

**COMMISSIE VAN TOEZICHT
BETREFFENDE
DE INLICHTINGEN- EN VEILIGHEIDSDIENSTEN**

TOEZICHTSRAPPORT

inzake

de inzet van de af luisterbevoegdheid
en van de bevoegdheid tot de selectie van sigint
door de AIVD

september 2012 – augustus 2013

**DIT DOCUMENT IS BEWERKT IN OPDRACHT VAN DE MINISTER
VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES**

CTIVD nr. 40

6 augustus 2014

TOEZICHTSRAPPORT

inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid
en de bevoegdheid tot de selectie van sigint door de AIVD
september 2012 – augustus 2013

Inhoudsopgave

Begrippenlijst.....	i
Samenvatting	iv
1 Inleiding	1
2 Onderzoek van de Commissie	1
3 Algemeen beeld.....	4
3.1 Artikel 25 Wiv 2002	4
3.2 Artikel 27 Wiv 2002	4
4 Motivering van de inzet van artikel 25 en artikel 27 Wiv 2002	5
5 Toepassing van de af luisterbevoegdheid ter voorbereiding van een toekomstige benadering.....	5
6 Toepassing van de af luisterbevoegdheid binnen een bijzondere plaats.....	6
7 Aanvragen van een tap jegens een non-target.....	7
8 Langdurige verlenging zonder opbrengst	7
9 Verwachte opbrengst onvoldoende gemotiveerd	8
10 Uitwerken van gesprekken met verschoningsgerechtigden	8

11	Toepassing van een organisatielast	9
12	Toepassing van de bevoegdheid tot selectie van sigint.....	11
12.1	Inleiding	11
12.2	Selectie van sigint in eerdere toezichtsrapporten.....	12
12.3	Search ten behoeve van selectie in eerdere toezichtsrapporten	13
12.4	Werkwijze AIVD met betrekking tot search ten behoeve van selectie.....	14
12.5	Beoordeling van de werkwijze	15
12.6	Toepassing van de selectiebevoegdheid	17
13	Conclusies en aanbevelingen	20

COMMISSIE VAN TOEZICHT
BETREFFENDE
DE INLICHTINGEN- EN VEILIGHEIDSDIENSTEN

CTIVD nr. 40

BEGRIPPENLIJST

Bij het toezichtsrapport inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid
en de bevoegdheid tot de selectie van sigint door de AIVD
september 2012 – augustus 2013

<i>Afluisterbevoegdheid</i>	De bevoegdheid communicatie af te luisteren, bijvoorbeeld door middel van een telefoontap of een microfoon.
<i>Agent</i>	Een persoon die gericht door de diensten wordt ingezet om gegevens te verzamelen. Een agent werkt onder aansturing en onder supervisie van de diensten. (artikel 21 Wiv 2002)
<i>Bewerker</i>	De bewerker is de medewerker die onder meer nieuwe gegevens beoordeelt en op basis daarvan de aanzet doet voor inlichtingenproducten, de koers van het team en de eventuele inzet van bevoegdheden.
<i>Bijzondere bevoegdheid</i>	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).
<i>Directeur</i>	Functionaris binnen de dienst die hiërarchisch als volgt is ingebed in de organisatie: hoofd, <i>directeur</i> , unithoofd, teamhoofd.
<i>Hoofd AIVD</i>	Functionaris die de leiding heeft over de dienst. De hiërarchische inbedding in de organisatie is als volgt: <i>hoofd</i> , <i>directeur</i> , unithoofd, teamhoofd.
<i>Inlichtingentaak</i>	Het doen van onderzoek naar andere landen (zie artikel 6, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wiv 2002).
<i>Interceptie</i>	Het onderscheppen van gegevens.
<i>Last</i>	Toestemming voor het uitoefenen van een bijzondere bevoegdheid (voor het inzetten van een telefoontap heeft de dienst bijvoorbeeld een last van de minister nodig).
<i>Niet-kabelgebonden communicatie</i>	Communicatie die via een draadloze verbinding loopt, namelijk via de ether (bijvoorbeeld satellietverbindingen).
<i>Non-target</i>	Een persoon uit de omgeving van een <i>target</i> jegens wie een bijzondere bevoegdheid wordt ingezet ten einde zicht te krijgen op een <i>target</i> .

<i>Ondersteunend team</i>	Een team dat geen (inhoudelijk) onderzoek verricht naar één van de aandachtsgebieden van de AIVD, maar veelal op verzoek van operationele teams bijzondere bevoegdheden inzet, of daaromtrent adviseert. Zo kan een operationeel team een ondersteunend team verzoeken een hack in te zetten op een bepaald target, omdat bij het ondersteunende team de expertise daartoe aanwezig is. Het ondersteunde team gebruikt de gegevens die de hack oplevert zelf niet.
<i>Ongerichte interceptie</i>	Interceptie waarbij niet van tevoren kan worden aangegeven op welke persoon, organisatie of technisch kenmerk de interceptie gericht is.
<i>Operationeel team</i>	Een team dat onderzoek verricht naar één van de aandachtsgebieden van de AIVD. Dit kan bijvoorbeeld een team zijn dat onderzoek doet naar terrorisme.
<i>Organisatielast</i>	Bij de toepassing van een organisatielast worden bijzondere bevoegdheden ingezet jegens een organisatie. De toepassing is dan niet gericht op de individuele persoon maar op de organisatie als geheel.
<i>Selectiebevoegdheid</i>	De bevoegdheid ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie (bijvoorbeeld satellietverbindingen) te selecteren.
<i>Signals intelligence (sigint)</i>	Inlichtingen die verzameld worden uit opgevangen elektronische signalen.
<i>Targets</i>	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 nationale veiligheid (artikel 13 lid 1 sub a Wiv 2002).
<i>Teamhoofd</i>	Functionaris binnen de dienst die hiërarchisch als volgt is ingebed in de organisatie: hoofd, directeur, unithoofd, <i>teamhoofd</i> .
<i>Telecommunicatie</i>	Communicatie over afstand door middel van elektronische middelen (bijvoorbeeld telefoon, radio, fax en internet).
<i>Telecommunicatiekenmerk</i>	Kenmerk dat herleidbaar is tot verschillende elementen van telecommunicatie, bijvoorbeeld een telefoonnummer of een e-mailadres.
<i>Unithoofd</i>	Functionaris binnen de dienst die hiërarchisch als volgt is ingebed in de organisatie: hoofd, directeur, <i>unithoofd</i> , <i>teamhoofd</i> .
<i>Veiligheidsdienst</i>	Een dienst die onderzoek doet naar personen en organisaties die mogelijk een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de nationale veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat, dan wel voor de veiligheid en de paraatheid van de krijgsmacht.
<i>Veiligheidstaak</i>	Taak gericht op het onderkennen van dreigingen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde dan wel voor

de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat (artikel 6, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wiv 2002).

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.

Verwervende of ondersteunende afdeling

De afdeling binnen de AIVD die bij de inzet van bijzondere bevoegdheden betrokken is bij het – al dan niet met technische middelen – verwerven van de gegevens. Dit is een andere afdeling dan de afdeling die het operationele onderzoek uitvoert ten behoeve waarvan een bijzondere bevoegdheid wordt ingezet.

Werkwijze

Het schriftelijke beleid van de diensten en/of de werkwijze die in de praktijk wordt gehanteerd.

COMMISSIE VAN TOEZICHT
BETREFFENDE
DE INLICHTINGEN- EN VEILIGHEIDSDIENSTEN

CTIVD nr. 40

SAMENVATTING

Bij het toezichtsrapport inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid
en de bevoegdheid tot de selectie van sigint door de AIVD
september 2012 – augustus 2013

De Commissie heeft onderzoek verricht naar de rechtmatigheid van de inzet van de af luisterbevoegdheid en de bevoegdheid tot de selectie van sigint door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD). Deze bevoegdheden zijn neergelegd in de artikelen 25 en 27 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 en mogen enkel worden ingezet indien dit noodzakelijk is in het kader van de veiligheidstaak of de inlichtingentaak buitenland van de AIVD. Ook is wettelijk vereist dat de inzet van deze bevoegdheden voldoet aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit en dat voldaan is aan in de Wiv 2002 neergelegde zorgvuldigheidsvereisten, zoals het vereiste van een deugdelijke motivering. De Commissie betreft bij haar beoordeling mede de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de daarin neergelegde uitgangspunten. Het onderzoek van de Commissie betreft de periode van september 2012 tot en met augustus 2013.

Ten aanzien van haar beoordelingskader merkt de Commissie het volgende op. De Commissie komt tot het oordeel onzorgvuldig indien de motivering voor de toepassing van één van de in dit toezichtsrapport beschreven bevoegdheden gebrekkig is maar de Commissie op basis van 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. In de gevallen dat sprake is van strijdigheid met de wet en indien de motivering dermate gebrekkig is, mede gelet op de aard van de belangen waarop een inbreuk wordt gemaakt, komt de Commissie tot het oordeel onrechtmatig.

Afluisterbevoegdheid

Net als in haar vorige toezichtsrapport over dit onderwerp constateert de Commissie dat de AIVD doordacht te werk gaat bij de inzet van de af luisterbevoegdheid. De AIVD is zich in de praktijk bewust van het inbreukmakende karakter van de inzet van de af luisterbevoegdheid. De Commissie constateert voorts dat in de meerderheid van de operaties de af luisterbevoegdheid op een rechtmatige en zorgvuldige wijze wordt uitgeoefend en dat haar kritische kanttekeningen betrekking hebben op slechts een beperkt deel van het totale aantal operaties. De Commissie heeft in haar onderzoek bijgehouden jegens hoeveel personen en organisaties de af luisterbevoegdheid wordt ingezet. Over het gehele onderzoeksjaar betreft dit gemiddeld [REDACTED] personen en organisaties per kwartaal. Hiermee is sprake van een toename van 11% ten opzichte van het vorige onderzoeksjaar.

De Commissie heeft in de door haar onderzochte operaties in enkele gevallen onrechtmatigheden geconstateerd. Daarnaast constateert de Commissie op enkele punten dat sprake is van onzorgvuldigheden. De geconstateerde onrechtmatigheden en

onzorgvuldigheden bij de inzet van de af luisterbevoegdheid hebben betrekking op de volgende onderwerpen:

- De af luisterbevoegdheid is in één operatie ingezet ter voorbereiding van eventuele toekomstige benaderingen (onrechtmatig);
- De toepassing van de af luisterbevoegdheid jegens een non-target is in vier operaties ten onrechte niet op naam gezet van het non-target (onrechtmatig);
- De toepassing van een bepaalde vorm van de af luisterbevoegdheid is in twee operaties te lang voortgezet (onrechtmatig);
- Bij het toepassen van de af luisterbevoegdheid zijn in het kader van twee operaties ten onrechte gesprekken uitgewerkt met verschoningsgerechtigden (onrechtmatig);
- De toepassing van de af luisterbevoegdheid binnen een bijzondere plaats is in één operatie gebrekkig gemotiveerd omdat in de motivering onvoldoende aandacht is besteed aan de bijzondere context en omdat de operationele randvoorwaarden waaronder de bevoegdheid is toegepast onvoldoende zijn uitgewerkt (onzorgvuldig);
- De verlenging van de af luisterbevoegdheid is in twee operaties onvoldoende gemotiveerd (onzorgvuldig).

De Commissie heeft extra aandacht besteed aan de volgende twee onderwerpen.

Organisatielast

Het is de Commissie gebleken dat de AIVD in toenemende mate gebruik maakt van organisatielasten. Bij de toepassing van een organisatielast worden bijzondere bevoegdheden ingezet jegens een organisatie. De toepassing is dan niet gericht op de individuele persoon maar op de organisatie als geheel.

Bij het gebruik van een organisatielast verleent de minister van BZK toestemming de (af luister)bevoegdheid toe te passen op een organisatie als geheel en hoeft er vervolgens geen voorafgaande toestemming van de minister meer te worden verkregen voor de inzet jegens de individuele leden van de organisatie. Een bij de dienst nieuw bekend geworden lid van de organisatie kan aldus worden afgeluisterd op basis van de algemene toestemming voor de organisatie zonder dat afzonderlijk voor dit individu toestemming hoeft te worden verkregen. Gelet op het voorgaande acht de Commissie het van belang dat de organisatielast voldoende duidelijkheid biedt wie en onder welke omstandigheden als lid van een organisatie kan worden aangemerkt. De Commissie heeft de organisatielasten (mede) getoetst aan het eigen beleid van de AIVD.

In één operatie waarbij de AIVD de af luisterbevoegdheid toepast jegens een groep personen kan deze groep niet worden gekenmerkt als een organisatie in de zin van de Wiv 2002. De Commissie is van oordeel dat de voorwaarden om personen aan de last toe te voegen te breed zijn geformuleerd. De Commissie acht onvoldoende duidelijk wie onder welke omstandigheden aan de last kan worden toegevoegd. De Commissie is van oordeel dat in dit verband een specifiekere aanduiding en inkadering benodigd is teneinde deze noodzakelijke duidelijkheid te waarborgen. De Commissie is het oordeel toegedaan dat ten aanzien van ieder van deze personen de inzet apart had moeten worden gemotiveerd en vooraf toestemming had moeten worden verkregen van de minister. Het gebruik van de organisatielast acht de Commissie daarmee in dit geval onrechtmatig. Wel merkt de Commissie op dat zij geen aanwijzingen heeft dat indien de bijzondere bevoegdheid individueel per target zou zijn aangevraagd deze operaties onrechtmatig zouden zijn geweest.

Bevoegdheid tot selectie van sigint

In dit toezichtsrapport heeft de Commissie ten aanzien van de AIVD de toepassing van de bevoegdheid tot selectie van sigint voor het eerst sinds het uitbrengen van haar toezichtsrapport nr. 19 in een breed kader in concrete gevallen bestudeerd. Over het gehele onderzoeksjaar is sprake geweest van gemiddeld [REDACTED] operaties waarin de bevoegdheid tot selectie van sigint is toegepast. Het totale aantal telecommunicatiekenmerken (bijv. telefoonnummers of e-mailadressen) dat wordt geselecteerd loopt in de duizenden.

De Commissie is tot de conclusie gekomen dat deze bevoegdheid in enkele gevallen onrechtmatig is toegepast. Daarnaast constateert de Commissie op enkele punten dat er sprake is van onzorgvuldigheden, vooral ten aanzien van de motivering van operaties. De geconstateerde onrechtmatigheden en onzorgvuldigheden hebben betrekking op de volgende onderwerpen:

- In drie operaties ontbreekt een directe en inzichtelijke relatie tussen de motivering enerzijds en de personen en organisaties ten aanzien van wie de selectiebevoegdheid wordt toegepast anderzijds of is deze onvoldoende duidelijk gemaakt door de AIVD (onrechtmatig);
- Ten aanzien van bijzondere categorieën personen of organisaties (o.a. non-targets, bronnen, verschoningsgerechtigden) is in twee operaties de selectiebevoegdheid toegepast zonder dat hierbij aandacht is besteed aan de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit in relatie tot deze personen of organisaties (onrechtmatig);
- De motivering voor het selecteren van een telecommunicatiekenmerk (bijv. een telefoonnummer of e-mailadres) bestaat bij één operatie slechts uit één woord (bijv. "bioloog", "fax") zonder een nadere duiding (onrechtmatig);
- In één operatie zijn telecommunicatiekenmerken in selectie gezet op grond van de omstandigheid dat door de betrokkenen achter deze telecommunicatiekenmerken contact is geweest met een onderzoekssubject van de AIVD, zonder dat de aard van dit contact is geduid of dat er anderszins relevante aanwijzingen bestaan. Er is ten onrechte niet getracht met minder inbreukmakende middelen te onderkennen welke contacten evident irrelevant zijn (onrechtmatig);
- In de motivering van twee operaties is ten aanzien van de proportionaliteit en subsidiariteit geen juiste afweging gemaakt (onzorgvuldig);
- In twee operaties is in de aanvraag die is voorgelegd aan de minister ten onrechte niet ingegaan op de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. In de interne motivering is dit wel het geval (onzorgvuldig).

De Commissie heeft kennisgenomen van een interne werkwijze van de AIVD inzake het toepassen van de searchbevoegdheid en de bevoegdheid tot selectie van sigint. De werkwijze voorziet in de mogelijkheid dat een operationeel team ten aanzien van een telecommunicatiegegeven, zoals een telefoonnummer of e-mailadres, waarvoor nog geen ministeriële last bestaat, onderzoekt of het een voor het onderzoek relevant gegeven betreft. De werkwijze is erop gericht de identiteit vast te stellen van de communicerende partij die hoort bij dit telecommunicatiegegeven. Het is de Commissie gebleken dat de AIVD de identificatie van de communicerende partij breder opvat dan enkel het vaststellen van de naam van de betrokken partij. Er wordt tevens beoordeeld of het een relevante partij betreft gelet op het onderzoek van het operationele team. Hierbij kan worden gedacht aan het

vaststellen dat een persoon een bepaalde, voor het onderzoek relevante, functie bekleedt in een organisatie.

De Commissie is van oordeel dat deze werkwijze van de AIVD, voor zover deze betrekking heeft op telecommunicatiekenmerken waarvoor de minister nog geen toestemming tot selectie heeft verleend gelijk staat aan een vorm van searchen die de Commissie in een eerder toezichtsrapport (nr. 28) reeds onrechtmatig heeft verklaard ten aanzien van de MIVD. De wettelijke basis voor de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ontbreekt en dit wordt niet ondervangen door een verkregen toestemming van de minister. De Commissie komt dan ook tot het oordeel dat de door de AIVD toegepaste werkwijze eveneens onrechtmatig is.

De Commissie heeft geconstateerd dat de minister van Defensie onder aankondiging van wetswijziging ter zake – in overleg met de Tweede Kamer – heeft aangegeven dat de werkwijze ten aanzien van de MIVD wordt voortgezet. Hoewel de minister van Defensie in dit overleg enkel sprak over de werkwijze van de MIVD, merkt de Commissie op dat ook de AIVD, die dezelfde werkwijze toepast, in afwachting van wetgeving ter zake, deze voortzet. Nu de huidige situatie is dat deze werkwijze wordt toegepast, acht de Commissie het van belang deze te beoordelen op verenigbaarheid met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

De Commissie constateert dat de AIVD deze werkwijze toepast met het oog op de behoefte te komen tot een zorgvuldige invulling van de kenmerkenlijst waarop selectie zal plaatsvinden en te vermijden dat onnodig lasten worden aangevraagd. De Commissie onderkent dat de beschreven werkwijze hieraan een bijdrage kan leveren. De Commissie acht het bovendien voorstelbaar dat hiermee tegemoet kan worden gekomen aan de uitvoerbaarheid van de eerdere aanbeveling tot verbetering van de motivering van de toepassing van de selectiebevoegdheid. Ook verwacht de Commissie dat dit ertoe zal kunnen leiden dat minder vaak een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt, omdat dit vooronderzoek het mogelijk maakt dat sigint op een meer gerichte wijze zal worden toegepast.

De bescherming van de persoonlijke levenssfeer vereist dat hierbij invulling wordt gegeven aan de volgende waarborgen:

1. Het kort kennisnemen van de inhoud van de communicatie mag slechts tot doel hebben het vaststellen van de identiteit van de communicerende partijen en de relevantie van de communicatie ten behoeve van het lopende onderzoek. Verder gebruik van de communicatie is niet toegestaan voordat een ministeriële last is verkregen. Randvoorwaarde voor de korte kennisneming is dat sprake is van een adequate functiescheiding tussen de afdeling die de ongerichte interceptie faciliteert en het operationele team, in die zin dat het operationele team niet zelfstandig toegang verkrijgt tot de desbetreffende communicatie.
2. Teneinde deze functiescheiding te waarborgen is het van belang dat wordt voorzien in een adequate schriftelijke registratie en verslaglegging van de kennisname van de inhoud door de bewerker. Hierbij dient te worden vastgelegd welke communicatie is ingezien en wat hiervan de uitkomst was. Deze registratie en verslaglegging acht de Commissie van belang ten behoeve van de interne verantwoording en externe controle alsmede uit oogpunt van de zorgvuldigheid.

De Commissie is van oordeel dat met name deze tweede waarborg thans onvoldoende tot uiting komt in de werkwijze van de AIVD. Naar het oordeel van de Commissie wordt onvoldoende vastgelegd welke communicatie is ingezien en wat hiervan de uitkomst was.

TOEZICHTSRAPPORT

Inzake de inzet van de af luisterbevoegdheid
en van de bevoegdheid tot de selectie van sigint door de AIVD
september 2012 – augustus 2013

1 Inleiding

In artikel 25 van de Wiv 2002 is aan de AIVD de bevoegdheid verleend communicatie af te luisteren (hierna ook wel de af luisterbevoegdheid te noemen). Artikel 27 Wiv 2002 verleent de bevoegdheid ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie (sigint) te selecteren (hierna ook wel de selectiebevoegdheid te noemen). Op grond van haar toezichthoudende taak krachtens artikel 64 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002) heeft de Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (verder te noemen: de Commissie) een onderzoek verricht naar de uitoefening door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) van deze twee bijzondere bevoegdheden. Van het voornemen tot het instellen van het onderzoek is door de Commissie conform artikel 78 Wiv 2002 op 17 september 2012 mededeling gedaan aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en aan de voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Commissie heeft het onderzoek met het opstellen van het rapport afgerond op 11 juni 2014. De minister van BZK is conform artikel 79 Wiv 2002 in de gelegenheid gesteld te reageren op de in het toezichtsrapport opgenomen bevindingen. De reactie van de minister is op 15 juli 2014 door de Commissie ontvangen. Dit heeft geleid tot een enkele wijziging, waarna het toezichtsrapport op 6 augustus 2014 is vastgesteld.

Dit rapport heeft een geheime bijlage.

2 Onderzoek van de Commissie

In februari 2009 heeft de Commissie voor het eerst in een toezichtsrapport aan het Parlement verslag gedaan van haar onderzoek naar de toepassing van de artikelen 25 en 27 Wiv 2002 door de AIVD (toezichtsrapport nr. 19).¹ Na de publicatie van dit rapport is de Commissie de uitoefening van deze bevoegdheden ieder kwartaal blijven monitoren. Een monitoring dient voor de Commissie als vinger aan de pols en leidt in beginsel niet tot een rapportage aan het Parlement. In september 2010 heeft de Commissie besloten deze monitoring om te zetten in een jaarlijks terugkerend diepteonderzoek. De reden van dit besluit is dat met de

¹ 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), beschikbaar op www.ctivd.nl.

aankondiging en rapportage van een onderzoek het Parlement meer zicht kan worden gegeven op de werkzaamheden en bevindingen van de Commissie waar het dit belangrijke onderdeel van het werk van de AIVD betreft. De Commissie zal hier jaarlijks over rapporteren. Het eerste rapport naar aanleiding van het jaarlijks terugkerend diepteonderzoek is op 11 april 2012 door de Commissie vastgesteld en op 3 mei 2012 aan de minister van BZK aangeboden. Het tweede rapport is op 10 juli 2013 vastgesteld en op 22 juli 2013 aangeboden aan de minister van BZK. Het onderhavige, derde toezichtsrapport betreft het onderzoek naar de rechtmatigheid van de toepassing van de af luisterbevoegdheid en de selectiebevoegdheid van de Wiv 2002 door de AIVD in de periode van september 2012 tot en met augustus 2013.

De aanvragen om toestemming voor de uitoefening van de artikelen 25 en 27 worden door de AIVD ieder kwartaal gebundeld aan de minister van BZK voorgelegd.² Spoedeisende nieuw te starten operaties worden tussentijds aan de minister voorgelegd. De Commissie heeft telkens kort nadat de minister de gevraagde toestemming heeft verleend – per kwartaal dus – haar onderzoek uitgevoerd. Zij heeft hiertoe de aan de minister aangeleverde bundeling van verzoeken om toestemming integraal doorgenomen³, alsmede de tussentijdse spoedeisende verzoeken. In deze bundeling wordt iedere operatie genoemd, inclusief de naam en communicatiegegevens van de persoon of organisatie op wie de bijzondere bevoegdheid is gericht, en wordt de reden van de inzet kort toegelicht. Door ieder kwartaal deze bundeling van verzoeken door te nemen, heeft de Commissie een overzicht van alle middelen die in de onderzoeksperiode op basis van deze artikelen zijn ingezet. Er wordt in deze bundeling echter geen uitputtende motivering gegeven van de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit van de inzet.

Voor iedere operatie is binnen de AIVD voorafgaande aan het verzoek om toestemming aan de minister een apart document opgesteld met een volledige motivering van de aanvraag, verlenging of beëindiging van de toepassing van de af luisterbevoegdheid en de selectiebevoegdheid. Dit document, dat gericht is aan het hoofd van de AIVD, bevat tevens een uitleg van de operationele context, een weergave van recente bevindingen en, als het om een verlenging of beëindiging gaat, de opbrengst van de inzet van het middel in de voorafgaande periode. Op basis van dit document stemmen leidinggevend en al dan niet in met de inzet van de bevoegdheid en geven de juristen binnen de AIVD hun advies.

De Commissie neemt kennis van alle (initiële en verlengings-) aanvragen van de AIVD voor de inzet van de af luisterbevoegdheid en de selectiebevoegdheid. Op basis van de motivering van de aanvragen aan de minister vindt een selectie plaats van zaken die gelet op het specifieke karakter van de inbreuk nader onderzoek behoeven. Het gaat hierbij om zaken die als risicovol worden beschouwd, onvoldoende overtuigend zijn gemotiveerd of die op grond van andere criteria de aandacht trekken. Voorbeelden hiervan zijn de inzet van bijzondere bevoegdheden op non-targets⁴, minderjarigen en verschoningsgerechtigden⁵. Deze aanvragen worden diepgaand onderzocht aan de hand van de achterliggende stukken en

² Uitzondering hierop vormt de selectie van aan een nader omschreven onderwerp gerelateerde trefwoorden, die jaarlijks worden vastgesteld. Zie artikel 27, derde lid, sub c j° vijfde lid Wiv 2002.

³ Deze gebundelde verzoeken om toestemming worden ook wel de “driemaandelijke verzamelbeschikkingen” genoemd.

⁴ Non-targets zijn personen uit de omgeving van een target, doch zijn zelf geen target van de AIVD. Onder omstandigheden is het mogelijk tegen non-targets bijzondere bevoegdheden in te zetten.

⁵ Verschoningsgerechtigden zijn bijvoorbeeld artsen, journalisten en advocaten.

gesprekken met dienstmedewerkers. Deze achterliggende stukken zijn opgeslagen in het interne digitale systeem van de AIVD, waar de Commissie onbeperkte toegang toe heeft.

Daarnaast heeft de Commissie aandacht besteed aan operaties die zeer geheim gerubriceerd zijn of anderszins in een kleiner compartiment dan gebruikelijk worden gedeeld. Deze operaties zijn niet in het interne digitale systeem van de AIVD te vinden en zijn bijzonder gevoelig. Ten behoeve van een zo volledig mogelijk onderzoek heeft de Commissie de AIVD verzocht de documenten over deze operaties separaat aan te leveren.

Bovendien heeft de Commissie in het onderhavige onderzoek speciale aandacht besteed aan de toepassing van de af luisterbevoegdheid en selectiebevoegdheid tegen organisaties.

Vrijwel ieder kwartaal is in aanvulling op het dossieronderzoek een gesprek gevoerd met het hoofd van de eenheid dat binnen de AIVD de operationele regie voert. In deze gesprekken is aan de Commissie uitleg gegeven over de weging en prioritering van onderzoeken en aangewende middelen door de AIVD en de wijze waarop één en ander doorwerkt in de toepassing van de af luisterbevoegdheid en de selectiebevoegdheid. Ook is met enkele functionarissen op de werkvloer van de AIVD gesproken over individuele operaties en onderzoeken en zijn schriftelijke vragen gesteld.

De Commissie heeft ervoor gekozen in haar rapportage voort te bouwen op de voorgaande toezichtsrapporten over dit onderwerp. Dit betekent dat voor wat betreft het algemene wettelijk kader en de interne procedures van de AIVD wordt volstaan met een verwijzing naar hetgeen in toezichtsrapport nr. 19 uitgebreid is beschreven.⁶ In dit toezichtsrapport zal met name worden ingegaan op de in deze periode geconstateerde situaties waarin bij de toepassing van de artikelen 25 en 27 Wiv 2002 vragen zijn gerezen ten aanzien van de toepassing van het wettelijk kader.

Ten aanzien van haar beoordelingskader merkt de Commissie het volgende op. De Commissie komt tot het oordeel dat sprake is van een onzorgvuldigheid indien de motivering voor de toepassing van één van de in dit toezichtsrapport beschreven bevoegdheden gebrekkig is maar de Commissie op basis van 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 in de gevallen dat sprake is van strijdigheid met de wet en indien de motivering dermate gebrekkig is, mede gelet op de aard van de belangen waarop een inbreuk wordt gemaakt, dat deze tot een onrechtmatigheid leidt.

Het is de vaste werkwijze van de Commissie om in haar openbare toezichtsrapporten in ieder geval de alle door haar bij het onderzoek geconstateerde onrechtmatigheden of onzorgvuldigheden te benoemen. In dit toezichtsrapport wijkt zij hier niet van af.

Het toezichtsrapport is als volgt ingedeeld. In paragraaf 3 bespreekt de Commissie kort het algemeen beeld ten aanzien van de toepassing van respectievelijk de af luisterbevoegdheid en de selectiebevoegdheid. In paragraaf 4 tot en met 10 zullen enkele operaties of andere specifieke bevindingen nader worden besproken ten aanzien van de toepassing van de af luisterbevoegdheid. Paragraaf 11 bespreekt de toepassing van de zogeheten organisatielast.

⁶ 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), beschikbaar op www.ctivd.nl.

Paragraaf 12 gaat nader in op de bevindingen van Commissie inzake de toepassing van de selectiebevoegdheid. In paragraaf 13 zijn de conclusies en aanbevelingen van de Commissie samengebracht.

3 Algemeen beeld

3.1 Artikel 25 Wiv 2002

De Commissie heeft in haar onderzoek bijgehouden jegens hoeveel personen en organisaties de af luisterbevoegdheid wordt ingezet. Vaak lopen er per persoon of organisatie meerdere taps. Over het gehele onderzoeksjaar betreft dit gemiddeld [REDACTED] personen en organisaties per kwartaal. Hiermee is sprake van een toename van 11% ten opzichte van het vorige onderzoeksjaar. De toename is zowel gelegen in de toepassing van taps door de eenheid Binnenlandse Veiligheid als de eenheid Inlichtingen Buitenland van de AIVD. Wel constateert de Commissie dat gedurende het onderzoeksjaar sprake is geweest van grote schommelingen in de aantallen taps, die veroorzaakt worden door wijzigingen in de prioritering van de aandachtsgebieden. In de geheime bijlage wordt hier nader op ingegaan.

Net als in haar vorige toezichtsrapport over dit onderwerp constateert de Commissie dat de AIVD doordacht te werk gaat bij de inzet van artikel 25 Wiv 2002. De AIVD is zich in de praktijk bewust van het inbreukmakende karakter van de inzet van de af luisterbevoegdheid. De Commissie constateert voorts dat in de meerderheid van de operaties de af luisterbevoegdheid op een rechtmatige en zorgvuldige wijze wordt uitgeoefend en dat haar kritische kanttekeningen betrekking hebben op slechts een beperkt deel van het totale aantal operaties. De Commissie in de door haar onderzochte operaties in een beperkt aantal gevallen enkele onrechtmatigheden geconstateerd. Daarnaast constateert de Commissie op enkele punten dat er sprake is van onzorgvuldigheden, vooral ten aanzien van de motivering van operaties. In de geheime bijlage bij dit toezichtsrapport wordt – voor zover nodig – nader ingegaan op enkele van deze bevindingen van de Commissie.

3.2 Artikel 27 Wiv 2002

Het aantal operaties in het kader waarvan artikel 27 Wiv 2002 is ingezet, is gedurende de periode van september 2012 tot en met augustus 2013 met [REDACTED] operaties constant gebleven. Het gebruik van de bevoegdheid tot selectie van ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie (hierna: de selectie van sigint) door de AIVD is betrekkelijk gering ten opzichte van de af luisterbevoegdheid. Iedere operatie waarin de bevoegdheid tot selectie van sigint wordt toegepast, geschiedt op basis van een kenmerkenlijst. Op deze kenmerkenlijst zijn gegevens betreffende de identiteit van een persoon of organisatie en/of telecommunicatiekenmerken, zoals een telefoonnummer of e-mailadres, opgenomen. Deze kenmerkenlijsten kunnen uiteenlopen van enkele tot duizenden telecommunicatiekenmerken per operatie. De Commissie constateert dat met name de sigint-operaties van de eenheid Inlichtingen Buitenland worden gekenmerkt door omvangrijkere kenmerkenlijsten.

In haar vorige toezichtsrapport is de Commissie ingegaan op één specifieke operatie waarbij de bevoegdheid tot selectie van sigint is toegepast. In dit toezichtsrapport heeft de Commissie de toepassing van deze bevoegdheid voor het eerst sinds het uitbrengen van haar toezichtsrapport nr. 19 in een breed kader bestudeerd ten aanzien van de AIVD. De

bevindingen in dit verband zijn weergegeven in paragraaf 12. In de geheime bijlage bij dit toezichtsrapport wordt nader ingegaan op enkele bevindingen van de Commissie.

4 Motivering van de inzet van artikel 25 en artikel 27 Wiv 2002

Een team van de AIVD dat de af luisterbevoegdheid of de bevoegdheid tot selectie van sigint wil inzetten, stelt een uitgebreide motivering voor deze inzet op. In deze motivering wordt ingegaan op de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit van de inzet van deze bijzondere bevoegdheden.⁷ De (juridische) houdbaarheid van deze motivering wordt intern getoetst door achtereenvolgens het betrokken teamhoofd, een jurist, het unithoofd van de betrokken operationele eenheid en het hoofd van de AIVD. Pas nadat het verzoek om toepassing intern is geaccordeerd, wordt deze voorgelegd aan de minister.

Het aantal operaties waar de minister toestemming voor moet geven, is omvangrijk. De bundeling van verzoeken die de minister driemaandelijks ontvangt, bevat een samenvatting van de uitgebreide interne motivering. In deze samenvatting komen de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit van de inzet slechts beperkt aan de orde. Dit onderstreept het belang van de interne toetsingsprocedure bij de AIVD aangezien hierin wel de relevante factoren worden toegelicht en expliciet wordt getoetst aan de juridische vereisten. Deze gedegen interne vastlegging van de motivering van de toepassing van artikel 25 en artikel 27 Wiv 2002 is onmisbaar voor het toezicht door de Commissie.

5 Toepassing van de af luisterbevoegdheid ter voorbereiding van een toekomstige benadering

In de motivering van een operatie is opgenomen dat de toepassing van de af luisterbevoegdheid enerzijds als doel had informatie te verzamelen die relevant was voor de taakuitvoering van de AIVD. Anderzijds had de toepassing van de af luisterbevoegdheid als doel eventuele toekomstige benaderingen voor te bereiden met personen met wie zou kunnen worden samengewerkt door de AIVD. De Commissie constateert dat in de loop van het onderzoek de opbrengsten van de toepassing van de af luisterbevoegdheid van dien aard waren, dat deze de voortzetting van de tap op basis van de eerste doelstelling niet langer rechtvaardigden. De Commissie concludeert dat de af luisterbevoegdheid hierna enkel nog werd ingezet ten behoeve van de tweede onderzoeksdoelstelling.

Het toepassen van de af luisterbevoegdheid is op basis van artikel 18 Wiv 2002 slechts toegestaan indien dit *noodzakelijk* is voor de goede uitvoering van de taken bedoeld in artikel 6, tweede lid, sub a en d, Wiv 2002 (de a- en d-taak). In artikel 18 is dus niet opgenomen dat de AIVD bijzondere bevoegdheden mag inzetten ter *ondersteuning* van een goede taakuitvoering. Blijkens de wetsgeschiedenis worden onder deze laatste categorie onder meer benaderingsonderzoeken vervat.⁸

⁷ Voor een beschrijving van deze toetsingscriteria voor de inzet van bijzondere bevoegdheden, zie 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), § 4, beschikbaar op www.ctivd.nl.

⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 25 877, nr. 15, p. 5.

De Commissie kwalificeert het voorbereiden van eventuele toekomstige benaderingen als ondersteunend aan de goede taakuitvoering aangezien deze in het verlengde ligt van het onderzoek naar de betrouwbaarheid van personen met wie wordt samengewerkt door de AIVD.⁹ De Commissie is van oordeel dat het laatstgenoemde doel daarmee op zichzelf geen rechtmatig doel kan zijn voor de toepassing van de af luisterbevoegdheid. De Commissie is daarom van oordeel dat de toepassing van de af luisterbevoegdheid na de eerste verlenging onrechtmatig is.

De Commissie stelt vast dat de AIVD in een operatie de af luisterbevoegdheid heeft toegepast jegens een persoon met wie op dat moment werd samengewerkt door de AIVD. De Commissie constateert dat in de motivering die is voorgelegd aan de minister en in de interne motivering deze omstandigheid op geen enkel moment is vermeld. De Commissie is van oordeel dat dit feitelijk gegeven altijd expliciet onder de aandacht van de minister moet worden gebracht omdat dit gegeven essentieel is voor de beoordeling of in het concrete geval voldaan is aan alle wettelijke vereisten, waaronder de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De Commissie acht dit van belang opdat de minister een goede afweging kan maken alvorens toestemming te verlenen.

6 Toepassing van de af luisterbevoegdheid binnen een bijzondere plaats

De Commissie heeft kennisgenomen van een operatie waarbij de af luisterbevoegdheid binnen een bijzondere plaats is toegepast. Uit het oogpunt van de noodzakelijke geheimhouding kan de Commissie in het openbare deel van het toezichtsrapport niet nader ingaan op de omstandigheden van het geval. Wel merkt zij het volgende op.

De Commissie is van oordeel dat in de motivering onvoldoende aandacht is besteed aan de bijzondere context waarbinnen de af luisterbevoegdheid is toegepast. De hierbij in het geding zijnde belangen, en de waarde die hieraan onder meer in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mensen (EHRM) wordt toegekend, dienen nadrukkelijker een plaats te krijgen bij de afweging de af luisterbevoegdheid toe te passen. Daarnaast is de Commissie van oordeel dat de operationele randvoorwaarden waaronder de af luisterbevoegdheid is toegepast onvoldoende zijn uitgewerkt in de motivering. De Commissie stelt dat in dit geval duidelijker had moeten worden aangegeven op welke wijze deze zou worden toegepast en waarom de toepassing niet op een minder inbreukmakende wijze ten uitvoer kon worden gelegd. Hoewel de Commissie mede op basis van gesprekken met betrokken medewerkers van de AIVD betreffende deze operatie van oordeel is dat de toepassing van de af luisterbevoegdheid in dit geval voldoet aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit en daarmee rechtmatig is, is zij van oordeel dat de schriftelijke motivering gebrekkig en derhalve onzorgvuldig is.

In de geheime bijlage gaat de Commissie nader in op deze operatie.

⁹ Zie hieromtrent tevens paragraaf 3.6.3 van het rapport van de commissie-Dessens, waarin zij aangeeft dat in de praktijk behoefte bestaat aan de mogelijkheid bijzondere bevoegdheden in te zetten om de betrouwbaarheid van een agent te onderzoeken maar dat artikel 18 Wiv 2002 hieraan vooralsnog in de weg staat. De commissie-Dessens acht het wenselijk om dit mogelijk te maken maar deze mogelijkheid wel limitatief en zo specifiek mogelijk te omschrijven in de Wiv. Zij beveelt aan om voor onderzoek naar de betrouwbaarheid van een agent de inzet van bijzondere bevoegdheden mogelijk te maken. Het kabinet gaat in reactie op het rapport van de commissie-Dessens niet expliciet in op dit punt maar onderschrijft in algemene zin wel de aanbevelingen van de commissie-Dessens.

7 Aanvragen van een tap jegens een non-target

De Commissie stelt vast dat de AIVD in vier gevallen de af luisterbevoegdheid heeft toegepast op het telefoonnummer van een non-target.¹⁰ Dit kan bijvoorbeeld gaan om de broer of de echtgenote van het eigenlijke target.

De Commissie is van oordeel dat het onder omstandigheden is toegestaan een non-target te tappen.¹¹ In dat geval is de Commissie evenwel van oordeel dat uit de motivering en de tenaamstelling van de toepassing van de af luisterbevoegdheid duidelijk moet blijken dat deze jegens een non-target is ingezet. De motivering moet ook zijn toegespitst op deze persoon, in die zin dat hieruit moet blijken dat voldaan is aan het noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en subsidiariteitsvereiste. Aan het vereiste van proportionaliteit komt hierbij naar het oordeel van de Commissie extra gewicht toe, hetgeen tot uiting dient te komen in de motivering. In deze gevallen is de tap evenwel op naam gezet van het eigenlijke target, hoewel de AIVD wist dat het nummer feitelijk niet (meer) in gebruik is bij het target. De Commissie acht dit onrechtmatig.

8 Langdurige verlenging zonder opbrengst

In haar vorige toezichtsrapport heeft de Commissie melding gemaakt van de frequente toepassing van een bepaalde vorm van de af luisterbevoegdheid waarbij door het specifieke karakter ervan een lagere opbrengst is te verwachten dan bij een reguliere telefoontap.¹²

De Commissie is van oordeel dat, gelet op het specifieke karakter van deze toepassing van de af luisterbevoegdheid, de AIVD de mogelijkheid moet hebben dit middel gedurende drie periodes toe te passen, dat wil zeggen de initiële aanvraag en tweemaal een verlenging. Indien gedurende deze periodes geen of zeer weinig relevante opbrengst valt te constateren moet de tap hierna worden afgesloten. Hiervan kan slechts in uitzonderingssituaties worden afgeweken. Dit uitgangspunt is ook neergelegd in het interne beleid van de AIVD. De Commissie is van oordeel dat sprake is van een uitzonderingssituatie indien er concrete en actuele aanwijzingen bestaan die voortzetting van de tap rechtvaardigen. De Commissie heeft in twee gevallen geconstateerd dat deze concrete en actuele aanwijzingen ontbraken. Deze taps zijn daarmee na de tweede verlengingsperiode onrechtmatig toegepast.

In de geheime bijlage bij dit rapport gaat de Commissie nader in op deze vorm van de af luisterbevoegdheid.

¹⁰ Non-targets zijn personen uit de omgeving van een target, doch zijn zelf geen target van de AIVD. Via een non-target wordt beoogd informatie over een target te verkrijgen.

¹¹ 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.

¹² 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), § 7, beschikbaar op www.ctivd.nl.

9 Verwachte opbrengst onvoldoende gemotiveerd

De Commissie heeft kennisgenomen van een tweetal aanvragen tot verlenging van de inzet van de af luisterbevoegdheid, waarin is opgemerkt dat “er geen relevante opbrengst [is] verkregen” maar dat het betrokken operationele team van de AIVD verwacht “in de komende periode meer resultaat te hebben”. De Commissie is van oordeel dat deze motivering op zichzelf de voortzetting van de af luisterbevoegdheid niet kan rechtvaardigen. Zij heeft nader geïnformeerd bij de AIVD waar de verwachting van het betrokken team op was gebaseerd. Op basis van deze nadere toelichting, die deze verwachting onderbouwde met concrete en actuele aanwijzingen, acht de Commissie de verlenging van de af luisterbevoegdheid in beide gevallen voldoet aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit en daarmee rechtmatig is. Wel had deze nadere toelichting in de motivering van de verlengingsaanvraag moeten zijn opgenomen en om die reden acht zij de motivering in dit opzicht gebrekkig en derhalve onzorgvuldig.

10 Uitwerken van gesprekken met verschoningsgerechtigden

De Commissie constateert dat in het kader van twee operaties sprake is geweest van het uitwerken van gesprekken met verschoningsgerechtigden. Zij merkt op dat het in deze gevallen niet ging om de toepassing van de af luisterbevoegdheid jegens een verschoningsgerechtigde zelf maar jegens iemand die communiceerde met een verschoningsgerechtigde.¹³

De Commissie heeft in eerdere rapporten reeds aangegeven dat de AIVD terughoudend dient te zijn bij de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen personen met een verschoningsrecht. Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) hanteert strengere toetsingscriteria voor zover personen met een verschoningsrecht onderdeel uitmaken van een onderzoek.¹⁴ Voor zover de AIVD in deze gevallen bijzondere bevoegdheden inzet, dient in de motivering expliciet aandacht te worden besteed aan deze rechten. Er dient een afgewogen oordeel te worden gegeven over de vraag of de inzet van bijzondere bevoegdheden met een dergelijk bijzonder en inbreukmakend karakter beantwoordt aan de daarvoor gestelde wettelijke vereisten, waaronder de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁵

¹³ De Commissie merkt op dat een deel van de verschoningsgerechtigden, te weten journalisten, ingevolge een departementale beleidslijn in navolging van een uitspraak van het EHRM vallen onder een rechterlijk toestemmingsregime voor zover het onderzoek erop is gericht een journalistieke bron te achterhalen. In de onderhavige situatie betrof het geen journalisten. Zie hieromtrent Kamerbrief 7 december 2012, kenmerk 2012-0000725719 (Kabinetsstandpunt inzake de EHRM-uitspraak in de zaak *De Telegraaf*).

¹⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06 (*Telegraaf t. Nederland*); EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88 (*Observer en Guardian t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 25 maart 1992, nr. 13590/88 (*Campbell t. Verenigd Koninkrijk*) paragraaf 47; EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z t. Finland*); EHRM 2 september 2009, nr. 36936/05 (*Szuluk t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁵ Zie bijv. Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 10 inzake het onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen, *Kamerstukken II* 2006/07, 29 876, nr. 19 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl, paragraaf 8; 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), § 8, beschikbaar op www.ctivd.nl.

In de onderhavige situatie is geen sprake van de toepassing van een bijzondere bevoegdheid jegens een verschoningsgerechtigde zelf. Desondanks is de Commissie van oordeel dat de AIVD in deze gevallen de bescherming die verschoningsgerechtigden dienen te genieten, dient te betrekken bij de beslissing deze gesprekken uit te werken. Zij is van oordeel dat de AIVD in deze gevallen terughoudend dient te zijn bij het uitwerken van dergelijke gesprekken.¹⁶ Bovendien is de Commissie van oordeel dat indien redelijkerwijs voorzienbaar is dat de betrokkene contact zal hebben met een verschoningsgerechtigde, bijvoorbeeld omdat de rol of functie van de betrokkene dit met zich meebrengt, de AIVD dit zal moeten betrekken bij de motivering voor de toepassing van de af luisterbevoegdheid. De Commissie constateert dat de AIVD dit in twee gevallen heeft nagelaten. Zij is bovendien van oordeel dat het uitwerken van deze gesprekken met de verschoningsgerechtigden niet proportioneel was en daarmee onrechtmatig. De Commissie constateert dat de motivering van één van de daaraan ten grondslag liggende operaties mede erop was gericht kennis te nemen van de gesprekken met verschoningsgerechtigden. Zij acht deze doelstelling eveneens onrechtmatig. De overige doelstellingen van deze operatie acht de Commissie overigens wel rechtmatig.

In de geheime bijlage gaat de Commissie nader in op deze operaties.

11 Toepassing van een organisatielast

Op basis van de Wiv 2002 kan de AIVD zowel onderzoek verrichten naar personen als naar organisaties. In dat verband kunnen door de AIVD ook bijzondere bevoegdheden jegens een organisatie worden ingezet.¹⁷ De toepassing is dan niet gericht op de individuele persoon maar op de organisatie als geheel. De AIVD vraagt toestemming aan de minister voor het toepassen van de af luisterbevoegdheid jegens een organisatie. In het verzoek worden de leden van de organisatie opgenomen. Deze leden van de organisatie zijn niet altijd reeds op voorhand bekend bij de AIVD. De AIVD vraagt om die reden in het verzoek tevens toestemming aan de minister personen af te mogen luisteren die aan bepaalde criteria voldoen (bijvoorbeeld een specifieke positie in de organisatie). Zij wijst op het voorbeeld van een bepaalde sleutelfunctie binnen een organisatie die inherent relevant is voor een onderzoek van de AIVD, ongeacht de persoon die deze functie vervult. De verleende toestemming van de minister om jegens een organisatie een bijzondere bevoegdheid toe te passen, heet een organisatielast. Indien de AIVD na de verkregen toestemming een nieuw organisatielid identificeert dat voldoet aan de criteria uit het organisatieverzoek en de AIVD deze persoon wil af luisteren, dan gaat de AIVD daartoe over zonder voor dit individu afzonderlijk opnieuw toestemming aan de minister van BZK te vragen.

De AIVD stelt in een interne notitie dat in het verzoek om toestemming de organisatie nader moet zijn omschreven en dat aandacht dient te worden besteed aan elementen als het bestaan van een samenwerkingsverband, de duurzaamheid van de samenwerking, de gemeenschappelijke doelstelling en de kenbaarheid van het gemeenschappelijke doel voor de leden van de organisatie. De Commissie is van oordeel dat mede op basis van deze elementen moet blijken dat het daadwerkelijk om een organisatie gaat waartegen bijzondere bevoegdheden kunnen worden ingezet. Indien dit niet het geval is, kan een bijzondere

¹⁶ Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 6 inzake AIVD-onderzoek naar radicaal dierenrechtenactivisme en links-extremisme, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 924, nr. 9 (bijlage), § 5.2, beschikbaar op www.ctivd.nl.

¹⁷ Deze paragraaf heeft met name betrekking op de toepassing van de af luisterbevoegdheid. Het in deze paragraaf neergelegde kader geldt evenwel ook voor de toepassing van de selectiebevoegdheid.

bevoegdheid niet anders worden toegepast dan tegen de individuen afzonderlijk en zullen de verzoeken om toestemming ook afzonderlijk aan de minister dienen te worden voorgelegd.

Het is de Commissie gebleken dat de AIVD in toenemende mate gebruik maakt van organisatielasten. De Commissie wijst erop dat deze werkwijze risico's met zich mee brengt. De Commissie heeft zich eerder al op het standpunt gesteld dat de Wiv 2002 de ruimte biedt voor de toepassing van de af luisterbevoegdheid jegens een organisatie.¹⁸ Zij heeft hierbij echter aangewezen geacht dat de AIVD in een verzoek om toestemming nauwkeurig omschrijft waarom er sprake is van een organisatie, welke categorie personen uit de organisatie afgeluisterd kunnen worden en waarom wordt voldaan aan de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit om die categorie personen uit de organisatie af te luisteren. Zij merkte tevens op dat indien tussentijds een nieuw bekend geworden persoon wordt afgeluisterd, het van belang is vast te leggen waarom deze persoon naar het oordeel van de AIVD valt onder de categorie personen die in het organisatieverzoek is genoemd. In het verzoek aan de minister tot verlenging van de machtiging die op naam staat van de organisatie dienen naar het oordeel van de Commissie de tussentijdse wijzigingen en aanvullingen te worden vermeld.

De Commissie constateert dat de AIVD twee categorieën organisaties onderkent. De eerste categorie betreft de formele organisatie met een (min of meer) vaste structuur. De tweede categorie betreft een meer informele (fluïde) organisatie, zoals een groep aanhangers van dezelfde ideologische stroming die zich hebben verenigd. In het geval van de tweede categorie dient ingevolge intern beleid van de AIVD een aparte interne motivering te worden opgesteld voor de bijschrijving van een persoon aan de organisatielast. Bij de eerste categorie dient in de organisatielast zelf de bijschrijving te worden verwerkt.

De AIVD dient bij het gebruik van een organisatielast aan te sluiten bij het interne kader waarbij de genoemde elementen "samenwerkingsverband", "duurzaam karakter", "gemeenschappelijke doelstelling" en "kenbaarheid" expliciet dienen te worden belicht. De Commissie is van oordeel dat hiervan in de motivering in een bepaald geval onvoldoende blijkt wordt gegeven. Tevens dient in de organisatielast kenbaar gemaakt te worden wie onder welke omstandigheden als lid van de organisatie wordt gezien en waarom bepaalde geledingen van een organisatie relevant zijn voor het onderzoek van de AIVD. Ook ten aanzien van dit punt is de Commissie van oordeel dat de motivering verbetering behoeft. De Commissie stelt vast dat in een geval de categorieën personen die als lid van een organisatie kunnen worden aangemerkt te breed is geformuleerd. In de motivering van één operatie is bijvoorbeeld enkel vermeld dat het gaat om een persoon met een specifieke functie zonder te expliciteren om wat voor soort functie dit gaat. Daarnaast dient in de organisatielast te worden geadresseerd wat de aard is van de bijzondere bevoegdheden waarvoor toestemming wordt gevraagd. Zo zal aandacht moeten worden besteed aan de specifieke vorm van de af luisterbevoegdheid waarin de organisatielast voorziet (bijvoorbeeld een telefoon, een microfoon, inzet op een werklocatie, etc.).

De Commissie acht het niet toegestaan dat in een organisatielast toestemming wordt gegeven deze bevoegdheid ook in te zetten jegens non-targets. Zij is van oordeel dat de

¹⁸ 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), § 6.2.1, beschikbaar op www.ctivd.nl.

AIVD de toepassing van de af luisterbevoegdheid jegens een non-target separaat en vooraf moet voorleggen aan de minister.

De Commissie is voorts van oordeel dat uit de motivering duidelijk moet blijken dat sprake is van een organisatie en dat een noodzaak bestaat onderzoek te doen naar deze organisatie. Met name in het geval van de tweede categorie, meer fluïde, organisaties dient hieraan expliciet aandacht te worden besteed in de motivering. De Commissie constateert dat bij organisatielasten uit de tweede categorie het organisatiekarakter immers inherent minder sterk aanwezig is. Dit leidt ertoe dat in de motivering expliciet dient te worden beargumenteerd dat er een zodanige samenhang tussen de leden van de organisatie bestaat dat sprake is van een organisatie in de zin van de Wiv 2002. Pas dan kan worden volstaan met één motivering ten aanzien van de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

De Commissie heeft kennisgenomen van een operatie waarbij de AIVD de af luisterbevoegdheid toepast jegens een groep personen. Naar het oordeel van de Commissie kan deze groep niet gekenmerkt worden als een organisatie in de zin van de Wiv 2002. De Commissie is van oordeel dat de voorwaarden om personen aan de last toe te voegen te breed zijn geformuleerd. De Commissie acht onvoldoende duidelijk wie onder welke omstandigheden aan de last kan worden toegevoegd. De Commissie is van oordeel dat in dit verband een specifiekere aanduiding en inkadering benodigd is teneinde deze noodzakelijke duidelijkheid te waarborgen. De door de AIVD zelf gehanteerde criteria om te spreken van een organisatie (duurzaam samenwerkingsverband, gemeenschappelijke doelstelling en kenbaarheid van dat gemeenschappelijke doel voor de leden van organisatie) zijn naar het oordeel van de Commissie onvoldoende concreet uitgewerkt in de motivering. Blijkens de motivering gaat de aandacht van de AIVD niet uit naar een organisatorisch verband maar naar de individuele personen. De Commissie is het oordeel toegedaan dat ten aanzien van ieder van deze personen apart gemotiveerd en vooraf toestemming had moeten worden verkregen van de minister. De toepassing van de organisatielast acht de Commissie daarmee in dit geval onrechtmatig.

Wel merkt de Commissie op dat zij geen aanwijzingen heeft dat indien de bijzondere bevoegdheid individueel per target zou zijn aangevraagd deze operaties onrechtmatig zouden zijn geweest.

In de geheime bijlage bij dit rapport gaat de Commissie nader in op deze laatstgenoemde operatie.

12 Toepassing van de bevoegdheid tot selectie van sigint

12.1 Inleiding

Een verzoek om toestemming voor de toepassing van de bevoegdheid tot selectie van sigint bestaat uit twee onderdelen. Enerzijds is dit de motivering voor de toepassing van de bevoegdheid. Hierin wordt ingegaan op het specifieke onderzoek waarbinnen de bevoegdheid wordt toegepast en behoren aspecten als noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit aan de orde te komen. Anderzijds is bij deze motivering een bijlage met telecommunicatiekenmerken (hierna: kenmerkenlijst) gevoegd. In de kenmerkenlijst staat opgenomen op basis van welke telecommunicatiekenmerken (bijv. naam persoon/organisatie, telefoonnummers, e-mailadressen) zal worden geselecteerd. In de

kenmerkenlijst is een kolom opgenomen waarin voor ieder kenmerk een (zeer) korte toelichting wordt gegeven waarom het is opgenomen. Deze toelichting kan tevens een verwijzing betreffen naar het interne informatiesysteem van de AIVD. De kenmerkenlijst wordt samen met een samenvatting van de motivering aan de minister voorgelegd. Evenals bij de toepassing van de af luisterbevoegdheid kan de toestemming worden verleend voor een periode van ten hoogste drie maanden. De Commissie heeft zowel gekeken naar de motivering voor de toepassing van de bevoegdheid voor de selectie van sigint als naar (de onderbouwing van) de kenmerkenlijst.

12.2 *Selectie van sigint in eerdere toezichtsrapporten*

In toezichtsrapport nr. 19 stelde de Commissie vast dat de AIVD niet zorgvuldig omging met de selectie van sigint. Veelal werd niet toegelicht aan wie de nummers en andere telecommunicatiekenmerken toebehoorden en waarom deze telecommunicatie diende te worden geselecteerd. De Commissie kwam hierop tot de slotsom dat zij onvoldoende kennis droeg van de motivering van de selectie, waardoor zij geen oordeel kon geven over de rechtmatigheid van de selectie van sigint op grond van artikel 27 Wiv 2002. De Commissie beval dringend aan de verzoeken om toestemming voor, dan wel verlenging van de inzet van deze bijzondere bevoegdheid te voorzien van een op de selectiecriteria toegespitste motivering. In haar reactie op dit rapport gaf de minister van BZK aan het met de Commissie eens te zijn, maar tevens zorgen te hebben over de praktische uitvoerbaarheid van de aanbeveling. De minister zegde toe dat de AIVD hieromtrent in nader overleg zou treden met de Commissie.

In toezichtsrapport nr. 26 inzake de uitvoering van de inlichtingentaak buitenland door de AIVD stelde de Commissie vast dat voor wat betreft de toepassing van artikel 27 Wiv 2002 in het kader van die taak nog steeds in veel gevallen niet was gespecificeerd aan wie een kenmerk toebehoorde en waarom het van belang was kennis te nemen van de informatie die via dit specifieke kenmerk kon worden verworven. Wel bleek de Commissie dat naarmate sigint-operaties langer liepen, de AIVD beter kon aangeven aan wie de telecommunicatiekenmerken toebehoorden en beter kon onderbouwen waarom de inzet ten aanzien van deze personen gelegitimeerd was. De Commissie benadrukte dat de AIVD er ernstig naar dient te streven om zo snel mogelijk te specificeren tegen welke persoon of organisatie sigint wordt ingezet.

In toezichtsrapport nr. 28 inzake de inzet van sigint door de MIVD heeft de Commissie het juridisch kader nader uitgewerkt voor het gehele proces van de verwerking van sigint. Ook in dat toezichtsrapport was de Commissie genooddaakt te concluderen, ditmaal ten aanzien van de MIVD, dat zij geen oordeel kon geven over de rechtmatigheid van de toepassing van artikel 27 omdat zij onvoldoende kennis draagt van de motivering. In toezichtsrapport nr. 38 heeft de Commissie haar eerdere constatering in dit verband herhaald.

In het toezichtsrapport nr. 35 heeft de Commissie één specifieke operatie waarin de selectie van sigint is toegepast nader onderzocht en op onderdelen onrechtmatig beoordeeld.

Het is in deze onderzoeksperiode voor het eerst sinds het uitkomen van haar toezichtsrapport nr. 19 dat de Commissie de rechtmatigheid van de toepassing van selectie van sigint in het algemeen heeft getoetst ten aanzien van de AIVD.

12.3 Search ten behoeve van selectie in eerdere toezichtsrapporten

In bepaalde gevallen zet de AIVD voorafgaand aan de selectie van signaal de searchbevoegdheid in. De AIVD beoogt hiermee vast te stellen of in de ongericht geïntercepteerde bulk ook communicatie van een relevant onderzoekssubject aanwezig is van nieuwe onderzoekssubjecten. In dit geval tracht de AIVD de identiteit vast te stellen en te bezien of er een relatie met het onderzoeksveld bestaat.¹⁹ Het gaat hierbij om search ten behoeve van selectie. Met de inzet van de searchbevoegdheid wordt bijgedragen aan een gerichtere selectie.

In toezichtsrapport nr. 28 heeft de Commissie ten aanzien van de MIVD de searchpraktijk beschreven en in toezichtsrapport nr. 38 heeft zij de getrokken conclusies herhaald. De Commissie onderscheidt ten aanzien van de MIVD drie vormen van search gericht op selectie, waarbij kortstondig wordt kennisgenomen van de inhoud van de communicatie. Hierbij ging het kort gezegd om de volgende vormen:

1. Het searchen van de bulk aan communicatie om te bepalen of met de selectiecriteria waarvoor toestemming is verkregen de gewenste informatie kan worden gegenereerd;
2. Het searchen van de bulk aan communicatie om potentiële 'targets' te identificeren of te duiden;
3. Het searchen van de bulk aan communicatie naar gegevens waaruit, in het kader van een verwacht nieuw onderzoeksgebied, toekomstige selectiecriteria kunnen worden afgeleid.

De Commissie heeft in toezichtsrapport nr. 28 alleen de eerstgenoemde vorm van searchen ten behoeve van selectie rechtmatig geacht, omdat alleen bij die vorm van searchen de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt ondervangen door de toestemming van de minister om ten aanzien van de desbetreffende persoon of organisatie selectie te plegen. De inzet van de searchbevoegdheid is hierbij ondersteunend aan de inzet van de selectiebevoegdheid waarvoor toestemming is verkregen. Dit is noodzakelijk omdat artikel 13 Grondwet een machtiging door een bevoegd orgaan vereist voordat inbreuk mag worden gemaakt op het telefoon- en telegraafgeheim. De tweede en derde vorm van search kwalificeert de Commissie als onrechtmatig omdat hiervoor geen wettelijke grondslag is en de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer in dergelijke gevallen niet wordt ondervangen door de toestemming van de minister om ten aanzien van de desbetreffende persoon of organisatie selectie te plegen.

De Commissie gaf de wetgever in toezichtsrapport nr. 28 in overweging te bezien of het, met inachtneming van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, noodzakelijk is dat aan de MIVD (en de AIVD) de bevoegdheid wordt toegekend te searchen ten behoeve van de selectiebevoegdheid. In reactie op het toezichtsrapport gaf de minister van Defensie aan dat hij samen met de minister van BZK zal werken aan een toekomstbestendig juridisch kader. Tijdens het Algemeen Overleg waarbij onder meer toezichtsrapport nr. 28 aan bod kwam, merkte de minister van Defensie op dat hij de conclusie van de Commissie onderschrijft ten aanzien van searchbevoegdheid maar dat in afwachting van een voorgenomen wetwijziging de werkwijze, gelet op het belang van de staatsveiligheid, zal worden

¹⁹ Toezichtsrapport van de CTIVD nr. 38 inzake gegevensverwerking op het gebied van telecommunicatie door de AIVD en de MIVD, *Kamerstukken II* 2013/14, 29 924, nr. 105 (bijlage), § 3.3.4, beschikbaar op www.ctivd.nl.

voortgezet.²⁰ In reactie op toezichtsrapport nr. 38 geven beide ministers aan dat de als onrechtmatig beoordeelde werkwijze zal worden meegenomen in een voorgenomen wetswijziging. Tijdens een plenair debat over het af luisteren door de NSA, waar toezichtsrapport nr. 38 ter sprake kwam, gaf de minister van Defensie aan dat de derde vorm van searchen is stopgezet en werd herhaald dat de MIVD doorgaat met de tweede vorm van searchen in afwachting van een wetswijziging.²¹ In toezichtsrapport nr. 38 kondigde de Commissie aan dat op de werkwijze van de AIVD inzake het searchen zal worden teruggekomen in het doorlopende onderzoek van de Commissie naar de inzet van de af luisterbevoegdheid en van de bevoegdheid tot de selectie van sigint door de AIVD. In het onderhavige toezichtsrapport gaat de Commissie in op deze werkwijze van de AIVD.

12.4 *Werkwijze AIVD met betrekking tot search ten behoeve van selectie*

De Commissie heeft kennisgenomen van een interne werkwijze van de AIVD inzake het toepassen van de searchbevoegdheid en de bevoegdheid tot selectie van sigint. Deze werkwijze is schriftelijk vastgelegd en geaccordeerd door de dienstleiding. De werkwijze voorziet in de mogelijkheid dat een operationeel team ten aanzien van een telecommunicatiegegeven, zoals een telefoonnummer of e-mailadres, waarvoor nog geen ministeriële last bestaat, onderzoekt of het een voor het onderzoek relevant gegeven betreft. De werkwijze is erop gericht de identiteit vast te stellen van de communicerende partij die hoort bij dit telecommunicatiegegeven. Het is de Commissie gebleken dat de AIVD de identificatie van de communicerende partij breder opvat dan enkel het vaststellen van de naam van de betrokken partij. Er wordt tevens beoordeeld of het een relevante partij betreft gelet op het onderzoek van het operationele team. Hierbij kan worden gedacht aan het vaststellen dat een persoon een bepaalde, voor het onderzoek relevante, functie bekleedt in een organisatie.

De afdeling die de ongerichte interceptie faciliteert, kan hiertoe op verzoek van en in samenwerking met het team een metadata-analyse uitvoeren om te bezien hoe het telecommunicatiegegeven zich verhoudt tot andere personen en organisaties die in beeld zijn in het onderzoek (wat/wie heeft contact met wie, hoe lang, hoe vaak, waar vandaan, etc.). Teneinde de identiteit van de communicerende partijen en de relevantie van de partij voor het onderzoek vast te stellen, kan het noodzakelijk zijn om ook van de inhoud van de communicatie kennis te nemen. De mogelijkheid wordt dan geboden te onderzoeken wat de aard is van de inhoudelijke communicatie die reeds is geïntercepteerd. Dit kan gaan om de opgeslagen bulkcommunicatie die ongericht is opgevangen maar waar nog geen last voor is verkregen van de minister. Het kan daarnaast gaan om de communicatie die in het kader van een eerdere lastgeving al door middel van de selectiebevoegdheid is geselecteerd uit de bulk, en dus al inhoudelijk toegankelijk is voor het team; of om informatie die via de toepassing van andere (bijzondere) bevoegdheden, zoals een hack of een verworven databestand, reeds in het bezit is van de AIVD.

De bewerker van het team wordt in de gelegenheid gesteld kortstondig de inhoud van de communicatie te zien (of te horen) die kan worden gerelateerd aan het telecommunicatiekenmerk om vast te stellen of het een relevant telecommunicatiegegeven betreft. Langs deze weg kan het team beoordelen of het zinvol is een last aan te vragen en het telecommunicatiegegeven op de kenmerkenlijst te plaatsen zodat volledig kennis kan worden genomen van de inhoud van de communicatie. Deze werkwijze vindt regelmatig

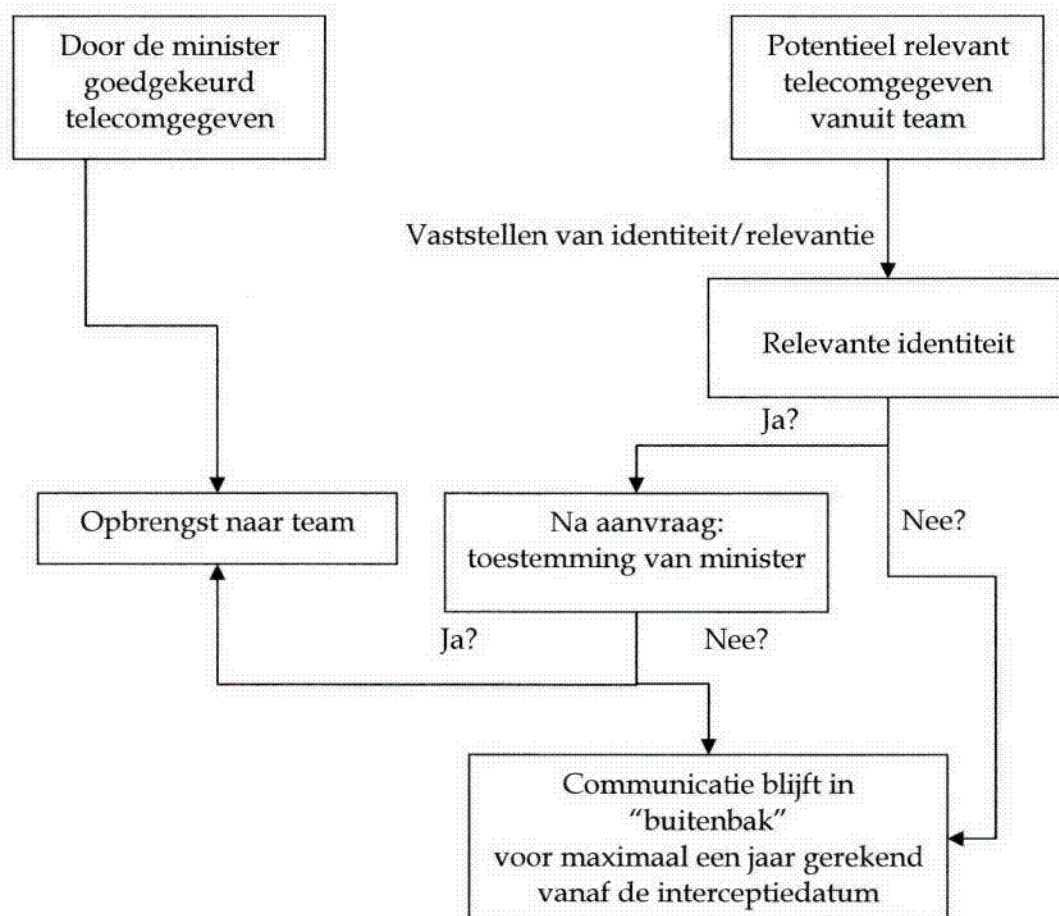
²⁰ Kamerstukken II 2011/12, 29 924, nr. 87, p. 11.

²¹ Aanhangsel handelingen II 2013/2014, nr. 73-8, p. 32-33.

toepassing bij nieuwe onderzoeken of bij nieuwe aspecten in bestaande onderzoeken. Wel heeft de Commissie begrepen dat niet alle teams in gelijke mate gebruik maken van de hiervoor beschreven werkwijze.

Volgens het interne beleid van de AIVD is het niet de bedoeling dat de bewerker de informatie waar hij op deze wijze kennis van neemt zonder last voor nadere exploitatie gebruikt. Kennisneming van de inhoud van de communicatie voor een ander doel dan vaststelling van de identiteit is niet toegestaan. Het team krijgt pas daadwerkelijk de beschikking over de geïntercepteerde communicatie indien hiervoor een ministeriële last is afgegeven.

De Commissie heeft de werkwijze in het navolgende schematisch weergegeven.



12.5 Beoordeling van de werkwijze

De Commissie ziet zich voor de vraag gesteld of zij de geschetste werkwijze van de AIVD rechtmatig acht.

Voor zover de werkwijze wordt toegepast ten aanzien van telecommunicatiekenmerken waarvoor wel toestemming van de minister is verkregen acht de Commissie die rechtmatig omdat de inbreuk op de privacy door de toestemming van de minister wordt ondervangen. Deze werkwijze heeft de Commissie ook rechtmatig geacht ten aanzien van de MIVD.

De Commissie is van oordeel dat de werkwijze van de AIVD, voor zover deze betrekking heeft op telecommunicatiekenmerken waarvoor de minister nog geen toestemming tot

selectie heeft verleend gelijk staat aan de tweede vorm van searchen van de MIVD zoals beschreven in paragraaf 12.3. Zij komt dan ook tot het oordeel dat deze werkwijze onrechtmatig is.²²

Dit oordeel van de Commissie zal niet wijzigen zolang de beoogde wetgeving niet tot stand is gekomen.

De Commissie heeft geconstateerd dat de minister van Defensie onder aankondiging van wetswijziging ter zake – in overleg met de Tweede Kamer – heeft aangegeven dat de werkwijze ten aanzien van de MIVD wordt voortgezet. Hoewel de minister van Defensie in dit overleg enkel sprak over de werkwijze van de MIVD, merkt de Commissie op dat ook de AIVD, die dezelfde werkwijze toepast, in afwachting van wetgeving ter zake, deze voortzet. Nu de huidige situatie is dat deze werkwijze wordt toegepast, acht de Commissie het van belang deze te beoordelen op verenigbaarheid met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

De Commissie constateert dat de AIVD deze werkwijze toepast met het oog op de behoefte te komen tot een zorgvuldige invulling van de kenmerkenlijst waarop selectie zal plaatsvinden en te vermijden dat onnodig lasten worden aangevraagd. De Commissie onderkent dat de beschreven werkwijze hieraan een bijdrage kan leveren. De Commissie acht het bovendien voorstelbaar dat hiermee tegemoet kan worden gekomen aan de uitvoerbaarheid van de eerdere aanbeveling tot verbetering van de motivering van de toepassing van de selectiebevoegdheid. Ook verwacht de Commissie dat dit ertoe zal kunnen leiden dat minder vaak een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt, omdat dit vooronderzoek het mogelijk maakt dat sigint op een meer gerichte wijze zal worden toegepast.

De bescherming van de persoonlijke levenssfeer vereist dat hierbij invulling wordt gegeven aan de volgende waarborgen:

1. Het kort kennisnemen van de inhoud van de communicatie mag slechts tot doel hebben het vaststellen van de identiteit van de communicerende partijen en de relevantie van de communicatie ten behoeve van het lopende onderzoek. Verder gebruik van de communicatie is niet toegestaan voordat een ministeriële last is verkregen. Randvoorwaarde voor de korte kennisneming is dat sprake is van een adequate functiescheiding tussen de afdeling die de ongerichte interceptie faciliteert en het operationele team, in die zin dat het operationele team niet zelfstandig toegang verkrijgt tot de desbetreffende communicatie.
2. Teneinde deze functiescheiding te waarborgen is het van belang dat wordt voorzien in een adequate schriftelijke registratie en verslaglegging van de kennisname van de inhoud door de bewerker. Hierbij dient te worden vastgelegd welke communicatie is ingezien en wat hiervan de uitkomst was. Deze registratie en verslaglegging acht de

²² In het rapport van de commissie-Dessens geeft zij de wetgever in overweging een dergelijke bevoegdheid tot search volgens de tweede en derde variant aan de diensten toe te kennen. Zij acht het evenwel noodzakelijk dat een dergelijke nieuwe reikwijdte deel uitmaakt van de herziening van de interceptiebepaling in zijn geheel (paragraaf 5.2.3). Het kabinet geeft in reactie op dit rapport aan nog geen beslissing te hebben genomen op het punt van de uitbreiding van bevoegdheden. Zie verder Evaluatie van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002, Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 820, nr. 1; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 820, nr. 2 (kabinetsreactie).

Commissie van belang ten behoeve van de interne verantwoording en externe controle alsmede uit oogpunt van de zorgvuldigheid.

De Commissie is van oordeel dat met name deze tweede waarborg thans onvoldoende tot uiting komt in de werkwijze van de AIVD. Naar het oordeel van de Commissie wordt onvoldoende vastgelegd welke communicatie is ingezien en wat hiervan de uitkomst was.

12.6 Toepassing van de selectiebevoegdheid

De Commissie heeft de operaties waarin de bevoegdheid tot selectie van sigint is toegepast door de AIVD in de periode van september 2012 tot en met augustus 2013 bestudeerd. Ten aanzien van de onderzochte operaties plaatst de Commissie enkele opmerkingen. Voor zover noodzakelijk gaat zij hier in de geheime bijlage nader op in.

De Commissie constateert dat de selectiebevoegdheid door de verschillende operationele teams van de AIVD op uiteenlopende wijzen wordt gebruikt. Hierin is met name een verschil te onderkennen tussen teams van de eenheid Binnenlandse Veiligheid en teams van de eenheid Inlichtingen Buitenland. De toepassing van deze bevoegdheid door teams van de eenheid Inlichtingen Buitenland is overwegend breder van opzet hetgeen ook tot uiting komt in de omvang van de kenmerkenlijst. De operaties van teams van de eenheid Binnenlandse Veiligheid zijn overwegend meer targetgericht. Gelet op de formulering van de a-taak, waarin individuele personen en organisaties centraal staan, en de d-taak, die voorziet in het doen van onderzoek naar landen, in de Wiv 2002 wekt dit overigens geen bevreemding. De Commissie stelt vast dat de verschillende kenmerkenlijsten variëren van slechts enkele tot duizenden telecommunicatiekenmerken.

De Commissie is van oordeel dat per persoon of organisatie die in het onderzoek in beeld komt, moet worden gemotiveerd waarom selectie van de communicatie noodzakelijk wordt geacht. Daarbij dient te worden verwoord wat het doel is van de selectie in het kader van het onderzoek en waarop de verwachting is gebaseerd dat de opbrengst van de selectie zal bijdragen aan het bereiken van dat doel. Er dient dus een koppeling te worden gemaakt tussen het bredere onderzoek dat wordt uitgevoerd en de noodzaak van de selectie van de communicatie van de concrete persoon of organisatie. Dit is bij elke persoon of organisatie anders.

Bij een verzoek om verlenging dient vervolgens nadrukkelijk aandacht te worden besteed aan de opbrengst van de selectie en de meerwaarde daarvan voor het onderzoek, niet in algemene zin maar toegespitst op de persoon of organisatie. Algemeenheden dat de inzet van de bijzondere bevoegdheid heeft bijgedragen aan de beantwoording van de behoefte, heeft geleid tot (niet nader gespecificeerde) rapportages of het bestaande normbeeld heeft bevestigd, zijn naar het oordeel van de Commissie onvoldoende. Behalve noodzakelijkheid, dient in een verzoek om toestemming aangegeven te worden op welke wijze wordt voldaan aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.²³ Overigens merkt de Commissie op dat de afwezigheid van enige opbrengst kan zijn gelegen in de aard van het middel sigint. De communicatie kan door het bereik van de satellietshotels niet intercepteerbaar zijn. De Commissie acht het acceptabel de telecommunicatiekenmerken te handhaven mits op gezette tijden wordt heroverwogen of handhaving van de desbetreffende kenmerken nog steeds voldoet aan de wettelijke vereisten voor de toepassing van de bijzondere bevoegdheid en

²³ Zie hieromtrent toezichtsrapport van de CTIVD nr. 28 inzake de inzet van Sigint door de MIVD, *Kamerstukken II* 2011/12, 29 924, nr. 74 (bijlage), § 8.3.4, beschikbaar op www.ctivd.nl.

deze heroverweging schriftelijk wordt vastgelegd. Voor zover de selectie van bepaalde telecommunicatiekenmerken wel communicatie heeft opgeleverd maar deze communicatie niet relevant bleek te zijn, dient de AIVD deze telecommunicatiekenmerken uit de sigint-last te halen.²⁴

De Commissie constateert dat de mate waarin in de motivering voor de toepassing van de bevoegdheid tot selectie van sigint een kader wordt geschetst op basis waarvan voorzienbaar is welke personen of organisaties onder het bereik van de operatie vallen, verschilt van operatie tot operatie. In bepaalde gevallen wordt inzichtelijk gemaakt naar wie de interesse van de AIVD uitgaat en blijkt uit de motivering waarom iemand op de kenmerkenlijst wordt vermeld. In andere gevallen is in mindere mate sprake van een helder kader en is de motivering minder duidelijk over welke personen en organisaties onder het bereik van de operatie kunnen vallen. De Commissie acht het van belang dat de motivering voldoende duidelijkheid biedt over welke personen en organisaties onder welke omstandigheden in selectie kunnen worden gezet en waarom. Er dient een directe en inzichtelijke relatie te bestaan tussen de motivering enerzijds en de personen en organisaties die zijn opgenomen op de kenmerkenlijst anderzijds. De Commissie is van oordeel dat deze relatie in drie operaties ontbreekt of onvoldoende duidelijk is gemaakt door de AIVD. Dit kwalificeert de Commissie als onrechtmatig. De Commissie constateert bovendien dat de AIVD in een operatie gebruik maakt van niet-limitatieve opsommingen in de motivering. Een voorbeeld hiervan is de zinsnede "personen en instellingen als [...] enzovoorts". Deze wijze van motiveren acht de Commissie onrechtmatig.

Het is de Commissie gebleken dat in twee operaties personen of organisaties met een bijzondere status (o.a. non-targets, bronnen, verschoningsgerechtigden) op de kenmerkenlijst zijn opgenomen zonder dat aan deze omstandigheid aandacht is besteed in de motivering. De Commissie is van oordeel dat bijzondere categorieën personen of organisaties expliciet moeten worden benoemd in de motivering indien deze worden opgenomen in de kenmerkenlijst en dat hierbij aandacht moet worden besteed aan de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit in relatie tot deze telecommunicatiekenmerken. De Commissie is van oordeel dat niet dan wel onvoldoende is gebleken welke afwegingen zijn gemaakt ten aanzien van deze vereisten. Gelet op de bijzondere status van deze personen en organisaties acht de Commissie dit onrechtmatig. Een aantal telecommunicatiekenmerken heeft betrekking op een persoon met wie wordt samengewerkt door de AIVD, jegens wie de Commissie de toepassing van de af luisterbevoegdheid als onrechtmatig heeft gekwalificeerd.²⁵ De selectie van sigint ten aanzien van deze persoon kwalificeert de Commissie eveneens als onrechtmatig.

De Commissie constateert dat in de motivering op basis waarvan de minister zijn toestemming heeft gegeven in twee gevallen niet is ingegaan op de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. In de interne motivering worden deze elementen wel afdoende belicht. De Commissie acht dit onzorgvuldig. Hoewel de AIVD geen uitputtende motivering ten aanzien van de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit aan de minister behoeft voor te leggen, is de Commissie van oordeel dat hetgeen wordt voorgelegd aan de minister voldoende zicht moet bieden op de afwegingen om de minister in staat te stellen het verzoek te beoordelen.

²⁴ 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), § 6, beschikbaar op www.ctivd.nl.

²⁵ Zie paragraaf 5.

De Commissie is van oordeel dat de AIVD in meerdere gevallen in de motivering een verkeerde uitleg geeft aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Zo is bij een bepaalde operatie ten aanzien van het subsidiariteitsvereiste opgemerkt dat de toepassing van de selectiebevoegdheid "mogelijk wisselgeld oplevert bij de samenwerking met andere buitenlandse diensten". Bij een andere operatie is overwogen dat de selectiebevoegdheid de AIVD in staat stelt om op "een betrekkelijk eenvoudige en efficiënte wijze onderzoek te verrichten waarbij sprake is van een beperkt afbreukrisico". De Commissie is van oordeel dat hiermee geen juiste afweging wordt gemaakt in het kader van de proportionaliteits- en subsidiariteitsvereisten. Het afwegen of aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan, impliceert immers een afweging van belangen waarbij het belang van het doelwit van de bijzondere bevoegdheid nadrukkelijk dient te worden betrokken. Dit geldt eveneens voor het subsidiariteitsvereiste op grond waarvan de AIVD is gehouden voor het minst inbreukmakende middel te kiezen.²⁶ De Commissie overweegt dat de uitkomst van deze afweging er toe kan leiden dat de AIVD is gehouden toch een inefficiënt en betrekkelijk gecompliceerd onderzoeksmiddel te gebruiken. De Commissie heeft geen aanwijzingen dat ten aanzien van de desbetreffende operaties inhoudelijk niet is voldaan aan de voornoemde vereisten. Zij is daarmee van oordeel dat de motivering van de AIVD op dit punt weliswaar gebrekkig en derhalve onzorgvuldig is, maar niet onrechtmatig.

De wijze waarop de kenmerkenlijst is ingericht varieert van team tot team. In de kenmerkenlijst is een (zeer) korte motivering gegeven waarom een kenmerk is opgenomen. De Commissie constateert dat deze motivering in de verschillende operaties zeer divers wordt ingevuld. Zij is gevallen tegengekomen waarbij wordt verwezen naar een intern document van de AIVD waaruit de relevantie blijkt van het kenmerk voor de operatie. Daarnaast is de Commissie gestuit op gevallen waarbij een korte duiding van de relevantie is aangegeven in de kenmerkenlijst. Bij een bepaalde operatie staat bij de motivering niet meer vermeld dan een beknopte beschrijving van de functie van de persoon of andersoortige duiding van het kenmerk. Deze beschrijving kan uit één woord bestaan (bijv. bioloog, toxicoloog, telefoonnummer, fax). De Commissie beoordeelt deze wijze van motiveren, waarbij wordt volstaan met een enkel woord zonder nadere duiding, als onrechtmatig. De Commissie is van oordeel dat de laatstgenoemde gevallen onvoldoende herleidbaar zijn tot de motivering van de aanvraag en het kader dat daarin besloten dient te liggen. Zij is van oordeel dat ten aanzien van ieder kenmerk in ieder geval de relevantie van het kenmerk in de kenmerkenlijst zelf (beknopt) dient te worden beschreven en waar nodig een duidelijke verwijzing moet worden opgenomen (naar een intern document) op basis waarvan de relevantie van het kenmerk nader kan worden beoordeeld.

De Commissie constateert dat in een bepaalde kenmerkenlijst meerdere telecommunicatiekenmerken zijn opgenomen waarbij is opgemerkt dat deze "waarschijnlijk" toebehoren aan een persoon ten aanzien van wiens communicatie de minister toestemming heeft gegeven voor selectie. De Commissie merkt op dat toepassing van de eerste vorm van de searchwerkwijze, zoals uiteengezet in paragraaf 12.3, ertoe zou kunnen leiden dat alleen die telecommunicatiekenmerken op de kenmerkenlijst terecht komen waarvan de AIVD heeft vastgesteld dat deze daadwerkelijk kunnen worden gerelateerd aan het desbetreffende onderzoekssubject.

De Commissie stelt vast dat de kenmerkenlijst bij bepaalde operaties in de loop van de tijd substantieel in omvang is toegenomen. In één operatie is de Commissie gestuit op

²⁶ De wet stelt: "(...) voor de betrokkene het minste nadeel oplevert."

telecommunicatiekenmerken die zijn verkregen door middel van de rechtmatige toepassing van een andere bijzondere bevoegdheid (bijvoorbeeld telefoonnummers of e-mailadressen). De Commissie constateert dat al deze telecommunicatiekenmerken in selectie zijn gezet door de AIVD. In vrijwel alle gevallen is niet aangegeven aan wie het nummer toebehoort of wat de specifieke relevantie is van het nummer. In feite is de enige relatie met het desbetreffende onderzoek van de AIVD de omstandigheid dat door de betrokkenen achter deze telecommunicatiekenmerken contact is geweest met een onderzoekssubject van de AIVD, zonder dat de aard van dit contact is geduid of dat er anderszins relevante aanwijzingen bestaan. De Commissie is van oordeel dat het enkele contact met een onderzoekssubject, zonder dat de relevantie van dit contact vaststaat voor het onderzoek van AIVD, onvoldoende is om het in selectie plaatsen te kunnen rechtvaardigen. De Commissie acht het aannemelijk dat het mogelijk is om met minder inbreukmakende middelen te onderkennen welke contacten evident irrelevant zijn. De Commissie acht de selectie aan de hand van deze telecommunicatiekenmerken derhalve onrechtmatig.

13 Conclusies en aanbevelingen

Toepassing van de af luisterbevoegdheid ter voorbereiding van een toekomstige benadering (paragraaf 5)

- 13.1 In de motivering van een operatie is opgenomen dat de toepassing van de af luisterbevoegdheid enerzijds als doel had informatie te verzamelen die relevant was voor de taakuitvoering van de AIVD. Anderzijds had de toepassing van de af luisterbevoegdheid als doel eventuele toekomstige benaderingen voor te bereiden met personen met wie zou kunnen worden samengewerkt door de AIVD. De Commissie concludeert dat de af luisterbevoegdheid in de loop van het onderzoek enkel nog werd ingezet ten behoeve van het voorbereiden van eventuele toekomstige benaderingen. De Commissie kwalificeert het voorbereiden van eventuele toekomstige benaderingen als ondersteunend aan de goede taakuitvoering en niet als noodzakelijk voor de goede taakuitvoering. De Commissie is van oordeel dat het voornoemde onderzoeksdoel daarmee op zichzelf geen rechtmatig doel kan zijn voor de toepassing van de af luisterbevoegdheid. De Commissie is daarom van oordeel dat de toepassing van de af luisterbevoegdheid onrechtmatig is.
- 13.2 De Commissie constateert dat in de motivering op basis waarvan de minister zijn toestemming heeft gegeven en in de interne motivering op geen enkel moment is vermeld dat sprake is van de toepassing van de af luisterbevoegdheid jegens een persoon met wie wordt samengewerkt door de AIVD. De Commissie is van oordeel dat dit feitelijk gegeven altijd expliciet onder de aandacht van de minister moet worden gebracht omdat dit gegeven essentieel is voor de beoordeling of in het concrete geval voldaan is aan alle wettelijke vereisten, waaronder de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De Commissie acht dit van belang opdat de minister een goede afweging kan maken alvorens toestemming te verlenen.

Toepassing van de af luisterbevoegdheid binnen een bijzondere plaats (paragraaf 6)

- 13.3 De Commissie heeft kennisgenomen van een operatie waarbij de af luisterbevoegdheid binnen een bijzondere plaats is toegepast. De Commissie is van oordeel dat in de motivering onvoldoende aandacht is besteed aan de bijzondere

context waarbinnen de af luisterbevoegdheid is toegepast. De hierbij in het geding zijnde belangen dienen nadrukkelijker een plaats te krijgen bij de afweging om de af luisterbevoegdheid toe te passen. Daarnaast is de Commissie van oordeel dat de operationele randvoorwaarden waaronder de af luisterbevoegdheid is toegepast onvoldoende zijn uitgewerkt in de motivering. De Commissie stelt dat in dit geval duidelijker had moeten worden aangegeven op welke wijze de af luisterbevoegdheid zou worden toegepast en waarom de toepassing niet op een minder inbreukmakende wijze ten uitvoer kon worden gelegd. Hoewel de Commissie mede op basis van gesprekken met betrokken medewerkers van de AIVD betreffende deze operatie van oordeel is dat de toepassing van de af luisterbevoegdheid in dit geval voldoet aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit en daarmee rechtmatig is, is zij van oordeel dat de schriftelijke motivering gebrekkig en derhalve onzorgvuldig is.

Aanvragen van een tap jegens een non-target (paragraaf 7)

- 13.4 De Commissie stelt vast dat de AIVD in vier gevallen de af luisterbevoegdheid heeft toegepast op het telefoonnummer van een non-target. Dit kan bijvoorbeeld gaan om de broer of de echtgenote van het eigenlijke target. De Commissie is van oordeel dat het onder omstandigheden is toegestaan een non-target te tappen. In dat geval is de Commissie evenwel van oordeel dat uit de motivering en de tenaamstelling van de toepassing van de af luisterbevoegdheid duidelijk moet blijken dat deze jegens een non-target is ingezet. De motivering moet ook zijn toegespitst op deze persoon, in die zin dat hieruit moet blijken dat voldaan is aan het noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en subsidiariteitsvereiste. Aan het vereiste van proportionaliteit komt hierbij naar het oordeel van de Commissie extra gewicht toe, hetgeen tot uiting dient te komen in de motivering. In de desbetreffende gevallen is de tap evenwel op naam gezet van het eigenlijke target, hoewel de AIVD wist dat het nummer feitelijk niet (meer) in gebruik is bij het target. De Commissie acht dit onrechtmatig.

Langdurige verlenging zonder opbrengst (paragraaf 8)

- 13.5 De AIVD past frequent een bepaalde vorm van de af luisterbevoegdheid toe waarbij door het specifieke karakter ervan een lagere opbrengst is te verwachten dan bij een reguliere telefoontap. De Commissie is van oordeel dat, gelet op het specifieke karakter van deze toepassing van de af luisterbevoegdheid, de AIVD de mogelijkheid moet hebben dit middel gedurende drie periodes toe te passen, dat wil zeggen de initiële aanvraag en tweemaal een verlenging. Indien gedurende deze periodes geen of zeer weinig relevante opbrengst valt te constateren moet de tap hierna worden afgesloten. Hiervan kan slechts in uitzonderingssituaties worden afgeweken. Dit uitgangspunt is ook neergelegd in het interne beleid van de AIVD. De Commissie is van oordeel dat sprake is van een uitzonderingssituatie indien er concrete en actuele aanwijzingen bestaan die voortzetting van de tap rechtvaardigen. De Commissie heeft in twee gevallen geconstateerd dat deze concrete en actuele aanwijzingen ontbraken. Deze taps zijn daarmee na de tweede verlengingsperiode onrechtmatig toegepast.

Verwachte opbrengst onvoldoende gemotiveerd (paragraaf 9)

- 13.6 De Commissie heeft kennisgenomen van een tweetal aanvragen tot verlenging van de inzet van de af luisterbevoegdheid, waarin is opgemerkt dat “er geen relevante

opbrengst [is] verkregen" maar dat het betrokken operationele team van de AIVD verwacht "in de komende periode meer resultaat te hebben". De Commissie is van oordeel dat deze motivering op zichzelf de voortzetting van de af luisterbevoegdheid niet kan rechtvaardigen. Zij heeft nader geïnformeerd bij de AIVD waar de verwachting van het betrokken team op was gebaseerd. Op basis van deze nadere toelichting, die deze verwachting onderbouwde met concrete en actuele aanwijzingen, is de Commissie van oordeel dat de verlenging van de af luisterbevoegdheid in beide gevallen voldoet aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit en daarmee rechtmatig is. Wel had deze nadere toelichting in de motivering van de verlengingsaanvraag moeten zijn opgenomen. Om die reden acht de Commissie de motivering in dit opzicht gebrekkig en derhalve onzorgvuldig.

Uitwerken van gesprekken met verschoningsgerechtigden (paragraaf 10)

- 13.7 De Commissie constateert dat in het kader van twee operaties sprake is geweest van het uitwerken van gesprekken met verschoningsgerechtigden. Hierbij ging het niet om de toepassing van de af luisterbevoegdheid jegens een verschoningsgerechtigde zelf maar jegens iemand die communiceerde met een verschoningsgerechtigde. De Commissie is van oordeel dat de AIVD in deze gevallen de bescherming die verschoningsgerechtigden dienen te genieten, dient te betrekken bij de beslissing deze gesprekken uit te werken. Zij is van oordeel dat de AIVD terughoudend dient te zijn bij het uitwerken van dergelijke gesprekken. Bovendien is de Commissie van oordeel dat indien redelijkerwijs voorzienbaar is dat de betrokkene contact zal hebben met een verschoningsgerechtigde, bijvoorbeeld omdat de rol of functie van de betrokkene dit met zich meebrengt, de AIVD dit zal moeten betrekken bij de motivering voor de toepassing van de af luisterbevoegdheid. De Commissie constateert dat de AIVD dit in twee gevallen heeft nagelaten. Zij is bovendien van oordeel dat het uitwerken van de gesprekken met de verschoningsgerechtigden in deze gevallen niet proportioneel was en daarmee onrechtmatig. De Commissie constateert dat de motivering van één van de daaraan ten grondslag liggende operaties mede erop was gericht kennis te nemen van de gesprekken met verschoningsgerechtigden. Zij acht deze doelstelling eveneens onrechtmatig. De overige doelstellingen van deze operatie acht de Commissie overigens wel rechtmatig.

Toepassing van een organisatielast (paragraaf 11)

- 13.8 De AIVD dient bij het gebruik van een organisatielast aan te sluiten bij het eigen interne kader waarbij de elementen "samenwerkingsverband", "duurzaam karakter", "gemeenschappelijke doelstelling" en "kenbaarheid" expliciet dienen te worden belicht. De Commissie is van oordeel dat hiervan in de motivering in een bepaald geval onvoldoende blijk wordt gegeven. Indien de weging van deze elementen ertoe leidt dat geen sprake is van een organisatie, kan een bijzondere bevoegdheid niet anders worden toegepast dan tegen de individuen afzonderlijk en zullen de verzoeken om toestemming ook afzonderlijk aan de minister dienen te worden voorgelegd. Tevens dient in de organisatielast kenbaar gemaakt te worden wie onder welke omstandigheden als lid van de organisatie wordt gezien en waarom bepaalde geledingen van een organisatie relevant zijn voor het onderzoek van de AIVD. Ook ten aanzien van dit punt is de Commissie van oordeel dat de motivering verbetering behoeft. De Commissie stelt vast dat in een bepaald geval de

categorieën personen die als lid van een organisatie kunnen worden aangemerkt te breed zijn geformuleerd. In de motivering van een operatie is bijvoorbeeld enkel vermeld dat het gaat om een persoon met een specifieke functie zonder te expliciteren om wat voor soort functie dit gaat. Daarnaast dient in de organisatielast te worden geadresseerd wat de aard is van de bijzondere bevoegdheden waarvoor toestemming wordt gevraagd. Zo zal aandacht moeten worden besteed aan de specifieke vorm van de af luisterbevoegdheid waarin de organisatielast voorziet (bijvoorbeeld een telefoon, een microfoon, inzet op een werklocatie, etc.).

- 13.9 De Commissie acht het niet toegestaan dat in een organisatielast toestemming wordt gegeven deze bevoegdheid ook in te zetten jegens non-targets. Zij is van oordeel dat de AIVD de toepassing van de af luisterbevoegdheid jegens een non-target separaat en vooraf moet voorleggen aan de minister.
- 13.10 De Commissie is van oordeel dat uit de motivering van een organisatielast duidelijk moet blijken dat sprake is van een organisatie en dat een noodzaak bestaat onderzoek te doen naar deze organisatie. Met name in het geval van meer fluïde organisaties, zonder (min of meer) vaste structuur en met een informele structuur, dient hieraan expliciet aandacht te worden besteed in de motivering. De Commissie constateert dat bij dergelijke fluïde organisaties het organisatiekarakter inherent minder sterk aanwezig is. Dit leidt ertoe dat in de motivering expliciet dient te worden beargumenteerd dat er een zodanige samenhang tussen de leden van de organisatie bestaat dat sprake is van een organisatie in de zin van de Wiv 2002. Pas dan kan worden volstaan met één motivering ten aanzien van de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.
- 13.11 De Commissie heeft kennisgenomen van een operatie waarbij de AIVD de af luisterbevoegdheid toepast jegens een groep personen. Naar het oordeel van de Commissie kan deze groep niet gekenmerkt worden als een organisatie in de zin van de Wiv 2002. De Commissie is van oordeel dat de voorwaarden om personen aan de last toe te voegen te breed zijn geformuleerd. De Commissie acht onvoldoende duidelijk wie onder welke omstandigheden aan de last kan worden toegevoegd. De Commissie is van oordeel dat in dit verband een specifiekere aanduiding en inkadering benodigd is teneinde deze noodzakelijke duidelijkheid te waarborgen. De door de AIVD zelf gehanteerde criteria om te spreken van een organisatie (duurzaam samenwerkingsverband, gemeenschappelijke doelstelling en kenbaarheid van dat gemeenschappelijke doel voor de leden van organisatie) zijn naar het oordeel van de Commissie onvoldoende concreet uitgewerkt in de motivering. Blijkens de motivering gaat de aandacht van de AIVD niet uit naar een organisatorisch verband maar naar de individuele personen. De Commissie is het oordeel toegedaan dat ten aanzien van ieder van deze personen apart gemotiveerd en vooraf toestemming had moeten worden verkregen van de minister. De toepassing van de organisatielast acht de Commissie daarmee in dit geval onrechtmatig.

Toepassing van de bevoegdheid tot selectie van sigint (paragraaf 12)

Werkwijze

- 13.12 De Commissie constateert dat de AIVD een werkwijze toepast die voorziet in de mogelijkheid dat een operationeel team ten aanzien van een

telecommunicatiegegevens, zoals een telefoonnummer of e-mailadres, waarvoor nog geen ministeriële last bestaat, onderzoekt of het een voor het onderzoek relevant gegeven betreft. De werkwijze is erop gericht de identiteit vast te stellen van de communicerende partij die hoort bij dit telecommunicatiegegeven. Voor zover de werkwijze wordt toegepast ten aanzien van telecommunicatiekenmerken waarvoor wel toestemming van de minister is verkregen acht de Commissie die rechtmatig omdat de inbreuk op de privacy door de toestemming van de minister wordt ondervangen. De Commissie is van oordeel dat de werkwijze van de AIVD, voor zover deze betrekking heeft op telecommunicatiekenmerken waarvoor de minister nog geen toestemming tot selectie heeft verleend onrechtmatig is.

De Commissie heeft geconstateerd dat de minister van Defensie onder aankondiging van wetswijziging ter zake – in overleg met de Tweede Kamer – heeft aangegeven dat de werkwijze ten aanzien van de MIVD wordt voortgezet. Hoewel de minister van Defensie in dit overleg enkel sprak over de werkwijze van de MIVD, merkt de Commissie op dat ook de AIVD, die dezelfde werkwijze toepast, in afwachting van wetgeving ter zake, deze voortzet. Nu de huidige situatie is dat deze werkwijze wordt toegepast, acht de Commissie het van belang deze te beoordelen op verenigbaarheid met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

De Commissie acht het voorstelbaar dat de voornoemde werkwijze er wel toe zal kunnen leiden dat minder vaak een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt, omdat de bevoegdheid tot selectie van sigint op een meer gerichte wijze zal worden toegepast. In afwachting van wetgeving ter zake, heeft de Commissie beoordeeld in hoeverre de AIVD de in deze conclusie beschreven werkwijze zorgvuldig uitvoert. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer vereist dat hierbij invulling wordt gegeven aan de volgende waarborgen:

1. Het kort kennisnemen van de inhoud van de communicatie mag slechts tot doel hebben het vaststellen van de identiteit van de communicerende partijen en de relevantie van de communicatie ten behoeve van het lopende onderzoek. Verder gebruik van de communicatie is niet toegestaan voordat een ministeriële last is verkregen. Randvoorwaarde voor de korte kennisneming is dat sprake is van een adequate functiescheiding tussen de afdeling die de ongerichte interceptie faciliteert en het operationele team, in die zin dat het operationele team niet zelfstandig toegang verkrijgt tot de desbetreffende communicatie.
2. Teneinde deze functiescheiding te waarborgen is het van belang dat wordt voorzien in een adequate schriftelijke registratie en verslaglegging van de kennisname van de inhoud door de bewerker. Hierbij dient te worden vastgelegd welke communicatie is ingezien en wat hiervan de uitkomst was. Deze registratie en verslaglegging acht de Commissie van belang ten behoeve van de interne verantwoording en externe controle alsmede uit oogpunt van de zorgvuldigheid.

De Commissie is van oordeel dat met name deze tweede waarborg thans onvoldoende tot uiting komt in de werkwijze van de AIVD. Naar het oordeel van de Commissie wordt onvoldoende vastgelegd welke communicatie is ingezien en wat hiervan de uitkomst was.

Onzorgvuldigheid

- 13.13 De Commissie constateert dat de AIVD bij een bepaalde operatie ten aanzien van het subsidiariteitsvereiste heeft opgemerkt dat de toepassing van de selectiebevoegdheid "mogelijk wisselgeld oplevert bij de samenwerking met andere buitenlandse diensten". Bij andere operaties is overwogen dat de selectiebevoegdheid de AIVD in staat stelt om op "een betrekkelijk eenvoudige en efficiënte wijze onderzoek te verrichten waarbij sprake is van een beperkt afbreukrisico". De Commissie is van oordeel dat hiermee geen juiste afweging wordt gemaakt in het kader van de proportionaliteits- en subsidiariteitsvereisten. Het afwegen of aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan, impliceert immers een afweging van belangen waarbij het belang van het doelwit van de bijzondere bevoegdheid nadrukkelijk dient te worden betrokken. Dit geldt eveneens voor het subsidiariteitsvereiste op grond waarvan de AIVD is gehouden voor het minst inbreukmakende middel te kiezen. De Commissie overweegt dat de uitkomst van deze afweging er toe kan leiden dat de AIVD is gehouden toch een inefficiënt en betrekkelijk gecompliceerd onderzoeksmiddel te gebruiken. De Commissie heeft ten aanzien van de desbetreffende operaties geen aanwijzingen dat inhoudelijk niet is voldaan aan de voornoemde vereisten. Zij is daarmee van oordeel dat de motivering van de AIVD op dit punt weliswaar gebrekkig en derhalve onzorgvuldig is, maar niet onrechtmatig.
- 13.14 De Commissie constateert dat in de motivering die is voorgelegd aan de minister in twee gevallen niet is ingegaan op de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. In de interne motivering worden deze elementen wel afdoende belicht. De Commissie acht dit onzorgvuldig. Hoewel de AIVD geen uitputtende motivering ten aanzien van de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit aan de minister hoeft voor te leggen, is de Commissie van oordeel dat hetgeen wordt voorgelegd aan de minister voldoende zicht moet bieden op de afwegingen om de minister in staat te stellen het verzoek te beoordelen.

Onrechtmatigheden

- 13.15 De Commissie is van oordeel dat een directe en inzichtelijke relatie tussen de motivering enerzijds en de personen en organisaties ten aanzien van wie de selectiebevoegdheid wordt toegepast anderzijds in drie operaties ontbreekt of onvoldoende duidelijk is gemaakt door de AIVD. Het is de Commissie hierbij onduidelijk op welke wijze bepaalde personen of organisaties die zijn opgenomen op de kenmerkenlijst zich verhouden tot de motivering. Dit kwalificeert de Commissie als onrechtmatig. De Commissie constateert bovendien dat de AIVD in één operatie gebruik maakt van niet-limitatieve opsommingen in de motivering. Deze wijze van motiveren acht de Commissie onrechtmatig.
- 13.16 De Commissie is van oordeel dat bijzondere categorieën personen of organisaties (o.a. non-targets, bronnen, verschoningsgerechtigden) expliciet moeten worden benoemd in de motivering indien jegens deze personen of organisaties de selectiebevoegdheid wordt toegepast en dat hierbij aandacht moet worden besteed aan de wettelijke vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit in relatie tot deze personen of organisaties. De Commissie is van oordeel dat in twee operaties niet, dan wel onvoldoende, is gebleken welke afwegingen zijn gemaakt ten aanzien van deze vereisten. Gelet op de bijzondere status van deze personen en

organisaties acht de Commissie dit onrechtmatig. Een aantal telecommunicatiekenmerken heeft betrekking op een persoon met wie wordt samengewerkt door de AIVD, jegens wie de Commissie de toepassing van de af luisterbevoegdheid als onrechtmatig heeft gekwalificeerd. De selectie van sigint ten aanzien van deze persoon kwalificeert de Commissie eveneens als onrechtmatig.

- 13.17 De Commissie beoordeelt de wijze van motiveren van de selectiebevoegdheid waarbij de beschrijving van een telecommunicatiekenmerk slechts uit één woord bestaan (bijv. bioloog, toxicoloog, telefoonnummer, fax) zonder een nadere duiding, bij één operatie als onrechtmatig. De Commissie is van oordeel dat deze gevallen onvoldoende herleidbaar zijn tot de motivering van de aanvraag en het kader dat daarin besloten dient te liggen. Zij is van oordeel dat ten aanzien van ieder kenmerk in ieder geval de relevantie van het kenmerk in de kenmerkenlijst zelf (beknopt) dient te worden beschreven en waar nodig een duidelijke verwijzing moet worden opgenomen (naar een intern document) op basis waarvan de relevantie van het kenmerk nader kan worden beoordeeld.
- 13.18 De Commissie is in één sigint-operatie gestuit op telecommunicatiekenmerken (bijvoorbeeld telefoonnummers of e-mailadressen) die zijn verkregen door middel van de rechtmatige toepassing van een andere bijzondere bevoegdheid. De Commissie constateert dat al deze telecommunicatiekenmerken in selectie zijn gezet door de AIVD. In vrijwel elk van deze gevallen is niet aangegeven aan wie het nummer toebehoort of wat de specifieke relevantie is van het nummer. In feite is de enige relatie met het desbetreffende onderzoek van de AIVD de omstandigheid dat door de betrokkenen achter deze telecommunicatiekenmerken contact is geweest met een onderzoekssubject van de AIVD, zonder dat de aard van dit contact is geduid of dat er anderszins relevante aanwijzingen bestaan. De Commissie is van oordeel dat het enkele contact met een onderzoekssubject, zonder dat de relevantie van dit contact vaststaat voor het onderzoek van AIVD, onvoldoende is om het in selectie plaatsen te kunnen rechtvaardigen. De Commissie acht het aannemelijk dat het mogelijk is om met minder inbreukmakende middelen te onderkennen welke contacten evident irrelevant zijn. De Commissie acht de selectie aan de hand van deze telecommunicatiekenmerken derhalve onrechtmatig.

Aldus vastgesteld in de vergadering van de Commissie d.d. 6 augustus 2014.