

Toezihtsrapport

inzake de inzet van de afliufterbevoegdheid
door de MIVD

juni 2013 – juni 2015

CTIVD nr. 47

3 februari 2016



Commissie van Toezicht
op de Inlichtingen- en
Veiligheidsdiensten

CTIVD nr. 47

TOEZICHTSRAPPORT

inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid
door de MIVD
juni 2013 – juni 2015

Inhoudsopgave

SAMENVATTING	III
TOEZICHTSRAPPORT	1
1. Inleiding	1
2. Onderzoek van de Commissie	2
3. De af luisterbevoegdheid in de Wiv 2002	4
4. Algemeen beeld	8
5. Noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit onvoldoende gemotiveerd	9
6. Opbrengst onvoldoende gemotiveerd	10
7. Aanvraag niet op naam non-target	11

8.	Motivering non-target onvoldoende	12
9.	Geen belangenafweging bij derde personen	13
10.	Specifieke technische toepassing van de af luisterbevoegdheid niet voldoende gemotiveerd	15
11.	Verschoningsgerechtigden	16
12.	Conclusies en aanbevelingen	17
	BEGRIPPENLIJST	19

CTIVD nr. 47

SAMENVATTING

inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid
door de MIVD
juni 2013 – juni 2015

Onderzoeksvraag

De Commissie heeft onderzocht of de MIVD de af luisterbevoegdheid uit artikel 25 Wiv 2002 op rechtmatige en zorgvuldige wijze heeft toegepast.

Aanleiding voor dit onderzoek

De Commissie is van oordeel dat de inzet van de af luisterbevoegdheid een belangrijk onderwerp voor toezicht is omdat deze bevoegdheid een grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokken personen maakt. De MIVD zet de af luisterbevoegdheid echter op relatief bescheiden schaal in. Daarom is de Commissie in de afgelopen jaren geen (terugkerend) diepteonderzoek naar dit onderwerp bij de MIVD gestart, zoals dit bij de AIVD wel is gebeurd. Vanwege het belang van het onderwerp heeft de Commissie besloten een kortlopend onderzoek bij de MIVD te verrichten over de periode juni 2013 t/m juni 2015.

Algemeen beeld

De Commissie constateert dat de MIVD doorgaans doordacht te werk gaat bij de inzet van de af luisterbevoegdheid. De MIVD is zich in de praktijk bewust van het inbreukmakende karakter van de inzet ervan. De MIVD zet in de grote meerderheid van de operaties de af luisterbevoegdheid op een rechtmatige en zorgvuldige wijze in. De kritische kanttekeningen van de Commissie hebben betrekking op een beperkt aantal van de door haar onderzochte operaties.

Onrechtmatigheid bij de toepassing van de af luisterbevoegdheid

De Commissie heeft in één operatie één onrechtmatigheid geconstateerd bij de inzet van de af luisterbevoegdheid. Deze onrechtmatigheid betreft een onjuiste tenaamstelling van de inzet van de af luisterbevoegdheid tegen twee non-targets. Een non-target is een persoon uit de omgeving van het target (ook wel onderzoekssubject) tegen wie een bijzondere bevoegdheid wordt ingezet om via deze persoon zicht te krijgen op het target. Een non-target is zelf niet in onderzoek bij de MIVD. De wet vereist dat in de aanvraag wordt vermeld *tegen wie* de af luisterbevoegdheid wordt ingezet, niet *over wie* informatie wordt verzameld.

Onzorgvuldigheden bij de toepassing van de af luisterbevoegdheid

De Commissie heeft in een beperkt aantal operaties onzorgvuldigheden in de motivering van de inzet van de af luisterbevoegdheid geconstateerd. De Commissie komt tot het oordeel onzorgvuldig indien de motivering voor de toepassing van de af luisterbevoegdheid weliswaar een gebrek vertoont, maar de Commissie op basis van eigen nader onderzoek tot de conclusie komt dat de onderliggende feiten en omstandigheden de inzet van de af luisterbevoegdheid rechtvaardigen. Dan is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit en is er geen sprake van een onrechtmatigheid.

De onzorgvuldigheden zien op de volgende onderwerpen:

- De motivering van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit kwam niet steeds voldoende tot uiting in relatie tot de personen of organisaties waartegen de af luisterbevoegdheid werd toegepast.
- Er werd geen melding gemaakt van de verkregen opbrengst in relatie tot de personen waartegen de bevoegdheid werd toegepast. De opbrengst moet betrokken worden bij de motivering om een verlenging van de inzet van het middel te kunnen rechtvaardigen.
- De inzet van de af luisterbevoegdheid tegen twee non-targets was niet voldoende gemotiveerd. Op het punt van de tenaamstelling van deze inzet is reeds een onrechtmatigheid geconstateerd (zie boven). Non-targets zijn zelf niet in onderzoek bij de MIVD, maar via hun communicatie wordt getracht zicht te krijgen op het target. Daarom komt met name aan het proportionaliteitsvereiste extra gewicht toe. Verder moet als randvoorwaarde in de aanvraag worden opgenomen dat niet-relevante gesprekken niet worden uitgewerkt en worden vernietigd. Dit was niet gebeurd.
- Geen belangenafweging bij de interceptie van communicatie van derde personen. Dit zijn personen die geen target en non-target zijn, maar van wie de communicatie feitelijk wel geïntercepteerd kan worden. Bijvoorbeeld omdat het target de telefoon of de computer van een derde gebruikt of omdat de derde een huisgenoot van het target is en zij in het huis van dezelfde telefoon of computer gebruik maken of in het huis een microfoon is geïnstalleerd. Bij de belangenafweging of de inzet van een middel is gerechtvaardigd dient 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). Ook moet als randvoorwaarde in de aanvraag zijn opgenomen dat gesprekken van deze personen in beginsel niet worden uitgewerkt en worden vernietigd. Dit was niet gebeurd.
- De motivering van de inzet van een specifieke technische toepassing van de af luisterbevoegdheid was onvoldoende toegespitst op de noodzakelijkheid en proportionaliteit en de operationele randvoorwaarden. Dit is volgens de Commissie nodig vanwege de vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van deze onderzoeksmethode.

Afluisteren van verschoningsgerechtigden

De Commissie heeft in dit rapport aandacht voor de inzet van de af luisterbevoegdheid tegen verschoningsgerechtigden. Dit begrip ziet mede op personen met een maatschappelijke vertrouwensfunctie. Eenieder moet vertrouwelijk met deze personen kunnen communiceren. Daarom komt aan de communicatie van deze personen extra bescherming toe. Voorbeelden van verschoningsgerechtigden zijn artsen, geestelijken, advocaten en journalisten (voor zover het bescherming van hun bronnen betreft).

De Commissie maakt onderscheid tussen direct en indirect tappen. Het direct tappen houdt in dat een verschoningsgerechtigde zelf wordt getapt. Het indirect tappen houdt in dat niet de verschoningsgerechtigde zelf, maar een ander persoon/target wordt getapt. Hier kunnen gesprekken onder vallen die hij voert met een verschoningsgerechtigde. De af luisterbevoegdheid is in dat geval dus in beginsel niet ingezet met het doel gesprekken met een verschoningsgerechtigde af te luisteren.

De Commissie stelt geen onrechtmatigheden en onzorgvuldigheden vast voor wat betreft de directe toepassing van de af luisterbevoegdheid tegen verschoningsgerechtigden in de onderzoeksperiode (1 juni 2013 tot 1 juni 2015).

In een zeer beperkt aantal gevallen zijn gesprekken van verschoningsgerechtigden indirect afgeluisterd. Het onderzoek van de Commissie wijst uit dat deze gesprekken niet zijn uitgewerkt wegens het ontbreken van relevantie voor de onderzoeken. Dit betekent dat de gesprekken inlichtingenmatig niet zijn gebruikt.

TOEZICHTSRAPPORT

inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid
door de MIVD
juni 2013 – juni 2015

1. Inleiding

Aanleiding

De MIVD is bevoegd communicatie af te luisteren (de af luisterbevoegdheid). Dit staat in artikel 25 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002).

De Commissie heeft nog niet eerder in een toezichtsrapport aan het parlement verslag gedaan van de inzet van de af luisterbevoegdheid door de MIVD. De Commissie heeft de uitoefening van deze bevoegdheid door de MIVD in het verleden wel een aantal jaar gemonitord. Dit was bedoeld om de vinger aan de pols te houden maar leidde niet tot een toezichtsrapport.

De Commissie is van oordeel dat de inzet van de af luisterbevoegdheid een belangrijk onderwerp voor toezicht is omdat deze bevoegdheid een grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokken personen maakt. De MIVD zet de af luisterbevoegdheid echter op relatief bescheiden schaal in. Daarom is de Commissie in de afgelopen jaren geen terugkerend diepteonderzoek naar dit onderwerp bij de MIVD gestart, zoals dit bij de AIVD wel is gebeurd. Vanwege het belang van het onderwerp heeft de Commissie besloten een kortlopend onderzoek bij de MIVD te verrichten over de periode 1 juni 2013 tot 1 juni 2015.¹

Onderzoeksvraag

De Commissie heeft onderzocht of de MIVD de af luisterbevoegdheid op rechtmatige en zorgvuldige wijze heeft toegepast.

Leeswijzer

Het toezichtsrapport is als volgt ingedeeld. In hoofdstuk 2 licht de Commissie de afbakening en methodiek van het onderzoek toe. Hoofdstuk 3 schetst op hoofdlijnen het wettelijk kader van de af luisterbevoegdheid in artikel 25 Wiv 2002. In hoofdstuk 4 bespreekt de Commissie kort het algemeen beeld over de toepassing van de af luisterbevoegdheid door de MIVD. In hoofdstukken 5 t/m 11 worden enkele operaties of andere specifieke bevindingen over de toepassing van de af luisterbevoegdheid nader besproken. In hoofdstuk 12 geeft de Commissie een overzicht van haar conclusies en aanbevelingen.

Dit rapport heeft een geheime bijlage.

¹ Het onderzoeksprotocol van de Commissie geeft een omschrijving van een kortlopend onderzoek. Dit is te raadplegen op www.ctivd.nl.

2. Onderzoek van de Commissie

Afbakening

De Commissie heeft ervoor gekozen de toepassing van artikel 25 Wiv 2002 op communicatie die plaatsvindt via radioverbindingen, zogenoemd *High Frequency* (HF)-radioverkeer, buiten dit onderzoek te laten. Reden daarvan is dat deze specifieke toepassing van artikel 25 in de praktijk meer verwantschap heeft met de selectie van communicatie die via satellieten plaatsvindt. Die verwantschap is erin gelegen dat beide communicatiestromen via de ether verlopen. Inlichtingen uit communicatie door de ether wordt ook wel *Signals Intelligence*, afgekort Sigint, genoemd. HF-radioverkeer kan, technisch gezien, gericht worden geïntercepteerd, satellietcommunicatie niet. Dat maakt dat verschillende wettelijke bepalingen van toepassing zijn. In toezichtsrapport nr. 28 inzake de inzet van Sigint door de MIVD is de Commissie nader ingegaan op de toepassing van artikel 25 op HF-radioverkeer door de MIVD.²

Onderzoekperiode

Dit rapport betreft de periode van 1 juni 2013 tot 1 juni 2015. Met deze periode blijft het onderzoek relatief beperkt in omvang wat aansluit bij de aard van een kortlopend onderzoek. Bovendien levert deze periode voldoende informatie op om een representatief beeld te krijgen van de wijze waarop de MIVD de af luisterbevoegdheid heeft toegepast.

Methodiek

De Commissie heeft in de onderzoeksperiode alle aanvragen voor de (verlenging van de) inzet van artikel 25 onderzocht. Deze operaties, en daarmee de lastgevingen voor de inzet van de af luisterbevoegdheid, kunnen meerdere personen of organisaties betreffen.

De MIVD heeft de lastgevingen op verzoek aan de Commissie aangeleverd. De Commissie vindt het van belang hier op te merken dat zij alle gevraagde medewerking en ondersteuning van de MIVD heeft gekregen bij het uitvoeren van haar onderzoek. Dit laat onverlet dat het ICT-systeem van de MIVD weinig gebruikersvriendelijk is en dat het doen van onderzoek hierdoor tijdrovender is. De Commissie beveelt dan ook aan dat binnen de MIVD stappen worden gezet om de ICT-huishouding op dit punt te verbeteren.

De Commissie heeft geen aanwijzingen dat de MIVD niet alle aanvragen in de onderzoeksperiode heeft overgelegd. De Commissie heeft daartoe een cross-check uitgevoerd in het digitale systeem waarin de teams van de MIVD de toepassing van alle bijzondere bevoegdheden dienen te noteren, onder meer ten behoeve van het uitvoeren van de notificatieverplichting. Hierbij merkt de Commissie op dat alle aanvragen een tekenlijn doorlopen waarvan de Afdeling Juridische Zaken van de MIVD en de Directie Juridische Zaken van het ministerie van Defensie standaard deel uit maken. De lasten worden bij de Afdeling Juridische Zaken van de MIVD centraal geregistreerd.

In vervolg op het dossieronderzoek heeft de Commissie schriftelijke vragen uitgezet, gesprekken met betrokken medewerkers gevoerd, in de digitale systemen van de dienst gekeken en achterliggende stukken opgevraagd en bestudeerd.

² Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 28 inzake de inzet van Sigint door de MIVD, *Kamerstukken II 2011/12*, 29 924, nr. 74 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl.

Beoordelingskader

Over haar beoordelingskader merkt de Commissie het volgende op. De Commissie komt tot het oordeel onzorgvuldig indien de motivering voor de toepassing van de af luisterbevoegdheid weliswaar een gebrek vertoont, maar de Commissie op basis van eigen nader onderzoek tot de conclusie komt dat wel is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Met andere woorden, het gebrek is herstelbaar. De Commissie komt tot het oordeel onrechtmatig als de onderliggende feiten en omstandigheden de inzet van de bijzondere bevoegdheid niet kunnen dragen of als de motivering zodanig gebrekkig is dat herstel ervan niet mogelijk is. Hierbij wordt rekening gehouden met de aard van de belangen waarop een inbreuk wordt gemaakt.

Toelichting geheime bijlage

Het is de vaste werkwijze van de Commissie in haar openbare toezichtsrapporten alle geconstateerde onrechtmatigheden of onzorgvuldigheden te benoemen. In dit toezichtsrapport wijkt zij hier niet van af. Voor zover dit nodig is, gelet op de noodzakelijke geheimhouding, beschrijft de Commissie de nadere details van een operatie in de geheime bijlage.

Details rapport

De Commissie heeft het onderzoek met het opstellen van het rapport afgerond op 15 december 2015. De minister van Defensie is in de gelegenheid gesteld te reageren op de in het toezichtsrapport opgenomen bevindingen. De reactie van de minister is op 26 januari 2016 door de Commissie ontvangen. Dit heeft geleid tot een enkele wijziging, waarna het toezichtsrapport op 3 februari 2016 is vastgesteld.

Vermelding tapstatistieken

In hoofdstuk 4 heeft de Commissie afgezien van het vermelden van het aantal gevallen waarin de MIVD de af luisterbevoegdheid heeft ingezet. De Commissie heeft in het openbare toezichtsrapport nr. 40 over de AIVD gegevens over het exacte aantal gevallen waarin de AIVD de af luisterbevoegdheid en de selectiebevoegdheid bij sigint heeft ingezet (de zogenaamde tapstatistieken) willen publiceren. De minister van BZK heeft echter geweigerd deze gegevens openbaar te maken en heeft de betreffende passages zwart gemaakt. Uit de parlementaire behandeling van dit toezichtsrapport stelt de Commissie vast dat de Tweede Kamer geen bezwaar maakt tegen de gemaakte afweging over de geheimhouding van deze gegevens van de minister van BZK. Een motie van Lid Koser Kaya met als doel de minister aan te zetten tot openbaarmaking van de tapstatistieken kon in de Tweede Kamer niet op een meerderheid rekenen.³

De Commissie merkt op dat zij nog steeds van oordeel is dat de exacte tapstatistieken zonder gevaar voor de nationale veiligheid openbaar kunnen worden gemaakt. Deze statistieken vallen naar haar oordeel niet onder de gegevens waarvan op basis van artikel 79 juncto artikel 8 lid 3 Wiv 2002 de vermelding achterwege moet blijven. Net als in toezichtsrapport nr. 40 over de AIVD heeft de Commissie in dit rapport over de MIVD een poging willen doen de tapstatistieken globaal weer te geven door alleen het gemiddeld aantal personen of organisaties waartegen de af luisterbevoegdheid in de onderzoeksperiode is ingezet, weer te geven. De MIVD heeft de Commissie echter laten weten dat ook een dergelijke abstractere vermelding teveel inzicht geeft in de werkwijze van de MIVD.

De Commissie vindt het, de reactie van het Parlement indachtig, niet zinnig informatie in haar rapport op te nemen wetende dat de openbaarmaking daarvan zal worden geweigerd door de minister van Defensie. Vandaar dat de Commissie in dit toezichtsrapport ervoor heeft gekozen geen tapstatistieken op te nemen. Deze zijn enkel vermeld in de geheime bijlage.

³ Kamerstukken II 2014/15, 30 977, nr. 127, stemmingen moties IVD-aangelegenheden en terrorismebestrijding 29 september 2015.

3. De af luisterbevoegdheid in de Wiv 2002

De Commissie heeft nog niet eerder een toezichtsrapport uitgebracht over de wijze waarop de MIVD de af luisterbevoegdheid uit artikel 25 Wiv 2002 heeft toegepast. Voor de AIVD heeft de Commissie al meerdere toezichtsrapporten over dit onderwerp uitgebracht.⁴ In deze rapporten heeft zij uitvoerig aandacht besteed aan het wettelijke kader voor de toepassing van de af luisterbevoegdheid.⁵

Artikel 25 Wiv 2002

De af luisterbevoegdheid is vastgelegd in artikel 25, eerste lid, Wiv 2002. In essentie gaat het om de bijzondere bevoegdheid om communicatie af te tappen:

“De diensten zijn bevoegd tot het met een technisch hulpmiddel gericht aftappen, ontvangen, opnemen en af luisteren 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.”

Het artikel is algemeen en ruim geformuleerd. Op basis van artikel 25 wordt de gerichte interceptie van zowel kabelgebonden als niet-kabelgebonden communicatie door de MIVD toegestaan. De MIVD mag op grond van deze bevoegdheid onder meer gesprekken opnemen met behulp van een microfoon, telefoongesprekken af luisteren, e-mailberichten lezen, het internetgedrag van een persoon in de gaten houden (bv. welke websites iemand bezoekt) en *High Frequency* (HF-) radioverkeer intercepteren.

Het woord “*gericht*” houdt in dat de MIVD van tevoren kan aangeven op welke persoon, organisatie of technisch kenmerk (bv. telefoonnummer of IP-adres) de gegevensverwerking gericht is.

De woorden “ongeacht waar een en ander plaatsvindt” betekenen dat het is toegestaan vanuit Nederland ook gesprekken, telecommunicatie en gegevensoverdracht met een oorsprong of bestemming in andere landen te tappen.⁶

⁴ Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 46 inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid en van de bevoegdheid tot de selectie van sigint door de AIVD (maart 2014 – februari 2015), ten tijde van het vaststellen van toezichtsrapport nr. 47 was toezichtsrapport nr. 46 nog niet gepubliceerd (verwachte publicatie in februari 2016); Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 40 inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid en van de bevoegdheid tot de selectie van sigint door de AIVD (sept. 2012-aug. 2013), *Kamerstukken II* 2014/15, 29 924, nr. 116 (bijlage); Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 35 inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid en van de bevoegdheid tot de selectie van Sigint door de AIVD, *Kamerstukken II* 2012/13, 29 924, nr. 101 (bijlage); Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 31 inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid en van de bevoegdheid tot de selectie van Sigint door de AIVD, *Kamerstukken II* 2011/12, 29 924, nr. 86 (bijlage); Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 19 inzake de toepassing door de AIVD van artikel 25 WIV 2002 (aftappen) en artikel 27 WIV 2002 (selectie van ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie), *Kamerstukken II* 2008/09, 29 924, nr. 29 (bijlage). Alle rapporten zijn beschikbaar op www.ctivd.nl.

⁵ Dit kader is ook aan de orde gekomen in de juridische bijlage bij het toezichtsrapport nr. 38 over gegevensverwerking op het gebied van telecommunicatie door de AIVD en de MIVD; *Kamerstukken II* 2013/14, 29 924, nr. 105 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl.

⁶ *Kamerstukken II* 1999/2000, 25 877, nr. 8, p. 65.

Wettelijke vereisten voor de toepassing van de af luisterbevoegdheid

Met de inzet van de middelen genoemd in artikel 25 Wiv 2002 wordt een inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen, omdat kennis wordt genomen van de inhoud van de communicatie van personen en organisaties.⁷ 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 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.⁸ Dit betekent dat op grond van artikel 19 in combinatie met artikel 25, tweede lid, Wiv 2002 uitsluitend de minister van Defensie bevoegd is om aan de MIVD toestemming te geven om af te tappen. Voor plaatsen die niet in gebruik zijn bij het ministerie van Defensie, dient de toestemming door de minister van Defensie te worden verleend in overeenstemming met de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (artikel 25, lid 3, Wiv 2002).⁹ Dit om een ongewenste samenloop met onderzoeken van de AIVD te voorkomen.

Het verzoek om toestemming van de directeur van de MIVD aan de minister moet volgens artikel 25, vierde lid, Wiv 2002 in ieder geval bevatten:

- a. een aanduiding van de bevoegdheid en, voor zover van toepassing, het nummer;
- b. gegevens betreffende de identiteit van de persoon ten wie of organisatie waartegen de bevoegdheid wordt ingezet;
- c. de redenen van het verzoek.

De toestemming wordt verleend voor een periode van ten hoogste drie maanden en kan telkens worden verlengd. Dat betekent volgens de wetgever dat de directeur van de MIVD opnieuw toestemming aan de minister dient te vragen indien de MIVD de inzet van het desbetreffende middel na afloop van deze drie maanden wil continueren.¹⁰

Het zesde lid voorziet in de gevallen waarin de gegevens over de identiteit van de persoon tegen wie of organisatie waartegen de bevoegdheid wordt ingezet niet bekend zijn ten tijde van het indienen van het verzoek om toestemming aan de minister. In die gevallen wordt toestemming slechts verleend onder de voorwaarde dat de desbetreffende gegevens zo spoedig mogelijk worden aangevuld.

De af luisterbevoegdheid mag pas worden ingezet indien voldaan is aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Deze beginselen zijn vastgelegd in de Wiv 2002 en vloeien voort uit artikel 8 van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). In deze bepaling is het recht op eerbiediging van het privéleven neergelegd.

⁷ Militair berichtenverkeer, bijvoorbeeld via HF-radioverbindingen, vormt hier een uitzondering op. Dat is uitgezonderd van het toestemmingsvereiste.

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

⁹ *Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 8, p. 17.*

¹⁰ *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 43.*

De Wiv 2002 stelt een aantal algemene eisen aan gegevensverwerking, waaronder ook valt het verzamelen van (persoons)gegevens door de inzet van bijzondere bevoegdheden, zoals de af luisterbevoegdheid. Artikel 12 Wiv 2002 stelt onder meer dat gegevensverwerking op een behoorlijke en zorgvuldige wijze dient te geschieden. Dit biedt een aanknopingspunt voor een proportionaliteitsvereiste, zoals artikel 8 EVRM vereist, bij alle vormen van gegevensverwerking, aangezien evenredigheid van het middel ten opzichte van het doel waarvoor het middel wordt ingezet één van de normen is van behoorlijk en zorgvuldig overheidsoptreden. Behoorlijk en zorgvuldig overheidsoptreden houdt bovendien in dat de overheid de grondrechten van haar burgers respecteert, hetgeen betekent dat de diensten bij het verwerken van (persoons)gegevens rekening moeten houden met de inbreuk die hierdoor wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer en eventuele andere rechten van de betrokkene.¹¹

Het noodzakelijkheidsvereiste voor de toepassing van bijzondere bevoegdheden is opgenomen in artikel 18 Wiv 2002. Hierin is bepaald dat bijzondere bevoegdheden enkel mogen worden ingezet indien dit noodzakelijk is voor de uitvoering van bepaalde taken van de MIVD, te weten de a-, c- en e-taak. De wetgever vond het niet noodzakelijk, laat staan wenselijk, dat de MIVD bij elke taak bijzondere bevoegdheden kan toepassen. De beperking tot bepaalde taakgebieden hangt nauw samen met de mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van burgers die met bijzondere bevoegdheden kan worden gemaakt. Voor de taken waarbij bijzondere bevoegdheden niet zijn toegestaan, voldoet de algemene bevoegdheid tot het verzamelen van gegevens als bedoeld in artikel 17 Wiv 2002.¹²

Het noodzakelijkheidsvereiste voor de inzet van bijzondere bevoegdheden komt ook terug in artikel 32 Wiv 2002. Hierin wordt bepaald dat de inzet van bijzondere bevoegdheden gestaakt moet worden als het daarmee beoogde doel is bereikt, met andere woorden als de inzet niet langer noodzakelijk is met het oog op het nagestreefde doel. Het spreekt voor zich dat als het middel niet (meer) bijdraagt of bij kan dragen aan het doel, het middel dan ook niet (langer) ingezet mag worden. Dit betekent dat de MIVD voorafgaande aan de inzet van een bijzondere bevoegdheid een doel moet hebben waarvoor het middel wordt ingezet en dat de verwachting moet 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 om de inzet te kunnen continueren.

Naast het vereiste van noodzakelijkheid volgt uit het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM dat een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ook moet voldoen aan de voorwaarden van proportionaliteit en subsidiariteit. Deze afwegingen moeten per geval worden gemaakt en dit moet duidelijk terug komen in de motivering voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid, zoals de af luisterbevoegdheid. Bij de totstandkoming van de Wiv 2002 zijn de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit in de artikelen 31 en 32 Wiv 2002 opgenomen.

Het vereiste van proportionaliteit (artikel 31 Wiv 2002) houdt in dat de uitoefening van een bevoegdheid in een evenredige verhouding moet staan tot het daarmee beoogde doel (lid 4) en achterwege moet blijven, indien de uitoefening ervan voor betrokkene een onevenredig nadeel in vergelijking tot het nagestreefde doel oplevert (lid 3). Dit houdt in dat een afweging moet plaatsvinden tussen het belang dat met de inzet van de bijzondere bevoegdheid wordt gediend (de nationale veiligheid) en de belangen van de betrokkene (bv. het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer).¹³

¹¹ Zie voor de algemene behoorlijkheidsnormen: De Nationale ombudsman, 'Behoorlijkheidswijzer', 2015, te raadplegen via www.nationaleombudsman.nl.

¹² *Kamerstukken II 1997/98*, 25 877, nr. 3, p. 26.

¹³ 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 de belangen ook andere rechten omvatten, zoals het telefoongeheim (artikel 13 Grondwet), het verschoningsrecht voor advocaten en andere geheimhouders, het bronbeschermingsrecht voor journalisten of diplomatieke onschendbaarheid.

Ook moet de inmenging zo licht mogelijk zijn, ook wel bekend als het subsidiariteitsvereiste (artikel 31 leden 1 en 2 en artikel 32 Wiv 2002). Dit betekent dat een bijzondere bevoegdheid pas mag worden ingezet indien de daarmee beoogde verzameling van gegevens niet of niet tijdig op andere wijze, zonder de inzet van een bijzondere bevoegdheid, kan plaatsvinden (artikel 31 lid 1 Wiv 2002).¹⁴ Verder dient alleen die bevoegdheid te worden 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 (artikel 31 lid 2 Wiv 2002). Een bijzondere bevoegdheid moet bovendien worden gestaakt indien met de uitoefening van een minder ingrijpende bevoegdheid kan worden volstaan (artikel 32 Wiv 2002).

¹⁴ *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 52.*

4. Algemeen beeld

De Commissie constateert dat de MIVD doorgaans doordacht te werk gaat bij de inzet van de af luisterbevoegdheid. De MIVD is zich in de praktijk bewust van het inbreukmakende karakter van de inzet ervan. In de grote meerderheid van de operaties zet de MIVD de af luisterbevoegdheid op een rechtmatige en zorgvuldige wijze in.

In één operatie heeft de Commissie één onrechtmatigheid geconstateerd. Deze onrechtmatigheid bestaat eruit dat de MIVD heeft nagelaten de inzet van de af luisterbevoegdheid op naam van twee non-targets aan te vragen.

In een beperkt aantal operaties heeft de Commissie onzorgvuldigheden geconstateerd. Deze onzorgvuldigheden zijn gelegen in een niet afdoende motivering van de aanvraag voor de inzet van de af luisterbevoegdheid. Uit het onderzoek van de Commissie is evenwel gebleken dat de gebreken in de motivering herstelbaar waren. Verder is de Commissie gebleken dat de MIVD intern werkt aan een verbetering van de motivering van de aanvragen.

In de geheime bijlage geeft de Commissie voor de verschillende onderzoeksgebieden weer tegen hoeveel personen en organisaties de af luisterbevoegdheid per kwartaal in de onderzoeksperiode is ingezet.

5. Noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit onvoldoende gemotiveerd

De Commissie heeft in het vorige hoofdstuk uiteengezet wat de beginselen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit inhouden en welke afwegingen op grond van deze beginselen voor elk van de personen of organisaties waarop een tap wordt ingezet, in de motivering dienen te worden gemaakt bij de inzet van de af luisterbevoegdheid. Naar het oordeel van de Commissie kan een afweging betreffende de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit alleen worden gemaakt als hierbij alle beschikbare relevante informatie wordt betrokken. Het gaat hier zowel om operationele bevindingen als om de verhouding tot andere inlichtingenmiddelen en de mogelijkheden van het betrokken team. In hoofdstuk 2 heeft de Commissie toegelicht dat een gebrekkige motivering kan leiden tot de conclusie dat sprake is van een onzorgvuldigheid indien de Commissie op basis van eigen nader onderzoek tot de conclusie komt dat de onderliggende feiten en omstandigheden de inzet van het middel kunnen dragen en er dus wel is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

De Commissie heeft in twee langlopende operaties in een aantal aanvragen tot verlenging van de inzet van de af luisterbevoegdheid geconstateerd dat de motivering van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit onvoldoende tot uiting komt in relatie tot de personen of organisaties waartegen de af luisterbevoegdheid wordt toegepast. De gebreken in de motivering bestaan er met name in dat soms in de aanvragen wordt volstaan met algemeenheden, bijvoorbeeld over de noodzakelijkheid van het middel, in plaats van een toespitsing op de onderzochte personen en hun belang in het onderzoek, dat conclusies worden weergegeven in plaats van de daadwerkelijke afwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit, en dat hier en daar teruggevallen wordt op herhalingen en standaardteksten zonder nadere toelichting en update.

De Commissie heeft op grond van eigen onderzoek vastgesteld dat de onderliggende feiten en omstandigheden de inzet van de af luisterbevoegdheid in de genoemde operaties in de onderzoeksperiode rechtvaardigen. Daarmee is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De Commissie concludeert daarom dat sprake is van een onzorgvuldigheid, en niet van een onrechtmatigheid.

6. Opbrengst onvoldoende gemotiveerd

De Commissie heeft in haar onderzoek bij het beoordelen van verlengingen ook aandacht besteed aan de opbrengst van de toegepaste af luisterbevoegdheid. Onderdeel van het noodzakelijkheidsvereiste is dat er een verwachting dient te bestaan dat de opbrengst van de inzet van het middel bijdraagt aan het te bereiken doel. Na aanvang van de inzet zal de opbrengst ook daadwerkelijk moeten bijdragen aan het onderzoek om de inzet te kunnen continueren. De opbrengst zegt ook iets over de effectiviteit van het middel en is daarmee van invloed op de proportionaliteit.

De Commissie heeft geconstateerd dat in dezelfde operaties als in hoofdstuk 5 in een aantal aanvragen tot verlenging van de inzet van de af luisterbevoegdheid geen melding werd gemaakt van de verkregen opbrengst in relatie tot de personen waartegen de bevoegdheid wordt toegepast. De Commissie heeft in haar eigen onderzoek geconstateerd dat de opbrengst de verlenging van de af luisterbevoegdheid in beide operaties kon rechtvaardigen. Daarmee is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit en is de inzet rechtmatig. Wel had deze nadere toelichting in de motivering van de verlengingsaanvragen moeten zijn opgenomen. Om die reden acht de Commissie de motivering in dit opzicht gebrekkig en dus onzorgvuldig.

7. Aanvraag niet op naam non-target

Onderscheid target en non-target

De Commissie is van oordeel dat het onder omstandigheden is toegestaan een non-target te tappen.¹⁵ Een non-target is een persoon uit de omgeving van een target (onderzoekssubject) maar is zelf niet in onderzoek en dus geen target. In sommige gevallen krijgt de MIVD onvoldoende zicht op een target door uitsluitend middelen tegen het target zelf in te zetten. Via de communicatie of handelingen van een non-target beoogt de dienst informatie over een target te verkrijgen. In dat geval is de Commissie wel van oordeel dat uit de tenaamstelling en de motivering van de toepassing van de af luisterbevoegdheid duidelijk moet blijken dat deze tegen een non-target is ingezet.

De MIVD dient de af luisterbevoegdheid op naam van het non-target te zetten, niet op naam van het target. De wet vereist in artikel 25, vierde lid, onder b, Wiv 2002 dat in het verzoek om toestemming wordt vermeld tegen wie de bevoegdheid wordt uitgeoefend. Een onjuiste interpretatie van deze bepaling is om de identiteitsgegevens op te nemen van de persoon of organisatie *over wie* de MIVD meer informatie wil krijgen, met andere woorden op wie het onderzoek zich richt (het target). Het vereiste van een juiste tenaamstelling hangt ook samen met de notificatieplicht uit artikel 34 Wiv 2002, op grond waarvan de MIVD na verloop van vijf jaar na de beëindiging van de toepassing van de af luisterbevoegdheid moet onderzoeken of de betrokkene van de inzet op de hoogte kan worden gesteld.

Bevindingen

In één van de langlopende operaties die ook aan de orde is gesteld in hoofdstukken 5 en 6 constateert de Commissie dat de MIVD in een aantal aanvragen in het midden heeft gelaten of twee personen van wie de communicatie werd afgeluisterd targets of non-targets zijn. De motivering van de inzet van de af luisterbevoegdheid tegen deze personen bood voor beide standpunten enkele aanknopingspunten. Dit werd echter niet geëxpliciteerd en onderbouwd. Uit haar onderzoek is de Commissie gebleken dat de MIVD het lastig vond te bepalen of de genoemde personen targets of non-targets waren. De dienst liet het daarom in het midden. De Commissie heeft aan de MIVD duidelijk gemaakt dat het niet aan haar is hierin voor de MIVD een keuze te maken. In antwoord op de onderzoeksvragen van de Commissie heeft de MIVD besloten dat de genoemde personen niet zelf targets zijn, maar dat zij non-targets zijn. De Commissie kan zich vinden in dit besluit.

De Commissie constateert wel dat de MIVD de aanvraag van de af luisterbevoegdheid niet op naam van de non-targets heeft ingediend. De telefoonnummers van de non-targets zijn gekoppeld aan de targets over wie de MIVD informatie verzamelde. De wet vereist dat in de aanvraag wordt vermeld tegen wie de af luisterbevoegdheid wordt ingezet. Daarom is hier sprake van een onrechtmatigheid.

¹⁵ Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 19 inzake de toepassing door de AIVD van artikel 25 WIV 2002 (aftappen) en artikel 27 WIV 2002 (selectie van ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie), *Kamerstukken II* 2008/09, 29 924, nr. 29 (bijlage), § 6.2.2, beschikbaar op www.ctivd.nl.

8. Motivering non-target onvoldoende

In het vorige hoofdstuk heeft de Commissie toegelicht dat het onder omstandigheden is toegestaan een persoon in de omgeving van een target (een zogenaamd non-target) te tappen.¹⁶ Hiervan kan sprake zijn als de MIVD door uitsluitend middelen in te zetten tegen het target onvoldoende zicht op hem heeft. Via de communicatie of handelingen van een non-target beoogt de dienst informatie over een target te verkrijgen. Dit is een zwaar middel dat terughoudend moet worden ingezet, omdat de bijzondere bevoegdheid wordt ingezet tegen een persoon die zelf geen onderzoekssubject is. De Commissie is dan ook van oordeel dat aan het vereiste van proportionaliteit extra gewicht toekomt vanwege de grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van het non-target. Dit moet tot uiting komen in de motivering. De uitwerking van de gesprekken of berichten van het non-target dient alleen plaats te vinden indien en voor zover de verwerking noodzakelijk is in relatie tot het doel, te weten zicht krijgen op het target. Niet-relevante gesprekken worden niet uitgewerkt en vernietigd. Deze randvoorwaarden moeten uit de aanvraag blijken.

In dezelfde operatie die in het vorige hoofdstuk aan de orde is gesteld, constateert de Commissie dat de MIVD in een aantal aanvragen niet afdoende heeft gemotiveerd dat de inzet van de af luisterbevoegdheid tegen de twee non-targets voldeed aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Uit haar eigen onderzoek is de Commissie gebleken dat de onderliggende feiten en omstandigheden de inzet van het middel rechtvaardigen en dat de MIVD redelijkerwijs niet op een andere wijze informatie over de targets kon verkrijgen dan door het toepassen van de af luisterbevoegdheid tegen de non-targets. De Commissie is van oordeel dat het onderzoeksdoel, het verwerven van informatie over het eigenlijke target, rechtmatig is. Wel is sprake van een onzorgvuldigheid vanwege de gebrekkige motivering.

Voor wat betreft de uitwerking van de geïntercepteerde gesprekken en berichten van de non-targets in deze operatie, heeft de MIVD nagelaten in de aanvragen op te merken dat de inhoud slechts wordt uitgewerkt indien en voor zover dit noodzakelijk is om zicht te krijgen op het eigenlijke target. Uit haar onderzoek is de Commissie gebleken dat de MIVD in de praktijk de gesprekken en berichten van de genoemde personen slechts heeft uitgewerkt indien en voor zover de inhoud ervan de targets betreft. De MIVD heeft de Commissie aangegeven dat de toekomstige aanvragen op dit punt worden aangepast. De Commissie is van oordeel dat sprake is van een onzorgvuldigheid in de motivering, niet van een onrechtmatigheid.

¹⁶ Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 19 inzake de toepassing door de AIVD van artikel 25 WIV 2002 (aftappen) en artikel 27 WIV 2002 (selectie van ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie), *Kamerstukken II* 2008/09, 29 924, nr. 29 (bijlage), § 6.2.2, beschikbaar op www.ctivd.nl.

9. Geen belangenafweging bij derde personen

Onderscheid non-target en derde persoon

Een non-target dient volgens de Commissie te worden onderscheiden van een zogenoemde derde persoon. Derde personen kunnen op verschillende manieren in beeld komen in een operatie. Het kan bijvoorbeeld gaan om huisgenoten van het target die van dezelfde vaste telefoonaansluiting of woningruimte gebruik maken als het target (onderzoekssubject). Wanneer de vaste telefoonaansluiting van het target wordt afgeluisterd of een microfoon in de woning van het target is geplaatst, kan soms ook kennis worden genomen van activiteiten of gesprekken van de huisgenoten. Hier is de inzet van het middel niet op gericht, maar het is onvermijdelijk dat inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van deze derden. Dit dient in de motivering van de last te worden meegewogen. Voor zover hieruit informatie naar voren komt die relevant is voor het onderzoek van de MIVD, kan dit worden beschouwd als bijvangst.

Een andere situatie waarin derde personen in beeld van een operatie komen, doet zich voor als targets om veiligheidsredenen geen gebruik maken van hun eigen woning of eigen communicatiemiddel(en) om heimelijke handelingen te verrichten, maar hiervoor een andere locatie dan wel andermans of openbare communicatiemiddelen kiezen. Om dergelijke “slimme targets” toch in de gaten te kunnen houden, kan de MIVD de bijzondere bevoegdheid inzetten op plaatsen of communicatiemiddelen die weliswaar niet toebehoren aan het target, maar waarvan het target gebruikmaakt. Ook hier is het doel van de MIVD 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 wel nadrukkelijk aandacht moeten worden besteed aan het feit dat de plaats of het communicatiemiddel toebehoort aan een derde en dat inbreuk wordt gemaakt op zijn persoonlijke levenssfeer.

De Commissie benadrukt dat bij de belangenafweging of de inzet van een middel is gerechtvaardigd voortdurend dient 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 gebruik maakt van de plaats of het communicatiemiddel van de derde persoon ten behoeve van (heimelijke) activiteiten, waarvan kennisname van de opbrengst door de MIVD relevant is voor het onderzoek, en dat deze opbrengst niet op andere wijze kan worden verkregen.

Uit de inzet van het middel kan relevante bijvangst voortkomen. Het spreekt voor zich dat de opbrengst waarop de inzet 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. Er dient dan ook zeer terughoudend te worden omgegaan met het uitwerken van informatie met betrekking tot de handelingen van deze derde(n). Niet-relevante gesprekken worden niet uitgewerkt en vernietigd. Deze randvoorwaarden moeten ook uit de aanvraag blijken. Indien de MIVD naar aanleiding van de bijvangst gericht informatie gaat verzamelen over deze derde(n) of via deze derde(n) over het target, en de inzet van het middel dus (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 waarbij de derde persoon als target dan wel non-target wordt aangemerkt.

Bevindingen

De Commissie stelt vast dat de MIVD in twee operaties de partners en een familielid van de targets heeft aangemerkt als non-targets. In de lasten werd hier geen onderbouwing voor gegeven. In de ene operatie merkte de MIVD op dat het target gebruik maakte van de telefoon van zijn familielid. In de andere operatie werd voor mogelijk gehouden dat de targets de mobiele telefoons van hun partners gebruikten.

De Commissie heeft de genoemde operaties nader onderzocht. In deze gevallen werd de term non-target gebruikt om derde personen aan te duiden. Het was niet de bedoeling in deze operaties om informatie over de targets via de non-targets te verkrijgen. Uit haar eigen onderzoek is de Commissie niet gebleken dat dit wel is gebeurd. De Commissie acht het onzorgvuldig dat in de lasten niet expliciet is afgewogen dat inbreuk kon worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de derde personen en waarom dit gerechtvaardigd was en dat niet als randvoorwaarde was opgenomen dat gesprekken van deze personen in beginsel niet werden uitgewerkt. Uit haar onderzoek is de Commissie niet gebleken dat gesprekken van de derde personen zijn uitgewerkt.

10. Specifieke technische toepassing van de af luisterbevoegdheid niet voldoende gemotiveerd

De Commissie is in één aanvraag gestuit op een onderzoeksmethode die de MIVD in staat stelt op een bepaalde wijze communicatie af te luisteren. De Commissie kan geen nadere details verschaffen over deze onderzoeksmethode in het openbare deel van dit toezichtsrapport. De noodzakelijke geheimhouding hiervan staat daaraan in de weg. In de geheime bijlage gaat de Commissie nader in op de aard van deze onderzoeksmethode.

De Commissie merkt op dat door de toepassing van de onderzoeksmethode een substantiële en verregaande inbreuk kan worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer. Om deze reden acht de Commissie het noodzakelijk dat voor de toepassing van de onderzoeksmethode een daarop toegespitste motivering gegeven wordt. Hierin dient onder meer op specifieke wijze aandacht te worden besteed aan de noodzakelijkheid en proportionaliteit en de operationele randvoorwaarden.

Deze toegespitste motivering komt volgens de Commissie nog in onvoldoende mate terug in de aanvraag. Op basis van haar eigen onderzoek concludeert de Commissie dat wel voldaan is aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Daarmee is de toepassing van de onderzoeksmethode rechtmatig. Wel is sprake van een onzorgvuldigheid in de motivering.

11. Verschoningsgerechtigden

De Commissie heeft in dit onderzoek ook aandacht besteed aan de inzet van de af luisterbevoegdheid tegen verschoningsgerechtigden. Dit begrip ziet mede op personen met een maatschappelijke vertrouwensfunctie, in die zin dat eenieder vertrouwelijk met deze persoon moet kunnen communiceren. Op grond van deze functie komt aan zijn communicatie extra bescherming toe. Voorbeelden van verschoningsgerechtigden zijn artsen, geestelijken, advocaten en journalisten (voor zover het bescherming van hun bronnen betreft).

De Commissie maakt onderscheid tussen direct en indirect tappen. Het direct tappen houdt in dat een verschoningsgerechtigde zelf wordt getapt. Het indirect tappen houdt in dat niet de verschoningsgerechtigde zelf, maar een ander persoon/target wordt getapt. Hier kunnen gesprekken onder vallen die hij voert met een verschoningsgerechtigde. De af luisterbevoegdheid is in dat geval dus in beginsel niet ingezet met het doel gesprekken met een verschoningsgerechtigde af te luisteren. In toezichtsrapport nr. 46 over de inzet van de af luisterbevoegdheid en van de bevoegdheid tot de selectie van sigint door de AIVD heeft de Commissie haar toetsingskader voor het af luisteren van advocaten uiteengezet.¹⁷

Hierna bespreekt zij haar bevindingen bij de MIVD in de onderzoeksperiode.

Direct af luisteren

De Commissie heeft onderzocht of de MIVD de af luisterbevoegdheid in de onderzoeksperiode (1 juni 2013 tot 1 juni 2015) direct heeft ingezet tegen verschoningsgerechtigden. In deze periode zijn geen onrechtmatigheden en onzorgvuldigheden geconstateerd.

Indirect af luisteren

De Commissie heeft onderzocht of de MIVD in de onderzoeksperiode verschoningsgerechtigden indirect heeft afgeluisterd. De Commissie stelt op basis van dit onderzoek vast dat de MIVD in een zeer beperkt aantal gevallen telefoongesprekken van targets met verschoningsgerechtigden heeft afgeluisterd. Deze gesprekken zijn echter niet uitgewerkt wegens het ontbreken van relevantie voor de onderzoeken. Dit betekent dat de gesprekken inlichtingenmatig niet zijn gebruikt.

¹⁷ Ten tijde van het vaststellen van toezichtsrapport nr. 47 was toezichtsrapport nr. 46 nog niet gepubliceerd (verwachte publicatie in februari 2016). Zie ook gerechtshof Den Haag, 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2881 en rechtbank Den Haag, 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436. De voorzieningenrechter oordeelde dat de Staat binnen zes maanden maatregelen dient te nemen om de toepassing van bijzondere bevoegdheden tegen advocaten te onderwerpen aan een vorm van bindend toezicht door een onafhankelijke toezichthouder. Indien deze maatregelen niet worden genomen, dient de AIVD het direct en indirect tappen van advocaten na deze zes maanden te staken en gestaakt te houden. De voorzieningenrechter verbood daarnaast per direct het verstrekken van informatie die is verkregen door een inbreuk te maken op het verschoningsrecht van een advocaat aan het OM. Het delen van deze informatie is pas toegestaan indien een onafhankelijke toezichthouder de rechtmatigheid van die verstrekking heeft getoetst. Het gerechtshof bekrachtigde deze uitspraak. Per 1 januari 2016 is de tijdelijke regeling onafhankelijke toetsing bijzondere bevoegdheden Wiv 2002 jegens advocaten en journalisten van kracht. In haar onderzoek heeft de Commissie gekeken hoe de MIVD in de praktijk in de onderzoeksperiode (juni 2013-juni 2015) de af luisterbevoegdheid tegen verschoningsgerechtigden heeft ingezet. Zij geeft in dit rapport inzicht in de omvang van de (indirecte) taps en de wijze waarop de MIVD hiermee is omgegaan in een periode die voorafgaat aan de hierboven genoemde uitspraken. De Commissie toetst de gevonden feiten aan het toetsingskader dat zij toentertijd hanteerde. De Commissie heeft hierbij de uitspraken van de rechtbank en het gerechtshof Den Haag dus niet betrokken. De rechtbank en het gerechtshof komen overigens ook niet toe aan de invulling van dit toetsingskader. Bovendien ziet de onderzoeksperiode zoals gezegd op een aan de uitspraken voorafgaande periode (juni 2013 –juni 2015).

12. Conclusies en aanbevelingen

Aanbeveling

De Commissie heeft in dit rapport opgemerkt dat zij ook in dit onderzoek alle gevraagde medewerking en ondersteuning van de MIVD heeft gekregen. Dit laat onverlet dat het ICT-systeem van de MIVD weinig gebruikersvriendelijk is en dat het doen van onderzoek hierdoor tijdrovender is. De Commissie beveelt dan ook aan dat binnen de MIVD stappen worden gezet om de ICT-huishouding op dit punt te verbeteren. (H 2)

Algemeen beeld

De Commissie constateert dat de MIVD doorgaans doordacht te werk gaat bij de inzet van de af luisterbevoegdheid. De MIVD is zich in de praktijk bewust van het inbreukmakende karakter van de inzet ervan. De MIVD zet in de grote meerderheid van de operaties de af luisterbevoegdheid op een rechtmatige en zorgvuldige wijze in. De kritische kanttekeningen van de Commissie hebben betrekking op een beperkt aantal van de door haar onderzochte operaties. (H 4)

Onrechtmatigheid bij de toepassing van de af luisterbevoegdheid

De Commissie heeft in één operatie één onrechtmatigheid geconstateerd bij de inzet van de af luisterbevoegdheid. Deze onrechtmatigheid betreft een onjuiste tenaamstelling van de inzet van de af luisterbevoegdheid tegen twee non-targets. De wet vereist dat in de aanvraag wordt vermeld *tegen wie* de af luisterbevoegdheid wordt ingezet, niet *over wie* informatie wordt verzameld. (H 7)

Onzorgvuldigheden bij de toepassing van de af luisterbevoegdheid

De Commissie heeft in een beperkt aantal operaties onzorgvuldigheden in de motivering van de inzet van de af luisterbevoegdheid geconstateerd. De Commissie komt tot het oordeel onzorgvuldig indien de motivering voor de toepassing van de af luisterbevoegdheid weliswaar een gebrek vertoont, maar de Commissie op basis van eigen nader onderzoek tot de conclusie komt dat de onderliggende feiten en omstandigheden de inzet van de af luisterbevoegdheid rechtvaardigen. Dan is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit en is er geen sprake van een onrechtmatigheid.

De onzorgvuldigheden zien op de volgende onderwerpen:

- De motivering van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit kwam niet steeds voldoende tot uiting in relatie tot de personen of organisaties waartegen de af luisterbevoegdheid werd toegepast. (H 5)
- Er werd geen melding gemaakt van de verkregen opbrengst in relatie tot de personen waartegen de bevoegdheid werd toegepast. De opbrengst moet betrokken worden bij de motivering om een verlenging van de inzet van het middel te kunnen rechtvaardigen. (H 6)
- De inzet van de af luisterbevoegdheid tegen twee non-targets was niet voldoende gemotiveerd. Op het punt van de tenaamstelling van deze inzet is reeds een onrechtmatigheid geconstateerd (zie boven). Non-targets zijn zelf niet in onderzoek bij de MIVD, maar via hun communicatie wordt getracht zicht te krijgen op het target. Daarom komt met name aan het proportionaliteitsvereiste extra gewicht toe. Verder moet als randvoorwaarde in de aanvraag worden opgenomen dat niet-relevante gesprekken niet worden uitgewerkt en worden vernietigd. Dit was niet gebeurd. (H 8)

- Geen belangenafweging bij de interceptie van communicatie van derde personen. Dit zijn personen die geen target en non-target zijn, maar van wie de communicatie feitelijk wel geïntercepteerd kan worden. Bijvoorbeeld omdat het target de telefoon of de computer van een derde gebruikt of omdat de derde een huisgenoot van het target is en zij in het huis van dezelfde telefoon of computer gebruik maken of in het huis een microfoon is geïnstalleerd. Bij de belangenafweging of de inzet van een middel is gerechtvaardigd dient 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). Ook moet als randvoorwaarde in de aanvraag zijn opgenomen dat gesprekken van deze personen in beginsel niet worden uitgewerkt en worden vernietigd. Dit was niet gebeurd. (H 9)
- De motivering van de inzet van een specifieke technische toepassing van de af luisterbevoegdheid was onvoldoende toegespitst op de noodzakelijkheid en proportionaliteit en de operationele randvoorwaarden. Dit is volgens de Commissie nodig vanwege de vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van deze onderzoeksmethode. (H 10)

Verschoningsgerechtigden

De Commissie stelt geen onrechtmatigheden en onzorgvuldigheden vast voor wat betreft de directe toepassing van de af luisterbevoegdheid tegen verschoningsgerechtigden in de onderzoeksperiode (1 juni 2013 tot 1 juni 2015).

In een zeer beperkt aantal gevallen zijn gesprekken van verschoningsgerechtigden indirect afgeluisterd. Indirect af luisteren houdt in dat de verschoningsgerechtigde niet zelf wordt getapt, maar degene met wie hij een gesprek voert. Het onderzoek van de Commissie wijst uit dat de genoemde gesprekken niet zijn uitgewerkt wegens het ontbreken van relevantie voor de onderzoeken. Dit betekent dat de gesprekken inlichtingenmatig niet zijn gebruikt. (H11)

CTIVD nr. 47

BEGRIPPENLIJST

Bij het toezichtsrapport inzake de inzet
van de afluisterbevoegdheid door de MIVD
juni 2013 – juni 2015

A-taak

Deze taak betreft het verrichten van onderzoek:
(1) omtrent het potentieel en de strijdkrachten van andere mogendheden, ten behoeve van een juiste opbouw en een doeltreffend gebruik van de krijgsmacht; en
(2) naar factoren die van invloed zijn of kunnen zijn op de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde voor zover de krijgsmacht daarbij is betrokken of naar verwachting betrokken kan worden (...) (Artikel 7, lid 2, onder a, Wiv 2002).

Afluisterbevoegdheid

De bevoegdheid communicatie af te luisteren, bijvoorbeeld door middel van een telefoontap, internettap of een microfoon.

Bijzondere bevoegdheid

Een bevoegdheid van de dienst die een specifieke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt. De toepassing van een bijzondere bevoegdheid heeft veelal een geheim karakter. De bijzondere bevoegdheden en de voorwaarden waaronder deze mogen worden toegepast zijn neergelegd in de artikelen 20 t/m 30 van de Wiv 2002 (bijvoorbeeld tappen of de inzet van een agent). De MIVD mag bijzondere bevoegdheden alleen inzetten voor zijn a-, c- en e-taak.

C-taak

Deze taak betreft het verrichten van onderzoek dat nodig is voor het treffen van maatregelen:
(1) ter voorkoming van activiteiten die ten doel hebben de veiligheid of paraatheid van de krijgsmacht te schaden;
(2) ter bevordering van een juist verloop van mobilisatie en concentratie der strijdkrachten;
(3) ten behoeve van een ongestoorde voorbereiding en inzet van de krijgsmacht als bedoeld in onderdeel a, onder 2 (...). (Artikel 7, lid 2, onder c, Wiv 2002).

Derde personen

Personen die niet zelf een onderzoekssubject van de MIVD zijn (target) en waartegen geen bijzondere bevoegdheden worden ingezet (onderscheid met non-target). De communicatie van deze personen kan wel in een onderzoek van de MIVD betrokken raken, bijvoorbeeld omdat deze personen gebruik maken van dezelfde communicatiemiddelen (zoals telefoon of computer) als een target waardoor ook hun communicatie wordt geïntercepteerd. Het kan bijvoorbeeld gaan om huisgenoten en familieleden van targets.

E-taak

Deze taak betreft het verrichten van onderzoek naar andere landen, ten aanzien van onderwerpen met een militaire relevantie die mede door de Minister-President zijn aangewezen. (Artikel 7, lid 2, sub e, Wiv 2002).

Gegevensverwerking

Het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens (artikel 1 onder f Wiv 2002).

Gerichte interceptie

Interceptie waarbij van tevoren kan worden aangegeven op welke persoon, organisatie of technisch kenmerk de gegevensverwerking gericht is. Dit is geregeld in artikel 25 Wiv 2002.

Interceptie

Het onderscheppen van gegevens.

Last

Toestemming voor het uitoefenen van een bijzondere bevoegdheid (voor het inzetten van een telefoontap heeft de dienst bijvoorbeeld een last van de minister nodig).

Niet-kabelgebonden communicatie

Communicatie die via een draadloze verbinding loopt, namelijk via de ether (bijvoorbeeld satellietverbindingen).

Non-target

Een persoon uit de omgeving van een target (onderzoekssubject) jegens wie een bijzondere bevoegdheid wordt ingezet ten einde via deze persoon zicht te krijgen op een target. Een non-target is zelf niet in onderzoek bij de MIVD.

Onrechtmatig

De Commissie komt tot het oordeel onrechtmatig als sprake is van strijdigheid met de wet of als de motivering zodanig gebrekkig is dat herstel ervan niet mogelijk is. Hierbij wordt rekening gehouden met de aard van de belangen waarop een inbreuk wordt gemaakt.

Onzorgvuldig

De Commissie komt tot het oordeel onzorgvuldig indien de motivering voor de toepassing van één van de in dit toezichtsrapport beschreven bevoegdheden weliswaar een gebrek vertoont, maar de Commissie op basis van eigen nader onderzoek tot de conclusie komt dat wel is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Met andere woorden, het gebrek is herstelbaar.

Targets

Personen of organisaties die in onderzoek zijn bij de MIVD. Ook wel onderzoekssubjecten genoemd. Het kan bijvoorbeeld gaan om 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 de veiligheid of paraatheid van de krijgsmacht (artikel 13 lid 2 sub a Wiv 2002).

Telecommunicatie

Communicatie over afstand door middel van elektronische middelen (bijvoorbeeld telefoon, radio, fax en internet).

Telecommunicatiekenmerk

Kenmerk dat herleidbaar is tot verschillende elementen van telecommunicatie, bijvoorbeeld een telefoonnummer of een e-mailadres.

Verschoningsgerechtigde

Een persoon met een maatschappelijke vertrouwensfunctie, in die zin dat eenieder vertrouwelijk met deze persoon moet kunnen communiceren. Op grond van deze functie komt aan zijn communicatie extra bescherming toe. Voorbeelden van verschoningsgerechtigden zijn artsen, advocaten en journalisten (voor zover het bronbescherming betreft).



0002559

Anna van Saksenlaan 50 | 2593 HT Den Haag
T 070 315 58 20 | F 070 381 71 68
E info@ctivd.nl | www.ctivd.nl