

Nieuwsbrief EHRC Updates 2021-16

Nummer 16, 2021

Redactie: J.H. Gerards, H. Morre, J. Krommendijk, S. Lambrecht, P. Ölçer, B. Aarrass, L.E. Burgers, P. Cannoot, L.R. Glas, C. Mak, D.A.G. van Toor en C. Van de Graaf.

INHOUDSOPGAVE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0727JUD007263117 27-07-2021

X. t. Nederland, EHRM 27 juli 2021, nr. 72631/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0727JUD002985613 27-07-2021

SIC – Sociedade Independente de Communicacao t. Portugal, EHRM 27 juli 2021, nr. 29856/13

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719 22-07-2021

Reczkowicz t. Polen, EHRM 22 juli 2021, nr. 43447/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD005703518 22-07-2021

M.D. en A.D. t. Frankrijk, EHRM 22 juli 2021, nr. 57035/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD001142319 22-07-2021

Gumenyuk e.a. t. Oekraïne, EHRM 22 juli 2021, nr. 11423/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD000259119 22-07-2021

Gachechiladze t. Georgië, EHRM 22 juli 2021, nr. 2591/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD003912618 22-07-2021

E.H. t. Frankrijk, EHRM 22 juli 2021, nr. 39126/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD005129511 22-07-2021

Badalyan t. Azerbeidzjan, EHRM 22 juli 2021, nr. 51295/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD000340910 22-07-2021

Azer Ahmadov t. Azerbeidzjan, EHRM 22 juli 2021, nr. 3409/10

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

[ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD003941219](#) 20-07-2021

Polgar t. Roemenië, EHRM 20 juli 2021, nr. 39412/19

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001288616](#) 20-07-2021

Polat t. Oostenrijk, EHRM 20 juli 2021, nr. 12886/16

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD002944717](#) 20-07-2021

D t. Bulgarije, EHRM 20 juli 2021, nr. 29447/17

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens,](#)

[ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001969918](#) 20-07-2021

Akgün t. Turkije, EHRM 20 juli 2021, nr. 19699/18

Annotatie

[Big Brother Watch e.a. t. VK \(EHRM, 58170/13 e.a.\) en Centrum för Rättvisa t.](#)

[Zweden \(EHRM, 35252/08\) – Legitimering bulkinterceptie](#)

M. Hagens en J.J. Oerlemans

Annotatie

[Stichting Landgoed Steenberg \(EHRM, nr. 19732/17\) – Louter elektronisch](#)

[kennisgeven van \(ontwerp\)besluiten niet in strijd met art. 6 EVRM](#)

R.H.W. Frins

Annotatie

[Lăcătuș v. Zwitserland \(EHRM, nr. 14065/15\) – Begging as a human right?](#)

E. Bambrough en G. Vonk

ANNOTATIE

Big Brother Watch e.a. t. VK (EHRM, 58170/13 e.a.) en Centrum för Rättvisa t. Zweden (EHRM, 35252/08) – Legitimering bulkinterceptie***M. Hagens en J.J. Oerlemans*****Inleiding**

1. Op 25 mei 2021 deed de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van Mens (EHRM), in dezelfde samenstelling, uitspraak in de zaken *Big Brother Watch e.a. t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15) en *Centrum för Rättvisa t. Zweden* (EHRM, nr. 35252/08) over het in bulk verwerven van communicatie en de internationale uitwisseling van dergelijke data door inlichtingen- en veiligheidsdiensten.[1] Kortgezegd acht het EHRM bulkinterceptie mogelijk als een noodzakelijk middel ter bescherming van de nationale veiligheid en versterkt zij de waarborgen tegen misbruik ervan. In deze annotatie richten wij ons met name op de overwegingen en kwalitatieve vereisten voor nationale wetgeving omtrent bulkinterceptie, omdat voor de andere klachten weinig nieuwe ontwikkelingen zijn (zie randnrs. 3-4). Wij gaan verder kort in op de achtergrond van de zaken (randnr. 2), analyseren uitgebreid de belangrijkste overwegingen van het Hof (randnrs. 5-17), gaan na wat deze zaken betekenen voor Nederland (randnrs. 18-20) en sluiten af met een conclusie (randnr. 21).

Bulkinterceptie en Snowden

2. Bulkverwerving van communicatie en internationale gegevensuitwisseling door inlichtingen- en veiligheidsdiensten genieten brede internationale aandacht sinds de uitlatingen van Edward Snowden in 2013 over het bestaan van grootschalige ‘surveillance programmes’ van de inlichtingendiensten van de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Sindsdien zijn er meerdere rechtszaken op nationaal niveau over deze onderwerpen gevoerd, met name in het Verenigd Koninkrijk, maar ook in Nederland.[2] In een aantal gevallen heeft dit geleid tot zaken bij het Hof van Justitie voor de Europese Unie (HvJ EU) en het EHRM, zoals de zaak *Big Brother Watch e.a.* De zaak *Big Brother Watch e.a.*

betreft drie gevoegde zaken die naast de klachten van de naamgever (nr. 58170/13), ook de klachten omvatten van *Bureau of Investigative Journalism en Alice Ross t. Verenigd Koninkrijk* (nr. 62322/14) en *10 Human Rights Organisations e.a. t. Verenigd Koninkrijk* (nr. 24960/15). De zestien klagers in deze drie zaken zijn ofwel organisaties die zich inzetten voor de mensenrechten, ofwel journalisten. Zij hebben hun klachten ingediend na de onthullingen van Edward Snowden. De klagers meenden dat de aard van hun activiteiten met zich meebracht dat hun elektronische communicatie en gerelateerde communicatiegegevens (metadata) werden onderschept of zijn verkregen (uit het buitenland of van private aanbieders van communicatiediensten) door de inlichtingendiensten van het Verenigd Koninkrijk. De klacht in *Centrum för Rättvisa t. Zweden* – Centrum för Rättvisa is een Zweedse non-gouvernementele organisatie (NGO) die strategisch procedeert voor mensenrechten – dateert weliswaar van ver voor die tijd, namelijk uit 2008, maar sluit goed aan bij deze context. Ook deze NGO vreest dat, gezien de aard van haar werkzaamheden en de ruime bevoegdheden van de Zweedse inlichtingendienst tot bulkinterceptie, haar communicatie in dit ‘sleepnet’ is beland.

Klachten in Big Brother Watch e.a. en Centrum för Rättvisa

3. In beide zaken richten de klachten van belangenorganisaties zich op het bestaan van wetgeving die bulkverzameling en -verwerking van gegevens uit communicatie door inlichtingen- en veiligheidsdiensten mogelijk maken. In de eerste plaats wordt geklaagd dat bulkinterceptie in strijd zou zijn met artikel 8 EVRM (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer). In *Centrum för Rättvisa* betreft het de interceptie door een Zweedse inlichtingendienst van grote hoeveelheden (bulk) communicatie die de Zweedse grenzen passeert, met een oorsprong of bestemming in het buitenland. Het gaat om Zweedse wetgeving over ‘signals intelligence’, ook wel ‘sigint’ genoemd, dat wil zeggen het verzamelen en verwerken van gegevens afkomstig uit elektronische signalen. In essentie betreft dit vooral inhoud van gesprekken of berichten en metadata van communicatie (zoals tijd en plaats) die door de ether (bijv. via satellieten) of over de kabel worden getransporteerd. Hoewel de klacht betrekking heeft op verschillende perioden waarin steeds aangepaste wetgeving gold, gaat de Grote Kamer uit van de wetgeving die ten tijde van de behandeling door de Kamer gold (in mei 2018).[3] In *Big Brother Watch e.a.* gaat het ook over de verenigbaarheid van bulkinterceptie van ‘buitenlandse communicatie’ met artikel 8 van het EVRM. Deze zaak gaat nog over de vorige wetgeving in het Verenigd Koninkrijk die dit mogelijk maakte, de ‘*Regulation of Investigatory Powers Act*’ (RIPA) (het onderdeel over bulkinterceptie betreft ‘section 8 (4)’ van RIPA). Ondertussen heeft het Verenigd Koninkrijk een nieuwe wet aangenomen – de ‘*Investigatory Powers Act 2016*’ – die vanaf december 2016 stapsgewijs in werking is getreden. Toch gaat het EHRM uit van de oude wet (de RIPA), omdat voor de

behandeling van de klacht de wet van toepassing is die gold ten tijde van de ontvankelijkheidsverklaring van de klachten door de Kamer (in november 2017).[4] *Big Brother Watch e.a.* kent nog andere klachtonderdelen. Het gaat in die zaak ook om de verenigbaarheid met artikel 8 EVRM van samenwerking tussen buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten, met name het ontvangen van bulkgegevens door de Britse inlichtingen- en veiligheidsdiensten van buitenlandse diensten, en de toegang van de Britse diensten tot opgeslagen communicatiegegevens (metadata) bij private communicatiediensten (dit is voorzien in 'Chapter II' van RIPA). Verder is er geklaagd over schending van artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) vanwege de ongeoorloofde inbreuk die bulkinterceptie, gegevensuitwisseling tussen inlichtingen- en veiligheidsdiensten, en het verkrijgen van communicatiegegevens van marktpartijen maken op vertrouwelijke communicatie van journalisten (met name bronbescherming).

4. Bij de behandeling door de Grote Kamer komen – anders dan bij de Kamer – niet alle preliminaire bezwaren en klachtonderdelen uitvoerig aan bod; deze leveren ook geen nieuwe inzichten. In beide zaken gaan de klachten over de wetgeving en de praktijk van bulkinterceptie *in abstracto*; klagers stellen niet het slachtoffer te zijn van een specifieke interceptiemaatregel, maar van het enkele bestaan van de wetgeving die bulkinterceptie toestaat, omdat deze zo breed is dat zij hierdoor potentieel geraakt worden. De Grote Kamer gaat, net als de Kamer in *Centrum för Rättvisa*, in op de vraag of is voldaan aan het slachtoffervereiste, omdat de regering volhoudt dat klager geen doelwit van de wetgeving is en dus niet zelf als slachtoffer kan worden aangemerkt. Dat was ook niet wat de klagers hadden aangevoerd; wel dat de wet dermate breed was dat in potentie alle gebruikers van telecommunicatienetwerken erdoor geraakt werden. De Grote Kamer komt, met toepassing van de geharmoniseerde slachtoffercriteria uit *Roman Zakharov t. Rusland*,^[5] tot dezelfde conclusie als de Kamer, namelijk dat wel degelijk aan het slachtoffervereiste is voldaan vanwege de grote reikwijdte van de wet en de afwezigheid van een effectief rechtsmiddel voor toetsing van een klacht over wetgeving *in abstracto*. Hierdoor ontstaat het risico van publiek wantrouwen en bezorgdheid over misbruik van bevoegdheden en willekeur en is er een grotere noodzaak van toezicht door het EHRM. De klager hoeft daarom niet aan te tonen dat hij door zijn persoonlijke omstandigheden een risico loopt op toepassing van de geheime onderzoeksmethoden.^[6] De klachten onder artikel 8 en 10 EVRM in *Big Brother Watch e.a.* over de toegang van inlichtingen- en veiligheidsdiensten tot communicatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten worden niet inhoudelijk behandeld door de Grote Kamer. Het EHRM overweegt dat de regering de Kameruitspraak op dit punt niet heeft betwist en het ziet ook zelf geen reden om van deze uitspraak af te wijken. Daarmee blijft de bevinding van een schending van beide EVRM-bepalingen unaniem overeind.^[7] Er wordt in deze zaak ook geklaagd dat het ontvangen van gegevens (uit interceptie) van een buitenlandse

inlichtingen- of veiligheidsdienst, niet behorende bij een verdragspartij bij het EVRM, een schending van artikel 8 EVRM inhoudt. Bij de behandeling van deze klacht wijkt de Grote Kamer niet noemenswaardig af van de Kamer. Net als de Kamer, oordeelt het Hof – met twaalf stemmen tegen vijf – dat er geen schending van artikel 8 EVRM is, omdat het Britse systeem voorziet in voldoende waarborgen voor de verwerking van ontvangen gegevens (bewaren, onderzoeken, gebruiken, doorgeven en vernietigen), in adequaat toezicht op de naleving hiervan en in een effectief rechtsmiddel voor klachten hierover.[8] Voor wat betreft de algemene klacht dat het ontvangen van gegevens uit het buitenland een schending inhoudt van het journalistieke brongeheime en de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) ziet het Hof – net als de Kamer – geen aparte kwestie naast artikel 8 EVRM.[9]

Bulkinterceptie als legitiem middel in het belang van nationale veiligheid

5. Het EHRM erkent dat bulkinterceptie van vitaal belang is voor verdragsstaten teneinde gekende en ongekende bedreigingen voor hun nationale veiligheid te identificeren.[10] Het Hof benadrukt dat de bedreigingen voor staten zijn versterkt door toegenomen digitalisering en technologische ontwikkelingen. Het Hof noemt ook expliciet het gevaar van bedreigingen op cybersecuritygebied: ‘Access to such technology also permits hostile State and non-state actors to disrupt digital infrastructure and even the proper functioning of democratic processes through the use of cyberattacks, a serious threat to national security which by definition exists only in the digital domain and as such can only be detected and investigated there’. Dit maakt bulkinterceptie volgens het Hof ‘a valuable technological capacity to identify new threats in the digital domain’.[11] Het Hof volgt hiermee het standpunt van de verwerende Britse en Zweedse regering, van de interveniërende Franse en Nederlandse regering, en ook van een aantal gerenommeerde instanties, zoals de ‘European Commission for Democracy through Law’ (hierna: ‘Venice Commission’). De Venice Commission stelde dit al in zijn rapport ‘The Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies’ uit 2015. Daarnaast verwijst het Hof naar de Engelse ‘Independent Reviewer of Terrorism Legislation’, die in 2016 belast was met een operationele evaluatie van de beoogde verschillende bulkregimes onder de nieuwe wetgeving. Hij concludeerde dat bulkinterceptie een ‘essential capability’ is, vanwege de onvoorspelbaarheid van digitaal verkeer en de technologische mogelijkheden voor terroristen, criminelen en statelijke actoren om onzichtbaar te blijven voor traditionele inlichtingenmethoden, en dat er geen geschikt alternatief voor bestaat.[12] In lijn met eerdere jurisprudentie, erkent het Hof dat artikel 8 EVRM zich niet verzet tegen bulkinterceptie als middel ter bescherming van de nationale veiligheid en andere gewichtige belangen van de staat, en dat het binnen de grote beoordelingsruimte van de verdragsstaten op dit punt blijft vallen om te kiezen voor een dergelijk systeem.[13]

6. Tegenover het belang van bulkinterceptie staat ook het gevaar van misbruik en willekeur.

Het EHRM wijst erop dat bulkinterceptie geen gericht inlichtingenmiddel op individuen is, maar communicatie van veel meer mensen onderschept: 'In the current, increasingly digital, age the vast majority of communications take digital form and are transported across global telecommunications networks using a combination of the quickest and cheapest paths without any meaningful reference to national borders. Surveillance which is not targeted directly at individuals therefore has the capacity to have a very wide reach indeed, both inside and outside the territory of the surveilling State.'^[14] Kenmerkend aan bulk(interceptie) is dat: 'The communications will belong to a large number of individuals, many of whom will be of no interest whatsoever to the intelligence services'.^[15] Daarom staat tegenover de grote beleidsvrijheid van staten om te kiezen voor bulkinterceptie, een veel beperktere ruimte bij de inrichting en het gebruik van een dergelijk systeem. Staten moeten in voldoende waarborgen voorzien om zorg te dragen voor toegankelijke en kenbare wettelijke normen, en dat maatregelen slechts worden toegepast wanneer dit noodzakelijk is een democratische rechtsorde.^[16] Hierbij herhaalt het Hof zijn overweging uit eerdere jurisprudentie dat het gaat om het treffen van een juiste balans tussen het gelijktijdig beschermen van nationale veiligheid en fundamentele rechten van burgers: 'In view of the risk that a system of secret surveillance set up to protect national security (and other essential national interests) may undermine or even destroy the proper functioning of democratic processes under the cloak of defending them, the Court must be satisfied that there are adequate and effective guarantees against abuse'.^[17]

7. Hoewel deze overwegingen van het EHRM niet nieuw zijn, is het natuurlijk van grote betekenis dat de gezaghebbende Grote Kamer – die zich alleen buigt over zaken waarin rechtsvorming of fundamentele interpretatiekwesties aan de orde zijn – bevestigt dat een systeem van bulkinterceptie op zichzelf niet onverenigbaar is met het EVRM, ondanks de gevaren die worden onderkend vanwege de enorme hoeveelheid beschikbare gegevens, en zelfs als dat betekent dat zo'n systeem – noodzakelijkerwijs – met geheimhouding is omgeven en de beoordeling van de manier waarop het werkt door het Hof slechts kan plaatsvinden op basis van beperkte informatie.^[18]

Beoordelingskader voor bulkinterceptie in Big Brother Watch e.a. en Centrum för Rättvisa

8. Het beoordelingskader voor bulkinterceptie in deze uitspraken bevat een aantal nieuwe elementen ten opzichte van de Kameruitspraken en eerdere jurisprudentie van het Hof. Wij identificeren vier elementen: (1) Een graduele benadering van de mate van inbreuk van bulkinterceptie met een nadruk op de onderzoeks- en gebruiksfase, (2) de onderkenning dat bulkinterceptie wezenlijk verschilt van gerichte interceptievormen en dat dit verdere ontwikkeling van de jurisprudentie noodzakelijk maakt, (3) een aparte set van (acht)

minimumwaarborgen voor bulkinterceptie met een grotere nadruk op toezicht en rechtsmiddelen, en (4) de gelijkschakeling van metadata en inhoud voor wat betreft de vereiste waarborgen. We lichten deze elementen hierna verder toe.

Element 1: Graduele benadering van de mate van inbreuk

9. Het eerste nieuwe element zijn de uitgebreide algemene overwegingen van het Hof over de vraag in hoeverre een bulkinterceptiesysteem een inbreuk maakt op de rechten uit artikel 8 EVRM.[19] Waar de Kamers een inbreuk op artikel 8 EVRM afleidden uit de potentiële geraaktheid van de klagers vanwege de reikwijdte van de bulkwetgeving, benadrukt het Hof dat een bulkinterceptiesysteem een gradueel proces oplevert van een initiële fase van verwerving tot aan het onderzoek en gebruik van specifieke gegevens, waarbij de mate van inbreuk toeneemt naarmate het proces verder wordt doorlopen. De noodzaak voor robuuste waarborgen is volgens het Hof het grootst in de stadia waarin specifieke gegevens van personen worden onderzocht en gebruikt, omdat daar de inbreuk op de rechten van individuele burgers het grootst is. Bij het bepalen van de mate van inbreuk onderscheidt het Hof vier fasen in bulkinterceptiesystemen, namelijk:

- (1) De fase van verzamelen en opslag van communicatie (inhoud) en metadata van communicatie. Metadata worden ook wel ‘communicatiegegevens’ genoemd; informatie die iets vertelt over de communicatie, zoals gebruikers-, locatie- of verkeersgegevens. In deze eerste fase kan ook filtering plaatsvinden, waarbij evident niet aan het onderzoek gerelateerde gegevens worden verwijderd.
- (2) De fase van het doorzoeken (vaak geautomatiseerd) van de bewaarde bulkdataset met verschillende soorten selectoren (bijvoorbeeld technische kenmerken als een telefoonnummer) of met behulp van complexe ‘query’s’ (zoekvragen). Daarbij heeft het Hof bijzondere aandacht voor wat het aanduidt als ‘sterke’ selectoren, waarbij vooraf bekend is aan welke specifieke persoon of organisatie ze toebehoren (bijvoorbeeld een e-mailadres).
- (3) De onderzoeksfase, waarin een analist de ‘geselecteerde’ gegevens bekijkt, door bijvoorbeeld de inhoud van communicatie uit te luisteren of uit te lezen en metadata te analyseren.
- (4) De gebruiksfase, waarin (relevante) onderzochte gegevens verder worden bewaard en gebruikt, bijvoorbeeld in inlichtingenproducten. In deze fase kunnen deze gegevens ook worden gedeeld met derde partijen (exploitatie), zoals andere instanties binnen het land, maar ook met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen.

Het Hof benadrukt dat artikel 8 EVRM op elk van de vier stadia van toepassing is, maar dat de

inbreuk het grootst is in fasen 3 en 4, waar de rechten van specifieke burgers in het geding zijn. Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie herhaalt het Hof dat zelfs de enkele opslag van gegevens een inbreuk op artikel 8 EVRM inhoudt, dat de noodzaak van waarborgen groter wordt als er sprake is van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, en dat hieraan niet afdoet of opgeslagen gegevens versleuteld zijn en alleen met specifieke technologie of door een klein groepje mensen kan worden ontsloten.[20]

Element 2: Verschillen tussen bulkinterceptie en gerichte interceptie

10. Het tweede nieuwe element is dat het Hof zijn eerdere jurisprudentie over geheime (gerichte en bulk) methoden tegen het licht houdt, vanwege het verschil in aard en omvang tussen gerichte interceptie (zoals telefoontaps) en bulkinterceptie, waarbij het Hof niet eerder – ook niet in zaken over bulkinterceptie zoals *Weber en Saravia t. Duitsland* (2006) en *Liberty t. het Verenigd Koninkrijk* (2008)[21] – nadrukkelijk heeft stilgestaan. Deze exercitie vindt plaats in het kader van de algemene vraag of de inbreuk gerechtvaardigd is op grond van het tweede lid van artikel 8 EVRM. Naast het bestaan van een legitiem doel zijn daarbij belangrijke criteria of er een wettelijke basis is voor bulkinterceptie, die voorziet in kenbare en voorzienbare normen en in voldoende waarborgen om de inbreuk te beperken tot wat noodzakelijk en proportioneel is in een democratische rechtsorde. De conclusie van het Hof luidt dat een aparte set van waarborgen nodig is voor bulkinterceptiesystemen. De in eerdere jurisprudentie ontwikkelde zes minimumwaarborgen vormen hierbij een bruikbaar uitgangspunt, maar moeten worden aangepast aan de specifieke kenmerken van bulkinterceptiesystemen, in het bijzonder de toenemende mate van inbreuk op de rechten uit artikel 8 EVRM naarmate de verschillende stadia van het bulkproces worden doorlopen.[22] Het Hof acht een ontwikkeling van de jurisprudentie noodzakelijk om drie redenen:

(1) De bulkregimes uit *Weber en Saravia* en *Liberty e.a.* zijn gedateerd, omdat de wijze van communicatie significant is veranderd en er nu aanzienlijke hoeveelheden digitale data voorhanden zijn.[23]

(2) De impact van de verwerking van metadata van communicatie is enorm toegenomen. Metadata kan veel persoonlijke informatie van de gebruikers onthullen, zoals de identiteit en locatie van de verzender en ontvanger(s) en van de gebruikte apparatuur. Met de huidige technieken is het mogelijk hieruit een gedetailleerd beeld van een individu te destilleren aan de hand van zijn sociale netwerken, plaatsbepalingen, internetgeschiedenis, communicatiepatronen en contactgegevens.[24]

(3) Bulkinterceptie is naar zijn aard en reikwijdte wezenlijk anders dan gerichte vormen van interceptie, zoals telefoontaps. Bulkinterceptie richt zich volgens het Hof in de meeste

gevallen op ‘internationale communicatie’ of grensoverschrijdende communicatie. Het monitoren van ‘buitenlandse communicatie’ kan vaak niet op andere manieren plaatsvinden. Dit hangt ermee samen dat bulkinterceptie vaak wordt ingezet voor het vergaren van inlichtingen over het buitenland, in de strijd tegen cyberaanvallen, voor contraspionage en contraterroreisme, en (in sommige landen) ter bestrijding van ernstige georganiseerde criminaliteit. Een belangrijk verschil is volgens het Hof gelegen in de wijze waarop communicatie van individuen doelwit kan worden van bulksystemen: ‘While bulk interception is not necessarily used to target specified individuals, it evidently can be – and is – used for this purpose. However, when this is the case, the targeted individuals’ devices are not monitored. Rather, individuals are “targeted” by the application of strong selectors (such as their e-mail addresses) to the communications intercepted in bulk by the intelligence services. Only those “packets” of the targeted individuals’ communication which were travelling across the bearers selected by the intelligence services will have been intercepted in this way, and only those intercepted communications which matched either a strong selector or complex query could be examined by an analyst’.[25]

Element 3: Acht minimumwaarborgen voor bulkinterceptie

11. Het derde nieuwe element in het beoordelingskader voor bulkinterceptie betreft de vereiste minimumwaarborgen waaraan een bulkinterceptiesysteem moet voldoen. Het Hof komt in *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa* voor het eerst met een set van acht waarborgen die specifiek zijn toegesneden op de kenmerken van bulkinterceptiesystemen. Deze moeten duidelijk verankerd zijn in de nationale wetgeving waarbij bulkinterceptie wordt toegestaan. Deze acht criteria zijn: (1) gronden waarop bulkinterceptie kan worden geautoriseerd; (2) de omstandigheden waarin de communicatie van een individu kan worden verzameld; (3) de procedure die moet worden gevolgd voor autorisatie; (4) de procedures die gelden voor het selecteren, onderzoeken en gebruiken van verzameld materiaal; (5) de voorzorgsmaatregelen die zijn genomen als het gaat om het doorgeven van materiaal aan andere partijen; (6) de beperkingen op de bewaarduur, de wijze van bewaren van verzameld materiaal en de omstandigheden waarin dergelijk materiaal moet worden verwijderd en vernietigd; (7) de procedures en modaliteiten voor toezicht door een onafhankelijke autoriteit op de naleving van deze waarborgen en de bevoegdheden van die autoriteit als het gaat om het adresseren van onrechtmatig handelen; (8) de procedures voor onafhankelijk onderzoek *ex post facto* naar de naleving van deze waarborgen en de bevoegdheden voor het bevoegde orgaan als het gaat om het onderzoeken van eventueel onrechtmatig handelen. Hierbij gaat het volgens het Hof om ‘a wider range of criteria than the six Weber safeguards’.[26] Nieuw in het beoordelingskader is dat nu *alle* beoordelingscriteria de status van minimumwaarborg (‘fundamental safeguards’) hebben, in tegenstelling tot de Kameruitspraken, waarin nog werd uitgegaan van (de oude)

zes minimumwaarborgen (toegankelijkheid wet en reikwijdte interceptie, duur interceptie, autorisatie, procedures voor verdere verwerking, maatregelen bij doorgifte, procedures rondom vernietiging) en drie relevante factoren die niet als minimumwaarborg kwalificeerden (toezicht, notificatievoorzieningen, rechtsmiddelen). De beoordelingscriteria die het Hof in *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa* gebruikt zijn daarom naar inhoud niet nieuw, maar er vindt wel een aanscherping plaats waarbij de nadruk verschuift naar '*supervision and review*'. We lichten dat bij randnrs. 13 en 14 verder toe.

12. Als we deze set van waarborgen nader beschouwen, levert dat het volgende beeld op. De eerdere (zes) waarborgen acht het Hof bruikbaar, maar niet onverkort toepasbaar op een bulkinterceptiesysteem. Het probleem is vooral gelegen in de formulering van de oorspronkelijke eerste twee criteria ('*nature of offences*' en '*categories of people*'), die vooral uitgaat van gerichte interceptie van communicatie van 'verdachten' in een opsporingsonderzoek. Ook herhaalt het Hof hier – in navolging van de Kamers – dat een 'redelijke verdenking' geen toepasbaar criterium is. Het Hof benadrukt dat het uitgangspunt anders is in de context van bulkinterceptie ter bescherming van de nationale veiligheid: '*the purpose of which is in principle preventive, rather than for the investigation of a specific target and/or an identifiable criminal offence*'.^[27] De overige vier waarborgen uit eerdere jurisprudentie acht het Hof wel onverkort relevant. Hierbij is nieuw dat het Hof voor het eerst een nadere invulling geeft van het vijfde criterium: 'maatregelen bij de doorgifte van gegevens uit bulkinterceptie aan andere partijen'. Het Hof vindt het in ieder geval van belang dat de doorgifte beperkt moet blijven tot het materiaal dat op een EVRM-conforme manier is verkregen en opgeslagen. Bovendien moeten er voor de doorgifte ('*transfer of data*') bijzondere waarborgen worden ingebouwd, namelijk: (1) de omstandigheden waarin een doorgifte kan plaatsvinden moeten in de nationale wet zorgvuldig worden vastgelegd; (2) de staat moet ervoor zorgen dat de ontvangende staat voldoende waarborgen biedt voor wat betreft de veilige opslag van de gegevens en beperking van het verder doorgeven van de gegevens; (3) extra waarborgen moeten worden getroffen als duidelijk is dat het doorgegeven materiaal bijzondere vertrouwelijkheid kent (bijvoorbeeld als het gaat om vertrouwelijke journalistieke gegevens); (4) de doorgifte aan buitenlandse inlichtingendiensten moet onderworpen zijn aan onafhankelijk toezicht ('*independent control*').^[28] Hoewel het Hof doorgifte in het vierde – meest inbreukmakende – stadium (waarin de rechten van specifieke personen in het geding zijn) aan de orde stelt, lijkt het Hof zich bij de invulling van dit vijfde criterium niet te beperken tot 'geselecteerde' gegevens. Het Hof spreekt hier over '*communicating intercept material to other parties*' en '*material obtained by bulk interception*'. Een bulkdataset kan natuurlijk als geheel worden verstrekt aan andere partijen, maar dat heeft het Hof bij de bespreking van de ernst van de inbreuk van bulkinterceptie niet aan de orde gesteld. Het is ons niet duidelijk of de waarborgen die nadere invulling geven aan het vijfde criterium ook

van toepassing zijn op zo'n situatie.

13. Naast deze (al bekende) waarborgen, benadrukt het Hof dat een bulksysteem moet zijn onderworpen aan '*end-to-end safeguards*'. Dat is een nieuwe term. De introductie van de nieuwe term hangt samen met de constatering van het Hof dat het inbreukmakende karakter van bulkinterceptie toeneemt naarmate (gegevens van) specifieke personen in zicht komen in de onderzoeks- en gebruiksfase. Dat vereist volgens het Hof robuuste waarborgen en die vindt het Hof vooral in het samenspel van de waarborgen van autorisatie, toezicht en rechtsmiddelen: 'In het context of bulk interception the importance of supervision and review will be amplified. (...) Therefore, in order to minimise the risk of the bulk interception power being abused, the Court considers that the process must be subject to "end-to-end safeguards", meaning that, at the domestic level, an assessment should be made at each stage of the process of the necessity and proportionality of the measures being taken; that bulk interception should be subject to independent authorisation at the outset, when the object and scope of the operation are being defined; and that the operation should be subject to supervision and independent ex post facto review (...).' [29] Het Hof benadrukt dat onafhankelijke autorisatie, toezicht op de uitvoering en onafhankelijke *ex post facto*-toetsing fundamentele waarborgen zijn die de hoeksteen vormen van een bulkinterceptieregime dat verenigbaar is met artikel 8 EVRM.[30]

14. De '*end-to-end safeguards*' werkt het Hof in *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa* nader uit:

(1) Autorisatie moet worden gegeven door een instantie – niet noodzakelijk een rechter – die onafhankelijk is van de uitvoerende macht. Het autorisatieorgaan moet worden geïnformeerd over de doelstellingen van de interceptie en de verwachte communicatieroutes ('fibers' of kanalen) die zullen worden geïntercepteerd (dit is te linken aan fase 1, waarin de interceptie plaatsvindt). Op die manier kan het autorisatieorgaan de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de bulkinterceptie beoordelen en bekijken of de juiste keuzes zijn gemaakt. Voor wat betreft de toepassing van selectiecriteria of zoektermen – in de tweede fase waarin het (geautomatiseerd) doorzoeken van de geïntercepteerde gegevens plaatsvindt – vindt het Hof niet nodig dat deze allemaal worden vermeld in het toestemmingsverzoek. De inbreuk is in deze fase niet groot, omdat er nog geen inhoudelijk onderzoek van de gegevens plaatsvindt (dat is fase 3), en het Hof heeft oog voor de grote hoeveelheid selectoren die worden toegepast en de noodzaak van flexibiliteit bij de keuze van selectoren. Omdat in fase 2 wel gegevens worden geselecteerd voor nader onderzoek, vindt het Hof van belang dat ten minste in de aanvraag tot toestemming de 'typen of categorieën van selectiecriteria' worden vermeld.[31] Het Hof legt hierbij niet uit wat dit precies zijn. Het Hof heeft bijzondere aandacht voor wat het aanduidt als 'sterke selectiecriteria' dat wil zeggen selectoren

(bijvoorbeeld technische kenmerken, zoals een telefoonnummer of e-mailadres) waarvan bekend is aan wie deze toebehoren (een identificeerbare persoon of organisatie) en waarmee dus communicatie (of metadata) van een specifieke persoon of organisatie kan worden gevonden. Voor het kunnen toepassen van ‘sterke’ selectoren gelden bij de autorisatie zwaardere eisen. Dan moet namelijk het gebruik van elk afzonderlijk selectie criterium worden gerechtvaardigd met het oog op de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Die rechtvaardiging moet zorgvuldig worden onderbouwd en gedocumenteerd. In een voorafgaand intern toestemmingsproces (*‘prior internal authorisation’*) moet per geval en objectief worden geverifieerd of de rechtvaardiging voldoet aan de vereisten.[32] Op dit punt volstaat dus volgens het Hof een *intern* toestemmingsproces, zolang het voorafgaand aan de toepassing van de selectiecriteria plaatsvindt en een objectieve toetsing behelst. In het algemeen valt bij de waarborg van autorisatie in het bulkproces op dat het Hof dit in de uitwerking koppelt aan fase 1 (interceptie) en fase 2 (doorzoeken met selectoren/query’s); de fasen waarin de inbreuk op artikel 8 EVRM niet groot is. Fasen 3 (onderzoek/analyse) en 4 (gebruik), waarin de inbreuk het grootst is, noemt het Hof hier niet; deze bouwen voort op wat er in fasen 1 en 2 is geautoriseerd. We vermoeden dat het Hof de waarde van autorisatie/controle vooraf op de toepassing van selectiecriteria en (meta)data-analyse beperkt acht, gelet op het dynamische karakter van het inlichtingenmiddel. Onduidelijk is dan immers wiens belangen getoetst moeten worden, behalve bij de toepassing van ‘sterke selectoren’ waarvoor het Hof een *‘prior internal authorisation’* voorschrijft.[33] De andere waarborgen van toezicht op de uitvoering/verdere verwerking (*‘supervision’*) en een effectief rechtsmiddel (*‘ex post facto review’*) komen hier dan een grotere rol toe. Het Hof spreekt bij autorisatie niet over het vereiste van voorafgaande bindende oordelen. ‘Voorafgaand’ kan worden ingelezen in de notie van autoriseren, maar het Hof gebruikt hier niet het woord ‘prior’, anders dan bij autorisatie van de toepassing van ‘sterke selectoren’ waar het Hof een *‘prior internal authorisation’* voorschrijft. Belangrijker is dat het Hof niet (expliciet) zegt dat de autorisatiebeslissingen een bindende status moeten hebben. Het Hof overweegt wel, net als de Kamer, dat ‘judicial authorisation is an ‘important safeguard against arbitrariness but not a “necessary requirement”.’

(2) Ieder stadium van het bulkinterceptieproces – inclusief de initiële toestemming, eventuele verlengingen, de keuze van communicatieroutes, de keuze en toepassing van selectiecriteria en zoektermen (query’s), het gebruiken, bewaren, doorgeven en vernietigen van geïntercepteerd materiaal – moet onderhevig zijn aan toezicht door een onafhankelijke autoriteit (*‘supervision’*). Dit toezicht moet voldoende robuust zijn om te bewerkstelligen dat de ‘inbreuk’ beperkt blijft tot wat noodzakelijk is in een democratische samenleving, ook weer in het licht van de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Het Hof overweegt dat: ‘In particular, the supervising body should be in a position to assess the necessity and

proportionality of the action being taken, having due regard to the corresponding level of intrusion into the Convention rights of the persons likely to be affected.’ Om dit toezicht mogelijk te maken moeten de inlichtingendiensten zorgvuldig documenteren wat er in de verschillende stadia van het proces gebeurt.[34] Bij deze waarborg spreekt het Hof niet expliciet van het kunnen geven van bindende oordelen, zoals het dat wel doet bij ‘*ex post facto review*’. Dat zou kunnen worden ingelezen in de vereiste ‘robuustheid van het toezicht’, maar het staat er niet als zodanig.

(3) Een ‘effectief rechtsmiddel’ (*‘effective ex post facto review’*) moet beschikbaar zijn voor een ieder die het vermoeden heeft dat zijn communicatie is verwerkt door de inlichtingendiensten, hetzij om de wettigheid van de interceptie aan te vechten, hetzij om de verenigbaarheid van het regime met het EVRM als zodanig te betwisten. Daarbij geldt dat een notificatie van interceptie van de bevoegdheden van de bevoegde autoriteit en de geboden procedurele waarborgen aan de betrokkene(n) niet altijd nodig is, zolang het rechtsmiddel effectief is. Het Hof overweegt – voor zover bij ons bekend voor het eerst – dat een rechtsmiddel dat niet afhankelijk is van notificatie, zelfs betere waarborgen kan bieden, zeker in de context van bulkinterceptie dat vaak gericht is op buitenlandse communicatie.[35] Vanwege de beperkte waarde noemt het Hof ‘notificatievoorzieningen’ daarom niet als apart beoordelingscriterium, zoals bij de Kamers wel het geval was. Of een rechtsmiddel effectief is, wordt bepaald aan de hand van de bevoegdheden van de bevoegde autoriteit en de geboden procedurele waarborgen. Het orgaan hoeft geen rechterlijke instantie te zijn. Van belang is dat het orgaan onafhankelijk is van de uitvoerende macht en een eerlijke – en zoveel als mogelijk een op tegenspraak gerichte – procedure garandeert. De oordelen moeten gemotiveerd én juridisch bindend zijn, onder meer met betrekking tot de beëindiging van onrechtmatige interceptie en het vernietigen van onrechtmatig verkregen of opgeslagen data.[36] Hiermee geeft het Hof een duidelijk overzicht van de vereisten van een effectief rechtsmiddel.

Element 4: Gelijkschakeling van metadata en inhoud

15. Het vierde en laatste vernieuwende element in *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa* betreft de gelijkschakeling van metadata van communicatie aan inhoudelijke communicatie voor wat betreft de toepasselijkheid van de hierboven besproken waarborgen. De Kamer in *Big Brother Watch e.a.* vond het in de eerdere behandeling niet nodig te beslissen over de toepasselijkheid van de minimumwaarborgen op interceptie van metadata, maar oordeelde enkel of de uitsluiting van deze waarborgen die voor inhoud gelden, proportioneel was ten opzichte van het doel ervan.[37] De Kamer concludeerde dat er geen juiste balans was getroffen door de categorie gerelateerde communicatiegegevens als geheel uit te sluiten van de waarborgen uit artikel 16 RIPA.[38] De Grote Kamer besluit daarentegen dat inhoud en gerelateerde metadata aan dezelfde waarborgen onderhevig moeten zijn.[39]

Het Hof acht het vooral een tekortkoming in *Big Brother Watch e.a.* dat de maximale bewaartermijn voor dergelijke gegevens – met het oog op het vereiste van voorzienbaarheid – niet is vastgelegd in wetgeving.[40]

Strijd met artikel 8 EVRM

16. Bij de beoordeling of een bulkinterceptiesysteem in overeenstemming met artikel 8 EVRM is, zegt het Hof een algehele beoordeling (*'global assessment'*) van de inrichting en de werking van het systeem te maken. Hierbij ligt de nadruk op de vraag of de wettelijke regeling in voldoende waarborgen tegen misbruik en willekeur voorziet en of het bulkinterceptieregime is voorzien van *'end-to-end safeguards'*: 'In doing so, it will have regard to the actual operation of the system of interception, including the checks and balances on the exercise of power, and the existence or absence of any evidence of actual abuse'.[41] Wat betekent dit voor de beoordeling van het Hof in *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa*? Het Hof komt tot de conclusie dat in beide landen tekortkomingen in het bulkinterceptiesysteem en in bijpassende waarborgen bestaan en concludeert dat artikel 8 EVRM is geschonden. In *Big Brother Watch e.a.* bereikt het die conclusie – verwijzend naar nagenoeg dezelfde gebreken als de Kamer – vanwege onvoldoende *'end-to-end waarborgen'* in de RIPA tegen willekeur en machtsmisbruik. Met name gaat het om het ontbreken van onafhankelijke autorisatie, het niet-noemen van de *'typen of categorieën van selectiecriteria'* in de voorafgaande aanvraag tot toestemming en de afwezigheid van een interne toestemmingsprocedure voor de toepassing van (sterke) selectiecriteria waarvan bekend is aan welke individuen ze toebehoren.[42] In *Centrum för Rättvisa* oordeelt het EHRM – anders dan de Kamer die ondanks bepaalde gebreken geen schending vond – tot een schending van 8 EVRM vanwege het ontbreken van duidelijke regels omtrent de vernietiging van onderschepte communicatie die geen persoonsgegevens bevatten, het ontbreken van een vereiste afweging van individuele privacybelangen bij het verstrekken van gegevens aan buitenlandse partners in de toepasselijke regelgeving, en het ontbreken van een effectief rechtsmiddel (*'ex post facto review'*) vanwege de duale rol van de onafhankelijke *'Inspectorate'* als toezichthouder, waaronder het nemen/goedkeuren van operationele beslissingen, en als klachtbehandelaar, waarbij er geen verplichting is tot het geven van gemotiveerde beslissingen op klachten.[43]

Rechten van journalisten en bulkinterceptie

17. Ten slotte verdienen de overwegingen in *Big Brother Watch e.a.* over bulkinterceptie en de in artikel 10 EVRM vervatte rechten van journalisten, zoals bronbescherming, onze aandacht. In de eerdere zaak *Weber en Saravia* achtte het Hof de inbreuk van het Duitse bulkinterceptiesysteem op journalistieke bronbescherming marginaal, omdat het bulkregime niet gericht was op het monitoren van journalisten en het onthullen van hun bronnen. De klacht werd daarom,

en vanwege het bestaan van bepaalde waarborgen, kennelijk ongegrond verklaard. In *Big Brother Watch e.a.* overweegt het Hof dat als er een grote kans is dat onderzoek van vertrouwelijke communicatie(gegevens) van journalisten plaatsvindt en daarmee mogelijk tot de onthulling van hun bronnen leidt, het nationale bulksysteem in robuuste waarborgen dient te voorzien met betrekking tot het bewaren, onderzoeken, gebruiken, doorgifte en vernietiging van dergelijk vertrouwelijk materiaal. Daarbij maakt het niet uit of het doel van de inlichtingendiensten is om toegang tot vertrouwelijk journalistiek materiaal te krijgen, bijvoorbeeld door de toepassing van selectiecriteria of zoektermen (zoals technische kenmerken) waarvan bekend is dat die toebehoren aan een individuele journalist of persorganisatie, ongeacht of dit gericht is op het onthullen van zijn bron(nen), of dat deze toegang tot journalistiek materiaal het gevolg is van bijvangst. In het eerste geval is de inbreuk vergelijkbaar met die van de doorzoeking van een woning of kantoor van een journalist; dat is een situatie die nog ingrijpender is dan de opdracht aan een journalist om zijn bron(nen) te onthullen, omdat bij doorzoeking toegang kan worden verkregen tot al het materiaal van de journalist.[44] In de situatie waarbij selectoren of zoektermen worden gebruikt waarvan bekend is dat die toebehoren aan een bepaalde journalist of persorganisatie, bestaat volgens het Hof een grote mate van zekerheid dat aanzienlijke hoeveelheden vertrouwelijke journalistieke gegevens uit de bulk worden geselecteerd voor onderzoek. Tegenover deze inbreuk op de persvrijheid en bronbescherming, dient een voldoende waarborg te staan. Om die reden is in die situatie voorafgaande autorisatie door een rechter of andere onafhankelijke entiteit nodig die de bevoegdheid heeft om te onderzoeken of de doorzoeking en de daarbij gehanteerde selectiecriteria worden gerechtvaardigd door een dwingend maatschappelijk belang en of er andere, minder inbreuk makende middelen beschikbaar zijn.[45] In de situatie waarin journalistieke gegevens 'bijvangst' zijn, dus zonder dat zij doelbewust zijn geselecteerd, is een dergelijke voorafgaande specifieke autorisatie niet mogelijk, maar is deze wel nodig zodra blijkt dat journalistieke gegevens zijn geselecteerd, zodat verdere opslag en onderzoek van dit vertrouwelijke materiaal alleen plaatsvindt indien sprake is van een dwingend publiek belang.[46] In *Big Brother Watch e.a.* concludeert het Hof op vergelijkbare gronden als ten aanzien van artikel 8 EVRM dat er in het Verenigd Koninkrijk weliswaar bepaalde waarborgen beschikbaar zijn, maar dat die niet toereikend zijn. Met name als het gaat om opslag en onderzoek van gebleken journalistieke gegevens zijn er volgens het Hof tekortkomingen, zodanig dat artikel 10 EVRM (unaniem) is geschonden.[47]

Betekenis voor de Nederlandse situatie

18. De uitspraken zijn ook van belang voor de discussie in Nederland over bulkinterceptie. Sinds 1 mei 2018 is er een nieuwe wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv 2017). Deze werd tijdens de totstandkoming ervan in de volksmond stevast aangeduid als

‘sleepwet’, vanwege de introductie van een bevoegdheid tot bulkinterceptie (‘onderzoeksopdrachtgerichte interceptie’ genoemd) op de kabel door de Algemene en Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (AIVD en MIVD). Onder de Wiv 2002 bestond al een bevoegdheid tot bulkinterceptie in de ether, zoals de interceptie van communicatie die via satellieten verloopt. Na de Kameruitspraken in *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa*, hebben wij al betoogd dat de Wiv 2017 niet noodzakelijkerwijs gewijzigd moet worden.[48] Voor bulkinterceptie biedt de Wiv 2017 strenge waarborgen, waaronder het ‘getrapte’ systeem van bulkinterceptie met drie verschillende bijzondere bevoegdheden die zien op interceptie, optimalisatie van het proces en analyse,[49] waarvoor een voorafgaande toestemming is vereist door de minister van Defensie (voor de MIVD) of Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) (voor de AIVD) en daarna een bindende rechtmatigheidstoets van een onafhankelijke instantie, de ‘Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden’ (TIB). Het Nederlandse systeem van onderzoeksopdrachtgerichte interceptie onderscheidt daarmee drie fasen (die nauw met elkaar zijn verweven): 1) de interceptie zelf, 2) de optimalisatie van het interceptie- en selectieproces (‘search gericht op interceptie’ en ‘search gericht op selectie’) en 3) de nadere analyse van de onderschepte gegevens uit interceptie (selectie en geautomatiseerde data-analyse op metadata).[50] Zoals wij in 2019 concludeerden ‘voldoet het systeem daarmee aan een belangrijk kritiekpunt in de *Big Brother Watch e.a.*-zaak over voorafgaande toestemming en toezicht op de nadere analyse van de gegevens met het oogmerk om kennis te nemen van de inhoud (het selectieproces)’.[51] Kort gezegd brengen de Grote Kameruitspraken daar geen verandering in.

19. In de tussentijd heeft de discussie over *bulkinterceptie* zich verder ontwikkelt in een bredere discussie over *bulkbevoegdheden*. De TIB signaleerde al in haar eerste jaarverslag dat de Wiv 2017 alleen voorziet in een bulkregime voor onderzoeksopdrachtgerichte interceptie (bulkinterceptie), maar niet voor andere bijzondere bevoegdheden, zoals de hackbevoegdheid, waarmee ook gegevens in bulk kunnen worden verzameld.[52] De Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) heeft de wetgever aanbevolen meer waarborgen in de Wiv te introduceren voor het verzamelen van – en nader verwerken van gegevens uit – ‘bulkdatasets’. Bulkdatasets zijn grote gegevensverzamelingen waarvan het merendeel van de gegevens betrekking heeft op organisaties of personen die geen onderwerp van onderzoek van de diensten zijn en dat ook nooit zullen worden.[53] Ook de Commissie Evaluatie Wiv 2017 (hierna: de Commissie Jones-Bos), die twee jaar na inwerkingtreding van de Wiv 2017 de gehele wet tegen het licht heeft gehouden, beveelt aan een speciale paragraaf in de Wiv op te nemen voor ‘bulkbevoegdheden’ (waaronder de hackbevoegdheid).[54] De Commissie Jones-Bos beveelt echter ook aan de bestaande selectiebevoegdheid bij bulkinterceptie (en mogelijk straks ook voor andere bulkbevoegdheden) *intern* te beleggen, dus zonder voorafgaande toestemming van de ministers en zonder rechtmatigheidstoets van

de TIB.[55] Het demissionair kabinet heeft laten weten de aanbevelingen van de Commissie Jones-Bos te 'omarmen' en is voornemens tot een nieuwe wet te komen.[56] Met de vier gewijzigde elementen in het beoordelingskader uit de *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa*-uitspraken in het achterhoofd, moet de wetgever nagaan in hoeverre de aanbeveling van de evaluatiecommissie om de huidige selectiebevoegdheid uit artikel 50 Wiv 2017 (kennis nemen van inhoudelijke communicatie) intern te beleggen, geheel kan worden overgenomen. Het Hof geeft in de uitspraken aan dat tenminste de 'typen of categorieën van selectiecriteria' moeten worden opgenomen in de aanvraag. Behalve een verwijzing naar het Zweedse systeem waarin dit kennelijk gebruikelijk is, licht het Hof niet toe wat hieronder precies moet worden verstaan. De Nederlandse en Engelse regering hebben juist aangevoerd dat dit niet werkbaar is in hun systemen. Als we een poging doen dit criterium te vertalen naar de Nederlandse situatie dan denken wij dat aansluiting kan worden gevonden bij twee bepalingen in de huidige Wiv 2017, namelijk (1) een weergave en motivering van de filtersystematiek in de aanvraag van artikel 48 Wiv 2017, omdat filtering het instrument is waarmee de diensten de geïntercepteerde gegevensstroom kunnen terugbrengen tot die gegevens die relateren aan de onderliggende onderzoeksoopdrachten, dus de gegevens die in potentie voor onderzoek in aanmerking komen.[57] En (2) de toestemming voor selectie ex. artikel 50 Wiv 2017, waarbij de diensten een beschrijving geven van personen of organisaties of een omschrijving van het onderwerp ten aanzien waarvan de selectiebevoegdheid wordt toegepast. Bij de toepassing van 'sterke selectoren', zoals telefoonnummers en e-mailadressen, waar het Hof een '*prior internal authorisation*' voorschrijft, is de autorisatie dan intern de diensten belegd en worden deze niet aan de TIB voorgelegd, dit in tegenstelling tot de bredere 'typen of categorieën van selectiecriteria', in de Nederlandse context gaat het dan om personen, organisaties en onderwerpen. Bij het nadenken over een nieuwe regeling in de Wiv voor bulkbevoegdheden, en met het oog op de overweging van het Hof dat er geen onderscheid meer is tussen inhoud en metadata voor wat betreft de toepasselijke waarborgen, is het vooral ook van belang zicht te houden op de samenhang in de bepalingen. Ook moet de wetgever onzes inziens expliciet stellen dat de aanvraag tot de inzet van bijzondere bevoegdheden op journalisten langs de rechtbank Den Haag moet, net zoals dat nu al geregeld is voor de inzet van bijzondere bevoegdheden op journalisten voor zover de uitoefening kan leiden tot verwerving van gegevens inzake de bron van de journalist ex. artikel 30 Wiv 2017. Als de communicatie van journalisten als bijvangst nader wordt onderzocht (op inhoud of metadata) moet dan worden aangesloten bij de regeling die hiervoor geldt voor communicatie van advocaten ex. artikel 27 lid 2 Wiv 2017.

20. Het nieuwe element van een grotere nadruk op toezicht en effectieve rechtsmiddelen van het EHRM in *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa* – in ieder geval waar het bulkinterceptie betreft – nodigen uit tot een nieuwe blik op de voorstellen van de

evaluatiecommissie omtrent toezicht en de introductie van een rol van de bestuursrechter. De Commissie Jones-Bos doet de aanbeveling het ‘harde’ onderscheid tussen de TIB en de CTIVD (in organisatie, bedrijfsvoering en taken) te handhaven.[58] Eerder deden de Commissie Dessens (die de Wiv 2002 evalueerde) en de Raad van State in zijn advies over het concept-wetsvoorstel voor de huidige Wiv de aanbeveling om onafhankelijke autorisatie en toezicht te beleggen bij één toezichthouder.[59] De evaluatiecommissie op de Wiv 2017 stelt ook voor een nieuwe rol van een bestuursrechter te introduceren bij de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State voor wat betreft de reikwijdte en invulling van het toezicht (door de TIB, CTIVD en klachtafdeling), al dan niet naar aanleiding van een concrete zaak: ‘Deze rechter bepaalt de grenzen van het speelveld van toezicht door de uitleg van wettelijke begrippen, de invulling van toetsingsnormen en de intensiteit van de toetsing.’[60] Het zou dan gaan om een richtinggevende uitspraak van de bestuursrechter die volgens de evaluatiecommissie de vorm kan krijgen van een verzoekschriftprocedure of prejudiciële beslissing. Ook zou de bestuursrechter een rol krijgen als beroepsinstantie indien de minister/dienst het niet eens is met de wijze waarop de TIB in een concreet geval gebruik heeft gemaakt van haar toezichtsbevoegdheden of de minister/klager het niet eens is met een uitspraak van de afdeling klachtbehandeling van de CTIVD. Thans is geen ‘beroep’ mogelijk op een onrechtmatigheidsoordeel van de TIB op een aanvraag tot de inzet van een bijzondere bevoegdheid. De CTIVD heeft geen bindende bevoegdheden, bijvoorbeeld om een gegevensverwerking stop te zetten als na onderzoek de gegevensverwerking onrechtmatig blijkt (zoals de Autoriteit Persoonsgegevens deze bevoegdheid bijvoorbeeld wel heeft met betrekking tot andere overheidsinstanties), met uitzondering van beslissingen van de afdeling klachtbehandeling van de CTIVD. Volgens de Commissie Jones-Bos zou de bestuursrechter een rol moeten spelen bij de ‘invulling van toetsingsnormen’ en de ‘uitleg van wettelijke normen en begrippen’, omdat in de praktijk de AIVD en de MIVD het niet altijd met de TIB en de CTIVD eens zijn bij de interpretatie van artikelen in de Wiv 2017. De Ministers/diensten hadden niet voorzien dat de toezichthouders het laatste woord zouden hebben over de uitleg van de wettelijke begrippen en criteria, en de wijze waarop zij hieraan toetsen. Volgens de evaluatiecommissie is het niet alleen praktisch onwenselijk, maar ook principieel niet passend dat een toezichthouder het laatste woord heeft.[61] Wij vinden de voorgestelde rol van de Raad van State als prejudiciële instantie bijzonder en afwijkend van de rol die de (bestuurs)rechter in het Nederlandse rechtsstelsel heeft. Normaal gesproken oordeelt de rechter pas na een bindende beslissing/besluit van een toezichthouder (bijvoorbeeld bij een onrechtmatigheidsverklaring waar de ondertoezichtgestelde het niet mee eens is). Wij leiden uit *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa* af dat het EHRM het met name in het kader van een ‘effective remedy’ belangrijk vindt dat bindende beslissingen door een onafhankelijke of rechterlijke instantie genomen kunnen worden. De afdeling klachtbehandeling van de

CTIVD lijkt aan de eis van een onafhankelijke beoordeling te voldoen.[62] Als Nederland verder wil gaan dan dit minimale vereiste, is het in het kader van het samenspel van de waarborgen van autorisatie, toezicht en rechtsmiddelen en ‘end-to-end safeguards’ raadzaam te heroverwegen of de TIB en de CTIVD niet samen kunnen gaan[63] en is het van belang de (eventuele) rol en taak van een bestuursrechter in lijn te brengen met wat gebruikelijk is in het Nederlands toezichts- en rechtssysteem.

Afsluiting

21. In *Big Brother Watch e.a.* en *Centrum för Rättvisa* legitimeert het EHRM bulkinterceptie ter bescherming van de nationale veiligheid, maar verbindt hier strenge voorwaarden aan die verdragsstaten in nationale wet- en regelgeving moeten verankeren. Door de klagers (NGO's die opkomen voor fundamentele rechten) zullen de uitspraken waarschijnlijk als een teleurstelling worden gezien. De uitspraken hebben in ieder geval vanuit de wetenschappelijke hoek tot flinke kritiek geleid.[64] Wij zijn positiever, omdat het EHRM zijn inzicht laat zien in het inlichtingenproces en het bulkinterceptiesysteem van inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Over de nieuwe elementen in het beoordelingskader, met name de aanscherping van de toepasselijke (minimum)waarborgen voor bulkinterceptie met een grotere nadruk op toezicht en rechtsmiddelen ('end-to-end safeguards') en gelijkschakeling van metadata en inhoud voor wat betreft de vereiste waarborgen, zijn wij ook te spreken. Het is eerder een pragmatische dan een principiële benadering van de bescherming van grondrechten bij deze extreme bevoegdheden, maar de uitspraken bieden een werkbaar kader aan de hand waarvan daadwerkelijk bescherming kan worden geboden aan de rechten en vrijheden van de betrokkenen.

Mireille Hagens en Jan-Jaap Oerlemans

Beiden zijn werkzaam als senior-onderzoeker bij de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD). Jan-Jaap Oerlemans is daarnaast bijzonder hoogleraar Inlichtingen en Recht aan de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

[1] Beide zaken zijn eerder behandeld door Kamers van het EHRM die uitspraak deden op 19 juni 2018 in *Rättvisa* («EHRC» 2018/196, m.nt. Hagens) en op 13 september 2018 in *Big Brother Watch e.a.* (EHRC 2018/208, m.nt. Hagens en *Computerrecht* 2018/252, m.nt. J.J. Oerlemans).

[2] Zie Rb. Den Haag 23 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8966, Hof Den Haag 14 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:535 en HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1434 (*Burgers t. Plasterk*). De klacht zag erop dat de Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten onrechtmatig hebben gehandeld door (bulk)gegevens te ontvangen van met name de Britse en

Amerikaanse inlichtingendiensten (GCHQ en NSA) die deze gegevens in strijd met internationale mensenrechtenverdragen hadden verzameld. Bij alle instanties is de klacht afgewezen. Zie ook O.L. van Daalen, 'Burgers tegen Plasterk: het Nederlands staartje van de Snowden-saga', *Ars Aequi* 2015/0287, p. 287-293. In het Verenigd Koninkrijk zijn meerdere zaken voor het 'Investigatory Powers Tribunal' (IPT) gevoerd, waarvan sommige ten grondslag lagen aan de zaak *Big Brother Watch e.a.* bij het EHRM en andere hebben geleid tot zaken bij het HvJ EU, zoals *Privacy International/Secretary of State e.a.* (HvJ EU 6 oktober 2020, C-623/17, ECLI:EU:C:2020:790, *JB* 2021/1, m.nt. J.J. Oerlemans & M. Hagens.

[3] *Centrum för Rättvisa*, par. 150-151.

[4] *Big Brother Watch e.a.*, par. 270.

[5] *Roman Zakharov t. Rusland*, nr. 47143/06, EHRM (GK) 4 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, *NJ* 2017/185, m.nt. Dommering, «EHRC» 2016/87, m.nt. Hagens. In deze zaak formuleert het Hof twee criteria waaraan voldaan moet zijn om te kunnen zeggen dat een klager het slachtoffer is van het enkele bestaan van (wetgeving die voorziet in) geheime onderzoeksmethoden: 1) De reikwijdte van de wet. Hierbij wordt bezien of klager potentieel erdoor geraakt kan worden, ofwel vanwege zijn persoonlijke omstandigheden omdat hij tot een bepaalde groep behoort waar de wet op is gericht, ofwel omdat de wet zo breed is dat het in potentie van toepassing kan zijn op alle gebruikers van (tele)communicatienetwerken. 2) De beschikbaarheid van nationale rechtsmiddelen om de toepassing van deze wetgeving aan te vechten. Hierbij maakt het Hof de indringendheid van zijn onderzoek afhankelijk van de effectiviteit van deze rechtsmiddelen. Als er geen effectief rechtsmiddel is, dan bestaat een grotere noodzaak van toezicht door het EHRM, en acht het Hof toetsing van wetgeving *in abstracto* gerechtvaardigd. Als er wel een effectief rechtsmiddel bestaat, moet een klager aantonen dat hij als gevolg van zijn persoonlijke omstandigheden hij een risico loopt om aan deze methoden onderworpen te worden (par. 171).

[6] *Centrum för Rättvisa*, par. 170, 175-177. In *Big Brother Watch e.a.* hoeft de Grote Kamer zich niet meer te buigen over de kwesties van uitputting nationale rechtsmiddelen en IPT als effectief rechtsmiddel, zie par. 271.

[7] *Big Brother Watch e.a.*, par. 521-522 en par. 527-528.

[8] *Big Brother Watch e.a.*, par. 496-499, 510-514.

[9] *Big Brother Watch e.a.*, par. 516.

[10] *Big Brother Watch e.a.*, par. 424; *Centrum för Rättvisa*, par. 365.

- [11] *Big Brother Watch e.a.*, par. 323; zie ook *Centrum för Rättvisa*, par. 237.
- [12] *Big Brother Watch e.a.*, par. 424; *Centrum för Rättvisa*, par. 365.
- [13] *Big Brother Watch e.a.*, par. 338, 340, 347; *Centrum för Rättvisa*, par. 252, 254, 261. Zie eerder ook *Roman Zakharov t. Rusland*, nr. 47143/06, EHRM (GK) 4 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, «EHRC» 2016/87, m.nt. Hagens, EHRM 29 juni 2006, *Weber en Saravia t. Duitsland*, nr. 54934/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0629DEC005493400, «EHRC» 2007/13, m.nt. Loof, EHRM 1 juli 2008, *Liberty e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*, nr. 58243/00, ECLI:CE:ECHR:2008:0701JUD005824300, «EHRC» 2008/100, m.nt. Van der Velde.
- [14] *Big Brother Watch e.a.*, par. 322; *Centrum för Rättvisa*, par. 236.
- [15] *Big Brother Watch e.a.*, par. 326; *Centrum för Rättvisa*, par. 240.
- [16] *Big Brother Watch e.a.*, par. 347; *Centrum för Rättvisa*, par. 261. Zie eerder ook *Roman Zakharov* (reeds aangehaald) en *Szabí en Vissy*, EHRM 12 januari 2016, nr. 37138/14, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003713814.
- [17] *Big Brother Watch e.a.*, par. 339; *Centrum för Rättvisa*, par. 253.
- [18] *Big Brother Watch e.a.*, par. 322-323; *Centrum för Rättvisa*, par. 236-237.
- [19] *Big Brother Watch e.a.*, par. 324-331; *Centrum för Rättvisa*, par. 238-245.
- [20] *Big Brother Watch e.a.*, par. 330; *Centrum för Rättvisa*, par. 244.
- [21] *Weber en Saravia t. Duitsland*, EHRM 29 juni 2006, nr. 54934/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0629DEC005493400, «EHRC» 2007/13, m.nt. Loof, EHRM 1 juli 2008, *Liberty e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 58243/00, ECLI:CE:ECHR:2008:0701JUD005824300, «EHRC» 2008/100, m.nt. Van der Velde
- [22] *Big Brother Watch e.a.*, par. 347; *Centrum för Rättvisa*, par. 261.
- [23] *Big Brother Watch e.a.*, par. 341; *Centrum för Rättvisa*, par. 255.
- [24] *Big Brother Watch e.a.*, par. 342; *Centrum för Rättvisa*, par. 256.
- [25] *Big Brother Watch e.a.*, par. 346; *Centrum för Rättvisa*, par. 260.
- [26] *Big Brother Watch e.a.*, par. 361, *Centrum för Rättvisa*, par. 275.
- [27] *Big Brother Watch e.a.*, par. 348; *Centrum för Rättvisa*, par. 262.

- [28] *Big Brother Watch e.a.*, par. 362; *Centrum för Rättvisa*, par. 276.
- [29] *Big Brother Watch e.a.*, par. 349-350; *Centrum för Rättvisa*, par. 263-264.
- [30] *Big Brother Watch e.a.*, par. 350; *Centrum för Rättvisa*, par. 264.
- [31] *Big Brother Watch e.a.*, par. 354; *Centrum för Rättvisa*, par. 268.
- [32] *Big Brother Watch e.a.*, par. 351-355; *Centrum för Rättvisa*, par. 265-269.
- [33] M. Hagens, 'Toezicht in de Wiv 2017: Kansen en uitdagingen voor een effectief en sterk toezichtstelsel', *Justitiële Verkenningen, Geheime diensten in de democratische rechtsstaat*, 2018/1, Boomjuridisch, p. 94.
- [34] *Big Brother Watch e.a.*, par. 356; *Centrum för Rättvisa*, par. 270.
- [35] *Big Brother Watch e.a.*, par. 358; *Centrum för Rättvisa*, par. 272.
- [36] *Big Brother Watch e.a.*, par. 359; *Centrum för Rättvisa*, par. 273.
- [37] Kameruitspraak *Big Brother Watch e.a.*, par. 352.
- [38] Kameruitspraak *Big Brother Watch e.a.*, par. 357.
- [39] *Big Brother Watch e.a.*, par. 363-364; *Centrum för Rättvisa*, par. 277-278.
- [40] *Big Brother Watch e.a.*, par. 423.
- [41] *Big Brother Watch e.a.*, par. 360; *Centrum för Rättvisa*, par. 274.
- [42] *Big Brother Watch e.a.*, par. 425-427.
- [43] *Centrum för Rättvisa e.a.*, par. 369.
- [44] *Big Brother Watch e.a.*, par. 448.
- [45] *Big Brother Watch e.a.*, par. 444-445, 448.
- [46] *Big Brother Watch e.a.*, par. 449-450.
- [47] *Big Brother Watch e.a.*, par. 451-458.
- [48] J.J. Oerlemans & M. Hagens, 'Privacy en bulkinterceptie in de Wiv 2017', *Ars Aequi* 2019/7, p. 560-568.

[49] De verschillende bijzondere bevoegdheden bij onderzoeksoopdrachtgerichte interceptie zijn geregeld in de artikelen 48 (interceptie), 49 (search gericht op interceptie en search gericht op selectie), en 50 (selectie/kennisnemen van inhoud en geautomatiseerde data-analyse op metadata, voor zover gericht op het identificeren van personen of organisaties) Wiv 2017.

[50] Zie voor meer informatie over het bulkinterceptiesysteem in de Wiv 2017: J.J. Oerlemans & M. Hagens, 'De Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017: een technologisch gedreven wet', *Computerrecht* 2018/111, nr. 3, p. 130-141.

[51] J.J. Oerlemans & M. Hagens, 'Privacy en bulkinterceptie in de Wiv 2017', *Ars Aequi* 2019/7, p. 568.

[52] TIB jaarverslag 2018/19, p. 12-13, www.tib-ivd.nl.

[53] CTIVD-rapport nr. 70 (bulk hacks), nr. 71 (passagiersgegevens) (2020), www.ctivd.nl.

[54] Aanbeveling 1 evaluatierapport Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017, januari 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 34588, 88 (bijlage); *Kamerstukken I* 2020/21, 34588, N (bijlage).

[55] Aanbeveling 8 evaluatierapport Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017.

[56] Kabinetsreactie op evaluatierapport Wiv 2017 (maart 2021), *Kamerstukken II* 2020/21, 34588, 89; *Kamerstukken I*, 2020/21, 34588, O.

[57] Zie ook J.J. Oerlemans & Q.A.M. Eijkman, 'Evaluatie Wiv 2017: betere uitvoerbaarheid, ten koste van privacy?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2021, nr. 3, p. 95-101.

[58] Zie aanbeveling 40-42 evaluatierapport Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017.

[59] *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002, Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen* (rapport van de Commissie evaluatie Wiv 2002) (Commissie Dessens), december 2013, p. 104: 'Naast een verandering in de juridische status van het rechtmatigheidsoordeel van de CTIVD, kan het toezicht ook versterkt worden door bepaalde (categorieën van) lastgevingen direct na de verstrekking op rechtmatigheid te toetsen. Omdat bij de inzet van bijzondere bevoegdheden in sommige situaties diep wordt ingegrepen op grondrechten, acht de evaluatiecommissie het gewenst dat de CTIVD direct na de toestemmingverlening door de minister een oordeel geeft over de rechtmatigheid van de inzet van dergelijke bevoegdheden. Advies afdeling advisering Raad van State, *Kamerstukken II*

2016/17, 34 588, nr. 4, p. 17: ‘De Afdeling onderkent dat het wetsvoorstel met de invoering van de TIB althans in formele zin voldoet aan de jurisprudentie van het EHRM, waar het gaat om de daarin geformuleerde wenselijkheid van een voorafgaande, onafhankelijke en bindende juridische toetsing. Op de hiervoor genoemde materiële gronden – ontleend aan het vereiste van daadwerkelijke effectiviteit van het toezicht – meent de Afdeling deze keuze evenwel ernstig te moeten ontraden. Naar haar oordeel zal een gespecialiseerde instantie – niet alleen bestaande uit juristen, maar ook uit veiligheidsexperts en ict-deskundigen – welke toezicht houdt zowel op de toestemming voor de inzet van interceptiebevoegdheden als op de feitelijke uitvoering daarvan en die daardoor zicht heeft op en inzicht heeft in het samenhangende geheel van werkzaamheden van de diensten, in zijn functioneren als toezichthouder beduidend effectiever zijn dan de TIB.(...) Het ligt gelet op het bovenstaande meer voor de hand om de CTIVD, de huidige toezichthouder, als de gespecialiseerde instantie aan te wijzen die toezicht houdt over het geheel.’

[60] Aanbeveling 47 en 48 evaluatierapport Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 en p. 136-140 (‘aanvullende rol Raad van State’).

[61] Evaluatierapport Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017, p. 135-136.

[62] A.H. Toe Laer, ‘Klachtbehandeling in de WIV 2017. Een belangrijke waarborg tegen onrechtmatig handelingen van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten’, *NJB* 2019/581, p. 734-738.

[63] Interessant in dit verband is de aangenomen Tweede Kamer motie-Ceder over een inventarisatie van de voor- en nadelen van het samenvoegen van TIB en CTIVD (*Kamerstukken II* 2020/21, 29924, nr. 219); De motie is aangenomen in het kader een commissiedebat op 9 juni 2021 over inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

[64] Zie, o.a., Marko Milanovic, ‘The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in Big Brother Watch and Centrum för Rättvisa’, *Blog of the European Journal of International Law*, 26 May 2021, Nora Ni Loideain, ‘Not So Grand: The Big Brother Watch ECtHR Grand Chamber judgment’, *Information Law and Policy Centre*, 28 mei 2021 (blog), Eliza Watt, ‘Much Ado About Mass Surveillance – the ECtHR Grand Chamber ‘Opens the Gates of an Electronic “Big Brother” in Europe’ in Big Brother Watch v UK’, *Strasbourg Observers*, 28 juni 2021 (blog), Mark Klamberg, ‘Big Brother’s little, more dangerous brother’, *Verfassungsblog*, 1 juni 2021. Zie uiteraard ook de ‘partly concurring en partly dissenting opinion’ van de rechter Pinto de Albuquerque in *Big Brother Watch e.a.*

RECHTSPRAAK

Akgün t. Turkije, EHRM 20 juli 2021, nr. 19699/18

Na de mislukte coup in Turkije in juli 2016 is een voormalige politieman aangehouden op verdenking van lidmaatschap van de beweerdelijk verantwoordelijke beweging FETÖ/PDY. Reden hiervoor is dat hij de berichtenapp ByLock had gedownload, die ook in gebruik was bij de FETÖ/PDY. Het EHRM stelt vast dat het enkele downloaden van zo'n app geen gegronde verdenking van een strafbaar feit kan opleveren; daarvoor is aanvullend bewijs nodig omtrent het gebruik dat ervan is gemaakt. Nu dat er in dit geval niet was, was het voorarrest in strijd met art. 5 EVRM.

Klager is een voormalige politieman die in oktober 2016 is aangehouden op verdenking van lidmaatschap van de FETÖ/PDY – de beweging die beweerdelijk verantwoordelijk was voor de mislukte staatsgreep in Turkije in juli 2016. Hij werd in voorarrest genomen, waarbij de onderliggende reden daarvoor was dat klager gebruik zou hebben gemaakt van ByLock, een berichtendienst die ook in gebruik was bij FETÖ/PDY. Verzoeken van klager tot beëindiging van zijn voorarrest zijn afgewezen; de procedure zelf is nog aanhangig voor de strafrechter.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het voorarrest niet in overeenstemming was met art. 5 lid 1 EVRM. Het EHRM stelt vast dat de verdenking die ten grondslag lag aan klagers voorarrest uitsluitend was gebaseerd op zijn gebruik van ByLock, en bovendien dat het daarbij ging om het enige beschikbare bewijsmateriaal dat volgens de regering de verdenking kon rechtvaardigen dat klager lid was van de organisatie FETÖ/PDY. Het Hof benadrukt dat het enkele feit dat iemand berichtendienst heeft gedownload die het uitwisselen van berichten met encryptie mogelijk maakt (of andere mogelijkheden heeft benut die vertrouwelijke communicatie mogelijk maken) nog niet voldoende is om een objectieve buitenstaander ervan te overtuigen dat deze persoon betrokken is geweest bij een strafbaar feit. Dat kan alleen het geval zijn als het gebruik van de van encryptie voorziene communicatiedienst wordt ondersteund door ander bewijsmateriaal, zoals de inhoud van de uitgewisselde berichten of de context ervan. Ook moet de informatie die wordt verstrekt aan de rechter precies genoeg

zijn om te kunnen beoordelen of de berichtendienst inderdaad (uitsluitend) bedoeld was voor of gebruikt werd door leden van een criminele organisatie. Dergelijk bewijs ontbrak in het onderhavige geval: de rechter had – toen hij moest oordelen over het voorarrest van klager – niet voldoende informatie over de aard van ByLock tot zijn beschikking om te kunnen concluderen dat deze app alleen werd gebruikt door leden van FETÖ/PDY voor hun interne communicatie. Er was bijvoorbeeld geen materiaal aangeleverd over de aard van klagers gebruik van ByLock, over de data waarop hij er gebruik van had gemaakt of de frequentie van het gebruik, noch is gebleken van andere illegale activiteiten. Dit betekent dat er geen redelijke verdenking kan zijn ontstaan van een strafbaar feit zoals vereist door art. 5 EVRM. Het beroep dat Turkije heeft gedaan op de onder art. 15 EVRM uitgeroepen noodtoestand kan hieraan niet afdoen. Weliswaar kan dit een contextfactor zijn die het Hof in zijn beoordeling kan betrekken, maar het betekent niet dat de staten hiermee carte blanche hebben gekregen om – zonder voldoende verdenking of zonder enige verifieerbare basis – iemand in voorlopige hechtenis te nemen. Art. 5 lid 1 EVRM is daarmee geschonden. Dit betekent bovendien dat ook de verlengingen van de voorlopige hechtenis geen voldoende grondslag hebben en in strijd zijn met art. 5 lid 3 EVRM. Tot slot oordeelt het Hof dat klager pas tijdens het voorarrest – als gevolg van de ondervragingen door de politie – op de hoogte is geraakt van het feit dat het zijn gebruik van ByLock was geweest waardoor hij op een rode lijst was komen te staan en was gearresteerd. Hij heeft verder geen informatie of documentatie ontvangen en in de initiële fase van het voorarrest heeft hij ook geen toegang gekregen tot zijn dossier. Dit is in strijd met art. 5 lid 4 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001969918

Zaaknummer: 19699/18

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1, lid 3 en lid 4

RECHTSPRAAK

**Azer Ahmadov t. Azerbeidzjan, EHRM 22 juli 2021, nr.
3409/10**

In een strafrechtelijk onderzoek naar mishandeling van journalist A.K. is toestemming gegeven om diens telefoon af te luisteren en ook die van zijn 'contacten'. Daardoor is vermoedelijk ook de telefoon van een andere journalist, Azer Ahmadov, afgeluisterd. Het Hof acht het niet aannemelijk dat er in het nationale recht een grondslag bestond om de telefoon van het slachtoffer van een misdrijf af te luisteren. Het bevel was bovendien breed en onvoldoende precies geformuleerd. Art. 8 EVRM is dan ook geschonden.

Klager is een journalist die ten tijde van de relevante feiten werkte voor de krant *Azadliq*. In 2008 werd een andere journalist bij dezelfde krant, A.K., beweerdelijk mishandeld en met een mes gestoken door medewerkers van het ministerie voor nationale veiligheid (MNS) terwijl hij onderzoek deed voor een artikel. Naar aanleiding van aangifte die A.K. deed werd toestemming gegeven om de telefoon van A.K. en diens contacten af te tappen. Later ontdekte klager bij toeval dat ook zijn eigen telefoon was afgetapt. Hij heeft daartegen bezwaar ingesteld en hierover geprocedeerd, maar zonder succes.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de interceptie in strijd is met art. 8 EVRM. Het Hof wijst erop dat klagers gesprekken niet zozeer lijken te zijn afgeluisterd als logisch gevolg van het tappen van de telefoon van A.K., dus in conversaties met A.K., maar dat echt de telefoon van klager zelf is getapt. De regering heeft dat ook niet bestreden. Dit roept de vraag op of de toestemming die de rechter had gegeven voor het aftappen van de telefoon van A.K. ook in deze tap voorzag; dat acht het Hof niet duidelijk. Evenmin is duidelijk of er naar nationaal recht eigenlijk wel een mogelijkheid is om bij een strafrechtelijk onderzoek de telefoon van een slachtoffer af te tappen; er lijkt in dit geval sprake te zijn geweest van oneigenlijk gebruik van de bevoegdheid, ook al doordat er werd gewezen op 'illegale activiteiten' van A.K. die aanleiding konden zijn voor de interceptie. Het Hof is van oordeel dat deze onduidelijkheden maken dat er geen toereikende grondslag bestond voor het afluisteren die voldeed aan de

eisen van art. 8 EVRM. Schending art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD000340910

Zaaknummer: 3409/10

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Badalyan t. Azerbeidzjan, EHRM 22 juli 2021, nr. 51295/11

Een Armeen is in 2009 nabij de grens met Azerbeidzjan verdwenen. Hij heeft twee jaar lang incommunicado in Azerbeidzjan gevangen gezeten en is daarna bij een door het Rode Kruis bemiddelde gevangenuitwisseling vrijgelaten. Hij lijdt nu aan paranoïde schizofrenie en heeft ernstige wanen. Het EHRM acht onvoldoende weerlegd dat dit niet door de detentie is veroorzaakt en wijst erop dat Azerbeidzjan ook verder geen enkele informatie heeft gegeven over de detentielocatie en omstandigheden, noch een rechtvaardiging voor de detentie heeft gegeven. Art. 3 en 5 lid 1 EVRM zijn dan ook geschonden.

Klager, woonachtig in Armenië, is in 2009 verdwenen. Volgens zijn eigen feitenrelaas is hij opgepakt en daarna gedetineerd en ernstig mishandeld door de Azerbeidzjaanse strijdkrachten; volgens de regering was hij een lid van de Armeense strijdkrachten en een saboteur. Hoe dan ook heeft klager twee jaar lang incommunicado in Azerbeidzjan vastgezet, tot het internationale Rode Kruis hem registreerde als een Armeense gevangene in Azerbeidzjan. Daarop werd klager enige tijd regelmatig bezocht door het Rode Kruis tot hij in 2011 na bemiddeling door het Rode Kruis werd vrijgelaten als onderdeel van een uitwisseling van gevangenen. Na vrijlating is er medisch onderzoek gedaan, waarbij onder meer is gebleken dat klager aan wanen en aan paranoïde schizofrenie leed.

Voor het EHRM heeft de Azerbeidzjaanse regering gesteld dat zij niet verantwoordelijk kan worden gehouden onder het EVRM omdat het hier ging om een kriegsgevangene. Het EHRM wijst erop dat het in eerdere rechtspraak een vergelijkbaar verweer al heeft verworpen en dat er geen reden is om aan te nemen dat het EVRM hier niet van toepassing is.

Klager heeft allereerst gesteld dat hij is mishandeld tijdens zijn detentie. Het Hof wijst op de bewijsproblemen, die nog zijn vergroot doordat er kennelijk geen medische onderzoeken zijn verricht tijdens de detentie en daarover in ieder geval geen gegevens zijn overgelegd. Het is moeilijk aantoonbaar of de psychische aandoeningen van klager daadwerkelijk zijn

veroorzaakt door de detentie, maar dit is ook niet betwist. Het Hof oordeelt dan ook dat in ieder geval *prima facie* kan worden aangenomen dat de psychische problemen die meteen na de detentie zijn vastgesteld verband houden met zijn gevangenschap. Nu de regering verder geen informatie heeft gegeven over de locatie en de omstandigheden van zijn detentie en duidelijk is dat klager incommunicado is vastgehouden, is het Hof bereid om daaruit af te leiden dat de beweringen van klager in ieder geval onvoldoende zijn weerlegd. Dit leidt tot de conclusie dat art. 3 EVRM is geschonden.

Nu de regering verder geen argumenten heeft aangevoerd ten aanzien van de rechtmatigheid van de detentie, anders dan dat het EVRM vanwege krijgsgevangenschap niet van toepassing zou zijn, oordeelt het Hof ook dat art. 5 lid 1 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD005129511

Zaaknummer: 51295/11

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 5 lid 1

RECHTSPRAAK

D t. Bulgarije, EHRM 20 juli 2021, nr. 29447/17

Uit angst voor vervolging en geweld na de mislukte staatsgreep in Turkije in 2016 heeft een journalist geprobeerd te vluchten naar Bulgarije. Hij werd tegengehouden door de Bulgaarse autoriteiten, die alleen een verklaring hebben afgenomen en hem daarna hebben teruggebracht naar Turkije. Daar werd hij gearresteerd en uiteindelijk vanwege lidmaatschap van een terroristische organisatie veroordeeld. Volgens het EHRM hadden de Bulgaarse autoriteiten kunnen weten van de risico's van vervolging en hebben zij het asielverzoek van de journalist onzorgvuldig, te gehaast en zonder goede procedure behandeld, in strijd met art. 3 EVRM.

Klager is een journalist die aanvankelijk werkte voor de krant *Zaman*, die behoorde tot een mediagroep die als 'Gülenistisch' bekendstond en die kritisch was over het heersende regime. Na een vervanging van het bestuur in maart 2016 ging de krant een sterkere pro-regeringskoers varen en klager stelt dat hij daarna is ontslagen en zijn perskaart is kwijtgeraakt. Na de mislukte coup in juli 2016 werd *Zaman* helemaal besloten. Daarop heeft D besloten Turkije te ontvluchten, ook vanwege de maatregelen van ontslag, arrestatie, detentie etc. die jegens veel journalisten werden genomen. In oktober 2016 probeerde klager met een aantal anderen de grens tussen Turkije en Bulgarije over te steken. Daarbij werd hij aangehouden door de Bulgaarse douane, waarna hij is ondervraagd. Hoewel klager stelt dat hij heeft aangegeven dat hij asiel wilde aanvragen en bijstand wilde krijgen van een advocaat en een tolk, is hij samen met de andere asielzoekers teruggebracht naar de Turkse grens en is hij overgedragen aan de Turkse autoriteiten. Daarop is klager in voorarrest genomen op verdenking van lidmaatschap van de verboden terroristische organisatie FETÖ/PDY en is hij uiteindelijk tot 7,5 jaar gevangenschap veroordeeld.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de weigering van de Bulgaarse autoriteiten om zijn asielverzoek in behandeling te nemen en het terugsturen naar Turkije in strijd waren met art. 3 EVRM. Het EHRM gaat allereerst in op de vraag of de Bulgaarse autoriteiten redelijkerwijs

kennis konden hebben van de risico's die klager te wachten stonden als hij zou worden teruggestuurd naar Turkije. Daarbij overweegt het dat uit het ingevulde formulier blijkt dat in ieder geval duidelijk was dat klager een journalist was die vreesde voor vervolging bij terugkeer, en dat de autoriteiten zich ervan bewust waren dat het groepje asielzoekers vermoed werd betrokken te zijn bij de mislukte coup. Tegelijkertijd hadden de autoriteiten zich bewust moeten zijn van algemene informatie die op dat moment beschikbaar was over de zorgen rondom de in Turkije genomen maatregelen jegens onder meer journalisten, waarbij er talrijke rapporten waren over geweld en willekeurige gevangenneming. De Bulgaarse autoriteiten hebben geen enkele poging ondernomen om klagers asielrelaas verder aan te horen of te onderzoeken, terwijl ze dat op basis van deze informatie wel degelijk hadden moeten doen. Verder is gebleken dat klager geen toegang heeft gekregen tot een advocaat of tolk en dat hij ook niet is geïnformeerd over zijn rechten als asielzoeker. Daardoor hebben de Bulgaarse autoriteiten ook niet voldaan aan hun verplichtingen tot loyale samenwerking in procedures over internationale bescherming. Zeker gelet op de grote haast die de autoriteiten hebben gemaakt bij het terugsturen, is het Hof van oordeel dat klager een deugdelijke beoordeling van de risico's bij terugkeer is onthouden. Daarnaast heeft klager geen gebruik kunnen maken van de naar nationaal recht bestaande mogelijkheid om beroep in te stellen tegen het verwijderingsbevel en daarbij te vragen om schorsing van de tenuitvoerlegging. Gelet op die omstandigheden acht het Hof art. 3 en 13 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD002944717

Zaaknummer: 29447/17

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

E.H. t. Frankrijk, EHRM 22 juli 2021, nr. 39126/18

Een Marokkaanse staatsburger van Sahrawi-afkomst heeft geprobeerd in Frankrijk asiel aan te vragen, maar zijn asielverzoeken zijn afgewezen omdat zijn asielrelaas te vaag en onbetrouwbaar was. Het EHRM ziet dat Sahrawi-activisten in Marokko bijzondere risico's voor vervolging lopen, maar is het met de Franse autoriteiten eens dat te weinig bewijs is geleverd om dat risico in het geval van E.H. te onderbouwen. Daarnaast wijst het EHRM op een aantal verbeteringen in de Franse asielprocedure die maken dat deze nu, anders dan in eerdere zaken, voldoet aan de eisen van art. 13 EVRM.

Klager is een Marokkaans staatsburger van Sahrawi-afkomst, die zich naar eigen zeggen na de middelbare school hard is gaan maken voor de Sahrawi-zaak. In verband daarmee is hij beweerdelijk verschillende malen gearresteerd, gedetineerd en gefolterd. Nadat hij in 2018 opnieuw was bedreigd heeft hij een paspoort verkregen en een studentenvisum via het Oekraïense consulaat, waarna hij op 18 juli 2018 naar de luchthaven van Roissy Charles de Gaulles is gereisd. Daar werd hem toegang tot Frans grondgebied geweigerd omdat hij geen geldig visum of verblijfsvergunning zou hebben. Hij werd in de wachtzone geplaatst voor personen van wie de zaak in behandeling was. Ook nadat hij te kennen had gegeven dat hij asiel wilde aanvragen en na afwijzing van zijn asielverzoek is hij daar nog een tijd vastgehouden. Later in de procedure, toen hij weigerde terug te keren naar Marokko, is hij in administratieve hechtenis genomen. Zijn procedures tegen de afwijzing van zijn asielverzoek zijn zonder resultaat gebleven en op 24 augustus 2018 is hij verwijderd naar Marokko.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat zijn uitzetting naar Marokko een risico opleverde van behandeling in strijd met art. 3 EVRM. Het Hof merkt op dat dit de eerste zaak was van een klager van Sahrawi-afkomst die beweerdelijk ook actief was om op te komen voor deze groep. Dit is van belang omdat uit verschillende internationale rapporten blijkt dat Sahrawi-activisten in Marokko een bijzonder risico lopen. Het EHRM merkt echter ook op dat klager geen informatie heeft aangeleverd waaruit kan blijken dat hij gezocht werd, noch voor

de nationale rechters, noch voor het EHRM, en dat het onwaarschijnlijk is dat hij een paspoort zou hebben gekregen als dat anders was. Klagers relaas is steeds ook vaag en ontwijkend geweest. Het EHRM kan dan ook niet anders dan de conclusie van de nationale autoriteiten ondersteunen dat er onvoldoende bewijs was dat klagers vrees kon bevestigen, zodat niet kan worden aangenomen dat zijn verwijdering een reëel risico van schending van art. 3 EVRM opleverde.

Een tweede kwestie die het EHRM is voorgelegd betreft de vraag of klager voldoende rechtsmiddelen ter beschikking had in verband met het onderzoek van zijn asielaanvraag en zijn verwijdering, in overeenstemming met art. 13 EVRM. Dit is met name relevant nu het EHRM eerder, in *Gebremedhin* en in *I.M.*, heeft geoordeeld dat de Franse rechtsmiddelen tekortschoten. Het EHRM wijst er nu op dat de Franse wetgever een heel aantal aanpassingen heeft gemaakt, waardoor onder meer beroep tegen de beslissing om iemand niet toe te laten tot het grondgebied automatisch schorsende werking heeft en beroepen van asielzoekers in administratieve detentie niet meer systematisch via een spoedprocedure werden behandeld – dit gebeurt nu alleen nog wanneer iemands procedure erop gericht lijkt te zijn om een verwijderingsbevel te omzeilen. Het EHRM onderzoekt de procedure die klager ten deel is gevallen in het licht van deze nieuwe wetgeving. Hoewel het wijst op enkele bijzondere moeilijkheden voor asielzoekers die zich, zoals klager, in de wachtzone bevinden en op het feit dat nu vrij systematisch wordt aangenomen dat iemands beroep is ingesteld om de verwijderingsmaatregel voor te zijn, acht het Hof de procedurele mogelijkheden die klager heeft gehad alles bijeengenomen voldoende effectief en niet in strijd met art. 13 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD003912618

Zaaknummer: 39126/18

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

Gachechiladze t. Georgië, EHRM 22 juli 2021, nr. 2591/19

Een producent van condooms ontwerpt licht satirische verpakkingen, maar enkele ontwerpen stuitten leden van de Georgische Orthodoxe Kerk tegen de borst. De producent werd daarop verplicht om vanwege ‘onethische reclame’ de verspreiding van een aantal afbeeldingen te beëindigen. Volgens het EHRM gaat het hier niet om puur commerciële uitingen, waardoor de beoordelingsmarge relatief smal is. Voor één afbeeldingen kan het de nationale kritiek volgen, voor de andere geldt dat er geen ‘pressing social need’ was en dat het nationale oordeel bovendien in strijd was met de waarde van religieus pluralisme. Strijd met art. 10 EVRM.

Klaagster is een producent van condooms die ze verkoopt onder het label Aiisa (‘dat ding’). Bij de verpakkingen en de verkoop van de condooms heeft ze licht sarcasme als doel, evenals het doorbreken van stereotypen. Daarom plaatst ze op de verpakkingen allerlei afbeeldingen, variërend van populaire objecten als lolly’s, citaten uit de Georgische literatuur, frasen waarin stereotypen op de hak worden genomen, afbeeldingen van historische en politieke figuren etc. In 2017/2018 creëerde ze vier designs die uiteindelijk leidden tot een rechtszaak. Op een afbeelding stond een panda met de titel van een populair liedje op YouTube; op een tweede stond een van een opgeblazen condoom gemaakte kroon met een tekst die kon worden geassocieerd met een belangrijke veldslag in 1121; een derde afbeeldingen toonde ‘Koning Tamar’, een vrouwelijke Georgische vorst die later heilig is verklaard, met een tekst die alludeerde aan de serie ‘Game of Thrones’; en op een vierde stond een verticale vrouwenhand met rode nagels en een condoom over wijs- en middelvinger geschoven. Nadat een voorman van een conservatieve beweging had geklaagd over de designs werd een procedure jegens klaagster ingesteld vanwege onethische reclame. Klager werd uiteindelijk veroordeeld tot betaling van een boete van 165 euro, het beëindigen van het gebruik en de verspreiding van de designs op het product en sociale media, en het terugroepen van de al verspreide

verpakkingen.

Voor het EHRM heeft klagster gesteld dat de veroordeling in strijd is met art. 10 EVRM. De regering heeft aangevoerd dat ze geen kennelijk nadeel heeft ondervonden, maar het Hof denkt daar anders over, nu de financiële schade door de beëindiging van de verspreiding en de terugroepactie aanzienlijk zal zijn geweest; bovendien roept de zaak principiële vragen over de bescherming van grondrechten op. Ten aanzien van de omvang van de *margin of appreciation* heeft de regering gesteld dat het gaat om louter commerciële uitingen. Het Hof wijst er echter op dat klagster een boodschap wilde uitstralen met haar ontwerpen die verder ging dan een commercieel belang alleen en waarmee ze vaak ook een zeker commentaar gaf op sociale of politieke gebeurtenissen. De *margin of appreciation* is daardoor toch minder ruim.

Wat betreft het design met Koning Tamar ziet het Hof in het feit dat het hier gaat om een historische figuur niet meteen een reden om deze niet meer ter discussie te kunnen stellen. Tegelijkertijd heeft klagster het belang van het gebruiken van een afbeelding van deze persoon voor het publieke debat niet aannemelijk kunnen maken. Ook heeft de nationale rechter benadrukt dat het religieuze belang van deze persoon feitelijk groter is dan het historische. Nu de nationale autoriteiten normaal gesproken beter dan het Hof in staat zijn om hierover een oordeel te kunnen geven, vindt het Hof het moeilijk om de nationale bevinding tegen te spreken dat het design voor Orthodox Christelijke Georgiërs een gratuite belediging zou kunnen opleveren.

Voor de andere designs komt het Hof tot een andere conclusie. Voor het pandadesign geldt dat er geen 'pressing social need' was om de verdere verspreiding van de songtext van het populaire liedje te beperken. Wat betreft de hand is aangevoerd dat die een zegenende beweging lijkt te maken, maar het Hof oordeelt dat op die manier zelfs het meest triviale beeld nog wel religieuze connotaties kan hebben. De regering heeft onvoldoende duidelijk gemaakt waarin hier het bezwaar kon zijn gelegen. Voor de historische gebeurtenissen is onvoldoende gebleken waarom daarbij sprake zou zijn van een 'onethische' advertentie. Tot slot merkt het Hof nog op dat het er bij alle nationale beoordelingen op lijkt dat de ethische standpunten van de Georgische Orthodoxe Kerk een belangrijke of zelfs doorslaggevende rol hebben gespeeld bij de belangenafwegingen. Dit past niet goed in een pluralistische democratische samenleving waarin ook gelovigen tolerantie moeten tonen voor het ontkennen van hun geloof door anderen en zelfs voor het propageren van doctrines die aan hun eigen geloof vijandig zijn. Schending art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD000259119

Zaaknummer: 2591/19

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Gumenyuk e.a. t. Oekraïne, EHRM 22 juli 2021, nr. 11423/19

Bij een hervorming van de Oekraïense rechterlijke macht zijn alle raadsheren van de Hoge Raad van hun functies ontheven en moesten zij solliciteren naar hun eigen functies. Na een succesvol beroep bij het Constitutionele Hof zijn de raadsheren (nog) niet teruggeplaatst in hun oude functies. Het EHRM overweegt dat art. 6 lid 1 EVRM van toepassing is. De mogelijkheid van een collectieve procedure bij het Constitutionele Hof neemt niet weg dat ook individuele procedures mogelijk hadden moeten zijn. Strijd met art. 6 EVRM. Daarnaast acht het Hof, gebaseerd op het oordeel van het Constitutionele Hof, art. 8 EVRM geschonden.

In Oekraïne zijn in 2016 een aantal wijzigingen van de Grondwet aangenomen met betrekking tot de organisatie van de rechterlijke macht en is bovendien een nieuwe wet op de rechterlijke organisatie aangenomen. Doel daarbij was onder meer om de Hoge Raad om te vormen, waarbij de wet er ook in voorzag dat de voormalige raadsheren van de Hoge Raad samen met anderen in competitie op de vacatures in de nieuwe Hoge Raad zouden moeten solliciteren. Van de 21 raadsheren deden er 17 mee in deze competitie, maar geen van hen kreeg een plaats in de nieuwe Hoge Raad. Voordat de nieuwe Hoge Raad aan het werk ging, heeft de oude Hoge Raad een procedure aangespannen bij het Oekraïense Constitutionele Hof over de beëindiging van zijn activiteiten en de vestiging van de nieuwe Hoge Raad. In 2020 stelde het Constitutionele Hof de oude Hoge Raad in essentie in het gelijk en oordeelde daarbij ook dat de voormalige raadsheren niet uit hun functie hadden mogen worden gezet. Daarop is weliswaar een wetsvoorstel ingediend om de oude raadsheren ook in de nieuwe Hoge Raad te installeren, maar dat is nog niet aangenomen. Wel hebben de oud-raadsheren hun status als rechter behouden en zijn zij ook doorbetaald.

De klagende raadsheren hebben allereerst gesteld dat hun recht op toegang tot de rechter is aangetast doordat ze de onmogelijkheid om hun rechterlijke taken uit te oefenen niet bij een rechter hebben kunnen betwisten. In dit verband gaat het Hof allereerst in op de

ontvankelijkheid van deze klacht op grond van art. 6 lid 1 EVRM. Daarbij merkt het op dat klagers weliswaar niet formeel zijn ontslagen en hun status hebben behouden, maar dat ze wel een tijd ervan zijn weerhouden om hun functies uit te oefenen. Naar nationaal recht hadden zij wel aanspraak op die doorlopende functie-uitoefening en op bescherming tegen de willekeurige ontheffing uit hun rechterlijke taken. Dit betekent dat klagers in dit geval een 'recht' konden claimen in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Op basis van *Vilho Eskelinen* beredeneert het Hof bovendien dat dit een burgerlijk recht is in de zin van deze bepaling. Weliswaar hebben klagers hun salarissen behouden, maar de onmogelijkheid om hun mandaat uit te oefenen maakte wel inbreuk op hun professionele en persoonlijke ontwikkeling en de mogelijkheid om relaties met anderen aan te gaan, waardoor hun privéleven op het spel stond. Dat maakt dat de kwestie van een overwegend privaatrechtelijke aard was, ondanks de publiekrechtelijke aard van het dienstverband. Weliswaar kan worden aangenomen dat bewust is geprobeerd om rechterlijke toetsing in dit geval uit te sluiten, maar het Hof hoeft geen definitief oordeel te geven over de vraag of aan de eerste eis van de *Vilho Eskelinen*-test is voldaan nu het in ieder geval onder de tweede eis niet gerechtvaardigd vindt om leden van de rechterlijke macht uit te sluiten van toegang tot de rechter in arbeidsrechtelijke zaken. De zaak is op deze grond dan ook ontvankelijk.

Het Hof wijst er vervolgens op dat het van fundamenteel belang is voor rechters om ook zelf toegang te hebben tot een rechter om te voorkomen dat ze onrechtmatig worden uitgesloten van hun rechterlijke taakuitoefening. De mogelijkheid van een institutionele actie, zoals de oude Hoge Raad die in dit geval heeft kunnen instellen bij het Constitutionele Hof, acht het Hof daarbij niet voldoende en geen adequate vervanging van een individuele klacht. Het ziet ook geen goede rechtvaardiging voor een dergelijke uitsluiting, zodat art. 6 lid 1 op dit punt is geschonden.

Voor wat betreft de overplaatsing van klagers naar lagere rechtbanken en de toegankelijkheid daarbij van de Hoge Raad voor Justitie (HCJ) komt het Hof tot de conclusie dat de procedure daarover nooit het karakter heeft gekregen van een daadwerkelijk geschil, zodat die klacht niet-ontvankelijk is.

Klagers hebben verder gesteld dat art. 8 EVRM is aangetast door de onmogelijkheid om hun rechterlijke functies uit te oefenen. Het Hof beoordeelt de ontvankelijkheid van deze kwestie aan de hand van de *Denisov*-criteria. Art. 8 EVRM is hier niet direct van toepassing omdat de maatregelen zelf niet rechtstreeks verband hielden met het privéleven van klagers, maar wel indirect, nu duidelijk is dat de gevolgen voor het rechterlijk werk, de professionele omgeving van klagers en hun mogelijkheden om zich daarin te ontwikkelen groot waren, dit ondanks de latere beslissing van het Constitutionele Hof. Het Hof neemt in dit verband verder kennis van de uitspraak van het Constitutionele Hof, waarin het al heeft erkend dat de raadsheren in feite

niet van hun taken hadden mogen worden ontheven, en ook van het feit dat aan die uitspraak nog geen juridisch gevolg is gegeven. Dit heeft geleid tot rechtsonzekerheid en onvoorspelbaarheid. Een en ander brengt het Hof tot de conclusie dat er geen voldoende wettelijke grondslag was voor de functieonthefing, in strijd met art. 8 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD001142319

Zaaknummer: 11423/19

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 en EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

M.D. en A.D. t. Frankrijk, EHRM 22 juli 2021, nr. 57035/18

Een moeder met een vier maanden oude baby is tot tweemaal toe in een – niet op jonge kinderen aangepast – Frans centrum voor vreemdelingenbewaring geplaatst. Volgens het EHRM was deze plaatsing voor de baby in strijd met art. 3 EVRM; gelet op de nauwe emotionele en fysieke banden tussen de moeder en haar kind geldt die conclusie ook voor de moeder. Daarnaast is art. 5 EVRM geschonden omdat zowel de administratieve autoriteiten als de nationale rechter onvoldoende hebben onderzocht of er minder vergaande alternatieven van administratieve detentie mogelijk waren.

Klaagster is een Malinese vluchteling die in januari 2018 via Italië in Frankrijk is gearriveerd. In juni is een verzoek aan de Italiaanse regering gericht om haar onder de Dublinverordening over te nemen. In juli 2018 is klagster bevallen van een dochter, tweede klagster. Zij is vervolgens in afwachting van haar overdracht naar Italië vanaf november 2018 samen met haar dochter in een centrum voor vreemdelingenbewaring geplaatst omdat er een risico zou zijn dat zij zou vluchten. Eind november heeft klagster geweigerd om aan boord te gaan van een vlucht naar Italië, waarna zij en haar dochter opnieuw in het administratieve detentiecentrum zijn ondergebracht. Snel daarna heeft zij het EHRM gevraagd om een interimmaatregel op te leggen om de administratieve detentie te beëindigen, waaraan uitvoering is gegeven. In 2020 verviel de mogelijkheid van overdracht naar Italië, is haar asielverzoek in Frankrijk behandeld en heeft zij een tijdelijke verblijfsvergunning gekregen.

Voor het EHRM hebben de klagers gesteld dat de omstandigheden van de administratieve detentie art. 3 EVRM hebben aangetast. Het EHRM is van oordeel dat in het onderhavige geval de detentie van een vier maanden oude baby voor een periode van elf dagen in een daartoe niet goed ingericht detentiecentrum, die pas werd beëindigd nadat het EHRM een interimmaatregel heeft opgelegd, in strijd is met de art. 3 EVRM-rechten van het kind. Het feit dat de moeder zelf mede verantwoordelijk was voor de situatie door de weigering aan boord te gaan van het vliegtuig doet daar niet aan af. Gelet op de banden tussen een moeder en haar

zeer jonge kind, de interactie tussen beiden als gevolg van borstvoeding en de gedeelde emotionele banden, is het Hof bovendien van oordeel dat ditzelfde geldt voor de moeder.

Ten aanzien van art. 5 lid 1 stelt het Hof voorop dat in Frankrijk aanzienlijke aanpassingen in de wetgeving over de administratieve detentie van ouders met minderjarige kinderen zijn doorgevoerd naar aanleiding van de eerdere uitspraak van het Hof in *A.B. t. Frankrijk*. Het Hof constateert ook dat in het onderhavige geval is onderzocht of er een minder restrictieve maatregel dan detentie mogelijk was, maar dat de bevoegde autoriteiten tot de conclusie waren gekomen dat een maatregel als huisarrest vanwege het vluchtrisico niet toereikend zou zijn. Hoewel het niet aan het Hof is om zich als rechter in eerste aanleg op te stellen, acht het het voorliggende bewijsmateriaal voldoende om te kunnen vaststellen dat de autoriteiten daarbij geen volwaardige beoordeling hebben gegeven en onvoldoende hebben onderzocht of de administratieve detentie echt de enige mogelijke maatregel was. Schending art. 5 lid 1 EVRM.

Wat betreft de rechterlijke toetsing onder art. 5 lid 4 EVRM oordeelt het Hof dat de rechter de beslissingen tot plaatsing in administratieve detentie terughoudend heeft bekeken en, net zomin als de administratieve autoriteiten, heeft onderzocht of de administratieve detentie echt niet had kunnen worden vervangen door een minder vergaand alternatief. Daardoor is die toetsing tekortgeschoten; schending art. 5 lid 4 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD005703518

Zaaknummer: 57035/18

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 5 lid 1 en lid 4

RECHTSPRAAK

Polat t. Oostenrijk, EHRM 20 juli 2021, nr. 12886/16

In Oostenrijk is een post-mortemonderzoek uitgevoerd op een te vroeg geboren kindje met een zeldzame aandoening, tegen de wens van de ouders. Daarbij zijn ook de organen van het kindje weggenomen – zonder dat de ouders dat wisten – waardoor het kindje niet met de door de ouders gewenste islamitische rituelen kon worden begraven. Het EHRM acht de autopsieregeling voor medisch onderzoek redelijk, maar oordeelt dat in dit geval toch een afweging had moeten worden gemaakt tegen de belangen van de ouders. Het onthouden van informatie over de organen acht het laakbaar en in strijd met art. 8 EVRM.

Klaagster is in 2007 bevallen van een te vroeg geboren kindje met het ‘prune-belly-syndroom’. Het kindje overleed twee dagen na de bevalling. Omdat er nog maar weinig bekend is over dit syndroom kondigden de artsen aan dat zij een post-mortemonderzoek wilden uitvoeren. De ouders verzetten zich hiertegen omdat ze het kindje in overeenstemming met hun islamitische geloofsovertuiging wilden laten begraven, waarbij is vereist dat het lichaam onbeschadigd is. Bij de uitvoering van het post-mortemonderzoek werden – conform gangbare praktijk – de inwendige organen verwijderd en werden de holtes gevuld met watten. Zonder dat aan de ouders te vertellen werd het lichaam van het kindje aan de ouders overhandigd. In het vertrouwen dat de organen nog aanwezig waren, hebben klagers daarop een begrafenis in Turkije geregeld. Tijdens de begrafenisrituelen werd alsnog ontdekt dat de inwendige organen waren verwijderd, hetgeen tot een verstoring van de begrafenis leidde en tot gevolg had dat het kindje later alsnog in een ander dorp moest worden begraven, zonder een aantal religieuze rituelen en tegen hogere kosten voor de ouders. Nadat het ziekenhuis aanvankelijk ontkende dat de organen waren weggehaald en na tussenkomst van de patiëntenombudsman kregen klagers later ook de organen nog terug, zodat die alsnog bij het lichaam konden worden begraven. Klagers hebben geprocedeerd om een schadevergoeding te verkrijgen, maar die is hen niet toegekend omdat het ging om een noodzakelijk onderzoek ten

behoefte van de wetenschap.

Voor het EHRM hebben klagers allereerst gesteld dat hun rechten onder art. 8 en 9 EVRM zijn aangetast door het post-mortemonderzoek. Het EHRM ziet in dit onderzoek inderdaad een inbreuk van de beide rechten. Bij art. 8 EVRM is die gelegen in de inbreuk op de relationele sfeer, bij art. 9 vanwege het feit dat de door klagers gekoesterde religieuze rituelen niet mogelijk zouden zijn wanneer het lichaam door het post-mortemonderzoek zou worden aangetast. Het gaat in dit geval om gevoelige morele en ethische onderwerpen waarbij een afweging tussen botsende algemene en individuele belangen moet worden gemaakt. Dit betekent dat de staat een ruime *margin of appreciation* toekomt. Naar Oostenrijks recht is het niet altijd mogelijk om bezwaar te maken tegen een post-mortemonderzoek, hetgeen het Hof op zichzelf aanvaardbaar acht nu de rechten van art. 8 en 9 EVRM niet absoluut zijn. Bovendien bestaat er niet in alle gevallen toestemming om een post-mortemonderzoek uit te voeren. In het onderhavige geval heeft de Oostenrijkse wetgever ervoor gekozen om voorrang te geven aan het belang van de wetenschap en de gezondheid van anderen boven de religieuze en andere redenen die mensen kunnen hebben om zich te verzetten tegen een onderzoek. Daarbij heeft Oostenrijk gewezen op het grote belang van post-mortemonderzoeken voor de medisch-wetenschappelijke vooruitgang, waarbij de traditie van autopsies bovendien wordt gezien als een integraal onderdeel van de constitutioneel beschermde vrijheid van wetenschap. Die vrijheid is bovendien nauw verbonden met de ook door art. 2 en 8 EVRM vereiste positieve verplichtingen om de gezondheid en het leven van mensen te beschermen. Het gediende legitieme doel is daarom van bijzonder gewicht in het onderhavige geval. Tegelijkertijd ziet het Hof ook het belang van de ouders en stelt het vast dat het in een situatie als de onderhavige – waarbij een post-mortemonderzoek mogelijk wenselijk, maar niet noodzakelijk was – een afweging kon worden uitgevoerd tussen de verschillende betrokken belangen. Het Hof is van oordeel dat een dergelijke afweging op nationaal niveau niet daadwerkelijk is gemaakt, in die zin dat de overwegingen van klagers om zich te verzetten tegen het onderzoek niet of nauwelijks zijn betrokken in de beoordeling. Dit nalaten zorgt ervoor dat art. 8 en 9 EVRM toch zijn geschonden.

Klaagster heeft daarnaast gesteld dat het achterhouden van de informatie over het verwijderen van de organen in strijd is met haar recht op toegang tot informatie onder art. 8 EVRM. Ook hierbij komt de staten een ruime *margin of appreciation* toe. Naar Oostenrijks recht is er geen heldere regel met betrekking tot informatievoorziening bij post-mortemonderzoeken, maar dat acht het Hof in zichzelf geen reden om een schending van art. 8 EVRM aan te nemen. Wel overweegt het dat de autoriteiten in een delicaat geval als dit uiterste zorgvuldigheid in acht moeten nemen, zeker nu zij wisten dat klagster zich zorgen maakte om de ongeschondenheid van het lichaam van haar net overleden kindje. Hierbij wijst het Hof er

ook op dat de regering weliswaar heeft gesteld dat niets is gezegd over het wegnemen van de organen omdat dit gangbare praktijk zou zijn, maar dat dit zeker niet algemeen bekend is. Het onthouden van het actief geven van dergelijke informatie kan misschien ook goed bedoeld zijn geweest om de ouders voor pijn en verdriet te behoeden, maar gelet op de kennis die bij het ziekenhuis aanwezig was over de wensen van de ouders, was het geven van deze informatie juist heel belangrijk geweest. Daar komt nog bij dat de ziekenhuisautoriteiten aanvankelijk zelfs hebben ontkend dat de organen waren weggenomen. Een en ander leidt het Hof tot de conclusie dat art. 8 EVRM is geschonden.

Het Hof acht het niet meer noodzakelijk om nog in te gaan op de klacht over art. 13 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001288616

Zaaknummer: 12886/16

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 9

RECHTSPRAAK

Polgar t. Roemenië, EHRM 20 juli 2021, nr. 39412/19

In een post-pilotuitspraak oordeelt het EHRM dat een compensatoir rechtsmiddel dat het mogelijk maakt om bij slechte gevangenisomstandigheden achteraf een materiële schadevergoeding te krijgen vooralsnog voldoende effectief en redelijk lijkt. In casu stelt het Hof echter vast dat niet alle relevante perioden van detentie op nationaal niveau zijn beoordeeld en wordt de toegekende schadevergoeding onvoldoende geacht. Waar het gaat om preventie van gevangenisoverbevolking merkt het Hof op dat een aanvankelijk dalende trend in de bezetting weer is gekeerd. Dat maakt dat het Hof oproept tot het nemen van nadere maatregelen om de gevangenisbezetting te verminderen, omdat preventieve rechtsmiddelen om betere omstandigheden af te dwingen anders niet effectief zullen zijn.

Klager was in de periode 2012-2015 gedetineerd in verschillende Roemeense gevangenissen, waar hij te maken kreeg met overbevolking, een tekort aan persoonlijke ruime en slechte leefomstandigheden. Hij heeft daarover een actie uit onrechtmatige daad tegen de staat aangespannen, waarbij voor een deel van de detentieperioden een schending van art. 3 EVRM is erkend en hem een schadevergoeding van 500 euro is toegekend.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de situatie en de lage schadevergoeding een schending opleverden van art. 3 en 13 EVRM. Het EHRM oordeelt dat klager zich in dit geval inderdaad nog slachtoffer van een schending kan noemen. Niet alleen zijn niet alle relevante perioden van detentie op nationaal niveau beoordeeld, het bedrag van 500 euro aan schadevergoeding is ook nog duidelijk lager dan het bedrag dat het EHRM in vergelijkbare omstandigheden zou toekennen. Na een eigen beoordeling van de

gevangenisomstandigheden komt het Hof tot de slotsom dat in alle periode inderdaad de omstandigheden en de overbevolking zodanig waren dat art. 3 EVRM is geschonden.

Het EHRM richt zich vervolgens op de vraag of art. 13 is geschonden in het licht van de maatregelen die in Roemenië zijn getroffen in reactie op de pilotuitspraak in *Rezmives e.a. t. Roemenië*. Volgens de regering is de compensatoire remedie duidelijk verbeterd, waarbij het heeft gewezen op 21 rechterlijke uitspraken waarin compensatie is toegekend. Het EHRM overweegt dat uit deze uitspraken inderdaad blijkt van een redelijke bewijslast voor de betrokkenen, een voldoende snelle beoordeling, het ontbreken van een verplichting tot het betalen van griffierechten, een civiele rechterlijke beoordeling in overeenstemming met de door het EHRM vastgestelde criteria en een toekenning van een immateriële schadevergoeding bij gevonden tekortkomingen in de detentieomstandigheden van een hoogte die niet lager is dan wat het Hof normaal gesproken in vergelijkbare gevallen zou toekennen. Gelet daarop oordeelt het Hof dat het compensatoire rechtsmiddel voldoende effectief is. Wel is het pas in februari 2020 door het hoogerechtshof bevestigd, waardoor pas na zes maanden van publicatie van die uitspraak kan worden aangenomen dat mensen ervan op de hoogte zijn en verwacht kan worden dat ze er gebruik van maken. Klager kan het in het onderhavige geval dus niet worden tegengeworpen dat hij dat niet heeft gedaan, want in zijn geval is de laatste nationale beslissing al in februari 2019 genomen. Art. 13 EVRM is in zijn geval dan ook geschonden.

Ten aanzien van de preventieve maatregelen die Roemenië op grond van de pilotbeslissing had moeten treffen op grond van art. 46 overweegt het Hof dan nog dat aanvankelijk wel wat stappen zijn gezet en de overbezetting van de gevangenen begon af te nemen, maar dat die trend inmiddels weer is gekeerd. Weliswaar is er inmiddels ook een preventief rechtsmiddel voorhanden, maar het Hof niet een zodanige verbetering in de gevangenisomstandigheden dat dat rechtsmiddel effectief gebruikt kan worden om ervoor te zorgen dat hun eigen omstandigheden in overeenstemming kunnen worden gebracht met art. 3 EVRM. Het Hof roept Roemenië dan ook op om hervormingen door te zetten die de gevangenisbezetting daadwerkelijk en blijvend kunnen terugdringen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 20-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD003941219

Zaaknummer: 39412/19

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 13 en EVRM art. 46

RECHTSPRAAK

Reczkowicz t. Polen, EHRM 22 juli 2021, nr. 43447/19

Het EHRM onderzoekt of de Tuchtkamer van de Poolse Hoge Raad beschouwd kan worden als een ‘bij wet ingesteld gerecht’ in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. In het licht van een uitspraak van de Poolse Hoge Raad, die volgt op een prejudiciële uitspraak van het HvJ EU, concludeert het dat de Poolse Raad voor de Rechtspraak manifest in strijd met nationaal recht is ingericht. Nu deze Raad een bepalende rol speelt bij de benoeming van de leden van de Tuchtkamer, is de kern van het recht op een bij wet ingesteld gerecht aangetast.

Klaagster is een advocaat die voor drie jaar is geschorst in verband met tuchtrechtelijke incidenten bij het bijstaan van een cliënt. Haar zaak is in laatste instantie beoordeeld door de nieuw ingerichte Tuchtkamer bij de Hoge Raad van Polen.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat haar zaak niet is beoordeeld door een bij wet ingesteld gerecht als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM, nu de rechters in de Tuchtkamer zijn benoemd door de Poolse president op nominatie door de Nationale Raad voor de Rechtspraak (NCJ), terwijl de NCJ zelf ook niet voldoet aan de eisen van onafhankelijkheid. Het EHRM plaatst de zaak allereerst in zijn context: er zijn in totaal 38 zaken aanhangig gemaakt over verschillende aspecten van de hervorming van de rechterlijke macht in 2017, waarvan het Hof er nu 22 aan de regering heeft gecommuniceerd en hieraan ook voorrang van behandeling heeft toegekend. De zaken hebben allemaal een iets ander onderwerp en het is ook niet aan het Hof om de hervormingen van de rechterlijke macht als geheel te beoordelen. Het zal dan ook alleen kijken naar de gevolgen daarvan voor de voorliggende zaak. Wel wijst het Hof erop dat er veel discussie is geweest naar aanleiding van de hervormingen en dat het de daarover bestaande rapporten en de verschillende derden-interventies in zijn oordeel zal betrekken.

Vervolgens wijst het Hof erop dat de Grote Kamer in de zaak *Guðmundur Andri Ástráðsson* recent drie criteria heeft vastgelegd om te kunnen beoordelen of een rechtbank voldoende bij wet is ingesteld. Daarbij komen de laatste twee criteria alleen aan bod als niet op basis van het

eerste criterium is gebleken dat er bij het instellen van het gerecht sprake is geweest van een objectieve, daadwerkelijk identificeerbare en kennelijke schending van het nationale recht. Dit onderzoekt het Hof voor de onderhavige zaak dan ook eerst, waarbij het erop wijst dat de twee partijen in de zaak zich voor hun standpunten baseren op twee radicaal tegenovergestelde lezingen van het Poolse recht. De regering gaat uit van een oordeel van het Constitutionele Hof uit 2020, waarin het heeft aangegeven dat er geen juridische bezwaren kunnen zijn tegen de instelling van de Tuchtkamer; de klagster baseert zich op een uitspraak van de Hoge Raad uit 2020, waarin deze – ter uitvoering van een prejudiciële uitspraak van het HvJ EU – tot de conclusie komt dat de NCJ niet aan de eisen van onafhankelijkheid voldoet. Het EHRM acht zich in deze omstandigheden geroepen om zelf te beoordelen welke lezing het beste aansluit bij de EVRM-criteria van art. 6 lid 1 EVRM. Daarbij kiest het als vertrekpunt dat het Constitutionele Hof in zijn eigen uitspraak van 2020 een volledig nieuwe richting heeft gekozen ten opzichte van eerdere uitspraken van hetzelfde Hof, zonder daarbij inhoudelijk in te gaan op de redenen daarvoor. Weliswaar is in de tussentijd de samenstelling van het Constitutionele Hof veranderd, maar dat als zodanig kan volgens het EHRM geen grondslag vormen voor een nieuwe en sterk afwijkende interpretatie van de Grondwet. Het Hof ziet in de uitspraak ook geen overtuigende redenen waarom het nieuwe model voor de benoeming van leden van de NCJ de belangen van de rechtspraak beter zou dienen. Ook wijst het EHRM erop dat het Constitutionele Hof alleen staat in zijn perceptie van de noodzaak en legitimatie van de wijzigingen in de benoemingsprocedure. Grote zorgen hierover zijn geuit door PACE, de OVSE, de Venetiëcommissie, de CCJE, de VN Speciale Rapporteur voor de onafhankelijkheid van rechters en advocaten, de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa en GRECO. De Algemene Vergadering van de Europese Raden voor de Rechtspraak heeft het lidmaatschap van de NCJ opgeschort vanwege niet-onafhankelijkheid en bovendien zijn er ook vanuit de EU tal van stappen, maatregelen en initiatieven genomen in verband met de bedreiging van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. In het bijzonder wijst het EHRM erop dat het HvJ EU op 19 november 2019 een uitspraak heeft gedaan in een prejudiciële zaak waarin het scherpe kritiek levert op de benoeming van de leden van de NCJ en de rol die de NCJ zelf speelt bij benoeming van de leden van de rechterlijke macht. Het is juist in het licht van die prejudiciële uitspraak dat de Hoge Raad zelf, in gevoegde samenstelling van in totaal 59 rechters, unaniem heeft geoordeeld dat de nieuwe samenstelling van de NCJ niet voldoet aan de eisen van machtenscheiding en onafhankelijkheid en dat de Tuchtkamer niet kan worden aangemerkt als een ‘gerecht’. Deze beoordeling was gebaseerd op een uitgebreide argumentatie en is zeer grondig. Het Hof acht zich ook niet overtuigd door het argument van de regering dat deze uitspraak van de Hoge Raad is ‘verwijderd’ door de latere beslissing van het Constitutionele Hof. Dit oordeel van het Constitutionele Hof lijkt vooral gericht op het beschermen van de prerogatieven van de

president en de status quo van de nieuwe NCJ en gaat niet in op enkele cruciale bevindingen uit de uitspraak van de Hoge Raad, zoals het inherente gebrek aan onafhankelijkheid van de NCJ. Gelet daarop – en ook kijkend naar de eigen eerdere beoordeling in *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.* ten aanzien van de samenstelling van het Constitutionele Hof – beoordeelt het EHRM de uitspraak van het Constitutionele Hof als arbitrair, wat betekent dat het geen rol kan spelen in de eigen beoordeling van de vraag of de instelling van de Tuchtkamer als strijdig met het nationale recht moet worden gezien. In het licht van de uitspraak van de Hoge Raad, die op zijn beurt is gebaseerd op een uitspraak van het HvJ EU – concludeert het EHRM dat er in de onderhavige zaak sprake is geweest van een manifeste schending van het nationale recht in de zin van het eerste *Astradsson*-criterium.

Het EHRM onderzoekt dan nog of deze schending een fundamentele procedureregel betreft. Daarbij wijst het opnieuw op de consensus die er tussen verschillende internationale instellingen bestaat als het gaat om de mate van onafhankelijkheid van de NCJ en op de beoordeling door de Hoge Raad in 2020. Het concludeert hieruit dat de hervormingen tot gevolg hebben gehad dat de wetgevende en uitvoerende macht een beslissende invloed hebben uitgeoefend op de samenstelling van de NCJ. Nu de benoeming van de leden van de Tuchtkamer geheel afhankelijk was van de NCJ, die hiervoor de aanbeveling moest doen aan de president, is er onvermijdelijk ook sprake van een ongepaste invloed van de wetgever en de executieve op het benoemingsproces van die leden. Dit is als zodanig in strijd met art. 6 lid 1 EVRM, waardoor moet worden aangenomen dat de tekortkomingen in de procedure voor de benoeming van de leden van de Tuchtkamer van zodanige ernst zijn dat ze de wezenlijke kern raken van het recht op een bij wet ingesteld gerecht. Dit betekent dat art. 6 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 22-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719

Zaaknummer: 43447/19

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

**SIC – Sociedade Independente de Communicao t. Portugal,
EHRM 27 juli 2021, nr. 29856/13**

Een belangrijke Portugese televisiezender heeft in 2013 bericht over een pedofilienetwerk dat zou zijn ontdekt op de Azoren. Daarbij werd ook gesuggereerd dat R.R. was betrokken, een hoge politicus op de Azoren, die daarop vanwege de geruchten aftrad. Ten onrechte werd ook bericht dat R.R. zou zijn gearresteerd, maar dat bericht werd later geratificeerd. Vanwege de aangedane reputatieschade moest de televisiezender een schadevergoeding van bijna 146.000 euro betalen. Hoewel het EHRM erkent dat er reden kon zijn voor een schadevergoeding, acht het dit bedrag disproportioneel hoog en daarmee strijdig met art. 10 EVRM.

Klager is een belangrijke televisiezender in Portugal. In 2013 opende de zender het dagelijkse nieuws met een reportage over een pedofilienetwerk dat zou zijn ontdekt op de Azoren, op basis van een onderzoek dat klager samen met weekblad Expresso had uitgevoerd. In het netwerk zouden verschillende belangrijke figuren betrokken zijn, waaronder een jurist die lid was van de regering van de Azoren. Snel daarna trad R.R. af als regionaal secretaris in de regering, waarbij hij stelde dat hij weliswaar niets te maken had met een netwerk, maar dat hij de negatieve berichtgeving niet kon negeren. Ook hierover berichtte klager weer in het nieuws, waarbij ook werd gesteld dat R.R. zou zijn gearresteerd. Dit nieuws werd via andere mediakanalen verder verspreid, ook internationaal. Snel daarna rectificeerde klager de berichtgeving in die zin dat R.R. niet tot de ondervraagde personen behoorde en dat hij ook niet was gearresteerd of in staat van beschuldiging was gesteld. R.R. heeft later een civiele schadeclaim ingediend jegens klager vanwege de geleden reputatieschade. Daarbij is hij in het gelijk gesteld en werd uiteindelijk een immateriële schadevergoeding toegekend van 50.000 euro en een materiële schadevergoeding van ruim 65.000 euro. Met de wettelijke rente kwam dit tot een bedrag van bijna 146.000 euro.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat deze veroordeling tot betaling van een bijzonder hoge schadevergoeding in strijd was met art. 10 EVRM. Het EHRM wijst in zijn algemene overwegingen op het belang van verantwoordelijke journalistiek, dat nog groter is geworden nu de media zoveel invloed hebben en zoveel informatie verspreiden via traditionele en digitale kanalen. Ook wijst het Hof erop dat bij berichtgeving over lopende strafzaken enerzijds het publiek groot belang heeft bij informatievoorziening, maar anderzijds de procedurele rechten van de betrokkenen, waaronder de onschuldpresumptie, in het oog moeten worden gehouden. Het Hof merkt vervolgens op dat de berichtgeving in deze zaak op zichzelf betrekking had op een onderwerp van algemeen belang; bovendien was R.R. een publiek figuur met een hoge politieke functie, zodat hij meer moest kunnen verdragen. Tegelijkertijd onderkent het Hof de ernst van aantijgingen van pedofilie en merkt het op dat in de berichtgeving R.R. weliswaar niet bij naam werd genoemd, maar wel duidelijk identificeerbaar was. Dit betekent dat zijn reputatieschade aanzienlijk kan zijn geweest. Daarnaast was een deel van de berichtgeving over zijn arrestatie incorrect, wat volgens het Hof betekent dat klager onverantwoordelijk heeft gehandeld. Er waren dan ook gegronde redenen om in dit geval een sanctie op te leggen, zij het ook dat de gemaakte fout een aantal uren later al is gerectificeerd, waardoor de reputatieschade beperkt is gebleven. R.R. heeft bovendien al snel na zijn aangekondigde aftreden alweer nieuwe politieke activiteiten opgepakt, zodat de vraag opkomt of de opgelegde schadevergoeding proportioneel was aan een en ander. Het Hof merkt daarbij op dat in totaal, met optellen van kostenvergoedingen, klager zo'n 146.000 euro moest betalen – een bedrag dat ook hoog is in het licht van andere schadevergoedingsbedragen waarover het Hof in zaken tegen Portugal heeft moeten oordelen. Het Hof acht het moeilijk te aanvaarden dat de aangedane schade van zodanige omvang en aard was dat die een zo hoog bedrag zou rechtvaardigen. Daarbij houdt het ook rekening met het feit dat zo'n hoge vergoeding een ontmoedigend effect kan hebben op de media. Gelet hierop acht het art. 10 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0727JUD002985613

Zaaknummer: 29856/13

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

X. t. Nederland, EHRM 27 juli 2021, nr. 72631/17

In eerste aanleg is X veroordeeld wegens herhaaldelijke winkeldiefstallen. Zij is in hoger beroep gegaan en wilde bij de zitting aanwezig zijn, maar werk in het buitenland verhinderde dat. Een eerste uitstelverzoek werd toegewezen, maar een tweede werd afgewezen vanwege het belang van een vlot en effectief procesverloop. Het EHRM oordeelt dat dit procedurele belang ten onrechte zwaarder heeft gewogen dan het belang van X, voor wie de aanwezigheid ter zitting heel belangrijk was. Dit levert een schending van art. 6 lid 3 (c) EVRM op.

Klaagster is in eerste aanleg veroordeeld vanwege een aantal gevallen van winkeldiefstal, die beweerdelijk voortkomen uit een compulsieve tendens en gerelateerd zijn aan een psychiatrische stoornis. Zij heeft hoger beroep ingesteld en heeft daarbij een oproep gekregen om bij een zitting te zijn, maar juist op dat moment verbleef ze voor haar werk in het buitenland. Advocaat S. heeft dat uitgelegd en ook een schema meegestuurd van momenten waarop klaagster wel en niet beschikbaar zou zijn. S. heeft ook uitgelegd dat het voor klaagster heel belangrijk was om bij de zitting te kunnen zijn, omdat ze de achtergrond van de winkeldiefstallen uiteen wilde zetten. Ze was ook bang dat door de afwezigheden vanwege haar werk het beeld zou ontstaan dat ze de zaak ontweek, hetgeen niet het geval was. Het gerechtshof weigerde echter de zaak te verdagen, omdat een goed en vlot procesverloop zwaarder woog dan de redenen van klaagster om niet in persoon bij de zitting te zijn; bovendien had de advocaat in het overleg met het gerechtshof over een goede datum al eerder kunnen aangeven dat zijn cliënte in het buitenland zou zijn. In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat dit oordeel van het gerechtshof niet onredelijk was.

Klaagster heeft voor het EHRM gesteld dat zij, in strijd met art. 6 lid 3 (c) EVRM, niet in de gelegenheid is gesteld de zitting van het gerechtshof bij te wonen. Het EHRM benadrukt allereerst het grote belang van het recht op aanwezigheid van een verdachte tijdens de zitting. Weliswaar is dat belang niet per definitie even groot in hoger beroep als in eerste aanleg, maar

dat is wel zo als een hoger-beroepsrechter bevoegd is om eventueel de sanctie bij te stellen en een beoordeling te geven van de persoonlijkheid en aard van een verdachte en diens geestelijke gesteldheid op het moment waarop een overtreding is begaan. In het onderhavige geval heeft de klaagster geen afstand gedaan van haar recht op aanwezigheid tijdens de zitting en heeft zij ook geen ontwijkingsgedrag vertoond – integendeel, zij heeft juist geprobeerd om wel aanwezig te zijn. Duidelijk is ook dat haar advocaat een fout heeft gemaakt door niet goed te controleren wanneer zijn cliënte afwezig zou zijn. Het EHRM merkt op dat het gerechtshof redenen van effectiviteit en snelheid van het proces ten grondslag heeft gelegd aan zijn besluit, zonder daarbij aan te geven waarom die belangen zwaarder zouden wegen dan die van klaagster om bij de zitting aanwezig te kunnen zijn. Gelet op het feit dat de procedure op dat moment pas een half jaar in hoger beroep aanhangig was en dat het niet nodig was geweest om de zitting heel lang uit te stellen, acht het Hof de door het gerechtshof het gewicht van de ingeroepen belangen relatief bescheiden. Het belang van klaagster daarentegen was aanzienlijk en had voorrang moeten worden gegeven boven deze algemene belangen. Nu dit niet is gebeurd, is art. 6 lid 1 en 3 (c) EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-07-2021

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2021:0727JUD007263117

Zaaknummer: 72631/17

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1 en lid 3(c)

ANNOTATIE

**Stichting Landgoed Steenberg (EHRM, nr. 19732/17) –
Louter elektronisch kennisgeven van (ontwerp)besluiten
niet in strijd met art. 6 EVRM**

R.H.W. Frins

1. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling bestuursrechtspraak) kan via het internet kennis worden gegeven van (ontwerp)besluiten. Uit die jurisprudentie volgt echter ook dat gelet op art. 2:14, tweede lid, Awb van dergelijke besluiten tevens op ten minste één niet-elektronische wijze kennis moet worden gegeven, *tenzij* bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.[1] Naar aanleiding van deze jurisprudentie hebben veel decentrale overheden in hun gemeentelijke/provinciale verordening vastgelegd dat het mogelijk is kennisgeving van (ontwerp)besluiten uitsluitend langs elektronische weg te laten plaatsvinden.[2] Zo ook de provincie Gelderland, waar bovenstaand arrest betrekking op heeft.[3]

2. *In casu* gaat het om een door het college van gedeputeerde staten van Gelderland (hierna: het college) aan de Motorsportvereniging Noord-Oost Veluwe verleende natuurvergunning voor het uitbreiden van de motorcrossactiviteiten die plaatsvinden op een perceel aan de Kamperweg te Heerde.[4] Deze vergunning is voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 Awb. Gelet op het bepaalde in de Verordening elektronische bekendmaking Gelderland 2012 (hierna: de Verordening) heeft het college louter via de provinciale website kennisgegeven van zowel het ontwerp- als het definitieve besluit. Appellanten – Stichting Landgoed Steenberg en drie natuurlijke personen (hierna: de Stichting e.a.) – hebben deze kennisgeving gemist en daardoor géén zienswijzen ingediend op het ontwerpbesluit en tevens te laat een beroepschrift ingediend bij de Afdeling bestuursrechtspraak. In het kader van hun beroep betoogden zij dat zowel het ontwerp- als het definitieve besluit niet op geschikte wijze bekend is gemaakt, zodat het verschoonbaar is dat zij geen zienswijzen hebben ingediend en tevens te laat waren met het indienen van hun beroepschrift. Zij menen dat het enkel op een provinciale website plaatsen van een kennisgeving niet kan worden aangemerkt als een geschikte wijze om kennis te geven van voornoemde besluiten, nu dat geen bron is die breed toegankelijk en kenbaar is. Van burgers kan niet worden verwacht dat zij alle mogelijke overheidswebsites op

regelmatige basis in de gaten houden, aldus appellanten. Als een dergelijke eis wel wordt gesteld, is dat volgens hen in strijd met art. 6 EVRM.[5]

3. De Afdeling bestuursrechtspraak gaat hier niet in mee, maar overweegt dat aan de verdragsstaten een zekere beoordelingsvrijheid toekomt tot het stellen van regels die zekere beperkingen op het recht tot toegang tot de rechter inhouden, mits daardoor dat recht niet in zijn kern wordt aangetast, de gestelde beperkingen een rechtmatig doel dienen en aan de evenredigheidseis wordt voldaan. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak wordt het recht op toegang tot de rechter *niet* in de kern aangetast, door het alleen langs elektronische weg bekendmaken van besluiten. Hierbij wijst zij erop dat uit de memorie van toelichting bij de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer volgt dat met het mogelijk maken van het uitsluitend langs elektronische weg kennisgeven van een besluit is beoogd makkelijker en sneller verkeer tussen burgers en bestuursorganen mogelijk te maken. De leidende gedachte daarbij is dat elektronisch verkeer tussen bestuursorganen en burgers een belangrijke bijdrage kan leveren aan het streven naar een toegankelijke en beter presterende overheid. Dit acht de Afdeling bestuursrechtspraak een rechtmatig doel. Verder is zij van mening dat in hetgeen de Stichting e.a. hebben aangevoerd geen grond is gelegen voor het oordeel dat niet aan de evenredigheidseis wordt voldaan. Voor het oordeel dat de mogelijkheid van besluiten uitsluitend langs elektronische weg kennis te geven in strijd is met art. 6 EVRM, ziet zij dan ook geen aanleiding. Gelet op dit alles verklaart zij het beroep van de Stichting e.a. niet-ontvankelijk.[6]

4. Appellanten legden zich hier niet bij neer en dienden op 2 maart 2017 een verzoekschrift in bij het EHRM. Ook in Straatsburg vingen zij echter bot. Het EHRM wijst erop dat het in beginsel binnen de beoordelingsmarge van een Verdragsstaat valt om te kiezen voor een systeem van louter elektronische kennisgeving van (ontwerp)besluiten. Van belang hierbij is wel dat van deze besluiten wordt kennisgegeven op een vooraf bepaalde en bekend gemaakte manier, die gemakkelijk toegankelijk is voor alle potentieel direct betrokken partijen. Volgens het EHRM wordt daar *in casu* aan voldaan, waarbij het onder meer verwijst naar art. 2 van de Verordening en de toelichting bij het collegevoorstel dat tot vaststelling van de Verordening heeft geleid, alsmede naar de publicaties die aan de inwerkingtreding van de Verordening zijn gewijd. Verder is het EHRM met de regering van mening dat elektronische communicatie tussen bestuursorganen en burgers kan bijdragen aan een toegankelijke en beter functionerende overheid. Aangezien besluiten in voorkomend geval een groot aantal – mogelijk niet op voorhand te identificeren – belangstellenden kunnen raken, kan met elektronische communicatie juist worden bereikt dat een groot deel van het publiek op de hoogte raakt van dergelijke besluiten, aldus het EHRM. Hierbij moet uiteraard niet uit het oog worden verloren dat er burgers zijn die niet beschikken over internet of die niet

computervaardig zijn. Het EHRM benadrukt echter dat de internetpenetratie in Nederland hoog is (in 2013 had 92% van de burgers van 12 jaar of ouder toegang tot het internet). Bovendien hebben appellanten niet betoogd dat zij géén toegang tot het internet hebben noch dat zij niet computervaardig zijn. Gelet op dit alles komt het EHRM tot de slotsom dat *in casu* sprake is van een *fair balance* tussen het algemeen belang en dat van appellanten, zodat géén sprake is van strijd met art. 6, eerste lid, EVRM.[7]

5. De uitspraak die de Afdeling bestuursrechtspraak in deze zaak deed werd in de literatuur kritisch ontvangen.[8] In dat verband merkte Overkleeft-Verburg op een eventuele toetsing van de voorliggende casus door het EHRM in beginsel als kansrijk in te schatten.[9] Er werd dan ook met spanning uitgekeken naar het oordeel van het EHRM. Om maar meteen met de deur in huis te vallen: dat oordeel komt mij juist voor. Uiteraard kan niet worden ontkend dat er nog steeds burgers zijn die geen toegang tot het internet hebben en/of niet computervaardig zijn. Duidelijk is echter dat in ieder geval eerstgenoemde groep steeds kleiner wordt. Zo had in 2019 maar liefst 97% van de Nederlanders van 12 jaar en ouder toegang tot het internet.[10] Dat is dus 5% meer dan in 2013 (zie hiervoor). Verder vind ik het betoog van appellanten, te weten dat niet van burgers kan worden verwacht dat zij alle mogelijke overheidswebsites op regelmatige basis in de gaten houden, niet overtuigend. Aannemelijk is immers dat burgers net zo goed verschillende dag- en/of huis-aan-huisbladen in de gaten zouden moeten houden, als decentrale overheden op niet-elektronische wijze zouden kennisgeven van (ontwerp)besluiten. Daarbij komt dat voor kennisneming van een dagblad in beginsel een abonnement is vereist, terwijl overheidswebsites kosteloos en in principe altijd en overal raadpleegbaar zijn.[11] Mijns inziens kleven er dan ook meer voor- dan nadelen aan het op elektronische wijze kennisgeven van (ontwerp)besluiten. Vandaar dat ik kan instemmen met het arrest.

6. Wat hiervan ook zij, het is gelet op de gestaag voortgaande digitalisering van de overheid in ieder geval goed dat het EHRM zijn licht over deze kwestie heeft laten schijnen. In dit verband zij erop gewezen dat op 1 juli jl. de Wet elektronische publicaties in werking is getreden.[12] Door die wet zijn onder meer de Bekendmakingswet en de Awb gewijzigd. Sinds voornoemde datum volgt uit art. 2 juncto art. 12 Bekendmakingswet dat onder andere provincies en gemeenten in ieder geval hun wettelijk voorgeschreven mededelingen en kennisgevingen móeten publiceren in een door hen *elektronisch* uitgegeven publicatieblad. Daarbij komt dat deze publicatiebladen verplicht via www.officielebekendmakingen.nl moeten worden ontsloten, zo volgt uit art. 2, achtste lid, Bekendmakingswet juncto art. 3.1, eerste lid, Besluit elektronische publicaties juncto art. 2.1 Regeling elektronische publicaties. Hierdoor zijn dergelijke publicaties thans dus op één website te raadplegen. Dat is sowieso een goede ontwikkeling! Bijkomend voordeel is dat voornoemde website een attenderingsservice biedt,

zodat een burger de mogelijkheid heeft om automatisch op de hoogte te worden gehouden van mogelijk relevante publicaties. Tot slot: het thans bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer strekt ertoe dat het onder punt 1 genoemde art. 2:14, tweede lid, Awb in de nabije toekomst komt te vervallen. Dat heeft te maken met het feit dat met ingang van 1 juli jl. ook besluiten van decentrale bestuursorganen die niet tot één of meer belanghebbenden zijn gericht op de hiervoor beschreven elektronische wijze moeten worden bekendgemaakt (zie in dit verband art. 2 juncto art. 6 Bekendmakingswet).[13]

Ralph Frins

Universitair docent algemeen bestuursrecht en omgevingsrecht, Radboud Universiteit.

[1] Zie m.b.t. ontwerpbesluiten i.h.b. ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4676, AB 2012/353, m.nt. Spijker & Middel, BR 2012/141, m.nt. Rijs, «JB» 2012/222, m.nt. Overkleeft-Verburg, «JM» 2012/122, m.nt. Sanders, ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4675, MenR 2012/140, m.nt. Van 't Lam en ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4681. Zie m.b.t. definitieve besluiten: ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:539 en ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:625.

[2] Volledigheidshalve wijs ik op ABRvS 30 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3628, AB 2020/39, m.nt. Wertheim, Gst. 2020/28, m.nt. Buitenhuis & Van Moorsel. Uit r.o. 2.4 van deze uitspraak volgt dat een wettelijke bepaling die enkel de mogelijkheid biedt om zekere berichten elektronisch te verzenden op zichzelf onvoldoende is om met een elektronische verzending te kunnen volstaan. Het moet gaan om een wettelijke bepaling waaruit volgt dat deze berichten bij uitsluiting elektronisch worden verzonden, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak.

[3] Zie: <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR225366/2>.

[4] De vergunning is verleend krachtens de artikelen 16 en 19d van de Natuurbeschermingswet 1998. Met ingang van 1 januari 2017 is de Wet natuurbescherming in de plaats getreden van de Natuurbeschermingswet 1998.

[5] Zie: ABRvS 7 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2421, AB 2016/395, m.nt. Koenraad, «JB» 2016/186, m.nt. Overkleeft-Verburg, r.o. 5.

[6] ABRvS 7 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2421, r.o. 5.4 en 5.7.

[7] Let wel: onduidelijk is of het EHRM tot hetzelfde oordeel zou zijn gekomen, als appellanten wél hadden betoogd géén toegang tot het internet te hebben en/of niet

computervaardig te zijn. Zie ook: R.J.N. Schlössels, '... zie hadden (nooit) van de motorcross geheurd ...', *Gst.* 2021/44.

[8] Zie de noot van Koenraad: *AB* 2016/395, i.h.b. punten 4, 5 en 7; de noot van Overkleef-Verburg: «JB» 2016/186, i.h.b. punten 9 en 10; en de bijdrage van Groothuis in «JB» Select 2019, nr. 11, i.h.b. hoofdstuk 5. In zijn noot bij onderhavig arrest schrijft Keinemans dat hij deze kritiek persoonlijk wat overtrokken vindt, waarbij hij spreekt over een achterhoedegevecht, zie: «JB» 2021/63, punt 3.

[9] «JB» 2016/186, punt 10.

[10] Zie: <https://www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/83429NED?dl=27A2o> (geraadpleegd op 7 augustus 2021).

[11] Vgl. Rijs in zijn noot bij *ABRvS* 15 augustus 2012, *ECLI:NL:RVS:2012:BX4676*; *BR* 2012/141, punt 5.

[12] *Stb.* 2021, 176.

[13] Zie ook: *Kamerstukken II* 2018/19, 35261, 3, p. 9.

ANNOTATIE

Lăcătuș v. Zwitserland (EHRM, nr. 14065/15) – Begging as a human right?***E. Bambrough en G. Vonk***

1. A young woman of Roma background begs in the streets of Geneva and is repeatedly fined by the Geneva police for sitting down in the street and holding out a cup to collect small donations from the public. According to the criminal code applying to the Canton of Geneva, begging in public spaces is categorically prohibited.[1] In 2014 she was fined again, the little money she had was taken away from her and she was eventually held in custody for five days. These are the facts of the case which prompted the ECtHR to investigate the human rights of beggars and to question whether in this situation these rights were violated. According to the ECtHR - which dealt with the matter under Article 8 ECHR - this was the case. As it happened the Geneva criminal prohibition of begging did not allow for a sufficient balancing of the interests at stake. According to the ECtHR there is no reason to doubt that begging was one of the means of survival for the woman and being in a situation of manifest vulnerability, she had the right, inherent in human dignity, to be able to express her distress and to try to remedy her needs through begging.[2]

2. As far as we know, the present case is the first one before the ECtHR that directly addresses the right to beg. It is a bold judgement which raises a number of interesting questions. One of them deals with the repressive policy responses in at least some European states which can be referred to as “the criminalisation of poverty”. [3] When do these policies hit the boundaries of human rights standards when people resort to the streets for their survival? Another question is how this judgement contributes to the expanding jurisprudence of the ECtHR on the duties of states to protect people in situations of severe destitution. While the court has repeatedly stressed that the Convention does not guarantee, as such, socio-economic rights, including the right to claim financial assistance from a State to maintain a certain level of living,[4] this does not mean to say that the ECHR may invoke certain government obligations in situations of extreme need.[5] In this way, the ECtHR has been creating a “safety net under the safety net”, to prevent people from totally falling into the abyss.[6] Has the ECtHR now included a right to beg as a new element of this sub-zero safety net? Below, after dealing with some of the

highlights and peculiarities of the case, we will try to shed some light on these questions.

3. The applicant applied to the ECtHR, under Articles 8 (private life and family life), 10 (freedom of expression), and 14 ECHR (prohibition of discrimination). However, while the court addressed the issue in depth under Article 8, it did not deem it necessary to discuss the issues under the other two articles. While it is not unusual for the court to only consider cases under one article, there are a number of interesting questions relating to Articles 10 and 14 which were raised in opinions from judges Keller (concurring), Lemmens (in part concurring and partly dissenting, and Ravarani (partly concurring and partly dissenting). In particular, the judges raised some questions, such as whether the act of begging could be considered a form of communication or speech under article 10,[7] and whether differential treatment between Roma and others under law could be proven in this situation.[8] However, the majority of the ECtHR did not deem it necessary to answer these questions, as Article 8 was sufficient to reach an outcome.

4. In its assessment of the case, the ECtHR undertook a comparative review of begging laws in the member states of the Council of Europe. In its study of 38 members, the court found that in 9 states begging is not prohibited, and in the other 29 states begging is prohibited or restricted in a wide variety of ways, with 19 of those states having bans on begging at the national level. Generally speaking, most of the member states which had restrictions did not have blanket bans, but, for instance, prohibited specific forms of begging, or restricted begging to certain areas. However, 9 states did have less nuanced (“*interdictions moins nuances*”) prohibitions.[9] The court ultimately concluded that while there was no consensus among member states on the matter of begging laws, there is a tendency towards limiting the prohibition, and taking other measures to preserve public order.[10] This study and the resulting findings had a significant influence on the final decision, as the court concluded that the Genevan law was an outlier in its reach and severity, being of compelling nature, and leaving no discretion in the matter.

5. Switzerland, while acknowledging a limitation of article 8 rights, argued that the law had a legitimate purpose. Thus, the ECtHR undertook a proportionality test. The legitimate aims which the policy was pursuing were the preservation of public order, protecting the economic interests of the country, and protecting the rights and freedoms of others. The court found that, in principle, begging, particularly in its more aggressive forms, could constitute a threat to public order, and that the aim of preventing the exploitation of vulnerable individuals was legitimate.[11] However, while the aims were in principle legitimate, the court found Article 11A of the Genevan Criminal Code to be too blunt, not allowing for any exceptions. While the protection of the public order is accepted by the court, other considerations which were adduced by the Swiss government were rejected. In particular the argument that the begging

prohibition protected individuals from organised crime was doubted. According to the court this argument is too much geared towards a penalization of the victims rather than targeting the perpetrators of the crime.[12]

6. Finally, in considering the interests at stake, the court reached the conclusion that the applicant had the right to express her distress and beg for assistance, in accordance with the principle of human dignity.[13] The principal consideration addressed to this (consideration 107) could be seen as an indication that the court is willing to accept a subjective right to begging as a new human rights standard. But it can equally be argued that the right to begging is not generally recognised as such, but merely pronounced as a right which pertained to this particular case. Much of this decision hinged on the situation of extreme destitution that the applicant found herself in. However, in our view this second reading is not convincingly elaborated upon by the court. For example, by what standard did the court establish that the applicant's destitution was severe enough to generate this right to beg? If the threshold of severity of destitution is equally high as the one that is used by the ECtHR under Article 3 ECHR,[14] the right to beg would be virtually deprived of its useful effect. Indeed, as Judge Ravarani pointed out in his partly dissenting opinion, the ECtHR did not dispute the applicants' claim that she was trapped in a state of destitution and ignored potentially relevant considerations, such as the possible availability of a social safety net.[15] Clearly, there are still a number of unresolved issues in this respect. Does the right to begging depend on the possibility of access to minimum subsistence benefits? Is the legal status of needy persons relevant in this respect, for example as a minor or an irregular immigrant?

7. Coming back to the first question raised in the introduction to this case note: when do repressive policies hit the boundaries of human rights standards when people resort to the street for their survival? It is now clear that the answer to this question is embodied in the proportionality test: are sanctions necessary, do they take into account all of the individual circumstances, are less stringent measures feasible to reach the same goal, etc.? This may all sound very familiar to a lawyer, but may not be so easy to apply in practice. In the Netherlands, for example, vagrancy and begging were prohibited in Article 432 of the penal code, until this was abolished as from 1 October 2000. However, it is still possible for local municipalities to enact bylaws to prohibit loitering in public spaces, public drinking, begging etc. Indeed, municipalities are reported to increasingly make use of this possibility. Just to illustrate this: in the city of Groningen in the period between 2004 and 2013 the police registered more than 400 begging offences, leading to fines up to a maximum € 390 or by failure to pay a maximum of 12 days imprisonment.[16] Whether or not Groningen has acted in line with Article 8 ECHR depends on many aspects: the nature of the local rules, the enforcement of these rules by the police, the imposition of the sanctions in each individual

case and the broader context of other policy measures to maintain public order in the city center. This is hard to establish. But of course, what matters is that the present case of *Lăcătuș* has provided individual right holders with a legal remedy to complain against measures taken against them.

8. With regard to the second question dealing with the right to beg as an element of the “safety net under the safety net” established by the ECtHR, we would like to stress the paradoxical nature of such a right. A need to beg can be seen as a symptom of a failing welfare state, which is not providing an adequate social safety net which is available to all. At best, the right to begging is a substitute right that comes as a response to a failure to realise a proper minimum income protection floor. Yet, the recognition of a right to beg helps to counterbalance the tendency of criminalising poverty. We agree with the comments made by the Zurich based post-doctoral researcher Corina Heri about the *Lăcătuș* case.[17] She considers the criminalisation of begging and homelessness to be a particularly ill-suited and disproportionate response that seeks to erase visible deprivation from the public sphere without resolving it. Efforts to crack down on behaviour seen as undesirable, including begging, sleeping in public, and prostitution, are today commonplace. It is important that the ECtHR has proved itself critical of such practices. Nonetheless, the promotion of social assistance as a human right standard should remain a priority. Arguably, this is the terrain of socio-economic fundamental rights. At best, with the gradual development of minimum requirements of states relating to extreme poverty, the ECtHR can provide some damage repair.

Eddie Bambrough

Gijsbert Vonk

[1] Article 11A of the Geneva Criminal Code.

[2] Consideration 107.

[3] Cf, inter alia Jones, S. (Ed.) 2013. *Mean streets: A report on the criminalisation of homelessness in Europe*. Fondation Abbé Pierre; FEANTSA; Housing Rights Watch (ed.), FEANTSA, 2019. UN Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights, A/HRC/21/39, para 66(c).

[4] See for example *Pancenko v. Latvia*, ECtHR 28 October 1999 (dec.), appl. no. 40772/98, ECLI:CE:ECHR:1999:1028DECoo4077298, as reiterated more recently in *Hunde v. the Netherlands*, ECtHR 5 July 2016 (dec.), appl. no. 17931/16,

ECLI:CE:ECHR:2016:0705DEC001793116.

[5] See for example *Hunde v. the Netherlands*, ECtHR 28 July 2016 (dec.), appl. no. 17931/16, ECLI:CE:ECHR:2016:0705DEC001793116 in which the ECtHR accepts that Article 3 may require States to take action in situations of the most extreme poverty. For a more recent example see *N.H. and Others v. France*, ECtHR 2 July 2020, appl. no. 28820/13, ECLI:CE:ECHR:2020:0702JUD002882013.

[6] Vonk, G. and Olivier, M., 2019. The fundamental right of social assistance: A global, a regional (Europe and Africa) and a national perspective (Germany, the Netherlands and South Africa). *European Journal of Social Security*, 21(3), p.225

[7] Opinion of Judge Lemmens, para 2

[8] Opinion of Judge Lemmens, para 2

[9] Consideration 22

[10] Consideration 105

[11] Consideration 97

[12] Consideration 112

[13] Consideration 107

[14] Cf. Slingenberg, C.H. *The Reception of Asylum Seekers under International Law. Between Sovereignty and Equality*, 2014 Oxford:, Hart Publishing, Chapter 11. Leijten, I., 2018. *Core socio-economic rights and the European Court of Human Rights*. Cambridge University Press, pg. 228

[15] Opinion of Judge Ravarani, considerations 5-6.

[16] Bandsma, K., 2014. "Is Begging a Crime? A Case from the Netherlands" in Vonk, G.J. and Tollenaar, A.(eds), 2014. *Homelessness and the law: Constitution, criminal law and human rights*", Wolf Legal Publishers.

[17] Heri, C., 2021. "Beg your Pardon!: Criminalisation of Poverty and the Human right to Beg in *Lăcătuș v. Switzerland*", Strasbourg Observers, available at: <https://strasbourgobservers.com/2021/02/10/beg-your-pardon-criminalisation-of-poverty-and-the-human-right-to-beg-in-lacatus-v-switzerland/>