

ANNOTATIE

Ekimdzhiev e.a. t. Bulgarije (EHRM, 70078/12) - Toetsing in abstracto van inbreuken op het recht op respect voor het privéleven

D.A.G. van Toor

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 11-01-2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD007007812 (EHRC-2022-0029)

1. Het arrest *Ekimdzhiev e.a. t. Bulgarije* is een nieuwe loot aan de stam^[1] waarin klagers stellen *mogelijk* slachtoffer te zijn van mensenrechtelijke schendingen door uitoefening van heimelijke bevoegdheden door inlichtingendiensten of opsporende autoriteiten. In de zaken waarnaar in eindnoot 1 is verwezen, heeft het EHRM de klagers het slachtofferstatus toegekend, ondanks dat zij allen niet beperkt zijn in de uitoefening van een mensenrecht. In *Roman Zakharov* (reeds aangehaald, par. 164) overweegt het EHRM daarover als volgt: ‘The Court has consistently held in its case-law that the Convention does not provide for the institution of an *actio popularis* and that its task is not normally to review the relevant law and practice *in abstracto*, but to determine whether the manner in which they were applied to, or affected, the applicant gave rise to a violation of the Convention’. Het is dan ook een bijzondere ontwikkeling dat het EHRM onder bepaalde omstandigheden *mogelijke* schendingen door *eventuele* toepassing van heimelijke bevoegdheden ontvankelijk verklaart en vervolgens *in abstracto* aan artikel 8 EVRM toetst. Het is dit onderwerp – toetsing *in abstracto* van mogelijke mensenrechtenschendingen – dat in deze annotatie centraal staat. Daarbij wordt in de randnummers 2-4 ingegaan op de oorzaak van deze “nieuwe” trend (die inmiddels toch ruim zeven jaar oud is, maar tot op heden zelden is benoemd^[2]). Daarbij komt ook aan bod *wanneer* toetsing *in abstracto* ontvankelijk is. Vervolgens worden in randnummers 5-7 uiteengezet *hoe* zo’n abstracte toetsing eruit ziet en op welke wijze deze

toets verschilt van een beoordeling van een concrete klacht. Ten slotte wordt in randnummer 8 de didactische waarde van deze toetsing *in abstracto* toegelicht. Mijns inziens zijn het onderhavige arrest alsmede de eerder aangehaalde arresten van grote waarde voor studenten die regelmatig nieuwe strafvorderlijke wetgeving of wetsvoorstellen in hun essay of scriptie willen toetsen aan artikel 8 EVRM en daarbij dus een toetsing *in abstracto* uitvoeren.

2. Zoals in de inleiding is opgemerkt, is toetsing *in abstracto* van mogelijke mensenrechtelijke schendingen in Straatsburg in beginsel niet mogelijk. Artikel 34 EVRM bepaalt namelijk dat alleen slachtoffers van mensenrechtelijke schendingen een ontvankelijke klacht kunnen indienen. Volgens de *Practical Guide on Admissibility Criteria* moet het slachtoffer – of anderen die indirect door de concrete schending betroffen zijn – aantonen dat hij direct betroffen is in de uitoefening van zijn rechten. Het enkele feit dat een persoon onder de reikwijdte van een wettelijke heimelijke bevoegdheid valt, is natuurlijk geen bewijs voor een concrete inbreuk op zijn privéleven. Daar staat tegenover dat juist bij heimelijke bevoegdheden het aantonen van een concrete inbreuk schier onmogelijk is, omdat de heimelijk onderzochte persoon vaak geen mededeling krijgt van de uitoefening van die bevoegdheid. Met een mededelingsplicht zou het hele systeem van heimelijke bevoegdheden namelijk de nek om worden gedraaid. Dat betekent echter wel dat, wanneer potentiële slachtoffers niet zeker (kunnen) weten of zij het doelwit van een heimelijke bevoegdheid zijn (geweest), de eventuele schending van artikel 8 EVRM buiten het rechterlijke toezicht valt. Artikel 8 EVRM zou daardoor een lege huls worden bij de normering van heimelijke bevoegdheden. Toetsing *in abstracto* is volgens het Hof dus van belang bij de beoordeling van heimelijke bevoegdheden (*Klass e.a.*, reeds aangehaald, par. 36). De ontwikkeling van de technologie die het mogelijk maakt op grote schaal heimelijke bevoegdheden toe te passen die personen ongedifferentieerd treffen, maken dat toetsing *in abstracto* in jongste jaren van groter belang is geworden (*CfR*, reeds aangehaald, par. 169-177).

3. In het verleden zijn hierover twee sporen in de rechtspraak van het EHRM ontstaan, tot dat het EHRM in *Roman Zakharov* tot harmonisatie overging (*Roman Zakharov*, reeds aangehaald, par. 167-172). De ontwikkeling van het tweede spoor lijkt het gevolg te zijn van hetgeen op het einde van randnummer 2 werd gesteld: de mogelijkheid tot heimelijke bulkinterceptie, waardoor het nog moeilijker wordt om aan te tonen dat sprake is van direct slachtofferschap. In het eerste spoor was het namelijk voldoende dat ‘the existence of practices permitting secret surveillance be established and that there was a *reasonable* (mijn cursivering) likelihood that the security services had compiled and retained information’ (*Roman Zakharov*, reeds aangehaald, par. 167). Het tweede spoor verlaat de toets van de redelijke kans dat de persoon slachtoffer is. In dit spoor staat centraal ‘the mere existence of laws and practices which permitted and established a system for effecting secret surveillance of communications entailed a threat of surveillance for all those to whom the legislation might be applied’ (*Roman*

Zakharov, reeds aangehaald, par. 168). In *Roman Zakharov* (reeds aangehaald, par. 171; zie ook de verwijzing in *CfR*, reeds aangehaald, par. 167) worden uit deze twee sporen de volgende criteria vastgesteld om te beoordelen of de klager in aanmerking komt voor de slachtofferstatus bij een mogelijke mensenrechtelijke schending door de inzet van heimelijke bevoegdheden. Dit zijn: (i) de reikwijdte van de wettelijke grondslag en of klager onder de reikwijdte valt; (ii) de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel in het nationale recht; en (iii) of de klager, vanwege zijn persoonlijke situatie, mogelijk het risico loopt dat zijn communicatie of gerelateerde gegevens worden onderschept en geanalyseerd. Belangrijk is nog op te merken dat dit *geen* cumulatieve vereisten zijn. In *CfR* (reeds aangehaald, par. 176) overweegt het EHRM dat hij vanwege de enorme beperkingen in de effectieve toetsing van de eventuele inzet van de heimelijke bevoegdheid in de nationale procedure niet toekomt aan de toetsing van het derde criterium.

4. Ook in de onderhavige zaak kunnen klagers aantonen dat een effectief rechtsmiddel in de nationale procedure ontbreekt (par. 264-275). Dit heeft ten eerste te maken met het feit dat personen die worden onderworpen aan heimelijke bevoegdheden in Bulgarije hiervan alleen op de hoogte worden gebracht als een vervolging wordt ingesteld en daarbij het door de heimelijke bevoegdheid verkregen bewijsmateriaal wordt gedeeld met de verdediging (par. 267). Wanneer de inzet van de heimelijke bevoegdheid geen bewijsmateriaal heeft opgeleverd en geen vervolging plaatsvindt, blijft het stil van overheidszijde. Ten tweede heeft een burger, volgens het Bulgaarse cassatiehof, geen recht op eventuele schadevergoeding als hij niet eerst op de hoogte is gebracht van de inzet van de heimelijke bevoegdheid door het Nationale Bureau van Informatie (par. 269). Een *catch-22* dus: de burger krijgt geen mededeling over de toepassing van heimelijke bevoegdheden die geen resultaten oplevert en zonder deze mededeling kan hij in rechte niets beginnen.

5. Dit betekent volgens het EHRM dat in de onderhavige zaak toetsing *in abstracto* gerechtvaardigd is (par. 277). Het EHRM benadrukt dat die toetsing als *overarching requirement* beïnhoudt dat het 'system must contain effective guarantees – especially review and oversight arrangements – which protect against the inherent risk of abuse and which keep the interference which such a system entails with the rights protected by Article 8 of the Convention to what is “necessary in a democratic society” (par. 292). Toch wat verrassend is het als het EHRM vervolgens overgaat tot de toetsing. Hierbij beoordeelt het Hof namelijk: (i) de toegankelijkheid van de wet; (ii) redenen voor de inzet van heimelijke bevoegdheden en de reikwijdte van de wet; (3) duur van de bevoegdheid en de regels voor gegevensverwerking; (4) het autorisatieproces *voorafgaand* aan de inzet; (5) toezichtsmechanisme *tijdens* de inzet; (6) kennisgeving aan de betrokken personen; en (7) beschikbare rechtsmiddelen.

6. Dit zijn voornamelijk criteria die bij toetsing *in concreto* onder de noemer van het

rechtvaardigingscriterium in overeenstemming met de wet worden geschaard, vooral met betrekking tot de kwaliteit van de wettelijke bepaling.[3] Het Hof komt in de onderhavige zaak in paragraaf 358 dan ook tot de enigszins verwarrende conclusie dat ‘the Bulgarian laws governing secret surveillance do not fully meet the “quality of law” requirement and are incapable of keeping the “interference” entailed by the system of secret surveillance in Bulgaria to what is “necessary in a democratic society”’. Het lijkt er aldus op dat het EHRM de kwaliteit van de wet gebruikt om te beoordelen of de beperking in de uitoefening van het recht op respect voor het privéleven *proportioneel* is.[4] Het proportionaliteitsvereiste is een belangrijk, zo niet het belangrijkste onderdeel, bij de toetsing of een inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. Of een eventuele inbreuk proportioneel is, kan *in abstracto* eigenlijk alleen worden beoordeeld aan de hand van de reikwijdte van de wettelijke bepaling. Daardoor lopen bij de *in abstracto*-toetsing de rechtvaardigingscriteria in overeenstemming met de wet – en dan met name het subcriterium de kwaliteit van de wet – en de noodzakelijkheid in een democratische samenleving door elkaar.

7. In ieder geval is duidelijk dat de kwaliteit van de wet – te weten, de toegankelijkheid, de voorzienbaarheid van de inbreuk en de waarborgen tegen willekeurige inbreuken – ook *in abstracto* een belangrijke rol speelt. Dat is ook niet verwonderlijk: de potentiële schending zou zijn gebaseerd op de toepassing van een bestaande wettelijke bepaling en die bepaling kan uitstekend *in abstracto* worden beoordeeld op de zojuist genoemde criteria. In het onderhavige arrest, net zoals in *CfR* en *BBW* (beide reeds aangehaald), worden de criteria van het legitieme doel en de dwingende maatschappelijke behoefte dan ook niet (expliciet) getoetst.

8. Dit arrest en de *in abstracto*-toetsing hebben mijns inziens ook grote didactische waarde. Niet zelden komt het voor dat een student een nieuwe wettelijke bepaling of een wetsvoorstel inhoudende een opsporingsbevoegdheid[5] wil toetsen op verenigbaarheid met artikel 8 EVRM. Aangezien het hierbij vaak, zo niet altijd, om toetsing los van een concrete zaak gaat, is sprake van toetsing *in abstracto*. Het onderhavige arrest, en de andere in deze annotatie aangehaalde arresten, geven de student handen en voeten om zo’n abstracte toets uit te voeren.

D.A.G. van Toor

[1] Zie bijvoorbeeld de *key cases*: *Big Brother Watch t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013, *EHRC Updates september 2021*, m.nt. Hagens en Oerlemans; *Centrum för Rättvisa t. Zweden*, EHRM (GK) 25 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD003525208, *EHRC Updates september 2021*, m.nt. Hagens en Oerlemans; en *Roman Zakharov t. Rusland*, EHRM (GK) 4 december 2015,

ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306. Voor de vorm merk ik op dat door het EHRM al in 1978 (in *Klass e.a. t. Duitsland*; EHRM 6 september 1978) werd overwogen dat het door de uitoefening van heimelijke bevoegdheden soms onmogelijk is daadwerkelijk aan te tonen dat van een concrete schending sprake is, maar dat dan toch slachtofferstatus kan worden toegekend.

[2] Zo gaan Hagens en Oerlemans in hun annotatie bij *BBW* en *CfR* hierop niet in. Hetzelfde geldt voor artikelen over bulkinterceptie *casu quo untargeted interception*, zie o.a. M. Galic, 'Bulkbevoegdheden en strafrechtelijk onderzoek', *TBSH&H* 2022, p. 130-137; R.H.T. Jansen, 'Big Brother Watch e.a., Centrum för Rättvisa en het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten', *Computerrecht* 2022/51. Zij gaan allen in op de inhoudelijke beoordeling van de eventuele schending op het recht op respect voor privéleven door bulkinterceptie.

[3] Zie uitgebreid D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming* (diss. RUN), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 292 e.v.

[4] Anders in *CfR*, waarin het Hof benadrukt dat de wettelijke bepaling onvoldoende waarborgen tegen misbruik bevat.

[5] Om een paar voorbeelden te noemen: de hackbevoegdheid; strafrechtelijk ontruimen van gekraakte gebouwen of woningen; openbronnenonderzoek; de burgerinfiltrant; en (verplicht) grootschalig DNA-onderzoek