

Bijlage I: Toetsingskader

Toezihtsrapport over de inzet van
de bijzondere bevoegdheid tot selectie
door de AIVD en de MIVD

CTIVD nr. 64

vastgesteld op 4 september 2019



Commissie van Toezicht
op de Inlichtingen- en
Veiligheidsdiensten

BIJLAGE I: TOETSINGSKADER

Toezichtsrapport over de inzet
van de bijzondere bevoegdheid tot selectie
door de AIVD en de MIVD

1. Inleiding

‘Selectie’ is de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid, waarbij gegevens uit de geïntercepteerde stroom van gegevens worden gehaald door de uitoefening van onderzoekso opdrachtgerichte interceptie (OOG-interceptie). Daarbij kan worden gedacht aan het analyseren van een telefoongesprek of een e-mailbericht dat is verstuurd. Selectie vindt plaats met het oogmerk van de *inhoud* van de geselecteerde gegevens uit OOG-interceptie kennis te kunnen nemen. Wanneer de geselecteerde gegevens aan het betreffende team beschikbaar worden gesteld, bepalen zij of de gegevens relevant zijn voor eigen onderzoek of andere onderzoeken.

In deze bijlage wordt het toetsingskader van de bijzondere bevoegdheid tot selectie uit art. 50 lid 1 sub a Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) toegelicht. Het toetsingskader bestaat in dit rapport uit de verplichtingen die voortvloeien met betrekking tot de selectiebevoegdheid uit de Wiv 2017, de Beleidsregels Wiv 2017, toezeggingen van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en de minister van Defensie, de normen die voortvloeien uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Uit deze bronnen vloeien vereisten voort voor de toepassing van selectie als bijzondere bevoegdheid.

Het toetsingskader is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt het drie-fasenmodel van OOG-interceptie en de plaats van de bijzondere bevoegdheid van selectie uitgelegd. In paragraaf 3 worden de toestemmingsvereisten voor de inzet van de bijzondere bevoegdheid benoemd alsmede enkele bijzondere vereisten bij de verwerking van gegevens bij selectie. In paragraaf 4 wordt aandacht besteed aan het vereiste van ‘zo gericht mogelijk’ en in paragraaf 5 wordt het juridisch kader van datareductie bij selectie besproken. De zorgplicht komt in paragraaf 6 aan bod. Hierop volgt in paragraaf 7 een overzicht van de wettelijke vereisten waar de CTIVD aan toetst bij de inzet van selectie als bijzondere bevoegdheid.

2. Het drie-fasenmodel van OOG-interceptie

In deze paragraaf wordt het OOG-interceptiestelsel toegelicht aan de hand van de drie fasen die in de memorie van toelichting op de Wiv 2017 zijn geformuleerd.¹ De memorie van toelichting bevat veel informatie over de voorwaarden voor de inzet en de reikwijdte van de bijzondere bevoegdheden met betrekking tot OOG-interceptie. Helderheid over het juridisch kader komt de rechtszekerheid van de betrokkenen ten goede en verschaft handvatten voor de toezichthouder om aan te toetsen.

Het onderscheid in drie fasen is overigens voornamelijk juridisch van aard, omdat in de praktijk de fasen elkaar voortdurend onderling beïnvloeden.² Dat blijkt ook uit de aanvragen tot de inzet van de desbetreffende bijzondere bevoegdheden in art. 48-50 Wiv 2017. In de praktijk wordt één aanvraag gedaan met betrekking tot de interceptie en optimalisatie daarvan (art. 48 jo 49 lid 1 Wiv 2017) en één aanvraag met betrekking tot selectie en de optimalisatie daarvan (art. 49 lid 2 jo art. 50 lid 1 sub a Wiv 2017).

De drie fasen betreffen kort gezegd (1) de interceptie van communicatie, (2) de optimalisatie van het interceptieproces en (3) de analyse van de inhoud van de communicatie en metadata (gegevens over de communicatie).

2.1 Interceptie

Met de naam van de bijzondere bevoegdheid ‘onderzoeksopdrachtgerichte interceptie van communicatie’ vindt nadrukkelijk een koppeling met de Geïntegreerde Aanwijzing inlichtingen- en veiligheidsdiensten plaats. In de Geïntegreerde Aanwijzing staan de concrete onderzoeksopdrachten voor de AIVD en MIVD die worden vastgesteld door de minister-president, minister van Algemene Zaken, de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: BZK) en de minister van Defensie. Daarnaast kan er sprake zijn van acute onderzoeksopdrachten die ook op ministerieel niveau worden geaccordeerd.³ Nadat de Geïntegreerde Aanwijzing is vastgesteld worden door de diensten onderzoeksopdrachten opgesteld aan de hand van de toepasselijke wettelijke taak, waarin het doel van de noodzaak van het onderzoek is vastgelegd. In de memorie van toelichting worden als voorbeelden van een onderzoeksopdracht genoemd het verwerven van telecommunicatie in een missiegebied en het verwerven van metadata in een gebied in handen van terroristen en Nederland.⁴ Onderzoeksopdrachten zien alleen op de uitvoering van de taken van de AIVD en de MIVD. De bijzondere bevoegdheid van OOG-interceptie mag daarbij alleen worden uitgevoerd in het kader van de veiligheids- en inlichtingentaken.⁵

De eerste fase van het OOG-interceptiestelsel bestaat uit de interceptie van communicatie ter uitvoering van de onderzoeksopdrachten.⁶ De bijzondere bevoegdheid tot de interceptie zelf is neergelegd in artikel 48 Wiv 2017. De bevoegdheid omvat ook het ongedaan maken van de versleuteling van telecommunicatie of gegevensoverdracht en de technische analyse van de gegevens voor zover deze gericht is op de optimalisatie van de uitoefening van de interceptiebevoegdheid. De inhoud van de

¹ *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 96-109.*

² *Zie Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 96.*

³ *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 90.*

⁴ *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 95.*

⁵ Meer specifiek met betrekking tot de uitvoering van art. 8 lid 2 sub a en d en art. 10 lid a, c en e Wiv 2017 (zie art. 28 lid 1 Wiv 2017).

⁶ Meer juridisch geformuleerd betreft het de bevoegdheid met een technisch hulpmiddel onderzoeksopdrachtgericht af te tappen, te ontvangen, op te nemen en af te luisteren van elke vorm van telecommunicatie of gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk, ongeacht waar een en ander plaatsvindt.

communicatie mag bij de technische analyse uitsluitend worden gecontroleerd op de goede uitlevering van de ontvangst (een kwaliteitscontrole); bijvoorbeeld of de communicatie uit ruis bestaat.⁷

Wanneer de diensten overtuigd zijn van het doel en de noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit van de inzet, zal toestemming worden gevraagd aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en/of de minister van Defensie om de gevraagde vorm van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie uit te mogen voeren voor een periode van maximaal één jaar. Met de inwerkingtreding van art. 5 van de Beleidsregels Wiv 2017 dient in het verzoek om toestemming nadrukkelijk te worden aangegeven op welke wijze de toepassing van bijzondere bevoegdheden zo gericht mogelijk plaatsvindt (zie verder paragraaf 4).

In de aanvraag tot interceptie moet een typering worden gegeven van de telecommunicatie of de gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk, ten aanzien waarvan de bevoegdheid dient te worden uitgeoefend. Uit de aanvraag moet blijken om welke vorm van interceptie het gaat: interceptie van etherverkeer of kabelgebonden verkeer. Ook moet, voor zover mogelijk, de aard van het verkeer, zoals GSM-, radio- of internetverkeer, worden aangegeven met een geografische afbakening. Bovendien nemen de AIVD en de MIVD in hun aanvraag op welke soorten verkeer relevant zijn, zoals spraak, chatverkeer of bestandsuitwisseling. Bij interceptie op kabelgebonden verkeer moet worden aangegeven welk deel van de kabelinfrastructuur het betreft en wat voor verkeer dient te worden geïntercepteerd.⁸ Ten behoeve van de keuze op welk punt van de infrastructuur de diensten de interceptiebevoegdheid willen inzetten, kunnen de diensten informatie opvragen bij aanbieders van communicatiediensten. Deze aanbieders hebben een medewerkingsplicht om deze informatie te verschaffen en medewerking te verlenen om interceptie mogelijk te maken.⁹ De diensten kiezen datastromen uit waarvan de gerede verwachting bestaat dat ze relevant zijn voor het beantwoorden van de onderzoeksopdrachten van de diensten.¹⁰

Op grond van art. 48 lid 3 Wiv 2017 geldt een extra motiveringseis als niet met de interceptie van louter metadata kan worden volstaan. Slechts speciaal geautoriseerde medewerkers mogen kennis nemen van de gegevens ten behoeve van het ongedaan maken van versleuteling in het kader van technische analyse controleren van de goede uitvoering van de ontvangst (inclusief de inhoud van communicatie).

Nadat toestemming van de desbetreffende minister is verkregen, wordt de aanvraag tot de inzet van de bijzondere bevoegdheid voorgelegd aan de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB). Als de TIB van oordeel is dat de toestemming rechtmatig is gegeven, kan de interceptie aanvangen.

2.2 Optimalisatie van het interceptieproces

De tweede fase van het OOG-interceptiestelsel heeft tot doel het optimaliseren van de opbrengst van de interceptie ('*search gericht op interceptie*', geregeld in art. 49 lid 1 Wiv 2017) en de optimalisatie van het navolgende selectieproces ('*search gerichte op selectie*', art. 49 lid 2 Wiv 2017).¹¹ In deze fase gaat het in eerste instantie niet om kennisneming van gegevens, maar om informatie verzamelen waarmee in het bijzonder het interceptieproces in bredere zin kan worden geoptimaliseerd.

Search gericht op interceptie

Bij search gericht op interceptie gaat het om de verkenning van de telecommunicatie. De bijzondere bevoegdheid in art. 49 lid 1 Wiv 2017 strekt er toe het gebruik van telecommunicatienetwerken te

⁷ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 97-103 (onder de kop 'fase 1').

⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 99.

⁹ Artikel 53 Wiv 2017 e.v..

¹⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 110.

¹¹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 95.

verkennen door het vaststellen van de kenmerken en de aard van de telecommunicatie, alsmede de identiteit van de persoon of organisatie die bij een telecommunicatie hoort. Deze vorm van search is primair gericht op de optimalisatie van interceptie, waarbij vooral naar de aard van het verkeer wordt gekeken. Daaronder valt bijvoorbeeld ook het herkennen van de taal van de communicatie. In veel gevallen wordt dit proces uitgevoerd door geautomatiseerde processen. Search gericht op interceptie ziet vooral op de technische kenmerken en de aard van de communicatie, zoals protocollen, frequenties, taal en de kwaliteit van de intercepties.¹²

Voor de uitoefening van de bevoegdheid is op grond van artikel 49 lid 4 Wiv 2017 toestemming vereist van de voor de desbetreffende dienst verantwoordelijke minister. Deze toestemming kan worden verleend voor de periode van een jaar, met de mogelijkheid tot verlengen van een jaar. Zoals in de inleiding van deze paragraaf is opgemerkt, betreft het in de praktijk een combinatie-toestemmingsverzoek van artikel 48 en 49 lid 1 Wiv 2017.

Search gericht op selectie

Search gericht op selectie is gericht op de optimalisatie van selectie bij het OOG-interceptiestelsel. Deze bijzondere bevoegdheid is geregeld in artikel 49 lid 2 Wiv 2017. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid gaat het ten eerste om het vaststellen en verifiëren van selectiecriteria in relatie tot personen, organisaties en onderwerpen die door de diensten worden onderzocht. In de opbrengst van de geïntercepteerde telecommunicatie kan dan op zoek worden gegaan naar selectiecriteria die voor het onderzoek van de diensten naar personen of organisaties relevante gegevens kunnen opleveren. Daarnaast kunnen potentiële selectiecriteria op hun bruikbaarheid worden verifieerd, door in de opbrengst van de geïntercepteerde telecommunicatie te bezien of deze relevante gegevens voor het onderzoek opleveren.¹³

De bijzondere bevoegdheid in artikel 49 lid 2 Wiv 2017 maakt het ook mogelijk - in relatie tot lopende onderzoeken - personen of organisaties te identificeren die in aanmerking komen voor onderzoek van de AIVD of de MIVD.¹⁴ De bijzondere bevoegdheid verschaft, met andere woorden, ook de mogelijkheid potentiële targets te identificeren of te duiden.¹⁵ Aan de hand van gegevens uit lopende onderzoeken kan worden nagegaan of middels de opbrengst van de geïntercepteerde telecommunicatie aan die gegevens personen of organisaties zijn te koppelen die mogelijk voor onderzoek van de AIVD of MIVD in aanmerking komen. Als bij het searchen de opbrengst van de telecommunicatie nieuwe targets of organisaties worden onderkend die in aanmerking komen voor onderzoek door de AIVD of de MIVD, dan moet voor het gebruik van de inhoud van de communicatie toestemming als bedoeld in artikel 50 lid 2 Wiv 2017 worden verkregen.¹⁶

Voor de inzet van de bijzondere bevoegdheid in artikel 49 Wiv 2017 is toestemming van de voor de desbetreffende dienst verantwoordelijke minister vereist. Een gegeven toestemming geldt voor de duur van drie maanden. Slechts speciaal aangewezen ambtenaren mogen op grond van art. 49 lid 5 Wiv 2017 kennisnemen van de geselecteerde inhoud uit OOG-interceptie. In artikel 49 lid 3 Wiv 2017 staat dat van de resultaten van het onderzoek in artikel 49 Wiv 2017 aantekening mag worden gehouden, indien dat noodzakelijk is voor de goede uitvoering van de dienst.

¹² *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 104.*

¹³ *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 106. Zie ook CTIVD rapport nr. 28 (2011), p. 43.*

¹⁴ *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 107.*

¹⁵ *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 106. Zie ook CTIVD rapport nr. 28 (2011), p. 44.*

¹⁶ *Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 107.*

2.3 Analyse van gegevens

In de derde fase van het OOG-interceptiestelsel vindt de selectie van communicatie plaats met het oogmerk om van de *inhoud* van de geselecteerde gegevens kennis te kunnen nemen.¹⁷ De bevoegdheid om selectie toe te passen op de geïntercepteerde gegevens is vastgelegd in art. 50 lid 1 sub a Wiv 2017.

Tevens vindt in deze derde fase van het OOG-interceptieproces metadata-analyse plaats, welke gericht kan zijn op het identificeren van personen of organisaties. Hierbij wordt dus alleen gekeken naar de *metadata* van de gegevens, niet de naar de inhoud. Deze onderzoeksactiviteit is genormeerd door de bijzondere bevoegdheid van geautomatiseerde data-analyse in art. 50 lid 1 sub b Wiv 2017, voor zover de metadata afkomstig zijn uit OOG-interceptie en gericht is op het identificeren van personen of organisaties.

¹⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 107.

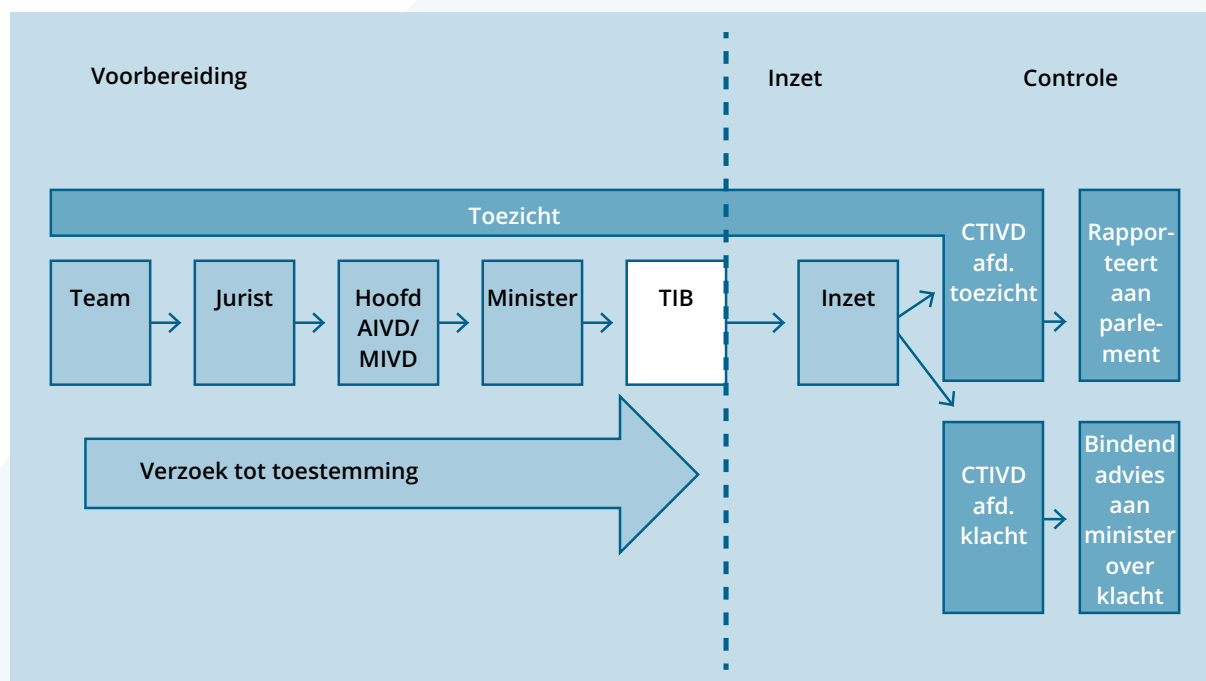
3. Vereisten bij uitoefening selectiebevoegdheid

Vanwege de ernstige privacy-inmenging die zowel bij de verwerving als bij de verdere verwerking van de geïntercepteerde gegevens plaatsvindt, is de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid tot selectie voorzien van waarborgen.¹⁸

Hieronder volgt kort een omschrijving van de algemene vereisten bij inzet van de bijzondere bevoegdheid tot selectie die als waarborgen gelden.

3.1 Toestemmingsvereisten

Vanuit het team van de AIVD of de MIVD wordt een aanvraag opgesteld tot de inzet van de bijzondere bevoegdheid tot selectie in art. 50 lid 1 sub a Wiv 2017. In de wet staat dat de minister van BZK of de minister van Defensie toestemming moet geven voor de inzet van de bijzondere bevoegdheid. Daarna voert de TIB haar rechtmatigheidstoets uit. In de praktijk zijn hier ook enige tussenschakels bij betrokken.¹⁹ Voordat het hoofd van de dienst de aanvraag naar de minister doorstuurt kijken onder andere ook nog juristen van de AIVD of de MIVD naar de aanvraag. Het hoofd van de dienst ondertekent ook de aanvraag voor de inzet van de bijzondere bevoegdheid tot selectie. In de memorie van toelichting²⁰ wordt deze toestemmingsprocedure als onderdeel van het toezichtstelsel in de Wiv 2017 als volgt schematisch weergegeven:



Figuur 1: toezichtstelsel Wiv 2017.

¹⁸ Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 96.

¹⁹ De minister kan ook nog vanuit het betrokken ministerie een beroep doen op de afdeling juridische zaken bij de beoordeling van de aanvraag.

²⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 52.

Het huidige toezichtstelsel met waarborgen voor de inzet van bijzondere bevoegdheden lijkt aan de eisen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te voldoen. Het EHRM stelt strenge eisen aan de nationale wetgeving bij de inzet van ‘bulkinterceptie’ door inlichtingen- en veiligheidsdiensten.²¹ In de Big Brother Watch-zaak constateerde het EHRM dat het toezicht op het gebruik van selectoren en zoektermen ten behoeve van het geautomatiseerd doorzoeken van de geïntercepteerde gegevens uit bulkinterceptie en de analyse van het bewaarde materiaal in het Britse systeem onvoldoende was. Het EHRM acht het belangrijk dat met betrekking tot de selectie van inhoudelijke gegevens uit bulkinterceptie een strikte afbakening en controle plaatsvindt bij de selectie en analyse van de onderschepte communicatie.²² Kortgezegd werd het Britse systeem in de Big Brother Watch-zaak inadequaat bevonden, omdat effectief toezicht door een rechterlijk orgaan of onafhankelijk toezichtsorgaan ontbrak.²³

In Nederland is met artikel 50 Wiv 2017 een onafhankelijke voorafgaande toets door de TIB geïntroduceerd voor (onder andere) de toepassing van de bijzondere bevoegdheid tot selectie. De toets door de TIB geldt ook voor de toepassing van de bijzondere bevoegdheid tot de metadata-analyse van geïntercepteerde gegevens uit OOG-interceptie, voor zover deze gericht is op de identificatie van personen en organisaties. Tijdens en na de inzet van de bijzondere bevoegdheid vindt bovendien onafhankelijke controle plaats door de CTIVD. Het Nederlandse systeem heeft daarom naar verwachting wel voldoende waarborgen bij de toepassing van de bijzondere bevoegdheid tot selectie.

Ter uitvoering van de bijzondere bevoegdheid tot selectie worden selectiecriteria gebruikt. Selectiecriteria zijn bijvoorbeeld telefoonnummers of e-mailadressen die bij een target horen. Het kunnen ook trefwoorden zijn die aan een nader omschreven onderwerp zijn gerelateerd en horen bij een bepaalde onderzoeksopdracht.²⁴ Het vaststellen van deze selectiecriteria is op grond van artikel 50 lid 3 Wiv 2017 onderhevig aan toestemming van de betrokken minister of namens deze van het hoofd van de dienst. Deze toestemmingsbevoegdheid kan, eveneens op grond van artikel 50 lid 3 Wiv 2017, ook worden ondergemandateerd aan het hoofd van de dienst ondergeschikte ambtenaren. Het vaststellen van selectiecriteria vereist volgens de wet geen voorafgaande toets door de TIB.²⁵

3.2 Omgang met verschoningsgerechtigden

De Wiv 2017 bevat specifieke regels over de inzet van bijzondere bevoegdheden met betrekking tot journalisten en advocaten.

Artikel 30 lid 2 Wiv 2017 bepaalt dat als een bijzondere bevoegdheid, zoals de selectiebevoegdheid, wordt ingezet jegens een journalist en dit kan leiden tot ‘de verwerving van gegevens inzake de bron van de journalist’, de rechtbank Den Haag daar toestemming voor dient te verlenen na een verzoek van de minister. Artikel 30 lid 3 Wiv 2017 bepaalt verder dat als de inzet van een bijzondere bevoegdheid ingezet wordt op een advocaat en deze uitoefening “kan leiden tot de verwerving van gegevens die betrekking hebben op de vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en diens cliënt”, de

²¹ Zie in het bijzonder: EHRM 19 juni 2018, nr. 35242/08, ECLI:CE:ECHR:2018:0619JUD003525208 (Centrum för Rättvisa t. Zweden) en EHRM 13 september 2018, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013 (Big Brother Watch e.a. t. Het Verenigd Koninkrijk). De Big Brother Watch-zaak is in behandeling in de Grote Kamer van het EHRM. De mogelijkheid bestaat dat het oordeel van het EHRM wijzigt.

²² Par. 329 (*Big Brother Watch t. het Verenigd Koninkrijk*).

²³ Par. 344-345 (*Big Brother Watch t. het Verenigd Koninkrijk*).

²⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 10.

²⁵ Overigens wordt dit in de *Big Brother Watch*-zaak ook niet door het EHRM vereist (par. 340).

rechtbank Den Haag eveneens toestemming moet verlenen.²⁶ Deze voorafgaande onafhankelijke toets is eerder ook door het EHRM in jurisprudentie als eis geformuleerd.²⁷

Als tijdens het uitluisteren van een telefoongesprek blijkt dat het gaat om geheimhoudercommunicatie zoals wordt bedoeld in artikel 30 Wiv 2017, dan moet alsnog een aanvraag voor toestemming tot het uitluisteren van het gesprek worden gedaan.²⁸

3.3 Omgang met gevoelige gegevens

In artikel 19 lid 3 Wiv 2017 wordt bepaald dat de verwerking van persoonsgegevens wegens iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, lidmaatschap van een vakvereniging, gezondheid en seksuele leven niet is toegestaan. Het vierde lid van dit artikel vormt daarop weer een uitzondering door te stellen dat de verwerking van dit soort gegevens alleen is toegestaan in aanvulling op de verwerking van andere gegevens en voor zover dat voor het doel van de gegevensverwerking onvermijdelijk is.

Het gebruik van 'onvermijdelijk' geeft hierbij aan dat er een zwaardere toets geldt dan bij de algemene noodzakelijkheidstoets uit artikel 18 lid 1 Wiv 2017.²⁹ In de wetsgeschiedenis wordt het voorbeeld aangehaald dat 'de godsdienstige of levensovertuiging van personen geregistreerd wordt in de gevallen dat antidemocratische, staatsgevaarlijke of antimilitaristische activiteiten worden ontplooid waarbij deze personen hun godsdienstige of levensovertuiging als motief aanvoeren voor hun activiteiten'.³⁰

3.4 Functie- en taakscheiding

De Wiv 2017 verplicht met betrekking tot OOG-interceptie functie en/of taakscheiding in art. 48 lid 4 en art. 49 lid 5 Wiv 2017. In artikel 2 van het Mandaatbesluit AIVD functiescheiding en Mandaatregeling Defensie is te lezen dat de ministers de hoofden van de diensten mandaat en machtiging verlenen om ondergeschikte ambtenaren aan te wijzen die – bij uitsluiting van anderen – kennis mogen van verworven gegevens (inclusief inhoudelijke gegevens) bij de uitvoering van artikel 48 en 49 Wiv 2017.

Met betrekking tot de inzet van de selectiebevoegdheid zijn de bepalingen alleen van belang voor zover het 'search gericht op selectie' betreft. De Wiv 2017 stelt geen functiescheiding verplicht bij de uitvoering van de selectiebevoegdheid in artikel 50 lid 1 sub a Wiv 2017. De selectiebevoegdheid is echter wel een bijzondere bevoegdheid die ziet op de kennisname van *inhoudelijke* gegevens uit OOG-interceptie. Deze gegevens verdienen bijzondere bescherming, met name in verband met het recht op vertrouwelijke correspondentie dat kan worden afgeleid uit artikel 8 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens.³¹ Voor de verwerking en analyse van metadata die gericht is op personen en organisaties is een andere bijzondere bevoegdheid van toepassing. Ook de analyse van metadata kan een ernstige inbreuk op het recht op een persoonlijke levenssfeer met zich meebrengen.³²

²⁶ In het onderzoek naar de inzet van filters bij OOG-interceptie wordt in het toetsingskader toegelicht dat het niet is toegestaan in het positief filter technische kenmerken of andere selectiecriteria te zetten van advocaten en journalisten die onontkoombaar leiden tot het verwerven van hun communicatie, zonder toestemming van de Rechtbank Den Haag. De wettelijke bepaling in artikel 30 Wiv 2017 gaat niet zo ver dat bijvangst moeten worden uitgesloten door middel van een negatief filter.

²⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 48. Zie in het bijzonder EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06 (*Telegraaf c.s. t. Staat der Nederlanden*) en meer recentelijk in de *Big Brother Watch*-zaak in par. 499. Zie ook in nationaal verband Rb. Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436 en Hof Den Haag 27 oktober 2015, ECLI:NL:2015:2881.

²⁸ Zie ook uitgebreid CTIVD rapport nr. 52 (2017), bijlage II.

²⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 3, p. 34.

³⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34588, nr. 18, p. 26.

³¹ Zie o.a. EHRM 3 april 2007, nr. 62617/00, par. 41-42 (*Copland t. Het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 12 januari 2016, nr. 37138/14, par. 53 (*Szabó en Vissy t. Hongarije*).

³² Zie meest recentelijk EHRM 13 september 2018, nrs. 58170/33, 62322/14 en 24960/15, par. 355 (*Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*).

Het voorgaande impliceert dat onderscheid wordt gemaakt tussen inhoudelijke gegevens en metadata. In de wetsgeschiedenis van de Wiv 2017 worden de termen 'inhoudelijke gegevens' en 'metadata' echter niet nader gedefinieerd. Nadere uitwerking in beleid van de AIVD en MIVD is daarom noodzakelijk, waarbij het daadwerkelijke onderscheid in concrete gevallen door technische systemen wordt gemaakt.

4. 'Zo gericht mogelijk'

Op grond van artikel 5 van de Beleidsregels Wiv 2017 dient de toepassing van bijzondere bevoegdheden zo gericht mogelijk plaats te vinden.³³ Deze eis is geïntroduceerd als extra waarborg bij de toepassing van bijzondere bevoegdheden naar aanleiding van het raadgevend referendum.³⁴

Naast de noodzakelijkheidstoets, proportionaliteitstoets en subsidiariteitstoets vormt het gerichtheidsvereiste aldus een vierde toets bij de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden uit de Wiv 2017.³⁵

Het gerichtheidsvereiste is voor de bescherming van grondrechten en de fundamentele rechten essentieel, in het bijzonder bij de toepassing van OOG-interceptie. De toepassing van deze bijzondere bevoegdheid vormt immers een ernstige inmenging in de grondrechten van burgers, ook van mensen die niet direct onder de aandacht van de diensten staan, vanwege de verzameling en analyse van communicatiegedrag.

Invulling van het gerichtheidsvereiste bij selectie

IndememorievantoelichtingvandeWiv2017ontbreekt een nadere invulling van het gerichtheidsvereiste bij de inzet van de selectiebevoegdheid. In de memorie van toelichting van het voorstel voor wijziging van de Wiv 2017 wordt inmiddels wel een nadere invulling van het gerichtheidsvereiste geboden.³⁶ Ook in de eerder aangehaalde beleidsregels en de toelichting daarop wordt geen nadere uitleg verschaft. Wel is duidelijk dat het gerichtheidsvereiste een invulling moet krijgen, omdat de selectiebevoegdheid een bijzondere bevoegdheid betreft. Bij de toestemmingsaanvraag voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid moet worden aangegeven op welke wijze aan de eis van gerichte inzet van de desbetreffende bijzondere bevoegdheid invulling wordt gegeven.³⁷

De inzet van de selectiebevoegdheid richt zich op een persoon, organisatie of onderwerp. Het 'object van de selectie' moet aldus zo specifiek mogelijk worden omschreven. De inzet op een persoon is gericht dan de inzet op een organisatie. De inzet jegens een organisatie kan gericht zijn dan een onderwerp, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In eerdere rapporten heeft de CTIVD uitgelegd dat uit een verzoek tot inzet van een bijzondere bevoegdheid jegens een organisatie moet duidelijk blijken dat sprake is van een organisatie. De CTIVD maakt daarbij onderscheid tussen formele en fluïde organisaties.³⁸

Een formele organisatie kent een (min of meer) vaste structuur. Hierbij kan gedacht worden aan een instelling of bedrijf. In een verzoek tot inzet van een bevoegdheid jegens een formele organisatie dient nauwkeurig te worden aangegeven op welke categorie van personen uit de organisatie de bevoegdheid zich richt.³⁹ Daarbij kan worden gedacht op welke afdeling of functionarissen de inzet zich richt.

Fluïde organisaties kenmerken zich door een meer informele structuur. Hierbij kan worden gedacht worden aan de aanhangers van dezelfde ideologische stroming die zich hebben verenigd.⁴⁰ Zeker bij

³³ Beleidsregels Wiv 2017, *Kamerstukken I* 2017/2018, 34588, nr. I.

³⁴ *Kamerstukken II* 2017/18, 34588, nr. 70 (brief van 6 april 2018) en toelichting Beleidsregels Wiv 2017.

³⁵ Zie de toelichting bij artikel 5 van de Beleidsregels Wiv 2017, *Kamerstukken I* 2017/2018, 34588, nr. I.

³⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35242, nr. 3, p. 10-11: "De diensten moeten zo goed als redelijkerwijs mogelijk is (en voor zover van toepassing) in het verzoek om toestemming de eis van gerichtheid invullen door de te vergaren gegevens af te bakenen: geografisch, naar tijdstip, naar soort data/type verkeer, naar object/target, naar gedraging of anderszins. Daarbij moet onder meer rekening worden gehouden met de inlichtingencontext waarin juist naar de tot dan toe ongekende dreiging moet worden gezocht, met de fase waarin het onderzoek zich bevindt, met de noodzaak tot falsificatie, met het tijdselement en de reële technische mogelijkheden."

³⁷ Art. 5 Beleidsregels Wiv 2017, *Kamerstukken I* 2017/2018, 34588, nr. I.

³⁸ Zie bijvoorbeeld CTIVD rapport nr. 40 (2014).

³⁹ Zie CTIVD rapport nr. 46 (2016), p. 15.

⁴⁰ Zie CTIVD rapport nr. 40 (2014), rapport nr. 51 (2016), rapport nr. 53 (2017).

meer fluïde organisaties moet in de motivering expliciet worden beargumenteerd dat er een zodanige samenhang tussen de leden van organisatie bestaat dat sprake is van een organisatie. Daarbij kunnen de volgende criteria worden gehanteerd: 'samenwerkingsverband', 'duurzaam karakter', 'gemeenschappelijke doelstelling' en 'kenbaarheid' van dat gemeenschappelijke doel voor de leden van de organisatie'.⁴¹ Het is verder van belang duidelijk te motiveren onder welke omstandigheden personen als lid van de organisatie worden gezien en waarom bepaalde geledingen van een organisatie relevant zijn voor het onderzoek.⁴²

Ook in de omgang met selectiecriteria, zoals telefoonnummers en IP-adressen, vindt het gerichtheidsvereiste vindt een belangrijke uitwerking. Selectiecriteria zien bijvoorbeeld op technische kenmerken van personen, organisaties en aan een nader omschreven onderwerp gerelateerde trefwoorden. Het is van belang dat de herkomst of de bron van het selectie criterium herleidbaar is en een koppeling met de persoon, organisatie of onderwerp wordt gemaakt waar de selectie zich op richt. Wanneer bijvoorbeeld van selectiecriteria gebruik wordt gemaakt die mogelijk veel bijvangst genereren, zoals trefwoorden of geografische gegevens, dan dient extra te worden gemotiveerd op welke wijze onbedoelde bijvangst zoveel mogelijk wordt beperkt. Ook een procedure van toestemming voor het inzetten, het verwijderen en het bijzetten van selectiecriteria draagt bij aan de invulling van het gerichtheidsvereiste.

Bij de invulling van het gerichtheidsvereiste bij selectie, moet aldus met de volgende drie elementen rekening worden gehouden:

1. De betrokken minister geeft toestemming voor de selectie van gegevens van een persoon, organisatie of over een onderwerp. De diensten dienen te motiveren waarom de selectie niet gericht kan en moeten het 'object' van de selectie zo specifiek mogelijk omschrijven. De omschrijving dient (onder meer) te bestaan uit de identiteit van de persoon of organisatie dan wel uit een toelichting op het onderwerp, dit in combinatie met de reden waarom het object van belang is voor het onderzoek. De TIB voert vervolgens haar rechtmatigheidstoets uit;
2. De selectiecriteria die worden gebruikt om selectie te plegen moeten gekoppeld kunnen worden aan de persoon, de organisatie of het onderwerp. Dit moet blijken uit de motivering. Een gerichte koppeling is bijvoorbeeld dat een telefoonnummer of e-mailadres toebehoort aan een bepaalde persoon;
3. De diensten moeten motiveren waarom de keuze is gemaakt voor een bepaald soort selectie criterium. Daarmee hangt samen dat de herkomst/bron van het selectie criterium bekend wordt gemaakt alsook ook de reden waarom gebruik is gemaakt van technische kenmerken of juist van ruime selectiecriteria.

⁴¹ Zie CTIVD rapport nr. 24 (2010), p. 19-20, rapport nr. 40 (2014), p. 10 en rapport nr. 51 (2016), p. 7.

⁴² CTIVD rapport nr. 34 (2013), p. 9-10 en rapport nr. 51 (2016), p. 8.

5. Datareductie bij OOG-interceptie

In de parlementaire behandeling van de Wiv 2017 is duidelijk naar voren gekomen dat sprake moet zijn van een voortdurend proces van datareductie bij OOG-interceptie.⁴³ Datareductie bij OOG-interceptie en selectie is een uitvloeisel van artikel 48 lid 5 Wiv 2017 waarin staat dat gegevens die met behulp van OOG-interceptie zijn verworven op relevantie moeten worden beoordeeld. Wanneer bepaalde gegevens na selectie niet-relevant blijken, moeten deze gegevens worden vernietigd. De gegevens worden dan onomkeerbaar uit de systemen geschrapt.

Gegevens zijn relevant als de gegevens betekenis hebben voor het onderzoek waarvoor ze zijn verworven, dan wel voor enig ander lopend onderzoek dat valt onder de taken als bedoeld in artikel 8 lid 2 sub a en d, dan wel artikel 10 lid 2 sub a, c en e Wiv 2017.⁴⁴ Bij het beoordelen van de relevantie van gegevens moet inhoudelijk worden gekeken "of de gegevens in positieve zin bijdragen aan het onderzoek, alsook of die gegevens bepaalde vragen negatief kunnen beantwoorden, hypothesen kunnen ontkrachten of anderszins van doorslaggevend belang zijn".⁴⁵ De wet biedt in die zin dus relatief veel interpretatieruimte voor het begrip 'relevantie'.

Wanneer met behulp van OOG-interceptie verworven gegevens worden geselecteerd door middel van de bevoegdheid tot selectie, betekent dit niet automatisch dat deze gegevens ook relevant zijn. De memorie van toelichting beschrijft dat de geselecteerde gegevens eerst nog op relevantie moeten worden getoetst voordat zij in onderzoek kunnen worden betrokken.⁴⁶ Na selectie van gegevens moet er dus nog een inhoudelijke toets op relevantie plaatsvinden.

Bewaartermijn van gegevens bij OOG-interceptie

De door middel van OOG-interceptie verworven gegevens moeten binnen een bepaalde termijn op hun relevantie zijn beoordeeld. Dit is de zogeheten 'bewaartermijn'. Voor gegevens uit OOG-interceptie gelden drie soorten bewaartermijnen:⁴⁷

1. De bewaartermijn voor gegevens uit OOG-interceptie, niet-zijnde kabelinterceptie is, drie jaar (artikel 48 lid 5 Wiv 2017). Deze termijn kan niet worden verlengd.
2. De bewaartermijn voor gegevens uit kabelinterceptie⁴⁸ is een jaar (artikel 4 Beleidsregels Wiv 2017). Deze bewaartermijn mag maximaal twee keer met een jaar worden verlengd. Voor een verlenging van de bewaartermijn moet de minister toestemming geven.
3. De bewaartermijn voor versleutelde gegevens is drie jaar (artikel 48 lid 6 Wiv 2017). Zolang de gegevens nog niet zijn ontsleuteld, mag deze bewaartermijn telkens met drie jaar worden verlengd. De toestemming hiervoor wordt verleend door de minister.

De bewaartermijn van gegevens uit OOG-interceptie start op het moment dat de gegevens zijn verworven en blijft doorlopen – ongeacht of de gegevens worden geselecteerd – zoals hierboven beschreven. Ongeacht de bewaartermijn geldt dat de gegevens die nog niet op relevantie zijn beoordeeld meteen moeten worden vernietigd zodra de bewaartermijn is verstreken.

⁴³ Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 111.

⁴⁴ Zie artikel 48 lid 5 Wiv 2017.

⁴⁵ Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 18, p. 32.

⁴⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3, p. 107: "Selectie van gegevens vindt plaats met het oogmerk om van de inhoud van de geselecteerde gegevens kennis te kunnen nemen en deze vervolgens op relevantie voor het onderzoek ten behoeve waarvoor de selectie heeft plaatsgevonden te toetsen. Relevant geachte informatie uit de onderzochte gegevens worden vervolgens in het desbetreffende onderzoek betrokken en komen – immers er is vastgesteld dat het hier voor de nationale veiligheid relevante gegevens betreft – ook beschikbaar voor andere onderzoeken van de dienst."

⁴⁷ De bewaartermijn voor gegevens die zijn verworven met behulp van andere bijzondere bevoegdheden is anders dan de bewaartermijn van gegevens in het OOG-interceptiestelsel. De bewaartermijn van gegevens uit andere bijzondere bevoegdheden is doorgaans één jaar. Deze bewaartermijn kan met toestemming van het hoofd van de desbetreffende dienst eenmalig met maximaal een half jaar worden verlengd.

⁴⁸ N.B. Gedurende de onderzoeksperiode heeft er geen kabelinterceptie plaatsgevonden.

6. Zorgplicht

Artikel 24 Wiv 2017 schrijft voor dat het hoofd van de AIVD of de MIVD een zorgplicht heeft om een rechtmatige gegevensverwerking te waarborgen. De bevordering van de kwaliteit van de gegevensverwerking is een nieuw element ten opzichte van de oude Wiv 2002. De zorgplicht vraagt nadrukkelijk meer van de AIVD en de MIVD dan het enkel invoeren van de verplichtingen die de wet hen oplegt bij onder meer de verzameling, analyse en het gebruik van gegevens.⁴⁹ De zorgplicht houdt in dat de beide diensten voortdurend controle hebben op de wijze waarop zij gegevens verwerken en dat zij er zorg voor dragen dat de gegevensverwerking in overeenstemming is en blijft met de daarvoor geldende wettelijke voorschriften (*compliance*). Voortdurend in controle zijn vereist ook dat de diensten een aantal instrumenten gebruiken dat hun (centraal) zicht geeft op de werking van processen en systemen van gegevensverwerking en hen daardoor in staat stelt risico's te signaleren en tijdig maatregelen te nemen.

In de context van de selectiebevoegdheid krijgt de zorgplicht een concrete uitwerking in de plicht dat de diensten valideren en controleren dat selectiecriteria rechtmatig worden ingezet bij de uitvoering van de selectiebevoegdheid. De selectiecriteria moeten bijvoorbeeld betrekking hebben op technische kenmerken die in gebruik zijn door een persoon of organisatie en het moet mogelijk zijn trefwoorden te koppelen aan onderwerpen. De CTIVD moet vervolgens in staat worden gesteld de systemen die worden gebruikt voor de uitvoering van de zorgplicht te controleren.

⁴⁹ Zie ook CTIVD rapport nr. 59 (2018), p. 7.

7. Het CTIVD-toetsingskader met betrekking tot selectie

Op basis van het toetsingskader komt de CTIVD tot de volgende vereisten bij de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid tot selectie waar het in dit rapport aan zal toetsen:

1. **Toestemming** van de minister van BZK of de minister van Defensie en de TIB voor toepassing van de selectiebevoegdheid ter uitvoering van onderzoeksopdrachten.
2. Toepassing van de **algemene vereisten** van een toets van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit in de aanvragen tot inzet van de bijzondere bevoegdheid van selectie.
3. De selectiebevoegdheid moet **zo gericht mogelijk** worden uitgevoerd.
4. De toepassing van **datareductie** de inzet van de selectiebevoegdheid.
5. De naleving van de **zorgplicht** bij inzet van de selectiebevoegdheid.



Oranjestraat 15, 2514 JB Den Haag
Postbus 85556, 2508 CG Den Haag

T 070 315 58 20 | **F** 070 381 71 68
E info@ctivd.nl | www.ctivd.nl