

ANNOTATIE

HYA e.a. (HvJ EU, C-349/21) – Het gebruiken van modelteksten in rechterlijke machtigingsbeschikkingen tijdens de opsporingsfase

D.A.G. van Toor

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 16-02-2023, ECLI:EU:C:2023:102 (EHRC-2023-0078)

1. De beklaagden in de onderhavige zaak zijn drie medewerkers van de grenspolitie, werkzaam op de luchthaven van Sofia, en twee andere personen. Zij zijn aangehouden en worden vervolgd voor het plegen van (wat naar Nederlands recht) mensenhandel (wordt genoemd). Tezamen zouden deze vijf personen een criminele organisatie vormen die ten doel had derdelanders het grondgebied van Bulgarije binnen te smokkelen. Het bewijs daarvoor bestaat eigenlijk uit twee categorieën bewijsmiddelen: (i) uitingen van de verdachten, doordat hun telefoongesprekken zijn afgeluisterd; en (ii) getuigenverklaringen *à charge* van de derdelanders *c.q.* slachtoffers^[1]. In het onderhavige arrest staat de rechtmatigheid van de telefoontap centraal. De verwijzende rechter stelt daarover een afgebakende prejudiciële vraag: als de rechter in de machtigingsbeschikking voor de telefoontap een vooraf opgestelde standaardtekst gebruikt, is dat dan in overeenstemming met Richtlijn 2002/58 (Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie)?

2. Om de situatie preciezer te schetsen, volgt hierna een beschrijving van de feitelijke gang van zaken: *in casu* zijn zeven verzoeken ingediend om telecommunicatie te tappen. Deze verzoeken zijn door het openbaar ministerie ‘tot in detail, en met redenen omkleed beschreven’ (par. 23). Het openbaar ministerie heeft in het verzoekschrift onder meer uitgebreid aandacht besteed aan het tot dusver verzamelde bewijsmateriaal en de

noodzakelijkheid om telecommunicatie te tappen. Deze verzoeken zijn op dezelfde dag door de rechter gehonoreerd en in de machtigingsbeschikking is enkel een vooraf opgestelde tekst aanwezig zonder enige verwijzing naar de feiten zoals die door het openbaar ministerie in het verzoekschrift zijn opgenomen of toepassing van juridische criteria. De machtigingsbeschikking bevat alleen dat ‘de hierin vermelde wettelijke bepalingen zijn nageleefd’ (par. 26), zelfs zonder vermelding van de verzoekende autoriteit of de identiteit van de af te luisteren verdachte(n). De verwijzende rechter twijfelt over de rechtmatigheid van deze gang van zaken. Artikel 15 Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie bepaalt namelijk dat lidstaten een inbreuk kunnen maken op de bescherming van de privacy ‘indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is’. Als de machtigingsbeschikking niet op deze aspecten – de noodzakelijkheid, de redelijkheid en de proportionaliteit – ingaat, dan kan de verwijzende rechter de rechtmatigheid niet of nauwelijks controleren.

3. Het gebruik van standaardteksten in machtigingen is ons strafprocesrecht niet vreemd. Vooral in het kader van de voorlopige hechtenisbeslissingen zijn kruisjesformulieren – waarin rechters slechts hoeven aan te vinken welke gevallen en gronden van toepassing zijn, zonder dat die selectie nader wordt gemotiveerd – schering en inslag. Die praktijk leidde al regelmatig tot (succesvolle) klachten in Straatsburg.[2] In deze annotatie wordt deze rechtspraak over de motiveringsvereisten van beslissingen in de opsporingsfase onder artikel 5 EVRM en onder Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie met elkaar vergeleken (rn. 5). Daarnaast geeft het onderhavige arrest ook aanleiding twee andere vergelijkingen te maken. In de Straatsburgse jurisprudentie komt de Bulgaarse wetgeving over het opnemen van telecommunicatie bepaald niet goed voor de dag,[3] maar in die jurisprudentie vindt een meer algemene toetsing van de wettelijke regeling in het licht van artikel 8 EVRM plaats. Het onderhavige arrest wordt daarmee vergeleken in randnummers 6-8. Ten slotte wordt aandacht besteed (rn. 9-10) aan de jurisprudentie over de motivering van machtigingsbeschikkingen wanneer een inbreuk wordt gemaakt op artikel 8 EVRM. De verwijzende rechter haalt namelijk het arrest *Dragojević t. Kroatië* aan in zijn verwijzingsbeslissing, en dat is een zaak waarin ook de motivering van een machtigingsbeschikking centraal staat.

4. Maar eerst meer over de onderhavige rechtsvraag. Uit artikel 15 Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie *juncto* artikel 47 Hv blijkt dat inbreuken op de vertrouwelijkheid van elektronische communicatie met redenen moeten worden omkleed. Het Hof maakt duidelijk dat de motivering van machtigingsbeschikkingen van essentieel belang is, opdat de zittingsrechter en betrokkenen de rechtmatigheid van machtigingen kunnen controleren (par. 60). Dat betekent echter niet dat die motivering ook daadwerkelijk door de rechter in zijn machtigingsbeschikking moet worden opgenomen. Op basis van de

Bulgaarse systematiek oordeelt het Hof namelijk dat de rechter, wanneer hij een modeltekst ondertekent, de motivering van het verzoek bekrachtigt. Als vervolgens, door kruislingse lezing van het verzoek en de machtigingsbeschikking, de motivering waarop de beslissing rust duidelijk wordt, dan zijn volgens het Hof de motiveringsvereisten volgend uit de Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie en artikel 47 Hv geëerbiedigd. Dit betekent natuurlijk wel dat naast de machtigingsbeschikking ook het verzoekschrift aan de zittingsrechter en betrokkene moet worden verstrekt. Anders is een kruislingse lezing onmogelijk.

5. In de rechtspraak over voorlopige hechtenisbeslissingen vereist het EHRM wel dat de rechter de beslissing in het bijzonder motiveert.[4] Daarbij moet de rechter in zijn motivering ingaan op specifieke feiten van de zaak en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte die de beslissing moeten dragen.[5] Dat die motivering (mogelijk) elders is opgetekend, zoals in het proces-verbaal van de raadkamerzitting, is volgens het EHRM onvoldoende.[6] Daaruit volgt namelijk alleen welke argumenten door partijen naar voren zijn gebracht, maar niet welke afweging de rechter maakt. Hieruit blijkt al duidelijk een verschil tussen de onderhavige zaak en het Nederlandse kruisjesformulier inzake voorlopige hechtenis. De machtigingsbeschikking om een heimelijke opsporingsbeslissing in te mogen zetten, wordt *nooit* op een raadkamerzitting bediscussieerd. Dat betekent dat in een situatie zoals de onderhavige de rechter de argumenten van de verzoekende partij niet hoeft te wegen in het licht van door anderen naar voren gebrachte argumenten, maar hij moet alleen toetsen of de argumenten die de verzoekende partij aandraagt de machtiging kunnen dragen. Verder is de beperking die de verdachte moet ondervinden wanneer hij van zijn vrijheid wordt beroofd ingrijpender dan wanneer een inbreuk wordt gemaakt op zijn privéleven. Dus ook hiërarchisch is het begrijpelijk dat aan beslissingen om inbreuken op artikel 5 EVRM te rechtvaardigen hogere eisen worden gesteld.

6. Dat laat echter onverlet dat lidstaten naar goeddunken hun gang kunnen gaan bij het (machtigen van het) opnemen van elektronische telecommunicatie. De ontwikkeling van deze opsporingsbevoegdheid in Bulgarije in de laatste 25 jaar kan daarvoor als voorbeeld dienen. De Bulgaarse *prosecutor-general* verzocht in 1998 de destijds geldende regels met betrekking tot het heimelijke surveillancemethoden, waaronder het tappen van telefoons, namelijk ongrondwettig te laten verklaren.[7] Centraal in zijn argumentatie stond (i) de afwezigheid van *externe rechterlijke controle voorafgaand* aan de toepassing van de bevoegdheden (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 31); (ii) de mogelijke beëindiging of verlenging van de inzet van de bevoegdheid op bevel van de Minister van Binnenlandse Zaken (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 32-33) en; (iii) de algemene controle over de toepassing van de bevoegdheden door de Minister van Binnenlandse Zaken (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 34). Het Constitutionele

Hof van Bulgarije vond de afwezigheid van rechterlijke controle niet in strijd met het recht op respect voor privéleven en de rol van de Minister van Binnenlandse Zaken geen schending van de in Bulgarije grondwettelijk verankerde scheiding der machten (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 31-34).

7. In de jaren na deze nationale procedure klaagden in Europees verband verschillende burgers over het geheimhouden van informatie over de toepassing van de heimelijke methoden (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 48-50). Juist dat geeft in het licht van de onderhavige casus te denken: ook in deze zaak blijkt uit de rechterlijke beslissing niet op welke gronden die rust (en het arrest en de verwijzingsbeslissing geven overigens ook niet expliciet aan dat het gemotiveerde verzoek aan het dossier is toegevoegd). Het EHRM oordeelde op de klacht van *AEIHR e.a.* dat de kwaliteit van de Bulgaarse wet met betrekking tot heimelijke surveillance methoden tekortschoot. Een belangrijk kritiekpunt van het EHRM is dat onafhankelijke externe controle ontbrak tijdens de toepassing van de bevoegdheid en voorafgaand aan vernietiging van het verkregen materiaal, omdat de controle plaatsvond door of onder het gezag van de Minister van Binnenlandse Zaken (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 85-89). Externe controle werd daarnaast bemoeilijkt omdat personen zelden een bericht krijgen ooit het object van een heimelijke surveillance methode te zijn geweest (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 91).[8] Door de afwezigheid van onafhankelijke externe controle is de kans op misbruik hoog. Feitelijk misbruik van de bevoegdheid leidt het EHRM af uit het feit dat meer dan 10.000 bevelschriften tot toepassing van een heimelijke methode zijn uitgevoerd binnen 24 maanden op een populatie van onder de acht miljoen inwoners, terwijl het uiteindelijk slechts in minder dan 300 zaken tot een vervolging kwam (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 92).

In 2008 zijn de nodige aanpassingen in de Bulgaarse wet doorgevoerd, en is bij een wet een extern onafhankelijke eenheid opgericht,[9] die jaarlijkse rapporten over de externe controle op de surveillance methoden publiceert. Uit deze rapporten blijkt dat in de praktijk tot 2012 nog steeds veel misging bij de toepassing van heimelijke surveillance methode in Bulgarije. Zo worden bevelschriften ter toepassing van een bevoegdheid nauwelijks onderbouwd, wordt de uitoefening van de bevoegdheid slecht geverbaliseerd en vind slechts marginale rechterlijke toetsing voorafgaand aan de toepassing plaats (*Hadzhiev*, reeds aangehaald, par. 28). Onlangs oordeelde het EHRM zelfs dat de 'nieuwe' Bulgaarse wetgeving *in abstracto* niet in overeenstemming is met de rechtvaardigingscriteria van artikel 8 lid 2 EVRM.[10]

8. Het EHRM is derhalve zeer kritisch over de Bulgaarse wetgeving (en praktijk) die ook centraal staan in de onderhavige zaak. Doordat de verwijzende rechter een afgebakende vraag stelt, namelijk alleen of het bevestigen van het verzoek voldoet als motivering van de machtigingsbeschikking, bekijkt het Hof dit punt geïsoleerd. Het Hof besteedt daardoor

(logischerwijze) geen aandacht aan de decennialang geuite kritiek op de toepassing van heimelijke telecommunicatiebevoegdheden in Bulgarije, inclusief de rol van de voorafgaande rechterlijke toetsing in dat systeem. Het is enerzijds begrijpelijk dat het Hof oordeelt dat een kruislingse lezing de zittingsrechter en betrokkenen achteraf in staat stellen de rechtmatigheid van de machtiging te toetsen, maar deze systematiek – waarin de rechter niet expliciet zijn beslissing motiveert – werkt misbruik in de hand. Gezien de grote discrepantie tussen het aantal afgeluisterde telefoons en het aantal zaken waarin het openbaar ministerie tot vervolging overging (zie rn. 7), kan de vraag worden gesteld of het Bulgaarse openbaar ministerie niet te lichtzinnig grijpt naar de onderhavige bevoegdheid en de rechter het verzoek weinig kritisch tegemoet treedt. Dat het een en ander dan achteraf, als alles in het dossier komt, mooi op papier staat, betekent niet dat de bevoegdheid bij voorafgaande externe controle gemachtigd zou moeten worden. Juist in de geschiedenis van de Bulgaarse heimelijke telecommunicatiebevoegdheid is daartoe aanleiding te vinden. Door de formulering van de verwijzingsbeslissing geeft het Hof Bulgarije echter de ruimte om de marginale rechterlijke toetsing voorafgaand aan de inzet van de bevoegdheid (zie expliciet *Hadzhiev*, reeds aangehaald, par. 28) voort te zetten.

9. Ten slotte nog een uitstapje naar de motivering van machtigingsbeschikkingen betreffende het opnemen van telecommunicatie in de rechtspraak van het EHRM. In de zaak *Dragojević t. Kroatië* – deze zaak wordt ook door de verwijzende rechter aangehaald – gaat het EHRM in op de Kroatische praktijk, waarin de gronden waarop de machtigingsbeschikking rust achteraf worden opgeschreven.[11] Dit is in strijd met de tekst van de Kroatische wetgeving op dit punt; die verlangt rechterlijke controle voorafgaand aan de inzet en een gemotiveerde machtiging waarmee het verzoek wordt gehonoreerd.[12] Het EHRM is streng over deze gang van zaken: ‘Moreover, the Court considers that in a situation where the legislature envisaged prior detailed judicial scrutiny of the proportionality of the use of secret surveillance measures, a circumvention of this requirement by retrospective justification, introduced by the courts, can hardly provide adequate and sufficient safeguards against potential abuse since it opens the door to arbitrariness by allowing the implementation of secret surveillance contrary to the procedure envisaged by the relevant law.’[13] Het EHRM oordeelt dan ook dat de inbreuk in *Dragojević* niet in overeenstemming met het recht is.

10. Het Hof maakt het zich in de onderhavige zaak ook op dit punt gemakkelijk: ze reduceren de rechtsvraag in *Dragojević* tot de kwestie of ‘de ontoereikendheid van de motivering van de machtigingsbeschikkingen achteraf te verhelpen’ zijn (par. 64). Dat is een andere kwestie dan de prejudiciële vraag of de rechter door het verlenen van een machtiging de argumentatie van het verzoekschrift bekrachtigd. In de kern klopt dat, althans het EHRM oordeelt dat de Kroatische wet andere vereisten stelt met betrekking tot de motivering van de

machtigingbeschikking dan in de praktijk wordt toegepast en die praktijk beschermt slechter tegen arbitraire toepassing van de bevoegdheid. In de onderhavige zaak gaat het om de vraag of de motivering ook voldoende duidelijk kan worden door kruislingse lezing. Het is echter zeer de vraag in hoeverre de situatie feitelijk anders is in de onderhavige zaak: wanneer de Bulgaarse zittingsrechter wordt geconfronteerd met de machtigingsbeschikking – in de onderhavige zaak zijn deze beschikkingen van mei 2017 en de verwijzingsbeslissing is genomen in juni 2021 –, met inachtneming van de geschiedenis van de Bulgaarse heimelijke telecommunicatiebevoegdheid, kan worden getwijfeld of voorafgaand alles keurig op papier stond. Het is in ieder geval niet te controleren, omdat de machtigingsbeschikking geen melding maakt van de feiten en argumenten aangedragen door het openbaar ministerie. Net zoals de Kroatische praktijk is de Bulgaarse praktijk gevoelig voor arbitraire inbreuken op de vertrouwelijkheid van elektronische telecommunicatie, bijvoorbeeld door aanvulling van de gronden van een geantedateerd verzoekschrift. Het Hof had hier, zelfs bij de afgebakende verwijzingsbeslissing, stelliger standpunt in kunnen nemen over de voorafgaande rechterlijke controle op heimelijke telecommunicatiebevoegdheden. In de rechtspraak van het EHRM over hetzelfde thema alsmede met betrekking tot de motivering van beschikkingen inzake andere dwangmiddelen kan daartoe aanleiding worden gevonden.

D.A.G. (Dave) van Toor

Universitair docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

[1] Dat leidde tot een afzonderlijk arrest: *HYA e.a.*, HvJ EU 8 december 2022, nr. C-348/21, ECLI:EU:C:2022:965, en is ook door ongetekende geannoteerd.

[2] *Hasselbaink t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916.

Maassen t. Nederland; EHRM 9 februari 2021, nr. 10982/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215, *Zohlandt t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 69491/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006949116, *EHRC Updates* april 2021, allen m.nt. Crijns & Van den Brink.

[3] *Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije*, EHRM 11 januari 2022, nr. 70078/12, ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD007007812, *EHRC Updates*, januari 2023, m.nt. Van Toor.

[4] *Hasselbaink t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916, par. 72, *EHRC Updates*, april 2021, m.nt. Crijns & Van

den Brink.

[5] *Hasselbaink t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916, par. 72, *EHRC Updates*, april 2021, m.nt. Crijns & Van den Brink.

[6] *Hasselbaink t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916, par. 58, *EHRC Updates*, april 2021, m.nt. Crijns & Van den Brink.

[7] *Association for European Integration and Human Rights (AEIHR) & Ekimdzhev t. Bulgarije*, EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0628JUD006254000, par. 29.

[8] Zie ook *Hadzhiev t. Bulgarije*, EHRM 23 oktober 2012, nr. 22373/04, ECLI:CE:ECHR:2012:1023JUD002237304,.

[9] *Goranova-Karaeneva t. Bulgarije*, EHRM 8 maart 2011, 12739/05, ECLI:CE:ECHR:2011:0308JUD001273905, par. 25-26.

[10] *Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije*, EHRM 11 januari 2022, nr. 70078/12, ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD007007812, *EHRC Updates*, januari 2023, m.nt. Van Toor.

[11] *Dragojević t. Kroatië*, EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0115JUD006895511, *JBP* 2015/57, m.nt. Lindeman.

[12] *Dragojević t. Kroatië*, EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0115JUD006895511, par. 96-99, *JBP* 2015/57, m.nt. Lindeman.

[13] *Dragojević t. Kroatië*, EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0115JUD006895511, par. 98, *JBP* 2015/57, m.nt. Lindeman.