

De alcohol-enkelband: tijd voor een statelijke ondergrens?

B. van der Sloot, datum 11-05-2017

Datum	11-05-2017
Auteur	B. van der Sloot ^[1]
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Informatierecht / ICT Informatierecht / Algemeen

Thans wordt privacy primair gezien als een subjectief recht dat de individuele belangen van een natuurlijk persoon beschermt. Door de introductie van een statelijke ondergrens wordt niet langer gekeken naar de vraag of er een individueel recht in het spel is, zoals op hengelen in de achtertuin of het nuttigen van alcohol in de privésfeer. De focus komt te liggen op de legitimiteit van het overheidsoptreden als zodanig en het publieke belang dat daarmee al dan niet is gediend.

1. Introductie

Justitie start een proef met de alcohol-enkelband, een techniek waarmee permanent het alcoholpromillage van de persoon in kwestie meet middels het analyseren van zweet.

“De proef start in Rotterdam en Oost-Nederland met honderd deelnemers. Zij krijgen een enkelband om, waarbij transpiratievocht wordt gemeten om het alcoholpromillage vast te stellen. De uitkomsten worden via een modem aan de reclassering doorgegeven.”^[2]

Er is nu nog geen wettelijke grondslag voor de toepassing van de alcohol-enkelband; deze zal worden gecreëerd als het experiment slaagt. De proef start daarom op vrijwillige basis; personen die in aanmerking komen zijn onder andere mensen die zijn veroordeeld voor huiselijk geweld en zij die met alcohol op achter het stuur zijn gaan zitten. De proef van justitie staat uiteraard niet op zich. Al vaker is erop gewezen dat de staat zich steeds meer inlaat met regulering ‘achter de voordeur’,^[3] zoals door echtscheidingspreventieprogramma’s, al dan niet gewenste hulp bij de opvoeding van kinderen uit vermeende ‘zwakke gezinnen’ en het aanpakken van jongeren met criminele familieleden. Nieuwe technieken stellen de overheid ook in staat daadwerkelijk achter de voordeur te controleren en de regels vervolgens te handhaven. Drugscriminaliteit wordt bijvoorbeeld opgespoord door tests te doen in het rioolwater onder huizen en door hitesensoren warmtestraling te laten opvangen. Uiteraard kan ook de stroomrekening worden gecontroleerd, al dan niet via de slimme energiemeter die constant in contact staat met de energieleverancier. Een alcohol-enkelband is wat dat betreft slechts een volgende stap.

2. Gemeentelijke ondergrens

Toch is steeds meer de vraag of de staat daarmee niet zijn hand overspeelt; er lijkt vrijwel geen grens aan de reikwijdte van wetten en regels van de nationale overheid. Dit is opmerkelijk, omdat op gemeentelijk niveau een dergelijke ondergrens wel is geformuleerd. De eerste keer dat deze grens werd vastgesteld was in de zaak van de Wilnisser Visser van 13 februari 1922.^[4] Daarin stond centraal de Algemene Politieverordening waarin was strafbaar gesteld elk vissen op zondag, hetzij in openbare wateren of in wateren vanaf of vanuit openbare land- of waterwegen zichtbaar, hetzij in alle andere viswateren, ook die op generlei wijze van enige openbare plaats zichtbaar waren. Daaromtrent overwoog de Hoge Raad:

“dat voormeld artikel 8a, opgenomen in hoofdstuk 2, getiteld ‘Openbare orde en Veiligheid’, van de Algemeene Politieverordening voor de gemeente Wilnis en tegen de overtreding waarvan in artikel 21 der verordening straf is bedreigd in zóó algemeene bewoordingen is vervat, dat daaronder is te begrijpen elk visschen op Zondag hetzij dit geschiedt in openbare wateren of in wateren vanaf of vanuit openbare land- of waterwegen zichtbaar, hetzij in alle andere vischwateren ook die op geenerlei wijze bemerkbaar van eenige openbare plaats; dat daarmede de gemeentelijke wetgever de grenzen heeft overschreden, hem voor het maken van verordeningen in artikel 135 der [Gemeentewet](#) gesteld, omdat bij het visschen in laatstbedoelde wateren noch de openbare orde, zedelijkheid of gezondheid, noch eenig ander huishoudelijk gemeentebelang is betrokken.”

Dit principe wordt ook wel de gemeentelijke ondergrens genoemd, waaruit kortgezegd volgt dat de gemeente slechts regels mag stellen die raken aan het algemeen belang of de openbare orde binnen de gemeente. In ieder geval mag de gemeente niet zo ver gaan om handelingen die anderen of de samenleving in haar geheel in generlei mate treffen te verbieden of aan banden te leggen. De gemeentelijke ondergrens is ook in latere jurisprudentie bevestigd^[5] en vormt de spiegelbepaling van de zogenoemde gemeentelijke bovengrens, waaruit volgt dat de gemeente geen regels mag aannemen die strijdig zijn of interveniëren met hogere regelgeving.^[6]

3. Geen statelijke ondergrens

Op statelijk niveau lijkt een dergelijke ondergrens te ontbreken. De grondwet geeft weliswaar zowel het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer,^[7] de onaantastbaarheid van het lichaam,^[8] respect voor de woning^[9] en regels omtrent het briefgeheim,^[10] maar geen van deze rechten is absoluut of kent een in de jurisprudentie ontwikkelde ondergrens. Ook onder het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM), artikel 8 EVRM, is weliswaar in lid 1 het recht op privé-, familie- en gezinsleven, de woning en correspondentie gegarandeerd, maar lid 2 geeft dat dit recht kan worden uitgezonderd als de inmenging is voorgeschreven bij wet en noodzakelijk is in een democratisch samenleving in het belang van onder meer de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land. Het vereiste van een legitiem doel zou zich kunnen lenen voor een dergelijke ondergrens, aangezien de Nederlandse rechter wetten niet aan de grondwet maar wel aan het EVRM mag toetsen,^[11] maar het ontbreken van een ‘legitimate aim’ leidt in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens eigenlijk nooit zelfstandig tot een verdragsschending.^[12]

Toch is ook ten aanzien van statelijke regulering reeds vaker de vraag opgeworpen of de staat niet simpelweg te ver gaat in zijn machtsuitoefening, of hij wel een legitiem doel nastreeft, nog los van een

eventuele noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets. Een dergelijk argument is reeds meermaals naar voren gebracht ten aanzien van mass surveillance, maar speelt zeker ook een rol bij nieuwe technieken als de alcohol-enkelband. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de toepassing van de techniek in specifieke situaties. In sommige gevallen kan er wel degelijk een algemeen belang aan de toepassing van een alcohol-enkelband worden gekoppeld, nog los van de vraag naar de noodzakelijkheid en proportionaliteit, bijvoorbeeld bij door alcohol aangewakkerd huiselijk geweld. Veel zal afhangen van hoe de bepaling omtrent de alcohol-enkelband in de uiteindelijke wet zal worden geformuleerd, maar vooralsnog is de proef ook van toepassing op andere gevallen, zoals op mensen die zijn veroordeeld voor het rijden onder invloed.^[13] Als iemand is betrapt in het verkeer met alcohol op, dan lijkt er een legitieme reden om de persoon in kwestie te controleren op alcoholgebruik in het verkeer en/of zijn rijbevoegdheid al dan niet tijdelijk te onttrekken. Of iemand dan 's avonds thuis een biertje drinkt voor het slapen gaan lijkt echter geen kwestie waarmee een algemeen belang of de openbare orde mee is gemoeid.

4. De alcohol-enkelband

De alcohol-enkelband wordt om de enkel van de persoon in kwestie bevestigd. De enkelband neemt elk halfuur een monster van het zweet dat het lichaam ook op die plek produceert. Twee keer per etmaal worden de gegevens doorgegeven via het internet aan een centraal punt waar de data worden opgeslagen en geanalyseerd. Interessant is dat een woordvoerder een tweetal kanttekeningen plaatst bij de toepassing van deze techniek. Ten eerste zijn de metingen die worden verricht nochtans vooral betrouwbaar vanaf 3 a 4 alcoholconsumpties – het lijkt dan ook in eerste instantie vooral te gaan om ernstigere vormen van alcoholgebruik te signaleren. Ten tweede, gekoppeld aan de betrouwbaarheid van de testresultaten, worden de resultaten nu nog vooral gebruikt om het gesprek met de persoon in kwestie aan te gaan. Uit eerdere studies uit het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten blijkt dat 8 op de 10 mensen met een enkelband ook inderdaad stopt met het gebruik van alcohol. De preventieve en afschrikwekkende werking van de band is dan ook het grootste voordeel. Desalniettemin lijkt het doel om deze test uiteindelijk ook zo betrouwbaar te maken dat zij ook in rechtszaken als bewijsmateriaal kan worden gebruikt voor handhaving en repressie.^[14]

De introductie van deze techniek kan op termijn dan ook mogelijk andere controlevormen vervangen, zoals urinecontroles op specifieke tijdsmomenten of blaas-apparatuur in auto's. Daarmee komt ook het meer traditionele punt van proportionaliteit onder druk te staan. Deze techniek moet namelijk deels worden gezien als een vervanging van het alcoholslot, dat na de uitspraak van de Hoge Raad, waarin werd bepaald dat een dergelijke maatregel niet naast een geldboete mag worden opgelegd,^[15] en de uitspraak van de Raad van State, die oordeelde dat een dergelijke maatregel vaak onevenredige gevolgen heeft voor de betrokkene,^[16] in onmin is geraakt. Het is sterk de vraag of het permanent monitoren van iemands alcoholpromillage, nog los van de vraag of de data eventueel ook andere informatie over de persoon in kwestie kunnen bevatten, als minder onevenredig moet worden gezien dan een alcoholslot. Het verschil is uiteraard dat de enkelband continue het alcoholpromillage van de persoon in kwestie meet en dat daarmee de straf zich over zijn hele leven uitstrekt en niet slechts het beperkte gevolg heeft dat de persoon in kwestie zijn auto simpelweg niet kan opstarten als hij alcohol heeft gedronken. Toch zijn er ook auteurs die menen dat een vergelijkbaar systeem, genaamd SCRAM, wel degelijk in overeenstemming met het mensenrechtelijk kader kan worden geïmplementeerd.

“The use of SCRAM could be challenged under human rights law, but it is difficult to see how such a claim could succeed. Any attempt under Article 3 of the Human Rights Act or European Convention on Human Rights would have to show that forced compliance with SCRAM constituted inhuman or degrading treatment or punishment, which seems implausible. SCRAM is not degrading in the sense that people would know that the offender was tagged as the anklet is completely hidden by clothing. Only if the offender wore shorts or went swimming would the anklet be visible, and the device is not waterproof and so swimming would not be an option anyway. (The device can be worn in the shower.) In any case, anecdotal evidence indicates that offenders regard their tags as something of a badge of honour. An attempt under Article 8 of the ECHR would have more chance of success, but would have to show that SCRAM violates the right to private and family life. It could be argued that mandatory alcohol testing does indeed constitute an invasion of privacy, and that people should be free to drink what they want with whom they want. But it would be a mistake to view the use of sobriety testing as a unique case simply because it involves novel technology. Prisoners frequently have conditions set if they are released on bail. In this sense, SCRAM can be seen as simply another condition; offenders are free to refuse to participate, but then they must stay in prison (or go to prison if they refuse a sobriety condition at initial sentencing). As mentioned above, sobriety has been suggested as a condition of release in the past, but there has been no reliable way of monitoring compliance [...].”^[17]

5. De onsplitsbare wilsverklaring

Uiteraard zou ook kunnen worden geopperd dat alhoewel de regels een zeer brede toepassing van de inbreukmakende enkelband-techniek toestaan, deze in de praktijk slechts zal worden ingezet voor zover hier wel een algemeen belang of de openbare orde mee gemoeid is. Alhoewel het niet een-op-een te vertalen valt, kan hier worden gewezen op een aan de gemeentelijke ondergrens gelieerde doctrine, namelijk die van de onsplitsbare wilsverklaring. Hieruit volgt dat een bepaling van de gemeente niet geherinterpreteerd mag worden, als betekenend dat die slechts van toepassing is als een algemeen belang of de openbare orde daadwerkelijk in het geding is. Als een bepaling in een APV zo is geformuleerd dat deze alle handelingen betreft, ook als die geen impact hebben op de openbare orde of het algemeen belang, dan moet de bepaling ook als zodanig worden geïnterpreteerd en eventueel onverbindend worden verklaard. Zo bepaalde de Hoge Raad in het voornoemde Wilnisser Visser-arrest:

“dat daarom aan de bedoelde bepaling, die als eene onsplitsbare wilsverklaring van den gemeentelijken wetgever is te beschouwen, in het bestreden vonnis terecht verbindende kracht is ontzegd en, waar het telastegelegde en bewezen feit ook niet bij eenige andere wettelijke bepaling met straf is bedreigd, de gerequireerde eveneens terecht van alle rechtsvervolging is ontslagen.”^[18]

Als de doctrine van de onsplitsbare wilsverklaring ook op statelijk niveau wordt toegepast, kan dit betekenen dat een wettelijke of rechterlijk gebod niet met zich mag brengen dat een persoon ook in zijn privésfeer geen druppel alcohol mag drinken, ook al is daar geen enkel algemeen belang mee gemoeid.

6. Tijd voor een statelijke ondergrens

Kortom, wellicht wordt het tijd dat ook op statelijk niveau een ondergrens wordt geformuleerd. Waar uit de gemeentelijke ondergrens volgt dat plaatselijke verordeningen niet mogen ‘treden in de bijzondere belangen van de ingezetenen’ en slechts regels mogen stellen ten aanzien van kwesties die raken aan het algemeen belang of de openbare orde, daar zou een dergelijke regel ook de wetten en regels van de nationale overheid kunnen binden. Door sommige auteurs is wel beweerd dat de gemeentelijke ondergrens geen echte ondergrens is, maar eerder een bovengrens.^[19] Het zou hier dan gaan om de bevoegdheid van de gemeente om de eigen huishouding te regelen, zoals gegeven in artikel 108 lid 1 van de Gemeentewet, waarin in is vervat:

“De bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake de huishouding van de gemeente wordt aan het gemeentebestuur overgelaten.”^[20]

De gemeente zou dan ook slechts de bevoegdheid hebben om de huishouding van de gemeente te regelen, zaken in de privésfeer die daar niet aan raken zouden dan niet binnen de bevoegdheid van de gemeente liggen. Een dergelijke herformulering zal evenwel geen andere uitkomst bieden, ook niet op nationaal niveau. Alhoewel er bij staten, in tegenstelling tot lagere overheden, geen wettelijke inkadering is of een bevoegdheidsverlening vanuit een hogere overheid, moet ook ten aanzien van nationale overheden worden gesteld dat er grenzen zijn aan wat een staat vermag. In ieder geval geldt in een liberale democratie het uitgangspunt dat staten slechts de bevoegdheid hebben die zaken te reguleren die andere individuen of de samenleving in haar geheel raken. De staat heeft in principe geen bevoegdheid zich te mengen in het privéleven van burgers als de gevolgen van die handelingen beperkt blijven tot het individu zelf. Een dergelijke vorm van inmenging druist in tegen de basisaanname van de democratische rechtstaat, namelijk dat de burger autonoom is en handelingsbekwaam.^[21]

7. Conclusie

De introductie van een dergelijke statelijke ondergrens, gestileerd naar de gemeentelijke, zou als voordeel hebben dat niet hoeft te worden gekeken naar de vraag of er nu een recht van het individu in het spel is, zoals op hengelen in de achtertuin of het nuttigen van alcohol in de privésfeer. De focus komt te liggen op de legitimiteit van het overheidsoptreden als zodanig en het publieke belang dat daarmee al dan niet is gediend. Kan een dergelijk belang niet worden hardgemaakt, zoals vermoedelijk het geval is bij een alcohol-enkelband bij personen die met alcohol op achter het stuur zijn betrapt, maar wellicht ook bij andere moderne controle- en surveillancetechnieken, dan moet een dergelijke regel onverbindend worden verklaard. Het introduceert daarmee een legitimiteitstoets die op nationaal niveau nog ontbreekt en onder het EVRM een slapend bestaan leidt. In 1922 accepteerde de Hoge Raad in de Wilnisser visser de gemeentelijke ondergrens, 50 jaar later, namelijk in 1972, werd dit ook op provinciale verordeningen van toepassing verklaard.^[22] Wellicht dat de rechter binnen 50 jaar na dato het besluit neemt om de ondergrens ook op nationale wetgeving van toepassing te verklaren.

Voetnoten

[1]

Bart van der Sloot is senior researcher aan het Tilburg Institute for Law, Technology and Society (TILT), Tilburg University, Netherlands.

[2]

<https://nos.nl/artikel/2153192-proef-met-enkelband-moet-alcohol dampen-uit-strafdossiers-halen.html>.

[3]

www.tilburguniversity.edu/nl/thema/big-data/show/achtergrond-bertjaap-koops-huisrecht-2.0/.

[4]

Hoge Raad 13 februari 1922, *NJ* 1922/473.

[5]

Hoge Raad 2 november 1950, *NJ* 1951/137.

[6]

Hoge Raad 8 april 1980, *NJ* 1980/330. Hoge Raad 23 december 1980, *NJ* 1981/171.

[7]

Artikel 10 Grondwet.

[8]

Artikel 11 Grondwet.

[9]

Artikel 12 Grondwet.

[10]

Artikel 13 Grondwet.

[11]

Artikel 120 Grondwet.

[12]

B. van der Sloot, 'How to assess privacy violations in the age of Big Data? Analysing the three different tests developed by the ECtHR and adding for a fourth one', *Information and Communication Technology Law*, Volume 24, 2015 – [Issue 1](#).

[13]

www.om.nl/@97500/alcoholmeter-ingezet/; www.om.nl/publish/pages/52520/alcoholmeter-infographic-professional-december-nieuw.pdf; www.om.nl/publish/pages/52520/alcoholmeter-infographic-drager-december-nieuw.pdf.

[14]

<https://m.deredactie.be/#!/snippet/587de398c9976f06001d5724/587de308c9976f06001d5721>. Zie verder: P. R. Marques & A. Scott McKnight, 'Field and Laboratory Alcohol Detection With 2 Types of Transdermal Devices', *Alcoholism: Clinical and Experimental Research* Vol. 33, No. 4 April 2009. Transdermal Alcohol Monitoring CASE STUDIES. www.nhtsa.gov/staticfiles/nti/pdf/811603.pdf.

[15]

Hoge Raad 3 maart 2015, zaaknummer 14/04940.

[16]

Raad van State 4 maart 2015, 201400944/1/A1.

[17]

D. Shaw e.a., 'Reducing the harmful effects of alcohol misuse: the ethics of sobriety testing in criminal justice', *Journal Medical Ethics*, 2012.

[18]

Hoge Raad 13 februari 1922, *NJ* 1922/473.

[19]

M.C. Burkens et al, *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en*

bestuursrecht, Deventer, Kluwer, 2012, p. 331.

[20]

Wet van 14 februari 1992, houdende nieuwe bepalingen met betrekking tot gemeenten.

[21]

J. Habermas, 'On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy', *European Journal of Philosophy*, Volume 3, Issue 1, 2005.

[22]

Hoge Raad 12 juni 1972, *NJ* 1972/496.