Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://hdl.handle.net/11245/2.24721

File ID	uvapub:24721
Filename	6. Artikel 8 EVRM
Version	unknown

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	PhD thesis
Title	Communicatiegrondrechten: een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving
Author(s)	L.F. Asscher
Faculty	FdR
Year	2002

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://hdl.handle.net/11245/1.204992

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)
(pagedate: 2014-11-16)

6. Artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM beschermt het recht op privacy en het communicatiegeheim:

Artikel 8 EVRM

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

6.1 GRONDSLAG

Aan de ene kant is het communicatiegeheim een belangrijk onderdeel van het algemene recht op privacy, aan de andere kant vormt het geheim een onderdeel van de ruimere communicatievrijheid.[1] De bescherming van het communicatiegeheim dient ook maatschappelijke belangen.[2] Afscherming schept de mogelijkheid van reflectie, die weer gevolgen heeft voor de openbare uiting. Nieuwenhuis zegt hierover: 'Dat betekent dat de relatie tussen communicatiegeheim en de met de communicatievrijheid verbonden maatschappelijke belangen beduidend hechter is dan de relatie tussen privacy en maatschappelijke belangen in het algemeen.'

In artikel 8 EVRM is ervoor gekozen verschillende privacy aspecten in één artikel te combineren. Opvallend is daarbij dat *correspondence* niet gekwalificeerd is zoals leven dat beschermd is indien het gaat om privé of familie leven. Artikel 8 EVRM is in belangrijke mate geïnspireerd door artikel 12 UV.

1 Zie hierover hoofdstuk 1.
2 Zie bijv. Ruiz 1997.

6.2 OBJECT EN REIKWIJDTE

Twee belangrijke elementen bepalen het object van het communicatiegeheim zoals dat door artikel 8 EVRM beschermd wordt, te weten 'respect' en 'correspondence'. Het woord respect lijkt vooral te duiden op een afweerrecht. De staat moet afzien van handelingen die inbreuk maken op het respect voor iemands correspondentie. Dat lijkt er dus op te duiden dat de betekenis van het in artikel 8 gewaarborgde recht vooral moet worden gezien als een negatieve. Echter, in de jurisprudentie is aan het recht ook wel een positieve betekenis toegekend.[3] Kijken we bijvoorbeeld naar de uitspraak van het EHRM inzake *Golder*. Daar werd geoordeeld dat een Staat op grond van artikel 8 EVRM de plicht heeft ook gevangenen in staat te stellen te communiceren via post.[4] Hier vond een expliciete toetsing aan artikel 8 lid 2 plaats, terwijl ook had kunnen worden getoetst aan artikel 10 lid 2 EVRM, de gevangenen kregen namelijk überhaupt geen toestemming om te corresponderen. Het EHRM legt hier het Engelse oordeel over de noodzakelijkheid van de beperking naast zich neer en vervangt dat door een eigen oordeel.[5] In *Silver* werd bij alle 64 onderschepte brieven zeer precies getoetst in hoeverre de onderschepping nog in overeenstemming was met artikel 8 lid 2 EVRM. In *Campbell* legde het Hof de nadruk op het feit dat correspondentie voor gevangenen de enige manier is om contact te houden met de buitenwereld.[6]

Het bereik van het begrip *correspondence* is in de loop der jaren geleidelijk uitgebreid.[7] Het algemene privacybegrip dat wordt beschermd door 'private life' kan dan dienen als vangnet voor die beschermingswaardige aanspraken die niet onder correspondence kunnen worden gebracht.[8]

Uit het bovenstaande valt af te leiden dat de duur van het recht dat beschermd wordt door artikel 8 zich uitstrekt buiten de duur van het enkele transport van de post. Immers ook de toegang tot de postdienst wordt beschermd door artikel 8. Het recht eindigt daarentegen op het moment dat de geadresseerde de zending heeft ontvangen, aldus de commissie.[9] Het Hof daarentegen rekent ook reeds geopende brieven nog tot 'correspondentie', zo blijkt uit *Niemitz*.[10]

In Niemitz maakte het EHRM uit dat het recht op privacy zich ook uitstrekt tot de werkplek. Daarbij merkt het EHRM nog op dat het relevant

3 Ruiz 1997, p. 135-136.
4 EHRM 21 februari 1975 (*Golder*), *NJ* 1975, 462 m.nt. EAA; vgl. Jacobs/White 1996, p. 199.
5 Schokkenbroek 1996, p. 76.
6 Schokkenbroek 1996, p. 109-110.
7 Ruiz 1997 p. 106-107.
8 Ruiz 1997, p. 134-135.
9 ECRM 12 oktober 1983, zaak 9614/81, *D&R* 34, p. 119, (*G., S. and M. v. Austria*).
10 Aldus Hofman 1995, p. 67-69.

is dat bij het woord correspondentie geen adjectief wordt gebruikt zoals bij het woord leven (in artikel 8, privé-leven). Dat ondersteunt de veronderstelling dat het communicatiegeheim ook geldt voor de werkplek.[11]

6.2.1 Verhouding tot artikel 10 EVRM

In de uitspraak Guerra gaf het EHRM aan dat onder omstandigheden verhinderen van de ontvangst van bepaalde informatie een schending van artikel 8 EVRM kan opleveren. Het Hof ziet geen positieve verplichting op grond van artikel 10 EVRM om (in dit geval milieu-)informatie te verstrekken.[12] Niet alle vormen van telecommunicatie kunnen onder artikel 8 gebracht worden, zo blijkt uit een oordeel van de Commissie. Het door de overheid opvangen en vastleggen van draadloze telecommunicatie die plaatsvond op door de luchtvaart gebruikte frequenties was geen beperking van de vertrouwelijkheid van 'private communication', zoals beschermd door artikel 8.[13]

Artikel 10 wordt niet toegepast indien er een inbreuk wordt gemaakt op de vertrouwelijkheid van communicatie.[14] Daar staat tegenover dat een inhoudelijke beperking van de communicatievrijheid zich op grond van artikel 10 laat beoordelen.

Het is onduidelijk waaronder een verbod vertrouwelijk te communiceren zou vallen. Het is op te vatten als het hinderen van de communicatiestroom, tegelijkertijd is het een verhindering van de vertrouwelijkheid. Dit zou van belang kunnen zijn voor de regulering van het gebruik van cryptografie.

Het Hof kwam in *Silver* tot het oordeel dat de beperking van het recht op uitingsvrijheid beoordeeld kan worden op grond van artikel 8 EVRM, indien het correspondentie betreft. Een beoordeling op grond van artikel 10 was niet meer opportuun. In de zaak *Grigoriades* over een beledigende brief werd echter wel degelijk artikel 10 EVRM toegepast.[15]

Over de verhouding tussen artikel 8 en artikel 10 heeft de Hoge Raad in *Antelecom* aangegeven dat er geen sprake is van een lex specialis verhouding tussen beide artikelen. Het blokkeren van toegang tot het telefoonverkeer moet volgens de Nederlandse Hoge Raad ook worden be-

11 EHRM 16 december 1992 (*Niemitz*), *NJ* 1993, 400 m.nt. EJD, para. 32.

12 EHRM 19 februari 1998 (*Guerra*), *NJ* 1999, 690 m.nt. EJD; zie met name r.o. 53-58.

13 ECRM 27 februari 1995, zaak 21353/93, *D&R* 80, p. 101. Toen de Commissie te maken kreeg met persoonlijk gerichte radiocommunicatie liet zij in het midden of artikel 8 dan wel 10 van toepassing was, ECRM 13 mei 1982, zaak 8962/80, *D&R* 28, p. 112; zie ook Hofman 1995, 71.

14 EHRM 25 maart 1983, *ECHR, Series A* 61 (*Silver*).

15 EHRM 25 november 1997, *RJ&D ECHR* 1997-VII (*Grigoriades v. Greece*).

oordeeld in het licht van artikel 10 EVRM aangezien het communicatiemiddel telefonie ook belangrijk is voor het verspreiden van denkbeelden en inlichtingen. Dit is mede belangrijk omdat artikel 8 EVRM de beperkingsgrond 'economisch welzijn van het land' kent en 10 EVRM niet. De overlapping tussen de artikelen 10 en 8 EVRM komt voort uit het feit dat artikel 10 EVRM ook 'vertrouwelijke communicatie' kan beschermen, die is immers ook van belang voor de vrijheid van meningsuiting.[16]

6.3 BEPERKINGEN

Het gestelde met betrekking tot de beperkingsclausule van artikel 10 EVRM geldt eveneens voor de beperkingsclausule van artikel 8 EVRM. Ook hier is sprake van een stappensysteem, met dien verstande dat artikel 8 als doelcriterium voor beperkingen het economisch verkeer kent, terwijl dat criterium niet is opgenomen in artikel 10 lid 2 EVRM. In de beginjaren van de conventie werd ervan uitgegaan dat naast de beperkingen in artikel 8 lid 2 EVRM ook nog inherente beperkingen golden. Daarbij werd bijvoorbeeld gedacht aan de beperkingen die gelden voor gedetineerden en dergelijk. Men leek er vanuit te gaan dat een dergelijke situatie zou leiden tot het buiten het bereik van het begrip correspondence vallen in de zin van artikel 8 eerste lid.[17] Uit de jurisprudentie sinds de jaren '70 is gebleken dat ook die beperkingen moeten voldoen aan het schema van artikel 8, tweede lid.

6.3.1 Positieve verplichting

Artikel 8 EVRM roept ook verplichtingen in het leven voor de Lidstaten om te garanderen dat de privacy en het communicatiegeheim ook daadwerkelijk beschermd worden. Een bekend voorbeeld vormt de zaak *Gaskin*.[18] In die zaak erkende het Hof een beperkt inzagerecht in persoonsdossiers op grond van artikel 8 EVRM. Een modernere variant is de zaak *Guerra*, waarin informatie op grond van artikel 10 EVRM mocht worden geweigerd, maar niet op grond van artikel 8 EVRM. Aangenomen mag worden dat Staten ook de plicht hebben er zorg voor te dragen te garanderen dat op hun grondgebied het communicatiegeheim wordt geëerbiedigd.

6.4 TECHNIEK

6.4.1 Briefgeheim

Het recht op respect voor correspondentie is een recht op ongestoorde en ongecensureerde communicatie met anderen. Wat moet nu worden verstaan onder *correspondence*? Het is duidelijk dat brieven beschermd

16 HR 26 februari 1999, *Mediaforum* 1999-5, nr. 26 m.nt. Hins.
17 Ruiz 1997, p. 104.
18 EHRM 7 juli 1989 (*Gaskin*), *NJ* 1991, 659 m.nt. EJD.

zijn. In *Golder* gaat het over 'any message, such as a letter...which would have been a piece of correspondence within the meaning of paragraph 1 of article 8.'[19] De bescherming geldt ook voor zakelijke brieven. In *Silver* gaf het EHRM aan dat ook brieven met dergelijke informatie vallen binnen het bereik van artikel 8 EVRM.[20]

Er is veel jurisprudentie over het recht op respect voor correspondentie door gedetineerden. De briefwisseling wordt beschermd door het woord 'correspondentie'. Het louter bestaan van wetgeving die autoriteiten de bevoegdheid geeft de briefwisseling te onderscheppen is reeds een inbreuk op het recht op respect voor de correspondentie.[21] Het belemmeren van toegang tot inkomende en uitgaande post vormt een inbreuk op artikel 8 EVRM, zo blijkt eveneens uit de jurisprudentie van het Hof.[22] Daarmee is nog niet een *recht* op communicatiemiddelen gegeven.

In de zaak *Campbell* ging het om het tegenhouden van een brief van een gevangene aan zijn advocaat. Ook het schrappen van passages uit brieven moet aan de vereisten van artikel 8 lid 2 EVRM voldoen. Zo werd het schrappen van grappen over gevangenbewaarders niet proportioneel geacht.[23] Ook het controleren van de inkomende post van gevangenen is een inbreuk op het communicatiegeheim in de zin van artikel 8 EVRM.[24]

6.4.2 Elektronische communicatiemiddelen

Correspondence ziet volgens de commissie op allerlei soorten communicatie.[25] De belangrijkste zaak over telefonie was *Klass*. In *Klass* bepaalde het EHRM dat ook telefoonverkeer onder de bescherming van artikel 8 viel. Het Hof kiest daarbij niet voor een extensieve interpretatie van het begrip correspondentie maar kiest voor een combinatie van privé-leven en correspondentie.[26] In *Malone* gaf het Hof aan dat ook *metering records* en in het bijzonder het gekozen telefoonnummer integraal deel uitmaken van de beschermde communicatie.[27] Dit vormt een belangrijk verschil met het huidige artikel 13 Grondwet dat verkeersge-

19 Geciteerd bij Staal 1995, p. 234.
20 EHRM 25 maart 1983 (*Silver*), A61.
21 Hofman 1995, p. 66.
22 Nieuwenhuis 2001, p 123-126.
23 EHRM 25 februari 1992, *ECHR, Series A* 227 (*Pfeifer & Plankl*; *NJ* 1994, 117). Nieuwenhuis noemt ook nog het oordeel van de Commissie dat artikel 8 geschonden was door het verbod vanuit de gevangenis penvrienden aan te schrijven; ECRM 15 december 1988, zaak 11523/85, *D&R* 62, p. 22 (*Grace v. UK*).
24 EHRM 19 april 2001, *http://www.echr.coe.int (Peers v. Greece)*.
25 ECRM 10 mei 1985, zaak 10439/83, *D&R* 43, p. 34.
26 Hofman 1995, p. 70-72; EHRM 6 september 1978 (*Klass*); Jacobs/White 1996, p. 206-210; Lawson/Schermers 1997, p. 66-67.
27 EHRM 2 augustus 1884 (*Malone*), *NJ* 1988, 534; Hofman 1995, p. 70-71; Nieuwenhuis 1998, p. 429.

gevens niet noemt. Hofman meent dat *Malone* alle gegevens die aanwijzingen over het communicatieproces kunnen opleveren onder de bescherming van artikel 8 brengt.[28]

Het ging in *Klass* om een toetsing in abstracto want de klagers waren niet zelf afgetapt. Enigerlei geheime controle op post en telefonie moet geaccepteerd worden in verband met de bescherming tegen terrorisme en spionage. Nationale Staten en hebben een zekere vrijheid om zelf zo'n systeem in te richten. Wel moeten er voldoende waarborgen tegen misbruik bestaan. Notificatie was in casu niet noodzakelijk omdat dat de effectiviteit van de dienst zou ondermijnen.[29]

Een ander conflict tussen privacy en nationale veiligheid kreeg het Hof onder ogen in *Leander*. Daarin ging het om de vraag of een afgewezen sollicitant inzage kon eisen tot het over hem bestaande rapport door de geheime dienst. Uit de uitspraak van het Hof valt af te leiden dat er een grote mate is van beoordelingsvrijheid voor Lidstaten indien de nationale veiligheid in het geding is.[30]

Artikel 8 lid 2 EVRM bevat een soortgelijke getrapte beperkingsclausule als artikel 10 lid 2 EVRM. Het eerste vereiste, dat een beperking een wettelijke basis dient te hebben, komt naar voren in de arresten *Kruslin* en *Huvig*. Dit vereiste gaat echter verder dan de aanwezigheid van een wettelijke norm of een norm in vaste rechtspraak. De wettelijke basis dient ook te voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen, de *rule of law*. Dergelijke kwaliteitseisen houden onder andere in de mogelijkheid van controle door een onafhankelijke rechter, bepalingen met betrekking tot de duur van het afluisteren en regels met betrekking tot de delicten waarbij mag worden afgeluisterd.[31] Ook in *Klass* was reeds gebleken dat er waarborgen moeten zijn tegen misbruik van de beperkingen.[32] Daar zegt het Hof met zoveel woorden dat als een inbreuk op het communicatiegeheim niet bekend wordt gemaakt aan degene die wordt afgeluisterd, en daardoor dus niet getoetst kan worden door de rechter: 'Article 8 could to a large extent be reduced to a nullity'.[33]

Eveneens in *Klass* wordt door het Hof de link met de openbare communicatievrijheid erkend. Immers, de dreiging van aftappen maakt dat alle gebruikers of potentiële gebruikers eigenlijk worden geschonden

28 Hofman 1995, p. 70-71.
29 Schokkenbroek 1996, p. 92094.
30 Schokkenbroek 1996, p. 129-132.
31 EHRM 24 april 1990 (*Kruslin en Huvig*), *NJ* 1991, 523; Lawson en Schermers 1997, p. 373-375.
32 Hofman 1995, p. 75.
33 Klass, par. 36.

in hun recht op bescherming van het communicatiegeheim, bovendien 'this menace of surveillance can be claimed in itself to restrict free communication through the postal and telecommunication services...'[34] Voor de vraag of een inbreuk gerechtvaardigd is gaat het Hof na of er adequate en effectieve garanties bestaan tegen misbruik, en kijkt het naar overige omstandigheden als de duur en aard van de inbreuk, de gronden waarop de inbreuk wordt gemaakt en de remedie in het nationale recht.[35]

Een van de belangrijke voorwaarden die het EHRM stelt aan interceptie is dat er een effectief rechtsmiddel bestaat. Zelfs indien men afgetapt is op andermans telefoonlijn dient een rechtsmiddel open te staan.[36] Bij geheime interceptie zijn de waarborgen tegen misbruik nog belangrijker dan bij maatregelen waarvan de afgeluisterde op de hoogte is. Om de toegang tot rechterlijke controle open te houden is een systeem van notificatie wenselijk, zij het dat het onder omstandigheden beperkt mag worden.[37] Het individu heeft recht op 'adequate bescherming tegen arbitraire interceptie'.[38]

Het EHRM spreekt zich principieel uit vóór rechterlijke toetsing van inbreuken op het communicatiegeheim maar geeft aan dat dat niet in alle gevallen noodzakelijk hoeft te zijn: 'in a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge.'[39]

In de zaak *Klass* ging het om het vinden van een evenwicht tussen twee gewichtige belangen. Enerzijds het beschermen van de democratie als geheel, de taak van de veiligheidsdiensten, en anderzijds het gerechtvaardigde belang van de bescherming van de individuele rechten van de mens op privacy en communicatiegeheim. Waar gewoonlijk democratie en grondrechten hand in hand gaan was dat in *Klass* niet het geval omdat de Duitse regering betoogde de democratie uitsluitend te kunnen verdedigen door inbreuk te maken op het communicatiegeheim. Pettiti merkt in zijn concurring opinion bij Malone al op: 'the interference caused by interception of communications is more serious than an ordinary interference since the 'innocent' victim is incapable of discovering it.'

34 Klass, par. 37.
35 Klass, par. 49.
36 EHRM 24 augustus 1998 *(Lambert v. France)*, *Reports of judgments and decisions* 1998-V.
37 Nieuwenhuis 1998, p. 433.
38 EHRM 2 augustus 1884 (*Malone*), *NJ* 1988, 534; Hofman 1995, p. 75-77.
39 Klass, para 56.

Ook in Kruslin en Huvig ging het om adequate beschermingsmaatregelen tegen misbruik van aftapbevoegdheid. Hoewel de controle in casu in handen was van de onderzoeksrechter bood dat onvoldoende garanties daar de onderzoeksrechter zelf al opdracht gaf tot het tappen. Er was dus geen sprake van een onpartijdige toets van buiten. Het EHRM gaf aan dat er echt harde regels moeten liggen met betrekking tot doel en duur van het aftappen.

In Halford maakt het Hof duidelijk dat ook telefoongesprekken, gevoerd met een zakelijk toestel, of onder een zakelijk nummer, vallen onder de bescherming die artikel 8 biedt.[40]

In Malone ging het om een antiekhandelaar uit Dorking, in Engeland. Uit het arrest blijkt dat er werkelijk onwaarschijnlijk weinig waarborgen waren in het toenmalige recht van het Verenigd Koninkrijk tegen misbruik door de autoriteiten op het gebied van aftappen van telecommunicatie. Er was geen systeem van notificatie, geen vorm van rechterlijke toetsing, geen strikte regels omtrent doel of duur van het aftappen. Het enige vereiste was eigenlijk een last van een hoger geplaatste. Los van alle maatregelen die al dan niet waren genomen tegen de heer Malone zelf, vormde de aanwezigheid van een systeem dat geheime surveillance toestond op zich reeds een beperking van artikel 8 EVRM, aldus het Hof.[41]

Voor het vereiste van 'in accordance with the law' geldt net als bij artikel 10 EVRM, de interpretatie van het EHRM in Sunday Times, zo maakte het Hof uit in Silver. Dat wil zeggen dat onder omstandigheden ook de case law in een common law systeem kan voldoen aan de eis van 'in accordance with the law'.[42] Het Hof stelt wel degelijk strenge eisen aan de voorzienbaarheid als onderdeel van 'accordance with the law'. In de zaak *Kopp* voldeed de Zwitserse aftapregeling niet aan het vereiste van voorzienbaarheid. Aangezien de regeling bepaalde dat verschoningsgerechtigden niet mochten worden getapt terwijl dat in de praktijk wel gebeurde, was de regeling volgens het Hof per definitie niet voorzienbaar genoeg. Daarbij weigert het Hof in te gaan op de vraag of de getapte gesprekken nu wel of niet informatie bevatten die beschermenswaardig was. Het feit dat de regeling niet duidelijk was, is voldoende om tot schending van artikel 8 EVRM te concluderen.[43]

40 Waarbij wel moet worden aangetekend dat het in de zaak Halford ging om een telefoon die door de werkgever speciaal bestemd was voor het voeren van privé gesprekken; EHRM 25 juni 1997 (*Halford*), *NJ* 1998, 506.

41 *Malone*, para 64.

42 *Malone*, para 66.

43 EHRM 25 maart 1998 (*Kopp*), *NJ* 2001, 459.

Malone is verder met name interessant vanwege hetgeen het Hof zegt over verkeersgegevens. Over de gegevens van 'metering', zegt het EHRM het volgende: 'a meter check printer registers information that a supplier of a telephone service may in principle legitimately obtain...By it's very nature, metering is therefore to be distinguished from interception of communications.[44] Dat onderscheid wil echter nog niet zeggen dat het gebruik van dergelijke gegevens geen inbreuk op artikel 8 EVRM kan opleveren. Immers, het gaat om informatie, zeker die betreffende de gedraaide nummers, die een integraal onderdeel uitmaakt van de communicatie. Daaruit volgt dat het zonder toestemming van de abonnee doorgeven van dergelijke informatie aan de politie een inbreuk op artikel 8 EVRM oplevert.[45] In een uitspraak uit 2001 bevestigt het Hof dat de gedraaide telefoonnummers beschermd worden door de combinatie van correspondence en private life uit artikel 8 EVRM. Die bescherming lijkt echter minder ver te gaan dan die van de inhoud van de gesprekken. De eisen die gesteld kunnen worden aan de wettelijke waarborgen hangen althans ten dele samen met de aard en de omvang van de inbreuk. Nu het in casu slechts ging om het opvragen van telefoonnummers waarmee in een bepaalde periode was gecommuniceerd, oordeelt het Hof dat er geen risico bestond van willekeur of misbruik, ondanks het feit dat de formele wet geen waarborgen bevatte.[46]

Het is niet geheel duidelijk hoe het EHRM zal omgaan met andere elektronische communicatiemiddelen. Ruiz meent dat het moet gaan om 'closed channel communications', wil er bescherming door artikel 8 EVRM zijn.[47] Interessant in dat verband is een uitspraak van de commissie over radiocommunicatie via de 27 MHz band: 'the transmission of information or ideas via the technical medium used by the applicants constitutes a transmission of information or ideas that might be regarded as being carried out by correspondence within the meaning of article 8.'[48] In die zaak werd de vraag of het ging om besloten communicatie of niet dus niet maatgevend geacht voor de vraag of er bescherming was door artikel 8 EVRM. Over nieuwere communicatiemiddelen bestaan nog geen expliciete uitspraken maar Hofman leest in *Mersch e.a./Luxemburg* een uitbreiding tot alle vormen van communicatie.[49] Volgens deze laatste heeft de bescherming van artikel 8 EVRM zich gaandeweg uitgestrekt van schriftelijke correspondentie, via tele-

44 *Malone*, para 84.
45 *Malone*, para 84.
46 EHRM 25 september 2001 (P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk), nr 44 787/98, samengevat in *NJB* 2001-42, p. 2051.
47 Ruiz 1997.
48 Geciteerd bij Staal 1995, p. 235.
49 Hofman 1995, p. 71-72.

foonverkeer en radiografische communicatie, tot de vertrouwelijke communicatie als geheel.[50] Door de verbinding met privé leven lijkt het Hof inderdaad de deur open te zetten naar andere moderne vormen van telecommunicatie.[51]

6.5 Andere initiatieven van de Raad van Europa

Hoewel het EVRM het belangrijkste wapenfeit is van de Raad van Europa, heeft hij veel meer initiatieven ontplooid om de mensenrechten te beschermen c.q. te verwezenlijken. Naast het maken van Verdragen doet de Raad van Europa dat door het uitbrengen van resoluties, waarin een standpunt over een bepaalde (mensenrechten-)kwestie wordt verwoord. Artikel 8 en 10 EVRM beschermen twee grondrechten die onder omstandigheden met elkaar kunnen botsen. In een poging die grondrechten in evenwicht te brengen bracht de Raad van Europa de *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* tot stand, in 1981. Dit verdrag bevat een aantal principes met betrekking tot de eerlijke en rechtmatige verzameling en gebruik van gegevens. Belangrijkste beginsel is misschien het doelbindingsprincipe dat er op neerkomt dat gegevens alleen mogen worden gebruikt voor het doel waarvoor ze zijn verzameld.
Teneinde deze beginselen aan te passen aan de concrete omstandigheden in verschillende sectoren heeft de Raad van Europa een groot aantal resoluties uitgevaardigd.[52]

Hier ga ik niet dieper in op het dataprotectieverdrag en de daaruit voortvloeiende resoluties omdat een en ander vooral ziet op de informationele privacy, terwijl de nadruk in dit onderzoek meer ligt op de communicatieprivacy.

Een ander onderwerp dat kort aan de orde moet komen is het Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, kortweg Cybercrime verdrag.[53] Dit verdrag regelt een drietal onderwerpen. Allereerst worden bepaalde delicten internationaal strafbaar gesteld. Hiermee wordt een gedeelte van het materieel straf-

50 Hofman 1995, p. 72.

51 Hofman 1995, p. 103.

52 Medical databanks (1981); scientific and other statistical research (1983); direct marketing (1985); social security (1986); police records (1987); employment data (1989); financial payments and related transactions (1990); communication of data to third persons by public institutions (1991); protection of personal data in the field of telecommunications, in particular telephone services (1995); the protection of medical and genetic data (1997); the protection of personal data collected and processed for statistical purposes (1997) en protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways (1999).

53 Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, *Trb.* 2002, 18.

recht geharmoniseerd. Ten tweede wordt een compromis neergelegd over rechtsmacht in computercriminaliteit. Ten derde worden in het verdrag afspraken neergelegd over wederzijdse rechtshulp bij aftappen en dergelijke. Dit onderdeel is meer strafprocessueel getint.[54]

Het Verdrag raakt de communicatievrijheid op het eerste en het derde genoemde niveau. Door de bepaling omtrent kinderporno (artikel 9) wordt voor het eerst ernst gemaakt met de harmonisering van bepaalde uitingsdelicten. Een voorstel om te komen tot een vergelijkbare bepaling omtrent *hate speech* haalde het niet, maar moet later in een apart protocol worden opgenomen. Uiteraard heeft dit internationale uitingsdelict gevolgen voor de vrijheid van meningsuiting. In het Verdrag wordt ook het in bezit hebben van door de computer geproduceerde kinderporno strafbaar gesteld, hetgeen verder gaat dan tot nu toe in Nederland het geval is.

In artikel 4 van het Verdrag is *data interference* strafbaar gesteld. Het is onduidelijk of hiermee ook *spoofing*, het uitwissen van sporen onder de delictsomschrijving valt. Volgens de toelichting op het ontwerp staat het partijen vrij op die manier aan het verdrag invulling te geven. Deze antispoofingbepaling kan ook in conflict komen met de communicatievrijheid waar die het recht op anoniem communiceren en op versleuteling van berichten garandeert.[55]

Artikel 19 van het Verdrag kan een beperking opleveren van het recht op vrijheid van meningsuiting. In dat artikel zijn de verplichtingen opgenomen waaraan de Internet Service Providers moeten voldoen in het kader van de wederzijdse rechtshulp. Die verplichtingen aan het adres van de ISP's kunnen er toe leiden dat een of meer ISP's gesloten worden. Dit artikel kan dus worden opgevat als een beperking van de vrijheid toegang tot communicatiemiddelen te verkrijgen.

De meeste gevolgen voor het communicatiegeheim schuilen in het gedeelte betreffende de rechtshulp (artikel 14-19). Het Verdrag zal staten er toe dwingen elkaar in staat te stellen verkeersgegevens te bewaren en in te zien, *realtime* te tappen op alle elektronische communicatiemiddelen. En dat terwijl er geen mechanisme lijkt te zijn ingebouwd dat de proportionaliteit garandeert. Maar ook het gedeelte betreffende de internationale samenwerking heeft implicaties voor de communicatie-

54 Naast afspraken over aftappen e.d. bevat dit onderdeel ook formele vereisten over de vraag aan welke justitiële autoriteiten een verzoek tot rechtshulp moet worden gericht.

55 Hierover heel kritisch de Global Internet Liberty Campaign in een brief d.d. 18 oktober 2000, http://www.gilc.org/privacy/coe-letter-1000.html.

vrijheid: daar lijkt geïmpliceerd te worden dat partijen een verzoek om rechtshulp *uitsluitend* mogen weigeren indien het gaat om een politiek of met de politiek verwant delict, of wanneer het verzoek gevolgen heeft voor de soevereiniteit, veiligheid, *ordre public*, of andere essentiële belangen van de staat aan wie het verzoek gericht was.

Het ontwerp kent een onduidelijke definitie van *traffic data*, verkeersgegevens, waardoor het onduidelijk is welke gegevens precies bewaard moeten worden en welke gegevens *realtime* aftapbaar moeten zijn (artikel 20). Interessant is dat het verdrag vermoedelijk mede ondertekend gaat worden door de VS, Japan en Mexico hetgeen het verdrag een mondiale betekenis verleent.

6.6 Conclusie

Hierboven zagen we dat de betekenis van het woord 'correspondentie' door het EHRM is opgerekt zodat ook telefoongesprekken onder de bescherming van artikel 8 EVRM vielen. Er is geen reden om aan te nemen dat het Hof dat niet ook zal doen bij andere nieuwe(re) communicatiemiddelen. Op die manier blijft het verdrag bij de tijd. Wel zal bij de interpretatie van het woord 'respect' rekening worden gehouden met de gebruikte techniek. Artikel 8 beschermt eerder het communicatiemiddel of preciezer het communicatiekanaal dan de inhoud, die veelal door artikel 10 EVRM beschermd wordt. Desalniettemin kan de inhoud van belang zijn om te beoordelen of een inbreuk gerechtvaardigd is.[56]

Het is niet duidelijk welke aanvullende eisen het EHRM stelt aan communicatie voordat bescherming van artikel 8 EVRM wordt aangenomen. Enerzijds kan worden gewezen op het feit dat bij 'correspondentie' niet het adjectief privé is opgenomen, waardoor er wellicht geen sprake hoeft te zijn van 'besloten communicatie'. Anderzijds wordt het telefoonverkeer door het Hof onder zowel correspondentie als privé leven gebracht zodat niet duidelijk is in hoeverre het begrip correspondentie nu daadwerkelijk techniekonafhankelijk wordt geïnterpreteerd. Wel valt te verwachten dat nieuwe(re) communicatietechnieken als fax en email door het EHRM onder het bereik van artikel 8 gebracht zullen worden. Ook bij de jurisprudentie op artikel 8 speelt de dynamische verdragsinterpretatie een rol en de reikwijdte zal dus niet beperkt hoeven blijven tot oude communicatiemiddelen. Wel zal het interessant zijn te zien hoe streng de eisen zullen zijn die worden gesteld aan beperkingen als het gaat om nieuwere technieken. Zo is nog onduidelijk hoe het EHRM de lijn van Malone zal doortrekken met betrekking tot

[56] Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p. 320.

verkeersgegevens naar aanleiding van bijvoorbeeld Internetcommunicatie. Wel is duidelijk dat het Hof aan verkeersgegevens een lagere bescherming toekent dan aan de inhoud van de communicatie.
Of een beperking is toegestaan op grond van artikel 8 lid 2 EVRM lijkt vooral afhankelijk van de vraag of ze noodzakelijk is in een democratische samenleving. Ook het vereiste van 'accordance with the law' is belangrijk. Als meer algemene conclusie kan worden vastgesteld dat het EHRM op grond van artikel 8 EVRM en met name het tweede lid daarvan, heeft gezorgd voor een vrij sterke bescherming van het communicatiegeheim.

Min of meer apart van het EHRM streeft de Raad van Europa naar bescherming van mensenrechten via resoluties en verdragen, zoals het verdrag over cybercime. De balans die het EHRM heeft gevonden tussen de verschillende grondrechten lijkt bij die andere verdragen soms echter ver weg.