

EHRM 13 september 2018, Big Brother Watch e.a.t. Verenigd Koninkrijk

Onderdelen Britse surveillance wetgeving in strijd met EVRM

13 september 2018, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15

Feiten

De drie gevoegde zaken zijn *Big Brother Watch en Anderen t. Verenigd Koninkrijk* (nr.58170/13), *Bureau of Investigative Journalism en Alice Ross t. Verenigd Koninkrijk* (nr. 62322/14) en *10 Human Rights Organisations en anderen t. Verenigd Koninkrijk* (nr. 24960/15). De zestien klagers in deze drie zaken zijn ofwel organisaties die zich inzetten voor de mensenrechten, ofwel journalisten. Zij hebben hun klachten ingediend nadat Edward Snowden, een voormalige medewerker van de Amerikaanse National Security Agency (NSA), het bestaan had onthuld van *surveillance programmes* uitgevoerd door de veiligheidsdiensten van de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. De klagers meenden dat de aard van hun activiteiten met zich meebracht dat hun elektronische communicatie of communicatiegegevens werden onderschept of verkregen door de veiligheidsdiensten van het Verenigd Koninkrijk.

Procedure in Straatsburg

Klagers hebben op 4 september 2013, 11 september 2014 en 20 mei 2015 verzoekschriften ingediend bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, waarbij zij zich beriepen op artikel 8 EVRM (recht op respect voor het privéleven) en artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting). Zij klaagden over de reikwijdte en omvang van de door de Britse autoriteiten uitgevoerde surveillance programma's en in het bijzonder over de regimes betreffende 1. bulkinterceptie van communicatie, 2. het delen van gegevens met buitenlandse inlichtingendiensten, 3. het opvragen van communicatiegegevens bij communicatie service providers. Op 7 november 2017 vond een hoorzitting plaats, waarbij verscheidene derde partijen toestemming hadden om te interveniëren.

Beslissing van het Hof

Over de ontvankelijkheid

Het Hof oordeelt dat de klagers in de eerste en de tweede gevoegde zaak de nationale rechtsmiddelen hebben uitgeput hoewel zij geen klacht hebben ingediend bij de *Investigatory Powers Tribunal (ITP)*, het nationale tribunaal belast met het beoordelen van klachten over inperkingen op de communicatie door veiligheidsdiensten. Het Hof overweegt dat de ITP een daadwerkelijk rechtsmiddel biedt dat benut moet worden, maar dat ten tijde van het indienen van de verzoekschriften in de eerste en tweede zaak bijzondere omstandigheden met zich meebrachten dat deze klagers dit nationale rechtsmiddel niet hoefden te benutten. Deze klagers hebben zich beroepen op de uitspraak van het Hof in de zaak *Kennedy/Verenigd Koninkrijk* (18 mei 2010, nr. 26839/05) als bron voor hun stelling dat de ITP geen daadwerkelijk rechtsmiddel bood voor een klacht over de verenigbaarheid van een surveillance regime met de eisen van het EVRM. Zij zijn er op basis van die uitspraak van het EHRM vanuit gegaan dat zij de IPT-procedure niet hoefden te benutten om een klacht te kunnen indienen bij het EHRM. Het Hof acht dit niet onredelijk en verklaart deze klachten daarom ontvankelijk.

Artikel 8 EVRM

Bulkinterceptie van communicatie

Het Hof stelt vast dat bulk-interceptie van communicatie is geregeld in paragraaf 8(4) van de *Regulation of Investigatory Powers Act (RIPA) 2000*. Het Hof overweegt dat lidstaten bij het EVRM een wijde *margin of appreciation* hebben om te bepalen welk surveillance-programma nodig is om de nationale veiligheid te beschermen.

Het Hof merkt op dat er vier stadia zijn bij een operatie op grond van paragraaf 8(4) van de RIPA: 1) het onderscheppen van communicatie die gaat over geselecteerde *internet bearers*; 2) het gebruik van selectiecriteria (*selectors*) om te filteren en zich te ontdoen van onderschepte communicatie die geen *intelligence*-waarde heeft; 3) het doorzoeken van de overgebleven onderschepte communicatie en 4) het onderzoeken van een gedeelte van of alle overgebleven materiaal door een analist.

Het Hof overweegt dat er onvoldoende onafhankelijk toezicht was bij de selectie en de zoekprocessen tijdens de operaties op grond van paragraaf 8(4) RIPA, in het bijzonder waar het de selectie betrof van de *internet bearers* voor de interceptie en het kiezen van de *selectors* en zoekcriteria die werden gebruikt voor het filteren en selecteren van de onderschepte communicatie voor onderzoek. Het Hof overweegt ook dat er geen daadwerkelijke waarborgen van toepassing waren bij de selectie van gerelateerde communicatiegegevens voor onderzoek, hoewel deze gegevens veel kunnen onthullen over de gewoonten en contacten van een persoon. Gelet hierop oordeelt het Hof dat paragraaf 8(4) RIPA niet voldoet aan de rechtsstaatvereisten (*quality of law requirements*) van het EVRM en dat niet wordt voldaan aan de eis van noodzakelijkheid in de democratische rechtsstaat. Het Hof concludeert dat artikel 8 EVRM is geschonden.

Opvragen van communicatiegegevens bij communicatie service providers

Het Hof stelt vast dat klagers in de tweede gevoegde zaak hebben betoogd dat Hoofdstuk 2 van de RIPA een groot aantal overheidsorganen bevoegdheid verleent om toegang te vragen tot communicatiegegevens bij communicatie service providers onder onduidelijk gedefinieerde omstandigheden.

Het Hof merkt op dat het recht van de Europese Unie vereist dat elk regime dat toegang geeft tot gegevens die zijn opgeslagen bij communicatie service providers beperkt moet zijn tot het doel van het bestrijden van 'ernstige misdrijven' en dat toegang onderwerp moet zijn van voorafgaand rechterlijk toezicht of toezicht van een onafhankelijk administratieve entiteit. Het Hof stelt vast dat de Britse regering in een recente rechtszaak op nationaal niveau heeft toegegeven dat vergelijkbare bepalingen opgenomen in de *Investigatory Powers Act 2016* niet verenigbaar waren met fundamentele EU-rechten omdat de genoemde waarborgen daarin ontbraken. Gelet hierop heeft het *High Court* de Britse regering opgedragen de betreffende wettelijke bepalingen te wijzigen. Het Hof stelt vast dat in Hoofdstuk II van de RIPA deze waarborgen ook ontbraken en dat dit regime dus niet in overeenstemming is met nationaal recht zoals door de nationale autoriteiten geïnterpreteerd in het licht van EU-recht. Het Hof concludeert dat artikel 8 EVRM is geschonden.

Delen van gegevens met buitenlandse inlichtingendiensten (intelligence sharing)

Het Hof overweegt dat de procedure voor het vragen om ofwel interceptie ofwel het overgeven van onderschept materiaal van buitenlandse inlichtingendiensten voldoende duidelijkheid bood in het nationaal recht en de relevante *code of practice*. Het Hof merkt op dat materiaal van buitenlandse diensten alleen kan worden doorzocht als aan alle vereisten voor het doorzoeken van materiaal verkregen door de Britse veiligheidsdiensten wordt voldaan. Het Hof stelt ook vast dat er geen bewijs is van significante tekortkomingen in de uitvoering van dit regime en er evenmin bewijs is van enig misbruik. Het Hof concludeert dat het regime voor het delen van gegevens met buitenlandse veiligheidsdiensten geen schending oplevert van artikel 8 EVRM.

Artikel 10 EVRM

Ten aanzien van de klacht dat paragraaf 8(4) van de RIPA onvoldoende bescherming biedt voor journalistieke bronbescherming overweegt het Hof bijzonder bezorgd te zijn over de afwezigheid van gepubliceerde waarborgen met betrekking tot zowel de omstandigheden waaronder vertrouwelijk journalistiek materiaal opzettelijk kan worden geselecteerd voor onderzoek, als het beschermen van de vertrouwelijkheid van materiaal wanneer dit is, opzettelijk of anderszins, is geselecteerd voor onderzoek. Gelet op het potentiële *chilling effect* die een inbreuk op de vertrouwelijkheid van communicatie van journalisten en in het bijzonder hun bronnen, kan hebben op de persvrijheid, oordeelt het Hof dat het bulk-interceptieregime (paragraaf 8(4) RIPA) een schending oplevert van art. 10 EVRM.

Met betrekking tot het opvragen van gegevens van communicatie service providers op grond van Hoofdstuk II van de RIPA stelt het Hof vast dat de relevante waarborgen alleen van toepassing zijn wanneer het doel van het opvragen van gegevens het identificeren van een journalistieke bron is. Deze waarborgen zijn niet van toepassing in alle gevallen waarin communicatiegegevens betreffende de communicatie van een journalist worden opgevraagd. Het Hof merkt voorts op dat er hierbij geen bijzondere bepalingen zijn over het beperken van toegang tot gegevens met het oog op de doelstelling van het bestrijden van ‘ernstige misdrijven’. Gelet op het vorenstaande concludeert het Hof dat het regime voor het opvragen van gegevens bij communicatie service providers (hoofdstuk II RIPA) een schending oplevert van artikel 10 EVRM.

Conclusie

Het Hof oordeelt met vijf tegen twee stemmen dat het regime voor bulk-interceptie een schending oplevert van artikel 8 EVRM.

Het Hof oordeelt met zes tegen een stemmen dat het regime voor het opvragen van communicatiegegevens bij communicatie service providers een schending oplevert van artikel 8 EVRM.

Het Hof oordeelt met zes tegen een stemmen dat het regime voor bulk-interceptie en het regime voor het opvragen van communicatiegegevens bij communicatie service providers schendingen opleveren van artikel 10 EVRM.

Het Hof oordeelt met vijf tegen twee stemmen dat het regime voor het delen van gegevens met buitenlandse Inlichtingendiensten geen schending oplevert van artikel 8 EVRM.

Het Hof verklaart klachten van klagers in de derde gevoegde zaak betreffende artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces) en artikel 14 EVRM (discriminatieverbod) kennelijk ongegrond.

Aan de uitspraak is een *joint partly dissenting and partly concurring opinion* van rechters Pardalos en Eicke gevoegd, alsmede een *partly concurring, partly dissenting opinion* van rechter Koskelo waarbij rechter Turković zich heeft aangesloten.