetgeen betekent dat uitsluitend de Minister van BZK toestemming kan geven en maximaal voor een periode van drie maanden, waarna een verzoek om verlenging voor eenzelfde periode kan worden ingediend.

Voor de selectie aan de hand van aan een nader omschreven onderwerp gerelateerde trefwoorden (sub c) is een afwijkende regeling getroffen. De gegevensverzameling is in dit geval niet gericht op een persoon of organisatie, maar is in algemene zin van belang voor de onderzoeken waar de AIVD mee bezig is (bijvoorbeeld proliferatie van chemische wapens).⁷ De trefwoorden hebben dan ook geen betrekking op personen of organisaties, maar op een bepaald onderwerp. Bij de invoering van deze bevoegdheid in de WIV 2002 is de volgende verduidelijking gegeven:

“Een aan een onderwerp gerelateerde trefwoordenlijst zal in de regel bestaan uit (combinaties van) specifieke technische termen en aanduidingen in diverse talen. Zo'n lijst wordt zodanig opgesteld dat het selectiesysteem optimaal wordt gebruikt om de gewenste informatie te vinden. Zo zal een te gebruiken trefwoordenlijst in het kader van een onderzoek naar proliferatie van bepaalde dual use goederen naar een bepaald land of bepaalde regio onder andere kunnen bestaan uit namen van bepaalde chemische stoffen en chemische verbindingen in combinatie met die landen of regio. Een enigszins gesimplificeerd voorbeeld betreft het zoeken naar berichten waarin of het woord natrium of sodium voorkomt en tevens binnen twee posities ook het woord chlorid of fluorid. Een te hanteren lijst van trefwoorden bij een onderzoek naar de export van een raketstelsel naar bepaalde landen of regio's zou kunnen bestaan uit diverse namen waarmee het specifieke raketstelsel wordt aangeduid, eventuele projectbenamingen of aanduidingen van de diverse elementen die deel uit maken van het betreffende systeem.”⁸

Omdat de persoonlijke levenssfeer van personen en organisaties hierbij niet direct in het geding is – immers de gegevensverzameling is *niet gericht* op personen of organisaties – kan de Minister van BZK voor een langere periode toestemming geven om te selecteren in het kader van een onderzoek naar een nader omschreven onderwerp, namelijk voor ten hoogste één jaar. Het opstellen van de trefwoorden gebeurt vervolgens door deskundigen binnen de AIVD. De Minister van BZK hoeft dus voor de specifieke trefwoorden geen toestemming te geven. Het toestemmingsniveau ligt met betrekking tot de trefwoorden op het niveau van

⁷ Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 45.

⁸ Kamerstukken II 2000/01, 25 877, nr. 14, p. 33.

het hoofd van de AIVD dan wel een door hem aangewezen ambtenaar. Bij de AIVD is ervoor gekozen deze bevoegdheid uitsluitend te laten uitoefenen door het Hoofd van de AIVD.

2.3 “Stomme tap”

De Commissie constateert dat de AIVD een bepaalde bijzondere bevoegdheid – een “stomme tap” – inzet onder de noemer van artikel 28 WIV 2002 (het opvragen van verkeersgegevens) terwijl dit middel naar het oordeel van de Commissie valt onder de omschrijving van artikel 25 WIV 2002 (het aftappen van telecommunicatie).

In artikel 28 WIV 2002 is opgenomen dat de AIVD (telefonie)verkeersgegevens kan opvragen bij aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten.

De AIVD kan zodoende gegevens verkrijgen over onder meer de data en tijdstippen waarop iemand heeft gebeld en met welke telefoonnummers het contact heeft plaatsgevonden.⁹ Artikel 28 WIV 2002 is niet bedoeld om kennis te nemen van de inhoud van de communicatie die via de telefoonverbinding plaatsvindt. In dat geval zou op grond van artikel 25 WIV 2002 toestemming moeten worden gevraagd aan de Minister van BZK, omdat het daarbij gaat om het ontvangen van (elke vorm van) telecommunicatie. Dit verschil is tijdens de totstandkoming van de WIV 2002 zijdelings aan de orde gekomen op het moment dat werd gesproken over het monitoren van militair berichtenverkeer:

“Wij menen dat van een inbreuk op het telefoongeheim sprake is, indien het kennis nemen van de inhoud van een telefoongesprek gericht is op de inhoud zelf. Indien van de inhoud van een telefoongesprek kennis wordt genomen louter als kortstondig onderdeel van een onderzoek naar de identiteit van de personen of instellingen die met elkaar communiceren, zien wij dat niet als inbreuk op het telefoongeheim. Het [Commissie: monitoren van militair berichtenverkeer] is veeleer vergelijkbaar met een onderzoek naar verkeersgegevens. Een dergelijk onderzoek is wel te beschouwen als een inbreuk op het recht op privacy, zoals vastgelegd in artikel 10 van de Grondwet, doch niet als een inbreuk op het in artikel 13 van de Grondwet vastgelegde telefoongeheim.”¹⁰

Voor het opvragen van (telefonie)verkeersgegevens is geen toestemming van de Minister van BZK vereist (artikel 28 lid 3 WIV 2002). Voldoende is dat het verzoek aan de telecommunicatieaanbieders wordt gedaan door het hoofd van de AIVD (artikel 28 lid 4 WIV 2002).

In artikel 28 lid 1 WIV 2002 is bepaald dat het verzoek betrekking kan hebben op zowel gegevens die ten tijde van het verzoek zijn verwerkt als op gegevens die na het tijdstip van het verzoek worden verwerkt. De AIVD kan de telecommunicatieaanbieders aldus vragen naar het belgedrag van een persoon over bijvoorbeeld de afgelopen maand, maar de AIVD kan ook vragen om de dienst op de hoogte te houden van het belgedrag in bijvoorbeeld de komende twee weken. Een technische voorziening maakt het in dat laatste geval mogelijk dat de AIVD direct (‘real time’) de beschikking krijgt over het actuele belgedrag van een persoon. Dit wordt ook wel een “stomme tap” genoemd. Een stomme tap is in feite een telefoontap met het verschil dat het geluidssignaal bij een stomme tap niet aan de AIVD wordt verstrekt.

⁹ Een volledige opsomming van de gegevens die kunnen worden opgevraagd is opgenomen in de Algemene Maatregel van Bestuur bij artikel 28 lid 1 WIV 2002, te raadplegen via <http://wetten.overheid.nl>.

¹⁰ *Kamerstukken II 2000/01, 25 877, nr. 14, p. 35.*

De Commissie stelt vast dat bij een stomme tap weliswaar het geluidssignaal niet wordt doorgestuurd aan de AIVD, maar dat bij een aantal door de AIVD ingezette stomme taps kennis wordt genomen van de inhoud van (een vorm van) telecommunicatie, doordat sms-berichten de AIVD wel via de stomme tap bereiken. De Commissie heeft kennisgenomen van één stomme tap, waarbij de AIVD binnen geringe tijd zelfs ongeveer 150 sms-berichten ontving. Dat betreft een uitzondering. In de meeste gevallen gaat het om een veel kleiner aantal sms-berichten. Het aantal stomme taps waarbij wel sms-berichten worden ontvangen betreft bovendien een minderheid ten opzichte van de stomme taps waarbij geen sms-berichten worden ontvangen.

De sms-berichten die via een stomme tap bij de AIVD binnenkomen worden (automatisch) in de digitale systemen van de AIVD opgeslagen. De AIVD geeft aan dat het vooralsnog technisch niet mogelijk is om te voorkomen dat sms-berichten met een stomme tap worden meegezonden. Evenmin is het vooralsnog mogelijk om in de tapkamer van de AIVD de sms-berichten af te splitsen van de informatie die aan de operationele teams wordt verstrekt. Omdat de AIVD bij de inzet van een stomme tap niet de intentie heeft om kennis te nemen van de inhoud van communicatie, is de AIVD van oordeel dat de sms-berichten dienen te worden beschouwd als bijvangst.

De Commissie deelt dit standpunt van de AIVD niet. In artikel 2 van de Algemene Maatregel van Bestuur bij artikel 28 WIV 2002¹¹ zijn sms-berichten niet aangewezen als gegevens die op grond van artikel 28 kunnen worden opgevraagd bij de telecommunicatiediensten. Dat is niet zonder reden. De Commissie roept in herinnering het rapport uit 2000 van de Commissie “Grondrechten in het digitale tijdperk”, naar haar voorzitter ook wel de Commissie Franken genoemd. In dat rapport wordt het volgende opgemerkt over verkeersgegevens:

“Verkeersgegevens hebben geen betrekking op de inhoud van het gegevensverkeer. Omdat artikel 13 van de Grondwet [Commissie: onschendbaarheid brief-, telefoon- en telegraafgeheim] juist beoogt de inhoud van de communicatie te beschermen, worden verkeersgegevens niet beschermd door dat artikel. Wel worden deze gegevens beschermd door artikel 10 van de Grondwet [Commissie: eerbiediging en bescherming persoonlijke levenssfeer].”¹²

De Commissie Franken beschrijft verschillende gegevens die door de voortschrijdende technologische ontwikkelingen eveneens zichtbaar worden bij de verkeersgegevens, bijvoorbeeld dat bij het gebruik van internet er niet alleen verkeersgegevens worden vastgelegd die betrekking hebben op het telefoonverkeer tussen gebruiker en inbelpunt van de aanbieder van internetdiensten, maar dat tevens wordt geregistreerd welke websites zijn bezocht.¹³ In het rapport van de Commissie Franken worden geen voorbeelden genoemd van gegevens die daadwerkelijk zicht geven op de inhoud van communicatie, zoals sms-berichten.

In de kabinetsreactie op het rapport wordt het standpunt van de Commissie Franken gedeeld dat verkeersgegevens niet onder de bescherming van artikel 13 van de Grondwet vallen.

¹¹ Zie voetnoot 9.

¹² Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, mei 2000, p. 159.

¹³ Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, mei 2000, p. 160.

“In de ogen van de Commissie en het kabinet bestaat er onvoldoende rechtvaardiging om verkeersgegevens onder de specifieke bescherming van artikel 13 te brengen. Deze conclusie hangt samen met het feit dat verkeersgegevens weliswaar in de informatiesamenleving veel over personen kunnen zeggen, maar dat datzelfde geldt voor veel meer gevoelige gegevens, die ook niet onder de werking van artikel 13 vallen. Er zijn geen goede argumenten aan te voeren om een onderscheid aan te brengen in het grondwettelijke beschermingsniveau tussen categorieën persoonsgegevens op grond van het feit dat zij al dan niet gerelateerd zijn aan een inhoud die zelfstandig grondwettelijke bescherming geniet.”¹⁴

De Commissie van Toezicht volgt de opvatting dat verkeersgegevens op zich niet de specifieke bescherming van artikel 13 van de Grondwet hoeven te krijgen. Nu de sms-berichten die bij het opvragen van actuele verkeersgegevens worden meegestuurd echter zelf vertrouwelijke communicatie bevatten zijn deze berichten niet “gerelateerd aan een inhoud die zelfstandige bescherming geniet”, maar zijn deze sms-berichten zelf de inhoud die grondwettelijke bescherming geniet. Dat er bij sms-berichten sprake is van vertrouwelijke communicatie is door het kabinet verwoord in een antwoord op Kamervragen over het rapport:

“Elektronisch berichtenverkeer tussen individuele burgers onderling via e-mail en SMS valt onder de reikwijdte van het voorstel voor artikel 13 van de Grondwet aangezien het vertrouwelijke communicatie betreft. De bescherming van vertrouwelijke communicatie is niet beperkt tot communicatie die actief is beschermd, bijvoorbeeld door middel van versleuteling van de boodschap. Zoals gezegd kunnen de aard van het gekozen kanaal, de (wijze van) adressering en de aard van de communicatie als richtsnoer dienen voor de bepaling van de vertrouwelijkheid.”¹⁵

De sms-berichten die worden meegezonden met een stomme tap vallen derhalve naar het oordeel van de Commissie van Toezicht onder de bescherming van artikel 13 Grondwet. Dit sluit aan bij hetgeen het kabinet eveneens in het standpunt over de verkeersgegevens heeft opgenomen:

“Voor zover kennisneming van verkeersgegevens samenvalt met kennisneming van gegevens over de inhoud, is er overigens tevens sprake van inhoudsgegevens. In dat geval vallen zij onder het zwaardere regime van artikel 13.”¹⁶

Voor het aftappen, ontvangen, opnemen en afluisteren van (elke vorm van) telecommunicatie – waardoor inbreuk wordt gemaakt op het telefoongeheim uit artikel 13 Grondwet – is in de WIV 2002 een speciale bepaling opgenomen, namelijk artikel 25, waarvan het gebruik met extra waarborgen is omkleed doordat de Minister van BZK als enige toestemming kan geven voor de inzet van het middel.

De Commissie is van oordeel dat, zolang het technisch niet mogelijk is te voorkomen dat sms-berichten met een stomme tap worden meegezonden dan wel te zorgen dat sms-berichten in de tapkamer worden afgesplitst, een stomme tap valt onder de omschrijving van artikel 25 lid 1 WIV 2002, namelijk onder ‘elke vorm van telecommunicatie’, doordat bij het meesturen van sms-berichten kennis wordt genomen van de inhoud van communicatie. De Commissie beveelt derhalve dringend aan dat de AIVD bij een stomme tap de Minister van BZK om toestemming vraagt op de wijze die in artikel 25 WIV 2002 is voorgeschreven.

¹⁴ *Kamerstukken II 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 27.*

¹⁵ *Kamerstukken II 2000/01, 27 460, nr. 2, p. 59.*

¹⁶ Zie voetnoot 14.

3. Inzet van bijzondere bevoegdheden uitsluitend ten behoeve van de a- en de d-taak

De AIVD kan ten behoeve van zijn onderzoeken onder strikte voorwaarden gebruik maken van de inzet van bijzondere bevoegdheden. Deze bevoegdheden zijn bijzonder, omdat daardoor (op heimelijke wijze) inbreuk wordt gemaakt op een erkend mensenrecht c.q. grondrecht, met het doel informatie te verzamelen over een persoon, organisatie, onderwerp of land. In de WIV 2002 zijn de bijzondere bevoegdheden die de AIVD ter beschikking staan limitatief opgesomd. Artikel 18 van de wet bepaalt dat de AIVD uitsluitend voor zover dat noodzakelijk is voor de goede uitvoering van de a- en de d-taak bijzondere bevoegdheden mag inzetten. Een bijzondere bevoegdheid mag dus niet worden ingezet bij het verrichten van veiligheidsonderzoeken naar personen die een vertrouwensfunctie willen vervullen (b-taak), bij het bevorderen van beveiligingsmaatregelen (c-taak) en bij het op verzoek opstellen van dreigings- en risicoanalyses ten behoeve van de beveiliging van bepaalde personen en de bewaking en beveiliging van verschillende objecten en diensten (e-taak).

3.1 De a-taak van de AIVD

De a-taak omvat het verrichten van onderzoek 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 voor andere gewichtige belangen van de staat (artikel 6 lid 2 sub a WIV 2002). Onder deze taakomschrijving valt onder meer het onderzoek naar terrorisme, radicalisering, ongewenste inmenging van vreemde mogendheden (waaronder spionage), rechts-extremisme, links-extremisme en dierenrechtenactivisme. De aandachtsgebieden en taakvelden van de AIVD worden jaarlijks beschreven in het jaarplan¹⁷ en het jaarverslag¹⁸ van de dienst. Daaruit kan worden afgeleid welke activiteiten de belangstelling van de AIVD (kunnen) trekken.

Indien een persoon of een organisatie *aanleiding geeft tot het ernstige vermoeden* dat hij of zij een gevaar vormt voor de nationale veiligheid, kan de AIVD naar die persoon of organisatie onderzoek doen. Dat er sprake moet zijn van een ernstig vermoeden voorkomt dat de AIVD naar willekeurige personen en organisaties een onderzoek op grond van de a-taak mag instellen. Tijdens de totstandkoming van de WIV 2002 is gevraagd naar de relatie met het strafrechtelijke begrip “redelijk vermoeden van schuld”. Het antwoord van de regering luidde als volgt:

“Artikel 27 van het Wetboek van strafvordering bepaalt dat voordat een vervolging is aangevangen uitsluitend als verdachte wordt aangemerkt degene te wiens aanzien uit feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit. (...) Opsporing en vervolging zijn gericht op strafbare feiten. (...) De werkzaamheden van inlichtingen en veiligheidsdiensten zijn gericht op bedreigingen van de nationale veiligheid, ongeacht of daarbij strafbare feiten worden gepleegd. Bij de werkzaamheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten gaat het in de eerste plaats om het in een tijdig stadium waarschuwen voor dreigingen en daarmee het voorkomen dat de nationale veiligheid daadwerkelijk wordt aangetast. Dit betekent dat inlichtingen- en veiligheidsdiensten zo vroeg mogelijk – dus ook

¹⁷ Het jaarplan is staatsgeheim gerubriceerd. De Minister van BZK stuurt jaarlijks een brief aan de Tweede Kamer, waarin de hoofdlijnen van het jaarplan worden gepresenteerd, zie *Kamerstukken II* 2007/08, 30 977, nr. 8 met betrekking tot het jaarplan 2008.

¹⁸ Het jaarverslag van de AIVD wordt gepubliceerd op de website van de dienst: www.aivd.nl.

als er nog geen duidelijk zicht bestaat op de plannen van kwaadwillenden – gegevens moeten kunnen inwinnen.”¹⁹

Het ernstig vermoeden is aldus gericht op een bedreiging van de nationale veiligheid en niet op enig strafbaar feit. Uiteraard is niet uitgesloten dat de bedreiging van de nationale veiligheid zich uiteindelijk concretiseert door middel van het plegen van een strafbaar feit.

Het hierboven opgenomen citaat laat zien dat voor het hebben van een ernstig vermoeden er “geen duidelijk zicht” hoeft te bestaan op “de plannen van kwaadwillenden”. Bij de behandeling van het wetsvoorstel WIV 2002 is niet aan de orde gekomen wat het minimumvereiste is om van een ernstig vermoeden te kunnen spreken.

De terminologie (ernstig vermoeden) werd reeds gebezigd in de oude Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten uit 1987 (WIV 1987).²⁰ Voor de invulling van het begrip kan derhalve worden teruggegrepen op de toelichting die bij de totstandkoming van de oude WIV op de begrippen is gegeven. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel uit 1982 stelden meerdere fracties uit de Tweede Kamer de vraag onder welke omstandigheden personen of organisaties aanleiding konden geven tot het ernstige vermoeden dat zij de nationale veiligheid bedreigden en werd de vraag gesteld waarom in tegenstelling tot het eerdere Koninklijk Besluit uit 1972²¹ niet langer werd gesproken over “het bestaan van het ernstige vermoeden”, maar over “aanleiding geven tot het ernstige vermoeden”.²² In reactie op deze kamervragen werd in de memorie van antwoord meegedeeld dat een belangrijk aspect van de taak van de – toenmalige – Binnenlandse Veiligheidsdienst (BVD) is

“het opbouwen van een informatiepositie in kringen van waaruit terroristische misdrijven verwacht kunnen worden. De BVD ontplooit dus reeds activiteiten in een fase, waarin nog geen sprake is van een gepleegd misdrijf of van een ernstig te nemen voorbereidingshandeling tot een misdrijf.”²³

Met betrekking tot de wijziging van de terminologie ten opzichte van het Koninklijk Besluit uit 1972 werd opgemerkt dat men daarmee beoogde de taakomschrijving van de BVD nauwkeuriger te formuleren.

“Ook onder de taakomschrijving van het k.b. van 1972 zal deze dienst eerst *enige summiere kennis* [cursivering Commissie] moeten bezitten, alvorens *op basis daarvan* [cursivering Commissie] de Minister van Binnenlandse Zaken de gevolgtrekking kan maken, dat een ernstig vermoeden bestaat dat er sprake is van een gevaar voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat. Voor het overgrote deel zal deze summiere kennis geput kunnen worden uit voor een ieder toegankelijke bronnen met name in die gevallen waar er sprake is van een gevaar voor de democratische rechtsorde. Voor een klein deel zal zij het resultaat zijn van verkennende activiteiten van de dienst. Dit laatste speelt vooral een rol bij de contra-spionage van de dienst en de voorkoming van terroristische misdrijven.”²⁴

¹⁹ Kamerstukken I 2001/02, 25 877, nr. 58a, p. 14 (memorie van antwoord).

²⁰ Wet van 3 december 1987, *Stb.* 635, houdende regels betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (WIV 1987).

²¹ De taakstelling van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten was voor de totstandkoming van de WIV 1987 geregeld in het Koninklijk besluit van 5 augustus 1972, *Stb.* 437, houdende regeling van de taak, de organisatie, de werkwijze en de samenwerking van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

²² Kamerstukken II 1982/83, 17 363, nr. 5 (voorlopig verslag).

²³ Kamerstukken II 1983/84, 17 363, nrs. 6-7, p. 2.

²⁴ Kamerstukken II 1983/84, 17 363, nrs. 6-7, p. 5.

De woordkeuze – *ernstig* vermoeden – impliceert dat er sprake dient te zijn van méér dan een vermoeden. De toelichting op de begrippen toont aan dat daarvan reeds sprake kan zijn indien de AIVD *enige summiere kennis* bezit over de activiteiten en/of de doelstellingen van een persoon of organisatie. Maar ook nog voordat de AIVD over die summiere kennis beschikt kan de AIVD blijkens de toelichting op de oude WIV reeds verkennende activiteiten verrichten op doelgebieden waar de ervaring heeft geleerd dat activiteiten en doelstellingen, die de nationale veiligheid bedreigen, zich kunnen ontplooiën en manifesteren.

Vanuit de Tweede Kamer is indertijd verduidelijking gevraagd met betrekking tot die “verkennde activiteiten”, waarbij de vraag werd gesteld of “de Binnenlandse Veiligheidsdienst in deze voorbereidende fase alleen informatie verzamelt als de dienst zelf het ernstige vermoeden heeft dat bij onderzoek zal blijken, dat op basis van de verzamelde informatie de minister zal concluderen dat sprake is van een ernstig vermoeden”. De regering antwoordde het volgende:

“In de memorie van antwoord hebben wij opgemerkt, dat de verkennende activiteiten van de BVD vooral een rol spelen bij de contra-spionage en de voorkoming van terroristische activiteiten. Deze verkennende activiteiten richten zich uiteraard in de eerste plaats op die doelgebieden, van waaruit naar de ervaring in binnen- en buitenland heeft geleerd spionage en terroristische activiteiten worden ontplooid en voorts op die terreinen, waar deze activiteiten zich kunnen manifesteren. In deze zin beantwoorden wij de vraag van de leden dus bevestigend. Ter vermijding van elk misverstand voegen wij hier echter onmiddellijk aan toe, dat de uitvoering van verkennende activiteiten uiteraard een vast weerkerend onderwerp van bespreking is in het geregelde overleg van de Minister van Binnenlandse Zaken en het hoofd van de Binnenlandse Veiligheidsdienst.”²⁵

Op welke operationele wijze de verkennende activiteiten kunnen worden ontplooid wordt in de toelichting op de WIV 1987 niet uitgewerkt. Ook bij de totstandkoming van de WIV 2002 is daar geen aandacht aan besteed. De Commissie is van oordeel dat het bij verkennende activiteiten in het kader van de uitvoering van de a-taak in elk geval niet kan gaan om de inzet van bijzondere bevoegdheden, zoals aftappen (artikel 25 WIV 2002) en de selectie van ongericht ontvangen en opgenomen niet-kabelgebonden telecommunicatie (artikel 27 WIV 2002), welke bevoegdheden onderwerp zijn van onderhavig onderzoek van de Commissie. Door de inzet van bijzondere bevoegdheden wordt gericht inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van een persoon of organisatie. Deze inbreuk wordt gerechtvaardigd indien er een ernstig vermoeden bestaat dat deze persoon of organisatie een gevaar voor de nationale veiligheid vormt. Indien kennis ontbreekt dat een persoon of organisatie door de doelen die hij nastreeft of door zijn activiteiten een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid, en er dientengevolge van een ernstig vermoeden geen sprake is, is de inzet van bijzondere bevoegdheden naar het oordeel van de Commissie niet toegestaan. De Commissie heeft in onderhavig onderzoek vastgesteld dat de AIVD ten behoeve van de uitvoering van de a-taak geen verkennende activiteiten uitvoert door middel van de inzet van de bijzondere bevoegdheden genoemd in de artikelen 25 en 27 WIV 2002.

3.2 De d-taak van de AIVD

De d-taak – ook wel de inlichtingentaak buitenland of buitenlandstaak genoemd – betreft het onderzoek naar andere landen die zijn aangewezen door de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, in overeenstemming met de Minister van Binnenlandse Zaken en

²⁵ Kamerstukken II 1984/85, 17 363, nr. 12, p. 3.

Koninkrijksrelaties en de Minister van Defensie (artikel 6 lid 2 sub d WIV 2002). Voorheen werden de onderwerpen jaarlijks aangewezen.²⁶ Met ingang van het jaar 2008 heeft het Aanwijzingsbesluit een looptijd van vier jaar gekregen.²⁷

De buitenlandtaak is met de inwerkingtreding van de WIV 2002 als nieuwe taak aan de AIVD toebedeeld en richt zich op het inwinnen van informatie ten aanzien van onderwerpen die niet rechtstreeks gerelateerd zijn aan *concrete* bedreigingen van de nationale veiligheid (zie hierover tevens paragraaf 3.3).²⁸

In vroeger tijden was deze taak belegd bij de Inlichtingendienst Buitenland (IDB), die in 1994 is opgeheven. De reden om de taken van de opgeheven IDB te hervatten was onder meer dat het einde van de Koude Oorlog niet – zoals bij de opheffing van de IDB werd verwacht – had geleid tot het verdwijnen van conflicten en brandhaarden in Europa en elders in de wereld. De relatief overzichtelijke situatie tijdens de Koude Oorlog had daarentegen plaatsgemaakt voor een aanzienlijk minder overzichtelijke politieke en economische situatie in de wereld. Inlichtingen over buitenlandse aangelegenheden werden derhalve opnieuw van belang geacht voor de bepaling van het Nederlandse beleid.²⁹

Artikel 1 van het Aanwijzingsbesluit 2008-2012 wijst als onderwerpen aan:

- a. Politieke intenties, activiteiten en opinies van regeringen, instellingen en inwoners van specifiek benoemde landen of regio's (politieke inlichtingen). Voor alle landen en regio's van onderzoek geldt dat deze worden gezien vanuit de vraag wat de werkelijke motieven van de belangrijkste actoren zijn, wat de feitelijke invloed is van de regering en welke doelen worden nagestreefd.
- b. Het tijdig onderkennen en signaleren van en reageren op ontwikkelingen in landen of regio's die een potentiële dreiging ten aanzien van de nationale veiligheid vormen (early warning / quick response). Hiertoe worden gevraagd en ongevraagd gegevens verzameld over landen en regio's die niet vallen onder artikel 1a.

In de toelichting op het Aanwijzingsbesluit 2008-2012 is opgenomen dat de onderwerpen van onderzoek zijn aangewezen om inlichtingen te verzamelen die de Nederlandse regering in staat stellen bij het bepalen van standpunten over het buitenlands beleid en bij het voeren van internationale onderhandelingen, te beschikken over de informatie die via andere, bijvoorbeeld diplomatieke, kanalen niet of moeilijk te verkrijgen is. De toelichting vervolgt:

“Het gaat hier om het inwinnen van ontbrekende maar met het oog op de nationale veiligheid van belang zijnde gegevens die uitsluitend bij buitenlandse I&V-diensten voorhanden zijn of alleen maar met eigen inspanningen van één of beide diensten verkregen kunnen worden. Dit betekent dat de activiteiten van AIVD of MIVD complementair zijn aan de bestaande taken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en zijn vertegenwoordigingen in het buitenland.”³⁰

²⁶ Zie o.a. Aanwijzingsbesluit 2005, *Stcrt.* 23 december 2004, nr. 248, p. 10; Aanwijzingsbesluit 2006, *Stcrt.* 20 januari 2006, nr. 15, p. 11; Aanwijzingsbesluit 2007, *Stcrt.* 8 december 2006, nr. 240, p. 9.

²⁷ Besluit van 10 juli 2007 tot aanwijzing van de onderwerpen als bedoeld in artikel 6, tweede lid, onder d, respectievelijk artikel 7, tweede lid, onder e, van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002, *Stcrt.* 25 juli 2007, nr. 141, p. 21. Het besluit is in werking getreden met ingang van 1 januari 2008 en vervalt met ingang van 1 januari 2012.

²⁸ *Kamerstukken II 1999/2000*, 25 877, nr. 8, p. 23.

²⁹ *Kamerstukken II 1999/2000*, 25 877, nr. 8, p. 24-25 en *Kamerstukken II 2000/01*, 25 877, nr. 14, p. 16.

³⁰ Zie voetnoot 27.

De toegevoegde waarde van de betrokkenheid van de AIVD is dat de AIVD veel contacten heeft met buitenlandse collegadiensten en derhalve door middel van informatieuitwisseling aan de gegevens kan komen. Daarnaast kan de AIVD, anders dan het Ministerie van Buitenlandse Zaken, gebruik maken van de inzet van bijzondere bevoegdheden.

De onderzoeksterreinen zijn in het openbaar gedeelte van het Aanwijzingsbesluit ruim geformuleerd. In de geheime bijlage van het besluit worden de onderwerpen nader uitgewerkt en wordt gespecificeerd op welke landen dan wel regio's het onderzoek betrekking mag hebben, zodat uitsluitend die onderwerpen worden aangewezen die in het belang van de nationale veiligheid (artikel 6 lid 2 aanhef WIV 2002) de aandacht van de AIVD (dan wel de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst) behoeven.

De Commissie heeft op 10 september 2007 een onderzoek aangekondigd naar de rechtmatigheid van de uitvoering van de buitenlandstaak door de AIVD. In dat onderzoek wordt de uitoefening van de d-taak in brede zin onderzocht.

In onderhavig onderzoek is uitsluitend de uitvoering van de d-taak bekeken, voor zover daarbij gebruik is gemaakt van de inzet van de artikelen 25 en 27 WIV 2002.

3.3 *Het belang van de nationale veiligheid*

Zowel de a- als de d-taak dienen te worden uitgevoerd in het belang van de nationale veiligheid (artikel 6 lid 2 aanhef WIV 2002).

Het begrip 'nationale veiligheid' is geïntroduceerd als een overkoepelend leidend begrip voor de activiteiten van de diensten. Met het begrip is aangesloten bij artikel 8 lid 2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), waardoor de invulling van het begrip mede wordt bepaald door de jurisprudentie die daaromtrent is c.q. wordt gevormd.

De regering heeft bij de totstandkoming van de WIV 2002 geoordeeld dat er – afgaande op de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) – ruimte bestaat bij de (nationale) invulling van het begrip:

“Aan de nationale wetgever wordt een (wide) margin of appreciation gelaten. Deze constatering heeft ons tot de conclusie geleid, dat het begrip «nationale veiligheid» dan ook zo ruim kan en mag worden uitgelegd, dat alles wat de diensten thans op grond van hun huidige taakstelling doen in ieder geval onder het begrip «nationale veiligheid» kan en mag worden gebracht; dit geldt – met een enkele kanttekening waar het de AIVD betreft – ook voor de nieuwe taken (de zogeheten inlichtingentaak buitenland van de AIVD en van de MIVD).”³¹

Over de algemene inhoud en reikwijdte van het begrip bestaat geen rechtspraak. De jurisprudentie van het EHRM laat zien dat het Europees Hof per geval beoordeelt of een verdragsstaat terecht een beroep heeft gedaan op de nationale veiligheid als grond om een inbreuk op een mensenrecht te rechtvaardigen. Het EHRM geeft de verdragsstaten daarbij inderdaad, zoals door de regering bij de totstandkoming van de WIV 2002 geconstateerd, een ruime beoordelingsvrijheid bij de invulling van het begrip. Zaken waarin de nationale veiligheid in het geding was hadden bijvoorbeeld betrekking op het publiceren van

³¹ *Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 9, p. 14.*

staatsgeheimen³², dreigingen vanwege spionage en terrorisme³³ en de integriteit van het ambtelijk apparaat³⁴.

In de taakomschrijving van de AIVD (artikel 6 WIV 2002) is bepaald dat een onderzoek op grond van de a-taak slechts kan plaatsvinden ten aanzien van 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 WIV 2002). Een dergelijk vereiste dat er een *gevaar* dreigt voor de nationale veiligheid komt niet tot uitdrukking in de omschrijving van de d-taak van de AIVD (artikel 6 lid 2 sub d WIV 2002). Voor de d-taak volstaat derhalve dat het onderzoek plaatsvindt in het belang van de nationale veiligheid, zoals in de aanhef van artikel 6 WIV 2002 is opgenomen. De regering heeft hier bij de totstandkoming van de WIV 2002 enige toelichting op gegeven door te overwegen:

“De nieuwe inlichtingentaak buitenland maakt het voor de AIVD mogelijk ook activiteiten te ontplooiën gericht op het inwinnen van informatie ten aanzien van onderwerpen die niet rechtstreeks gerelateerd zijn aan concrete bedreigingen van de nationale veiligheid.”³⁵

Rechtspraak van het EHRM toont dat er voor de rechtvaardiging van geheim onderzoek door inlichtingen- en veiligheidsdiensten in het belang van de nationale veiligheid geen sprake hoeft te zijn van een *daadwerkelijke* aantasting van de nationale veiligheid. Wel dient er minstens sprake te zijn van de mogelijkheid dat de nationale veiligheid wordt aangetast, met andere woorden een *potentiële* aantasting van de nationale veiligheid.³⁶ Grondrechtenbeperkende maatregelen kunnen door inlichtingen- en veiligheidsdiensten worden getroffen met het doel te voorkomen dat de nationale veiligheid daadwerkelijk wordt aangetast. Als er in het geheel geen aantasting van de nationale veiligheid verwacht kan worden, dan kan een inbreuk op de mensenrechten dus niet worden gerechtvaardigd. In het grondige promotieonderzoek van mr. J.P. Loof naar de verenigbaarheid van mensenrechten en de staatsveiligheid wordt het volgende opgemerkt:

“In gevallen waarin sprake is van een inbreuk op het recht op privacy, het grondrecht dat doorgaans aan de orde is bij overheidsoptreden ter bestrijding van spionage en bij onderzoek door veiligheidsdiensten, wordt de inbreuk in beginsel ook reeds aanvaard als zijnde ‘in het belang van de nationale veiligheid’ indien de nationale veiligheid nog niet feitelijk bedreigd wordt, maar mogelijkerwijs in gevaar zou kunnen komen. Dat in dergelijke gevallen door de Straatsburgse instanties een minder stringente eis gesteld wordt met betrekking tot de mate van gevaar voor de nationale veiligheid is logisch en onvermijdelijk. Optreden of onderzoek door veiligheidsdiensten is veelal juist (mede) gericht op het voorkómen van situaties die de staatsveiligheid bedreigen of aantasten. (...) Wel ligt het voor de hand om in een dergelijk geval te eisen dat de mogelijkheid dat de staatsveiligheid in gevaar zou kunnen komen ten minste blijkt uit feitelijke omstandigheden of door specifieke vermoedens of verdenkingen geïndiceerd wordt, anders wordt staten al te gemakkelijk een vrijbrief gegeven om iedereen

³² EHRM 26 november 1991 (Observer en The Guardian/Verenigd Koninkrijk).

³³ EHRM 6 september 1978 (Klass e.a./Duitsland), § 48; EHRM 5 juli 2001 (Erdem/Duitsland).

³⁴ EHRM 12 december 2001 (Grande Oriente d’Italia di Palazzo Giustiniani/Italië), § 21.

³⁵ *Kamerstukken I* 2001/02, 25 877, nr. 58a, p. 2 (memorie van antwoord).

³⁶ Zie o.a. EHRM 6 september 1978 (Klass e.a./Duitsland) en EHRM 26 maart 1987 (Leander/Zweden).

aan een veiligheidsonderzoek (en daarmee gepaard gaande privacyinbreuk) te onderwerpen.”³⁷

Het door Loof genoemde vereiste dat er sprake dient te zijn van feitelijke omstandigheden of specifieke vermoedens of verdenkingen om te kunnen spreken van een potentiële aantasting van de nationale veiligheid komt met betrekking tot de a-taak van de AIVD tot uitdrukking doordat er sprake dient te zijn van een ernstig vermoeden (zie hierover paragraaf 3.1). Voor de buitenlandstaak is een dergelijk vereiste niet in de WIV 2002 neergelegd.

Opgemerkt dient te worden dat de potentiële aantasting van de nationale veiligheid andersoortig is bij respectievelijk de a- en de d-taak. Dat verschil zit met name in het feit dat de mogelijke aantasting doorgaans concreter is bij de a-taak dan bij de d-taak. Bij de a-taak gaat het veelal om dreigingen die zich op korte termijn zouden kunnen manifesteren, bijvoorbeeld een terroristische aanslag, een (gewelddadige) actie van rechts- of links-extremisten, het terechtkomen van staatsgeheimen of vertrouwelijke informatie bij onbevoegden (bijvoorbeeld door spionage), et cetera. Dergelijke aantastingen van de nationale veiligheid zullen zich over het algemeen op kortere termijn manifesteren dan potentiële aantastingen waar de AIVD op grond van de d-taak onderzoek naar doet. Bij de d-taak wordt voornamelijk onderzoek gedaan naar de potentiële aantasting van de nationale veiligheid op lange(re) termijn. Er worden internationale ontwikkelingen gevolgd die mogelijk in de toekomst een nadelig effect hebben op de nationale veiligheid van Nederland. Hoe die aantasting zich uiteindelijk zal concretiseren is moeilijker in te schatten dan bij de a-taak. In elk geval zal bij de aanwijzing van de onderwerpen waar de AIVD in het kader van de d-taak onderzoek naar dient te verrichten (artikel 6 lid 2 sub d WIV 2002) steeds voldoende aandacht moeten worden besteed aan de vraag of de onderwerpen een potentiële aantasting van de nationale veiligheid vormen.

3.4 *Bevindingen van de Commissie*

De Commissie constateert dat de AIVD – conform de wet – geen gebruik maakt van de bijzondere bevoegdheden uit de artikelen 25 en 27 WIV 2002 bij de uitvoering van de in artikel 6 lid 2 WIV 2002 genoemde b-taak (het verrichten van veiligheidsonderzoeken naar personen die een vertrouwensfunctie willen vervullen), c-taak (het bevorderen van beveiligingsmaatregelen) en e-taak (het op verzoek opstellen van dreigings- en risicoanalyses ten behoeve van de beveiliging van bepaalde personen en de bewaking en beveiliging van verschillende objecten en diensten).

Zowel voor de a- als de d-taak maakt de AIVD gebruik van de bijzondere bevoegdheden genoemd in de artikelen 25 en 27 WIV 2002. De onderzoeken ten behoeve waarvan deze bijzondere bevoegdheden worden ingezet vallen onder de taakomschrijving van de AIVD.

4. **Toetsingscriteria voor de inzet van bijzondere bevoegdheden**

De AIVD dient de bepalingen uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in acht te nemen. In artikel 8 lid 1 EVRM is vastgelegd dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Bij de inzet van bijzondere bevoegdheden door de AIVD wordt een inbreuk gemaakt op een of meer van deze rechten. Het tweede lid

³⁷ J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen* (diss. Universiteit Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 339.

van artikel 8 EVRM bevat een beperkingsclausule en bepaalt dat geen inmenging door enig openbaar gezag in de uitoefening van dat recht is toegestaan, dan voor zover bij de wet is voorzien en *in een democratische samenleving noodzakelijk* is in het belang van de nationale veiligheid of een ander belang zoals in het tweede lid genoemd.

Er is een beperkte hoeveelheid jurisprudentie van het Europees Hof over zaken waarbij in het belang van de nationale veiligheid een inbreuk is gemaakt op het privacyrecht door geheim onderzoek van een inlichtingen- en/of veiligheidsdienst. Op basis van de beschikbare jurisprudentie en uit vergelijkbare jurisprudentie in zaken waar eveneens, zij het niet door een inlichtingen- en/of veiligheidsdienst, in het belang van de nationale veiligheid een inbreuk is gemaakt op een grondrecht (bijvoorbeeld een beperking van de vrijheid van meningsuiting om te voorkomen dat staatsgeheimen geopenbaard worden) vallen enkele algemene opmerkingen te maken over de toets die het EHRM hanteert bij de vraag of een inbreuk op een grondrecht noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Bij de totstandkoming van de WIV 2002 zijn de toetsingscriteria van het EHRM verspreid in de wet terechtgekomen. Hieronder worden de toetsingscriteria van het EHRM en de bepalingen uit de WIV 2002 in onderlinge samenhang behandeld, waardoor een overzicht wordt gegeven van de criteria waaraan moet zijn voldaan om inbreuk te mogen maken op de persoonlijke levenssfeer van personen en organisaties door de inzet van bijzondere bevoegdheden.

De toetsingscriteria voor de inzet van bijzondere bevoegdheden zijn onder te brengen in twee categorieën:

1. Het noodzakelijkheids criterium (paragraaf 4.1)
2. Proportionaliteit en subsidiariteit (paragraaf 4.2)

4.1 *Het noodzakelijkheids criterium*

In artikel 18 WIV 2002 is opgenomen dat een bijzondere bevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend voor zover dat *noodzakelijk* is voor de goede uitvoering van de a- en de d-taak. Deze bepaling is specifiek van toepassing op de inzet van bijzondere bevoegdheden. Voor het geheel aan werkzaamheden van de AIVD is het noodzakelijkheidsvereiste tevens opgenomen in artikel 12 lid 2 WIV 2002, waarin is bepaald dat de verwerking van gegevens slechts plaatsvindt voor een bepaald doel en slechts voor zover dat noodzakelijk is voor een goede uitvoering van deze wet of de Wet Veiligheidsonderzoeken. Het verzamelen van gegevens, bijvoorbeeld door middel van de inzet van bijzondere bevoegdheden, is een vorm van gegevensverwerking (artikel 1 sub f WIV 2002), waardoor het gebruik van bijzondere bevoegdheden dus reeds op grond van artikel 12 lid 2 WIV 2002 is onderworpen aan het noodzakelijkheidsbeginsel.

Om te kunnen voldoen aan het noodzakelijkheids criterium dient er blijkens jurisprudentie van het EHRM sprake te zijn van een dwingende maatschappelijke behoefte (“pressing social need”) die de inbreuk op het mensenrecht rechtvaardigt.³⁸ Of daarvan sprake is dient van geval tot geval te worden beoordeeld.

In het arrest *Handyside* tegen het Verenigd Koninkrijk uit 1976 heeft het EHRM de invulling van het begrip noodzaak ingeperkt door te overwegen dat het weliswaar niet synoniem kan worden gesteld met “indispensable”, “absolutely necessary”, “strictly necessary” en “strictly required by the exigences of the situation”, maar dat het anderzijds niet een zodanig rekbaar

³⁸ Zie o.a. EHRM 26 maart 1987 (*Leander/Zweden*), § 58.

begrip is dat het geïnterpreteerd mag worden als “admissible”, “ordinary”, “useful”, “reasonable” of “desirable”.³⁹ Twee jaar later overwoog het EHRM in het arrest *Klass e.a. tegen Duitsland* (1978) dat voor geheim onderzoek door een inlichtingen- en veiligheidsdienst het begrip noodzaak meer restrictief dient te worden geïnterpreteerd:

“Powers of secret surveillance of citizens, characterising as they do the police state, are tolerable under the Convention *only in so far as strictly necessary* [cursivering Commissie] for safeguarding the democratic institutions.”⁴⁰

(...)

“Democratic societies nowadays find themselves threatened by highly sophisticated forms of espionage and by terrorism, with the result that the State must be able, in order effectively to counter such threats, to undertake the secret surveillance of subversive elements operating within its jurisdiction. The Court has therefore to accept that the existence of some legislation granting powers of secret surveillance over the mail, post and telecommunications is, *under exceptional conditions* [cursivering Commissie], necessary in a democratic society in the interests of national security and/or for the prevention of disorder or crime.”⁴¹

Deze restrictieve benadering van het EHRM is in latere jurisprudentie van het EHRM bevestigd.⁴² Het is de AIVD aldus pas toegestaan om inbreuk te maken op een grondrecht indien er sprake is van een dwingende maatschappelijke behoefte, hetgeen in het geval van geheim onderzoek betekent dat de inbreuk strikt noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving.

Het middel waarmee inbreuk wordt gemaakt op de rechten van een persoon dient bij te dragen aan het doel waarvoor het wordt ingezet om de inzet van het middel als noodzakelijk te kunnen aanmerken.

In de WIV 2002 is dit vereiste neergelegd in artikel 12 lid 2, waarin onder meer is bepaald dat gegevensverwerking slechts plaatsvindt voor een bepaald doel. Daarnaast is in artikel 32 WIV 2002 bepaald dat de inzet van een bijzondere bevoegdheid onmiddellijk wordt gestaakt indien het doel waartoe de bevoegdheid is uitgeoefend is bereikt. Het spreekt voor zich dat als het middel niet (meer) bijdraagt of bij kan dragen aan het doel, het middel dan eveneens niet (langer) ingezet mag worden.

Dit betekent dat de AIVD voorafgaande aan de inzet van een bijzondere bevoegdheid een doel dient te hebben waarvoor het middel wordt ingezet en dat de verwachting dient te bestaan dat de opbrengst van de inzet van het middel bijdraagt aan het bereiken van dat doel. Na aanvang van de inzet zal de opbrengst ook daadwerkelijk moeten bijdragen aan het onderzoek. Is er bijvoorbeeld door een tekort aan audiobewerkers geen mogelijkheid om een telefoontap uit te luisteren, dan zal de telefoontap moeten worden beëindigd, omdat deze in dat geval niet (langer) bijdraagt aan het doel waarvoor de tap is ingezet en aldus niet (langer) noodzakelijk is. Bij een verzoek om verlenging van de inzet van een bijzondere bevoegdheid dient dan ook nadrukkelijk aandacht te worden besteed aan de opbrengst van het middel en de meerwaarde daarvan voor het onderzoek.

³⁹ EHRM 7 december 1976 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), § 48.

⁴⁰ EHRM 6 september 1978 (*Klass e.a./Duitsland*), § 42.

⁴¹ EHRM 6 september 1978 (*Klass e.a./Duitsland*), § 48.

⁴² EHRM 4 mei 2000 (*Rotaru/Roemenië*), § 47, EHRM 6 juni 2006 (*Segerstedt-Wiberg e.a./Zweden*), § 88 en *mutatis mutandis* voor geheim onderzoek in het kader van het strafrecht: EHRM 2 november 2006 (*Volkhy/Oekraïne*), § 43.

4.2 *Proportionaliteit en subsidiariteit*

De inbreuk die wordt gemaakt op het grondrecht dient in een redelijke verhouding te staan tot het doel dat met de inbreuk wordt gediend (proportionaliteitsbeginsel).⁴³ Dit vereiste is in de WIV 2002 tot uitdrukking gebracht in artikel 31, waarin is bepaald dat de uitoefening van een bevoegdheid achterwege blijft, indien de uitoefening ervan voor betrokkene een onevenredig nadeel in vergelijking met het daarbij na te streven doel oplevert (lid 3) en dat de uitoefening van een bevoegdheid evenredig dient te zijn aan het daarmee beoogde doel (lid 4). Er dient een afweging plaats te vinden tussen het belang dat met de inzet van de bijzondere bevoegdheid wordt gediend – de nationale veiligheid – versus de belangen van de betrokkene.

Bij de belangen van de betrokkene dient in de eerste plaats te worden gedacht aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet). Het EHRM heeft meermalen overwogen dat ook zakelijke activiteiten binnen het bereik van het begrip ‘private life’ vallen.⁴⁴ Afhankelijk van welke bijzondere bevoegdheid wordt ingezet en de maatschappelijke positie die een persoon of een organisatie tegen wie de bevoegdheid wordt ingezet inneemt, kunnen ook andere belangen een rol spelen, zoals het telefoongheim (artikel 13 Grondwet), het verschoningsrecht voor advocaten en andere geheimhouders en het bronbeschermingsrecht voor journalisten. In paragraaf 8 wordt nader ingegaan op het (beperkt) verschoningsrecht.

Het EHRM neemt bij het bepalen van de proportionaliteit onder meer als maatstaf dat de inbreuk die wordt gemaakt om het doel te bereiken zo licht mogelijk dient te zijn. Dit kan door gebruik te maken van een minder zware (bijzondere) bevoegdheid, maar ook door eenzelfde bijzondere bevoegdheid op een manier in te zetten die de minste inbreuk voor de betrokkene oplevert. In de zaak *Erdem tegen Duitsland* (2001) overwoog het EHRM bijvoorbeeld dat het meelesen met de correspondentie tussen een gedetineerde en zijn advocaat proportioneel was, onder meer omdat het meelesen gebeurde door een onafhankelijke rechter die niet betrokken was bij het strafrechtelijk onderzoek, deze rechter de correspondentie vertrouwelijk moest behandelen, en de gedetineerde mondeling nog wel ongestoord met zijn advocaat kon communiceren.⁴⁵

De voorwaarde dat de inbreuk zo licht mogelijk dient te zijn – tevens bekend als het subsidiariteitsvereiste – is in de WIV 2002 terug te vinden in artikel 31 leden 1 en 2 en artikel 32. In artikel 31 lid 1 is bepaald dat de inzet van bijzondere bevoegdheden slechts is geoorloofd indien de daarmee beoogde verzameling van gegevens niet of niet tijdig kan geschieden door raadpleging van voor een ieder toegankelijke informatiebronnen (zoals de krant of het internet) of van informatiebronnen waarvoor aan de dienst een recht op kennisneming van de aldaar berustende gegevens is verleend (bijvoorbeeld de Gemeentelijke Basisadministratie en politieregisters).

Kunnen de gegevens niet uit deze informatiebronnen worden verkregen dan wordt, aldus artikel 31 lid 2, slechts die bevoegdheid uitgeoefend, die gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van de bedreiging van de door een dienst te beschermen belangen, mede in vergelijking met andere beschikbare bevoegdheden voor de betrokkene het minste nadeel oplevert. Dit komt terug in artikel 32 WIV 2002, waarin onder meer is

⁴³ Zie o.a. EHRM 26 maart 1987 (*Leander/Zweden*), § 58 en EHRM 6 juni 2006 (*Segerstedt-Wiberg e.a./Zweden*), § 88

⁴⁴ Zie o.a. EHRM 25 maart 1998 (*Kopp/Zwitserland*), § 50 en EHRM 25 oktober 2007 (*Van Vondel/Nederland*), § 48.

⁴⁵ EHRM 5 juli 2001 (*Erdem/Duitsland*), § 67.

neergelegd dat de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid wordt gestaakt indien met de uitoefening van een minder ingrijpende bevoegdheid kan worden volstaan. Bij de totstandkoming van de WIV 2002 heeft de regering een voorbeeld gegeven van een geval waarin de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid een onevenredig nadeel oplevert voor de betrokkene:

“Indien het noodzakelijk is om vast te stellen met wie een bepaalde persoon telefoongesprekken voert, kan dit op diverse manieren geschieden. Zo kan dit geschieden door het plaatsen van een telefoontap, maar ook door een zogeheten numerator-actie. Het is evident dat gelet op de verlangde gegevens het plaatsen van een telefoontap in dit geval een onevenredig nadeel voor de betrokken persoon oplevert en dus gekozen dient te worden voor een numerator-actie.”⁴⁶

In het pakket aan bijzondere bevoegdheden dat de AIVD ter beschikking staat valt niet zonder meer een hiërarchische structuur aan te brengen in de mate van inbreuk voor de betrokkene. De wetgever heeft echter wel verschillende gradaties aangebracht in de toestemming die moet worden gegeven voor de inzet van een inlichtingenmiddel. Een hoger toestemmingsniveau impliceert een zwaardere inbreuk op de rechten van betrokkene. Een tap (artikel 25 WIV 2002) en de selectie van ongericht ontvangen en opgenomen niet-kabelgebonden telecommunicatie (artikel 27 WIV 2002) kunnen derhalve beschouwd worden als zwaardere bijzondere bevoegdheden, omdat uitsluitend de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties bevoegd is om toestemming te geven voor de inzet van het middel. Voor bijvoorbeeld een observatie (artikel 20 WIV 2002) en de inzet van agenten (artikel 21 WIV 2002) is door mandatering toestemming op het niveau van het teamhoofd toegestaan, waardoor deze als lichtere bijzondere bevoegdheden kunnen worden gezien.

De daadwerkelijke zwaarte van de inbreuk wordt echter veeleer bepaald door de (technische en praktische) invulling van een bijzondere bevoegdheid en de duur en opbrengst van de inzet. Wordt een telefoon bijvoorbeeld slechts voor een dag afgeluisterd of levert de selectie van ontvangen en opgenomen niet-kabelgebonden telecommunicatie geen enkele treffer op, dan is de daadwerkelijke inbreuk minder groot dan wanneer de AIVD gedurende een jaar iedere maand de telefonieverkeersgegevens van een persoon opvraagt. Per geval zal dan ook moeten worden beoordeeld of wordt voldaan aan de voorwaarden van proportionaliteit en subsidiariteit. Dit dient duidelijk terug te komen in de motivering voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid.

5. Toestemmingsprocedure

De AIVD is pas bevoegd een persoon of organisatie af te luisteren dan wel te bekijken of zich in de ongericht ontvangen en opgenomen niet-kabelgebonden telecommunicatie informatie bevindt die relevant is voor het onderzoek, indien de dienst daarvoor toestemming heeft gekregen van de Minister van BZK (respectievelijk artikel 25 lid 2 en artikel 27 leden 4 en 5 WIV 2002). In tegenstelling tot bij de meeste andere bijzondere bevoegdheden, heeft de wetgever het bij deze bijzondere bevoegdheden niet wenselijk gevonden dat het hoofd van de AIVD of via mandatering ondergeschikte ambtenaren (artikel 19 lid 2 WIV 2002) namens de Minister toestemming kunnen geven (artikel 19 lid 1 WIV 2002).

Alvorens de dienstleiding van de AIVD een verzoek om toestemming tot de inzet van de bijzondere bevoegdheid of tot verlenging van die inzet aan de Minister van BZK voorlegt,

⁴⁶ *Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 8, p. 74.*

legt het verzoek binnen de dienst een traject af om de (juridische) houdbaarheid te toetsen. Naast het betrokken team dat het verzoek initieert dienen achtereenvolgens de decentrale jurist die betrokken is bij de operationele processen binnen een directie, de directeur van de directie waar het team onder valt, en het Kabinet Juridische Aangelegenheden (de centrale juridische afdeling) te hebben ingestemd met het verzoek.

De Commissie constateert dat deze interne toetsing bijdraagt aan zorgvuldiger afwegingsprocessen binnen de AIVD. Regelmatig dient het betrokken team het verzoek nader te motiveren alvorens met het verzoek wordt ingestemd en het komt voor dat het verzoek niet akkoord wordt bevonden en het verzoek de Minister aldus niet bereikt.

Volgens het bepaalde in artikel 19 lid 3 WIV 2002 wordt de toestemming, voor zover daarvan in de WIV 2002 niet is afgeweken, verleend voor een periode van ten hoogste drie maanden en kan deze telkens op een daartoe strekkend verzoek worden verlengd voor eenzelfde periode. De maximale toestemmingsperiode van drie maanden is van toepassing op het afluisteren van personen en organisaties (artikel 25) en op het selecteren van ongericht ontvangen en opgenomen niet-kabelgebonden telecommunicatie aan de hand van gegevens betreffende de identiteit van een persoon of organisatie (artikel 27 lid 3 sub a) en aan de hand van een nummer of enig technisch kenmerk (artikel 27 lid 3 sub b). Voor de selectie aan de hand van trefwoorden, die aan een nader omschreven onderwerp zijn gerelateerd (artikel 27 lid 3 sub c) geldt een afwijkende termijn, namelijk van een jaar (artikel 27 lid 5). Bij de totstandkoming van de WIV 2002 is daar de volgende toelichting op gegeven:

“De afwijkende toestemmingstermijn voor een selectie aan de hand van trefwoorden hangt samen met het feit dat hier niet op voorhand sprake is van een gerichte zoekactie naar gegevens die betrekking hebben op een concrete persoon waardoor de persoonlijke levenssfeer direct in het geding is. Bij de selectie aan de hand van aan onderwerpen gerelateerde trefwoorden wordt meer gezocht naar gegevens die van belang zijn voor een bepaald onderzoek waar de betrokken dienst mee bezig is.”⁴⁷

De Commissie stelt vast dat in de praktijk vrijwel altijd wordt verzocht om toestemming te verlenen voor de maximale duur. Dit dient voornamelijk een praktisch belang. De AIVD heeft de toestemmingsprocedure gestructureerd door deze in cycli van drie maanden te laten verlopen. Hiermee wordt voorkomen dat de Minister van BZK bij voortdurende met de toestemmingsverzoeken zou worden belast. In de huidige procedure worden alle verzoeken eenmaal in de drie maanden gebundeld aan de Minister van BZK voorgelegd, door de AIVD ook wel de “driemaandelijke verzamelbeschikking” genoemd. Alleen spoedeisende zaken worden tussentijds aan de Minister voorgelegd, waarna deze operaties bij een eventuele verlenging alsnog worden meegenomen in de verzamelbeschikking om de driemaandelijke cycli nadien te volgen.

Het tweede voordeel is dat de telecommunicatiebedrijven door deze werkwijze niet almaar het verzoek krijgen van de AIVD om taps aan of af te sluiten. Door de huidige werkwijze hoeft het telecommunicatiebedrijf, met uitzondering van de tussentijdse (spoed)aansluitingen, slechts eenmaal in de drie maanden na te gaan welke communicatielijnen open dienen te worden gesteld voor de AIVD.

Een ander voordeel voor de AIVD is dat een zo groot mogelijke opbrengst kan worden behaald indien de bijzondere bevoegdheid voor de maximale duur wordt ingezet.

Ook wanneer de toestemming voor de maximale duur van drie maanden is verleend, dient de AIVD zich echter bij voortdurende af te vragen of de inzet van het middel nog wel rechtmatig geschiedt. Blijkt bijvoorbeeld dat een andere persoon gebruikmaakt van een

⁴⁷ *Kamerstukken II 2000/01, 25 877, nr. 59, p. 25.*

telefoonaansluiting dan de persoon die de AIVD had willen afluisteren, dan zal de telefoontap direct beëindigd moeten worden, ook al heeft de AIVD formeel toestemming om het telefoonnummer voor de duur van drie maanden af te luisteren. Dit is ook het geval indien het doel waarvoor de bijzondere bevoegdheid is ingezet is bereikt. Is bijvoorbeeld het doel om een telefoonnummer van een persoon te achterhalen via een telefoontap op een ander persoon en is dat doel bereikt, dan is het niet langer toegestaan om de telefoonlijn af te luisteren.

Het reikt te ver om in het kader van onderhavig onderzoek te controleren of de AIVD in de praktijk in alle gevallen de inzet van bijzondere bevoegdheden tussentijds beëindigt indien daar een aanleiding toe is. De Commissie stelt echter op basis van de door de AIVD gekozen formuleringen in de verzoeken om toestemming dan wel verlenging vast dat de AIVD zich ervan bewust is dat de inzet van een bijzondere bevoegdheid moet worden gestaakt indien de grondslag voor de inzet is komen te vervallen. Dat de AIVD daar ook naar handelt blijkt uit de schriftelijk gemotiveerde besluiten tot beëindiging, die de Commissie inzicht verschaffen in de redenen waarom de inzet van een middel is gestaakt. Deze besluiten tot beëindiging laten zien dat de AIVD tussentijds stopt met de inzet van een bijzondere bevoegdheid indien er duidelijk aan te wijzen omstandigheden zijn waardoor de inzet van een bijzondere bevoegdheid niet langer is gerechtvaardigd.

6. Vereisten voor het verzoek om toestemming of verlenging inzake artikel 25 WIV 2002

Het verzoek dat aan de Minister van BZK wordt gedaan om artikel 25 dan wel artikel 27 WIV 2002 te mogen toepassen dient te voldoen aan enkele vereisten, zodat een onderbouwd oordeel kan worden gevormd over de vraag of de inbreuk op de rechten van betrokkene(n) door de inzet van het middel is geoorloofd. De (formeel) vereisten voor de verzoeken om artikel 25 WIV 2002 respectievelijk artikel 27 WIV 2002 te mogen toepassen verschillen op enkele punten van elkaar, waardoor deze in twee aparte paragrafen worden behandeld. Hieronder wordt eerst ingegaan op de vereisten voor de verzoeken inzake artikel 25 WIV 2002. Daarna komen in paragraaf 7 de vereisten voor de verzoeken inzake artikel 27 WIV 2002 aan bod.

De Commissie bekijkt reeds gedurende enkele jaren de verzoeken om toestemming en verlenging die aan de Minister van BZK zijn voorgelegd.⁴⁸ In sommige perioden zijn de verzoeken steekproefsgewijs bekeken, bij de meeste perioden heeft de Commissie alle verzoeken beoordeeld. Over zaken die de Commissie daarbij opvielen zijn opmerkingen jegens de AIVD gemaakt. De Commissie kan met tevredenheid constateren dat er verschillende verbeteringen door de AIVD zijn aangebracht in de verzoeken om toestemming en verlenging. Zo is bijvoorbeeld de motivering in de verzoeken voor de toepassing van artikel 25 WIV 2002 in de loop der jaren duidelijker geworden. Thans wordt over het algemeen een uitgebreidere en meer op de betrokkene toegespitste motivering in het verzoek opgenomen, waarbij meer aandacht wordt besteed aan de wettelijke vereisten voor de inzet van bijzondere bevoegdheden. Ook wordt inmiddels in de verzoeken om verlenging meer aandacht besteed aan de opbrengst die in de afgelopen periode is behaald. Op enkele andere punten zijn de verzoeken om toestemming en verlenging nog voor verbetering vatbaar.

⁴⁸ Het toezicht door de Commissie vindt achteraf plaats (*Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 79*). De Commissie is aldus niet betrokken bij de toestemmingsprocedure.

In artikel 25 lid 4 WIV 2002 is onder a, b en c bepaald aan welke vereisten het verzoek aan de Minister van BZK om af te tappen ten minste dient te voldoen. Deze vereisten worden hieronder achtereenvolgens behandeld.

6.1 *Een aanduiding van de bevoegdheid en, voor zover van toepassing, het nummer*

Artikel 25 lid 4 sub a WIV 2002 bepaalt dat in het verzoek een aanduiding dient te worden opgenomen van de bevoegdheid die de dienst wenst uit te oefenen en, voor zover van toepassing, het nummer, bedoeld in artikel 1.1, onder bb van de Telecommunicatiewet⁴⁹.

In het verzoek dient te worden gespecificeerd of het gaat om (a) het af luisteren en opnemen van gesprekken (bijvoorbeeld met behulp van een microfoon), (b) het aftappen en opnemen van telecommunicatie (bijvoorbeeld door middel van een telefoontap) of (c) het aftappen en opnemen van gegevensoverdracht via een geautomatiseerd werk (bijvoorbeeld het aftappen van datacommunicatie tussen computers).

Voorts is vereist dat het nummer wordt vermeld waarop de tap geplaatst dient te worden. Het komt voor dat de AIVD op het moment dat het verzoek wordt ingediend (nog) niet op de hoogte is van het nummer, maar dat de dienst verwacht hier in de toekomst kennis van te dragen. Om zo snel mogelijk over te kunnen gaan tot de inzet van het middel is in de WIV 2002 een mogelijkheid gecreëerd om toestemming te vragen zonder vermelding van het nummer. In dat geval wordt de toestemming verleend onder de voorwaarde dat de bevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend, zodra het desbetreffende nummer bekend is (artikel 25 lid 5 WIV 2002).

Op grond van deze bepaling vraagt de AIVD bij de driemaandelijke verzamelbeschikking (zie paragraaf 5), gelijktijdig voor alle personen en organisaties die worden afgeluisterd, in één algemeen verzoek, toestemming aan de Minister van BZK om de bevoegdheid ook uit te mogen oefenen op eventueel nieuw bekend te worden telecommunicatiekenmerken van de personen en organisaties die worden afgetapt. Vraagt de AIVD bijvoorbeeld toestemming om de mobiele telefoon van een target af te tappen en ontdekt de dienst na een maand dat het target nog een tweede mobiele telefoon heeft, dan hoeft de AIVD in dat geval niet nogmaals afzonderlijk toestemming te vragen aan de Minister. In de interne richtlijnen van de AIVD is bepaald dat het Kabinet Juridische Aangelegenheden goedkeuring dient te geven om de bevoegdheid ook met betrekking tot het nieuwe nummer uit te oefenen.

Indien tussentijds ook wordt afgeluisterd op een nieuw nummer, dan wordt bij de eerstvolgende driemaandelijke verzamelbeschikking een afzonderlijk verzoek om verlenging gevoegd waarop het nieuwe nummer staat vermeld. Worden inmiddels twee mobiele telefoonnummers afgeluisterd dan worden er dus twee verzoeken om verlenging ingediend.

De handelwijze dat de Minister vooraf toestemming geeft om de bevoegdheid ook met betrekking tot andere nummers te mogen toepassen heeft het belangrijke praktische voordeel dat een middel snel tegen een target kan worden ingezet.

De Commissie constateert dat het tussentijds uitbreiden van de bevoegdheid ten aanzien van nieuwe telecommunicatiekenmerken regelmatig voorkomt. De Commissie heeft hier geen bezwaar tegen, mits de AIVD erop toeziet dat het bij de uitbreiding blijft gaan om dezelfde

⁴⁹ In artikel 1.1., onder bb, van de Telecommunicatiewet is bepaald dat onder "nummer" dient te worden verstaan: "cijfers, letters of andere symbolen, al dan niet in combinatie, die bestemd zijn voor toegang tot of identificatie van gebruikers, netwerkexploitanten, diensten, netwerkaansluitpunten of andere netwerkelementen." Een nadere uitleg van het begrip kan worden gevonden in de Memorie van Toelichting op de Telecommunicatiewet (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 533, nr. 3, p. 74-76).

soort bevoegdheid (zie hiervoor: a, b of c) waarvoor de Minister toestemming heeft gegeven. Bij het aftappen en opnemen van telecommunicatie (categorie b) is het bepaalde in artikel 1.1 onder bb van de Telecommunicatiewet van belang. Dat houdt concreet in dat wanneer de AIVD toestemming heeft gekregen voor het aftappen van een telefoonnummer, deze toestemming kan worden uitgebreid met bijvoorbeeld een IP-adres (een ander nummer ingevolge de Telecommunicatiewet).

De Commissie heeft voorts geconstateerd dat de AIVD de algemene toestemming van de Minister van BZK om de bevoegdheid uit te breiden tot andere nummers van betrokkene, eenmaal op een te ver strekkende wijze heeft gebruikt. De initiële toestemming betreft in dit geval een telefoontap op een target. Tussentijds krijgt de AIVD het vermoeden dat het target gebruik maakt van de telefoon van iemand anders om (heimelijk) gesprekken mee te voeren (zie hierover par. 6.2.2, onder categorie II). De AIVD besluit deze telefoon tevens af te tappen, doch vraagt geen nieuwe toestemming aan de Minister, maar schaaft het aftappen van het nieuwe telefoonnummer onder de algemene toestemming van de Minister om bevoegdheden uit te breiden tot andere telecommunicatiekenmerken. De Commissie is evenwel van oordeel dat een afzonderlijke afweging is vereist om te beoordelen of het schenden van de rechten van deze andere persoon – het is immers zijn telefoon die wordt afgeluisterd, waardoor zijn privacyrechten eveneens worden geschonden – gerechtvaardigd is, weshalve specifieke toestemming van de Minister van BZK is vereist. Overigens voldeed de inzet van de bijzondere bevoegdheid naar het oordeel van de Commissie wel aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

6.2 *Gegevens betreffende de identiteit van de persoon of de organisatie*

Het verzoek om toestemming dient voorts te vermelden ten aanzien van wie de bevoegdheid wordt uitgeoefend. In artikel 25 lid 4 sub b WIV 2002 is neergelegd dat in het verzoek dienen te worden opgenomen de gegevens betreffende de identiteit van de persoon dan wel de organisatie ten aanzien van wie onderscheidenlijk waarvan de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid wordt verlangd.

Het mag duidelijk zijn dat het bij de AIVD in de meeste gevallen bekend is wie men beoogt af te luisteren. Van de meeste targets zijn de identiteitsgegevens bij de AIVD bekend. De AIVD beschikt evenwel niet in alle gevallen over de identiteitsgegevens. Gedacht kan worden aan de situatie dat een persoon met een prepaid-telefoon veelvuldig contact heeft met targets die onder de tap staan bij de AIVD en dat de inhoud van de gesprekken aanleiding geeft om ook de telefoon van die persoon af te luisteren. De naam en andere gegevens van die persoon hoeven dan (nog) niet bij de AIVD bekend te zijn en kunnen ook niet worden opgevraagd bij de telecommunicatieaanbieder indien het een prepaid-telefoon betreft. In dat geval kan een toestemming tot een zogenoemde NN-tap⁵⁰ worden aangevraagd op grond van artikel 25 lid 6 WIV 2002. De toestemming wordt dan slechts verleend onder de voorwaarde dat de identiteitsgegevens van de persoon zo spoedig mogelijk worden aangevuld.

6.2.1 Het aanvullen van gegevens bij organisatieverzoeken

Artikel 25 lid 6 WIV 2002 biedt de mogelijkheid om ook de gegevens betreffende de identiteit van een *organisatie* later aan te vullen. De Commissie constateert dat de AIVD onder deze identiteitsgegevens ook de namen van de leden van de organisatie rekent. De AIVD maakt

⁵⁰ NN = nomen nescio.

soms voor het af luisteren van een groep personen organisatieverzoeken (door de AIVD ook wel aangeduid als “organisatielasten”), waarin wordt gemotiveerd dat onderzoek naar de organisatie door middel van de toepassing van artikel 25 WIV 2002 noodzakelijk is. Voor zover bij de AIVD bekend, worden in een organisatieverzoek de leden van de organisatie opgesomd die de AIVD wil af luisteren. Deze personen zijn niet altijd reeds op voorhand (allemaal) bij de AIVD bekend. De AIVD vraagt om die reden in het organisatieverzoek tevens toestemming aan de Minister om ook personen af te mogen luisteren die aan bepaalde criteria voldoen (bijvoorbeeld een specifieke positie in de organisatie). Indien de AIVD na de verkregen toestemming een nieuw organisatielid identificeert dat voldoet aan de criteria uit het organisatieverzoek en de AIVD deze persoon wil af luisteren, dan gaat de AIVD daartoe over zonder voor dit individu afzonderlijk toestemming aan de Minister van BZK te vragen. De AIVD heeft in de interne richtlijnen vastgelegd dat het team dat de bevoegdheid in wil zetten om ook het nieuwe individu af te mogen luisteren, de voorafgaande toestemming van de juridische afdeling, het zogenoemde Kabinet Juridische Aangelegenheden, behoeft.

Naar het oordeel van de Commissie is het beter om voor ieder individu tegen wie de AIVD deze zware bijzondere bevoegdheid wil inzetten afzonderlijk toestemming te vragen, zodat een zorgvuldige afweging kan worden gemaakt of wordt voldaan aan alle wettelijke vereisten. De Commissie constateert evenwel dat artikel 25 lid 6 WIV 2002 de AIVD (inderdaad) de ruimte laat om tussentijds zelfstandig nieuw bekend geworden leden van de organisatie af te luisteren. De Commissie beveelt de AIVD aan om in een organisatieverzoek nauwkeurig te omschrijven waarom er sprake is van een organisatie, welke categorie personen uit de organisatie afgeluisterd kunnen worden en waarom wordt voldaan aan de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit om die categorie personen uit de organisatie af te luisteren. Indien tussentijds een nieuw bekend geworden persoon wordt afgeluisterd, dan is het van belang om vast te leggen waarom deze persoon naar het oordeel van de AIVD valt onder de categorie personen die in het organisatieverzoek is genoemd. De Commissie vindt het positief dat in de interne richtlijnen is opgenomen dat het Kabinet Juridische Aangelegenheden toestemming dient te geven om nieuwe individuen mede af te luisteren, zodat intern een juridische controle plaatsvindt met betrekking tot dit individu, met name door te beoordelen of de betrokkene voldoet aan de criteria die zijn genoemd in het organisatieverzoek.

De Commissie heeft geconstateerd dat de AIVD in één geval geen duidelijk organisatieverzoek heeft geschreven, terwijl de AIVD tussentijds is gestart met het af luisteren van een nieuw bekend geworden lid van de organisatie. De Commissie acht dit onzorgvuldig en beveelt de AIVD aan om telkens wanneer de dienst een groep personen als organisatie wil af luisteren een duidelijk organisatieverzoek op te stellen.

6.2.2 Identiteitsgegevens van een target of van een non-target

Voorzover de identiteitsgegevens van de persoon (bij individuele verzoeken) of de organisatie (bij organisatieverzoeken) bekend zijn dienen deze direct in het verzoek om toestemming of verlenging te worden opgenomen (artikel 25 lid 4 sub b WIV 2002). Voorheen legde de AIVD dit artikel zo uit dat in het verzoek de identiteitsgegevens moesten worden opgenomen van de persoon of organisatie *over wie* de AIVD meer informatie wilde krijgen, met andere woorden op wie het onderzoek zich richtte (het target). Deed de AIVD bijvoorbeeld onderzoek naar een target van wie de verblijfplaats (nog) niet bekend was en hoopte de AIVD de verblijfplaats te achterhalen door een telefoontap op een persoon uit de omgeving van het target (een non-target), dan vroeg de AIVD de telefoontap aan op naam van het target en niet op naam van het non-target.

De Commissie achtte dit onjuist en heeft hierover opmerkingen gemaakt jegens de AIVD. Het zijn in dergelijke gevallen immers niet (uitsluitend) de privacyrechten van het target waar inbreuk op wordt gemaakt, maar vooral de privacyrechten van het non-target worden geschonden, omdat diens gesprekken worden afgeluisterd.

Deze discussie is met name van belang voor de notificatieverplichting van de AIVD (artikel 34 WIV 2002). Deze verplichting houdt in dat de AIVD vijf jaar na beëindiging van de inzet van enkele bijzondere bevoegdheden (waaronder artikel 25 WIV 2002) aan de betrokkene dient te laten weten dat een bijzondere bevoegdheid tegen hem is ingezet, tenzij er redenen zijn om van notificatie af te zien. Het is op dat moment van belang om te weten tegen wie de bijzondere bevoegdheid is ingezet.

De AIVD is de Commissie gevolgd in haar opvattingen en heeft de verzoeken om toestemming en verlenging inmiddels aangepast aan de zienswijze van de Commissie. Er zijn grofweg drie categorieën te onderscheiden:

I. De plaats of de verbinding waar(op) de bijzondere bevoegdheid wordt ingezet behoort toe aan het target.

In deze gevallen wordt bijvoorbeeld de mobiele telefoon of vaste telefoonaansluiting van het target afgetapt, wordt een microfoon in de woning van het target geplaatst of wordt zijn internetverbinding afgetapt. De AIVD beoogt met de inzet van dergelijke middelen kennis te nemen van de handelingen (m.n. communicatie) die het target verricht. Het verzoek om toestemming dient derhalve op naam van het target te worden ingediend.

In sommige gevallen is het mogelijk dat ook kennis wordt genomen van activiteiten van andere personen dan het target. Bijvoorbeeld indien huisgenoten eveneens gebruik maken van de vaste telefoonaansluiting of indien een microfoon in een woning geluiden opvangt van andere bewoners. Hier is de inzet van het middel niet op gericht, doch het is onontkoombaar dat inbreuk wordt gemaakt op de privacyrechten van deze derden. Voor zover hieruit informatie naar voren komt die relevant is voor het onderzoek van de AIVD, kan dit worden beschouwd als bijvangst.

II. De plaats of de verbinding waar(op) de bijzondere bevoegdheid wordt ingezet behoort niet toe aan het target, maar het target maakt daarvan gebruik.

Personen die in de belangstelling staan van de AIVD zijn zich hiervan vaak (enigszins) bewust. Soms maken targets om die reden geen gebruik van hun eigen woning of communicatiemiddel(en) om heimelijke handelingen te verrichten, maar verkiezen zij een andere locatie respectievelijk andermans of openbare communicatiemiddelen om hun activiteiten voor de AIVD te verbergen. Om dergelijke “slimme targets” toch nauwlettend in de gaten te kunnen houden kan de AIVD de bijzondere bevoegdheid inzetten op plaatsen of communicatiemiddelen die weliswaar niet toebehoren aan het target, maar waarvan het target gebruikmaakt. Ook in die gevallen is net als bij categorie I het doel van de AIVD om kennis te nemen van de handelingen (m.n. communicatie) die het target verricht en zal het verzoek om toestemming op naam van het target moeten worden ingediend. In de motivering zal nadrukkelijk aandacht moeten worden besteed aan het gegeven dat de plaats of het communicatiemiddel toebehoort aan een derde.

Door deze methode wordt ook inbreuk gemaakt op de privacyrechten van andere personen dan het target, namelijk de personen aan wie de plaats of het communicatiemiddel toebehoort. Bij de belangenafweging of de inzet van het middel is gerechtvaardigd dient

voortdurend te worden afgewogen of het belang om het target in de gaten te houden (nog steeds) opweegt tegen de inbreuk die wordt gemaakt op de rechten van de derde(n). Een sterke indicatie daarvoor is de opbrengst die de inzet van het middel oplevert. Dit betekent dat uit de opbrengst moet blijken dat het target inderdaad gebruikmaakt van de plaats of het communicatiemiddel van de andere persoon ten behoeve van (heimelijke) activiteiten, waarvan kennisname door de AIVD relevant is voor het onderzoek en deze opbrengst niet op andere wijze kan worden verkregen.

Uit de inzet van het middel kan net als onder categorie I relevante bijvangst voortkomen. Het spreekt voor zich dat de opbrengst waar de inzet op is gericht en de bijvangst in de juiste verhouding tot elkaar dienen te staan. Het doel van de inzet is namelijk niet om de handelingen van de derde(n) te volgen. De AIVD zal dan ook zeer terughoudend dienen om te gaan met het uitwerken van informatie met betrekking tot de handelingen van deze derde(n). Indien de AIVD naar aanleiding van de bijvangst gericht informatie gaat verzamelen over deze derde(n) (categorie I) of via deze derde(n) over het target (categorie III, zie hieronder), en de inzet van het middel derhalve (mede) een ander doel dient dan het initiële doel om de handelingen van het target te volgen, dan zal er naar het oordeel van de Commissie tevens een verzoek moeten worden ingediend op grond van categorie I of categorie III.

III. De plaats of de verbinding waar(op) de bijzondere bevoegdheid wordt ingezet behoort niet toe aan het target en het target maakt daar ook geen gebruik van.

Deze categorie betreft het inzetten van de bijzondere bevoegdheid tegen een zogenoemd non-target. Doel is om kennis te nemen van de handelingen die het non-target verricht, waardoor de AIVD informatie over het target verwacht te krijgen. Het verzoek om toestemming of verlenging dient dan ook op naam van het non-target te worden ingediend. Het eerder genoemde voorbeeld dat de AIVD de verblijfplaats probeert te achterhalen van een target door een telefoontap te plaatsen op een persoon uit de omgeving van het target, valt onder deze categorie.

In sommige gevallen krijgt de AIVD onvoldoende zicht op een target indien uitsluitend middelen tegen het target zelf worden ingezet. In die gevallen kan het wenselijk zijn om een bijzondere bevoegdheid in te zetten tegen een persoon in de (directe) omgeving van het target, waardoor via het non-target informatie over het target kan worden verkregen. De Commissie beschouwt dit als een zeer zwaar middel en is van oordeel dat de AIVD zeer terughoudend dient te zijn met het gebruik daarvan. Het middel wordt niet in groten getale toegepast en in vrijwel alle gevallen waarin het middel wordt toegepast is naar het oordeel van de Commissie sprake van een dusdanige dreiging voor de nationale veiligheid dat de inzet van het middel noodzakelijk kan worden geacht, mede omdat andere middelen onvoldoende zicht geven op het target.

De Commissie constateert een lichte toename in de toepassing van artikel 25 WIV 2002 tegen non-targets. De Commissie zal aan deze methode bijzondere aandacht blijven besteden bij de monitoring van de toepassing door de AIVD van de artikelen 25 en 27 WIV 2002.

Tijdens het onderzoek heeft de Commissie twee operaties aangetroffen waarbij de toepassing van artikel 25 WIV 2002 tegen non-targets naar het oordeel van de Commissie niet proportioneel was. De Commissie is in beide gevallen van oordeel dat het belang om onderzoek te doen naar het voorwerp van onderzoek niet opweegt tegen de zware inbreuk op de rechten van de non-targets. Bij één van deze operaties ging het bovendien om een

verschoningsgerechtigde. De Commissie besteedt in paragraaf 8 aandacht aan de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen (beperkt) verschoningsgerechtigden. Beide operaties zijn inmiddels beëindigd.

6.3 De reden waarom de uitoefening wordt verlangd

Het verzoek om toestemming of verlenging dient voorts de reden te bevatten voor de inzet van de desbetreffende bevoegdheid (artikel 25 lid 4 sub c WIV 2002).

De AIVD moet aantonen dat de persoon of organisatie in het kader van de a- of d-taak in de belangstelling van de AIVD is komen te staan en dat het noodzakelijk is om deze aan een nader onderzoek te onderwerpen. Dit belang van het onderzoek dient te worden afgezet tegen de rechten van de betrokkene(n) die door de inzet van het middel worden geschonden (proportionaliteitstoets).

Zoals in de inleiding bij paragraaf 6 vermeld heeft de AIVD na opmerkingen van de Commissie de motivering meer op de betrokkene toegespitst.

De Commissie is van oordeel dat, met uitzondering van het geval dat wordt behandeld in de geheime bijlage van dit rapport, de motiveringen in de verzoeken aantonen dat de AIVD doordacht te werk gaat bij de inzet van deze zware bijzondere bevoegdheid. Er wordt niet in het wilde weg afgetapt, zoals nog wel eens buiten de AIVD wordt verondersteld. Het besluit om gebruik te maken van de inzet van een bijzondere bevoegdheid uit artikel 25 WIV 2002 tegen een persoon of organisatie is weloverwogen. Deels heeft dat uiteraard te maken met de beschikbare capaciteit van de AIVD, waardoor de AIVD niet onbeperkt gebruik kan maken van de inzet van bijzondere bevoegdheden. Maar de motivering in de verzoeken maakt ook duidelijk dat de AIVD zich ervan bewust is dat het gaat om de inzet van een zware bijzondere bevoegdheid waarbij ernstige inbreuk wordt gemaakt op de mensenrechten en dat daar terughoudend mee dient te worden omgegaan.

De AIVD dient in het verzoek op te nemen waarom *dit* middel moet worden ingezet om informatie te verzamelen. Welke opbrengst beoogt de AIVD te verkrijgen door de telefoon van een persoon af te tappen, door een microfoon in een woning te plaatsen dan wel door het internetgedrag van een persoon te monitoren? En is er geen ander inlichtingenmiddel waarmee dezelfde opbrengst wordt bereikt terwijl minder inbreuk wordt gemaakt op de rechten van betrokkene(n), met andere woorden wordt voldaan aan het vereiste van subsidiariteit?

De behaalde opbrengst van de inzet is van belang om te bepalen of een verlenging is gerechtvaardigd. Telkens dient te worden afgewogen of de opbrengst nog wel in verhouding staat tot de inbreuk die wordt gemaakt op de rechten van betrokkene(n). Voorheen besteedde de AIVD in de verlengingsverzoeken weinig aandacht aan de daadwerkelijk behaalde opbrengst. Nadat de Commissie hierover opmerkingen heeft gemaakt is dit zichtbaar verbeterd. De AIVD meldt thans in de verzoeken tot verlenging wat de opbrengst in de afgelopen drie maanden is geweest. Doordat de AIVD zich thans iedere drie maanden bewust afvraagt of het middel (nog steeds) bijdraagt aan de beoogde opbrengst, wordt voorkomen dat het middel onnodig lang wordt ingezet.

Het kan gebeuren dat een middel in de afgelopen drie maanden geen relevante opbrengst heeft gegenereerd. Gedacht kan worden aan de situatie dat een telefoontap op een target weliswaar gesprekken van het target opvangt, maar dat de inhoud van de gesprekken niet (direct) relevant is voor het onderzoek. In sommige gevallen verzoekt de AIVD vanwege het belang om een bepaald target in de gaten te houden desondanks om verlenging van de inzet

van het middel. De Commissie is van oordeel dat dit gerechtvaardigd is indien de verlenging dient om te kijken of er in de volgende drie maanden wel relevante opbrengst wordt behaald. Wordt echter ook in die periode geen progressie in het onderzoek geboekt, dan is het naar het oordeel van de Commissie in het algemeen niet gerechtvaardigd om de inzet van het middel nogmaals te verlengen. De AIVD toont over het algemeen zorgvuldig te zijn bij de afweging of de voortzetting van de toepassing van artikel 25 WIV 2002 gerechtvaardigd is gelet op de behaalde opbrengst.

Door het zorgvuldige afwegingsproces van de AIVD en de verslaglegging daarvan in de verzoeken om toestemming en verlenging heeft de Commissie slechts in een gering aantal gevallen moeten vragen om een uitgebreidere motivering voor de inzet van de bijzondere bevoegdheid. In veel gevallen leverde deze extra motivering voldoende duidelijkheid op over de rechtmatigheid van de inzet van het middel.

De Commissie heeft gedurende het onderzoek – naast de twee eerder genoemde operaties tegen non-targets (zie par. 6.2.2, onder categorie III) – twee operaties aangetroffen waarbij de inbreuk op de rechten van de betrokkene naar het oordeel van de Commissie in onevenredige verhouding staat/ stond tot het doel dat daarmee wordt/werd gediend. In beide gevallen gaat het om de toepassing van artikel 25 WIV 2002 in het kader van de buitenlandtaak van de AIVD. Een van deze operaties is inmiddels beëindigd, de andere operatie duurt op het moment van het opstellen van dit toezichtsrapport nog voort. In het geheim gedeelte bij dit toezichtsrapport wordt nader ingegaan op de nog lopende operatie.

7. Vereisten voor het verzoek om toestemming of verlenging inzake artikel 27 WIV 2002

In artikel 27 leden 4 en 5 WIV 2002 is neergelegd welke informatie dient te worden opgenomen in het verzoek om toestemming of verlenging voor het selecteren van de ongericht ontvangen en opgenomen niet-kabelgebonden telecommunicatie.

Ten eerste is een aanduiding vereist van de gegevens waarop de AIVD wil selecteren. Dit betreffen ofwel de gegevens betreffende de identiteit van een persoon of organisatie dan wel het nummer of enig technisch kenmerk (artikel 27 lid 4 sub a) waarop de AIVD wil selecteren. Indien de AIVD wenst te selecteren aan de hand van aan een nader omschreven onderwerp gerelateerde trefwoorden, dan dient het verzoek een nauwkeurige omschrijving van het onderwerp te bevatten (artikel 27 lid 5 sub a).

Ten tweede dient het verzoek de redenen te bevatten waarom de selectie dient te worden toegepast (artikel 27 lid 4 sub b en lid 5 sub b). Net als bij de verzoeken om toestemming en verlenging voor de inzet van artikel 25 WIV 2002 (zie paragraaf 6) dient de inzet van het middel gemotiveerd te worden door aandacht te besteden aan de taakstelling en de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Tevens dient bij de verzoeken om verlenging de behaalde opbrengst te worden vermeld.

De AIVD heeft de verzoeken om toestemming voor de selectie van ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie (artikel 27) anders ingericht dan de verzoeken om toestemming voor het aftappen (artikel 25). Voor laatstgenoemde wordt telkens één individueel verzoek ingediend per afgeluisterd onderdeel. Worden bijvoorbeeld twee mobiele telefoons, de vaste telefoon en de internetverbinding van een persoon afgeluisterd, dan worden in totaal vier afzonderlijke verzoeken ingediend.

Bij de verzoeken om ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie te mogen selecteren stelt de AIVD niet voor ieder selectiecriteria een afzonderlijk verzoek op. De selectiecriteria worden per onderzoek gebundeld in één verzoek. De Commissie heeft geen bezwaar tegen deze methode indien uit het verzoek per selectiecriteria voldoende blijkt dat aan de wettelijke vereisten wordt voldaan. Dat is echter thans in de meeste verzoeken voor de toepassing van artikel 27 WIV 2002 onvoldoende het geval. De AIVD motiveert weliswaar de reden van het onderzoek (bijvoorbeeld het onderzoek naar een onderwerp dat is aangewezen in het aanwijzingsbesluit), maar besteedt vervolgens vrijwel geen aandacht aan de vraag waarom dient te worden geselecteerd op basis van de in het verzoek opgenomen criteria.

De verzoeken op grond van artikel 27 lid 3 sub a en b WIV 2002 (selectie op basis van identiteitsgegevens dan wel het nummer of enig technisch kenmerk) bevatten veel nummers en technische kenmerken zonder dat wordt toegelicht op wie of waarop deze betrekking hebben. Indien wel wordt toegelicht op wie de nummers en technische kenmerken betrekking hebben, ontbreekt veelal de toelichting waarom de persoon of organisatie in de gaten dient te worden gehouden in het kader van het onderzoek (doel) en een afweging omtrent de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De Commissie kan in die gevallen niet controleren of de selectie gerechtvaardigd is. Ook de interne (juridische) controle bij de AIVD (zie paragraaf 5) kan naar het oordeel van de Commissie op deze manier niet plaatsvinden. Desondanks worden de verzoeken om toestemming aan de Minister van BZK voorgelegd en wordt door de Minister toestemming gegeven om te selecteren op basis van de in het verzoek opgenomen criteria.

Bij de totstandkoming van de WIV 2002 is opgemerkt dat voor de selectie op grond van de onder a en b genoemde criteria naar het oordeel van de regering hetzelfde regime dient te worden toegepast als bij de toepassing van artikel 25 WIV 2002.⁵¹ De AIVD tracht in deze gevallen immers gericht kennis te nemen van de inhoud van de communicatie van personen en organisaties. Deze inbreuk vereist dan ook een op de persoon of organisatie toegespitste motivering.

De Commissie is van oordeel dat op dit moment, mede gelet op het aantal selectiecriteria waarop wordt geselecteerd, niet zorgvuldig wordt omgegaan met de inzet van deze bijzondere bevoegdheid. Het niet vermelden van de reden waarom de selectie op basis van identiteitsgegevens dan wel nummers of technische kenmerken wordt toegepast is niet in overeenstemming met de WIV 2002.

Nu de Commissie onvoldoende kennis draagt van de motivering van de selectie kan zij geen oordeel geven over de rechtmatigheid van de selectie op grond van artikel 27 lid 3 sub a en b WIV 2002. De Commissie beveelt dringend aan de verzoeken om toestemming dan wel verlenging voor de inzet van deze bijzondere bevoegdheid te voorzien van een op de selectiecriteria toegespitste motivering.

Met betrekking tot de verzoeken op grond van artikel 27 lid 3 sub c WIV 2002 – de selectie op grond van aan een nader omschreven onderwerp gerelateerde trefwoorden – geldt een ander regime. Het betreft een andersoortige inbreuk doordat niet op voorhand sprake is van een gerichte zoekactie naar gegevens die betrekking hebben op een persoon of een organisatie, waardoor de persoonlijke levenssfeer dus niet direct in het geding is. In de memorie van toelichting bij de WIV 2002 wordt vermeld dat het om gegevens gaat die in algemene zin van belang zijn voor onderzoeken waar de betrokken dienst mee bezig is (bijvoorbeeld proliferatie van chemische wapens). De toelichting vervolgt:

⁵¹ *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 44-45.*

“Zodra echter naar aanleiding van een dergelijke zoekactie concrete personen in beeld komen, waarop men vervolgens gericht wil gaan selecteren, dan dient het hoofd van de dienst daarvoor een verzoek als bedoeld in artikel 26, vierde lid, [Commissie: thans artikel 27, vierde lid] in te dienen. Overigens wordt met betrekking tot de mogelijkheid tot selectie op grond van criteria als bedoeld onder c opgemerkt, dat van deze bevoegdheid een zeer selectief (namelijk voornamelijk beperkt tot satellietverkeer) en terughoudend gebruik gemaakt zal worden. Of dit ook daadwerkelijk gebeurt, zal naar ons oordeel op adequate wijze kunnen worden toegezien door de onafhankelijke commissie van toezicht, bedoeld in artikel 59 van het wetsvoorstel [Commissie: thans artikel 64]. Deze wordt immers, evenals de commissie inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer, op grond van artikel 26, zesde lid, [Commissie: thans artikel 27, zevende lid] van een dergelijke selectie uitvoerig op de hoogte gesteld.”⁵²

Deze opmerking van de regering indachtig, meldt de Commissie dat de AIVD – in tegenstelling tot de selectie op grond van sub a en b – zeer terughoudend selecteert op grond van aan een nader omschreven onderwerp gerelateerde trefwoorden (sub c). De Commissie heeft met betrekking tot deze selectiemogelijkheid geen bijzonderheden geconstateerd.

De Commissie constateert dat het gebruik van de inzet van deze relatief nieuwe bijzondere bevoegdheid (artikel 27 lid 3 sub a, b en c WIV 2002) nog sterk in ontwikkeling is. Door middel van projecten wordt geprobeerd om efficiënter en effectiever gebruik te maken van het selecteren van ongericht ontvangen en opgenomen niet-kabelgebonden telecommunicatie. Hoewel de inzet van deze bijzondere bevoegdheid thans nog niet altijd (de gewenste) opbrengst genereert, wordt inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van personen en organisaties indien in de ongericht ontvangen en opgenomen niet-kabelgebonden telecommunicatie door middel van de selectie informatie over de persoon of organisatie wordt aangetroffen en kennis wordt genomen van de inhoud van deze informatie. Deze inbreuk wordt beoogd indien de AIVD een verzoek om toestemming voor de selectie indient. Reeds op dat moment zal de AIVD derhalve moeten kunnen verantwoorden dat de selectie is gerechtvaardigd. De Commissie dringt er bij de AIVD op aan om hier bij de verzoeken om toestemming en verlenging voldoende aandacht aan te besteden.

8. Inzet van bijzondere bevoegdheden tegen (beperkt) verschoningsgerechtigden

In een tweetal eerdere toezichtsrapporten heeft de Commissie reeds aandacht besteed aan de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen personen die krachtens wet of rechtspraak over een volledig c.q. beperkt verschoningsrecht beschikken.⁵³ Alvorens hier op door te gaan worden hieronder kort de meest recente (relevante) ontwikkelingen met betrekking tot de rechten van geheimhouders genoteerd.

Op 22 november 2007 verscheen de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Voskuil tegen Nederland, waarin het EHRM heeft geoordeeld dat de gijzeling van journalist Voskuil in 2000 een ongerechtvaardigde inbreuk vormde op de in artikel 10 EVRM gegarandeerde informatievrijheid.⁵⁴ Het EHRM heeft in het arrest zijn

⁵² Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 44-45.

⁵³ ‘Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar het AIVD-onderzoek naar radicaal dierenrechtactivisme en links-extremisme’, CTIVD-nr. 6 (2006), p. 5-7 en ‘Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen’, CTIVD-nr. 10 (2006), p. 10- 14. Beide rapporten zijn gepubliceerd op www.ctivd.nl.

⁵⁴ EHRM 22 november 2007 (Voskuil/Nederland).

verbazing uitgesproken over de vergaande maatregelen – zeventien dagen gijzeling – die de autoriteiten in Nederland in dit geval bereid waren te nemen om achter de identiteit van de bron van de journalist te komen.⁵⁵

Kort na de uitspraak van het EHRM heeft de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal bericht dat een wettelijke regeling zal worden voorbereid, waarin wordt bepaald wie behoren tot de kring van personen die in aanmerking komen voor het beroep op bronbescherming in het belang van de persvrijheid in een democratische rechtsstaat, en waarin een afwegingskader ten opzichte van het belang van de waarheidsvinding in strafzaken wordt gegeven.⁵⁶

Het recht op bronbescherming van journalisten – evenals het verschoningsrecht – is niet absoluut. Dit is door de Hoge Raad recentelijk herhaald in de arresten van 25 maart 2008 en 11 juli 2008. Beide zaken hebben betrekking op maatregelen die door de overheid zijn ingezet tegen twee journalisten van de Telegraaf, nadat zij in de Telegraaf enkele artikelen hadden gepubliceerd, waarin onder meer werd vermeld dat het dagblad in het bezit was gekomen van gerubriceerde documenten (staatsgeheimen) van de toenmalige Binnenlandse Veiligheidsdienst (BVD), thans de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en dat die staatsgeheime documenten zouden circuleren in het criminele circuit. Het arrest van de Hoge Raad d.d. 25 maart 2008 heeft betrekking op de inbeslagname door het Openbaar Ministerie van de staatsgeheime documenten bij de journalisten. Het arrest d.d. 11 juli 2008 handelt over de bijzondere bevoegdheden die door de AIVD zijn ingezet tegen de journalisten. De Hoge Raad oordeelt in beide arresten dat het recht op journalistieke bronbescherming niet absoluut is. De bescherming van journalistieke bronnen vindt zijn begrenzing in onder meer de bescherming van de nationale veiligheid en de noodzaak om de verspreiding van vertrouwelijke informatie te verhinderen, aldus de Hoge Raad.⁵⁷

De waarde die wordt gehecht aan het verschoningsrecht van de advocaat is eind 2007 opnieuw naar voren gekomen in een (straf)uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. Deze rechtbank verklaarde het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk in de strafvervolgning van een groep leden van de Hells Angels MC Holland vanwege de omstandigheid dat in strijd met de bestaande regelgeving afgeluisterde gesprekken met geheimhouders niet waren vernietigd.⁵⁸ Ook in een strafzaak bij het Gerechtshof 's-Gravenhage werd het niet vernietigen van een getapt telefoongesprek tussen een verdachte en zijn advocaat als een onherstelbaar vormverzuim beschouwd.⁵⁹

De hiervoor genoemde ontwikkelingen tonen eens te meer dat het verschoningsrecht en het journalistieke recht op bronbescherming belangrijke rechten zijn in een democratische samenleving. Een inbreuk op deze rechten valt alleen te rechtvaardigen indien daarvoor zwaarwegende redenen aanwezig zijn.

In de eerdere toezichtsrapporten van de Commissie is reeds geconcludeerd dat de regels met betrekking tot het verschoningsrecht die gelden in het strafvorderlijk traject niet onverkort van toepassing zijn op de AIVD. De AIVD dient evenwel terughoudend te zijn bij de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen personen met een (beperkt) verschoningsrecht. Voor zover de AIVD in deze gevallen bijzondere bevoegdheden inzet, dient in de motivering expliciet aandacht te worden besteed aan deze rechten. Er dient een afgewogen oordeel te

⁵⁵ Zie rechtsoverweging 71.

⁵⁶ *Kamerstukken II 2007/08*, 31200 VI, nr. 92, p. 1.

⁵⁷ HR 25 maart 2008, *LJN-nummer* BB2875, r.o. 4.4 en HR 11 juli 2008, *LJN-nummer* BC8421, r.o. 3.7.4.1.

⁵⁸ Rechtbank Amsterdam 20 december 2007, *LJN-nummer* BC0685.

⁵⁹ Gerechtshof 's-Gravenhage 3 april 2007, *LJN-nummer* BA2127.

worden gegeven over de vraag of de inzet van bijzondere bevoegdheden met een dergelijk bijzonder en inbreukmakend karakter beantwoordt aan de daarvoor gestelde wettelijke vereisten, waaronder noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

In het toezichtsrapport van de Commissie inzake het onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen (het Telegraaf-onderzoek) heeft de Commissie aanbevolen om de politieke verantwoordelijkheid van de betrokken Minister in deze bijzondere gevallen een duidelijker accent te geven door de periode waarvoor de Minister (maximaal) toestemming verleent te verkorten van drie maanden tot bijvoorbeeld een maand.⁶⁰

De AIVD heeft naar aanleiding van deze aanbeveling van de Commissie in het Handboek AIVD opgenomen dat bij verschoningsgerechtigden die als non-target worden aangemerkt de toestemming van de Minister van BZK voor maximaal een maand wordt verleend. Bij verschoningsgerechtigden die tevens target van de AIVD zijn zou per geval de duur van de toestemming worden vastgesteld. In het recent verschenen toezichtsrapport over het opvolgen van de aanbevelingen die de Commissie in haar toezichtsrapporten heeft gedaan, heeft de Commissie opgemerkt dat er naar haar oordeel geen onderscheid gemaakt dient te worden tussen targets en non-targets.⁶¹ In beide gevallen gaat het immers om een inbreuk op bijzondere rechten, die voornamelijk het belang dienen van de personen waar de (beperkt) verschoningsgerechtigde contact mee heeft (patiënten, bronnen, cliënten et cetera). De vraag of de (beperkt) verschoningsgerechtigde zelf target of non-target is, is derhalve ondergeschikt. Zowel bij targets als bij non-targets zal terughoudend moeten worden omgegaan met de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen deze bijzondere groep, waardoor het raadzaam is de Minister daar in beide gevallen frequenter bij te betrekken. De Minister van BZK heeft in haar reactie op het toezichtsrapport aan de Tweede Kamer bericht dat zij het met name van belang acht dat

“waar het gaat om verschoningsgerechtigden er bij de afweging of daartegen bijzondere bevoegdheden moeten worden ingezet, aangescherpte criteria worden gehanteerd en dat de afweging en de daaraan te verbinden conclusie (nog meer dan al gebruikelijk is) wordt geëxpliciteerd en voorts dat in dergelijke gevallen de minister (...) daarop nadrukkelijk wordt gewezen.”⁶²

De Minister voegt daar aan toe dat zij naar aanleiding van de opmerking van de Commissie heeft besloten voor alle verschoningsgerechtigden, zowel targets als non-targets, een kortere termijn van toestemming (van bijvoorbeeld één maand) te gaan hanteren. Het Handboek AIVD zal op dat punt worden aangepast.

Bij de belangenafweging of de inzet van de bijzondere bevoegdheid tegen een verschoningsgerechtigde is gerechtvaardigd speelt de vraag of deze persoon een target of een non-target is uiteraard wel een rol. In het rapport over het Telegraaf-onderzoek heeft de Commissie daarover het volgende opgemerkt:

“Van belang is de vraag of de betrokkene een target van de AIVD is, of dat het gaat om een zogenoemd ‘non-target’. Wanneer de betrokkene een target 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

⁶⁰ ‘Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen’, CTIVD-nr. 10 (2006), p. 14, www.ctivd.nl.

⁶¹ ‘Toezichtsrapport inzake het onderzoek naar de nakoming door de AIVD van de toezeggingen van de Minister van BZK op de aanbevelingen van de Commissie’, CTIVD-nr. 18A (2008), p. 8, www.ctivd.nl.

⁶² Kamerstukken II 2007/08, 29 924, nr. 25, p. 3.

de genoemde groepen van personen krijgt bij het toepassen van bijzondere bevoegdheden tegen hen als non-target nog een extra gewicht.”⁶³

Indien een persoon met een (beperkt) verschoningsrecht door de doelen die hij nastreeft, dan wel door zijn activiteiten aanleiding geeft tot het ernstige vermoeden dat hij een gevaar vormt 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) en deze persoon derhalve door de AIVD als target kan worden aangemerkt, dan is er een zwaarwegend belang om deze persoon in de gaten te houden. Het verschoningsrecht hoeft niet in de weg te staan aan een onderzoek van de AIVD. Vanzelfsprekend dient bij de inzet van bijzondere bevoegdheden wel te worden voldaan aan alle wettelijke vereisten, waaronder de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit, waarbij het feit dat het een persoon met verschoningsrecht betreft als verzwarende factor werkt bij de rechtmatigheidstoets. Er kan een parallel worden getrokken met het strafvorderlijk traject, waarin de rechten van een verschoningsgerechtigde kunnen worden ingeperkt indien er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, bijvoorbeeld als de verschoningsgerechtigde zelf als verdachte van een *ernstig strafbaar feit* wordt aangemerkt, waardoor het belang dat de waarheid aan het licht komt prevaleert boven het verschoningsrecht.⁶⁴ De Commissie is van oordeel dat het belang om onderzoek te doen naar dreigingen voor de nationale veiligheid van soortgelijk gewicht kan zijn als het belang om onderzoek te doen naar ernstige strafbare feiten.

Is de (beperkt) verschoningsgerechtigde geen target van de AIVD en betreft het aldus een non-target dan acht de Commissie de inzet van een bijzondere bevoegdheid tegen deze persoon in principe niet toelaatbaar. De dreiging voor de nationale veiligheid gaat in dergelijke gevallen niet uit van de (beperkt) verschoningsgerechtigde, maar de AIVD zou via deze persoon informatie over een target willen verkrijgen. Het inzetten van bijzondere bevoegdheden tegen non-targets is reeds aan een extra zware toetsing onderworpen, omdat inbreuk wordt gemaakt op de rechten van personen die zelf geen dreiging voor de nationale veiligheid veroorzaken. Beschikt het non-target bovendien over een (beperkt) verschoningsrecht dan valt een inbreuk op diens rechten vrijwel nooit te rechtvaardigen. Vooralsnog kan de Commissie zich slechts een situatie indenken waarin deze exceptioneel zware inbreuk toelaatbaar kan worden geacht, namelijk indien er aanwijzingen zijn dat een dreiging voor de nationale veiligheid op korte termijn wordt geconcretiseerd door (een) gewelddadige actie(s) en de informatie die nodig is voor het onderzoek uitsluitend kan worden verkregen via de inzet van een bijzondere bevoegdheid tegen een (beperkt) verschoningsgerechtigde.

De Commissie is van oordeel dat de inzet van een bijzondere bevoegdheid uit artikel 25 WIV 2002 tegen een verschoningsgerechtigde tevens non-target eenmaal niet voldeed aan de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit (zie ook paragraaf 6.2.2, onder categorie III). De AIVD probeerde via de afgeluisterde persoon informatie te verkrijgen over een target van de AIVD. Hoewel de AIVD terughoudend is omgegaan met de gegevens die via de inzet van de bijzondere bevoegdheid beschikbaar zijn gekomen, is de Commissie van oordeel dat de dreiging die op dat moment van het target

⁶³ ‘Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen’, CTIVD-nr. 10 (2006), p. 13, www.ctivd.nl.

⁶⁴ Zie o.m. HR 30 november 1999, NJ 2002/438. Zie voor een vergelijking ook de beleidsregels van het Openbaar Ministerie op dit punt: de ‘Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten’ en de ‘Aanwijzing toepassing dwangmiddelen bij journalisten’, te raadplegen via www.om.nl.

uitging niet voldoende concreet was om de inzet van dit zeer zware middel te rechtvaardigen.

Het vereiste van subsidiariteit verdient bijzondere aandacht bij de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen personen met een (beperkt) verschoningsrecht. De AIVD dient zo min mogelijk inbreuk te maken op de belangen die door het verschoningsrecht worden beschermd. Wordt bijvoorbeeld een advocaat of arts door de AIVD afgeluisterd, dan is het de AIVD in beginsel niet toegestaan om de afgeluisterde communicatie met respectievelijk cliënten en patiënten te verwerken.

Het uitwerken van deze vertrouwelijke gesprekken is alleen toegestaan indien dit strikt noodzakelijk is voor de taakuitvoering van de AIVD. Deze uitwerkingen van vertrouwelijke gesprekken mogen niet aan derden worden verstrekt, tenzij zich een uitzonderlijke situatie voordoet waardoor het belang van een vrije communicatie met een verschoningsgerechtigde dient te wijken voor het belang van de bescherming van de samenleving. Gedacht kan worden aan de situatie dat in een gesprek met een vertrouwenspersoon concrete informatie over een ophanden zijnde aanslag naar voren komt. Het is evident dat dergelijke informatie met het Openbaar Ministerie wordt gedeeld door middel van een ambtsbericht. De Commissie verricht thans een vervolgonderzoek naar de ambtsberichten van de AIVD.⁶⁵ In dit onderzoek zal de Commissie in het bijzonder toezien op het (eventuele) gebruik van deze bijzondere informatie.

De Commissie merkt op dat het niet altijd duidelijk is of een persoon beschikt over een (beperkt) verschoningsrecht. Algemeen erkend zijn de zogenoemde klassieke verschoningsgerechtigden: de advocaat, de arts, de geestelijke en de notaris. De journalist komt op grond van rechtspraak van het EHRM een zogenoemd beperkt verschoningsrecht toe, namelijk voor zover dat betrekking heeft op het recht van een journalist om zijn bronnen te beschermen voor openbaarmaking.

Bij andere functiegroepen en bij personen met een afgeleid verschoningsrecht wordt in de jurisprudentie over het algemeen gekozen voor een casuïstische beantwoording van de vraagstelling, waardoor daar moeilijk algemene regels aan te verbinden zijn.

Met betrekking tot enkele van de erkende groepen verschoningsgerechtigden kan de vraag worden gesteld wanneer een persoon zich tot een van deze groepen kan rekenen. In het Telegraaf-onderzoek heeft de Commissie zich hier reeds met betrekking tot het journalistieke recht op bronbescherming over uitgelaten:

“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.”⁶⁶

⁶⁵ Dit onderzoek is het vervolg op het onderzoek waarover de Commissie heeft gerapporteerd in het ‘Toezichtsrapport inzake de door de AIVD uitgebrachte ambtsberichten in de periode van januari 2004 tot oktober 2005’, CTIVD-nr. 9a (2006), www.ctivd.nl.

⁶⁶ ‘Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen’, CTIVD-nr. 10 (2006), www.ctivd.nl, p. 12.

Ook de geestelijken vormen, net als de journalisten, geen duidelijk afgebakende beroepsgroep. Er worden in Nederland veel geloofsovertuigingen aangehangen en daarbinnen zijn verschillende stromingen te onderscheiden. Ieder heeft zijn eigen voorganger, die op verschillende wijzen wordt gekozen en die per geloofsovertuiging verschillende functies kan vervullen. De Commissie acht het te verstrekkend om een ieder die zichzelf als geestelijke (voorganger) beschouwt ook een verschoningsrecht toe te kennen. Of een persoon verschoningsrecht toekomt omdat hij geestelijke is zal per geval moeten worden beoordeeld. Aanknopingspunten daarvoor kunnen volgens de Commissie zijn of de persoon geestelijke is van een algemeen erkende godsdienst, of de persoon op de voor die godsdienst gebruikelijke wijze voorganger is geworden (bijvoorbeeld door het volgen van een bepaalde opleiding) en of zijn functie als geestelijke (mede) inhoudt dat hij als vertrouwenspersoon optreedt voor de aanhangers van deze godsdienst.

De Commissie concludeert dat de AIVD slechts bij uitzondering de bijzondere bevoegdheden genoemd in de artikelen 25 en 27 WIV 2002 inzet tegen (beperkt) verschoningsgerechtigden. Binnen de AIVD realiseert men zich goed dat dit een zeer zwaar inlichtingenmiddel is. Van deze onderzoeksmethode wordt, naar het oordeel van de Commissie terecht, weinig gebruik gemaakt. De Commissie raadt de AIVD aan deze terughoudendheid vast te houden.

Mogelijk ten overvloede merkt de Commissie op dat zij geen onderzoek heeft gedaan naar de uitwerkingen van gesprekken die afgeluisterde targets (niet zijnde verschoningsgerechtigde) voeren met bijvoorbeeld hun advocaat, notaris of huisarts. Indien de Commissie bij een van haar onderzoeken aanloopt tegen dergelijke uitwerkingen, dan zal zij nauwlettend controleren of aan alle wettelijke vereisten is voldaan.⁶⁷

9. Verwijderen en vernietigen van ten onrechte verwerkte gegevens

De Commissie merkt op dat in artikel 43 leden 2 en 3 WIV 2002 is bepaald dat indien blijkt dat gegevens onjuist zijn of ten onrechte worden verwerkt, deze worden verbeterd onderscheidenlijk verwijderd. De betrokken Minister dient daarvan zo spoedig mogelijk mededeling te doen aan hen wie hij de desbetreffende gegevens heeft verstrekt. De verwijderde gegevens worden vernietigd, tenzij wettelijke regels omtrent bewaring daaraan in de weg staan.

De Commissie beveelt de AIVD aan uitvoering te geven aan artikel 43 leden 2 en 3 WIV 2002 met betrekking tot die gegevens waarover de Commissie in onderhavig rapport (inclusief de geheime bijlage) heeft geoordeeld dat zij ten onrechte zijn verwerkt.

Ten aanzien van de sms-berichten die worden opgevangen bij de inzet van een stomme tap, zoals beschreven in paragraaf 2.3 van dit rapport, stelt de Commissie dat zij de handelingen die de AIVD moet verrichten om de sms-berichten op te sporen, te verwijderen en te vernietigen disproportioneel acht. In verband daarmee behoeven de sms-berichten tot aan de datum van vaststelling van dit rapport niet te worden verwijderd en vernietigd.

De Commissie heeft een zeer geheim gerubriceerde lijst bij dit rapport opgenomen waarin zij aanduidt welke gegevens dienen te worden verwijderd en vernietigd.

⁶⁷ Bijvoorbeeld in het aanhangige vervolgonderzoek van de Commissie naar de ambtsberichten van de AIVD.

10. Conclusies en aanbevelingen

1. Een stomme tap is in feite een telefoontap met het verschil dat het geluidssignaal bij een stomme tap niet aan de AIVD wordt verstrekt. Door een stomme tap kan de AIVD de beschikking krijgen over *actuele* (telefonie)verkeersgegevens. De AIVD is van oordeel dat een stomme tap kan worden ingezet op grond van artikel 28 WIV 2002, waarvoor geen toestemming van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) nodig is.
De Commissie stelt vast dat bij een aantal door de AIVD ingezette stomme taps kennis wordt genomen van de inhoud van (een vorm van) telecommunicatie, doordat sms-berichten de AIVD wel via de stomme tap bereiken.
De Commissie is van oordeel dat, nu de AIVD aangeeft dat het technisch niet mogelijk is te voorkomen dat sms-berichten met een stomme tap worden meegezonden en bij een stomme tap derhalve tevens kennis kan worden genomen van de inhoud van communicatie, een stomme tap valt onder de omschrijving van artikel 25 lid 1 WIV 2002, namelijk onder 'elke vorm van telecommunicatie'. De Commissie beveelt derhalve dringend aan dat de AIVD bij een stomme tap de Minister van BZK om toestemming vraagt op de wijze die in artikel 25 WIV 2002 is voorgeschreven. (paragraaf 2.3)
2. Alvorens de AIVD het ernstige vermoeden heeft dat een persoon of organisatie – kort gezegd – een gevaar vormt voor de nationale veiligheid, kan de AIVD reeds verkennende activiteiten verrichten.
Op welke operationele wijze de verkennende activiteiten kunnen worden ontplooid is in de wetsgeschiedenis niet uitgewerkt. De Commissie is van oordeel dat het bij verkennende activiteiten in het kader van de uitvoering van de a-taak in elk geval niet kan gaan om de inzet van bijzondere bevoegdheden, zoals aftappen (artikel 25 WIV 2002) en de selectie van ongericht ontvangen en opgenomen niet-kabelgebonden telecommunicatie (artikel 27 WIV 2002).
De Commissie heeft in onderhavig onderzoek vastgesteld dat de AIVD ten behoeve van de uitvoering van de a-taak geen verkennende activiteiten uitvoert door middel van de inzet van de bijzondere bevoegdheden genoemd in de artikelen 25 en 27 WIV 2002. (paragraaf 3.1)
3. De Commissie constateert dat de AIVD – conform de wet – geen gebruik maakt van de bijzondere bevoegdheden uit de artikelen 25 en 27 WIV 2002 bij de uitvoering van de in artikel 6 lid 2 genoemde b-taak, c-taak en e-taak.
Zowel voor de a- als de d-taak maakt de AIVD gebruik van de bijzondere bevoegdheden genoemd in de artikelen 25 en 27 WIV 2002. De onderzoeken ten behoeve waarvan deze bijzondere bevoegdheden worden ingezet vallen onder de taakomschrijving van de AIVD. (paragraaf 3.4)
4. Alvorens de dienstleiding van de AIVD een verzoek om toestemming tot de inzet van de bijzondere bevoegdheid of tot verlenging van die inzet aan de Minister van BZK voorlegt, legt het verzoek binnen de dienst een traject af om de (juridische) houdbaarheid te toetsen.
De Commissie constateert dat deze interne toetsing bijdraagt aan zorgvuldiger afwegingsprocessen binnen de AIVD. Regelmatig dient het betrokken team het verzoek nader te motiveren alvorens met het verzoek wordt ingestemd en het komt voor dat het verzoek niet akkoord wordt bevonden en het verzoek de Minister aldus niet bereikt. (paragraaf 5)

5. De Commissie stelt vast dat in de praktijk vrijwel altijd wordt verzocht om toestemming te verlenen voor de maximale duur. Ook wanneer de toestemming voor de maximale duur van drie maanden is verleend, dient de AIVD zich echter bij voortduring af te vragen of de inzet van het middel nog wel rechtmatig geschiedt. De Commissie stelt op basis van de door de AIVD gekozen formuleringen in de verzoeken om toestemming dan wel verlenging vast dat de AIVD zich ervan bewust is dat de inzet van een bijzondere bevoegdheid moet worden gestaakt indien de grondslag voor de inzet is komen te vervallen. Dat de AIVD daar ook naar handelt blijkt uit de schriftelijk gemotiveerde besluiten tot beëindiging, die de Commissie inzicht verschaffen in de redenen waarom de inzet van een middel is gestaakt. (paragraaf 5)
6. Op grond van artikel 25 lid 5 WIV 2002 vraagt de AIVD bij de “driemaandelijke verzamelbeschikking” gelijktijdig voor alle personen en organisaties die worden afgeluisterd, in één algemeen verzoek, toestemming aan de Minister van BZK om de bevoegdheid ook uit te mogen oefenen op eventueel nieuw bekend te worden telecommunicatiekenmerken van de personen en organisaties die worden afgetapt. De Commissie acht het op grond van artikel 25 lid 5 WIV 2002 geoorloofd indien de AIVD tussen twee driemaandelijke verzamelbeschikkingen in besluit om een nieuw bekend geworden (mobiel) telefoonnummer of een ander nummer in de zin van artikel 1.1 onder bb van de Telecommunicatiewet van een target af te tappen indien de Minister van BZK reeds toestemming heeft gegeven om een telefoonnummer van het target af te tappen. De Commissie constateert dat het tussentijds uitbreiden van de bevoegdheid ten aanzien van nieuwe telecommunicatiekenmerken regelmatig voorkomt. De Commissie heeft hier geen bezwaar tegen, mits de AIVD erop toeziet dat het bij de uitbreiding blijft gaan om dezelfde soort bevoegdheid waarvoor de Minister toestemming heeft gegeven. (paragraaf 6.1)
7. De Commissie heeft geconstateerd dat de AIVD de algemene toestemming van de Minister van BZK om de bevoegdheid uit te breiden tot andere nummers van betrokkene (op grond van artikel 25 lid 5 WIV 2002), eenmaal op een te ver strekkende wijze heeft gebruikt. (paragraaf 6.1)
8. Artikel 25 lid 6 WIV 2002 biedt de mogelijkheid om de gegevens betreffende de identiteit van een *organisatie* later aan te vullen in het verzoek om toestemming of verlenging voor de inzet van de bijzondere bevoegdheid. De Commissie constateert dat de AIVD onder deze identiteitsgegevens ook de namen van de leden van de organisatie rekent. Indien de AIVD na de verkregen toestemming om een organisatie af te tappen een nieuw organisatielid identificeert dat voldoet aan de criteria uit het organisatieverzoek en de AIVD deze persoon wil afluisteren, dan gaat de AIVD daartoe over zonder voor dit individu afzonderlijk toestemming aan de Minister van BZK te vragen. Naar het oordeel van de Commissie is het beter om voor ieder individu tegen wie de AIVD deze zware bijzondere bevoegdheid wil inzetten afzonderlijk toestemming te vragen, zodat een zorgvuldige afweging kan worden gemaakt of wordt voldaan aan alle wettelijke vereisten. De Commissie constateert evenwel dat artikel 25 lid 6 WIV 2002 de AIVD (inderdaad) de ruimte laat om tussentijds zelfstandig nieuw bekend geworden leden van de organisatie af te luisteren.

De Commissie beveelt de AIVD aan om in een organisatieverzoek nauwkeurig te omschrijven waarom er sprake is van een organisatie, welke categorie personen uit de organisatie afgeluisterd kunnen worden en waarom wordt voldaan aan de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit om die categorie personen uit de organisatie af te luisteren.

Indien tussentijds een nieuw bekend geworden persoon wordt afgeluisterd, dan is het van belang om vast te leggen waarom deze persoon naar het oordeel van de AIVD valt onder de categorie personen die in het organisatieverzoek is genoemd. De Commissie vindt het positief dat in de interne richtlijnen is opgenomen dat het Kabinet Juridische Aangelegenheden toestemming dient te geven om nieuwe individuen mede af te luisteren, zodat intern een juridische controle plaatsvindt met betrekking tot dit individu, met name door te beoordelen of de betrokkene voldoet aan de criteria die zijn genoemd in het organisatieverzoek.

De Commissie heeft geconstateerd dat de AIVD in één geval geen duidelijk organisatieverzoek heeft geschreven, terwijl de AIVD tussentijds is gestart met het af luisteren van een nieuw bekend geworden lid van de organisatie. De Commissie acht dit onzorgvuldig en beveelt de AIVD aan om telkens wanneer de dienst een groep personen als organisatie wil af luisteren een duidelijk organisatieverzoek op te stellen. (paragraaf 6.2.1)

9. De AIVD kan een bijzondere bevoegdheid inzetten tegen een persoon in de (directe) omgeving van het target, om via deze persoon (het non-target) informatie over het target te verkrijgen. De Commissie beschouwt dit als een zeer zwaar middel en is van oordeel dat de AIVD zeer terughoudend dient te zijn met het gebruik daarvan. Het middel wordt niet in groten getale toegepast en in vrijwel alle gevallen waarin het middel wordt toegepast is naar het oordeel van de Commissie sprake van een dusdanige dreiging voor de nationale veiligheid dat de inzet van het middel noodzakelijk kan worden geacht, mede omdat andere middelen onvoldoende zicht geven op het target.

De Commissie constateert een lichte toename in de toepassing van artikel 25 WIV 2002 tegen non-targets. De Commissie zal aan deze methode bijzondere aandacht blijven besteden bij de monitoring van de toepassing door de AIVD van de artikelen 25 en 27 WIV 2002.

Tijdens het onderzoek heeft de Commissie twee operaties aangetroffen waarbij de toepassing van artikel 25 WIV 2002 tegen non-targets naar het oordeel van de Commissie niet proportioneel was. De Commissie is in beide gevallen van oordeel dat het belang om onderzoek te doen naar het voorwerp van onderzoek niet opweegt tegen de zware inbreuk op de rechten van de non-targets. Bij één van deze operaties ging het bovendien om een verschoningsgerechtigde. (paragraaf 6.2.2)

10. De Commissie is van oordeel dat de motiveringen in de verzoeken aantonen dat de AIVD doordacht te werk gaat bij de toepassing van artikel 25 WIV 2002 (aftappen). Er wordt niet in het wilde weg afgetapt, zoals nog wel eens buiten de AIVD wordt verondersteld. Het besluit om gebruik te maken van de inzet van een bijzondere bevoegdheid uit artikel 25 WIV 2002 tegen een persoon of organisatie is weloverwogen. Deels heeft dat uiteraard te maken met de beschikbare capaciteit van de AIVD, waardoor de AIVD niet onbeperkt gebruik kan maken van de inzet van bijzondere bevoegdheden. Maar de motivering in de verzoeken maakt ook duidelijk dat de AIVD zich ervan bewust is dat het gaat om de inzet van een zware bijzondere bevoegdheid waarbij ernstige inbreuk wordt gemaakt op de mensenrechten en dat daar terughoudend mee dient te worden omgegaan. (paragraaf 6.3)

11. De Commissie is van oordeel dat het gerechtvaardigd is om de inzet van een bijzondere bevoegdheid te verlengen ondanks het ontbreken van (relevante) opbrengst in de afgelopen periode indien de verlenging dient om te kijken of er in de volgende drie maanden wel relevante opbrengst wordt behaald. Wordt echter ook in die periode geen progressie in het onderzoek geboekt, dan is het naar het oordeel van de Commissie in het algemeen niet gerechtvaardigd om de inzet van het middel nogmaals te verlengen. De AIVD toont over het algemeen zorgvuldig te zijn bij de afweging of de voortzetting van de toepassing van artikel 25 WIV 2002 gerechtvaardigd is gelet op de behaalde opbrengst. (paragraaf 6.3)
12. De Commissie heeft gedurende het onderzoek - naast de hierboven onder punt 9 genoemde operaties - twee operaties aangetroffen waarbij de inbreuk op de rechten van de betrokkene naar het oordeel van de Commissie in onevenredige verhouding staat/stond tot het doel dat daarmee wordt/werd gediend. (paragraaf 6.3)
13. De verzoeken op grond van artikel 27 lid 3 sub a en b WIV 2002 (selectie op basis van identiteitsgegevens dan wel het nummer of enig technisch kenmerk) bevatten veel nummers en technische kenmerken zonder dat wordt toegelicht op wie of waarop deze betrekking hebben. Indien wel wordt toegelicht op wie de nummers en technische kenmerken betrekking hebben, ontbreekt veelal de toelichting waarom de persoon of organisatie in de gaten dient te worden gehouden in het kader van het onderzoek (doel) en een afweging omtrent de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.
De Commissie is van oordeel dat op dit moment, mede gelet op het aantal selectiecriteria waarop wordt geselecteerd, niet zorgvuldig wordt omgegaan met de inzet van deze bijzondere bevoegdheid. Het niet vermelden van de reden waarom de selectie op basis van identiteitsgegevens dan wel nummers of technische kenmerken wordt toegepast is niet in overeenstemming met de WIV 2002.
Nu de Commissie onvoldoende kennis draagt van de motivering van de selectie kan zij geen oordeel geven over de rechtmatigheid van de selectie op grond van artikel 27 lid 3 sub a en b WIV 2002. De Commissie beveelt dringend aan de verzoeken om toestemming dan wel verlenging voor de inzet van deze bijzondere bevoegdheid te voorzien van een op de selectiecriteria toegespitste motivering. (paragraaf 7)
14. In tegenstelling tot de selectie op grond van artikel 27 lid 3 sub a en b WIV 2002 (selectie op basis van identiteitsgegevens dan wel het nummer of enig technisch kenmerk) selecteert de AIVD zeer terughoudend op grond van aan een nader omschreven onderwerp gerelateerde trefwoorden (artikel 27 lid 3 sub c WIV 2002). De Commissie heeft met betrekking tot deze selectiemogelijkheid geen bijzonderheden geconstateerd. (paragraaf 7)
15. De Commissie concludeert dat de AIVD slechts bij uitzondering de bijzondere bevoegdheden genoemd in de artikelen 25 en 27 WIV 2002 inzet tegen (beperkt) verschoningsgerechtigden. Binnen de AIVD realiseert men zich goed dat dit een zeer zwaar inlichtingenmiddel is. Van deze onderzoeksmethode wordt, naar het oordeel van de Commissie terecht, weinig gebruik gemaakt. De Commissie raadt de AIVD aan deze terughoudendheid vast te houden. (paragraaf 8)
16. De Commissie is van oordeel dat de inzet van een bijzondere bevoegdheid uit artikel 25 WIV 2002 tegen een verschoningsgerechtigde tevens non-target eenmaal niet

voldeed aan de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit (zie ook onder punt 9). De AIVD probeerde via de afgeluisterde persoon informatie te verkrijgen over een target van de AIVD. Hoewel de AIVD terughoudend is omgegaan met de gegevens die via de inzet van de bijzondere bevoegdheid beschikbaar zijn gekomen, is de Commissie van oordeel dat de dreiging die op dat moment van het target uitging niet voldoende concreet was om de inzet van dit zeer zware middel te rechtvaardigen. (paragraaf 8)

17. De Commissie beveelt de AIVD aan uitvoering te geven aan artikel 43 leden 2 en 3 WIV 2002 – het verwijderen en vernietigen van ten onrechte verwerkte gegevens – met betrekking tot die gegevens waarover de Commissie in onderhavig rapport (inclusief de geheime bijlage) heeft geoordeeld dat zij ten onrechte zijn verwerkt. (paragraaf 9)

Aldus vastgesteld in de vergadering van de Commissie d.d. 7 januari 2009.