

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

TOEZICHTSRAPPORT

inzake

DE INZET VAN SIGINT
DOOR DE MIVD

CTIVD NR. 28

23 augustus 2011

TOEZICHTSRAPPORT

Inzake de inzet van Sigint door de MIVD

Inhoudsopgave

Samenvatting	i
1. Inleiding	1
2. De opzet van het onderzoek	1
3. Het EVRM en de Grondwet.....	4
3.1 <i>Bescherming van de privacy in het EVRM.....</i>	4
3.1.2 <i>Inmenging in de uitoefening van het recht op privacy.....</i>	4
3.1.2 <i>Rechtvaardiging van de inmenging</i>	6
3.2 <i>Bescherming van de privacy in de Grondwet.....</i>	10
4. De inbreukmakende bijzondere bevoegdheden	12
4.1 <i>De bevoegdheid tot gerichte interceptie.....</i>	12
4.2 <i>De bevoegdheid tot ongerichte interceptie en nadere selectie</i>	14
4.3 <i>De bevoegdheid tot searchen.....</i>	18
4.3.1 <i>Searchen ten behoeve van gerichte interceptie.....</i>	18
4.3.2 <i>Searchen ten behoeve van ongerichte interceptie</i>	19
4.3.3 <i>Kennisnemen van de inhoud.....</i>	20
5. Toetsingskader in de Wiv 2002.....	22
5.1 <i>Het noodzakelijkheids criterium.....</i>	22
5.2 <i>De vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit.....</i>	24

6. De behoefte aan Sigint.....	26
6.1 <i>Proces van behoeftestelling</i>	26
6.1.1 Externe behoeftestelling	26
6.1.2 Interne behoeftestelling	27
6.2 <i>Proces van taken</i>	28
6.3 <i>Afwegingen in het kader van de behoeftestelling</i>	29
7. De verwerving van Sigint	31
7.1 <i>De verwerovende instanties</i>	31
7.1.1 NSO	31
7.1.2 Sigintdetachementen.....	31
7.1.3 Partnerdiensten.....	33
7.2 <i>Gerichte interceptie</i>	33
7.2.1 Interceptie en toestemming.....	33
7.2.2 Generieke identiteiten.....	34
7.2.3 Motivering.....	36
7.3 <i>Ongerichte interceptie (en nadere selectie)</i>	37
7.4 <i>Searchen</i>	39
7.4.1 <i>Searchen</i> ten behoeve van gerichte interceptie.....	39
7.4.2 <i>Searchen</i> ten behoeve van ongerichte interceptie	40
7.4.3 <i>Searchen</i> gericht op het selectieproces.....	42
8. De bewerking van Sigint.....	47
8.1 <i>Ontcijfering</i>	47
8.2 <i>Vertaling en linguïstiek</i>	48
8.3 <i>Selectie</i>	49
8.3.1 Het selectieproces	49
8.3.2 De toestemmingsprocedure	50
8.3.3 Generieke identiteiten.....	52
8.3.4 Motivering.....	54
8.3.5 Het afvoeren van identiteiten	56
8.3.6 Mededelingsplicht.....	56

9. De rapportage en exploitatie van Sigint	57
9.1 <i>Rapportage</i>	57
9.2 <i>Nationale exploitatie</i>	57
9.3 <i>Exploitatie aan partnerdiensten</i>	58
10. Conclusies en aanbevelingen	61
11. Slotopmerking	68

SAMENVATTING

Bij het toezichtsrapport inzake de inzet van Sigint door de MIVD

Het onderzoek van de Commissie heeft zich gericht op de rechtmatigheid van de inzet van het middel *signals intelligence* (Sigint) door de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD). Onder Sigint wordt in dit kader begrepen het vergaren en nader verwerken van inlichtingen uit satelliet- en radiocommunicatie. Het zwaartepunt van dit onderzoek heeft gelegen bij de wijze waarop de MIVD bij de inzet van Sigint invulling geeft aan de bijzondere bevoegdheden die aan de MIVD zijn toegekend in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002). Deze bijzondere bevoegdheden zijn gerichte interceptie (artikel 25 Wiv 2002), selectie na ongerichte interceptie (artikel 27 Wiv 2002) en *searchen* (artikel 26 Wiv 2002).

De zwaarte van de inbreuk die wordt gemaakt bij de inzet van Sigint is afhankelijk van het middel dat wordt ingezet en van de concrete omstandigheden van het geval. Gerichte interceptie van radioverkeer is in dit kader vergelijkbaar met de inzet van een telefoontap, met dien verstande dat het verkeer dat wordt geïntercepteerd veelal plaatsvindt tussen overheidsdiensten of organisaties. Ongerichte interceptie van satellietcommunicatie en nadere selectie wordt doorgaans als minder inbreukmakend ervaren, maar kan, onder omstandigheden, wel degelijk zeer inbreukmakend zijn. Ook bij het *searchen* wordt inbreuk gemaakt op de (grondwettelijk) beschermde communicatievrijheid.

De inzet van Sigint wordt afgeleid van de externe behoefte aan inlichtingen die aan de MIVD wordt gesteld en de interne behoefte aan inlichtingen die vervolgens door de teams van de afdeling Inlichtingen wordt bepaald. Voorts is de inzet van Sigint afhankelijk van de technische en capacitaire (on)mogelijkheden van de verwervende instanties, waaronder de NSO en Sigintdetachementen. De Commissie is van oordeel dat al tijdens de behoeftestelling moet worden afgewogen of de inzet van Sigint voldoet aan de in de Wiv 2002 gestelde vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De Commissie acht het van belang dat deze afwegingen worden gemaakt door het team dat de behoefte stelt.

De Commissie stelt zich op het standpunt dat bij de inzet van Sigint in het buitenland de Wiv 2002 naar analogie dient te worden toegepast en alle wettelijk voorgeschreven procedures moeten worden nageleefd. De Commissie kan zich in het kader van inlichtingenondersteuning van crisisbeheersingsoperaties urgente situaties voorstellen waarbij directe actie is vereist en afgeweken wordt van de procedurele waarborgen die in de Wiv 2002 zijn neergelegd.

Voor de inzet van Sigintmiddelen moet de MIVD toestemming vragen aan de minister van Defensie. De Commissie constateert dat de MIVD toestemming vraagt en krijgt voor de gerichte interceptie dan wel de selectie van communicatie van breed geformuleerde categorieën van personen en organisaties, zogenoemde generieke identiteiten. De Commissie

is van oordeel dat deze werkwijze niet in overeenstemming is met de wet. Met betrekking tot gerichte interceptie acht de Commissie het benoemen van generieke identiteiten niet toelaatbaar. Ten aanzien van selectie na ongerichte interceptie is dit anders. Bij de inzet van deze bevoegdheid kan het onder omstandigheden bij de aanvang van een onderzoek of bij een nieuwe onderzoeksvraag noodzakelijk zijn brede selectie toe te passen. De Commissie constateert dat de wettelijke regeling en de noodzakelijke praktijk op dit punt uiteenlopen.

De motivering van de verzoeken om toestemming is in veel gevallen onvoldoende geweest. De Commissie is van oordeel dat per persoon, organisatie of gebundelde groep moet worden afgewogen of de inzet van Sigintmiddelen noodzakelijk, proportioneel en subsidiair is. Indien bij selectie van satellietcommunicatie een generieke identiteit wordt benoemd, dient beoordeeld te worden waarom dat (nog) noodzakelijk is. Dat deze afwegingen daadwerkelijk hebben plaatsgevonden blijkt niet of onvoldoende uit de verzoeken om toestemming en de verlengingen daarvan. Nu de Commissie onvoldoende kennis draagt van de motivering van de inzet van de bevoegdheden kan zij geen oordeel geven over de rechtmatigheid van die inzet.

De bevoegdheid te *searchen* wordt door de MIVD niet alleen uitgeoefend ten behoeve van de gerichte en ongerichte interceptie, maar ook ten behoeve van selectie. De Commissie constateert dat de werkwijze van de MIVD ten aanzien van het *searchen* ten behoeve van het selectieproces slechts ten dele intern is beschreven en niet is vastgelegd. De Commissie heeft in haar onderzoek, mede op basis van met betrokkenen gevoerde gesprekken, de praktijk van de MIVD in kaart gebracht. Zij is van oordeel dat de in kaart gebrachte praktijk dient te leiden tot een schriftelijke vastlegging van de werkwijze van de MIVD en beveelt de MIVD aan hier zo spoedig mogelijk uitvoering aan te geven.

De Commissie constateert dat de aanleiding voor en het doel van het uitvoeren van een *search*activiteit gericht op selectie gelegen kunnen zijn in meerdere zaken. Zij onderscheidt in ieder geval de volgende gangbare praktijken:

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 acht de eerstgenoemde praktijk van *searchen* toegestaan. De waarborgen die door de MIVD zijn ingebouwd om ongeoorloofd gebruik van deze bevoegdheid te voorkomen, bieden echter onvoldoende bescherming. De Commissie is van oordeel dat de inbreuk die bij de tweede en de derde praktijk van *searchen* gericht op selectie wordt gemaakt op de (privacy)rechten van anderen geen basis heeft in de Wiv 2002. Zij acht deze praktijken van *searchen* ten behoeve van selectie dan ook niet toelaatbaar.

De MIVD werkt op het gebied van Sigint samen met partnerdiensten. Deze samenwerking kan verschillende vormen aannemen. Zo is er sprake van zowel technische als inhoudelijke samenwerking. De Commissie is van oordeel dat het bij bepaalde vormen van samenwerking gaat om technische ondersteuning in de zin van artikel 59 lid 4 Wiv 2002. De Commissie acht het noodzakelijk dat de MIVD telkens een afweging maakt of aan de

voorwaarden voor ondersteuning wordt voldaan. De Commissie is voorts van oordeel dat wanneer de MIVD ter ondersteuning van een buitenlandse dienst bijzondere bevoegdheden inzet, er moet worden voldaan aan alle wettelijke vereisten die gelden voor die inzet. Het is de Commissie in haar onderzoek niet gebleken dat dit altijd het geval is.

De Commissie constateert in het rapport verschillende malen dat de wettelijke regeling ten aanzien van de bevoegdheden van de MIVD op het terrein van Sigint niet overeenkomt of zelfs op gespannen voet staat met de (gewenste) praktijk van de MIVD. De Commissie geeft in overweging te bezien of het, met inachtneming van de privacybescherming, noodzakelijk is dat aan de MIVD (en de AIVD) ruimere bevoegdheden worden toegekend die beter aansluiten op deze (gewenste) praktijk. Het is aan de wetgever om in dat kader een zorgvuldige afweging te maken. De Commissie wijst erop dat het van wezenlijk belang is voor de betrokkenen in dit proces dat de werkwijzen van de dienst(en) zoals die in de praktijk worden uitgevoerd helder zijn beschreven en schriftelijk zijn vastgelegd. De Commissie dringt erop aan dat dit zo spoedig mogelijk gebeurt.

COMMISSIE VAN TOEZICHT
BETREFFENDE
DE INLICHTINGEN- EN VEILIGHEIDSDIENSTEN

CTIVD nr. 28

TOEZICHTSRAPPORT

Inzake de inzet van Sigint door de MIVD

1. Inleiding

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: de Commissie) een onderzoek verricht naar de inzet van *signals intelligence* (verder: Sigint) door de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD). Van het voornemen tot het instellen van dit onderzoek is door de Commissie conform artikel 78 lid 3 Wiv 2002 op 5 november 2008 mededeling gedaan aan de minister van Defensie en aan de voorzitters van de Eerste en de Tweede Kamer van de Staten-Generaal.

Dit rapport bevat een geheime bijlage.

Het onderzoek heeft langer geduurd dan gebruikelijk is. De beperkte capaciteit van de Commissie en de keuze om voorrang te verlenen aan andere onderzoeken heeft de voortgang van het onderzoek naar de inzet van Sigint door de MIVD gestremd.

Het toezichtsrapport is door de Commissie opgesteld op 13 juli 2011. De Commissie heeft op 11 augustus 2011 de reactie van de minister van Defensie op het opgestelde rapport ontvangen. Naar aanleiding van deze reactie heeft de Commissie besloten enkele passages uit het openbare toezichtsrapport te verplaatsen naar de geheime bijlage. Het toezichtsrapport is door de Commissie vastgesteld op 23 augustus 2011.

2. De opzet van het onderzoek

Het onderzoek van de Commissie heeft zich gericht op de rechtmatigheid van de inzet van het middel Sigint door de MIVD. Onder Sigint wordt in dit kader begrepen het vergaren en nader verwerken van inlichtingen uit satelliet- en radiocommunicatie. Binnen de MIVD houdt de afdeling Sigint zich hiermee bezig.

De Commissie heeft beoogd in haar onderzoek aandacht te besteden aan het gehele proces van verwerking van Sigint binnen de MIVD. Onder het overkoepelende woord 'verwerking' wordt hier onder meer verstaan de behoeftestelling aan en de verwerving, bewerking, rapportage en exploitatie van Sigint. Vanwege de omvang van dit verwerkingsproces en het technische gehalte van de materie heeft de Commissie ervoor gekozen een eerste inventarisatie te maken van het proces. Zij heeft daarbij bepaalde, meer technische onderdelen van de verwerking van Sigint buiten beschouwing gelaten. De Commissie sluit

niet uit dat zij aspecten van de verwerking van Sigint nader zal onderzoeken in een eventueel in de toekomst in te stellen vervolgonderzoek naar de inzet van Sigint door de MIVD. De Commissie beraadt zich op de mogelijkheid zich in dat geval te laten bijstaan door een technisch deskundige.

Het zwaartepunt van dit onderzoek door de Commissie heeft gelegen bij de wijze waarop de MIVD bij de inzet van Sigint invulling geeft aan de bijzondere bevoegdheden die aan de MIVD zijn toegekend in de Wiv 2002. Het gaat hier om de bevoegdheid tot gerichte interceptie van telecommunicatie (artikel 25 Wiv 2002), de bevoegdheid tot selectie na ongerichte interceptie van telecommunicatie (artikel 27 Wiv 2002) en de bevoegdheid tot verkenning van de communicatie, ook wel *searchen* genoemd (artikel 26 Wiv 2002).

De Commissie heeft gekozen voor een kaderstellend toezichtsrapport waarbij, anders dan gebruikelijk, niet wordt ingegaan op concrete operaties. De Commissie is voornemens na enige tijd een onderzoek in te stellen naar de wijze waarop de MIVD deze kaders toepast.

De Commissie heeft ervoor gekozen enkele (deel)onderwerpen gerelateerd aan de inzet van Sigint door de MIVD in dit onderzoek buiten beschouwing te laten. Deze worden hieronder kort besproken.

De signalen waaruit inlichtingen worden vergaard betreffen doorgaans communicatie tussen twee partijen. Het gaat hier om *communications intelligence* (ook wel: Comint). De MIVD kan echter ook inlichtingen vergaren uit andersoortige signalen, bijvoorbeeld radarsignalen. Deze vorm van inlichtingenvergaring betreft *electronic intelligence* (ook wel: Elint). Comint en Elint vormen samen Sigint. Aangezien er bij de interceptie en verdere verwerking van Elint geen inbreuk wordt gemaakt op de privacy of andere fundamentele rechten, laat de Commissie het onderwerp Elint verder buiten beschouwing. Voor de leesbaarheid van dit rapport spreekt de Commissie wel van de overkoepelende term 'Sigint' maar gaat het in feite uitsluitend om Comint.

De verwerving van Sigint wordt uitgevoerd door de Nationale Sigint Organisatie (NSO). De NSO heeft onder meer als taak om ten behoeve van de MIVD (en ten behoeve van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD)) satelliet- en radiocommunicatie te intercepteren. De MIVD dient daartoe verzoeken in bij de NSO. Aan deze samenwerking is nader vorm gegeven in het Convenant inzake de interceptie van niet-kabelgebonden telecommunicatie door de Nationale Sigint Organisatie.¹ De wijze waarop door de NSO en de MIVD (en door de AIVD) gezamenlijk invulling wordt gegeven aan dit Convenant en de samenwerking die dit met zich meebrengt, lenen zich voor een geheel op zichzelf staand onderzoek. De Commissie heeft derhalve besloten dit onderwerp in het onderhavige onderzoek niet mee te nemen.

De samenwerking tussen de MIVD en buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten op het gebied van Sigint speelt een belangrijke rol in het verwerkingsproces. In het onderhavige onderzoek heeft de Commissie aandacht besteed aan de rechtmatigheid van een bepaalde vorm van samenwerking met buitenlandse diensten. Andere, vooral relationele, aspecten van de samenwerking met buitenlandse diensten zijn door de Commissie niet in het kader van dit onderzoek bestudeerd. Deze aspecten worden besproken in het komende toezichtsrapport van de Commissie inzake de samenwerking van de MIVD met buitenlandse inlichtingen- en/of veiligheidsdiensten.

¹ *Staatscourant* 2007, nr. 129, p. 8.

De MIVD zet zijn bevoegdheden tevens in het buitenland in om Sigint te vergaren ten behoeve van de inzet van de Nederlandse krijgsmacht, bijvoorbeeld de missie in Afghanistan. Het gaat hier om vooruitgeschoven posten in het buitenland, zogeheten Sigintdetachementen. De Commissie heeft in het onderhavige onderzoek aandacht besteed aan de activiteiten die de MIVD in dit kader in algemene zin ontplooit en aan de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de kaders die de Wiv 2002 schept voor de inzet van Sigint door de MIVD. De Commissie heeft echter geen onderzoek verricht naar de verwerking van Sigint door een detachement in het buitenland.

Het Sigint proces kent een hoog technisch gehalte. Een aantal van de systemen waarmee door de MIVD dan wel de NSO wordt gewerkt is zo ingericht dat bepaalde waarborgen in het proces worden geboden. In dit toezichtsrapport worden verschillende voorbeelden van deze technische waarborgen genoemd. De Commissie merkt op dat zij geen nader onderzoek heeft verricht naar de werking van deze systemen in de praktijk.

Door de Commissie is naslag verricht in de dossiers bij de MIVD uit de periode begin 2007 tot eind 2010. Daarbij heeft de Commissie internationale regels en richtlijnen voor de omgang met Sigint, waaraan de MIVD is gehouden, in acht genomen.

Naast het dossieronderzoek heeft een aantal gesprekken plaatsgevonden met functionarissen van de MIVD, onder wie leidinggevend, juristen, analisten, linguïsten en overige medewerkers van de afdeling Sigint, de afdeling Inlichtingen en het bureau Juridische Zaken van de MIVD. Tevens heeft de Commissie gesproken met de directie Juridische Zaken van het ministerie van Defensie, met een vertegenwoordiger van de NSO en met een jurist van de AIVD.

Het toezichtsrapport is als volgt opgebouwd. Paragraaf 3 gaat in op enkele bepalingen in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en in de Nederlandse Grondwet. Hierbij wordt aandacht besteed aan het inbreukmakend karakter van het middel Sigint en de achtergronden waartegen de bevoegdheden van de MIVD dienen te worden gezien. De betekenis en de reikwijdte van de bevoegdheid tot gerichte interceptie (artikel 25 Wiv 2002), de bevoegdheid tot selectie na ongerichte interceptie (artikel 27 Wiv 2002) en de bevoegdheid tot *searchen* (artikel 26 Wiv 2002) worden besproken in paragraaf 4. In paragraaf 5 wordt het toetsingskader zoals neergelegd in de Wiv 2002 omschreven. In de paragrafen 6 tot en met 9 wordt ingegaan op de verschillende aspecten van het proces van de verwerking van Sigint zoals dat binnen de MIVD plaatsvindt. Het gaat hier achtereenvolgens om de behoeftestelling aan Sigint, de verwerving van Sigint in praktische en in juridische zin, de bewerking van Sigint, en tot slot de rapportage en exploitatie van Sigint. In deze paragrafen gaat de Commissie tevens in op de knelpunten die zij heeft geconstateerd in de verhouding tussen het juridische kader en de praktijk bij de MIVD. De conclusies en aanbevelingen van de Commissie worden weergegeven in paragraaf 10. De Commissie besluit het toezichtsrapport met een slotopmerking in paragraaf 11.

De Commissie merkt op dat de complexiteit van de materie samen met de wens een begrijpelijk toezichtsrapport te schrijven haar soms hebben genoopt tot een vereenvoudigde weergave van de praktijk.

3. Het EVRM en de Grondwet

De Commissie heeft gedurende haar onderzoek kennisgenomen van uiteenlopende opvattingen over de wijze waarop en de mate waarin de inzet van Sigint inbreuk maakt op het recht op privacy. Het is de Commissie opgevallen dat niet alle personen die zich dagelijks bezighouden met de verwerking van Sigint de inbreuk van dit middel op waarde schatten. Daarnaast wordt veelal een koppeling gemaakt tussen de mate waarin een middel inbreuk maakt en de mogelijke of de daadwerkelijke opbrengst van de inzet. Door juristen wordt in dit kader geregeld gesproken over de *potentiële* inbreuk die de inzet van Sigint maakt op het recht op privacy. Ook is ten overstaan van de Commissie beargumenteerd dat de inbreuk doorgaans niet zwaar is omdat het bij de inzet van Sigint niet mogelijk is om 'realtime' mee te luisteren en dat van de inhoud van de communicatie vaak pas wordt kennisgenomen na de transportfase, oftewel nadat de communicatie zijn bestemming heeft bereikt. Ook is gesteld dat doorgaans slechts een deel van de totale communicatie van een bepaalde persoon of organisatie kan worden ontvangen en opgenomen en dat de communicerende partijen er bovendien niets van merken.

De Commissie acht het wenselijk meer duidelijkheid te verschaffen over de inbreuk die wordt gemaakt bij de inzet van Sigint door de MIVD. Daartoe gaat de Commissie in op het recht op privacy dat wordt beschermd door artikel 8 van het EVRM en de bijbehorende jurisprudentie en het recht op privacy dat wordt beschermd door artikel 10 en, in het verlengde daarvan, artikel 13 van onze Grondwet. Deze bepalingen liggen ten grondslag aan de wijze waarop de bijzondere bevoegdheden van de MIVD in de Wiv 2002 zijn neergelegd en vormen mede het kader waarbinnen de inzet van Sigint door de MIVD moet blijven.

In de paragrafen 4 en 5 wordt nader ingegaan op de bijzondere bevoegdheden en het toetsingskader (noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit) dat in de Wiv 2002 is neergelegd.

3.1 Bescherming van de privacy in het EVRM

Het recht op bescherming van de privacy is in het EVRM neergelegd in artikel 8. In de navolgende paragraaf zal aan de hand van jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens² worden besproken wat dit recht inhoudt en onder welke omstandigheden beperkingen van dat recht in het kader van de nationale veiligheid gerechtvaardigd zijn.

3.1.2 Inmenging in de uitoefening van het recht op privacy

In artikel 8 lid 1 EVRM is vastgelegd dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Wat dit recht op privacy omvat is nader uitgewerkt in de uitspraken van het Europees Hof over artikel 8 EVRM. Deze jurisprudentie is omvangrijk en bestrijkt een veelheid van gebieden, zoals de ruimtelijke privacy (onder andere het huisrecht), de relationele privacy, het recht op correspondentie en de informationele privacy (onder andere de verwerking van persoonsgegevens). Over zaken waarbij in het belang van de nationale veiligheid inmenging heeft plaatsgevonden in de uitoefening van het privacyrecht door geheim onderzoek van een

² De gehele tekst van de jurisprudentie van het Europees Hof waarnaar verwezen wordt in deze paragraaf is beschikbaar op www.echr.coe.int via de zoekmachine HUDOC.

inlichtingen- en/of veiligheidsdienst bestaat echter slechts een beperkte hoeveelheid jurisprudentie van het Europees Hof.

In de zaak *Klass tegen Duitsland*³ spreekt het Hof zich voor het eerst uit over dit onderwerp. Het Hof komt onder meer voor de vraag te staan of nationale wetgeving die de autoriteiten toestaat poststukken te openen, telegraafberichten te lezen en telefoongesprekken op te nemen en af te luisteren een inmenging is in de uitoefening van het recht op privacy neergelegd in artikel 8 EVRM. Het Hof oordeelt dat elk van de toegestane middelen, wanneer toegepast op een individu, zal leiden tot een inmenging in de uitoefening van diens privacy. Dit geldt volgens het Hof ook ten aanzien van het opnemen en af luisteren van telefoongesprekken die, ondanks dat ze niet expliciet worden genoemd in artikel 8 EVRM, onder de begrippen privéleven en correspondentie worden begrepen. Het Hof oordeelt vervolgens dat het enkele bestaan van wetgeving een inmenging kan zijn in de uitoefening van het recht op privacy van de betrokkenen:

“Furthermore, in the mere existence of the legislation itself there is involved, for all those to whom the legislation could be applied, a menace of surveillance; this menace necessarily strikes at freedom of communication between users of the postal and telecommunication services and thereby constitutes an "interference by a public authority" with the exercise of the applicants' right to respect for private and family life and for correspondence.”⁴

Het Europees Hof bevestigt deze redenering in de zaak *Malone tegen het Verenigd Koninkrijk*.⁵ Het Hof vindt het niet noodzakelijk de klacht van klager dat zijn post en telefoongesprekken enkele jaren werden geïntercepteerd nader te onderzoeken. Het enkele bestaan van wetgeving en praktijk die een systeem van heimelijke surveillance van communicatie vormen en toestaan, is een inmenging in de uitoefening van de rechten van klager onder artikel 8 EVRM, los van de middelen die daadwerkelijk tegen klager waren ingezet. Tevens oordeelt het Hof in deze zaak dat verkeersgegevens, gegevens die niet de inhoud van de communicatie betreffen, ook de bescherming van artikel 8 EVRM genieten:

“[...] a meter check printer registers information that a supplier of a telephone service may in principle legitimately obtain, notably in order to ensure that the subscriber is correctly charged or to investigate complaints or possible abuses of the service. By its very nature, metering is therefore to be distinguished from interception of communications, which is undesirable and illegitimate in a democratic society unless justified. The Court does not accept, however, that the use of data obtained from metering, whatever the circumstances and purposes, cannot give rise to an issue under Art. 8. The records of metering contain information, in particular the numbers dialled, which is an integral element in the communications made by telephone. Consequently, release of that information to the police without the consent of the subscriber also amounts, in the opinion of the Court, to an interference with a right guaranteed by Art. 8.”⁶

In de zaken *Weber en Saravia tegen Duitsland*⁷ en *Liberty tegen het Verenigd Koninkrijk*⁸ bevestigt het Europees Hof dat ook ongerichte interceptie van telecommunicatie en selectie naderhand op basis van trefwoorden of selectiecriteria onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM vallen. Wederom stelt het Hof dat het enkele bestaan van de wetgeving in kwestie een inmenging

³ EHRM 6 september 1978 (*Klass e.a./Duitsland*).

⁴ EHRM 6 september 1978 (*Klass e.a./Duitsland*) par. 41.

⁵ EHRM 2 augustus 1984 (*Malone/Verenigd Koninkrijk*) par. 64.

⁶ *Idem*, par. 84.

⁷ EHRM 29 juni 2006 (*Weber en Saravia/Duitsland*), ontvankelijkheidsbeslissing.

⁸ EHRM 1 juli 2008 (*Liberty e.a./Verenigd Koninkrijk*).

kan zijn in de uitoefening van het recht op privacy van personen op wie de wetgeving betrekking kan hebben.

In *Liberty* benadrukt het Hof bovendien dat het bestaan van bepaalde bevoegdheden, in het bijzonder de bevoegdheden tot het doen van onderzoek naar, het gebruik en de opslag van de geïntercepteerde communicatie, een inmenging vormt in de uitoefening van de rechten van klagers.⁹ In *Weber en Saravia* wordt de aandacht erop gevestigd dat de wettelijke bepalingen die de mogelijkheid bieden gegevens te vernietigen en de bepalingen die in de weg staan aan notificatie van de betrokken personen, eveneens leiden tot de conclusie dat sprake is van inmenging in de uitoefening van klagers' rechten onder artikel 8 EVRM.¹⁰

Het Hof overweegt in de zaak *Weber en Saravia* bovendien dat de verdere verstrekking van de geïntercepteerde gegevens tot een op zichzelf staande inmenging in de uitoefening van artikel 8 EVRM leidt:

“[...] the transmission of data to and their use by other authorities, which enlarges the group of persons with knowledge of the personal data intercepted and can lead to investigations being instituted against the persons concerned, constitutes a further separate interference with the applicants' rights under Article 8 [...]”¹¹

In de zaak *Kennedy tegen het Verenigd Koninkrijk*¹² wordt de redenering van het Hof in de bovengenoemde zaken herhaald. Het Hof stelt voorts dat in de beoordeling of sprake is van een inmenging in de uitoefening van het recht op privacy enkel vanwege het bestaan van wetgeving die heimelijke surveillance toestaat, tevens in ogenschouw moet worden genomen of er een mogelijkheid is de toepassing van die bevoegdheden op nationaal niveau aan te vechten.¹³

Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat het Hof in zaken waarin sprake is van geheim onderzoek door een inlichtingen- en/of veiligheidsdienst al snel tot de conclusie komt dat er een inmenging heeft plaatsgevonden in de uitoefening van het recht op privacy.

3.1.2 Rechtvaardiging van de inmenging

Artikel 8 lid 2 EVRM voorziet in een beperkingsregeling van het recht op privacy:

“Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid [...]”

De inmenging in de uitoefening van het recht op privacy is dus gerechtvaardigd indien aan de in lid 2 genoemde voorwaarden wordt voldaan. Deze voorwaarden zijn nader uitgewerkt in de omvangrijke jurisprudentie van het Europees Hof over artikel 8 EVRM. De hoofdlijnen worden hieronder besproken.

⁹ EHRM 1 juli 2008 (*Liberty e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 57.

¹⁰ EHRM 29 juni 2006 (*Weber en Saravia/Duitsland*) ontvankelijkheidsbeslissing, par. 79.

¹¹ EHRM 29 juni 2006 (*Weber en Saravia/Duitsland*) ontvankelijkheidsbeslissing, par. 79.

¹² EHRM 18 mei 2010 (*Kennedy/Verenigd Koninkrijk*).

¹³ EHRM 18 mei 2010 (*Kennedy/Verenigd Koninkrijk*), par. 124.

‘Bij de wet voorzien’

De voorwaarde dat de inmenging ‘bij de wet is voorzien’ betekent allereerst dat de inmenging een basis moet hebben in het nationale recht. Het woord ‘wet’ moet hier ruim worden uitgelegd. Het gaat volgens het Hof niet zozeer om het bestaan van formele wetgeving maar juist van materiële regelgeving.¹⁴

Het Europees Hof stelt twee kwaliteitseisen aan het nationale recht waarin de inmenging een basis heeft: het recht moet toegankelijk en voorzienbaar zijn.¹⁵ Toegankelijkheid houdt in dat de regels waarop het inbreukmakende optreden is gebaseerd op afdoende wijze moeten zijn gepubliceerd of bekend zijn gemaakt.¹⁶ De toegankelijkheid van deze regels dient overigens slechts gegarandeerd te zijn voor die personen voor wie de regelgeving specifiek relevant is.¹⁷ Bij voorzienbaarheid van de wet gaat het erom dat de wet voldoende duidelijk en nauwkeurig is. Vanuit het oogpunt dat het risico van misbruik van bevoegdheden intrinsiek is aan heimelijk onderzoek, geldt het voorgaande volgens het Hof des te meer daar waar de toe te passen technologie steeds geavanceerder wordt.¹⁸ In de beoordeling of aan het vereiste van voorzienbaarheid is voldaan, mag de praktijk zoals neergelegd in interne instructies mee worden gewogen, voor zover deze praktijk bij de betrokkene(n) bekend is gemaakt.¹⁹

De mate van de vereiste duidelijkheid en nauwkeurigheid van de regelgeving is volgens het Hof afhankelijk van het specifieke onderwerp. Regelgeving in het kader van de nationale veiligheid, bijvoorbeeld over de bevoegdheid communicatie af te tappen of geheim onderzoek te doen, kan aan de burger niet dezelfde duidelijkheid en nauwkeurigheid bieden als regelgeving op andere terreinen.²⁰ Regelgeving in het kader van de nationale veiligheid kent de overheid vaak een bepaalde beoordelingsvrijheid toe. Dit is soms onvermijdelijk. Het Hof stelt dat, vanuit het oogpunt van de ‘rule of law’, de regelgeving dan wel een indicatie moet bevatten van de omvang van die beoordelingsruimte.²¹ Daarnaast moeten er voldoende waarborgen in het rechtssysteem aanwezig zijn om de burger te beschermen tegen willekeur.²²

Het criterium van voldoende waarborgen tegen willekeur van de overheid vereist allereerst dat de wet in ieder geval dusdanig duidelijk is dat de burger kan begrijpen onder welke omstandigheden de overheid een bepaalde inbreukmakende bevoegdheid mag uitoefenen

¹⁴ EHRM 26 april 1979 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*) par. 47; EHRM 24 april 1990 (*Kruslin/France*) par. 29; EHRM 24 april 1990 (*Huwig/France*) par. 28.

¹⁵ EHRM 26 april 1979 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*) par. 49; EHRM 25 maart 1983 (*Silver e.a./Verenigd Koninkrijk*) par. 85; EHRM 24 april 1990 (*Kruslin/France*) par. 27; EHRM 24 april 1990 (*Huwig/France*) par. 26.

¹⁶ EHRM 25 maart 1983 (*Silver e.a./Verenigd Koninkrijk*) par. 87; EHRM 26 maart 1987 (*Leander/Zweden*) par. 53.

¹⁷ EHRM 28 maart 1990 (*Groppera Radio AG e.a./Zwitserland*) par. 68.

¹⁸ EHRM 29 juni 2006 (*Weber en Saravia/Duitsland*) ontvankelijkheidsbeslissing, par. 93; EHRM 2 september 2010 (*Uzun/Duitsland*), par. 61.

¹⁹ EHRM 25 maart 1983 (*Silver e.a./Verenigd Koninkrijk*) par. 88; EHRM 26 maart 1987 (*Leander/Zweden*) par. 51.

²⁰ EHRM 2 augustus 1984 (*Malone/Verenigd Koninkrijk*) par. 67; EHRM 26 maart 1987 (*Leander/Zweden*) par. 51.

²¹ EHRM 25 maart 1983 (*Silver e.a./Verenigd Koninkrijk*) par. 88.

²² EHRM 2 augustus 1984 (*Malone/Verenigd Koninkrijk*) par. 67.

en onder welke voorwaarden dat mag gebeuren.²³ Daarnaast hecht het Hof belang aan de aanwezigheid van adequate juridische procedures om vermeende willekeurige inmenging aan te kunnen vechten.²⁴

In de eerdergenoemde zaken *Weber en Saravia tegen Duitsland* en *Liberty tegen het Verenigd Koninkrijk* worden deze uitgangspunten door het Hof nader toegepast t.a.v. de nationale regelgeving in kwestie die ongerichte interceptie van telecommunicatie en selectie naderhand op basis van trefwoorden of selectiecriteria toestaat. Het Hof noemt daarbij een aantal minimum waarborgen die het Hof in eerdere uitspraken over het gericht tappen van telecommunicatie heeft ontwikkeld. Deze waarborgen dienen minimaal aanwezig te zijn om misbruik van bevoegdheden te vermijden.

“In its case-law on secret measures of surveillance, the Court has developed the following minimum safeguards that should be set out in statute law in order to avoid abuses of power: the nature of the offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped; a limit on the duration of telephone tapping; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes destroyed [...]”²⁵

In *Liberty* stelt het Hof expliciet dat hoewel deze waarborgen zijn ontwikkeld in het kader van bevoegdheden gericht op specifieke personen, niets in de weg staat aan het toepassen van dezelfde waarborgen t.a.v. regelgeving over bevoegdheden die meer ongericht zijn.²⁶ De nationale regelgeving betreffende ongerichte interceptie en selectie moet dus in ieder geval regels omvatten over de aard van de activiteiten die de aanleiding kunnen vormen voor interceptie, de categorieën personen wier communicatie geïntercepteerd kan worden, een beperking van de duur van de interceptie, de te volgen procedure voor het onderzoek, gebruik en de opslag van geïntercepteerde gegevens, de te nemen voorzorgsmaatregelen bij externe verstrekking van de gegevens en de omstandigheden waaronder de gegevens verwijderd of vernietigd mogen of moeten worden.

‘noodzakelijk in een democratische samenleving’

De tweede voorwaarde is die van noodzakelijkheid in een democratische samenleving. Deze voorwaarde vereist allereerst dat er een gerechtvaardigd belang aan de inmenging ten grondslag ligt. Volgens het Europese Hof moet het begrip ‘noodzakelijk’ niet te strikt en niet te ruim worden uitgelegd. Het is in beginsel aan de staat zelf om de initiële beoordeling te maken of er een gerechtvaardigd belang door de inmenging gediend wordt.²⁷

Een element van de vereiste noodzakelijkheid is dat er sprake moet zijn van proportionaliteit tussen de inmenging en de bescherming van het doel dat met de inmenging wordt beoogd te bereiken.²⁸ Dit houdt in dat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen de inmenging

²³ EHRM 2 augustus 1984 (*Malone/Verenigd Koninkrijk*) par. 68; EHRM 24 april 1990 (*Kruslin/France*) par. 33 en 35; EHRM 24 april 1990 (*Huwig/France*) par. 32 en 34.

²⁴ EHRM 4 mei 2000 (*Rotaru/Roemenië*) par. 59.

²⁵ EHRM 29 juni 2006 (*Weber en Saravia/Duitsland*) ontvankelijkheidsbeslissing, par. 95; EHRM 1 juli 2008 (*Liberty e.a./Verenigd Koninkrijk*) par. 62 en 63.

²⁶ EHRM 1 juli 2008 (*Liberty e.a./Verenigd Koninkrijk*) par. 63.

²⁷ EHRM 7 december 1976 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*) par 48 en 49; EHRM 26 april 1979 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*) par. 59.

²⁸ EHRM 7 december 1976 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*) par. 49.

in de uitoefening van het recht enerzijds en het nagestreefde legitieme doel anderzijds. De inmenging mag niet van zodanige aard zijn dat de essentie van het recht wordt uitgehold. Ook wanneer met een lichtere inbreukmakende maatregel kan worden volstaan (ook wel het subsidiariteitsbeginsel genoemd), is de inmenging niet proportioneel.²⁹

Met betrekking tot zowel de noodzakelijkheid als de proportionaliteit wordt, in overeenstemming met het subsidiaire karakter van het Straatsburgse mechanisme, aan de staat een zekere beoordelingsruimte gelaten.³⁰ In de eerdergenoemde zaak *Klass* refereert het Hof hier expliciet aan en stelt dat het niet aan het Hof is om te beoordelen welke maatregel, ter bescherming van o.m. de nationale veiligheid, getroffen dient te worden. Dit betekent echter niet dat de staat zomaar elke maatregel kan nemen die het aangewezen acht. Het Hof stelt hier dat, welke maatregel of systeem van maatregelen ook gekozen wordt door de staat, adequate en effectieve waarborgen tegen willekeur vereist zijn.³¹ Ook in latere uitspraken kent het Hof in het kader van de proportionaliteitstoets de staat een vrij ruime beoordelingsruimte toe bij het inzetten van middelen in het belang van de nationale veiligheid, mits er voldoende waarborgen tegen willekeur zijn.³²

In *Weber en Saravia* erkent het Hof eveneens de ruime beoordelingsvrijheid van de staat op het terrein van de nationale veiligheid. Het Hof overweegt vervolgens, onder verwijzing naar de zaak *Klass*:

“Nevertheless, in view of the risk that a system of secret surveillance for the protection of national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that there exist adequate and effective guarantees against abuse [...]. This assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorise, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law [...].”³³

De afweging of er voldoende waarborgen zijn is dus afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard, het bereik en de duur van de bevoegdheid, de gronden op basis waarvan de bevoegdheid mag worden ingezet, de autoriteiten die bevoegd zijn toestemming te verlenen, de bevoegdheid uit te oefenen en toezicht te houden, alsmede het rechtsmiddel dat in het nationale rechtssysteem aan het individu openstaat.

Concluderend kan worden gesteld dat de rechtvaardiging van de inmenging in de uitoefening van het recht op privacy afhangt van de concrete omstandigheden van het geval. Het Hof toetst zowel de kwaliteit van de regelgeving die de inmenging in de privacy toestaat als de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de inzet van de inbreukmakende bevoegdheid. Omdat ten aanzien van beide aspecten de staat, vanwege de bescherming van de nationale veiligheid, een vrij ruime beoordelingsruimte toekomt, hecht het Hof grote waarde aan de aanwezigheid van adequate en effectieve waarborgen tegen willekeur.

²⁹ EHRM 2 oktober 2001 (*Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*) par. 97.

³⁰ EHRM 7 december 1976 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*) par. 48 en 49.

³¹ EHRM 6 september 1978 (*Klass e.a./Duitsland*) par 46 en 48-50.

³² EHRM 26 maart 1987 (*Leander/Zweden*) par 59 en 60; EHRM 2 augustus 1984 (*Malone/Verenigd Koninkrijk*) par. 81.

³³ EHRM 29 juni 2006 (*Weber en Saravia/Duitsland*) ontvankelijkheidsbeslissing, par. 106.

Voor de beoordeling van de mate waarin door toepassing van een bevoegdheid sprake is van inmenging in de uitoefening van het recht op privacy biedt de jurisprudentie van het Hof weinig aanknopingspunten.

3.2 Bescherming van de privacy in de Grondwet

De bescherming van de privacy is in de Grondwet allereerst geregeld in artikel 10 waarin in het eerste lid in algemene zin is opgenomen dat een ieder recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. In lid 1 is eveneens opgenomen dat bij of krachtens de wet beperkingen kunnen worden gesteld. De precieze reikwijdte van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt dus in andere wetten, zoals in de Wiv 2002, nader geregeld.

Artikel 13 van de Grondwet vormt een specifieke uitwerking van een deel van de bescherming van de privacy. Artikel 13 verklaart dat het briefgeheim (lid 1) en het telefoon- en telegraafgeheim (lid 2) onschendbaar zijn. Voor het onderhavige onderzoek is vooral het telefoon- en telegraafgeheim van belang. Beperkingen van het telefoon- en telegraafgeheim vereisen een voorafgaande machtiging door een bevoegd orgaan. Zo is in de Wiv 2002 opgenomen dat Sigintmiddelen pas mogen worden ingezet indien door de betrokken minister daarvoor toestemming is verleend.

Het telefoon- en telegraafgeheim in artikel 13 Grondwet beschermt de verzender van een boodschap die via telefonie of telegrafie verloopt tegen de kennisneming van de inhoud van de communicatie door degene die met de verzending is belast of tegen degene die via de transporteur toegang tot de verzonden boodschap heeft. Omdat soms om technische redenen kennis wordt genomen van de communicatie, heeft het geheim ook de strekking dat de inhoud van de communicatie niet verder wordt verspreid. Het telefoon- en telegraafgeheim beschermt besloten communicatie. Dat wil zeggen dat de verzender het nodige moet hebben gedaan om de communicatie geheim te houden. De communicatie is slechts tijdens het transport beschermd. Alles wat buiten de sfeer valt van de verzending en wat daaraan is toe te rekenen, blijft echter wel de bescherming van het algemene privacyrecht genieten.³⁴

Verkeersgegevens, ofwel verbindingsgegevens over het transport van de communicatie, vallen buiten de bescherming van het telefoon- en telegraafgeheim. Verkeersgegevens worden beschermd door artikel 10 van de Grondwet voor zover zij aangemerkt kunnen worden als persoonsgegevens.

In 1997 is discussie ontstaan over hoe de bescherming van communicatie in de Grondwet geregeld zou moeten zijn. De directe aanleiding voor deze discussie vormde een uitspraak van de minister van Justitie dat het briefgeheim geen bescherming aan e-mail biedt. De bescherming van communicatie buiten de nu in de Grondwet genoemde middelen werd noodzakelijk geacht.

De regering diende een voorstel tot wijziging van artikel 13 van de Grondwet in waarin het begrip 'vertrouwelijke communicatie' werd opgenomen.³⁵ Hiermee werd beoogd een techniekafhankelijke norm te hanteren waaronder zowel huidige als toekomstige communicatiemiddelen begrepen konden worden. Het voorgestelde artikel 13 zou besloten vormen van communicatie zowel binnen als buiten de transportfase beschermen. De

³⁴ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nrs. 1-5.

³⁵ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 443 nrs. 1-2.

beslotenheid van de communicatie zou blijken uit de geobjectiveerde wil van de verzender om de communicatie uitsluitend met de geadresseerde te delen. Deze wil zou kunnen worden afgeleid uit een bepaalde mate van beveiliging. Zo moest een e-mail bijvoorbeeld versleuteld zijn.

Het wijzigingsvoorstel werd kritisch ontvangen. Door de Tweede Kamer werd het voorstel veelvuldig geamendeerd. De Eerste Kamer steunde het voorstel niet. Hierop stelde de minister van Binnenlandse Zaken een commissie in die een advies diende uit te brengen over grondrechten in het digitale tijdperk. De commissie onder leiding van hoogleraar Franken presenteerde in 2000 een rapport, onder andere met een voorstel voor wijziging van artikel 13.³⁶ Ook in dit voorstel werd het begrip vertrouwelijke communicatie opgenomen, waarvan sprake zou zijn wanneer iemand op grond van zijn wil tot geheimhouding een wijze van communiceren kiest, die hem een redelijke verwachting van vertrouwelijkheid biedt.

Naar aanleiding hiervan kwam er een nieuw wijzigingsvoorstel van het kabinet waarin de voorstellen van de commissie Franken grotendeels werden overgenomen.³⁷ Het recht op vertrouwelijke communicatie werd in het voorstel van het kabinet echter beperkt tot communicatie die ter vervoer aan een derde wordt toevertrouwd, dus alleen geldend in de transportfase.

Zowel het voorstel van de commissie Franken als het voorstel van het kabinet stuitte op hevige kritiek. Er bestond niet alleen verschil van mening over het object van het recht, maar ook de theoretische uitwerking van het recht en de mogelijke beperkingen leidden tot discussie. De benadering van de 'vertrouwelijke communicatie' in de eerder genoemde voorstellen werd in de literatuur tegengegaan door aanhangers van de transportbenadering.³⁸ Hierbij is het uitgangspunt dat niet het vertrouwelijke karakter van de inhoud van de communicatie maar het communicatiekanaal grondwettelijke bescherming verdient. De ratio hiervan is dat de verzender van communicatie erop moet kunnen vertrouwen dat de communicatie veilig aan een transporteur ter vervoer kan worden toevertrouwd, ongeacht het karakter van de communicatie. Juist dit aan een ander toevertrouwen vormt een extra kwetsbaarheid voor de verzender. In deze benadering worden ook verkeersgegevens onder het communicatiegeheim geschaard.

In het coalitieakkoord 2007 ontvouwde het kabinet Balkenende IV haar plannen ten aanzien van het versterken van de Grondwet, waarover een staatscommissie advies zou uitbrengen. De Staatscommissie Grondwet is bij koninklijk besluit van 3 juli 2009 ingesteld. Ook deze commissie kwam voor de vraag te staan of het communicatiemiddel of de inhoud van de communicatie door artikel 13 van de Grondwet moet worden beschermd. De Staatscommissie Grondwet heeft voorgesteld artikel 13 van de Grondwet zo te formuleren dat een ieder recht heeft op vertrouwelijke communicatie, ongeacht het middel waarmee wordt gecommuniceerd.³⁹ De kabinetsreactie op het rapport laat op zich wachten.⁴⁰

³⁶ Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, 24 mei 2000.

³⁷ *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 460 nr. 1.

³⁸ Zie o.m. E.J. Dommering, "De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie", *Computerrecht* 2000-2004, p. 177-185; L.F. Asscher, "Trojaans hobbelpaard. Een analyse van het rapport van de commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk", *Mediaforum* 2000-7/8, p. 228-233.

³⁹ Rapport Staatscommissie Grondwet, november 2010, p. 85-88.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 31 570, nr. 19.

In de sinds 1997 gevoerde discussie wordt het telefoon- en telegraafgeheim vervangen door een meeromvattend communicatiegeheim waarbij ofwel de beslotenheid van de communicatie ofwel het transport van de communicatie als uitgangspunt wordt genomen. De uiteindelijke uitkomst van de discussie zal gevolgen hebben voor de wijze waarop de bescherming van communicatie in specifieke wetten is geregeld; zo ook voor de wijze waarop de bevoegdheden voor de inzet van Sigint in de Wiv 2002 zijn opgenomen. Zo kunnen vraagtekens geplaatst worden bij het standpunt van de wetgever bij de totstandkoming van de Wiv 2002 dat bij ongerichte interceptie geen sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, in het bijzonder het telefoon- en telegraafgeheim, zolang er nog geen kennis wordt genomen van de inhoud van de gegevens (zie paragraaf 4.2). Vanuit de benadering dat het telefoon- en telegraafgeheim betrekking heeft op de bescherming van het vertrouwelijk transport van de communicatie kan worden gesteld dat zodra communicatie wordt geïntercepteerd, de vertrouwelijkheid van het transport is geschonden en er dus een inbreuk van het grondwettelijk beschermde communicatiegeheim heeft plaatsgevonden.

Voor de MIVD (en de AIVD) is het wenselijk dat de hierboven beschreven discussie tot een heldere uitkomst over de grondwettelijke bescherming van communicatie leidt. Tot op heden staat de besluitvorming over de wijziging van artikel 13 van de Grondwet echter stil. Het huidige artikel 13 van de Grondwet beschermt besloten communicatie tijdens transport. Deze uitleg van het communicatiegeheim is ook het uitgangspunt geweest bij de totstandkoming van de Wiv 2002 en de wijze waarop de bevoegdheden voor de inzet van Sigint in die wet zijn neergelegd. De Commissie heeft deze uitleg in dit toezichtsrapport gevolgd.

4. De inbreukmakende bijzondere bevoegdheden

4.1 De bevoegdheid tot gerichte interceptie

Artikel 25 lid 1 Wiv 2002 verleent de MIVD de bevoegdheid tot het met een technisch hulpmiddel gericht aftappen, ontvangen, opnemen en afluisteren van elke vorm van gesprek, telecommunicatie of gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk, ongeacht waar een en ander plaatsvindt. Bij de formulering van dit wetsartikel is er voor gekozen vrij algemene bewoordingen te hanteren zodat bijvoorbeeld ook elektronische communicatie daar onder begrepen kan worden.⁴¹ Eveneens is in het eerste lid de bevoegdheid opgenomen om de versleuteling van de gesprekken, telecommunicatie of gegevensoverdracht ongedaan te maken.

Artikel 25 maakt geen onderscheid tussen kabelgebonden en niet-kabelgebonden communicatie. De gerichte interceptie van beide vormen van communicatie door de MIVD wordt dus toegestaan. De afdeling Sigint past de bevoegdheid toe ten aanzien van niet-kabelgebonden communicatie. Het gaat hier met name om *High Frequency* (HF-) radioverkeer.

Dat bij de inzet van de bevoegdheid tot gerichte interceptie van onder meer HF-verkeer een inbreuk wordt gemaakt op het recht op privacy in de zin van artikel 8 EVRM is in veel gevallen⁴² evident. De zwaarte van de inbreuk is afhankelijk van de concrete

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

⁴² Militair berichtenverkeer vormt een uitzondering in deze.

omstandigheden van het geval en is vergelijkbaar met de zwaarte van de inbreuk die wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer door de inzet van een telefoontap. Daarbij dient wel in aanmerking te worden genomen dat HF-verkeer doorgaans communicatie tussen overheidsdiensten of organisaties betreft, wat minder privacygevoelig is dan wanneer communicatie tussen twee individuele personen wordt afgetapt.⁴³ Overigens is dit betrekkelijk omdat niet op voorhand kan worden vastgesteld waarover wordt gecommuniceerd. Bovendien kan gesteld worden dat doordat bij een overheidsdienst of organisatie meerdere personen gebruikmaken van dezelfde communicatieverbindingen, de inbreuk plaatsvindt ten aanzien van de privacy van een groter aantal individuen dan bij een telefoontap op een individueel target het geval zou zijn. De bevoegdheid tot gerichte interceptie wordt door de MIVD ook ingezet ten aanzien van individuele personen.

De bevoegdheid tot gerichte interceptie mag slechts worden uitgeoefend indien daarvoor toestemming is verleend aan de directeur van de MIVD door de minister van Defensie (lid 2). Voor zover de communicatie of gegevensoverdracht niet plaatsvindt op of met plaatsen die in gebruik zijn door Defensie, dient de toestemming van de minister in overeenstemming met de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) te worden verleend (lid 3).⁴⁴ In artikel 25 lid 8 zijn twee uitzonderingen hierop geformuleerd. Voor de gerichte interceptie van niet-kabelgebonden telecommunicatie met een oorsprong of bestemming in het buitenland (voornamelijk HF-radioverkeer) door de MIVD is geen overeenstemming met de minister van BZK nodig. Voor de gerichte interceptie van militair berichtenverkeer is in het geheel geen toestemming vereist aangezien het een "continue activiteit" betreft, waarvan "het evident is dat dit voor een goede taakuitvoering van de MIVD noodzakelijk is en waarbij het stellen van het toestemmingsvereiste geen enkele toegevoegde waarde heeft".⁴⁵

In de wetsgeschiedenis is uitgelegd dat het militaire berichtenverkeer in de praktijk als volgt wordt herkend. Militaire eenheden die gebruik maken van radioverbindingen zullen in verband met de aard van hun opdracht er naar streven hun operatie of oefeningen te versluieren. Radioverbindingen die gebruikt worden voor commandovoering zullen zo min mogelijk informatie prijs willen geven. Om dit doel te bereiken wordt gebruik gemaakt van werkwijzen en verbindingprocedures die afwijken van internationaal gebruikte reguliere procedures en werkwijzen. Door middel van analyse van deze militaire procedures en werkwijzen wordt hierover kennis vergaard. Aan de hand van deze kennis kan, tezamen met locatiebepalingen van de radiozender en metingen van transmissiesignalen, militair berichtenverkeer worden geïdentificeerd.⁴⁶

Het verzoek om toestemming door de directeur van de MIVD aan de minister van Defensie moet volgens artikel 25 lid 4 Wiv 2002 in ieder geval bevatten:

⁴³ Het EHRM heeft bevestigd dat activiteiten van professionele of zakelijke aard eveneens gerekend kunnen worden tot de persoonlijke levenssfeer. EHRM 25 oktober 2007 (*Van Vondel/Nederland*), par. 48: "The Court reiterates that the term "private life" must not be interpreted restrictively. In particular, respect for private life comprises the right to establish and develop relationships with other human beings; furthermore, there is no reason of principle to justify excluding activities of a professional or business nature from the notion of "private life". There is therefore a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life"." Zie ook EHRM 2 september 2010 (*Uzun/Duitsland*), par. 43-48.

⁴⁴ In het wetsvoorstel Post-Madrid maatregelen werd t.a.v. dit artikel het overeenstemmingsvereiste vervangen door een instemmingsvereiste van de minister van BZK of namens deze het hoofd van de AIVD. Dit wetsvoorstel is inmiddels ingetrokken.

⁴⁵ *Kamerstukken II 1999/2000*, 25 877, nr. 9, p. 20-21.

⁴⁶ *Idem*.

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

In het geval er geen sprake is van interceptie aan de hand van een onder a bedoeld nummer maar van interceptie aan de hand van een technisch kenmerk (frequentie), hoeft, volgens de wetsgeschiedenis, dit technisch kenmerk niet vermeld te worden. Personen en organisaties communiceren veelal via meerdere en wisselende frequenties. Het stellen van het vereiste van vermelding van het technisch kenmerk zou in de praktijk ertoe leiden dat zeer regelmatig een (hernieuwd of aanvullend) verzoek om toestemming zou moeten worden ingediend. Dit levert een onwenselijke en onwerkbare situatie op.⁴⁷

In de wetsgeschiedenis is gesteld dat bij de redengeving voor de gewenste uitoefening van de bevoegdheid niet alleen duidelijk moet worden gemaakt waarom de desbetreffende persoon of organisatie gelet op de taakstelling van de dienst wordt onderzocht (noodzakelijkheid), maar ook waarom juist de inzet van het in het verzoek aangegeven middel wordt verlangd en waarom niet met een ander – gelet op de omstandigheden van het geval – minder ingrijpend middel kan worden volstaan (subsidiariteit). Aan de hand van de in het verzoek verstrekte gegevens, moet de minister in staat zijn om een verantwoorde beslissing te nemen omtrent de vraag of hij al dan niet toestemming geeft. De toestemming wordt verleend voor een periode van ten hoogste drie maanden en kan telkens worden verlengd. Dat impliceert volgens de wetgever dat, indien het noodzakelijk wordt geacht de inzet van het desbetreffende middel na afloop van deze drie maanden te continueren, opnieuw toestemming dient te worden gevraagd door het hoofd van de dienst.⁴⁸

Lid 6 voorziet in de gevallen dat de gegevens over de identiteit van de persoon of organisatie waarop de bevoegdheid wordt ingezet niet bekend zijn ten tijde van het indienen van het verzoek om toestemming aan de minister. In die gevallen wordt toestemming slechts verleend onder de voorwaarde dat de desbetreffende gegevens zo spoedig mogelijk worden aangevuld.

In paragraaf 7.2 wordt beschreven hoe de MIVD in de praktijk de bevoegdheid tot gerichte interceptie inzet.

4.2 *De bevoegdheid tot ongerichte interceptie en nadere selectie*

Volgens artikel 27 lid 1 Wiv 2002 is de MIVD bevoegd tot het met een technisch hulpmiddel ongericht ontvangen en opnemen van niet-kabelgebonden telecommunicatie. ‘Ongerichte’ interceptie wil zeggen dat de interceptie zich niet richt op berichten die afkomstig zijn van een bepaalde persoon of organisatie of gerelateerd zijn aan een technisch kenmerk, maar dat bijvoorbeeld al het berichtenverkeer dat via een bepaald satellietkanaal wordt verzonden als het ware uit de ether wordt gehaald en vervolgens in computers wordt opgeslagen.⁴⁹ Artikel 27 geeft niet de bevoegdheid kabelgebonden telecommunicatie ongericht te intercepteren.

⁴⁷ *Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 9, p. 18-19.*

⁴⁸ *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 43.*

⁴⁹ *Idem, p. 44.*

Voor de bevoegdheid tot ongerichte interceptie is, ingevolge artikel 27 lid 2 Wiv 2002, geen toestemming vereist als bedoeld in artikel 19. Er wordt hier nog geen kennis genomen van de inhoud van de telecommunicatie waardoor er volgens de wetgever nog geen sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, meer in het bijzonder het telefoon- en telegraafgeheim. Van een dergelijke inbreuk is volgens de wetgever pas sprake op het moment dat de gegevens geselecteerd worden. De wetgever merkt bij deze bevoegdheid op weinig toegevoegde waarde te zien in het stellen van een toestemmingsvereiste. Een dergelijk toestemmingsvereiste zou slechts betrekking hebben op het satellietkanaal ten aanzien waarvan de interceptie plaatsvindt en heeft dan weinig inhoudelijke betekenis.⁵⁰

Met de ontvangen en opgenomen telecommunicatie kan door de MIVD niets worden gedaan, behalve dat eventuele versleuteling van de gegevens ongedaan gemaakt mag worden (artikel 27 lid 1 Wiv 2002). In artikel 27 leden 3 tot en met 6 Wiv 2002 zijn de mogelijkheden voor de selectie van de telecommunicatie opgenomen. Het betreft hier de mogelijkheid tot selectie aan de hand van (a) gegevens betreffende de identiteit van een persoon of een organisatie, (b) een nummer of technisch kenmerk, en (c) aan een nader omschreven onderwerp gerelateerde trefwoorden (lid 3).

Bij de selectie van gegevens onder a of b is sprake van 'gerichte' selectie van gegevens. De wetgever heeft dan ook bepaald dat hetzelfde regime moet worden toegepast als bij gerichte interceptie ingevolge artikel 25 Wiv 2002: voordat gegevens kunnen worden geselecteerd aan de hand van één van de genoemde criteria moet toestemming aan de minister worden gevraagd door het hoofd van de dienst. Het verzoek om toestemming dient aan een aantal minimumeisen te voldoen, dezelfde als bij gerichte interceptie. Voor zover het gaat om selectie op - kort gezegd - naam of nummer, is in artikel 26, vierde lid, bepaald, dat het verzoek ten minste de gegevens als bedoeld onder a of b dient te bevatten, waarop de selectie dient te worden toegepast en voorts de reden waarom de selectie dient te worden toegepast. De toestemming geldt voor een periode van drie maanden en kan telkens worden verlengd (lid 4).⁵¹

Dat bij de inzet van de bevoegdheid van selectie inbreuk wordt gemaakt op het recht op privacy in de zin van artikel 8 EVRM is evident. De zwaarte van de inbreuk op de privacy die wordt gemaakt door de 'gerichte' selectie van gegevens is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval en kan niet zonder meer gelijk worden gesteld aan de zwaarte van de inbreuk die wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer door de inzet van een telefoontap. Daarbij speelt een rol dat bij selectie na ongerichte interceptie niet alle communicatie van een bepaalde persoon of organisatie wordt ontvangen en opgenomen, maar slechts datgene wat in de bulk wordt aangetroffen en dus 'bij toeval' wordt onderschept. Dit neemt niet weg dat selectie na ongerichte interceptie wel degelijk zeer inbreukmakend kan zijn. Wanneer een dienst de communicatie van veel verschillende satellieten kan opvangen en heel goed in staat is die bulk aan communicatie te filteren, is het in potentie wel degelijk mogelijk alle communicatie van een bepaalde persoon of organisatie te ontvangen. Het verschil met de telefoontap zit dan nog in het moment van kennisnemen van de communicatie. Bij een telefoontap is dit doorgaans *real time*, dat wil zeggen op het moment van communiceren, terwijl bij selectie na ongerichte interceptie sprake is van het achteraf kennisnemen van de inhoud van de communicatie. Ook dit onderscheid is overigens betrekkelijk aangezien het veelvuldig voorkomt dat een telefoontap pas op een

⁵⁰ Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 44.

⁵¹ Idem, p. 44-45.

later moment wordt uitgeluisterd en het bij selectie van communicatie niet altijd zeker is dat het bericht door de ontvanger is gelezen op het moment van kennisnemen door de MIVD.⁵²

Voor de selectie van gegevens onder c (trefwoorden) geldt een ander regime: de toestemming kan worden verleend voor een periode van maximaal een jaar en kan telkens worden verlengd. De wetgever heeft bij de selectie van gegevens onder c voor een ander regime gekozen omdat hier geen sprake is van een gerichte zoekactie naar gegevens die betrekking hebben op bijvoorbeeld een concrete persoon waarbij direct de persoonlijke levenssfeer in het geding is. Het gaat slechts om de selectie van gegevens die in algemene zin van belang zijn voor onderzoeken van de MIVD, bijvoorbeeld de proliferatie van chemische wapens.⁵³

Het toestemmingsverzoek dient ten minste een nauwkeurige omschrijving van het onderwerp en de reden van de selectie te bevatten (lid 5). Volgens de wetsgeschiedenis waarborgen deze voorwaarden dat de minister over het voor het verlenen van de toestemming benodigde inzicht beschikt. Voor dat inzicht hebben de aan de onderwerpen gerelateerde trefwoorden geen toegevoegde waarde. Een aan een onderwerp gerelateerde trefwoordenlijst zal in de regel bestaan uit (combinaties van) specifieke technische termen en aanduidingen in diverse talen. Aangezien de trefwoorden dikwijls kunnen wijzigen is voorts bepaald dat de trefwoorden kunnen worden vastgesteld door het hoofd van de dienst of namens deze een door hem aangewezen ambtenaar (lid 6). Een dergelijke lijst wordt zodanig opgesteld dat het selectiesysteem optimaal wordt gebruikt om de gewenste informatie te vinden. Het opstellen van de trefwoorden zal in de praktijk worden gedaan door terzake deskundige analisten. De bevoegdheid om de trefwoorden vast te stellen ligt echter bij het hoofd van de dienst dan wel een door hem aangewezen ambtenaar.⁵⁴ In het Ondermandaat- en machtigingsbesluit MIVD 2009 zijn het hoofd en de analisten van de afdeling Sigint gemachtigd om de trefwoorden vast te stellen.⁵⁵ In de wetsgeschiedenis is voorts bepaald dat van de selectie onder c zeer selectief (voornamelijk beperkt tot satellietverkeer) en terughoudend gebruik gemaakt zal worden.⁵⁶

Artikel 27 lid 7 Wiv 2002 bepaalt dat een of beide Kamers der Staten-Generaal alsmede de commissie van toezicht vertrouwelijk worden geïnformeerd over de verleende toestemming voor de selectie aan de hand van trefwoorden met opgave van het onderwerp en de reden van selectie.

In het achtste lid van artikel 27 Wiv 2002 is neergelegd dat de toestemming voor de selectie van gegevens door de MIVD van telecommunicatie met een oorsprong *en* bestemming in Nederland wordt verleend in overeenstemming met de minister van BZK.

Het is niet uitgesloten dat gegevens die aan de hand van de selectiecriteria niet zijn geselecteerd, en waarvan dus ook niet van de daadwerkelijke inhoud kennis kan worden genomen, niettemin relevante informatie bevatten die aan de hand van nader vast te stellen selectiecriteria alsnog zouden kunnen worden geselecteerd. Dergelijke nader vast te stellen

⁵² Een e-mail bericht kan bijvoorbeeld lange tijd ongelezen in de inbox blijven staan.

⁵³ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 877, nr. 3, p. 45.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2000/01*, 25 877, nr. 14, p. 33-34.

⁵⁵ *Staatscourant* nr. 7168, Artikel 3 lid 1 sub e en sub j.

⁵⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 877, nr. 3, p. 45.

selectiecriteria kunnen voortkomen uit informatie die aan andere bronnen van een dienst is ontleend of is ontleend aan op een later tijdstip ontvangen en opgenomen gegevens.⁵⁷

Een voorbeeld uit de wetsgeschiedenis. Bij het zoeken op trefwoorden worden soms berichten geselecteerd, waaruit blijkt dat een schip chemicaliën of goederen vervoert die kunnen worden gebruikt voor de productie van massavernietigingswapens, zonder dat echter uit de onderschepte berichten duidelijk wordt wie leverancier of afnemer van de goederen is. Met behulp van nieuwe trefwoorden, die ontleend worden aan de in eerste instantie onderschepte berichten, kan vervolgens worden bezien of aanvullende informatie over leverancier en afnemer kan worden gevonden in al eerder geïntercepteerd, maar niet geselecteerd berichtenverkeer. Bovendien is het soms mogelijk om langs deze weg vast te stellen of de relatie tussen de leverancier en de afnemer al langer bestaat. Indien de gegevens afkomstig uit ontvangen en opgenomen telecommunicatie als bedoeld in artikel 27 lid 1 Wiv 2002 na de eerste selectie al zouden moeten worden vernietigd, zou een nadere selectie – zoals hiervoor geschetst – met als mogelijkheid een verdere verrijking en aanvulling van voor actuele onderzoeken relevante informatie niet kunnen plaatsvinden. Dit achtte de wetgever een onwenselijke situatie. Onder voorwaarden dient een dergelijke nadere selectie, die dus een zekere bewaartermijn voor de desbetreffende gegevens met zich brengt, mogelijk te zijn.⁵⁸

Gegevens die ongericht zijn geïntercepteerd maar niet zijn geselecteerd mogen, ingevolge artikel 27 lid 9 Wiv 2002, worden bewaard voor een periode van maximaal een jaar ten behoeve van nadere selectie. Hieraan zijn in de wet twee voorwaarden gesteld. De selectie mag slechts plaatsvinden in het kader van een onderzoek op grond van een reden als bedoeld in lid 4 sub b of met betrekking tot een onderwerp als bedoeld in lid 5 sub a waarvoor op het moment van het ontvangen en opnemen van de desbetreffende gegevens toestemming was verleend (lid 9 sub a). De wetgever heeft het niet wenselijk geacht dat de hier bedoelde gegevens ook beschikbaar komen voor selectie ten behoeve van onderzoeken van een dienst, die op het moment van het ontvangen en opnemen van de telecommunicatie niet actueel waren; de interceptie vond immers indertijd plaats ten behoeve van op dat moment actuele onderzoeken. De selectie moet voorts voor de goede uitoefening van het desbetreffende onderzoek dringend worden gevorderd (lid 9 sub b). Volgens de wetsgeschiedenis zijn deze voorwaarden opgenomen omdat een nadere selectie op geïntercepteerde gegevens niet onbeperkt en ongeclausuleerd mogelijk is. Artikel 8 EVRM staat hieraan in de weg.⁵⁹

In samenhang met de aanbeveling van de Commissie om wettelijk te voorzien in een verlenging van de in het negende lid opgenomen bewaartermijn⁶⁰ werd in het wetsvoorstel Post Madrid maatregelen een wijziging opgenomen. Deze wijziging voorzag in een verlenging van de termijn van één jaar naar drie jaren.⁶¹ Het wetsvoorstel is inmiddels ingetrokken.

⁵⁷ *Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 9, p. 26-27.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 9, p. 26-27.*

⁶⁰ Toezichtsrapport nr. 5A. De rechtmatigheid van het MIVD-onderzoek naar proliferatie van massavernietigingswapens en overbrengingsmiddelen, door de Commissie vastgesteld op 10 augustus 2005, beschikbaar op www.ctivd.nl, paragraaf 4.2.5.

⁶¹ *Kamerstukken II 2005/06, 30553, nr. 3, p. 30.*

Artikel 27 lid 10 Wiv 2002 verklaart lid 9 van overeenkomstige toepassing op gegevens waarvan de versleuteling nog niet ongedaan is gemaakt, met dien verstande dat de bewaartermijn van één jaar pas aanvangt met ingang van het moment waarop de versleuteling ongedaan is gemaakt.

In paragraaf 8.3 wordt beschreven hoe de MIVD in de praktijk de bevoegdheid tot selectie na ongerichte interceptie inzet.

4.3 *De bevoegdheid tot searchen*

Artikel 26 Wiv 2002 voorziet in een regeling om niet-kabelgebonden telecommunicatie die zijn oorsprong of bestemming heeft in andere landen met een technisch hulpmiddel te ontvangen en op te nemen, aan de hand van een technisch kenmerk ter verkenning van de communicatie. Het gaat hier om de bevoegdheid om te '*searchen*'. Bij het *searchen* wordt getracht te achterhalen wat de aard van de telecommunicatie is die over bepaalde frequenties loopt (technische kenmerken) en welke persoon of organisatie de telecommunicatie verzendt (de identiteit van de afzender). Het gaat hier onder meer om het verkennen van HF-radioverkeer en satellietcommunicatie. Slechts een klein gedeelte van dit verkeer is van belang voor de taakuitoefening door de MIVD. Het *searchen* is er daarom eveneens op gericht om vast te stellen of het gaat om telecommunicatie waarvan kennisneming noodzakelijk is voor een goede taakuitvoering door de MIVD. Om dit te kunnen vaststellen moet kennis worden genomen van de inhoud van de telecommunicatie. Dit wordt in artikel 26 lid 1 Wiv 2002 dan ook nadrukkelijk door de wetgever toegestaan.⁶² Tot de bevoegdheid om te *searchen* behoort volgens artikel 26 lid 1 Wiv 2002 overigens ook de bevoegdheid om versleuteling van de telecommunicatie ongedaan te maken.

Onderscheid dient te worden gemaakt tussen *searchen* ten behoeve van gerichte interceptie en *searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie. Het gaat hier om het *searchen* van HF-radioverkeer respectievelijk het *searchen* van satellietcommunicatie.

4.3.1 *Searchen* ten behoeve van gerichte interceptie

Tijdens het *searchen* van HF-radioverkeer wordt steekproefsgewijs van de inhoud van berichten kennisgenomen en wordt een uitzending slechts kort gevolgd. De activiteit is niet te vergelijken met afluisteren. In de wetsgeschiedenis wordt het *searchen* van HF-radioverkeer vergeleken met het draaien aan een radioknop om te achterhalen welke organisatie op welke frequentie uitzendt.⁶³ De minister van Defensie heeft toen uitgelegd dat er een heel wezenlijk verschil is tussen het zoeken met als doel te weten wat er op de markt beschikbaar is, zodat op het moment dat er voor een bepaald doel gerichte informatie moet worden ingewonnen, die informatie beschikbaar is, en het gericht inwinnen van informatie. Hij stelde daarbij dat wanneer er echt wordt geluisterd, de communicatie wordt opgeslagen, wordt vertaald en in een breder kader wordt geplaatst, doelgericht voor een bepaalde operatie informatie wordt verzameld. Dat valt onder het regime van toestemming. Alleen het bijeenbrengen van mogelijkheden valt onder het regime van '*aan de knop draaien*'.⁶⁴

⁶² Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 9, p. 21-22.

⁶³ Kamerstukken II 2000/01, 25 877, nr. 14, p. 30.

⁶⁴ Kamerstukken II 2000/01, 25 877, nr. 72, p. 4-6.

Het *searchen* van HF-radioverkeer ondersteunt het proces van gerichte interceptie (ex artikel 25) doordat het *searchen* duidelijk maakt over welke frequenties wiens communicatie loopt. Het gaat hier in wezen om het in kaart brengen van bepaalde delen van de ether. Een voorbeeld. Wanneer de MIVD de communicatie van organisatie X wil intercepteren kan de MIVD door te *searchen* achterhalen welke frequentie of frequenties organisatie X gebruikt om te communiceren. De MIVD kan vervolgens – met toestemming van de minister – de bevoegdheid van artikel 25 inzetten en deze communicatie daadwerkelijk gericht intercepteren. Het *searchen* dient er dus toe de gerichte interceptie mogelijk te maken (op welke frequentie communiceert organisatie X) dan wel te optimaliseren (één frequentie was al bekend, maar organisatie X blijkt nog twee andere te gebruiken). Het verschil tussen artikel 25 en 26 zit hier in het aan gerichte interceptie voorafgaande traject.⁶⁵

Het langer volgen van een uitzending dan strikt noodzakelijk is om de identiteit van de communicerende personen of organisaties vast te stellen is niet toelaatbaar. Het *searchen* zou dan immers ontaarden in een niet toegestane vorm van gericht kennismaken van de inhoud van de communicatie.⁶⁶

Wanneer de MIVD bij het *searchen* van HF-radioverkeer stuit op communicatie die de dienst wil gebruiken, dan mag dat in beginsel. Het gebruik van de communicatie moet dan wel noodzakelijk zijn voor een goede taakuitvoering. Bovendien moet worden voldaan aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. De MIVD dient volgens artikel 26 lid 4 Wiv 2002 binnen twee dagen een verzoek hiertoe in te dienen bij de minister en dient te wachten met het daadwerkelijk gebruiken van de informatie tot de minister toestemming heeft gegeven. De MIVD mag in de tussentijd de communicatie wel blijven ontvangen en opnemen, maar mag daarvan dus niet verder kennismaken. Als de minister geen toestemming geeft, moet de communicatie die is ontvangen en opgenomen ingevolge artikel 26 lid 5 Wiv 2002 terstond worden vernietigd.

4.3.2 *Searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie

Het *searchen* van satellietcommunicatie is van een andere orde. De MIVD kan niet alle satellietcommunicatie die door de ether gaat ontvangen en opnemen maar dient daarin keuzes te maken. Het *searchen* dient ertoe deze keuzes te optimaliseren. Door te *searchen* wordt bijvoorbeeld achterhaald uit welke regio de communicatie die over een bepaald satellietkanaal verloopt afkomstig is, naar welke regio de communicatie wordt verzonden en wat voor soort communicatie het betreft (spraak, fax, internet etc.).

Het *searchen* van satellietcommunicatie ondersteunt het proces van ongerichte interceptie (ex artikel 27) doordat met het *searchen* kan worden bekeken over welke satellietkanalen voor de taakuitvoering van de MIVD mogelijk relevante communicatie verloopt. Vanwege het *searchen* kan het satellietverkeer dat wordt ontvangen en opgenomen worden beperkt tot bepaalde kanalen.⁶⁷

Nadat de MIVD een aantal satellietkanalen heeft gekozen en de communicatie die daarover verloopt heeft ontvangen en opgenomen, kan de MIVD – met toestemming van de minister – de bevoegdheid van artikel 27 lid 3 Wiv 2002 inzetten. Uit de grote hoeveelheid

⁶⁵ Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 9, p. 21-22.

⁶⁶ Kamerstukken II 2000/01, 25 877, nr. 14, p. 35.

⁶⁷ Kamerstukken II, 2000/01, 25 877, nr. 59, p. 12.

satellietcommunicatie (bulk) die is ontvangen en opgenomen kan de MIVD dan die berichten selecteren waarvan het kennisnemen voor de taakuitvoering van de MIVD noodzakelijk is.

4.3.3 Kennisnemen van de inhoud

In het tweede lid van artikel 26 Wiv 2002 is bepaald dat voor het *searchen* geen toestemming als bedoeld in artikel 19 is vereist. Volgens de wetsgeschiedenis bij artikel 26 Wiv 2002 is de reden hiervoor dat de aard van de activiteit voor een deel vergelijkbaar is met het ongericht ontvangen en opnemen van niet-kabelgebonden telecommunicatie ex artikel 27 Wiv 2002. De ongerichtheid zit hier niet zo zeer in het feit dat men verschillende frequenties of satellietkanalen scant maar dat men veeleer op voorhand niet weet welke communicatie (aard en inhoud) men daarbij van wie (persoon of organisatie) tegenkomt.⁶⁸ De wetgever merkt bovendien op dat een toestemmingsvereiste geen toegevoegde waarde zou hebben. Het *searchen* is niet gericht op een bepaalde persoon of organisatie. Ook is er geen specifieke reden voor het *searchen* aan te wijzen (vergelijk artikel 25 lid 4 sub c Wiv 2002). Dit betekent dat het toestemmingsvereiste alleen betrekking zou hebben op het algemene doel van het *searchen*, zoals in artikel 26 lid 1 Wiv 2002 is opgenomen.⁶⁹

Om de identiteit van de afzender en de relevantie van de communicatie voor de taakuitvoering van de MIVD te kunnen vaststellen, moet kennis worden genomen van de inhoud van de telecommunicatie. Dit wordt in artikel 26 lid 1 Wiv 2002 dan ook nadrukkelijk door de wetgever toegestaan. Het kennisnemen van de communicatie geschiedt volgens de wetsgeschiedenis steekproefsgewijs en voor korte duur. Kennisnemen van de inhoud van de communicatie is in dat geval niet een doel op zichzelf, maar slechts een hulpmiddel.⁷⁰ Het langer volgen van een uitzending dan strikt noodzakelijk is om de identiteit van de personen of organisaties vast te stellen is niet toelaatbaar. Het *searchen* zou dan immers ontaarden in een niet toegestane vorm van gericht kennisnemen van de inhoud van de communicatie.⁷¹

In de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat van een inbreuk op het telefoongeheim pas sprake is, indien het kennisnemen van de inhoud van een telefoongesprek gericht is op de inhoud zelf. Indien van de inhoud van een telefoongesprek kennis wordt genomen louter als kortstondig onderdeel van een onderzoek naar de identiteit van de personen of instellingen die met elkaar communiceren, is dat geen inbreuk op het telefoongeheim. Het is veeleer vergelijkbaar met een onderzoek naar verkeersgegevens. Een dergelijk onderzoek is volgens de wetgever wel te beschouwen als een inbreuk op het recht op privacy, zoals neergelegd in artikel 10 van de Grondwet, maar niet als een inbreuk op het in artikel 13 van de Grondwet neergelegde telefoon- en telegraafgeheim.⁷² Door de wetgever is eveneens de vergelijking getrokken tussen het *searchen* en het inluisteren op telefoongesprekken door een aanbieder van telecommunicatienetwerken en -diensten teneinde vast te stellen of een verbinding goed verloopt. Het zou te ver zou gaan om het telefoongeheim zo ruim op te vatten dat ook deze technische controle en herstelwerkzaamheden, waarbij wel iets van een gesprek moet worden opgevangen, als een inbreuk daarop zouden moeten worden aangemerkt.⁷³

⁶⁸ Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 9, p. 22.

⁶⁹ Idem, p. 23.

⁷⁰ Kamerstukken II 2000/01, 25 877, nr. 14, p. 36-37.

⁷¹ Idem, p. 35.

⁷² Idem.

⁷³ Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 9, p. 23.

Naar het oordeel van de Commissie gaat de wetgever met dit standpunt voorbij aan het feit dat het *searchen* wel degelijk is gericht op de inhoud van de communicatie. Er wordt immers aan de hand van de inhoud getracht de identiteit van de afzender en de relevantie van de communicatie voor de taakuitvoering van de MIVD vast te stellen. Bij een onderzoek naar verkeersgegevens is dit expliciet niet het geval, daarbij wordt in het geheel geen kennis genomen van de inhoud van een bericht. Ook de vergelijking met technische controle- en herstelwerkzaamheden door een aanbieder van telecommunicatienetwerken en -diensten gaat niet op aangezien het kennisnemen van de inhoud in die gevallen een niet beoogd gevolg is van de werkzaamheden. De werkzaamheden zijn er niet op gericht.

Ook het gegeven dat bij het *searchen* voor een korte tijd wordt kennisgenomen van de inhoud van de communicatie en dat het niet gaat om de volledige inhoud van de communicatie doet niets af aan het feit dat wel degelijk inbreuk wordt gemaakt op het in artikel 13 van de Grondwet neergelegde telefoon- en telegraafgeheim. Dit ongeacht de verschillende interpretaties die aan het object en de reikwijdte van het grondrecht worden gegeven (zie paragraaf 3.2). Voornoemde omstandigheden kunnen enkel een rol spelen bij het waarderen van de zwaarte van de inbreuk die wordt gemaakt. Trekt men hier de vergelijking met een postbode die een envelop opent en deze, na vluchtig gekeken te hebben naar de strekking van de ingesloten brief, weer sluit, dan is de conclusie dat het briefgeheim niet is geschonden evenmin gerechtvaardigd.

Dit oordeel van de Commissie leidt tot de conclusie dat aan de uitoefening van de bevoegdheid te *searchen* een machtiging in de zin van artikel 13 van de Grondwet vooraf dient te gaan. Zoals hierboven beschreven is in de wetsgeschiedenis opgemerkt dat een toestemmingsvereiste echter geen toegevoegde waarde zou hebben. Het *searchen* is niet gericht op een bepaalde persoon of organisatie. Ook is er geen specifieke reden voor het *searchen* aan te wijzen.⁷⁴ De wetgever heeft het dan ook weinig zinvol geacht een machtiging te vereisen die betrekking zou hebben op het algemene doel van het *searchen*. De bevoegdheid te *searchen* is in de Wiv 2002 wel als *bijzondere* bevoegdheid opgenomen. De inzet van de bevoegdheid dient daarmee te voldoen aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

Zoals in paragraaf 3 is besproken vallen metagegevens niet onder het huidige telefoon- en telegraafgeheim, maar zijn zij wel onderdeel van de privacy. Voor zover metagegevens aangemerkt kunnen worden als persoonsgegevens, vallen zij onder de bescherming van artikel 10 van de Grondwet. Ook het Europees Hof plaatst metagegevens binnen de reikwijdte van de in artikel 8 EVRM neergelegde bescherming van het privéleven. Dit betekent dat terughoudend omgegaan dient te worden met de verwerking van metagegevens. Metagegevens die betrekking hebben op de identiteit van de communicerende persoon of organisatie mogen alleen worden verwerkt indien dat noodzakelijk is voor een goede taakuitvoering door de MIVD (artikel 26 lid 3 Wiv 2002).

In paragraaf 7.4 wordt beschreven hoe de MIVD in de praktijk de bevoegdheid tot *searchen* inzet.

⁷⁴ Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 9, p. 23.

5. Toetsingskader in de Wiv 2002

Het bijzondere aan de bovengenoemde bevoegdheden van de MIVD is onder meer daarin gelegen dat deze in een aantal opzichten, met name waar het gaat om de concrete uitoefening, een geheim karakter hebben. Dit betekent evenwel niet dat van normering daarvan zou moeten worden afgezien, integendeel. Normering wordt vereist door artikel 8 EVRM en de daaromtrent ontwikkelde jurisprudentie door het EHRM. Dit heeft zijn uitwerking gekregen in, onder meer, de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit die zijn neergelegd in de Wiv 2002.

5.1 *Het noodzakelijkheids criterium*

In artikel 12 lid 2 Wiv 2002 is bepaald dat de verwerking van gegevens slechts plaatsvindt voor een bepaald doel en slechts voor zover dat noodzakelijk is voor een goede uitvoering van deze wet of de Wet veiligheidsonderzoeken. Dit noodzakelijkheidsvereiste geldt voor alle werkzaamheden van de MIVD die in het kader van de taakuitoefening worden verricht.

In artikel 18 Wiv 2002 is het noodzakelijkheidsvereiste specifiek voor de inzet van bijzondere bevoegdheden neergelegd. Bijzondere bevoegdheden mogen slechts worden uitgeoefend voor zover dat noodzakelijk is voor de goede uitvoering van de a-, de c- en de e-taak van de MIVD. Deze taken zijn als volgt in de wet opgenomen:

“De Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst heeft in het belang van de nationale veiligheid tot taak:

a. het verrichten van onderzoek:

- 1°. omtrent het potentieel en de strijdkrachten van andere mogendheden, ten behoeve van een juiste opbouw en een doeltreffend gebruik van de krijgsmacht;
- 2°. naar factoren die van invloed zijn of kunnen zijn op de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde voor zover de krijgsmacht daarbij is betrokken of naar verwachting betrokken kan worden;

[...]

c. het verrichten van onderzoek dat nodig is voor het treffen van maatregelen:

- 1°. ter voorkoming van activiteiten die ten doel hebben de veiligheid of paraatheid van de krijgsmacht te schaden;
- 2°. ter bevordering van een juist verloop van mobilisatie en concentratie der strijdkrachten;
- 3°. ten behoeve van een ongestoorde voorbereiding en inzet van de krijgsmacht als bedoeld in onderdeel a, onder 2°.

[...]

e. het verrichten van onderzoek betreffende andere landen, ten aanzien van onderwerpen met een militaire relevantie die door Onze Minister-President, Minister van Algemene Zaken, in overeenstemming met Onze betrokken Ministers, zijn aangewezen;”

De a-taak van de MIVD betreft het vergaren van inlichtingen door de dienst. De a-taak onder 1 is nog afkomstig van de oude Wiv uit 1987 en ziet vooral op de klassieke algemene verdedigingstaken van de krijgsmacht. Bij de wetwijziging in 2002 is de a-taak aangevuld met een nieuw element. De a-taak onder 2 is een direct gevolg van de nieuwe taakstelling van de krijgsmacht na het einde van de Koude Oorlog, waardoor de inlichtingenbehoefte zich ook richtte op de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde. Het gaat hier met name om onderzoek ten behoeve van de uitvoering van internationale crisisbeheersings- en vredesoperaties. Dit betekent dat de MIVD inlichtingen moet kunnen inwinnen over de veiligheidssituatie in landen waar Nederland onder meer in

bondgenootschappelijk verband dergelijke operaties uitvoert of waarvan de redelijke verwachting bestaat dat Nederland wordt gevraagd te gaan deelnemen aan zulke operaties.⁷⁵

De c-taak van de MIVD ziet op het doen van onderzoek in het kader van contra-inlichtingen en veiligheid. Het gaat hier om het waarborgen van de veiligheid en paraatheid van de krijgsmacht en het doen van onderzoek naar mogelijke dreigingen die zich daartegen richten, zoals spionage, sabotage, subversie en terrorisme. Onderzoek in het kader van de c-taak richt zich op zowel concrete als op potentiële dreigingen ten aanzien van de krijgsmacht en daarmee de nationale veiligheid.⁷⁶

De e-taak van de MIVD is de inlichtingentaak buitenland. Deze taak heeft betrekking op onderzoek betreffende andere landen ten aanzien van onderwerpen met een overwegend militaire relevantie die door de minister-president in overeenstemming met de minister van Defensie en de minister van BZK zijn aangewezen. De invulling van de e-taak door de MIVD overlapt voor een belangrijk deel de verantwoordelijkheid onder de a-taak. Zo kan een onderwerp dat in eerste instantie uitsluitend is aangewezen onder de inlichtingentaak buitenland op een zeker moment ook tot de inlichtingenbehoefte van het ministerie van Defensie gerekend worden en prioriteit krijgen onder de a-taak van de MIVD. Ook andersom is dit mogelijk.

Bij een onderzoek in het kader van de a-taak of de e-taak van de MIVD hoeft er niet altijd sprake te zijn van een *bedreiging* van de nationale veiligheid. Alleen het *belang* van de nationale veiligheid is voldoende voor het verrichten van onderzoek in het kader van de a-taak van de MIVD. Wat de e-taak betreft, kan in beginsel elk onderwerp waarbij het belang van de nationale veiligheid in het geding is een onderwerp vormen dat wordt aangewezen en waarnaar de MIVD onderzoek dient te verrichten.⁷⁷

De vraag dient zich aan of voor de inzet van bijzondere bevoegdheden in het kader van de a- en de e-taak van de MIVD een belang van de nationale veiligheid ook voldoende is. Rechtspraak van het EHRM toont aan dat er voor de rechtvaardiging van inbreukmakende heimelijke activiteiten door inlichtingen- en veiligheidsdiensten geen sprake hoeft te zijn van een *daadwerkelijke* aantasting van de nationale veiligheid. Wel dient er volgens het EHRM minstens sprake te zijn van de mogelijkheid dat de nationale veiligheid wordt aangetast, met andere woorden van een *potentiële* aantasting van de nationale veiligheid. Als er in het geheel geen aantasting van de nationale veiligheid verwacht kan worden, dan kan een inbreuk op de privacy niet worden gerechtvaardigd.⁷⁸

De Commissie heeft in haar onderzoeken naar de uitvoering van artikel 25 en 27 Wiv 2002⁷⁹ en naar de inlichtingentaak buitenland⁸⁰ deze jurisprudentielijn en de betekenis daarvan voor de AIVD uiteengezet. De Commissie heeft in die onderzoeken geconstateerd dat

⁷⁵ Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 12.

⁷⁶ Zie ook toezichtsrapport nr. 25. Het handelen van de MIVD jegens twee geschorste medewerkers, Kamerstukken II 2009/10, 29 924, nr. 59 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl, paragraaf 3.2.

⁷⁷ Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 10-11.

⁷⁸ Zie o.a. EHRM 6 september 1978 (*Klass e.a./Duitsland*) en EHRM 26 maart 1987 (*Leander/Zweden*).

⁷⁹ Toezichtsrapport nr. 19. 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.

⁸⁰ Toezichtsrapport nr. 26. De rechtmatigheid van de uitvoering van de inlichtingentaak buitenland door de AIVD, Kamerstukken II 2010/11, 29 924, nr. 67 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl.

bijzondere bevoegdheden uitsluitend mogen worden ingezet in het kader van onderzoek naar onderwerpen die *potentieel* tot een aantasting van de nationale veiligheid zullen leiden. Hoe die aantasting zich uiteindelijk zal concretiseren is bij de inlichtingentaak buitenland moeilijker in te schatten dan bij de veiligheidstaak. De internationale ontwikkelingen en politieke intenties die in het kader van de inlichtingentaak buitenland worden onderzocht zullen immers vaak pas op lange(re) termijn een nadelig effect kunnen hebben op de nationale veiligheid van Nederland.

De Commissie hanteert een zelfde lijn voor de inzet van bijzondere bevoegdheden in het kader van de inlichtingentaak (buitenland) van de MIVD. Bij de inzet van bijzondere bevoegdheden in het kader van de a-taak en de e-taak dient aangegeven te worden waar de *potentiële* dreiging voor de nationale veiligheid uit bestaat.

Een element van het noodzakelijkheidsvereiste voor de inzet van bijzondere bevoegdheden is, behalve in artikel 18 Wiv 2002, ook neergelegd in artikel 32 Wiv 2002. Daarin is bepaald dat de inzet van een bijzondere bevoegdheid onmiddellijk wordt gestaakt indien het doel waartoe de bevoegdheid is uitgeoefend is bereikt. Dit betekent dat de MIVD voorafgaande aan de inzet van een bijzondere bevoegdheid een doel dient te hebben waarvoor de bijzondere bevoegdheid wordt ingezet en dat de verwachting dient te bestaan dat de opbrengst van de inzet van de bijzondere bevoegdheid bijdraagt aan het bereiken van dat doel. Na aanvang van de inzet van de bijzondere bevoegdheid dient te worden bezien of de opbrengst ook daadwerkelijk bijdraagt aan het doel. Is dat niet het geval dan moet de inzet van de bijzondere bevoegdheid worden beëindigd. Bij een verzoek om verlenging van de inzet van een bijzondere bevoegdheid dient dan ook nadrukkelijk aandacht te worden besteed aan de opbrengst van de bijzondere bevoegdheid en de meerwaarde daarvan voor het onderzoek.

5.2 *De vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit*

Artikel 31 lid 1 Wiv 2002 bepaalt dat een bijzondere bevoegdheid pas mag worden ingezet als de beoogde verzameling van gegevens niet of niet tijdig op andere wijze, zonder de inzet van een bijzondere bevoegdheid, kan plaatsvinden. Het gaat hier om het gebruik van open bronnen of om het raadplegen van informatiebronnen waartoe aan de MIVD toegang is verleend, zoals politieregisters of de gemeentelijke basisadministratie. Als de MIVD de gewenste gegevens kan verzamelen door middel van deze bronnen, is het niet nodig een bijzondere bevoegdheid in te zetten. De afweging of dit het geval is, dient plaats te vinden voordat een bijzondere bevoegdheid wordt aangevraagd.

Van het niet of niet tijdig kunnen verzamelen van gegevens langs bedoelde twee wegen, is volgens de wetsgeschiedenis ook sprake indien er gereede twijfel bestaat over de volledigheid of betrouwbaarheid van de gegevens die men wel heeft verkregen langs die twee wegen. De beoordeling dat gegevens niet tijdig kunnen worden verzameld op deze manier is (mede) afhankelijk van de tijdsdruk die er bestaat om een bepaalde dreiging weg te nemen. Het spreekt voor zich dat de tijdsdruk erg groot dient te zijn om inderdaad van de raadpleging van de in artikel 31 lid 1 Wiv 2002 geschetste informatiebronnen af te mogen zien.⁸¹

De voorwaarde dat de inbreuk die door de inzet van de bevoegdheid gemaakt wordt zo licht mogelijk dient te zijn – ook bekend als het subsidiariteitsvereiste – is in de Wiv 2002 terug te

⁸¹ *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 52.*

vinden in artikel 31 lid 2 en in artikel 32. In artikel 31 lid 2 is bepaald dat slechts die bevoegdheid wordt uitgeoefend die, gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van de bedreiging van de door een dienst te beschermen belangen, in vergelijking met andere beschikbare bevoegdheden voor de betrokkene het minste nadeel oplevert. Dit komt terug in artikel 32 Wiv 2002, waarin onder meer is neergelegd dat de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid wordt gestaakt indien met de uitoefening van een minder ingrijpende bevoegdheid kan worden volstaan.

In het pakket aan bijzondere bevoegdheden dat de MIVD ter beschikking staat valt niet zonder meer een hiërarchische structuur aan te brengen in de mate van inbreuk voor de betrokkene. De wetgever heeft echter wel verschillende gradaties aangebracht in de toestemming die moet worden gegeven voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid. Een hoger toestemmingsniveau kan een zwaardere inbreuk op de rechten van de betrokkene impliceren. Gerichte interceptie (artikel 25 Wiv 2002) en selectie na ongerichte interceptie (artikel 27 Wiv 2002) kunnen dan beschouwd worden als zwaardere bijzondere bevoegdheden, omdat uitsluitend de minister van Defensie bevoegd is om toestemming te geven voor de inzet van de bevoegdheid. Dit ligt in het verlengde van de bescherming van het telefoon- en telegraafgeheim door artikel 13 van de Grondwet. Voor bepaalde andere bevoegdheden, zoals observatie of de inzet van een agent, is door mandatering toestemming op een lager niveau toegestaan, waardoor deze als lichtere bijzondere bevoegdheden kunnen worden gezien.

De zwaarte van de inbreuk wordt echter vooral bepaald door de technische en praktische invulling van een bijzondere bevoegdheid en de duur en opbrengst van de inzet. Wordt een frequentie bijvoorbeeld slechts kort geïntercepteerd of levert de selectie van ongerichte interceptie geen enkele treffer op, dan is de daadwerkelijke inbreuk minder groot dan wanneer de MIVD gedurende een jaar iedere maand de telefonieverkeersgegevens van een persoon opvraagt. Dit neemt overigens niet weg dat ook indien de inzet van de bijzondere bevoegdheid slechts korte tijd plaatsvindt en de opbrengst nihil is, er wel degelijk een inbreuk wordt gemaakt. Per geval zal moeten worden beoordeeld hoe zwaar de inbreuk is en of wordt voldaan aan het subsidiariteitsvereiste. Dit dient duidelijk terug te komen in de motivering voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid en de motivering voor de verlenging van die inzet.⁸²

Het proportionaliteitsvereiste houdt in dat de inbreuk die wordt gemaakt op de rechten van anderen in een redelijke verhouding dient te staan tot het doel dat met de inbreuk wordt gediend. Dit vereiste is in de Wiv 2002 tot uitdrukking gebracht in artikel 31, waarin is bepaald dat de uitoefening van een bevoegdheid achterwege blijft, indien de uitoefening ervan voor de betrokkene een onevenredig nadeel in vergelijking met het daarbij na te streven doel oplevert (lid 3) en dat de uitoefening van een bevoegdheid evenredig dient te zijn aan het daarmee beoogde doel (lid 4). Er dient dus een afweging plaats te vinden tussen het belang dat de MIVD heeft bij de inzet van de bijzondere bevoegdheid en de belangen van degene op wie de bijzondere bevoegdheid is gericht. De belangen van de betrokkene betreffen in ieder geval het recht op bescherming van diens privacy, maar kunnen ook andere rechten omvatten.⁸³ Ook de proportionaliteitsafweging dient duidelijk terug te

⁸² Zie ook toezichtsrapport nr. 19. 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 4.2.

⁸³ Men kan hier bijvoorbeeld denken aan het verschoningsrecht of de diplomatieke onschendbaarheid.

komen in de motivering voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid en de motivering voor de verlenging van die inzet.

6. De behoefte aan Sigint

6.1 *Proces van behoeftestelling*

Het verwerkingsproces van Sigint, zoals dat in de praktijk bij de afdeling Sigint plaatsvindt, begint met de bepaling en formulering van de behoefte aan Sigint. Deze behoefte aan Sigint wordt gedestilleerd uit de algemene behoefte aan informatie op het gebied van inlichtingen en veiligheid die deels buiten de MIVD en deels binnen de MIVD wordt vastgesteld. Om het verwerkingsproces van Sigint te kunnen begrijpen, is het van belang stil te staan bij de wijze waarop een behoefte of vraag bij de afdeling Sigint terechtkomt. Hieronder zal kort worden ingegaan op deze meer algemene externe en interne behoeftestelling.

6.1.1 Externe behoeftestelling

De MIVD vergaart inlichtingen ten behoeve van, onder meer, het Nederlandse defensieapparaat, het ministerie van Algemene Zaken en het ministerie van Buitenlandse Zaken. Deze instanties stellen hun informatiebehoefte voor een bepaalde (langere) termijn periodiek vast. De informatiebehoefte kan, indien gewenst, tussentijds worden bijgesteld. Korte termijn behoeften worden veelal *ad hoc* bij de MIVD neergelegd, in de vorm van verzoeken om inlichtingen.⁸⁴ Op dagelijkse basis zijn veel vragen afkomstig van de Commandant der Strijdkrachten (CDS) en de Defensiestaf, waar het militaire besluitvormingsproces voor de planning en uitvoering van crisisbeheersingsoperaties plaatsvindt.

Ook door nationale en internationale partners, zoals de AIVD of buitenlandse diensten, worden aan de MIVD behoeften gesteld. Het gaat bij deze partijen vrijwel uitsluitend om *ad hoc* vragen.

De minister van Defensie legt de defensiebehoeften op het gebied van inlichtingen en veiligheid op jaarlijkse basis vast in de Inlichtingen- en Veiligheidsbehoefte Defensie (IVD). In de IVD wordt per aandachtsgebied (regionaal of thematisch) aangegeven wat de behoeften zijn. Hierbij wordt een indeling gebruikt in drie categorieën. De categorisering bepaalt de intensiteit en de diepgang van de informatieverzameling door de MIVD en kan tevens worden gezien als een indicatie van het belang dat Defensie hecht aan het betreffende aandachtsgebied. De categorieën zijn:

- I. Gebieden waar de krijgsmacht permanent of voor crisisbeheersingsoperaties aanwezig is of zal zijn en aandachtsgebieden die direct van invloed zijn op de taakstelling van de krijgsmacht;
- II. Gebieden waar de krijgsmacht voor crisisbeheersingsoperaties kan worden ingezet, gebieden die gezien hun ligging van invloed (kunnen) zijn op crisisbeheersingsoperaties, gebieden die een risico kunnen opleveren voor de veiligheid van het Nederlandse en het bondgenootschappelijk grondgebied en landen en/of thema's die een specifiek belang hebben voor het Nederlandse veiligheidsbeleid;

⁸⁴ De gebruikelijke term voor een dergelijk verzoek is *request for information (RFI)*.

- III. Gebieden die relevant zijn voor het Nederlandse veiligheids- en defensiebeleid en ten aanzien waarvan het tijdig signaleren van ontwikkelingen van belang is (de zogenoemde *indicator and warning*-functie).

De behoeften van het ministerie van Algemene Zaken en het ministerie van Buitenlandse Zaken worden gesteld in het Aanwijzingsbesluit. Het Aanwijzingsbesluit wordt conform artikel 7 lid 2 sub e Wiv 2002 vastgesteld door de minister-president in overeenstemming met de minister van Defensie en de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. De minister van Buitenlandse Zaken wordt in dit wetsartikel niet genoemd, maar is in de praktijk wel betrokken bij de vaststelling van het Aanwijzingsbesluit.⁸⁵

In het Aanwijzingsbesluit zijn onderwerpen van onderzoek met betrekking tot landen en regio's benoemd waarover politieke inlichtingen moeten worden verzameld. Het gaat hierbij om het verzamelen van inlichtingen die de Nederlandse regering in staat stellen bij het bepalen van standpunten over het buitenlands beleid en bij het voeren van internationale onderhandelingen, te beschikken over de informatie die via andere, bijvoorbeeld diplomatieke, kanalen niet of moeilijk te verkrijgen is. De onderwerpen zijn tussen de AIVD en de MIVD verdeeld, waarbij onderwerpen met overwegend militaire relevantie aan de MIVD toekomen. Het kan ook voorkomen dat de diensten voor een bepaald onderwerp gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen.⁸⁶

6.1.2 Interne behoeftestelling

De externe behoeften die in de IVD en in het Aanwijzingsbesluit zijn neergelegd zijn in hoofdzaak bepalend voor de interne behoeftestelling. Zo geven de IVD en het Aanwijzingsbesluit richting aan de jaarlijkse prioriteiten en de halfjaarlijkse productieplanning die per onderzoeksgebied worden vastgesteld. Dit gebeurt binnen de afdeling Inlichtingen van de MIVD.

De afdeling Inlichtingen heeft een teamstructuur. Elk team draagt de zorg voor de inlichtingenproductie binnen zijn onderzoeksgebied. Dit onderzoeksgebied kan een bepaalde regio zijn, bijvoorbeeld Afrika of het Midden Oosten, maar ook een bepaald thema, bijvoorbeeld terrorisme of proliferatie van massavernietigingswapens. De teams voeren periodiek overleg over ontwikkelingen binnen het aandachtsgebied, over contacten met behoeftestellers en (inter)nationale partners en over de lopende productie van inlichtingenrapportages.

De teamstructuur van de afdeling Inlichtingen werkt afdelingsoverstijgend. Dit wil zeggen dat niet alleen analisten van de afdeling Inlichtingen maar ook medewerkers van andere onderdelen van de MIVD deel uitmaken van de teams. Op deze manier wordt beoogd dat alle relevante expertises betrokken zijn bij de samenstelling van inlichtingenrapportages. De afdelingen die zich bezig houden met de concrete verwerving van inlichtingen, waaronder de afdeling Sigint, zijn dus eveneens in de teams vertegenwoordigd. Zij dienen ervoor te zorgen dat de juiste informatie uit de hen beschikbare bronnen tijdig bij de teams terechtkomt. Om dit te kunnen doen, is het van belang dat zij weten wat de behoeften zijn en naar welke inlichtingen de teams op zoek zijn.

⁸⁵ Zie ook toezichtsrapport nr. 26. De rechtmatigheid van de uitvoering van de inlichtingentaak buitenland door de AIVD, *Kamerstukken II 2010/11*, 29 924, nr. 67 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl, paragraaf 3.4.

⁸⁶ Idem, paragraaf 4.3.3.

In de productieplanning wordt op hoofdlijnen vastgelegd welke behoeften er zijn, welke prioritering daaraan wordt gegeven en welke concrete inlichtingenrapporten worden verwacht over de onderwerpen die binnen het onderzoeksgebied de aandacht krijgen. Ten aanzien van de verwachte inlichtingenrapporten worden sinds medio 2008 plannen van aanpak opgesteld. In een plan van aanpak dient onder meer opgenomen te worden waar het (deel)onderzoek zich op richt, welke (deel)vragen daarbij beantwoord moeten worden en welke bronnen de analist beoogt te raadplegen. De plannen van aanpak worden besproken in het teamoverleg en kunnen zo sturing geven aan de afdelingen die de inlichtingen daadwerkelijk verwerven, waaronder de afdeling Sigint. De plannen van aanpak vormen, samen met de jaarlijks vastgestelde prioriteiten en de halfjaarlijkse productieplanning, de leidraad voor de verzameling van inlichtingen.

Naast de geplande inlichtingenrapporten houden de teams zich bezig met concrete *ad hoc* verzoeken van externe behoeftestellers en tussentijds opkomende ontwikkelingen binnen het aandachtsgebied. Ook ten aanzien van deze zaken zullen geregeld nieuwe inlichtingen verworven moeten worden. Ook hier is het van belang dat de verwervende afdelingen, waaronder de afdeling Sigint, kennis hebben van de gestelde behoeften en van de concrete inlichtingen waarnaar de teams op zoek zijn. Het teamoverleg dient ertoe de uitwisseling van kennis en vragen tussen de analisten en de verwervers van inlichtingen mogelijk te maken.

6.2 *Proces van taken*

Sigintanalisten nemen vanuit de afdeling Sigint deel aan de diverse teams die onder leiding staan van de afdeling Inlichtingen. Binnen de afdeling Sigint bestaan taakgroepen die grotendeels een afspiegeling vormen van de teams van de afdeling Inlichtingen. De Sigintanalist bepaalt in samenspraak met zijn leidinggevende(n) en de andere Sigintanalisten binnen zijn taakgroep welke prioriteiten gesteld moeten worden aan de verschillende behoeften aan Sigint die door het team zijn gesteld. De Sigintanalist kijkt in hoeverre in de informatiebehoefte van het team kan worden voorzien door bestaande, al eerder binnengehaalde Sigint. Is dat niet afdoende dan kijkt de Sigintanalist ten aanzien van welke personen of organisaties de inzet van middelen om nieuwe Sigint te verwerven wenselijk is. Zo ontstaat er per onderzoeksgebied (en ook per taakgroep) een concrete behoefte aan nieuw te verwerven Sigint.

Op basis van de verschillende behoeften van de taakgroepen vindt er een afdelingsbrede prioritering plaats. Er is immers een beperkt aantal interceptiemiddelen. Op basis van de behoeftestelling moet er een keuze gemaakt worden ten behoeve van welke onderzoeksgebieden en deelonderwerpen de inzet van Sigintmiddelen gewenst is.

Vervolgens moet worden bezien of het in technische en capacitaire zin mogelijk is om de gewenste inlichtingen te verwerven. Bekeken moet worden of de inlichtingen kunnen worden verkregen door de NSO of door mobiele platformen (zie ook paragraaf 7.1). Hierbij moet de behoefte aan Sigint worden vertaald naar concrete, werkbare interceptieopdrachten. Ook kan overwogen worden de Sigintbehoefte neer te leggen bij partnerdiensten.

Het proces waarbij de behoefte aan Sigint wordt omgezet in een concrete interceptieopdracht heet *tasking*. Om het *tasking*proces zo goed mogelijk te stroomlijnen, vinden er verschillende overleggen plaats tussen de betrokken partijen. Er is een periodiek overleg tussen de

Sigintanalisten in de taakgroepen en het stafbureau van de afdeling om te komen tot een juiste prioriteitstelling ten aanzien van de afdelingsbrede behoeften. Voorts vinden er regelmatig overleggen plaats tussen de afdeling Sigint en de NSO en tussen de MIVD, de AIVD en de NSO teneinde de schaarse Sigint middelen die de NSO ter beschikking heeft te verdelen.

Het *tasking*proces is in de praktijk geen statisch proces en wordt soms dagelijks bijgesteld. De beperkt beschikbare verwervingsmiddelen en de dynamiek van het communicatieverkeer dwingen continu tot een duidelijke prioriteitstelling en een goede afstemming met de NSO (en met de AIVD). Daarbij is het van belang dat de NSO bekend is met de context van de interceptieopdrachten die vanuit de afdeling Sigint worden gesteld en op de hoogte is van de concrete onderzoeken en plannen die door de afdeling Sigint worden uitgevoerd en de werkzaamheden van de NSO op enigerlei wijze raken.

De Commissie heeft geen onderzoek verricht naar hoe deze afstemming met de NSO (en de AIVD) in de praktijk vorm krijgt.

6.3 *Afwegingen in het kader van de behoeftstelling*

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat er een aantal stappen wordt doorlopen voordat de beslissing wordt genomen om daadwerkelijk over te gaan tot de verwerving van Sigint. Er wordt een externe behoefte gesteld. Deze behoefte wordt intern nader uitgewerkt in onderzoeksvragen. De onderzoeksvragen worden uitgezet bij de verwervende afdelingen, waaronder de afdeling Sigint. Binnen de afdeling Sigint wordt bekeken welke informatie reeds voorhanden is. Voor zover er geen informatie beschikbaar is, wordt getracht de inlichtingen te verkrijgen. Daarbij wordt in het *tasking*proces bepaald waar de prioriteiten liggen, welke capaciteit er is en of het technisch mogelijk is de gewenste inlichtingen te verwerven.

Aan de hand van de behoeftstelling en de technische en capacitaire (on)mogelijkheden wordt waar nodig vervolgens per onderwerp een verzoek aan de minister van Defensie opgesteld om toestemming te vragen voor de uiteindelijke verwerving van de gewenste inlichtingen door de inzet van Sigintmiddelen (zie ook de paragrafen 7.2 en 8.3). Dit verzoek wordt elke drie maanden opgesteld door de Sigintanalist belast met het desbetreffende onderwerp. Het verzoek dient voorzien te zijn van een gedegen motivering. De inzet van een bijzondere bevoegdheid moet immers voldoen aan een aantal wettelijke vereisten (zie paragraaf 5). De (privacy)schending die plaatsvindt bij de inzet van de bevoegdheid moet noodzakelijk zijn, moet in verhouding staan tot het beoogde doel en moet zo beperkt mogelijk zijn. Voordat middelen worden ingezet om nieuwe Sigint te verwerven, zal dus moeten worden afgewogen of wordt voldaan aan deze vereisten. Momenteel vindt deze afweging plaats in een laat stadium, bij het opstellen van het verzoek aan de minister door de Sigintanalist teneinde het verzoek te kunnen voorzien van een motivering.

Door de wijze waarop het proces dat voorafgaat aan de beslissing om Sigintmiddelen in te zetten is ingericht, dienen de afwegingen of wordt voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit naar het oordeel van de Commissie in een eerder stadium gemaakt te worden. De Commissie acht het bovendien noodzakelijk dat de genoemde afwegingen niet uitsluitend door de Sigintanalist worden gemaakt. De behoefte aan Sigint wordt immers door het team gesteld: door het vaststellen van de prioriteiten en de productieplanning, in de vorm van concrete onderzoeksvragen (plannen

van aanpak) en door het uitzetten van *ad hoc* vragen. Voor de Sigintanalist is de noodzakelijkheid daarmee een gegeven. Er is een behoefte aan Sigint gesteld en de Sigintanalist moet ervoor zorgen dat die behoefte wordt vervuld. Of het invullen van deze specifieke behoefte ook daadwerkelijk noodzakelijk is voor de taakuitvoering van de MIVD kan hij niet beoordelen. Voor de Sigintanalist is de subsidiariteit eveneens een gegeven. De Sigintanalist heeft er geen of onvoldoende zicht op of de gewenste inlichtingen ook met behulp van open bronnen of door de inzet van een andere, minder inbreukmakende bevoegdheid kunnen worden vergaard.

De Commissie acht het in de gegeven omstandigheden noodzakelijk dat de afwegingen omtrent de noodzakelijkheid en subsidiariteit van de beoogde inzet van Sigintmiddelen al in een eerder stadium door het team gemaakt worden, in samenspraak met de Sigintanalist. Het team kan, in tegenstelling tot de Sigintanalist, beoordelen of een bepaald (deel)onderzoek werkelijk noodzakelijk is voor de taakuitvoering van de MIVD en of, in het kader van de a- en de e-taak, er sprake is van een potentiële aantasting van de nationale veiligheid. Het team kan eveneens vaststellen voor welk doel inlichtingen moeten worden vergaard en beoordelen of het bij het bereiken van dat doel noodzakelijk is inlichtingen te vergaren door de inzet van Sigintmiddelen. Mogelijk kan het doel ook worden bereikt met het gebruik van open bronnen of andere, minder inbreukmakende bevoegdheden. De Sigintanalist is bij uitstek degene die kan beoordelen in hoeverre de inzet van Sigintmiddelen kan bijdragen aan het door het team gestelde doel. De eerdergenoemde afwegingen worden momenteel niet of onvoldoende door het team gemaakt. Volgens een interne regeling dient in de plannen van aanpak voor inlichtingenrapporten hier aandacht aan te worden besteed. Dit is in de praktijk echter nauwelijks het geval. Evenmin blijkt op andere wijze dat door het team wordt afgewogen of de inzet van Sigintmiddelen in een concrete situatie noodzakelijk en subsidiair is.

De vraag of de inzet van Sigintmiddelen proportioneel is, kan worden beantwoord door de Sigintanalist. Het gaat hierbij om de afweging of de inbreuk die wordt gemaakt op de (privacy)rechten van het 'target' in verhouding staat tot het doel dat wordt bereikt, namelijk de inlichtingen die worden vergaard. Het team heeft hier vooralsnog geen zicht op. Het is de Sigintanalist die aan de hand van een bepaalde behoefte aan Sigint bekijkt waar en op welke manier hij de gewenste inlichtingen mogelijk kan verkrijgen en beoordeelt ten aanzien van welke persoon of organisatie het wenselijk is Sigintmiddelen in te zetten. In deze situatie kan de afweging tussen het belang dat wordt gediend bij de inzet van Sigintmiddelen en de belangen van degene op wie de middelen zijn gericht dus uitsluitend door de Sigintanalist gemaakt worden. De Commissie overweegt overigens in paragraaf 8.3 dat een grotere betrokkenheid van het team bij het bepalen van 'targets' in het kader van Sigint wenselijk is. Daarmee zou de afweging omtrent proportionaliteit ook gedeeltelijk bij het team komen te liggen.

De Commissie beveelt de MIVD aan te voorzien in een werkwijze waarbij de afwegingen omtrent noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit voor de inzet van Sigintmiddelen door het team (waarvan de Sigintanalist deel uitmaakt) worden gemaakt. Met het oog op de interne verantwoording en de externe controle wijst de Commissie op het belang alle daadwerkelijk gemaakte afwegingen die ten grondslag liggen aan de inzet van Sigintmiddelen schriftelijk vast te leggen. Tot op heden is hiervan in te beperkte mate sprake geweest.

7. De verwerving van Sigint

7.1 De verwervende instanties

De afdeling Sigint van de MIVD is zelf niet belast met de daadwerkelijke verwerving van Sigint uit de ether. De interceptie van Sigint wordt verricht door de NSO en door Sigintdetachementen. Daarnaast kan de afdeling Sigint een beroep doen op partnerdiensten die eveneens Sigint verwerven. Deze verwervende instanties worden hieronder kort besproken.

7.1.1 NSO

De NSO maakt organisatorisch deel uit van de MIVD. De NSO is een facilitaire organisatie die verantwoordelijk is voor de interceptie van niet-kabelgebonden telecommunicatie ten behoeve van de MIVD en de AIVD. Dit wil zeggen dat de NSO de feitelijke verwerving van HF-radioverkeer en satellietcommunicatie verricht. De communicatie die door de NSO ongericht geïntercepteerd wordt, komt toe aan zowel de MIVD als aan de AIVD. In het kader van zijn interceptietaak houdt de NSO zich ook bezig met *searchen*. Om de interceptietaak goed te kunnen uitvoeren beschikt de NSO over capaciteit voor verkeersanalyse en voor signaalanalyse.

Naast de interceptietaak heeft de NSO nog twee hoofdtaken. De NSO verricht onderzoek gericht op innovatie en continuïteit van de interceptie op de lange termijn. Daarnaast is de NSO verantwoordelijk voor het in stand houden van expeditionaire capaciteiten (Sigintdetachementen) die ter ondersteuning van bijvoorbeeld crisisoperaties kunnen worden aangewend.

De NSO is beheersmatig ondergebracht bij de MIVD. De MIVD en de AIVD zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de gezagsmatige en operationele aansturing van de NSO. Aan deze samenwerking is nader vorm gegeven in het Convenant inzake de interceptie van niet-kabelgebonden telecommunicatie door de Nationale Sigint Organisatie.⁸⁷ De wijze waarop door de NSO en de MIVD (en door de AIVD) gezamenlijk invulling wordt gegeven aan dit Convenant en de samenwerking die dit met zich meebrengt, zijn in het onderhavige onderzoek buiten beschouwing gelaten.

7.1.2 Sigintdetachementen

De MIVD kan eenheden uitzenden om in het buitenland lokaal telecommunicatieverkeer te intercepteren. Dit verkeer is niet in Nederland te ontvangen. De MIVD moet daarom naar het signaal toe om het te kunnen verwerven. Naast lokaal telecommunicatieverkeer kan een dergelijke eenheid ook HF-radioverkeer en satellietcommunicatie intercepteren. De inzet van een eenheid in het buitenland, ook wel Sigintdetachement genoemd, vindt bijvoorbeeld plaats in het kader van de inlichtingenondersteuning van crisisbeheersingsoperaties van de Nederlandse krijgsmacht.

Sigintdetachementen zijn uitgerust en bemand door de NSO maar worden aangestuurd vanuit Nederland door de desbetreffende taakgroep bij de afdeling Sigint. De taakgroep is verantwoordelijk voor de *tasking* van het Sigintdetachment. De taakgroep zet de behoefte aan Sigint om in concrete interceptieopdrachten aan het Sigintdetachement.

⁸⁷ *Staatscourant* 2007, nr. 129, p. 8.

Een Sigintdetachement kan in geval van calamiteiten ook worden aangestuurd door een *National Deployed Sigint Section* (NDSS). Een NDSS is een vooruitgeschoven Sigintpost in een inzetgebied. Het vormt de koppeling tussen de desbetreffende taakgroep van de afdeling Sigint in Nederland en de eenheden van de Krijgsmacht in het inzetgebied. Signintrapportages die voor de Commandant ter plaatse relevant zijn worden via het NDSS verstrekt. Van belang zijnde informatie en concrete Sigint behoeften uit het inzetgebied worden door het NDSS teruggekoppeld aan de taakgroep.

De communicatie die door het Sigintdetachment wordt geïntercepteerd wordt in beginsel door de taakgroep in Nederland verder verwerkt. Rapportages worden via het NDSS vervolgens aan de eenheden in het inzetgebied verstrekt. Door het Sigintdetachment wordt wel getracht om communicatie van urgente aard eruit te filteren zodat die informatie direct in het inzetgebied gebruikt kan worden.

Bijzonder aan de inzet van een Sigintdetachment in het buitenland is de vraag of deze inzet plaatsvindt binnen de kaders van de Wiv 2002. De MIVD stelt zich op het standpunt dat het formeel niet noodzakelijk maar wel gewenst is de in de Wiv 2002 voorgeschreven procedures in het buitenland na te leven. Het uitgangspunt is om ook in het buitenland Wiv-conform te werken. Het verkrijgen van toestemming voor intercepties door Sigintdetachementen in uitzendgebieden is volgens de MIVD echter niet nodig. De minister wordt in ieder geval geïnformeerd over de werkzaamheden van Sigintdetachementen in uitzendgebieden.

De Wiv 2002 is een nationale wet waarin geen aparte bepalingen voor het verrichten van onderzoek en de inzet van bijzondere bevoegdheden in het buitenland zijn opgenomen. Voor de inzet van een Sigintdetachment in het buitenland ontbreekt dan ook een wettelijke basis. De Commissie is van oordeel dat het ontbreken van een wettelijke basis voor de inzet van bijzondere bevoegdheden in het buitenland alleen gebillijkt kan worden indien de Wiv 2002 naar analogie wordt toegepast. De in de Wiv 2002 voorgeschreven procedures voor de inzet van bijzondere bevoegdheden dienen naar het oordeel van de Commissie dus ook in het buitenland nageleefd te worden.⁸⁸ Dit betekent onder meer dat voor de gerichte interceptie van communicatie door Sigintdetachementen voorafgaande toestemming van de minister dient te zijn verkregen. Dit geldt eveneens voor selectie van door Sigintdetachementen ongericht geïntercepteerde communicatie.

De Commissie kan zich urgente situaties voorstellen waarbij in het kader van inlichtingenondersteuning van crisisbeheersingsoperaties directe actie is vereist. Wanneer in het inzetgebied bijvoorbeeld sprake is van *troops in contact*, is er een directe noodzaak om ondersteuning van het incident te kunnen verlenen door middel van Sigint. De Commissie heeft er begrip voor dat in een dergelijke uitzonderlijke situatie er geen reële mogelijkheid is om contact op te nemen met de minister alvorens overgegaan kan worden tot actie. De Commissie acht het dan wel van belang dat de minister zo spoedig mogelijk op de hoogte wordt gesteld van de inzet van bijzondere bevoegdheden die zonder voorafgaande toestemming hebben plaatsgevonden. Bovendien is het naar het oordeel van de Commissie noodzakelijk dat van zowel de uitoefening van de bevoegdheid als de afstemming met de minister achteraf zorgvuldig schriftelijk verslag wordt gelegd.

⁸⁸ Zie ook toezichtsrapport nr. 26. De rechtmatigheid van de uitvoering van de inlichtingentaak buitenland door de AIVD, *Kamerstukken II 2010/11*, 29 924, nr. 67 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl, paragraaf 3.5.2.

De Commissie beveelt de MIVD aan de procedure en praktijk met betrekking tot de inzet van Sigintdetachementen met het voorgaande in overeenstemming te brengen.

7.1.3 Partnerdiensten

De MIVD kan een beroep doen op partnerdiensten die eveneens Sigint verwerven. Hierdoor kan de MIVD beschikken over meer inlichtingen dan wanneer de MIVD alleen op eigen middelen zou zijn aangewezen.

De samenwerking op het gebied van Sigint vindt plaats in bilateraal en in multilateraal verband en staat meestal los van andere vormen van internationale samenwerking van de MIVD. De samenwerking vindt plaats op verschillende terreinen, zowel technisch als inhoudelijk.

De samenwerking met buitenlandse diensten wordt verder besproken in de geheime bijlage bij dit toezichtsrapport.

Op de exploitatie van Sigint aan partnerdiensten door de MIVD wordt nader ingegaan in paragraaf 9.3.

7.2 *Gerichte interceptie*

De Wiv 2002 maakt een onderscheid tussen enerzijds gerichte interceptie (artikel 25) en anderzijds ongerichte interceptie waarna selectie kan plaatsvinden (artikel 27). In de praktijk is dat onderscheid er ook. Bepaalde communicatie die door de ether gaat kan, technisch gezien, gericht worden geïntercepteerd. Het gaat hier voornamelijk om HF-radioverkeer. De verwerving van die communicatie valt dan ook onder het regime van artikel 25 Wiv 2002. Andere communicatie die door de ether gaat kan niet gericht worden geïntercepteerd. Het gaat hier om communicatie die gebundeld via een satelliet van de ene plaats op aarde naar de andere wordt gezonden. Wanneer deze communicatie wordt verworven, is artikel 27 Wiv 2002 van toepassing. Op deze vorm van interceptie wordt ingegaan in paragraaf 7.3.

7.2.1 Interceptie en toestemming

Voor het onderhouden van beveiligde telecommunicatieverbindingen worden door overheidsorganisaties vaak eigen nationale en internationale telecommunicatienetwerken geëxploiteerd. Deze telecommunicatienetwerken bestaan uit radiozenders en -ontvangers die via de ether berichten verzenden die veelal met cryptografie zijn beveiligd. De radioapparatuur werkt onder andere via HF-verbindingen. Het bijzondere van HF-signalen is dat deze signalen worden gereflecteerd door de ionosfeer en het aardoppervlak. Op deze wijze kunnen afstanden van duizenden kilometers worden overbrugd. Bij gebruikers van HF-radioverbindingen kan worden gedacht aan diplomatieke instellingen en andere overheidsorganisaties, waaronder militaire organisaties, maar ook bijvoorbeeld aan meteorologische radiostations.⁸⁹

Gerichte interceptie van communicatie door de NSO heeft vooral betrekking op HF-radioverbindingen. Met HF-radio kan verbinding worden gemaakt over zeer grote afstand

⁸⁹ *Kamerstukken II 2000/01*, 27 591, nr. 1, p. 6-7; *Kamerstukken II 1999/2000*, 25 877, nr. 9, p. 20-21.

waardoor wereldwijde communicatie mogelijk is. Deze eigenschap maakt dat HF-radioverkeer doorgaans vanuit Nederland kan worden geïntercepteerd.

Gerichte interceptie wordt ook verricht door Sigintdetachementen. De interceptie betreft hier vooral lokaal telecommunicatieverkeer. Deze verbindingen vinden plaats op kortere afstand dan HF-radioverbindingen. Omdat deze communicatie niet vanuit Nederland kan worden geïntercepteerd, gaat men naar het signaal toe.

Om de communicatie te kunnen intercepteren is het van belang de frequentie te achterhalen waarop de persoon of organisatie waar de aandacht naar uitgaat communicatie uitzendt. Het zogenoemde *searchen* (zie paragraaf 7.4) draagt hieraan bij. Het is gebruikelijk dat de frequenties die door een bepaalde persoon of organisatie gebruikt worden geregeld wisselen en dat meerdere frequenties worden gebruikt om te communiceren. In het verzoek aan de minister om toestemming voor gerichte interceptie is het dan ook niet nodig de desbetreffende frequentie(s) op te nemen. Wat wel dient te worden vermeld, zijn gegevens over de identiteit van de persoon of organisatie van wie of waarvan communicatie wordt geïntercepteerd en de reden waarom de MIVD de communicatie wil intercepteren (artikel 25 lid 4 Wiv 2002).

Het kan voorkomen dat de MIVD kennis heeft van een frequentie waarop voor de taakuitvoering relevante communicatie wordt uitgezonden, maar niet weet door welke persoon of organisatie dat gebeurt. In een dergelijk geval kan een verzoek worden ingediend zonder nadere gegevens over de persoon of organisatie. De desbetreffende gegevens moeten dan zo spoedig mogelijk alsnog worden aangevuld (artikel 25 lid 6 Wiv 2002).

Een verzoek om toestemming voor gerichte interceptie bestaat in de praktijk dus doorgaans uit een vermelding van gegevens over de persoon of organisatie en de reden waarom interceptie van de communicatie wordt verlangd. De verzoeken om toestemming voor gerichte interceptie (en voor de inzet van andere bijzondere bevoegdheden) worden elke drie maanden gebundeld aan de minister aangeboden. De toestemming wordt tevens voor drie maanden verleend.

7.2.2 Generieke identiteiten

De Commissie heeft geconstateerd dat in een aantal gevallen toestemming is verzocht en verkregen voor de gerichte interceptie van een bepaalde categorie van personen en organisaties. Door de MIVD zijn breed geformuleerde generieke identiteiten benoemd waaronder een bepaald 'soort' personen of organisaties valt. Dit betekent niet dat de communicatie van alle personen of organisaties die onder de generieke identiteit vallen ook daadwerkelijk gericht geïntercepteerd wordt, maar wel dat dit in potentie mogelijk is. Wanneer een persoon of organisatie in beeld komt die onder een generieke identiteit valt, kunnen de frequenties waarop de persoon of organisatie communiceert indien bekend direct in interceptie gezet worden zonder dat nadere toestemming wordt verkregen. De toestemming voor de generieke identiteit is immers al verkregen.

Voor het verzoeken om een generieke toestemming voor gerichte interceptie zijn door de MIVD verschillende redenen aangedragen. Een specifiek geformuleerd verzoek om toestemming wordt in bepaalde gevallen ervaren als te beperkend. Het indienen van een specifiek verzoek op basis van een frequentie is moeilijk haalbaar omdat gebruikte frequenties voortdurend wisselen. De generieke identiteit ondervangt het probleem dat daaronder vaak wisselende of nog onbekende personen of organisaties vallen. De MIVD

moet snel in kunnen spelen op veranderende omstandigheden. Het benoemen van specifieke namen kan bovendien problematisch zijn vanwege het gebruik van aliassen en vanwege verschillende schrijfwijzen.

Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat in het verleden met de directie Juridische Zaken van het ministerie van Defensie is afgesproken dat een generieke toestemming alleen verleend wordt in relatie tot een afgebakend onderzoeksdoel, te weten een bepaalde regio of een bepaald conflict. Het onderzoeksdoel dient in het verzoek om toestemming te worden opgenomen. Het werd niet wenselijk geacht de minister lange lijsten met frequenties en andere weinig tot de verbeelding sprekende informatie voor te leggen. Aan een helder omschreven generieke identiteit werd, vanwege de werkbaarheid, de voorkeur gegeven.

De MIVD heeft aangegeven dat een interne controle plaatsvindt met betrekking tot personen en organisaties van wie of waarvan de communicatie tussentijds in interceptie is gezet. De tussentijdse interceptie vindt niet plaats zonder akkoord van de jurist van de afdeling Sigint. Sinds begin 2010 is het de praktijk binnen de MIVD dat de desbetreffende personen en organisaties in het eerstvolgende verzoek om toestemming alsnog expliciet worden benoemd.

De Commissie is van oordeel dat bovengenoemde werkwijze niet in overeenstemming is met de Wiv 2002 en onvoldoende recht doet aan de wettelijk voorgeschreven bescherming van de (privacy)rechten van diegenen wier communicatie wordt of kan worden geïntercepteerd. Met het verzoek om toestemming wordt beoogd gericht kennis te nemen van de communicatie van individuele personen of organisaties. Uit het verzoek dient ten minste te blijken ten aanzien van wie de bevoegdheid zal kunnen worden uitgeoefend en waarom. Dit wordt ook door artikel 25 Wiv 2002 vereist. De generieke identiteiten die in de verzoeken om toestemming zijn benoemd zijn dusdanig breed dat het naar het oordeel van de Commissie niet voorzienbaar is welke personen en organisaties daar precies onder (kunnen) vallen.⁹⁰ De interne controle door de afdelingsjurist doet daar niet aan af. De Commissie wijst bovendien op de kwetsbaarheid van de rol van deze jurist die in dit kader een (te) grote verantwoordelijkheid draagt.

De Commissie heeft er wel begrip voor dat wanneer voor de interceptie van de communicatie van bepaalde personen of organisaties exact dezelfde motivering geldt, een gebundeld verzoek om toestemming kan worden ingediend.⁹¹ Het is daarbij noodzakelijk dat volstrekt helder is welke personen of organisaties binnen de gebundelde groep vallen. Naar het oordeel van de Commissie doet het gebundeld indienen van een verzoek niet af aan de bescherming van de (privacy)rechten die met de in de Wiv 2002 neergelegde procedure wordt beoogd. Bovendien wordt tegemoet gekomen aan de wens de verzoeken om toestemming helder en overzichtelijk te houden.

Artikel 25 lid 6 Wiv 2002 biedt daarbij de mogelijkheid om de gegevens betreffende de identiteit van een persoon of organisatie later aan te vullen. De Commissie heeft in een eerder toezichtsrappport geaccepteerd dat wanneer toestemming is gegeven voor de interceptie van de communicatie van een organisatie, en dit verzoek voldoende is afgebakend naar categorie leden, ook daarvoor in aanmerking komende individuele leden van een organisatie hieronder geschaard kunnen worden. Tevens kunnen tussentijds nieuw

⁹⁰ In de geheime bijlage bij dit toezichtsrappport wordt nader op dit onderwerp ingegaan.

⁹¹ In de geheime bijlage bij dit toezichtsrappport wordt nader op dit onderwerp ingegaan.

bekend geworden leden, indien zij daarvoor in aanmerking komen, binnen de verleende toestemming vallen.⁹² De Commissie acht een zelfde werkwijze acceptabel waar het gaat om het tussentijds bekend worden van een persoon die onder een gebundelde groep personen valt. De MIVD dient dan wel bij het eerstvolgende verzoek om verlenging vast te leggen waarom de persoon tot de betreffende organisatie of groep personen gerekend wordt. Het is de Commissie gebleken dat het sinds begin 2010 praktijk is om de tussentijds in interceptie genomen personen te benoemen. Er wordt echter niet gemotiveerd waarom de desbetreffende persoon tot de organisatie of groep gerekend wordt. De Commissie acht dit noodzakelijk. De Commissie beveelt de MIVD bovendien aan de praktijk vast te leggen in een interne procedure.

7.2.3 Motivering

Artikel 25 vereist niet alleen dat uit een verzoek om toestemming voor gerichte interceptie voldoende nauwkeurig blijkt ten aanzien van wie de bevoegdheid zal (kunnen) worden uitgeoefend, maar ook wat de reden daarvoor is. Elk verzoek dient gemotiveerd te worden, waarbij helder naar voren dient te komen op welke wijze wordt voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De Commissie constateert dat de motivering van de verzoeken om toestemming in veel gevallen onvoldoende is.

De MIVD geeft in de verzoeken om toestemming weliswaar aan wat de reden is van het bredere onderzoek in het kader waarvan de bevoegdheid wordt ingezet. Daarbij wordt aandacht besteed aan het onderwerp (bijvoorbeeld een bepaalde regio die in de IVD of het Aanwijzingsbesluit is benoemd) en de deelonderwerpen waarnaar de aandacht van de MIVD uitgaat. De Commissie is van oordeel dat deze uiteenzettingen in vrijwel alle gevallen een helder beeld geven van het onderzoek en aanknopingspunten bieden voor de inzet van bijzondere bevoegdheden in dat kader. De Commissie wijst op de noodzaak om bij de inzet van bijzondere bevoegdheden in het kader van de a-taak en de e-taak ook aan te geven waar de potentiële dreiging voor de nationale veiligheid uit bestaat (zie paragraaf 5.1).

De Commissie constateert dat de specifiek op de persoon of organisatie toegespitste motivering in veel gevallen echter zeer summier is. De motivering is bovendien vaak onbeduidend en te algemeen gesteld waar het gaat om de generieke identiteiten die door de MIVD zijn benoemd. Het is de Commissie bovendien gebleken dat in de verzoeken om toestemming veelvuldig gebruik wordt gemaakt van louter standaard motiveringen.

De Commissie is van oordeel dat per persoon of organisatie of per gebundelde groep moet worden gemotiveerd waarom gerichte interceptie van de communicatie noodzakelijk wordt geacht. Daarbij dient te worden verwoord wat het doel is van de gerichte interceptie in het kader van het onderzoek en waarop de verwachting is gebaseerd dat de opbrengst van de interceptie zal bijdragen aan het bereiken van dat doel.⁹³ Er dient dus een koppeling te worden gemaakt tussen het bredere onderzoek dat wordt uitgevoerd en de noodzaak van de interceptie van de communicatie van de concrete persoon of organisatie. Dit is bij elke persoon, organisatie of gebundelde groep anders.

⁹² Toezichtsrapport nr. 19. 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 6.2.1.

⁹³ De Commissie acht redengevingen als “wordt in verband gebracht met terrorisme” of “berichtenverkeer van deze instellingen vormt een waardevolle bron van informatie voor het onderzoek” nietszeggend en onvoldoende toegespitst.

Bij een verzoek om verlenging dient vervolgens nadrukkelijk aandacht te worden besteed aan de opbrengst van de interceptie 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. Het is de Commissie gebleken dat ook ten aanzien van deze vereisten gestandaardiseerde teksten worden gebruikt waarmee wordt beoogd de proportionaliteits- en subsidiariteitsvragen van de inzet van bijzondere bevoegdheden voor een heel onderzoek tegelijk af te dekken. Uit de in de verzoeken opgenomen algemene passages blijkt bovendien niet of onvoldoende welke afwegingen daarbij zijn gemaakt. Veelal wordt uitsluitend de conclusie verwoord dat de benodigde gegevens niet afdoende door uitoefening van een andere (bijzondere) bevoegdheid of door samenwerking met buitenlandse diensten kunnen worden verkregen.

De Commissie is van oordeel dat met deze werkwijze niet wordt voldaan aan de vereisten die in de Wiv 2002 zijn neergelegd en het beoordelingskader dat in de artikelen 31 en 32 van die wet is geformuleerd. De wetgever heeft immers vastgelegd dat er voorafgaande aan en gedurende de inzet van een concrete bijzondere bevoegdheid aan de hand van de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit wordt afgewogen of de inzet (nog) wel geoorloofd is. Dat deze afwegingen daadwerkelijk hebben plaatsgevonden blijkt niet of onvoldoende uit de verzoeken om toestemming en de verlengingen daarvan. Zoals besproken in paragraaf 6.3 blijkt evenmin afdoende uit het proces dat voorafgaat aan de beslissing om gerichte interceptie in te zetten dat de genoemde afwegingen worden gemaakt.

Nu de Commissie onvoldoende kennis draagt van de motivering van de interceptie kan zij geen oordeel geven over de rechtmatigheid van de interceptie op grond van artikel 25 lid 1 Wiv 2002.

De Commissie heeft de MIVD in paragraaf 6.3 aanbevolen te voorzien in een werkwijze waarbij de afwegingen omtrent noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit voor de inzet van Sigintmiddelen door het team (waarvan de Sigintanalist deel uitmaakt) worden gemaakt en schriftelijk worden vastgelegd. In het verlengde hiervan beveelt de Commissie de MIVD aan de daadwerkelijk gemaakte afwegingen omtrent noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit op te nemen in de verzoeken om toestemming aan de minister, toegespitst op de persoon of organisatie ten aanzien waarvan de bevoegdheid wordt ingezet.

7.3 *Ongerichte interceptie (en nadere selectie)*

De NSO intercepteert voor de MIVD (en de AIVD) berichtenverkeer dat verloopt via communicatiesatellieten. De satelliet functioneert voor radiosignalen als het ware als een spiegel. Wanneer een radiosignaal vanaf het aardoppervlak met een zender naar de satelliet wordt gezonden, wordt het signaal door de satelliet ontvangen en vervolgens weer in de richting van de aarde verstuurd. Een satelliet kan een groot gebied op aarde gelijktijdig bereiken. Dit gebied heet de *footprint* van de satelliet. De communicatie met de satelliet vindt plaats door middel van grondstations.

Bij de interceptie worden in feite straalverbindingen opgevangen die tussen grondstations via een satelliet van de ene plaats op aarde naar de andere worden gezonden. Deze zogenaamde 'links' bevatten aanzienlijke hoeveelheden communicatie en kunnen op grote afstand van het eindstation worden ontvangen. Het gaat hier onder meer om data-, telefoon-, fax-, en internetverkeer.

In de Wiv 2002 is uitsluitend de bevoegdheid toegekend de niet-kabelgebonden telecommunicatie ongericht te intercepteren. Daar waar deze communicatie via kabelverbindingen verloopt, is de communicatie wat ongerichte interceptie betreft voor de MIVD verboden terrein. Het onderscheid tussen kabelgebonden en niet-kabelgebonden communicatie doet naar het oordeel van de Commissie wat gedateerd aan. Het gebruik van kabels bij het internationale telecommunicatieverkeer is vanwege de grote capaciteit van de moderne glasvezeltechnologie toegenomen. Voor het telecommunicatieverkeer tussen de verschillende continenten wordt vaak gebruik gemaakt van kabels die op de zeebodem zijn gelegd. Op deze wijze wordt een groot deel van het trans-Atlantische telefoonverkeer afgehandeld.

De MIVD stelt zich dan ook op het standpunt dat ongerichte interceptie van kabelgebonden telecommunicatie aan de wettelijke bevoegdheden zou moeten worden toegevoegd. De Wiv 2002 biedt immers voldoende bescherming tegen de inbreuk die door de inzet van bijzondere bevoegdheden wordt gemaakt op de (privacy)rechten van anderen. Of die inzet plaatsvindt ten aanzien van communicatie die via een satelliet of via een kabel verloopt, zou daarbij geen verschil dienen te maken. De Commissie heeft geen onderzoek verricht naar de (juridische) implicaties van een uitbreiding van de bevoegdheid van ongerichte interceptie naar kabelgebonden communicatie. Zij onthoudt zich dan ook van een standpunt hierover. De Commissie acht het wel van belang dat hier onderzoek naar wordt verricht.

Interceptie van satellietcommunicatie wordt gezien als ongericht omdat van tevoren niet duidelijk is van welke personen of organisaties communicatie wordt geïntercepteerd. De communicatie die over een bepaald satellietkanaal loopt wordt als het ware uit de ether gekopieerd en wordt opgeslagen in grote bestanden. Deze 'bulk' aan communicatie kan duizenden communicatiesessies bevatten. Op voorhand is niet zichtbaar van wie de communicatiesessies afkomstig zijn en waarover wordt gecommuniceerd. Dit wordt pas duidelijk nadat op basis van vooraf goedgekeurde selectiecriteria berichten worden geselecteerd. Op dit selectieproces wordt ingegaan in paragraaf 8.3.

Omdat bij ongerichte interceptie niet duidelijk is welke communicatie wordt binnengehaald en er nog geen kennis wordt genomen van de inhoud van de communicatie, is geen toestemming voor ongerichte interceptie vereist. Voor de nadere selectie van berichten is dat overigens wel het geval. De MIVD kan dus in theorie alle satellietcommunicatie die over de wereld gaat ongericht intercepteren. In de praktijk zijn er echter technische en capacitaire beperkingen waardoor slechts een gedeelte door de MIVD (in concreto door de NSO) geïntercepteerd wordt. De samenwerking met partnerdiensten zorgt ervoor dat de eigen beperkingen worden aangevuld.

De keuze welke satellietkanalen ongericht geïntercepteerd worden, wordt bepaald door het *tasking* proces zoals beschreven in paragraaf 6.2. Het ondersteunende proces van het *searchen* is daarbij van essentieel belang. Op de praktijk van het *searchen* wordt nader ingegaan in paragraaf 7.4.

7.4 *Searchen*

Wereldwijd zijn in de ether duizenden HF-radiozenders die berichten versturen die een oorsprong of bestemming in het buitenland hebben. Daarnaast is er het berichtenverkeer over satellieten dat complex, massaal en voortdurend in beweging is. Slechts een klein gedeelte van dit verkeer is van belang voor de taakuitoefening door de MIVD. De uitoefening van de bevoegdheid tot gerichte interceptie (artikel 25 Wiv 2002) en selectie na ongerichte interceptie (artikel 27 Wiv 2002) wordt in de praktijk mogelijk gemaakt door middel van het *searchen*. Het *searchen* gaat dan ook doorgaans vooraf aan de uitoefening van deze bevoegdheden; het maakt de inzet van die bevoegdheden mede mogelijk. *Searchen* dient echter ook te worden gezien als een continu proces waarbij de ether voortdurend wordt verkend.

De MIVD beschrijft *searchen* ex artikel 26 Wiv 2002 als de inventarisatie van het radiospectrum en het satellietverkeer teneinde een beter beeld te verkrijgen in welke delen van de ether welke telecommunicatie zich bevindt en met welke technische parameters telecommunicatie zich onderscheidt van andere telecommunicatie. Voorts kan worden vastgesteld of de signalen met de beschikbare middelen intercepteerbaar, selecteerbaar en verwerkbaar zijn. Vervolgens kan in het algemeen worden vastgesteld of de telecommunicatie van belang is voor de taakuitvoering door de MIVD. Ook kan worden bekeken of eerdere verkenningen van de ether nog steeds correct zijn.

Searchen wordt door de NSO uitgevoerd ten aanzien van HF-radioverbindingen en ten aanzien van satellietcommunicatie. Deze *search*processen zijn vrij technisch van aard. De afdeling Sigint houdt zich eveneens bezig met het *searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie. Daarnaast wordt door de afdeling Sigint *geseacht* ter ondersteuning van het selectieproces. Het gaat hier om een meer inhoudelijke vorm van *searchen*. Elk van deze vormen van *searchen* wordt hieronder nader besproken.

7.4.1 *Searchen* ten behoeve van gerichte interceptie

*Search*activiteiten ten aanzien van HF-radioverbindingen worden door de NSO continu en op structurele wijze uitgevoerd met een tweeledig doel: het verzamelen van *search*gegevens voor het uitvoeren van interceptie en het bepalen van de technische haalbaarheid van interceptie. Het *searchen* ten behoeve van gerichte interceptie is vergelijkbaar met het draaien aan een knop van de radio waarbij telkens andere uitzendingen worden ontvangen. Daarbij wordt ook de inhoud van de uitzendingen beluisterd. Het *searchen* van HF-radioverbindingen is moeilijk te automatiseren.

Bij het *searchen* worden in eerste instantie metagegevens van de uitzendingen vastgesteld en opgeslagen in een database. Deze metagegevens betreffen bijvoorbeeld de frequentie, het tijdstip en de datum van ontvangst van de uitzending, de peilgegevens (waar komt het signaal vandaan), de aard (militair of niet-militair), de gebruikte verbindingprocedures en andere technische data. De metagegevens worden getoetst aan een normbeeld om te bezien of er iets bijzonder aan is. Aan de hand van de metagegevens worden de technische haalbaarheid van gerichte interceptie en de noodzaak tot nadere analyse bepaald.

Metagegevens die betrekking hebben op de identiteit van de communicerende persoon of organisatie mogen alleen worden verwerkt indien dat noodzakelijk is voor een goede taakuitvoering door de MIVD (artikel 26 lid 3 Wiv 2002). De Commissie heeft geen aanwijzingen dat ten onrechte metagegevens zijn verwerkt.

Indien dat noodzakelijk wordt geacht, wordt vervolgens een nadere analyse uitgevoerd op de ontvangen uitzendingen. Bij deze nadere analyse wordt nadrukkelijk kennis genomen van de inhoud van de uitzendingen, uitsluitend om de verdere aard van de communicatie en de identiteit van de afzender vast te stellen. Deze gegevens worden eveneens vastgelegd.

De gegevens die worden opgeslagen kunnen worden gebruikt ten behoeve van de gerichte interceptie. Wanneer de afdeling Sigint een behoefte heeft aan inlichtingen afkomstig van een bepaalde organisatie of een bepaald soort organisaties die gebruik maakt/maken van HF-radioverbindingen, kan worden bekeken op welke frequenties de gewenste communicatie plaatsvindt. Is dit nog niet bekend dan kan naar de desbetreffende bron(nen) worden gezocht.

Wanneer bij het *searchen* wordt gestuit op communicatie die direct van belang is voor de MIVD, dan kan de MIVD binnen twee dagen een verzoek om toestemming indienen bij de minister. Totdat de toestemming is verleend mag de communicatie worden ontvangen en opgenomen, maar mag er nog geen kennis van worden genomen. In de praktijk komen dergelijke situaties weinig voor.

Het langer volgen van een uitzending dan strikt noodzakelijk is om de identiteit van de afzender en de relevantie voor de taakuitvoering vast te stellen is niet toegestaan. De Commissie heeft geen aanwijzingen dat hier sprake van is (geweest).

7.4.2 *Searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie

Bij het *searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie is het van belang te achterhalen over welke satellietkanalen de voor de taakuitvoering van de MIVD meest relevante communicatie verloopt. Vanwege technische en capacitaire beperkingen moet immers een keuze worden gemaakt welke satellietkanalen ongericht geïntercepteerd worden. *Searchen* ondersteunt dit proces. Het *searchen* is er eveneens op gericht de continuïteit van de ongerichte interceptie te waarborgen. Er vinden wijzigingen plaats in de technische omstandigheden van de satellietkanalen waarover bepaalde communicatie verloopt. Het is wenselijk deze wijzigingen bij te houden. Daarnaast is het van belang te weten waar welke communicatie te vinden is om in te kunnen spelen op een nieuwe behoefte.

Het *searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie wordt grotendeels uitgevoerd door de NSO. Bij het *searchen* wordt in eerste instantie een hoeveelheid communicatie die over een bepaald satellietkanaal verloopt ontvangen. Het verdere *search*proces omvat globaal twee stappen: een basale technische *search* en een verdergaande, meer inhoudelijke *search*.

Het satellietkanaal omvat een veelheid aan berichten. Bij het intercepteren van de communicatie komen allerlei technische kenmerken beschikbaar. Deze technische kenmerken worden geregistreerd in een database. Het gaat hier bijvoorbeeld om de frequentie, de bandbreedte, het compressiesysteem, de locatie van de grondstations waartussen een satellietlink plaatsvindt, of het signaal analoog of digitaal is, et cetera. Aan de hand van deze technische gegevens kan worden bepaald of aanvullende interceptie technisch mogelijk en wenselijk is. In dit stadium is nog niet bekend van welke gebruikers over het betreffende satellietkanaal communicatie is verstuurd en of deze communicatie relevant is. Wel kan vaak worden vastgesteld waar de communicatie vandaan komt, naar welke regio de communicatie is gegaan en wat voor soort communicatie over het satellietkanaal verloopt (voice, fax, etc.).

Indien het technisch mogelijk is en wenselijk wordt geacht, kan het berichtenverkeer vervolgens nader worden geanalyseerd om de verdere aard van de communicatie vast te stellen. Dit gebeurt grotendeels op basis van metagegevens, dat wil zeggen gegevens die niet de inhoud van de communicatie betreffen maar gaan over de verbinding en het transport van de gegevens. Er wordt echter ook gekeken naar de inhoud van de communicatie. De informatie die daarbij wordt gevonden, wordt opgeslagen in een database voor toekomstig gebruik. Voor zover bij de meer basale technische *search* nog niet onderkend, gaat het hier onder meer om gegevens over de verbindingsmiddelen die worden gebruikt, de identiteit van de gebruikers, de locaties waar vandaan en waarheen de communicatie wordt verstuurd en een korte typering van de inhoud van de communicatie.

Metagegevens die betrekking hebben op de identiteit van de communicerende persoon of organisatie mogen alleen worden verwerkt indien dat noodzakelijk is voor een goede taakuitvoering door de MIVD (artikel 26 lid 3 Wiv 2002). De Commissie heeft geen aanwijzingen dat ten onrechte metagegevens zijn verwerkt.

Het scheiden van de metagegevens en de inhoud van communicatie is soms lastig. In sommige gevallen is dit technisch gezien moeilijk. In andere gevallen speelt de vraag wanneer sprake is van metagegevens en wanneer sprake is van inhoud, bijvoorbeeld wanneer metagegevens in de inhoud van het bericht worden meegestuurd of wanneer een bepaalde eigenschap van de inhoud van een bericht aan de buitenkant van het bericht kan worden onderkend zonder kennis te nemen van de inhoud. Technische ontwikkelingen doen grenzen in dit kader vervagen. De Commissie is van oordeel dat niet in alle gevallen een eenduidige scheidslijn te trekken valt tussen metagegevens en inhoud van communicatie. Dit zal van geval tot geval beoordeeld moeten worden.⁹⁴ Voor zover kennisneming van metagegevens samenvalt met kennisneming van inhoudsgegevens, dient ervan uitgegaan te worden dat het geheel inhoudsgegevens betreft.⁹⁵

In veel gevallen zijn de geïntercepteerde communicatiesessies gevoerd in een andere taal of zijn deze voorzien van een bepaalde vorm van encryptie. In die gevallen is het voor de NSO niet mogelijk naar de inhoud van de berichten te kijken. De berichten dienen eerst ontcijferd c.q. vertaald te worden. De NSO heeft daarvoor zelf geen mogelijkheden, maar kan een beroep doen op de ontcijfer- en vertaalcapaciteit van de afdeling Sigint.

Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat er verschil van mening bestaat tussen de NSO en de afdeling Sigint over de vraag of de NSO de inhoud van berichten mag bekijken ten behoeve van de door hen uitgevoerde *search*processen. De NSO stelt zich op het standpunt dat het noodzakelijk is om kennis te nemen van de inhoud van berichten teneinde de interceptie van satellietcommunicatie zo goed mogelijk af te stemmen op de behoefte van de afdeling Sigint en de kwaliteit en continuïteit van ongerichte interceptie te kunnen waarborgen. De afdeling Sigint beaamt dit maar is van mening dat dit niet betekent dat de NSO bij het *searchen* mag zoeken naar communicatiesessies van personen en organisaties

⁹⁴ Zie ook toezicht rapport nr. 19. 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 2.3.

⁹⁵ Zie ook *Kamerstukken II 2000/01*, 27 460, nr. 1, p. 27.

waar de MIVD in het kader van lopende onderzoeken interesse in heeft.⁹⁶ Volgens de afdeling Sigint gaat dit te ver en is deze bevoegdheid voorbehouden aan de afdeling zelf. De praktijk is dat zowel de NSO als de afdeling Sigint dergelijke *search*activiteiten verrichten.

In het kader van de bevoegdheid te *searchen* is het toegestaan kort te kijken naar de inhoud van de communicatie om te bepalen of een bepaald satellietkanaal (nog steeds) interessant is en (nog steeds) voor interceptie in aanmerking komt. De wetgever heeft daarbij expliciet aangegeven dat het *langer* volgen van een uitzending dan strikt noodzakelijk is niet is toegestaan. Het *searchen* zou dan immers ontaarden in een niet toegestane vorm van gericht kennismaken van de inhoud van de communicatie.⁹⁷ De Commissie is van oordeel dat, in het verlengde hiervan, het *vaker* kennismaken van de inhoud van communicatie dan strikt noodzakelijk is evenmin is toegestaan. Er wordt dan onnodig inbreuk gemaakt op de (privacy)rechten van anderen. De Commissie beveelt de NSO en de afdeling Sigint aan te komen tot een verdeling waarbij helder is welke dienst de genoemde bevoegdheid uitoefent.

De databases waarin *search*gegevens worden opgeslagen zijn in beheer van de NSO en kunnen door de afdeling Sigint worden ingezien. De informatie in de databases stelt de afdeling Sigint in staat om, ook bij een wisselende informatiebehoefte, de *search*activiteiten van de NSO (bij) te sturen. De uitvoering van het *searchen* wordt nader besproken in het eerdergenoemde *tasking*overleg dat tussen de NSO en de afdeling Sigint plaatsvindt. Daarnaast worden *search*opdrachten aan de NSO verstrekt. Hierin wordt bijvoorbeeld vermeld ten aanzien van welke satelliet *gesearcht* dient te worden en in welke regio de afdeling Sigint geïnteresseerd is.

Het is de Commissie in haar onderzoek opgevallen dat de *search*opdrachten aan de NSO doorgaans vrij breed zijn geformuleerd. Daarbij heeft de Commissie niet kunnen vaststellen in hoeverre de *search*opdrachten in het *tasking*overleg of in de dagelijkse contacten tussen de afdeling Sigint en de NSO nader worden geconcretiseerd. Het is de Commissie gebleken dat het voor de NSO soms lastig is te duiden welke *search*activiteiten (het meest) van belang zijn voor de afdeling Sigint.

In het verlengde van de aanbeveling te komen tot een heldere taakverdeling op het gebied van *searchen*, beveelt de Commissie de MIVD aan de *search*opdrachten aan de NSO waar mogelijk nader te concretiseren en dit schriftelijk vast te leggen.

7.4.3 *Searchen* gericht op het selectieproces

De Commissie heeft geconstateerd dat de MIVD aan de bovengenoemde *search*processen die hoofdzakelijk door de NSO worden uitgevoerd een andere vorm van *searchen* heeft toegevoegd. Het gaat hier om het *searchen* gericht op het selectieproces. Deze vorm van *searchen* wordt uitgevoerd door in de bulk aan communicatie die ongericht is geïntercepteerd te zoeken naar technische gegevens, zoals telefoonnummers en e-mailadressen, te zoeken naar aanvullende informatie over personen en organisaties waarnaar onderzoek wordt gedaan ('targets') en te zoeken naar nieuwe personen en organisaties die mogelijk in onderzoek kunnen worden genomen. Dit wordt verricht in relatie tot lopende onderzoeken

⁹⁶ Dit in tegenstelling tot het *search*proces ten behoeve van gerichte interceptie. Daarbij wordt de NSO wel gevraagd te *searchen* naar frequenties die gebruikt worden door personen en organisaties die de aandacht van de MIVD hebben.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2000/01, 25 877, nr. 14, p. 35.

van de MIVD en in relatie tot nieuwe gebieden van onderzoek ten aanzien waarvan de verwachting bestaat dat de MIVD zich hier in de (nabije) toekomst op zal richten.

Searchen wordt in dit kader gezien als de bevoegdheid om ontvangen en opgenomen communicatie te verkennen of te inventariseren. Het doel van het kennismaken van de inhoud van de communicatie is hierbij niet het gebruiken van de communicatie in inhoudelijke analyses en rapportages, maar het verhogen van de kennis over de aard van de communicatie en het aandragen van selectiecriteria voor het selectieproces van artikel 27 Wiv 2002. Het gaat hier dus niet om het gebruiken van de ontvangen en opgenomen communicatie, maar om het vergaren van gegevens teneinde het selectieproces te optimaliseren. Dit *search*proces dient onderscheiden te worden van het *searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie zoals besproken in paragraaf 7.4.2. Bij dat proces gaat het om het optimaliseren van de interceptie door het waarderen van communicatie die over satellietkanalen loopt. Het selectieproces zelf wordt nader besproken in paragraaf 8.3.

De MIVD heeft zich op het standpunt gesteld dat deze vorm van *searchen* ten behoeve van het selectieproces niet wezenlijk verschilt van het *searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie. Het enige verschil is volgens de dienst gelegen in het moment waarop beide vormen van *searchen* in het Sigintproces plaatsvinden. Het *searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie wordt uitgevoerd aan het begin van het Sigintproces om te duiden of een satellietlink voor de MIVD interessante communicatie bevat en het dus de moeite waard is de link in interceptie te zetten of te houden. De andere vorm van *searchen* wordt pas later in het proces uitgevoerd. Ook bij deze vorm van *searchen* worden afzenders van communicatie gevonden die relevant zijn voor de taakuitvoering van de MIVD. Pas nadat er toestemming van de minister is gevraagd voor het selecteren van de communicatie worden er inhoudelijke activiteiten uitgevoerd.

De Commissie onderkent dat de *search*processen die worden uitgevoerd door de NSO dan wel de afdeling Sigint overeenkomsten hebben en het niet altijd mogelijk is een scherp onderscheid tussen die processen of de werkwijze in die processen aan te brengen. De Commissie is desondanks van oordeel dat de MIVD met het bovenstaande standpunt voorbij gaat aan het onderscheid dat kan worden gemaakt ten aanzien van het doel waarop het *searchen* is gericht en de basis op grond waarvan inbreuk wordt gemaakt op de privacy door het kennismaken van inhoudelijke communicatie. De Commissie constateert daarbij dat de praktische uitvoering van de bevoegdheid te *searchen* verwijderd is geraakt van de wettelijke bevoegdheid daartoe.

De Commissie constateert bovendien dat de werkwijze van de MIVD ten aanzien van het *searchen* ten behoeve van het selectieproces slechts ten dele intern is beschreven en niet is vastgelegd. De Commissie heeft in haar onderzoek, mede op basis van met betrokkenen gevoerde gesprekken, de praktijk van de MIVD in kaart gebracht. Zij is van oordeel dat de in kaart gebrachte praktijk dient te leiden tot een schriftelijke vastlegging van de werkwijze van de MIVD en beveelt de MIVD aan hier zo spoedig mogelijk uitvoering aan te geven.

De Commissie constateert dat de aanleiding voor en het doel van het uitvoeren van een *search*activiteit gericht op selectie gelegen kunnen zijn in meerdere zaken. Zij onderscheidt in ieder geval de volgende gangbare praktijken:

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 eerste praktijk van *searchen* gericht op selectie houdt in dat aan de hand van informatie over personen en organisaties die in selectie staan – voor de selectie is toestemming verleend door de minister – wordt gezocht naar technische kenmerken die aan de desbetreffende personen en organisaties toebehoren. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de MIVD vermoedt dat een bepaald technisch kenmerk wordt gebruikt door een bestaand 'target'. Door te *searchen* kan achterhaald worden of dit inderdaad het geval is. Ook kan het voorkomen dat van een 'target' van de MIVD één bepaald nummer bekend is, maar dat het 'target' ook gebruik maakt van andere nummers. Door in de bulk aan communicatie te zoeken kunnen bijvoorbeeld ook de andere nummers worden gevonden en vervolgens worden gebruikt in het selectieproces. Een andere mogelijkheid betreft de situatie waarin van een organisatie ten aanzien waarvan selectie mag worden gepleegd niet bekend is welke leden een actieve rol spelen in die organisatie en van welke technische kenmerken deze leden gebruik maken. Door te *searchen* kan dit mogelijk achterhaald worden. Het gaat bij deze praktijk van *searchen* dus om het optimaliseren van de criteria aan de hand waarvan selectie plaatsvindt.

De eerste praktijk van *searchen* gericht op selectie heeft de nodige raakvlakken met de andere vormen van *searchen* gericht op interceptie zoals hierboven beschreven. Het doel van het *searchen* is in alle gevallen het achterhalen waar de communicatie zich bevindt waarnaar de MIVD op zoek is en waarvoor toestemming is verkregen en het achterhalen op welke manier die communicatie het beste kan worden verkregen.

In tegenstelling tot de andere vormen van *searchen* wordt bij deze praktijk uitgebreider kennis genomen van de inhoud van de communicatie, niet slechts als kortstondig onderdeel van een onderzoek naar de vraag waar de voor de MIVD relevante communicatie zich bevindt. Het gaat er immers om zoveel mogelijk bruikbare informatie over een 'target' (persoon of organisatie) te verkrijgen zodat de communicatie die ten aanzien van dat 'target' wordt geselecteerd van zo hoog mogelijke kwaliteit is. De inbreuk die hier wordt gemaakt, wordt echter ondervangen door het feit dat er ingevolge artikel 27 lid 3 toestemming is verkregen van de minister om de communicatie ten aanzien van het 'target' te selecteren.

De eerste praktijk van *searchen* gericht op selectie kan bovendien leiden tot gerichtere selectie. Door te *searchen* kan op voorhand beter worden ingeschat welke selectiecriteria voor de MIVD noodzakelijke gegevens opleveren en welke niet. Hierdoor kan de hoeveelheid vergeefs geselecteerde communicatie waarvan kennisname achteraf gezien onnodig blijkt te zijn verkleind worden en de hoeveelheid geselecteerde communicatie die noodzakelijk is voor de taakuitvoering vergroot worden. Zeker waar het gaat om een bevoegdheid waarbij soms spreekwoordelijk wordt gezocht naar een speld in een hooiberg is het zo goed mogelijk lokaliseren van de gewenste communicatie (waarvoor toestemming is verkregen) van belang.

De tweede praktijk van *searchen* gericht op selectie richt zich op het identificeren of duiden van potentiële 'targets'. Het gaat hier om personen en organisaties ten aanzien van wie of voor welke nog geen toestemming is verleend om de communicatie te selecteren. Deze personen of organisaties komen in beeld bijvoorbeeld doordat zij in contact staan met bestaande 'targets'. Ook komt het voor dat er alleen een technisch kenmerk van een

potentieel 'target' bekend is en dat vervolgens wordt *gesearcht* om te bezien of dit technische kenmerk toebehoort aan een persoon of organisatie die in het kader van het desbetreffende lopende onderzoek mogelijk interessant is. Het gaat er bij deze praktijk van *searchen* dus om te achterhalen of het potentiële 'target' dat op enigerlei wijze in beeld is gekomen daadwerkelijk voor selectie in aanmerking komt, in relatie tot het lopende onderzoek.

De tweede praktijk van *searchen* gericht op selectie onderscheidt zich van de eerste praktijk en van de andere vormen van *searchen* doordat het niet dient ter ondersteuning van de inzet van de bijzondere bevoegdheid maar juist een nieuwe inzet van de bevoegdheid beoogt. Met het *searchen* wordt immers niet getracht te achterhalen waar de communicatie waarnaar de MIVD op zoek is en waarvoor toestemming is verkregen zich bevindt en op welke manier die communicatie het beste kan worden verkregen. Er wordt veeleer beoordeeld welke interessante communicatie er nog meer is en of die communicatie in aanmerking komt voor nieuwe selectie.

Ter illustratie van het verschil tussen de eerste en de tweede praktijk van *searchen* gericht op selectie roept de Commissie in herinnering de genoemde situatie waarbij de MIVD een technisch kenmerk – bijvoorbeeld een telefoonnummer – heeft en niet weet aan wie dit nummer toebehoort. Wanneer het vermoeden bestaat dat dit nummer toebehoort aan een 'target' dat al met toestemming van de minister in selectie staat, dan staat het de MIVD naar het oordeel van de Commissie vrij te *searchen* om te achterhalen of dit inderdaad zo is. Indien het antwoord bevestigend is, kan hiervan aantekening worden gemaakt. Een simpel bevestigend (of in voorkomende gevallen ontkennend) antwoord kan worden gedeeld met de Sigintanalist die de informatie inhoudelijk verwerkt. Het feit dat inbreuk wordt gemaakt op de privacy wordt in dit geval ondervangen door de toestemming van de minister. De situatie is anders wanneer het onbekend is aan wie het nummer toebehoort of het vermoeden bestaat dat het nummer in gebruik is door een potentieel nieuw 'target'. Gaat men dan *searchen* om dit te achterhalen, hoe wenselijk dat ook is voor het inlichtingenproces, dan wordt de privacyschending niet gedragen door een toestemming van de minister. Evenmin wordt de schending gedragen door artikel 26 Wiv 2002 dat niet voorziet in een dergelijke vorm van *searchen*.

De derde praktijk van *searchen* gericht op selectie betreft het *searchen* naar gegevens waaruit, in het kader van een verwacht nieuw onderzoeksgebied, toekomstige selectiecriteria kunnen worden afgeleid. Bij dit voorbeeld van *searchen* wordt in de bulk aan communicatie gezocht naar mogelijke gegevens (technische kenmerken) van personen en/of organisaties die aansluiten bij het onderwerp van het onderzoek dat naar verwachting binnen afzienbare tijd gestart zal worden. Ook op andere wijzen worden dergelijke gegevens verzameld die op enig moment de basis kunnen vormen voor het opstellen van selectiecriteria. Bijvoorbeeld door het raadplegen van open bronnen, van eerder geselecteerde communicatie en informatie van partnerdiensten. Wanneer het onderzoek naar het onderwerp daadwerkelijk van start gaat, kunnen de analisten op basis van de verzamelde gegevens een snelle start maken. Ook bij deze praktijk van *searchen* geldt dat het *searchen* niet dient ter ondersteuning van de inzet van de bijzondere bevoegdheid maar juist een nieuwe inzet van de bevoegdheid beoogt. De inbreuk op de privacy die plaatsvindt door het *searchen* wordt niet gedragen.

Bovendien bepaalt artikel 27 lid 9 Wiv 2002 dat de gegevens in de bulk aan communicatie, voor zover zij niet zijn geselecteerd, maximaal een jaar bewaard mogen worden ten behoeve van nadere selectie. Dit onder de voorwaarde dat nadere selectie plaatsvindt op grond van een reden of met betrekking tot een onderwerp waarvoor op het moment van het ongericht intercepteren van de gegevens toestemming was verleend. Nadere selectie mag dus alleen

plaatsvinden in het kader van een concreet lopend onderzoek van de MIVD. Een tweede voorwaarde is dat de nadere selectie dringend wordt gevorderd.

Bij een verwacht nieuw onderzoeksgebied is van beide voorwaarden per definitie geen sprake. Selectie van gegevens in eerder geïntercepteerde communicatie is in het kader van een verwacht nieuw onderzoeksgebied derhalve niet toegestaan. Vanuit dat oogpunt bezien is het moeilijk verdedigbaar dat *searchen* in de bulk van communicatie in het kader van een verwacht nieuw onderzoeksgebied wel is toegestaan. Het *searchen* dient er immers toe gegevens te genereren waaruit selectiecriteria kunnen worden afgeleid, terwijl op voorhand duidelijk is dat selectie van die communicatie niet is toegestaan.

De MIVD tracht de inbreuk die met het *searchen* gericht op selectie wordt gemaakt te ondervangen door in het proces bepaalde waarborgen in te bouwen. Deze waarborgen zijn erop gericht te voorkomen dat de communicatie waarvan wordt kennisgenomen bij het *searchen* wordt gebruikt in het inlichtingenproces. Zo is er een technische scheiding aangebracht tussen het archief waarin de bulk aan communicatie wordt bewaard en het archief waarin de met toestemming geselecteerde communicatie wordt bewaard. Analisten, die zich bezighouden met de inhoudelijke analyse en rapportage van de verworven inlichtingen, hebben toegang tot het 'selectiearchief'. Uitsluitend de personen belast met het *searchen* hebben toegang tot het 'bulkarchief'.

Deze scheiding wordt ook gehanteerd ten aanzien van de resultaten die het *searchen* oplevert. De gegevens die voortkomen uit de *search*activiteiten mogen slechts in grote lijnen worden gedeeld met de analisten van de taakgroepen. De feitelijke gegevens uit de communicatie mogen niet aan de analisten worden verstrekt. Ten behoeve van de controle op dit proces worden sinds eind 2009 de searchresultaten uitsluitend schriftelijk aan de analisten verstrekt. De regeling omtrent de beperkte verstrekking van searchresultaten en de schriftelijke verslaglegging daarvan is momenteel (nog) niet geformaliseerd binnen de afdeling Sigint.

Op deze wijze tracht de MIVD te waarborgen dat de inhoudelijke communicatie waarvan wordt kennisgenomen bij het *searchen* niet nader verwerkt kan worden. Uitsluitend gegevens die met toestemming van de minister zijn geselecteerd worden verwerkt in inhoudelijke rapportages. De MIVD is van mening dat de scheiding die gehanteerd wordt voldoende waarborgen biedt ten aanzien van de inbreuk die wordt gemaakt op de (privacy)rechten van anderen. Overigens is de scheiding niet waterdicht aangezien linguïsten in beide processen worden betrokken. Dit wordt nader besproken in paragraaf 8.2.

De Commissie acht de eerste praktijk van *searchen* toegestaan. Het *searchen* van de bulk aan communicatie om te bepalen of met de selectiecriteria waarvoor toestemming is verkregen de gewenste informatie kan worden gegenereerd dient ter ondersteuning van de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid van selectie. De inbreuk die wordt gemaakt bij het *searchen* wordt ondervangen door de toestemming van de minister om ten aanzien van de genoemde persoon of organisatie selectie te plegen. Voorts kan het *searchen* leiden tot gerichtere selectie. De Commissie merkt op dat uitsluitend van *search*resultaten die betrekking hebben op bestaande 'targets' van de dienst aantekening mag worden gemaakt. Deze gegevens kunnen worden gedeeld met de analisten.

De Commissie is van oordeel dat de waarborgen die door de MIVD zijn ingebouwd om ongeoorloofd gebruik van de bevoegdheid te voorkomen, onvoldoende bescherming bieden. De scheiding tussen de werkzaamheden van de personen belast met het *searchen* en de analisten belast met inhoudelijke analyse en rapportage en de beperkingen die in de praktijk

worden aangebracht ten aanzien van de inhoudelijke gegevensverstrekking zijn, behalve systeemtechnisch, slechts gebaseerd op een niet geformaliseerde afspraak en afhankelijk van de goede wil van de medewerkers in kwestie.

De Commissie beveelt de MIVD aan te voorzien in een werkwijze die de scheiding tussen *search* en inhoudelijke rapportage waarborgt en deze in een interne procedure vast te leggen.

De Commissie is van oordeel dat de inbreuk die bij de tweede en de derde praktijk van *searchen* gericht op selectie wordt gemaakt op de (privacy)rechten van anderen geen basis heeft in de Wiv 2002. De bevoegdheid te *searchen*, zoals deze is neergelegd in artikel 26 Wiv 2002 en nader is toegelicht in de wetsgeschiedenis, heeft naar het oordeel van de Commissie als doel de uitoefening van de bevoegdheden van de artikelen 25 en 27 Wiv 2002 te ondersteunen. Met andere woorden, het *searchen* wordt uitsluitend verricht ten dienste van de uitoefening van gerichte interceptie en ten dienste van de uitoefening van ongerichte interceptie en selectie naderhand. De Commissie is van oordeel dat de tweede en de derde praktijk van *searchen* gericht op selectie niet bijdragen aan de ondersteuning of optimalisering van het selectieproces maar een nieuwe inzet van selectie na ongerichte interceptie beogen. Artikel 26 Wiv 2002 biedt onvoldoende basis voor deze vormen van *searchen*.

De Commissie constateert dat de wettelijke regeling en de praktijk hier op gespannen voet staan met elkaar. Zij geeft de wetgever in overweging te bezien of het, met inachtneming van de privacybescherming, noodzakelijk is dat aan de MIVD (en de AIVD) een dergelijke bevoegdheid wordt toegekend.

8. De bewerking van Sigint

Na de gerichte of ongerichte interceptie wordt de communicatie door de afdeling Sigint bewerkt. Hieronder wordt ingegaan op de ontcijfering, het linguïstieke proces en de selectie van communicatie op basis van goedgekeurde selectiecriteria en trefwoorden.

8.1 Ontcijfering

De overdracht van communicatie wordt mogelijk gemaakt door vaste technische en procedurele afspraken tussen zender en ontvanger, de zogenoemde communicatieprotocollen. Daarnaast worden allerlei technieken gebruikt om de communicatie efficiënter en betrouwbaarder te doen plaatsvinden. De MIVD beschikt over kennis van de gebruikte protocollen en technieken om de geïntercepteerde signalen te bewerken tot begrijpelijke informatie, in bijvoorbeeld gedrukte tekst of gesproken woord. De dan verkregen informatie kan nog zijn voorzien van encryptie.

Encryptie is de vercijfering van informatie waardoor de informatie onleesbaar is gemaakt voor derden. Met behulp van cryptoanalyse wordt geprobeerd de vercijfering te ontcijferen, een proces dat bijzonder tijdrovend kan zijn. De MIVD beschikt daarvoor over de benodigde apparatuur en over gespecialiseerde medewerkers. Bovendien werkt de MIVD in dit kader samen met zowel nationale als internationale partnerdiensten.

Het aanwenden van technische voorzieningen om de vercijfering te doorbreken is wettelijk toegestaan. De bevoegdheid om versleuteling ongedaan te maken is als onderdeel van de

bevoegdheden tot gerichte interceptie (artikel 25 lid 1), *search* (artikel 26 lid 1) en ongerichte interceptie (artikel 27 lid 1) in de wet opgenomen. Voor de versleuteling hoeft dus geen aparte toestemming verkregen te worden. Volgens de wetsgeschiedenis worden onder versleuteling alle denkbare methoden gerekend om informatie voor een derde ontoegankelijk te maken. Hieronder wordt ook vercijfering begrepen.⁹⁸

Daarnaast is in de Wiv 2002 vastgelegd dat een ieder die kennis draagt ter zake van het ongedaan maken van de versleuteling van de communicatie die gericht is geïntercepteerd verplicht is alle noodzakelijke medewerking te verlenen om de versleuteling ongedaan te maken, indien dit schriftelijk wordt verzocht door het hoofd van de dienst (artikel 25 lid 7). Een zelfde medewerkingsplicht is opgenomen ter zake van versleuteling van gegevens opgeslagen of verwerkt in een geautomatiseerd werk (artikel 24 lid 3), maar, wellicht abusievelijk, niet opgenomen in de artikelen 26 en 27 Wiv 2002.

Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat de MIVD bijzondere bevoegdheden heeft ingezet om informatie te vergaren ten behoeve van het ongedaan maken van versleuteling en ten behoeve van gerelateerd (technisch) onderzoek. De Commissie heeft in eerdere toezichtsrapporten⁹⁹ vastgesteld dat de Wiv 2002 het niet toestaat dat bijzondere bevoegdheden worden ingezet *ter ondersteuning* van de taakuitvoering door de diensten. In artikel 18 Wiv 2002 is immers bepaald dat bijzondere bevoegdheden slechts mogen worden uitgeoefend voor zover dat noodzakelijk is *voor de goede uitvoering van de taken*, bedoeld in artikel 7, tweede lid, onder a, c en e Wiv 2002 en niet ter ondersteuning van die uitvoering. De Commissie overweegt dat het ongedaan maken van versleuteling als zodanig niet tot de a-, c- en e-taken van de MIVD behoort, maar een aanvullende bevoegdheid betreft die dient ter ondersteuning van de genoemde bijzondere bevoegdheden. Het zou dan ook beredeneerd kunnen worden dat de bijzondere bevoegdheden die zijn ingezet om informatie te vergaren ten behoeve van het ongedaan maken van versleuteling en ten behoeve van gerelateerd (technisch) onderzoek *ter ondersteuning* van de goede taakuitvoering zijn ingezet, hetgeen de Wiv 2002 niet toestaat. De wetsgeschiedenis is echter enigszins vaag op dit punt en noemt enkel het voorbeeld van het toetsen van de betrouwbaarheid van een menselijke bron als vorm van ondersteuning.¹⁰⁰ De Commissie constateert dat de genoemde bijzondere bevoegdheden zich op het snijvlak bevinden van wat wettelijk is toegestaan. De Commissie dringt er dan ook bij de MIVD op aan terughoudend om te gaan met deze inzet van bijzondere bevoegdheden en om bijzondere aandacht te besteden aan de motivering daarvan.

8.2 Vertaling en linguïstiek

De communicatie die gericht of ongericht is geïntercepteerd is doorgaans in andere talen gevoerd of gesteld. Voordat analyse van de informatie kan plaatsvinden, dient de communicatie bewerkt te worden door een spraakvertaler of een linguïst. Linguïsten hebben daarbij een belangrijke rol in het maken van een (eerste) schifting tussen voor de taakuitvoering relevante en minder belangrijke informatie. Zij dienen dan ook goed op de

⁹⁸ Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 40.

⁹⁹ Toezichtsrapport nr. 6. AIVD-onderzoek naar radicaal dierenrechtenactivisme en links-extremisme, Kamerstukken II 2005/06, 29 924, nr. 9 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl, p. 10-11;

Toezichtsrapport nr. 25. Het handelen van de MIVD jegens twee geschorste medewerkers, Kamerstukken II 2009/10, 29 924, nr. 59 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl, paragraaf 9.4.

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2000/2001, 25 877, nr. 15, p. 5.

hoogte te zijn van de onderzoeken ten behoeve waarvan de communicatie is geïntercepteerd. Linguïsten hebben in hun werkzaamheden veel contact met de Sigintanalisten. Er bestaat een zekere overlap in hun werkzaamheden. Ook is er sprake van ondersteuning en samenwerking ten behoeve van de nadere analyse van de verkregen informatie. Binnen een bepaald taakgebied wordt de taak van analisten zelfs geheel uitgevoerd door linguïsten omdat het de MIVD daar aan analysecapaciteit ontbreekt.

Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat de ondersteuning van linguïsten ook wordt ingezet ten behoeve van *search*. Wanneer door de NSO of door de MIVD wordt *gesearcht*, treft men immers ook communicatie die in andere talen is gevoerd of gesteld. De ondersteuning van linguïsten is dan in veel gevallen benodigd om de identiteit van de afzender en de relevantie van de communicatie voor de taakuitvoering in het *search*proces vast te kunnen stellen.

De Commissie merkt op dat de in paragraaf 7.4 genoemde scheiding die door de MIVD wordt aangebracht tussen het *search*proces en het inlichtingenproces hier in ieder geval geen stand houdt. Linguïsten zijn in beide processen betrokken. Zij nemen bij de ondersteuning van het *search*proces kennis van inhoudelijke communicatie en worden in voorkomende gevallen verzocht de opgedane kennis niet te gebruiken in het inlichtingenproces. De door de MIVD gehanteerde scheiding is niet gewaarborgd anders dan door de verantwoordelijkheid die de linguïsten hierin zelf nemen.

8.3 Selectie

In paragraaf 7.3 is de Commissie ingegaan op de ongerichte interceptie van satellietcommunicatie. Interceptie van satellietcommunicatie wordt gezien als ongericht omdat van te voren niet duidelijk is van welke personen of organisaties communicatie wordt geïntercepteerd. De communicatie die over een bepaald satellietkanaal loopt wordt als het ware uit de ether gekopieerd en wordt opgeslagen in grote bestanden. Deze 'bulk' aan communicatie kan duizenden communicatiesessies bevatten. Op voorhand is het niet zichtbaar van wie de communicatiesessies afkomstig zijn en waarover wordt gecommuniceerd. Dit wordt pas duidelijk nadat op basis van vooraf goedgekeurde selectiecriteria berichten worden geselecteerd.

8.3.1 Het selectieproces

De selectie van communicatie vindt plaats aan de hand van selectiecriteria of aan de hand van trefwoorden. Selectiecriteria kunnen gegevens zijn over de identiteit van een persoon of organisatie (artikel 27 lid 3 sub a Wiv 2002) of een nummer of ander technisch kenmerk betreffen (artikel 27 lid 3 sub b Wiv 2002). Het gaat hier bijvoorbeeld om een telefoonnummer of e-mailadres. Bij selectie aan de hand van trefwoorden is er sprake van een lijst van meer algemene trefwoorden die aan een bepaald onderzoeksonderwerp zijn gerelateerd (artikel 27 lid 3 sub c Wiv 2002).

De selectiecriteria en trefwoordenlijsten worden als een soort filter door de bulk aan communicatie gehaald. Alle communicatiesessies die overeenkomen met de selectiecriteria en trefwoordenlijsten worden geselecteerd en overgebracht naar een ander archief. Ten behoeve van dit rapport spreekt de Commissie van een 'selectiearchief' en een 'bulkarchief'. Het selectiearchief bevat alle geselecteerde communicatiesessies en is opengesteld aan linguïsten en Sigintanalisten zodat zij de informatie indien gewenst nader kunnen bewerken.

Het bulkarchief bevat onder meer het totaal aan ongericht geïntercepteerde satellietcommunicatie afkomstig van de NSO en Sigintdetachementen. Het bulkarchief is in beginsel niet toegankelijk voor functionarissen die zich bezighouden met het inhoudelijke inlichtingenproces, maar wel voor technici en personen belast met het *searchen* van het bulkarchief (zie ook paragraaf 7.4).

Om de gezochte communicatie te verkrijgen, is het voor de MIVD van belang zo specifiek mogelijke selectiecriteria en trefwoorden te genereren. Hoe breder de selectiecriteria en trefwoorden, hoe meer voor de taakuitvoering irrelevante communicatie wordt geselecteerd. Dit is niet alleen vanuit het oogpunt van de privacybescherming ongewenst. Het bekijken en beoordelen van alle geselecteerde berichten is een bijzonder intensief en tijdrovend proces. Daarentegen geldt dat hoe preciezer de selectiecriteria en trefwoorden zijn gesteld, hoe groter de kans is dat relevante of zelfs essentiële communicatie wordt gemist. Het opstellen van een goede 'filter' voor het selectieproces, zodat hoogwaardige inlichtingen worden verkregen, vereist de nodige expertise. De analisten van de afdeling Sigint houden zich met dit proces bezig.

Naarmate een onderzoek voortduurt en vordert, worden de toegepaste selectiecriteria en trefwoorden doorgaans specifieker. De Sigintanalist kan immers, aan de hand van de eerder geselecteerde berichten, de selectiecriteria en trefwoorden zodanig bijstellen dat een zo optimaal mogelijk resultaat wordt behaald. Dit proces van bijstellen vergt de nodige tijd; mede afhankelijk van het (soort) onderzoek dat wordt verricht, de hoeveelheid middelen die wordt ingezet en de berichten die na selectie worden aangetroffen. Bij de aanvang van een onderzoek is er dus in zekere mate sprake van 'uitproberen' en hopen dat er relevante communicatie wordt aangetroffen. Dit is eigen aan het selectieproces en daarmee een belangrijk nadeel van de inzet van het middel Sigint.

Overigens zij opgemerkt dat de opbrengst van selectie in grote mate afhankelijk is van wat er in eerste instantie 'bij toeval' ongericht wordt geïntercepteerd. Het *searchen* ter ondersteuning van ongerichte interceptie kan in belangrijke mate bijdragen aan het binnenhalen van de voor de taakuitvoering van de MIVD meest relevante communicatie (zie paragraaf 7.4.2).

8.3.2 De toestemmingsprocedure

Voor de selectie van communicatie aan de hand van selectiecriteria (kort gezegd naam of nummer) is toestemming van de minister van Defensie vereist. De wetgever heeft bepaald dat hetzelfde toestemmingsregime moet worden toegepast als is voorzien in artikel 25 Wiv 2002 omdat de wetgever er vanuit is gegaan dat er sprake is van 'gerichte' selectie van gegevens. Hiermee wordt bedoeld dat de selectie zich richt op een concrete persoon of organisatie. Het verzoek om toestemming dient ten minste de gegevens betreffende de identiteit of het nummer dan wel technisch kenmerk te bevatten waarop de selectie dient te worden toegepast en voorts de reden waarom. De toestemming geldt voor een periode van maximaal drie maanden en kan telkens worden verlengd.¹⁰¹

Indien na de periode van maximaal drie maanden de toestemming niet wordt verlengd of indien geen verlenging wordt aangevraagd, dient het desbetreffende selectie criterium onmiddellijk te worden verwijderd zodat selectie niet langer plaatsvindt. Dit proces is binnen de afdeling Sigint geautomatiseerd. De waarborg dat selectie uitsluitend plaatsvindt met toestemming van de minister ligt dus besloten in het systeem.

¹⁰¹ *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 44-45.*

Voor de selectie van trefwoorden geldt een ander regime: de toestemming kan worden verleend voor een periode van maximaal een jaar en kan telkens worden verlengd. De toestemming door de minister wordt niet verleend voor de afzonderlijke trefwoorden maar voor het onderwerp waaraan de trefwoorden zijn gerelateerd. Het opstellen van de trefwoorden gebeurt door de Sigintanalisten binnen de MIVD. De trefwoordenlijsten kunnen, naar behoefte, dagelijks worden bijgesteld. Door de wetgever is over de trefwoordenlijsten de volgende verduidelijking gegeven:

“Een aan een onderwerp gerelateerde trefwoordenlijst zal in de regel bestaan uit (combinaties van) specifieke technische termen en aanduidingen in diverse talen. Zo’n lijst wordt zodanig opgesteld dat het selectiesysteem optimaal wordt gebruikt om de gewenste informatie te vinden. Zo zal een te gebruiken trefwoordenlijst in het kader van een onderzoek naar proliferatie van bepaalde dual use goederen naar een bepaald land of bepaalde regio onder andere kunnen bestaan uit namen van bepaalde chemische stoffen en chemische verbindingen in combinatie met die landen of regio. Een enigszins gesimplificeerd voorbeeld betreft het zoeken naar berichten waarin of het woord natrium of sodium voorkomt en tevens binnen twee posities ook het woord chlorid of fluorid. Een te hanteren lijst van trefwoorden bij een onderzoek naar de export van een raketsysteem naar bepaalde landen of regio’s zou kunnen bestaan uit diverse namen waarmee het specifieke raketsysteem wordt aangeduid, eventuele projectbenamingen of aanduidingen van de diverse elementen die deel uit maken van het betreffende systeem.”¹⁰²

Hier is volgens de wetgever geen sprake van een gerichte zoekactie naar gegevens die betrekking hebben op bijvoorbeeld een concrete persoon waarbij direct de persoonlijke levenssfeer in het geding is. Het gaat slechts om de selectie van gegevens die in algemene zin van belang zijn voor onderzoeken waar de MIVD zich mee bezig houdt. Zodra echter naar aanleiding van een dergelijke zoekactie concrete personen in beeld komen, waarop men vervolgens gericht wil gaan selecteren, dan moet daarvoor wel toestemming door de minister worden gegeven.¹⁰³

De Commissie heeft geconstateerd dat in trefwoordenlijsten die door de afdeling Sigint worden gehanteerd namen van personen en organisaties zijn opgenomen. De MIVD heeft aan de Commissie aangegeven dat de in de lijsten vermelde namen uitsluitend personen en organisaties betreffen ten aanzien van wie of waarvan de minister selectiecriteria heeft goedgekeurd. Het toevoegen van deze namen aan de trefwoordenlijsten kan een beter selectieresultaat opleveren doordat de namen worden gekoppeld aan gerelateerde trefwoorden. De MIVD heeft gesteld dat de namen uitsluitend in de trefwoordenlijsten worden opgenomen zolang de toestemming van de minister geldt. Dit wordt steekproefsgewijs gecontroleerd door de jurist binnen de afdeling Sigint. De Commissie heeft voor deze praktijk geen interne regeling of procedure aangetroffen.

De Commissie is van oordeel dat het de MIVD vrij staat namen van personen en organisaties in de trefwoordenlijsten op te nemen indien en voor zolang er toestemming is van de minister voor selectie aan de hand van selectiecriteria ten aanzien van die personen en organisaties. De Commissie acht het noodzakelijk dat er aanvullende waarborgen zijn gesteld om ongeoorloofd gebruik tegen te gaan. Zij acht de steekproefsgewijze controle door de afdelingsjurist onvoldoende.

¹⁰² *Kamerstukken II 2000/01, 25 877, nr. 14, p. 33.*

¹⁰³ *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 45.*

De Commissie beveelt de MIVD aan de procedure voor het opnemen van namen van personen en organisaties in trefwoordenlijsten in een interne regeling vast te leggen. Tevens beveelt de Commissie aan aanvullende waarborgen te stellen tegen ongeoorloofd gebruik van deze bevoegdheid.

In paragraaf 8.3.6 wordt ingegaan op de in artikel 27 lid 7 neergelegde mededelingsplicht ten aanzien van de trefwoordselectie.

8.3.3 Generieke identiteiten¹⁰⁴

De Commissie heeft geconstateerd dat in een aantal gevallen toestemming is verzocht en verkregen voor de selectie van een bepaalde categorie van personen en organisaties. Door de MIVD zijn breed geformuleerde generieke identiteiten benoemd waaronder een bepaald 'soort' personen of organisaties valt. Wanneer een persoon of organisatie in beeld komt die onder een generieke identiteit valt, kunnen selectiecriteria met betrekking tot die persoon of organisatie direct in selectie worden gezet zonder dat nadere toestemming wordt verkregen. De toestemming voor de generieke identiteit is immers al verkregen.

Voor het verzoeken om een generieke toestemming voor selectie zijn door de MIVD verschillende redenen aangedragen. Een specifiek geformuleerd verzoek om toestemming wordt in bepaalde gevallen ervaren als te beperkend. De generieke identiteit ondervangt het probleem dat daaronder vaak wisselende of nog onbekende personen of organisaties vallen. De MIVD moet snel in kunnen spelen op veranderende omstandigheden. Het benoemen van specifieke namen kan bovendien problematisch zijn vanwege het gebruik van aliassen en vanwege verschillende schrijfwijzen.

Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat in het verleden met de directie Juridische Zaken van het ministerie van Defensie is afgesproken dat een generieke toestemming alleen verleend wordt in relatie tot een afgebakend onderzoeksdoel, te weten een bepaalde regio of een bepaald conflict. Het onderzoeksdoel dient in het verzoek om toestemming te worden opgenomen. Het werd niet wenselijk geacht de minister ellenlange lijsten met frequenties en andere weinig tot de verbeelding sprekende informatie voor te leggen. Aan een helder omschreven generieke identiteit werd, vanwege de werkbaarheid, de voorkeur gegeven.

De MIVD heeft aangegeven dat er een interne controle plaatsvindt met betrekking tot personen en organisaties ten aanzien van wie of waarvan criteria tussentijds in selectie zijn gezet. De tussentijdse selectie vindt niet plaats zonder akkoord van de jurist van de afdeling Sigint. De Commissie wijst op de kwetsbaarheid van de rol van deze jurist die in dit kader een (te) grote verantwoordelijkheid draagt. Sinds begin 2010 is het de praktijk binnen de MIVD dat de personen en organisaties die tussentijds in selectie worden gezet in het eerstvolgende verzoek om toestemming alsnog expliciet worden benoemd. De Commissie heeft geen interne regeling of procedure aangetroffen waarin het voorgaande is vastgelegd.

De Commissie is van oordeel dat bovengenoemde werkwijze niet in overeenstemming is met de Wiv 2002. De wetgever heeft voor de selectie van gegevens aan de hand van

¹⁰⁴ In paragraaf 7.2.2 heeft de Commissie beschreven dat ten aanzien van generieke identiteiten toestemming is verkregen voor gerichte interceptie van communicatie. De Commissie is in haar onderzoek naar de uitvoering van de bevoegdheid van selectie door de MIVD dezelfde werkwijze tegengekomen. Dit heeft geleid tot enige dubbeling in de tekst van deze paragraaf en paragraaf 7.2.2.

selectiecriteria met betrekking tot een persoon of organisatie voor een zelfde regime gekozen als voor gerichte interceptie. De wet vereist dat uit het verzoek om toestemming ten minste blijkt ten aanzien van wie de bevoegdheid zal kunnen worden uitgeoefend en waarom. De generieke identiteiten die in de verzoeken om toestemming zijn benoemd zijn dusdanig breed dat het naar het oordeel van de Commissie niet voorzienbaar is welke personen en organisaties daar precies onder (kunnen) vallen.¹⁰⁵ De interne controle door de afdelingsjurist doet daar niet aan af.

In tegenstelling tot het benoemen van generieke identiteiten bij gerichte interceptie, heeft de Commissie enig begrip voor het benoemen van generieke identiteiten bij selectie. De wetgever is ervan uitgegaan dat selectie zich richt op een concrete persoon of organisatie. Dit is echter niet altijd het geval. Bij de aanvang van een onderzoek of een nieuwe onderzoeksvraag is het voor de MIVD vaak verre van duidelijk welke personen of organisaties de gewenste inlichtingen kunnen verschaffen. Er zal dus enige mate van 'uitproberen' aan te pas moeten komen wil de MIVD in relatief korte tijd een inlichtingenpositie op het gebied van Sigint kunnen verkrijgen. Dit is inherent aan het middel Sigint. Naar het oordeel van de Commissie lopen de wettelijke regeling en de noodzakelijke praktijk op dit punt uiteen.

De Commissie merkt op dat ook op andere wijze wordt getracht 'targets' te onderkennen en selectiecriteria worden verzameld, bijvoorbeeld door het raadplegen van open bronnen en uit informatie van partnerdiensten. De Commissie overweegt dat de kennis die wordt opgebouwd door of reeds aanwezig is bij het team van de afdeling Inlichtingen belast met het desbetreffende onderzoek beter benut kan worden in het opstellen en voorts bijstellen van de criteria voor selectie. Het team kan een bijdrage leveren aan het duiden en waarderen van potentiële bronnen van informatie. Ook in het kader van de vereiste afwegingen omtrent noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit is een grotere betrokkenheid van het team bij het bepalen van 'targets' van selectie wenselijk.

De Commissie is van oordeel dat er na verloop van tijd een sterke trechtering in de selectie dient plaats te vinden, waarbij steeds minder wordt gegrepen naar generieke identiteiten en steeds meer naar in het onderzoek in beeld gekomen concrete personen en organisaties. In elk verzoek om toestemming zal aangegeven moeten worden of en waarom toestemming voor de generieke identiteit nog noodzakelijk is, welke personen en organisaties tussentijds in selectie zijn gezet en wat daarvoor de reden is. De Commissie kan zich voorstellen dat de mate van trechtering samenhangt met het belang van het onderzoek. Wanneer er bijvoorbeeld sprake is van een militaire missie in het buitenland (categorie I-gebied) die op korte termijn zal plaatsvinden, dan is het voor de MIVD zaak om zeer snel een goede Sigintpositie te verkrijgen ten aanzien van het missiegebied. De MIVD zal dan breed kunnen inzetten en naarmate het onderzoek enige vormen aanneemt, sterk kunnen trechteren. Dit is anders bij een onderzoek naar bijvoorbeeld de politieke intenties en militaire mogelijkheden van een bepaald land (categorie II-gebied). Er is dan meer tijd en ruimte om door middel van andere middelen (open bronnen, partnerdiensten) inlichtingen te vergaren. Brede selectie bij de start van het onderzoek is dan niet noodzakelijk.

De Commissie merkt op dat artikel 27 Wiv 2002 geen mogelijkheid biedt om gegevens betreffende de identiteit van een organisatie later aan te vullen, waardoor het niet mogelijk zou zijn tussentijds bekend geworden leden onder een organisatie te scharen. Artikel 25 Wiv 2002 biedt die mogelijkheid wel (zie ook paragraaf 7.2.2). Aangezien de wetgever heeft

¹⁰⁵ In de geheime bijlage bij dit toezichtsrapport wordt nader op dit onderwerp ingegaan.

beoogd dat voor de selectie aan de hand van selectiecriteria hetzelfde regime dient te worden toegepast als bij de toepassing van artikel 25 Wiv 2002,¹⁰⁶ acht de Commissie het zeer wel verdedigbaar dat een tussentijdse aanvulling van de identiteit van een organisatie ook plaatsvindt in het kader van selectie. De Commissie geeft in overweging de Wiv 2002 op dit punt te wijzigen.

8.3.4 Motivering¹⁰⁷

Artikel 27 Wiv 2002 vereist niet alleen dat uit een verzoek om toestemming voor selectie voldoende nauwkeurig blijkt ten aanzien van wie de bevoegdheid zal (kunnen) worden uitgeoefend, maar ook wat de reden daarvoor is. Elk verzoek dient gemotiveerd te worden, waarbij helder naar voren dient te komen op welke wijze wordt voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De Commissie constateert dat de motivering van de verzoeken om toestemming in veel gevallen onvoldoende is.

De MIVD geeft in de verzoeken om toestemming weliswaar aan wat de reden is van het bredere onderzoek in het kader waarvan de bevoegdheid wordt ingezet. Daarbij wordt aandacht besteed aan het onderwerp (bijvoorbeeld een bepaalde regio die in de IVD of het Aanwijzingsbesluit is benoemd) en de deelonderwerpen waarnaar de aandacht van de MIVD uitgaat. De Commissie is van mening dat deze uiteenzettingen in vrijwel alle gevallen een helder beeld geven van het onderzoek en aanknopingspunten bieden voor de inzet van bijzondere bevoegdheden in dat kader. De Commissie wijst op de noodzaak om bij de inzet van bijzondere bevoegdheden in het kader van de a-taak en de e-taak aan te geven waar de potentiële dreiging voor de nationale veiligheid uit bestaat (zie paragraaf 5.1).

De Commissie constateert echter dat de specifiek op de persoon of organisatie toegespitste motivering in veel gevallen zeer summier is. De motivering is bovendien vaak onbeduidend en te algemeen gesteld waar het gaat om de generieke identiteiten die door de MIVD zijn benoemd. Sommige generieke identiteiten zijn zo veelomvattend dat het vrijwel onmogelijk is een toegespitste reden te geven. Het is de Commissie bovendien gebleken dat in de verzoeken om toestemming veelvuldig gebruik wordt gemaakt van gestandaardiseerde redenen.

In paragraaf 8.3.3 heeft de Commissie aangegeven er in bepaalde omstandigheden begrip voor te hebben dat in het begin van een onderzoek generieke toestemming wordt gevraagd. De Commissie is van oordeel dat in het verzoek aangegeven dient te worden of en waarom toestemming voor de generieke identiteit (nog) noodzakelijk is. De Commissie acht het daarbij niet voldoende dat wordt volstaan met de mededeling dat de benoemde identiteiten mogelijk communiceren over een onderwerp waar aandacht voor is.

De Commissie is van oordeel dat per persoon of organisatie die vervolgens 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

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 877, nr. 3, p. 44-45.

¹⁰⁷ In paragraaf 7.2.3 heeft de Commissie beschreven dat de motivering van de verzoeken om toestemming voor gerichte interceptie te kort schiet. De Commissie is in haar onderzoek naar de uitvoering van de bevoegdheid van selectie door de MIVD dezelfde onvolkomenheden tegengekomen. Dit heeft geleid tot enige dubbeling in de tekst van deze paragraaf en paragraaf 7.2.3.

de selectie zal bijdragen aan het bereiken van dat doel.¹⁰⁸ 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. Het is de Commissie gebleken dat ook ten aanzien van deze vereisten gestandaardiseerde teksten worden gebruikt waarmee wordt beoogd de proportionaliteits- en subsidiariteitsvragen van de inzet van bijzondere bevoegdheden voor een heel onderzoek tegelijk af te dekken. Uit de in de verzoeken opgenomen algemene passages blijkt bovendien niet of onvoldoende welke afwegingen daarbij zijn gemaakt. Veelal wordt uitsluitend de conclusie verwoord dat de benodigde gegevens niet afdoende door uitoefening van een andere (bijzondere) bevoegdheid of door samenwerking met buitenlandse diensten kunnen worden verkregen.

De Commissie is van oordeel dat met deze werkwijze niet wordt voldaan aan de vereisten die in de Wiv 2002 zijn neergelegd en het beoordelingskader dat in de artikelen 31 en 32 is geformuleerd. De wetgever heeft immers vastgelegd dat er voorafgaande aan en gedurende de inzet van een concrete bijzondere bevoegdheid aan de hand van de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit wordt afgewogen of de inzet (nog) wel geoorloofd is. Dat deze afwegingen daadwerkelijk hebben plaatsgevonden blijkt niet of onvoldoende uit de verzoeken om toestemming en de verlengingen daarvan. Zoals besproken in paragraaf 6.3 blijkt evenmin afdoende uit het proces dat voorafgaat aan de beslissing om selectie toe te passen dat de genoemde afwegingen worden gemaakt.

Nu de Commissie onvoldoende kennis draagt van de motivering van de selectie kan zij geen oordeel geven over de rechtmatigheid van de selectie op grond van artikel 27 lid 3 sub a en b Wiv 2002.

De Commissie heeft de MIVD in paragraaf 6.3 aanbevolen te voorzien in een werkwijze waarbij de afwegingen omtrent noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit voor de inzet van Sigintmiddelen door het team (waarvan de Sigintanalist deel uitmaakt) worden gemaakt en schriftelijk worden vastgelegd. In het verlengde hiervan beveelt de Commissie de MIVD aan de daadwerkelijk gemaakte afwegingen omtrent noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit op te nemen in de verzoeken om toestemming aan de minister, toegespitst op de persoon of organisatie ten aanzien waarvan de bevoegdheid wordt ingezet.

¹⁰⁸ De Commissie acht redengevingen als “wordt in verband gebracht met terrorisme” of “berichtenverkeer van deze instellingen vormt een waardevolle bron van informatie voor het onderzoek” nietszeggend en onvoldoende toegespitst.

8.3.5 Het afvoeren van identiteiten

Selectie van communicatie is slechts geoorloofd indien wordt voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit (artikelen 18, 31 en 32 Wiv 2002). De behaalde opbrengst uit de inzet van selectie is van belang om te bepalen of een verlenging van die inzet is gerechtvaardigd. Telkens dient te worden afgewogen of de opbrengst nog wel in verhouding staat tot de inbreuk die wordt gemaakt op de (privacy)rechten. Wanneer dit niet het geval is, dient de selectie van de communicatie van de desbetreffende persoon of organisatie te worden stopgezet. Bij de afdeling Sigint wordt dit het afvoeren van identiteiten genoemd.

Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat in het verleden van het afvoeren van identiteiten weinig sprake is geweest. Criteria bleven soms lang in selectie staan zonder dat het iets opleverde. Recent is hier binnen de afdeling Sigint verandering in gekomen. Analisten wordt gevraagd elke drie maanden te bezien welke identiteiten kunnen worden afgevoerd. De jurist van de afdeling Sigint monitort dit proces. Bovendien worden sinds begin 2010 lijsten van afgevoerde identiteiten aan de verzoeken om toestemming aan de minister toegevoegd, zodat ook de minister kan zien dat criteria niet onnodig lang in selectie blijven staan. Het is de Commissie niet gebleken dat deze praktijk in een interne regeling is vastgelegd.

De Commissie acht de bovenstaande ontwikkeling van wezenlijk belang voor de rechtmatige inzet van de bevoegdheid van selectie. Zij beveelt de MIVD aan te voorzien in een interne regeling waarin deze praktijk wordt vastgelegd. De Commissie is bovendien van oordeel dat bij elk verzoek om verlenging nadrukkelijk aandacht dient te worden besteed aan de opbrengst van de selectie en de meerwaarde daarvan voor het onderzoek. Dit dient toegespitst op de desbetreffende persoon of organisatie te gebeuren.

8.3.6 Mededelingsplicht

Artikel 27 lid 7 Wiv 2002 bepaalt dat een of beide Kamers der Staten-Generaal en de commissie van toezicht vertrouwelijk worden geïnformeerd over de verleende toestemming voor de selectie aan de hand van trefwoorden met opgave van het onderwerp en de reden van selectie.

Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat de afdeling Sigint desgevraagd het bureau Juridische Zaken van de MIVD informeert over de trefwoordenlijsten. Indien gewenst kunnen de onderwerpen van de trefwoordenlijsten vervolgens besproken worden met de commissie van toezicht. Het staat de Commissie voorts vrij in het kader van haar onderzoeksactiviteiten de trefwoordenlijsten in te zien. Dit is in het onderhavige onderzoek dan ook gebeurd. Van een proactieve informatiedeling door de MIVD is echter geen sprake. Overigens heeft de Commissie hier eerder ook niet om verzocht.

Voorts blijkt uit het onderzoek dat de onderwerpen van de trefwoordenlijsten niet structureel worden besproken met de vaste Kamercommissie voor Defensie of met de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (Commissie IVD). Het is de Commissie niet bekend of de onderwerpen in het verleden aan de orde zijn geweest binnen deze commissies en evenmin of het wenselijk wordt geacht structureel over de onderwerpen van de trefwoordenlijsten geïnformeerd te worden.

De Commissie heeft geconstateerd dat desondanks in de meeste verzoeken om toestemming aan de minister wordt vermeld dat van de verleende toestemming voor selectie aan de hand van aan een onderwerp gerelateerde trefwoorden vertrouwelijk mededeling wordt gedaan aan de Commissie IVD en aan de CTIVD. De Commissie acht deze vermeldingen niet juist en is van oordeel dat zij een verkeerde indruk wekken bij de minister.

9. De rapportage en exploitatie van Sigint

9.1 Rapportage

Nadat de binnengehaalde communicatie in het kader van de taakuitvoering nader is bewerkt en geanalyseerd, vindt rapportage plaats. Het gaat hier om verbindingsinlichtingenrapporten waarin de relevante Sigint over een bepaald onderwerp wordt opgenomen. De verbindingsinlichtingenrapporten kunnen zowel zelf verkregen Sigint als Sigint van partnerdiensten bevatten.

De verbindingsinlichtingenrapporten worden intern verstrekt aan de afdeling Inlichtingen. Daar kan de Sigint, samen met andere verworven inlichtingen, nader worden verwerkt in een eindrapportage over een bepaald onderwerp. Deze eindrapporten zijn producten waarbij in beginsel gebruik is gemaakt van alle beschikbare bronnen. De verkregen Sigint vormt dus slechts een bouwsteen in het grotere geheel. Dit brengt een bepaalde dynamiek met zich mee. Zo kan de verkregen Sigint worden versterkt door andere bronnen en het beeld completer worden. Ook kan het Sigintaspect in de eindrapportage juist een ondergeschikte rol krijgen. De analist van de afdeling Inlichtingen bepaalt in overleg met het team de inhoud van het eindrapport.

De analisten van de afdeling Sigint krijgen van de afdeling Inlichtingen normaliter een terugkoppeling over de aangeleverde Sigint. Dit gebeurt doorgaans mondeling in de wandelgangen en soms schriftelijk. Sigintanalisten kunnen voorts in de eindrapportage zien op welke wijze de aangeleverde Sigint is verwerkt. Aan de hand van deze gegevens kan de Sigintanalist zijn interceptie- en selectiebehoefte bijstellen.

De Commissie heeft in paragraaf 7.2.3 en in paragraaf 8.3.5 overwogen dat de behaalde opbrengst van de inzet van interceptie of selectie van belang is om te bepalen of een verlenging van die inzet gerechtvaardigd is. Aan de hand van de behaalde opbrengst dient dus overwogen te worden of de behoeftestelling bijgesteld dient te worden. Hier dient een nieuwe weging plaats te vinden omtrent de noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit van de inzet van Sigint.

De Commissie acht het van belang dat de behoefte aan Sigint door het team (waarvan de Sigintanalist deel uitmaakt) wordt bijgesteld. Naar het oordeel van de Commissie is hier momenteel onvoldoende aandacht voor.

9.2 Nationale exploitatie

De eindrapporten die door de analisten van de afdeling Inlichtingen zijn vervaardigd worden vervolgens extern geëxploiteerd. De producten worden verstrekt aan dezelfde partijen die in paragraaf 6.1 zijn genoemd als behoeftestellers. Het gaat hier onder meer om het Nederlandse defensieapparaat, het ministerie van Algemene Zaken, het ministerie van

Buitenlandse Zaken, nationale en internationale partnerdiensten. Op deze exploitatie zijn de artikelen 36 tot en met 42 Wiv 2002 van toepassing over de externe verstrekking van gegevens.

De teams van de afdeling Inlichtingen onderhouden contacten met de nationale behoeftestellers over de inlichtingenbehoeften en de in aansluiting daarop verstrekte inlichtingenrapporten. Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat ook de taakgroepen van de afdeling Sigint in meerdere of mindere mate contacten onderhouden met nationale behoeftestellers. Met sommige van deze behoeftestellers worden ook zogenoemde halfproducten gedeeld waarin uitsluitend Sigint is opgenomen. Op deze wijze wordt het langere proces via de afdeling Inlichtingen, waarbij de Sigint wordt verwerkt in een eindrapportage, vermeden en heeft de afdeling Sigint zelf in de hand wanneer en op welke wijze Sigint extern wordt gedeeld.¹⁰⁹

Vanwege de internationale regels en richtlijnen voor de omgang met Sigint waaraan de MIVD zich heeft gecommitteerd, is het in bepaalde gevallen noodzakelijk dat de contacten met en de verstrekking van inlichtingen aan externe partijen bij (taakgroepen van) de afdeling Sigint belegd zijn.

9.3 *Exploitatie aan partnerdiensten*

De afdeling Sigint heeft zijn eigen relatiebeheer met internationale partnerdiensten. De verstrekking van Sigint aan internationale partnerdiensten vindt dan ook uitsluitend plaats door de afdeling Sigint. Daarbij kan de verstrekking van geëvalueerde Sigint(rapportages) worden onderscheiden van andere vormen van exploitatie.

Bij de verstrekking van geëvalueerde Sigint(rapportages) aan partnerdiensten gaat het om Sigint die al door de MIVD is verwerkt. Bij de verstrekking van de gegevens dient de MIVD het geldende wettelijk kader omtrent gegevensverstrekking dat voortvloeit uit de Wiv 2002 in acht te nemen. De Commissie heeft dit wettelijk kader in een eerder rapport nader uitgewerkt.¹¹⁰ De MIVD is bevoegd tot het verstrekken van gegevens aan buitenlandse diensten op basis van artikel 36 lid 1 onder d Wiv 2002 in het kader van de eigen goede taakuitvoering of op basis van artikel 59 lid 2 Wiv 2002 waarbij het belang dat de buitenlandse dienst bij de verstrekking van de gegevens heeft leidend is. De wetgever heeft aan de verstrekking van gegevens op basis van artikel 59 lid 2 Wiv 2002 nadere criteria gesteld. In ditzelfde wetsartikel is bepaald dat gegevens worden verstrekt voor zover (a) de door de collega-diensten te behartigen belangen niet onverenigbaar zijn met de belangen die de MIVD heeft te behartigen en (b) een goede taakuitvoering door de MIVD zich niet tegen verstrekking verzet. Verder is van belang te vermelden het algemene normenkader dat geldt voor de verwerking van gegevens (de artikelen 12 t/m 16 Wiv 2002) waarin onder meer de vereisten van noodzakelijkheid, behoorlijkheid en zorgvuldigheid zijn opgenomen. Voorts zij gewezen op de aanvullende eisen die in de Wiv 2002 en de wetsgeschiedenis zijn gesteld

¹⁰⁹ Volledigheidshalve merkt de Commissie op dat de minister van Defensie na het opstellen van dit toezichtsrapport te kennen heeft gegeven dat recent door de MIVD is besloten dat contacten met nationale behoeftestellers niet langer door de taakgroepen van de afdeling Sigint worden onderhouden. Halfproducten worden voortaan door de MIVD-brede teams uitgebracht.

¹¹⁰ Zie ook toezichtsrapport nr. 22A. De samenwerking van de AIVD met buitenlandse inlichtingen- en/of veiligheidsdiensten, *Kamerstukken II 2009/10*, 29 924, nr. 39 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl, paragraaf 7.

omtrent de verstrekking van persoonsgegevens en op de naleving van de derde partijregel, zoals neergelegd in artikel 37 Wiv 2002.¹¹¹

De Commissie stelt zich op het standpunt dat het bij de andere vormen van exploitatie¹¹² niet zozeer gaat om de verstrekking van gegevens maar om de verlening van technische ondersteuning in de zin van artikel 59 lid 4 Wiv 2002.

Aan het verlenen van technische ondersteuning in de zin van artikel 59 lid 4 Wiv 2002 wordt in de Wiv 2002 een tweetal voorwaarden gesteld. Ondersteuning mag slechts plaatsvinden voor zover de belangen die de buitenlandse dienst heeft te behartigen niet onverenigbaar zijn met de belangen die de MIVD heeft te behartigen (artikel 59 lid 4 sub a Wiv 2002) en voor zover een goede taakuitvoering door de MIVD zich niet tegen de verlening van de ondersteuning verzet (artikel 59 lid 4 sub b Wiv 2002). Volgens de wetsgeschiedenis geschiedt de beoordeling of wellicht sprake is van tegenstrijdige belangen mede aan de hand van het Nederlandse buitenlandse beleid, waaronder dat op het gebied van de mensenrechten.¹¹³ Bovendien dient de MIVD zijn taken te verrichten in ondergeschiktheid aan de wet. Dit houdt in dat de normen, en zeker ook de grond- en mensenrechten, die zijn neergelegd in de Grondwet en in de internationale verdragen die door Nederland zijn geratificeerd, eveneens tot de belangen die de MIVD heeft te behartigen moeten worden gerekend.¹¹⁴ Als voorbeeld van het geval dat een goede taakuitvoering door de MIVD zich verzet tegen het verlenen van ondersteuning aan een buitenlandse dienst wordt in de wetsgeschiedenis genoemd het frustreren van eigen lopende operaties van de MIVD. Tevens wordt opgemerkt dat ook de soort gewenste ondersteuning van belang is. Deze dient onder meer te passen binnen de juridische kaders die de MIVD in acht heeft te nemen. Indien een bepaalde vorm van ondersteuning zich daar niet mee verdraagt, zou het wel verlenen van deze ondersteuning in strijd zijn met een goede taakuitvoering door de MIVD.¹¹⁵

Alvorens ondersteuning wordt verleend, dient door de MIVD te worden afgewogen of aan deze voorwaarden wordt voldaan. Het is de Commissie in haar onderzoek niet gebleken dat de MIVD, voordat de ondersteuning wordt verleend, een afweging maakt of dit het geval is. Naar het oordeel van de Commissie is het noodzakelijk dat dit wel gebeurt. De Commissie acht het daarbij toereikend dat in algemene zin wordt beoordeeld of deze vergaande vorm van samenwerking met de buitenlandse dienst in kwestie geoorloofd is.

Volgens artikel 59, leden 5 en 6, Wiv 2002 vindt het verlenen van ondersteuning voorts alleen plaats met toestemming van de betrokken minister. De afdeling Sigint heeft met een aantal partnerdiensten de afspraak gemaakt om standaard bepaalde vormen van ondersteuning te verlenen. Deze afspraken vinden plaats in het kader van bredere overeenkomsten met buitenlandse diensten (Memoranda of Understanding) die de goedkeuring van de minister hebben. De Commissie is van oordeel dat een brede, voorafgaande toestemming van de minister per buitenlandse dienst waaraan ondersteuning wordt verleend voldoende is om te voldoen aan artikel 59, leden 5 en 6 Wiv 2002.

¹¹¹ De Commissie zal nader op deze onderwerpen ingaan in het toezichtsrapport van het thans lopende onderzoek naar de samenwerking van de MIVD met buitenlandse inlichtingen- en/of veiligheidsdiensten.

¹¹² In de geheime bijlage bij dit toezichtsrapport wordt nader op dit onderwerp ingegaan.

¹¹³ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 877, nr. 3, p. 74.

¹¹⁴ *Kamerstukken II 2000/01*, 25 877, nr. 14, p. 65.

¹¹⁵ *Idem*, p. 64.

Voorts geldt dat wanneer de MIVD ter ondersteuning van een buitenlandse dienst bijzondere bevoegdheden inzet, er moet worden voldaan aan de wettelijke vereisten die gelden voor die inzet. Dit betekent dat bij het verlenen van ondersteuning ook aan de vereisten van noodzakelijkheid (voor de eigen taakuitvoering), proportionaliteit en subsidiariteit voldaan moet worden.¹¹⁶ Het is de Commissie in haar onderzoek echter niet gebleken dat de concrete inzet van bijzondere bevoegdheden ten behoeve van partnerdiensten gemotiveerd aan de minister wordt voorgelegd.

De Commissie beveelt de MIVD aan, alvorens ondersteuning wordt verleend aan een buitenlandse dienst, af te wegen of wordt voldaan aan de voorwaarden dat de ondersteuning niet onverenigbaar is met de belangen die de MIVD heeft te behartigen en een goede taakuitvoering niet aan de ondersteuning in de weg staat. De Commissie beveelt de MIVD voorts aan de bij de inzet van bijzondere bevoegdheden geldende procedures te volgen, ook indien de inzet plaatsvindt in het kader van het verlenen van ondersteuning aan een partnerdienst. De Commissie beveelt tevens aan de interne (toestemmings)procedures hiermee in overeenstemming te brengen.

¹¹⁶ Zie ook toezichtsrapport nr. 22A. De samenwerking van de AIVD met buitenlandse inlichtingen- en/of veiligheidsdiensten, *Kamerstukken II 2009/10*, 29 924, nr. 39 (bijlage), beschikbaar op www.ctivd.nl, paragraaf 8.1.

10. Conclusies en aanbevelingen

- 10.1. Naar het oordeel van de Commissie gaat de wetgever met het standpunt dat bij het *searchen* geen inbreuk wordt gemaakt op het telefoongeheim voorbij aan het feit dat het *searchen* wel degelijk is gericht op de inhoud van de communicatie. Ook het gegeven dat bij het *searchen* voor een korte tijd wordt kennisgenomen van de inhoud van de communicatie en dat het niet gaat om de volledige inhoud van de communicatie doet naar het oordeel van de Commissie hier niet aan af. (paragraaf 4.3.3)
- 10.2. Door de wijze waarop het proces dat voorafgaat aan de beslissing om Sigintmiddelen in te zetten is ingericht, dienen de afwegingen of wordt voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit naar het oordeel van de Commissie in een eerder stadium gemaakt te worden. De Commissie acht het bovendien noodzakelijk dat de genoemde afwegingen niet uitsluitend door de Sigintanalist worden gemaakt.
De Commissie beveelt de MIVD aan te voorzien in een werkwijze waarbij de afwegingen omtrent noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit voor de inzet van Sigintmiddelen door het team (waarvan de Sigintanalist deel uitmaakt) worden gemaakt. Met het oog op de interne verantwoording en de externe controle wijst de Commissie op het belang alle daadwerkelijk gemaakte afwegingen die ten grondslag liggen aan de inzet van Sigintmiddelen schriftelijk vast te leggen. Tot op heden is hiervan in beperkte mate sprake geweest. (paragraaf 6.3)
- 10.3. De Commissie is van oordeel dat het ontbreken van een wettelijke basis voor de inzet van bijzondere bevoegdheden in het buitenland alleen gebillijkt kan worden indien de Wiv 2002 naar analogie wordt toegepast. De in de Wiv 2002 voorgeschreven procedures voor de inzet van bijzondere bevoegdheden dienen naar het oordeel van de Commissie dus ook in het buitenland nageleefd te worden. Dit betekent onder meer dat voor de gerichte interceptie van communicatie door Sigintdetachementen voorafgaande toestemming van de minister dient te zijn verkregen. Dit geldt eveneens voor selectie van door Sigintdetachementen ongericht geïntercepteerde communicatie.
De Commissie kan zich urgente situaties voorstellen waarbij in het kader van inlichtingenondersteuning van crisisbeheersingsoperaties directe actie is vereist. De Commissie heeft er begrip voor dat in een dergelijke uitzonderlijke situatie er geen reële mogelijkheid is om contact op te nemen met de minister alvorens overgegaan kan worden tot actie. De Commissie acht het dan wel van belang dat de minister zo spoedig mogelijk op de hoogte wordt gesteld van de inzet van bijzondere bevoegdheden die zonder voorafgaande toestemming hebben plaatsgevonden. Bovendien is het naar het oordeel van de Commissie noodzakelijk dat van zowel de uitoefening van de bevoegdheid als de afstemming met de minister achteraf zorgvuldig schriftelijk verslag wordt gelegd.
De Commissie beveelt de MIVD aan de procedure en praktijk met betrekking tot de inzet van Sigintdetachementen met het voorgaande in overeenstemming te brengen. (paragraaf 7.1.2)
- 10.4. De Commissie heeft geconstateerd dat in een aantal gevallen toestemming is verzocht en verkregen voor de gerichte interceptie van een bepaalde categorie van personen en organisaties. Het gaat hier om breed geformuleerde generieke identiteiten waaronder een bepaald 'soort' personen of organisaties valt. De Commissie is van oordeel dat

deze werkwijze niet in overeenstemming is met de Wiv 2002 en onvoldoende recht doet aan de wettelijk voorgeschreven bescherming van de (privacy)rechten van diegenen wier communicatie wordt of kan worden geïntercepteerd. De generieke identiteiten die in de verzoeken om toestemming zijn benoemd zijn dusdanig breed dat het naar het oordeel van de Commissie niet voorzienbaar is welke personen en organisaties daar precies onder (kunnen) vallen. De interne controle door de afdelingsjurist die plaatsvindt met betrekking tot personen en organisaties van wie of waarvan de communicatie tussentijds in interceptie is gezet doet daar niet aan af. (paragraaf 7.2.2)

- 10.5. De Commissie heeft er begrip voor dat wanneer voor de interceptie van de communicatie van bepaalde personen of organisaties exact dezelfde motivering geldt, een gebundeld verzoek om toestemming kan worden ingediend. Het is daarbij noodzakelijk dat volstrekt helder is welke personen of organisaties binnen de gebundelde groep vallen. Naar het oordeel van de Commissie doet het gebundeld indienen van een verzoek niet af aan de bescherming van de (privacy)rechten die met de in de Wiv 2002 neergelegde procedure wordt beoogd. Bovendien wordt tegemoet gekomen aan de wens de verzoeken om toestemming helder en overzichtelijk te houden. (paragraaf 7.2.2)
- 10.6. De Commissie acht het onder omstandigheden acceptabel dat een persoon van wie tussentijds bekend wordt dat hij onder een gebundelde groep personen valt, onder de verleende toestemming voor die gebundelde groep wordt geschaard. De MIVD dient dan wel bij het eerstvolgende verzoek om verlenging vast te leggen waarom de persoon tot de betreffende groep personen gerekend wordt. Het is de Commissie gebleken dat het sinds begin 2010 praktijk is om de tussentijds in interceptie genomen personen te benoemen. Er wordt echter niet gemotiveerd waarom de desbetreffende persoon tot de organisatie of groep gerekend wordt. De Commissie acht dit noodzakelijk. De Commissie beveelt de MIVD bovendien aan de praktijk vast te leggen in een interne procedure. (paragraaf 7.2.2)
- 10.7. De Commissie constateert dat de motivering van de verzoeken om toestemming voor gerichte interceptie in veel gevallen onvoldoende is. De Commissie is van oordeel dat per persoon of organisatie of per gebundelde groep moet worden afgewogen of gerichte interceptie van de communicatie noodzakelijk, proportioneel en subsidiair is. Dat deze afwegingen daadwerkelijk hebben plaatsgevonden blijkt niet of onvoldoende uit de verzoeken om toestemming en de verlengingen daarvan. Nu de Commissie onvoldoende kennis draagt van de motivering van de interceptie kan zij geen oordeel geven over de rechtmatigheid van de interceptie op grond van artikel 25 lid 1 Wiv 2002. De Commissie beveelt de MIVD aan de door het team (waarvan de Sigintanalist deel uitmaakt) daadwerkelijk gemaakte afwegingen omtrent noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit op te nemen in de verzoeken om toestemming aan de minister, toegespitst op de persoon of organisatie ten aanzien waarvan de bevoegdheid wordt ingezet. (paragraaf 7.2.3)
- 10.8. De Commissie heeft ten aanzien van het *searchen* ten behoeve van gerichte interceptie geen aanwijzingen dat ten onrechte metagegevens zijn verwerkt. (paragraaf 7.4.1)
- 10.9. Het langer volgen van een uitzending dan strikt noodzakelijk is om de identiteit van de afzender en de relevantie voor de taakuitvoering vast te stellen is niet toegestaan.

De Commissie heeft geen aanwijzingen dat hier bij het *searchen* ten behoeve van gerichte interceptie sprake van is (geweest). (paragraaf 7.4.1)

- 10.10. De Commissie heeft ten aanzien van het *searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie geen aanwijzingen dat ten onrechte metagegevens zijn verwerkt. (paragraaf 7.4.2)
- 10.11. De Commissie is van oordeel dat niet in alle gevallen een eenduidige scheidslijn te trekken valt tussen metagegevens en inhoud van communicatie. Dit zal van geval tot geval beoordeeld moeten worden. Voor zover kennisneming van verkeersgegevens samenvalt met kennisneming van gegevens over de inhoud, dient ervan uitgegaan te worden dat het geheel inhoudsgegevens betreft. (paragraaf 7.4.2)
- 10.12. Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat er verschil van mening bestaat tussen de NSO en de afdeling Sigint over de vraag of de NSO de inhoud van berichten mag bekijken ten behoeve van de door hen uitgevoerde *search*processen. De praktijk is dat zowel de NSO als de afdeling Sigint dergelijke *search*activiteiten verricht. De Commissie is van oordeel dat het vaker kennisnemen van de inhoud van communicatie dan strikt noodzakelijk is niet is toegestaan. Er wordt dan onnodig inbreuk gemaakt op de (privacy)rechten van anderen. De Commissie beveelt de NSO en de afdeling Sigint aan te komen tot een verdeling waarbij helder is welke dienst de genoemde bevoegdheid uitoefent. (paragraaf 7.4.2)
- 10.13. Het is de Commissie in haar onderzoek opgevallen dat de *search*opdrachten aan de NSO doorgaans vrij breed zijn geformuleerd. Het is de Commissie gebleken dat het voor de NSO soms lastig is te duiden welke *search*activiteiten (het meest) van belang zijn voor de afdeling Sigint. De Commissie beveelt de MIVD aan de *search*opdrachten aan de NSO waar mogelijk nader te concretiseren en dit schriftelijk vast te leggen. (paragraaf 7.4.2)
- 10.14. De Commissie constateert dat de MIVD de bevoegdheid te *searchen* eveneens aanwendt ten behoeve van het selectieproces. De MIVD heeft zich op het standpunt gesteld dat deze vorm van *searchen* niet wezenlijk verschilt van het *searchen* ten behoeve van ongerichte interceptie. Het enige verschil is volgens de dienst gelegen in het moment waarop beide vormen van *searchen* in het Sigintproces plaatsvinden. De Commissie is evenwel van oordeel dat de MIVD met dit standpunt voorbij gaat aan het onderscheid dat kan worden gemaakt ten aanzien van het doel waarop het *searchen* is gericht en de basis op grond waarvan inbreuk wordt gemaakt op de privacy door het kennisnemen van inhoudelijke communicatie. De Commissie constateert daarbij dat de praktische uitvoering van de bevoegdheid te *searchen* verwijderd is geraakt van de wettelijke bevoegdheid daartoe. De Commissie constateert bovendien dat de werkwijze van de MIVD ten aanzien van het *searchen* ten behoeve van het selectieproces slechts ten dele intern is beschreven en niet is vastgelegd. De Commissie heeft in haar onderzoek, mede op basis van met betrokkenen gevoerde gesprekken, de praktijk van de MIVD in kaart gebracht. Zij is van oordeel dat de in kaart gebrachte praktijk dient te leiden tot een schriftelijke vastlegging van de werkwijze van de MIVD en beveelt de MIVD aan hier zo spoedig mogelijk uitvoering aan te geven. De Commissie constateert dat de aanleiding voor en het doel van het uitvoeren van een *search*activiteit gericht op selectie gelegen kunnen zijn in meerdere zaken. Zij onderscheidt in ieder geval de volgende gangbare praktijken:

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. (paragraaf 7.4.3)
- 10.15. De Commissie acht de eerste praktijk van *searchen* toegestaan. Het *searchen* van de bulk aan communicatie om te bepalen of met de selectiecriteria waarvoor toestemming is verkregen de gewenste informatie kan worden gegenereerd dient ter ondersteuning van de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid van selectie. De inbreuk die wordt gemaakt bij het *searchen* wordt ondervangen door de toestemming van de minister om ten aanzien van de genoemde persoon of organisatie selectie te plegen. Voorts kan het *searchen* leiden tot gerichtere selectie. De Commissie is van oordeel dat de waarborgen die door de MIVD zijn ingebouwd om ongeoorloofd gebruik van de bevoegdheid te voorkomen, onvoldoende bescherming bieden. De scheiding tussen de werkzaamheden van de personen belast met het *searchen* en de analisten belast met inhoudelijke analyse en rapportage en de beperkingen die in de praktijk worden aangebracht ten aanzien van de inhoudelijke gegevensverstrekking zijn, behalve systeemtechnisch, slechts gebaseerd op een niet geformaliseerde afspraak en afhankelijk van de goede wil van de medewerkers in kwestie. De Commissie beveelt de MIVD aan te voorzien in een werkwijze die de scheiding tussen *search* en inhoudelijke rapportage waarborgt en dit in een interne procedure vast te leggen. (paragraaf 7.4.3)
- 10.16. De Commissie is van oordeel dat de inbreuk die bij de tweede en de derde praktijk van *searchen* gericht op selectie wordt gemaakt op de (privacy)rechten van anderen geen basis heeft in de Wiv 2002. De bevoegdheid te *searchen*, zoals deze is neergelegd in artikel 26 Wiv 2002 en nader is toegelicht in de wetsgeschiedenis, heeft naar het oordeel van de Commissie als doel de uitoefening van de bevoegdheden van de artikelen 25 en 27 Wiv 2002 te ondersteunen. Met andere woorden, het *searchen* wordt uitsluitend verricht ten dienste van de uitoefening van gerichte interceptie en ten dienste van de uitoefening van ongerichte interceptie en selectie naderhand. De Commissie is van oordeel dat de tweede en de derde praktijk van *searchen* gericht op selectie niet bijdragen aan de ondersteuning of optimalisering van het selectieproces maar een nieuwe inzet van selectie na ongerichte interceptie beogen. Artikel 26 Wiv 2002 biedt onvoldoende basis voor deze vormen van *searchen*. De Commissie constateert dat de wettelijke regeling en de praktijk hier op gespannen voet staan met elkaar. Zij geeft de wetgever in overweging te bezien of het, met inachtneming van de privacybescherming, noodzakelijk is dat aan de MIVD (en de AIVD) een dergelijke bevoegdheid wordt toegekend. (paragraaf 7.4.3)
- 10.17. Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat de MIVD bijzondere bevoegdheden heeft ingezet om informatie te vergaren ten behoeve van het ongedaan maken van versleuteling en ten behoeve van gerelateerd (technisch) onderzoek. De Commissie constateert dat de genoemde bijzondere bevoegdheden zich op het snijvlak bevinden van wat wettelijk is toegestaan. De Commissie dringt er dan ook bij

de MIVD op aan terughoudend om te gaan met deze inzet van bijzondere bevoegdheden en om bijzondere aandacht te besteden aan de motivering daarvan. (paragraaf 8.1)

- 10.18. De Commissie constateert dat in trefwoordenlijsten die door de afdeling Sigint worden gehanteerd namen van personen en organisaties zijn opgenomen. De Commissie is van oordeel dat het de MIVD vrij staat namen van personen en organisaties in de trefwoordenlijsten op te nemen indien en voor zolang er toestemming is van de minister voor selectie aan de hand van selectiecriteria ten aanzien van die personen en organisaties. De Commissie acht het noodzakelijk dat er aanvullende waarborgen zijn gesteld om ongeoorloofd gebruik tegen te gaan. Zij acht de steekproefsgewijze controle door de afdelingsjurist onvoldoende. De Commissie beveelt de MIVD aan de procedure voor het opnemen van namen van personen en organisaties in trefwoordenlijsten in een interne regeling vast te leggen. Tevens beveelt de Commissie aan aanvullende waarborgen te stellen tegen ongeoorloofd gebruik van deze bevoegdheid. (paragraaf 8.3.2)
- 10.19. De Commissie heeft geconstateerd dat in een aantal gevallen toestemming is verzocht en verkregen voor de selectie van communicatie van een bepaalde categorie van personen en organisaties. Het gaat hier om breed geformuleerde generieke identiteiten waaronder een bepaald 'soort' personen of organisaties valt. De Commissie is van oordeel dat bovengenoemde werkwijze niet in overeenstemming is met de Wiv 2002. De wetgever heeft voor de selectie van gegevens aan de hand van selectiecriteria met betrekking tot een persoon of organisatie voor een zelfde regime gekozen als voor gerichte interceptie. De wet vereist dat uit het verzoek om toestemming ten minste blijkt ten aanzien van wie de bevoegdheid zal kunnen worden uitgeoefend en waarom. De generieke identiteiten die in de verzoeken om toestemming zijn benoemd zijn dusdanig breed dat het naar het oordeel van de Commissie niet voorzienbaar is welke personen en organisaties daar precies onder (kunnen) vallen. De interne controle door de afdelingsjurist doet daar niet aan af. (paragraaf 8.3.3)
- 10.20. In tegenstelling tot het benoemen van generieke identiteiten bij gerichte interceptie, heeft de Commissie enig begrip voor het benoemen van generieke identiteiten bij selectie. De wetgever is ervan uitgegaan dat selectie zich richt op een concrete persoon of organisatie. Dit is echter niet altijd het geval. Bij de aanvang van een onderzoek of een nieuwe onderzoeksvraag is het voor de MIVD vaak verre van duidelijk welke personen of organisaties de gewenste inlichtingen kunnen verschaffen. Er zal dus enige mate van 'uitproberen' aan te pas moeten komen wil de MIVD in relatief korte tijd een inlichtingenpositie op het gebied van Sigint kunnen verkrijgen. Dit is inherent aan het middel Sigint. Naar het oordeel van de Commissie lopen de wettelijke regeling en de noodzakelijke praktijk op dit punt uiteen. De Commissie is van oordeel dat er na verloop van tijd een sterke trechtering in de selectie dient plaats te vinden, waarbij steeds minder wordt gegrepen naar generieke identiteiten en steeds meer naar in het onderzoek in beeld gekomen concrete personen en organisaties. In elk verzoek om toestemming zal aangegeven moeten worden of en waarom toestemming voor de generieke identiteit nog noodzakelijk is, welke personen en organisaties tussentijds in selectie zijn gezet en wat daarvoor de reden is. (paragraaf 8.3.3)

- 10.21. De Commissie merkt op dat artikel 27 Wiv 2002 geen mogelijkheid biedt om gegevens betreffende de identiteit van een organisatie later aan te vullen, waardoor het niet mogelijk zou zijn tussentijds bekend geworden leden onder een organisatie te scharen. De Commissie geeft in overweging de Wiv 2002 op dit punt te wijzigen. (paragraaf 8.3.3)
- 10.22. De Commissie constateert dat de motivering van de verzoeken om toestemming voor selectie na ongerichte interceptie in veel gevallen onvoldoende is. De Commissie is van oordeel dat per persoon of organisatie moet worden afgewogen waarom selectie van de communicatie noodzakelijk, proportioneel en subsidiair is. Dat deze afwegingen daadwerkelijk hebben plaatsgevonden blijkt niet of onvoldoende uit de verzoeken om toestemming en de verlengingen daarvan. Nu de Commissie onvoldoende kennis draagt van de motivering van de selectie kan zij geen oordeel geven over de rechtmatigheid van de selectie op grond van artikel 27 lid 3 sub a en b Wiv 2002. De Commissie beveelt de MIVD aan de door het team (waarvan de Sigintanalist deel uitmaakt) daadwerkelijk gemaakte afwegingen omtrent noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit op te nemen in de verzoeken om toestemming aan de minister, toegespitst op de persoon of organisatie ten aanzien waarvan de bevoegdheid wordt ingezet. (paragraaf 8.3.4)
- 10.23. Het is de Commissie in haar onderzoek gebleken dat in het verleden van het afvoeren van identiteiten weinig sprake is geweest. Recent is hier binnen de afdeling Sigint verandering in gekomen. De Commissie acht dit van wezenlijk belang voor de rechtmatige inzet van de bevoegdheid van selectie. Zij beveelt de MIVD aan te voorzien in een interne regeling waarin de praktijk wordt vastgelegd. De Commissie is bovendien van oordeel dat bij elk verzoek om verlenging nadrukkelijk aandacht dient te worden besteed aan de opbrengst van de selectie en de meerwaarde daarvan voor het onderzoek. Dit dient toegespitst op de desbetreffende persoon of organisatie te gebeuren. (paragraaf 8.3.5)
- 10.24. De Commissie heeft geconstateerd dat in de meeste verzoeken om toestemming aan de minister ten onrechte wordt vermeld dat van de verleende toestemming voor selectie aan de hand van aan een onderwerp gerelateerde trefwoorden vertrouwelijk mededeling wordt gedaan aan de Commissie IVD en aan de CTIVD. De Commissie acht deze vermeldingen niet juist en is van oordeel dat zij een verkeerde indruk wekken bij de minister. (paragraaf 8.3.6)
- 10.25. De Commissie acht het van belang dat de behoefte aan Sigint door het team (waarvan de Sigintanalist deel uitmaakt) wordt bijgesteld. Naar het oordeel van de Commissie is hier momenteel onvoldoende aandacht voor. (paragraaf 9.1)
- 10.26. De Commissie is van oordeel dat het bij bepaalde vormen van exploitatie aan buitenlandse diensten gaat om (technische) ondersteuning in de zin van artikel 59 lid 4 Wiv 2002. Het is de Commissie in haar onderzoek niet gebleken dat de MIVD, voordat de ondersteuning wordt verleend, een afweging maakt of aan de voorwaarden voor ondersteuning wordt voldaan. De Commissie acht het daarbij toereikend dat in algemene zin wordt beoordeeld of deze vergaande vorm van samenwerking met de buitenlandse dienst in kwestie geoorloofd is.

De Commissie beveelt de MIVD aan, alvorens ondersteuning wordt verleend aan een buitenlandse dienst, af te wege of wordt voldaan aan de voorwaarden dat de ondersteuning niet onverenigbaar is met de belangen die de MIVD heeft te behartigen en een goede taakuitvoering niet aan de ondersteuning in de weg staat. (paragraaf 9.3)

- 10.27. De Commissie is van oordeel dat een brede, voorafgaande toestemming van de minister per buitenlandse dienst waaraan ondersteuning wordt verleend voldoende is om te voldoen aan artikel 59, leden 5 en 6 Wiv 2002. (paragraaf 9.3)
- 10.28. Wanneer de MIVD ter ondersteuning van een buitenlandse dienst bijzondere bevoegdheden inzet, moet worden voldaan aan de wettelijke vereisten die gelden voor die inzet. Dit betekent dat bij het verlenen van ondersteuning ook aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit voldaan moet worden. Het is de Commissie in haar onderzoek echter niet gebleken dat de concrete inzet van bijzondere bevoegdheden ten behoeve van partnerdiensten gemotiveerd aan de minister wordt voorgelegd.
- De Commissie beveelt de MIVD aan de bij de inzet van bijzondere bevoegdheden geldende procedures te volgen, ook indien de inzet plaatsvindt in het kader van het verlenen van ondersteuning aan een partnerdienst. De Commissie beveelt tevens aan de interne (toestemmings)procedures hiermee in overeenstemming te brengen. (paragraaf 9.3)

11. Slotopmerking

De Commissie heeft in dit toezichtsrapport verschillende malen geconstateerd dat de wettelijke regeling ten aanzien van de bevoegdheden van de MIVD op het terrein van Sigint niet overeenkomt of zelfs op gespannen voet staat met de (gewenste) praktijk van de MIVD. Dit probleem doet zich onder meer voor bij de invulling van de bevoegdheid te *searchen* (artikel 26 Wiv 2002), bij de niet-kabelgebonden beperking van ongerichte interceptie (artikel 27 lid 1 Wiv 2002) en ten aanzien van de gerichtheid van het selectieproces (artikel 27 lid 3 Wiv 2002).

De Commissie geeft in overweging te bezien of het, met inachtneming van de privacybescherming, noodzakelijk is dat aan de MIVD (en de AIVD) ruimere bevoegdheden worden toegekend die beter aansluiten op deze (gewenste) praktijk. Het is aan de wetgever om in dat kader een zorgvuldige afweging te maken.

De Commissie wijst erop dat het van wezenlijk belang is voor de betrokkenen in dit proces dat de werkwijzen van de dienst(en) zoals die in de praktijk worden uitgevoerd helder zijn beschreven en schriftelijk zijn vastgelegd. De Commissie dringt erop aan dat dit zo spoedig mogelijk gebeurt.

Aldus vastgesteld in de vergadering van de Commissie d.d. 23 augustus 2011.