

de taalvereisten zodanig te interpreteren dat zij beperkt zouden zijn tot één taal. Zoals het Hof in zijn arrest immers duidelijk stelt, '(...) zou de bescherming van de volksgezondheid (...) niet ten volle kunnen worden gewaarborgd indien de consumenten niet in staat waren om volledig kennis te nemen van met name de aanduidingen betreffende de functie van het cosmetische product in kwestie en de bijzondere voorzorgsmaatregelen die bij het gebruik ervan in acht moeten worden genomen, en om die aanduidingen te begrijpen. De informatie die de fabrikanten of distributeurs op de recipiënt en de verpakking van het cosmeticaproduct moeten aanbrenge(n), verliest haar praktisch nut wanneer zij niet wordt verstrekt in een taal die begrijpelijk is voor de personen waarvoor zij bestemd is, tenzij die informatie doeltreffend kan worden verstrekt door middel van pictogrammen of andere tekens dan woorden.'

Het is interessant dat het Hof in dat verband verwijst naar een voor de consument 'begrijpelijke taal'.⁸ Lidstaten hoeven dus niet perse het gebruik van hun eigen officiële taal (of talen) op te leggen, maar zouden ook etikettering van cosmeticaproducten in bijvoorbeeld het Engels kunnen aanvaarden, als zij ervan uitgaan dat die taal voldoende gekend is.

De vraag rijst ook of lidstaten überhaupt verplicht zijn expliciet het gebruik van een of meer talen op te leggen. Artikel 19 lid 5 van de EU-cosmeticaverordening laat de keuze over aan de lidstaten, maar die zouden er ook voor kunnen kiezen om geen regelgeving vast te stellen.⁹

Het is overigens opmerkelijk dat de EU-cosmeticaverordening niet gewoon zelf oplegt dat bepaalde vermeldingen op etiketten van cosmeticaproducten dienen gesteld te zijn in de taal/talen van het land waar ze op de markt worden gebracht. Zoals het Hof in het hier besproken arrest bevestigt, gaat het immers om de bescherming van de consument en de volksgezondheid. Een dergelijke oplossing (verplicht gebruik van de taal/talen van de lidstaat) is wel gekozen voor bijvoorbeeld medicijnen of tabaksproducten.¹⁰ In de praktijk bevatten de talrijke EU-verordeningen en -richtlijnen in de interne markt vaak sterk uiteenlopende regelingen in verband met taalgebruik.¹¹ Het verdient aanbeveling dat de EU-wetgever op dat vlak, zeker met betrekking tot de bescherming van de consument en de volksgezondheid, in de

toekomst meer uniforme taalregelingen uitwerkt.

S. van der Jeught¹²

Voetnoten

- 1 HvJ EG 13 september 2001, C-169/99, ECLI:EU:C:2001:439 (*Schwarzkopf*).
- 2 Verordening (EG) 1223/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 betreffende cosmetische producten (*PbEU* 2009, L 342/59), meer bepaald artikel 19 lid 1 onder f) en lid 5 (hierna: EU-cosmeticaverordening).
- 3 Artikel 2 lid 1 onder a) EU-cosmeticaverordening.
- 4 Artikel 46 EU-cosmeticaverordening.
- 5 Richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake cosmetische producten (*PbEG* 1976, L 262/169), zoals gewijzigd door Richtlijn 93/35/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende zesde wijziging van Richtlijn 76/768/EEG (*PbEG* 1993, L 151/32) (hierna EU-cosmetica-richtlijn).
- 6 Zie artikel 6 EU-cosmetica-richtlijn.
- 7 Zie artikel 7 lid 2 EU-cosmetica-richtlijn: 'Wel kunnen zij [de lidstaten] eisen dat de vermeldingen als bedoeld in artikel 6, lid 1, sub b), c) en d), in elk geval in hun landstaal of landstalen zijn gesteld.'
- 8 Het criterium van de 'begrijpelijke taal' werd vroeger vaak gebruikt in verordeningen en richtlijnen met betrekking tot producten in de interne markt, maar leidde tot rechtsonzekerheid en betwistingen. Daarbij kan worden verwezen naar de arresten *Piageme I* en *II* over de etikettering in het Frans van mineraalwater dat werd verkocht in het Nederlandse taalgebied in België (HvJ EG 18 juni 1991, C-369/89, ECLI:EU:C:1991:256 (*Piageme/Peeters*)) en HvJ EG 12 oktober 1995, C-85/94, ECLI:EU:C:1995:312 (*Piageme/Peeters*)).
- 9 In Nederland luidt artikel 3 lid 2 Warenwetbesluit cosmetische producten 2011 (Besluit van 7 maart 2011 houdende vaststelling van het Warenwetbesluit cosmetische producten 2011) als volgt: 'De aanduidingen bedoeld in artikel 19, eerste lid, onder b, c, d en f, en tweede tot en met vierde lid, van verordening (EG) 1223/2009 zijn in ieder geval gesteld in de Nederlandse taal.' In België legt het koninklijk besluit van 17 juli 2012 betreffende cosmetische producten (*Belgisch Staatsblad* 3 september 2012, 53813) geen taalvereisten op met betrekking tot de etikettering van cosmetische producten. De algemene regeling voor de etikettering van voedingsmiddelen en andere producten (waaronder cosmetica) is echter van toepassing (Wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de gebruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere producten, artikel 1 lid 1 onder e) (*Belgisch Staatsblad* 8 april 1977, als gewijzigd)). Artikel 8 van de wet luidt als volgt: 'De gegevens die op het etiket voorkomen en die dwingend zijn voorgeschreven in uitvoering van deze wet, zijn minstens gesteld in de taal of de talen van het taalgebied waar de producten op de markt worden aangeboden.'
- 10 Zie artikel 63 lid 1 Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende

geneesmiddelen voor menselijk gebruik (*PbEG* 2001, L 31/67) en artikel 8 lid 1 Richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van Richtlijn 2001/37/EG (*PbEU* 2014, L 127/1).

- 11 Zie S. van der Jeught, *EU Language Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2015, p. 204 e.v.
- 12 Prof. dr. Stefaan van der Jeught is persvoorlichter bij het Hof van Justitie van de Europese Unie en gastprofessor aan de Vrije Universiteit Brussel (VUB). Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

132 De arresten *Privacy International* en *La Quadrature du Net e.a.*: rechtspraak van het Hof van Justitie over dataretentie in een vernieuwd jasje?

Zaak C-623/17, *Privacy International*

Arrest van 6 oktober 2020 (Grote kamer), ECLI:EU:C:2020:790; conclusie A-G M. Campos Sánchez-Bordona van 15 januari 2020, ECLI:EU:C:2020:5

Prejudiciële verwijzing – Verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie – Aanbieders van elektronische communicatiediensten – Algemene en ongedifferentieerde doorzending van verkeers- en locatiegegevens – Bescherming van de nationale veiligheid – Richtlijn 2002/58/EG – Werkingsfeer – Artikel 1 lid 3 en artikel 3 Richtlijn 2002/58/EG – Vertrouwelijk karakter van elektronische communicatie – Bescherming – Artikel 5 en artikel 15 lid 1 Richtlijn 2002/58/EG – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikelen 7, 8 en 11 en artikel 52 lid 1 Handvest – Artikel 4 lid 2 VEU

Gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18, *La Quadrature du Net e.a.*

Arrest van 6 oktober 2020 (Grote kamer), ECLI:EU:C:2020:791; conclusie A-G M. Campos Sánchez-Bordona van 15 januari 2020, ECLI:EU:C:2020:6

Prejudiciële verwijzing – Verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie – Aanbieders van elektronische communicatiediensten – Aanbieders van opslagdiensten en aanbieders van toegang tot het internet – Algemene en ongedifferentieerde bewaaring van verkeers- en locatiegegevens – Geauto-

matiseerde analyse van de gegevens – Toegang in realtime tot de gegevens – Bescherming van de nationale veiligheid en bestrijding van terrorisme – Bestrijding van criminaliteit – Richtlijn 2002/58/EG – Werkingsfeer – Artikel 1 lid 3 en artikel 3 Richtlijn 2002/58/EG – Vertrouwelijk karakter van elektronische communicatie – Bescherming – Artikel 5 en artikel 15 lid 1 Richtlijn 2002/58/EG – Richtlijn 2000/31/EG – Werkingsfeer – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikelen 4, 6 tot en met 8 en 11 en artikel 52 lid 1 Handvest – Artikel 4 lid 2 VEU

1. Inleiding

In de arresten *Privacy International* en *La Quadrature du Net e.a.* laat het Hof van Justitie zich opnieuw uit over de toelaatbaarheid van de bewaring en doorgifte van verkeers- en locatiegegevens door telecommunicatie-aanbieders voor de bestrijding van criminaliteit en de bescherming van de nationale veiligheid door nationale autoriteiten. Eerder gaf het Hof in de arresten *Digital Rights Ireland e.a.* en *Tele2 Sverige en Watson e.a.* daarover al kritische oordelen. Een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens, en een ruime toegang voor de nationale autoriteiten tot die gegevens voor de bestrijding van vooral zware criminaliteit (waaronder terrorisme), is volgens het Hof onverenigbaar met het Unierecht.¹ In *Digital Rights Ireland e.a.* verklaarde het Hof zelfs, voor het eerst, een richtlijn (de Dataretentierichtlijn) ongeldig, mede in het licht van het recht op eerbiediging van het privéleven, en het recht op bescherming van persoonsgegevens zoals neergelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest). Die richtlijn overschreed volgens het Hof de grenzen van het evenredigheidsbeginsel. Lidstaten moesten daarom op zoek naar meer proportionele manieren om verkeers- en locatiegegevens te kunnen gebruiken in hun strijd tegen terrorisme en criminaliteit. In de twee nieuwe, hier geannoteerde arresten, gaat het Hof uitgebreid in op de mogelijkheden voor dataretentie die voor de lidstaten, op basis van het Unierecht, alsnog overblijven.

2. Feiten en prejudiciële vragen

De twee arresten gaan over dataretentiemaatregelen van verschillende lidstaten. De zaak *Privacy International* gaat over maatregelen uit het Verenigd Koninkrijk die de veiligheids- en inlichtingendiensten toestaan om bulkcommunicatiegegevens te verwerken en gebruiken om ernstige bedreigingen voor

de openbare veiligheid, waaronder terrorisme, contraspionage en nucleaire proliferatie, te bestrijden. Hoewel de autoriteiten geen toegang kunnen krijgen tot de inhoud van de communicatiegegevens, weten zij wel wanneer, waar, hoe en met wie communicaties via mobiele en vaste telefoons en via internet plaatsvinden. De zaken in *La Quadrature du Net e.a.* gaan over Franse en Belgische dataretentiemaatregelen. In Frankrijk zijn in reactie op Charlie Hebdo en Bataclan verschillende maatregelen getroffen die, onder meer, inhouden dat telecomproviders kunnen worden verplicht om op hun netwerken geautomatiseerde technieken toe te passen om verbindingen op te sporen waaruit een terroristische dreiging zou kunnen blijken.² De Belgische maatregelen verplichten daarnaast tot dataretentie in meer algemene zin voor de bestrijding van terrorisme, kinderpornografie en ook andere strafrechtelijke feiten.³

In de drie lidstaten kwamen organisaties, onder andere op het terrein van privacybescherming, op tegen de maatregelen. Verschillende rechtszaken belandden bij, respectievelijk, de Investigatory Powers Tribunal uit het Verenigd Koninkrijk (de rechter die toezicht uitoefent op de onderzoeksbevoegdheden van de overheid), de Franse Raad van State (twee zaken) en het Belgische Grondwettelijk Hof. Deze rechterlijke instanties beslisten om het Hof te vragen hoe de maatregelen zich verhielden tot Richtlijn 2002/58/EG betreffende privacy en elektronische communicatie (hierna: de e-Privacyrichtlijn).⁴ De e-Privacyrichtlijn vormt een *lex specialis* ten opzichte van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) en werd door Hof eerder gebruikt om de dataretentiemaatregelen in, onder meer, het arrest *Tele2 Sverige en Watson e.a.* te beoordelen. Opnieuw is de vraag, die door de Britse rechter wordt gesteld, of de dataretentiemaatregelen wel binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen als de doelstelling is om de nationale veiligheid te beschermen. Op grond van artikel 4 lid 2 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) behoort de nationale veiligheid tot de uitsluitende verantwoordelijkheid van de lidstaten. Daarbij is van belang, zoals ook de Franse Raad van State onder de aandacht brengt, dat de lidstaten ernstige en aanhoudende bedreigingen voor de nationale veiligheid ondervinden, met name in de vorm van terreurgevaar. De Britse rechter en de andere verwijzende rechters wensen van het Hof verder vooral te vernemen of artikel 15 lid 1 e-Privacyrichtlijn zich verzet tegen de dataretentiemaat-

regelen van de lidstaten. Artikel 15 lid 1 staat toe dat lidstaten wettelijke maatregelen treffen ter beperking van een aantal belangrijke rechten en plichten uit de richtlijn indien die in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel zijn ter waarborging van de nationale, dat wil zeggen staatsveiligheid, en een aantal andere publieke belangen, zoals het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten. De Franse Raad van State en het Belgische Grondwettelijk Hof vragen het Hof in het bijzonder of de positieve verplichtingen om, onder meer, het recht op veiligheid van burgers te beschermen, een rechtvaardiging kunnen vormen voor de beperking van de rechten en plichten uit de e-Privacyrichtlijn. Het Belgische Grondwettelijk Hof stelt hiernaast aan het Hof de vraag of, indien de Belgische wet strijdig blijkt te zijn met het Unierecht, de gevolgen van die wet tijdelijk gehandhaafd kunnen worden zodat rechtsonzekerheid kan worden voorkomen en de al verzamelde en bewaarde gegevens alsnog gebruikt kunnen worden voor de doeleinden van die wet.

3. De arresten van het Hof

Het Hof wijst een afzonderlijk arrest over de Britse zaak (*Privacy International*) en voegt de zaken van de Franse Raad van State en het Belgische Grondwettelijk Hof voor het arrest *La Quadrature du Net e.a.* Vanwege de overlappende kwesties die in beide zaken aan de orde komen, bevatten de arresten vele gelijkkluidende overwegingen om de prejudiciële vragen van de verwijzende rechters te beantwoorden. De arresten worden hierna dan ook tezamen besproken.

3.1. Werkingsfeer van de e-Privacyrichtlijn

Het Hof oordeelt in beide arresten als eerste dat maatregelen van lidstaten die aanbieders van elektronische communicatiediensten verplichten om verkeers- en locatiegegevens te bewaren, en de nationale autoriteiten toegang verlenen tot deze gegevens, onder de werkingssfeer van de e-Privacyrichtlijn vallen, óók als het oogmerk daarvan is om de nationale veiligheid te beschermen.⁵ In de arresten *Tele2 Sverige en Watson e.a.* en *Ministerio Fiscal* wees het Hof er al op dat artikel 15 lid 1 e-Privacyrichtlijn toestaat dat de lidstaten wettelijke maatregelen treffen ter beperking van een aantal rechten en plichten uit de richtlijn, maar wel onder de daarin geformuleerde voorwaarden. Dit veronderstelt noodzakelijkerwijs dat de daarin bedoelde wettelijke maatregelen binnen het bereik van de richtlijn vallen. Het

Hof voegt daar in het arrest *Privacy International* aan toe dat zowel de doorzending, het opslaan, als het op andere wijze ter beschikking stellen van de gegevens verwerkingen zijn waar de e-Privacyrichtlijn op ziet.⁶ Het maakt dus, kort gezegd, niet uit in welke vorm de opslag of de doorgifte van de gegevens plaatsvindt. Verder verduidelijkt het Hof dat artikel 1 lid 3 e-Privacyrichtlijn alleen ‘activiteiten van de staat’ van de werksfeer van de richtlijn uitzondert die verband houden met de openbare veiligheid, defensie, staatsveiligheid en de activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied. De activiteiten van aanbieders van telecommunicatiediensten (*particulieren*), zoals aan de orde in deze arresten, kunnen niet worden gelijkgesteld met deze specifieke activiteiten van de staat. Alleen wanneer lidstaten rechtstreeks maatregelen treffen die inbreuk maken op het beginsel van vertrouwelijkheid van elektronische communicatie en er geen verwerkingsverplichtingen aan de aanbieders van telecommunicatiediensten worden opgelegd is de e-Privacyrichtlijn niet van toepassing. Zulke maatregelen worden door het nationale recht beheerst, behoudens de toepassing van Richtlijn (EU) 2016/680 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, aldus het Hof.⁷

3.2. Artikel 15 lid 1 e-Privacyrichtlijn

Het Hof zet vervolgens in beide arresten een uitgebreid en veelomvattend toetsingskader uiteen voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de dataretentiemaatregelen met het Unierecht.⁸ Het Hof baseert zich daarbij voor een groot deel op lijnen die het al uiteenzette in *Digital Rights Ireland e.a.*, *Tele2 Sverige en Watson e.a.* en *Ministerio Fiscal*, in andere arresten over de bescherming van het recht op respect voor het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens en in arresten over de beperkings-systematiek van grondrechten uit het Handvest in meer algemene zin.⁹ In verkorte vorm bestaat dit toetsingskader uit de volgende elementen.

Het Hof wijst er wederom op dat de e-Privacyrichtlijn uitgaat van een hoge mate van bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers van elektronische communicatiediensten. De richtlijn bevat een ‘principeverplichting’ om de vertrouwelijkheid van elektronische

communicatie en de daarmee verband houdende gegevens te waarborgen (artikel 5 lid 1). Uitzonderingen op het verbod om deze gegevens op te slaan, zoals die door artikel 15 lid 1 worden geboden, mogen daarom niet de regel worden.

Bij de uitleg van artikel 15 lid 1 moeten de belangen van de in artikelen 7, 8, en 11 (vrijheid van meningsuiting) Handvest gewaarborgde rechten in aanmerking worden genomen. Deze rechten zijn (ten dele) door de Uniewetgever in de e-Privacyrichtlijn geconcretiseerd. Het Hof herhaalt en bevestigt dat alleen al de doorzending van verkeers- en locatiegegevens aan derden een inbreuk vormt op de artikelen 7 en 8 Handvest, ongeacht of het om gevoelige gegevens gaat en ongeacht of de betrokken personen enig nadeel hebben ondervonden. Doorzending van verkeers- en locatiegegevens aan inlichtingen- en veiligheidsdiensten vormt een bijzonder ernstige inmenging in het recht op het privéleven, met name vanwege het gevoelige karakter van de informatie die deze gegevens kunnen prijsgeven en de mogelijkheid om het profiel van een persoon te bepalen. Het kan bij de betrokken personen het gevoel opwekken dat hun privéleven constant in de gaten wordt gehouden. Verder kan het de gebruikers van elektronische communicatiediensten ontmoedigen om de vrijheid van meningsuiting uit te oefenen. Vanwege de aanzienlijke hoeveelheid verkeers- en locatiegegevens die continu kunnen worden bewaard op grond van een algemene bewaringsmaatregel, en het gevoelige karakter van de informatie die deze gegevens kunnen prijsgeven, houdt het enkele feit dat deze gegevens worden bewaard door aanbieders van elektronische telecommunicatiediensten risico's van misbruik en onrechtmatige toegang tot deze gegevens in. Wettelijke maatregelen als bedoeld in artikel 15 lid 1 e-Privacyrichtlijn moeten volgens het Hof verder strikt evenredig zijn aan het nagestreefde doel. Het evenredigheidsbeginsel vereist, zoals het Hof in eerdere rechtspraak ook uiteenzette, dat een regeling nauwkeurige regels bevat over de reikwijdte en de toepassing van de betrokken maatregel, zodat degenen van wie de persoonsgegevens in het geding zijn, over voldoende waarborgen beschikken dat die gegevens doeltreffend worden beschermd tegen het risico van misbruik. Ook moet die regeling wettelijk verbindend zijn naar intern recht en in het bijzonder aangeven in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden een maatregel die voorziet in de verwerking van dergelijke gegevens kan worden geno-

men. De noodzaak om over dergelijke waarborgen te beschikken is des te groter wanneer persoonsgegevens op geautomatiseerde wijze worden verwerkt, met name wanneer er een aanzienlijk risico bestaat dat deze gegevens op onrechtmatige wijze zullen worden geraadpleegd. Dit geldt in het bijzonder wanneer het gaat om de bescherming van gevoelige gegevens.

Nadrukkelijker dan in eerdere rechtspraak over dataretentie, tekent het Hof vervolgens in *Privacy International* en *La Quadrature du Net e.a.* aan dat de genoemde grondrechten uit het Handvest geen absolute gelding hebben en in relatie tot hun functie in de samenleving moeten worden beschouwd. Het Hof verwijst daarvoor naar artikel 52 lid 1 Handvest waarin de voorwaarden voor beperkingen van de grondrechten zijn opgenomen. Bij de uitlegging van artikel 15 lid 1 e-Privacyrichtlijn moet volgens het Hof ook rekening worden gehouden met een aantal positieve verplichtingen.¹⁰ Het Hof verduidelijkt dat uit het recht op veiligheid en het recht op vrijheid (artikel 6 Handvest) geen verplichting voortvloeit om specifieke maatregelen te treffen om bepaalde strafbare handelingen tegen te gaan. Uit rechtspraak van het EHRM blijkt immers dat artikel 5 EVRM, dat correspondeert met artikel 6 Handvest, (alleen) verplicht om bescherming te bieden tegen willekeurige en ongerechtvaardigde vrijheidsontneming door overheidsinstanties. Uit artikel 3 (recht op menselijke integriteit), artikel 4 (verbod op foltering en onmenselijke en vernederende behandeling) en artikel 7 (recht op privé- en gezinsleven) Handvest kunnen daarentegen wel positieve verplichtingen voor de overheid voortvloeien. Het Hof baseert zich hiervoor op rechtspraak van het EHRM over artikel 3 (verbod op foltering en onmenselijke en vernederende behandeling) en artikel 8 (recht op privé- en gezinsleven) EVRM. De verplichtingen bestaan uit juridische maatregelen om bescherming te bieden aan het privé- en gezinsleven, iemands woning en communicatie, iemands lichamelijke en geestelijke integriteit en het verbod op folteringen en onmenselijke en vernederende behandelingen.

Volgens het Hof moeten de diverse op het spel staande belangen en rechten met elkaar worden verzoend. Daarbij tekent het Hof in het bijzonder aan dat de doelstelling om de nationale veiligheid te beschermen, gelezen in het licht van artikel 4 lid 2 VEU, de andere doelstellingen die in artikel 15 lid 1 e-Privacyrichtlijn worden genoemd overstijgt. Deze doelstelling kan maatregelen rechtvaardigen

die ernstiger inmenging in de grondrechten met zich brengen dan die welke door andere doelstellingen worden nagestreefd, mits aan de andere voorwaarden van artikel 52 lid 1 Handvest wordt voldaan.

3.3. *Met het Unierecht (on)verenigbare maatregelen*

In het arrest *Privacy International* concludeert het Hof vervolgens, op basis van het voorgaande toetsingskader, dat de Britse regeling die aanbieders van telecommunicatiediensten verplicht tot algemene en ongedifferentieerde doorzending van verkeers- en locatiegegevens aan de veiligheids- en inlichtingendiensten – ook al gaat het om de bescherming van de nationale veiligheid – verdergaat dan strikt noodzakelijk en niet verenigbaar is met de voorwaarden zoals opgenomen in artikel 15 lid 1 e-Privacyrichtlijn. Een nationale regeling moet aan de hand van objectieve criteria bepalen in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden aan de bevoegde autoriteiten toegang tot de betrokken gegevens wordt verleend. De doorzending op grond van de Britse regeling betreft echter gegevens van alle personen die gebruikmaken van elektronische communicatiediensten, zonder dat een (zelfs maar indirect of ver) verband is vereist tussen de gegevens die moeten worden doorgezonden en een bedreiging van de nationale veiligheid.¹¹

In *La Quadrature du Net e.a.* verduidelijkt het Hof dat wel wettelijke maatregelen zijn toegestaan die bepalen dat een bevel kan worden opgelegd aan aanbieders van telecommunicatiediensten om verkeers- en locatiegegevens van alle gebruikers van elektronische telecommunicatiediensten gedurende een beperkte periode te bewaren, wanneer er voldoende concrete aanwijzingen zijn dat de betrokken lidstaat wordt geconfronteerd met een ernstige bedreiging van de nationale veiligheid, en die bedreiging werkelijk en actueel of voorzienbaar is. Deze gegevensbewaring mag echter geen stelselmatig karakter hebben en, gelet op de ernst van de inmenging in de in artikelen 7 en 8 Handvest verankerde grondrechten, moet een beslissing waarbij een dergelijk bevel wordt opgelegd effectief kunnen worden getoetst door een (rechterlijke) instantie.¹²

In de hiervoor genoemde situatie is volgens het Hof eveneens een wettelijke regeling toegestaan die aanbieders van telecommunicatiediensten verplicht om een geautomatiseerde analyse uit te voeren op verkeers- en locatiegegevens die algemeen en ongedifferentieerd zijn bewaard.¹³ De materiële en

procedurele voorwaarden voor het gebruik van deze gegevens moeten wel worden bepaald door de regeling, en ook moet de beslissing waarbij de geautomatiseerde analyse wordt toegestaan onderworpen worden aan een effectieve (rechterlijke) toetsing.

Hiernaast is het in realtime opvragen van verkeers- en locatiegegevens volgens het Hof, vanwege het bijzonder ingrijpende karakter daarvan, alleen toegestaan met betrekking tot personen van wie er een geldige reden bestaat om te vermoeden dat zij op de een of andere manier betrokken zijn bij terroristische activiteiten. Een beslissing die de bevoegde autoriteiten hiertoe machtigt moet gebaseerd zijn op objectieve, in de nationale wetgeving vastgestelde criteria, en dient ook onderworpen te worden aan voorafgaande (rechterlijke) toetsing.

Vervolgens verduidelijkt het Hof in *La Quadrature du Net e.a.* ook dat doelstellingen om zware criminaliteit te bestrijden, ernstige bedreigingen voor de openbare veiligheid te voorkomen en de nationale veiligheid te beschermen, onder bepaalde voorwaarden, andere typen maatregelen kunnen rechtvaardigen.

Een gerichte bewaring van verkeers- en locatiegegevens – die een bijzonder ernstige inmenging in de uitoefening van grondrechten oplevert – is volgens het Hof alleen mogelijk onder de voorwaarde dat die bewaring wat de categorieën te bewaren gegevens, de betrokken communicatiedoelinden, de betrokken personen en de duur van de bewaring betreft, tot het strikt noodzakelijke is beperkt.¹⁴ Een algemene en ongedifferentieerde bewaring van IP-adressen die zijn toegevoegd aan de bron van een verbinding voor een periode die niet langer is dan strikt noodzakelijk, kan gerechtvaardigd zijn mits een dergelijke maatregel is voorzien van strikte voorwaarden en waarborgen met betrekking tot het gebruik van deze gegevens. IP-adressen zijn volgens het Hof van minder gevoelige aard dan de andere verkeersgegevens. IP-adressen kunnen worden gebruikt om een gedetailleerd profiel te krijgen van de betrokkene, en de bewaring en analyse van IP-adressen vormen daarom wel een ernstige inmenging in de in artikelen 7 en 8 Handvest verankerde grondrechten, en kunnen een ontmoedigend effect hebben op de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting. In het geval van een online strafbaar feit kunnen IP-adressen tegelijkertijd het enige onderzoeksmiddel zijn met behulp waarvan de persoon aan wie dat adres was toegewezen op het moment

waarop het strafbaar feit wordt gepleegd kan worden geïdentificeerd.¹⁵

Een wettelijke regeling die voorziet in de bewaring van de burgerlijke identiteit van alle gebruikers van elektronische communicatiediensten, is volgens het Hof ook toegestaan. De inmenging in de grondrechten die de bewaring van deze gegevens met zich brengt moet niet als ernstig worden aangemerkt.¹⁶

Verder zijn wettelijke maatregelen die bepalen dat de bevoegde autoriteiten een bevel kunnen opleggen aan aanbieders van telecommunicatiediensten tot spoedbewaring van de in hun handen zijnde verkeers- en locatiegegevens toelaatbaar, mits een dergelijk bevel onderworpen kan worden aan een effectieve rechterlijke toetsing.¹⁷ Er moet onder meer op basis van objectieve en niet-discriminerende factoren kunnen worden geoordeeld dat die gegevens kunnen helpen bij het ophelderen van een ernstig misdrijf of een verstoring van de nationale veiligheid. In dat geval hoeft de spoedbewaring niet te worden beperkt tot de gegevens van personen op wie een concrete verdenking rust dat zij een strafbaar feit hebben gepleegd of de nationale veiligheid in gevaar hebben gebracht.

3.4. *Gevolgen van de onverenigbaarheid van de nationale bepalingen*

Volgens het Hof mag de nationale rechter geen bepaling van nationaal recht toepassen die hem machtigt de werking in de tijd te beperken van een nationale wettelijke regeling die op grond van het arrest *La Quadrature du Net e.a.* onwettig moet worden verklaard. Handhaving van de gevolgen van een nationale wettelijke regeling die in strijd is met artikel 15 lid 1 e-Privacyrichtlijn, gelezen in het licht van de artikelen 7, 8, 11 en 52 lid 1 Handvest, zou betekenen dat die regeling aan aanbieders van elektronische communicatiediensten verplichtingen blijft opleggen die strijdig zijn met het Unierecht en leiden tot ernstige inmengingen in de uitoefening van grondrechten.¹⁸ Verder is het volgens het Hof aan het nationale recht om de regels vast te stellen met betrekking tot het gebruik van informatie en bewijzen in een strafrechtelijke procedure tegen personen die worden verdacht van ernstige strafbare feiten. Het beginsel van nationale procedurele autonomie wordt begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Wanneer personen geen gelegenheid hebben gehad om doeltreffend commentaar te leveren op de verkregen informatie en bewijzen die betrekking hebben op een gebied

waarvan de rechter geen kennis heeft en een doorslaggevende invloed kunnen hebben op de beoordeling van de feiten, moeten de informatie en bewijzen volgens het Hof buiten beschouwing worden gelaten.

4. Analyse en commentaar

Het Hof biedt in de arresten *Privacy International* en *La Quadrature du Net e.a.* op een aantal onderdelen vernieuwingen aan in het Unierechtelijke toetsingskader voor de beoordeling van dataretentiemaatregelen van de lidstaten. Het Hof presenteert een duidelijke gedifferentieerde benadering ten aanzien van de mogelijkheden van dataretentie, en kent daarnaast betekenis toe aan het leerstuk van positieve verplichtingen om grondrechten te beschermen. Hoewel de heikele kwestie van de afbakening van bevoegdheden van de Unie en de lidstaten met betrekking tot de bescherming van de nationale veiligheid al in eerdere rechtspraak aan de orde kwam, brengt het Hof ook op dat onderdeel een aantal nieuwe overwegingen in deze arresten in. Op deze drie nieuwe onderdelen gaat het commentaar hierna verder in.

4.1. Een gedifferentieerde benadering ten aanzien van dataretentie

Hoewel het Hof inhoudelijk grotendeels voortbouwt op zijn eerdere rechtspraak op het gebied van dataretentie, zet het, meer dan eerst, en op een gestructureerde wijze, de mogelijkheden en begrenzingen van dataretentie op grond van het Unierecht uiteen. Deze hangen in eerste instantie af van de precieze doelen die worden nagestreefd. Van belang is of het gaat om i) de bescherming van de nationale veiligheid, ii) de bestrijding van zware criminaliteit en de voorkoming van ernstige bedreigingen voor de openbare veiligheid, of iii) de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van (andere) strafbare feiten. Alleen als sprake is van ernstige bedreigingen van de nationale veiligheid die reëel en aanwezig of voorzienbaar zijn, kunnen de lidstaten volgens het Hof voor een beperkte duur gebruikmaken van een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens en kunnen zij aanbieders van telecommunicatiediensten verplichten om een geautomatiseerde analyse van dergelijke verkeers- en locatiegegevens toe te passen. In de gedifferentieerde benadering van het Hof speelt daarnaast de ernst van de inmenging die dataretentiemaatregelen veroorzaken in de uitoefening van de relevante grondrechten (artikelen 7, 8 en 11 Handvest)

een belangrijke rol. Het Hof verduidelijkt in dat verband welke gegevens gevoelig zijn en welke niet. Verkeers- en locatiegegevens zijn en blijven volgens het Hof de meest gevoelige gegevens. IP-adressen zijn volgens het Hof echter al minder gevoelig, hoewel – wanneer deze gegevens worden gecombineerd met andere gegevens – alsnog een ernstige inmenging in de uitoefening van de relevante grondrechten kan worden veroorzaakt. De bewaring van identiteitsgegevens van gebruikers van elektronische communicatiediensten levert volgens het Hof echter geen ernstige inbreuk op. Het Hof lijkt daarmee aan te geven dat het om minder gevoelige gegevens gaat. Het evenredigheidsbeginsel bepaalt vervolgens of de (ernst van de) inbreuk op de verschillende grondrechten gerechtvaardigd kan worden met het oog op de specifieke doelen die daarmee worden gediend. Dit beginsel speelt, overeenkomstig eerdere rechtspraak over dataretentie, nog steeds een belangrijke rol in de beoordeling van het Hof.

De eerste commentaren op de arresten zijn kritisch, omdat het Hof een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens expliciet toestaat ter bescherming van de nationale veiligheid.¹⁹ Hoewel het Hof bepaalt dat deze vorm van dataretentie alleen voor een beperkte periode is toegestaan en er sprake moet zijn van een bijzondere bedreiging voor de nationale veiligheid, kan het bevel tot bewaring van de gegevens wel voor een voorzienbare periode worden verlengd ingeval de bedreiging voortduurt.²⁰ Het Hof bepaalt daarnaast niet expliciet onder welke voorwaarden en welke autoriteiten toegang kunnen krijgen tot deze gegevens, terwijl dergelijke voorwaarden in eerdere rechtspraak wel werden gesteld. De vraag komt aan de orde of het Hof nu inhoudelijk een nieuwe koers is gaan varen ten aanzien van zijn eerdere rechtspraak over dataretentie waarin een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens in beginsel ontoelaatbaar werd geacht.

Met name de Britse en Franse rechters hadden het Hof verzocht om zijn rechtspraak over dataretentie omwille van de bescherming van de nationale veiligheid te heroverwegen, dan wel verder te exploreren. De Britse rechter wees er nadrukkelijk op dat de Britse maatregelen in overeenstemming waren met het EVRM. Ten tijde van de prejudiciële verwijzingen aan het Hof, had het Straatsburgse Hof al in een kameruitspraak inzake *Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk* overwogen dat staten een

ruime ‘margin of appreciation’ hebben om te bepalen hoe de nationale veiligheid beschermd kan worden. Het EHRM achtte bulkinterceptie op zichzelf toelaatbaar.²¹ De Grote kamer van het EHRM heeft die benadering inmiddels bevestigd nadat het Luxemburgse Hof de arresten *Privacy International* en *La Quadrature du Net e.a.* wees.²² Ook het Straatsburgse Hof stelt echter verschillende typen beperkingen aan een algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens, zoals dat de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de maatregelen telkens moeten worden getoetst en dat er toezicht en onafhankelijke *ex post facto*-toetsing van de maatregelen moet plaatsvinden. Het EHRM concludeert ook dat de Britse dataretentiemaatregelen artikelen 8 en 10 EVRM schenden.

Dat de lidstaten ruimere mogelijkheden voor dataretentie hebben omwille van de bescherming van de nationale veiligheid bepaalde het Luxemburgse Hof al in *Tele2 Sverige en Watson e.a.* Het Hof overwoog in dat arrest dat wanneer vitale belangen van nationale veiligheid, landsverdediging of openbare veiligheid door terroristische activiteiten worden bedreigd, de toegang tot de gegevens van een ruime(re) kring personen aanvaardbaar is zolang op basis van objectieve elementen kan worden vastgesteld dat een daadwerkelijke bijdrage tot bestrijding van dergelijke activiteiten zou kunnen worden geleverd.²³ Het Hof bouwt ogenschijnlijk nu op die overwegingen voort. Aangenomen kan daarom worden dat het Hof niet zozeer een nieuwe koers is gaan varen. Wel biedt het Hof in *La Quadrature du Net e.a.* verdere verduidelijking over de (uitzonderlijke) omstandigheden waarin een algemene(re) en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens toelaatbaar is.

4.2. Afbakening van bevoegdheden in het gegevensbeschermingsrecht

Gezien de eerdere rechtspraak van het Hof over dataretentie lag het in de lijn der verwachting dat het Hof opnieuw zou concluderen dat de bewaring van verkeers- en locatiegegevens door aanbieders van telecommunicatiediensten en het aan de publieke autoriteiten verlenen van toegang tot deze gegevens binnen het bereik van het Unierecht vallen, ook al wordt daarmee beoogd de nationale veiligheid te beschermen. Toch roept de bepaling dat de nationale veiligheid de uitsluitende verantwoordelijkheid van de lidstaten blijft (artikel 4 lid 2 VEU) vragen op over de precieze werkingssfeer van de

e-Privacyrichtlijn, getuige de overwegingen daarover van met name de Britse rechter in diens prejudiciële verwijzing.

Het Hof geeft in reactie daarop een nadere duiding van de werkingssfeer van de e-Privacyrichtlijn. Het gaat er volgens het Hof vooral om dat zolang particulieren verkeers- en locatiegegevens verwerken, de e-Privacyrichtlijn hoe dan ook van toepassing is. In de e-Privacyrichtlijn wordt bij de uitzonderingen van het toepassingsgebied verwezen naar activiteiten van de staat.²⁴ Het Hof trekt op dit punt een parallel met de AVG. De AVG zondert van diens werkingssfeer ook verwerkingen uit die ‘bevoegde autoriteiten’ verrichten met het oog op onder meer de voorkoming en de opsporing van strafbare feiten, met inbegrip van de bescherming tegen en de voorkoming van gevaren voor de openbare veiligheid.²⁵ Verder is uit artikel 23 AVG volgens het Hof af te leiden dat verwerkingen van persoonsgegevens door particulieren voor diezelfde doeleinden wél binnen de werkingssfeer van de AVG vallen.²⁶ Volgens het Hof komt de uitlegging van de werkingssfeer van de e-Privacyrichtlijn en de AVG op dit punt dus met elkaar overeen.

Artikel 23 AVG betreft echter een vrij open geformuleerde en algemene beperkingsclausule die het toestaat om de rechten van betrokkenen op informatie en de toegang tot persoonsgegevens te beperken onder een aantal omstandigheden. Het oogt daarom wat vreemd dat het Hof zich op deze bepaling baseert om het toepassingsgebied van de AVG ten aanzien van activiteiten van particulieren op het terrein van de nationale veiligheid af te bakenen. Artikel 23 AVG maakt ook geen erg duidelijk onderscheid tussen de instanties (publiek/privaat) die de gegevens voor een aantal verschillende doelen verwerken. In meer algemene zin maakt de AVG ook geen principieel onderscheid tussen verwerkingen die particulieren en publieke autoriteiten verrichten.²⁷ De AVG zondert de bescherming van de nationale veiligheid alleen in meer algemene zin uit in artikel 2 lid 2 onder a en overweging 16 van de preambule en gebruikt daarin de term ‘bevoegde autoriteiten’ in het geheel niet. De richtlijn aangaande de bescherming van persoonsgegevens bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten is ter vergelijking al duidelijker over zijn werkingssfeer. Deze richtlijn richt zich enkel tot de ‘bevoegde autoriteiten’ van de lidstaten. Activiteiten van particulieren vallen daar in beginsel niet onder.²⁸

Het Hof lijkt in de arresten *Privacy International* en *La Quadrature du Net e.a.* niettemin met deze extra argumentatie en nadere duiding van de werkingssfeer van de e-Privacyrichtlijn alsnog te hebben geprobeerd om recht te doen aan het beginsel van de attributie van bevoegdheden van de EU. Artikel 4 lid 2 VEU bepaalt in duidelijke bewoordingen dat de nationale veiligheid de uitsluitende verantwoordelijkheid van de lidstaten blijft. Het gaat vooraf aan de bepaling dat bevoegdheden die in de Verdragen niet aan de Unie zijn toegeedeeld aan de lidstaten toebehoren (artikel 4 lid 1 VEU). Ook voor de bescherming van de grondrechten uit het Handvest geldt dat het toepassingsgebied niet verder strekt dan de bevoegdheden van de Unie reiken, en geen nieuwe taken en bevoegdheden voor de Unie schept.²⁹

Het Hof geeft in de arresten voor het eerst ook een uitgebreide definitie van het begrip ‘nationale veiligheid’ wat behulpzaam kan zijn voor de nadere afbakening van de werkingssfeer van het Unierecht. Volgens het Hof houdt de bescherming van de nationale veiligheid in ‘het voorkomen en bestrijden van activiteiten die de fundamentele, constitutionele, politieke, economische of sociale structuren van een land ernstig kunnen destabiliseren en, met name, een rechtstreekse bedreiging kunnen vormen voor de samenleving, de bevolking of de staat als zodanig’.³⁰

Deze bedreigingen onderscheiden zich volgens het Hof door hun aard en bijzondere ernst van het algemene risico dat zich – zelfs ernstige – spanningen of wanordelijkheden zullen voordoen die de openbare veiligheid ondermijnen. Het Hof bezigt hierbij noodzakelijkerwijs een aantal open begrippen. De lidstaten zullen die begrippen binnen hun eigen rechtsorde daarom verschillend kunnen uitleggen. Wel lijkt het Hof te hebben willen aangeven dat het geen reguliere veiligheidsvraagstukken betreft. Het gaat om een ‘ernstig destabiliseren’ en er moet een ‘rechtstreekse bedreiging’ voor de nationale veiligheid zijn. De ruimere mogelijkheden die het Hof in deze arresten biedt voor dataretentie kunnen, gelet daarop, alleen in uitzonderlijke omstandigheden door de lidstaten worden toegepast.

4.3. *Incorporatie van positieve verplichtingen*

Zoals eerder betoogd bouwt het Hof in de arresten *Privacy International* en *La Quadrature du Net e.a.* voort op het sterk grondrechtelijke toetsingskader dat het in eerdere arresten over onder andere dataretentie heeft

uitgezet. In *La Quadrature du Net e.a.* voegt het Hof aan dit grondrechtelijke toetsingskader een nieuw element toe: het erkent enkele positieve verplichtingen op basis van de grondrechten uit het Handvest.

Het Hof waagde zich tot dusver nog maar zelden aan de erkenning van positieve verplichtingen op basis van grondrechten.³¹ Dat doet het in het arrest *La Quadrature du Net e.a.* voor het eerst expliciet. Het Hof opereert daarin nog wel behoedzaam. Eerder overwoog het Hof in het arrest *Digital Rights Ireland e.a.* dat artikel 6 Handvest niet alleen het recht op vrijheid maar ook op veiligheid geeft bij de aanvaarding dat de bestrijding van ernstige criminaliteit een algemeen belang vormt dat een bewaringsmaatregel kan rechtvaardigen.³² Het Hof verduidelijkt nu dat het daarmee indertijd niet veel bedoelde te zeggen. Uit artikel 6 Handvest vloeit, gezien de rechtspraak van het EHRM, geen positieve verplichting voort om specifieke maatregelen te nemen om bepaalde strafbare handelingen tegen te gaan.

Bij de erkenning van de positieve verplichtingen op grond van de artikelen 3, 4 en 7 Handvest, baseert het Hof zich ook op de rechtspraak van het EHRM, terwijl het Hof er juist vrij geregeld voor kiest om een eigen autonome benadering te hanteren ten aanzien van de uitleg van grondrechten. Onder verwijzing naar jurisprudentie van het EHRM over de artikelen 3 en 8 EVRM verduidelijkt het Hof dat de juridische maatregelen om artikelen 3, 4 en 7 Handvest te beschermen met name vereisen dat materiële en procedurele bepalingen worden vastgesteld en praktische maatregelen worden getroffen om criminaliteit gericht tegen personen effectief te bestrijden door middel van doeltreffend onderzoek en doeltreffende vervolging.³³ Daarbij overweegt het Hof ook dat de bevoegde autoriteiten de wettelijke voorgeschreven procedures en andere waarborgen die strafrechtelijke onderzoeksbevoegdheden beperken en de overige vrijheden en rechten volledig in acht moeten nemen.

Deze behoedzame benadering van het Hof valt te verklaren. Van Kempen – die ten principale bij de bescherming van grondrechten uitgaat van het belang om de *negatieve* vrijheid van mensen te beschermen – verwoordde in zijn oratie dat in de erkenning van positieve verplichtingen door het EHRM een belangrijke gevaar voor burgers verscholen ligt. In het uiterste geval legitimeert het een ‘repressie van mensenrechten’, terwijl grondrechten de burger juist zouden moeten beschermen tegen de overheid.³⁴ Gelet op

deze kritiek lijkt het inderdaad verstandig dat het Hof zich er niet aan waagt om een eigenstandige positieve verplichting op grond van artikel 6 Handvest te formuleren, en zich verder vooral baseert op de rechtspraak van het EHRM. Het Hof geeft ook aan dat de lidstaten bij de vervulling van de positieve verplichtingen die uit de artikelen 3, 4 en 7 Handvest zijn af te leiden, aan enkele grenzen zijn gebonden.

De vraag is wat de erkenning van de positieve verplichtingen in *La Quadrature du Net e.a.* nu precies betekent. Op zichzelf lijkt zij nog weinig toegevoegde waarde te hebben. Het Hof gebruikt de positieve verplichtingen ogenschijnlijk vooral als een aanvullend argument om een meer gerichte bewaring van verkeers- en locatiegegevens ter bestrijding van criminaliteit en de bescherming van de openbare veiligheid te kunnen legitimeren.³⁵ De positieve verplichtingen leggen, kort gezegd, meer gewicht in de schaal om de inmenging in grondrechten te kunnen rechtvaardigen. Het gaat in dit geval om een ernstige inmenging in de uitoefening van de in artikelen 7 en 8 Handvest verankerde grondrechten.

Tegelijkertijd betekent de expliciete erkenning van positieve verplichtingen op basis van het Handvest ook, dat het Hof de invulling van die verplichtingen in de toekomst mede kan gaan bepalen. Hierbij speelt wel een aantal bijzondere kwesties. Zoals eerder aangehaald is in het Handvest expliciet opgenomen dat het Handvest *geen* nieuwe taken en bevoegdheden voor de Unie schept, noch de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken wijzigt (artikel 51 lid 1). Creëert het Hof met de erkenning van de positieve verplichtingen nu nieuwe taken voor de lidstaten, en welke ruimte krijgen de lidstaten om in een eigen invulling van die positieve verplichtingen te voorzien? Het Hof gaat hier niet expliciet op in. Het Hof zou kunnen verduidelijken dat aan de positieve verplichtingen op grond van het Handvest, in vergelijking met het EVRM, een beperktere reikwijdte toekomt. Positieve verplichtingen kunnen alleen aan de lidstaten worden opgelegd wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Er moet in beginsel dus al secundaire wetgeving zijn waarin bepaalde verplichtingen op een specifiek terrein voor de lidstaten zijn geformuleerd. Verder hanteert het EHRM altijd de lijn dat positieve verplichtingen inspanningsverplichtingen inhouden en dat er verschillende manieren zijn om die positieve verplichtingen te kunnen vervullen. Het EHRM schrijft in beginsel niet voor welke specifieke maat-

regelen staten moeten vervullen en laat aan staten geregeld een margin of appreciation. De vraag is nog of het Luxemburgse Hof diezelfde benadering zou volgen, met name omdat het geen margin of appreciation aan de lidstaten toekent in het kader van de toetsing aan het Handvest. Vooralsnog houdt het Hof zich bij de uitleg van de positieve verplichtingen in *La Quadrature du Net e.a.* echter vast aan de Straatsburgse rechtspraak, en voegt het daar in feite niets nieuws aan toe.

5. Besluit

In de arresten *Privacy International* en *La Quadrature du Net e.a.* bouwt het Hof grotendeels voort op zijn eerdere rechtspraak over dataretentie waarin de bescherming van het recht op eerbiediging van het privéleven, en het recht op bescherming van persoonsgegevens een belangrijke rol speelde. Het Hof laat enerzijds wederom een vasthouden-de principiële houding zien met betrekking tot de bescherming van de vertrouwelijkheid van communicatie en van grondrechten. Maatregelen van lidstaten die beogen om de nationale veiligheid te beschermen vallen niet per definitie buiten het toepassingsgebied van het Unierecht. Het gaat erom welke actoren (publiek of privaat) gegevens verwerken. Het Hof legt in beide arresten daarnaast ook duidelijk uit dat de op het spel staande belangen met elkaar verzoend moeten worden. Nieuw is daarbij de gedifferentieerde benadering die het Hof in de arresten heeft ontwikkeld. Van bijzonder belang is dat de bescherming van de nationale veiligheid – een terrein waarop de lidstaten in beginsel bevoegdheden blijven behouden – ruimere mogelijkheden voor dataretentie kan rechtvaardigen dan andere doelstellingen (bestrijding van criminaliteit in meer algemene zin), en dat rekening moet worden gehouden met de positieve verplichtingen die de lidstaten op basis van de artikelen 3, 4 en 7 Handvest moeten vervullen.

Het zal moeten blijken of dit vernieuwde toetsingskader voor de inlichtingen-, veiligheids- en politiediensten werkbaar is en ook vanuit het gegevensbeschermingsrecht bezien telkens rechtvaardig is. In het beste geval draagt de meer gestructureerde benadering van het Hof bij aan het creëren van voorspelbaarheid over de verenigbaarheid van specifieke dataretentiemaatregelen met het Unierecht en kunnen nationale wetgevers hiermee uit de voeten bij de herbeoordeling van hun nationale wetgeving. In het slechtste geval zoeken de nationale wetgevers bij eventuele aanpassingen van nationa-

le wetgeving opnieuw naar de openingen die het Hof in zijn benadering heeft gecreëerd om in bijzondere omstandigheden bijzondere mogelijkheden voor dataretentie toe te laten.

Sinds de arresten zijn geweest, heeft het Hof zich al opnieuw moeten uitlaten over dataretentie, ditmaal in reactie op een prejudiciële verwijzing van een Estse rechter. In dat arrest verwijst het Hof veelvuldig terug naar de overwegingen uit het arrest *La Quadrature du Net e.a.* Het arrest *La Quadrature du Net e.a.* lijkt daarmee het nieuwe standaardarrest van het Hof over dataretentiemaatregelen te zijn geworden.³⁶ Daarnaast hebben de Franse en Belgische verwijzende rechters inmiddels ook uitspraken gedaan.³⁷ Hoewel de Belgische rechter de Belgische wet strijdig bevond met het Unierecht, achtte de Franse Raad van State de dataretentiemaatregelen gerechtvaardigd op grond van de aanhoudende bedreigingen voor de nationale veiligheid in Frankrijk.

De arresten zijn kortom uiterst betekenisvol op het terrein van dataretentie, maar kunnen ook in bredere zin van betekenis zijn. De uitgebreidere definitie van 'nationale veiligheid' kan naast het domein van het gegevensbeschermingsrecht, gaan doorwerken op rechtsterreinen zoals het asiel- en migratierecht.³⁸ De bescherming van de nationale veiligheid kan daar immers een (belangrijke) rechtvaardiging voor de lidstaten vormen om te kunnen afwijken van de Unierechtelijke bepalingen op dat terrein.

Tot slot heeft de erkenning van positieve verplichtingen in het arrest *La Quadrature du Net e.a.* zelf zoals betoogd een nog beperkte betekenis. Het gaat niet om een werkelijk autonome ontwikkeling van positieve verplichtingen op grond van de grondrechten die in het Handvest zijn opgenomen. Het Hof zoekt aansluiting bij de Straatsburgse rechtspraak voor de invulling daarvan. Toch kan verwacht worden dat de lidstaten vaker, ook in andere soorten zaken voor het Hof, een beroep zullen doen op positieve verplichtingen die uit grondrechten kunnen worden afgeleid om daarmee rechtvaardigingen te kunnen bieden voor het maken van inbreuk op grondrechten. In dat verband is interessant om te bezien of het Hof aansluiting blijft zoeken bij de benadering van het Straatsburgse Hof.

M. Beijer³⁹

Voetnoten

1 HvJ EU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland e.a.*); HvJ EU 21 de-

- cember 2016, gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970 (*Tele2 Sverige en Watson e.a.*).
- 2 Het betreft de zaken C-511/18 en C-512/18.
- 3 Hier betreft het zaak C-520/18.
- 4 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 (*PbEU* 2002, L 201).
- 5 Arrest *Privacy International*, punten 30-49; arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 87-104.
- 6 Arrest *Privacy International*, punten 40-41. In het arrest sluit het Hof, conform artikel 2 e-Privacyrichtlijn, hiervoor aan bij de definitie die in de AVG wordt gehanteerd van het begrip ‘verwerking’ van persoonsgegevens.
- 7 Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad (*PbEU* 2016, L 119).
- 8 Arrest *Privacy International*, punten 53-73; arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 105-133.
- 9 HvJ EU 2 oktober 2018, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788 (*Ministerio Fiscal*).
- 10 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 123-128.
- 11 Arrest *Privacy International*, punten 80-81.
- 12 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 37-139.
- 13 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 172-192.
- 14 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 140-151.
- 15 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 152-156.
- 16 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 157-159.
- 17 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 161-167.
- 18 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 214-228.
- 19 Zie met name de blogpost van J. Sajfert, ‘Bulk data interception/retention of judgments of the CJEU – A victory and defeat for privacy’, *Europeanlawblog.eu* 26 oktober 2020, en daarnaast S. Careel & S. Royer, ‘Bewaart Hof van Justitie evenwicht tussen veiligheid en privacy in nieuwe dataretentie-arresten?’, *Privacy & Informatie* 2020, afl. 6, p. 269-272.
- 20 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punt 138.
- 21 EHRM 13 september 2019, appl. nr. 58170/13, 62322/14 en 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*). Zie ook EHRM 19 juni 2018, appl. nr. 35252/08, ECLI:CE:ECHR:0619JUD003525208 (*Centrum för Rättvisa/Zweden*). Beide zaken zijn verwezen naar de Grote kamer van het EHRM.
- 22 EHRM 25 mei 2021, appl. nr. 58170/13, 62322/14 en 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0525JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*).
- 23 Arrest *Tele2 Sverige en Watson e.a.*, punt 119.
- 24 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (*PbEU* 2016, L 119).
- 25 Artikel 2 lid 2 onder d AVG.
- 26 Het Hof wijst hierbij specifiek op artikel 23 lid 1 onder d en h AVG.
- 27 Overweging 16 van de considerans van de AVG.
- 28 Artikel 1 lid 1 Richtlijn (EU) 2016/680.
- 29 Artikel 51 lid 1 en 2 Handvest.
- 30 Arrest *Privacy International*, punten 51-52 en 75-81; arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 134-139.
- 31 M.P. Beijer, *The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU: The Scope for the Development of Positive Obligations* (diss. Nijmegen), Cambridge: Intersentia 2017.
- 32 Arrest *Digital Rights Ireland e.a.*, punt 42.
- 33 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punten 126-128.
- 34 P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten: over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.
- 35 Arrest *La Quadrature du Net e.a.*, punt 146.
- 36 HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (*Prokuratuur*).
- 37 Franse Raad van State 21 april 2021, zaak-nrs. 393099, 394922, 397844, 397851, 524717, 424718 en Belgisch Grondwettelijk Hof 22 april 2021, arrestnr. 57/2021.
- 38 Het Hof verwijst zelf, onder meer, naar HvJ EU 2 april 2020, gevoegde zaken C-715/17, C-718/17 en C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257 (*Commissie/Polen, Hongarije en Tsjechië*).
- 39 Malu Beijer is wetgevingsadviseur op het terrein van het Unierecht bij de Directie advisering van de Raad van State, en daarnaast research fellow bij het onderzoekscentrum voor Staat en Recht bij de Radboud Universiteit. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.