

IV R

Noot bij P.G. en J.H./ VK (EHRM 25 september 2001)

Verschenen in *NJ* 2003, afl. 48, nr. 670

E.J. Dommering

1. De verdachte van een bankoverval in Engeland werd in maart 1995 door tussenkomst van detective Mann in zijn flat afgeluisterd. Mann had voor de plaatsing van de afluistermicrofoons toestemming gekregen van zijn Chief Constable. Gedurende veertien dagen werden de gesprekken getaped. Ook werden video opnamen gemaakt. Tegelijk met het afluisteren vroeg de politie de gespecificeerde telefoonrekeningen op om te achterhalen met wie er vanuit de flat werd gebeld. Op 15 maart ontdekte de verdachte de afluistermicrofoons en verliet de flat. Een bankroof vond niet plaats, maar wel werden de verzoekers (bezoekers van de flat) later aangehouden wegens poging tot het uitvoeren van een bankroof. Gedurende het proces worden vragen aan de orde gesteld omtrent het aanbrengen van de tap, het opvragen van telefoonrekeninggegevens, het gebruik van tapegegevens, de rechtmatigheid van de bewijsvoering en de procedurele waarborgen. De zaak vertoont gelijkenis met de zaak *Khan* (EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002, 180, m.nt. Sch), maar bevat ook een aantal andere gezichtspunten.
2. Het eerste punt dat de aandacht trekt is dat het Hof in overweging 39 zonder voorbehoud zijn beslissing inzake Malone (EHRM 2 augustus 1984, Series A nr 82) bevestigt dat gegevens die inzicht verschaffen met *wie* de afgeluisterde telefoneert, vallen onder de bescherming van het communicatiegeheim (correspondence) van artikel 8 EVRM zodat aan de overige vereisten van artikel 8 moet worden voldaan. *Verkeersgegevens*, zoals deze gegevens, die niet de *inhoud* van de communicatie maar het *communicatiegedrag* (wanneer en met wie) blootleggen, in het algemeen worden genoemd, zijn dus evenzeer vatbaar voor bescherming als de inhoud van de communicatie zelf. In Nederland heeft de discussie over de bescherming van verkeersgegevens zich bij de voorgestelde wijziging van artikel 13 Gw toegespitst op de vraag of deze dezelfde bescherming als de communicatie-inhoud zouden moeten hebben. De regering en de ingestelde Commissie Franken die over de wijziging adviseerde, meenden van niet, maar dit standpunt is bekritiseerd (zie daarover onder meer [L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten*](#), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002, p. 102 e.v., [L.F. Asscher en A.H. Ekker \(red.\) *Verkeersgegevens. Een juridische en technische inventarisatie*](#), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003 en daar aangehaalde literatuur, alsmede vanuit strafrechtelijke invalshoek B-J Koops, *Strafvordelijk onderzoek van telecommunicatie 1838-2002*, Deventer: Kluwer 2002, p. 47 e.v.). De redenering dat verkeersgegevens minder bescherming behoeven (en daarom onder het lichtere regime van artikel 10 van de Gw zouden kunnen vallen) werd met name door de Registratiekamer (thans College Bescherming Persoonsgegevens) bestreden (zie B-J. Koops t.a.p). Mijns inziens terecht. De voortschrijdende informatietechnologie die toepassing vindt bij telecommunicatie maakt dat met behulp van deze gegevens tamelijk verfijnde profielen kunnen worden opgesteld die evenveel, zo niet meer, over iemands privéleven vertellen als de inhoud van een privécommunicatie. Ze gaan dan ook een steeds grotere rol spelen bij de opsporing. In de [Privacy en elektronische communicatie richtlijn \(2002/58/EG, PB L 201/37 \(31.07.2002\)\)](#) wordt in artikel 5 dan ook geen

onderscheid gemaakt. Dit artikel stelt eisen aan de Lidstaten door van hen beschermende maatregelen te verlangen voor het waarborgen van 'het vertrouwelijke karakter van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens'. Evenals in de andere afliuisterzaken stelt het Hof hoge eisen aan de wettelijke grondslag van de beperking (zie de zaak Huvig en Kruslin, EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 532, m.nt. EJD). De burger die in het geheim wordt beluisterd is kwetsbaar en daarom moeten er hoge eisen worden gesteld aan de voorzienbaarheid van de wettelijke grondslag, in die zin dat de beslissingen om deze vergaande inbreuk te plegen niet willekeurig of arbitrair mogen zijn. En het Hof varieert daarbij naar de ernst van de inbreuk. In overweging 46 heet het: "What is required by way of safeguards will depend, to some extent at least, on the nature and the extent of the interference in question. In this case, the information obtained concerned the telephone numbers called from B's flat between two dates. It did not include any information about the contents of those calls, or who made or received them. The data obtained and the use that could be made of it, were therefor strictly limited." Wat opvalt in deze overweging is dat 'inhoud' van de communicatie wel een criterium is om de ernst te bepalen, maar niet het enige. Ook de identiteit van de bellers of gebelden kan dat zijn. Daarmee is dunkt mij vastgesteld dat onder artikel 8 EVRM geen scherp onderscheid gemaakt kan worden tussen inhoud en verkeersgegevens. Het gaat er om hoeveel er over een persoon *in* of *door* de privécommunicatie bekend wordt.

3. Het tweede punt betreft het gebruik dat van de tapes is gemaakt. De tapes waren gebruikt om vast te stellen of een van de klagers in de flat was geweest. Er waren allerlei spraakherkenningstests uitgevoerd, waarover een deskundige had verklaard dat de aanwezigheid van verzoekers waarschijnlijk tot zeer waarschijnlijk was geweest. Het Hof onderzoekt of het systematisch onderzoek op de banden naar het stemgeluid een privacy inbreuk is. De redenering van het Hof verdient nadere aandacht. In overweging 56 vat het zijn jurisprudentie samen wat het tot het privéleven rekent. Dat loopt van de gevoelige gegevens omtrent sexe en sexuele geaardheid tot gegevens in een zakelijke context, of, zoals het Hof het uitdrukt: "There is a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of private life." In overweging 57 geeft het aan dat systematische waarneming en vastlegging daarvan bijdraagt aan de inbreuk op privacy. Ook het systematisch onderzoek van een geluidsband om iemands spraak te herkennen kan een privacy inbreuk vormen: "A permanent record has nonetheless been made of the person's voice and it is subject to a process of analysis directly relevant to identifying that person in the context of other personal data." Systematische waarneming, vastlegging en analyse van gegevens die 'op het eerste gezicht' niet privacygevoelig zijn, zoals het timbre van iemands stem, kan, ook omdat het combineerbaar wordt met andere persoonsgegevens een privacy inbreuk vormen. Het probleem van herkenbaarheid, die aanvankelijk niet lijkt te bestaan (zoals een lichaamsdeel), heeft ook in de rechtspraak van de HR een grote rol gespeeld. Vastlegging en context kunnen daar de privacy inbreuk constitueren (HR 1 juli 1988, NJ 1989, 367, m.nt. WH - Vondelpark -, HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277, m.nt. WH - naturaliste). Hier oordeelt het Hof anders dan bij de belgegegevens. Het vindt de wettelijke grondslag te vaag en daardoor de ingreep te arbitrair, zodat dit deel van de privacy inbreuk niet de 'prescribed by law' test passeert.
4. Het derde punt betreft de vraag of het gebruik van met onrechtmatige privacy inbreuk verkregen bewijsmateriaal in het proces geoorloofd is. Het Hof toetst deze vraag aan artikel 6 van de Conventie. In de Kahnzaak (zie hiervoor onder 1) besliste het Hof dat de vraag welke rol het op onrechtmatige wijze verkregen bewijs (in dit geval privacy inbreuk) een rol kan spelen in het proces een afzonderlijke afweging vergt waarbij het belang van

de waarheidsvinding en het belang dat een proces fair is geweest (*fair trial*) tegen elkaar worden afgewogen. De problematiek van de uitsluitbaarheid van het onrechtmatige bewijs is kortgeleden in een dissertatie onderzocht voor het strafproces, het burgerlijke proces en het bestuursproces, in Duits en Amerikaans rechtsvergelijkend perspectief (M.C.D. Embregts, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting*, Deventer: Kluwer 2003). Uit het Amerikaanse en Duitse recht is afkomstig het onderscheid dat de bewijsuitsluiting drie verschillende doelen kan dienen (Embregts a.w. p. 104). Het kan een preventief doel dienen met het oog op het terugdringen van onrechtmatig overheidsoptreden (dat speelt met name in het strafrecht). Het tweede doel, dat daar aan verwant is, wordt het demonstratiedoel genoemd: bewijsuitsluiting demonstreert aan de burger het rechtstatelijke van het overheidsoptreden, omdat onrechtmatige bewijsgaring door uitsluiting wordt gestraft. Het laatste doel wordt het reparatiedoel genoemd en het beoogt de partij tegen wie het bewijs gebruikt wordt zoveel mogelijk weer in de positie te brengen als ware er geen onrechtmatig bewijs. Dit doel ziet het meest op het fair trial beginsel en is het best toepasbaar in alle rechtsgebieden, de eerste twee zijn vooral sancties op overheidsacties en zien meer op het strafrecht (en later ook op het bestuursrecht). Toegepast op het strafrecht kan de vaststelling door de rechter dat delen van het bewijs onrechtmatig zijn, met toepassing van het preventiedoel of het reparatiedoel aanleiding geven tot de toepassing van verschillende sancties, variërend van uitsluiting van het bewijs, niet ontvankelijkverklaring van het OM tot strafvermindering (Embregts a.w. p. 185). Redeneert men vanuit het fair trial beginsel, zoals in het Khanarrest en in deze zaak, dan wordt de onrechtmatigheid afgewogen tegen het gehele verloop van het proces en wordt gekeken naar de relativiteit van de onrechtmatigheid tegenover de verdachte (zie hierover verder Embregts a.w. p. 131 en p. 207-211 die de toepassing van het relativiteitsvereiste in de Khanzaak bekritiseert). In de Khanzaak was er de dissenting rechter Loucaides die oordeelde dat een schending van een verdragsrecht eo ipso tot gevolg heeft dat niet meer van een fair trial kan worden gesproken. Die dissenting opinion wordt gevolgd door rechter Tulkens in deze zaak. Deze ziet verschillen met de eerdere Schenkbeslissing (EHRM 12 juli 1988, *NJ* 1988, 851, m.nt. EAA), omdat het daar ging om schending van nationale rechtsregels, en het in het kader van de verdragscontrole door het Hof niet de taak van het Hof is om feitelijke en juridische fouten op nationaalrechtelijk niveau te herstellen. Bij een schending van een ander verdragsrecht past evenwel niet die terughoudendheid in de toetsing. Het bestaan van een consistente dissenting lijn binnen twee verschillende 'kleine kamers' doet de vraag rijzen of deze vraag niet aan een Grand Chamber zou moeten worden voorgelegd.

5. De laatste beslissing heeft betrekking op de aangevoerde schending van artikel 13 van het Verdrag, inhoudende dat het VK geen adequate procedure kent om tegen het optreden van de autoriteiten op te komen. Het Hof honoreert deze klacht in de overwegingen 86-88, omdat een schending van artikel 8 EVRM niet rechtstreeks door de Engelse autoriteiten kon worden beoordeeld en de interne administratieve klachtprocedure onvoldoende waarborgen voor onafhankelijkheid bood.
6. Al met al is de aanpak van het Hof toch sterk gefragmenteerd: wél schending van artikel 8 EVRM en dus onrechtmatig bewijs, wél schending van artikel 13 want geen adequate rechtsmiddelen tegen de schending van artikel 8 EVRM en daarom schending van artikel 13 EHRM, maar ondanks dat tóch een fair trial en geen schending van artikel 6 EVRM. Het arrest illustreert overigens treffend dat het losknippen van de privacyschending van de uitsluitbaarheid van het daardoor verworven bewijs, het noodzakelijk maakt dat er adequate rechterlijke controle is in de voorfase van het proces op de rechtmatigheid van

de bewijsgaring. Ik verwijs naar de [w](#)noot bij het arrest Colas Est.

EJD
