

# De ongeldigverklaring van de Dataretentierichtlijn: een nieuwe stap in de bescherming van de grondrechten door het Hof van Justitie

Mr. H. Hijmans\*

Op 8 april 2014 heeft het Hof van Justitie een opmerkelijk arrest gewezen in de gevoegde zaken *Digital Rights Ireland en Seitlinger*.

Het heeft voor het eerst wegens strijd met het EU-Handvest voor de grondrechten een richtlijn in zijn geheel vernietigd. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de Uniewetgever met de vaststelling van de Dataretentierichtlijn de door het evenredigheidsbeginsel gestelde grenzen heeft overschreden die hij in het licht van de artikelen 7, 8 en 52 lid 1 van het Handvest in acht dient te nemen. Het heeft geen beperking in de tijd aangebracht (het Hof van Justitie wijkt hiermee af van de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón, overwegingen 154-158).

*HvJ EU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, Digital Rights Ireland en Seitlinger, EU:C:2014:238, n.n.g.*

## Inleiding

Het arrest van het Hof van Justitie is het opmerkelijke einde van de vanaf het begin omstreden Richtlijn 2006/24/EG<sup>1</sup> (verder: de ‘Dataretentierichtlijn’ of ‘de

richtlijn’) die de verplichting in het leven riep voor telecommunicatieaanbieders om gegevens van onder meer telefoongesprekken, sms-berichten en e-mails te bewaren en beschikbaar te houden voor de strijd tegen terrorisme en ernstige criminaliteit. Het ging daarbij om zogenoemde verkeers- en locatiegegevens, kortom gegevens die onthullen met wie, hoe vaak, voor hoe lang en vanaf waar wordt gecommuniceerd. Gegevens waaruit de inhoud van een communicatie blijkt, mogen niet worden bewaard, zo is uitdrukkelijk bepaald (art. 5 lid 2 richtlijn).

Politiek was de richtlijn omstreden, omdat het de tegenstelling tussen het belang van de opsporing en de rechten op privacy en gegevensbescherming van de burger duidelijk aan het licht bracht. Teneinde de effectiviteit van de opsporing van ernstige misdrijven, waaronder terroristische aanslagen, te bevorderen bepaalde de richtlijn dat gegevens van communicaties van *alle* personen in Europa moeten worden bewaard, dus niet alleen van personen die op enigerlei wijze met een dergelijk delict in verband gebracht kunnen worden.

Juridisch was de richtlijn omstreden, vanwege twee redenen. In de eerste plaats was de rechtgrondslag (art. 95 EG-Verdrag, thans art. 114 VWEU) voorwerp van discussie die uiteindelijk door het Hof van Justitie in 2009 is beslecht.<sup>2</sup>

Vervolgens is de verenigbaarheid van de richtlijn met de grondrechten voorwerp geweest van een reeks van juridische procedures, eerst voor de nationale rechter<sup>3</sup> en nu dus voor het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie

245

\* Mr. H. (Hielke) Hijmans is verbonden aan de Europese toezichthouder voor de gegevensbescherming (EDPS), tot 1 juli 2014 als afdelingshoofd Policy & Consultation. Thans heeft hij een sabbatical, en werkt hij aan een onderzoek naar de grondrechtenbescherming op internet en de rol van de EU daarbij, als geassocieerd medewerker van de Vrije Universiteit Brussel en van de Universiteit van Amsterdam. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1. Richtlijn 2006/24 van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG, *Pb. EU* 2006, L 105/54.

2. HvJ EG 10 februari 2009, zaak C-301/06, *Ierland/Europese Parlement en Raad van de Europese Unie*, EU:C:2009:68.

3. Onder andere Duits Constitutioneel Hof (Bundesverfassungsgericht) 2 maart 2010, zaken 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, dat de Duitse implementatiewet vernietigde. Voor een overzicht van andere lidstaten, zie ulawanalysis.blogspot.nl/2014/04/national-legal-challenges-to-data.html.

heeft geoordeeld dat de richtlijn onverenigbaar is met het recht op privacy (art. 7 van het Handvest, vergelijkbaar met art. 8 van het EVRM) en met het recht op gegevensbescherming (art. 8 van het Handvest). Deze rechten zijn als afzonderlijke grondrechten in het Handvest opgenomen, maar staan wel nadrukkelijk met elkaar in verband.<sup>4</sup>

## De totstandkoming van de richtlijn<sup>5</sup>

De richtlijn moet worden geplaatst tegen de achtergrond van de aanslagen op de Londense metro in juli 2005. Toevalligerwijs bekleedde het Verenigd Koninkrijk in die periode het voorzitterschap van de Raad. Het voorzitterschap hechtte groot belang aan het totstandbrengen van deze richtlijn die de mogelijkheden van effectieve rechtshandhaving – ook in geval van terroristische aanslagen – aanzienlijk zou vergroten. De druk van Britse zijde was groot.<sup>6</sup>

De richtlijn kwam dan ook razendsnel tot stand. Het Commissievoorstel dateert van 21 september 2005<sup>7</sup> en reeds op 14 december van hetzelfde jaar ging het Europees Parlement in eerste lezing akkoord met de door zowel Commissie als Raad ondersteunde tekst. Dit tempo is opmerkelijk omdat forse bezwaren waren geuit tegen de voorgestelde richtlijn, vooral met betrekking tot de inbreuk op de grondrechten.<sup>8</sup> De Libe-Commissie van het Europees Parlement<sup>9</sup> had in verband daarmee een aantal amendementen aangenomen die ertoe strekten de bewaarplicht te beperken (bijvoorbeeld door een kortere bewaartermijn voor te schrijven), alsmede het gebruik van de gegevens aan striktere voorwaarden te binden in vergelijking tot de tekst van het Commissievoorstel. Echter, de druk om snel resultaat te boeken was zo groot dat, hetgeen zeer ongebruikelijk is, deze

amendementen door de plenaire vergadering niet werden bediscussieerd en ook niet in stemming werden gebracht.<sup>10</sup>

De snelle totstandkoming van de richtlijn heeft ook een institutionele dimensie. Reeds in april 2004 hadden vier lidstaten een initiatief genomen voor een kaderbesluit inhoudende een bewaarplicht onder de toenmalige derde pijler van het Unieverdrag.<sup>11</sup> De Commissie verzette zich tegen de rechtsgrondslag voor een instrument dat vooral verplichtingen in het leven riep voor private aanbieders. Zij was van mening dat dit instrument een interne markt-rechtsgrondslag moet hebben. Ook het Europees Parlement had bezwaren tegen de gekozen rechtsgrondslag, die – in de periode vóór het Verdrag van Lissabon – aan het Parlement slechts een adviesrecht gaf. Vanwege de opstelling van de Commissie en het Parlement leek het initiatief te stranden. De Londense aanslagen veranderden deze situatie en brachten als gezegd de bewaarplicht weer hoog op de agenda.

Deze institutionele dimensie heeft consequenties voor het resultaat. De richtlijn lijkt het resultaat van het volgende compromis: waar Commissie en Parlement de keuze van rechtsgrondslag wisten binnen te halen (als gezegd, art. 95 EG-Verdrag, thans art. 114 VWEU) verkreeg de Raad wat hij wilde, een effectief instrument voor de bestrijding van ernstige criminaliteit, althans dat is het uitdrukkelijke oogmerk van de richtlijn. De keuze voor rechtsgrondslag heeft ook meegebracht dat de richtlijn geen specifieke regels stelt over de toegang tot en het gebruik van de opgeslagen verkeers- en locatiegegevens door nationale opsporingsinstanties.

In Nederland is de richtlijn geïmplementeerd in de Wet bewaarplicht Telecommunicatiegegevens,<sup>12</sup> die op 1 september 2009 in werking is getreden. Later is de bewaarplicht voor internetgegevens – onder zware druk van de Eerste Kamer – verkort van twaalf tot zes maanden.<sup>13</sup>

## Een paar belangrijke elementen van de richtlijn

De richtlijn bepaalt, als gezegd, dat verkeersgegevens<sup>14</sup> moeten worden bewaard door aanbieders ten behoeve van de bestrijding van terrorisme en ernstige criminaliteit. Hiermee vormde de richtlijn een expliciete uitzondering op de verplichting voor aanbieders van telecom-

4. Zie over de verhouding tussen deze beide rechten de bijdrage van Kokott en Sobotta in: H. Hijmans en H. Kranenborg (red.), *Data protection anno 2014: how to restore trust? Contributions in honour of Peter Hustinx, European Data Protection Supervisor (2004-2014)*, Antwerpen: Intersentia 2014. Zie ook 'EDPS pleading notes at the hearing of the Court of Justice of 9 July 2013 in joint preliminary references C-293/12 and C-594/12 Digital Rights Ireland and Others', gepubliceerd op [www.edps.europa.eu](http://www.edps.europa.eu). In de visie van de EDPS moet art. 7 meer worden beschouwd als een klassiek grondrecht dat beschermt tegen inbreuk, terwijl artikel 8 meer de grondwettelijke spelregels vastlegt voor de gegevensbescherming.
5. Zie over de achtergrond en de totstandkoming van de richtlijn o.a. L.P. Mol Lous, 'Een Europese bewaarplicht voor verkeersgegevens, De Commissie als bewaker van het opsporingsbelang', *SEW* 2006, 89.
6. Tijdens een vergadering van de Libe-commissie van het EP (zie voetnoot 9), waar de auteur dezes aanwezig was, stelde de Britse minister van Binnenlandse Zaken dat voor hem slechts één grondrecht telde, namelijk het recht om naar werk te gaan zonder opgeblazen te worden. Zie ook: [http://en.wikipedia.org/wiki/Charles\\_Clarke](http://en.wikipedia.org/wiki/Charles_Clarke).
7. COM(2005)438 def.
8. Ook de veronderstelde hoge kosten voor marktpartijen speelden een rol in het publieke debat.
9. Dit is de Commissie Burgerlijke vrijheden, justitie en binnenlandse zaken van het Europees Parlement, waar de verantwoordelijkheid voor de behandeling van de richtlijn was neergelegd.

10. De rapporteur Alvaro was hierover dermate ontstemd dat hij verzocht om schrapping van zijn naam als rapporteur.
11. Ontwerp-kaderbesluit betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG, initiatief van de Franse republiek, Ierland, het Koninkrijk Zweden en het Verenigd Koninkrijk, 28 april 2004, Raadsdoc. 8958/04.
12. *Stb.* 2009, 333. Deze wet wijzigt vooral de Telecommunicatiewet, alsmede het Wetboek van Strafvordering.
13. Wet van 6 juli 2011, *Stb.* 2011, 350.
14. Alsmede locatiegegevens, maar die laat ik in dit artikel verder buiten beschouwing.

municatiediensten, neergelegd in artikel 6 van de ePrivacy-richtlijn,<sup>15</sup> om verkeersgegevens te wissen of anoniem te maken als ze niet langer nodig zijn voor het vaststellen van de rekening.<sup>16</sup>

Deze ePrivacy-richtlijn is een specificatie voor de telecommunicatiesector van het algemene juridische regime voor gegevensbescherming, dat vooral is vastgelegd in Richtlijn 95/46/EG<sup>17</sup> en dat als een van de belangrijkste beginselen de doelbinding kent die ook is vastgelegd in artikel 8 van het Handvest. Gegevens mogen – behoudens uitzonderingen – slechts worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn verzameld.<sup>18</sup>

Artikel 5 van de Dataretentierichtlijn 2006/24/EG geeft een uitvoerige omschrijving van de gegevens waar het om gaat en artikel 6 biedt de lidstaten een ruime marge voor de vaststelling van de bewaartermijn. Deze moet minimaal zes maanden en maximaal twee jaar bedragen. In artikel 7 worden enkele – zij het vrij minimale – eisen gesteld in verband met de gegevensbescherming en de beveiliging van de gegevens.

De toegang tot de gegevens wordt in artikel 4 van de richtlijn geregeld, als gezegd in zeer algemene zin. Dit onderwerp wordt in belangrijke mate aan de lidstaten overgelaten, zij het dat artikel 4 wel verwijst naar de eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid, en meer in algemene zin naar het EU-recht en het EVRM.

Tot slot wijs ik nog op de relatie met artikel 15 lid 1 van de ePrivacy-richtlijn. Dit artikel 15 geeft de lidstaten de bevoegdheid om uitzonderingen vast te stellen op onder andere artikel 6 van de ePrivacy-richtlijn, in verband met belangen verband houdend met de rechtshandhaving. De lidstaten zijn daarbij wel gebonden aan het Unierecht. Artikel 15 lid 1 noemt in het bijzonder artikel 6 lid 1 en 2 van het Unieverdrag, en bindt de lidstaten daarmee uitdrukkelijk aan fundamentele rechtsbeginselen.

De Dataretentierichtlijn trad – binnen de reikwijdte van haar toepassingsgebied – in de plaats van artikel 15 lid 1 van de ePrivacy-richtlijn. Overweging 12 van de Dataretentierichtlijn stelt overigens dat buiten dit toepassingsgebied de lidstaten bevoegd bleven nationale wetgeving aan te nemen die het bewaren van gegevens verplicht stelt. Gebleken is dat de lidstaten de overblijvende bevoegdheid vaak ruim opvatten, en soms zelfs –

op grond van nationaal recht – bepaalden dat gegevens die op grond van de richtlijn moeten worden bewaard konden worden gebruikt voor doeleinden die de richtlijn niet had voorzien. De Europese toezichthouder voor de gegevensbescherming (EDPS) duidt dit fenomeen in zijn advisering aan als ‘legal loophole’.<sup>19</sup> Waar de Dataretentierichtlijn het slechts toestaat de gegevens te gebruiken voor ernstige misdrijven, konden de lidstaten op grond van de bevoegdheid die zij nog hadden op grond van artikel 15 lid 1 van de ePrivacy-richtlijn het nuttig effect van deze beperking teniet doen.<sup>20</sup>

## Het arrest: artikel 7 en 8 Handvest als toetsingskader

Het arrest gebruikt artikelen 7 en 8 van het Handvest als toetsingskader, waarbij het ook een nauw verband legt met artikel 8 van het EVRM en de rechtspraak van het Straatsburgse EHRM.<sup>21</sup>

Om te beginnen gaat het Hof van Justitie in op het karakter van de gegevens die op grond van de richtlijn bewaard moeten worden. Het Hof van Justitie stelt vast dat uit deze gegevens, in hun geheel beschouwd, zeer precieze conclusies kunnen worden getrokken over het privéleven van de personen van wie de gegevens zijn bewaard (punt 27). Het sluit niet uit dat ook de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting kan worden beïnvloed (punt 28), maar laat dat verder buiten beschouwing.

De verhouding tussen de artikelen 7 en 8 van het Handvest komt in het arrest op meerdere plaatsen aan de orde.<sup>22</sup> Het Hof van Justitie stelt dat de bewaarplicht rechtstreeks en specifiek raakt aan het privéleven en dat het tevens valt onder de reikwijdte van artikel 8. Ook wijst het Hof van Justitie erop dat de bescherming van persoonsgegevens van bijzonder belang is voor het fundamentele recht op de eerbiediging van het privéleven (punt 53).<sup>23</sup> Verder valt op dat bij artikel 7 meer over inbreuk wordt gesproken, en bij artikel 8 over garanties die ontbreken. Sommige van de overwegingen in het arrest worden gebaseerd op artikel 7, andere op artikel 8 en weer andere op beide. Echter, uit het arrest valt niet duidelijk af te leiden om welke redenen het Hof van Justitie soms artikel 7 noemt, soms artikel 8 en soms beide.

15. Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 2 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Richtlijn privacy en elektronische communicatie), *Pb. EG* 2002, L 201/37.

16. Art. 6 kent nog een paar andere gronden voor het bewaren van deze gegevens, maar die zijn hier verder niet van belang.

17. Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 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, *Pb. EG* 1995, L 281/31. Deze richtlijn wordt thans herzien, zie hierover mijn bijdragen in *NTER* 2012/4, p. 132-139 en *NTER* 2013/10, p. 346-351.

18. De Dataretentierichtlijn kan worden beschouwd als een uitzondering op het beginsel van doelbinding. Het gaat immers om gegevens die voor een commercieel doel worden verzameld en dan moeten worden bewaard voor een geheel ander doel, namelijk de bestrijding van ernstige criminaliteit. Doelbinding speelt in het arrest geen wezenlijke rol.

19. Advies van de EDPS over het evaluatieverslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de Richtlijn gegevensbewaring (Richtlijn 2006/24/EG), *OJ* 2011, C 279/01, pt. 24; Zie ook de in voetnoot 4 geciteerde EDPS pleading notes.

20. Zij doen dit op basis van de redenering dat het gebruik voor andere doeleinden buiten het toepassingsgebied van de Dataretentierichtlijn valt.

21. Zie bijvoorbeeld verwijzingen in overwegingen 35, 54 en 55.

22. Zie hierover ook de in voetnoot 19 aangehaalde EDPS Pleading notes. In de visie van de EDPS moet art. 7 meer worden beschouwd als een klassiek grondrecht dat beschermt tegen inbreuk, terwijl artikel 8 meer de grondwettelijke spelregels vastlegt voor de gegevensbescherming.

23. Zie ook punt 48 dat over de verhouding tussen de beide rechten min of meer hetzelfde zegt.

Als eerste stap van zijn analyse gaat het Hof van Justitie na of de Dataretentierichtlijn leidt tot inmenging met de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest neergelegde rechten (punten 32-37).

Het Hof van Justitie oordeelt in punt 34 van het arrest dat de bewaarplicht een inmenging vormt op het recht op de bescherming van privacy (art. 7 van het Handvest) en dat de toegang door nationale opsporingsautoriteiten een aanvullende inmenging is.<sup>24</sup> In punt 37 stelt het Hof van Justitie – met een verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón – vast dat de inmenging bijzonder ernstig is. Personen kunnen het gevoel krijgen dat hun privéleven constant in de gaten wordt gehouden.

Het is interessant in deze context de belangrijkste argumenten van de advocaat-generaal ter onderbouwing van de ernst van de inbreuk weer te geven.<sup>25</sup> De advocaat-generaal wijst allereerst op de plaats die elektronische communicatiemiddelen hebben in de moderne samenleving. Dan stelt hij dat de betrokken gegevens ‘gekwalificeerde’ persoonsgegevens zijn, die ‘een belangrijk deel van het gedrag van een persoon, dat strikt onder zijn privéleven valt, op getrouwe en uitputtende wijze in kaart kunnen brengen of zelfs een volledig en precies beeld kunnen schetsen van zijn privé-identiteit’ (overweging 74 van de conclusie). Vervolgens wijst hij op risico’s voor onrechtmatig gebruik van de gegevens, hetgeen verband houdt met het feit dat de bewaring plaatsvindt door private dienstenaanbieders (en niet door nationale autoriteiten) en dat die aanbieders de bewaring bovendien nog kunnen *outsourcen*.

De ernst van de inbreuk speelt ook in het verdere arrest een grote rol. In punt 56 zegt het Hof van Justitie: ‘Zij leidt dus tot inmenging in de fundamentele rechten van bijna de gehele Europese bevolking.’

Dit brengt me terug bij de analyse van de Hof van Justitie. Als tweede stap bespreekt het Hof van Justitie de rechtvaardiging van de inmenging, aan de hand van hetgeen in artikel 52 lid 1 van het Handvest is bepaald (punten 38-44). Het Hof van Justitie is van oordeel dat de wezenlijke inhoud van het grondrecht op privacy niet wordt aangetast, aangezien de inhoud van de communicatie niet valt onder de bewaarplicht. Evenmin wordt de wezenlijke inhoud van het recht op gegevensbescherming aangetast, aangezien de nodige beveiligingsmaatregelen moeten worden genomen. Deze moeten voorkomen dat gegevens per ongeluk of onrechtmatig worden vernietigd dan wel per ongeluk verloren raken of worden gewijzigd. Met andere woorden, omdat de gegevens in technische zin beschermd moeten worden, is de kern van het recht dat een persoon heeft op bescherming niet aangetast.

Dan oordeelt het Hof van Justitie dat de inmenging voldoet aan doelen van algemeen belang van de Unie, te weten de bestrijding van terrorisme ter handhaving van

de internationale vrede en de bestrijding van ernstige criminaliteit ter waarborging van de openbare veiligheid (punt 42).

Als derde stap in de analyse komt het Hof van Justitie toe aan de evenredigheidstoets (punten 45-69 van het arrest). Het Hof van Justitie stelt in zijn evenredigheidstoets voorop dat de omvang en de ernst van de door de richtlijn veroorzaakte inmenging in het recht op gegevensbescherming de beoordelingsbevoegdheid van de Uniewetgever in casu beperkt, zodat een strikt toezicht moet worden uitgeoefend<sup>26</sup> (punt 48). Dit betekent onder meer dat de betrokken Unieregeling een aantal duidelijke en precieze regels moet bevatten, die de betrokkenen moeten beschermen tegen het risico van misbruik en tegen elke onrechtmatige raadpleging en elk onrechtmatig gebruik van deze gegevens (punt 54).<sup>27</sup> Het is het ontbreken van evenredigheid dat uiteindelijk leidt tot ongeldigheid van de richtlijn.

Het Hof van Justitie stelt dat de richtlijn nationale strafvervolgingsautoriteiten extra mogelijkheden moet geven om ernstige gevallen van criminaliteit op te helderen, en in die zin dus een waardevol instrument vormt. De bewaring van dergelijke gegevens is derhalve geschikt voor de verwezenlijking van het door de richtlijn nagestreefde doel (punt 49).

Echter, de doelstelling van algemeen belang (de strijd tegen zware criminaliteit), kan op zich niet ‘rechtvaardigen dat een bewaringsmaatregel zoals die welke door richtlijn is ingevoerd, noodzakelijk wordt geacht voor het voeren van deze strijd’ (punt 51).

Het Hof van Justitie baseert zijn oordeel op een aantal elementen van de richtlijn (punten 57 en volgende), die ik als volgt zou willen samenvatten:

- De richtlijn heeft betrekking op alle personen, alle middelen en alle gegevens, zonder onderscheid (punt 57).
- Er is geen beperking tot personen die in aanraking zijn, direct of indirect, met een mogelijk strafbaar feit, en ook is het beroepsgeheim niet gewaarborgd (punt 58).
- Er is geen enkel verband tussen de gegevens die moeten worden bewaard en een bedreiging van de openbare veiligheid. Met name is er geen beperking tot gegevens die betrekking hebben op een bepaalde periode en/of een bepaalde geografische zone en/of een kring van bepaalde personen (punt 59).
- Er worden geen regels gesteld over het gebruik (punten 60-62, zie hierboven).
- Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen gegevens en er is geen rechtvaardiging voor de bewaartermijn (punt 63 e.v.).
- De te nemen beveiligingsmaatregelen in artikel 7 waarborgen geen hoog niveau van bescherming en beveiliging en garanderen niet dat de gegevens na

24. Wat dat laatste aspect betreft, verwijst het Hof van Justitie naar rechtspraak van het EHRM. Ook oordeelt het Hof van Justitie dat er een inmenging is in artikel 8 van het Handvest.

25. Zie meer uitgebreid overwegingen 68-80 van de Conclusie van de A-G.

26. Het Hof van Justitie noemt in dit verband ook de belangrijke rol die de bescherming van persoonsgegevens speelt in het licht van het fundamentele recht op bescherming van het privéleven, waar ik eerder in dit artikel op wees.

27. Het Hof van Justitie verwijst daarbij naar rechtspraak van het EHRM.

afloop van de bewaarperiode daadwerkelijk worden vernietigd (punt 67).

Effectief toezicht door onafhankelijke autoriteiten van gegevensbescherming, zoals vereist door artikel 8 lid 3 van het Handvest, wordt onvoldoende gegarandeerd. Het Hof van Justitie wijst er in dit verband op dat de richtlijn niet voorschrijft dat de betrokken gegevens op het grondgebied van de Unie moeten worden bewaard, hetgeen toezicht bemoeilijkt (punt 68).<sup>28</sup>

## De betekenis van het arrest voor het instrument gegevensbewaring

Wat is nu de betekenis van de elementen van de richtlijn die het Hof van Justitie in aanmerking neemt voor zijn oordeel dat de richtlijn ongeldig is? Spreekt het Hof van Justitie zich alleen uit over de betrekkelijk ongeclausuleerde bewaarplicht in de Dataretentierichtlijn of betekent het arrest dat het instrument gegevensbewaring als zodanig onevenredig is?

Het lijkt erop dat het laatste het geval is en het Hof van Justitie met zijn redengeving het instrument van gegevensbewaring – in de zin van een bewaarplicht van communicaties van alle burgers, niet gekoppeld aan enige specifieke bedreiging van de openbare veiligheid – als zodanig onaanvaardbaar acht.

Naar mijn oordeel maakt het Hof van Justitie het voor de wetgever onmogelijk om aan alle eisen die het stelt te voldoen. Met name de punten 57-59 raken de essentie van het instrument van gegevensbewaring, aangezien dit juist uitdrukkelijk beoogt een bewaarplicht voor te schrijven die betrekking heeft op alle personen, alle middelen en alle gegevens, zonder onderscheid. Alleen een zodanig wijde bewaarplicht garandeert dat opsporingsautoriteiten ook over gegevens kunnen beschikken van personen die niet bij de politie bekend zijn, alsmede hun netwerken. Het is eveneens juist bedoeld om een instrument te hebben, ook buiten gevallen van specifieke bedreigingen voor de openbare veiligheid. Teneinde effectief te kunnen optreden nadat een ernstig feit zich heeft voorgedaan, moet voorkomen worden dat gegevens van de voorafgaande aan het strafbare feit gepleegde communicaties al zijn vernietigd.

Om die reden heeft de Dataretentierichtlijn een bewaarplicht ingevoerd die betrekking heeft op alle personen, alle middelen en alle gegevens. En dit is nu juist wat het Hof van Justitie onevenredig oordeelt. Een en ander neem niet weg dat de Uniewetgever – door specifieke regels te stellen op de terreinen genoemd in de overwe-

gingen 60 e.v. – een aantal andere bezwaren van het Hof van Justitie zou kunnen wegnemen.

Hiermee laat het Hof van Justitie zien op welke wijze het Handvest de beoordelingsvrijheid van de Uniewetgever kan beperken. Het komt tot de conclusie dat een gekozen rechtsinstrument (in casu, de bewaarplicht) – hoewel gerechtvaardigd uit oogpunt van algemeen belang – op zich onevenredig kan zijn. Indien het arrest daar inderdaad toe leidt, dan heeft het Hof van Justitie een duidelijk voorbeeld gegeven van de door hem genoemde strikte toetsing, die verder gaat dan in deze zaak strikt noodzakelijk. Het had de richtlijn ook kunnen vernietigen wegens de afwezigheid van voldoende waarborgen in de richtlijn.

## Verplichting Uniewetgever voor evenredigheid zorg te dragen

Een essentieel element in de evenredigheidstoets is het ontbreken van precieze regels voor toegang en gebruik door de nationale strafvervolgingsautoriteiten van de door de aanbieders bewaarde gegevens. Het Hof van Justitie wijst erop dat de richtlijn geen objectieve criteria bevat ter begrenzing van de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens en het latere gebruik ervan, terwijl dit gelet op de ernst en omvang van de inmenging in de grondrechten wel had gemoeven.<sup>29</sup>

De redenering van het Hof van Justitie komt erop neer dat regels over het gebruik van de gegevens niet zomaar aan de lidstaten kunnen worden overgelaten (punten 60-62 van arrest),<sup>30</sup> maar dat de Uniewetgever daarvoor specifieke regels had moeten stellen. Hiermee kiest het Hof van Justitie een fundamenteel andere benadering dan het Duitse Constitutioneel Hof,<sup>31</sup> dat expliciet afzag van het stellen van prejudiciële vragen over de richtlijn, juist omdat de richtlijn toegang en gebruik van de gegevens aan de lidstaten laat, die daarmee zelf ervoor zorg kunnen dragen dat de grondrechten worden geëerbiedigd.<sup>32</sup>

Het is in dit verband interessant te wijzen op het karakter van de richtlijn.<sup>33</sup> Het is niet het oogmerk van de richtlijn invulling te geven aan een specifiek, in het Handvest vastgelegd grondrecht. Echter, in beginsel is de Uniewetgever wel bevoegd om – in het kader van een

28. Deze laatste overweging heeft nogal de aandacht getrokken, omdat in de huidige technologische omgeving (wereldwijd opererende aanbieders, cloud computing), de plaats waar gegevens worden bewaard in de praktijk van steeds minder belang is.

29. Zie hierover punten 57-58 van het arrest.

30. Terwijl het ontbreken van deze regels voor het Hof van Justitie in zaak C-301/06 een belangrijke rechtvaardiging vormde voor het gebruik van de internemarktrechtsgrondslag, is dit nu een belangrijke reden de richtlijn ongeldig te verklaren.

31. HvJ Eu 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, *Digital Rights Ireland en Seitlinger e.a.*, ECLI:EU:C:2014:238.

32. Dit is een punt dat nadere uitwerking verdient, zeker ook gelet op de constitutionele verhouding tussen de Unie en de lidstaten, en de 'solange'-rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht, maar dat het onderwerp van dit artikel overstijgt.

33. Zie hierover meer in algemene zin E.Muir, 'The fundamental rights implications of EU legislation: Some constitutional challenges', *CMLR* 51, nr. 1, p. 219-245.

richtlijn die een ander doel heeft – de grondrechten als accessoir element te regelen.<sup>34</sup>

Het Hof van Justitie stelt nu dat de Uniewetgever hier toe niet alleen bevoegd is, maar soms ook verplicht: in de situatie waar een richtlijn ertoe leidt dat lidstaten een ernstige inbreuk maken op het privéleven en de gegevensbescherming, moet het Unierecht zelf ook de inbreuk op die grondrechten beperken en daarmee zelf de evenredigheid verzekeren.

Dit is eveneens opmerkelijk, aangezien het recht van de Unie – met inachtneming van subsidiariteit – vaak juist aan de lidstaten overlaat om passende maatregelen te nemen, met het oog op de toepassing van bepalingen uit een richtlijn in de nationale rechtssfeer.

## Het Handvest in de rechtspraak van het Hof van Justitie

Dit arrest waarbij het Hof van Justitie een richtlijn ongeldig verklaart wegens onverenigbaarheid met het Handvest past in een ontwikkeling in de rechtspraak waarbij het Handvest logischerwijs een steeds groter belang krijgt. De veel besproken arresten *Åkerberg Fransson*<sup>35</sup> en *Melloni*<sup>36</sup> van 20 februari 2013 zijn daar goede illustraties van. Het arrest *Åkerberg Fransson*, dat in een ruim toepassingsgebied voor het Handvest voorziet, kan met name van belang zijn voor de bewaarplicht.<sup>37</sup>

Het arrest past ook binnen een ontwikkeling waarbij de betekenis van de rechten op privacy en gegevensbescherming uit het Handvest zeer serieus wordt genomen door het Hof van Justitie.<sup>38</sup> Ik wijs in dit verband in de eerste plaats op het arrest *Schecke en Eifert*.<sup>39</sup> In dit arrest over een verordening die voorschrijft de namen van begunstigen van landbouwsubsidies te publiceren weegt het Hof van Justitie het belang van openbaarheid af tegen het belang van de betrokken personen op grond van artikel 7 en 8 van het Handvest. Het stelt zeer zware motiveringseisen aan de wetgever, vooraleer publicatie aanvaardbaar is. Voorts kan ook het recente arrest *Google Spain en Google*<sup>40</sup> worden genoemd, waarbij de verplichting van een zoekmachine om desgevraagd geen koppeling te maken naar de naam van een specifieke

persoon rechtstreeks wordt gebaseerd op de artikelen 7 en 8 van het Handvest.

Het arrest heeft natuurlijk ook betekenis voor de toetsing aan andere bepalingen uit het Handvest. Dat betekent echter niet dat de toetsing aan andere grondrechten altijd even streng is. Uit het arrest *Sky Österreich* – dat ruime beperkingen toelaat op het recht op vrij ondernemerschap – kan bijvoorbeeld worden afgeleid dat er verschillende typen evenredigheidstoetsing zijn, afhankelijk van de in het geding zijnde grondrechten. Niet in alle gevallen is de evenredigheidstoetsing even streng. Dit hangt af van het grondrecht waarop inbreuk wordt gemaakt, alsmede de aard van de inbreuk.<sup>41</sup>

## De betekenis voor de nationale wetgever

Het arrest heeft alleen betrekking op de richtlijn zelf en laat de implementatiewetgeving van de ongeldige Dateretentierichtlijn 2006/24, zoals in Nederland de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, uiteraard in stand. Echter, de wet is wel kwetsbaar in een mogelijke procedure voor de nationale rechter,<sup>42</sup> en wel om de volgende redenen.

Om te beginnen heeft het Hof van Justitie in het arrest *Åkerberg Fransson* geoordeeld dat er geen gevallen kunnen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat de grondrechten uit het Handvest toepassing vinden.<sup>43</sup>

Vervolgens heeft het arrest tot gevolg dat ook voor de materie die door de thans ongeldige Dateretentierichtlijn werd bestreken de eerder beschreven bevoegdheid van de lidstaten onder artikel 15 lid 1 van de ePrivacy-richtlijn herleeft. Een nationale regeling die de bewaarplicht regelt, valt na de ongeldigverklaring van de Dateretentierichtlijn weer onder de reikwijdte van genoemd artikel 15. Artikel 15 voorziet in een geclausuleerde bevoegdheid voor de lidstaten om een uitzondering te maken op een verbod uit de ePrivacy-richtlijn.

Hiermee lijkt vast te staan dat een dergelijke nationale regeling binnen het Unierecht valt, als uitgelegd in *Åkerberg Fransson*. Een aanknopingspunt voor deze opvatting valt ook te vinden in het arrest *Küçükdeveci*, waarin het Hof van Justitie oordeelt dat een nationale regeling die een materie behandelt die onder een richt-

34. Los van het specifieke probleem van de rechtsgrondslag, als eerder genoemd.

35. HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105; besproken door M. Fierstra, *NTER* 2013/6, p. 197-205.

36. HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107; besproken door M. Veldt-Foglia, *NTER* 2013/10, p. 339-345.

37. De lidstaten kunnen aan het Handvest gebonden zijn, ook wanneer het niet gaat om de uitvoering van richtlijnen; punt 28 van dat arrest, hetgeen hieronder wordt besproken.

38. Zie in die zin ook redactioneel in *NJCM-bulletin* 2014/19, dat is getiteld: 'Het Hof als privacy-waakhond die durft door te bijten'.

39. HvJ EU 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, *Schecke en Eifert*, EU:C:2010:662.

40. HvJ EU 13 mei 2014, zaak C-131/12, *Google Spain and Google*, EU:C:2014:317.

41. HvJ EU 22 januari 2013, zaak C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28, punt 46. In dezelfde zin arrest en conclusie A-G (punten 63-70) in HvJ 30 april 2014, zaak C-390/12, *Pfleger*, EU:C:2014:281, waarin ook wordt verwezen naar de rechtspraak van het EHRM. Zie ook de bespreking van art. 52 door S. Peers en S. Prechal in: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner en A. Ward (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1484.

42. Te denken valt aan een mogelijk verweer in een strafzaak die (mede) is gebaseerd op door een aanbieder opgeslagen gegevens; niet valt uit te sluiten dat een dergelijk verweer succes zou kunnen hebben. Ook zou een aanbieder ervoor kunnen kiezen niet langer gegevens te bewaren en daarmee een proefproces over de nationale wet kunnen uitlokken.

43. *Åkerberg Fransson*, punt 21. Het Hof van Justitie stelt dat 'er geen gevallen kunnen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat die grondrechten toepassing vinden'.

lijn valt, binnen de werkingssfeer van het recht van de Unie valt.<sup>44</sup>

Nationaalrechtelijke verplichtingen die het bewaren van communicatiegegevens voorschrijven kunnen nu ook worden getoetst aan het Handvest. De vraag doet zich natuurlijk voor of dit een opzienbarende consequentie is. Immers, een dergelijke regeling moet natuurlijk ook voldoen aan artikel 8 van het EVRM.

Ik ben van oordeel dat de toepasselijkheid van het Handvest wel degelijk toegevoegde waarde heeft, ten eerste omdat het mede de toetsing aan het recht op gegevensbescherming behelst (dat niet als zodanig in het EVRM is opgenomen) en ten tweede omdat onder het EHRM (nog) niet dezelfde duidelijke rechtspraak bestaat als onder het Handvest.

Overigens heeft inmiddels zowel het Oostenrijkse als het Sloveense constitutionele Hof de nationale uitvoeringsbepalingen vernietigd.<sup>45</sup>

## De betekenis voor de Uniewetgever

Bij het schrijven dit artikel is niet duidelijk of de Commissie met een nieuw instrument komt ter vervanging van de ongeldige Datarentierichtlijn. Wat wel evident is, is dat de uitspraak gevolgen kan hebben voor andere rechtsinstrumenten van de Unie – en voorgestelde rechtsinstrumenten – die het bewaren van persoonsgegevens voorschrijven. Voorbeelden van bestaande instrumenten zijn het Visuminformatiesysteem (VIS)<sup>46</sup> en het Schengeninformatiesysteem (SIS)<sup>47</sup> en van voorgestelde instrumenten het inreis-uitreissysteem (EES)<sup>48</sup> en de vele voorstellen rond passagiersgegevens (PNR).<sup>49</sup> Het gaat daarbij om systemen die op grote schaal gevoelige persoonsgegevens bevatten, ten behoeve van de criminaliteitsbestrijding, de grensbewaking of beide.

44. HvJ EG 19 januari 2010, zaak C-555/07, *Küçükdeveci*, EU:C:2010:21, overwegingen 23-25, waarbij het ging om een nationale regeling die een materie betrof die door een richtlijn werd bestreken, maar die niet strekte ter uitvoering van die richtlijn.

45. Oostenrijk, arrest van 27 juni 2014, zie persbericht op Vfgh.gv.at. Slovenië, arrest van 3 juli 2014, zie persbericht (in Engels) op www.ip-rs.si.

46. Verordening (EG) nr. 767/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 betreffende het Visuminformatiesysteem (VIS) en de uitwisseling tussen de lidstaten van gegevens op het gebied van visa voor kort verblijf (VIS-verordening), *Pb. EU* 2008, L 218/60.

47. Verordening (EG) nr. 1987/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 betreffende de instelling, de werking en het gebruik van het Schengeninformatiesysteem van de tweede generatie (SIS II), *Pb. EU* 2006, L 381/4.

48. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot instelling van een inreis-uitreissysteem (EES) voor de registratie van inreis- en uitreisgegevens van onderdanen van derde landen die de buitengrenzen van de Europese Unie overschrijden, COM (2013)95 def.

49. Zie hiervoor Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gebruik van persoonsgegevens van passagiers voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en zware criminaliteit, COM (2011)32 def en [http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/planned\\_ia/docs/2014\\_home\\_004\\_transfer\\_pnr\\_data\\_3rd\\_countries\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/planned_ia/docs/2014_home_004_transfer_pnr_data_3rd_countries_en.pdf).

Er is echter wel een duidelijk verschil: de te bewaren gegevens kunnen in alle gevallen precieze conclusies over het privéleven van personen mogelijk maken; zij betreffen echter niet gegevens van de gehele Europese bevolking.

Het is dit laatste facet dat de Datarentierichtlijn zo uniek maakt. Een en ander neemt niet weg dat in andere zaken waar sprake is van een serieuze inbreuk, het discriminatoire karakter van de gegevensverwerking juist meespeelt in de vaststelling van de niet-evenredigheid. Een goed voorbeeld is het arrest *S & Marper* van het EHRM,<sup>50</sup> waarnaar het Hof van Justitie ook verwijst. In dat geval vond het EHRM de opname – ten onrechte – in een databank die gegevens bevat van personen die op enigerlei wijze met een misdrijf in aanmerking waren gekomen, juist onevenredig, omdat het onderscheid niet kon worden gerechtvaardigd in het licht van het legitieme doel.<sup>51</sup>

Wat hier ook van zij, het arrest stelt zware eisen aan de Uniewetgever indien deze de bewaring van persoonsgegevens voorschrijft en daarmee een ernstige inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest beschermde grondrechten teweegbrengt.

De wetgever zal een grondige evenredigheidstoets moeten uitvoeren. De uitkomst daarvan kan van geval tot geval verschillen.

## Conclusies

Het Hof van Justitie heeft een arrest gewezen dat een belang lijkt te hebben dat ver uitgaat boven de casus van de ongeldig verklaarde Datarentierichtlijn:

- Het geeft niet alleen een oordeel over het specifieke rechtsinstrument, maar lijkt het instrument van gegevensbewaring als zodanig onevenredig te achten, voor zover deze plicht betrekking heeft op alle personen, alle middelen en alle gegevens, zonder onderscheid. Dat was nu juist het doel van het gekozen instrument, om met historische gegevens een later gepleegd misdrijf te kunnen aanpakken.
- In de situatie waar een richtlijn ertoe leidt dat lidstaten een ernstige inbreuk maken op grondrechten (in casu het privéleven en de gegevensbescherming), moet het Unierecht zelf ook de inbreuk op de grondrechten beperken en daarmee zelf de evenredigheid verzekeren.
- Het arrest past binnen een ontwikkeling waarbij de betekenis van de rechten op privacy en gegevensbescherming uit het Handvest zeer serieus wordt genomen door het Hof van Justitie.

50. EHRM (GK) 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, *S. and Marper/the United Kingdom*, par. 102, ECHR 2008-V.

51. In dit verband is ook het arrest *Huber* (HvJ EG 16 december 2008, zaak C-524/06, EU:C:2008:724), dat dateert van vóór het Verdrag van Lisabon relevant. Het Hof van Justitie bepaalt hier: 'Artikel 12, lid 1, EG moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan de invoering door een lidstaat van een systeem van verwerking van persoonsgegevens speciaal voor burgers van de Unie die niet de nationaliteit van die lidstaat bezitten, met als doel de bestrijding van de criminaliteit.'

- Nationaalrechtelijke verplichtingen die het bewaren van communicatiegegevens voorschrijven kunnen nu ook worden getoetst aan het Handvest en zijn kwetsbaar.
- De uitspraak kan gevolgen hebben voor andere rechtsinstrumenten van de Unie die het bewaren van persoonsgegevens voorschrijven, in het bijzonder voor systemen die op grote schaal gevoelige persoonsgegevens bevatten, ten behoeve van de criminaliteitsbestrijding, de grensbewaking of beide.