

TvMRR

LIGA VOOR
MENSENRECHTEN
WWW.MENSENRECHTEN.BE

TvMR

Tijdschrift voor Mensenrechten
Driemaandelijke uitgave
Verschijnt vier keer per jaar
Aanbevolen citeerwijze: TvMR

ISSN 1379-0250

Redactie

Hoofdredacteur: Paul de Hert
Eindredactie: Caroline De Geest
Redactie: Benquih-Mohammed Yousra,
Charline Daelman, Willem
Debeuckelaere, Marijke De Pauw, Annelies
D'Espallier, Yves Haeck, Aagje Leven, Veronique
Joosten, Bjorn Ketels, Laurens Lavrysen, Koen
Lemmens, Michael Merrigan, Salla Ouald-
Chaib, Paul Pataer, Stefan Sottiaux, Maxime
Stroobant, Astrid Thienpont, Jozefien Van
Caeneghem, Catherine Van De Heyning, Arne
Vandenbogaerde, Katrien Van Der Heyden,
Nathalie Van Leuven, Andy Van Pachtenbeke,
Mieke Verheyde

Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten vzw.

Abonnement op TvMR? Bel 09/223.07.38

Redactiesecretariaat

Liga voor Mensenrechten vzw
Gebroeders De Smetstraat 75, 9000 Gent
tel: 09 223 07 38 – fax: 09 223 08 48
e-mail: info@mensenrechten.be
website: www.mensenrechten.be

Redactionele samenwerking en disclaimer

Het Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten vzw. De redactie heeft een volstrekt autonoom statuut. Het TvMR strekt tot het aanmoedigen van het onderzoek naar actuele mensenrechtenthema's en het verspreiden van de kennis hierover. Voor publicatie aangeboden teksten, arresten en vonnissen en te bespreken boeken mogen rechtstreeks naar het redactiesecretariaat worden gestuurd. De redactie behoudt zich alle rechten voor de publicatie van ingezonden artikels, werken, advertenties, ed. te weigeren. Aan de toetstandkoming van deze publicatie is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden de redactie en de uitgever geen verantwoordelijkheid. Elke auteur is verantwoordelijk voor zijn/haar eigen redactionele bijdragen.

Lidmaatschap Liga voor Mensenrechten en jaarabonnementen

Lid + abonnement op Tijdschrift voor Mensenrechten: 35 €
Lid + abonnement op Fatik, tijdschrift voor Strafrecht en Gevangeniswezen: 40 €
Lid + abonnement op beide tijdschriften: 70 €
Steunend lid + abonnement op beide tijdschriften: 96 €
Lid zonder abonnement: 5 € per jaar

Het is ook mogelijk om, losgekoppeld van het lidmaatschap, een abonnement op de tijdschriften te bekomen.
Meer informatie bij Liga voor Mensenrechten.

TvMR online

Je kan TvMR online raadplegen. De laatste vier nummers zijn beschikbaar voor abonnees. Vraag een login via tvmr@mensenrechten.be. Surf naar tvmr.mensenrechten.be

© Niets uit deze publicatie mag worden vervaelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, elektronische gegevensdragers of welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande, uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uit respect voor mens en milieu wordt TvMR gedrukt op kringlooppapier en zonder Vluchtige Organische Stoffen door Druk in de Weer, Gent.

Juridische strijd tegen GAS

Op 20 november, de Internationale Dag voor de Rechten van het Kind, dienden de Liga voor Mensenrechten en de Kinderrechtcoalitie elk een verzoekschrift tot vernietiging tegen de vernieuwde GAS-wet in. Deze werd eind mei (quasi) unaniem goedgekeurd in het Parlement, ondanks hevig protest van het brede middenveld. Beide verzoeken vinden hun grondslag in de miskenning van het Kinderrechtenverdrag en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. O.a. de leeftijdsverlaging t.e.m. 14 jaar betekent een uitholling van het jeugdrechtstelsel. De Wet op de jeugdbescherming vertrekt nl. van het idee dat minderjarigen niet gestraft kunnen worden. Dat overheden de ruimte wordt gelaten om zelf te bepalen wat overlast is, leidt bovendien tot willekeur en rechts-onzekerheid. Het EVRM verzet zich tegen bestraffing op grond van onduidelijke, vage normen. Het Grondwettelijk Hof krijgt nu de kans het kader te schetsen waarbinnen een systeem van gemeentelijke administratieve sancties voor haar kan.

Panorama-ploeg ontvangt Prijs voor Mensenrechten

De Liga voor Mensenrechten overhandigde haar jaarlijkse Prijs voor Mensenrechten op 15 december aan de ploeg van Panorama. Kritische en diepgravende onderzoeksjournalistiek wordt spaarzaam in Vlaanderen (en de wereld), vaak uit tijds- of financiële restricties. Journalisten moeten snel inpikken op alles wat gebeurt, zonder dat ze stil kunnen of mogen staan bij de achterliggende complexe systemen. Een programma als Panorama stelt deze procedures in vraag en durft de tijd te nemen om deze kritisch te benaderen. Dat levert reportages op die "vergeten" gebeurtenissen in een nieuw daglicht stellen of doofpotaffaires onthullen en daarmee meer dan eens het vuur aan de politieke en maatschappelijke lont houden. Een voorbeeld daarvan is de reportage over de dood van Jonathan Jacob in een politiecel in 2010. Maatschappijkritische onderzoeksjournalistiek is onontbeerlijk voor de ontplooiing van een weerbare samenleving en draagt bij tot het basisrecht van vrije meningsuiting. Vrije journalistiek lijkt in een land als België vanzelfsprekend. Nochtans blijkt dat de werkomstandigheden en de politieke machtsverdelingen vaak een rol spelen in de media en wat ze publiceren. Rechtszaken tegen en het monddood maken van journalisten is ook bij ons geen onbekend fenomeen. Dat Panorama hiertegen vecht was een reden te meer om hen te prijzen.

België krijgt slecht CAT rapport

Op 22 november werden de *concluding observations* van het VN-Comité tegen Foltering openbaar gemaakt. Veel van de in het rapport vastgestelde problemen herhalen de door het Comité geformuleerde pijnpunten in het vorige rapport van januari 2009, zoals het gebrek aan mentale gezondheidszorg voor geïnterneerden en de overbevolking in de gevangenissen. Dit laatste leidt volgens het Comité tot geweld, gebrek aan hygiëne en aan medische verzorging. Tevens is er een gebrek aan scheiding tussen veroordeelde en niet-veroordeelde gevangenen en tussen minderjarigen en volwassenen. Het Comité hekelt het feit dat de basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen, dat een klachtenmechanisme voor een onafhankelijke instantie invoert, nog steeds niet in werking is getreden. Ten slotte uitte het Comité zijn bezorgdheid over zaken van excessief gebruik van geweld door politieagenten bij interventies of arrestaties (in het bijzonder de zaak Jonathan Jacob).

Jacht op Basken gaat verder

Wat gebeurt er na een vredesverdrag met politieke gevangenen, in hechtenis of voortvluchtig? Wat gebeurt er met de eisen van slachtoffers, hun vraag om genoegdoening, zeg maar, weerwraak en vergelding?

Voor alle betrokken partijen is de verwerking van het verleden onontkoombaar. Het Noord-Iers vredesakkoord had algehele amnestie, vrijlating, stopzetting van opsporing en vervolging van politieke opposanten als gevolg. In Zuid-Afrika veegden de vredesonderhandelaars de spons over het verleden. Een rechtvaardigheidscommissie legde enkel de schuld vast en moest de slachtoffers moreel tegemoetkomen.

Spanje van zijn kant weigert in het conflict met de Basken pertinent deze weg in te slaan. De verzetsbeweging "Euskadi Ta Askatasuna", "Vaderland en vrijheid" kortweg genoemd "ETA" wilde met geweld onafhankelijkheid bekomen. Recent heeft zij formeel de gewapende strijd gestaakt. Deze beweging wil, zoals in Noord-Ierland, onder internationaal toezicht de wapens inleveren.

Het antwoord van de Spaanse Staat op dit staakt-het-vuren en afzweren van de gewapende strijd is verdere repressie. Uitlevering van Baskische ex-ETA leden die al tientallen jaren in ballingschap leven, meestal in Latijns-Amerika, worden met de regelmaat van een klok gevraagd.

In de meeste gevallen zijn de betrokkenen sinds zeer lange tijd uit de organisatie gestapt. Zo vroeg Spanje recent aan België de uitlevering van een Baskische vrouw die al bijna 25 jaar in ballingschap leefde, eerst in Mexico en daarna in België. Zij had reeds evenveel jaren gebroken met de onafhankelijkheidsbeweging.

De Spaanse overheid wist sinds lange tijd precies wie deze ballinge was en waar ze te vinden. Het is overduidelijk dat haar justitie deze oude dossiers van onder het stof haalt om louter propagandistische redenen. Men wil hiermee scoren tegenover de Baskische separatisten. Het lobbywerk van de vereniging van slachtoffers van terrorisme is bijzonder sterk. Spanje treedt de grondrechten van de uitgeleverde opposanten op grove wijze met de voeten. Gebrek aan verdediging, foltering en mishandeling, eenzame opsluiting, behandeling door uitzonderingsrechtbanken, toepassing van uitzonderingswetten, buitenmatige straffen, verblijf in veraf gelegen gevangenissen en geen kans op voorwaardelijke invrijheidstelling zijn zoals voor de meeste Baskische politieke gevangenen hun deel. Een recent verslag van de anti-folteringscommissie van de Raad van Europa klaagt deze schending van mensenrechten aldaar aan.

Recent werden ook de wonden van de Spaanse burgeroorlog weer opengereten. Het heropleven van het Franquisme met zijn anti-Baskische gevoelens speelt bij dit repressiebeleid zeker ook een rol. Staten aan wie uitlevering wordt gevraagd dienen niet in dit verhaal mee te stappen. Doen zij dit wel dan werken zij mee aan een volstrekt verwerpelijke repressie en staan zij de vrede in de weg. De Belgische Justitie heeft dit zeer goed begrepen toen zij onlangs het overleveringsverzoek van voornoemde vrouw weigerde. Zo scoort België ook, maar dan wel in de strijd voor eerbiediging van mensenrechten. Vrede en verzoening zijn er de onderstroom van.

Paul Bekaert*

** Paul Bekaert is advocaat en lid van de Raad van Bestuur van de Liga.*

Een blik vanuit Straatsburg op België...

TvMR sprak met Paul Lemmens, Belgisch rechter in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Wouter Van Butsel *

Op 17 oktober 2013 werd in de Kamer de hervorming van het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding (hierna CGKR) goedgekeurd. Daardoor wordt het CGKR 'geïnterfederaliseerd', en krijgt het bijgevolg ruimere bevoegdheden. Naar aanleiding van deze hervorming en andere mensenrechtengerelateerde actualiteit sprak TvMR met Paul Lemmens, sinds vorig jaar de Belgische rechter in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, over de situatie van mensenrechten in België.

TvMR: Uit rapporten in het kader van de UPR procedure van de VN blijkt dat men in het buitenland niet altijd zo een positief beeld heeft over België. Hoe staat men tegenover België binnen het EHRM?

Paul Lemmens: Ik denk dat het volstaat om op dat vlak eens naar de statistieken te kijken. Het percentage van het aantal klachten in verhouding tot het bevolkingscijfer is een goede uitgangsbasis om daarover te oordelen. Dan zien we dat vanuit België niet bijzonder veel klachten komen, en de weinige klachten ook niet zo dikwijls tot schendingen leiden. Qua reputatie op het vlak van mensenrechten scoort België dus behoorlijk goed. Er zijn namelijk niet zo'n grote structurele problemen, waar dat in andere landen soms wel het geval is. Heel dikwijls gaat het in België om incidenten.

TvMR: Als u zelf toch iets moet aanduiden als pijnpunt in België op het vlak van mensenrechtenbescherming, wat zou u dan zeggen?

Paul Lemmens: Dan moeten we vooral kijken naar de rechtspraak van het Hof van de laatste jaren. Ik moet daarbij wel opmerken dat die enigszins gedeformeerd is. Sommige situaties krijgen disproportioneel veel aandacht omwille van de prioriteitspolitiek van het Hof. Het Hof geeft voorrang aan klachten over het recht op leven (art. 2) en het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of straf

(art. 3). Dat geldt voor alle staten, dus ook voor België. Specifiek voor België gaat het dan voornamelijk over de behandeling van gevangenen en geïnterneerden en over de behandeling van asielzoekers, en in mindere mate ook over het gebruik van geweld door politie en ordediensten. Dat soort zaken springt de laatste jaren in het oog, en krijgt bijgevolg ook bijzonder veel aandacht. Daarnaast zijn er ook problemen met strafprocedures. Niet te verwonderen natuurlijk, omdat die procedures gewoon veel voorkomen.

Naar de toekomst toe vermoed ik dat meer en meer problemen zullen rijzen als gevolg van het samenleven van verschillende etnische groepen. Meer concreet heb ik het dan over het fenomeen van de moslims in België, en de mogelijke problemen die daaruit kunnen voortvloeien. Zulke problemen worden nu al regelmatig aanhangig gemaakt bij Belgische rechtscollages, en bijgevolg zullen ze bijna zeker ook bij het EHRM terechtkomen. Wij reageren altijd met een zekere vertraging. Het probleem is meestal al goed warm gemaakt eer wij eraan komen.

TvMR: Denkt u dat de oprichting van het interfederaal mensenrechteninstituut een rol van betekenis kan spelen bij het verbeteren van de situatie in België?

Paul Lemmens: Ik spreek mij er niet over uit in hoeverre die hervorming een invloed zal hebben op de Belgische situatie. Maar ze past wel binnen een ontwikkeling die zich binnen de Raad van Europa voordoet. Het is een goed voorbeeld van de subsidiaire rol van het Hof en de primaire verantwoordelijkheid van toezichtorganen in de lidstaten. Aan de subsidiariteit van het Hof is veel aandacht besteed als gevolg van de onvrede over bepaalde uitspraken van het Hof, waarbij sommige staten vonden dat het Hof te ver ging. Het Hof moest dus een subsidiaire rol spelen. Het Hof begrijpt dat en zegt dat trouwens ook zelf. Maar als je A zegt moet je ook B zeggen. Als het Hof een subsidiaire rol te spelen heeft, moeten de staten zelf de mensenrechtenbescherming ernstig nemen. In die context is de oprichting van een nationale mensenrechtencommissie door een staat natuurlijk zeer belangrijk. Een dergelijk instituut kan

* Vrijwilliger bij de Liga voor Mensenrechten



veel vroeger op problemen wijzen die een structureel karakter hebben en makkelijker op beleidsdomeinen ageren dan Straatsburg. Zo'n instituut kan dus zeker complementair zijn aan Straatsburg. Of beter: Straatsburg kan complementair zijn aan zo'n instituut.

TvMR: De staten kunnen echter ook de tegenovergestelde richting uitgaan. Zo is Rusland eerder actief bezig met zijn *traditional values* agenda. Hoe staat u tegenover deze *traditional values*?

Paul Lemmens: *Traditional values* zijn bedreigend wanneer men daarmee op een verkeerde manier omgaat. Als ze dienen om mensenrechten te beperken, is er een probleem. Zo kan men grondrechten niet beperken alleen maar omdat ze ingaan tegen waarden die op een bepaalde plaats als belangrijk worden beschouwd, terwijl ze in de rest van de wereld als discriminerend worden beschouwd. Traditionele waarden kunnen daarentegen wel dienen om een bepaalde inhoudelijke invulling aan mensenrechten te geven, waarbij rekening gehouden wordt met de specifieke gevoeligheden in een bepaald land of een bepaalde streek.

Het is opvallend dat de Russen de kaart van de *traditional values* in de VN spelen, en grotendeels weghalen uit de Raad van Europa. Er is een grote gevoeligheid bij de Raad van Europa over de spanning

tussen grondrechten en lokale of regionale tradities. De Parlementaire Assemblee heeft bijvoorbeeld in haar laatste zitting een resolutie aangenomen over onder andere genitale verminking bij vrouwen. Daar werd ook de link gelegd met de besnijdenis van jongens, wat een sterke reactie heeft teweeggebracht bij bijvoorbeeld Israël. Maar je voelde dat de Russen ook op de loer lagen om te verdedigen dat dit tradities waren waarmee de Raad van Europa zich niet moest moeien.

TvMR: Ziet u zelf nog andere bedreigingen voor mensenrechten?

Paul Lemmens: Zeer zeker. Mijn grootste bekommernis is dat er een tendens bestaat bij de publieke opinie om zich niet alleen tegen het Hof te keren, maar ook tegen mensenrechten *as such*. Die tendens is misschien het sterkst waarneembaar in het Verenigd Koninkrijk, dat een moeilijke partner voor het Europees Hof is geworden, hoewel het traditioneel een sterk democratisch land is. Er wordt gesteld dat de mensenrechten niet nodig zijn, en dat ze enkel dienen voor mensen die het samenleven bemoeilijken, zoals immigranten of criminelen. Ik vrees dat veel mensen niet meer geloven dat mensenrechten belangrijk zijn voor henzelf. En als het dagelijkse, concrete belang van de mensenrechten uit het oog wordt verloren, valt de steun weg voor instituties die de bescherming van mensenrechten op zich nemen.

Ik kan niet voorzien wat er dan gebeurt, maar ik ben ongerust dat dit zou resulteren in zwaardere overheidsbeperkingen op mensenrechten en in een aantasting van de corrigerende rol van toezichtsinstanties als het Hof. Daarom is de communicatie naar de bevolking zo belangrijk. Vooral op dit domein spelen NGO's volgens mij een zeer belangrijke rol. Zij moeten duidelijk maken wat het belang is van mensenrechten voor iedereen. Een nationale mensenrechtencommissie, waarover we het daarnet hadden, kan dat ook. Belangrijk is dan wel dat men niet op alle slakken zout legt door op de minste inmenging in grondrechten te beginnen schieten, maar dat men zich met de essentie bezighoudt.

We kunnen het voorbeeld nemen van de spionage en het lezen van e-mails door de NSA en gelijkaardige organisaties. Voor veel mensen is dit niet eens een probleem. Ze denken dat zolang ze zelf geen misdrijven begaan er toch geen probleem is. Dat is weer de redenering dat enkel de mensen die "lastig" zijn, beroep doen op mensenrechten. Dat zou 20 à 30 jaar geleden niet waar geweest zijn. Toen zouden mensen sneller erkend hebben dat dit een aantasting is van hun fundamentele rechten.

TvMR: U zei daarnet zelf dat men niet op alle slakken zout moet leggen. Denkt u dat daar ook gevaren in schuilen? Naar aanleiding van

de Zwarte Piet discussie in Nederland kwamen bijvoorbeeld heel wat negatieve reacties in de zin van “moeten de mensenrechten zich dáármee bezig houden?” Worden mensenrechten te gemakkelijk ingeroepen volgens u?

Paul Lemmens: Dat hele Zwarte Piet incident is volgens mij iets dat is opgeblazen. Voor mij is dat eigenlijk een non-issue. Uiteraard is er geen probleem met Zwarte Pieten. Dat is een traditie die absoluut niet slecht bedoeld is. Er zijn andere problemen. Zo is het natuurlijk wel zo dat, als je te veel inzet op een systeem van rechten, en totaal uit het oog verliest dat er daarnaast ook fundamentele plichten bestaan, het evenwicht zoek is. Ik vind dat dit ook wel eens mag gezegd worden. Die fundamentele plichten mogen misschien niet te ver gaan, maar ze bestaan wel. Bovendien zijn mensenrechten ook niet absoluut. Als je mensenrechten en beperkingen van mensenrechten niet op een redelijke en met het recht verenigbare manier bekijkt, krijg je reacties vanuit de samenleving dat het te ver gaat. Dat begrijp ik. Dan is het de verantwoordelijkheid van bijvoorbeeld politici en rechtscolleges, maar ook academici, om te wijzen op het evenwicht tussen alle relevante belangen.

TvMR: Een dergelijk debat over het evenwicht tussen de verschillende belangen is recent in België ook gevoerd naar aanleiding van de GAS-sancties. Ziet u daar zelf ook mogelijke problemen?

Paul Lemmens: Het kan best zijn dat daar problemen rond ontstaan, en dan zal ik die in Straatsburg misschien wel voor mij krijgen. De idee om overlast aan te pakken met administratieve boetes is op zich geen probleem. De vraag is voornamelijk welk soort overlast wordt bestraft met boetes en of dit begrip niet te vaag omschreven is, zodanig dat willekeur bij de toepassing in de hand wordt gewerkt.

De evenredigheid speelt hier ook op een andere manier mee. De overheid hoeft namelijk ook niet alles uit de kast te halen om tegen kleinere problemen in de samenleving op te treden. En dan ben ik eigenlijk al ver buiten het enge domein van de mensenrechten, en heb ik het over het strafrecht en het administratief sanctierecht in de ruime zin. Administratieve boetes worden maar een mensenrechten issue wanneer ze opgelegd worden om de uitoefening van bepaalde vrijheden te beperken, of wanneer een overtreder niet voldoende mogelijkheden krijgt om een beroep tegen een straf aanhangig te maken bij een rechter.

TvMR: U bent nu iets meer dan een jaar rechter in het EHRM, maar ondertussen bent u ook nog academicus. Hoe bevalt die combinatie u?

Paul Lemmens: Ik vind deze combinatie van rechtspraktijk en de academische wereld zeer

interessant. Als praktijkjurist ga je met concrete zaken om en moet je oog hebben voor de feiten in de zaak. Doorheen een hele reeks feiten het relevante zoeken en dat opbouwen tot een geheel om daarop rechtsregels te kunnen toepassen. Ik voel ook binnen het Hof dat degenen met praktijkervaring doorgaans meer bezig zijn met de feiten dan degenen die zo'n ervaring niet gehad hebben. Magistraten zijn ook veel meer bezig met de zaak die ze moeten beoordelen, en zijn minder geneigd om algemene principes te gaan vastleggen die voor een onbepaald aantal gevallen zouden moeten gelden. Als academicus heb ik het voordeel dat ik de rechtspraak vele jaren lang op de voet heb gevolgd, en dus redelijk goed voorbereid was om te weten waarover het in Straatsburg ging. Ook is het soms nuttig om met een academische reflex een individuele zaak wat ruimer te bekijken en juist wel naar de algemene principes te zoeken. Zelf probeer ik een evenwicht te zoeken tussen de praktische en de meer academische benadering.

Gelukkig heb ik, denk ik, me niet te veel moeten aanpassen op het inhoudelijke vlak. Ik kan in Straatsburg voortdoen met datgene waarmee ik voordien in België bezig was. Natuurlijk ben ik wel in een nieuwe wereld terechtgekomen, en moet ik veel leren over de interne organisatie van het Hof, de beslissingsprocessen, de communicatie met collega's en medewerkers. Maar het Hof is een bijzonder aangename en stimulerende werkomgeving, en dus leer ik met veel plezier bij.

Als soft law hard law inhaalt

Van Venetië naar Brussel, met tussenstop in Straatsburg¹

I. Hachez en S. van Drooghenbroeck*

De Europese Commissie voor Democratie door Recht, ook Commissie van Venetië genoemd, werd opgericht in 1990 en is een adviesorgaan van de Raad van Europa. Haar voornaamste functie bestaat erin de Staten juridisch advies te geven over grondwettelijke vraagstukken. Naast concrete adviezen geeft de Commissie ook studies of rapporten vrij.

De Commissie nam bijvoorbeeld een Code van goede praktijken in verkiezingsaangelegenheden aan. Artikel 2, b), van hoofdstuk II van die Code luidt als volgt: «De fundamentele elementen van het kiesrecht en in het bijzonder het eigenlijke kiesstelsel, de samenstelling van de verkiezingscommissies en de indeling in kieskringen zouden niet minder dan een jaar vóór de verkiezingen moeten kunnen worden gewijzigd of zouden op grondwettelijk niveau of op een hoger niveau dan dat van de gewone wet moeten worden behandeld».² Het betreft zonder twijfel soft law, aangezien die Code, en meer algemeen de werkzaamheden van de Commissie van Venetië, geen dwingende werking hebben.

Het Grondwettelijk Hof toonde zich in arrest 78/2005 van 27 april 2005 weinig ontvankelijk voor de aanbeveling van de Commissie van Venetië. Dat is het minste dat men hierover kan zeggen: het Hof maakte een duidelijk onderscheid tussen soft law en het juridisch dwingende hard law. Het Hof oordeelde: «geen enkele dwingende bepaling van intern of internationaal recht voorziet in een beperking in de tijd van de mogelijkheid voor de wetgever om de kieswetgeving te wijzigen» en «het niet naleven van in een code van goede praktijken vervatte aanbevelingen (met name de Code van

goede praktijken in verkiezingsaangelegenheden van de Commissie van Venetië), ook al zouden zij in samenhang worden gelezen met de in het middel aangevoerde bepalingen, kan de vernietiging van wettelijke normen niet verantwoorden»³.

Zeven jaar later blijkt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) wel bereid om rekening te houden met deze bepaling en stelt het Hof op basis van dit artikel een schending vast van artikel 3 van het Eerste Protocol bij het EVRM⁴. De zaak betrof een hervorming van de kieswetgeving die de vooropgestelde timing in de aanbeveling van de Code van goede praktijken in verkiezingsaangelegenheden niet respecteerde. Het EHRM oordeelde hier: «Dans son Code de bonne conduite en matière électorale, la Commission de Venise a souligné l'importance de la stabilité du droit électoral. Elle a notamment estimé que le changement des règles fondamentales du système électoral moins d'un an avant les élections pouvait être perçu, même en l'absence de volonté de manipulation, comme lié à des intérêts partisans conjoncturels (...). Dans le cas d'espèce, le délai d'un an préconisé par la Commission de Venise pour l'introduction de modifications substantielles à la législation électorale n'a pas été respecté: l'amendement litigieux est intervenu deux mois avant la date des élections et un mois avant l'échéance du délai pour la présentation des candidatures des partis à la Commission électorale centrale»⁵. Het wijzigen van kieswetgeving twee maanden vóór de verkiezingen, was volgens het Hof dus in strijd met de termijn van één jaar die voorgeschreven werd door de Commissie van Venetië.

Dus, als een Belgische rechter in de toekomst nog weigert rekening te houden met de lessen van de Commissie van Venetië, is er een grote kans dat hij

* I. Hachez is professor aan de Universiteit van Saint-Louis. S. van Drooghenbroeck is professor aan de Universiteit van Saint-Louis, decaan van de Rechtenfaculteit en assessor in de Raad van State.

De tekst werd vertaald door Nathalie Van Leuven, die de auteurs hartelijk bedanken.

¹ Deze tekst werd geschreven met de steun van de Inter-university Attraction Pole (IAP) "The Global Challenge of Human Rights Integration: Toward a User's Perspective" (www.hrintegration.be).

² Zie [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2002\)023rev.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2002)023rev.aspx).

³ GwH, B.20.1 en B.20.3 van voormeld arrest.

⁴ Ter herinnering, deze bepaling waarborgt het recht op vrije verkiezingen.

⁵ EHRM, arrest Ekoglasnost t. Bulgarije van 6 november 2012, §§ 69 en 70.

wordt teruggefloten in Straatsburg. *Soft law* beïnvloedt hier niet enkel de inhoud van de rechtsregels als “materiële rechtsbron”, zoals het arrest Ekoglasnost aantoonde, biedt *soft law* ook een nieuwe bron van recht aan, die niet genegeerd kan worden.⁶ Dit is zonder twijfel de belangrijkste les die we kunnen trekken uit het recent gevoerd gezamenlijk onderzoek over de bronnen van het recht, waaraan wij met plezier hebben meegewerkt.⁷

Hierna zullen we kort de notie *soft law* beschrijven. Vervolgens zullen we de wijze bestuderen waarop *soft law* dwingende werking kan verkrijgen en de manier waarop *soft law*, op het domein van de mensenrechten, doorsijpelt in de Belgische rechtsorde. Ten slotte bespreken we de criteria die de legitimiteit van het in acht nemen van *soft law* bepalen.

I – De notie ‘soft law’

Soft law kan ruim of beperkt geïnterpreteerd worden. In de ruime zin⁸ dekt *soft law* zowel de normatieve instrumenten die geen bindend karakter hebben (zoals de adviezen van de Commissie van Venetië) als de instrumenten die wel juridisch bindend zijn, maar die door hun vaag karakter een verzwakte normatieve werking hebben (we denken hier aan bepaalde verdragsbepalingen of grondwetsbepalingen die economische, sociale en culturele rechten waarborgen).⁹

Hier beschouwen we onder het label *soft law* enkel de eerste vooropgestelde hypothese, namelijk het *soft instrumentum*, met uitsluiting van het *soft negotium*. Zelfs in de enge betekenis houdt *soft law* zeer uiteenlopende juridische fenomenen in, zoals bijvoorbeeld, de guidelines van de Commissie van Venetië en de “views” en algemene aanbevelingen¹⁰ van de VN-Comités.

II – Legaliteit

Het begrip legaliteit verwijst hier naar de eigenschap van een norm die is aangenomen in overeenstemming met hogere of “secundaire” rechtsnormen, die de regels vastleggen om bindende rechtsregels aan te nemen. *Soft law* heeft deze eigenschap niet.

Aan het instrument van *soft law* kan de rechter bijgevolg enkel betekenis toekennen via de omweg van een dwingende bepaling, die als “aanknopingspunt” fungeert.¹¹

III – Effectiviteit

Sommige *soft law*-instrumenten zijn er, al meer dan andere, in geslaagd om tot bij de Belgische rechtscollages te geraken. Denk bijvoorbeeld aan de aanbevelingen van de Internationale Gezondheidsorganisatie¹² en van de Internationale Arbeidsorganisatie¹³ of aan het Handvest van

6 Kort voor de uitspraak van het arrest Ekoglasnost maakt de Constituante gebruik van de mogelijkheid geboden door de overgangsbepaling in artikel 195, 3°, van de Grondwet door voor te stellen om de raad van de Commissie van Venetië in een bindende bepaling te gieten (zie Voorstel van 19 juli 2012 tot invoering van een artikel 39bis in Titel III van de Grondwet, Parl.St. Senaat 2011-2012, nr. 5-1749/1: “De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel die de verkiezingen voor de Kamer van volksvertegenwoordigers of voor een Gemeenschaps- of Gewestparlement regelt, en die minder dan een jaar voor de voorziene datum van het einde van de zittingsperiode wordt afgekondigd, treedt in werking ten vroegste een jaar na de afkondiging ervan”).

7 I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, Fr. OST en M. VAN DE KERCHOVE (eds.), « Les sources du droit revisitées », 4 volumes, Louvain-la-Neuve, Anthémis, Brussel, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012. Het is hoofdzakelijk met het oog op de voorstelling van dit onderzoek dat de redactie van het TvMR ons heeft voorgesteld een bijdrage te schrijven, waarvoor wij hen hartelijk bedanken.

8 Cf. J. SALMON (eds.), Dictionnaire de droit international public, Brussel, Bruylant, 2000, 1039. Voor een poging tot typologie en een kritisch onderzoek van deze definitie zie I. HACHEZ, “Le soft law: qui trop embrasse mal étreint?”, vol. 4 van het reeds geciteerde gezamenlijk onderzoek, 539 tot 586, en de geciteerde referenties.

9 Over dit tweede element van de notie *soft law*, zie Ch.-H. BORN en M. VERDUSSEN, “Le soft law intraconstitutionnel”, vol. 1 van het reeds geciteerde gezamenlijk onderzoek, 513 e.v.; X. DELGRANGE en L. DETROUX, “La soft law intralégislative: les lois dépourvues de contenu normatif ou molli lex sed lex?”, vol. 2 van het voormelde collectief onderzoek, 147 e.v.; N. VAN LEUVEN, “Droits et principes de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne: pas d’opposition simple entre hard law et soft law”, vol. 1 van het reeds geciteerde gezamenlijk onderzoek, 463 e.v.

10 Zie I. HACHEZ, l.c., in het bijzonder 543 tot 560; TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK en Fr. KRENC, “Le soft law et la Cour européenne des droits de l’homme. Questions de légitimité et de méthode”, vol. 1 van het reeds geciteerde gezamenlijk onderzoek, in het bijzonder 384 tot 387. Zie bovendien Etude annuelle 2013 du Conseil d’Etat. Le droit souple, Paris, La documentation française, 2013, 200 p.

11 Fr. Tulkens, S. Van Drooghenbroeck en F. Krenc, l.c., p. 401.

12 Zie (1) in het kader van de problematiek van de hinder door tabak: AH, nr. 23/92, 2 april 1992, B.6.2; GwH, nr. 37/2011, 15 maart 2011, B.7; (2) in de rechtspraak over de mobiele telefonie: RvS, Baeten, nr. 85.836, 6 maart 2000, 8; RvS, Bourdeaud’hui, nr. 109.145, 10 juli 2002; RvS, Christine’s tobaccoshop, nr. 154.226, 27 januari 2006; RvS, Franco, nr. 160.168, 15 juni 2006; RvS, Boone, nr. 178.810, 22 januari 2008; RvS, Theunis, nr. 181.542, 28 maart 2008, overw. 3.2.3.2; (3) in de rechtspraak over hinder van vliegtuigen: Brussel (kg.) 10 juni 2003, R.A.B.G., 2004, 63, noot T. De Gendt (verbroken door Cass. 4 maart 2004, Arr. Cass., 2004, 392); GwH nr. 51/2003, 30 april 2003; GwH nr. 101/2005, 1 juni 2005; GwH nr. 189/2005, 14 december 2005, B.14.4; RvS, Coghe, nr. 100.331, 25 oktober 2001; RvS, Airline operators committee brussels, nr. 158.547, 9 mei 2006, 18; RvS, European Air Transport, nr. 158.548, 9 mei 2006; RvS, Brussels International airport company, nr. 158.549, 9 mei 2006; RvS, Coomans, 17 november 2008, nr. 187.998; RvS, Airline operators committee Brussels, nr. 199.465, 13 januari 2010.

13 Zie GwH nr. 70/2002, 18 april 2002, B.10; GwH nr. 70/2003, 21 mei 2003, B.7.2; GwH, nr. 9/2009, 15 januari 2009, B.42.

grondrechten in het pre-Lissabon-tijdperk.¹⁴ Toch blijven referenties naar *soft law* in de Belgische rechtspraak uiterst zeldzaam.¹⁵ Wanneer de rechter expliciet verwijst naar deze normen, kent hij er zelden een bepalende rol aan toe. Ofwel geeft de rechter de indruk dat de *soft law*-norm louter ondersteuning biedt aan zijn argumentatie, ofwel zoals in het hierboven vernoemde arrest nr. 78/2005, beroept hij zich niet op de *soft law*-norm bij gebrek aan dwingende werking.

Deze houding staat in contrast met de recente adviespraktijk van de Raad van State, afdeling wetgeving¹⁶, en vooral – zoals we reeds aangaven – met de rechtspraak van het EHRM in Straatsburg¹⁷: steeds vaker interpreteert het EHRM de bepalingen van het EVRM met behulp van juridisch niet-dwingende instrumenten. Het Europees Hof aarzelt niet om expliciet naar deze bronnen te verwijzen. We hebben zelfs kunnen vaststellen dat «het Europees Hof geen onderscheid maakt tussen *soft law* en *hard law*, wanneer het externe bronnen als hulpmiddel gebruikt bij de interpretatie van het EVRM»¹⁸.

We zien dus niet in hoe het Grondwettelijk Hof eeuwig onverschillig kan blijven ten aanzien van deze evolutie. Het is inderdaad zo dat het Grondwettelijk Hof gebruik maakt van een toetsing van wetten aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met bepalingen in internationale verdragen waarmee België instemde. Vooral het EVRM speelt hier een belangrijke rol. Ook het refrein van “het onlosmakelijk geheel” is bekend: «*wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een van de grondwetsbepalingen waarvan de toetsing tot de bevoegdheid van het Hof behoort en waarvan de schending wordt aangevoerd, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen.*»

Daaruit volgt dat het Hof, bij zijn toetsing aan die grondwetsbepalingen, rekening houdt met de internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen.»¹⁹ Via de omweg van het in samenhang lezen of de theorie van het onlosmakelijk geheel kan het Hof van bovenaf gedwongen worden om rekening te houden met *soft law*-normen (via de rechtsnormen, die geïnterpreteerd worden in het licht van *soft law*-bepalingen). Zelfs als het Hof weigert *soft law*-normen in overweging te nemen, zal het hiertoe toch onrechtstreeks verplicht worden. Hetzelfde geldt voor de gewone en administratieve rechters, wanneer zij moeten nagaan of een praktijk in overeenstemming is met het EVRM. Ook zij hebben er belang bij te anticiperen op een eventuele controle door het EHRM.

IV- Legitimiteit

Er zouden idealiter verschillende criteria moeten bestaan om de rechter te leiden in het gewicht dat hij moet toekennen aan niet-dwingende bepalingen. Dit geldt zowel voor de rechter in Straatsburg, als voor de nationale controle instantie die *soft law* in overweging neemt. Waar voor *hard law* in beginsel een vermoeden van legitimiteit geldt, rijzen er wel belangrijke vragen voor de *soft law*-normen, waarop de klassieke “rules of recognition”²⁰ niet van toepassing zijn.²¹ Waarom wordt het ene instrument van *soft law* gekozen boven het andere? Welke graad van legitimiteit kleeft er aan het instrument dat de rechter kiest als interpretatief hulpmiddel?

Fr. Tulkens, van Drooghenbroeck en Krenc benadrukten het specifiek karakter van de Straatsburgse praktijk om – in tegenstelling tot wat gebruikelijk is in het klassieke internationaal recht – dwingende EVRM-bepalingen

14 Cfr. GwH nr. 167/2005, 23 november 2005, B.18.3; GwH 7 juni 2007, nr. 81/2007, B.9.2; GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.102.3 et B.102.4; GwH nr. 10/2008, 23 januari 2008, B.2.2; GwH 19 maart 2009, nr. 58/2009, B.15; GwH nr. 101/2008, 10 juli 2008, B.21.4.

15 In deze zin: Fr. VANNESTE, “Le *soft law* du droit international des droits de l’homme, dans la jurisprudence internationale et la jurisprudence interne”, vol. 1 van het reeds geciteerde gezamenlijk onderzoek, p. 111 tot 115, nr. 7 à 9; J. WOUTERS, N. HACHEZ en P. DE MAN, “Internationaal recht voor de praktijk: hoe omgaan met handelingen van internationale instellingen en internationale rechtspraak”, in K. Lenaerts en J. Wouters (eds.), *Internationaal en Europees Recht*, Themis, nr. 49, Die Keure, Brugge, 2008, p. 69, nr. 5; J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, “Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde: een overzicht van bronnen en instrumenten”, D. Van Eeckhoutte en J. Wouters (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 26 tot 28.

16 Zie L. VANCRAVEBECK, “La législation de la section de législation du Conseil d’Etat”, vol. 2 van het reeds geciteerde gezamenlijk onderzoek, zie in het bijzonder de geciteerde referenties op p. 299 tot 301. Zie ook adv. RvS 52.675/VR van 5 februari 2013 over een voorontwerp van wet “houdende instemming met het samenwerkingsakkoord van 23 juli 2012 tot oprichting van een interfederaal Centrum voor Gelijke Kansen en Bestrijding van Discriminatie en Racisme”, Parl.St. Senaat 2012-2013, nr. 5-2137/1, i.h.b. 27 e.v.; adv. RvS 53.000/AV/3 van 22 april 2013 over een voorontwerp van wet “tot hervorming van de gerechtelijke arrondissementen”, Parl.St. Kamer 2012-2013, nr. 53-2858/1, i.h.b. 102 e.v.

17 Zie de referenties naar de geciteerde arresten van het EHRM in Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK en Fr. KRENC, l.c., 381 e.v. en in D. SCALIA, “Les rapports du C.P.T. dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme : un puits de normes?”, vol. 1 van het reeds geciteerde gezamenlijk onderzoek, 433 e.v.

18 Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK en Fr. KRENC, l.c., 431.

19 Zie naast vele andere voorbeelden GwH nr. 76/2009, 5 mei 2009, B.4.3.

20 Zoals uitgewerkt door H.L.A. HART.

21 Zie hierover Ph. GÉRARD, “Les règles de reconnaissance et l’identification des normes juridiques valides”, vol. 4 van het reeds geciteerde gezamenlijk onderzoek, 46.

soepel en ruim te interpreteren, mede door gebruik te maken van *soft law*.²² De auteurs stellen vast dat het EHRM niet aan al deze externe *soft law*-bronnen hetzelfde gewicht toekent. Bovendien wordt aan bronnen die zijn opgemaakt door dezelfde auteur en die dezelfde vorm hebben, niet noodzakelijk een identiek gewicht toegekend die los gezien kan worden van tijd en plaats. Zo is ook de juridische relevantie van externe bronnen, zoals bijvoorbeeld de richtlijnen van de Commissie van Venetië, sterk afhankelijk van zaak tot zaak.²³

Toch zouden we denken dat het gewicht dat aan een bron van *soft law* kan worden toegekend, afhangt van de doelstelling van haar gebruik door de rechter. In dit kader houdt de rechter rekening met verschillende parameters, zoals bijvoorbeeld de auteur (internationale organen die de lidstaten politiek kunnen vertegenwoordigen tegenover organen samengesteld uit experts die dat niet kunnen)²⁴, maar ook de oorsprong of het ogenblik waarop de bron van

soft law werd aangenomen.²⁵

Naast de intrinsieke legitimiteit van een instrument van *soft law* en de doelstelling die het nastreeft (of die men aan dit instrument toekent), kan de identiteit van de "gebruiker" van dit instrument een invloed hebben op de normatieve kracht die aan het instrument wordt toegekend: is de "gebruiker" een internationaal of nationaal rechtscollege²⁶, een rechter of adviesorgaan²⁷, een commissie van wijzen of doctrine, unanieme doctrine of meerderheidsdoctrine, ...?²⁸

Het komt aan de pleiters toe om de rechter te overtuigen van de relevantie en de legitimiteit van het *soft law-instrument*. Het komt vervolgens aan de rechter toe om het beroep op *soft law* te rechtvaardigen. Immers, in het bijzonder op het vlak van *soft law*, meer nog dan op het vlak van *hard law* "is de motivering het domein bij uitstek waar de magistraat zijn verantwoordelijkheid moet opnemen".²⁹

- 22 Dit houdt een afzwakking in van de eis van een instemming door de Staat of ten minste van de noodzaak om die instemming te bewijzen (Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK en Fr. KRENC, I.c., 401). In het bekende arrest *Demir en Baykara* van 12 november 2008 rechtvaardigt het EHRM zijn toevlucht tot bronnen van *soft* en *hard law* naast het EVRM, door middel van de rechtsvergelijkende en de evolutieve interpretatie: de externe bronnen maken het mogelijk om dergelijke interpretaties te objectiveren; zij zijn allen indicaties van het eventueel bestaan van een Europese consensus op dat vlak (ibidem, 403 à 407).
- 23 Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK en Fr. KRENC, ibidem, 410 tot 412. Zie ook voor wat betreft het gebruik van de rapporten van het Anti-Foltercomité door het Hof, D. SCALIA, I.c., 433 e.v.
- 24 Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK en Fr. KRENC, I.c., 417 tot 419.
- 25 Ibidem, 419 tot 426; D. SCALIA, I.c., i.h.b. 439 tot 446. Zie ook Fr. VANNESTE, I.c., i.h.b. 107, 119 en 120.
- 26 Zie ibidem, 121. Ook het procedureel kader van een rechtscollege speelt een rol in het moeilijker of makkelijker in overweging nemen van *soft law* (zie Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK en Fr. KRENC I.c., 416 en 417). In dezelfde zin kan ook het bestaan van nationale mensenrechtencommissies het in aanmerking nemen van *soft law* bevorderen (Fr. VANNESTE, I.c., 122 et 123, nr. 15).
- 27 Zie op dit vlak L. VANCRAEYEBECK, I.c., 295 (zie ook 292, pt. 3); S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX en N. BONBLED, "Les essais constitutionnels non transformés valent-ils des points? Réflexions sur la portée juridique interprétative des déclarations de révision non suivies d'une révision", van het reeds geciteerde gezamenlijk onderzoek, vol. 1, 662 tot 664, nr. 30 tot 33.
- 28 H. DUMONT, "Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses", vol. 1 van het reeds geciteerde gezamenlijk onderzoek, 598.
- 29 Fr. OST, "Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés?", *Le rôle du juge dans la cité*, Brussel, Bruylant, 2002, 28. Over de noodzaak voor de rechter het invoeren van een norm van *soft law* te legitimeren, cf. Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK en Fr. KRENC, I.c., i.h.b. 408.

Privacyrecht in de kering

De hervorming van het Europese recht persoonsgegevensverwerking: gewogen en te licht bevonden, wissel op de toekomst of dan toch geniaal op korte beentjes....?

Willem Debeuckelaere*

Toen op 25 januari 2012 het voorstel van commissaris Viviane Redding voor een nieuw Europees privacyrecht bekend werd gemaakt was dat nu niet meteen groot nieuws. Toegegeven, de wereld van de *data protection* was in de loop van de maand december al danig opgeschroefd door het uitlekken van versie XXX¹: het was toen al duidelijk dat het om een zeer ambitieus en grensverleggend voorstel zou gaan maar dat er toch meteen ook tal van problemen zouden opdoemen.

Het voorstel van de Europese Commissie

De keuze van het juridisch instrument, een verordening, meteen direct en zonder tussenkomst van de lidstaten van toepassing, was op zijn minst verrassend. Zeker voor wat buiten de harde kern, de ruggengraat van het Europese privacyrecht valt. Verrassend was ook de macht die de Europese Commissie zichzelf toeschoof. Het is allerminst evident dat toch nog steeds uitvoerende macht orgaan de mogelijkheid te geven om beslissingen van privacycommissies, die behoren onafhankelijk te beslissen, te *overrulen*. Belangrijker was nog het feit dat diezelfde commissie instond voor een enorm pakket aan uitvoeringsbesluiten, de zogenaamde gedelegeerde handelingen. Het was meteen duidelijk dat de Europese Commissie hier niet alleen voor een gigantische uitvoeringstaak stond maar eigenlijk ook veelal de precieze contouren van het privacyrecht zou moeten uittekenen. De grootste verrassing evenwel, toch voor zij die een meer communautaire aanpak voorstonden, was evenwel dat er voor het overige zwaar werd ingezet op een nationale aanpak en niet op een gemeenschappelijke, communautaire, politiek werd gerekend. De opvolger van de Working Party (WP) 29, zo genoemd naar het artikel 29 van de Europese privacyrichtlijn, de vergadering van de

verzamelde Europese landelijke privacycommissies en de EDPS (de privacycommissie voor de Europese instellingen), kreeg al bij al maar een bijzonder mager aangeklede opvolger. Het "Europees comité voor gegevensbescherming" kreeg eigenlijk geen echte beslissingsmacht. Ze werd integendeel onder de voogdij geplaatst van de Europese Commissie en moest vooral instaan om het zogenaamde coherentiemechanisme op het rechte spoor te zetten van de geoliede samenwerking.

Al die minder fraaie kantjes waren niet meteen duidelijk: de meeste aandacht ging naar de nieuwe elementen: bevoegdheidsregels, het recht op vergetelheid, toerekenbaarheid, genetische gegevens, datalekken en databescherming *impact assesment*, de afschaffing van de voorafgaande aangifteverplichting, het verbod op voorafgaandelijke vergunningsplicht van gegevens verwerkingen en vooral dan het unieke loket, de *one stop shop*, en de afgevaardigde voor gegevensbescherming, de *privacy officer*. Merkwaardig maar wellicht tekenend is dat een aantal concepten moeilijk vertaalbaar zijn en overigens steevast met de Engelse roepnaam blijvend worden benoemd: *privacy by design*, *privacy by default*.

Toen dan uiteindelijk het voorstel op 25 januari 2012 publiek werd gemaakt bleken er al wat uitzonderingen bijgekomen te zijn en een aantal forse beschermingsmaatregelen en verplichtingen in hoofde van verwerkers afgezwakt: vooral de kleine en middelgrote bedrijven bleken plots bediend te zijn geworden met heel wat minder zware verplichtingen dan de grotere bedrijven en organisaties.

Maar het document bestond: voorstel voor een verordening van het Europees parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, kortweg: algemene verordening gegevensbescherming². Al bij al een indrukwekkend

* Willem De Beuckelaere is voorzitter van de Belgische Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer.

¹ Versie 56 van 29/11/2011 werd na een 'lek' publiek gemaakt door State Watch, een ngo.

² COM(2012)11.

werkstuk, 115 bladzijden, 91 artikelen. Het kleinere broertje, de richtlijn politie en justitie verscheen diezelfde dag onder de titel: voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens³. Het ganse pakket werd voorgesteld in het document "mededeling van de commissie aan het Europees parlement, de Raad, het Europees economisch en sociaal comité en het comité van de regio's, privacy waarborgen in het online tijdperk. Een Europese gegevens beschermingskader voor de 21^e eeuw"⁴.

De aanloop

Met de regelmaat van de klok werd de herziening van de richtlijn 95/46/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens aangekondigd. Maar de Commissie, met instemming van het Parlement, oordeelde dat er geen redenen waren om tot herziening over te gaan en dit op grond van het verslag van de Commissie van 15 mei 2003⁵. Dit standpunt werd nog bevestigd door de Commissie op 7 maart 2007⁶. Niet dat het allemaal perfectie troef was. Het was voor iedereen meer dan duidelijk dat in een zich steeds wijzigende wereld ook moderne wetgeving, die in de storm van die veranderingen staat, moest worden aangepast. De vergelijking met andere wetgevingen die vanuit technologische evoluties constant op de proefbank van effectiviteit worden gelegd is snel gemaakt. Denk maar aan de Belgische wet elektronische communicatie die reeds door talloze Europese wetgeving, bijna jaar na jaar nu, moet aangepast worden. De Commissie heeft in haar evaluatierapporten van 2003 en 2007 ook aangegeven dat de oorspronkelijke privacyrichtlijn van 1995 aan herziening toe was. Alleen werd er vanuit gegaan dat het om een selectieve wijzigingsprocedure zou moeten gaan, eerder volgens het model van de elektronische communicatie en via richtlijnen. Deze analyse heeft een aantal spelers, waaronder de Britse Information Commission ICO (de Britse toezichthouder privacy

en informatie) niet belet om een groots opgezet onderzoek over het al dan niet hervormen van het privacyrecht, waaronder de richtlijn, door te zetten⁷. De ICO publiceerde een rapport onder de titel "*Review of the European Data Protection Directive*" dat was opgemaakt door RAND⁸, een consultancy firma die zich wel presenteert als een NGO. Er moest maar eens grondig schoonschip gemaakt worden van de richtlijn 95/46/EU. Het rapport werd gepresenteerd op de *spring conference*, het klassieke congres van de Europese privacycommissies, toen in het Schotse Edinburgh. De toenmalige voorzitter van de WP29, Alex Türrck, zag het ganse overnameverhaal met lede ogen aan. Hij waarschuwde ons toen in bijna profetische bewoordingen.

In Brussel achtte de bevoegde commissaris Bernier het toch ook nodig om een groep van wijzen, vier juristen, vrij mandaat te geven om het Europese privacyrecht te fileren. Toen kreeg Türrck vrije baan om zijn landgenoot de wacht aan te zeggen. Die had de bal wel voor open doel gelegd door vier anglofiële experts, telkens associés van Amerikaanse *law firms*, aan te wijzen. *Gefundenes fressen* voor een Europese counter: de toen alreeds, in 2010, ontslagnemende Commissie hield een tweedaagse conferentie in Brussel om de noodzaak voor een hervorming te ondersteunen. Ondertussen zijn de vier experts afgevoerd en ligt de bal in het kamp van de Commissie. Viviane Reding komt eraan. Ondertussen is er een brede coalitie gevormd rond Peter Hustinx, EDPS voorzitter en Jacob Kohnstamm - opvolger van een (moegestreden?) A. Türrck als voorzitter van de WP 29 - om een spraakmakende hervorming van het privacyrecht door te voeren. Waar dat dan moet naartoe gaan, de opties en nieuwe concepten, wordt in indrukwekkende papers uitgesmeerd. Mij persoonlijk leek het vooral *peptalk* zonder juridische diepgang, niet gespeend van enige kennis en achtergrond over de werkelijke problemen. Maar het was een "schoon" document met voorwaar niets anders dan behartigenswaardige doelstellingen: rechten van betrokken personen verstevigen, de interne markt verbeteren, regels voor samenwerking politie en justitie herzien, globalisering, verstevigen van het institutionele kader....

3 COM(2012)10.

4 COM(2012)9.

5 COM(2003)265.

6 COM(2007)87.

7 zie www.justice.gov.uk/reviews/datascharing-intro.htm

8 zie www.rand.org

Nood aan een hervorming : het zal wel.... En wel om deze drie redenen

Door Lissabon was de vroegere merkwaardige Drievuldigheid van de EU, de drie pijlers, afgeschaft en was er nood aan een nieuw institutioneel kader. Maar er waren twee nog veel meer dwingender redenen om de richtlijn 95/46/EU te herschrijven.

Verstevigen van het institutionele kader was nodig

Het Europese privacyrecht was met de aanvang van de 21^e eeuw duidelijk aan een grondige facelift toe. Een belangrijke herziening van een aantal begrippen en mechanismen werd onvermijdelijk omdat minstens twee belangrijke evoluties de laatste decennia het informatie- en communicatielandschap grondig hebben veranderd.

De moederkoek van het privacyrecht is nog steeds Conventie 108⁹, de overeenkomst die in het kader van de Raad van Europa voor het eerst het privacyrecht een fundamentele tekst heeft gegeven. Belangrijk om weten is dat ook deze tekst onder herziening staat: de technische besprekingen zijn afgerond en thans gaat het om een politieke afronding in het brede spectrum van de Raad van Europa. Maar ook daarbuiten: Uruguay is reeds toegetreten, Marokko rondt de procedure af, Canada staat in de wachtlijn. Maar goed, dit is een ander politiek bedje.

Op grond van Conventie 108 zijn tal van nationale wetgevingen in Europa tot stand gekomen. Even zeer zo voor België die met de wet van 8 december 1992 de privacywetgeving gestalte gaf. Ondertussen waren op het vlak van de Europese Unie discussies lopende over de mogelijkheid, wenselijkheid en noodzaak voor een Europees privacyrecht. Vanuit de *drive* concurrentievervalsing kreeg privacy een Europese grondslag: men moest er toch voor zorgen dat er geen oneigenlijke ongewenste concurrentie ontstond tussen de verschillende landen alleen al op grond van de verschillende regelgevingen over de verwerking van persoonsgegevens. Het Europese Hof van Justitie heeft er nog problemen mee gehad - enige communautaire bevestigingen zijn nu eenmaal eigen aan het Hof - maar kon er uiteindelijk mee leven en heeft rechtgesproken waardoor privacywetgeving, een fundamenteel mensenrecht, volkomen

compatibel bleek te zijn met het Europese primaire en institutionele recht.

De wereld van de mainframe die model stond voor Conventie 108 is onderuit gehaald

Reeds op het einde van de jaren '80 is het model van de grote rekencentra, met grote spoelen en bestanden opgeborgen in een koers, alleen toegankelijk voor de ingewijden, totaal voorbijgestoken door een nieuw concept: het netwerk. Maar van de piramide naar het netwerk, dat werd mogelijk gemaakt door de *personal computer* enerzijds en uiteraard door de interconnectie. En voor we het goed beseften was er zo iets als het wereldwijde web. Merkwaardige communicatiemiddelen, zoals e-mail, bleken plots binnen enkele dagen tot onze normaalste gebruiken te behoren. Plotseling ging er een wereld open via de opkomst van de zoekmachines. Medio 1995, het ogenblik waarop de Europese richtlijn privacybescherming van kracht werd. Toen alreeds technologisch achterhaald? Niet echt. Het is altijd de bedoeling geweest van de regelgeving om zoveel als mogelijk technologisch neutraal te zijn. En dat is in grote mate ook gelukt. De kritiek op de kwaliteit van de wet en regelgeving was veelal ingegeven door onaangepastheid aan nieuwe systemen maar de basisprincipes waren helder, duidelijk en niet mis te verstaan, althans voor wie wilde lezen wat er geschreven stond. Maar goed, het is voor eenieder ook duidelijk dat de wereld van de volkjes, de *Cloud*, niet meteen deze is van de mainframes. Het idee van het meesterschap over de data wordt compleet onderuit gehaald. Het is overigens tekenend dat dergelijke teleologische evoluties niet meer door klassieke juridische concepten kunnen geregeld worden.

Internationale verwerking van persoonsgegevens

Een tweede belangrijke drijfveer om de bestaande wet en regelgeving aan te passen, en zeker om nieuwe instrumenten te ontwikkelen, is het feit dat de verwerking van persoonsgegevens meer en meer geglobaliseerd wordt. Ook dit is een evolutie die zich vooral bij aanvang van de 21^e eeuw heeft ingezet, maar thans blijkbaar een evidentie is geworden. Ook hier is het internet de blijvende kracht: daardoor zijn de noodzakelijke communicatiekanalen geopend. De *Cloud* zal dit uiteindelijk alleen maar versterken, al is het nog niet duidelijk of dit een rekenkundige dan wel een meetkundige reeks zal zijn. Het juridisch

9 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.1.1981.

instrumentarium dat klassiek vanuit de natiestaat en internationale volkenbonderige samenwerking wordt aangereikt slaagt er niet meteen in om deze fenomenen daadwerkelijk en effectief op te vangen. En laten we wel wezen. We weten ondertussen dat er heel wat grote spelers op de markt zijn die er alles aan doen om dergelijke samenwerking en concordantie te dwarsbomen. Enkel grote spelers zijn in staat om de nodige financiële en internationale verbindingen waar te maken en zich voldoende te positioneren. De consument, de burger, staat eigenlijk in de kou. De klassieke juridische middelen die ter beschikking staan zijn dermate log en moeilijk effectief te hanteren waardoor een effectieve rechtsbescherming onmogelijk is. Probeer maar eens een procedure op te starten voor de rechtbank van eerste aanleg van Mountain View, de rechtbank die normaliter bevoegd is voor geschillen met Facebook, althans volgens hun *terms and conditions*. Daarnaast zijn er nog bijkomende problemen zoals deze van taal, toegang tot rechtshulp en het rechtssysteem en het feit dat tal van wetgeving niet voorziet dat buitenlanders, een beroep kunnen doen op de *rule of law*. Meer bepaald in de V.S. is dat voor Europeanen toch wel een merkwaardig probleem: het is alsof we niet bestaan. Tal van rechten staan niet open terwijl ook de concrete rechtsgang bijzonder duur en gecompliceerd is. Van het effectueren van reële rechtsbescherming komt er dus eigenlijk niets in huis.

Toen de Belgische autoriteit voor privacybescherming geconfronteerd werd met de SWIFT affaire was alvast een zaak duidelijk: procederen in de VS was een surrealistische onderneming. Het zal vandaag niet anders zijn. Reële rechtsbescherming moet komen vanuit de eigen wet en regelgeving.

De verlossende oplossing: van voorstel tot reglement

En dan komen we uiteindelijk tot het grote nieuwe Europese raamwerk privacybescherming. Er is vooreerst het voorstel van januari 2012. Vervolgens beginnen de politieke, commerciële en juridische besprekingen.

Voor een goed begrip moeten we weten dat er drie politieke fora zijn waarop de discussie wordt gevoerd over dit ontwerp. Er is uiteraard de Commissie. De officiële discussie is gebeurd begin 2012 en werd afgesloten met het voorstel van 25 januari. En dan is het aan de lidstaten: deze voeren discussie in het kader van wat gemeenzaam de DAPIX vergaderingen wordt genoemd. Dit is een zeer intensieve en grondige discussie. Bijna wekelijks wordt onder het voorzitterschap van de dan van dienst zijnde Nationale autoriteit grondig over

alle artikelen, komma's en punten gediscussieerd. Straks Griekenland, nu Litouwen, voorheen Ierland. Elkeen met zijn eigen kwaliteiten en gebreken. Maar de commissie waakt. Deze is steeds aanwezig en verdedigt met verve en kracht het oorspronkelijke standpunt. Zo weze het ook. Alleen is het ontzettend belangrijk, zeker vanuit mensenrechtelijke visie, na te gaan of dit allemaal wel zo heerlijke wereld is. Ondertussen is eind oktober de commissie Li Be van het Europees Parlement tot een voorstel gekomen voor zowel een algemene regelgeving als voor politiek en justitie. Politiek uiteraard belangrijk. Zeker wanneer ze stemmen: 50 tegen 2.

De procedure voorziet dat de drie spelers, Commissie, Raad en Parlement, in een dialogue gaan, een discussie waarin de drie institutionele spelers verwacht worden tot een akkoord te komen. Dat is wat nu staat te gebeuren in de komende maanden en jaren. Om tot een vergelijk te kunnen komen zullen hoe dan ook standpunten moeten verlaten worden en compromissen gesloten moeten worden. Dat is reeds gebeurd om tot het gemeenschappelijk standpunt in de LIBE commissie van het Parlement te komen: een merkwaardige mix van geven en nemen tussen zeer sterk uiteenlopende standpunten. Het verzoenen van water en vuur.

De knelpunten

Een gruwelijk knelpunt is de problematiek van de *one stop shop* of het unieke loket. Eigenlijk is het vrij simpel (al wordt het anders beweert): wie beslist over wat? Is het de autoriteit die instaat voor de betrokkene, de burger, of is het de autoriteit die de *main establishment* van de verwerker of verantwoordelijke herbergt? Het gaat om een zeer belangrijk principe. Vivian Reding heeft zich daarover herhaaldelijk uitgesproken en kiest duidelijk voor de vestiging van de bedrijven, organisaties en administraties. Dus niet voor de woonplaats van de consument, de gebruiker of de persoon wiens persoonsgegevens worden verwerkt, de betrokkene of het data subject. Politiek gezien betreft dit een essentiële keuze tussen de burger of de verwerker. Gaat het om business of mensen en hun rechten? Het gaat helemaal niet om een symbolen strijd. Deze discussie is onwaarschijnlijk fundamenteel. Alleen al het artikel 13 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens staat hier op springen.

De problematiek van de *one stop shop* hangt ook nauw samen met de vraag hoe de administratieve afhandeling in de respectievelijke privacycommissies samenhangt met de verdere juridische verwerking door de klassieke hoven en rechtbanken of het administratieve contentieux. Het unieke loket gaat er

van uit dat slechts één van de 28 privacycommissies beslist en deze handeling geldt voor de ganse E.U. Maar hoe kan de burger die beslissing in rechte aanvechten? Iedereen is het erover eens dat elke beslissing moet kunnen beoordeeld worden door een rechterlijke instantie. Is dat dan die van de autoriteit die de beslissing nam of deze van de rechtszoekende? Zal ik, wanneer ik een klacht heb over Facebook, mij kunnen wenden tot de rechter die mijn grondwet en het EVRM mij toebedeelt, of wordt het de rechter die toeziet op die privacycommissie op grond van de *one stop shop*, *in casu* Dublin, Ierland? De teksten geven geen oplossing en de discussies erover evenmin. Deze gordiaanse knoop is ook moeilijk te ontwarren omdat de keuze van het instrument, een verordening, ook niet toelaat om op het vlak van justitie te legiferen. Dit heeft enorm belangrijke consequenties voor de rechtshandhaving. Nu wordt door het voorstel van zowel Commissie als parlement, LIBE, zeer sterk ingezet op de administratieve afhandeling met monsterhoge boetes. Maar dat is allemaal administratief, buiten het gemeenrechtelijke. Op zich reeds een monster wanneer je het tegen het licht van de scheiding der machten houdt. Om het in ons Belgische jargon te benoemen: GAS boetes.

En dat hangt nauw samen met het derde knelpunt: het gemis aan subsidiariteit, nochtans een leidend concept voor de Europese regelgeving. Een mooi en handig principe: wat lokaal is wordt lokaal geregeld,

zowel qua wet als qua handhaving en afhandeling. Maar dat botst met het centralistische idee van de besproken verordening. En zeker met die *one stop shop*. Daar is geen ruimte voor plaatselijke behandeling. Onnodig uit te leggen dat dit tot hilarische problemen aanleiding zal geven.

Terwijl het wel anders zou kunnen. Het vierde knelpunt is deze van de gemiste kans. De trein van wetswijzingen komt maar af en toe voorbij (vijftien jaar wordt geraamd als realistisch voor dergelijk gevoelig technologisch opgejaagd terrein). En we blijven in een nationalistische aanpak terwijl we nood hebben aan een sterke degelijke Europese, communautaire aanpak. Tegenover spelers zoals Google, Microsoft, Cisco, Facebook en ga maar door heb je een sterke toezichthouder nodig: een privacycommissie die kan spreken en handelen op het Europese niveau. En nu wordt die niet gecreëerd. Een gemiste kans van jewelste. Ook voor de vele, vooral dan kleinere privacycommissies, die zich geen uitgebreide staf - juridisch en technisch uitgerust - kunnen veroorloven. Terwijl de problemen veelal, vooral op het technologische vlak, voor alle 28 landen dezelfde zijn.

De eindmeet

Of hoe geniaal een voorstel kan zijn. ... Maar toch op te korte beentjes loopt en er nu al kan op inleggen om de sprint te verliezen.

Toegang tot bestuursdocumenten is mensenrecht

EHRM 25 juni 2013, *Youth Initiative for Human Rights t. Servië*, Appl. No. 48135/06.

Dirk Voorhoof *

In het arrest Youth Initiative for Human Rights (YIHR) t. Servië verduidelijkt het EHRM hoe het recht op expressie- en informatievrijheid ook de toegang waarborgt tot bestuursdocumenten. Een nationale overheid die op ongerechtvaardigde wijze de toegang belemmert tot bepaalde documenten handelt in strijd met art. 10 EVRM. Elkeen maakt aanspraak op dit grondrecht, ook organisaties, zoals in dit geval een NGO die ijvert voor democratie en respect voor mensenrechten. Het arrest maakt duidelijk dat informatie of documenten die zich bij de staatsveiligheid of inlichtingendiensten bevinden evengoed onder toepassing vallen van het recht op openbaarheid. Het Hof legde prompt bevel op aan de Servische Inlichtingendienst om de door de NGO gevraagde informatie toegankelijk te maken.

In 2005 wilde de mensenrechtenorganisatie YIHR van de Servische Inlichtingendienst te weten komen hoeveel burgers het voorbije jaar door dit agentschap met elektronische middelen waren gesurveilleerd of afgeluisterd. Het agentschap weigerde dit mee te delen, maar een nationale beroepsinstantie oordeelde dat de weigering in strijd was met de Servische openbaarheidswetgeving. De Inlichtingendienst ging in beroep tegen die beslissing, maar het Hoog Gerechtshof hield het bevel tot inzage overeind. Daarop liet de Inlichtingendienst aan YIHR weten dat het niet beschikte over de gevraagde gegevens. YIHR trok naar het Hof in Straatsburg en daar werden de Servische autoriteiten de oren gewassen.

Ook staatsveiligheid en inlichtingendiensten moeten inzage geven

In het verlengde van *Társaság a Szabadságjogokért t. Hongarije* (EHRM 14 April 2009) en *Kenedi t. Hongarije* (EHRM 26 mei 2009), is het Hof van oordeel dat art. 10 EVRM, dat het recht waarborgt tot het uiten, doorgeven en ontvangen van denkbeelden en informatie, ook het recht waarborgt op toegang tot informatie. Dat er sprake was van inmenging in de informatievrijheid van YIHR leidt geen twijfel, aangezien de NGO duidelijk begaan was met (par. 24 : “the legitimate gathering of information of public interest with the intention of imparting that information to the public and thereby contributing to the public debate” het legitiem garen van informatie van publiek belang met de bedoeling deze informatie openbaar te maken en daarmee een bijdrage te leveren aan het publieke debat” (par. 24)). Interessant is ook dat het Hof de verregaande aanspraken op art. 10 EVRM door een NGO in deze context gelijk stelt aan deze voor de media en de journalistiek. Het Hof benadrukt dat “when a non-governmental organisation is involved in matters of public

interest, such as the present applicant, it is exercising a role as a public watchdog of similar importance to that of the press” (par. 20).

Omdat bij toepassing van art. 10 § 2 EVRM restricties kunnen gelden op het recht op expressie- en informatievrijheid, erkent het Hof dat ook de toegang tot documenten bij de Inlichtingendienst aan voorwaarden of beperkingen kon onderworpen worden. Die voorwaarden of beperkingen moeten echter wel pertinent zijn en voldoende duidelijk in de wet vastgelegd, wat in casu niet het geval was. Het Hof vindt het ongeloofwaardig dat de Inlichtingendienst niet over de gevraagde informatie zou beschikken en is unaniem van oordeel dat diens botte weigering door de Servische inlichtingendienst om gevolg te geven aan het bevel tot openbaarmaking in strijd was met de openbaarheidswet en neerkwam op een arbitraire, ongerechtvaardigde weigering tot inzage van bestuursdocumenten. Het Hof heeft het over de “obstinate reluctance of the intelligence agency of Serbia to comply with the order of the Information Commissioner” (par. 26).. Het Hof stelt unaniem een inbreuk vast op art. 10 EVRM. In een concurring opinion benadrukken twee rechters nog sterker het belang van openbaarheid van bestuur in functie van de ontwikkeling van de democratie. Zij poneren kernachtig dat “there can be no robust democracy without transparency, which should be served and used by all citizens”. De boodschap is duidelijk : er is geen werkelijke democratie zonder transparantie, en alle burgers moeten er gebruik kunnen maken.

En wat in België?

In België heeft de wetgever de toegang tot bestuursdocumenten bij de Staatsveiligheid of de Inlichtingendiensten bijna onmogelijk gemaakt. Er is immers een wettelijke geheimhoudingsbepaling vervat in artikel 26, § 1 van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen. Daardoor is de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur niet van toepassing op geclassificeerde informatie of documenten. Over de manier waarop geclassificeerd wordt, en over welke soort documenten daardoor onttrokken zijn aan elke vorm van openbaarheid, bestaat evenwel geen transparantie. Voor zover bij de Staatsveiligheid of de Inlichtingendiensten documenten worden opgevraagd die niet geclassificeerd zijn, valt een dergelijke aanvraag wel onder de gewone bepalingen inzake de toegang tot bestuursdocumenten en kan de weigering dus enkel mits de in de wet bepaalde uitzonderingsgronden. Een weigering om toegang te verstrekken tot niet geclassificeerde documenten moet voortaan steeds de toets aan art. 10 EVRM kunnen doorstaan.

* Universiteit Gent, www.psw.ugent.be/dv