

Uitspraken HvJ EU

18

C-207/16, Ministerio Fiscal

Hof van Justitie EU
2 oktober 2018, C-207/16, ECLI:
ECLI:EU:C:2018:788
(Lenaerts (President), Tizzano, Silva de
Lapuerta, Von Danwitz, Da Cruz Vilaça,
Fernlund, Vajda, Juhász, Borg Barthet, Toader,
Safjan, Šváby, Berger, Jarašiūnas, Regan)
Noot dr. B. van der Sloot

Grote Kamer. Recht op gegevensbescherming. Diefstal telefoon. Toegang tot telecommunicatiegegevens. Proportionaliteit.

[Handvest Grondrechten EU art. 7, 8; Richtlijn 2002/58/EG art. 1, 3, 15]

De telefoon en portemonnee van verzoeker in het hoofdgeding, de heer Siera, zijn gestolen met geweld. Om de dader te kunnen vinden, wil de politie telecomproviders gelasten door te geven welke telefoonnummers er met de gestolen telefoon zijn geactiveerd en welke nummers ermee gebeld zijn, inclusief de identiteit van de nummerhouders. De rechter wijst het verzoek hiertoe af, omdat dergelijke privacyinbreuken volgens Spaans recht slechts zijn toegestaan bij ernstige delicten, met vrijheidsstraffen van boven de vijf jaar. Het OM tekent hoger beroep aan tegen de afwijzing van het verzoek. De rechter in hoger beroep meent dat het Spaanse recht twee criteria geeft om de ernst van een delict te beoordelen: de hoogte van de gevangenisstraf die er op het delict staat (formeel criterium) en de mate waarin er individuele en collectieve rechtsgoederen zijn geschonden door het delict (materieel criterium). De beroepsrechter stelt twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Ten eerste is de vraag of de ernst van een delict, en daarmee de evenredigheid van de inbreuk op het recht op privacy en gegevensbescherming, uitsluitend dienen te worden bepaald aan de hand van het formele criterium, of ook aan de hand van het materiële criteri-

um. Ten tweede, als het oordeel zou zijn dat slechts het formele criterium van belang is, wil de beroepsrechter weten welke minimumstraf er op een delict zou moeten staan om als ernstig te kunnen worden aangemerkt.

Het HvJ heeft deze zaak aangehouden totdat het een oordeel heeft geveld in de zaak Tele2 Sverige en Watson e.a. (gev. zaken C-203/15 en C-698/15, 21 december 2016, EU:C:2016:970, «EHRC» 2017/79 m.nt. Koning, NJ 2017/86 m.nt. Dommering, Computerrecht 2017/50 m.nt. Conings). Het merkt nu op dat het in die zaak onder meer heeft bepaald dat het EU-recht zich verzet tegen een nationale regeling die de bescherming en de beveiliging van de verkeersgegevens en de locatiegegevens en in het bijzonder de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de bewaarde gegevens regelt, zonder - in het kader van de bestrijding van criminaliteit - te bepalen dat die toegang alleen wordt verleend ter bestrijding van ernstige criminaliteit, dat die toegang aan een voorafgaand toezicht door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke bestuurlijke autoriteit is onderworpen, en dat de betrokken gegevens op het grondgebied van de Unie moeten worden bewaard. Het HvJ heeft de Spaanse rechter vervolgens gevraagd of daarmee ook zijn prejudiciële vragen zijn beantwoord, maar die heeft te kennen gegeven dat hij die wenst te handhaven. Het kennelijk belang van de zaak wordt geïllustreerd door het feit dat niet alleen de Spaanse regering, maar ook die van Denemarken, Estland, Frankrijk, Hongarije, Ierland, Letland, Oostenrijk, Polen, Tsjechië en het Verenigd Koninkrijk opmerkingen hebben toegevoegd, alsmede de Europese Commissie.

Ten aanzien van de gestelde vragen merkt het HvJ allereerst op dat de toegang van overheidsinstanties tot de hier bedoelde gegevens een inmenging vormt in het recht op respect voor het privéleven van art. 7 en het recht op gegevensbescherming van art. 8 Hv. Dit geldt ook als die inmenging niet als ernstig kan worden aangemerkt. Irrelevant is eveneens of het gaat om al dan niet gevoelige informatie of om een concreet nadeel voor de betrokkene. Art. 15 lid 1 van Richtlijn 2002/58/EG (de e-Privacyrichtlijn) laat het verkrijgen van toegang tot gegevens toe, niet alleen als het gaat om ernstige delicten, maar ook als het gaat om bestrijding van strafbare feiten in het algemeen. Wel moet de met de toelatingsregeling nagestreefde doelstelling in verhouding staan tot de ernst van

de inmenging in de betrokken grondrechten die deze ingreep meebrengt. Daarbij geldt dat volgens het evenredigheidsbeginsel een ernstige inmenging alleen kan worden gerechtvaardigd als het ook om de bestrijding van ernstige criminaliteit gaat; is de inmenging daarentegen niet ernstig, dan kan ook bij de vervolging van strafbare feiten in het algemeen toegang worden gevraagd. Dat betekent dat in de omstandigheden van het concrete geval moet worden nagegaan of de gevraagde toegang tot gegevens als ernstig moet worden aangemerkt. In het onderhavige geval gaat het louter om houders van simkaarten die gedurende een periode van 12 dagen met de gestolen mobiele telefoon zijn geactiveerd. Het gaat daarbij om het verkrijgen van hun telefoonnummers en de identiteitsgegevens van de houders van deze kaarten. Het gaat niet om de communicatie die tot stand is gebracht of over de locatie van de telefoon. Uit die gegevens kunnen geen nauwkeurige conclusies over het privéleven van de betrokken personen worden getrokken en er kan dus ook niet worden gesproken van een ernstige inmenging. Het Hof komt uiteindelijk tot de inschatting dat in deze zaak de beperking van de privacy marginaal was, en dat die derhalve ook kan worden gelegitimeerd door de bestrijding van niet ernstige criminaliteit.

Ministerio Fiscal

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

NOOT

1. Art. 7 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest of Hv) beschermt het recht op privacy, art. 8 het recht op gegevensbescherming. Dat laatste recht was uitgewerkt in de Richtlijn bescherming persoonsgegevens (95/46/EG, Rbp), die nu vervangen is door de Algemene Verordening Gegevensbescherming (2016/679 (AVG)). De e-Privacyrichtlijn (2002/58/EG (e-Pr)), die is gewijzigd door de zogenoemde Burgerrechtenrichtlijn (2009/136/EG) en die op termijn zal worden vervangen door de nu ahangige e-Privacyverordening, regelt zowel de bescherming van bepaalde persoonsgegevens, zoals locatie- en communicatiegegevens, als de bescherming van de privacy, zoals het communi-

catiegeheim, binnen de telecommunicatiesector. Er is een merkwaardige tegenstrijdigheid vervat in de Richtlijn bescherming persoonsgegevens, de Algemene Verordening Gegevensbescherming en de e-Privacyrichtlijn. Enerzijds bevatten deze documenten een bepaling waaruit volgt dat de daarin vervatte regels niet van toepassing zijn op overheidsactiviteiten in het kader van het strafrecht en criminaliteitsbestrijding (art. 3 lid 2 Rbp; art. 2 lid 2 AVG; art. 1 lid 3 e-Pr). Anderzijds bieden diezelfde documenten overheden de mogelijkheid om voor activiteiten in het kader van strafrecht en criminaliteitsbestrijding beperkingen te stellen aan de in die documenten opgenomen rechten en waarborgen (art. 13 Rbp; art. 23 AVG; art. 15 e-Privacyrichtlijn). Alhoewel niet geheel duidelijk is hoe deze bepalingen zich tot elkaar verhouden is zowel in de AVG als in de voorgenomen opvolger van de e-Pr dezelfde tweeledigheid is gehandhaafd (vgl. art. 11 Voorstel voor een e-Privacyverordening, 2017/0003/COD). De interpretatie heeft belangrijke gevolgen. Stel dat een land bijvoorbeeld elementen van de e-privacy beperkt in het kader van de criminaliteitsbestrijding, is die beperking dan op te vatten als vallend buiten de e-Privacyrichtlijn, en dus buiten het EU-recht, of als een beperking die is gebaseerd op art. 15 van de e-Privacyrichtlijn, en dus als vallend binnen het EU-recht? *In casu* stelde de Spaanse regering dat de eerste benadering de juiste is. Zij meende dan ook dat het HvJ niet bevoegd was en wees daarbij op art. 51 lid 1 Hv, waarin het subsidiariteitsbeginsel is vervat. Het HvJ is echter een ander oordeel toegedaan. Het overweegt niet alleen dat deze uitzondering binnen het EU-recht valt, maar merkt ook op dat sommige bepalingen uit de e-Privacyrichtlijn, zoals de vertrouwelijkheid van communicatie (art. 5 e-Pr), ook van toepassing zijn op activiteiten die eigenlijk buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Alhoewel deze benadering in lijn is met eerdere jurisprudentie, is dit een opmerkelijke interpretatie, waarvan het gevolg is dat het HvJ zich kan buigen over tal van vraagstukken die zich op de grens van zijn rechtsmacht bevinden.

2. Wat betreft de inhoudelijke vraag stelt het HvJ kort dat het duidelijk is dat er *in casu* sprake is van een inmenging in de privésfeer en dat er persoonsgegevens worden verwerkt; derhalve zijn art. 7 en 8 Hv van belang. De vraag of die inmenging 'ernstig' is, is volgens het HvJ niet rele-

vant voor de bepaling of deze twee fundamentele rechten in het geding zijn, maar hoogstens voor de beoordeling van de proportionaliteit van de inmenging. Dat is opmerkelijker voor de vraag of er een inmenging is in het privéleven dan voor wat betreft de vraag of art. 8 Hv in het geding is. Het recht op gegevensbescherming is immers van toepassing als er aan twee voorwaarden is voldaan: (1) er worden persoonsgegevens (2) verwerkt. Aangezien een naam en telefoonnummer persoonsgegevens zijn en die *in casu* worden opgeslagen, wat als een verwerking heeft te gelden, zal het gegevensbeschermingsrecht inderdaad van toepassing zijn. Het brede toepassingsbereik volgt uit de oorsprong van dit recht, wat pas later als fundamenteel recht is aangemerkt. Daarover bestaat veel discussie (zie voor een overzicht: Gonzalez Fuster, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU*, Springer, 2014). Overheden en private organisaties hebben natuurlijk legio data over personen, zoals hun naam en adres, maar ook, om maar iets te noemen, hun aanvragen voor kapvergunningen of subsidieverzoeken voor een wijkblaadje. Moeten al die triviale verwerkingen nu worden gezien als een inmenging in een fundamenteel recht, en heeft de term fundamenteel recht dan nog wel meerwaarde?

3. Meer in het algemeen staan er in het Handvest nogal wat nieuwe rechten die op het eerste gezicht minder fundamenteel lijken dan klassieke mensenrechten, zoals het recht op intellectueel eigendom, de vrijheid van ondernemerschap en het recht op toegang tot gratis arbeidsbemiddeling. Alhoewel er dus discussie mogelijk is over de vraag of het gegevensbeschermingsrecht wel als fundamenteel recht zou moeten worden aangemerkt, gegeven zijn zeer brede toepassingsbereik, is de beoordeling van het Hof van Justitie over de toepasselijkheid van dit recht in dit licht niet verrassend. Dat ligt anders voor het recht op privacy, zoals vervat in art. 7 Hv. Privacy is een traditioneel mensenrecht, onder meer vervat in art. 8 van het oudere EVRM, en kent een andere achtergrond. Voor het invoeren van mensenrechten is traditioneel door het EHRM een drempel opgeworpen – slechts klachten over situaties waarin de belangen van de klager wezenlijk zijn geraakt worden ontvankelijk verklaard. Het recht op privacy is simpelweg niet van toepassing op allerhande futiele problemen en alledaagse pro-

cessen, zoals het filmen van personen in de openbare ruimte zonder opnames, het vereiste om een foto in een paspoort te hebben en ook de omgang met huisdieren viel niet onder de beschermings sfeer van de relationele privacy (zie voor een overzicht: Van der Sloot, *Privacy as Virtue*, Intersentia, 2017). Zeker het HvJ heeft echter steeds meer de neiging om simpelweg alle futiele en alledaagse processen onder het kader van de fundamentele rechten te behandelen, en de marginaliteit van de inbreuk en het geschonden rechtsgoed slechts mee te nemen in de proportionaliteitsvraag. Ook de onderhavige uitspraak laat de neiging tot uitbreiding zien, waar het HvJ opmerkt dat ‘de toegang van overheidsinstanties tot dergelijke gegevens inmenging in het in artikel 7 van het Handvest neergelegde grondrecht op eerbiediging van het privéleven vormt, zelfs al kan die inmenging om bepaalde redenen niet als “ernstig” worden aangemerkt en zonder dat van belang is of de informatie over het privéleven al dan niet gevoelig is en of de betrokkenen door die inmenging enig nadeel hebben onderhouden’. Hiermee lijken oude principes, zoals het vraagstuk van de persoonlijke reikwijdte (*ratione personae*), de materiële reikwijdte (*ratione materiae*) en het vereiste van minimale schade (de-minimisregel), steeds minder van belang.

4. Toch is het ook in dit geval de vraag in hoeverre het opvragen van een naam en een telefoonnummer nu inderdaad zo wezenlijk is dat dit moet worden gezien als een beperking van een fundamenteel recht. Opmerkelijk is dat het HvJ in zijn jurisprudentie de knip hoe langer hoe meer bij een ander punt maakt, dus niet tussen zaken die wel of niet raken aan een fundamenteel recht, maar tussen zaken die raken aan de essentie van een recht en zaken die niet raken aan de essentie van een recht (zie over dit onderwerp o.a. Brkan, ‘The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core’, 14 *European Constitutional Law Review* 2018 (2)). Het gevolg van deze keuze is dat het HvJ bevoegd raakt om over steeds meer vraagstukken een oordeel te vellen en dat de uitkomst van de zaken steeds meer wordt teruggebracht tot een proportionaliteitstoets.

5. Dan wordt de vraag dus of de delicten *in casu* zo ernstig zijn dat ze een inmenging in de fundamentele rechten op privacy en gegevensbescherming legitimeren. In *Tele2 Sverige en Watson e.a.* (gev. zaken C-203/15 en C-698/15, 21 december

2016, EU:C:2016:970, «EHRC» 2017/79 m.nt. Koning, NJ 2017/86 m.nt. Dommering, Computerrecht 2017/50 m.nt. Conings) heeft het Hof geoordeeld dat alleen de bestrijding van zware criminaliteit kan rechtvaardigen dat overheidsinstanties toegang krijgen tot door aanbieders van elektronische-communicatiediensten bewaarde persoonsgegevens, waaruit - in hun geheel beschouwd - precieze conclusies kunnen worden getrokken over het privéleven van de betrokken personen. Daar ging het echter om een ernstige inmenging in de fundamentele rechten van burgers, wat alleen gelegitimeerd kan worden doordat de inmenging noodzakelijk is om zware criminaliteit te bestrijden. Omdat het in het onderhavige geval niet ging om het controleren van de inhoud van de communicatie of om de locatiegegevens van de mobiele telefoons, maar slechts om het achterhalen wie de telefoon had gebruikt en naar wie er was gebeld, is hier volgens het Hof geen sprake van een ernstige inmenging in de fundamentele rechten. Daarom kan een dergelijke inmenging ook worden gelegitimeerd als die noodzakelijk is om minder zware criminaliteit te bestrijden, dixit het Hof.

6. Wat zijn we met deze uitspraak opgeschoten? Wat heeft het toegevoegd om de belangen *in casu* te formuleren in termen van fundamentele rechten? En wat heeft het toegevoegd dat het HvJ zich over deze zaak heeft gebogen? Uit het eerdergenoemde *Tele2*-arrest bleek dat ernstige inmengingen in de privacy alleen kunnen worden gelegitimeerd door de bestrijding van ernstige criminaliteit; uit *Ministerio Fiscal* volgt nu dat niet-ernstige inmengingen in de privacy ook kunnen worden gelegitimeerd door de bestrijding van niet-ernstige criminaliteit. Hier heeft één van de twee hoogste rechtscollages in Europa zich over gebogen, met alle pleidooien, vergaderingen en interne discussies van dien. De zaak heeft meer dan drie jaar stilgelegen om op dit oordeel te wachten. Een antwoord op zijn prejudiciële vragen heeft de Spaanse rechter echter niet gekregen, wat niet verbazingwekkend is omdat die over de interpretatie van het Spaanse recht gaan. In het EU-recht wordt immers geen gewag gemaakt van 'ernstige criminaliteit'. Zodoende is niet duidelijk wat nu als 'ernstige criminaliteit' moet worden gezien, maar slechts dat er voor de bestrijding van kleine criminaliteit kleine privacyinbreuken mogen worden gemaakt en voor grote, grote. Het is dan ook wachten op het vol-

gende oordeel van het HvJ, waaruit waarschijnlijk volgt dat gemiddeld ernstige inbreuken op de privacy gelegitimeerd kunnen zijn bij de bestrijding van gemiddeld ernstige criminaliteit.

dr. B. van der Sloot

Senior onderzoeker Tilburg Institute for Law, Technology and Society, Tilburg University

19

C-569/16 en C-570/16, Bauer

Hof van Justitie EU

6 november 2018, C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871

(Lenaerts (President), Bonichot, Prechal (Rapporteur), Vilaras, Von Danwitz, Biltgen, Jürimäe (Kamerpresident), Lycourgos (Kamerpresident), Ilesič, Malenovský, Levits, Bay Larsen, Rodin)

Noot prof. dr. C. Mak, deze noot heeft betrekking op «EHRC» 2019/19, «EHRC» 2019/20 en «EHRC» 2019/21.

Grote Kamer. Recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Arbeidsrecht. Financiële vergoeding voor vakantiedagen. Richtlijn-conforme interpretatie. Directe horizontale werking Hv.

[Handvest Grondrechten EU art. 31 lid 2, 51 lid 1, 52 lid 1; Richtlijn 2003/88/EG art. 7]

De echtgenoten van de verzoekers in het hoofdgeding, Bauer en Broßonn, zijn overleden. Verzoekers hebben de voormalige werkgevers van Bauer en Broßonn verzocht om uitbetaling van een vergoeding vergelijkbaar met de nog openstaande vakantiedagen van de echtgenoten. De nationale rechter heeft het HvJ EU nu de vraag voorgelegd of art. 7 van Richtlijn 2003/88/EG, dan wel art. 31 lid 2 Hv tot gevolg kan hebben dat de werkgever wordt verplicht tot betaling van een financiële vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantie met behoud van loon aan de erfgenamen van de werknemer, ook al is dat naar nationaal recht niet mogelijk. Ook vraagt hij of in een geval als dit eventueel sprake kan zijn van rechtstreekse werking van de genoemde bepalingen. Het is vas-