

Tilburg University

Privacy is nog steeds een grondrecht

Koops, E.J.; de Hert, P.J.A.

Published in:
Ars Aequi

Publication date:
2001

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Koops, E. J., & de Hert, P. J. A. (2001). Privacy is nog steeds een grondrecht. *Ars Aequi*, 50(12), 972-975.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Privacy is nog steeds een grondrecht.

Pleidooi voor de uitsluiting van onrechtmatig bewijs.

Paul de Hert & Bert-Jaap Koops

Weerstand tegen privacy in de rechtspraak

De Amerikaanse ethicus Bernard Gert, auteur van *Morality. Its Nature and Justification*, ziet in de moraal en a fortiori in het recht slechts ruimte voor vijf fundamentele 'rules': do not kill, do not cause pain, do not disable, do not deprive of freedom, do not deprive of pleasure. Privacy behoort niet tot deze vijf fundamentele rechten en vormt bijgevolg niet meer dan een instrument om in functie van plaats en tijd wat meer scherpte te geven aan problemen in de schemerzone van de grote vijf, waarover volgens Gert een consensus bestaat.

Voor de rechtspracticus kan die zienswijze verrassend werken. Immers, in de eigen Grondwet en in de internationale grondrechtendeclaraties worden lange rijen grondrechten opgesomd, waarbij geen kwalitatief onderscheid wordt gemaakt tussen bijvoorbeeld het grondrecht op lichamelijke integriteit (dat bij Gert tot de 'rules' behoort) en het grondrecht op privacy. Het tegendeel wordt aangenomen, namelijk dat privacy een erg belangrijk grondrecht vormt. Privacy laat zich lezen als een verbod op elektronische willekeur en als een bewaker tegen digitale huisvredebreuk. Privacy belichaamt met andere woorden een hedendaags instrument voor het in de liberale politieke theorie terecht noodzakelijke geachte tegengewicht voor maatschappelijke actoren (bijv. de staat of het bedrijf) die in staat zijn het individu te verpletteren.

Dat privacy deze rol met min of meer succes vervult, kan gemeten worden aan de weerstanden die het grondrecht oproept. Te denken hierbij valt aan recente boekwerken waarin precies getracht wordt de grijparmen van dit recht te beperken teneinde in naam van het algemeen belang of het gemeenschapsbelang meer armslag te geven aan collectiviteiten. Ook in vele discussies over law and order wordt beargumenteerd dat misdadigers geen recht op privacy hebben, omdat het recht niet kan strekken tot het beschermen van onwettelijkheden.

Privacy roept dus weerstanden op. De kracht van het grondrecht – de soepelheid van het begrip, die het mogelijk maakt dat op dynamische wijze nieuwe problemen worden gethematiseerd – blijkt dan soms een zwakte te zijn. Doordat er vaagheid bestaat over privacy, is het immers mogelijk te zeggen dat er geen privacy is. Dit leeglepen van het grondrecht is een beproefde techniek en wordt gesteund op de uit de Verenigde Staten

overgewaaiide doctrine van de reasonable expectation of privacy. Centraal in dit leerstuk staat de vraag naar de privacyverwachtingen van een persoon. Rechters gaan dan uitmaken of een persoon privacy mocht verwachten en dus of een persoon aanspraak mag maken op het grondrecht. Opvallende constante is de aanname bij deze rechters dat misdadigers rekening moeten houden met opspoorders en daarom geen of minder privacyverwachtingen mogen koesteren.

Een stap verder gaat het Europees Hof in het arrest Khan van 12 mei 2000. Unaniem was dit Hof van oordeel dat het aanbrengen van af luisterapparatuur en de opname van het gesprek waaraan de verdachte deelnam een schending was van het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op privacy, en dat hiertegen geen effectief rechtsmiddel openstond in het Verenigd Koninkrijk, zodat ook artikel 13 EVRM was geschonden. De schending van artikel 8 hoefde evenwel, aldus het Hof, geen gevolg te hebben voor de strafprocedure. Immers, de eis van eerlijkheid van de strafprocedure gesteld in artikel 6 EVRM is gerealiseerd wanneer de strafprocedure als geheel eerlijk is. Het Hof oordeelt niet over toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs als zodanig, maar bekijkt slechts of er in dit geval, alle omstandigheden in aanmerking genomen, sprake was van een eerlijk proces. En dit nu, zegt een Hofmeerderheid van 6 tegen 1, was het geval. Het grote belang van Khan is dat voor het eerst in de jurisprudentie van het Europees Hof expliciet wordt gesteld dat het voeren van een strafprocedure niet spaak hoeft te lopen op een geconstateerde schending van het privacygrondrecht. Dit kan gerust omschreven worden als een nieuwe vorm van privacyschaamteloosheid of -cynisme.

Een echo van Khan in de recente arbeidsjurisprudentie

Khan staat niet alleen. We zien een echo in recente arbeidsjurisprudentie die voor werkgevers het schenden van de privacy van werknemers billijkt bij het tegengaan van fraude, het surfen naar pornosites of privé-gebruik van netpost. Ook hier wordt niet bestreden dat er in een conflict privacybelangen spelen en wordt aan die vaststelling vervolgens nauwelijks enig gewicht gehecht.

Opgemerkt moet worden dat privacy zelden een zelfstandige grond van geschil voor rechtbanken vormt. Zeer vaak vormt het een argument in een bestaand geschil opgeworpen door de verwerende partij (de verdachte, de betrapte werknemer). Rechters hebben het traditioneel moeilijk met argumenten over de rechtmatigheid van het aangedragen bewijs. Immers, hen wordt gevraagd te beslissen over gedragingen van de verwerende partij, niet over gedragingen van de eiser (het openbaar ministerie, de werkgever). Zo zijn er arbeidszaken aan te wijzen waarbij de rechter op geen enkele wijze kritisch reflecteert over de wijze waarop de werkgever zijn bewijs verzamelde, hoewel er in casu geen transparantie over het werkgeverstoezicht bestond. Ook zijn er

zaken waarbij de rechter zich bijna opwindt over het privacytegenargument van de werknemer, want precies dat ligt niet voor. Overduidelijk is hier privacycynisme aan het werk. Andere verklaringen overtuigen niet. Mogelijk achten deze rechters zich niet zozeer cynisch, dan wel realistisch of pragmatisch. Alleszins schijnen ze een welbepaalde kijk te hebben op de waarde die aan omstreden bewijs moet worden gegeven. Vaak wordt het bewijs toelaatbaar geacht wanneer de aangeklaagde privacy-misdraging in de tijd herstelbaar kan geacht worden. Deze herstelbaarheid kan bestaan in het achteraf creëren van een wettelijke basis voor een opsporingshandeling (die in Khan ontbrak) of in het a posteriori reguleren van een personeelsvolgsysteem overeenkomstig de Wet bescherming persoonsgegevens en de Wet op de ondernemingsraden (regulering die vaak ontbreekt in zaken over werkgeverstoezicht). De centrale vraag in de zakelijke benadering van privacydisputen wordt aldus een vraag naar de grens van het herstelbare. Bewijs wordt dan alleen uitgesloten wanneer de gevolgen onherstelbaar zijn. Maar wat heet onherstelbaar?

Is de pragmatische opstelling van rechters verdedigbaar?

Laten we eens nader fantaseren over mogelijke gevolgen van deze benadering. Bij de marteling van Mehmet C. wijst deze de plaats waar het mes ligt begraven waarmee de moord is gepleegd. En zie, het mes ligt er inderdaad, waardoor bijzonder sterk en betrouwbaar bewijs is geleverd dat C. wist waar het moordwapen zich bevond. In de procedure die hem tot levenslang veroordeelt heeft hij ruime gelegenheid om aan te vechten dat hij de moord gepleegd heeft; hij kan immers een andere verklaring geven voor zijn aanwijzen van de vindplaats van het moordwapen. Dit alles zou volgens het EHRM (hoewel niet volgens artikel 15 Verdrag tegen foltering) toelaatbaar kunnen zijn. Of stel dat er een briljant nieuw kastje wordt ontworpen dat hersengolven opvangt en daardoor gedachten kan lezen. Het maakt weliswaar inbreuk op de privacy, maar ach, het levert wel geweldig bewijsmateriaal op. Een wettelijke regeling is er nog niet, maar de methode wordt wel gebruikt om verdachten te veroordelen. Dat mag, want er is weliswaar een schending van artikel 8 EVRM, maar de procedure is eerlijk; de verdachte hoefde tenslotte niet te denken aan de moord, en hij had ook best kunnen aanvoeren dat zijn gedachten anders hadden moeten worden geïnterpreteerd.

De voorbeelden zijn denkbeeldig en gechargeerd, maar de gevolgen van Khan zijn dat allerminst. Immers, wat blijft er over van de grondrechten als justitie een grondrecht kan schenden om iemand te veroordelen? Is er dan nog een effectieve waarborg om schendingen in de praktijk te voorkomen? De overheid wordt weliswaar op de vingers getikt voor de schending van artikel 8 of 3, betaalt wat schadevergoeding, en gaat weer verder met het opsporen en vervolgen van misdadigers. Zo blijft het recht op een eerlijk proces eenzaam overeind staan in een spookstad van opgeblazen grondrechten.

Een andere weg is om Khan en de arbeidsjurisprudentie af te wijzen en privacyschendingen door overheid of werkgever af te straffen door bewijsmateriaal uit te sluiten. Zo wordt in het geval van Khan de band tussen artikel 6 en artikel 8 hersteld en de eenheid van de grondrechten van het EVRM bevestigd. Zoals Loucaides het stelt: ‘The (...) authorities have an obligation under Article 1 of the European Convention on Human Rights ‘to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention’. I believe that this casts an obligation on the (...) courts not to admit or rely on evidence in judicial proceedings which was obtained contrary to the Convention.’

Is er een alternatief, een derde weg tussen pragmatiek en rechtsbescherming?

Een derde benadering bouwt verder op de eerste pragmatische benadering, doch tracht sommige nadelige effecten te beperken door privacymisdragingen door overheid of werkgever elders aan te pakken en alzo toch nog de centrale idee van afschrikking achter de leer van het onrechtmatig bewijs te behouden. De rechtstatelijke eis dat niet alleen de burger, maar ook de overheid zich aan de regels dient te houden, zal in deze aanpak via andere instrumenten moeten worden gerealiseerd. In de sfeer van het strafrecht zou het denkbaar moeten zijn dat toezichthouders, advocaten of actiegroepen leden van politie en justitie straf-, tucht- of civielrechtelijk ter verantwoording roepen naar aanleiding van privacyschendingen. In de sfeer van het arbeidsrecht kan gedacht worden aan een vordering van de ondernemingsraad tegen een werkgever die met miskenning van het arbeidsrecht en de privacyregelingen geheime toezichttechnieken heeft gebruikt. Geen parallelle processen, maar aansluitende processen in het voordeel niet van de betrokken verdachte of werknemer, maar wel van het maatschappelijk belang. In deze derde benadering vormt privacy primair een interpretatief instrument. Het is een zachte kwaliteitsbewakingsnorm die wetgevers attendeert op lacunes in de wetgeving (Khan kan veroordeeld worden, maar direct afluisteren behoeft nadere normering) en werkgevers op niet-gerespecteerde procedures (de pornoverslaafde werknemer ligt buiten, maar voor de goede bedrijfsvrede maken we nu betere afspraken met de ondernemingsraad en het College Bescherming Persoonsgegevens).

Onzes inziens is deze derde benadering niet van aard om iedereen te overtuigen. Zonder het maatschappelijke belang van deze signaalfunctie te willen miskennen, wordt hier wel duidelijk afbreuk gedaan aan het grondrechtelijk karakter van het privacygrondrecht. Een grondrecht dat niet inzetbaar is in concrete geschillen met de overheid, verliest aan betekenis. Aan een recours objectief heeft Khan immers geen enkele boodschap. Voor hem telt alleen de inzetbaarheid van een grondrecht naar aanleiding van een recours subjectief. Het is de vraag of de procedure als geheel voor hem op die manier wel ‘eerlijk’ kan worden genoemd.

Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat wij de kernvraag of schending van een grondrecht moet doorwerken in het recht op een eerlijk proces, positief beantwoorden en alle tussenoplossingen in dit debat verwerpen. Bewijsuitsluiting is een 'essential corollary' van grondrechten zoals privacy. Meer zelfs; bewijsuitsluiting in het geval van grondrechtenschendingen door opsporingsorganen of werkgevers lijkt ons evenzeer een essentieel onderdeel van een eerlijk proces dat ook een legitiem, dat wil zeggen een adequaat en integer, proces wil zijn. Uitsluiting van het bewijs dient dan ook te gebeuren binnen het proces, want een proces is alleen legitiem te noemen als de gevolgde weg legitiem is. Noch strafvermindering (in een strafproces), noch sancties georganiseerd buiten de strafprocedure of de arbeidsrechtelijke procedure, geven op adequate wijze uiting aan deze eis van legitimiteit voor de opsporingsorganen of procespartijen. Als men, zoals 6 uit 7 rechters van het EHRM, vindt dat dat niet het geval is, ontnemt men aan privacy de status van grondrecht en moet men, geheel in de lijn van Bernard Gert, in de mensenrechtenverklaringen een onderscheid invoeren tussen fundamentele grondrechten en 'niet-fundamentele grondrechten', zodat valse illusies worden vermeden. De nieuwe schaamteloosheid ligt niet zozeer in de ontwaarding van privacy, maar in de ontwaarding van het grondrechtelijk karakter van privacy.