

Oneindige opslag DNA niet proportioneel

1. De zaak van *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië* is een samengevoegde zaak van twee personen met min of meer hetzelfde verhaal. Beiden werden opgepakt op verdenking van het plegen van relatief kleine delicten, van beiden werd DNA-materiaal afgenomen en beiden klagen dat er geen afdoende wettelijk raamwerk ten aanzien van het verzamelen, opslaan en gebruik van DNA-materiaal bestond, dat het materiaal voor onbepaalde tijd werd bewaard en dat er überhaupt geen reden was om hun DNA af te nemen, omdat hun identiteit gevoeglijk bekend was bij de politie ten tijde van hun arrestatie. In de zaak *Gaughran t. het Verenigd Koninkrijk* ging het om iemand die met drank op achter het stuur was gepakt en waarvan vervolgens een foto, vingerafdrukken en wat DNA-materiaal (wangslimvlies) was afgenomen. Ook hij meent dat de opslag van zijn DNA voor onbepaalde tijd een schending van art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens met zich brengt, wat ook geldt voor de afwezigheid van een adequaat wettelijk regime ten aanzien van het verzamelen, opslaan en gebruik van persoonsgegevens.
2. In zekere zin bouwen beide zaken voort op de bekende uitspraak *S. en Marper t. het Verenigd Koninkrijk*,ⁱ een zaak die nadat die op 16 januari 2007 ontvankelijk werd verklaard, direct naar de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd doorverwezen. Ook die zaak draaide om het verzamelen, verwerken en opslaan van biologisch materiaal, DNA-sporen en vingerafdrukken. Het Hof oordeelde niet alleen dat dergelijke verwerking een inperking op het recht op privéleven met zich bracht, maar ook dat ‘the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard.’ⁱⁱ
3. In de zaak van *Gaughran t. het Verenigd Koninkrijk* staat allereerst centraal of de klachten van de man ontvankelijk kunnen worden verklaard. Uitgangspunt bij het ontvankelijk verklaren van klachten is dat een persoon niet alleen schade moet hebben geleden, dat de aard van de klacht binnen de materiele reikwijdte van een van de Verdragsrechten moet vallen en dat er een causaal verband moet kunnen worden aangetoond tussen het doen of nalaten van een van de Verdragspartijen en de geleden schade, maar ook dat de geleden schade substantieel moet zijn. Dit zogeheten *de minimis* beginsel is neergelegd in art. 35 lid 3 sub b EVRM. In dit kader heeft het Hof meermaals geoordeeld dat het nemen, opslaan en gebruik van foto’s,ⁱⁱⁱ zeker als ze geen privé of gevoelige informatie onthullen, in principe geen substantiële schade veroorzaakt. Aangezien *Gaughran* niet alleen klaagt over het afnemen en opslaan van zijn vingerafdrukken en DNA-materiaal, gegevens die naar hun aard als gevoelig moeten worden beschouwd, maar ook over het verwerken van foto’s, is de vraag of dat gedeelte van de klacht ontvankelijk is. Het Hof besluit op dit punt zijn eerdere jurisprudentie bij te stellen. Belangrijk argument daarvoor is niet alleen dat er in casu geen tijdslimiet bestaat ten aanzien van de opslag van de foto, maar ook dat de databases kunnen worden doorzocht met behulp van gezichtsherkenningstechnologiën: ‘given that the applicant’s custody photograph was taken on his arrest and will be held indefinitely on a local database for use by the police and that the police may also apply facial recognition and facial mapping techniques to the photograph, the Court has no doubt that the taking and retention of the applicant’s photograph amounts to an interference with his right to private life’.^{iv} Dit is interessant omdat het Hof in dit

citaat er op wijst dat de instantie die de foto neemt en verzamelt ook toegang heeft tot gezichtsherkenningstechnologie. Bekend is echter dat alle foto's die online staan worden gekopieerd en gebruikt voor gezichtsherkenningdoeleinden en dat dergelijke ondernemingen hun diensten soms weer aanbieden, onder meer aan politie en justitie.^v Het is dus de vraag of het feit dat de organisatie zelf toegang heeft tot dergelijke technologieën doorslaggevend zou moeten zijn op dit punt. Daarnaast wordt uit de redenering van het Hof niet precies duidelijk waarom het gebruik van gezichtsherkenningstechnologieën nu precies zo invasief is.

4. Een tweede punt dat centraal staat, wederom met name in de Britse zaak, betreft de vraag welke beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) de Verdragsstaten toekomt bij het stellen van regels ten aanzien van het verzamelen, opslaan en verwerken van persoonsgegevens in het kader van criminaliteitsbestrijding. Deze beoordelingsruimte kan groter of kleiner zijn al naar gelang de zwaarte van het met de materie gemoeide algemeen belang. Zo komt Verdragsstaten bij zaken die draaien om nationale veiligheid of medisch-ethische vraagstukken een grotere ruimte toe. Ook kan het Hof deze beoordelingsruimte inperken of verruimen, bijvoorbeeld als er een groot individueel belang van de belanghebbenden met de zaak is gemoeid. Alhoewel homoseksualiteit in sommige landen bijvoorbeeld nog steeds erg gevoelig ligt onder grote delen van de bevolking en op ethische en morele bezwaren stuit, mogen de Verdragsstaten niet zover gaan dat ze homoseksualiteit verbieden – of als er consensus bestaat onder de Verdragsstaten van de Raad van Europa (en soms zelfs daarbuiten). Als bijvoorbeeld alle landen in de Raad van Europa hulp bij zelfdoding zouden legaliseren, behalve het land waartegen een klacht is ingediend, dan kan het Hof verwijzen naar de Europese consensus op dit punt om de beoordelingsruimte van de lidstaat in kwestie te beperken. Andersom, als er geen Europese consensus bestaat zal de beoordelingsruimte doorgaans groter zijn.
5. Ten aanzien van de opslag van vingerafdrukken en foto's bepaalt het Hof dat er een grotere beoordelingsruimte is dan voor het opslaan van DNA-materiaal. 'That is because retaining genetic data after the death of the data subject continues to impact on individuals biologically related to the data subject. The Court recalls that when considering the nature of the interference with privacy occasioned by the retention of DNA profiles, it has observed that the use of DNA profiles for familial searching with a view to identifying a possible genetic relationship between individuals is of a highly sensitive nature and there is a need for very strict controls in this respect.'^{vi} Deze redenering, waarin de link wordt gelegd tussen de data van de ene persoon en informatie die daarmee kan worden verkregen over andere personen, is van belang omdat er een aspect wordt onderstreept dat momenteel veel ter discussie staat, namelijk dat de huidige privacy- en gegevensbeschermingsregels zijn gebaseerd op een tamelijk individualistisch model. Hierin worden gegevens beschermd als ze te relateren zijn aan een natuurlijk persoon of de gegevensverwerking zijn privéleven schaadt, en onderkennen daarmee volgens velen onvoldoende dat gegevens die aan de één zijn gekoppeld, vrijwel altijd ook iets zeggen over een ander, zoals een familielid, een partner of vrienden.^{vii} Het Hof geeft aan dat dit relationele of groepsaspect van data in ieder geval met betrekking tot DNA dient te worden onderkend en oordeelt ten aanzien van de beoordelingsruimte dat, alhoewel er sinds *S. en Marper*, waar het VK helemaal alleen stond in zijn wetgevingskeuzes, een kleine minderheid van landen binnen de Raad van Europa is ontstaan die geen tijdslimiet heeft gezet op het opslaan van DNA-materiaal, het nog steeds zo is dat verreweg de meeste landen dat wel doen. Daarom oordeelt het Hof dat er op dit punt een kleinere beoordelingsruimte bestaat.

6. De belangrijkste vraag in beide zaken betreft de nationale wetgeving. Interessant is dat de klagers aansluiten bij nieuwe jurisprudentie op dit punt van het EHRM. Terwijl het Hof steeds meer rechtsvragen (naar ontvankelijkheid, het bestaan van een inbreuk en de eventuele legitimiteit van die inbreuk) verschuift naar het criterium 'necessary in a democratic society', waarbij het Hof de zaak beschouwt als een botsing van belangen die tegen elkaar moeten worden afgewogen, kiest het een andere koers wanneer het oordeelt over de zogenoemde 'minimum requirements of law' of simpelweg de standaard van 'quality of law'.^{viii} Het Hof kijkt hierbij niet zozeer naar de vraag of een bepaalde inbreuk in bijvoorbeeld iemands privésfeer een wettelijke basis heeft en of de uitvoerende macht zich daarbij heeft gehouden aan de voorwaarden en bepalingen zoals die in de wet zijn vervat, maar of de wet als zodanig kwalitatief op orde is. Deze wettelijke minimumstandaarden werden al enigszins voorafschaduwde door de nadruk van het EHRM op de toegankelijkheid en voorzienbaarheid van de wetgeving (accessibility and foreseeability), omdat het Hof hierbij niet zozeer toetst of de uitvoerende macht zich heeft gehouden aan de voorschriften en voorwaarden van de wetgevende macht, maar of de wetgevende macht regelgeving heeft vervaardigd die dusdanig precies en helder is geformuleerd dat burgers kunnen weten welke consequentie hun gedragingen kunnen hebben.
7. In recente jaren heeft het Hof hier op voortgebouwd. Niet langer heeft het Hof enkel aandacht voor potentieel machtsmisbruik door de politie, veiligheidsdiensten en uitvoeringsinstanties, het Hof ziet met name ook met lede ogen aan dat de wetgevende macht in diverse landen, onder meer onder invloed van populistische stromingen, steeds meer bereid is cart blanche te geven aan de uitvoerende macht, zeker als het gaat om de bestrijding van de georganiseerde misdaad en terrorisme. Dat zet een van de kernprincipes van de rechtsstaat, namelijk de scheiding der machten, onder druk. Daarom legt het EHRM steeds meer nadruk op de kwaliteit van wetten als zodanig; zeker wanneer zaken draaien om surveillance door geheime inlichtingendiensten, waarbij het voor burgers vaak onduidelijk is of zij door dergelijke activiteiten zijn getroffen, is het Hof bereid wetten *in abstracto* te toetsten.^{ix} Dit soort uitspraken draaien bijna volledig om de vraag of de wetgeving van het land in kwestie aan de minimumvoorwaarden voldoet. Het Hof toetst dan onder meer of de nationale wet- en regelgeving de machtsoverdracht van de wetgevende naar de uitvoerende macht aan specifieke voorwaarden en grenzen heeft gebonden, of er regels zijn neergelegd die beperkingen stellen aan het verzamelen, opslaan en verwerken van gegevens, of er afdoende juridische en parlementaire controle is op het gebruik van de bevoegdheden door de uitvoerende macht en of eventuele belanghebbenden adequate rechtsmiddelen ter beschikking staan.
8. Op deze 'quality of law' doctrine beroepen de klagers zich ook in de twee hier besproken zaken, zowel als zij klagen over de afwezigheid van relevante wetgeving, over het ontbreken van standaarden in de bestaande wetgeving ten aanzien van het verzamelen, opslaan en verwerken van persoonsgegevens, als over het geven van een 'blanket power' aan de uitvoerende macht ten aanzien van het oneindig opslaan van DNA-materiaal.^x De kern van hun klacht is dat de wetgeving niet precies en dus voorzienbaar genoeg neerlegt in welke gevallen de autoriteiten hun macht mogen inzetten en dat de macht aan onvoldoende waarborgen is onderworpen. Het EHRM verwerpt deze gedachte opmerkelijk genoeg, waarbij het stelt dat uit algemene wet- en regelgeving, zoals de wet op de gegevensbescherming, de politiewet en het strafprocesrecht, volgt dat de politie DNA mocht verzamelen, verwerken en opslaan zolang dit nodig was met het oog op criminaliteitsbestrijding. Weliswaar was er geen onderscheid gemaakt wat betreft het type delict ter bestrijding waarvan dit kon

geschieden en ook was er geen specifieke tijdslimiet voor het opslaan van gegevens, maar desalniettemin wenst het Hof deze vraag niet te behandelen onder de ‘quality of law’ doctrine.^{xi}

9. Alhoewel dit aansluit bij de keuze van het Hof in *S. and Marper* is dat opmerkelijk omdat het Hof daarmee de klachten over de kwaliteit van de wetgeving behandelt onder de vraag of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. In beide zaken komt het ook tot een schending op dit punt, daarbij verwijzend naar het ontbreken van een tijdsbegrenzing ten aanzien van het opslaan van DNA-materiaal van veroordeelde personen, naar het feit dat er in de wetgeving geen onderscheid is gemaakt tussen zware en lichte vergrijpen en dat de wetgeving niet aangeeft onder welke omstandigheden de verzamelde data moeten worden verwijderd. Alhoewel ‘the law provides, in general terms, for the possibility of judicial review coupled with a prior administrative review, there is no provision allowing for a specific review of the necessity of data retention for a specific review of the necessity of data retention. Similarly, there is no provision under which a person concerned can apply to have the data concerning him or her deleted if conserving the data no longer appears necessary in view of the nature of the offence, the age of the person concerned, the length of time that has elapsed and the person’s current personality. In conclusion, the Court finds that the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the DNA profiles of the applicants, as persons convicted of an offence, coupled with the absence of sufficient safeguards available to the applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped the acceptable margin of appreciation in this regard. Accordingly, the retention at issue constitutes a disproportionate interference with the applicants’ right to respect for private life and cannot be regarded as necessary in a democratic society.’^{xii} Elk van deze punten gaat in wezen niet zozeer om een afweging tussen de belangen van de klagers en het algemene belang dat samenhangt met criminaliteitsbestrijding; ze betreffen lacunes in de wetgeving als zodanig. Zowel de vraag naar een tijdsgrens aan de opslag van data, als de procedurele voorwaarden waaronder die opslag dient te geschieden, als de vraag naar afdoende rechterlijke controle en rechtsmiddelen van de belanghebbende zijn punten die het Hof in andere zaken beoordeelt onder de minimum voorwaarden van wetgeving.
10. Datzelfde gaat op voor de zaak tegen het Verenigd Koninkrijk, waarin het Hof wederom nadruk legt op het belang van granulariteit en het bestaan van afdoende wettelijke waarborgen tegen machtsmisbruik. Interessant daarbij is ook nog de sneer die het EHRM maakt ten aanzien van de vraag of de door het Verenigd Koninkrijk naar voren gebrachte argumenten relevant en afdoende zijn, als het opmerkt dat ‘the Government submitted that the more data is retained, the more crime is prevented, providing a variety of different case studies to support that general contention. In this connection, the Court considers that accepting such an argument in the context of a scheme of indefinite retention would in practice be tantamount to justifying the storage of information on the whole population and their deceased relatives, which would most definitely be excessive and irrelevant’.^{xiii} Ook in deze zaak wijst het Hof er op dat de data oneindig lang werden bewaard, zonder dat de wetgeving een onderscheid maakte tussen het type delicten waarvoor dit geschiedde, dat de politie alleen maar onder uitzonderlijke omstandigheden foto’s en biometrische gegevens mocht verwijderen en dat er geen mogelijkheid openstond voor belanghebbenden om te verzoeken hun gegevens te verwijderen als die niet langer noodzakelijk leken voor het doel waarvoor ze waren verzameld. Daarom oordeelt het Hof ook in deze zaak dat ‘the indiscriminate nature of the powers of retention of the DNA profile, fingerprints

and photograph of the applicant as person convicted of an offence, even if spent, without reference to the seriousness of the offence or the need for indefinite retention and in the absence of any real possibility of review, failed to strike a fair balance between the competing public and private interests'.^{xiv}

B. van der Sloot
Tilburg University

ⁱ *S. en Marper t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM, 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204.

ⁱⁱ *S. en Marper*, reeds aangehaald, par. 125.

ⁱⁱⁱ Zie o.a. *X t. het Verenigd Koninkrijk*, ECRM, 12 oktober 1973, nr. 5877/72, CLI:CE:ECHR:1973:1012DEC000587772; *Lupker t. Nederland*, ECRM, 7 december 1992, nr. 18395/92. *Kinnunen t. Finland*, ECRM, 15 mei 1996, nr. 24950/94, ECLI:CE:ECHR:1996:0515DEC002495094.

^{iv} *Gaughran t. het Verenigd Koninkrijk*, par. 70.

^v <<https://www.nytimes.com/2020/02/10/podcasts/the-daily/facial-recognition-surveillance.html>>.

^{vi} *Gaughran t. het Verenigd Koninkrijk*, par. 81.

^{vii} L. Taylor, L. Floridi & B. van der Sloot (red.), *Group Privacy*, Springer, Dordrecht, 2017).

^{viii} N. Lupo & G. Piccirilli, European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of 'Law'?. *Legisprudence*, 6(2), 2012. J. L. Slosser, Components of Legal Concepts: Quality of Law, Evaluative Judgement, and Metaphorical Framing of Article 8 ECHR. *European Law Journal*, 25(6), 2019.

^{ix} *Roman Zakharov t. Rusland*, EHRM, 04 december 2015, nr. 47143/06, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306. *Centrum För Rättvisa t. Zweden*, EHRM, 19 juni 2018, nr. 35252/08, ECLI:CE:ECHR:2018:0619JUD003525208. *Big Brother Watch e.a. t. VK*, EHRM, 19 september 2018, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013.

^x *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië*, r.o. 37.

^{xi} *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië*, r.o. 48; zie soortgelijk, *Gaughran t. het Verenigd Koninkrijk*, r.o. 73-74; dit sluit aan bij eenzelfde overweging in *S. en Marper t. het Verenigd Koninkrijk*, r.o. 99.

^{xii} *Trajkovski en Chipovski t. Noord-Macedonië*, r.o. 53-54.

^{xiii} *Gaughran t. het Verenigd Koninkrijk*, par. 89.

^{xiv} *Gaughran t. het Verenigd Koninkrijk*, par. 96.