

Macht en willekeur, of hoe het Europees Hof voor de Rechten van de Mens negen eisen voor kwalitatief goede wetgeving neerlegde

Bart van der Sloot*

Niet alleen het handelen van de uitvoerende macht en de consequenties daarvan voor de rechten van burgers, maar ook wetgeving als zodanig kan een schending van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens opleveren. Wetten moeten zo zijn opgesteld dat ze de kans op machtsmisbruik minimaliseren en burgers in staat stellen redelijkerwijs in te schatten hoe de uitvoerende macht zijn bevoegdheden wel of niet zal inzetten, dixit het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

1 Introductie

Echte macht kent geen grenzen, geen regels en beperkingen. Juist de willekeur en wispelurigheid van beleid, uitvoering, strafoplegging en eventuele gratieverlening waren in vroegere tijden een teken van de absolute staatsmacht van de koning. De onvoorspelbaarheid van de macht genereert volgzame burgers, zo was de gedachte: omdat onderdanen nooit goed kunnen inschatten hoe bevoegdheden worden ingezet, welke daden verboden zijn en welke consequenties daaraan verbonden zijn, zullen zij uit angst hun eigen vrijheid inperken. Het was deze willekeur die leidde tot de eerste mensenrechtendocumenten, zoals de *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* uit 1789, die zich dan ook primair richtten op de rechtsstatelijke randvoorwaarden van machtsinzet.

Deze focus op machtsinzet en of die redelijk en non-arbitrair is, is nog steeds terug te vinden in de meeste contemporaine mensenrechtendocumenten, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM, hierna ook: het Verdrag)¹ en de jurisprudentie van onder meer het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM, hierna ook: het Hof).

Wel heeft er, zo tussen 1979 en 2015, een geleidelijke verschuiving plaatsgevonden van de vraag naar de wettelijke grenzen aan machtsinzet als zodanig naar de vraag of er een inbreuk is geweest op een individueel belang en of dat belang opweegt tegen het maatschappelijke belang dat met de inbreuk gemoeid is. Dit wordt in de politiek-filosofische leer ook wel eens de verschuiving van een republikeins naar een liberaal model genoemd.² In het eerste model hoeft er geen concrete inbreuk op een individueel belang te zijn om van een rechtsschending te kunnen spreken, in het tweede model wel.

Een extreem voorbeeld is dat van een slaavenhouder en een slaaf. Stel, de slaavenhouder is zeer goedaardig en welwillend en heeft nog

* Dr. B. van der Sloot is senior onderzoeker aan het Tilburg Institute for Law, Technology, and Society, Tilburg University, General Editor van het *European Data Protection Law Review* en directeur van het Privacy and Identity Lab.

1 Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. Rome, 4.XI.1950.

2 Zie P. Pettit, *Republicanism: a theory of freedom and government*, Oxford: Clarendon Press 1997.

nooit een kwaad woord gesproken noch zijn macht aangewend tegen de slaaf. Sterker nog, hij heeft tegen de slaaf gezegd dat hij mag doen wat zijn hart begeert. Is de slaaf in zijn vrijheid beperkt? 'Nee' zou het antwoord moeten zijn vanuit het standaard liberale model. Er is immers geen concrete inbreuk geweest. 'Ja' is het antwoord vanuit een republikeins model, want de slaaf is niet daadwerkelijk vrij. De slavenhouder kan op ieder willekeurig moment zijn macht inzetten als hem iets niet zint. De slaaf is zich hiervan bewust en zal zich nooit daadwerkelijk vrij weten.

Het republikeinse model richt zich primair op de wetgever. Het liberale model richt zich primair op de daadwerkelijke machtsinzet van de uitvoerende macht en mogelijke concrete schendingen die daaruit volgen in specifieke gevallen

De twee modellen, die uiteraard noch noodzakelijk wederzijds uitsluitend noch in de praktijk in absolute zin worden toegepast, hebben een andere uitwerking in de juridische context. Het republikeinse model richt zich primair op de wetgever: die moet zorgen dat de machtsinzet van de uitvoerende macht aan banden is gelegd, dat er voorwaarden aan deze inzet zijn gesteld en dat de onderdanen toegang hebben tot deze regels, begrijpen hoe macht kan worden ingezet en daar in hun gedrag op kunnen anticiperen. Het liberale model richt zich primair op de daadwerkelijke machtsinzet van de uitvoerende macht en mogelijke concrete schendingen die daaruit volgen in specifieke gevallen.³ Een wettelijk regime dat weinig grenzen stelt aan de uitvoerende macht zal als zodanig niet leiden tot een constatering van een rechtsschending in een liberaal model; daarvan zal pas sprake zijn indien de uitvoerende macht daadwerkelijk zijn macht op een arbitraire wijze heeft ingezet.⁴

Dit artikel gaat kort in op de discussie tussen deze twee stromingen binnen het mechanisme van het EVRM. Paragraaf 2 laat zien dat er twee kampen bestonden tijdens de totstandkoming van het Verdrag en dat het liberale model uiteindelijk de overhand kreeg. Paragraaf 3 bespreekt hoe het EHRM dit model heeft toegepast in zijn standaardbenadering. Paragraaf 4 laat vervolgens zien hoe

er desalniettemin al in vroege jurisprudentie scheurtjes zijn te ontwaren in deze benadering en hoe het Hof meer en meer nadruk is gaan leggen op de kwaliteit van wetgeving als zodanig. Paragraaf 5 bespreekt hoe deze jurisprudentie uiteindelijk is geculmineerd in een formele beoordeling van wettelijke regimes als zodanig, zonder dat daar een concrete inbreuk van een mensenrecht aan ten grondslag ligt. Tot slot geeft paragraaf 6 kort aan waarom deze jurisprudentie grote gevolgen kan hebben.

2 De travaux préparatoires

Het EVRM werd vlak na de Tweede Wereldoorlog aangenomen en was daar in hoge mate een reactie op. De Verdragsopstellers verschilden van mening over de vraag waar de focus moest liggen: het inperken van de wetgevende macht of van de uitvoerende macht. Was nu de kern van de misdaden tegen de menselijkheid door het naziregime gelegen in de uitvoerende macht die zijn macht had misbruikt, of in het feit dat de wetgevende macht zulke wijde bevoegdheden aan de uitvoerende macht had gegeven en daar zo weinig grenzen aan had gesteld dat de uitvoerende macht zijn gang kon gaan zonder ooit formeel de wettelijke kaders te buiten te gaan?

Voorstanders van een focus op de inperking van de wettelijke macht en een meer republikeinse benadering in het Verdrag stelden een artikel voor dat luidde:

"The object of this collective guarantee shall be to ensure that the laws of each state in which are embodied the guaranteed rights and freedoms as well as the application of these laws are in accordance with "the general principles of law as recognised by civilised nations" and referred to in Article 38c of the Statute of the International Court of Justice."⁵

Dit artikel wees in wezen de rechtspositivistische filosofie af ten faveure van een model waarin ook de wetgevende macht zich aan pre- of supra-juridische normatieve beginselelen moest houden.⁶

Een tweede voorstel was om een speciale bijlage bij het Verdrag aan te nemen die zich volledig richtte op rechtsstatelijke principes. 'In my opinion', zo stelde een van de Verdragsopstellers,

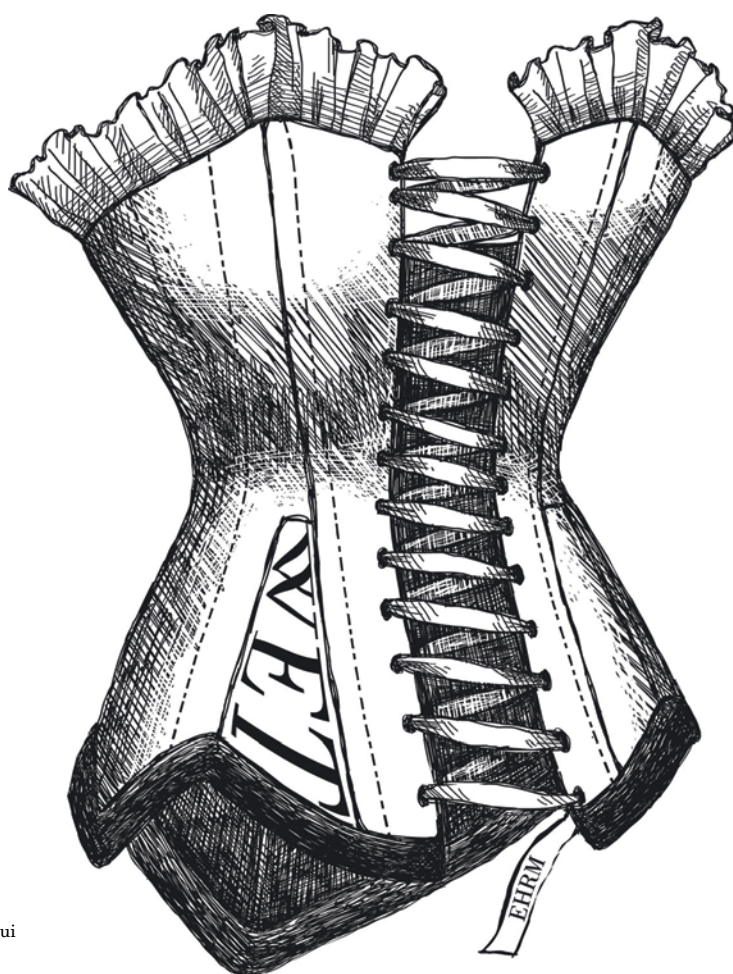
'what we must fear to-day is not the seizure of power by totalitarianism by means of violence, but rather that totalitarianism will attempt to put itself in power by pseudo-legitimate means. [...] For example, the Italian constitution was never repealed, all constitutional principles remained in theory, but the special laws

3 A. Roberts, 'A republican account of the value of privacy', *European Journal of Political Theory* 2015, afl. 3, p. 320-344.

4 B.C. Newell, 'The Massive Metadata Machine: Liberty, Power, and Secret Mass Surveillance in the U.S. and Europe', *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* 2014, afl. 2, p. 481-522, aldaar p. 481.

5 A.H. Robertson (red.), *Collected edition of the "Travaux préparatoires" of the European Convention on Human Rights / Council of Europe* (8 Volumes), Den Haag/Londen/Boston/Londen/Dordrecht/Lancaster: Martinus Nijhoff 1975-1985 (hierna: *Travaux Préparatoires*). *Travaux Préparatoires*, Vol. I, p. 230.

6 R. Lesaffer, 'Argument from Roman law in current international law', *European Journal of International Law* 2005, afl. 1, p. 25-58. Zie ook: *Travaux Préparatoires*, Vol. IV, p. 56.



Illustratie: iStock.com/saemilee
Bewerking: Manon Heinsman | © Ars Aequi

approved by the Chambers, elected in one misdirected campaign, robbed the constitution little by little of all its substance, especially of its substance of freedom. The battle against totalitarianism should rather be modified and should become a battle against abuse of legislative power, rather than abuse of executive power.⁷⁷

Het Hof zou volgens deze lijn de bevoegdheid moeten krijgen om wetten als zodanig onrechtsstatelijk te verklaren.

Om een laatste voorbeeld te geven stelden enkele Verdragsopstellers voor om artikel 50 van het Verdrag, dat stelde dat het Hof bij een schending kon besluiten de slachtoffers genoegdoening te geven, aan te passen. Deze nadruk op individuele compensatie voor slachtoffers werd te beperkt bevonden.

‘It seems to suggest that the only form of reparation will be compensation. It seems to suggest that the European Court will be able to grant indemnities to victims, damages and interest, or reparation of this kind. It does not say that the European Court will be able to pronounce the nullity or invalidity of the rule, or the law, or the decree which constitutes a violation of the Convention. That, Ladies and Gentlemen, is something very grave. True, reparation in kind may be advisable where the victim is a specified individual. In case of an action ultra vires of this sort on the part of the local police, a mayor, a prefect, or even a minister, satisfac-

tion may be given in the form of reparation in cash or the awarding of an indemnity. But can the graver form of violation which consists in removing a fundamental law guaranteeing a specific freedom for the whole nation, from the laws of a country in virtue of some law or decree, can such a violation be redressed by awarding a symbolic farthing darn ages to the citizens of the country? If, tomorrow, France were to sink into a dictatorship, and if her dictator were to suppress the freedom of the Press, would the European Court award a franc damages to all Frenchmen so as to compensate for the injury which the suppression of this fundamental freedom had caused them? Such a proceeding would not make sense. If we really want an European Court to succeed in guaranteeing the rights which we have placed under its protection, we must grant jurisdiction to declare void, if need be, the laws and decrees which violate the Convention.⁷⁸

Het Hof, zo was de redenering, moest zich juist richten op evaluatie van het wettelijk regime als zodanig; daar was de kern van het probleem immers in gelegen, daar volgden de concrete rechtsschendingen uiteindelijk uit.

3 De dominante benadering van het Hof
De voornoemde voorstellen zijn echter stuk voor stuk afgewezen. Het EVRM richt zich dientengevolge primair op zaken waar

⁷ *Travaux Préparatoires*, Vol. II, p. 140.

⁸ *Travaux Préparatoires*, Vol. V, p. 300-302.

individuen concrete schade hebben geleden door machtsinzet door de uitvoerende macht en zij kunnen daar op individueel niveau schadevergoeding voor krijgen toegekend. Het wettelijk regime als zodanig wordt echter niet beoordeeld door het EHRM. Tot voor kort was het zelfs zo dat als het Hof meer dan 1.000 klachten ontving over hetzelfde wettelijke regime (bijvoorbeeld een land dat via wetgeving het de gevangenisautoriteiten toestond om alle post van gevangenen zonder reden te openen), het wel in ieder individueel geval kon oordelen dat er een Verdragsinbreuk had plaatsgevonden (de autoriteiten hadden post geopend, zonder dat dit noodzakelijk was in een democratische samenleving), maar niet kon stellen dat het wettelijk regime als zodanig onrechtmatig was, laat staan dat het landen kon adviseren om het wettelijk regime op een bepaalde wijze aan te passen. Dat zou een inbreuk op de democratische soevereiniteit van een land zijn; het Hof kent in principe slechts in individuele gevallen schade toe voor het onrechtmatig handelen van de uitvoerende macht.⁹

Het Hof eist dan ook dat klagers kunnen aantonen dat zij concrete, individualiseerbare en substantiële schade hebben ondervonden die het gevolg is van het doen of nalaten van de Staat (de uitvoerende macht, soms de rechterlijke macht). Zogenaemde a-priori klachten, waarin een zaak wordt aangebracht nog voordat de inbreuk zich heeft voorgedaan, worden in principe niet-ontvankelijk verklaard. Dat volgt zowel uit het feit dat het EVRM spreekt van een Verdragsschending als uit het feit dat de individuele klager daar het slachtoffer van moet zijn geweest om ontvankelijk te worden verklaard in zijn klacht.

‘Similarly, the award of just satisfaction, i.e. compensation, under Article 50 of the Convention is limited to cases in which the internal law allows only partial reparation to be made, not for the violation itself, but for the consequences of the decision or measure in question which has been held to breach the obligations laid down in the Convention.’¹⁰

Ook worden zaken alleen ontvankelijk verklaard als er concrete en daadwerkelijke schade aan het individu is toegebracht door een concrete en specifieke inbreuk door de Staat. Dat betekent ook dat hypothetische klachten, over een inbreuk waarvan de klager niet zeker weet of die zich heeft voorgedaan, niet-ontvankelijk worden verklaard (dat kan bijvoorbeeld gaan om het feit dat een persoon denkt dat zijn telefoon is afgetapt, maar dat niet zeker weet), en dat het EHRM geen za-

ken in behandeling neemt waarin de klagers niet opkomen voor hun eigen belang, maar voor de belangen van anderen of de samenleving in haar geheel. Ook deze zogenaemde algemeenbelangacties, *class actions of actio popularis* worden in principe niet-ontvankelijk verklaard, omdat het Hof slechts klachten kan accepteren van een persoon die direct of indirect slachtoffer is geweest van ‘a violation of the Convention resulting from an act or omission which can be attributed to a Contracting State’.¹¹

Ook zogenaemde in-abstractoklachten, die gaan over een wet of beleid als zodanig, zonder dat de eisers beweren daar zelf hinder van te hebben ondervonden, worden doorgaans niet-ontvankelijk verklaard: ‘The Commission therefore may only examine the applicant’s complaints insofar as the system of which he complains has been applied against him.’¹²

De eerste zaak waarin het Hof een doctrine introduceerde waarin het ook wet- en regelgeving als zodanig op kwaliteit kon beoordelen was de *Sunday Times*-uitspraak, waarin een inperking van de vrijheid van meningsuiting door een common-law-doctrine centraal stond

4 Kwaliteit van wet

Toch zijn er al vroeg aanwijzingen in de jurisprudentie van het Hof dat deze dominante benadering niet voor alle vraagstukken een oplossing kan bieden. De eerste zaak waarin het Hof een doctrine introduceerde waarin het ook wet- en regelgeving als zodanig op kwaliteit kon beoordelen was de *Sunday Times*-uitspraak, waarin een inperking van de vrijheid van meningsuiting door een (jurisprudentionele) common-law-doctrine centraal stond. De klagers meenden dat die doctrine niet helder was en dat het daarom voor hen niet goed te voorspellen was hoe een rechter deze doctrine zou interpreteren, dat wil zeggen, of bijvoorbeeld een bepaald gebruik van het recht op vrijheid van meningsuiting als onrechtmatig zou worden bestempeld. In deze zaak stelde het EHRM voor het eerst dat wet- en regelgeving ook aan minimumvoorwaarden moeten voldoen:

9 Dat is nu enigszins gewijzigd door de introductie van de zogenaemde *pilot judgment*, waarvan er overigens nog steeds slechts een zeer beperkt aantal is. Zie www.echr.coe.int/documents/fs_pilot_judgments_eng.pdf.

10 ECRM 4 december 1995, 28204/95 (*Taura and others v. France*).

11 ECRM 29 juni 1999, 29121/95 (*Asselbourg and 78 others and Greenpeace Association-Luxembourg v. Luxembourg*).

12 EHRM 14 juli 1988, 12763/87 (*Lawlor v. the United Kingdom*).

‘Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances.’¹³

Deze principes van voorzienbaarheid en toegankelijkheid waren primair op de burger gericht: die moest kunnen weten welk gedrag tot welke consequenties kon leiden. Het was dus in feite een opdracht van het Hof aan de wetgevende macht in relatie tot de burger. Alhoewel het Hof in *Sunday Times* deze principes nog koppelde aan het ‘prescribed by law’-criterium, zoals vermeld in lid 2 van artikel 9, 10 en 11 EVRM, maar expliciet niet aan het net iets anders geformuleerde vereiste van ‘in accordance with the law’, zoals vermeld in lid 2 van artikel 8 (het recht op privacy), hebben zij juist onder dit artikel een eigen betekenis gekregen. Dat heeft met name te maken met het feit dat privacy-schendingen gedeeltelijk onder de radar plaatsvinden, bijvoorbeeld als zij worden geïnitieerd door inlichtingendiensten. Het Hof accepteert dat het in een democratische samenleving soms noodzakelijk is om burgers daar niet van op de hoogte te stellen, maar dan moet het wettelijk regime zelf, waarin de bevoegdheden van deze diensten zijn neergelegd, extra precies zijn en helder afbakenen wanneer en onder welke voorwaarden de bevoegdheden mogen worden ingezet.¹⁴

Deze doctrine is dus niet zozeer van toepassing op de relatie wetgever-burger, maar op de relatie wetgever-uitvoerende macht. Hoe minder de burger weet of en hoe bepaalde bevoegdheden zijn ingezet door de uitvoerende macht, hoe nauwer het wettelijk korset zal moeten zijn. Het Hof benadrukt:

‘where the implementation of the law consists of secret measures, not open to scrutiny by the individuals concerned or by the public at large, the law itself, as opposed to the accompanying administrative practice, must indicate the scope of any discretion conferred on the competent authority with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.’¹⁵

Hier legt het Hof de nadruk dus niet zozeer op machtsmisbruik, maar op arbitraire machtsinzet, wat wil zeggen dat de wette-

lijke grenzen simpelweg zo breed zijn dat de uitvoerende macht zijn bevoegdheden niet kan misbruiken. Dit gevaar, zo ziet het Hof, is juist aanwezig bij wet- en regelgeving ten aanzien van bijvoorbeeld terrorismebestrijding, waarbij parlementen in veel Europese landen geneigd zijn om zeer ruime bevoegdheden over te dragen en daar weinig *checks and balances* aan te verbinden.¹⁶

Beetje bij beetje heeft het Hof deze doctrine in steeds meer zaken toegepast, zoals het wettelijk regime omtrent het uit huis plaatsen van kinderen. Ook dat regime moet aan bepaalde minimumvoorwaarden voldoen, zo stelt het EHRM. Meer in het algemeen is de doctrine gaan gelden voor wettelijke regimes die kunnen worden gebruikt om het recht op privacy te beperken in steeds meer sectoren.¹⁷ Ook koppelt het Hof steeds meer voorwaarden aan wetgeving. Zo moet wetgeving omtrent telefoontaps onder meer specificeren (1) in welke gevallen de uitvoerende macht zijn bevoegdheden mag inzetten, (2) ten aanzien van welke personen of categorieën, (3) met betrekking tot welke delicten of onderliggende feiten, (4) hoe lang de bevoegdheden mogen worden ingezet, etc.¹⁸ Later heeft het Hof daar onder meer aan toegevoegd dat er goed en onafhankelijk toezicht moet zijn op de inzet van bevoegdheden.¹⁹

Het Hof was weliswaar bereid om wettelijke regimes op hun kwaliteit te toetsen, maar deed dat slechts als de klagers (met grote waarschijnlijkheid) konden aantonen schade te hebben ondervonden van concrete machtsinzet door de uitvoerende macht

Langzamerhand groeide deze doctrine uit en stelde het Hof steeds meer voorwaarden aan de kwaliteit van wetgeving als zodanig. Daarmee schoof het in zekere zin toe naar een positie die was afgewezen door de Verdragsopstellers. Toch bleef één pijler overeind, namelijk het ‘interference principle’, het vereiste van individuele schade.²⁰ Het Hof was weliswaar bereid om wettelijke regimes op hun kwaliteit te toetsen, maar deed dat slechts als de klagers (met grote waarschijnlijkheid) konden aantonen schade te hebben ondervonden van concrete machtsinzet door de uitvoerende macht. Konden zij dat niet en

- 13 EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times v. the United Kingdom*), § 49.
 14 EHRM 2 augustus 1984, 8691/79 (*Malone v. the United Kingdom*), § 67.
 15 EHRM 26 maart 1987, 9248/81 (*Leander v. Sweden*).
 16 ECRM 10 mei 1985, 0439/83, 10440/83, 10441/83, 10452/83, 10512/83 and 10513/83 (*Mersch and others v. Luxembourg*).
 17 Zie als eerste: EHRM 24 maart 1988, 10465/83 (*Olsson v. Sweden*). Maar zie bijvoorbeeld ook later nog: EHRM 14 december 2010, 67545/09 (*Ternovsky v. Hungary*).
 18 EHRM 24 april 1990, 11801/85 (*Kruslin v. France*); EHRM 24 april 1990, 11105/84 (*Huwig v. France*).
 19 EHRM 25 maart 1998, 23224/94 (*Kopp v. Switzerland*); EHRM 16 februari 2000, 27798/95 (*Amann v. Switzerland*). See also: EHRM 30 juli 1998, 27671/95 (*Valenzuela Contreras v. Spain*); EHRM 4 mei 2000, 28341/95 (*Rotaru v. Romania*); EHRM 26 oktober 2000, 30985/96 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*); EHRM 17 februari 2004, 44158/98 (*Gorzelik and others v. Poland*); EHRM 8 februari 2005, 49491/99 (*Borodovskiy v. Russia*); EHRM 29 juni 2006, 54934/00 (*Weber and Saravia v. Germany*); EHRM 28 juni 2007, 62540/00 (*Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*); EHRM 1 juli 2008, 58243/00 (*Liberty and others v. the United Kingdom*).
 20 B. van der Sloot, ‘A new approach to the right to privacy, or how the European Court of Human Rights embraced the non-domination principle’, *Computer Law & Security Review* 2018, afl. 3, p. 539-549.

klaagden zij slechts en alleen over de kwaliteit van de wetgeving als zodanig, dan werd hun zaak niet-ontvankelijk verklaard.

In de zaak *Zakharov v. Russia* expliciteerde het Hof dat in uitzonderlijke omstandigheden ook in-abstractoklachten zouden worden behandeld. Dat kwam met name door de opkomst van *mass surveillance* en *bulk interception* van data

5 Minimum wettelijke voorwaarden

Dat veranderde eind 2015, in de zaak *Zakharov v. Russia*,²¹ toen het Hof expliciteerde dat in uitzonderlijke omstandigheden ook in-abstractoklachten zouden worden behandeld. Dat kwam met name door de opkomst van *mass surveillance* en *bulk interception* van data, waarbij inlichtingendiensten simpelweg de communicatiegegevens van alle burgers of van grote groepen burgers kunnen verzamelen om die via algoritmes te analyseren.

'In such circumstances the threat of surveillance can be claimed in itself to restrict free communication through the postal and telecommunication services, thereby constituting for all users, or potential users, a direct interference with the right guaranteed by Article 8. There is therefore a greater need for scrutiny by the Court, and an exception to the rule denying individuals the right to challenge a law in abstracto is justified. In such cases the individual does not need to demonstrate the existence of any risk that secret surveillance measures were applied to him. By contrast, if the national system provides for effective remedies, a widespread suspicion of abuse is more difficult to justify. In such cases, the individual may claim to be a victim of a violation occasioned by the mere existence of secret measures or of legislation permitting secret measures only if he is able to show that, due to his personal situation, he is potentially at risk of being subjected to such measures.'²²

Sindsdien heeft het Hof nog twee zaken gewezen waarin het deze doctrine heeft toegepast, namelijk de zaken *Centrum för Rättvisa v. Sweden* en *Big Brother Watch v. the United Kingdom*.²³ In deze zaken heeft het negen verschillende minimumvoorwaarden voor wetgeving ontwikkeld.

Allereerst moeten wetten toegankelijk zijn voor burgers, ook als het geheime operaties van inlichtingendiensten betreft.

Ten tweede moeten wetten de reikwijdte van de bevoegdheden duidelijk inkaderen en wel op twee punten: (1) de aard van de straf-

bare feiten die aanleiding kunnen geven tot een bevel tot onderschepping van communicatie, en (2) een definitie van de categorieën personen die kunnen worden onderworpen aan toezichtmaatregelen. In de zaak *Zakharov* was het Hof bijvoorbeeld kritisch over het feit dat de Russische wet weinig specificerde ten aanzien van het eerste punt: '[it] leaves the authorities an almost unlimited degree of discretion in determining which events or acts constitute such a threat and whether that threat is serious enough to justify secret surveillance, thereby creating possibilities for abuse'.²⁴ Ook was het Hof in de zaak *Big Brother Watch* kritisch over het feit dat het daar draaide om een zogenoemd *bulk interception regime*, waarbij er nu juist geen specifieke groepen worden afgebakend, maar er simpelweg zoveel mogelijk data over zoveel mogelijk mensen worden verzameld (het spreekwoordelijke sleepnet).²⁵ Daarom werd slechts in beperkte mate aan punt (2), een definitie van de categorieën personen die kunnen worden onderworpen aan toezichtmaatregelen, voldaan.

Ten derde moet de wetgeving de duur van de inzet van bevoegdheden specificeren. Het gaat daarbij volgens het Hof met name om drie punten: (1) het moment waarop een bevel tot aftappen vervalt, (2) de voorwaarden waaronder een bevel kan worden verlengd, en (3) de omstandigheden waaronder het bevel moet worden geannuleerd. In de zaak *Zakharov* oordeelde het Hof bijvoorbeeld dat een van de twee surveillancewetten het derde punt niet afdoende had afgedekt; derhalve kwam het tot een schending van het Verdrag.²⁶

Ten vierde moeten er procedures zijn voor het verwerken van gegevens. Het punt hierbij ten aanzien van inlichtingendiensten is tweërlei. Enerzijds zijn de EU-gegevensbeschermingsregels, zoals de Algemene Verordening Gegevensbescherming en de Politierichtlijn,²⁷ niet van toepassing op inlichtingendiensten. Anderzijds claimen inlichtingendiensten vaak dat bulkinterceptie geen verwerking van persoonsgegevens met zich brengt, omdat die diensten niet weten over wie ze gegevens verzamelen (een dubieuze claim). Daarom vereist het EHRM dat wetten omtrent inlichtingendiensten toch specifieke regels stellen aan het verzamelen, opslaan, verwerken, analyseren en weer verwijderen van (persoons)gegevens. Als een van deze punten niet helder is omschreven in de vigerende wetgeving, dan leidt dit automatisch tot een Verdragsschending.

21 EHRM 4 december 2015, 47143/06 (*Zakharov v. Russia*).

22 EHRM 4 december 2015, 47143/06 (*Zakharov v. Russia*), § 171.

23 EHRM 19 juni 2018, 35252/08 (*Centrum för Rättvisa v. Sweden*), EHRM 13 september 2018, 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (*Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*).

24 *Zakharov*, § 248.

25 *Big Brother Watch*, § 318.

26 *Zakharov*, § 251-252. Zie ook: *Centrum för Rättvisa*, § 129-130 en *Big Brother Watch*, § 360.

27 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene verordening gegevensbescherming); Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad.

'The automatic storage for six months of clearly irrelevant data cannot be considered justified under Article 8. Furthermore, as regards the cases where the person has been charged with a criminal offence, the Court notes with concern that Russian law allows unlimited discretion to the trial judge to store or to destroy the data used in evidence after the end of the trial. Russian law does not give citizens any indication as to the circumstances in which the intercept material may be stored after the end of the trial. The Court therefore considers that the domestic law is not sufficiently clear on this point.'²⁸

Ten vijfde moeten er (ex-ante-)autorisatie-procedures zijn; er moet een instantie zijn die beoordeelt of er inderdaad mag worden aangevangen met (bulk)interceptie van data. Het Hof beoordeelt hierbij wetten met name op de volgende drie punten: (1) de bevoegde autoriteit die het toezicht kan autoriseren (is die bijvoorbeeld capabel, onafhankelijk en heeft die voldoende middelen om zijn taken uit te oefenen), (2) de reikwijdte van de evaluatie die deze autoriteit uitvoert, en (3) de inhoud van de machtiging tot aftappen (hoe afgebakend is die, specificiert die bijvoorbeeld wel duidelijk wie, wanneer en waarom wordt afgetapt). In *Zakharov* vond het Hof een schending van zowel het tweede als het derde subcriterium, onder meer omdat Russische rechtbanken soms tapverzoeken goedkeurden die geen specifieke persoon of specifiek nummer bevatten, maar waarin werd verzocht om alle communicatie in de omgeving van een bepaald misdrijf te monitoren. Soms werd ook geen tijdsduur van de taps vermeld in dergelijke verzoeken, die desalniettemin werden goedgekeurd.²⁹

Ten zesde moet er goed (ex-post-)toezicht zijn op de inzet van middelen. In *Big Brother Watch* maakte het Hof duidelijk dat bij bulkinterceptie vier fasen te onderscheiden zijn: (1) het onderscheppen van bulkgegevens, (2) de eerste filtering en selectie van de relevante gegevens, (3) het meer in de diepte filteren van relevante gegevens, en (4) het analyseren van de gegevens die uiteindelijk als relevant worden beschouwd. Het Hof vond in deze zaak een schending van deze minimumvoorwaarde.

'In practice [...] the only independent oversight of the process of filtering and selecting intercept data for examination is the post factum audit by the Interception of Communications Commissioner and, should an application be made to it, the IPT. [...] In a bulk interception regime, where the discretion to intercept is not significantly curtailed by the terms of the warrant, the safeguards applicable at the filtering and selecting for examination stage must necessarily be more robust.'³⁰

Ten zevende moeten de voorwaarden waaronder data mogen worden gedeeld met buitenlandse overheidsorganisaties worden gespecificeerd in wetgeving, wat *mutatis mutandis* ook geldt voor data die worden verkregen van die buitenlandse diensten. Daarbij moet worden bedacht dat binnen Europa strikte voorwaarden gelden voor het verwerken van gegevens, terwijl die in andere landen vaak minder stringent zijn. Hierdoor worden de data over Europese burgers mogelijk minder stringent beschermd als die data worden gedeeld met bijvoorbeeld Amerikaanse inlichtingendiensten, waardoor de belangen van die burgers op het spel komen te staan. In *Centrum för Rättvisa* stelde het Hof bijvoorbeeld dat 'the mentioned lack of specification in the provisions regulating the communication of personal data to other states and international organisations gives some cause for concern with respect to the possible abuse of the rights of individuals'.³¹ Andersom gelden er in veel landen minder strenge regels voor het verzamelen van gegevens dan in Nederland; een mogelijk gevaar is dat de Nederlandse inlichtingendienst aan de Amerikaanse inlichtingendienst vraagt om gegevens te verzamelen die zij zelf niet mag verzamelen, om die vervolgens via informatie-uitwisseling toch te verkrijgen. Het Hof onderkent ook dit specifieke gevaar, namelijk dat Europese inlichtingendiensten

'could use intelligence sharing to circumvent stronger domestic surveillance procedures and/or any legal limits which their agencies might be subject to as regards domestic intelligence operations, a suitable safeguard would be to provide that the bulk material transferred could only be searched if all the material requirements of a national search were fulfilled and this was duly authorised in the same way as a search of bulk material obtained by the signals intelligence agency using its own techniques'.³²

Ten achtste moeten burgers op de hoogte worden gesteld van het feit dat hun data zijn verzameld, al is het jaren of zelfs decennia later.³³ Wel erkent het Hof dat dit criterium weinig rechtsbescherming zal bieden; daarom onderstreept het het belang van het negende criterium.

Ten negende en tot slot: juist omdat deze notificatie zo lang op zich kan laten wachten en omdat zelfs op die zeer lange termijnen soms nog uitzonderingen zijn toegestaan, moeten er effectieve procedures zijn om rechtsschendingen te kunnen onderzoeken. Dit wordt bij voorkeur gedaan door een onafhankelijk instantie, zoals een nationale ombudsman, een rechterlijk tribunaal of een gespecialiseerde commissie die op eigen initiatief een

²⁸ *Zakharov*, § 255-256. Zie ook: *Centrum för Rättvisa*, § 146 en *Big Brother Watch*, § 372-374.

²⁹ *Zakharov*, § 265.

³⁰ *Big Brother Watch*, § 346.

³¹ *Centrum för Rättvisa*, § 150.

³² *Big Brother Watch*, § 352.

³³ *Zakharov*, § 287; *Centrum för Rättvisa*, § 164.

juridische procedure of een juridisch onderzoek tegen de inlichtingendienst in kwestie kan beginnen. Wettelijke regimes die slechts klachtmogelijkheden openstellen voor individuen die zeker weten dat zij zijn getroffen, terwijl inlichtingendiensten wordt toegestaan om informatie achter te houden, zijn dan ook niet in overeenstemming met het EVRM.³⁴

Het Hof is het bereid wettelijke regimes als zodanig te evalueren. Het heeft daarbij een republikeins model omarmd ten koste van een liberaal model

6 Tot slot

Het EHRM is zich in de loop der jaren steeds meer gaan richten op de beoordeling van de kwaliteit van wetgeving. Het gaat daarbij om het voorkomen van arbitraire machtsinzet.

Dat wil zeggen: machtsinzet die wel binnen de formele kaders blijft, maar desondanks onvoorspelbaar is omdat de wettelijke kaders simpelweg zeer breed zijn. Aanvankelijk beoordeelde het Hof wetten nog slechts op hun kwaliteit als burgers konden aantonen dat zij op individueel niveau schade hadden ondervonden van arbitraire machtsinzet. Nu heeft het Hof ook deze eis laten vallen en is het bereid wettelijke regimes als zodanig te evalueren. Het heeft daarbij een republikeins model omarmd ten koste van een liberaal model, waarbij de nadruk ligt op het *gevaar* van arbitraire machtsinzet en niet op de machtsinzet als zodanig. Deze jurisprudentie beperkt zich voornamelijk tot wetgeving omtrent inlichtingendiensten, maar kan in de loop der tijd een breder toepassingsbereik krijgen. Dat zou betekenen dat alle (Nederlandse) wetgeving aan de negen in dit artikel besproken minimumeisen zou worden getoetst. Nederland krijgt dan in feite alsnog een constitutioneel hof waar zoveel verzet tegen is.

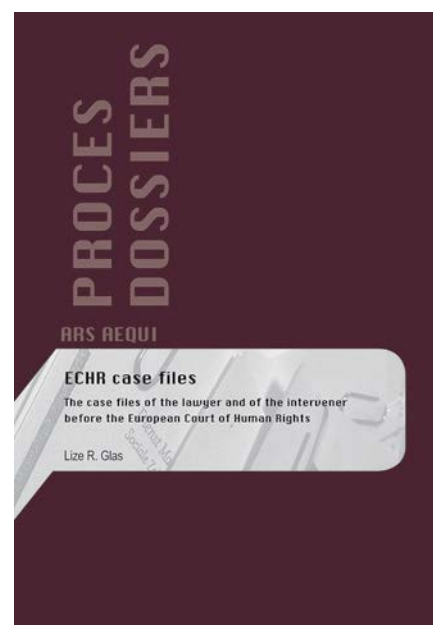
34 Zakharov, § 300.

ECHR case files

The case files of the lawyer and of the intervener before the European Court of Human Rights

Ars Aequi Procesdossiers (case files) are written primarily to give the reader insight into different legal procedures. Relying on real case files, it is explained step by step how an actual procedure develops. The *Ars Aequi Procesdossiers* contain original procedural documents which, together with the accompanying text, draw the reader's attention to the main features of the relevant laws. In this way, the material is brought to life.

This *Ars Aequi Procesdossier* describes the application and intervention procedure before the European Court of Human Rights. Prior to presenting the case files, the Court's organisation and procedure is introduced and the rules applicable to the application and intervention procedure are described in some detail. The documents making up the case files include correspondence of the applicant, the intervener and the Court, as well as decisions, judgments and related procedural documents. The documents are preceded by a short introduction explaining to which stage of the procedure a document belongs.



ISBN: 978-94-9276-600-7 | Prijs: € 31,50 | 250 pagina's | Auteur: L.R. Glas | 1e druk 2017 | arsaequi.nl