

Annotatie bij HvJEG 10 februari 2009 (Ierland/Parlement en Raad), Privacy & Informatie, 2009.

mr.dr.s. J.V.J. van Hobokenⁱ

Het Europese Hof van Justitie heeft hiermee uitspraak gedaan over de rechtsgrondslag van de Dataretentierichtlijn.ⁱⁱ Het Hof bekrachtigt de keuze van de Europese wetgever voor de regeling van dataretentie als interne-marktaangelegenheid en doet in navolging van de Advocaat Generaal een opmerkelijke conclusie over de rijkwijdte. In de volgende noot zal ik eerst de zaak kort samenvatten en daarna een aantal van de overwegingen van het Hof kritisch tegen het licht houden. Het antwoord op de vraag naar de toegang tot de op grond van de bewaarplicht te bewaren gegevens is in het bijzonder van belang en ik zal daarbij stilstaan bij de vraag hoe dit arrest zich verhoudt tot de bescherming van grondrechten. Gezien de conclusie van het Hof dat de Dataretentierichtlijn een interne-markt richtlijn is, zal ik ook de vraag beantwoorden wat de richtlijn nu eigenlijk heeft geharmoniseerd. Ik sluit af met een paar opmerkingen over de toekomst van de richtlijn en dataretentie in de elektronische communicatiesector.

Is de Dataretentierichtlijn een interne-marktrichtlijn?

Het Hof concludeert dat de Dataretentierichtlijn een interne-marktrichtlijn is, omdat het doel en inhoud van de richtlijn gericht zijn op het wegnemen en voorkomen van belemmeringen voor het functioneren van de interne markt (r.o. 65-72) en de inhoud ziet op activiteiten van aanbieders van dienstenaanbieders in de betrokken sector van de interne markt (r.o. 79-85). Het standpunt van Ierland dat het PNR-arrest van het Hof (HvJEG 30 mei 2006, Parlement/Raad en Commissie, C-317/04 en C-318/04) aan artikel 95 EG-verdrag als grondslag in de weg staat wordt door het Hof verworpen met de vaststelling dat richtlijn 2006/24 ziet op de activiteiten van aanbieders van diensten in de interne markt, en *“geen enkele regeling van de activiteiten van de overheid voor de wetshandhaving”* behelst (r.o. 86-92). Het Hof bespreekt tussendoor ook nog de implicaties van artikel 47 van het EU Verdrag dat het primaat van het gemeenschapsrecht binnen het Europese recht vastlegt (r.o. 73-78). Het Hof stelt vast dat de richtlijn een interne-marktrichtlijn wijzigde (de e-Privacyrichtlijn 2002/58/EGⁱⁱⁱ), hetgeen op grond van artikel 47 van het EU Verdrag betekent dat deze wijziging onder de bevoegdheid van de eerste pijler viel.

Dataretentie en doelbinding

Het Hof was niet direct gevraagd een oordeel te geven over de verenigbaarheid van de Dataretentierichtlijn met de fundamentele rechten van Europese burgers, in het bijzonder met de door Artikel 8 EVRM beschermde vertrouwelijkheid van communicatie en persoonlijke levenssfeer. De wijze waarop het Hof deze vraag buiten beschouwing weet te houden is evenwel opmerkelijk. Te meer, daar Slowakije expliciet aanvoert dat een interne-marktrichtlijn de proportionaliteit van de inmenging met Artikel 8 EVRM niet kon dragen. De inbreuk was volgens Slowakije alleen te rechtvaardigen vanuit een derde pijler doel, namelijk het voorkomen en bestrijden van misdaad (r.o. 33-34).

Het Hof gaat niet expliciet in op deze stelling van Slowakije. Het stelt dat de zaak uitsluitend betrekking heeft op de keuze van de rechtsgrondslag, en niet op een eventuele schending van grondrechten. De Commissie had eerder ter verdediging gesteld dat

“[d]e vermelding van het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2006/24 valt onder het gemeenschapsrecht, aangezien zij wijst op het rechtmatige doel van de bij de richtlijn aangebrachte beperkingen van de rechten van personen inzake de bescherming van gegevens. Die vermelding is zowel noodzakelijk ter eerbiediging van de vereisten van de richtlijnen 95/46 en 2002/58 als voor de naleving van artikel 8 EVRM.” (r.o. 52)

De Advocaat-Generaal had deze redenering overgenomen in zijn conclusie, waarvan de hoofdlijnen in het arrest van het Hof zijn overgenomen.^{iv} Wat het Hof van de stelling vindt is impliciet af te leiden uit de conclusies over de toegang tot de te bewaren gegevens. Het Hof stelt dat de bepalingen in de richtlijn *“niet de toegang tot gegevens noch het gebruik daarvan door de politie of gerechtelijke autoriteiten van de lidstaten regelen.”* Daarmee is de verwijzing naar het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit inderdaad slechts een vermelding geworden, aangezien een andere uitleg een restrictie op de toegang tot de gegevens zou impliceren. De richtlijn verplicht de lidstaten er slechts toe er voor te zorgen dat de betreffende gegevens voor handen zijn en vermeldt voor welk doel toegang tot deze gegevens bedoeld is. De richtlijn gaat er van uit dat er toegang tot de gegevens zal zijn, maar verplicht lidstaten dus niet om toegang in bepaalde gevallen te waarborgen, en ook niet om de toegang tot bepaalde gevallen (zoals ernstige criminaliteit) te beperken. De uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht, dat als voorlopige voorziening de toegang tot de gegevens besloot te beperken, blijft hiermee dus binnen de grenzen van het Europese recht.^v

In mijn ogen verwakt deze redenering het argument dat de richtlijn neerkomt op een proportionele inmenging met Artikel 8 EVRM aanzienlijk. Het verplichten tot retentie van de betreffende gegevens behelst op zichzelf natuurlijk een inbreuk op Artikel 8 EVRM. Deze inmenging moet proportioneel zijn (noodzakelijk in een democratische samenleving) in het licht van een van de welbepaalde doelen genoemd in Artikel 8 lid 2 EVRM. Het is duidelijk dat de inbreuk slechts kan worden gerechtvaardigd met verwijzing naar het uiteindelijke gebruik van deze gegevens, bijvoorbeeld in het kader van strafrechtelijk onderzoek. De inmenging moet echter ook (voor zover de noodzaak niet kan worden aangetoond) beperkt worden. Een belangrijke manier om de inmenging te beperken is door het stellen van restricties aan de toegang, oftewel het aanbrengen van doelbinding voor de te bewaren gegevens. Een simpele verwijzing naar een mogelijk doel van de te bewaren gegevens is mijns inziens niet genoeg om de inmenging als gevolg van het bewaren te rechtvaardigen. Het gebrek aan beperkingen voor de toegang in de richtlijn verplaatst de bewijslast van de proportionaliteit van de inmenging daarmee naar de lidstaten. De uitspraak van het Hof geeft daarmee enerzijds aanleiding het samenspel van retentie en toegang in de nationale regelingen opnieuw te bezien in het licht van de vereisten van Artikel 8 EVRM. Anderzijds roept het de vraag op of de Europese wetgever de proportionaliteit van een inbreuk op grondrechten die het directe gevolg is van een richtlijn grotendeels mag overlaten aan de lidstaten.

Dit laatste is mijns inziens niet het geval. Daarbij speelt mede een rol dat de richtlijn de lidstaten niet beperkt in het opleggen van verderstreckende bewaarplichten. Indien dit het geval was geweest had

nog gesteld kunnen worden dat de Europese wetgever een maximum had gesteld aan de omvang van de inbreuk op de grondrechten. Wegens het hieronder te bespreken gebrek aan harmonisatie kan dit argument echter niet overtuigen. De richtlijn heeft de nationale deur naar vergaande dataretentie opengeduwde, maar levert geen noemenswaardige beperkingen op voor de invoering van dergelijke verplichtingen.

Harmonisatie

Het is interessant om te bezien wat er nu eigenlijk wel wordt geharmoniseerd door de richtlijn. Voor harmonisatie kwamen onder meer in aanmerking: de te bewaren gegevens, de bewaartermijn, de kosten voor de sector die de bewaarplicht en het voldoen aan verzoeken tot toegang opleveren, de diensten waarop de bewaarplicht van toepassing kan worden verklaard, de toegang tot de gegevens, en de wijze van bewaren. Merkwaardigerwijs, heeft de richtlijn voor geen van deze onderwerpen volledige harmonisatie bewerkstelligt.

Zoals reeds besproken, wordt de toegang tot de gegevens in elk geval niet geharmoniseerd. De richtlijn regelt de beschikbaarheid van gegevens over elektronische communicatie en geeft vermeldt met het oog waarop deze beschikbaarheid wordt geregeld. Er bestaan verschillen in de nationale drempels voor toegang tot de gegevens en de mate waarop in de praktijk van de verschillende bevoegdheden gebruik wordt gemaakt. Dit heeft een voor de hand liggende impact op de elektronische communicatiesector, in het bijzonder vanwege de kosten die de toegangsverschaffing oplevert. Het aanvankelijke voorstel van de Europese Commissie voor de richtlijn schreef dan ook een geharmoniseerde vergoeding van deze kosten aan de communicatiediensten voor, d.w.z. de kosten gemaakt in verband met het voldoen aan de bewaarplicht.^{vi} Ten eerste om mogelijke verstoringen van de interne markt op dat punt weg te nemen. Ten tweede om de belangrijk geachte elektronische communicatie sector niet te belemmeren. Het door de Commissie voorgestelde artikel heeft het echter niet gehaald en de kostenvergoedingsregelingen in de nationale implementaties lopen uiteen.

Over de wijze waarop de gegevens bewaard moeten worden – bijvoorbeeld bij de aanbieders zelf of in een centrale database onder beheer van de overheid – regelt de richtlijn niets. Artikel 8 bepaalt slechts dat de gegevens op een zodanige wijze moeten worden bewaard dat deze onverwijld kunnen worden verstrekt indien daar (bevoegd) om verzocht wordt.^{vii}

Het voorstel van de commissie harmoniseerde ook de bewaartermijn: 12 maanden voor vaste en mobiele telecommunicatie en 6 maanden voor verkeersgegevens met betrekking tot communicatie over internet.^{viii} Deze harmonisatie had een verbetering opgeleverd vanuit het oogpunt van het functioneren van de interne markt. Echter, het uiteindelijke compromis in de richtlijn kent geen geharmoniseerde bewaartermijnen. Gezien het nogal uiteenlopende minimum van 6 maanden en maximum van 2 jaar maanden met een mogelijkheid voor een uitzondering de gegevens nog langer te doen bewaren is zelfs moeilijk te verdedigen dat deze bepaling in de praktijk op harmonisatie neerkomt. De bewaartermijnen in de lidstaten lopen uiteen van 6 maanden (bijvoorbeeld in Duitsland) tot meer dan twee jaar.^{ix}

Harmoniseert de richtlijn dan de verzameling gegevens waarvoor een bewaarplicht moet worden ingevoerd? Uit punt 12 van de considerans van de richtlijn en het gewijzigde artikel 15 van de e-

Privacyrichtlijn blijkt dat er voor wat betreft de gegevensset slechts een minimum geldt. Ook Nederland kiest er voor op dit punt van de richtlijn af te wijken. Het Nederlandse wetsvoorstel bepaalt bijvoorbeeld dat oproepgegevens zonder resultaat moeten worden bewaard.^x Hoe zit dat nu juridisch? Artikel 15 lid 1 van de e-Privacyrichtlijn voorziet in de mogelijkheid van lidstaten om een wettelijke bewaarplicht op te nemen voor de telecommunicatiegegevens in wier regeling voorzien is in de e-Privacyrichtlijn. De Databewaarrichtlijn sluit aan bij deze mogelijkheid. Het door de Databewaarrichtlijn voorgeschreven regime geldt, op grond van de uitzondering op artikel 15 lid 1 van de e-Privacyrichtlijn in het nieuwe artikel 15 lid 1a, echter alleen voor de gegevens waarvoor een bewaarplicht wordt ingevoerd en dan alleen voor de daar genoemde doelstellingen. Voor andere gegevens, zoals gedetailleerde gegevens over internetverkeer, of bewaarplichten met het oog op andere doelen geldt nog steeds het oude artikel 15 lid 1 van de e-Privacyrichtlijn. Het aanvankelijk door de Commissie voorgestelde artikel 15 lid 1a, waarin het woordje 'specific' nog ontbrak, had wel een beperking opgeleverd.^{xi} Het had de mogelijkheid voor lidstaten uitgeput om met een beroep op artikel 15 lid 1 van de e-Privacyrichtlijn bewaarplichten in te voeren met het oog op *"het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit zoals gedefinieerd in de nationale wetgevingen van de lidstaten"* voor alle gegevens over elektronische communicatie waarop de e-Privacyrichtlijn van toepassing is. De toevoeging van het woord 'specific' in de artikel 15 lid 1a e-Privacyrichtlijn heeft deze belemmering echter opgeheven, hetgeen ook blijkt uit punt 12 van de considerans van de richtlijn. Voor wat betreft de gegevensset is er dus hoogstens sprake van een minimum en verscheidene lidstaten gaan verder dan dit minimum.

Daarmee komen we bij de vraag of de Europese wetgever met de Databewaarrichtlijn dan tenminste de diensten waarvoor de bewaarplicht mag worden ingevoerd heeft vastgelegd. Het antwoord luidt wederom ontkennend. De Databewaarrichtlijn regelt alleen de bewaarplicht voor diensten waarop de e-Privacyrichtlijn van toepassing is. Gezien de onduidelijkheid rondom het begrip aanbieder van elektronische communicatiediensten of openbaar communicatienetwerk is dit al verschillend per lidstaat. Dit maakt juridisch voor de lidstaten alleen niet zoveel uit omdat lidstaten met een beroep op de algemene uitzondering van artikel 13 (1) van de algemene Privacyrichtlijn (95/46/EC) voor andere diensten dan elektronische communicatiediensten bewaarplichten kunnen invoeren.

"You can't have your cake and eat it too" had het Hof van Justitie met recht kunnen stellen. De Commissie had met haar voorstel misschien een redelijke poging gedaan tot harmonisatie van de interne markt, maar de Raad heeft daar met het Parlement alle bepalingen systematisch uit verwijderd die de lidstaten zouden hebben beperkt in de mogelijkheid verder te gaan dan de richtlijn. Het is opmerkelijk dat het Hof niet heeft gezien dat de harmonisatie met het oog op het wegnemen en voorkomen van belemmeringen voor de interne markt een fictie is. Het blijft overigens de vraag hoe de aan de lidstaten geboden ruimte zich verhoudt tot de door het primaire EG-recht gegarandeerde (markt)vrijheden.

De toekomst van databewaar in de elektronische communicatiesector

Met dit arrest is de rechtsgrondslag van de richtlijn bekrachtigd. Dit betekent niet dat de juridische strijd over de richtlijn gestreden is. In tenminste twee landen zijn procedures aanhangig die betogen dat de richtlijn en de nationale implementaties in strijd zijn met de grondrechten. In Duitsland is reeds een voorlopige uitspraak geweest in een klacht van 35.000 burgers tegen de per 1 januari 2008 ingevoerde

bewaarplicht.^{xii} De zaak is aangehouden tot de hier besproken uitspraak van het Hof. In Ierland wordt momenteel gewacht op een uitspraak van het Ierse 'High Court' over een mogelijke verwijzing naar het Hof in Luxemburg.^{xiii} Het Hof zal zich dus waarschijnlijk wel moeten gaan uitspreken over de vraag naar de proportionaliteit van de bewaarplicht in de richtlijn en de nationale implementaties. Gezien het gebrek aan harmonisatie zal de Europese Commissie ondertussen toekijken hoe de uiteenlopende nationale regelingen verdere verstoringen in de interne markt veroorzaken. De ontwikkelingen in het elektronische communicatielandschap hebben de huidige regeling daarnaast volledig ingehaald. Het debat over dataretentie lijkt nog maar net begonnen.

ⁱ Joris van Hoboken is promovendus op het Instituut voor Informatierecht op de Universiteit van Amsterdam.

ⁱⁱ Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad 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, PbEG 2006 L 105/54.

ⁱⁱⁱ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), PbEG 2002, L 201/37.

^{iv} Voor een bespreking van de conclusie van de Advocaat Generaal zie Christiaan van Veen & Pepijn van Ginneken, 'De Dataretentierichtlijn: Speelbal tussen pijlers', Mediaforum 2009-1, p. 2-10.

^v BVerfG 11 maart 2008, 1 BvR 256/08.

^{vi} Zie het voorgestelde artikel 10 in het aanvankelijke voorstel van de Commissie, European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the retention of data processed in connection with the provision of public electronic communication services and amending Directive 2002/58/EC, Brussels, 21.9.2005, COM(2005) 438 final, 2005/0182 (COD).

^{vii} Zie ook punt 23 van de considerans van de richtlijn waarin wordt bepaald dat de richtlijn de technologie voor de bewaring van gegevens niet harmoniseert, maar de keuze voor deze technologie overlaat aan de lidstaten.

^{viii} Zie het voorstel van de Europese Commissie, supra noot vi.

^{ix} Slowakije kent bijvoorbeeld een bewaartermijn van 24 maanden voor telecommunicatiegegevens. Een aantal landen heeft nog bewaartermijnen van meer dan 2 jaar die stammen uit de tijd van voor de richtlijn. Zie Kamerstukken II, 2007–2008, 31 145, nr. 9 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 20.

^x In bijvoorbeeld Denemarken zijn bewaarplichten voorgesteld die zich uitstrekken tot het surfgedrag van internetgebruikers.

^{xi} Het woord 'specific' uit de Engelse tekst van het nieuwe Artikel 15 lid 1a van de e-Privacyrichtlijn is in de Nederlandse tekst van de richtlijn niet overgenomen.

^{xii} Zie de website van de "German Working Group on Data Retention", <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/index.php>. Laatst bezocht 20 februari 2009.

^{xiii} Zie de website van Digital Rights Ireland, <http://www.digitalrights.ie>. Laatst bezocht 20 februari 2009.