

Vergaderjaar 2008–2009

29 924

Toezichtsverslagen AIVD en MIVD

Nr. 29

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 20 februari 2009

De commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten heeft in het kader van haar taak bedoeld in artikel 64, tweede lid, onder a, van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (WIV 2002) een onderzoek verricht inzake de toepassing door de AIVD van artikel 25 WIV 2002 (aftappen) en artikel 27 WIV 2002 (selectie van ongericht ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie).

Naar aanleiding van dit onderzoek heeft de commissie een toezichtsrapport vastgesteld. Dit toezichtsrapport is openbaar, behoudens enkele delen die zicht bieden op de in concrete gevallen gebruikte middelen, geheime bronnen, modus operandi of het actuele kennisniveau van de AIVD. Het openbare deel van het toezichtsrapport dien ik, met mijn reactie, aan beide kamers der Staten-Generaal te zenden.¹ Bedoeld openbaar rapport alsmede mijn reactie treft u bijgaand aan. Het rapport met een bijlage die passages bevat die gelet op de eerder genoemde gronden niet openbaar mogen worden gemaakt zend ik, vergezeld met mijn reactie daarop, aan de commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (CIVD).

Van de inhoud van het rapport heb ik kennis genomen. De commissie concludeert dat de dienst bij de toepassing van de bevoegdheid genoemd in artikel 25 WIV 2002, behoudens een klein aantal operaties, in overeenstemming met de normen, zoals die in de WIV 2002 zijn weergegeven en die de commissie in haar rapport nader uiteen heeft gezet, heeft gehandeld. Ten aanzien van artikel 27 WIV 2002 concludeert de commissie dat veelal onvoldoende duidelijk wordt gemaakt in de motivering van die bijzondere bevoegdheid waarom de persoon of organisatie wordt onderzocht. Hierop kom ik later in deze brief terug.

In haar rapport gaat de commissie niet alleen inhoudelijk in op de door haar onderzochte zaken. Ook gaat de commissie uitvoerig in op de reikwijdte van de beginselen die moeten worden gehanteerd bij de toepassing van de bijzondere bevoegdheden. Tevens geeft de commissie een

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

beschouwing van het begrip «nationale veiligheid» voor zover dit betrekking heeft op de reikwijdte van de inlichtingentaak buitenland. In die beschouwing kan ik mij vinden.

De commissie heeft bij het opstellen van onderhavig rapport, met een scherp oog voor de praktijk, meegewogen de uitkomsten van de discussie die zij veelvuldig met de AIVD heeft gevoerd. Waarbij uiteraard duidelijk moet zijn dat de commissie uiteindelijk haar eigen conclusies heeft gepresenteerd. In die conclusies kan ik mij grotendeels vinden. Bovendien stemt het tot tevredenheid dat de commissie van oordeel is (pagina 29 van haar rapport) dat de dienst doordacht te werk gaat bij de inzet van de bevoegdheid van artikel 25 WIV 2002 (telefoontaps) en dat de besluiten dienaangaande weloverwogen worden genomen.

Waar het gaat om bevindingen van de commissie waarbij de gevolgtrekking wordt gemaakt dat de inzet van de bijzondere bevoegdheid in strijd zou zijn met de beginselen van noodzakelijkheid en proportionaliteit zal ik hierna betogen waarom ik die conclusies niet in alle gevallen deel.

Voorop wil ik stellen dat de commissie reeds enige jaren bezig is met dit onderzoek. In die tijd heeft veelvuldig overleg plaatsgevonden over de operaties waar inzet van de bevoegdheden ex artikel 25 en 27 WIV 2002 aan de orde was. De aard van deze overleggen spitste zich toe op de uitleg van de in de WIV 2002 vastgelegde eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Begrippen die op zichzelf rekbaar zijn en voor velerlei interpretatie vatbaar. Het vloeit uit de WIV 2002 voort dat het aan mij als minister van BZK is om (vooraf) te beoordelen of een aanvraag voor toestemming ex artikelen 25 WIV 2002 of 27 WIV 2002 voldoet aan voornoemde eisen. Het gaat hier om een weging waarin beoordelingsvrijheid bestaat, die naar mijn mening achteraf slechts op marginale wijze door de CTIVD getoetst mag worden. Het resultaat van die toetsing door de CTIVD, zoals dat thans voorligt, komt op het volgende neer. Alle door de dienst ingezette bevoegdheden ex artikelen 25 WIV 2002 en artikel 27 WIV 2002 hebben tijdig – dus vooraf – de vereiste toestemming gekregen. Hierover mag voor uw Kamer geen misverstand bestaan. Waar de commissie opmerkingen bij maakt betreft concrete gevallen waarin naar het oordeel van de commissie onterecht toestemming is verleend omdat in die gevallen onvoldoende aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit zou zijn voldaan. Anders dan de CTIVD ben ik van mening dat in die concrete gevallen terecht een aanvraag is gedaan en toestemming door mij is verleend, omdat naar mijn overtuiging aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit was voldaan. De operationele details van de in het rapport van de commissie genoemde onderzoeken zal ik doen toekomen aan de CIVD.

Na deze wat meer algemene opmerkingen ga ik thans in op enkele specifieke onderdelen van het rapport.

Aan het slot van paragraaf 6.1 (en in aanbeveling/conclusie nummer 7) geeft de commissie aan dat de AIVD een algemene toestemming ex artikel 25 WIV 2002 om de bevoegdheid uit te breiden tot andere nummers van betrokkene éénmaal op een te ver strekkende wijze heeft gebruikt. Ik heb geconstateerd dat er op zichzelf discussie mogelijk is over de vraag of de dienst niet wat strikter had kunnen zijn en dus tot een afzonderlijke afweging had moeten komen of het schenden van de privacy van de betrokken persoon gerechtvaardigd was. Nu dit niet is geschied heb ik de dienst opdracht gegeven de verwerkte gegevens te verwijderen en te vernietigen.

In paragraaf 6.2.2, onder III, gaat de commissie in op het inzetten van de bijzondere bevoegdheid ex artikel 25 WIV 2002 tegen een zogenoemd

non-target. De commissie refereert daarin aan een tweetal operaties waarbij de toepassing van artikel 25 WIV 2002 tegen non-targets naar het oordeel van de commissie niet proportioneel was. Ik deel dit oordeel van de commissie met betrekking tot beide gevallen niet.

Het eerste geval leent zich, gezien de operationele bijzonderheden en het staatsgeheime karakter daarvan, alleen voor behandeling in de CIVD. Hoewel hetzelfde geldt voor het tweede door de commissie genoemde geval, kan ik daarbij wel meer achtergrondinformatie schetsen. Het ging in dat geval om de inzet van een bijzondere bevoegdheid jegens een verschoningsgerechtigde, tevens non-target. In het rapport over het Telegraaf onderzoek (rapport nummer 10, inzake het onderzoek van de AIVD naar het uitlekken van staatsgeheimen (Kamerstukken II 2006/07, 29 876, nr. 19)) stelde de commissie over dit onderwerp destijds het volgende:

«Wanneer een verschoningsgerechtigde een target is, is de ruimte van de AIVD voor het inzetten van bijzondere bevoegdheden in beginsel groter. De bijzondere weging die per definitie zal dienen plaats te vinden bij het toepassen van bijzondere bevoegdheden tegen de genoemde verschoningsgerechtigden krijgt bij het toepassen van bijzondere bevoegdheden tegen hen als non-target nog een extra gewicht. De AIVD zal ten aanzien van de hier genoemde categorieën personen telkens dienen te beoordelen of het mogelijk is om achter de gewenste informatie te komen via andere middelen; dus zonder inbreuk te maken op hun door de wet dan wel de rechtspraak van het EHRM erkende rechten. Wanneer andere middelen niet mogelijk of opportuun blijken te zijn, zal bij toepassing van bijzondere bevoegdheden tegen de genoemde groepen die wijze van inzet moeten worden gekozen die het minste schade toebrengt aan de van toepassing zijnde belangen».

Ik deel het oordeel van de commissie dat de dienst, vooral bij non-targets, zeer alert en terughoudend moet zijn bij de afweging voor de inzet van bijzondere bevoegdheden. Dit geldt in versterkte mate in het geval het non-target het recht op verschoning heeft. Ik ben van mening dat de dienst in het voorliggende geval de door de commissie ingenomen lijn, zoals hierboven geciteerd, heeft gehanteerd in de desbetreffende operatie en dat de inzet van het middel daarom voldeed aan de beginselen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De operationele bijzonderheden zal ik met de CIVD delen.

In het onderhavige rapport (pagina 35, begin tweede alinea) stelt de commissie echter dat de inzet van een bijzondere bevoegdheid tegen een non-target, tevens verschoningsgerechtigde, in principe niet toelaatbaar is en vrijwel nooit te rechtvaardigen. Slechts bij het bestaan van aanwijzingen dat een dreiging voor de nationale veiligheid op korte termijn wordt geconcretiseerd door een gewelddadige actie en de informatie die nodig is voor het onderzoek uitsluitend kan worden verkregen via de inzet van een bijzondere bevoegdheid tegen die verschoningsgerechtigde, wordt inzet van een bijzondere bevoegdheid mogelijk geacht, aldus de commissie. Het komt mij voor dat de commissie dit oordeel mede stoelt op de door de commissie aangehaalde strafzaken waarbij het verschoningsrecht van advocaten aan de orde was. Ik merk daarover het volgende op. Uiteraard geven de door de commissie genoemde ontwikkelingen aan dat het verschoningsrecht en het journalistieke recht op bronbescherming belangrijke rechten zijn in een democratische samenleving. Een inbreuk op deze rechten valt, zoals de commissie terecht aangeeft, alleen te rechtvaardigen indien daarvoor zwaarwegende redenen bestaan. Alertheid en terughoudendheid zijn hierbij voor de AIVD het devies.

Het standpunt van de commissie dat de inzet van een bijzondere bevoegdheid tegen een non-target, tevens verschoningsgerechtigde, in principe niet toelaatbaar is en vrijwel nooit te rechtvaardigen deel ik echter niet, omdat dit te ver gaat. Hiermee sluit de commissie namelijk de inzet van een bijzondere bevoegdheid in voornoemd kader zo goed als uit voor de inlichtingentaak van de AIVD, zoals genoemd in artikel 6, tweede lid, onder d, WIV 2002. De reikwijdte van de inzet van bijzondere bevoegdheden ten behoeve van deze inlichtingentaak wordt door de commissie op pagina 17 van het rapport nader uiteen gezet: het mag gaan om onderzoek naar de potentiële aantasting van de nationale veiligheid op lange(re) termijn. Voorts geeft de commissie op dezelfde pagina aan dat een potentiële aantasting van de nationale veiligheid doorgaans concreter is bij de veiligheidstaak (a-taak) dan bij de inlichtingentaak (d-taak).

Ik concludeer dan ook dat het door de commissie ingenomen standpunt ertoe zou leiden dat bijzondere bevoegdheden tegen verschoningsgerechtigde non-targets nauwelijks nog zouden kunnen worden ingezet in het kader van de veiligheidstaak, en al helemaal niet in het kader van de inlichtingentaak. Het komt mij voor dat dit de dienst te veel beperkt in zijn effectief functioneren, hetgeen de nationale veiligheid (uiteindelijk) ernstig zou kunnen schaden. Immers, indien het standpunt van de commissie zou worden overgenomen dan heeft dit tot gevolg dat bepaalde functiegroepen in Nederland min of meer uitgesloten worden van de mogelijkheid tot onderzoek door de AIVD. Ik acht dat, gelet op mijn verantwoordelijkheid voor de nationale veiligheid, niet aanvaardbaar.

In hetzelfde kader concludeert de commissie dat (pagina 36, eerste alinea) het uitwerken van vertrouwelijke gesprekken door de AIVD alleen is toegestaan als dit strikt noodzakelijk is voor de taakuitvoering van de AIVD. Dit standpunt van de commissie deel ik volledig. Het standpunt van de commissie dat de dienst de uitwerking van die vertrouwelijke gesprekken niet aan derden mag verstrekken – tenzij het gaat om, aldus de commissie, concrete informatie over een ophanden zijnde aanslag – deel ik echter niet. De commissie gaat hier voorbij aan de omstandigheid dat de dienst, als bijvangst, informatie kan vergaren die duidt op het begaan van zeer zware misdrijven, niet zijnde terroristische aanslagen. Ik meen dat het in een dergelijk geval van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat zij op z'n minst overweegt of die informatie middels een ambtsbericht gedeeld kan worden met het openbaar ministerie. Voorts zij verwezen naar hetgeen in het kader van de parlementaire behandeling van de wet Afgeschermde getuigen is gewisseld. Hierin is gewezen op de mogelijkheid tot het uitbrengen van een ambtsbericht aangaande situaties waarbij het internationaal terrorisme nauw verweven is met proliferatie van massavernietigingswapens of met georganiseerde criminaliteit, dan wel de omstandigheid dat er geen aanleiding is een onderscheid te maken tussen bijvoorbeeld een terroristische moord en een moord uit andere motieven: de zwaarte van het feit is in dat geval onomstreden (Kamerstukken I 2005/06, 29 743 C, pagina 13).

In paragraaf 2.3 van het rapport houdt de commissie een beschouwing over de «stomme tap». Bij het onderzoek heeft de commissie geconstateerd dat in spaarzame gevallen bij een verzoek om actuele verkeersgegevens ex artikel 28 WIV 2002 door een aantal telecommunicatieaanbieders niet alleen de gevraagde verkeersgegevens worden verstrekt, maar – zonder dat de AIVD daarom vraagt – ook SMS berichten. Deze laatste berichten betreffen inhoudelijke communicatie. Omdat de AIVD bij de inzet van een stomme tap niet de intentie heeft kennis te nemen van de inhoud van de communicatie, zoals de commissie ook in haar rapport opmerkt, ben ik van oordeel dat de SMS berichten – nu ze ongevraagd met de verkeersgegevens worden meegezonden – als bijvangst dienen te

worden beschouwd. De AIVD neemt kennis van deze bijvangst. De commissie heeft aangegeven dat, nu de AIVD kennis neemt van die enkele SMS berichten, een stomme tap valt onder de omschrijving van artikel 25 WIV 2002, waarvoor ministeriële toestemming noodzakelijk is. Ik deel deze opvatting van de commissie niet. Ik ben van mening dat de commissie de geconstateerde problematiek op een verkeerde wijze benadert. De AIVD wil uitsluitend actuele verkeersgegevens ontvangen en doet daartoe conform artikel 28 WIV 2002 een verzoek aan de desbetreffende aanbieder van telecommunicatie. Het is dan toch de omgekeerde wereld dat als enkele aanbieders méér verstrekken dan gevraagd, de AIVD daarom een andere procedure zou moeten volgen (in casu die van artikel 25 WIV 2002). Teneinde deze onjuiste (en mogelijk onrechtmatige) handelwijze van enkele telecommunicatieaanbieders te voorkomen heeft, mede naar aanleiding van de bevindingen van de commissie op dit punt, onlangs overleg plaatsgevonden tussen de telecommunicatieaanbieders, het Openbaar Ministerie en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. In dit reguliere TACO-overleg (Telecommunicatie Aftap Coördinatie Overleg) hebben de telecommunicatieaanbieders aangegeven te onderzoeken welke maatregelen zij kunnen treffen teneinde te voorkomen dat in sommige gevallen SMS berichten onterecht worden meegestuurd bij een aanvraag actuele verkeersgegevens.

Om de commissie op dit punt tegemoet te komen – het gaat hier uiteindelijk immers wel om een mogelijke schending van de persoonlijke levenssfeer, de oorzaak doet daar niet aan af – zal ik bevorderen dat de AIVD de bij de stomme tap spaarzaam meegezonden SMS berichten alleen inziet als ik daarvoor toestemming op grond van artikel 25 WIV 2002 heb verleend. Derhalve zal de AIVD de SMS berichten, ongevraagd meegezonden bij de stomme tap, apart opslaan en pas in geval van een aanvraag en na mijn uitdrukkelijke toestemming kennisnemen van de inhoud.

De commissie heeft geconstateerd (pagina 26, boven alinea 6.2.2.) dat de dienst in één geval geen duidelijk organisatieverzoek heeft geschreven, terwijl de dienst tussentijds was gestart met het af luisteren van een nieuw bekend geworden lid van de organisatie. Dit geval is bij mij bekend en inmiddels heeft de dienst het minder duidelijke organisatieverzoek aangepast aan de eisen die de commissie hieraan stelt.

In paragraaf 6.3 heeft de commissie twee operaties aangehaald waarbij zij van oordeel was dat de inbreuk op de rechten van betrokkene in onevenredige verhouding staat/stond tot het doel dat daarmee werd gediend. Het oordeel van de commissie deel ik niet. Nadere details van deze operaties heb ik in mijn reactie aan de CIVD vermeld.

In paragraaf 7 van het rapport gaat de commissie in op de vereisten voor het verzoek om toestemming of verlenging inzake artikel 27 WIV 2002. Het betreft hier concreet de selectie aan de hand van nader in de WIV 2002 onderscheiden selectiekenmerken op de in bulk ontvangen niet-kabelgebonden telecommunicatie. De commissie stelt in haar onderzoek vast dat de AIVD bij het verzoek om selectie weliswaar de reden van het onderzoek (waarvoor de selectie moet worden toegepast) vermeldt, maar vervolgens vrijwel geen aandacht besteedt aan de vraag waarom dient te worden geselecteerd op basis van de in het verzoek opgenomen criteria. Deze problematiek speelt wat de AIVD betreft met name ten aanzien van de selectie op grond van de criteria als bedoeld in artikel 27, derde lid, onder a en b, van de WIV 2002; concreet de selectie op identiteitsgegevens of nummers en technische kenmerken. Met betrekking tot de toepassing van deze selectiecriteria refereert de commissie terecht aan hetgeen tijdens de parlementaire behandeling daaromtrent is gesteld, namelijk dat hetzelfde regime dient te worden toegepast als bij artikel 25 WIV 2002. Ik ben het dan ook met de commissie eens dat in verzoeken om selectie op criteria

zoals hier bedoeld gemotiveerd dient te worden waarom op de vermelde criteria dient te worden geselecteerd. Ik vind echter wel dat hier naar een modus moet worden gezocht die voldoende rekening houdt met de specifieke kenmerken van de onderhavige bijzondere bevoegdheid. Bij artikel 25 gaat het namelijk om een gerichte interceptie van telecommunicatie van een bepaalde persoon *real time*; voorts is daarbij om deze bevoegdheid te kunnen effectueren de medewerking van een aanbieder van telecommunicatie noodzakelijk. Bij de selectie op ongericht in bulk geïntercepteerde niet-kabelgebonden telecommunicatie gaat het er echter om dat achteraf (dus niet *real time*) in een enorme hoeveelheid bulk aan data een selectie moet worden toegepast. Dat vergt een geheel andere werkmethode. Zonder echter af te doen aan de bevindingen van de commissie op dit punt, is dit wel een punt van aandacht bij de beantwoording van de vraag op welke wijze aan de motivering van selectiecriteria als hier bedoeld invulling moet worden gegeven; de praktische uitvoerbaarheid dient nadrukkelijk in het oog te worden gehouden. Onlangs is hierover door de dienst met de commissie afgesproken dat zij in nader overleg gaan om te bezien op welke wijze de praktische uitvoerbaarheid die de dienst wenst, kan worden verenigd met de zorgvuldigheidseisen die de commissie terecht stelt in deze.

In paragraaf 9 van het rapport gaat de commissie in op het verwijderen en vernietigen van ten onrechte verwerkte gegevens, zoals is geregeld in artikel 43, tweede en derde lid, van de WIV 2002. De commissie beveelt aan om toepassing te geven aan deze bepaling met betrekking tot die gegevens waarover zij in het rapport heeft geoordeeld dat deze ten onrechte zijn verwerkt; de commissie heeft deze op een geheim gerubriceerde lijst bij het rapport vermeld. Ik zal hieraan geen gehoor geven voor zover het betrekking heeft op die gevallen ten aanzien waarvan ik – in afwijking van hetgeen de commissie daaromtrent stelt – van oordeel ben dat de toepassing van de desbetreffende bijzondere bevoegdheid en de verwerking van gegevens wel terecht plaatsvonden. Voor verwijdering en vernietiging komen naar mijn mening, zoals hiervoor al aangegeven, alleen de gegevens uit de operatie, genoemd in conclusie 7, in aanmerking. Voor wat betreft de operationele details zal de CIVD nader worden geïnformeerd.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
G. ter Horst