

Bijlage bij reactie CTIVD op concept-wetsvoorstel Wiv 20XX

Het mensenrechtenkader voor het Nederlandse stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten

Augustus 2015

Afdeling staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden

Mr. dr. J.P. Loof

Mr. dr. J. Uzman

Prof. mr. T. Barkhuysen

Prof. mr. A.C. Buyse (Universiteit Utrecht)

Prof. mr. J.H. Gerards (Radboud Universiteit Nijmegen)

Prof. dr. R.A. Lawson



Universiteit Leiden

Inhoudsopgave

	Samenvatting	p. I-IV
1	Inleiding	p. 1
2	Onderzoeksvragen en opbouw van dit rapport	p. 4
3	Het karakter van het mensenrechtenkader en het recht op een effectief rechtsmiddel	p. 5
3.1	Historische ontwikkeling	p. 5
3.2	Effectief rechtsmiddel	p. 6
3.3	Conclusie	p. 7
4	EHRM-jurisprudentie met betrekking tot het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten	p. 8
4.1	Drie opmerkingen vooraf	p. 8
4.2	Startpunt in de EHRM-jurisprudentie: een inbreuk op EVRM-rechten vergt een adequate wettelijke basis	p. 8
4.3	Specifieke voorwaarden met betrekking tot het toezicht op de IVD's	p. 12
4.3.1	Interne waarborgen en extern toezicht moeten in onderlinge relatie worden gezien	p. 12
4.3.2	Onafhankelijk toezicht op de toestemmingverlening voor heimelijke informatieverzameling of communicatieonderschepping	p. 13
4.3.3	Gerichte of ongerichte data-interceptie: andere standaarden?	p. 17
4.4	Conclusie: consequenties voor inrichting van het toezicht op de IVD's in Nederland	p. 18
5	Overige internationale en Europese standaarden met betrekking tot het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten	p. 19
5.1	De Verenigde Naties	p. 19
5.2	De Europese Unie	p. 23
5.3	De Raad van Europa	p. 26
5.4	Conclusie	p. 28
6	Toezicht en klachtbehandeling – gescheiden werelden?	p. 28
6.1	Inleiding	p. 28
6.2	Voorgeschiedenis en stand van zaken	p. 29
6.3	Literatuur en <i>soft law</i>	p. 30
6.4	Jurisprudentie van het EHRM	p. 31
6.4.1	Inleiding	p. 31
6.4.2	Cumulatie van taken onder artikel 6 EVRM	p. 32
6.4.3	De toepasselijkheid van de jurisprudentie met betrekking tot cumulatie van taken	p. 34
6.4.4	Cumulatie van functies en artikel 13 EVRM	p. 36
6.5	Conclusie	p. 37
7	Samengevatte antwoorden op de onderzoeksvragen	p. 38
	Literatuurlijst	p. 42

Samenvatting

In dit rapport wordt zo duidelijk en precies mogelijk in kaart gebracht welke minimumeisen en verdere richtinggevende voorwaarden uit de EHRM-jurisprudentie – en eventuele oordelen of opinies van andere mensenrechteninstanties, zowel in Europees als in VN-verband – voortvloeien met betrekking tot de inrichting en vormgeving van het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (IVD's). Het onderzoek naar deze materie werd verricht in opdracht van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD). Deze analyse is van belang in verband met de door de Commissie-Dessens voorgestelde en door het kabinet overgenomen verruiming van de bevoegdheden tot ongerichte interceptie van niet-kabelgebonden communicatie door de IVD's. De Commissie-Dessens heeft deze verruiming van de interceptiebevoegdheden nadrukkelijk gekoppeld aan een versterking van het toezicht door de CTIVD. Om voorstellen tot versterking van dit toezicht op waarde te kunnen schatten is het relevant zicht te hebben op de ontwikkelingen in het Europees en internationaal recht inzake de bescherming van de rechten van de mens, aangezien zich in jurisprudentie en in op internationaal niveau geformuleerde *soft law* voorwaarden hebben uitgekristalliseerd waaraan dit toezicht moet voldoen.

Uit het Europees en internationaal recht, in het bijzonder uit de jurisprudentie van het EHRM komt ten aanzien van de inrichting van het toezicht op IVD's een 'drieslag' naar voren:

- (a) Hoewel het EHRM nog nooit zo ver is gegaan dit als een expliciete eis voor EVRM-conformiteit te formuleren, heeft het een *sterke voorkeur* voor *ex ante* toestemmingverlening door een onafhankelijke autoriteit voor de inzet van heimelijke onderzoeksbevoegdheden die diep ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van burgers. Dit kan de rechter zijn, maar in veel van de internationale documenten en rapporten wordt een voorkeur uitgesproken voor een gespecialiseerde onafhankelijke toezichthouder. Deze toezichthouder moet dan qua onafhankelijkheid en uitspraakbevoegdheden vergelijkbaar zijn met een rechter en toegang hebben tot alle relevante informatie van de IVD's. Aangezien zo'n specifieke toezichthouder doorgaans meer technische en juridische deskundigheid met betrekking tot het optreden van IVD's zal kunnen opbouwen, kan zelfs worden betoogd dat een gespecialiseerde onafhankelijke toezichthouder in het licht van de materiële effectiviteitseisen die uit artikel 13 EVRM voortvloeien ten aanzien van een 'rechtsmiddel' de voorkeur verdient boven een rechter die die gespecialiseerde kennis ontbeert.
- (b) In de EHRM-jurisprudentie nemen wij een *niet volledig expliciet geformuleerde, maar desalniettemin duidelijk te herkennen, eis van bindend ex post rechtmatigheidstoezicht* door een externe onafhankelijke toezichthouder waar. Deze eis valt te destilleren uit de voorwaarden die in de EHRM-jurisprudentie voortvloeien uit artikel 8 in samenhang met artikel 13 EVRM. Als de inzet van een heimelijke onderzoeksbevoegdheid vooraf is getoetst op rechtmatigheid en mensenrechtenconformiteit door een onafhankelijke instantie, ziet het *ex post* toezicht op de uitoefening van de bevoegdheid (Is deze uitoefening conform de gegeven autorisatie? Voldoet de uitoefening aan de mensenrechtelijke vereisten?) Indien er geen sprake is van een *ex ante* toets door een onafhankelijke instantie, dient het *ex post* toezicht mede een bindend oordeel te moeten kunnen omvatten over de gegeven autorisatie.
- (c) Ten slotte is in de EHRM-jurisprudentie onomwonden een *wel expliciet geformuleerde en dwingende eis* neergelegd dat een onafhankelijke toezichthouder *bindende oordelen* kan geven in *klachtprocedures*.

In verschillende Europese landen (Duitsland, België, Zweden) zijn elementen van deze drieslag in het toezicht op de IVD's te herkennen.

De toegevoegde waarde van bindend *ex post* toezicht door een gespecialiseerde onafhankelijke toezichthouder gedurende heimelijke informatieverzamelingsoperaties is vooral gelegen in het politiek neutrale, langdurige en continue karakter daarvan. Dit onderscheidt het gespecialiseerde toezicht van het eveneens belangrijke parlementaire toezicht op de IVD's. Uit de EHRM-jurisprudentie die ziet op

kwesties rondom toezicht op IVD's komt naar voren dat de eis dat het oordeel van die onafhankelijke toezichthouder bindend moet zijn niet alleen gehanteerd moet worden voor de oordelen op klachten, maar ook voor de oordelen in het kader van het rechtmatigheidstoezicht dat los van ingediende klachten plaatsvindt. Dit vloeit voort uit de verdragsplicht te voorzien in een effectief rechtsmiddel. Het onafhankelijke toezicht dient tenslotte vooral als plaatsvervanger van een door de betrokkene in te roepen rechtsmiddel, nu deze dat zelf niet kan omdat hij/zij onwetend is over de jegens hem/haar gepleegde privacy-inbreuk. Daarom is het geenszins vreemd of onlogisch om de effectiviteitseisen zoals die geformuleerd zijn voor klachtprocedures naar analogie toe te passen op *ex post* rechtmatigheidstoezicht dat plaatsvindt los van enige ingediende klacht.

Wat betreft externe *ex ante* autorisatie, moet de door het EHRM meermaals uitgesproken voorkeur voor rechterlijke betrokkenheid niet verabsoluteerd worden. Het Hof beoordeelt altijd het totaalpakket van aanwezige waarborgen en rechtsbeschermingsmechanismen rondom IVD's. Daarnaast wordt er in diverse studies en rapporten op gewezen dat aan *ex ante* autorisatie door een rechterlijke instantie ook nadelen kleven (onder meer het feit dat die rechterlijke instantie niet achteraf ter verantwoording kan worden geroepen). Diverse studies en rapporten wijzen op het voordeel van een mengvorm van bestuurlijk-politieke autorisatie gekoppeld aan onafhankelijk bindend *ex post* toezicht dat kan plaatsvinden gedurende de IVD-operaties. De gedachte daarbij is dat de bindende rechtmatigheidsoordelen van een toezichthouder uiteindelijk zullen doorwerken in de bestuurlijk-politieke *ex ante* autorisatie. Voor wat betreft de *ex ante* autorisatie voor ongerichte interceptie-operaties valt daarnaast op te merken dat de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets die in het licht van de mensenrechtennormen bij toestemmingverlening moet plaatsvinden, bij dit type operaties moeilijk te individualiseren valt. Het gaat bij de toestemmingverlening voor dit type operaties niet om een concrete afweging tussen het nationale veiligheidsbelang en de inbreuk op de privacy van een of meer bepaalde individuen, maar om een meer abstracte toets of sprake is van een dusdanige dreiging dat die het onderscheppen van bepaalde communicatiestromen ten behoeve van nader onderzoek rechtvaardigt. Deze toets is meer politiek-bestuurlijk (strategisch) dan juridisch van aard.

Behalve de (minimum)eisen die zijn af te leiden uit jurisprudentie en andere oordelen van mensenrechteninstanties worden in dit rapport ook de bredere internationale en Europese ontwikkelingen in het denken over privacybescherming in relatie tot grootschalige en ongerichte data-interceptie door IVD's geanalyseerd. Uit die analyse komt naar voren dat er in het internationale en Europese juridische en politieke debat sprake is van een opwaartse druk ten aanzien de normstelling op het terrein van privacy, vooral waar die betrekking heeft op het grootschalig verzamelen van data of onderscheppen van telecommunicatie. De gesignaleerde opwaartse druk komt nu nog hoofdzakelijk tot uiting in niet juridisch bindende standpunten en opinies van NGO's, groepen van wetenschappers (o.m. de *International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance*) en internationale instanties (de VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, enkele VN speciaal rapporteurs, de Mensenrechtencommissaris en de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa). Het is evenwel een gebruikelijk proces binnen internationale rechtssystemen op het terrein van de mensenrechten dat dergelijke niet-bindende oordelen en opinies op een bepaald moment, als uitdrukking van de juridische *communis opinio* over een bepaald onderwerp, doorwerken in de wel bindende oordelen van instanties als het EHRM. Het is sterk aan te raden om daar bij de inrichting van het Nederlandse IVD-toezichtstelsel rekening mee te houden.

De conclusie van dit rapport is dat de optelsom van (1) de huidige mensenrechtelijke stand van zaken (de drieslag aan eisen met betrekking tot het toezicht op de IVD's die daaruit voortvloeit), (2) de ontwikkeling in het internationale en Europese privacy-debat (die zorgt voor opwaartse druk ten aanzien van de normstelling) en (3) het feit dat de ongerichte communicatie-interceptie naar zijn aard een grootschalig karakter heeft, waardoor in potentie heel veel burgers en communicatiestromen kunnen worden geraakt, ertoe dwingt om in Nederland ten minste te voorzien in de mogelijkheid van bindende rechtmatigheidsoordelen van de CTIVD, zowel in het kader van het *ex post* toezicht dat plaatsvindt gedurende (en soms na afloop) van heimelijke informatieverzamelingsoperaties die diep ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van burgers (denk aan gerichte en ongerichte communicatie-interceptie en

het hacken van computers), als in het kader van de klachtenbeoordeling. Een toezichtstelsel dat daarin niet voorziet loopt het risico op een toekomstig internationaal of Europees oordeel (bijvoorbeeld van het EHRM) dat het niet voldoet aan de mensenrechtelijke eisen. Daarbij past de kanttekening dat internationale instantie als het EHRM altijd het totale stelsel van waarborgen en rechtsbeschermingsmechanismen in ogenschouw neemt, inclusief de eventueel bestaande mogelijkheden om het optreden van IVD's aan te vechten in een rechterlijke procedure. In Nederland is, los van het huidige rechtmatigheidstoezicht en de advisering over klachten door de CTIVD, een gang naar de rechter niet volledig uitgesloten. De Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 brengt echter dusdanige beperkingen met zich voor de rechter om kennis te nemen van het bronmateriaal van de IVD's, dat het niet waarschijnlijk is dat deze mogelijkheid van rechterlijke toetsing voldoende compensatie biedt voor het ontbreken van bindende rechtmatigheidsoordelen door de gespecialiseerde toezichthouder.

In het laatste deel van dit rapport wordt ingegaan op de specifieke vraag in hoeverre het vanuit Europees en internationaalrechtelijk perspectief noodzakelijk is om bij toekenning van bindende kracht aan het klachtoordeel van de CTIVD een institutionele scheiding tussen de toezichthoudende en klachtbehandelende taak van de CTIVD aan te brengen ter voorkoming van vermenging van taken. De conclusie met betrekking tot deze vraag is dat literatuur noch jurisprudentie eenduidig wijzen in de richting van zo'n scheiding, maar dat zich in literatuur en *soft law* in algemene zin een voorkeur hiervoor aftekent. Een dergelijke voorkeur is niet te vinden in jurisprudentie met betrekking tot de inlichtingendiensten, maar wel op andere terreinen waar het gaat om een combinatie van adviserende of toezichthoudende taken enerzijds, en (quasi-)rechterlijke geschilbeslechting anderzijds. Vanuit het perspectief van publiek vertrouwen in de onpartijdigheid van geschilbeslechters is er in het algemeen sprake van een juridische voorkeur om deze taken te scheiden. Daarbij is beslissend dat voorkomen moet worden dat een bepaalde instantie zich als geschilbeslechter moet uitspreken over een kwestie waarover deze zich al eerder heeft uitgelaten. Minder relevant is daarbij of die eerdere uitlating een juridische bindende was of niet, het perspectief van het publiek vertrouwen is namelijk leidend. De rechtspraak over dit soort kwesties is echter genuanceerd. Het hangt van de specifieke aard van het toezicht, respectievelijk de klacht af of zich ook daadwerkelijk problemen voordoen.

1 Inleiding

Aanleiding voor dit in opdracht van de Commissie van Toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (CTIVD) verrichtte onderzoek is het feit dat de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002) aan de vooravond staat van een ingrijpende wijziging. In december 2013 adviseerde de evaluatiecommissie Wiv 2002 (de Commissie-Dessens) dat technologische ontwikkelingen aanleiding geven tot het uitbreiden van de informatieverzamelings- en communicatieonderscheppingsbevoegdheden van de diensten. In het bijzonder stelde de Commissie een wijziging voor van de zogenoemde interceptiebepalingen uit de Wiv 2002. Deze bepalingen kennen de diensten bijzondere bevoegdheden toe om berichtenverkeer – allerhande vormen van telecommunicatie van personen en organisaties – te onderscheppen. De belangrijkste nieuwe interceptiebevoegdheid die de Commissie-Dessens noodzakelijk acht, is een bevoegdheid om ongericht kabelgebonden telecommunicatie te onderscheppen.¹ Onggericht wil in dit verband zeggen dat het gaat om het grootschalig onderscheppen en opslaan van alle communicatiegegevens die via de kabel worden uitgewisseld. De onderschepping is niet gericht op de onderschepping van de gegevens van een bepaalde persoon, groep personen of organisatie. Relevant is ook dat verreweg het grootste deel van de telecommunicatie die vandaag de dag plaatsvindt, kabelgebonden is.

De noodzaak voor deze uitbreiding van de interceptiebevoegdheden is volgens de Commissie enerzijds gelegen in het feit dat de bedreigingen van de nationale veiligheid van karakter zijn veranderd (mondiale impact van terrorisme, verschuivende machtsverhoudingen, meer militaire uitzendingen naar het buitenland) en anderzijds in de toegenomen mondiale connectiviteit tussen individuen als gevolg van internet en sociale media. Moderne communicatietechnologieën bieden nieuwe mogelijkheden voor burgers om zich te ontplooiën, maar brengen tegelijkertijd nieuwe bedreigingen met zich (cybercriminaliteit, inbreuken op privacy of bedrijfsgeheimen, etc.). Om burgers en de samenleving als geheel afdoende te kunnen beschermen in die moderne technologische domeinen acht de Commissie het noodzakelijk dat de Nederlandse diensten in die domeinen ook surveillance- en interceptiebevoegdheden hebben.

Tegelijkertijd klinken wereldwijd de zorgen over uitbreiding van de technische mogelijkheden en wettelijke bevoegdheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten (hierna: IVD's) om telecommunicatie te monitoren of te onderscheppen en te analyseren. Gevreesd wordt dat die uitbreiding leidt tot ongerechtvaardigde inbreuken op het recht op privacy (met als onderdeel daarvan het recht op vertrouwelijke communicatie) en tot een zogenoemd *chilling effect* op de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting² en andere grondrechten.³ Daarbij speelt mee dat vele regeringen in het post 9/11-tijdperk aan de IVD's reeds aanzienlijk ruimere bevoegdheden tot surveillance en informatieverzameling hebben toegekend; dit vooral om proactief te kunnen optreden – zo nodig in de vorm van verstoringsoperaties – tegen bedreigingen van de nationale veiligheid door niet-statelijke actoren.⁴ De betekenis en privacy-impact van deze ruimere bevoegdheden in combinatie met de toegenomen technische moge-

¹ Rapport Commissie-Dessens 2013, hoofdstuk 5. Voor niet-kabelgebonden telecommunicatie (bijvoorbeeld communicatie die verloopt via telecomsatellieten of radiosignalen) bestaat deze onderscheppingsbevoegdheid nu reeds.

² Zie o.m. UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Annual Report 2013, UN Doc. A/HRC/23/40, 17 April 2013, § 52.

³ De Council of Europe Commissioner for Human Rights spreekt in een recent gepubliceerd issue paper, *Democratic and effective oversight of national security services*, Strasbourg: Council of Europe, Mei 2015, p. 25-27 (hierna: CoE Commissioner for Human Rights Issue Paper 2015) van een *chilling effect* op de vrijheid van meningsuiting (onder meer vanwege het feit dat vanwege de communicatieonderschepping de bronbescherming van journalisten niet voldoende is gegarandeerd), de vrijheid van vereniging en vergadering en de godsdienstvrijheid, en daarnaast van een indirecte inbreuk op het recht op een eerlijk proces (o.m. omdat de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en hun cliënten onvoldoende is gegarandeerd, waardoor de *equality of arms* in gerechtelijke procedures in het geding zou kunnen komen). Vgl. Moraes Report 2014, p. 21-22.

⁴ Innes & Shreptycki 2004; Kleinig e.a. 2011.

lijkheden tot dataverzameling en de feitelijke werkwijze van IVD's zijn voor velen pas aan het licht gekomen door de Wikileaks-onthullingen sinds 2010 en de onthullingen door NSA-klokkenluider Snowden in 2013.⁵ Hoe deze onthullingen het maatschappelijke, parlementaire en juridische debat over informatieverzameling door IVD's in relatie tot de bescherming van de privacy en andere vrijheidsrechten van de burgers zullen beïnvloeden laat zich momenteel nog niet geheel voorspellen. Er is in ieder geval sprake van een sterk toegenomen maatschappelijke en politieke aandacht voor het onderwerp, waarbij de vraag of de praktijk van informatieverzameling moet worden ingedamd centraal staat. In juridisch opzicht zijn en worden in diverse landen en op internationaal niveau rechterlijke procedures gevoerd waarin de rechtmatigheid van grootschalige data-interceptie door IVD's wordt aangevochten.⁶

De door de Commissie-Dessens voorgestelde uitbreiding van de interceptiebevoegdheden van de IVD's zou volgens haar gepaard moeten gaan met een versterking van de democratische en rechtsstatelijke waarborgen. Zij adviseerde de Wiv 2002 zo te wijzigen dat de CTIVD een externe, onafhankelijke klachtbehandelaar wordt, waar deze nu nog functioneert als een onafhankelijke klachtenadviescommissie voor de minister (zie artikel 64 lid 2 sub c Wiv 2002). Klagers zouden, na het doorlopen van de door de Algemene wet bestuursrecht voorgeschreven interne klachtprocedure bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (voor de AIVD) of Defensie (voor de MIVD), zelf hun klacht bij de CTIVD moeten kunnen indienen, waarna deze zelfstandig beslist op de klacht. Daar bovenop adviseerde de Commissie-Dessens de CTIVD een bevoegdheid toe te kennen tot het uitbrengen van 'onmiddellijke'⁷ bindende rechtmatigheidsoordelen over de inzet van de zwaardere bijzondere bevoegdheden van de IVD's (waaronder de interceptiebevoegdheden). Dit als onderdeel van het door de CTIVD uitgeoefende rechtmatigheidstoezicht ex artikel 64 lid 2 sub a Wiv 2002: het toezicht dat de CTIVD op eigen initiatief uitoefent, los van eventuele ingediende klachten over het optreden van een IVD.

Het kabinet kondigde in zijn reactie op het rapport van de Commissie-Dessens in maart 2014 aan dat de oordelen van de CTIVD in het kader van de klachtbehandeling weliswaar bindend zullen worden, maar wees het voorstel inzake de onmiddellijke bindende rechtmatigheidsoordelen in het kader van de toezichthoudende taak van de CTIVD af.⁸ Dit betekent dat de tot dusver gepubliceerde plannen van het kabinet voor wat betreft de rechtmatigheidstoetsing door de CTIVD geen wijzigingen of nieuwe bevoegdheden bevatten. Bindende rechtmatigheidsoordelen zouden volgens het kabinet niet te verenigen zijn met het in de Wiv 2002 neergelegde uitgangspunt van volledige ministeriële verantwoordelijkheid voor de operationele activiteiten van de IVD's, bovendien zou uit de toezichtpraktijk tot nu toe de noodzaak tot invoering van bindende rechtmatigheidsoordelen niet zijn gebleken.⁹

Na aanvankelijke aarzeling, kondigde het kabinet in november 2014 aan wél te willen overgaan tot uitbreiding van de door de Commissie-Dessens voorgestelde uitbreiding van de interceptiebevoegdheden.¹⁰ Als aan de bevoegdhedenuitbreiding gekoppelde versterking van het toezicht op de IVD's presenteerde het kabinet een zogenoemd 'heroverwegingsstelsel'. Dit houdt in dat als de CTIVD tot de conclusie komt dat een door de minister verleende toestemming voor de inzet van een bepaalde bijzondere bevoegdheid onrechtmatig is, de minister verplicht is deze te heroverwegen. De CTIVD kan bepalen dat haar toetsing onmiddellijk na de verleende toestemming plaatsvindt. Dat kan de gevolgen van de uitvoering van een mogelijk onrechtmatig verleende toestemming beperkt houden. In dit her-

⁵ Walsh 2011, p. 210-218; Mascolo & Scott 2013, p. 1-20.

⁶ O.m. appl.nos. 58170/13 en 47143/06 bij het EHRM: *Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk en Zalkarov t. Rusland*. Bekende voorbeelden zijn ook de Amerikaanse zaken *Jewel v. USA* en *Klayman v. Obama*. Beide zaken hebben een eigen Wikipedia-pagina. De kans is groot dat de laatste zaak op enig moment behandeld zal worden door het US Supreme Court. Zie ook <https://www.privacyinternational.org/?q=legal-actions> (laatst bezocht: 30 juni 2015) voor een overzicht van diverse juridische procedures aangespannen door de NGO Privacy International bij Britse en internationale rechterlijke semi-rechterlijke instanties.

⁷ Met 'onmiddellijk' doelt de Commissie-Dessens op een rechtmatigheidstoets die direct – op zeer korte termijn – na het verlenen van (ministeriële) toestemming voor de inzet van een bepaalde IVD-bevoegdheid wordt verricht.

⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 820, nr. 2, p. 6 en 8.

⁹ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 33 820, nr. 4, p. 1-3.

overwegingsstelsel blijft er ruimte voor de minister om een door de CTIVD als onrechtmatig beoordeelde operatie toch te continueren. Als de minister vasthoudt aan de verleende toestemming, moet hij dit meedelen aan de CTIVD en aan de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CIVD) van de Tweede Kamer. De CIVD kan dan eventueel de minister ter verantwoording roepen.¹¹

Gegeven dit voorgestelde heroverwegingsstelsel, dat een plaats heeft gekregen in het begin juli 2015 door het kabinet gepresenteerde conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Wiv, is het centrale doel van deze studie om het ‘mensenrechtenkader’ voor het toezicht op de IVD’s in kaart te brengen. Uitoefening door de IVD’s van de aan deze diensten toegekende informatieverzamelings- en communicatieonderscheppingsbevoegdheden brengt onvermijdelijk inbreuken op bepaalde grondrechten met zich. In het bijzonder gaat het dan om inbreuken op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het communicatiegeheim. De bescherming van deze rechten – zoals die onder meer geboden wordt door het Europees Verdrag inzake de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het EU-grondrechtenhandvest – brengt mee dat een wettelijk systeem dat dergelijke inbreuken mogelijk maakt, tevens voorziet in afdoende waarborgen tegen oneigenlijke, ongerechtvaardigde, niet-noodzakelijke of onevenredige inbreuken.¹²

Aangezien uitoefening van de informatieverzamelings- en communicatieonderscheppingsbevoegdheden door de IVD’s doorgaans – noodzakelijkerwijs – in het geheim plaatsvindt, is het voor de personen of organisaties ten opzichte van wie deze bevoegdheden worden uitgeoefend grotendeels onmogelijk om zelf enigerlei vorm van rechtmatigheidscontrole in gang te laten zetten. Waarborgen tegen ongerechtvaardigde inbreuken op grondrechten door IVD’s zullen dan ook hoofdzakelijk inherent moeten zijn aan een goed functionerend, wettelijk geregeld, toezicht.

Het mensenrechtenkader voor het toezicht op de IVD’s wordt in belangrijke mate gevormd door jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en diverse daarop gebaseerde studies en standpunten van andere mensenrechtenorganen van de Raad van Europa. Daarnaast kan houvast worden ontleend aan rapporten en oordelen van VN-organen, zoals de Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, het VN-mensenrechtencomité en enkele VN-Speciaal Rapporteurs, en aan jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot de artikelen 7 en 8 van het EU-grondrechtenhandvest en enkele studies van het Europees Parlement. Deze studie zal zo duidelijk en precies mogelijk in kaart brengen welke minimumeisen en verdere richtinggevende voorwaarden uit de EHRM-jurisprudentie – en eventuele oordelen of opinies van andere mensenrechteninstanties, zowel in Europees als in VN-verband – voortvloeien met betrekking tot de inrichting en vormgeving van het toezicht op de IVD’s. Daarbij past evenwel de kanttekening dat sinds 9/11 de theorievorming over ethiek binnen het informatie verzamelen door IVD’s weliswaar een impuls heeft gekregen, maar er nog geen sprake is van een ethisch en juridisch goed doordachte evaluatie van alle grootschalige informatieverzamelingsmethoden die momenteel technisch mogelijk zijn en in de praktijk ook worden gebruikt.¹³ Dit gebrek aan theorievorming, evaluatie en onderzoek is in zoverre een voor deze studie relevant gegeven, dat een analyse van het nu bestaande normenkader vooralsnog slechts een minimumniveau van normen te zien zal geven. Onder meer vanwege de verscherpte aandacht voor de bescherming van het recht op privacy op internationaal niveau (bijvoorbeeld in het verband van de Verenigde Naties en dat van de EU),¹⁴ moet rekening worden gehouden met een ontwikkeling waarin zowel wettelijke normen als jurisprudentiële normen op het terrein van de privacybescherming in de komende jaren zullen worden gepreciseerd vanwege voortschrijdend inzicht in en een betere evaluatie

¹¹ *Ibid.*, p. 3-6.

¹² Gerards 2011, p. 128-132, spreekt in dit verband over ‘procedurele zorgvuldigheidseisen’ die voortvloeien uit het in de EVRM-beperkingsclausules (en de beperkingsclausules in andere mensenrechtenverdragen) opgenomen vereiste dat inbreuken op de in die verdragen gegarandeerde rechten voldoende ‘voorzienbaar’ moeten zijn. Deze eisen hebben zich echter, in ieder geval in de EHRM-jurisprudentie, inmiddels ontwikkeld tot ‘zelfstandige eisen aan de procedurele waarborgen waarmee beperkingen van grondrechten worden omringd’ (Gerards 2011, p. 132). Zie nader § 4.2 van dit rapport.

¹³ Walsh & Miller 2015, p. 4. Vgl. Bochel, Defty & Dunn 2010, p. 483; Born & Geisler Mesevage 2012, p. 17.

¹⁴ Zie daarover nader § 5 van dit rapport.

van de in de afgelopen jaren aan IVD's toegekende informatieverzamelings- en interceptiebevoegdheden. In het Verenigd Koninkrijk is deze ontwikkeling reeds waarneembaar in het in juni 2015 door *Independent Reviewer of Terrorism Legislation* Anderson gepresenteerde voorstel om ministeriële toestemming voor interceptie-operaties te vervangen door voorafgaande toestemming door een onafhankelijke semi-rechterlijke commissie.¹⁵ In aanvulling op het in kaart brengen van de minimumeisen en richtinggevende voorwaarden zoals af te leiden uit de EHRM-jurisprudentie, zullen wij trachten zicht te geven op de richting waarin de internationale en Europese normstelling en jurisprudentie zich naar ons oordeel ontwikkelen. Dat zicht zal mede bepalend zijn voor het antwoord op de onderzoeksvragen.

2 Onderzoeksvragen en opbouw van dit rapport

De vragen die centraal staan in het onderzoek zijn aangereikt door de CTIVD. Het onderzoek dient de volgende vragen te beantwoorden:

1. Welke eisen kunnen vanuit het Europees en internationaal recht gesteld worden aan het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten op de inzet van bijzondere bevoegdheden, waaronder met name de interceptie van telecommunicatie.

Daarbij kan en moet onderscheid worden gemaakt tussen de eisen die (a) in het bijzonder gelden ten aanzien van de gerichte interceptie van communicatie en (b) eisen die in het bijzonder gelden ten aanzien van de ongerichte interceptie van communicatie.

Specifieke deelvragen hierbij zijn:

- a) Welke minimum-eisen vloeien voort uit Europese en internationale regelgeving?
 - b) Hoe moet de jurisprudentie van het EHRM geïnterpreteerd worden?
 - c) Welke betekenis komt toe aan de uitspraken op dit terrein van de mensenrechtencommissarissen van de VN en de Raad van Europa, alsmede van het Europees Parlement en de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa?
 - d) In hoeverre behoeft ongerichte interceptie een ander toezichtregime dan gerichte interceptie?
2. Welke betekenis heeft het antwoord op de bovengenoemde vraag en de daaruit voortvloeiende deelvragen voor het Nederlandse systeem van toezicht?

Ook bij deze vraag kan dan weer onderscheid gemaakt worden tussen

- a) de betekenis voor het toezicht in de huidige situatie en
- b) de betekenis voor het toezicht voor de toekomst, in het bijzonder indien wordt overgegaan tot voorgenomen uitbreiding van de interceptiebevoegdheden van de diensten.

Een specifieke vraag die bij die voorgenomen uitbreiding van de interceptiebevoegdheden aan de orde moet komen is de vraag of

- c) het voldoende is om alleen het klachtoordeel van de CTIVD bindende kracht te geven en niet het oordeel in toezichtsonderzoeken.

Het recente conceptwetsvoorstel voor een nieuwe Wiv omvat een institutionele scheiding tussen de toezichthoudende en klachtbehandelende taak van de CTIVD. Dit vanuit het oogpunt van onafhanke-

¹⁵ Anderson Report 2015, p. 5.

lijke klachtbeoordeling, en het voorkomen van vermenging van taken. Dit leidt tot een tweede specifieke vraag die beantwoord moet worden, namelijk

- d) in hoeverre die scheiding tussen toezichthoudende en klachtbehandelende taak inderdaad vanuit Europees en internationaalrechtelijk perspectief is voorgeschreven.

In de onderstaande paragrafen wordt de informatie die nodig is om deze vragen te beantwoorden bijeen gebracht en geanalyseerd. Daarbij wordt als eerste kort stilgestaan bij het karakter van het mensenrechtenkader als zodanig, omdat dit mede bepalend is voor de manier waarop normen die van dit kader deel uitmaken moeten worden geïnterpreteerd en de manier waarop tegen het recht op een effectief rechtsmiddel moet worden aangekeken (§ 3). Vervolgens wordt ingegaan op de belangrijkste bron van relevante internationale normen, namelijk de jurisprudentie van het EHRM (§ 4). In § 5 wordt de analyse van deze jurisprudentie aangevuld met een blik op de ontwikkelingen die zich binnen het verband van de Verenigde Naties en de Europese Unie voordoen rondom de onderwerpen ‘mass surveillance’, privacy en toezicht op IVD’s. Onderdeel (d) van de tweede onderzoeksvraag – de wenselijkheid van een scheiding tussen de toezichthoudende en klachtbehandelende taak van de CTIVD – wordt behandeld in § 6. Ten slotte worden in § 7 de antwoorden op de onderzoeksvragen beknopt samengevat.

3 Het karakter van het mensenrechtenkader en het recht op een effectief rechtsmiddel

3.1 Historische ontwikkeling

Het begrip ‘grondrechten’ of ‘mensenrechten’ ziet in de eerste plaats op bepaalde aan ieder mens als zodanig toekomende aanspraken en vrijheden die de staat en andere met de staat gelijk te stellen verbanden hebben te eerbiedigen. Het concept is een vrucht van de idee dat de staat er is voor de mens en niet andersom. Het kreeg vaste vorm in verzet tegen onderdrukking, vooral tijdens de Amerikaanse en Franse revolutie in de achttiende eeuw, werd beïnvloed door de Verlichting en vormt sindsdien een blijvend element in de westerse staatsleer.¹⁶ De juridische vormgeving van de grond- en mensenrechten en de manier waarop deze rechten in de rechtspraak worden geïnterpreteerd staan dan ook bovenal in het teken van een vrijheidsfilosofie: het garanderen van een vrijheidssfeer voor de burger ten opzichte van de overheid, van een staatsvrije sfeer.¹⁷ Weliswaar is aan deze mensenrechtendimensie van de staatsvrije sfeer in de twintigste eeuw ook de dimensie van aanspraken op bescherming tegen bedreiging (*freedom from fear*) en op een niveau van materiële levensomstandigheden dat het mogelijk maakt om als persoon tot ontplooiing te komen (*freedom from want*) toegevoegd,¹⁸ dat verandert evenwel niets aan het centrale uitgangspunt van het vrijheidsstreven.

Voor zover de overheidszorg voor veiligheid een mensenrechtelijke basis heeft, moeten de maatregelen die de overheid treft om die veiligheid te waarborgen elk afzonderlijk in overeenstemming zijn met de verplichtingen en beperkingen die voortvloeien uit de vrijheidsrechten en onderworpen zijn aan enigerlei vorm van rechtmatigheidscontrole. Dit vooral om willekeurig overheidsingrijpen in de burgerlijke vrijheden te voorkomen. Dit wordt onder meer duidelijk verwoord in de *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, opgesteld door het Comité van Ministers van de Raad van Europa in juli 2002.¹⁹ Deze guidelines zijn gebaseerd op een analyse van de EHRM-jurisprudentie. De eerste twee artikelen van deze *guidelines* luiden als volgt:

¹⁶ Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 256.

¹⁷ *Ibid.*, p. 257.

¹⁸ *Ibid.*, p. 258.

¹⁹ Te raadplegen op http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/Docs2002/H_2002_4E.pdf.

I. States are under the obligation to take the measures needed to protect the fundamental rights of everyone within their jurisdiction against terrorist acts, especially the right to life. This positive obligation fully justifies states' fight against terrorism in accordance with the present guidelines.

II. All measures taken by states to fight terrorism must respect human rights and the principle of the rule of law, while excluding any form of arbitrariness, as well as any discriminatory or racist treatment, and must be subject to appropriate supervision.⁷

3.2 Effectief rechtsmiddel

Het feit dat grond- en mensenrechten in de eerste plaats bescherming beogen te bieden tegen de staat c.q. de overheid brengt met zich dat aan de verplichting om mensenrechten te garanderen onlosmakelijk is gekoppeld dat er mogelijkheden voor individuele burgers moeten zijn om zich op die rechten te beroepen tegenover de staat, bij een onafhankelijke instantie die die staat tot de orde kan roepen: het recht op een effectief rechtsmiddel. Dit recht is terug te vinden in onder meer artikel 13 EVRM en artikel 2 lid 3 IVBPR. Het VN-Mensenrechtencomité stelt in *General Comment No. 31*, waarin het een toelichting geeft op dit laatste artikel, dat belangrijke elementen van dit recht op effectief rechtsmiddel zijn:

- ingeval van een klacht over een schending van een bepaald mensenrecht, moet onverwijld een grondig en effectief onderzoek plaatsvinden door een voldoende onafhankelijke instantie, dit wil zeggen dat die instantie wel deel kan uitmaken van de uitvoerende macht, mits zij op afstand staat en niet ondergeschikt is aan het overheidsorgaan tegen wie het onderzoek is gericht;
- de uiteindelijke beoordeling van de klacht over een vermeende schending van een bepaald mensenrecht moet plaatsvinden door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, bij voorkeur door een rechterlijke instantie, die zich over alle inhoudelijke aspecten van de zaak kan buigen;
- de instantie die het uiteindelijke oordeel geeft over de vermeende schending moet de bevoegdheid hebben om die schending te doen stoppen: er moet sprake zijn van een bindend oordeel waarvan de naleving kan worden afgedwongen.²⁰

In de jurisprudentie van het EHRM over artikel 13 EVRM worden dezelfde elementen genoemd.²¹ Aangezien de primaire verantwoordelijkheid voor het vaststellen, herstellen en zo nodig bestraffen van schendingen van de EVRM-rechten berust bij de Verdragsstaten, moeten zij in hun rechtssysteem voorzien in efficiënte mechanismen die dat kunnen bewerkstelligen: '[t]he effect of Article 13 is (...) to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief'.²² De trend in de EHRM-rechtspraak is om de Verdragsstaten bij de inrichting van die mechanismen een steeds geringere *margin of appreciation* te gunnen: 'Ideally, the authority in question should be judicial, and it may be said that there is a strong incentive in case-law for that to be so'.²³

Waar het gaat om de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel tegen heimelijk optreden door IVD's heeft het EHRM in zijn rechtspraak duidelijk gemaakt dat 'an effective remedy (...) must mean a remedy which is as effective as can be having regard to the restricted scope for recourse inherent in any system of secret surveillance'.²⁴ De verplichting tot aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel kan niet zover gaan dat heimelijk informatie verzamelen door IVD's geheel onmogelijk wordt gemaakt.²⁵ Speci-

²⁰ VN-Mensenrechtencomité, General Comment No. 31 [80]: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, VN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 mei 2004, § 15.

²¹ Zie reeds EHRM 6 september 1978, no. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), § 64 en 68-69; EHRM 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudła t. Polen*), § 157. Zie voor een overzicht Akandji-Kombe 2007, p. 59.

²² O.m. EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), § 77; EHRM 19 februari 1998 (*Kaya t. Turkije*), § 106.

²³ Akandji-Kombe 2007, p. 60.

²⁴ EHRM 6 september 1978, no. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), § 69.

²⁵ Venice Commission Report 2007, § 126.

fiek in de context van heimelijk optreden door veiligheidsdiensten heeft het EHRM dan ook overwogen dat

*[t]he “authority” referred to in Article 13 may not necessarily in all instances be a judicial authority in the strict sense (...). Where secret surveillance is concerned, objective supervisory machinery may be sufficient as long as the measures remain secret. It is only once the measures have been divulged that legal remedies must become available to the individual.*²⁶

Tegelijkertijd heeft het Hof duidelijk gemaakt dat *‘the powers and procedural guarantees an authority possesses are relevant in determining whether the remedy is effective’* en dat de bevoegdheid om een juridisch bindend rechtmatigheidsoordeel te geven op klachten over vermeende schending van een EVRM-recht daarvan een essentieel onderdeel vormt. Zo werd in het *Leander*-arrest uit 1987 de klachtbehandeling door de Zweedse ombudsman en de *Chancellor of Justice* onvoldoende geacht, nu beide niet de bevoegdheid hadden om een bindend oordeel te geven en geen specifieke verantwoordelijkheid hadden om onderzoek te doen naar heimelijke informatieverzameling en -opslag operaties door IVD’s.²⁷ In het arrest *Segerstedt-Wiberg* uit 2006 – waarin opnieuw het, na *Leander* gewijzigde, Zweedse systeem van toezicht en klachtbehandeling ter discussie stond – beoordeelde het EHRM de bevoegdheden van de Zweedse toezichtinstanties als te weinig stevig om de toets onder artikel 13 EVRM te kunnen doorstaan. Het probleem school er op dat moment in dat de toezichtinstantie (*‘the Records Board, the body specifically empowered to monitor on a day-to-day basis the Security Police’s entry and storage of information and compliance with the Police Data Act’*) niet de bevoegdheid had *‘to order the destruction of files or the erasure or rectification of information kept in the files’* en dat de klachtinstantie (*‘the Data Inspection Board’*) geen eigen bevoegdheid had om haar rechtmatigheidsoordeel af te dwingen, maar slechts kwesties van onrechtmatige dataverzameling of -opslag kon voorleggen aan de bestuursrechter.²⁸

3.3 Conclusie

Uit beide bovengenoemde arresten leiden wij af dat artikel 13 EVRM vergt dat de klachtbehandeling geschiedt door een onafhankelijke – bij voorkeur rechterlijke – instantie die voldoende toegespitste onderzoeksbevoegdheden en -mogelijkheden²⁹ heeft om alle gegevens te bezien ter beoordeling van de rechtmatigheid van de heimelijke informatieverzameling of communicatieonderschepping en die daarover een eigen juridisch bindend oordeel kan uitspreken dat waar nodig dwingt tot aanpassing of vernietiging van de verzamelde gegevens.

²⁶ EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), § 69; EHRM 6 juni 2006, no. 62332/00 (*Segerstedt-Wiberg e.a. t. Zweden*), § 117.

²⁷ EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), § 82; EHRM 6 juni 2006, no. 62332/00 (*Segerstedt-Wiberg e.a. t. Zweden*), § 118.

²⁸ EHRM 6 juni 2006, no. 62332/00 (*Segerstedt-Wiberg e.a. t. Zweden*), § 120.

²⁹ Born & Geisler Mesevage 2012, p. 7 bevestigen dit, gelet op de noodzaak van effectiviteit: *‘The main purpose of oversight is to hold intelligence services to account for their policies and actions in terms of legality, propriety, effectiveness, and efficiency. (...) [I]n order to function effectively, an oversight body must possess the ability to access relevant information, to question intelligence officials, and to issue findings and recommendations on the basis of what it learns. Without these three powers, there can be no real accountability, and intelligence oversight is likely to fail’*. Zie ook de *good practices* aangedragen in Scheinin Report 2010, § 13: *‘Practice 7. Oversight institutions have the power, resources, and expertise to initiate and conduct their own investigations, as well as full and unhindered access to the information, officials, and installations necessary to fulfill their mandates.’* En § 16: *‘Practice 10: The institutions responsible for addressing complaints and claims for effective remedy arising from the activities of intelligence services are independent of the intelligence services and the political executive. Such institutions have full and unhindered access to all relevant information, the necessary resources and expertise to conduct investigations, and the capacity to issue binding orders.’*

4 EHRM-jurisprudentie met betrekking tot het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten

4.1 Drie opmerkingen vooraf

In het licht van de vraag naar de minimumeisen die uit de Europese en internationale regelgeving voortvloeien ten aanzien van het toezicht op IVD's moet worden opgemerkt dat de meeste EHRM-uitspraken die op dit onderwerp betrekking hebben niet heel precies aangeven aan welke eisen voldaan moet zijn, wil schending van het EVRM worden vermeden. Er zijn niet veel zaken die op deze problematiek betrekking hebben en een flink aantal daarvan eindigde in een uitspraak waarin het Hof tot de conclusie kwam dat de EVRM-bepalingen *niet* geschonden waren. In die gevallen voldeed klaarblijkelijk het geheel van waarborgen dat op nationaal niveau aanwezig was om schendingen van het EVRM te voorkomen en, zo die toch zouden hebben plaatsgevonden, te repareren. Of de aanwezige waarborgen daarmee het minimum vormden dat door het EVRM vereist wordt, geeft het Hof in zo'n geval niet duidelijk aan.

Bovendien heeft het oordeel van het Hof altijd betrekking op het complete pakket aan nationale waarborgen. Welk element of welke elementen daarin van doorslaggevende betekenis zijn, is opnieuw iets dat het Hof niet expliciet aangeeft. Sommige onderdelen van de eisen en voorwaarden die uit het EVRM kunnen worden afgeleid zijn in de EHRM-jurisprudentie inzake data-interceptie door IVD's nog nauwelijks aan de orde geweest, zodat de jurisprudentie op die punten nog niet of nauwelijks heeft kunnen uitkristalliseren. Ten slotte is er in de EHRM-rechtspraak over kwesties die te maken hebben met de surveillance- of data-interceptiebevoegdheden van IVD's sprake van een nauwe verwevenheid tussen de vraag of er een adequate wettelijke basis is voor het optreden van de IVD's en de vraag naar de organisatie van het toezicht op de IVD's. Uiteraard wordt de inrichting van het toezicht ook beïnvloed door de eisen die voortvloeien uit het hierboven reeds besproken artikel 13 EVRM. Deze eisen hebben echter vooral te maken met de vormgeving van de (klacht)procedure die open moet staan indien een individu meent dat hij/zij ten onrechte voorwerp is geweest van een onderzoek door een IVD of indien een openbare beslissing is genomen jegens een individu, die gebaseerd is op door een IVD verzamelde informatie. Voor zover de EHRM-jurisprudentie eisen of indicaties bevat voor de inrichting van het toezicht in de fase dat de informatieverzameling of communicatieonderschepping nog geheim is, vloeien deze hoofdzakelijk voort uit de eis dat voor de inbreuk op enig EVRM-recht een adequate wettelijke basis in het nationale recht bestaat. Bij die adequate wettelijke basis horen in de wet vastgelegde waarborgen ten aanzien van het toezicht op en de (democratische) controle over diensten. Die waarborgen beogen vooral willekeurige, ongerechtvaardigde, niet-noodzakelijke en onevenredige inbreuken op die EVRM-rechten te voorkomen.

4.2 Startpunt in de EHRM-jurisprudentie: een inbreuk op EVRM-rechten vergt een adequate wettelijke basis

Het onderscheppen van post, telefoon- en emailverkeer en het registreren van de gedragingen van mensen op het internet vormt een inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het telecommunicatiegeheim zoals beschermd door artikel 8 EVRM. Dit geldt niet alleen voor het feitelijk onderscheppen en informatie vergaren. Ook het enkele bestaan van wetgeving die de IVD's dergelijke bevoegdheden toekent, wordt reeds beschouwd als een inbreuk op artikel 8.³⁰ Daarbij is het in de ogen van het EHRM niet relevant of de klager die de procedure bij het Hof heeft aangespannen daadwerkelijk benadeeld is als gevolg van beslissingen die genomen zijn op basis van de vergaarde in-

³⁰ O.m. EHRM 16 februari 2000, no. 27798/95 (*Amann t. Zwitserland*), § 65; EHRM 4 mei 2000, no. 28341/95 (*Rotaru t. Roemenië*), § 43.

formatie. Evenmin is van belang of de vergaarde informatie al dan niet is gedeeld met derden.³¹ Daarnaast wordt het af luisteren of anderszins onderscheppen van de telecommunicatie van journalisten in de EHRM-jurisprudentie aangemerkt als een inbreuk op de door artikel 10 EVRM gegarandeerde persvrijheid, die mede een recht om informatie te vergaren en een recht op bescherming van het journalistieke brongeheime omvat.³²

Daar waar het gaat om het grootschalig ongericht onderscheppen van telecommunicatie kunnen verschillende fasen in het proces worden onderscheiden, die allemaal een aparte inbreuk op de genoemde EVRM-rechten opleveren. De eerste inbreuk schuilt in het onderscheppen zelf (of de verlening van toestemming daarvoor). Het doorzoeken van de door de onderschepping vergaarde bulkgegevens via computer-algoritmes die leiden tot een selectie of uitfiltering van bepaalde gegevens, beschouwt het EHRM als een aparte inbreuk. Datzelfde geldt voor het delen van de door middel van deze onderschepping verkregen gegevens met andere autoriteiten of diensten, omdat hierdoor de *'group of persons with knowledge of the personal data intercepted'* wordt uitgebreid en dit kan leiden tot *'investigations being instituted against the persons concerned'*.³³ Ten slotte vormen ook de beslissing tot het vernietigen van de verzamelde data en die tot niet-notificeren van degene wiens gegevens zijn onderzocht weer een afzonderlijke inbreuk, omdat deze beslissingen *'may serve to conceal monitoring measures'* en zo rechtmatigheidscontrole daarop onmogelijk kunnen maken.³⁴

Gegeven het heimelijke karakter van dit type van operaties door IVD's heeft het Hof reeds in de eerste zaak die hierop betrekking had het belang van effectieve controle en toezicht benadrukt en daarbij de ruimte gelaten aan individuen om een klacht over schending van het EVRM te baseren op het enkele gegeven dat de relevante wetgeving onvoldoende waarborgen bevat om de rechten van artikel 8 EVRM op adequate wijze te beschermen.³⁵ De klager hoeft niet aan te tonen dat hij of zij daadwerkelijk voorwerp is geweest van zo'n heimelijke operatie door de IVD's. Dit zou diens rechtsbescherming immers te zeer verzwakken:

*'[W]here a State institutes secret surveillance the existence of which remains unknown to the persons being controlled, with the effect that the surveillance remains unchallengeable, Article 8 could to a large extent be reduced to a nullity. It is possible in such a situation for an individual to be treated in a manner contrary to Article 8, or even to be deprived of the right granted by that Article, without his being aware of it and therefore without being able to obtain a remedy either at the national level or before the Convention institutions. (...) The Court finds it unacceptable that the assurance of the enjoyment of a right guaranteed by the Convention could be thus removed by the simple fact that the person concerned is kept unaware of its violation. A right of recourse to the Commission for persons potentially affected by secret surveillance is to be derived from Article 25, since otherwise Article 8 runs the risk of being nullified.'*³⁶

In zijn jurisprudentie legt het Hof een link tussen de aanwezigheid van rechtsmiddelen op nationaal niveau tegen de inzet van heimelijke onderzoeksbevoegdheden door IVD's en de toetsing door het Hof:

'In order to assess, in a particular case, whether an individual can claim an interference as a result of the mere existence of legislation permitting secret surveillance measures, the Court must have regard to the availability

³¹ EHRM 16 februari 2000, no. 27798/95 (*Amann t. Zwitserland*), § 68-70.

³² EHRM 29 juni 2006, no. 54934/00 (*Weber en Saravia t. Duitsland*), § 145; EHRM 22 februari 2013, no. 39315/06 (*Telegraaf e.a. t. Nederland*); EHRM 25 juni 2013, no. 48135/06 (*Youth Initiative for Human Rights t. Servië*). Het HvJ EU heeft in zaak C-293/12 (*Digital Rights Ireland*) opgemerkt dat de algemene bewaarplicht voor telecombedrijven en internet service providers van de zogenoemde verkeersgegevens van al hun klanten het risico oplevert van een *chilling effect* op de uitingvrijheid en het recht om informatie te vergaren.

³³ EHRM 29 juni 2006, no. 54934/00 (*Weber en Saravia t. Duitsland*), § 79.

³⁴ *Ibid.*; EHRM 1 juli 2008, no. 58243/00 (*Liberty e.a. t. VK*), § 57.

³⁵ EHRM 6 september 1978, no. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), § 34-36.

³⁶ *Ibid.*, § 36. Vgl. EHRM 2 augustus 1984, no. 8691/79 (*Malone t. VK*), § 64. Deze houding van het EHRM is o.m. bevestigd in EHRM 29 juni 2006, no. 54934/00 (*Weber en Saravia t. Duitsland*), § 78; EHRM 28 juni 2007, no. 62540/00 (*Association for European Integration and Human Rights en Ekinidzhiev t. Bulgarije*), § 58-60; EHRM 1 juli 2008, no. 58243/00 (*Liberty e.a. t. VK*), § 56-57; EHRM 10 februari 2009, no. 25198/02 (*Iordachi e.a. t. Moldavië*), § 30-35; EHRM 18 mei 2010, no. 26839/05 (*Kennedy t. VK*), § 123-124; EHRM 24 mei 2011, nos. 33810/07 en 18817/08 (*Association '21 December 1989' e.a. t. Roemenië*), § 167.

*of any remedies at the national level and the risk of secret surveillance measures being applied to him. Where there is no possibility of challenging the alleged application of secret surveillance measures at domestic level, widespread suspicion and concern among the general public that secret surveillance powers are being abused cannot be said to be unjustified. In such cases, even where the actual risk of surveillance is low, there is a greater need for scrutiny by this Court.*³⁷

De diverse inbreuken op de privacy die inzet van heimelijke onderzoeks- en data-interceptiebevoegdheden door IVD's oplevert moeten *alle afzonderlijk* op grond van artikel 8 lid 2 EVRM 'in overeenstemming met de wet' zijn. Dit betekent dat die inzet:

- (1) gebaseerd moet zijn op een nationale wettelijke regel, die
- (2) in overeenstemming is met de 'rule of law' en toegankelijk is voor betrokkene en
- (3) voldoende voorzienbaar is (dat wil zeggen dat een betrokkene de consequenties van toepassing van de wettelijke regel moet kunnen voorzien).³⁸

Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie duidelijk gemaakt dat deze voorzienbaarheidseis in de context van heimelijke operaties door IVD's anders moet worden geïnterpreteerd dan in het algemeen: '*foreseeability in the special context of secret measures of surveillance, such as the interception of communications, cannot mean that an individual should be able to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly*'.³⁹ Omdat echter bij bevoegdheden die heimelijk worden uitgeoefend het risico op willekeur erg groot is,⁴⁰ de beschikbare technologie voor dergelijke data-interceptieoperaties steeds geavanceerder wordt⁴¹ en de verzamelde persoonsgegevens in steeds grotere mate geautomatiseerd worden verwerkt,⁴² zijn duidelijke en gedetailleerde regels over de toelaatbaarheid van dergelijke operaties steeds belangrijker. Deze regels mogen niet zodanig zijn geformuleerd dat zij een vrijwel onbeperkte discretionaire bevoegdheid toekennen aan de uitvoerende macht of aan de rechter:

*'[S]ince the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive or to a judge to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference.'*⁴³

De precisie waarmee de regels zijn geformuleerd en de mate waarin deze discretionaire ruimte laten voor de uitvoerende macht is ook relevant voor het toezicht op de IVD's. Daar waar dat toezicht beperkt zou zijn tot een toets of de diensten binnen hun wettelijk mandaat gebleven zijn, levert een in vage termen gevat wettelijk mandaat weinig houvast op voor die toetsing.⁴⁴

In de zaak *Weber en Saravia t. Duitsland* heeft het EHRM de eisen waaraan de nationale wettelijke regeling moet voldoen op een rij gezet. De wettelijke regeling moet:

- (1) de aard van de (dreigende) misdrijven aangeven die aanleiding kunnen vormen voor de interceptie van telecommunicatie,

³⁷ EHRM 18 mei 2010, no. 26839/05 (*Kennedy t. VK*), § 124.

³⁸ Zie o.m. EHRM 4 mei 2000, no. 28341/95 (*Rotaru t. Roemenië*), § 52; EHRM 1 juli 2008, no. 58243/00 (*Liberty e.a. t. VK*), § 59; EHRM 10 februari 2009, no. 25198/02 (*Iordachi e.a. t. Moldavië*), § 37.

³⁹ O.m. EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), § 51.

⁴⁰ O.m. EHRM 2 augustus 1984, no. 8691/79 (*Malone t. VK*), § 67; EHRM 24 april 1990, no. 11105/84 (*Huvig t. Frankrijk*), § 29; EHRM 4 mei 2000, no. 28341/95 (*Rotaru t. Roemenië*), § 59.

⁴¹ EHRM 25 maart 1998, no. 23224/94 (*Kopp t. Zwitserland*), § 72; EHRM 30 juli 1998, no. 27671/95 (*Valenzuela Contreras t. Spanje*), § 46.

⁴² EHRM 4 december 2008, no. 30562/04 en 30566/04 (*S. en Marper t. VK*), § 103; EHRM 18 oktober 2011, no. 16188/07 (*Khelili t. Zwitserland*), § 62.

⁴³ Zie o.m. EHRM 2 augustus 1984, no. 8691/79 (*Malone t. VK*), § 68; EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), § 51; EHRM 24 april 1990, no. 11105/84 (*Huvig t. Frankrijk*), § 29.

⁴⁴ Venice Commission Report 2015, § 98.

- (2) een definitie geven van de categorieën mensen waartegen de interceptiebevoegdheid kan worden ingezet,
- (3) grenzen stellen aan de tijdsduur van de interceptie,
- (4) de procedure aangeven voor het verwerken en opslaan van de gegevens die verkregen zijn door de interceptie,
- (5) voorzorgsmaatregelen omschrijven die in acht moeten worden genomen bij het doorgeven van die gegevens aan andere instanties en
- (6) de gevallen aangeven waarin de verzamelde gegevens mogen worden gewist of vernietigd.⁴⁵

Deze eisen worden door het Hof zelf aangeduid als ‘*minimum safeguards against arbitrary interference*’ die de burgers ‘*an adequate indication*’ bieden ‘*as to the circumstances in which and the conditions on which the public authorities were empowered to resort to monitoring measures, and the scope and manner of exercise of the authorities’ discretion*’.⁴⁶

Met betrekking tot de eis onder (1) is dan van belang dat de misdrijven waar het om gaat van een zodanige ernst moeten zijn dat deze echt de *nationale* veiligheid of de rechtsorde in een land bedreigen. Bij minder zwaarwegende veiligheidsbelangen is de inzet van zo’n ingrijpend middel niet gepast. Waar de Duitse wetgeving die in *Weber en Saravia* ter discussie stond grootschalige interceptie van telecommunicatie aanvankelijk onder meer toestond om het misdrijf van valsmunterij (in het buitenland) tegen te gaan, werd vanwege een oordeel van het Bundesverfassungsgericht de interceptiebevoegdheid beperkt tot situaties waarin de monetaire stabiliteit van Duitsland in het geding zou zijn (omdat bedreigingen van de monetaire stabiliteit tevens als aantasting van de nationale veiligheid kunnen worden beschouwd).⁴⁷ In een recente opinie van de *Venice Commission* van de Raad van Europa over de Moldavische wetgeving die interceptie van telecommunicatie reguleert geeft deze Commissie aan dat de inzet van zo’n ingrijpend middel beperkt moet blijven tot situaties waarin sprake is van ‘*concrete acts based on facts and which have reached a certain level of seriousness to be considered as a real threat to democratic order*’.⁴⁸ Daar staat min of meer tegenover dat diezelfde Commissie in een ander recent rapport aangeeft dat het doelcriterium ‘bescherming van de nationale veiligheid’ zoals dat is opgenomen in de beperkingsclausule van artikel 8 en 10 ook ruimte laat voor interceptie van telecommunicatie die niet of niet direct gerelateerd is aan bepaalde strafbare feiten.⁴⁹

Ten aanzien van de eis onder (2) is relevant dat het Hof in *Weber en Saravia* de ongerichte en grootschalige communicatie-interceptie waar het in deze zaak om ging, die naar haar aard geen betrekking had op een tevoren bekende groep personen, hiermee niet in strijd achtte. De zogenoemde ‘*strategic monitoring*’ van in beginsel alle communicatie tussen personen in Duitsland en personen (in een bepaalde regio) in het buitenland gevoerd via een bepaalde communicatiemethode (bijvoorbeeld via een bepaalde communicatiesatelliet) was volgens het Hof toch voldoende afgebakend. De Duitse wetgeving die de mogelijkheid daartoe creëerde bepaalde namelijk dat de onderschepte gegevens gefilterd werden op bepaalde zoektermen en dat er alleen communicatiegegevens mochten worden opgeslagen

⁴⁵ EHRM 29 juni 2006, no. 54934/00 (*Weber en Saravia t. Duitsland*), § 95. In latere EHRM-arresten m.b.t. heimelijke surveillance door IVD’s worden de in *Weber en Savaria* vermelde eisen vaak wat beknopter samengevat. Zie EHRM 21 juni 2011, no. 30194/09 (*Shimovolos t. Rusland*), § 68: ‘[B]ecause of the lack of public scrutiny and the risk of abuse intrinsic to any system of secret surveillance, the following minimum safeguards should be set out in statute law to avoid abuses: the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to permit, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law’. Vgl. ook EHRM 2 november 2006, no. 23543/02 (*Volokhy t. Oekraïne*), § 43-54, EHRM 2 september 2010, no. 35623/05 (*Uzun t. Duitsland*), § 63 en EHRM 2 oktober 2012, no. 34578/97 (*Sefilyan t. Armenië*), § 127.

⁴⁶ EHRM 29 juni 2006, no. 54934/00 (*Weber en Saravia t. Duitsland*), § 101. Vgl. Scheinin Report 2010, § 34 en good practice 21: ‘*National law outlines the types of collection measures available to intelligence services; the permissible objectives of intelligence collection; the categories of persons and activities which may be subject to intelligence collection; the threshold of suspicion required to justify the use of collection measures; the limitations on the duration for which collection measures may be used; and the procedures for authorizing, overseeing and reviewing the use of intelligence collection measures.*’

⁴⁷ *Ibid.*, § 115.

⁴⁸ Venice Commission Opinion 756/2014, p. 16-17.

⁴⁹ Venice Commission Report 2015, § 93.

en onderzocht indien in het gesprek of bericht één van die woorden werd gebruikt. Bovendien was de aard van die zoektermen ook nog weer eens aan diverse veiligheidswaarborgen gebonden. Deze moesten onder meer gerelateerd zijn aan en relevant zijn voor de bestrijding van de misdrijven die aanleiding konden vormen voor de inzet van de interceptiebevoegdheid en worden vastgelegd in de last tot interceptie.⁵⁰ Daar kwam bij dat op de uitvoering van besluiten tot het verlenen van toestemming voor onderschepping of voor het delen van onderschepte informatie met andere diensten binnen die diensten werd toegezien door een functionaris die gekwalificeerd was om het rechterlijk ambt te bekleden. Deze optelsom van waarborgen maakte dat het Hof oordeelde dat de Duitse wetgeving in kwestie voldoende accuraat aangaf welke personen voorwerp konden worden van een dergelijke inmenging in hun communicatiegeheim.⁵¹ In het latere arrest *Liberty e.a. t. VK* oordeelde het EHRM dat de toenmalige Britse wetgeving niet aan deze voorwaarden voldeed, omdat deze

- (a) geen wezenlijke grenzen stelde aan de omvang van de data-onderschepping (d.w.z. aan de hoeveelheid te onderscheppen gegevens of de typen communicatiekanalen die uitgeluisterd mochten worden) en
- (b) de beslissing omtrent het onderscheppen van telecommunicatie met het buitenland in handen legde van de verantwoordelijke minister, die daarvoor toestemming kon geven indien hij dit nodig achtte ten behoeve van enkele in tamelijk abstracte termen omschreven belangen, zoals ‘de nationale veiligheid’, het voorkomen of opsporen van ‘ernstige misdrijven’ of de bescherming van ‘het economisch welzijn van het land’.

Ook waren de eisen ten aanzien van de zoektermen waarmee de onderschepte communicatie doorzocht kon worden veel minder strikt dan in de Duitse situatie. En voor zover deze eisen wel waren vastgelegd, was dit gebeurd in niet-gepubliceerde regels zodat niet te controleren viel hoe die eisen dan precies luiden.⁵²

4.3 Specifieke voorwaarden met betrekking tot het toezicht op de IVD's

4.3.1 Interne waarborgen en extern toezicht moeten in onderlinge relatie worden gezien

De Straatsburgse jurisprudentie laat zien dat in die gevallen waarin het EHRM tot het oordeel kwam dat sprake was van een adequate wettelijke basis en van voldoende waarborgen tegen niet-noodzakelijke en onevenredige privacy-inbreuken doorgaans een combinatie van zowel interne (binnen de organisatie van de IVD's zelf) als externe waarborgen (in de zin van een onafhankelijke toezichtinstantie) aanwezig was. De reeds genoemde zaak *Weber en Saravia t. Duitsland* is daarvan een duidelijk voorbeeld. Het Hof zag een belangrijke waarborg in de wijze waarop in de Duitse G-10 wet de besluitvorming ten aanzien van grootschalige ongerichte data-interceptie was belegd bij de top van de Duitse IVD. Deze moest namelijk om toestemming verzoeken aan een verantwoordelijke minister. Daarnaast lag een belangrijke waarborg in het feit dat binnen de dienst op bepaalde beslissingen ten aanzien van communicatie-interceptie en ten aanzien van het gebruik van de aldus verzamelde informatie werd toegezien door een functionaris die gekwalificeerd was om het rechterlijk ambt te bekleden en in de mogelijkheid voor betrokkenen om beroep in te stellen tegen het optreden van de IVD bij het Duitse constitutionele Hof, het Bundesverfassungsgericht. Deze optelsom van waarborgen droeg bij aan het uiteindelijke oordeel van het Hof dat in dat geval geen sprake was van een schending van het EVRM. In het arrest *Savovi t. Bulgarije* uit 2012 weegt juist het feit dat het besluit tot toepassing van heimelijke surveillance jegens een bepaalde persoon (zelf werkzaam bij de IVD) is genomen door onderschikte functionarissen binnen de dienst mee om tot het oordeel te komen dat artikel 8 EVRM is geschonden.⁵³

⁵⁰ EHRM 29 juni 2006, no. 54934/00 (*Weber en Saravia t. Duitsland*), § 32.

⁵¹ *Ibid.*, § 97.

⁵² EHRM 1 juli 2008, no. 58243/00 (*Liberty e.a. t. VK*), § 64-67.

⁵³ EHRM 27 november 2012, no. 7222/05 (*Savovi t. Bulgarije*), § 56.

De *Venice Commission* leidt uit de Straatsburgse jurisprudentie dan ook terecht af dat er sprake is van een samenhang tussen de interne waarborgen en het externe toezicht:

It is apparent that the two most significant safeguards are the authorization process (of collection and of access to the collected data) and the follow-up (oversight) process. That the latter must be performed by an independent, external body is apparent from the ECtHR's case law. The question which arises here is whether even the authorization process should be independent. (...)

[I]f a holistic approach is taken, assessing the system as a whole, then it seems clear that where a system lacks independent controls at the authorization stage, this should mean that very strong safeguards must exist at the follow-up/oversight stage e.g. the power to take binding decisions.⁵⁴

In verband met de samenhang tussen interne waarborgen en extern toezicht is tevens van belang dat zowel in de literatuur als in de rapporten van de *Venice Commission* erop wordt gewezen dat ministeriële toestemming weliswaar als een waarborg kan worden beschouwd, maar dat hiervan geen al te hoge verwachtingen moeten worden gekoesterd, vanwege de informatie- en kennisachterstand die een minister doorgaans heeft ten opzichte van de IVD zelf: *'the monopoly of specialist knowledge possessed by the agency'*, zo merkt de *Venice Commission* op, *'will itself grant the agency a considerable degree of autonomy in practice from governmental control'*.⁵⁵ Hoewel het EHRM hier zelf geen overwegingen aan wijdt, worden in analyses die voortbouwen op de Straatsburgse jurisprudentie het principe van ministeriële verantwoordelijkheid en de daarmee samenhangende verantwoordingsplicht jegens het parlement in het algemeen niet als een voldoende waarborg voor de mensenrechtencompabiliteit van het optreden van de IVD's gezien.⁵⁶ Parlementaire controle is weliswaar van belang, maar in aanvulling hierop wordt rechtmatigheidscontrole door een onafhankelijke gespecialiseerde toezichthouder geprefereerd: *'Expert oversight bodies are generally better placed to undertake the ongoing, detailed and politically neutral screening that human rights protection requires'*.⁵⁷ In het bijzonder de mogelijkheden die onafhankelijke toezichthouders hebben om langduriger en op *full-time* basis controles uit te voeren en diepgravender onderzoek te verrichten naar de praktijken binnen IVD's worden als een belangrijk voordeel boven parlementaire controle gezien.⁵⁸

4.3.2 Onafhankelijk toezicht op de toestemmingverlening voor heimelijke informatieverzameling of communicatieonderschepping

In het Duitse systeem dat in de zaak *Weber en Saravia* door het EHRM als voldoende werd beschouwd speelde een centrale rol dat voor de grootschalige ongerichte data-interceptie voorafgaande toestemming moest worden gegeven door de onafhankelijke G-10 Commissie.⁵⁹ Sinds in 2007 de Duitse wetgeving werd aangepast om de informatieverzamelingsbevoegdheden van de Duitse IVD op enkele punten uit te breiden is ook de preventieve toetsende rol voor de G-10 Commissie uitgebreid, zodat voor de uitoefening van die nieuwe bevoegdheden ook voorafgaande toestemming van deze Commissie noodzakelijk is.⁶⁰

Ook enkele meer recente EHRM-arresten benadrukken sterk de noodzaak van toestemmingverlening (*authorisation*) door een externe onafhankelijke autoriteit of toezichthouder. In de zaak *Dimitru Popescu t. Roemenië* overwoog het Hof dat de Roemeense autoriteit die toestemming verleende voor het af luisteren van telefoons door de IVD (in casu de officier van justitie) niet voldoende onafhankelijk was ten opzichte van de uitvoerende macht. In combinatie met het feit dat de Roemeense wet geen grens stelde aan de duur van het af luisteren (de toestemming werd weliswaar verleend voor drie maanden, maar kon eindeloos verlengd worden) en geen notificatieverplichting bevatte, bracht dit het Hof

⁵⁴ Venice Commission Report 2015, § 111 en 112.

⁵⁵ Venice Commission Report 2007, § 78.

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ CoE CommHR Issue Paper 2015, p. 62.

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 47.

⁵⁹ De Duitse wetgeving kent overigens ook de mogelijkheid om in spoedeisende gevallen reeds een interceptieoperatie te starten en dan onverwijld alsnog toestemming te vragen aan de G-10 Commissie.

⁶⁰ Farson 2012, p. 34.

tot de conclusie van een schending van artikel 8 EVRM.⁶¹ Het EHRM overwoog in deze zaak expliciet dat het in de Roemeense wet ontbreekt aan preventief toezicht door een rechter of een andere onafhankelijke instantie.⁶² Deze overweging wordt herhaald in het arrest *Iordachi e.a. t. Moldavië*.⁶³ In die zaak komt het EHRM opnieuw tot een schending van artikel 8 EVRM: er is in die zaak wel sprake van een systeem van rechterlijke toestemming voor af luisterpraktijken, maar de betrokken rechter heeft geen toezicht op de manier waarop met de resultaten van het af luisteren wordt omgesprongen en dat maakt het toezicht in de ogen van het Hof onvoldoende.⁶⁴ In het arrest *Association for European Integration and Human Rights en Ekinzhiev t. Bulgarije* speelt hetzelfde probleem: er is weliswaar sprake van voorafgaande rechterlijke toestemming, maar er is vervolgens geen onafhankelijke instantie die toezicht houdt op de wijze waarop het af luisteren wordt uitgevoerd en of daarbij binnen de grenzen van de verleende toestemming wordt gebleven.⁶⁵ Dit levert opnieuw een schending op van het EVRM. In het arrest *Goranova-Karaeneva t. Bulgarije* uit 2011 oordeelt het EHRM dat artikel 8 niet is geschonden, maar dat ligt dan aan het feit dat in deze zaak de gegevens die verzameld werden door het af luisteren als bewijs werden ingebracht in een strafprocedure, waarbij de strafrechter die over de aanklacht moest oordelen de ruimte had om ook de rechtmatigheid van het af luisteren te beoordelen.⁶⁶ De rechtmatigheidstoets door de strafrechter die in deze specifieke situatie mogelijk was, ondervangt dan de gebreken die de Bulgaarse wetgeving nog steeds heeft met betrekking tot rechtmatigheidstoets op de IVD's.⁶⁷ Die gebreken worden nog weer eens bevestigd in het arrest *Savovi t. Bulgarije* uit 2011. In die zaak mondt het af luisteren niet uit in een strafrechtelijke procedure en in die situatie is er binnen het Bulgaarse rechtsstelsel niet een andere onafhankelijke instantie die de bevoegdheid heeft om een *ex post* rechtmatigheidstoets uit te voeren op de heimelijke surveillance door de IVD, terwijl uit de feiten in die zaak duidelijk wordt dat de rechter die het af luisteren tevoren heeft geautoriseerd, geen mogelijkheden heeft om te controleren of de IVD binnen de (tijds)grenzen van die autorisatie blijft (er werd in deze zaak nog afgeluisterd terwijl het tijdvak waarvoor de rechter daartoe toestemming had verleend al was verstreken).⁶⁸ Daarom concludeert het EHRM ook in deze zaak weer tot een schending van artikel 8 EVRM.

Het meest recente voorbeeld van een zaak waarin het EHRM belang hecht aan het verlenen van voorafgaande toestemming voor interceptie maatregelen door een onafhankelijke (rechterlijke) autoriteit is het arrest *Dragojević t. Kroatië* uit januari 2015.⁶⁹ Met name de door de relevante Kroatische wet voorgeschreven wijze waarop de toestemmingverlenende rechter de toets moet verrichten om te beoordelen of de interceptie noodzakelijk en proportioneel is, ziet er (op papier) goed uit. En dat geldt ook voor de manier waarop het Kroatische constitutionele hof deze toets nader heeft geconcretiseerd:

'The domestic law thereby provides for prior authorisation of the use of secret surveillance measures which must be sufficiently thorough and capable of demonstrating that the statutory conditions for the use of secret surveillance have been met and that the use of such measures is necessary and proportionate in the given circumstances. Strictly speaking, every individual under the jurisdiction of the Croatian authorities, when relying on these provisions of the relevant domestic law, should be confident that the powers of secret surveillance will be subjected to prior judicial scrutiny and carried out only on the basis of a detailed judicial order properly stipulating the necessity and proportionality of any such measure.

(...) The importance of the prior judicial scrutiny and reasoning of the secret surveillance orders was emphasised in the decision of the Constitutional Court no. U-III-857/2008 of 1 October 2008. In particular, it explained that only a detailed statement of reasons in the secret surveillance orders "guarantees that the existence of a 'probable cause to believe' that an offence proscribed under the law has been committed will precede the

⁶¹ EHRM 26 april 2007, no. 71525/01 (*Dumitru Popescu t. Roemenië*).

⁶² *Ibid.*, § 73.

⁶³ EHRM 10 februari 2009, no. 25198/02 (*Iordachi e.a. t. Moldavië*), § 40.

⁶⁴ *Ibid.*, § 41-42.

⁶⁵ EHRM 28 juni 2007, no. 62540/00 (*Association for European Integration and Human Rights en Ekinzhiev t. Bulgarije*), § 85-87.

⁶⁶ Zie in gelijke zin: EHRM 2 september 2010, no. 35623/05 (*Uzun t. Duitsland*), § 72.

⁶⁷ EHRM 8 maart 2011, no. 12739/05 (*Goranova-Karaeneva t. Bulgarije*), § 49-50.

⁶⁸ EHRM 27 november 2012, no. 7222/05 (*Savovi t. Bulgarije*), § 56.

⁶⁹ EHRM 15 januari 2015, no. 68955/11 (*Dragojević t. Kroatië*), § 92-93.

*use of secret surveillance measures, that a minimum degree of probability exists that an actual – and not some possible – offence has been committed, and that the use of State powers will be logical and convincing and subsequently challengeable during the proceedings before the competent courts?.*⁷⁰

Het EHRM benadrukt vervolgens dat die noodzakelijkheidstoets in de toestemmingverlenende fase ook een subsidiariteitselement moet bevatten:

In this connection the Court has also emphasised that verification by the authority empowered to authorise the use of secret surveillance, inter alia, that the use of such measures is confined to cases in which there are factual grounds for suspecting a person of planning, committing or having committed certain serious criminal acts and that the measures can only be ordered if there is no prospect of successfully establishing the facts by another method or this would be considerably more difficult, constitutes a guarantee of an appropriate procedure designed to ensure that measures are not ordered haphazardly, irregularly or without due and proper consideration (...). It is therefore important that the authorising authority – the investigating judge in the instant case determines whether there is compelling justification for authorising measures of secret surveillance.⁷¹

De manier waarop dat subsidiariteitselement van de toetsing in de Kroatische praktijk vorm krijgt, kan evenwel niet de goedkeuring van het EHRM wegdragen. De enkele verklaring van de IVD dat andere middelen niet zouden volstaan om de informatie boven tafel te krijgen, is volgens de Kroatische rechtspraak namelijk reeds voldoende om de inzet van interceptiemaatregelen noodzakelijk te achten. De hoogste Kroatische gerechten hebben daarbij de ruimte gelaten aan de autoriteiten om in een eventuele strafrechtelijke procedure, waarin de onderschepte informatie als bewijs wordt gebruikt, achteraf nog aanvullende redenen ter onderbouwing van de noodzaak van de interceptie te geven.⁷¹ Deze benadering helpt in de ogen van het EHRM de wettelijk voorgeschreven, zorgvuldige procedure feitelijk om zeep:

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.⁷²

Duidelijk is dat het EHRM niet alleen kijkt naar de enkele aanwezigheid van een onafhankelijke instantie (een rechter) die toestemming moet verlenen voor interceptiemaatregelen of andere heimelijke informatieverzamelingsoperaties, maar ook materiële eisen stelt aan de manier waarop die onafhankelijke instantie zijn rechtmatigheidstoets – en de noodzakelijkheidstoets als onderdeel daarvan – inricht. Bovendien is duidelijk dat het EHRM ook een vorm van toezicht op de uitvoering van de operatie waarvoor toestemming is verleend noodzakelijk acht. Alleen voorafgaande autorisatie door een onafhankelijke instantie is niet genoeg, er moet ook *ex post* rechtmatigheidstoezicht zijn op de uitvoering van de operatie, zodat gedurende die operatie gecontroleerd wordt of die binnen de grenzen van de verleende toestemming – en ook meer algemeen binnen de grenzen zoals die voortvloeien uit de door het EVRM geboden bescherming (toets op noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit) – wordt uitgevoerd. Het belang van dit *ex post* toezicht – de controle die plaatsvindt nadat de toestemming voor de interceptie is verleend, maar nog terwijl de interceptieoperatie wordt uitgevoerd of terwijl de verzamelde gegevens worden verwerkt – is vooral gelegen in het langdurige karakter ervan: er moet gedurende de gehele looptijd van een geautoriseerde interceptie kunnen worden gekeken of die binnen de juridische grenzen wordt uitgevoerd.

In het licht van de in § 3 reeds in kaart gebrachte eisen ten aanzien van een effectief rechtsmiddel (artikel 13 EVRM) ligt het voor de hand om aan te nemen dat *ex post* rechtmatigheidstoezicht moet

⁷⁰ *Ibid.*, § 94. Vgl. EHRM 2 september 2010, no. 35623/05 (*Uzun t. Duitsland*), § 80, waar het feit dat op nationaal niveau een subsidiariteitstoets is uitgevoerd door het Hof positief wordt gewaardeerd.

⁷¹ *Ibid.*, § 95-97.

⁷² *Ibid.*, § 98.

kunnen uitmonden in een bindende beslissing, al heeft het EHRM deze eis tot dusverre alleen expliciet geformuleerd voor oordelen in klachtprocedures (zie de in § 3 vermelde jurisprudentie). De hierboven genoemde arresten impliceren naar ons oordeel echter wel degelijk zo'n eis. Indien de eis van een juridisch bindend oordeel alleen zou gelden voor oordelen op klachtprocedures zou dat grote afbreuk doen aan de effectiviteit van het toezicht. En aangezien dat toezicht toch vooral moet dienen als plaatsvervanger van een door de betrokkene in te roepen rechtsmiddel, nu deze dat zelf niet kan omdat hij/zij onwetend is over de jegens hem/haar gepleegde privacy-inbreuk, is het niet zo vreemd om de effectiviteitseisen zoals die geformuleerd zijn voor klachtprocedures naar analogie toe te passen op *ex post* rechtmatigheidstoezicht dat plaatsvindt los van enige ingediende klacht. Daar komt bij dat het EHRM in andersoortige zaken – namelijk over immigratiekwesities – reeds verschillende keren heeft overwogen dat, gegeven de overlap tussen de procedurele waarborgen onder artikel 8 en 13, de waarborgen onder artikel 8 moeten worden uitgelegd op een wijze die consistent is met de uitleg onder artikel 13.⁷³

Honderd procent zekerheid biedt de Straatsburgse jurisprudentie op dit punt echter niet. Dat komt onder meer doordat het EHRM uiteindelijk steeds de vraag beantwoordt of de inbreuk op de privacy als gevolg van de heimelijke interceptie of informatieverzameling *in het concrete geval* gerechtvaardigd was. Dit kan ertoe leiden, zoals blijkt uit *Goranova-Karaeneva t. Bulgarije*, dat bepaalde gebreken in het algemene systeem van rechtmatigheidstoezicht op de IVD's in de bijzondere omstandigheden van het geval door een andere vorm van rechtmatigheidscontrole worden gecompenseerd. Het EHRM weegt daarbij bijvoorbeeld ook mee welke mogelijkheden de rechter heeft om een oordeel over de rechtmatigheid van heimelijke interceptie of informatieverzameling uit te spreken indien iemand op basis van de aldus verzamelde informatie strafrechtelijk vervolgd wordt of een beslissing die op basis van die informatie is genomen aanvecht in een bestuursrechtelijke procedure.⁷⁴

Tegenover de reeks EHRM-arresten die het belang van voorafgaande toestemming door een onafhankelijke autoriteit stipuleren staat het arrest *Kennedy t. VK* uit 2010. Ook in dit arrest onderstreept het Hof dat de vraag naar een adequate wettelijke basis voor data-interceptie door de IVD's sterk verweven is met de vraag of de inbreuk op de privacy *in een concreet geval* echt voldoet aan de noodzakelijkheids-eis.⁷⁵ Het EHRM acht in deze zaak het Britse systeem, waarin sprake is van ministeriële toestemming en niet van toestemming door een onafhankelijke toezichthouder, voldoende. Deze conclusie hangt samen met een aantal specifieke factoren in de betreffende zaak:

- In de eerste plaats wijst het Hof er nadrukkelijk op dat, anders dan in het eerdere arrest *Liberty e.a. t. VK*, de zaak *Kennedy* betrekking heeft op gerichte data-interceptie.⁷⁶ Bij gerichte data-interceptie is het bepalen van de noodzaak en proportionaliteit van de privacy-inbreuk in zekere zin makkelijker dan bij ongerichte grootschalige data-interceptie (zie hierover ook de opmerkingen in § 5.1 *infra*).
- In de tweede plaats is de toegang tot de onderschepte data in de relevante Britse wetgeving zeer strikt geregeld. De groep functionarissen die kennis mag nemen van de verzamelde informatie is zeer beperkt en niet (langer) relevante informatie moet direct worden vernietigd.⁷⁷
- In de derde plaats wijst het EHRM erop dat de eigen Britse onafhankelijke IVD-toezichthouder, de *Interception of Communications Commissioner* hoog opgeeft van de zorgvuldigheid waarmee te werk wordt gegaan bij zowel de voorbereiding van aanvragen voor data-interceptie binnen de Britse diensten als bij de toestemmingverlening door de minister. De minister wordt daarbij ondersteund door '*senior officials*' die de aanvragen minutieus beoordelen op noodzakelijkheid en proportionaliteit ('*scrutinize with care*').⁷⁸

⁷³ O.m. EHRM 28 januari 2014, nos. 14876/12 en 63339/12 (*I.R. en G.T. t. VK*), § 62.

⁷⁴ Zie o.m. EHRM 2 september 2010, no. 35623/05 (*Uzun t. Duitsland*), § 63-72.

⁷⁵ EHRM 18 mei 2010, no. 26839/05 (*Kennedy t. VK*), § 154-155.

⁷⁶ *Ibid.*, § 160 en 162.

⁷⁷ *Ibid.*, § 163-164.

⁷⁸ *Ibid.*, § 71, 166 en 169.

- Ten slotte speelt een rol dat de klachtbehandeling, die in het Britse systeem is ondergebracht bij het onafhankelijke *Investigatory Powers Tribunal* (IPT) niet is voorbehouden aan personen aan wie is genotificeerd dat zij voorwerp zijn geweest van een onderzoek door de IVD, maar openstaat voor een ieder die vermoedt dat daarvan sprake kan zijn geweest. Bovendien beschikt het IPT over voldoende onderzoeksbevoegdheden en kan het een bindend oordeel geven.⁷⁹

Het lijkt erop dat het EHRM zich in dit arrest vooral laat leiden door de materiële inhoud van de rechtmatigheidstoets bij de toestemmingverlening. Ook al wordt deze niet verricht door een onafhankelijke instantie maar door de minister, de eigen Britse onafhankelijke toezichthouder toont zich zeer enthousiast over de wijze waarop aan die rechtmatigheidstoets inhoud wordt gegeven. Dit brengt het Hof tot de vaststelling dat in dit geval *‘there is no evidence of any significant shortcomings in the application and operation of the surveillance regime’*.⁸⁰ Hoe het EHRM zou hebben geoordeeld indien de Britse toezichthouder zelf wat minder lovend zou zijn geweest is in zekere zin koffiedik kijken. In het licht van de reeks uitspraken waarin het EHRM het belang van toestemmingverlening door een onafhankelijke autoriteit benadrukt, is niet onwaarschijnlijk dat het Hof het ontbreken daarvan dan als een groter probleem zou hebben ervaren. Opvallend is in ieder geval dat de Britse *Interception of Communications Commissioner* zelf in zijn meer recente rapporten (het ambt wordt inmiddels bekleed door een andere persoon) een kritischer toon aanslaat over de uitvoering van de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets bij de toestemmingverlening. In zijn rapport over 2014 concludeert hij dat de afweging over het onderscheppen of bewaren van informatie in een *significant aantal gevallen* niet goed is gemaakt.⁸¹ In juni 2015 werd in het VK door de *Independent Reviewer of Terrorism Legislation* het voorstel gepresenteerd om de ministeriële toestemming voor interceptie-operaties te vervangen door voorafgaande rechterlijke toestemming.⁸²

4.3.3 Gerichte of ongerichte data-interceptie: andere standaarden?

In het arrest *Liberty e.a. t. VK*, geeft het EHRM aan dat de in *Weber en Saravia* op een rij gezette voorwaarden waaraan de nationale wettelijke basis moet voldoen weliswaar zijn ontwikkeld in jurisprudentie die zag op gevallen van gerichte interceptie van communicatie, maar dat het Hof geen reden ziet om bij grootschaliger en ongerichte onderschepping van communicatie minder strikte voorwaarden te hanteren.⁸³ Gegeven de beperkte hoeveelheid Straatsburgse rechtspraak die er op dit terrein is, is dit voornamelijk de enige aanwijzing die uit de jurisprudentie te halen valt. In het arrest *Kennedy* wekt het EHRM de indruk (zie de voorgaande paragraaf) dat juist het feit dat in die zaak *geen* sprake was van ongerichte grootschalige interceptie mede ten grondslag ligt aan het oordeel dat de Britse waarborgen voldoende zijn. En in *M.M. t. VK* (een zaak over de opslag van gegevens in politieregisters) stelt het EHRM: *‘The greater the scope of the recording system, and thus the greater the amount and sensitivity of data held and available for disclosure, the more important the content of the safeguards to be applied at the various crucial stages in the subsequent processing of the data’*.⁸⁴ Dit wijst dus niet op een ontwikkeling dat voor grootschalige ongerichte interceptie minder hoge standaarden – in de zin van een geringer noodzaak tot bindende rechtmatigheidsoordelen door een onafhankelijke toezichthouder – zouden moeten gelden. Het tegendeel lijkt eerder het geval te zijn.

In de literatuur en in het recente rapport van de *Venice Commission* wordt er wel op gewezen dat de rechtmatigheidstoets die moet worden toegepast bij de beslissing tot het ongericht onderscheppen van telecommunicatie en data qua karakter verschilt van die bij gerichte onderschepping.⁸⁵ Anders dan bij gerichte onderschepping is bij ongerichte onderschepping doorgaans geen sprake van een verden-

⁷⁹ *Ibid.*, § 167.

⁸⁰ *Ibid.*, § 169.

⁸¹ The Rt Hon. Sir Anthony May, *Report of the Interception of Communications Commissioner March 2015* (covering the period January to December 2014), te raadplegen op de website van de commissioner: <http://www.iocco-uk.info/docs>.

⁸² Anderson Report 2015, p. 5.

⁸³ EHRM 1 juli 2008, no. 58243/00 (*Liberty e.a. t. VK*), § 63.

⁸⁴ EHRM 13 november 2012, no. 24029/07 (*M.M. t. VK*), § 200.

⁸⁵ Venice Commission Report 2015, § 120-121.

king jegens een bepaalde persoon of groep personen. In de woorden van de *Venice Commission*: *‘It has a proactive element, aiming at finding or identifying a danger rather than merely investigating a known threat.’*⁸⁶ De beslissing om over te gaan tot ongerichte onderschepping (voor een bepaalde termijn) is dan ook hoofdzakelijk een beslissing die gebaseerd zal zijn op een analyse van de vraag of bepaalde omstandigheden, gebeurtenissen of activiteiten een dusdanige bedreiging opleveren van de nationale veiligheid dat zij de inzet van dit middel rechtvaardigen. Dit type beslissing laat zich vergelijken met de beslissing of een bepaalde situatie valt aan te merken als een *‘public emergency threatening the life of the nation’* in de zin van artikel 15 EVRM, zodat de staat gebruik kan maken van de door dit artikel geboden mogelijkheid om bepaalde verdragsverplichtingen op te schorten.⁸⁷ Het EHRM laat de Verdragspartijen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van zo’n *‘public emergency’* altijd een zeer ruime *margin of appreciation*, onder meer met als argument dat deze afweging niet goed te maken is door een (internationale) rechter en dus aan de nationale politieke organen moet worden gelaten.⁸⁸ Nadat via ongerichte data-onderschepping bulkinformatie is verzameld, zullen uit die bulk echter bepaalde gegevens via *‘selectors’* moeten worden uitgefilterd en vervolgens zal moeten worden beslist welke gegevens worden bewaard en nader geanalyseerd en welke niet. Die laatste twee beslissingen hebben veel duidelijker een juridisch karakter dat zich leent voor rechterlijke beoordeling (of ten minste rechtmatigheidstoetsing door een onafhankelijke instantie). De *Venice Commission* wijst er dan ook op dat zowel in het Duitse als het Zweedse rechtsstelsel de rechtmatigheid van deze beslissingen wordt beoordeeld door de onafhankelijke toezichthouder die daarover een bindend oordeel uitspreekt.⁸⁹

4.4 Conclusie: consequenties voor inrichting van het toezicht op de IVD’s in Nederland

Kernvraag die op tafel ligt, is of met het enkele juridisch bindend maken van de oordelen van de CTIVD in klachtprocedures, zoals voorgesteld door het kabinet, het toezicht op de Nederlandse IVD’s zodanig wordt versterkt dat voldaan wordt aan de EVRM-eisen. Naar ons oordeel mag dat worden betwijfeld.

In § 4.3.2 gaven wij reeds aan dat de hoofdlijn in de Straatsburgse jurisprudentie is en blijft – zo wordt ook in *Kennedy* benadrukt – dat *‘it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge’*⁹⁰ of een qua onafhankelijkheid en bevoegdheden daarmee vergelijkbare toezichthouder. Het EHRM hecht grote waarde aan toestemmingverlening voor interceptieoperaties door een onafhankelijke, bij voorkeur rechterlijke, autoriteit en aan onafhankelijk *ex post* toezicht om te controleren of de uitvoering van de interceptie geschiedt op een manier die binnen de wettelijke, mensenrechtelijke en in de toestemmingverlening aangegeven grenzen blijft. Wij hebben daarbij betoogd dat het voor de hand ligt om de eis dat het oordeel van die onafhankelijke toezichthouder bindend moet zijn niet alleen te hanteren voor de oordelen op klachten (voor welke situatie het EHRM deze eis heeft geëxpliciteerd in zijn rechtspraak), maar deze door te trekken naar het rechtmatigheidstoezicht dat los van ingediende klachten plaatsvindt. De Straatsburgse jurisprudentie biedt op dit punt geen absolute zekerheid, maar de in § 4.3.2 besproken serie arresten tegen Bulgarije en enkele andere uitspraken wijzen onmiskenbaar in die richting. De logische consequentie van deze lijn in de EHRM-jurisprudentie is dat, indien er geen sprake is van *ex ante* autorisatie van interceptieoperaties door een onafhankelijke (rechterlijke) autoriteit, het onafhankelijke *ex post* toezicht mede een bindend rechtmatigheidsoordeel moet kunnen omvatten over eerder verleende toestemming voor de interceptieoperatie.⁹¹

⁸⁶ Venice Commission Report 2015, § 3.

⁸⁷ Zie Loof 2005, p. 418-424.

⁸⁸ Loof 2011, p. 45-51.

⁸⁹ Venice Commission Report 2015, § 124 en 132.

⁹⁰ EHRM 18 mei 2010, no. 26839/05 (*Kennedy t. VK*), § 167.

⁹¹ Vgl. op dit punt het gewicht dat het EHRM in *Uzun t. Duitsland* toekent aan het feit dat de strafrechter via heimelijk volgen van een persoon verzamelde informatie zo nodig kan uitsluiten van het bewijs. Dit vormt in deze zaak een belangrijk argument voor het Hof om tot de conclusie te komen dat in het Duitse rechtssysteem is voorzien in voldoende adequate waarborgen.

Ook de *Venice Commission* komt tot die conclusie. In haar in § 4.3.1. reeds aangehaalde passage over de *'holistic approach'* die met betrekking tot waarborgen tegen ongerechtvaardigde privacy-inbreuken door IVD's gehanteerd moet worden stelt zij dat bij gebrek aan onafhankelijke controle *'at the authorization stage'* er *'very strong safeguards'* moeten zijn *'at the follow-up/oversight stage'*. Klaarblijkelijk doelt de *Venice Commission* met die laatste fase niet slechts op de klachtbehandelingsprocedure, want zij verwijst als voorbeeld van instanties die de vereiste sterke waarborgen bieden naar de Duitse G-10 Commissie en de Zweedse SIUN (de toezichthouder op de Zweedse militaire inlichtingendienst); beide instanties kunnen in hun *ex post* rechtmatigheidstoezicht bindende oordelen geven over de onderdelen van ongerichte data-interceptieoperaties die de meest indringende privacy-inbreuk opleveren, namelijk het selectieproces om gegevens uit de bulk te filteren en de beslissing om gegevens al dan niet te bewaren en te onderwerpen aan nadere analyse of te delen met andere diensten.

De enige kanttekening die hierbij geplaatst moet worden is dat het EHRM – het is al meermaals opgemerkt – doorgaans het totaalplaatje van beschermingsmechanismen beziet. Het rechtmatigheidstoezicht door de IVD-toezichthouder wordt niet geïsoleerd beoordeeld, maar in samenhang met bijvoorbeeld de mogelijkheden om (vermeende) interceptie van communicatie door IVD's aan te vechten bij de rechter en de indringendheid van de rechterlijke toetsing in die gevallen waarin de overheid op basis van heimelijk verzamelde informatie overgaat tot strafvervolgning of een vrijheidsbeperkend besluit neemt jegens een individu. In *Klass* is daarbij relevant dat in Duitsland de mogelijkheid bestaat om vermeende heimelijke communicatie-interceptie aan te vechten bij het *Bundesverfassungsgericht* dat een bindend oordeel kan geven en toegang heeft tot alle informatie van de IVD's. Onder meer vanwege de beperkingen die art. 87 Wiv 2002 oplegt aan rechterlijke kennisname van informatie van IVD's in Nederland, is het vangnet van eventuele rechterlijke toetsing van het optreden van IVD's in Nederland niet vergelijkbaar met het in *Klass* door het EHRM als EVRM-conform beoordeelde stelsel.

5 Overige internationale en Europese standaarden met betrekking tot het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten

5.1 De Verenigde Naties

Het denken over het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten binnen het verband van de VN wordt enerzijds beïnvloed door het feit dat mondiaal veel landen nog geen toezichtstelsel kennen dat voldoet aan de voorwaarden zoals die in de EHRM-jurisprudentie en in de praktijk van diverse Europese landen zijn uitgekristalliseerd. Gelet op dit gegeven ligt het niet voor de hand om aan te nemen dat zich in VN-verband binnen afzienbare termijn zwaardere eisen ten aanzien van dit toezicht zullen ontwikkelen. Wel kan worden geconstateerd dat de instanties die zich in VN-verband met deze problematiek bezig houden, zoals de *UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism* en de VN-Mensenrechtenraad worden beïnvloed door het wereldwijde politieke en juridische debat hierover. Waar in diverse landen, bijvoorbeeld door parlementaire onderzoekscommissies, gepleit wordt voor rechterlijke autorisatie voor gerichte en ongerichte data-interceptie door IVD's slijpelt die opvatting door binnen de VN-gremia. Illustratief is het rapport van de genoemde UN Special Rapporteur uit 2010 waarin hij diverse *'good practices'* ten aanzien van de mensenrechtencompatibiliteit van het optreden van IVD's op een rij zet. De rapporteur merkt op:

'It is good practice for intrusive collection measures to be authorized by an institution that is independent of the intelligence services, i.e., a politically accountable member of the executive or a (quasi) judicial body. Judicial bodies are independent of the intelligence process and therefore best placed to conduct an independent and impartial assessment of an application to use intrusive collection powers. Furthermore, it is notably good practice

*for the authorization of the most intrusive intelligence collection methods (e.g. the interception of the content of communications, the interception of mail and surreptitious entry into property) to include senior managers in intelligence services, the politically accountable executive and a (quasi) judicial body.
(...) States also ensure that intelligence collection is subject to ongoing oversight by an institution that is external to the intelligence services. It is good practice for intelligence services to be required to report on the use of collection measures on an ongoing basis and for the external oversight institution to have the power to order the termination of collection measures.*⁹²

Hij verwijst hierbij naar het rapport van een Zuid-Afrikaanse parlementaire onderzoekscommissie waarin voorafgaande rechterlijke autorisatie noodzakelijk werd geacht en tevens naar de Canadese en Duitse wetgeving. Een jaar eerder beval deze rapporteur al aan dat *'there must be no secret surveillance system that is not under review of an independent oversight body and all interferences must be authorized through an independent body'*.⁹³ De aanbevelingen van de *UN Special Rapporteur* worden veelal beïnvloed door die staten die de meest stevige toezichtsystemen kennen. En aangezien deze aanbevelingen weer invloed hebben op de oordelen van bijvoorbeeld het VN-Mensenrechtencomité (het Verdragscomité dat toezicht houdt op de naleving van het IVBPR) is in VN-verband sprake van een 'opwaartse druk' waar het gaat om de ontwikkeling van jurisprudentie en andere vormen van normstelling op dit vlak, al beschikken de VN-instanties niet over bevoegdheden om op dit terrein bindende regels vast te stellen of bindende oordelen te geven.⁹⁴ Deze niet- bindende aanbevelingen en opinies worden vaak meegenomen bij de inventarisatie van relevante internationale normen door instanties als het EHRM en op die manier kunnen zij invloed uitoefenen op de interpretatie en inkleuring van verbindende verdragsnormen en verbindende oordelen.⁹⁵

Deze 'opwaartse druk' zal allicht nog worden versterkt door de toegenomen aandacht in VN-verband voor het recht op privacy, mede naar aanleiding van de Snowden-onthullingen. Deze toegenomen aandacht heeft er onder meer toe geleid dat de VN-Mensenrechtenraad in maart 2015 heeft besloten tot het aanstellen van een Speciaal Rapporteur die de komende jaren onderzoek gaat doen naar de waarborging van het recht op privacy.⁹⁶ Er was niet eerder een VN-Speciaal Rapporteur op dit terrein en de reden voor mandaatverlening aan deze functionaris ligt vooral in de ernstige zorgen binnen de Mensenrechtenraad over

'the negative impact that surveillance and/or interception of communications, including extraterritorial surveillance and/or interception of communications, as well as the collection of personal data, in particular when carried out on a mass scale, may have on the exercise and enjoyment of human rights'.⁹⁷

Ook in de slotverklaring van de vierde *Global Conference on Cyberspace* die in april 2015 in Den Haag plaatsvond, staat versterking van de privacybescherming in cyberspace centraal. Paragraaf 41 van de slotverklaring opgesteld door het Nederlandse voorzitterschap stelt:

'There is a need to improve the protection of the rights to privacy, freedom of expression and other relevant human rights, through appropriate national legislation, strong safeguards and effective oversight, consistent with international human rights law. It was emphasised in this regard that we need to ensure that the collection and analysis of information by government institutions and private companies is not arbitrary or unlawful.'

⁹² Scheinin Report 2010, § 35-36.

⁹³ VN Doc. A/HRC/13/37, § 62.

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld de Concluding Observations van het VN-Mensenrechtencomité naar aanleiding van de statenrapportage door de VS, waarin het Comité n.a.v. de NSA-praktijken opmerkt dat de Amerikaanse regering zou moeten zorgen voor 'judicial involvement in the authorization or monitoring of surveillance measures'. VN doc. CCPR/C/USA/CO/4, 24 april 2014, § 22.

⁹⁵ Zie o.m. Barkhuysen & Van Emmerik 2010.

⁹⁶ Resolutie van de VN-Mensenrechtenraad d.d. 24 maart 2015, VN Doc. A/HRC/28/L.27.

⁹⁷ Ibidem.

Vervolgens verwelkomt de conferentie de verklaring van de *Global Commission on Internet Governance* (GCIG). Deze verklaring roept de wereldgemeenschap op om ‘*a new social compact*’ te bouwen ‘*among citizens and their elected representatives, the judiciary, law enforcement and intelligence agencies, business, civil society and the Internet technical community, with the goal of restoring trust and enhancing confidence in the Internet*’. De conferentie ziet in deze aanbeveling een basis voor ‘*further debate on protecting privacy and improving security in the digital age*’. Ook in het verband van deze brede conferentie, waaraan wordt deelgenomen door regeringsvertegenwoordigers, internationale organisaties, bedrijven, ngo’s, wetenschappers en technici, is derhalve een ontwikkeling zichtbaar die duidt op opwaartse druk ten aanzien van de privacybescherming.

Ook als het gaat om het toezicht op IVD’s is de gedachtevorming in VN-verband de laatste paar jaar in een stroomversnelling geraakt. In een in 2014 door de *UN High Commissioner for Human Rights* gepubliceerd rapport over het recht op privacy in het digitale tijdperk stelt deze:

‘It is clear, however, that a lack of effective oversight has contributed to a lack of accountability for arbitrary or unlawful intrusions on the right to privacy in the digital environment. Internal safeguards without independent, external monitoring in particular have proven ineffective against unlawful or arbitrary surveillance methods. While these safeguards may take a variety of forms, the involvement of all branches of government in the oversight of surveillance programmes, as well as of an independent civilian oversight agency, is essential to ensure the effective protection of the law.

(...) Judicial involvement that meets international standards relating to independence, impartiality and transparency can help to make it more likely that the overall statutory regime will meet the minimum standards that international human rights law requires.’⁹⁸

Tegelijkertijd wijst de *High Commissioner* erop dat rechterlijke autorisatie geen panacee is. In diverse staten is die rechterlijke autorisatie verworpen tot een praktijk van ‘rubber-stamping’, zo stelt de *Commissioner*.⁹⁹ In het autorisatieproces moet de ‘*public interest advocacy*’, de toets of de data-interceptie te rechtvaardigen valt in het licht van de relevante mensenrechten, stevig gewaarborgd zijn. En dat kan in zijn ogen het best door de voorafgaande rechterlijke autorisatie aan te vullen met *ex post* toezicht door een volledig onafhankelijke instantie ‘*to monitor the execution of approved surveillance measures*’.¹⁰⁰ Bovendien moet een onafhankelijke toezichthouder klachten van individuen kunnen behandelen, ‘*be capable of ending ongoing violations*’ en ‘*the capacity to issue binding orders*’ hebben.¹⁰¹ Hoewel de opmerking over de mogelijkheid tot het beëindigen van schendingen en het nemen van bindende beslissingen wordt gemaakt in het kader van de klachtbehandeling, ligt het voor de hand om bij het rechtmatigheidstoezicht – of dat nu plaatsvindt in de vorm van *ex ante* toestemmingverlening door de toezichthouder of in de vorm van *ex post* toezicht op de uitvoering van de operatie – van dezelfde standaard uit te gaan. De *Commissioner* verwijst in dit verband naar het EHRM-arrest *Association for European Integration and Human Rights en Ekinidzliev t. Bulgarije*.

Een laatste punt met betrekking tot de VN dat relevant kan zijn voor de richting waarin het denken over toezicht op de IVD’s zich ontwikkelt is te vinden in het in september 2014 gepubliceerde rapport van de *UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*.¹⁰² Het derde hoofdstuk van dit rapport is geheel gewijd aan ‘*counter terrorism and mass digital surveillance*’. Hierin uit de rapporteur vooral zijn zorgen over de ongerichte data-interceptie door IVD’s, die – anders dan gerichte interceptie – veel moeilijker te beoordelen valt op noodzakelijkheid en proportionaliteit:

⁹⁸ UNHCHR Report 2014, § 37-38.

⁹⁹ *Ibid.*, § 38.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibid.*, § 41.

¹⁰² Emmerson Report 2014.

'The communications of literally every Internet user are potentially open for inspection by intelligence and law enforcement agencies (...). This amounts to a systematic interference with the right to respect for the privacy of communications, and requires a correspondingly compelling justification.(...)

International human rights law requires States to provide an articulable and evidence-based justification for any interference with the right to privacy, whether on an individual or mass scale. It is a central axiom of proportionality that the greater the interference with protected human rights, the more compelling the justification must be if it is to meet the requirements of the Covenant. The hard truth is that the use of mass surveillance technology effectively does away with the right to privacy of communications on the Internet altogether. By permitting bulk access to all digital communications traffic, this technology eradicates the possibility of any individualized proportionality analysis.¹⁰³

Evenals de *High Commissioner* ziet de *Special Rapporteur* 'the very existence of mass surveillance programmes' als een 'potentially disproportionate interference with the right to privacy'.¹⁰⁴ Langdurige, massale en ongerichte interceptie van alle telecommunicatie of metadata via een bepaald kanaal doet de kern van het recht op privacy volledig teniet. De inbreuk op het telecommunicatiegeheim is dan immers niet langer de uitzondering, maar de regel.¹⁰⁵ In de ogen van de rapporteur kan, gegeven de enorme technische mogelijkheden voor data-interceptie en -analyse van vandaag de dag, bij grootschalige, ongerichte interceptie niet langer worden volstaan met de oude waarborgen. Het niet-inbouwen van extra stevige waarborgen door staten kan worden beschouwd als een bewuste vorm van kwaadwilligheid:

'Very few States have so far enacted primary legislation explicitly authorizing such programmes. Instead, outdated domestic laws that were designed to deal with more rudimentary forms of surveillance have been applied to new digital technology without modification to reflect the vastly increased capabilities now employed by some States. Indeed, it has been suggested that certain States have "intentionally sought to apply older and weaker safeguard regimes to ever more sensitive information"(see A/HRC/13/37, para. 57).¹⁰⁶

De rapporteur signaleert ook het karaktersverschil tussen de rechtmatigheidstoetsing bij toestemmingverlening voor gerichte interceptie en toestemmingverlening voor ongerichte interceptie:

'In the context of targeted surveillance, whichever method of prior authorization is adopted (judicial or executive), there is at least an opportunity for ex ante review of the necessity and proportionality of a measure of intrusive surveillance by reference to the particular circumstances of the case and the individual or organization whose communications are to be intercepted. Neither of these opportunities exists in the context of mass surveillance schemes since they do not depend on individual suspicion. Ex ante review is thus limited to authorizing the continuation of the scheme as a whole, rather than its application to a particular individual.¹⁰⁷

Hij roept de staten die beschikken over de technologie voor massale, ongerichte data-interceptie op tot het instellen van 'strong independent oversight bodies that are adequately resourced and mandated to conduct ex ante review of the use of intrusive surveillance techniques against the requirements of legality, necessity and proportionality in article 17 of the Covenant'.¹⁰⁸ Externe ex ante toetsing of toestemmingverlening is echter niet het enige dat gevegd wordt door het in artikel 17 IVBPR gegarandeerde recht op privacy:

'The other procedural dimension of article 17 is the requirement for ex post facto review of intrusive surveillance measures. Some States provide for an independent reviewer to monitor the operation of surveillance legislation by analysing the manner and extent of its use and the justification therefor. Such reviews should always incorporate an analysis of the compatibility of State practice with the requirements of the Covenant.¹⁰⁹

¹⁰³ Emmerson Report 2014, § 9-10 en 12.

¹⁰⁴ *Ibid.*, § 18; Zie ook UNHCHR Report 2014, § 20 en 25.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 37.

¹⁰⁷ *Ibid.*, § 47.

¹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 48

Aan de tweeslag van *ex ante* toestemmingverlening, *ex post* rechtmatigheidstoezicht voegt hij dan nog de derde poot toe van klachtbehandeling door een onafhankelijke instantie ‘*which has power to grant a binding remedy (including, where appropriate, an order for the cessation of surveillance or the destruction of the product)*’.¹¹⁰

5.2 De Europese Unie

In 2011 werd in opdracht van het Europees Parlement door Wills en Vermeulen een groot onderzoek gepubliceerd waarin het toezicht op de IVD’s in alle landen van de EU, alsmede in de VS, Australië en Canada werd beschreven. Doel van deze studie was het aanreiken van *good practices* en beginselen die het Europees Parlement zou kunnen hanteren bij het houden van toezicht op enkele EU-organen met een taak in de sfeer van de veiligheid (Europol, Eurojust, Frontex en Sitcen). De aanbevelingen in dit rapport zijn sterk gericht op de specifieke verhouding tussen het EP en deze organen en daarom niet direct relevant voor nationaal toezicht op nationale IVD’s. Maar het feit dat het EP de opdracht tot het schrijven van dit rapport gaf is wel een teken van de toegenomen belangstelling van het EP voor het optreden van de nationale IVD’s en van de genoemde EU-organen.¹¹¹ Hoewel artikel 72 en 276 VWEU uitsluiten dat het optreden van de nationale IVD’s getoetst wordt aan bepalingen van EU-recht, hebben met name de grootschalige data-interceptie praktijken van de IVD’s de aandacht van het EP. Aangezien deze data-interceptie en de uitwisseling van de onderschepte gegevens met niet-Europese IVD’s een aantasting oplevert van het in het EU-recht gefundeerde beginsel dat elk individu de eigenaar is van zijn eigen privégegevens wordt wel betoogd dat het EU-recht, meer specifiek het EU-privacyrecht wel degelijk relevant is.¹¹² Hierbij is van belang dat het EU-grondrechtenhandvest, naast een algemene privacybepaling (artikel 7) ook een specifieke bepaling over de bescherming van persoonsgegevens bevat (artikel 8) waarin expliciet het doelbindingsvereiste is opgenomen. Dit doelbindingsvereiste is specifiek dan de EVRM-eis dat een inbreuk op de privacy een legitiem doel moet dienen (bijvoorbeeld de bescherming van de nationale veiligheid). Het doelbindingsvereiste vergt dat persoonsgegevens slechts mogen worden opgeslagen en verwerkt met het oog op een of meer specifieke, toegespitste en tevoren kenbaar vastgelegde doelen. Dit vereiste werkt door buiten de directe sfeer van het EU-recht, zo wordt het inmiddels ook door het EHRM ingelezen in de eisen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM.¹¹³ Bovendien geldt bijvoorbeeld de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) over het recht op privacy zoals dat gegarandeerd wordt door het EU-Grondrechtenhandvest in veel landen weer als inspiratiebron voor de nationale gerechten. De Europese Commissie stelde in 2012 reeds vast dat:

*‘analysis of court rulings referring to the Charter further suggests that national judges use the Charter to support their reasoning, including when there is not necessarily a link with EU law. There is also some evidence of an incorporation of the Charter in the national systems of fundamental rights protection.’*¹¹⁴

En in juni 2013 stelde Eurocommissaris Viviane Reding in een debat met het EP:

‘... “intelligence” of course is not in our remit, but ... even in questions of intelligence the fundamental rights which are inscribed in our basic text are not eliminated but they are also to be considered. So the position of the

¹¹⁰ *Ibid.*, § 49.

¹¹¹ Wills & Vermeulen 2011, p. 39.

¹¹² Bigo e.a. 2013, p. 24-25; Moraes Report 2014, p. 11 en 23..

¹¹³ Dit mede omdat het vereiste ook is opgenomen in het RvE-Dataproductieverdrag uit 1981. Zie EHRM 4 december 2008, no. 30562/04 en 30566/04 (*S. en Marper t. VK*), § 103, 112 en 125-126; EHRM 13 november 2012, no. 24029/07 (*M.M. t. VK*), § 196-207.

¹¹⁴ European Commission, *2012 Annual Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, 2013, European Commission, DG for Justice. Te raadplegen op http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/charter_report_2012_en.pdf.

*European Commission and the defence of the fundamental rights of the citizens is without any doubt in that respect.*¹¹⁵

Naar aanleiding van de Snowden-onthulling stelde het EP in februari 2014 een omvangrijk rapport op over de NSA-praktijken, de betrokkenheid van de IVD's van EU-lidstaten daarbij en de impact daarvan op de fundamentele rechten van de EU-burgers.¹¹⁶ In dit rapport stelt het EP onder meer vast dat 'the fight against terrorism can never be a justification for untargeted, secret, or even illegal mass surveillance programmes', dat dergelijke programma's onverenigbaar zijn met de beginselen van noodzakelijkheid en proportionaliteit in een democratische samenleving en dat zij ernstige gevolgen hebben voor niet alleen de bescherming van de privacy, maar ook voor een groot aantal andere fundamentele rechten (persvrijheid, vrijheid van gedachte, vrijheid van vereniging en vergadering, de bronbescherming van journalisten, het recht op vertrouwelijke communicatie van advocaten en artsen met hun cliënten).¹¹⁷ Het rapport roept op tot instelling van een *High-Level Group* die met voorstellen moet komen om het toezicht op de IVD's te versterken en hiervoor Europese minimumstandaarden of richtlijnen op te stellen.¹¹⁸ In het rapport gaat veel aandacht uit naar de praktijken omtrent uitruil van gegevens tussen IVD's van landen binnen en buiten Europa. Een belangrijk gevaar dat wordt gesignaleerd is dat diensten door de uitruil van bulkgegevens de beschikking krijgen over gegevens die zij volgens hun eigen wetgeving niet zouden mogen verzamelen. Het tegengaan van deze mogelijkheid van omzeiling van het nationale wettelijk kader wordt als een belangrijke uitdaging voor de nationale wetgevers en toezichthouders gezien, waarop deze laatsten hun toezichtspraktijk ook steviger moeten richten.¹¹⁹

In de jurisprudentie van het HvJ EU lagen arresten die betrekking hadden op nationale-veiligheidskwesties vooralsnog vooral in de sfeer van het vreemdelingenrecht. Zij betroffen vooral beslissingen over de uitzetting van vreemdelingen om redenen van nationale veiligheid. Uit die jurisprudentie komt naar voren dat '*although it is for Member States to take the appropriate measures to ensure their internal and external security, the mere fact that a decision concerns State security cannot result in European Union law being inapplicable*'.¹²⁰ Bovendien moet er in bij dergelijke beslissingen binnen het nationale rechtssysteem voorzien zijn in '*effective judicial review both of the existence and validity of the reasons invoked by the national authority with regard to State security and of the legality of the decision*'.¹²¹

Belangrijker voor het onderwerp van dit rapport is evenwel het HvJ EU-arrest van 8 april 2014 in de zaak *Digital Rights Ireland*,¹²² waarin de in 2006 vastgestelde Dataretentierichtlijn (Richtlijn 2006/24/EG) in strijd werd bevonden met de privacy- en persoonsgegevensbescherming zoals gegarandeerd in de artikelen 7 en 8 van het EU-grondrechtenhandvest. Het relevante van dit arrest schuilt vooral in de overwegingen van het Hof dat

- (1) de verplichting tot het bewaren van verkeersgegevens of metadata op zichzelf reeds een inbreuk op de privacy oplevert nu uit deze gegevens '*very precise conclusions (can) be drawn concerning the private lives of the persons whose data has been retained*',
- (2) de dataretentie algemeen en zonder uitzonderingen van toepassing was op alle personen, alle elektronische communicatiemiddelen en alle verkeersgegevens, dus ook op personen ten aanzien van wie er geen enkele aanwijzing bestaat dat hun gedrag een verband vertoont met zware criminaliteit,

¹¹⁵ Zie: www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20130617IPR12352/html/PRISM-EU-citizens'-data-mustbe-properly-protected-against-US-surveillance.

¹¹⁶ Moraes Report 2014.

¹¹⁷ *Ibidem.*, p. 21-22.

¹¹⁸ *Ibidem.*, p. 32-33.

¹¹⁹ *Ibidem.*, p. 26-28. Zie ook CoE CommHR Issue Paper 2015, p. 12, waar de mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa aanbevelingen doet t.a.v. het mandaat dat IVD-toezichthouders zouden moeten hebben m.b.t. dit soort praktijken.

¹²⁰ HvJ EU 18 juli 2013, C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P (*Kadi*); HvJ EU 4 juni 2013, C-300/11 (*ZZ t. Secretary of State for the Home Department*).

¹²¹ HvJ EU 15 december 2009, C-387/05 (*Commissie t. Italië*), § 45 en 58.

¹²² Zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*).

- (3) het toegang verlenen tot de bewaarde verkeersgegevens aan nationale autoriteiten een aanvullende inbreuk op de privacy- en persoonsgegevensbescherming oplevert,
- (4) het voor de inbreuk niet relevant is of er voor de betrokken personen enig nadeel of ongemak is voortgevloeid uit het verzamelen of opvragen van de gegevens.¹²³

De overweging onder (2) vormt één van de argumenten waarom het HvJ EU oordeelt dat de richtlijn een disproportionele inbreuk op de privacy vormt. Hier doemt de overeenkomst met grootschalige ongerichte data-interceptie door IVD's op. De lijn van het Luxemburgse Hof volgend, levert die vorm van data-interceptie een groot risico op disproportionele privacy-inbreuken op. De logische consequentie is dan dat hiertoe niet kan worden overgegaan zonder zware waarborgen in acht te nemen die een disproportionele inbreuk moeten voorkomen. Die waarborgen moeten dan liggen in de restricties die de wet oplegt aan inzet van dit middel en (hoewel het HvJ dit vanwege de andere context van de zaak niet met zoveel woorden noemt), in een stringent onafhankelijk rechtmatigheidstoezicht. Het HvJ EU hecht in dit verband sterk aan:

*'Prior review carried out by a court or by an independent administrative body whose decision seeks to limit access to the data and their use to what is strictly necessary for the purpose of attaining the objective pursued and which intervenes following a reasoned request of those authorities submitted within the framework of procedures of prevention, detection or criminal prosecutions.'*¹²⁴

Op dit punt valt een vergelijking te maken met de wijze waarop het HvJ EU door zijn zogenoemde *Kadi*-jurisprudentie een stringenter rechtmatigheidstoezicht heeft bewerkstelligd binnen de besluitvormingsmechanismen in de VN ten aanzien van sanctielijsten.¹²⁵ Ook daar gaat het om kwesties die direct raken aan de nationale veiligheid en om beslissingen die veelal worden genomen op basis van informatie die is verkregen door IVD's.

Een laatste punt dat in het kader van de EU het vermelden waard is, is de opinie van de gezamenlijke Dataprotectieautoriteiten van de EU-lidstaten, de *'Article 29 Working Party'*, van april 2014: *Opinion 04/2014 on surveillance of electronic communications for intelligence and national security purposes*.¹²⁶ In deze opinie komen de Dataprotectieautoriteiten tot enkele belangrijke conclusies:

- (1) *'[S]ecret, massive and indiscriminate surveillance programs'* zijn niet verenigbaar met de grondrechtenbescherming geboden binnen de EU, omdat zij vanwege hun massale en ongerichte karakter naar hun aard niet te verenigen zijn met de eis dat een grondrechtenbeperking strikt noodzakelijk en proportioneel is. Ze vallen niet te rechtvaardigen door verwijzingen naar de strijd tegen terrorisme of andere bedreigingen van de nationale veiligheid.
- (2) De vaak door regeringsvertegenwoordigers gebezigde stelling dat het enkele verzamelen van metadata met minder waarborgen omgeven hoeft te zijn, omdat daarvan een minder grote bedreiging van de privacy uitgaat is achterhaald. Analyse van die metadata is technisch makkelijker te realiseren en kan net zoveel over iemand privéleven onthullen als de inhoud van de communicatie. Zij vormt dus een even grote inbreuk op de privacy.
- (3) Effectief en onafhankelijk toezicht op de IVD's is een absolute noodzaak, dit toezicht moet ook het verwerken van persoonsgegevens door de IVD's omvatten. Om dit toezicht goede inhoud te geven is betrokkenheid van de nationale Dataprotectieautoriteit aangewezen.

Weliswaar komt uit deze opinie niet direct een aanwijzing naar voren over de precieze inrichting van het toezicht op IVD's of over de bindendheid van rechtmatigheidsoordelen van de toezichthouder, het beeld dat wel duidelijk wordt is dat grootschalige en ongerichte interceptie van communicatie, ook als

¹²³ *Ibid.*, § 26, 27 en 34-37.

¹²⁴ *Ibid.*, § 62.

¹²⁵ Zie hierover: Kokott & Sobotta 2012; Todorof 2013.

¹²⁶ Te raadplegen op: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/-wp215_en.pdf.

het alleen metadata betreft, levert een indringende inbreuk op de privacy en andere grondrechten op, die zeker niet met minder zware waarborgen omgeven hoeft te zijn dat het gericht afluisteren van de inhoud van telecommunicatie.

Voor de meer technische vormgeving van het toezicht op de IVD's is een mogelijk relevante ontwikkeling te vinden in de in voorbereiding zijnde EU-dataprotectieverordening. In de concepttekst van deze verordening wordt onder meer uitgegaan van een verplichting tot *data protection by design* aan de zijde van gegevensverzamelaars en -verwerkers. Hoewel het EU-recht niet rechtstreeks van toepassing is op IVD's kan een dergelijk EU-rechtelijk principe doorwerken binnen de EHRM-jurisprudentie en zo onderdeel gaan uitmaken van de interpretatie van artikel 8 EVRM, dat wel relevant is als toetsingsmaatstaf voor het optreden van IVD's en voor de inrichting van het toezicht op de IVD's. In verband met dit principe van *data protection by design*, lijkt het in ieder geval van belang dat de toezichthouder moet kunnen zien of de door de IVD's gehanteerde interceptiesystemen in technisch opzicht dingen kunnen of mogelijk maken waartoe de diensten wettelijk niet bevoegd zijn en of eventuele bevoegdheidsoverschrijdingen snel zichtbaar kunnen worden gemaakt door de toezichthouder.

5.3 De Raad van Europa

Naast de jurisprudentie van het EHRM zijn er binnen de Raad van Europa ook andere instanties die zich met regelmaat bezighouden met het toezicht op de IVD's. Hierboven werd al verschillende malen gewezen op rapporten van de *Venice Commission*. De aanbevelingen van de *Venice Commission* dragen bij aan de hierboven gesignaleerde opwaartse druk, in die zin dat ze regelmatig inspiratie vormen voor overwegingen van het EHRM in zijn arresten over deze problematiek. In dit verband kan ook gewezen worden op het feit dat de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, in een recent gepubliceerde verklaring over ontwikkelingen in de anti-terrorismewetgeving in diverse Europese landen, voorafgaand *rechterlijk* toezicht op de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden door IVD's als uitgangspunt neemt:

*I am (...) very worried about the proposals currently under debate in several European countries with a view to increasing the powers of security services to keep individuals under surveillance without prior judicial authorisation. If these become law, they may well undermine freedoms and give rise to a negative social climate in which every single person is regarded as a potential suspect.*¹²⁷

Uit deze verklaring komt ook naar voren dat juist bij vormen van surveillance door IVD's waardoor grote groepen burgers worden geraakt de schijn gewekt wordt dat iedereen een potentiële verdachte is. Vanwege vrees voor het negatieve effect dat daarvan kan uitgaan op de verhouding tussen de overheid en de burgers in het algemeen worden zware rechtmatigheidswaarborgen op hun plaats geacht.

In zijn rapport naar aanleiding van zijn bezoek aan Nederland ging de Mensenrechtencommissaris in 2014 ook specifiek in op het toezicht op de IVD's. Hij wees in zijn rapport op de door een coalitie van NGO's opgestelde *International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance*,¹²⁸ die hij aanbeval als een goed onderbouwd richtsnoer voor de inrichting van het IVD-toezicht.¹²⁹ In deze *Principles* wordt voorafgaande rechterlijke toestemming voor surveillance en data-interceptie door IVD's als essentieel beschouwd:

¹²⁷ Persbericht van 23 maart 2015, 'The Commissioner is concerned about the new anti-terrorism measures', te raadplegen op: <http://www.coe.int/en/web/commissioner/news>.

¹²⁸ Deze Principles zijn te raadplegen op: <https://en.necessaryandproportionate.org>. Over de support voor de Principles wordt het volgende vermeld: 'The Principles have been signed by 400 organizations and 350,000 individuals throughout the world, and endorsed by the UK's Liberal Democratic Conference, as well as European, Canadian, and German Parliamentarians.3 The Principles have been cited by the United States' President Review Group on Intelligence and Communications Technologies report, the Inter-American Commission on Human Rights report, and others.'

¹²⁹ Muiznieks Report The Netherlands 2014, p. 13-15.

*'This is because neither of the other two branches of government is capable of providing the necessary degree of independence and objectivity to prevent the abuse of surveillance powers. The (Strasbourg) Court's view in Klass—that oversight by a parliamentary body might be sufficiently independent—no longer seems tenable, particularly in the wake of the 9/11 attacks in which legislators have shown themselves all too willing to sacrifice individual rights in the name of promoting security. In the case of the executive branch, the dangers are even more acute. In the UK, for instance, the same government ministers who are responsible for the activities of the intelligence services are also responsible for authorising interception warrants, and do so on the advice of those agencies—hardly a credible safeguard against abuse.'*¹³⁰

De toelichting bij de Principles vermeldt overigens dat rechterlijke toestemming op zichzelf onvoldoende is:

*'[M]erely having a judge take surveillance decisions is not enough to protect fundamental rights. The Principles also make clear the importance of having judges who are conversant with both the relevant technologies and human rights principles so that they properly understand the nature of each surveillance request, and are able to assess its likely impact on individual privacy. Similarly, authorising judges must have sufficient resources to carry out the functions assigned to them, including continuing oversight of all surveillance activities, which have been authorised.'*¹³¹

De toelichting wijst er ook op dat dit (rechterlijk) toezicht zich ook moet uitstrekken tot alle beslissingen om via interceptie verkregen gegeven te delen met andere instanties of diensten. Deze Principles vormen een voorbeeld van een ontwikkeling waarin vanuit NGO's en vanuit de (rechts)wetenschappelijke wereld in toenemende mate feitelijke en juridische informatie wordt aangeleverd om het bewustzijn met betrekking tot het belang van stringent toezicht op het opereren van de IVD's te versterken, zowel bij de politiek, als bij de media en het brede publiek.¹³² Het is niet vreemd te veronderstellen dat een verscherpt bewustzijn in de komende jaren zal leiden tot een aanscherping van ethische en juridische standaarden met betrekking tot privacybescherming, communicatie-interceptie en toezicht op IVD's. Op politiek niveau zien we deze opwaartse druk reeds gestalte krijgen binnen de Raad van Europa. Zo werd in april 2015 een resolutie aanvaard door de Parlementaire Vergadering, op basis van een rapport opgesteld door het Nederlandse Tweede-Kamerlid Pieter Omtzigt, waarin de vergadering onder meer stelt dat *'[m]ass surveillance does not appear to have contributed to the prevention of terrorist attacks, contrary to earlier assertions made by senior intelligence officials. Instead, resources that might prevent attacks are diverted to mass surveillance, leaving potentially dangerous persons free to act'*. De vergadering roept op om *'the collection and analysis of personal data (including so-called metadata) without consent'* alleen te laten plaatsvinden op grond van *'a court order granted on the basis of reasonable suspicion'* en om *'better judicial and parliamentary control of intelligence services'* tot stand te brengen.¹³³

In mei 2015 publiceerde de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa een *issue paper* *'Democratic and effective oversight of national security services'* waarin hij 25 aanbevelingen formuleert. Tot die aanbevelingen behoort dat het toezicht op IVD's mensenrechtelijk gezien breed georiënteerd moet zijn en zich niet louter moet richten op privacy-inbreuken, maar ook op inbreuken op andere mensenrechten. Daarnaast moet het toezicht zich in zijn ogen mede richten op de mensenrechtencompatibiliteit van samenwerking en gegevensuitwisseling met buitenlandse IVD's, moet toestemmingverlening voor onder meer ongerichte interceptie en voor het hacken van computers bij voorkeur geschieden door een onafhankelijke autoriteit en moet *ex post* toezicht door een onafhankelijke toezichthouder mede een rechtmatigheidscheck omvatten van de eerder verleende toestemming voor een bepaalde interceptie-operatie, waarbij de toezichthouder de bevoegdheid moet hebben om het besluit tot verle-

¹³⁰ <https://en.necessaryandproportionate.org/LegalAnalysis/principles-6-and-7-competent-judicial-authority-due-process>.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Een voorbeeld hiervan is de toolkit onder redactie van Hans Born & Aidan Wills, *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, Geneva: DCAF 2012.

¹³³ PACE Resolution 2045 (2015)

ning van die toestemming te vernietigen.¹³⁴ De mensenrechtencommissaris wijst er overigens op dat geen van de lidstaten van de Raad van Europa op dit moment volledig aan al zijn aanbevelingen voldoet. Hij constateert dat de meeste lidstaten een systeem kennen waarin rechterlijke toestemming vereist is voor heimelijke onderzoeken door IVD's die diep ingrijpen in de privacy van burgers, maar wijst erop dat aan zo'n systeem van rechterlijke toestemming ook nadelen kleven. Een belangrijk nadeel dat hij schetst is dat de rechter die toestemming heeft verleend niet ter verantwoording te roepen valt door de onafhankelijke toezichthouder die het *ex post* toezicht uitvoert. Hij voegt hieraan toe dat ministeriële toestemmingverlening beter te verenigen valt met onafhankelijk en bindend *ex post* toezicht, omdat dan mag worden aangenomen dat de bindende oordelen van de toezichthouder uiteindelijk zullen doorwerken in de toetsing die wordt verricht bij de toestemmingverlening.

5.4 Conclusie

Hoewel zowel in VN- als in EU-verband geen sprake is van directe bindende normen die expliciet iets zeggen over de inrichting van het toezicht op de IVD's, is de ontwikkeling die zich binnen de organen van beide organisaties voordoet in het denken over thema's die raken aan dit toezicht duidelijk: grootschalige ongerichte data-interceptie wordt, zeker als die langdurig plaatsvindt, als een zeer ernstige inbreuk op de privacy en het telecommunicatiegeheim beschouwd. Die ernst en de grote hoeveelheid personen die door die inbreuk getroffen wordt, dwingen tot een optelsom van wettelijke en praktische waarborgen, van intern en extern toezicht en van een drieslag van externe toestemmingverlening voor data-interceptie, bindend *ex post* rechtmatigheidstoezicht en klachtbehandeling door een onafhankelijke instantie die bindende beslissingen kan nemen. Aanbevelingen en verklaringen van verschillende Raad van Europa organen wijzen in dezelfde richting, hoewel in sommige daarvan ook een spanning tussen externe toestemmingverlening vooraf en bindend *ex post* toezicht wordt gesignaleerd. De Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa stelt ten aanzien van toestemmingverlening voor interceptie-operaties dat de voorkeur uitgaat naar een gemixte toets, zowel politiek als (quasi-)judicieel:

*'Requiring the authorisation of both a member of the executive and independent decision makers, including judges or a quasi-judicial body, offers significant advantages from a human rights point of view. It ensures that there is a double "check" beyond a security service and potentially ensures that the qualities of both the executive and judicial authorisation are built into the proces.'*¹³⁵

Hij acht de implicaties voor de mensenrechten van gerichte en ongerichte communicatie-interceptie en van het hacken van computers door IVD's echter zo groot dat toestemmingverlening door alleen de minister niet aangewezen is, er moet een externe autoriteit bij de toestemmingverlening betrokken zijn.¹³⁶

6 Toezicht en klachtbehandeling – gescheiden werelden?

6.1 Inleiding

Het voorstel om de voorgenomen uitbreiding van de interceptiebevoegdheden voor de inlichtingendiensten gepaard te doen gaan met het verlenen van bindende kracht aan het klachtoordeel (achteraf van de CTIVD, roept de vraag op in hoeverre deze klachtbehandelende taak van de Commissie institu-

¹³⁴ CoE CommHR Issue Paper 2015, p. 11-13, aanbevelingen 5-12.

¹³⁵ CoE CommHR Issue Paper 2015, p. 57.

¹³⁶ Ibidem., p. 62.

tioneel moet worden gescheiden van haar toezichhoudende functie.¹³⁷ Dat kan door de beide taken aan geheel afzonderlijke entiteiten toe te kennen, of door binnen de Commissie een aparte klachtenkamer in het leven te roepen, zoals door de Commissie-Dessens is gesuggereerd.¹³⁸ De gedachte hierachter zou zijn dat de onafhankelijke en onpartijdige beoordeling van klachten in gevaar kan komen als de klachtbehandelaar reeds in een eerder stadium een oordeel heeft gegeven over de rechtmatigheid van het verlenen van toestemming voor gebruikmaking van bijzondere bevoegdheden. Daarvan zou met name sprake kunnen zijn wanneer, zoals voorgesteld door de Commissie-Dessens, in de toekomst vaker sprake zou zijn ‘onmiddellijke’ (al dan niet bindende) oordelen van de Commissie met betrekking tot de rechtmatigheid van interceptie, relatief snel na (ministeriële) lastgeving.¹³⁹ Wanneer een latere klacht mede betrekking heeft op de rechtmatigheid van de uitoefening van bevoegdheden door de AIVD of de MIVD, kan dat wellicht problematisch zijn.¹⁴⁰ Hier wordt eerst het voortraject van de discussie over de spanning tussen toezicht en klachtbehandeling geschetst. Vervolgens wordt ingegaan op de literatuur en bronnen van *soft law*. Tot slot, wordt nagegaan welke eisen voortvloeien uit de Europese rechtspraak.

6.2 Voorgeschiedenis en stand van zaken

De kwestie is niet nieuw. Zij werd in de periode 1996-1997, bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Wiv 2002, reeds aangestipt door de Nationale Ombudsman en de Raad van State.¹⁴¹ De laatste overwoog dat de combinatie van toezicht en klachtbehandeling aanleiding zou kunnen geven tot een verlies van objectiviteit en onafhankelijkheid. De gegrondheid van een klacht zou doorgaans het falen van de toezichthouder impliceren. Opdat zelfs de schijn van partijdigheid zou worden vermeden, pleitte de Raad voor een strikte scheiding tussen toezicht en onafhankelijke klachtbehandeling.¹⁴² Het kabinet kwam aan de bezwaren van de Raad van State en de Ombudsman tegemoet door de CTIVD in de Wiv 2002 slechts een intern-adviserende rol in het proces van klachtbehandeling toe te kennen. Externe klachtbehandeling werd bij de Nationale Ombudsman gelaten. De discussie over de rol van de CTIVD in verschillende fasen van het inlichtingenwerk kwam daarmee echter niet tot een eind. Zij laaide hernieuwd op nadat in 2008 vanuit de Tweede Kamer was aangedrongen op een rol van de CTIVD bij het beoordelen van veiligheidsonderzoeken naar specifieke personen.¹⁴³ De regering en de Commissie spraken beiden de vrees uit dat een rol van de CTIVD in het proces van uitvoering, de onafhankelijke positie van de Commissie bij het toezicht achteraf deels zou ondergraven.¹⁴⁴

Ook de Commissie-Dessens signaleerde eind 2013 de spanning tussen taken van de CTIVD in het kader van het beoordelen van de rechtmatigheid van lastgevingen tot de inzet van bijzondere bevoegdheden en (bindende) klachtbehandeling achteraf.¹⁴⁵ Zij relativeerde deze spanning evenwel door op te merken dat de klachten meestal niet de lastgevingen betroffen. De Commissie-Dessens bepleitte een (bindende) rechtmatigheidstoets onmiddellijk ná verleende toestemming of lastgeving. Daarnaast zou de CTIVD een rol moeten krijgen als zelfstandige externe klachtbehandelaar. Mogelijke bezwaren

¹³⁷ Hoewel kan worden betoogd dat klachtbehandeling een onderdeel is van de toezichhoudende taak, worden de beide begrippen hier als te onderscheiden functies behandeld. Zie h. 1 (inleiding) voor een schets van de huidige en de voorgestelde inhoud van die functies.

¹³⁸ Commissie-Dessens, *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 – Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen*, rapport uitgebracht op 2 december 2013 (*Kamerstukken II* 2013-2014, 33 820, nr. 1). Zie p. 152.

¹³⁹ Zie reeds de inleiding van dit rapport. De CTIVD merkte in haar reactie op het rapport-Dessens 2013 op dat het huidige wettelijk stelsel een dergelijke ‘onmiddellijke’ beoordeling nu al niet uitsluit.

¹⁴⁰ Hoewel het bij klachtbehandeling gaat om de behoorlijkheid van het optreden van de diensten, maakt de rechtmatigheid van dat optreden onderdeel uit van de toetsing. Zie Jaarverslag CTIVD 2008-2009, p. 26; *Kamerstukken II* 1997/98, 25 837, B, p. 6.

¹⁴¹ Vgl. brief van de Nationale Ombudsman aan de Minister van BZK, van 8 oktober 1996 (nr. CW196/1052), en *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 877, nr. A (advies Raad van State en nader rapport van de regering).

¹⁴² Advies Raad van State, p. 4.

¹⁴³ Zie motie-Van Raak, *Kamerstukken II* 2008-2009, 30 977, nr. 16.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2008-2009, 30 977, nr. 19.

¹⁴⁵ Rapport Commissie-Dessens 2013, p. 100 en 151-152.

met betrekking tot de onafhankelijkheid van de CTIVD konden worden ondervangen, aldus de Commissie-Dessens, door het klachtrecht bij de Nationale Ombudsman in stand te laten en, indien dat wenselijk werd geacht, het instellen van een aparte klachtenkamer binnen de CTIVD.¹⁴⁶

Inmiddels heeft het kabinet te kennen gegeven de aanbeveling om de CTIVD direct na de lastverlening door de minister de rechtmatigheid van de uitvoering van dergelijke lasten bindend te laten vaststellen, niet over te nemen. Wel wordt aangestuurd op een zelfstandige rol voor de CTIVD in het proces van klachtbehandeling. De mogelijkheid dat deze rol door een aparte klachtenkamer wordt ingevuld, behoort daarbij nadrukkelijk tot de mogelijkheden.¹⁴⁷ Het kabinet is dus voorshands gevoelig voor mogelijke bezwaren omtrent de onafhankelijkheid van de klachtbehandeling door de Commissie.

Hierna wordt bezien in hoeverre deze bezwaren volgen uit mensenrechtelijke *soft law* en jurisprudentie. Daarbij wordt uitgegaan van drie scenario's:

- (1) het huidige stelsel waarin het toezicht vooral vorm krijgt door (niet-bindend) onderzoek naar de rechtmatigheid van lopende of inmiddels beëindigde inzet van bijzondere interceptiebevoegdheden, en de CTIVD een adviserende rol heeft in het proces van klachtbehandeling;
- (2) het stelsel zoals het kabinet dat momenteel voor ogen heeft waarin de huidige rol van de CTIVD, kort gezegd, wordt aangevuld met een zelfstandige rol bij de (bindende) behandeling van klachten;
- (3) het voorstel van de Commissie-Dessens, waarin de rechtmatigheidsoordelen van de CTIVD bindend zijn en de Commissie bovendien relatief snel na de ministeriële lastgeving een bindend rechtmatigheidsoordeel zou kunnen uitbrengen over de inzet van de zwaardere bijzondere bevoegdheden.¹⁴⁸ Hoewel in dat laatste geval, strikt genomen, sprake is van toezicht *achteraf* – in de zin dat de CTIVD pas ná de ministeriële toestemming in actie komt – komt de situatie enigszins in de buurt van, wat men zou kunnen noemen, toezicht *de facto ex ante*. De Commissie zou gebruikmaking van de relevante bevoegdheden door de diensten immers eventueel direct kunnen schorsen of reeds in een vroeg stadium onrechtmatig verklaren.¹⁴⁹

6.3 Literatuur en *soft law*

De mogelijke combinatie van taken op het terrein van toezicht en klachtbehandeling wordt in de literatuur over toezicht op inlichtingen- en veiligheidsdiensten niet erg uitgebreid besproken. Deze literatuur is over het algemeen beschrijvend van aard. Waar gepoogd wordt om tot '*best practices*' en normatieve richtlijnen te komen, wordt doorgaans vooral de noodzaak van onafhankelijk toezicht, zowel gedurende het proces van informatievergaring als achteraf en op klachten, benadrukt.¹⁵⁰ De rol van '*expert oversight bodies*' wordt daarbij cruciaal geacht. De onafhankelijkheid van dergelijke organen dient verzekerd te zijn, maar dan gaat het veelal slechts om de wijze van benoeming en de vormgeving van de aanstelling.¹⁵¹ Daar komt bij dat de meeste auteurs en instanties die over de kwestie schrijven, niet erg precies zijn waar het de afbakening tussen toezicht en klachtbehandeling betreft.¹⁵²

Toch wordt het ongemak van de combinatie van algeheel toezicht en individuele klachtbehandeling soms wel gesignaleerd. In 2007 merken de onderzoekers Hans Born en Ian Leigh, referend aan de Noorse en de Duitse toezichtmechanismen, op dat procedures waarin klachtbehandeling wordt gecombineerd met een algemene toezichtstaak mogelijk op minder vertrouwen van de individuele klager kunnen rekenen:

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Kabinetsreactie op het rapport-Dessens. Zie *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 820, nr. 2, p. 6 en 8.

¹⁴⁸ Wederom gecombineerd met een zelfstandige rol in de procedure van klachtbehandeling.

¹⁴⁹ Rapport Commissie Dessens 2013, p. 173.

¹⁵⁰ Zie bijv. Farson 2012, p. 41. In soortgelijke zin: Scheinin Report 2010, § 17 en 35.

¹⁵¹ Vgl. Forcese 2012, p. 188-189.

¹⁵² Dat is niet bedoeld als verwijt: het illustreert dat het onderzoek naar het toezicht op inlichtingendiensten nog in een relatief pril stadium verkeert.

*‘The disadvantages of having a single body handle complaints and oversight can be alleviated by maintaining distinct legal procedures for the different roles. A better option, however, is to give the two functions to different bodies, while ensuring that the oversight body can be alerted to the broader implications of specific complaints’.*¹⁵³

Tot een soortgelijke conclusie komt de *Venice Commission* die, eveneens in 2007, rapport uitbrengt over het democratisch toezicht op de veiligheidsdiensten.¹⁵⁴ De Commissie wijst op de praktijk in Noorwegen, Duitsland en Roemenië, om klachtbehandeling toe te wijzen aan organen die ook reeds een toezichthoudende rol vervullen voor of tijdens het proces van informatievergaring. Hoewel zij de meerwaarde van klachtbehandeling voor de toezichthoudende taak erkent, meent de Commissie dat daarin het gevaar schuilt dat *‘the oversight body is too closely identified with the agencies it oversees’*.¹⁵⁵ De toezichthouder krijgt dan de schijn tegen niet onafhankelijk te zijn. Net als de hiervoor genoemde onderzoekers, beveelt de Commissie als minimumwaarborg aan, om – indien beide taken dan toch bij één instantie zijn geconcentreerd – aparte procedures in het leven te roepen voor toezicht respectievelijk klachtbehandeling. Hoe deze procedures er uit zouden moeten zien, en of de *Venice Commission* daarbij ook denkt aan institutionele of personele spreiding, dat werkt zij niet uit. Wel wordt overwogen:

*‘On the whole it is preferable that the two functions be given to different bodies but that processes are in place so that the oversight body is made aware of the broader implications of individual complaints. This approach is also supported by the ECHR’.*¹⁵⁶

De *Venice Commission* onderbouwt haar voorkeur voor een scheiding van taken met een verwijzing naar het EVRM. Zij refereert daarbij in het bijzonder aan artikel 13 EVRM, dat eist dat tegen beweerdelijke schendingen van de verdragsrechten een effectief rechtsmiddel bij een onafhankelijke instantie openstaat. Jurisprudentie van het EHRM citeert de commissie evenwel niet. Navolgend wordt gezien in hoeverre de stelling van de commissie steun vindt in de rechtspraak van het Straatsburgse Hof.

6.4 Jurisprudentie van het EHRM

6.4.1 Inleiding

Er zijn ons, om te beginnen, geen zaken bekend waarin het Straatsburgse Hof een staat rechtstreeks heeft veroordeeld omdat de behandelaar van klachten jegens een inlichtingendienst niet onafhankelijk zou zijn vanwege vermenging met toezichthoudende taken. Integendeel: in de, eerder in dit rapport reeds uitvoerig besproken Europese jurisprudentie over het toezicht op inlichtingendiensten schittert de functiecumulatie juist door afwezigheid. Zelfs in zaken tegen landen, zoals Duitsland, waarin klachtbehandeling is ondergebracht bij toezichthoudende organen die zelfs een toets *ex ante* uitvoeren, maakt het EHRM daarvan geen punt. In 2006 was dat bijvoorbeeld het geval in *Weber & Saravia*.¹⁵⁷

Toch is het niet verstandig daaruit te concluderen dat functiecumulatie in de sfeer van het toezicht op veiligheidsdiensten nooit problematisch kan zijn. Zo kwam het EHRM in *Weber & Saravia* niet toe aan een toets onder artikel 13 EVRM, omdat het de klachten onder de materiële verdragsartikelen (de artikelen 8 en 10 EVRM) reeds kennelijk ongegrond waren verklaard.¹⁵⁸ In het kader van de toetsing aan artikel 8 EVRM, wijdt het Hof wel enige aandacht aan het Duitse toezichtmechanisme.

¹⁵³ Zie bijv.: Born & Leigh 2007, p. 211.

¹⁵⁴ Venice Commission Report 2007.

¹⁵⁵ *Ibid.*, § 246.

¹⁵⁶ *Ibid.*, § 247.

¹⁵⁷ EHRM 29 juni 2006, no. 54934/00 (*Weber & Saravia t. Duitsland*).

¹⁵⁸ Voor de toepasselijkheid van artikel 13 EVRM is immers relevant dat sprake moet zijn van een ‘verdedigbare klacht’ over de schending van een materieel verdragsartikel.

Het verwijst in dat verband naar het eerdere arrest *Klass e.a. t. Duitsland* uit 1978.¹⁵⁹ Daarin overwoog het Hof uitdrukkelijk dat dit Duitse stelsel van rechtsbescherming onder de gegeven omstandigheden voldoet aan de eisen van artikel 13 EVRM.¹⁶⁰ Relevant is in dat verband dat de klagers geen probleem hebben gemaakt van functiecumulatie.¹⁶¹ Bovendien hecht het EHRM veel waarde aan het feit dat tegen de beslissingen van de G 10 Commissie, die belast is met de beoordeling van klachten omtrent het optreden van Duitse inlichtingendiensten, beroep openstaat bij de rechter. In het uiterste geval kan een klacht worden ingediend bij het Federale Constitutionele Hof, dat toegang heeft tot alle relevante stukken.¹⁶² Het lijkt er op dat deze betrokkenheid zwaar weegt bij de Straatsburgse waardering van het ‘aggregaat aan remedies’, zoals het Hof het pleegt uit te drukken. Het EHRM neemt immer, zoals hierna nog aan de orde komt, het gehele stelsel van rechtsbescherming in aanmerking bij de beoordeling van de functiecumulatie.

Hoewel de beide Duitse zaken dus bepaald geen ‘silver bullet’ zijn, die er op zou wijzen dat cumulatie van toezichthoudende en klachtbehandelende taken met betrekking tot de inlichtingendiensten problematisch zou zijn, kunnen zij evenmin worden gebruikt als argument om het mogelijk problematische karakter daarvan te ontkennen. Daar komt bij dat de voorkeur voor een institutionele scheiding van toezicht en klachtbehandeling wél aan lijkt te sluiten bij de wijze waarop het EHRM op aanpalende terreinen opereert. Met name in het kader van artikel 6 EVRM houdt het Hof een scherp oog op de cumulatie van toezichthoudende en (*quasi*-)rechtsprekende taken.¹⁶³ Bekend is daarnaast de jurisprudentie van het EHRM over de vermenging van rechtspraak en wetgevingsadvisering.¹⁶⁴ Zoals gezegd gaat het dan met name om jurisprudentie over artikel 6 EVRM. Hierna wordt eerst ingegaan op de contouren van deze rechtspraak. Vervolgens wordt kort bezien in hoeverre deze jurisprudentie ook toepasselijk is op de bijzondere context van het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

6.4.2 *Cumulatie van taken onder artikel 6 EVRM*

De jurisprudentie omtrent functiecumulatie heeft voornamelijk vorm gekregen ten aanzien van rechterlijke instanties. Nu uit de literatuur en diverse rapporten steevast een voorkeur wordt uitgesproken voor een rechterlijke of tenminste *quasi*-rechterlijke betrokkenheid bij het beoordelen van de rechtmatigheid van het optreden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, ligt het voor de hand aansluiting te zoeken bij de vereisten voor onpartijdigheid van de rechtspraak onder artikel 6 EVRM. In dat verband wordt in de jurisprudentie van het EHRM een onderscheid gemaakt tussen objectieve en subjectieve onpartijdigheid.¹⁶⁵ Van subjectieve onpartijdigheid is sprake als een specifieke rechter daadwerkelijk vooringenomen is. Zij hangt doorgaans samen met de persoon van de rechter en is als zodanig moeilijk te bewijzen.¹⁶⁶ Bij objectieve onpartijdigheid beziet het Hof of er objectieve factoren, zoals een vermenging van functies, zijn die – gegeven de subjectieve onpartijdigheid – niettemin twijfel zaaien omtrent de onpartijdigheid van de geschillenbeslechter.¹⁶⁷ Het EHRM zegt daarover:

‘As to the second [objective] test, when applied to a body sitting as a bench, it means determining whether, quite apart from the personal conduct of any of the members of that body, there are ascertainable facts which may raise doubts as to its impartiality. In this respect even appearances may be of some importance. It follows that when it is being decided whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular body lacks impartiality, the standpoint of those claiming that it

¹⁵⁹ EHRM 6 september 1978, no. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*).

¹⁶⁰ *Klass e.a. t. Duitsland*, § 70-72.

¹⁶¹ Dat is misschien ook niet verwonderlijk: de jurisprudentie van het Hof omtrent functiecumulatie op aanpalende terrein komt pas later tot ontwikkeling. Zie de volgende paragraaf.

¹⁶² *Klass e.a. t. Duitsland*, § 23 en 71.

¹⁶³ Vgl. o.a. EHRM 21 juni 2011, EHRC 2012/510 m.nt. Dommering (*Sigma Television t. Cyprus*).

¹⁶⁴ Zie: EHRM 28 september 1995, JB 1995/251 (*Procola t. Luxemburg*); EHRM 8 februari 2000, NJ 2001/611 m.nt. EAA (*McGonnell t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 6 mei 2003, NJ 2004/15 m.nt. Boon (*Kleyu t. Nederland*); EHRM 9 november 2006, NJ 2007/303 m.nt. EAA (*Sacilor Lormines t. Frankrijk*).

¹⁶⁵ EHRM 1 oktober 1982, no. 8692/79 (*Piersack t. België*).

¹⁶⁶ Harris, O’Boyle & Warbrick 2014, p. 451.

¹⁶⁷ EHRM 24 mei 1989, no. 10486/83 (*Hauschildt t. Denemarken*), § 48; EHRM 24 juni 2010, no. 22349/06 (*Mancel & Braunquart t. Frankrijk*), § 32-34.

*is not impartial is important but not decisive. What is decisive is whether the fear can be held to be objectively justified.*¹⁶⁸

Functievermenging en, in brede zin, de mogelijkheid dat de rechter zich in een eerder verband reeds heeft uitgesproken over de, in het geschil aan de orde zijnde, rechtsvraag kan een aanleiding zijn om aan die objectieve onpartijdigheid te twijfelen. De jurisprudentie van het EHRM op dit punt is echter genuanceerd. De combinatie van functies kan onder omstandigheden, maar hoeft als zodanig niet problematisch te zijn. Beslissend is of de rechter in kwestie zich bij een eerdere gelegenheid over vrijwel dezelfde rechtsvraag heeft gebogen. Dit criterium blijkt onder andere uit de rechtspraak over de vermenging van adviserende en rechtsprekende functies.¹⁶⁹ Het Hof overwoog in het verleden dat deze vermenging in algemene zin niet in strijd was met artikel 6 EVRM, maar dat dit wél het geval was, waar de rechter in kwestie zich reeds uitliet over ‘dezelfde zaak’.¹⁷⁰ Soortgelijke jurisprudentie heeft het EHRM ontwikkeld in de sfeer van het strafrecht. In dat verband nemen rechters geregeld beslissingen in het vooronderzoek, waarna zij zich in de raadkamer over de zaak ten gronde buigen. Deze combinatie is als zodanig evenmin problematisch.¹⁷¹ De rechtsvraag in het vooronderzoek kan subtiel een andere zijn dan de voorliggende in het hoofdgeding. Waar deze rechtsvraag materieel op hetzelfde neerkomt, is artikel 6 EVRM evenwel in het geding.

Van ‘dezelfde rechtsvraag’ is in de jurisprudentie van het Hof niet licht sprake.¹⁷² Zo hoeft het feit dat de rechter in een eerdere fase van de procedure slechts een voorlopig oordeel heeft uitgesproken, niet zonder meer problematisch te zijn onder artikel 6 EVRM.¹⁷³ In een in 2004 verschenen dissertatie over artikel 6 EVRM heet het dat:

*‘The main guiding principle (...) seems to be whether the trial judge is called to review his own actions (...), i.e. situations in which a judge acting as a quasi ‘appeals’ judge has already been involved in ‘first instance’ proceedings. In these circumstances the standards of article 6 will not be met.’*¹⁷⁴

Een belangrijk criterium is in dat verband of de rechter zich niet slechts over het juridisch kader uitliet, maar of hij dat kader ook reeds aan het feitencomplex toetste. In deze lijn oordeelde het Hof bijvoorbeeld in *Mancel & Branquart* (2010), een Franse zaak waarin het ging om een strafzaak die voor de tweede keer aan (deels dezelfde rechters van) de *Cour de Cassation* werd voorgelegd.¹⁷⁵ Met betrekking tot stelsels van huiszoekingen, waarvoor een rechter vooraf toestemming moet geven, impliceert de jurisprudentie van het EHRM intussen dat de rechtsbescherming met betrekking tot de rechtmatigheid van die huiszoeking, niet geconcentreerd mag worden bij dezelfde rechter die ook de toestemming voor de huiszoeking gaf.¹⁷⁶

Deze rechtspraak lijkt in zekere zin op dezelfde problematiek betrekking te hebben als enkele van de hiervoor geschetste scenario’s met betrekking tot de combinatie van (al dan niet bindend) toezicht en (bindende) klachtbehandeling door de CTIVD.¹⁷⁷ Dat geldt met name voor het voorstel waarin de Commissie onmiddellijk een rechtmatigheidsonderzoek uitvoert na ministeriële toestemming met betrekking tot gebruikmaking van de zwaardere bijzondere bevoegdheden.¹⁷⁸ Hoewel de Commissie in

¹⁶⁸ EHRM 6 juni 2006, no. 34130/96 (*Morel t. Frankrijk*), § 42.

¹⁶⁹ Zie de hiervoor reeds genoemde jurisprudentie: EHRM 28 september 1995, JB 1995/251 (*Procola t. Luxemburg*); EHRM 8 februari 2000, NJ 2001/611 m.nt. EAA (*McGonnell t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 6 mei 2003, NJ 2004/15 m.nt. Boon (*Kleyn t. Nederland*); EHRM 9 november 2006, NJ 2007/303 m.nt. EAA (*Sacilor Lormines t. Frankrijk*).

¹⁷⁰ EHRM 9 november 2006, NJ 2007/303 m.nt. EAA (*Sacilor Lormines t. Frankrijk*).

¹⁷¹ Vgl. EHRM 24 mei 1989, no. 10486/83 (*Hauschild t. Denemarken*), § 50; EHRM 24 augustus 1993, NJ 1993/650 m.nt. EAA (*Nortier t. Nederland*), § 33.

¹⁷² Van den Eijnden 2011, p. 442; Kuijer 2004, p. 349, 421; Van den Eijnden 2013, p. 367.

¹⁷³ Zie o.a. EHRM 22 april 1994, no. 15651/89 (*Saraiva de Carvalho t. Portugal*), § 37.

¹⁷⁴ Kuijer 2004, p. 364.

¹⁷⁵ EHRM 24 juni 2010, no. 22349/06 (*Mancel & Branquart t. Frankrijk*), § 39.

¹⁷⁶ EHRM 21 februari 2008, no. 18497/03 (*Ravon t. Frankrijk*). Zie in soortgelijke zin: Barkhuysen e.a. 2014, p. 43.

¹⁷⁷ Zie 6.2.

¹⁷⁸ Zie rapport Commissie-Dessens 2013, p. 173.

een dergelijk geval niet zelf de toestemming voor gebruikmaking van de bevoegdheden verleent, is een situatie denkbaar waarin zij wel een oordeel over de rechtmatigheid daarvan geeft. Het is dan mogelijk dat de CTIVD tijdens een latere klachtprocedure hernieuwd een inschatting moet maken van het feitencomplex in het licht van het rechtskader. In een dergelijk geval dient de CTIVD te bezien of dat feitencomplex ‘destijds’ de beslissing om interceptie van gegevens mogelijk te maken, rechtvaardigde. Hoewel dat niet noodzakelijkerwijs zo hoeft te zijn, lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat in voorkomende gevallen sprake kan zijn van dezelfde rechtsvraag. Veel hangt in dat verband af van het karakter van het onderzoek dat de Commissie in eerste instantie, naar aanleiding van de lastgeving, heeft uitgevoerd. Daarbij kan ook een rol spelen dat onderzoek in het kader van de toezichthoudende taak gericht is op rechtmatigheid, terwijl de klachtbehandeling zich richt op behoorlijkheidsnormen. In dat verband past wel de kanttekening dat rechtmatigheid een vast onderdeel is in de toetsingspraktijk van de CTIVD.¹⁷⁹ De EHRM-jurisprudentie zoals beschreven in § 3 dwingt er bovendien toe dat een noodzakelijkheids-, subsidiariteits- en proportionaliteitstoets deel uitmaakt van die rechtmatigheidstoets.

Voorshands kan daarom niet worden uitgesloten dat de rechtsvragen in beide vormen van onderzoek evenwijdig lopen. Of dat vaak zal gebeuren staat te bezien. Zo moet in de eerste plaats worden aangetekend dat het lang niet altijd zo hoeft zijn dat klachten over de werkwijze van de inlichtingendiensten een rechtmatigheidsoordeel vergen. Het is goed denkbaar dat de klacht niet zozeer de inbreuk op een grondrecht als zodanig betreft, maar enkel de wijze waarop dit is gebeurd. Het kan bijvoorbeeld gaan om een geval waarin de klacht zich niet zo zeer richt op de rechtmatigheid van het optreden door de IVD's, maar om de wijze van bejegening van personen die zich in verband met dat optreden met vragen tot de IVD hebben gewend. Waar een klacht wél de rechtmatigheid van de gebruikmaking van bijzondere bevoegdheden betreft, is bovendien denkbaar dat het reeds eerder verrichtte onderzoek niet als zodanig betrekking had op de klager in kwestie. In beide gevallen kan niet worden volgehouden dat de CTIVD gedwongen wordt rechter in eigen zaak te spelen. Wij kunnen op dit moment niet overzien om hoeveel van dit soort kwesties het zal gaan. Het is mogelijk dat de groep gevallen waarin zich een probleem van functiecumulatie voordoet zeer beperkt is. Een en ander hangt af van de wijze waarop zich het klachtrecht in de komende jaren ontwikkelt.

Dat gezegd hebbend, blijft de conclusie staan dat artikel 6 EVRM, zo op het eerste gezicht, in elk geval in een aantal gevallen pleit voor een scheiding van toezichthoudende en klachtbehandelende taken binnen de Commissie. Twee factoren compliceren de zaak echter. Beide factoren betreffen de toepasselijkheid van deze rechtspraak op de CTIVD (als niet-rechter) en de bijzondere context van het toezicht op de inlichtingen- en de veiligheidsdiensten. Daarop wordt nu ingegaan.

6.4.3 De toepasselijkheid van de jurisprudentie met betrekking tot cumulatie van taken

De eerste complicerende factor is dat de behandelde jurisprudentie van het EHRM betrekking heeft op de rechtspraak. Hier staat niet het rechterlijk toezicht centraal, maar het toezicht door de CTIVD. Dat verschil kan relevant zijn voor de toepassing van artikel 6 EVRM. Het EHRM beziet namelijk of het stelsel van rechtsbescherming *als geheel* aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet. Dat laat de mogelijkheid open dat een eventueel probleem met betrekking tot de onpartijdigheid van de CTIVD kan worden gerepareerd door (*quasi*-)rechterlijke toetsing achteraf. Zo oordeelde het in de zaak *Sigma Television*:

*‘Nonetheless, the Court reiterates that even where an adjudicatory body, including an administrative one as in the present case, which determines disputes over “civil rights and obligations” does not comply with Article 6 § 1 in some respect, no violation of the Convention can be found if the proceedings before that body are “subject to subsequent control by a judicial body that has “full” jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1 (see Albert and Le Compte, cited above, § 29)’*¹⁸⁰

In een dergelijk geval dient echter wel sprake te zijn van rechterlijke *full jurisdiction*. Gegeven de bijzondere en complexe situatie van de inlichtingendiensten, is die *full jurisdiction* door de rechter moei-

¹⁷⁹ Zie Jaarverslag CTIVD 2008-2009, p. 26; *Kamerstukken II* 1997/98, 25 837, B, p. 6.

¹⁸⁰ EHRM 21 juni 2011, no. 32181/04 (*Sigma Television t. Cyprus*), § 151.

lijk vorm te geven. Juist vanwege de bezwaren, verbonden aan volwaardig rechterlijk toezicht op de inlichtingendiensten, wordt geregeld voor het model van een onafhankelijke commissie van deskundigen gepleit.¹⁸¹ Om van *full jurisdiction* te kunnen spreken, dient onder meer sprake te zijn van rechterlijke toegang tot alle relevante stukken teneinde ongehinderd de feiten te kunnen vaststellen.¹⁸² Daarvan is in het geval van de inlichtingendiensten geen sprake.¹⁸³

In het Nederlandse stelsel valt vervolgens ook nog te denken aan de Nationale ombudsman. Deze vervult, zoals hiervoor al even werd aangestipt, een rol als achtervang bij de behandeling van klachten over het optreden van de veiligheidsdiensten. Ook deze toetsing neemt mogelijke bezwaren tegen functiecumulatie bij de CTIVD niet weg. In de eerste plaats voldoet de ombudsman niet aan het vereiste van '*full jurisdiction*' omdat zijn oordelen bindende kracht ontberen. Zijn onderzoeksbevoegdheden zijn aanmerkelijk minder sterk dan die van de CTIVD.¹⁸⁴ Bij deze stand van zaken lijken daarom mogelijke twijfels omtrent de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de CTIVD niet te kunnen worden weggenomen door de mogelijkheid dat klachten of bedenkingen omtrent de rechtmatigheid van de inzet van interceptiebevoegdheden in een later stadium aan de rechter of aan de Nationale ombudsman kunnen worden voorgelegd.¹⁸⁵

Een tweede complicerende factor is dat de hier behandelde jurisprudentie over functievermenging betrekking heeft op artikel 6 EVRM. Het is echter nog maar de vraag of artikel 6 EVRM wel van toepassing is op het toezicht op de inlichtingendiensten. Reeds in *Klass e.a. t. Duitsland* kwam de voormalige Commissie voor de Rechten van de Mens in haar rapport tot de conclusie dat artikel 6 EVRM geen betrekking had op '*State interference on security grounds*'.¹⁸⁶ Zij kwalificeerde dergelijke kwesties '*typical acts of State authority in the public interest*' die '*de jure imperii*' werden uitgevoerd. Van 'burgerlijke rechten of verplichtingen' was geen sprake. Het Hof ging in *Klass* niet op de kwestie in, maar het verwees in 2007 wel kortheidshalve naar het standpunt van de Commissie om een klacht over het gebrek aan rechterlijk toezicht op de inzet bijzondere bevoegdheden door de veiligheidsdienst onder artikel 6 EVRM bondig af te doen.¹⁸⁷ Recenter was het Hof, in *Kennedy t. Verenigd Koninkrijk*, voorzichtiger.¹⁸⁸ Het constateerde dat de Britse rechter zélf van de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op het rechterlijk toezicht op de veiligheidsdiensten was uitgegaan. Hoewel het daarop onderstreepte dat het concept 'burgerlijke rechten en verplichtingen' een autonome betekenis heeft en niet '*solely by reference to the domestic law of the respondent state*' kon worden uitgelegd, ging het niet nader op de toepasselijkheid van artikel 6 in. Dat was niet nodig, aldus het Hof, omdat zelfs als dat zo zou zijn, artikel 6 EVRM in deze zaak niet geschonden zou zijn. Deze benadering laat wellicht de mogelijkheid open dat het Hof artikel 6 EVRM in de toekomst op enigerlei wijze wél van toepassing acht op kwesties in de sfeer van het inlichtingenwerk. Een dergelijke conclusie kan nu echter nog niet getrokken worden. De hiervoor behandelde jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de cumulatie van taken onder artikel 6 EVRM is daarom niet *als zodanig* van toepassing op de in dit rapport aan de orde zijnde materie.

¹⁸¹ Vgl. rapport Commissie-Dessens 2013, p. 100; *Venice Commission* 2007, nr. 210; Born & Leigh 2007, p. 14 en 17.

¹⁸² Vgl. o.m. EHRM 23 oktober 1995, no. 15523/89 (*Schmautzer t. Oostenrijk*), § 34-36; EHRM 9 juni 1998, no. 23414/94 (*McGinley & Egan t. Verenigd Koninkrijk*), § 85.

¹⁸³ Vgl. in dat verband Gerechtshof Den Haag 31 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY7004, r.o. 22.

¹⁸⁴ Weliswaar verstrekken de inlichtingendiensten de ombudsman, op basis van de art. 9:31 Awb, de gegevens waarom deze verzoekt, maar art. 83 lid 4 Wiv maakt daarop een uitzondering als de diensten gewichtige redenen hebben om de informatie niet te verstrekken. Zie Rapport Commissie-Dessens 2013, p. 146.

¹⁸⁵ Zie ook de reactie van de CTIVD op het rapport-Dessens 2013 (brief van 11 maart 2014, no. 2014/0046), p. 9, waarin onderkend wordt dat klachtbehandeling door de No 'in de praktijk slechts een marginale betekenis toekomt'.

¹⁸⁶ ECieRM 18 december 1974, no. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), § 58.

¹⁸⁷ EHRM 28 juni 2007, no. 62540/00 (*Association of European Integration and Human Rights & Ekinudzhev t. Bulgarije*), § 106.

¹⁸⁸ EHRM 18 mei 2010, no. 26839/05, NJ 2011/333, EHRC 2010/86 (*Kennedy t. Verenigd Koninkrijk*), § 179.

6.4.4 *Cumulatie van functies en artikel 13 EVRM*

Als artikel 6 EVRM niet van toepassing is op de hier aan de orde zijnde problematiek, dan roept dat de vraag op of de jurisprudentie van het Hof over cumulatie van taken onder artikel 6 EVRM, ook op een andere wijze relevant kan zijn voor het toezicht op de veiligheidsdiensten door de CTIVD. Het ligt dan voor de hand te bezien of artikel 13 EVRM, dat wél rechtstreeks van belang is voor het inlichtingenwerk, soortgelijke eisen stelt. Ook deze bepaling eist immers dat de betrokken nationale instantie die rechtsbescherming biedt, onafhankelijk en onpartijdig is. Artikel 13 EVRM is dus direct relevant voor de klachtbehandelende taak, tenminste voor zover de klacht mede rechtmatigheidsaspecten omvat die betrekking hebben op EVRM-rechten zoals het recht op de persoonlijke levenssfeer van artikel 8 EVRM.¹⁸⁹ Dat laatste is van bijzonder belang: hoewel artikel 13 EVRM – anders dan de tekst van de bepaling suggereert – niet uitsluitend betrekking heeft op daadwerkelijk plaatsgevonden schendingen van EVRM-rechten, beperkt het artikel zich er wel toe slechts rechtsbescherming (waaronder begrepen klachtbehandeling) te eisen voor zover sprake is van een ‘verdedigbare’ klacht over de schending van een recht uit het EVRM.¹⁹⁰ Klachten die niets met grondrechten te maken hebben, vallen niet onder de reikwijdte van deze bepaling.

Valt een kwestie wel onder de reikwijdte van artikel 13 EVRM, dan doet zich de vraag voor welke betekenis de jurisprudentie over functiecumulatie onder artikel 6 EVRM heeft voor de uitleg van artikel 13. In dat verband verdienen twee kwesties de aandacht. In de eerste plaats is het mogelijk dat een combinatie van rechtsmiddelen die als zodanig niet voldoen aan de eisen van artikel 13 EVRM, *als geheel* wél de toets aan dat artikel kunnen doorstaan.¹⁹¹ Het EHRM gaat het, met andere woorden, om het ‘totaalplaatje’. Hiervoor kwam al ter sprake dat toetsing door de rechter en klachtbehandeling door de Nationale ombudsman mogelijk een aanvullende rol zouden kunnen spelen. Hoewel in beide gevallen, zoals hiervoor werd aangestipt, geen sprake is van ‘*full jurisdiction*’ in de zin van artikel 6 EVRM, is het misschien wel denkbaar dat dit ‘aggregaat aan remedies’ voldoende is om van een ‘*effective remedy*’ in de zin van artikel 13 EVRM te spreken. Een dergelijke conclusie gaat ons echter te ver. Wanneer de CTIVD inzage heeft in relevante stukken die de rechter en de ombudsman niet kunnen inzien, kan de rechterlijke toets, noch een procedure bij de ombudsman een eventuele problematische functiecumulatie repareren of ondervangen. Daarin wijkt een toets onder artikel 13 EVRM niet af van de toets onder artikel 6 EVRM.

Voorts verdient vermelding dat de jurisprudentie met betrekking tot de vereiste rechtsbescherming onder artikel 13 EVRM in algemene zin een minder strenge maatstaf lijkt aan te leggen dan onder artikel 6 EVRM.¹⁹² Het is voldoende als sprake is van een ‘bepaalde mate’ van onpartijdigheid.¹⁹³ Toch zijn er wel aanwijzingen dat een vermenging van functies ook onder artikel 13 EVRM problematisch kan zijn. Zo oordeelde het Hof in, onder andere, *Calogero Diana t. Italië* dat:

*‘the possibility of applying to the judge responsible for the execution of sentences cannot be regarded as an effective remedy for the purposes of Article 13, as he is required to reconsider the merits of his own decision, taken moreover without any adversarial proceedings’*¹⁹⁴

¹⁸⁹ Voor de toezichthoudende taak als zodanig is art. 13 EVRM uiteraard niet van belang. De toezichthoudende taak speelt slechts een indirecte rol, in de zin dat deze relevant is voor de beoordeling van de onpartijdigheid van de Commissie bij de klachtbehandeling. Voor de beoordeling onder art. 13 EVRM maakt het dus alleen uit of het oordeel van de CTIVD over de klachtbehandeling bindend is. Dat de rechtmatigheidsoordelen in het kader van de toezichthoudende taak niet bindend zijn, maakt voor de beoordeling van de schijn van partijdigheid in het kader van art. 13 EVRM niet uit. Of het ‘eerste’ oordeel nu bindend was of niet, de klachtbehandelaar zal zich er, in de ogen van de burger mogelijkerwijs wel aan gebonden voelen. Zie in dat verband o.a. EHRM 28 september 1995, JB 1995/251 (*Procola t. Luxemburg*), § 41-46.

¹⁹⁰ Zie over het begrip ‘verdedigbare klacht’ in de jurisprudentie van het EHRM: Barkhuysen 1998.

¹⁹¹ EHRM 25 maart 1983, no. 5947/72 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §113; EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), §77.

¹⁹² Daarover: Barkhuysen 1998, p. 143-145.

¹⁹³ Vgl. o.a.: EHRM 25 maart 1983, no. 5947/72 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 114.

¹⁹⁴ EHRM 15 november 1996, no. 15211/89 (*Calogero Diana t. Italië*), § 41. Zie ook: EHRM 15 november 1996, no. 15943/90 (*Domenichini t. Italië*).

Uit deze jurisprudentie zou kunnen worden afgeleid dat, niettegenstaande de relatief ‘milde’ benadering van onpartijdigheid onder artikel 13 EVRM, de omgang met functiecumulatie onder artikel 13 EVRM ongeveer dezelfde is als onder artikel 6 EVRM. Benadrukt moet worden, dat voorzichtigheid geboden is. Uitgebreide jurisprudentie is, op het eerste gezicht, niet voorhanden. Wel zou de *soft law*, met name van de *Venice Commission* die hiervoor werd besproken, een bijkomende indicatie kunnen zijn. Dergelijke oordelen spelen geregeld een belangrijke rol in de ontwikkeling van de rechtspraak van het EHRM.¹⁹⁵ Gegeven het standpunt van de *Venice Commission* lijkt het dan ook voor de hand te liggen dat het Hof, ook in zaken omtrent het toezicht op inlichtingendiensten onder artikel 13 EVRM, aansluiting zoekt bij de eigen jurisprudentie over functievermenging onder artikel 6 EVRM.

6.5 Conclusie

Hier is de vraag behandeld of de onafhankelijke en onpartijdige beoordeling van klachten door de CTIVD in gevaar kan komen als deze ook reeds in een eerder stadium een oordeel heeft gegeven over de rechtmatigheid van het verlenen van toestemming voor gebruikmaking van bijzondere bevoegdheden. De kwestie heeft nog geen grote aandacht gekregen in de literatuur en de jurisprudentie. Over het algemeen gaat de literatuur er echter vanuit dat het in elk geval beter is als tussen toetsing en klachtbehandeling een scheiding wordt aangebracht. Dit standpunt treft men ook aan in gezaghebbende rapportages van internationale deskundigen, zoals de *Venice Commission*. De aangehaalde rapportages zijn evenwel weinig precies waar het gaat om de afbakening van toezicht en klachtbehandeling. Ook de jurisprudentie van het EHRM is niet ondubbelzinnig. In de rechtspraak die specifiek het toezicht op de inlichtingendiensten betreft, komt het element van functiecumulatie niet of nauwelijks voor. Tegelijkertijd lijkt de algemene tendens wel, dat het EHRM de combinatie van semi-judiciële taken met een rol in een eerdere fase van de besluitvorming problematisch kan vinden in het licht van de eis van onpartijdigheid. Het hangt dan van de specifieke aard van het toezicht, respectievelijk de klacht af of zich ook daadwerkelijk problemen voordoen. Waar de CTIVD slechts een adviserende rol speelt in het proces van klachtbehandeling, kan worden aangenomen dat er geen problemen in de sfeer van artikel 13 EVRM voordoen.¹⁹⁶ Krijgt de CTIVD in dat verband wél een zelfstandige rol toebedeeld, dan is artikel 13 EVRM wel relevant. Het meest in het oog springt dan de situatie dat de Commissie onmiddellijk een rechtmatigheidsonderzoek instelt na verleende ministeriële toestemming. Of het oordeel van de CTIVD in een dergelijk geval nu bindend is of niet, in beide gevallen is denkbaar dat elementen van dat rechtmatigheidsoordeel opnieuw een rol gaan spelen bij de klachtbehandeling. In een dergelijk geval zou zich een probleem voor kunnen doen in het licht van het EVRM. Daarbij passen echter kanttekeningen. In de eerste plaats neemt de Europese rechtspraak steeds het gehele stelsel van rechtsmiddelen in aanmerking bij de vraag of sprake is van een adequate rechtsbescherming. Bovendien is de jurisprudentie over functiecumulatie genuanceerd. Problematische cumulaties zullen zich niet snel voordoen. Zoals gezegd hebben klachten niet altijd betrekking op de beweerdelijke schending van EVRM-rechten. Waar dat wel het geval is, hoeft bovendien niet steeds sprake te zijn van een reeds voorliggend andersluidend oordeel van de CTIVD in het kader van de toezichthoudende taak. De vraag hoe vaak dat het geval is of zal zijn, gaat het bestek van dit rapport te buiten. Tot slot is de toepasselijkheid van de hier behandelde jurisprudentie op het werk van de CTIVD, gelet op het feit dat zij in een zeer verschillende context vorm heeft gekregen, geen zekerheid.

¹⁹⁵ Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2010, p. 831-832.

¹⁹⁶ Al kan zich dan het probleem voordoen, dat in het geheel geen sprake is van een *effective remedy* ex art. 13 EVRM. Zie in dat verband de voorgaande hoofdstukken.

7 Samengevatte antwoorden op de onderzoeksvragen

Alvorens te komen tot een samenvatting van onze antwoorden op de specifieke onderzoeksvragen plaatsen wij nog één opmerking. De inrichting van een goed systeem van toezicht op de IVD's dient niet alleen ter voorkoming van ongerechtvaardigde inbreuken op bepaalde mensenrechten, maar ook en vooral *'to build public confidence and trust in the services and the government'*.¹⁹⁷ Dit publiek vertrouwen in het optreden van de overheid en de veiligheidsdiensten staat onder druk, onder meer vanwege de Snowden-onthullingen die duidelijk hebben gemaakt dat IVD's in de VS en in diverse andere landen de grenzen van hun wettelijke bevoegdheden hebben opgezocht en ook overschreden. In dat licht is de koppeling die de Commissie-Dessens heeft aangebracht tussen de uitbreiding van de interceptie-bevoegdheden van de Nederlandse IVD's en de versterking van het toezicht buitengewoon essentieel. Als wij hieronder ingaan op de Europees- en internationaalrechtelijke eisen die aan het toezicht op IVD's gesteld worden gaat het om meer dan het voldoen aan verdragsrechtelijke eisen. Uiteindelijk dienen die eisen als middel om het publiek vertrouwen op een voldoende niveau te houden.

- *Welke eisen kunnen vanuit het Europees en internationaal recht gesteld worden aan het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten op de inzet van bijzondere bevoegdheden, waaronder met name de interceptie van telecommunicatie?*

Al sinds het EHRM-arrest *Segerstedt-Wiberg* uit 2006 is duidelijk dat uit de bescherming van artikel 8 jo. artikel 13 EVRM voortvloeit dat de behandeling van klachten over het optreden van IVD's dient te geschieden door een onafhankelijke instantie die een bindend oordeel kan geven over de rechtmatigheid van het optreden. Tot die rechtmatigheidstoets behoort dan ook de beoordeling van de noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit van de inbreuk op EVRM-rechten die mogelijk heeft plaatsgevonden.

Als het gaat om *ex ante* toestemmingverlening voor data-interceptieoperaties in samenhang met *ex post* toezicht op de uitvoering van die operaties is het volgende van belang. De hoofdlijn in de Straatsburgse jurisprudentie dat voorafgaande *rechterlijke* controle in de vorm van (juridisch bindende) toestemmingverlening wenselijk is. Het EHRM is echter nog nooit zo ver gegaan om deze rechterlijke controle expliciet te formuleren als voorwaarde voor EVRM-conformiteit. Wel is in de meeste landen van de Raad van Europa inmiddels voor een systeem gekozen waarin ofwel de (gewone) rechter ofwel een speciale onafhankelijke semi-rechterlijke instantie of toezichthouder voorafgaand de inzet van bijzondere bevoegdheden van de IVD's moet autoriseren. Dit laatste is recent ook in het VK voorgesteld. Aangezien een specifieke autoriserende instantie of toezichthouder doorgaans meer technische en juridische deskundigheid met betrekking tot het optreden van IVD's zal kunnen opbouwen, kan zelfs worden betoogd dat deze in het licht van de materiële effectiviteitseisen die uit artikel 13 EVRM voortvloeien ten aanzien van een 'rechtsmiddel' de voorkeur verdient boven een rechter die die gespecialiseerde kennis ontbeert. Dan moet uiteraard de positie van deze specifieke instantie of toezichthouder qua onafhankelijkheid en bevoegdheden wel vergelijkbaar zijn met die van een rechter.

Het EHRM hecht daarnaast grote waarde aan onafhankelijk *ex post* toezicht om te controleren of de uitvoering van de interceptie geschiedt op een manier die binnen de wettelijke, mensenrechtelijke en in de toestemmingverlening aangegeven grenzen blijft. Uit de in § 4.3.2 besproken serie arresten komt naar ons oordeel onmiskenbaar naar voren dat de eis dat het oordeel van die onafhankelijke toezichthouder bindend moet zijn niet alleen gehanteerd moet worden voor de oordelen op klachten, maar ook voor de oordelen in het kader van het rechtmatigheidstoezicht dat los van ingediende klachten – en daarmee ook tijdens de uitvoering van de IVD-operaties – plaatsvindt. Indien sprake is van een *ex ante* autorisatie door een onafhankelijke toezichthouder zal dat *ex post* toezicht zich met name moeten richten op controle of het uitvoeren van de operatie waarvoor toestemming is verleend ook binnen de grenzen van die verleende toestemming blijft. Waar geen sprake is van externe *ex ante* auto-

¹⁹⁷ Born & Geisler 2012, p. 18.

risatie zal een onafhankelijk rechtmatigheidsoordeel in het kader van het *ex post* toezicht mede een bindend oordeel moeten kunnen omvatten over de rechtmatigheid en mensenrechtenconformiteit van de eerder verleende toestemming voor een interceptieoperatie. Ook de *Venice Commission*, de RvE-mensenrechtencommissaris en VN Speciaal Rapporteur Emmerson trekken deze conclusie.

Mocht de toezichthouder niet bevoegd zijn tot het geven van bindende oordelen, dan dient voor betrokkenen een procedure open te staan bij een instantie die wel een bindend oordeel kan vellen. Uiteindelijk beoordeelt het EHRM het totaalpakket aan aanwezige waarborgen en openstaande rechtbeschermingsprocedures. Dat neemt niet weg dat uit het Europees en internationaal recht, in het bijzonder uit de jurisprudentie van het EHRM, ten aanzien van de inrichting van het toezicht op IVD's een 'drieslag' naar voren komt:

- (a) Een *sterke voorkeur* voor *ex ante* toestemmingverlening door een onafhankelijke autoriteit voor de inzet van heimelijke onderzoeksbevoegdheden. Het Hof is echter nog nooit zo ver gegaan dit als een dwingende eis onder artikel 8 EVRM te formuleren.
- (b) Een *niet volledig expliciet geformuleerde, maar desalniettemin duidelijk te herkennen, eis* van bindend *ex post* rechtmatigheidstoezicht door een onafhankelijke toezichthouder.
- (c) Een *wel expliciet geformuleerde dwingende eis* dat een onafhankelijke toezichthouder *bindende oordelen* kan geven *in klachtprocedures*.

In verschillende Europese landen (Duitsland, Zweden, België) zijn in het toezicht op de IVD's elementen van deze drieslag te herkennen, al is er geen enkel land dat in alle opzichten aan het ideale totaalbeeld voldoet.

De Straatsburgse jurisprudentie en ook de overige in deze studie geanalyseerde opinies en documenten maken met betrekking tot de eisen aan het toezicht op de IVD's geen expliciet onderscheid tussen interceptieoperaties en andere heimelijke onderzoeksmethoden (in de Nederlandse Wiv-terminologie: 'bijzondere bevoegdheden') die kunnen worden toegepast door IVD's. De hierboven omschreven drieslag geldt derhalve naar ons oordeel als kader voor het toezicht op alle bijzondere bevoegdheden. Daarbij geldt evenwel dat de drieslag aan eisen, met name de onderdelen (a) en (b) daarvan, extra zwaar weegt indien sprake is van heimelijke communicatie- of data-interceptie die grote groepen burgers raakt.

- *Welke betekenis komt toe aan de uitspraken op dit terrein van de mensenrechtencommissarissen van de VN en de Raad van Europa, alsmede van het Europees Parlement en de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa?*

De minimumeisen die voortvloeien uit Europese en internationale regelgeving zijn ook echt minimumeisen. Niets belet staten om binnen hun eigen rechtsstelsel een hogere bescherming van bepaalde mensenrechten te bieden en zwaardere waarborgen ter voorkoming van ongerechtvaardigde data-interceptie door IVD's in het rechtssysteem in te bouwen. De *Venice Commission* wijst hierop¹⁹⁸ en deze vaststelling is een logische consequentie van onder meer artikel 53 EVRM. In het licht van de op verschillende plaatsen in dit rapport gesignaleerde 'opwaartse druk' die waarneembaar is in het internationale denken over privacybescherming in relatie tot grootschalige en ongerichte data-interceptie door IVD's, lijkt het verstandig om de minimumeisen niet als enige markeerpunt voor de inrichting van het toezicht op de Nederlandse IVD's te hanteren. De gesignaleerde opwaartse druk komt nu nog hoofdzakelijk tot uiting in niet juridisch bindende standpunten en opinies van NGO's, groepen van wetenschappers (o.m. de *International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance*) en internationale instanties (de VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, enkele VN speciaal rapporteurs, de Mensenrechtencommissaris en de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa). Het is evenwel een gebruikelijk proces binnen internationale rechtssystemen op het terrein

¹⁹⁸ Venice Commission Report 2015, § 27.

van de mensenrechten dat dergelijke niet-bindende oordelen en opinies op een bepaald moment, als uitdrukking van de juridische *communis opinio* over een bepaald onderwerp, doorwerken in de wel bindende oordelen van instanties als het EHRM.

Terugkomend op de hierboven omschreven drieslag aan eisen die uit het Europese en internationale recht kan worden afgeleid, valt te constateren dat de opwaartse druk ten aanzien van normstelling die wij waarnemen in het internationale debat over privacy zich in het bijzonder richt op situaties van grootschalige inbreuken op de privacy en het communicatiegeheim, dus op vormen van ongerichte interceptie. Verwijzingen naar de onderdelen (a) en (b) van de drieslag komen vooral voor in relatie tot grootschalige ongerichte interceptie, onderdeel (c) van de drieslag is relevant voor alle optreden van IVD's. Tegelijkertijd wordt er door onder meer de *Venice Commission* en de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa op gewezen dat de eis van voorafgaande rechterlijke toestemming niet moet worden verabsoluteerd, vooral omdat rechterlijke toestemming lastig te corrigeren valt in de fase van het *ex post* toezicht en omdat een mengvorm van politieke toestemming en toestemming door een onafhankelijke autoriteit uiteindelijk als effectiever wordt beschouwd. Daarbij speelt ten slotte nog een rol dat de toets die verricht moet worden bij het verlenen van voorafgaande toestemming voor ongerichte interceptie – vanwege het grootschalige karakter daarvan en vanwege het feit dat het dan niet gaat om de afweging van het nationale-veiligheidsbelang tegen de inbreuk op de privacy van een bepaald individu of een bepaalde groep individuen – een minder stevig juridisch karakter heeft en meer politieke (strategische) elementen bevat.

- *In hoeverre behoeft ongerichte interceptie een ander toezichtregime dan gerichte interceptie?*

Het EHRM heeft zelf erkend dat de in zijn rechtspraak geformuleerde voorwaarden waaraan de nationale wettelijke basis moet voldoen zijn ontwikkeld in jurisprudentie die ziet op gevallen van gerichte interceptie van communicatie. Het heeft in *Liberty e.a.* echter ook aangegeven dat er geen reden is om bij grootschaliger en ongerichte onderschepping van communicatie minder strikte voorwaarden te hanteren. Uit het EHRM-arrest *Kennedy* en de manier waarop daarin verwezen wordt naar *Liberty e.a.* leiden wij af dat het Hof ertoe neigt om bij grootschalige ongerichte interceptie zelfs eerder hogere standaarden te hanteren dan lagere. Met hogere standaarden bedoelen wij in dit verband dan eisen ten aanzien van de onafhankelijkheid en bindendheid van het rechtmatigheidstoezicht.

Zoals hierboven reeds opgemerkt, is de opwaartse druk die in het huidige internationale en Europese debat met betrekking tot de normstelling op het terrein van de privacy waarneembaar is vooral ingegeven door het bekend worden van praktijken van grootschalig ongericht onderscheppen van communicatie en data door IVD's. Ook die ontwikkeling maakt dat het niet voor de hand ligt om uit te gaan van een mensenrechtenkader waarin voor ongerichte interceptie een minder zwaar toezichtregime geldt dan voor gerichte interceptie.

Over de meer technische vormgeving van het toezicht en de wijze waarop een toezichthouder zijn onderzoek naar ongerichte interceptieoperaties inricht, valt uit de door ons onderzochte mensenrechtenjurisprudentie en -opinions niet veel concreets af te leiden. Wel kan worden gewezen op de ontwikkeling binnen het EU-gegevensbeschermingsrecht (onder meer in de in voorbereiding zijnde EU-dataprotectieverordening) in de richting van een verplichting tot *data protection by design* aan de zijde van gegevensverzamelaars en -verwerkers. Deze ontwikkeling kan doorwerken binnen de EHRM-uitleg van artikel 8 EVRM en op die wijze relevant worden voor de inrichting van het toezicht op de IVD's, zeker aangezien het EHRM bij zijn interpretatie van de verdragsartikelen rekening pleegt te houden met technologische ontwikkelingen en de nadruk legt op beschermingsmechanismen die in de praktijk effectief zijn.. Van belang lijkt dan bijvoorbeeld dat de toezichthouder moet kunnen zien of de door de IVD's gehanteerde interceptiesystemen in technisch opzicht gegevensverwerkingen kunnen verrichten waartoe de diensten wettelijk niet bevoegd zijn en dat eventuele bevoegdheidsoverschrijdingen snel zichtbaar kunnen worden gemaakt door de toezichthouder.

- *Is het voldoende om alleen het klachtoordeel van de CTIVD bindende kracht te geven en niet het oordeel in toezichtsonderzoeken?*

Zoals hierboven reeds aangeven concluderen wij dat het niet voldoende is om alleen het klachtoordeel van de CTIVD bindende kracht te geven. De EHRM-jurisprudentie is weliswaar niet volledig expliciet op dit punt, maar wijst onmiskenbaar in die richting.

De optelsom van (1) de huidige mensenrechtelijke stand van zaken (de drieslag aan eisen met betrekking tot het toezicht op de IVD's die daaruit voortvloeit), (2) de ontwikkeling in het internationale en Europese privacy-debat (die zorgt voor opwaartse druk ten aanzien van de normstelling) en (3) het feit dat de ongerichte communicatie-interceptie naar zijn aard een grootschalig karakter heeft, waardoor in potentie heel veel burgers en communicatiestromen kunnen worden geraakt, dwingt er naar ons oordeel toe dat de door het kabinet voorgestelde verruiming van de interceptiebevoegdheden vergezeld moet gaan van een verdergaande versterking van het IVD-toezicht dan tot dusverre in de kabinetsplannen is opgenomen. Indien dat niet gebeurt, is het risico op een toekomstig internationaal of Europees oordeel (bijvoorbeeld van het EHRM) dat het toezichtstelsel niet voldoet aan de mensenrechtelijke eisen groot.

- *In hoeverre is het vanuit Europees en internationaalrechtelijk perspectief noodzakelijk om bij toekenning van bindende kracht aan het klachtoordeel van de CTIVD een institutionele scheiding tussen de toezichthoudende en klachtbehandelende taak van de CTIVD aan te brengen ter voorkoming van vermenging van taken?*

De literatuur noch de jurisprudentie wijst eenduidig in de richting van een institutionele scheiding tussen de klachtbehandelende en de toezichthoudende taak van de CTIVD. Waar wel een standpunt wordt ingenomen, is de onderbouwing daarvan summier en weinig nauwkeurig. Vooral de afbakening tussen toezicht en klachtbehandeling is in dat verband problematisch. Wel lijkt zich voor wat betreft literatuur en *soft law* in algemene zin een voorkeur af te tekenen ten gunste van scheiding van beide taken. Een dergelijke voorkeur is niet te vinden in jurisprudentie met betrekking tot de inlichtingendiensten. Zij sluit wel aan bij de rechtspraak van het EHRM op aanpalende terreinen. Vooral onder artikel 6 EVRM maakt het EHRM geregeld een punt van de combinatie van adviserende of toezichthoudende taken enerzijds, en (*quasi*-)rechterlijke geschilbeslechting anderzijds. Cumulatie van taken zou in dat geval de onpartijdigheid van de geschilbeslechter onder kunnen druk zetten. Deze rechtspraak is echter genuanceerd. Het hangt van de specifieke aard van het toezicht, respectievelijk de klacht af of zich ook daadwerkelijk problemen voordoen. Het is niet altijd zo dat de klacht en een eerdere bevinding in het kader van de toezichthoudende taak, dezelfde rechtsvraag betreffen: klachten hebben menigmaal geen betrekking op een beweerdelijke schending van mensenrechten of op de rechtmatigheid van het IVD-optreden als zodanig maar op de bejegening van personen die zich met een vraag op opmerking tot de IVD's hebben gewend. Daar komt bij dat de jurisprudentie over functiecumulatie onder artikel 6 EVRM zich niet zonder meer laat toepassen op het toezicht op de inlichtingendiensten. Wel is zij mogelijk van belang voor de uitleg van artikel 13 EVRM, dat een effectief rechtsmiddel eist wanneer sprake is van verdedigbare klachten met betrekking tot de schending van EVRM-rechten. De aanwijzingen daarvoor zijn weliswaar fluïde, omdat het EHRM een beoordeling van het IVD-toezichtstelsel altijd verricht tegen de achtergrond van het gehele nationale stelsel van waarborgen en rechtsbeschermingsmechanismen. Echter, omdat het bij waarborgen in het IVD-toezichtstelsel mede gaat om het bewerkstelligen van publiek vertrouwen, zal het beeld van functiecumulatie dat bij het publiek kan ontstaan (ook als dat niet in alle individuele klachtgevallen gegrond is) mogelijk toch een rol kunnen spelen in een EHRM-beoordeling.

Literatuurlijst

Akandji-Kombe 2007

Jean-François Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks No. 7, Strasbourg: Council of Europe 2007.

Anderson Report 2015

A Question of Trust. Report of the Investigatory Powers Review by David Anderson Q.C., Independent Reviewer of Terrorism Legislation, Presented to the Prime Minister pursuant to section 7 of the Data Retention and Investigatory Powers Act 2014, London June 2015, te raadplegen via <https://terrorismlegislationreviewer.independent.gov.uk/a-question-of-trust-report-of-the-investigatory-powers-review/>.

Barkhuysen 1998

T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Vermande 1998.

Barkhuysen e.a. 2014

T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen – Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

Barkhuysen & Van Emmerik 2010

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Ongebonden binding – Verwijzing naar soft law-standaarden in uitspraken van het EHRM', *NTM/NJCM-Bulletin* 2010, p. 827-835.

Bigo e.a. 2013

Didier Bigo, Sergio Carrera, Nicholas Hernanz, Julien Jeandesboz, Joanna Parkin, Francesco Ragazzi & Amandine Scherrer, *Mass Surveillance of Personal Data by EU Member States and its Compatibility with EU Law*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 61 / November 2013.

Bochel, Defty & Dunn 2010

Hugh Bochel, Andrew Defty & Andrew Dunn, 'Scrutinising the secret state: parliamentary oversight of intelligence and security agencies', *The Policy Press* 2010, p. 483-487.

Den Boer 2012

Monica den Boer, 'Tool 4: Conducting Oversight', in: Hans Born & Aidan Wills, *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, Geneva: DCAF 2012.

Born & Leigh 2007

H. Born & I. Leigh, 'Democratic Accountability of Intelligence Services', *Yearbook of the Stockholm International Peace Research Institute* 2007, p. 193-213.

Born & Geisler Mesevage 2012

Hans Born & Gabriel Geisler Mesevage, 'Tool 1: Introducing Intelligence Oversight', in: Hans Born & Aidan Wills, *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, Geneva: DCAF 2012.

Chesterton 2011

Simon Chesterton, *One Nation under Surveillance. A New Social Contract to Defend Freedom without Sacrificing Liberty*, Oxford Univ. Press 2011.

CoE CommHR Issue Paper 2015

Democratic and effective oversight of national security services, Issue paper published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Strasbourg: Council of Europe, May 2015.

Commissie-Dessens 2013

Commissie-Dessens, *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 – Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen*, rapport uitgebracht op 2 december 2013 en gepubliceerd als *Kamerstukken II* 2013/14, 33 820, nr. 1.

Eijkman & Van Ginkel 2011

Quirine Eijkman & Bibi van Ginkel, 'Compatible or Incompatible? Intelligence and Human Rights in Terrorist Trials', *Amsterdam Law Forum* 2011, vol. 3, no. 4, p. 3-16.

Emmerson Report 2013

UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Ben Emmerson, Second Annual Report, Framework principles for securing the accountability of public officials for gross or systematic human rights violations committed in the context of State counter-terrorism initiatives, UN Doc. A/HRC/22/52, 1 March 2013.

Emmerson Report 2014

UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Ben Emmerson, Fourth Annual Report, UN Doc. A/69/397, 23 September 2014.

Van den Eijnden 2011

P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

Van den Eijnden 2013

P. van den Eijnden, 'Artikel 6 – C8: Onafhankelijk en onpartijdig gerecht', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar – EVRM – Deel 1: materiële rechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013

Elzinga, De Lange & Hoogers 2006

D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot - Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Farson 2012

Stuart Farson, 'Tool 2: Establishing Effective Intelligence Oversight Systems', in: Hans Born & Aidan Wills, *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, Geneva: DCAF 2012.

Forcese 2012

Craig Forcese, 'Tool 9: Handling Complaints about Intelligence Services', in: Hans Born & Aidan Wills, *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, Geneva: DCAF 2012.

Gerards 2011

J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011

Gill 2007

Peter Gill, 'Evaluating intelligence oversight committees: the UK Intelligence and Security Committee and the "war on terror"', *Intelligence and National Security* 2007, vol. 22, no. 1, p. 214-237.

Gill 2009

Peter Gill, 'Security Intelligence and Human Rights: Illuminating the 'Heart of Darkness'', *Intelligence and National Security* 2009, vol. 24, no. 1, p. 78-102.

Gill & Phythian 2006

Peter Gill & Mark Phythian, *Intelligence in an insecure world*, Cambridge: Polity Press 2006.

Hammarberg 2008

Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Protecting the right to privacy in the fight against terrorism, CommDH/IssuePaper(2008)3, Strasbourg, 4 December 2008.

Harris, O'Boyle, Warbrick & Bates 2009

D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick & E. Bates, *Harris, O'Boyle & Warbrick – Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009

Hutton 2012

Lauren Hutton, 'Tool 5: Overseeing Information Collection', in: Hans Born & Aidan Wills, *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, Geneva: DCAF 2012.

ICJ 2009

International Commission of Jurists, *Assessing Damage, Urging Action*, Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, Geneva: ICJ 2009

Innes & Shreptycki 2004

M. Innes & J. Shreptycki, 'From Detection to Disruption: Intelligence and the Changing Logic of Police Crime Control in the UK', *International Criminal Justice Review* 2004, vol. 14, p. 1-24.

Johnson e.a. 2014

Loch K. Johnson e.a., 'An INS Special Forum: Implications of the Snowden Leaks', *Intelligence and National Security* 2014, vol. 29, nr. 6, p. 793-810.

Johnson, Born & Leigh 2005

L. Johnson, H. Born & I.D. Leigh, *Who's watching the spies? Establishing Intelligence Service Accountability*, Dulles, VA: Potomac Books 2005.

Kaye Report 2013

UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Davis Kaye, Annual Report 2013, UN Doc. A/HRC/23/40, 17 April 2013.

Kleinig e.a. 2001

John Kleinig e.a., *Security and Privacy*, Canberra: ANU Press 2011, p. 89-129.

Kokott & Sobotta 2012

J. Kokott & C. Sobotta, 'The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?', *European Journal of International Law* 2012, Vol. 23, No. 4, p 1015-1024.

Kuijjer 2004

M. Kuijjer, *The blindfold of Lady Justice – Judicial Independence and Impartiality in Light of the requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004

Leigh 2012

Ian Leigh, 'Tool 6: Overseeing the use of Personal Data', in: Hans Born & Aidan Wills, *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, Geneva: DCAF 2012.

Leigh 2012

Ian Leigh, 'Rebalancing Rights and National Security: Reforming UK Intelligence Oversight a Decade after 9/11', *Intelligence and National Security* 2012, vol. 27, no. 5, p. 722-738.

Loof 2005

J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen* (diss. Leiden), Nijmegen: WLP 2005.

Loof 2011

J.P. Loof, 'Crisis Situations, Counter terrorism and Derogation from the European Convention on Human Rights. A Threat Analysis', in: A.C. Buyse (red.), *Margins of Conflict. The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict*, Antwerp-Cambridge-Portland: Intersentia 2011, p. 35-56.

Mascolo & Scott 2013

Georg Mascolo & Ben Scott, *Lessons from the Summer of Snowden. The Hard Road Back to Trust*, Washington, DC: New America Foundation-Open Technology Institute-Wilson Center 2013, p. 1-20.

Moraes Report 2014

European Parliament, Report on the US NSA surveillance programme, surveillance bodies in various Member States and their impact on EU citizens' fundamental rights and on transatlantic cooperation in Justice and Home Affairs, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Rapporteur: Claude Moraes, 21 February 2014, Doc. No. A7-0139/2014.

Muižnieks 2008

'Freedom of expression and democracy in the digital age - Opportunities, rights, responsibilities', Keynote speech by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and Information Society, Belgrade, 7-8 November 2013, CommDH/Speech(2013)12.

Muižnieks Report The Netherlands 2014

Report by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, following his visit to the Netherlands at 20-22 May 2014, Strasbourg: Council of Europe, CommDH(2014)18.

Nakashima & O'Keefe 2014

Ellen Nakashima & Ed O'Keefe, 'Senate fails to advance legislation on NSA reform', *The Washington Post* 18 november 2014.

Nathan 2012

Laurie Nathan, 'Tool 3: Intelligence Transparency, Secrecy, and Oversight in a Democracy', in: Hans Born & Aidan Wills, *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, Geneva: DCAF 2012.

Ottawa Principles 2007

Ottawa Principles on Anti-terrorism and Human Rights, drafted by experts on human rights and terrorism at a conference in Ottawa, Canada, 14-16 June 2007.

Phythian 2007

M. Phythian, 'The British experience with intelligence accountability', *Intelligence and National Security* 2007, vol. 22, no. 1, p. 75-99.

Rapport Commissie-Dessens 2013

Commissie-Dessens, *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 – Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen*, rapport uitgebracht op 2 december 2013 en gepubliceerd als *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 820, nr. 1.

Roach 2012

Kent Roach, 'Tool 7: Overseeing Information Sharing', in: Hans Born & Aidan Wills, *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*, Geneva: DCAF 2012.

Scheinin Report 2009

UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Combating Terrorism, Martin Scheinin, Annual Report 2009, UN Doc. A/HRC/10/3, 4 February 2009.

Scheinin Report 2010

UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Combating Terrorism, Martin Scheinin, Annual Report 2010, Compilation of good practices on legal and institutional frameworks and measures that ensure respect for human rights by intelligence agencies, UN Doc. A/HRC/14/46, 17 May 2010.

Todorof 2013

M.B. Todorof, 'The UN/EU Dynamic in the Context of the Economic Sanctions Regime as Exemplified by the Latest CJEU Decisions', 26 december 2013, raadpleegbaar op <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2372197>.

Tshwane Principles 2013

Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles), 12 June 2013, drafted by 22 organizations and academic centres in consultation with more than 500 experts from more than 70 countries, New York: Open Society Justice Initiative 2013.

UNHCHR Report Right to Privacy 2014

Report of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, The Right to Privacy in the Digital Age, UN Doc. A/HRC/27/37, 30 June 2014

Venice Commission Report 1998

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) , Internal Security Services in Europe, Report adopted at its 34th Plenary meeting, CDL-INF (98) 6, Strasbourg, 7 March 1998.

Venice Commission Report 2007

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) , Report on the Democratic Oversight of the Security Services, adopted its 71st Plenary Session, CDL-AD(2007)016, Strasbourg 11 June 2007.

Venice Commission Opinion 756/2014

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion n°756 / 2014: Joint opinion of the Venice Commission and the Directorate of Human Rights and Rule of Law of the Council of Europe on the Draft Law amending and supplementing certain legislative acts promoted by the intelligence and security service of the Republic of Moldova, Strasbourg 2 april 2015, CDL-AD(2014)009.

Venice Commission Report 2015

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Update of the 2007 Report on the Democratic Oversight of the Security Services and Report on the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies, adopted its 102nd Plenary Session, CDL-AD(2015)006, Strasbourg 7 April 2015.

Walsh 2011

Patrick F. Walsh, *Intelligence and Intelligence Analysis*, Abinddon: Routledge 2011.

Walsh & Miller 2015

Patrick F. Walsh & Seumas Miller, 'Rethinking "Five Eyes" Security Intelligence Collection Policies and Practice Post Snowden', *Intelligence and National Security* 2015, DOI: 10.1080/02684527.2014.998436

Wille Report 2007

Assembly of Western European Union, The Interparliamentary European Security and Defence Assembly, The intelligence services and parliamentary scrutiny – reply to the annual report of the council, Report submitted on behalf of the Committee for Parliamentary and Public Relations by Paul Wille, Rapporteur, Document C/1983, 6 November 2007.

Wills 2010

Aidan Wills, *Guidebook Understanding Intelligence Oversight*, Geneva Centre for Democratic Control of Armed Forces (DCAF) 2010.

Wills & Vermeulen 2011

Aidan Wills & Mathias Vermeulen, *Parliamentary Oversight of Intelligence and Security Agencies in the European Union*, Brussel: European Parliament-Directorate General for Internal Policies-Policy Departement Citizens' Rights and Constitutional Affairs 2011.