

verzoek vragen opwerpt ten aanzien van de verenigbaarheid van een krachtens artikel 25, lid 6, van deze richtlijn vastgestelde beschikking van de Commissie met de bescherming van het privéleven en de grondrechten en fundamentele vrijheden van personen.

100 In artikel 3, lid 1, eerste alinea, van beschikking 2000/520 is evenwel in een specifieke regeling voorzien voor de bevoegdheden waarover de nationale toezichthoudende autoriteiten beschikken wanneer de Commissie constateringen ten aanzien van het passende beschermingsniveau in de zin van artikel 25 van richtlijn 95/46 doet.

101 Volgens deze bepaling kunnen deze autoriteiten '[o]nverminderd hun bevoegdheden om maatregelen te nemen in verband met de naleving van nationale bepalingen die op grond van andere bepalingen dan artikel 25 van richtlijn [95/46] zijn vastgesteld, [...] van hun [...] bevoegdheden gebruikmaken om gegevensstromen naar een organisatie die [...] de [...] beginselen [van beschikking 200/520] heeft onderschreven, op te schorten', zulks onder restrictieve voorwaarden die een hoge drempel voor interventie opwerpen. Hoewel deze bepaling geen afbreuk doet aan de bevoegdheden van deze autoriteiten om maatregelen te nemen om de naleving van de krachtens deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen te verzekeren, sluit zij echter voor genoemde autoriteiten de mogelijkheid uit om maatregelen te nemen om de naleving van artikel 25 van deze richtlijn te verzekeren.

102 Artikel 3, lid 1, eerste alinea, van beschikking 2000/520 moet dus zodanig worden opgevat dat daarmee aan de nationale toezichthoudende autoriteiten de bevoegdheden worden ontnomen die zij aan artikel 28 van richtlijn 95/46 ontleen wanneer een persoon in het kader van een verzoek op grond van die bepaling gegevens aanvoert, die twijfel kan doen ontstaan over de verenigbaarheid met de bescherming van het privéleven en de grondrechten en fundamentele vrijheden van personen, van een beschikking van de Commissie waarbij op grond van artikel 25, lid 6, van deze richtlijn is geconstateerd dat een derde land waarborgen voor een passend beschermingsniveau biedt.

103 De uitvoerende bevoegdheid die de Uniewetgever aan de Commissie heeft toegekend bij artikel 25, lid 6, van richtlijn 95/46, verleent die instelling niet de bevoegdheid om de in het vorige punt bedoelde bevoegdheden van de nationale toezichthoudende autoriteiten in te perken.

104 In die omstandigheden moet worden geconstateerd dat de Commissie met de vaststelling van artikel 3 van beschikking 2000/520 de grenzen heeft overschreden van de bevoegdheid die haar bij artikel 25, lid 6, van richtlijn 95/46, gelezen in samenhang met het Handvest, is toegekend, zodat dit ongeldig is.

105 Aangezien de artikelen 1 en 3 van beschikking 2000/520 onlosmakelijk verbonden zijn met de artikelen 2 en 4 en met de bijlagen daarbij, heeft

hun ongeldigheid tot gevolg dat de geldigheid van deze beschikking in haar geheel is aangetast.

106 Gelet op een en ander moet de conclusie luiden dat beschikking 2000/520 ongeldig is.

(...)

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht: [zie cursieve kop].

Noot

Inleiding

Het Hof heeft in deze (op elkaar voortbouwende) zaken die ontspringen in de Ierse jurisdictie twee uitspraken gedaan over de bescherming van persoonsgegevens die een aardverschuiving teweeg hebben gebracht in de theorie en praktijk van die bescherming waarvan de gevolgen nog steeds niet zijn uitgewerkt. De eerste zaak werd aangespannen in Ierland door de privacy actiegroep Digital Rights Ireland en betrof de rechtsgeldigheid van de zogenaamde Dataretentierichtlijn (2006/24/EG). Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie is een *lex specialis* ten opzichte van de algemene privacy richtlijn 95/46/EG (inmiddels dit jaar vervangen door de verordening van 27 april 2016, EU 2016/679). Art. 5 lid 3 van deze richtlijn zegt dat opslag van communicatie- en verkeersgegevens (een bijzondere vorm van persoonsgegevens in de zin van de algemene richtlijn: al onze bel- en servergegevens: dus met wie wij wanneer en waar elektronisch hebben gecommuniceerd) alleen is toegestaan met toestemming van de betrokkene of wanneer sprake is van 'enige vorm van technische opslag of toegang met als uitsluitend doel de uitvoering van de verzending van een communicatie over een elektronisch communicatienetwerk, of, indien strikt noodzakelijk, om ervoor te zorgen dat de aanbieder van een uitdrukkelijk door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij deze dienst levert.' Deze beperkte 'functionele' toestemming, nodig om de geïndividualiseerde dienst te kunnen leveren en factureren, kent in art. 15 lid 1 een uitzondering die het de lidstaten toelaat verdergaande beperkingen (dus langere opslag dan functioneel noodzakelijk) bij wet te regelen, 'indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is ter waarborging van de nationale belangen, d.w.z., de staatsveiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van elektronische communicatiesystemen.' Aangezien de EG vreesde dat deze uitzondering tot teveel uiteenlopende nationale regelingen zou leiden, heeft zij de Dataretentierichtlijn opgesteld, die deze uitzondering binnen een bepaalde bandbreedte (de lidstaten kunnen kiezen uit een termijn van een half tot twee jaar) harmoniseren. Digital Rights had zich bij de Ierse Data Autoriteit beklagd dat de

Dataretentierichtlijn onvoldoende rechtswaarborgen bevatte om deze verdergaande uitzondering te rechtvaardigen, hetgeen neerkwam op een klacht dat de Dataretentierichtlijn in strijd was met de art. 7, 8 en 11 Handvest Grondrechten EU. Het Handvest heeft de privacybescherming en de dataprotectie (in het EVRM beide door art. 8 bestreken) opgesplitst in twee artikelen: één voor de algemene privacybescherming (art. 7) en één voor dataprotectie (art. 8). Art. 11 is het pendant van art. 10 EVRM. Het Hof beslist op de prejudiciële vraag van die strekking en komt tot de conclusie dat de richtlijn in strijd is met de art. 7 en 8 omdat zij onvoldoende rechtswaarborgen bevat.

De tweede zaak is aangespannen door de Oostenrijker Schrems een gebruiker van Facebook die zich bij de Ierse Data Autoriteit had beklagd. Hij maakt bezwaar tegen het feit dat het kantoor van Facebook in Ierland dat een dochteronderneming is van Facebook Inc in de VS de over hem bij zijn communicaties in Facebook vergaarde persoonsgegevens verzamelt en 'exporteert' naar het buitenland, omdat zij deze deelt met de moedermaatschappij in de VS. De zaak moet gezien worden tegen de achtergrond van de commotie die ontstaan is door de Snowdenaffaire, de onthullingen dat de Amerikaanse veiligheidsdienst (NSA) in de VS toegang zou hebben tot de bij de grote dienstverleners van internet (waaronder Facebook) van alle gebruikers in de wereld opgeslagen persoonsgegevens. De Ierse Data Autoriteit wijst de klacht op feitelijke en juridische gronden af. Feitelijk omdat niet gebleken zou zijn dat de NSA toegang tot de gegevens van Schrems had gehad, juridisch omdat deze hele kwestie is geregeld in de Safe Harbourbeschikking van de EG Commissie 2000/520. Om dit juridische argument te begrijpen moeten we even terug naar het systeem dat de algemene privacyrichtlijn heeft ontworpen voor export van persoonsgegevens naar derde landen. Art. 25 lid 6 Richtlijn 95/46 geeft de EG Commissie de bevoegdheid een algemeen besluit te nemen welke landen een 'adequaat beschermingsniveau' hebben hetzij in hun eigen nationale wet hetzij door internationale afspraken waar het zich aan heeft onderworpen. In het jargon: dat zij een 'safe harbour' zijn. De Ierse Data Autoriteit had geoordeeld dat er voor hem gezien de beslissing van de Commissie dat de VS een 'safe harbour' waren, geen ruimte meer was om in een individueel geval een eigen onderzoek te doen. Daarover stelde het Ierse Hoogrechtshof een prejudiciële vraag. Hier ging het om een toetsing van besluit 2000/520 aan de art. 7 en 8 Handvest Grondrechten EU, maar ook aan art. 47 dat een effectieve rechtsgang verzekert. Die was Schrems in het concrete geval onthouden omdat besluit 2000/520 er niet in voorzag. Ook algemene besluiten van de Commissie kunnen aan het Handvest worden getoetst omdat art. 51 Handvest Grondrechten EU verklaart dat het Handvest alle organen van de Unie bindt. In deze zaak oordeelt het Hof dat besluit 2000/520 in strijd is met het Handvest.

De zaak Digital Rights

Het Hof knoopt in r.o. 33 aan bij zijn beslissing betreffende de *Österreichischer Rundfunk* (C-465/00, C-138/01 en C-139/01) dat opslag van persoonsgegevens een inmenging in het privéleven is, ongeacht of die gegevens gevoelig zijn en ongeacht of het datasubject er schade van ondervindt. Het feit dat overheidsautoriteiten toegang tot die gegevens hebben maakt de inmenging zwaarder (in de Nederlandse vertaling van r.o. 35: 'een aanvullende inmenging'). Het baseert zich daarvoor op jurisprudentie van het EHRM (o.a. de zaak *Weber*, besproken onder punt 3 van mijn noot bij de belangrijke zaak *Liberty*, EHRM 1 juli 2008, appl. 58243, NJ 2010/324; ook na het afwijzen van de toetreding van de EU tot de Raad van Europa in HvJ EU 18 december 2014, *advies 2/13*, blijft het EVRM via art. 53 Handvest Grondrechten EU een belangrijke bron). Er is niet alleen een inmenging in het privéleven, maar ook een inbreuk op art. 8, aangezien opslag een 'verwerking' in de zin van dat artikel is (r.o. 36). Het gaat om 'een zeer ruime en zware' inbreuk op beide rechten, temeer daar de gegevens worden bewaard om later eventueel te worden gebruikt zonder dat de betrokkene daarover wordt ingelicht, zodat de bellers of servers het gevoel kunnen hebben dat zij constant in de gaten worden gehouden (r.o. 37). Daaraan voegt het Hof dan in r.o. 55 toe dat het om een automatische verwerking gaat waardoor het risico voor onrechtmatige verwerking aanzienlijk is, in r.o. 56 dat het gaat om verkeersgegevens van alle elektronische diensten in de hele EU, dus 'de gehele Europese bevolking', en in r.o. 59 dat er op zich zelf geen enkel verband bestaat tussen opgeslagen gegevens en de zware criminaliteit die beoogd wordt te bestrijden. Het Hof acht de opslag gerechtvaardigd door de algemene belangen die ermee zijn gediend (r.o. 38-44). De Dataretentierichtlijn sneuvelt echter op de toetsing aan proportionaliteitsbeginselen. In feite past het Hof in de overwegingen 48 e.v. de wat ik bij het arrest *Liberty* (dat het Hof in overweging 47 en 54 met zoveel woorden noemt) de 'vijfstappen test' heb genoemd, toe, vertaald naar de collectieve opslag:

- a. Bestaat er een definitie van de categorieën van personen waarvan de gegevens mogen worden beoordeeld (r.o. 60)?
- b. Is de duur van de opslag voldoende beperkt (r.o. 63)?
- c. Is er een vastgelegde procedure hoe gegevens mogen worden opgeslagen en door wie ze mogen worden gebruikt en onderzocht (r.o. 61)?
- d. Liggen de voorzorgsmaatregelen vast die bij communicatie van de gegevens aan derden in acht moeten worden genomen (r.o. 60)?
- e. Onder welke omstandigheden mogen of moeten de gegevens worden vernietigd (r.o. 63)?

Het Hof voegt daar twee essentiële punten aan toe. In de eerste plaats ontbreekt een afdoende rechtsbescherming voor het datasubject. In overweging 62 stelt het vast dat de toegang van de bevoegde nationale autoriteit 'bovenal' niet is onder-

worpen 'aan enige voorafgaande controle door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke administratieve instantie waarvan de beslissing beoogt om de toegang tot de gegevens te beperken tot wat strikt noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel en die uitspraak doet op een gemotiveerd verzoek van deze autoriteiten, ingediend in het kader van procedures ter voorkoming, opsporing of vervolging van strafbare feiten.' Het tweede punt is de plaats van opslag. Het Hof oordeelt in r.o. 66 en 67 dat er onvoldoende maatregelen zijn genomen ter voorkoming van misbruik. Dit spitst het in r.o. 68 toe op het feit dat niet is voorgeschreven dat de gegevens worden bewaard op het grondgebied van de staat dat de bewaarplicht heeft voorgeschreven. Alles bijeengenomen wordt de gehele richtlijn nietig verklaard.

Na Digital Rights

Al spoedig rees de vraag wat na dit arrest de status was van de nationale implementaties van de dataretentierichtlijn. In Nederland leidde dit tot een door verschillende belangenorganisaties ingeleide procedure bij de voorzieningenrechter in Den Haag, die bij (onherroepelijke) beslissing van 11 maart 2015 de implementatiewet ('de wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens': *Stb.* 2009, 306 en 333) buiten werking heeft gesteld. (Rb. Den Haag (vzr.) 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, *Mediaforum* 2015-3, 12, m.nt. — ook bij het arrest van het Hof — K. Irion, M.P. Granger, S.J. Eskens, en *Computerrecht* 2015/3, nr. 88, m.nt. F.C. van der Jagt). De implementatiewet die al meteen bovenin de toegestane marge van opslag van 6 maanden tot 2 jaar ging zitten door een opslagtermijn van anderhalf jaar op te nemen, ontmoette destijds al veel weerstand, onder andere van het College Bescherming Persoonsgegevens (brief 22 januari 2007, bijlage *Kamerstukken II*, 2006/07, 31145, 3). De bewaartermijn werd onder druk van de Eerste Kamer via een reparatiewet verkort tot zes maanden (*Stb.* 2011, 350).

De EU Commissie heeft na de nietigverklaring van de Dataretentierichtlijn geen initiatieven ontplooid om deze te vervangen (European Commission statement of 16 september 2015 on national data retention laws", http://europa.eu/rapid/pressrelease_STATEMENT-15-5654_en.htm). Vrij snel daarna heeft de Zweedse rechter aan het HvJ EU de vraag voorgelegd of de bewaarplicht überhaupt in overeenstemming is met het Handvest (Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door Kammarrätten i Stockholm (Zweden) op 4 mei 2015, C-203/15, Sverige Tele 2). In de tussentijd ligt de bal dus bij de lidstaten, die op grond van art. 5 lid 3 Richtlijn 2002/58 wettelijke maatregelen kunnen nemen die voldoen aan de noodzakelijkheids-test die in dat artikel wordt voorgeschreven en de proportionaliteitstest die uit het arrest van het Hof voortvloeit. Daarbij zullen zij er rekening mee moeten houden dat het Hof in zijn arrest heeft aangekondigd een strikt toezicht te zullen houden (r.o. 47). Dat heeft in Nederland tot nieuwe schermutse-

lingen geleid. Een concept wetsvoorstel ondervond veel kritiek en riep opnieuw een tamelijk vernietigend commentaar op van het College Bescherming Persoonsgegevens op (Cpb. Wetgevingsadvies Wijziging Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering in verband met het aanbieden van openbare telecommunicatiediensten, 10 februari 2015). Het College stelde dat de periode van meer dan vier jaar dat de bewaarplicht in werking was geweest de noodzaak van het bestaan daarvan niet had aangetoond. Er waren meer negatieve adviezen uit het maatschappelijk veld. Op 13 september 2016 heeft de regering niettemin een wetsontwerp tot wijziging ingediend, er van uitgaande dat het HvJ EU de vraag of een bewaarplicht überhaupt is toegestaan bevestigend zal beantwoorden (*Kamerstukken II* 2015/16, 34537, 1-4). Dit ontwerp beoogt de verplichting tot opslag in te voeren: voor verkeersgegevens met betrekking tot vaste, mobiele en internet telefonie voor de duur van een jaar en voor gegevens met betrekking tot internettoegang voor de duur van zes maanden. Het Wetboek van Strafvordering wordt aldus gewijzigd dat de vordering tot inzage van opgeslagen gegevens door de Officier van Justitie slechts kan worden gedaan voor specifieke misdrijven en na verkregen machtiging van de rechter-commissaris. De opslag van gegevens dient plaats te vinden op het grondgebied van de EU. Het lijkt een nieuw hoofdstuk in een voortgaande juridische strijd in Nederland tegen de bewaarplicht.

De zaak Schrems

Het Hof past het in de Digital Rights zaak ontwikkelde toetsingskader toe om de rechtsgeldigheid van het Safe Harbour besluit en de op basis daarvan genomen beslissing te toetsen. Het Safe Harbourbesluit 2000/520 kan de toets niet doorstaan. Maar de nadruk komt nu te liggen op de lacuneuze rechtsbescherming van het datasubject. De vraag was namelijk of het bestaan van het besluit waarin op generieke wijze het adequate beschermingsniveau van een derde land is vastgesteld, de bevoegdheid uitsluit dat de Data Autoriteit op basis van een concreet verzoek (in dit geval van Schrems) een onderzoek instelt naar de rechtmatigheid van de export van gegevens (r.o. 53 e.v.). Dat is niet zo omdat het datasubject anders verstoeken zou zijn van de rechten die Richtlijn 95/46 en het Handvest toekent (r.o. 58, 63-66). Maar dan volgt de toetsing van het besluit zelf en daarvan blijft dan uiteindelijk niet veel over. Het beschermingsniveau van de VS is niet passend, omdat het systeem van 'zelfcertificering' van de Amerikaanse bedrijven die zich bij safe harbour aansluiten onvoldoende waarborgen biedt (r.o. 81 e.v.), met name omdat de eisen van nationale veiligheid van de VS gaan boven de beginselen van safe harbour (r.o. 86 en 87). Het vervolgt dan met de analyse dat een behoorlijke rechtsbescherming waarin de door het Hof ontwikkelde beginselen worden getoetst in de VS ontbreekt, met name door de daar in zwang gekomen massa surveillance (r.o. 93-95). Voor een verdere analyse verwijs ik naar de noot van

Wilfred Steenbruggen en Sonja van Harten (*Mediaforum* 2015-7, p. 281-285).

Na Schrems

Na het arrest is de Commissie in de weer gegaan een nieuw Safe Harbourbesluit met de VS uit te onderhandelen (de stukken daarover zijn te vinden in het doorlopende Staten Generaal dossier 34353). Op 12 juli 2016 is het nu 'Privacy Shield' verdrag geheten ter vervanging van de Safe Harbourovereenkomst tot stand gekomen (tekst beschikbaar op http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-433_en.htm, geraadpleegd september 2016). Dit verdrag kent meer rechten toe aan de datasubjecten en ook is het onafhankelijke toezicht aanmerkelijk verbeterd. Het verdrag is niet alleen vanuit het maatschappelijke veld maar ook vanuit de nationale data-autoriteiten scherp bekritiseerd, zodat het verdrag net als bij de dataretentie het wetsvoorstel het volgende hoofdstuk lijkt in de strijd tegen de massale opslag en export van persoonsgegevens.

Constitutionele toetsing

Art. 263 VWEU geeft de lidstaten, de Raad en de Commissie het recht rechtstreeks bij het HvJ EU in beroep te komen tegen de wettigheid van wetgevingshandelingen en bindende besluiten met rechtsgevolgen voor derden. Individuele burgers kunnen beroep instellen tegen tot hen gerichte besluiten met rechtsgevolgen en in dat kader ook de wettigheid van de onderliggende regelingen aan de orde stellen (art. 277 VWEU). Deze twee arresten laten zien dat de prejudiciële vragenprocedure ook een mogelijkheid biedt: het antwoord op de gestelde vragen is een nietigverklaring door het Hof van de Dataretentierichtlijn respectievelijk het Safe Harbour. Partijen zullen zich dus bij het opzetten van een procedure waarbij de uitleg en gelding van het EU recht in de nationale rechtsorde aan de orde is steeds rekenschap moeten geven van het feit dat het Hof ook de constitutionele rechter van de EU is die als enige over de 'EU grondwettelijkheid' van het EU recht beslist. Zodra de toetsing aan het Handvest aan de orde is, zal de nationale rechter moeten verwijzen. Het stellen en bewijzen van strijd tussen EU regelgeving en het Handvest is dus van belang om de constitutionele dimensie in de prejudiciële vragen helder te krijgen (zie B.J. Drijber, *Mediaforum* 2015-7 p. 286, punt 4 in zijn noot bij Schrems).

E.J. Dommering

NJ 2016/448

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

25 maart 2016, nr. 14/05950

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Sniijders, G. de Groot; A-G mr. P. Vlas)

m.nt. S. Perrick

Art. 3:33, 3:34, 4:43, 4:109 BW; art. 985, 986, 1000 (oud) BW; art. 39, 43 Wna

RvdW 2016/436

JWB 2016/120

NJB 2016/692

RFR 2016/82

ECLI:NL:PHR:2015:2288

ECLI:NL:HR:2016:504

Openbaar testament verleden in tegenwoordigheid van twee getuigen overeenkomstig 'Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid'; overtreding voorleesplicht art. 43 lid 2 Wna; vernietigbaarheid o.g.v. art. 43 lid 6 Wna?; vernietigbaarheid o.g.v. wilsonbreken (art. 3:33-3:34 BW) en wilsgebrek (art. 4:43 BW). Ontvankelijkheid in cassatie; cassatieberoep ingesteld tegen mede-geïntimeerden in hoger beroep; ondeelbare rechtsverhouding.

Het voorschrift van art. 43 lid 2 eerste volzin Wna inzake volledige voorlezing van een notariële akte die in tegenwoordigheid van getuigen wordt verleden, miskent in zijn algemeenheid de notariële functie. Bij het opmaken van een uiterste wil strekt de notariële functie ertoe dat de verklaring van de erflater nauwgezet wordt vastgelegd en dat zo veel mogelijk wordt gewaarborgd dat die vastlegging aansluit bij de wil van de erflater. Het gaat dan ook te ver zonder meer de sanctie van vernietigbaarheid te aanvaarden indien niet is voldaan aan het vormvoorschrift van art. 43 lid 2 eerste volzin Wna. Dit geldt, gelet op de notariële functie, evenzeer indien in tegenwoordigheid van getuigen een andere notariële akte dan een uiterste wil wordt verleden. Voor vernietigbaarheid is in een zodanig geval slechts plaats indien degene die deze vernietigbaarheid inroept, stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat door niet-naleving van het vormvoorschrift enig belang is geschonden dat met dat vormvoorschrift wordt gediend. De vraag naar mogelijke aantastbaarheid wegens het niet naleven van het vormvoorschrift van art. 43 lid 2 eerste volzin Wna moet worden onderscheiden van de vragen of de verklaring van de erflater overeenstemt met diens wil (zie art. 3:33 en 3:34 BW) en of de uiterste wilsbeschikking is tot stand gekomen onder invloed van een wilsgebrek (zie art. 4:43 BW). Wat betreft deze laatste vragen kunnen in voorkomend geval de getuigen die bij het verlijden van de akte aanwezig zijn geweest, evenals de notaris, een verklaring afleggen.

Het cassatieberoep is door eisers mede ingesteld tegen de mede-geïntimeerden in hoger beroep. Zij zijn, gezien de grondslag van de vorderingen en de vastgestelde feiten, partij bij de rechtsbetrekking in geschil. Het is noodzakelijk dat deze rechtsbetrekking tussen alle betrokken partijen in dezelfde zin luidt en dus bij één en