

No.W03.14.0161/II/Vo

's-Gravenhage, 17 juli 2014

Bij brief van 20 mei 2014 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd hem van voorlichting te dienen over een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Op 8 april 2014 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie beslist dat Richtlijn 2006/24/EG (hierna: de dataretentierichtlijn)<sup>1</sup> in zijn geheel ongeldig is wegens strijd met de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest).<sup>2</sup> De dataretentierichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens. De Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens komt door de gebonden implementatie materieel grotendeels overeen met de dataretentierichtlijn. De dataretentierichtlijn laat maar op enkele punten beleidsruimte toe.

De Minister van Veiligheid en Justitie heeft de Afdeling advisering verzocht hem voorlichting te geven over de vraag welke mogelijke gevolgen dit arrest heeft voor de nationale wetgeving over de bewaring van telecommunicatiegegevens ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Hij verzoekt de Afdeling in het bijzonder in te gaan op de volgende vragen:

1. Heeft het arrest van het Hof tot gevolg dat de nationale wetgeving ter implementatie van de richtlijn dataretentie, nu die uitvoering geeft aan een richtlijn die ongeldig is, alleen al om die reden niet in stand kan blijven?
2. Zijn er andere juridische overwegingen die aanleiding kunnen geven tot aanpassing van de nationale implementatiewetgeving, zoals de richtlijn 2002/58/EG (PbEU 2002, L 201) en de Europese en internationaalrechtelijke kaders waaraan het Hof de richtlijn heeft getoetst?
3. Dient ieder element van de door het Hof geformuleerde voorwaarden bij de toetsing van de richtlijn dataretentie afzonderlijk in wetgeving te worden opgenomen of bestaat er voor de nationale wetgever ruimte om bij de uitvoering van artikel 15 van richtlijn 2002/58/EG te voorzien in een samenstel van waarborgen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer dat in zijn onderlinge samenhang gelijkwaardig is aan de vereisten die het Hof in zijn arrest heeft beschreven? Hierbij wordt bedoeld op de wisselwerking tussen elementen als de te bewaren gegevens, de bewaartermijnen, de doelbinding, de beveiliging van of de toegang tot de gegevens.
4. Heeft het arrest van het Hof gevolgen, en zo ja welke, voor andere nationale regels met betrekking tot de opslag van gegevens voor strafrechtelijke doeleinden omtrent personen, ten aanzien van wie er geen aanwijzingen zijn van betrokkenheid bij strafbare feiten, zoals het vastleggen en bewaren van kentekengegevens door de politie (Kamerstukken 33 542)?

<sup>1</sup> Richtlijn 2006/24/EG van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG (dataretentierichtlijn).

<sup>2</sup> Arrest van 8 april 2014 in de gevoegde zaken C-293/12 (Digital Rights Ireland tegen Ierland) en C-594/12 (Seitlinger, Tschohl e.a. tegen Kärntner Landesregierung).

De Afdeling beantwoordt de vragen kort samengevat als volgt.

Het enkele feit dat het Hof de dataretentierichtlijn ongeldig heeft verklaard betekent niet dat de nationale wetgeving ter omzetting van de dataretentierichtlijn ongeldig is. Op grond van artikel 51 van het Handvest is het Handvest evenwel ook van toepassing op nationale handelingen die binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie vallen. Daarvan is hier sprake omdat de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens een invulling bevat van de zogeheten e-privacyrichtlijn en een belemmering vormt van het dienstenverkeer. Aangezien de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens vrijwel dezelfde inhoud heeft als de dataretentierichtlijn, moet worden aangenomen dat ook deze wet in strijd is met de artikelen 7 en 8 van het Handvest en zal moeten worden aangepast aan de in het arrest geformuleerde voorwaarden.

De wijze waarop Nederland aan deze voorwaarden moet voldoen staat in beginsel ter beoordeling van de wetgever met dien verstande dat de waarborgen duidelijk, concreet en specifiek in de wet omschreven moeten worden. Zo zal bij voorbeeld gemotiveerd onderscheid moeten worden gemaakt tussen categorieën gegevens, naar de mate van ernst van de criminaliteit waarvoor de gegevens worden bewaard of naar de mate waarin er aanwijzingen van betrokkenheid bij criminaliteit zijn. Op onderdelen heeft de wetgever daarbij een zekere ruimte.

Het arrest heeft naar het oordeel van de Afdeling ook gevolgen voor andere nationale regels die zien op gegevensopslag voor strafrechtelijke doeleinden waarbij aanwijzingen van betrokkenheid bij strafbare feiten ontbreken. Daarbij is van belang of dergelijke regels vallen binnen de werkingssfeer van het Unierecht en daarmee ingevolge artikel 51 van het Handvest vallen onder de toepassing van het Handvest. Indien het Handvest op de voet van artikel 51 op deze nationale regels van toepassing is, dient de opslag van gegevens in overeenstemming te zijn met de artikelen 7 en 8 van het Handvest en zijn de voorwaarden die het Hof in het arrest geeft van belang. Indien het Handvest niet van toepassing is, zal de opslag van gegevens in overeenstemming moeten zijn met artikel 8 EVRM. De Afdeling acht niet onaannemelijk dat die toetsing tot een vergelijkbaar resultaat zal leiden.

In het navolgende gaat de Afdeling meer uitvoerig op de gestelde vragen in.

**1. Heeft het arrest van het Hof tot gevolg dat de nationale wetgeving ter implementatie van de richtlijn dataretentie, nu die uitvoering geeft aan een richtlijn die ongeldig is, alleen al om die reden niet in stand kan blijven?**

Het Hof heeft op 8 april 2014 in het arrest in de gevoegde zaken C-293/12 (Digital Rights Ireland Ltd.) en C-594/12 (Seitlinger en Tschohl) (hierna: het arrest) de dataretentierichtlijn ongeldig verklaard.<sup>3</sup> De gevolgen van een ongeldigverklaring zijn niet omschreven in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). De artikelen 264 en 266 VWEU bevatten wel regels over de gevolgen van een nietigverklaring. Het Hof past deze regels naar analogie toe op een ongeldigverklaring

<sup>3</sup> Arrest van 8 april 2014 in de gevoegde zaken C-293/12 (Digital Rights Ireland tegen Ierland) en C-594/12 (Seitlinger, Tschohl e.a. tegen Kärntner Landesregierung).

om de gevolgen daarvan vast te stellen.<sup>4</sup> Een ongeldigverklaring heeft daarmee in beginsel werking *erga omnes*: iedere nationale rechter kan de ongeldigheid uitspreken.<sup>5</sup> Ongeldigverklaring heeft voorts werking *ex tunc*: zij heeft terugwerkende kracht tot het tijdstip waarop de richtlijn in werking trad.<sup>6</sup> Op grond van artikel 264, tweede lid, VWEU beschikt het Hof over de bevoegdheid om de gevolgen van een vastgestelde ongeldigheid voor het verleden te beperken.<sup>7</sup> Het Hof heeft bij de ongeldigverklaring van de dataretentierichtlijn van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt.<sup>8</sup>

Uit het vorenstaande volgt dat de dataretentierichtlijn volledig verdwenen is uit de communautaire rechtsorde vanaf het moment waarop de dataretentierichtlijn in werking is getreden.<sup>9</sup>

*a. Gevolgen arrest voor implementatiewetgeving vanuit Unierecht bezien*

De ongeldigheid van de dataretentierichtlijn heeft allereerst tot gevolg dat EU-lidstaten niet langer verplicht zijn om de dataretentierichtlijn te implementeren en dat de Europese Commissie de implementatieverplichting niet langer kan handhaven.<sup>10</sup>

De ongeldigheid van de dataretentierichtlijn betekent daarnaast dat de omzettingswetgeving, zoals de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens in Nederland, in zoverre autonome wetgeving wordt. De materie wordt in zekere zin gernationaliseerd.<sup>11</sup> Zoals hierna onder de tweede vraag wordt uiteengezet, betekent dit echter niet dat de materie niet meer tot de werkingsfeer van het Unierecht behoort.

*Het enkele feit* dat het Hof de dataretentierichtlijn ongeldig heeft verklaard betekent niet dat de nationale wetgeving ter omzetting van de dataretentierichtlijn ongeldig is. Het Hof is niet bevoegd om over de geldigheid van de nationale wet te oordelen. De bevoegdheid van het Hof blijft beperkt tot het verklaren van de ongeldigheid van de richtlijn.<sup>12</sup> Het is aan de wetgever, het bestuur en, in laatste instantie, aan de rechter

<sup>4</sup> Arresten van 19 oktober 1977, C-117/76, Ruckdeschel, punt 13; Arrest van het Hof van 26 april 1994, C-228/92, Roquette Frères SA, punten 50-53; Arrest van 27 februari 1985, C-112/83, Société des produits de maïs, punt 16.

<sup>5</sup> Arrest van het Hof van 13 mei 1981, C-66/80, International Chemicals, punt 13; K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, Procedural law of the European Union (London: Sweet & Maxwell), blz. 363.

<sup>6</sup> Arrest van het Hof van 26 april 1994, C-228/92, Roquette Frères SA, punt 17. K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, Procedural law of the European Union (London: Sweet & Maxwell), blz. 318-320.

<sup>7</sup> Arrest van het Hof van 27 februari 1985, C-112/83, Société des produits de maïs, punten 17-18.

<sup>8</sup> Advocaat-Generaal P. Cruz Villalón drong hier in zijn Conclusie nog wel op aan, zie Conclusie van Advocaat-Generaal P. Cruz Villalón van 12 december 2013, C-293/12, Digital Rights Ireland, punten 154-158.

<sup>9</sup> Arrest van het Hof van 26 april 1988, C-97/86, Asteris and Others / Commissie, punt 30; K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, Procedural law of the European Union (London: Sweet & Maxwell), blz. 319.

<sup>10</sup> De Europese Commissie stelde op 11 juli 2012 een beroep in tegen Duitsland omdat Duitsland de krachtens de dataretentierichtlijn op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen (verzoekschrift van 11 juli 2012, C-329/12, Europese Commissie / Bondsrepubliek Duitsland). Zweden is inmiddels gelast de Europese Commissie een forfaitaire som van 3 miljoen euro te betalen voor de niet-omzetting van de dataretentierichtlijn in nationaal recht (arrest van het Hof van 30 mei 2013, C-270/11, Commissie / Koninkrijk Zweden, punt 61).

<sup>11</sup> K.J.M. Mortelmans en R.H. van Ooik, "Het Europese verbod op tabaksreclame: verbetering van de interne markt of bescherming van de volksgezondheid?" *Ars Aequi* 50 (2001), 2, blz. 126.

<sup>12</sup> Arrest van het Hof van 30 oktober 1975, C-23/75, Rey Soda, ro. 50-51; Arrest van 25 januari 1994, C-212/91, Angelopharm, ro. 18 en 43; Thomas Vandamme, *The Invalid Directive: the legal authority of a Union act requiring domestic law making* (Groningen: Europa Law Publishing, 2005), blz. 114-115;

van elke lidstaat om in hun eigen rechtsorde de consequenties te trekken uit een ongeldigverklaring door het Hof van een richtlijn.<sup>13</sup> Het is dus het nationale recht dat de status van wetgeving ter implementatie van ongeldige richtlijnen regelt.<sup>14</sup>

*b. Gevolgen arrest voor implementatiewetgeving vanuit nationaal recht bezien*

De Nederlandse wetgever heeft op grond van artikel 81 van de Grondwet een algemene bevoegdheid om regels te stellen. Op grond hiervan mag de wetgever ook regels stellen met betrekking tot het bewaren van verkeersgegevens, zoals in de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens. Wel zal de inhoud van die wet vanzelfsprekend in overeenstemming moeten zijn met Europese en Nederlandse regels die strekken tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het algemeen en van persoonsgegevens in het bijzonder. Bij de Europese regels gaat het met name om de algemene richtlijn gegevensbescherming<sup>15</sup> en de e-privacyrichtlijn;<sup>16</sup> bij de Nederlandse regels gaat het om artikel 10 van de Grondwet – dat de wetgever een regelingsopdracht geeft – en de Wet bescherming persoonsgegevens.<sup>17</sup> De door het Hof bepaalde ongeldigheid van de dataretentierichtlijn die tot het totstandbrengen van de wet verplichtte doet aan de bevoegdheid van de Nederlandse wetgever niet af.<sup>18</sup>

Het enkele feit dat het arrest van het Hof de formele geldigheid van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens niet aantast, laat onverlet dat de Nederlandse wetgever zal moeten vaststellen of en zo ja welke gevolgen het arrest heeft voor die wet. Met dit verzoek om voorlichting heeft de regering het initiatief genomen om in overleg met de Staten-Generaal te onderzoeken of de wet in stand kan blijven.

*c. Antwoord*

De Afdeling concludeert dat het arrest van het Hof niet tot gevolg heeft dat de nationale wetgeving ter implementatie van de door het Hof ongeldig verklaarde dataretentierichtlijn niet in stand kan blijven vanwege *het enkele feit* dat het Hof de dataretentierichtlijn ongeldig heeft verklaard.<sup>19</sup>

---

Arrest van het Hof van 15 februari 2001, C-293/99, Nachi Europe, ro. 26; K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, Procedural law of the European Union (London: Sweet & Maxwell), blz. 364-365.

<sup>13</sup> Arrest van het Hof van 30 oktober 1975, C-23/75, Rey Soda, punten 50-51.

<sup>14</sup> Thomas Vandamme, The Invalid Directive: the legal authority of a Union act requiring domestic law making (Groningen: Europa Law Publishing, 2005), blz. 139.

<sup>15</sup> Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens, PbEG L 281/31.

<sup>16</sup> Richtlijn 2002/58/EG van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie, PbEG L 201/37.

<sup>17</sup> Artikel 10 Grondwet verlangt dat de wet regels stelt ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens; en dat de wet regels stelt inzake de aanspraken van personen op de kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zulke gegevens. De Wet bescherming persoonsgegevens implementeert de algemene richtlijn gegevensbescherming en geeft tevens uitwerking aan de regelingsopdracht in artikel 10 Grondwet.

<sup>18</sup> Als gebruik was gemaakt van een vereenvoudigde procedure ter implementatie van een Europese richtlijn of verordening zou dat wellicht anders zijn geweest. Zo maakt artikel 10.3 van de Telecommunicatiewet het mogelijk, voor bepaalde onderwerpen regels vast te stellen bij algemene maatregel van bestuur voor zover die regels strekken ter implementatie van een bepaald soort Europese richtlijnen. Van zo'n vereenvoudigde procedure is echter in dit geval geen gebruik gemaakt.

<sup>19</sup> In gelijke zin ook uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2028.

**2. Zijn er andere juridische overwegingen die aanleiding kunnen geven tot aanpassing van de nationale implementatiewetgeving, zoals de richtlijn 2002/58/EG en de Europese- en internationaalrechtelijke kaders waaraan het Hof de richtlijn heeft getoetst?**

De dataretentierichtlijn is door het Hof ongeldig verklaard omdat niet werd voldaan aan de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest). De vraag die voorligt is of de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, hoewel deze na het wegvallen van de richtlijn beschouwd moet worden als een gewone ('autonome') nationale wet, desondanks aan artikel 7 en 8 Handvest moet voldoen. Voor het antwoord op die vraag is het toepassingsgebied van het Handvest van belang. Artikel 51, eerste lid, van het Handvest bakent dit toepassingsgebied af. De eerste volzin van deze bepaling luidt:

De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten.

Het begrip 'ten uitvoer brengen' heeft evenwel niet, althans niet uitsluitend betrekking op de wetgeving die de lidstaten ter uitvoering van een EU-richtlijn of verordening hebben vastgesteld. Blijkens de jurisprudentie van het Hof moet het begrip uitvoering van Unierecht in de zin van artikel 51, eerste lid, Handvest aldus worden verstaan dat het gaat om optreden van de lidstaten "binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie".<sup>20</sup> In recente rechtspraak heeft het Hof deze lijn nog bevestigd.<sup>21</sup>

De Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens implementeerde de dataretentierichtlijn en gaf daarmee uitvoering aan Unierecht.<sup>22</sup> Nu de dataretentierichtlijn ongeldig is, is de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens autonome wetgeving is geworden, en moet worden gezien of die wet binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie valt in bovenbedoelde zin. De Afdeling ziet twee aanknopingspunten voor een bevestigend antwoord op die vraag: de e-privacyrichtlijn en het vrij verkeer van diensten.

*a. Artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn*

Richtlijn 2002/58/EG betreffende privacy en elektronische communicatie (hierna: e-privacyrichtlijn)<sup>23</sup> is een specificatie voor de telecommunicatiesector van richtlijn 95/46/EG (hierna: algemene richtlijn gegevensbescherming)<sup>24</sup>. Deze richtlijn verplicht aanbieders van telecommunicatiediensten om verkeers- en locatiegegevens te wissen

<sup>20</sup> Artikel 51 Handvest bevat op dit punt een codificatie van de rechtspraak van het Hof over de toepassing van algemene rechtsbeginselen (waaronder de grondrechten) op nationale handelingen. Zie Toelichting bij het Handvest ad artikel 51.

<sup>21</sup> Arrest van het Hof van 26 februari 2013, C-617/10, Akerberg Fransson, punten 17-19. Zie voorts Arrest van het Hof van 30 april 2014, C-390/12, Pflieger, punten 31-34.

<sup>22</sup> Zaak C-2/92, Bostock, Jur. 1994, I-955, punt 16; zaak C-442/00, Caballero, Jur. 2002, I-11915 punt 31; Gevoegde zaken C-20/00 en 64/00, Booker Aquaculture, Jur. 2003, p. I-7577, punt 88.

<sup>23</sup> Richtlijn 2002/58/EG van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie. PbEU L 201/37.

<sup>24</sup> Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens, PbEU L 281/31.

of anoniem te maken vanaf het moment dat de gegevens niet langer noodzakelijk zijn voor dienstverlening als facturering, tenzij toestemming is gegeven om deze gegevens te bewaren voor marketingdoeleinden. Op grond van artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn kunnen EU-lidstaten hieraan beperkingen stellen.

Artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn luidt:

De lidstaten kunnen wettelijke maatregelen treffen ter beperking van de reikwijdte van de in artikelen 5 en 6, artikel 8, leden 1, 2, 3 en 4, en artikel 9 van deze richtlijn bedoelde rechten en plichten, indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is ter waarborging van de nationale, dat wil zeggen de staatsveiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van het elektronische communicatiesysteem als bedoeld in artikel 13, lid 1, van richtlijn 95/46/EG. Daartoe kunnen de lidstaten onder andere wetgevingsmaatregelen treffen om gegevens gedurende een beperkte periode te bewaren om de redenen die in dit lid worden genoemd. Alle in dit lid bedoelde maatregelen dienen in overeenstemming te zijn met de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, met inbegrip van de beginselen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.<sup>25</sup>

Verscheidende EU-lidstaten hebben destijds gebruik makend van de in dit artikel gelaten mogelijkheid, wetgeving tot stand gebracht,<sup>26</sup> waardoor telecommunicatiediensten genoodzaakt waren om apparatuur aan te schaffen en personeel in dienst te hebben om aan de bewaarplicht te kunnen voldoen. De telecommunicatiediensten kregen hierdoor in verschillende EU-lidstaten te maken met uiteenlopende verplichtingen inzake te bewaren gegevens en bewaringsvoorwaarden. Deze belemmering van het vrij verkeer van diensten leverde een verstoring van de interne markt op, en vormde, naast zorg over de terroristische aanslagen in Madrid in 2004 en Londen in 2005, de aanleiding voor de Europese Commissie om met een voorstel voor een richtlijn te komen die voorzag in een uniforme verplichting om telecommunicatiegegevens te bewaren.<sup>27</sup> De dataretentierichtlijn die daaruit resulteerde verklaarde artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn niet van toepassing op gegevens die worden bewaard uit hoofde van de dataretentierichtlijn.<sup>28</sup>

Met de ongeldigverklaring van de dataretentierichtlijn wordt de bevoegdheid van EU-lidstaten om een bewaarplicht voor telecommunicatiegegevens te regelen opnieuw beheerst door artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn. De regeling in de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens moet voldoen aan het bepaalde in artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn en de daarin genoemde voorwaarden. Die

<sup>25</sup> Artikel 15, eerste lid, van richtlijn 2002/58/EG van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (e-privacyrichtlijn). Artikel 6, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie verwijzen naar de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en verklaart dat dit Handvest dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen.

<sup>26</sup> Nederland heeft artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn destijds geïmplementeerd met artikel 11.13 Telecommunicatiewet, zie Stb. 2004, 189.

<sup>27</sup> Voorstel van 21 september 2005 voor een richtlijn betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG, COM(2005)438 definitief.

<sup>28</sup> Artikel 11 van richtlijn 2006/24/EG van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG (dataretentierichtlijn) luidt: [artikel 15,] lid 1 is niet van toepassing op de uit hoofde [van de dataretentierichtlijn] te bewaren gegevens voor de in artikel 1, lid 1, van die richtlijn bedoelde doeleinden.

voorwaarden omvatten uitdrukkelijk dat: alle in dat artikel bedoelde maatregelen moeten in overeenstemming zijn met de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, dat wil zeggen met inbegrip van de rechten die zijn neergelegd in het Handvest.<sup>29</sup> De Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens moet beschouwd worden als een “maatregel” in de zin van artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn en moet om die reden voldoen aan de eisen van het Handvest.<sup>30</sup> Om dezelfde reden valt deze wet binnen de werkingssfeer van het recht van de Unie en dus ook – gelet op artikel 51, eerste lid, van het Handvest zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof – onder de werkingssfeer van het Handvest.<sup>31</sup>

Op grond van het voorgaande is de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens ook na de ongeldigheid van de dataretentierichtlijn onderworpen aan de artikelen 7 en 8 van het Handvest.

*b. Vrij verkeer van diensten en Unie-rechtvaardigingsgrond*

De Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens is een nationale wetgevingsmaatregel die telecommunicatiediensten verplicht om apparatuur aan te schaffen en personeel in dienst te hebben om aan de bewaarplicht te kunnen voldoen. Daarmee vormt de maatregel een belemmering van het vrij verkeer van diensten.<sup>32</sup> Dat gegeven vormde mede aanleiding voor de dataretentierichtlijn. Het Hof concludeerde in het arrest *Pfleger* dat wanneer een lidstaat zich beroept op dwingende vereisten van algemeen belang ter rechtvaardiging van een regeling die de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting kan belemmeren, deze door het Unierecht geboden rechtvaardigingsgrond moet worden uitgelegd in het licht van de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht en met name in het licht van de inmiddels in het Handvest neergelegde grondrechten. De betrokken nationale regeling kan dus slechts rechtvaardiging vinden in de bedoelde uitzonderingen, wanneer zij in overeenstemming is met de grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.<sup>33</sup> Het Handvest dient in deze zin dus als een begrenzing van de mogelijkheden tot rechtvaardiging van de nationale wetgevingsmaatregel. Ook op grond van deze rechtspraak is de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens onderworpen aan het Handvest.

*c. Antwoord*

De Afdeling concludeert dat de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens ook na de ongeldigverklaring van de dataretentierichtlijn moet voldoen aan het bepaalde in artikel 7 en 8 van het Handvest. Uit artikel 51, eerste lid, van het Handvest gelezen in samenhang met de rechtspraak van het Hof volgt dat wil het Handvest op handelingen

<sup>29</sup> Artikel 6, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie verwijst naar de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en verklaart dat dit Handvest dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen.

<sup>30</sup> De Afdeling wijst er voorts op dat meer in het algemeen geldt dat EU-lidstaten bij de uitoefening van de hun door EU-richtlijnen verleende bevoegdheden, de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van de communautaire rechtsorde moeten naleven (arrest van het Hof van 21 februari 2008, C-271/06, *Netto Supermarkt*, punt 18).

<sup>31</sup> Arrest van het Hof van 19 januari 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, punten 23-25;

<sup>32</sup> Vgl. ook overweging 6 van de preambule van richtlijn 2006/24/EG van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG (dataretentierichtlijn).

<sup>33</sup> Arrest van het Hof van 30 april 2014, C-390/12, *Pfleger*, punt 35; Arrest van het Hof van 19 juni 1991, C-260/89, *ERT*, punten 42-45.

van de lidstaten van toepassing zijn, het moet gaan om optreden van de lidstaten “binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie.” Bij de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens is dat om verschillende redenen het geval. In de eerste plaats wordt de materie van die wet na het wegvallen van de dataretentierichtlijn bestreken door artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn. Bovendien vormt de in die wet geregelde bewaarplicht een belemmering van het vrij verkeer van diensten, welke gerechtvaardigd dienen te worden op grond van dwingende vereisten van algemeen belang. Om beide redenen valt de wet binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie en daarmee ook onder het werkingssfeer van het Handvest.

Toetsing van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens aan het Handvest leidt tot de conclusie dat de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens net als de dataretentierichtlijn in strijd is met de artikelen 7 en 8 van het Handvest. Aan deze conclusie liggen dezelfde redenen ten grondslag als die leidden tot de ongeldigverklaring van de dataretentierichtlijn. Voor zover de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens de door het Hof gewraakte bepalingen uit de dataretentierichtlijn heeft omgezet, heeft de wet immers vrijwel dezelfde inhoud als de dataretentierichtlijn. De Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens kan als zodanig derhalve niet in stand blijven wegens strijd met het Unierecht. Daarbij wijst de Afdeling op het Van Gelder Papier-arrest uit 1986 waarin de Hoge Raad uitmaakte dat sprake is van onrechtmatig handelen wanneer de staat een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift handhaaft.<sup>34</sup> De wet moet dientengevolge worden aangepast. De Afdeling gaat hier bij de beantwoording van de derde vraag verder op in.

**3. Dient ieder element van de door het Hof geformuleerde voorwaarden bij de toetsing van de richtlijn dataretentie afzonderlijk in wetgeving te worden opgenomen of bestaat er voor de nationale wetgever ruimte om bij de uitvoering van artikel 15 van richtlijn 2002/58/EG te voorzien in een samenstel van waarborgen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer dat in zijn onderlinge samenhang gelijkwaardig is aan de vereisten die het Hof in zijn arrest heeft beschreven? Hierbij wordt gedoeld op de wisselwerking tussen elementen als de te bewaren gegevens, de bewaartermijnen, de doelbinding, de beveiliging van of de toegang tot de gegevens.**

Bij de beantwoording van deze vraag kunnen twee aspecten worden onderscheiden. Ten eerste de (wetstechnische) vraag in hoeverre de voorwaarden van het Hof moeten worden vastgelegd in een afzonderlijke wet of dat daarin ook door een samenstel van regelgeving mag worden voorzien. Ten aanzien van dit punt geldt dat de wijze waarop Nederland aan de door het Hof geformuleerde voorwaarden moet voldoen in beginsel ter beoordeling van de wetgever staat. De wetgever heeft daarbij de keuze om de vereiste waarborgen in afzonderlijke wetgeving op te nemen dan wel deze middels een samenstel van regelingen te waarborgen.<sup>35</sup>

Een tweede aspect van de vraag betreft in hoeverre alle eisen afzonderlijk moeten worden vastgelegd of dat tussen de eisen een inhoudelijke “wisselwerking” kan

<sup>34</sup> Arrest van de Hoge Raad van 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867; zie ook de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 21 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:72; in deze zaak oordeelde het Gerechtshof Den Haag dat naar Nederlands aansprakelijkheidsrecht het uitvaardigen en handhaven van een wet in formele zin in strijd met het Unierecht, ook een onrechtmatige daad oplevert, die de Staat in beginsel tot schadevergoeding verplicht.



bestaan. De Afdeling begrijpt de vraag aldus dat het erom gaat in hoeverre de voorwaarden die het Hof stelt ruimte laten aan de wetgever. Om deze vraag te beantwoorden gaat de Afdeling hierna nader in op de inhoud van het arrest.

*a. De door het Hof geformuleerde voorwaarden*

Het Hof beschouwt de dataretentierichtlijn als een zeer ruime en bijzonder zware inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde fundamentele rechten.<sup>36</sup>

De bescherming van het in het Handvest gewaarborgde recht op eerbiediging van het privé-leven en van het familie- en gezinsleven en het recht op de bescherming van persoonsgegevens is niet absoluut. Op grond van artikel 52, eerste lid, kunnen de reikwijdte en uitlegging van die rechten beperkt worden op voorwaarde dat deze beperkingen bij wet worden gesteld, de wezenlijke inhoud van de in het Handvest gewaarborgde fundamentele rechten eerbiedigen, noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden, en daarbij het evenredigheidsbeginsel in acht nemen.<sup>37</sup>

Na vaststelling dat de in de dataretentierichtlijn voorgestelde bewaring niet raakt aan de wezenlijke inhoud van de door artikel 7 en 8 van het Handvest erkende rechten<sup>38</sup> en een waardevol en geschikt instrument vormt dat daadwerkelijk beantwoordt aan een doel van algemeen belang van de Unie,<sup>39</sup> toetst het Hof de evenredigheid van de in de dataretentierichtlijn voorgestelde bewaring. Het Hof stelt daarbij dat de beoordelingsbevoegdheid van de Uniewetgever beperkt is met het oog op het betrokken domein en de aard van de artikelen 7 en 8 van het Handvest, en de omvang en de ernst van de inmenging op deze artikelen. Het Hof oefent om die reden strikt toezicht uit.<sup>40</sup>

Om te kunnen voldoen aan de door het evenredigheidsbeginsel gestelde grenzen, moet een inbreuk op de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest (in casu de dataretentierichtlijn en ook de Wet bewaarplicht telecomgegevens) duidelijke en precieze regels bevatten over de omvang van de inbreuk, minimale vereisten opleggen zodat de personen van wie de gegevens worden bewaard over voldoende garanties beschikken dat hun persoonsgegevens worden beschermd tegen het risico van misbruik en tegen elke onrechtmatige raadpleging en elk onrechtmatig gebruik van deze gegevens, en nauwkeurig worden omkaderd door bepalingen die kunnen waarborgen dat de inbreuk daadwerkelijk beperkt is tot het strikt noodzakelijke.<sup>41</sup>

Het Hof concludeert dat met de dataretentierichtlijn de door het evenredigheidsbeginsel gestelde grenzen zijn overschreden, omdat de dataretentierichtlijn zich niet beperkt tot

---

<sup>35</sup> Zie naar analogie het arrest van het Hof van 20 mei 1992, C-190/90, Commissie/Nederland.

<sup>36</sup> Arrest van het Hof van 8 april 2014, C-293/12, Digital Rights Ireland, punt 37.

<sup>37</sup> Ibidem, punt 38.

<sup>38</sup> Ibidem, punten 39-40.

<sup>39</sup> Ibidem, punten 44, 49.

<sup>40</sup> Ibidem, punten 47-48.

<sup>41</sup> Ibidem, punten 54 en 65.

het strikt noodzakelijke. Het Hof benoemt in het arrest een groot aantal bezwaren tegen de dataretentierichtlijn.<sup>42</sup>

De Afdeling leidt uit het arrest af dat een Europese regeling die aanbieders van telecommunicatie verplicht om verkeers- en locatiegegevens te bewaren met het oog op het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit aan de volgende voorwaarden zal moeten voldoen.

- Een dergelijke regeling moet duidelijk en precies omschrijven welke categorieën gegevens, van welke elektronische communicatiemiddelen, van welke personen strikt noodzakelijk zijn voor het voorkomen, opsporen of vervolgen van ernstige criminaliteit en dus door telecommunicatieaanbieders moeten worden opgeslagen. Daarbij moeten er aanwijzingen bestaan dat er een verband bestaat tussen het gedrag van de personen van wie gegevens worden opgeslagen en zware criminaliteit. Eveneens moet er een verband bestaan tussen de gegevens die worden bewaard en een bedreiging van de openbare veiligheid.<sup>43</sup>
- Op basis van objectieve criteria zal per categorie gegevens duidelijk en precies omschreven moeten worden voor welke periode het strikt noodzakelijk is dat die gegevens door telecommunicatieaanbieders moeten worden bewaard. Voor sommige categorieën van gegevens zal dus een langere bewaartermijn kunnen gelden dan voor andere categorieën van gegevens en voor gegevens van personen die direct in verband kunnen worden gebracht met ernstige criminaliteit zal een langere bewaartermijn kunnen gelden dan voor personen die slechts indirect in verband kunnen worden gebracht met ernstige criminaliteit.<sup>44</sup>
- Gewaarborgd zal moeten zijn dat de gegevens na de bewaartermijn onherroepelijk worden vernietigd.<sup>45</sup>
- De toegang van de nationale autoriteiten tot de gegevens zal op zo'n manier begrensd moeten zijn dat alleen die personen toegang krijgen tot de gegevens voor wie dit strikt noodzakelijk is om ernstige criminaliteit te voorkomen, op te sporen of te vervolgen. Hun toegang moet worden onderworpen aan voorafgaande controle door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke administratieve instantie op grond van een gemotiveerd verzoek van de nationale autoriteiten.<sup>46</sup>
- Het gebruik van de gegevens waarvoor toegang is verkregen zal zo begrensd moeten worden dat de gegevens uitsluitend gebruikt kunnen worden door die personen die toegang hebben gekregen voor het voorkomen, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit.<sup>47</sup>
- Gegarandeerd moet zijn dat de persoonsgegevens zijn beschermd tegen het risico van misbruik, tegen elke onrechtmatige raadpleging en elk onrechtmatig gebruik.<sup>48</sup>
- Er moeten duidelijke en specifieke regels worden opgenomen ter verzekering van een bijzonder hoog niveau van beveiliging en bescherming van de (volle integriteit en de vertrouwelijkheid van de) gegevens.<sup>49</sup>

---

<sup>42</sup> Ibidem, punten 57 – 68.

<sup>43</sup> Ibidem, punten 57 – 59.

<sup>44</sup> Ibidem, punten 63 – 64.

<sup>45</sup> Ibidem, punt 67.

<sup>46</sup> Ibidem, punten 60 – 62.

<sup>47</sup> Ibidem, punt 60 – 62.

<sup>48</sup> Ibidem, punt 66.

- Ten volle moet zijn gewaarborgd dat een onafhankelijke autoriteit toezicht houdt op de beveiliging en bescherming van de opgeslagen gegevens. De gegevens zullen daartoe op het grondgebied van de Unie moeten worden opgeslagen.<sup>50</sup>

*b. Betekenis van de voorwaarden voor de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens*

Over de gevolgen van het arrest voor de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens merkt de Afdeling het volgende op.

Bij de beantwoording van de tweede vraag heeft de Afdeling geconcludeerd dat het Handvest van toepassing is op de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens. Het is in de eerste plaats de wetgever en uiteindelijk de Nederlandse rechter die het definitieve oordeel dient te geven over de vraag in hoeverre die wet in overeenstemming is met de artikelen 7 en 8 van het Handvest. Eventuele vragen over de interpretatie van het arrest kunnen daarbij door de rechter aan het Hof gesteld worden.<sup>51</sup>

Voor zover de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens strikt gebonden uitvoering gaf aan de dataretentierichtlijn, en de wet daarmee materieel overeenkomt met de dataretentierichtlijn, is de conclusie onontkoombaar dat de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens het lot van de dataretentierichtlijn zal delen. Dit betreft de verplichting voor aanbieders van telecommunicatiediensten om bepaalde categorieën verkeers- en locatiegegevens te bewaren, de verplichting om zorg te dragen voor gegevensbescherming en gegevensbeveiliging en de opslagvoorschriften voor bewaarde gegevens.

Voor zover de dataretentierichtlijn de EU-lidstaten beleidsruimte heeft gelaten of helemaal geen regels bevatte, zullen de wetgever en de rechter een meer zelfstandige toetsing aan de artikelen 7 en 8 van het Handvest moeten uitvoeren.<sup>52</sup> Dit is met name aan de orde bij de volgende punten.

- Termijn voor de bewaarplicht: de EU-lidstaten konden die vaststellen op minimaal zes en maximaal vierentwintig maanden. Daarbij merkt de Afdeling wel op dat het Hof verlangt dat er bij de bewaartermijn onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende categorieën gegevens naargelang van het nut voor het nagestreefde doel en naargelang van de betrokken personen, en dat de bewaartermijn wordt vastgesteld op basis van objectieve criteria. Een dergelijk onderscheid ontbreekt in de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens: er wordt slechts onderscheid gemaakt tussen gegevens over telefonie over een vast of mobiel netwerk (bewaartermijn van twaalf maanden) en gegevens over internet, e-mail en internettelefonie (bewaartermijn van zes maanden).
- Toegang tot de gegevens ten behoeve van strafvordering: de dataretentierichtlijn bevatte hiervoor geen regels. In Nederland is de toegang geregeld in het Wetboek van Strafvordering. De Nederlandse wetgever, en in laatste instantie de rechter, kan de strafvorderlijke procedure toetsen aan de waarborgen die het Hof op dit punt heeft geformuleerd, zoals beschreven onder a.

<sup>49</sup> Ibidem, punten 66 – 67.

<sup>50</sup> Ibidem, punt 68.

<sup>51</sup> Artikel 267 VWEU.

<sup>52</sup> De Afdeling merkt op dat de bepalingen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens daarbij voor zover mogelijk overeenkomstig het Handvest kunnen worden geïnterpreteerd.

- Plaats waar de gegevens worden bewaard: de dataretentierichtlijn schreef niet voor dat de betrokken gegevens op het grondgebied van de Unie moeten worden bewaard. Ook het Nederlandse recht bevat die verplichting niet, zodat thans niet ten volle wordt gewaarborgd – zoals het Hof verlangt – dat het College bescherming persoonsgegevens toezicht kan houden op de beveiliging en bescherming van de opgeslagen gegevens.
- Vernietiging van gegevens: in de dataretentierichtlijn ontbrak een regeling voor het onherroepelijk vernietigen van gegevens waarvan de bewaartermijn is verstreken. De Telecommunicatiewet voorziet hier wel in.<sup>53</sup>

De Afdeling wijst er tenslotte op dat de gevolgen van het arrest zich niet beperken tot het aanpassen of intrekken van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens.<sup>54</sup> EU-lidstaten zijn gehouden om consequenties te trekken uit de ongeldigverklaring met terugwerkende kracht van de dataretentierichtlijn.<sup>55</sup> Dit kan meebrengen dat ook gevolgen van reeds uitgevoerde handelingen moeten worden teruggedraaid.<sup>56</sup> In dit verband kan worden gedacht aan de vernietiging van thans nog opgeslagen gegevens en aan gegevens die zijn opgeëist in het kader van strafvordering.<sup>57</sup>

#### c. *Antwoord*

De wetgever heeft in beginsel de keuze om de vereiste waarborgen in afzonderlijke wetgeving op te nemen dan wel deze door een samenstel van regelingen te waarborgen. Wel volgt uit het arrest dat de waarborgen niet in algemene wettelijke termen kunnen worden geformuleerd, zoals geregeld in algemene wetten als de Wet bescherming persoonsgegevens. De waarborgen dienen duidelijk, concreet en specifiek te zijn. Zo zal bijvoorbeeld gemotiveerd onderscheid moeten worden gemaakt tussen categorieën gegevens, de mate van ernst van de criminaliteit waarvoor de gegevens worden bewaard en de mate waarin er aanwijzingen van betrokkenheid bij criminaliteit zijn.

Naar het oordeel van de Afdeling volgt uit het arrest dat in de nationale wetgeving aan alle afzonderlijke waarborgen moet worden voldaan. Daarbij wordt wel aangetekend dat uit het arrest blijkt dat een zekere ruimte kan bestaan bij de invulling van de verschillende elementen, zoals met betrekking tot de verhouding tussen de aard van de te bewaren gegevens, de mate van verband met ernstige criminaliteit, en de bewaartermijn.<sup>58</sup>

#### **4. Heeft het arrest van het Hof gevolgen, en zo ja welke, voor andere nationale regels met betrekking tot de opslag van gegevens voor strafrechtelijke doeleinden omtrent personen, ten aanzien van wie er geen aanwijzingen zijn van**

<sup>53</sup> Artikel 13.5, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van de Telecommunicatiewet.

<sup>54</sup> Artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

<sup>55</sup> Arrest van het Hof van 30 oktober 1975, C-23/75, *Rey Soda*, punten 50-51. Artikel 17, tweede lid, van de e-privacyrichtlijn bepaalt dat de lidstaten de tekst van de bepalingen van intern recht die zij vaststellen op het onder die richtlijn vallende gebied, aan de Commissie mededelen. Hetzelfde geldt voor wijzigingen van die bepalingen.

<sup>56</sup> Arrest van 12 juni 1980, C-130/79, *Express Dairy Foods*, punt 14; K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), blz. 473.

<sup>57</sup> Zie in dit verband uitspraak van 9 mei van het Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1835;

Uitspraak van 27 mei van het Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:2028;

<sup>58</sup> Punten 63-64.

### **betrokkenheid bij strafbare feiten, zoals het vastleggen en bewaren van kentekengegevens door de politie (Kamerstukken 33 542)?**

De Afdeling stelt vast dat de vierde vraag betrekking heeft op gegevensopslag voor strafrechtelijke doeleinden, waarbij aanwijzingen van betrokkenheid bij strafbare feiten ontbreken. Met die omschrijving wordt aangesloten bij een van de elementen in het arrest die het Hof brachten tot de conclusie dat er sprake was van een “zeer ruime en bijzonder zware inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde fundamentele rechten”.<sup>59</sup>

#### *a. Algemeen*

Het eerste gedeelte van de vraag gaat in het algemeen over de opslag van persoonsgegevens voor strafrechtelijke doeleinden. Voor de beantwoording van deze vraag is allereerst van belang of het gaat om de opslag van gegevens waarop het Handvest van toepassing is. Op de reikwijdte van het Handvest (artikel 51) is hiervoor, bij de beantwoording van tweede vraag, ingegaan. Indien het Handvest van toepassing is, dient de opslag van gegevens in overeenstemming te zijn met de artikelen 7 en 8 van het Handvest. Hierbij zijn de criteria die het Hof in het arrest geeft van belang. Waar nodig zal ook getoetst moeten worden aan artikel 11 van het Handvest (vrijheid van meningsuiting). Het Hof is aan deze bepaling in het arrest niet toe gekomen.<sup>60</sup> Hoe de beoordeling vervolgens in specifieke gevallen zal uitvallen is in de eerste plaats aan de wetgever en uiteindelijk aan de rechter.

Indien het Handvest niet van toepassing is, zal de opslag van persoonsgegevens nog altijd in overeenstemming moeten zijn met het recht op eerbiediging van privé- en familie- en gezinsleven, neergelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Het EHRM heeft bepaald dat de loutere opslag van gegevens die betrekking hebben op het privéleven van een individu een inmenging vormt van artikel 8 EVRM, ongeacht het gebruik dat van die gegevens zal worden gemaakt.<sup>61</sup> In de zaak Marper formuleert het EHRM een aantal eisen waaraan in die gevallen moet worden voldaan. Voor de beantwoording van de vierde vraag lijkt van direct belang de eis dat de gegevensverwerking ter zake dienend (relevant) en niet bovenmatig moet zijn, uitgaande van de doelen waarvoor ze zijn opgeslagen.<sup>62</sup>

De in artikel 8 van het EVRM gewaarborgde rechten (eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie) corresponderen met de rechten die in artikel 7 van het Handvest (eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie) zijn gewaarborgd. Om rekening te houden met de technische ontwikkelingen is het woord „correspondentie” in het Handvest vervangen door

<sup>59</sup> Arrest van het Hof van 8 april 2014, C-293/12, Digital Rights Ireland, punt 37.

<sup>60</sup> Ibidem, punt 70.

<sup>61</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens 4 december 2008, zaken 30562/04 en 30566/04 (S. en Marper tegen het Verenigd Koninkrijk), overwegingen 67, 95, 101-104.

<sup>62</sup> Het Hof spreekt over “relevant and not excessive” (overweging 103). Deze woorden stemmen overeen met artikel 6, eerste lid, onderdeel c, van de algemene richtlijn gegevensbescherming. In de Nederlandse versie van de algemene richtlijn gegevensbescherming luiden deze woorden “ter zake dienend en niet bovenmatig”. Die woorden worden ook gebruikt in artikel 11, eerste lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens.

„communicatie”. Op grond van artikel 52, lid 3, van het Handvest heeft artikel 7 van het Handvest ten minste dezelfde inhoud en reikwijdte als het recht in de daarmee corresponderende bepaling van het EVRM; het Handvest kan een ruimere bescherming bieden.<sup>63</sup> De beperkingen die rechtmatig aan artikel 7 kunnen worden gesteld, zijn dezelfde als die welke in het kader van artikel 8 EVRM zijn toegestaan.<sup>64</sup> Artikel 8 van het Handvest (eenieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens) geeft een verbijzondering aan artikel 7 van het Handvest. Er is geen artikel in het EVRM dat met artikel 7 Handvest correspondeert, al valt de bescherming van persoonsgegevens op zichzelf onder artikel 8 EVRM.

Het Hof toetst op de meeste plaatsen in zijn arrest aan de artikelen 7 en 8 van het Handvest zonder die twee artikelen van elkaar te onderscheiden. Op één specifiek punt toetst het Hof uitdrukkelijk alleen aan artikel 8, derde lid, van het Handvest dat voorschrijft dat een onafhankelijke autoriteit toeziet op de naleving van het artikel.<sup>65</sup> Het Hof heeft in 2012 bepaald dat dit het orgaan is dat bedoeld wordt in artikel 28, eerste lid, van de algemene richtlijn gegevensbescherming.<sup>66</sup> In Nederland is het College bescherming persoonsgegevens (hierna: Cbp) als zodanig aangewezen.<sup>67</sup>

Nu het Hof zijn uitspraak in hoofdzaak baseert op een toetsing aan de gecombineerde artikelen 7 en 8 van het Handvest en artikel 8 Handvest geen equivalent heeft in het EVRM, staat niet vast dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), bij een toetsing aan artikel 8 EVRM, tot eenzelfde resultaat komt. Bovendien is het Hof op grond van artikel 52, derde lid, van het Handvest verplicht om, als het om corresponderende rechten gaat, aan te sluiten bij het EHRM, maar is een omgekeerde aansluiting van het EHRM bij het Hof niet uitdrukkelijk voorgeschreven. De Afdeling acht het niettemin niet onaannemelijk dat die toetsing – buiten de specifieke eis van onafhankelijk toezicht – tot een vergelijkbaar resultaat zal leiden. Zij wijst in dit kader op de volgende punten:

- de twee hoven verwijzen regelmatig naar elkaars uitspraken en zullen er wederzijds naar streven om normen die met elkaar overeenkomen op dezelfde wijze uit te leggen;<sup>68</sup>
- het Hof baseert zich op een aantal plaatsen in het arrest<sup>69</sup> op de jurisprudentie van het EHRM die betrekking heeft op de bescherming van persoonsgegevens. Die jurisprudentie van het EHRM is dus mede van belang voor de uitleg die het Hof geeft aan de artikelen 7 en 8 Handvest;

<sup>63</sup> Artikel 52, derde lid, van het Handvest luidt: Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.

<sup>64</sup> Arrest van het Hof van 9 november 2010, C-92/09, Schecke en Eifert, punten 51-52.

<sup>65</sup> Arrest van het Hof van 8 april 2014, C-293/12, Digital Rights Ireland, punt 68.

<sup>66</sup> Arrest van het Hof van 16 oktober 2012, Commissie tegen Oostenrijk, C-614/10, punt 36.

<sup>67</sup> Artikel 51 van de Wet bescherming persoonsgegevens.

<sup>68</sup> Bij voorbeeld EHRM Vilho Eskelinen en anderen / Finland, 19 april 2007, 63235/00, overweging 60; Schalk en Kopf / Oostenrijk, 24 juni 2010, 30141/04, overweging 60-61; X / Letland, 26 november 2013, 27853/09, overweging 97, waarin het EHRM verwees naar de uitleg die het EU-Hof gaf aan bepalingen van het Handvest.

<sup>69</sup> Arrest van het Hof van 8 april 2014, C-293/12, Digital Rights Ireland, punten 35, 54 en 55.

- voor de criteria om vast te stellen hoe ruim of beperkt de beoordelingsvrijheid van de Uniewetgever is, baseert het Hof zich eveneens op jurisprudentie van het EHRM over de “margin of appreciation”.<sup>70</sup>

In de vierde vraag wordt gesproken over gegevensopslag voor strafrechtelijke doeleinden, waarbij aanwijzingen van betrokkenheid bij strafbare feiten ontbreken. De minister noemt in de vraagstelling zelf kentekenregistratie, maar de Afdeling wijst daarnaast op de voornemens voor het verzamelen van reisgegevens.<sup>71</sup> Aangezien nog weinig bekend is over deze voornemens, gaat de Afdeling hier niet apart op in. De Europese Commissie gaat er van uit dat een nationaal PNR-systeem onder het toepassingsbereik van het Handvest valt.<sup>72</sup>

Zowel voor maatregelen die onder het Handvest vallen als voor maatregelen waarop alleen het EVRM van toepassing is, moet er naar het oordeel van de Afdeling rekening mee worden gehouden dat dit soort gegevensopslag zal kunnen worden beoordeeld als strijdig met het evenredigheidsbeginsel of als niet relevant en bovenmatig, uitgaande van het strafrechtelijke doel van de opslag.

*b. Kentekenregistratie door de politie*

De minister heeft in het verzoek om voorlichting met zijn vierde vraag bijzondere aandacht gevraagd voor de consequenties van het arrest van het Hof voor het vastleggen en verwerken van kentekenregistratie door de politie.

Bij de Tweede Kamer is een wetsvoorstel aanhangig dat voorziet in het vastleggen en bewaren van kentekengegevens door de politie. Dit zal worden geregeld in een nieuw artikel 126jj in het Wetboek van Strafvordering. Het voorstel voor dit artikel, zoals gewijzigd bij nota van wijziging, luidt:

1. Een opsporingsambtenaar is bevoegd op of aan de openbare weg kentekengegevens van voertuigen als bedoeld in het tweede lid met behulp van een technisch hulpmiddel vast te leggen, teneinde deze gegevens met toepassing van het derde lid te kunnen raadplegen. De aanwezigheid van het technisch hulpmiddel wordt op duidelijke wijze kenbaar gemaakt.
2. Het kenteken, de locatie en het tijdstip van de vastlegging, en de foto-opname van het voertuig worden vier weken na de datum van de vastlegging vernietigd.
3. De gegevens, bedoeld in het tweede lid, kunnen door een opsporingsambtenaar worden geraadpleegd:
  - a. in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, ten behoeve van de opsporing van dat misdrijf of
  - b. in geval van een voortvluchtige persoon als bedoeld in artikel 564 ter aanhouding van deze persoon.
 De raadpleging vindt slechts plaats door politiegegevens die voor één van deze doelen worden verwerkt, geautomatiseerd te vergelijken met de gegevens, bedoeld in het

<sup>70</sup> Ibidem, punt 47. In punt 48 stelt het Hof: “Gelet op de belangrijke rol die de bescherming van persoonsgegevens speelt in het licht van het fundamentele recht op bescherming van het privéleven, alsook op de omvang en de ernst van de door richtlijn 2006/24 veroorzaakte inmenging in dit recht is de beoordelingsbevoegdheid van de Uniewetgever in casu beperkt, zodat een strikt toezicht moet worden uitgeoefend.”

<sup>71</sup> Handelingen II, 2013-2014, aanhangselnummer 1774 (23 april 2014).

<sup>72</sup> Antwoord van eurocommissaris Malmström namens de Europese Commissie van 25 februari 2013 op parlementaire vragen van Europarlementariër Martin Ehrenhauser van 15 januari 2013, P-000343-13 en op parlementaire vragen van Europarlementariër Alexander Alvaro van 16 januari 2013, E-000385/2013.

tweede lid, teneinde vast te stellen of de gegevens overeenkomen. Als de gegevens overeenkomen kunnen ze voor het desbetreffende doel verder worden verwerkt.  
 4. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de inzet van een technisch hulpmiddel, bedoeld in het eerste lid, de vastlegging van de gegevens en de wijze waarop de gegevens worden geraadpleegd.<sup>73</sup>

Het voorstel voorziet in een wettelijke basis om door middel van automatische kentekenherkenning alle kentekengegevens en de met de kentekens samenhangende gegevens betreffende locatie, tijdstip en de opname van voertuigen voor vier weken te bewaren (hits en no-hits) ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten en de aanhouding van voortvluchtige verdachten of veroordeelden.

De minister gaat er bij het voorstel van uit dat met het vastleggen en bewaren van kentekengegevens door de politie geen uitvoering wordt gegeven aan Unierecht, omdat het wetsvoorstel ANPR zelf niet direct gebaseerd is op regelgeving van de Europese Unie, en daarmee niet valt binnen de reikwijdte van de dataretentierichtlijn.<sup>74</sup> In de toelichting bij het voorstel is de minister daarom slechts ingegaan op de verhouding tussen het wetsvoorstel en artikel 8 EVRM.

De Afdeling is het met de minister eens dat het wetsvoorstel ANPR niet gebaseerd is op regelgeving van de Europese Unie. Uit het arrest Akerberg Fransson zou echter kunnen worden afgeleid dat ook hier Unierecht ten uitvoer wordt gebracht in de zin van artikel 51, eerste lid, van het Handvest, aangezien en voor zover de gegevens uit de kentekenregistratie door de politie worden gebruikt bij de opsporing van delicten die op grond van Unierecht moeten worden bestraft.<sup>75</sup>

De Afdeling ziet geen aanleiding om af te doen aan haar opmerkingen over de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van het voorstel in het kader van het Handvest en het EVRM.<sup>76</sup> Zij merkt nog op dat het voorstel een belangrijke overeenkomst met de dataretentierichtlijn bevat. Zo worden kentekens vastgelegd van alle passerende voertuigen, inclusief van die personen voor wie er geen enkele aanwijzing bestaat dat hun gedrag verband vertoont met zware criminaliteit.<sup>77</sup>

De Afdeling wijst er op dat het aan de wetgever en uiteindelijk de rechter is om over dit voorstel een definitief oordeel te geven. De Afdeling heeft reeds aangegeven rekening te houden met de mogelijkheid dat dit soort gegevensopslag zal kunnen worden beoordeeld als strijdig met het evenredigheidsbeginsel of als niet relevant en bovenmatig, uitgaande van het strafrechtelijke doel van de opslag.

<sup>73</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33 542, nr. 2; Ibidem 2013/14, nr. 7.

<sup>74</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33 542, nr. 13, blz. 1-2.

<sup>75</sup> Arrest van het Hof van 26 februari 2013, C-617/10, Akerberg Fransson, punt 28: "Dat de nationale regelingen die als grondslag dienen voor die belastingboetes en strafvervolgingen niet zijn vastgesteld om uitvoering te geven aan richtlijn 2006/112, doet niet af aan die vaststelling, aangezien met de toepassing van deze regelingen wordt beoogd schending van de bepalingen van deze richtlijn te bestraffen en dus uitvoering te geven aan de door het Verdrag aan de lidstaten opgelegde verplichting om gedragingen waarmee de financiële belangen van de Unie worden geschaad, effectief te bestraffen".

<sup>76</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33 542, nr. 3 en nr. 4.

<sup>77</sup> Arrest van het Hof van 8 april 2014, C-293/12, Digital Rights Ireland, punt 58.



*c. Antwoord*

Het arrest heeft naar het oordeel van de Afdeling ook gevolgen voor andere nationale regels die zien op gegevensopslag voor strafrechtelijke doeleinden waarbij aanwijzingen van betrokkenheid bij strafbare feiten ontbreken. Indien zowel het Handvest als het EVRM van toepassing zijn, zijn de voorwaarden die het Hof in het arrest geeft van belang. Indien het Handvest niet van toepassing is, zal de opslag van gegevens in overeenstemming moeten zijn met artikel 8 EVRM. De Afdeling acht niet onaannemelijk dat die toetsing tot een vergelijkbaar resultaat zal leiden.

De vice-president van de Raad van State,