

## Het prinsesje onder de grondrechten

De Swaan heeft in een mooi artikel<sup>1</sup> uitgelegd hoe in de Europese Unie belangrijke beleidsbeslissingen tot stand komen zonder wezenlijke politieke discussie. Daaronder schaaft hij in zijn ogen bewonderenswaardige ontwikkelingen, zoals die met betrekking tot het onderwerp dat ik in dit stukje aan de orde wil stellen: de activistische rol van het Europees Hof van Justitie. Op het fundament van enkele eenvoudige economische verdragsbeginselen als gelijkheid en vrij verkeer van personen, goederen en diensten, bewerkstelligt het Hof om maar wat te noemen: sociale gelijkheid voor mannen en vrouwen, mogelijkheden voor grensoverschrijdende commerciële televisie, transfer van voetballers, voorlichting over abortus in landen waar dat is verboden of voor Franse alcoholproducenten de mogelijkheid om likeurtjes in Duitsland op de markt te brengen ook al voldoen die drankjes niet aan de strenge Duitse samenstellingseisen maar kan de Duitse consument wel lezen wat er in zit. Als dit al met economische fundamentele vrijheden het geval is, hoeveel te meer zal het Hof dan een dergelijk activistisch beleid kunnen voeren wanneer fundamentele grondrechten in het geding zijn, zoals, sinds 2009, die uit het Europees Handvest. Dat handvest omvat onder meer de vrijheid van ondernemerschap, de vrijheid van meningsuiting, de bescherming van intellectuele eigendom en uiteraard, in artikel 7 en 8 de bescherming van privacy en van persoonsgegevens. In zijn recente Utrechtse oratie heeft Sybe de Vries die economische vrijheden en fundamentele grondrechten samengebracht. Hij liet zich, als ik goed heb geluisterd, onder andere ontvallen hoe gemakkelijk in de *Google/Spain*-zaak het Hof, zonder dit nader te onderbouwen, aan privacy de voorrang gaf boven de vrijheid van meningsuiting. Ik heb de schriftelijke weergave van die oratie nog niet kunnen lezen, maar wat hij zei spoorde met de indruk die ik heb over hoe activistisch het Hof met het grondrecht van privacy en gegevensbescherming omgaat in vergelijking met andere grondrechten uit het EU-Handvest. Het lijkt wel of het Hof de laatste tijd helemaal losgaat, wanneer privacy en in het voetspoor daarvan, gegevensbescherming in het geding is. Proportionaliteit is de beslissende toets: elke inbreuk die niet absoluut noodzakelijk is voor het nagestreefde rechtmatige doel is een aantasting van artikel 7 en 8 van het EU-Handvest. In *Schecke & Eifert/Land Hessen* (C-92/09) dwingt het Hof de Europese wetgever zijn werk over te doen: openbaarheid van overheidsinformatie (i.c. landbouwsubsidies) wordt opgeofferd aan de bescherming van persoonsgegevens, zelfs wanneer daarbij grote economische belangen op het spel staan (r.o. 85), nu in de desbetreffende openbaarheidswetgeving geen geuan-

ceerde afweging van mogelijke alternatieven is opgenomen. Het valt daarbij op dat het Hof geen enkele zelfstandige overweging wijdt aan de vraag welk nadeel betrokkenen eigenlijk ondervinden van de publicatie van de subsidiegegevens. Het recht op bescherming van persoonsgegevens is kennelijk een recht dat alleen gerelativeerd kan worden door de proportionaliteit van de beperking. In *Google/Spain* (C-131/12) kijkt het Hof wel naar het nadeel voor betrokkenen: internetgebruikers kunnen met behulp van de zoekmachine gemakkelijk een min of meer gedetailleerd profiel van betrokkene opstellen dat in beginsel betrekking kan hebben op tal van aspecten van diens privéleven. Het economisch belang van de zoekmachine-exploitant moet daar sowieso voor wijken en, zo zegt het Hof uitdrukkelijk: in de regel hebben de rechten van betrokkene voorrang boven de belangen van internetgebruikers. In het arrest is inderdaad geen enkele overweging te vinden die het recht van artikel 7 en 8 afzet tegen de andere hier relevante grondrechten uit het EU-Handvest: dat van de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16) en dat van de vrijheid van meningsuiting (artikel 11). Dan doet het EHRM het anders, men zie voor een vergelijkbaar geval de zaak *Times Newspapers/UK* (EHRM 10 maart 2009, NJ 2010/109, m.nt. Dommering). In *Digital Rights Ireland/Ierland* (C-293/12) openbaart zich deze wijze van afweging zonneklaar. In punt (69) en (70) zegt het Hof met zoveel woorden dat niet aan artikel 11 hoeft te worden getoetst als het evenredigheidsbeginsel is geschonden.

Met het gemis aan proportionaliteit, is de ongeldigheid dus al gegeven. In *Maximillian Schrems/DPC* (C-362/14) wordt de ongeldigheid van de Safe Harbor-beschikking uitdrukkelijk niet bepaald door het eventuele nadeel dat betrokkenen kan overkomen, maar door het ontbreken van procedurele waarborgen voor betrokkenen en de mogelijkheid dat de Amerikaanse autoriteiten 'veralgemeend' toegang kunnen krijgen tot de inhoud van elektronische communicatie. Het Hof zegt uitdrukkelijk (r.o. 87): 'In dat verband is het voor de vaststelling van een inmenging in het grondrecht op eerbiediging van het privéleven van weinig belang of de gegevens betreffende het privéleven al dan niet gevoelig zijn en of de betrokkenen door die inmenging enig nadeel hebben ondervonden.'

Het grondrecht is dus losgekoppeld van materieel onrecht, inbreuk wordt louter door formeel onrecht bepaald: gebrek aan proportionaliteit en aan procedurele waarborgen. In zo'n uitleg kan er nauwelijks plaats zijn voor afweging met andere rechten en vrijheden. Het recht op gegevensbescherming is het prinsesje onder de grondrechten. Dat dat gaat ten koste van andere rechten en vrijheden uit het EU-Handvest is onwenselijk, maar lijkt onvermijdelijk. (JK)

1 'Europees beleid zonder Europese politiek. Morele, culturele en sociale zaken in de Europese Unie', *De Gids* 2003, afl. 5, p. 313-328.