

Hof van Justitie: Europese bewaarplicht telecomgegevens strijdig met privacygrondrechten

Frank Simons & Gerrit-Jan Zwenne

1 Inleiding

In wat door verschillende commentatoren wordt aangeduid als een 'landmark decision' heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie op 8 april jl. de Europese Dataretentierichtlijn (2006/24/EG) ongeldig verklaard.¹

De richtlijn beoogde te waarborgen dat bel- en internetgegevens gedurende een bepaalde periode beschikbaar blijven voor gebruik in het kader van strafvordering en inlichtingen en veiligheid. De ervaring leert echter dat deze gegevens ook zomaar kunnen worden gebruikt in bestuursrechtelijke toezicht- en handhavingstrajecten.² Dat past in de actuele tendens naar het toekennen van steeds ruime informatiebevoegdheden voor toezichthouders – recent nog onderwerp van discussie in het kader van de ACM-stroomlijningswet. Niettemin zijn daarbij belangrijke vraagtekens te plaatsen.

De onderhavige uitspraak van het Hof bevestigt dat. Het rechtscollege vindt dat toegang tot de gegevens moet worden beperkt tot wat strikt noodzakelijk is voor het voorkomen, opsporen of strafrechtelijk vervolgen van ernstige criminaliteit, en dat is niet zonder meer een taak van toezichthouders zoals ACM, AFM of Cbp.

2 De Europese Dataretentierichtlijn (2006/24/EG)

De Dataretentierichtlijn verlangde van EU-lidstaten dat zij internet- en telecomaanbieders verplichtten om verkeers- en locatiegegevens ten minste zes en ten hoogste 24 maanden te bewaren, teneinde zeker te stellen dat dergelijke gegevens beschikbaar zijn voor het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit, zoals georganiseerde misdaad en terrorisme.³ Het gaat om gegevens die

1 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.

2 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079 en ECLI:NL:RBROT:2013:5042, welke wij hieronder nader zullen toelichten.

3 Art. 1 en overweging 9 van de Dataretentierichtlijn. In Nederland gaat het om misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is of die in georganiseerd verband zijn beraamd of gepleegd en die een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, alsmede terrorisme; zie daarover Kamerstukken I 2007/08, 31145, nr. B, p. 3 en nr. C, p. 4.

nodig zijn om achteraf te achterhalen wie, wanneer, van welke locatie en met wie communiceerde.

De richtlijn trad acht jaar geleden in werking en heeft vanaf dat moment een moeizaam bestaan geleid. In diverse lidstaten liet de implementatie van de richtlijn lang op zich wachten, mede in verband met moeilijke keuzes waarbij privacy-bescherming moest worden afgewogen tegen de noodzaak om criminaliteit te bestrijden.⁴ In een aantal gevallen, namelijk in Bulgarije, Roemenië, Cyprus, Duitsland en Tsjechië, hadden de constitutionele rechtscolleges al geoordeeld dat de nationale wetten ter implementatie van de richtlijn geheel of gedeeltelijk onhoudbaar waren wegens strijd met (privacy)grondrechten.⁵ Het voorlopig sluitstuk daarop is de onderhavige uitspraak, waarin het Hof van Justitie ook de aan deze wetten ten grondslag liggende richtlijn ongeldig heeft verklaard wegens onverenigbaarheid met artikel 7 (recht op privacy) en 8 (bescherming van persoonsgegevens) van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁶

3 De Nederlandse bewaarplicht

In Nederland is deze bewaarplicht geïmplementeerd in hoofdstuk 13 van de Telecommunicatiewet.⁷ Aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten en -netwerken dienen telefoongegevens⁸ twaalf maanden te bewaren en internetgegevens zes maanden.⁹ Die gegevens kunnen gedurende die periodes bij de aanbieders worden opgevraagd door de officier van justitie en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.¹⁰

Het gaat dus om gebruik van gegevens in het kader van strafvordering en inlichtingen en veiligheid. Daarbij was het uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever dat (bestuursrechtelijke) toezichthouders géén toegang zouden krijgen tot de bewaarde gegevens. In de memorie van toelichting zei de wetgever dat op de volgende, niet mis te verstane wijze:

- 4 Zie meest recent HvJ EU 30 mei 2013, zaak C-270/11, *Commissie vs. Zweden*, ECLI:EU:C:2013:948. Zie voorts C. Jones & B. Hayes, *The EU Data Retention Directive: a case study in the legitimacy and effectiveness of EU counter-terrorism policy*, november 2013, <<http://secile.eu/data-retention-in-europe-case-study/>>.
- 5 Over de uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht, zie G.J. Zwenne en F. Simons, *Duitse bewaarplicht ongrondwettig. En in Nederland?*, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2010/3. Zie voorts C. Jones & Ben Hayes, *The EU Data Retention Directive: a case study in the legitimacy and effectiveness of EU counter-terrorism policy*, november 2013, <<http://secile.eu/data-retention-in-europe-case-study/>>.
- 6 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, PbEU 2007, C 303/01.
- 7 Stb. 2009, 333.
- 8 O.a. telefoonnummers van oproeper en opgeroepene, datum en tijdstip van de oproep, locatie van de oproeper.
- 9 O.a. de zogenoemde gebruikersidentificaties, datum en tijdstip van log-in en log-off.
- 10 De desbetreffende bevoegdheden van de officier van justitie respectievelijk de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn geregeld in art. 126n, 126u en 126zh van het Wetboek van Strafvordering (Sv), respectievelijk art. 28 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002).

Voor wat betreft de toegang tot de bewaarde gegevens door bestuursorganen en door derden tenslotte valt bij voorbaat niet goed in te zien op grond van welke wettelijke bevoegdheden dan wel rechterlijke beslissingen bestuursorganen of derden toegang zouden kunnen verkrijgen tot de bewaarde gegevens. De doelbinding van artikel 13.2a staat aan een dergelijke toegang in de weg. Om tegemoet te komen aan de door het CBP en de OPTA ingebrachte bezwaren wordt voorgesteld om aan artikel 18.7 een extra lid toe te voegen, waarin uitdrukkelijk wordt bepaald dat de toezichthouder geen bevoegdheid heeft met betrekking tot de gegevens die op grond van artikel 13.2a worden bewaard. Hiermee wordt benadrukt dat andere toezicht houdende organen of derden geen toegang kunnen hebben tot deze gegevens.¹¹

Inzicht in de effectiviteit van de bewaarplicht, en daarmee voor de proportionaliteit ervan, biedt het evaluatierapport van het WODC, dat de minister van Veiligheid en Justitie op 12 februari 2014 aan de Tweede Kamer zond.¹² In het rapport doet het WODC verslag van zijn onderzoek naar het gebruik van de bewaarde gegevens bij de opsporing. Een van de conclusies was dat telefoongegevens veelvuldig worden opgevraagd en geanalyseerd, maar dat bewaarde internetgegevens betrekkelijk weinig worden gebruikt. In dat verband kwam het WODC tot het oordeel dat

'[d]oor de voortschrijdende technische ontwikkelingen (...) de huidige bewaarplicht voor internetgegevens grotendeels achterhaald is'.

Het WODC acht dat onwenselijk en dringt aan op een zorgvuldige heroverweging van de regeling. Het merkt daarbij overigens op dat

'het er (...) naar uit [ziet] dat met het opvragen van telecommunicatiegegevens in de toekomst steeds minder nuttige informatie kan worden opgevraagd.'¹³

Over de rol van toezichthouder Agentschap Telecom, dat toezicht houdt op de bewaarplicht, merkt het WODC op:

'Het [Agentschap Telecom] heeft niet de bevoegdheid om de daadwerkelijke output van verkeers- en locatiegegevens van verschillende aanbieders in te zien. Hiermee mist het Agentschap een instrument om dit aspect van toezicht goed uit te kunnen voeren. (...) Het verdient daarom aanbeveling om de rol van de toezichthouder op dit vlak te verbeteren.'¹⁴

Veel onderbouwing voor die laatstgenoemde aanbeveling geeft het WODC overigens niet. Deze lijkt vooral ingegeven door een enkele verzuchting van een mede-

11 Kamerstukken II 2006/07, 31145, nr. 3, p. 42.

12 Kamerstukken II 2013/14, 33870, nr. 1 (met bijlage).

13 Bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 33870, nr. 1, p. 149.

14 Bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 33870, nr. 1, p. 77.

werker van Agentschap Telecom tijdens een interview.¹⁵ Wat ons betreft, kan in het kader van het toezicht op de bewaarplicht niet lichtzinnig worden omgesprongen met de mogelijkheden om toegang te verkrijgen tot de bewaarde gegevens. De uitspraak van het Hof van Justitie bevestigt dat.

4 De uitspraak van het Hof van Justitie

De aanleiding waren prejudiciële vragen van het Ierse High Court en het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof. Om deze te beantwoorden toetst het Hof van Justitie de Dataretentierichtlijn aan artikel 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, die zien op respectievelijk het recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven en het recht op bescherming van persoonsgegevens.

Om te beginnen stelt het Hof vast dat de aan telecomaanbieders opgelegde verplichting om verkeers- en locatiegegevens gedurende een bepaalde tijd te bewaren, op zich al een inmenging vormt in het door artikel 7 van het Handvest gewaarborgde recht op privacy.¹⁶ De toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens vormt volgens het Hof een aanvullende inmenging in dat fundamentele recht.¹⁷ De richtlijn vormt ook een inmenging in het door artikel 8 van het Handvest gewaarborgde fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens, aangezien zij voorziet in de verwerking van persoonsgegevens.¹⁸

Bovendien gaat het naar het oordeel van het Hof om een zeer ruime en bijzonder zware inmenging ('wide-ranging (...) and particularly serious interference') in deze fundamentele rechten en kan het feit dat de gegevens worden bewaard en later worden gebruikt zonder dat de betrokkenen wordt ingelicht, bij de betrokken personen het gevoel opwekken dat hun privéleven constant in de gaten wordt gehouden.¹⁹

Een bewaarplicht met als doel het bestrijden van internationaal terrorisme en ernstige criminaliteit zou volgens het Hof in beginsel een dergelijke inmenging kunnen rechtvaardigen. De wijze waarop de bewaarplicht in de richtlijn is geregeld acht het Hof echter om twee redenen niet evenredig.

In de eerste plaats bevat de richtlijn volgens het Hof geen voldoende duidelijke en precieze regels en criteria betreffende de omvang van de inmenging in de genoemde fundamentele rechten. Daardoor is niet gewaarborgd dat de zeer ruime en bijzonder zware inmenging in de fundamentele rechten daadwerkelijk wordt beperkt tot wat strikt noodzakelijk is.²⁰

15 Bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 33870, nr. 1, p. 74.

16 R.o. 34.

17 R.o. 35.

18 R.o. 36.

19 R.o. 37.

20 R.o. 65.

Van belang daarbij is dat de bewaarplicht betrekking heeft op gegevens betreffende alle eindgebruikers van telecomnetwerken (dat wil zeggen nagenoeg iedereen), met inbegrip van al degenen tegen wie geen enkele verdenking van ernstige criminaliteit bestaat. In dat verband wijst het Hof er ook op dat de bewaarplicht zich zelfs uitstrekt tot de communicatie van degenen met een beroepsgeheim (zoals advocaten en artsen). Ook is de richtlijn, volgens het Hof, te onduidelijk wat betreft de afbakening van de bewaarplicht (bijvoorbeeld wat betreft periode en geografische locatie waarop de gegevens betrekking hebben) en beperking van de bewaartermijn.

Verder is volgens het Hof onvoldoende duidelijk wanneer en onder welke voorwaarden nationale autoriteiten toegang tot de gegevens kunnen hebben. De richtlijn volstaat met het voorschrijven dat lidstaten moeten zorgdragen voor procedures met betrekking tot wie toegang hebben tot de gegevens, maar voorziet er niet in dat er alleen sprake zou moeten zijn van toegang tot de bewaarde gegevens als dat nodig is ter voorkoming of bestrijding van welbepaalde gevallen van ernstige criminaliteit.²¹

Het Hof zegt het zo:

'In de tweede plaats bevat richtlijn 2006/24 niet alleen geen beperkingen, maar ook geen objectieve criteria ter begrenzing van de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens en het latere gebruik ervan met het oog op het voorkomen, opsporen of strafrechtelijk vervolgen van inbreuken die, gelet op de omvang en de ernst van de inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest erkende fundamentele rechten, voldoende ernstig kunnen worden geacht om een dergelijke inmenging te rechtvaardigen. [...] Bovendien bevat richtlijn 2006/24 geen materiële en procedurele voorwaarden betreffende de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens en het latere gebruik ervan. [...] In het bijzonder bevat richtlijn 2006/24 geen objectieve criteria op basis waarvan het aantal personen dat de bewaarde gegevens mag raadplegen en vervolgens gebruiken, kan worden beperkt tot wat strikt noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel. Maar bovenal is de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de bewaarde gegevens niet onderworpen aan enige voorafgaande controle door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke administratieve instantie waarvan de beslissing beoogt om de toegang tot de gegevens en het gebruik ervan 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. (...).'²²

Tot slot bevat de richtlijn volgens het Hof onvoldoende waarborgen tegen misbruik van of onrechtmatige toegang tot de bewaarde gegevens, en vereist de richtlijn niet dat gegevens binnen de EU worden opgeslagen, waardoor onvoldoende is

21 R.o. 57 t/m 64.

22 R.o. 60 t/m 62.

gewaarborgd dat een onafhankelijke autoriteit toezicht kan houden op de beveiliging van de gegevens.

Een en ander brengt het Hof tot het oordeel dat de EU-wetgever met de vaststelling van de Datarentierichtlijn 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, en dat de richtlijn daarmee ongeldig is.²³

Herziening van de Nederlandse bewaarplicht (art. 13.2a Tw)

Waar de advocaat-generaal bij het Hof in zijn conclusie nog de mogelijke gevolgen van een ongeldigverklaring onderzocht,²⁴ laat het Hof zich in zijn uitspraak daarover niet uit. De Europese Commissie kwam direct na de uitspraak al met de opmerking dat ongeldigheid van de richtlijn niet betekent dat lidstaten geen bewaarplicht mogen opleggen, en dat wat de Commissie betreft nationale wetgeving alleen hoeft te worden aangepast voor zover die in strijd is met Europees recht.²⁵

In Nederland zijn de bewindspersonen voor Veiligheid en Justitie niet verantwoordelijk voor de bewaarplicht. Zij hebben echter, wellicht omdat zij wel verantwoordelijk zijn voor degenen die van de bewaarde gegevens gebruikmaken, de Tweede Kamer laten weten de uitspraak van het Hof eerst nader te willen bestuderen, en in dat kader ook advies van de Raad van State en het College bescherming persoonsgegevens te gaan betrekken.²⁶ Eén Kamerlid kon daarop niet wachten, en heeft een initiatiefwetsvoorstel²⁷ ingediend dat kort gezegd de invoering van de Europese bewaarplicht teruggedraait naar de vóór 2009 bestaande, veel beperktere nationale bewaarplicht.

Uit een Kamerbrief van de minister van Economische Zaken blijkt dat de regering van plan is de consequenties van de uitspraak van het Hof mee te nemen in de herziening van onze nationale bewaarplicht naar aanleiding van het eerder genoemde evaluatierapport van de WODC.²⁸

5 Betekenis voor gebruik van telecomgegevens in het kader van het toezicht

Zoals gezegd leert de ervaring dat telecomgegevens ook ten grondslag kunnen komen te liggen aan bestuursrechtelijke toezicht- en handhavingstrajecten. In juni 2013 deed de Rechtbank Rotterdam bijvoorbeeld uitspraak in twee zaken waarin telefoongesprekken in het kader van fraudeonderzoek waren afgetapt, en

23 R.o. 69, 71 en dictum.

24 Conclusie van A-G P. Cruz Villalón van 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:845, o. 154 t/m 158.

25 Memo van de Europese Commissie van 8 april 2014, MEMO/14/269, <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-269_en.htm>.

26 Zie Plenaire verslagen Tweede Kamer, 72e vergadering, dinsdag 8 april 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 31145, nr. Y en Kamerbrief van de minister van Economische Zaken van 16 mei 2013, met kenmerk DGETM-TM/14065161.

27 Kamerstukken II 2013/14, 33939, nr. 2.

28 Kamerstukken II 2013/14, 26643, nr. 313, p. 2.

waarvan de verslagen door het Openbaar Ministerie waren verstrekt aan de NMaten behoeve van onderzoek naar overtredingen van het kartelverbod.²⁹

De rechtbank vernietigde de boetebesluiten die naar aanleiding van de tapverslagen waren genomen omdat er geen sprake was van een kenbare, toetsbare afweging van de officier van justitie dat verstrekking noodzakelijk was vanwege een zwaarwegend algemeen belang. Daarmee werd volgens de rechtbank geen recht gedaan aan de eisen van artikel 8 EVRM – het equivalent van artikel 7 van het Handvest, aan welke bepaling het Hof de Datarentierichtlijn toetste.

Wij menen dat in het licht van de uitspraak van het Hof het soort afweging dat de rechtbank van de officier vergt niet snel kan resulteren in verstrekking van telecomgegevens aan toezichhouders.³⁰ In meer algemene zin komt het ons voor dat het niet snel proportioneel kan zijn dat toezichhouders toegang verkrijgen tot de telecomgegevens die op grond van de bewaarplicht door telecomaانبieders moeten worden bewaard.

In zijn uitspraak stelt het Hof immers dat toegang tot de telecomgegevens moet worden beperkt tot wat strikt noodzakelijk is voor het voorkomen, opsporen of strafrechtelijk vervolgen van ernstige criminaliteit. Het Hof verlangt bovendien procedurele waarborgen, zoals voorafgaande controle door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke administratieve instantie. Op dit moment zal in een bestuursrechtelijke toezichtsituatie aan die eisen meestal niet zijn voldaan.

6 Afrondend

Het wachten is op een voorstel tot aanpassing van de Nederlandse bewaarplicht. En tot dat moment ligt het in de rede dat bij het toezicht op de bewaarplicht terughoudendheid wordt betracht. Daarmee lijkt in tegenspraak dat de minister van Economische zaken onlangs aankondigde dat hij in de uitspraak van het Hof van Justitie geen belemmering ziet om onderdelen van de bewaarplicht wél te gaan handhaven. De bewindspersoon doelde daarbij echter (vooral) op de met de bewaarplicht samenhangende privacyvereisten.³¹

29 Rb Rotterdam 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079 en ECLI:NL:RBROT:2013:5042. Het hoger beroep van het OM heeft het CBb bij uitspraak van 14 april 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:151) niet-ontvankelijk verklaard. Het hoger beroep van ACM is nog aanhangig.

30 Dat wordt niet anders doordat het in de zaak waarover de rechtbank oordeelde ging om tapverslagen, en niet om telecomgegevens die onder de bewaarplicht vallen. Het aftappen van telecommunicatie wordt immers als een nog grotere inbreuk op de privacy beschouwd. Juist om die reden worden aan een vordering tot aftappen hogere eisen gesteld dan aan een vordering tot verstrekking van verkeers- en locatiegegevens, zowel wat betreft de ernst van het misdrijf dat wordt onderzocht, als wat betreft de procedurele waarborgen. Vgl. wat dat betreft art. 126m Sv met art. 126n Sv. De overwegingen van het Hof over toegang tot verkeers- en locatiegegevens gelden daardoor ook, en mogelijk zelfs in sterkere mate, voor toegang tot gegevens die door middel van aftappen zijn verkregen.

31 Zie Kamerstukken II 2013/14, 26643, nr. 313.

Vanzelfsprekend is het helemaal niet meer bewaren van telecomgegevens de beste manier om aan die privacyvereisten tegemoet te komen. Van telecomaandieners kan niet zonder meer worden verwacht dat ze daartoe overgaan. Het Hof heeft immers niet uitgemaakt dat artikel 13.2a Tw niet meer werkt, maar slechts dat de richtlijn waarvan deze bepaling de implementatie vormt ongeldig is. Er zijn, menen wij, belangrijke aanwijzingen dat ook onze nationale implementatie van de bewaarplicht, net als de richtlijn, vanwege strijd met privacygrondrechten, niet voldoet aan de in de uitspraak gestelde vereisten, maar daarover moet nog wel door de Nederlandse rechter worden geoordeeld.

Het past de regering om daarop niet te wachten en snel duidelijkheid te bieden omtrent de bewaarplicht.

SAL

Leef
Ben
Enke
mon
van
cont
tijd
door
getr
elde
met
201
wor
ten
aanl
Alle
sup
zake
drar
glaz
stan
als
zou
verk
aan
maa
posi

Syst
geze
inn
Ann
Fran
De I
(IG2
nieu
syst
uit v
gove
rime
mati
Ned
en e
lever
ten
zich
lijk.

Tijds