

Het recht op bescherming van persoonsgegevens in de Europese en nationale rechtsorde na Lissabon

Merel Koning*

1. INLEIDING

Privacy is dead is tegenwoordig een populaire uitspraak.¹ Waar of niet waar, het recht op gegevensbescherming is in ieder geval *alive and kicking* en *here to stay*.² Dit is grotendeels toe te schrijven aan de aanhoudende focus van de Raad van Europa (RvE)³ en de Europese Unie (EU)⁴ op het gegevensbescher-

* Merel Koning is promovenda bij het Privacy & Identity Lab van de onderzoeksgroep Digital Security aan de faculteit Natuurkunde, Wiskunde, en Informatica van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 De uitspraak wordt door allerlei 'types' gedaan, namelijk academici: <https://www.yahoo.com/tech/s/privacy-dead-harvard-professors-tell-davos-forum-144634491.html>; futuristen: <http://davidhoule.com/books/is-privacy-dead>; en consultants en ambtenaren: Roger Clarke, 'Internet privacy concerns confirm the case for intervention', *Communications of the ACM*, Vol. 42, No. 2, p. 60-67.

2 Dit in tegenstelling tot de inmiddels nietig verklaarde Richtlijn Dataretentie, waarover Commissaris Cecilia Malmström in 2010 nog zei: 'We have to recognise that data retention is here to stay', SPEECH/10/723 3 december 2010.

3 De RvE nam in 1973 de eerste resolutie aan over de bescherming van privacy in elektronische databanken in de private sector, Resolution (73) 22. Een jaar later volgde eenzelfde soort resolutie voor databanken in de publieke sector, Resolution (74) 29.

4 Binnen de EU is vooral de Richtlijn Gegevensbescherming van belang: Richtlijn 1995/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (*PbEG* 1995 L 281). In 2001 is deze aangevuld met een verordening die de gegevensverwerking binnen de context van de Europese instellingen reguleert (Verordening 45/2001/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de communautaire instellingen en organen en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (*PbEG* 2001 L 8/1)). In het digitale domein is ook de ePrivacy Richtlijn aangenomen (Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (*PbEU* 2002 L201)). Deze richtlijn is gewijzigd ter bestrijding van criminaliteit door het aannemen van de Richtlijn Dataretentie (Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische com-

□

mingsrecht en de wijze waarop het supranationale en internationale gegevensbeschermingsrecht doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde. Sinds 2009 is het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Hv) bindend voor de EU-lidstaten. Voor die tijd waren voornamelijk het Gegevensbeschermingsverdrag van de Raad van Europa en artikel 8 van het EVRM richtinggevend in Europa.⁵ Binnen het dataprotectiedomein, dat van toenemend belang in de hedendaagse netwerkmaatschappij, brengt het Handvest twee veranderingen. Ten eerste omschrijft artikel 8 Hv een apart en autonoom grondrecht op bescherming van persoonsgegevens. Ten tweede veranderde de rol en houding van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) ten opzichte van grondrechten en dus ook ten opzichte van het recht op bescherming van persoonsgegevens.⁶ Het recht op bescherming van persoonsgegevens moet worden gezien in relatie tot de functie die het heeft in de maatschappij.⁷ Dit recht is in de laatste decennia mede door de maatschappelijke ontwikkelingen uitgegroeid tot iets dat veel meer is dan een 'onderdeeltje' van het 'grotere' recht op privacy.

municatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG (*PbEU* 2006 L 105)). De Richtlijn Dataretentie is echter door het HvJ ongeldig verklaard in 2014, zoals verderop in dit hoofdstuk aan de orde komt. In 2009 is een aantal bepalingen van de ePrivacy Richtlijn aangepast door Richtlijn 2009/136 tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie) en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (*PbEU* 2006 L 337). Het laatste relevante document op het gebied van Europese wetgeving en gegevensbescherming is het Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (*PbEU* 2008 L 350).

- 5 Verdrag van de Raad van Europa van 28 januari 1981 tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, European Treaty Series nr. 108, Straatsburg 1981.
- 6 Daarnaast is de bescherming van het recht op een eerlijk proces, non-discriminatie, de vrijheid van meningsuiting en die van ondernemerschap mede afhankelijk van het gegevensbeschermingsrecht. Zie bijv. HvJ 16 december 2008, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724 (*Huber*), NJ 2009, 194 m.nt. Mok, punt 66. Zie in dit verband G. Overkleeft-Verburg, 'Het Handvest van de grondrechten in de rechtspraak van het Hof van Justitie', in: F.H. van der Burg, *Getuigend Staatsrecht, Liber Amicorum voor A. Koekoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishing 2005, p. 121-187.
- 7 HvJ 9 november 2010, C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker en Markus Schecke en Eifert*), punt 48.

Artikel 8 Hv lid 1 luidt: ‘Eenieder heeft recht op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens’. In het tweede lid worden vijf voorwaarden aan de verwerking gesteld: ‘[De] gegevens moeten (1) eerlijk worden verwerkt, (2) voor bepaalde doeleinden en (3) met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. (4) Eenieder heeft recht op toegang tot de over hem verzamelde gegevens en (5) op rectificatie daarvan.’ Het derde lid vereist dat een onafhankelijke autoriteit wordt ingesteld die toeziet op de naleving van deze regels. Deze voorwaarden en vereisten zijn met name in de artikelen 6, 7, 12, 14 en 28 van richtlijn 95/46 uitgewerkt en maakten dus al voor de inwerkingtreding deel uit van het Europese *corpus juris*.⁸ Zowel het recht op privacy als het recht op gegevensbescherming waren voor de inwerkingtreding van het Handvest in de jurisprudentie van het HvJ al erkend als algemene beginselen van het EU-recht.⁹ Echt nieuw is artikel 8 Hv in die zin niet, maar het bestaat nu naast artikel 7 Hv dat correspondeert met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), dat het recht op bescherming van het privéleven waarborgt.¹⁰

Dit hoofdstuk gaat in op de wijze waarop het HvJ het gegevensbeschermingsrecht uitlegt als grondrecht, welke rol de rechtspraak van het EHRM en het secundair Europees gegevensbeschermingsrecht daarbij spelen en in hoeverre en op welke manier het Handvest na vijf jaar effect heeft op het Nederlandse gegevensbeschermingsrecht.

2. ONTWIKKELING GEGEVENSBSCHERMINGSRECHT VANUIT ARTIKEL 8 EVRM

2.1 Gegevensbescherming onder artikel 8 EVRM

In Europa is het gegevensbeschermingsrecht binnen de context van mensenrechten ontwikkeld met een privacybril op. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) behandelt al decennia zaken die binnen het dataprotectiedomein vallen.¹¹ Dit doet het middels artikel 8 EVRM: het recht op

8 HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain t. Costeja*), EHRC 2014/186 m.nt. Van Hoboken, NJ 2014, 385 m.nt. Mok, *Computerrecht* 2014, 115 m.nt. Van Eecke en Cornette, punt 69.

9 HvJ 6 maart 2001, C-274/99 P, ECLI:EU:C:2001:127 (*Connolly*), punt 37; HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*), *Computerrecht* 2003, p. 305 m.nt. Prins, punten 68-69).

10 Toelichtingen bij het Handvest (*PbEU* 2007 C 303/02), p. 17.

11 EHRM 7 juli 1987, nr. 10454/83, (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*), NJCM-Bull. 1990, p. 206 m.nt. Verhey; EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81, (*Leander t. Zweden*).

respect voor privéleven, familie- en gezinsleven, woning en correspondentie.¹² De Hert en Gutwirth omschrijven de rol van het Straatsburgs Hof als tweeledig: aan de ene kant geeft het bindende oordelen binnen het opzichzelfstaande systeem van mensenrechten van de Raad van Europa (RvE), aan de andere kant is het richtinggevend voor het HvJ bij het concretiseren van mensenrechten binnen de Europese Unie (EU).¹³ Het EHRM ziet het EVRM als een 'levend instrument' en interpreteert begrippen als privéleven in het 'licht van hedendaagse omstandigheden'.¹⁴ Het oordeelde dat het concept privéleven te beperkt wordt uitgelegd wanneer dit slechts de binnenste kring van iemands persoonlijke leven zou betreffen.¹⁵ Onder het daardoor zeer ruim gedefinieerde concept privéleven heeft het EHRM ook de verwerking van persoonsgegevens geschaard.

2.2 Gegevens die het Privéleven raken en persoonsgegevens

Eind jaren tachtig deed het EHRM voor het eerst uitspraak in een zaak binnen het dataprotectiedomein.¹⁶ Het EHRM oordeelde dat het opslaan door de politie van gegevens die het privéleven raken het recht tot eerbiediging van het privéleven raakt.¹⁷ Het EHRM werkt sindsdien met de categorie 'gegevens die het privéleven raken'. Door deze categorie breed te interpreteren sluit het EHRM aan bij de generieke brede interpretatie van het begrip privé-

12 De aantasting van dit recht is alleen legitiem als aan de drie cumulatieve vereisten van het tweede lid wordt voldaan. De inmenging moet een legitiem doel nastreven, voorzien zijn bij wet en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.

13 P. de Hert & S. Gutwirth, 'Data protection in the case law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalism in action', in: S. Nouwt e.a. (red.), *Reinventing data protection?*, Berlin: Springer 2009, p. 17.

14 EHRM (GK) 11 juli 2002, nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2002/74 m.nt. Janssen & Van der Velde, *NJCM-Bull.* 2003, p. 330 m.nt. Van Dijk, par. 75: 'The Court proposes therefore to look at the situation within and outside the Contracting State to assess "in the light of present-day conditions" what is now the appropriate interpretation and application of the Convention.' Zie ook EHRM 25 april 1987, nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*), par. 31.

15 EHRM 28 januari 2003, nr. 44647/98 (*Peck t. Verenigd Koninkrijk*), par. 57-63; EHRM 28 september 2001, nr. 44787/98 (*P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*), *NJ* 2003, 670 m.nt. Dommering, par. 56; EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88 (*Niemietz t. Duitsland*), *NJ* 1993, 400 m.nt. Dommering, *NJCM-Bull.* 1993, p. 320 m.nt. Myjer, par. 29.

16 In de *Malone*-zaak zat ook een gegevensverwerkingscomponent, maar dat werd niet als zodanig door het Hof onderscheiden van de communicatiegegevens zelf; zie EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, (*Malone t. Verenigd Koninkrijk*), *NJ* 1988, 534 m.nt. Van Dijk.

17 EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), par. 48.

leven¹⁸ en bij de brede bescherming die het Gegevensbeschermingsverdrag uit 1981 beoogt te bieden.¹⁹ Het EHRM heeft echter nooit een algemeen recht op bescherming van de persoonsgegevens erkend.²⁰ Het beschermingsobject van het Gegevensbeschermingsverdrag zijn persoonsgegevens: iedere informatie betreffende een geïdentificeerd of identificeerbaar individu.²¹ Het beschermingsobject van gegevens die het privéleven raken wordt bepaald door de context waarbinnen de gegevens zijn verzameld en opgeslagen, de aard van de gegevens, de wijze van verwerking, het doel van gebruik, en de mogelijkheden die de verwerking biedt.²² De kwalificatie persoonsgegevens impli-

-
- 18 Gegevens die zijn gepubliceerd of uit het publieke domein komen, kunnen wel het privéleven raken; zie EHRM 4 mei 2000, nr. 28341/95 (*Rotaru t. Roemenië*); EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95 (*Amann/Zwitserland*); EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander t. Zweden*).
- 19 Ondanks het bestaan van het destijds kersverse Gegevensbeschermingsverdrag van de RvE onthield het Straatsburgs Hof zich in het *Leander*-arrest van een verwijzing hier naar (zie Verdrag van de Raad van Europa van 28 januari 1981 tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, European Treaty Series no. 108, Strasbourg, 1981). De verwijzing naar het gegevensbeschermingsverdrag is in latere uitspraken wel gemaakt: EHRM 4 mei 2000, nr. 28341/95 (*Rotaru t. Roemenië*); EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95 (*Amann t. Zwitserland*); EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88 (*Niemietz t. Duitsland*), NJ 1993, 400 m.nt. Dommering, NJCM-Bull. 1993, p. 320 m.nt. Myjer.
- 20 G. Gonzalez Fuster, 'The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU', in: C. Pompeu, & S. Giovanni (red.) *Law, Governance and Technology Series*, Cham: Springer 2014, p. 99 en De Hert & Gutwirth 2009, p. 24-26. Zie ook de Opinie van de Artikel 29 Werkgroep nr. 203 van 2013, p. 10. Wel erkent het EHRM dat het recht naar EU-recht als beginsel van Unierecht moet worden gekwalificeerd; zie EHRM 13 november 2012, nr. 24019/07 (*M.M./Verenigd Koninkrijk*), par. 145: 'Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data ('the Data Protection Directive') provides that the object of national laws on the processing of personal data is notably to protect the right to privacy as recognised both in Article 8 of the European Convention on Human Rights and in the general principles of Community law.' Het is de vraag of dit in de toekomst ook zal gebeuren voor het recht op bescherming van persoonsgegevens. Dit zou een interessante situatie opleveren nu het EHRM het recht op bescherming van persoonsgegevens niet als zelfstandig mensenrecht erkent binnen de rechtsorde van de RvE.
- 21 Dit is omschreven als: 'Any information relating to an identified or identifiable individual' (art. 2 sub a Gegevensbeschermingsverdrag Raad van Europa).
- 22 EHRM 18 oktober 2011, nr. 16188/07 (*Khelilli t. Zwitserland*), par. 55; EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04 (*S & Marper t. Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2009/13 m.nt. Koops, NJ 2009, 410 m.nt. Alkema, NJCM-Bull. 2009, p. 391 m.nt. Van der Staak, par. 72, 73 en 75.

ceert dus niet direct de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM.²³ Ook kan het zijn dat sprake is van verwerking die niet noodzakelijk persoonsgegevens betreft maar die wel het privéleven raakt.²⁴ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een bestuursorgaan ‘big data’ gebruikt om profielen op te stellen op basis waarvan het handhavingsbeleid wordt bepaald of bestuursrechtelijke beslissingen worden genomen. De persoonsgegevens van hen die worden geraakt door het beleid of de beslissingen hoeven dan niet te zijn verwerkt om ervoor te zorgen dat artikel 8 EVRM van toepassing is.

2.3 Aspecten EU-gegevensbeschermingsrecht in rechtspraak EHRM

Om een goed beeld van de invloed van het Handvest op het nationaal gegevensbeschermingsrecht te krijgen is het van belang te bepalen welke elementen uit die bepaling ook in andere, oudere bindende rechtsbronnen zijn terug te vinden. Zoals reeds is aangegeven in de inleiding, worden de elementen van artikel 8 Hv in belangrijke mate vormgegeven door het secundair gegevensbeschermingsrecht. Vanzelfsprekend laat het EHRM zich niet uit over de EU-Gegevensbeschermingsrichtlijn, de lidstaten hebben immers beleidsvrijheid in de omzetting van de richtlijn en zijn hierdoor zelf verantwoordelijk voor het waarborgen van de EVRM verplichtingen.²⁵ Het

23 EHRM 18 oktober 2011, nr. 16188/07 (*Khelilli t. Zwitserland*), par. 55.

24 In de *Gaskin*-zaak lag de focus niet op de vraag of de gegevens over de betrokkene gingen, maar op de impact die het onthouden van toegang op de betrokkene had: EHRM 7 juli 1987, nr. 10454/83, (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*), NJCM-Bull. 1990, p. 206 m.nt. Verhey. Zie in dit verband ook bijvoorbeeld *Leander*: ‘48. It is uncontested that the secret police-register contained information relating to Mr. Leander’s private life. Both the storing and the release of such information, which were coupled with a refusal to allow Mr. Leander an opportunity to refute it, amounted to an interference with his right to respect for private life as guaranteed by Article 8 § 1’ (EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander t. Zweden*)).

25 In het *Romet*-arrest concludeert het EHRM: ‘As regards Directive 95/46/EC, on which the applicant relies, the Court notes that for purposes of the Convention it binds domestic authorities only in the form in which it has been transposed into domestic law’ (EHRM 14 februari 2012, nr. 7094/06 (*Romet t. Nederland*), JB 2012/78 m.nt. Overkleeft-Verburg, AB 2012, 271 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, NJ 2013, 484 m.nt. Dommering, par. 39). Zie ook EHRM 2 december 2008, nr. 32733/08 (*K.R.S. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, EHRC 2011/42 m.nt. Woltjer, JV 2011/68 m.nt. Battjes (*M.S.S. t. België en Griekenland*), par. 250. In het *Bosphorus*-arrest en de daarop volgende jurisprudentie oordeelde het EHRM dat voor EU-regelgeving waarbij lidstaten geen beleidsvrijheid hebben bij de omzetting van EU-recht in nationaal recht, de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de bescherming van de EVRM-rechten in beginsel niet komen te vervallen; de lidstaten hebben er immers zelf voor gekozen om

□

EHRM heeft echter vanuit de doctrine voor gegevens die het privéleven raken meerdere gegevensbeschermingsprincipes erkend die overeenkomen met de elementen van artikel 8 van het Handvest. Dat geldt allereerst voor het basisidee achter het doelbindingsbeginsel, namelijk dat persoonsgegevens voor bepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden moeten worden verkregen en vervolgens niet mogen worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden. Dat idee komt ten dele tot uitdrukking in het tweede lid van artikel 8 Hv, en is erkend door het EHRM in de zaken *Peck, Perry* en *P.G en J.H.*²⁶ Ten tweede komt het vereiste van een gerechtvaardigde grondslag uit artikel 8 lid 2 Hv deels overeen met de tweedelige toets van artikel 8 lid 2 EVRM; het betreft met name het criterium: voorzien bij wet.²⁷

Een ander element dat kenmerkend is voor het EU-gegevensbeschermingsrecht en dat ook in het EVRM zichtbaar is, is het recht op toegang tot de gegevens die de privésfeer raken. Volgens de EHRM-rechtspraak kan dit

taken aan de Unie over te dragen en dit ontslaat hen niet van hun verdragsrechtelijke verantwoordelijkheid inzake de werking van bepalingen van het EHRM. Daarbij heeft het EHRM de zogeheten Bosphorus-doctrine omarmd door aan te nemen dat binnen de EU het grondrechtelijk beschermingsniveau gelijkwaardig is aan dat van het EVRM. Om die reden laat het EHRM zich enkel uit over rechtstreeks werkende bepalingen van EU-regelgeving als deze zonneklaar te kort schieten in de bescherming van de mensenrechten van het EVRM. Zie EHRM 30 juni 2005, nr. 45036/98 (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi t. Ierland*), AB 2006, 273 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, par. 159, 165. Zie in dit verband ook C. Colstello, 'The Bosphorus ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe', 6 *Human rights Law Review* 2006 p. 87-130.

26 EHRM 28 januari 2003, nr. 44647/98 (*Peck t. Verenigd Koninkrijk*), par. 62; EHRM 17 juli 2003, nr. 63737/00 (*Perry t. Verenigd Koninkrijk*), NJ 2006, 40, m.nt. Dommering, par. 40; EHRM 28 september 2001, nr. 44787/98 (*P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*), NJ 2003, 670 m.nt. Dommering, par. 58-59. Gegevens koppelen om een inbreuk op het privéleven te voorkomen, druist tegen het doelbindingsbeginsel in tegen het gegevensbeschermingsrecht, maar wordt door het EHRM in specifieke gevallen gezien als een noodzakelijke maatregel om het privéleven te beschermen, bijvoorbeeld in de zaak *Romet* (EHRM 14 februari 2012, nr. 7094/06 (*Romet t. Nederland*), JB 2012/78 m.nt. Overkleef-Verburg, AB 2012, 271 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, NJ 2013, 484 m.nt. Dommering, par. 43-44).

27 Dit tot ongenoegen van sommige rechtswetenschappers die een meer inhoudelijke toets op het noodzakelijkheids criterium zouden willen zien. Zie bijvoorbeeld De Hert & Gutwirth 2009, p. 2. Dit zou goed passen bij de ratio van gegevensbeschermingsgronden die bestaan uit vijf noodzakelijkheidsgronden en toestemming, waarnaast bovendien steeds sprake moet zijn van noodzakelijkheid voor een legitiem, specifiek en expliciet gegeven doel.

onder omstandigheden ook onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM vallen.²⁸ Ook is het Staten aangerekend dat een recht op rectificatie van gegevens die het privéleven raken in hun nationale recht ontbrak.²⁹ Het recht op een onafhankelijke autoriteit die toeziet op de gegevensverwerking is eveneens in bepaalde gevallen erkend door het EHRM.³⁰

Artikel 8 Hv brengt in dat opzicht enkel de grondrechtelijke status van ‘toestemming’ als rechtmatige verwerkingsgrond als nieuw element in de grondrechtelijke doctrine rondom gegevensbescherming die binnen het recht op privacy valt, nu daarbij een zekere spanning optreedt met het vereiste van ‘voorzien bij wet’.³¹

3. BESCHERMING VAN PERSOONSgegevens EN HET HANDVEST

Dat artikel 8 Hv op zich weinig nieuws brengt – toestemming is immers een oude bekende binnen het secundair gegevensbeschermingsrecht³² – betekent niet dat het Handvest voor het nationale gegevensbeschermingsrecht geen meerwaarde heeft. Het EVRM begint de laatste jaren steeds meer op de ach-

28 EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), par. 48; EHRM 7 juli 1987, nr. 10454/83, (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*), NJCM-Bull. 1990, p. 206 m.nt. Verhey, par. 37; EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z t. Finland*).

29 EHRM (GK) 11 juli 2002, nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2002/74 m.nt. Janssen & Van der Velde, NJCM-Bull. 2003, p. 330 m.nt. Van Dijk; EHRM 25 maart 1992, nr. 13343/87, (*B. t. Frankrijk*); EHRM 27 september 1990, nr. 10843/84 (*Cossey t. Verenigd Koninkrijk*), NJ 1995, 678 m.nt. Alkema.

30 Dit was voornamelijk het geval wanneer de gegevens door geheime diensten werden verwerkt. Zie bijvoorbeeld: EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71 (*Klass t. Duitsland*); EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander t. Zweden*); EHRM 4 mei 2000, nr. 28341/95 (*Rotaru t. Roemenië*).

31 Op het toevoegen van toestemming aan de grondrechtelijke status van het gegevensbeschermingsrecht is commentaar gegeven. Sommige schrijvers zien een gevaar in het standaard toekennen van toestemming als verwerkingsgrond. Toestemming zal in een netwerkgeving steeds vaker snel moeten gebeuren en ook automatisch of gedeeltelijk automatisch plaatsvinden. Hierdoor leert de betrokkene toestemming te geven, zonder dat er echt sprake is van een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting. Door de betrokkene zo centraal te stellen worden gegevens als een goed behandeld in plaats van een deel van het individu. Zie hierover A. Rouvroy & Y. Pouillet, ‘The right to informational self-determination and the value of self-development: Reassessing the importance of privacy for democracy’, in: S. Nouwt e.a. (red.), *Reinventing data protection?*, Dordrecht: Springer 2009, p. 45-76.

32 Toestemming is wel een vast element van het secundair gegevensbeschermingsrecht (vgl. art. 7 sub a Richtlijn 95/46/EC); zie E. Kosta, *Consent in European data protection law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2013.

tergrond te raken³³ bij de dagelijkse uitleg van gegevensbeschermingsrecht doordat het HvJ in toenemende mate dit verdrag achterwege laat in zijn toetsing.³⁴ In de gevallen waarbij nationaal recht buiten de reikwijdte van het

33 Zie bijvoorbeeld HvJ 24 november 2011, C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*), punt 42.

34 Het Hof in Luxemburg verwijst veelvuldig naar het EVRM, maar slechts eenmaal heeft het HvJ de volledige toets van het tweede lid doorgenomen. Dit betrof de *Österreichischer Rundfunk*-zaak, waarin de verwijzende rechter prejudiciële vragen stelde aan het HvJ over de legitimiteit van het delen van inkomensgegevens van Oostenrijkse ambtenaren met de rekenkamer en het publiek, omwille van de transparantie en controleerbaarheid van overheidsuitgaven HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*), *Computerrecht* 2003, p. 305 m.nt. Prins. Het HvJ bekeek eerst of de Richtlijn Gegevensbescherming van toepassing was door na te gaan of inkomensgegevens persoonsgegevens zijn (ex art. 2 sub a Richtlijn) en of de mededeling hiervan aan de rekenkamer of het publiek een verwerking van die gegevens betreft (ex art. 2 sub b Richtlijn). Vervolgens oordeelde het Hof dat de Richtlijn strikte afwijkingen toelaat ex art. 13 op de beginselen van de kwaliteit van de gegevensverwerking (art. 6 Richtlijn) en op de beginselen van de toelaatbaarheid van de gegevensverwerking (art. 7 Richtlijn). Indien de gegevensverwerking afbreuk doet aan het recht op privacy, moeten deze afwijkingen echter wel aan de criteria van het tweede lid van art. 8 EVRM voldoen; vgl. HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*), *Computerrecht* 2003, p. 305 m.nt. Prins, punten 68-72. Bij de beantwoording van de drietrapstoets van het tweede lid koppelt het HvJ het criterium van een legitiem doel ex art. 8 lid 2 EVRM aan het doelbindingsbeginsel uit art. 6, lid 1, sub b Richtlijn, dat verwijst naar welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden (zie de al genoemde zaak *Österreichischer Rundfunk*, par. 81). Het HvJ toetst daarbij op een wijze die we gewend zijn van het EHRM en concludeert dat indien de nationale rechters tot de conclusie komen dat de betrokken nationale regelgeving niet strookt met art. 8 EVRM vanwege schending van het proportionaliteitsvereiste, deze evenmin kan voldoen aan het in de artikelen 6, lid 1, sub c, en art. 7, sub c of e, van de Richtlijn neergelegde vereiste van noodzakelijkheid. De gegevensverwerking kan dan evenmin vallen onder één van de uitzonderingen van art. 13 van diezelfde Richtlijn, nu ook dit artikel de eerbiediging van het evenredigheidsvereiste koppelt aan de nagestreefde doelstelling van algemeen belang. Immers, zo redeneert het HvJ, de Richtlijn Gegevensbescherming mag geen regeling zijn die verwerking rechtvaardigt die in strijd is met het recht op bescherming van het privéleven (*Österreichischer Rundfunk*, punt 68: 'Bovendien moet richtlijn 95/46, voor zover zij de verwerking regelt van persoonsgegevens die afbreuk kunnen doen aan de fundamentele vrijheden, inzonderheid het recht op persoonlijke levenssfeer, noodzakelijkerwijs worden uitgelegd op basis van de grondrechten, die volgens vaste rechtspraak integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welke eerbiediging het Hof verzekert (zie met name arrest van 6 maart 2001, *Connolly t. Commissie*, C-274/99P, *Jurispr.*, p. I-1611, punt 37'). Deze beginselen zijn uitdrukkelijk vastgelegd in art. 6 lid 2 EU. Volgens die bepaling eerbiedigt [de Unie] de grondrechten, zoals die worden

□

Unierecht valt, verwijst het HvJ wel naar het EVRM, maar toetst het daar niet aan omdat dit buiten zijn jurisdictie valt.³⁵ Het HvJ toetst tegenwoordig hoofdzakelijk aan het Handvest en het secundair gegevensbeschermingsrecht. Tussen deze twee rechtsbronnen is een bijzondere verhouding ontstaan waarbij de ene keer het secundair gegevensbeschermingsrecht wordt gebruikt om artikel 8 Hv te duiden, en de andere keer het secundair recht aan artikel 8 Hv wordt getoetst. De komende paragrafen gaan in op de materiële omvang van de artikelen 7 en 8 Hv en de verhouding tussen de rechten uit het Handvest en het secundair gegevensbeschermingsrecht.

3.1 *De materiële omvang van de artikelen 7 en 8 Hv*

Artikel 7 van het Handvest waarborgt dat een ieder recht heeft op eerbiediging van haar privéleven, haar familie- en gezinsleven, haar woning en haar communicatie. Artikel 8 waarborgt het recht op bescherming van persoonsgegevens.

De tekst van artikel 8 Hv luidt als volgt:

1. Eenieder heeft recht op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens.
2. Deze gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht op toegang tot de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.
3. Een onafhankelijke autoriteit ziet toe op de naleving van deze regels.

Zoals reeds is aangegeven correspondeert artikel 7 Hv met artikel 8 van het EVRM. De inhoud en reikwijdte zijn daardoor blijkens artikel 52 lid 3 Hv minimaal dezelfde, al verhindert het Handvest niet dat het recht van de Unie

gewaarborgd door het EVRM en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht (*Österreichischer Rundfunk*, punt 91: 'Ofschoon richtlijn 95/46 als hoofddoel heeft het vrije verkeer van persoonsgegevens te waarborgen, bepaalt zij in art.1, lid 1, dat 'de lidstaten [...] in verband met de verwerking van persoonsgegevens [...] de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen [waarborgen], inzonderheid van het recht op persoonlijke levenssfeer'). Een aantal overwegingen van de considerans van de richtlijn, met name de tiende en de elfde, omschrijft hetzelfde. Ook in zeer recente zaken verwijst het HvJ naar het EVRM, zeker in de gevallen waarin het Unierecht niet van toepassing is, bijvoorbeeld voor het verder gebruik van gegevens voor strafrechtelijke doeleinden; zie HvJ 16 april 2015, C-446/12, ECLI:EU:C:2015:238 (*Willems*), punt 51.

35 HvJ 16 april 2015, C-446/12, ECLI:EU:C:2015:238 (*Willems*).

een ruimere bescherming biedt dan het EVRM.³⁶ In de Toelichting bij het Handvest is bovendien uitgelegd dat om rekening te houden met de technische ontwikkelingen in artikel 7 Hv het begrip ‘correspondentie’ is vervangen door ‘communicatie’.³⁷ Diezelfde toelichting legt uit dat artikel 8 Hv is gebaseerd op de artikelen 16 VWEU en 39 VEU en Richtlijn 95/46 (de Gegevensbeschermingsrichtlijn), alsmede op artikel 8 EVRM en het Gegevensbeschermingsverdrag van de RvE.³⁸

3.2 Uitleg materiële omvang artikel 7 Handvest

Analoog aan het EVRM is artikel 7 Hv van toepassing op speciale categorieën gegevens, dat wil zeggen bijzondere persoonsgegevens die ex artikel 8 van de Gegevensbeschermingsrichtlijn extra bescherming genieten, zoals medische gegevens of gegevens waaruit de etnische afkomst, politieke opvattingen of de godsdienstige overtuiging. Ook is de bepaling van toepassing op handelingen zoals het delen van persoonsgegevens met derden en het mogelijk maken van toegang voor derden.³⁹

Voor een geslaagd beroep op artikel 7 Hv is evenwel niet doorslaggevend dat de betrokkenen door de inmenging enig nadeel hebben ondervonden, noch dat de gegevens onder het speciale regime van artikel 8 van de

36 Zie art. 52 lid 3 Hv.

37 Toelichtingen bij het Handvest, *Pb EU* 2007 C 303/02, p. 17.

38 Verdrag van de Raad van Europa van 28 januari 1981 tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, *European Treaty Series* nr. 108, Straatsburg 1981.

39 HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*), *Computerrecht* 2003, p. 305 m.nt. Prins, punt 74: ‘Vastgesteld zij dat de eenvoudige opslag door de werkgever van nominale gegevens betreffende de aan zijn personeel betaalde salarissen, als zodanig weliswaar geen inmenging in de persoonlijke levenssfeer vormt, maar dat de mededeling van die gegevens aan een derde, in casu een overheidsorgaan, afbreuk doet aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen, ongeacht het latere gebruik van de aldus meegedeelde gegevens, en een inmenging in de zin van art. 8 EVRM vormt.’ Zie ook par. 75: ‘Voor de vaststelling van een dergelijke inmenging is van weinig belang, of de meegedeelde gegevens al dan niet gevoelig zijn en of de betrokkenen door die inmenging enig nadeel hebben ondervonden’ (zie in die zin ook EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95 (*Amann t. Zwitserland*), par. 70). Het volstaat dat de werkgever gegevens inzake het door een werknemer of een gepensioneerde ontvangen inkomen aan een derde heeft meegedeeld; zie HvJ 9 november 2010, C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker en Markus Schecke en Eifert*), punt 58; HvJ 17 oktober 2013, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 (*Schwarz*), *EHRC* 2014/6 m.nt. Groenenberg, «JB» 2013/235 m.nt. Overkleef-Verburg, *AB* 2014, 128 m.nt. Klingenberg, punt 100.

Richtlijn vallen.⁴⁰ Artikel 7 Hv normeert net als artikel 8 EVRM ook de verwerking van gegevens die het privéleven van het individu raken zonder dat zij gekwalificeerd kunnen worden als direct of indirect identificeerbare of identificerende gegevens. Dit is met het oog op de netwerkmaatschappij van toenemend belang. Het zal immers steeds vaker voorkomen dat de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking de gegevens tracht te anonimiseren voorafgaand aan verdere verwerking, terwijl die verdere verwerking – bijvoorbeeld door profilering – wel degelijk raakt aan het privéleven van individuen.⁴¹

3.3 Uitleg materiële omvang artikel 8 Handvest

Zoals we hierboven hebben gezien komen aspecten uit de drie leden van artikel 8 Hv overeen met het gegevensbeschermingsrecht zoals dat gold ten tijde van de inwerkingtreding van het Handvest. Van begin af aan is er echter onduidelijkheid geweest over de functie van het tweede en derde lid.⁴²

Die onduidelijk werd versterkt door de *ASNEF*-uitspraak waarin het HvJ oordeelde dat uit de artikelen 8, lid 2, en 52, lid 1 Hv volgt dat aan het recht op bescherming van persoonsgegevens, onder bepaalde voorwaarden, beperkingen kunnen worden gesteld.⁴³ De *ASNEF*-uitspraak liet de mogelijkheid open voor de volgende lezing van het recht op bescherming van persoonsgegevens: Iedereen heeft recht op bescherming van persoonsgegevens, en pas als hier een beperking op wordt gemaakt moet aan de voorwaarden van het tweede en derde lid worden voldaan. De vraag is dan wanneer sprake is van een beperking. Hiervoor gebruikt het HvJ de afgelopen vijf jaar vrij consequent een tandemaanpak waarbij artikel 7 en 8 Hv worden gecombineerd tot 'het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens'.⁴⁴ Om vast te stellen of dit recht wordt aangetast, toetst het HvJ ten eerste of sprake is van verwerking van persoonsgegevens en ten tweede, of het recht uit artikel 7 Hv wordt aangetast. Vervolgens con-

40 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), EHRC 2014/140 m.nt. Koning, *JBP* 2014/62 m.nt. Van Daalen, punt 33; HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*), *Computerrecht* 2003, p. 305 m.nt. Prins, punt 75.

41 De vraag is in hoeverre dat werkelijk mogelijk is. Zie in dit verband het proefschrift van M. Koot, *Measuring and predicting anonymity*, 2012 (beschikbaar via <http://dare.uva.nl/record/1/377043>, laatstelijk bezocht op 11 mei 2015).

42 G.G. Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Vol. 16, Cham etc.: Springer Science & Business 2014, p. 214.

43 HvJ 24 november 2011, C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*), punt 42.

44 Zie bijv. HvJ EU 9 november 2010, C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker en Markus Schecke en Eifert*), punt 52.

cludeert het Hof of 'het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens' is beperkt en toetst bij een bevestigend antwoord de toelaatbaarheid hiervan.⁴⁵

Indien de bepalingen uit het tweede en derde lid van artikel 8 Hv als waarborgen gelden die slechts moeten worden ingesteld als het recht uit het eerste lid is beperkt, heeft het recht uit artikel 8 Hv door de tandemaanpak een andere omvang dan het secundair gegevensbeschermingsrecht. De Richtlijn bepaalt immers dat persoonsgegevensverwerking te allen tijde eerlijk, voor bepaalde doeleinden, en op basis van een gerechtvaardigde grondslag moet plaatsvinden en dat iedereen recht heeft recht op toegang tot de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.⁴⁶ Dit geldt ook voor gegevensverwerking die het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens respecteert.

Gezien de Toelichting op het Handvest en de andere jurisprudentie over het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens is het echter aannemelijker dat het tweede en derde lid de voorwaarden voor de verwerking schept en het gehele recht op bescherming van persoonsgegevens is neergelegd in artikel 8 Hv.⁴⁷ Ook in de

45 De vraag wanneer sprake is van een aantasting van dit tandemrecht is echter door de jaren heen op verschillende wijzen beantwoord en niet zo afgebakend als hierboven neergezet. In *Schecke* bijvoorbeeld lijkt het HvJ te oordelen dat dit gecombineerde recht wordt aangetast wanneer informatie aangaande een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon wordt verwerkt. Vervolgens knoopt het de beperkingen die mogen worden gesteld aan het recht op bescherming van de persoonsgegevens – dus alleen art. 8 Hv – vast aan de beperkingen die worden toegelaten onder art. 8 EVRM; zie HvJ EU 9 november 2010, C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker en Markus Schecke en Eifert*), punt 52. In het *Schwarz*-arrest uit 2013 over verwerking van vingerafdrukken voor paspoortuitgave en andere doeleinden oordeelde het HvJ dat in beginsel elke verwerking van persoonsgegevens door een derde, een aantasting *kan* opleveren van het recht op persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens ex art. 7 en 8 Hv (HvJ 17 oktober 2013, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 (*Schwarz*), EHRC 2014/6 m.nt. Groenenberg, *JB* 2013/235 m.nt. Overkleef-Verburg, *AB* 2014, 128 m.nt. Klingenberg). Het HvJ toetst of dit recht ook daadwerkelijk wordt aangetast door te kijken of sprake is van verwerking van persoonsgegevens. onder verwijzing naar de EHRM-uitspraak *S and Marper* dat onder meer ook over vingerafdrukken ging (punt 26). Het HvJ redeneert dat, nu sprake is van de verwerking van persoonsgegevens, daarmee ook sprake is van een aantasting van het recht op bescherming van persoonsgegevens *en* op het recht op eerbiediging van het privéleven.

46 Daarnaast stelt de richtlijn ook een onafhankelijke autoriteit in ziet toe op de naleving van deze regels, ex art. 28 Richtlijn 95/46/EC.

47 In het *Schecke*-arrest legt het HvJ uit dat art. 8 lid 2 Hv de voorwaarden schept voor de toelaatbaarheid van de verwerking van persoonsgegevens (HvJ EU 9 november 2010, C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker en Markus Schecke en Eifert*), punten 47-49). In het

□

gevallen waarin de gegevensverwerking het recht op eerbiediging op het privéleven niet aantast, moeten artikel 8 lid 2 en 3 Hv daarbij gerespecteerd worden.⁴⁸

3.4 *Rechtmatige beperkingen die kunnen worden gesteld*

Over het algemeen toetst het HvJ de legitimiteit van de aantasting op de rechten uit artikel 7 en artikel 8 Hv gezamenlijk. Het HvJ heeft de binaire

Digital Rights Ireland-arrest stelt het HvJ vast dat de bewaring van metadata door telecomproviders voor opsporingsdoeleinden rechtstreeks en specifiek het recht uit art. 7 Hv (privéleven) raakt, concludeerde het HvJ, dat een dergelijke bewaring van gegevens bovendien onder art. 8 van het Handvest valt omdat het gaat om een verwerking van persoonsgegevens (HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), EHRC 2014/140 m.nt. Koning, JBP 2014/62 m.nt. Van Daalen). Het HvJ legde in het arrest uit dat de bewaring van de gegevens met het oog op de eventuele raadpleging ervan door de bevoegde nationale autoriteiten, zoals bedoeld in de Richtlijn Data-retentie rechtstreeks en specifiek *het privéleven* raakt en dus de door art. 7 van het Handvest *ge waarborgde rechten*. Het HvJ gebruikte daarbij het meervoud door te spreken van rechten uit art. 7, maar ging niet in op de verschillen in aantasting van het recht op eerbiediging van communicatie en van het privéleven. Dit is jammer gezien de toename in de verwerking van metadata door zowel private als overheidsinstellingen en de onduidelijkheid over het juiste juridisch beschermingskader van deze soort gegevens (punt 29). Onder verwijzing naar het *Schecke*-arrest legde het HvJ uit dat om deze reden de verwerking moet voldoen aan de uit art. 8 Hv voortvloeiende vereisten inzake gegevensbescherming (*Digital Rights Ireland*, punt 26). Zie ook HvJ 17 oktober 2013, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 (*Schwarz*), EHRC 2014/6 m.nt. Groenenberg, JB 2013/235 m.nt. Overkleeft-Verburg, AB 2014, 128 m.nt. Kligenberg, punt 35.

48 Het *Costeja*-arrest uit 2014 vat de fundamentele rechten rondom gegevensverwerking als volgt samen: 'Artikel 7 van het Handvest waarborgt het recht op eerbiediging van het privéleven, terwijl artikel 8 van het Handvest uitdrukkelijk het recht op bescherming van persoonsgegevens waarborgt. De leden 2 en 3 van laatstgenoemd artikel *preciseren* dat deze gegevens eerlijk moeten worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet, dat eenieder het recht van inzage heeft in de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan en dat een onafhankelijke autoriteit erop toeziet dat deze regels worden nageleefd. Deze vereisten zijn met name bij de artikelen 6, 7, 12, 14 en 28 van richtlijn 95/46 uitgevoerd' (HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain t. Costeja*), EHRC 2014/186 m.nt. Van Hoboken, NJ 2014, 385 m.nt. Mok, *Computerrecht* 2014, 115 m.nt. Van Eecke en Cornette, punt 69). Deze overweging heeft alles in zich om een standaardoverweging over de onderlinge samenhang van de Richtlijn Gegevensbescherming en art. 7 en 8 Hv te worden in toekomstige arresten. Dus voor nu, houden we het bij deze uitleg.

toetsingsstructuur⁴⁹ van het EVRM overgenomen waarbij eerst gekeken wordt of sprake is van een aantasting, en zo ja, of deze te rechtvaardigen is middels vooraf vastgestelde criteria. De beperkingsclausule van artikel 52 lid 1 Hv heeft invloed op de effectuering van het recht op eerbiediging van het privéleven bij de verwerking van persoonsgegevens.⁵⁰ Beperkingen op de uitoefening van de rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Daarnaast moet het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen en kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden. Deze gestelde eisen komen goeddeels overeen met de toetsstenen uit art. 8 lid 2 EVRM dat stelt dat een beperking op het recht uit het eerste lid bij wet moet zijn voorzien, een legitiem doel dienen en noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving.

Het HvJ wijkt in zijn art. 52 lid 1-toets niettemin geregeld af van de art. 8 lid 2 EVRM-toets. Het Straatsburgs Hof heeft bijvoorbeeld aan het criterium 'voorzien bij wet' een kwalitatief vereiste gesteld: in overeenstemming met de algemene beginselen van de rechtsstaat moet de beperkende maatregel waarborgen bevatten tegen willekeur en misbruik. De vaste jurisprudentie van het EHRM omvat drie waarborgen: notificatie van de inmenging, beperking van de effecten van de maatregel en toekenning van meer gewicht aan de voorzienbaarheid, naarmate de aard van de inmenging zwaarder is.⁵¹ Echter, in het *Schecke*-arrest concludeerde het HvJ dat de inmenging bij wet was voorzien in de zin van art. 52, lid 1 Hv omdat de verordening nr. 259/2008 'immers uitdrukkelijk' voorziet in de beperking.⁵² Hetzelfde deed het HvJ in de zaak *Schwarz*. Hier oordeelde het dat 'de beperking die voortvloeit uit de afneming en bewaring van vingerafdrukken [...], moet worden aangemerkt

49 Fuster 2014, p. 100.

50 De gehanteerde beperkingsclausule staat in art. 52 lid 1 Hv: 'Beperkingen op de uitoefening van de in dit handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden'.

51 EHRM 26 september 1995, nr. 17851/91 (*Vogt t. Duitsland*), NJCM-Bull. 1996, p. 523 m.nt. Hofman, NJ 1995, 545 m.nt. Dommering, punt 48; zie daarnaast bijvoorbeeld EHRM 25 maart 1983, nr. 5947/72, (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), punt. 88.

52 HvJ EU 9 november 2010, C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker en Markus Schecke en Eifert*) punt 66: 'De artikelen 1, lid 1, en 2 van verordening nr. 259/2008 voorzien immers uitdrukkelijk in een dergelijke bekendmaking'.

als een beperking waarin bij wet is voorzien, in de zin van art. 52, lid 1, van het Handvest, aangezien art. 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 in deze handelingen voorziet'.⁵³ Deze benadering van het HvJ is niet in lijn met de jurisprudentie van het EHRM, omdat niet aan de kwalitatieve vereisten van het criterium voorzien bij wet worden getoetst. Het HvJ oordeelt dat de Verordening voldoet aan het criterium 'bij wet voorzien' omdat er een Verordening is – punt.

Wellicht kan dit echter worden verklaard vanuit het gegeven dat in het Handvest enkel het criterium 'bij wet gesteld' is opgenomen en de kwalitatieve vereisten in een meer algemene zin zijn opgenomen in de afzonderlijke criteria van proportionaliteit en evenredigheid. De vereiste waarborgen hebben hierdoor geen directe relatie met de andere aspecten van het criterium 'bij wet voorzien'. Door de rol van het secundair gegevensbeschermingsrecht en de daarin neergelegde waarborgen zorgt dit ervoor dat dit verschil in interpretatie in de dagelijkse praktijk van het gegevensbeschermingsrecht waarschijnlijk weinig merkbare effecten heeft.

3.5 Rol secundair gegevensbeschermingsrecht bij de uitleg Handvest

In de toelichting bij het Handvest is uitgelegd dat artikel 8 Hv op de Richtlijn Gegevensbescherming uit 1995 is gebaseerd.⁵⁴ In 2011 bevestigde het HvJ dat deze Richtlijn ten doel heeft het beschermen van de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen, in het bijzonder het recht op persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens.⁵⁵ Het HvJ verduidelijkte dit in het *Digital Rights Ireland*-arrest door uit te leggen dat de e-Privacy Richtlijn en de Richtlijn Gegevensbescherming het recht op eerbiediging van het privéleven bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector van de elektronische communicatie beschermen.⁵⁶ Het secundair gegevensbeschermingsrecht speelt dus een belangrijke rol in de netwerkmaatschappij bij de uitleg van het grondrecht. De vereisten uit het tweede en derde lid van artikel 8 Hv zijn met name uitgewerkt in de artikelen 6 (beginselen betreffende de kwaliteit van de gegevens), 7 (beginselen betreffende de toelaatbaarheid

53 HvJ 17 oktober 2013, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 (*Schwarz*), EHRC 2014/6 m.nt. Groenenberg, *JB* 2013/235 m.nt. Overkleeft-Verburg, *AB* 2014, 128 m.nt. Klingenberg, punt 35.

54 Zie naast de Toelichting op het Handvest ook HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), EHRC 2014/140 m.nt. Koning, *JBP* 2014/62 m.nt. Van Daalen, punt 31.

55 HvJ 5 mei 2011, C-543/09, ECLI:EU:C:2011:279 (*Deutsche Telekom*), punten 3 en 50.

56 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), EHRC 2014/140 m.nt. Koning, *JBP* 2014/62 m.nt. Van Daalen.

van gegevensverwerking), 12 (recht van toegang), 14 (recht op rectificatie), en 28 (toezichthoudende autoriteit).

De Richtlijn Gegevensbescherming zelf bouwt voort op de gegevensbeschermingsontwikkelingen van de jaren zeventig en tachtig en is in de jaren negentig aangenomen binnen de toenmalige zuilenstructuur van de Europese Gemeenschap als marktregulerend instrument.⁵⁷ De EU-wetgever heeft getracht de beginselen uit de rechtspraak aangaande het EVRM en het Gegevensbeschermingsverdrag van de RvE hiermee te verduidelijken en te versterken.⁵⁸ De Richtlijn beoogt het vrije verkeer van persoonsgegevens te verzekeren maar tevens een hoog beschermingsniveau te garanderen van de rechten en belangen van de personen op wie die gegevens betrekking hebben.⁵⁹ Het instrument wordt door een zekere soepelheid gekenmerkt.⁶⁰ Veel bepalingen zijn vrij algemeen, aangezien het gegevensbeschermingsrecht voor een groot aantal zeer uiteenlopende situaties moet gelden.⁶¹ In tal van gevallen is het aan de lidstaten om bijzonderheden te regelen of een keuze uit verschillende mogelijkheden te maken.⁶² Toch wordt voor de bepalingen die toezien de toelaatbaarheid en de kwaliteit van de gegevens en de verwerking gestreefd naar volledige harmonisatie.⁶³

57 Punt 7 van de Preambule van de Gegevensbeschermingsrichtlijn. De pilaren bestonden uit Gemeenschapsrecht (marktgeoriënteerd), het Gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid en de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken. Dit betekent niet dat er een grensoverschrijdend handelsaspect aan de gegevensverwerking hoeft te zitten om de Richtlijn van toepassing te laten zijn; zie HvJ 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*), EHRC 2003/92 m.nt. Verhey, JB 2004/114 m.nt. Overkleef-Verburg, punt 79.

58 Punt 11 van de Preambule bij de Gegevensbeschermingsrichtlijn.

59 Art. 1 van de Gegevensbeschermingsrichtlijn en overweging 10 van de considerans waarborgen een hoog niveau van bescherming van de grondrechten en vrijheden van natuurlijke personen, en vooral van hun privéleven. In de rechtsspraak is dit vaak herhaald: HvJ 24 november 2011, C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*), punt 29; HvJ 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*), EHRC 2003/92 m.nt. Verhey, JB 2004/114 m.nt. Overkleef-Verburg, punt 96; HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain t. Costeja*), EHRC 2014/186 m.nt. Van Hoboken, NJ 2014, 385 m.nt. Mok, *Computerrecht* 2014, 115 m.nt. Van Eecke en Cornette, punt 66; HvJ 7 november 2013, C-473/12, ECLI:EU:C:2013:715 (*IPI*), punt 28; HvJ 11 december 2014, C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 (*Ryneš*), EHRC 2015/47 m.nt. Van der Sloot, *Computerrecht* 2015/44 m.nt. Wisman, punt 27.

60 HvJ 24 november 2011, C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*), punt 35.

61 HvJ 7 november 2013, C-473/12, ECLI:EU:C:2013:715 (*IPI*), punt 31.

62 *Idem*; zie ook HvJ 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*), EHRC 2003/92 m.nt. Verhey, JB 2004/114 m.nt. Overkleef-Verburg, punt 83.

63 HvJ 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*), EHRC 2003/92 m.nt. Verhey, JB 2004/114 m.nt. Overkleef-Verburg, punten 95 en 96; HvJ 24 november 2011, □

Drie aspecten kenmerken de Richtlijn. Ten eerste wordt de balans tussen fundamentele rechten enerzijds en het vrij verkeer van persoonsgegevens anderzijds benadrukt. Ten tweede ligt de focus op de wederkerige relatie tussen de betrokkene en de verantwoordelijke.⁶⁴ Ten derde is er een zekere ruimte voor interpretatie voor de lidstaten om bepaalde regels kleur te geven.⁶⁵ De Richtlijn bevat ook regelingen die afbreuk kunnen doen aan de fundamentele vrijheden, in het bijzonder aan het recht op respect voor het privéleven. Daarom moeten de bepalingen altijd worden uitgelegd op basis van de grondrechten, die volgens vaste rechtspraak integraal deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht. Voor zover deze beginselen inmiddels in het Handvest zijn opgenomen, zijn zij sinds 2009 op gelijke wijze als het primaire EU-recht verbindend voor de lidstaten.⁶⁶

C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*), punten 29, 52; HvJ 16 december 2008, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724 (*Huber*), NJ 2009, 194 m.nt. Mok, punten 50-51; I HvJ 7 november 2013, C-473/12, ECLI:EU:C:2013:715 (*IPf*), punt 31.

64 De asymmetrische verhouding tussen de betrokkene en de gegevensverwerker wordt getracht ten dele te worden gecorrigeerd. Zie E.R. Brouwer, *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third-country Nationals in the Schengen Information System*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 200; zie ook A.F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York: Athanum 1967, p. 158.

65 HvJ 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*), EHRC 2003/92 m.nt. Verhey, JB 2004/114 m.nt. Overkleef-Verburg, punt 90: 'Op de zesde vraag moet derhalve worden geantwoord, dat de bepalingen van richtlijn 95/46 als zodanig geen beperking bevatten die in strijd is met het algemene beginsel van vrijheid van meningsuiting of met andere in de Europese Unie geldende rechten en vrijheden die onder meer overeenkomen met art.10 van het EVRM. Het staat aan de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties die belast zijn met de toepassing van de nationale regeling tot omzetting van richtlijn 95/46, een juist evenwicht te verzekeren tussen de betrokken rechten en belangen, met inbegrip van de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten'. Deze kenmerken zijn benoemd door A. Galetta & P. De Hert, *A European perspective on data protection and access rights*, beschikbaar via het IRISS project: <http://irissproject.eu/wp-content/uploads/2014/06/European-level-legal-analysis-Final1.pdf> (laatstelijk bezocht 31 mei 2015). Zie ook D. Korff, *The feasibility of a seamless system of data protection rules for the European Union*, Study for the European Commission 1998 en D. Korff, *Comparative study on different approaches to new privacy challenges, in particular in the light of technological developments*, Working paper No. 2, Data protection laws in the EU, Study for the European Commission 2010.

66 HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain t. Costeja*), EHRC 2014/186 m.nt. Van Hoboken, NJ 2014, 385 m.nt. Mok, *Computerrecht* 2014, 115 m.nt. Van Eecke en Cornette, punt 68; HvJ 6 maart 2001, C-274/99 P, ECLI:EU:C:2001:127 (*Connolly*), punt 37; HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*), *Computerrecht* 2003, p. 305 m.nt. Prins, punt 68.

Ook voordat het Handvest daadwerkelijk bindend werd, refereerde het HvJ overigens al aan de artikelen 7 en 8 van dit Handvest en oordeelde het dat het secundair gegevensbeschermingsrecht voldoende handvatten bevat om tot een juiste balans te komen in conflicten tussen verschillende grondrechten. We zien dit bijvoorbeeld in het *Promusicae*-arrest.⁶⁷ Deze zaak betrof de vraag in hoeverre het gemeenschapsrecht ruimte liet voor de lidstaten om internet service providers te verplichten mee te werken aan civiele auteursrechtelijke handhavingsprocedures door middel van het overhandigen van klantgegevens.⁶⁸ De verwijzende rechter benoemde in de verwijzingsbeslissing het fundamenteel recht op eigendom uit artikel 17 lid 2 Hv en het recht op een doeltreffend beroep uit artikel 47 Hv.⁶⁹ Het HvJ stelde de prejudiciële vraag ambtshalve bij omdat ‘het recht op bescherming van persoonsgegevens en dus van de persoonlijke levenssfeer’ ook aan de orde was.⁷⁰ Het HvJ ging vervolgens aan de slag met de vraag hoe de vereisten van de bescherming van verschillende grondrechten met elkaar konden worden verzoend.⁷¹ Bij de beantwoording van deze vraag sloeg het HvJ een weg in die nog steeds wordt bewandeld. In lijn met de rechtspraak van het EHRM, zoekt het HvJ ten eerste per geval naar een balans tussen verschillende grondrechten en belangen.⁷² Ten tweede gaat het HvJ er vanuit dat in het secundair gegevensbe-

67 HvJ 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), NJ 2009, 551 m.nt. Hugenholtz, IER 2009, 44 m.nt. Grosheide.

68 *Idem*, punt 43. De gehele vraag betrof: ‘Kunnen de lidstaten volgens het gemeenschapsrecht en meer in het bijzonder de artikelen 15, lid 2, en 18 van richtlijn [2000/31], art.8, leden 1 en 2, van [richtlijn 2001/29], art. 8 van richtlijn [2004/48] en de artikelen 17, lid 2, en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepalen dat operatoren van elektronische-communicatienetwerken en -diensten, telecomproviders en hostingproviders de verbinding- en verkeersgegevens betreffende elektronische communicaties die tijdens de verstrekking van een dienst van de informatiemaatschappij tot stand zijn gebracht, slechts ten behoeve van een strafrechtelijk onderzoek of ter waarborging van de openbare veiligheid en de landsverdediging, en dus niet ten behoeve van civiele procedures, dienen te bewaren en ter beschikking te stellen?’

69 Art. 17 lid 2 Handvest; zie HvJ 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), NJ 2009, 551 m.nt. Hugenholtz, IER 2009, 44 m.nt. Grosheide, punt 62.

70 *Idem*, punt 63. Helaas toont het HvJ in latere zaken minder initiatief tot het ambtshalve bijstellen van prejudiciële vragen waardoor bijvoorbeeld in de Nederlandse vingerafdrukzaak een goede kans is gemist om het doelbindingsbeginsel verder te duiden; zie bijv. HvJ 16 april 2015, C-446/12, ECLI:EU:C:2015:238 (*Willems*).

71 HvJ 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), NJ 2009, 551 m.nt. Hugenholtz, IER 2009, 44 m.nt. Grosheide, punt 65.

72 Voor de afweging van verschillende rechten en belangen heeft het EHRM door de jaren heen een doctrine opgebouwd waarin grondrechten in beginsel gelijk zijn en met elkaar in balans moeten worden uitgelegd.

schermingsrecht regelingen zijn opgenomen om een balans te vinden tussen de verschillende grondrechten.⁷³ De afweging dient dus binnen het secundair recht plaats te vinden als de verwerking onder het materiële toepassingsgebied van dit secundair recht valt. Lidstaten moeten hun nationale recht conform de EU-richtlijnen zo uitleggen dat daarbij geen conflict ontstaat met de grondrechten of de andere algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.⁷⁴ Een voorbeeld van deze aanpak is ook te vinden in het *Ryneš*-arrest. Deze zaak laat zien dat het recht op privacy van de een kan botsen met het recht op gegevensbescherming van een ander.⁷⁵ De zaak betrof een aan de gevel van een woonhuis gemonteerde CCTV-camera van een particulier. De reden van montage was het beschermen van diens veiligheid en het verzamelen van materiaal voor een strafvorderlijk onderzoek naar de belagers van zijn huis en familie. De verwijzende rechter vroeg zich af of het gegevensbeschermingsrecht van toepassing was op de video-opname, of dat het maken van opnamen met een CCTV-camera in en rondom het huis onder de zogenaamde 'huishoudelijke exceptie' van artikel 3 lid 2 tweede streepje, van de Gegevensbeschermingsrichtlijn valt. Het HvJ oordeelde dat omdat de opnamen een gedeelte van de openbare weg toonden, deze buiten de privésfeer raken van degene die door middel van dit systeem gegevens verwerkt, en

73 In de *Bavaria*-zaak kwam dit punt goed naar voren; deze zaak ging over de toelaatbaarheid van het censureren van namen van aanwezigen bij een vergadering (HvJ 29 juni 2010, C-28/08 P, ECLI:EU:C:2010:378 (*Bavaria Lager*), NJ 2010, 480 m.nt. Mok). In eerste aanleg oordeelde het Gerecht dat, alvorens het secundair Unierecht toe te passen, dient te worden getoetst of in het gegeven geval een fundamenteel recht wordt geraakt door de gegevensverwerking, en zo ja, of deze aantasting gerechtvaardigd is onder het EVRM (Gerecht van eerste aanleg 8 november 2007, T-194/04, ECLI:EU:T:2007:334 (*Bavaria Lager*). De Grote Kamer van het HvJ maakte in hoger beroep korte metten met deze redenering. Zodra persoonsgegevens worden verwerkt binnen het toepassingsbereik van het Unierecht is het secundair gegevensbeschermingsrecht van toepassing en moet dit direct worden toegepast (punt 61: 'Deze bepaling staat niet toe dat de gevallen waarin persoonsgegevens worden verwerkt, worden gescheiden in twee categorieën, te weten een categorie waarin deze verwerking enkel wordt onderzocht op basis van art. 8 EVRM en de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens inzake dat artikel, en een andere categorie waarin deze verwerking is onderworpen aan de bepalingen van verordening nr. 45/2001').

74 Het HvJ heeft vrij nadrukkelijk aangegeven dat de belangenafweging tussen fundamentele rechten en/of algemene belangen binnen het secundair gegevensbeschermingsrecht dient plaats te vinden; zie HvJ 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), NJ 2009, 551 m.nt. Hugenholtz, IER 2009, 44 m.nt. Grosheide, punt 70; HvJ 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*), EHRC 2003/92 m.nt. Verhey, JB 2004/114 m.nt. Overkleef-Verburg, punt 87.

75 HvJ 11 december 2014, C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 (*Ryneš*), EHRC 2015/47 m.nt. Van der Sloot, Computerrecht 2015/44 m.nt. Wisman.

dat het maken daarvan daarom niet kan worden beschouwd als een activiteit die met uitsluitend 'persoonlijke of huishoudelijke doeleinden' wordt verricht in de zin van artikel 3, lid 2, tweede streepje, van de Richtlijn Gegevensbescherming.⁷⁶ De bepalingen uit de Richtlijn zijn dus van toepassing op dit soort gevallen. Het HvJ bepaalde vervolgens dat de eventuele belangen van de betrokkene of van de verantwoordelijke die voortvloeien uit hun fundamentele rechten moeten worden meegenomen bij de toepassing van het secundair gegevensbeschermingsrecht.⁷⁷ Hierbij dient ook rekening te worden gehouden met de rechten van anderen en met andere grondrechten, zoals het recht op vrijheid van meningsuiting.⁷⁸ Het maken van een belangenafweging is in dit soort gevallen uiteindelijk dus steeds vereist.

76 Door niet de doeleinden van verwerking als criterium tot het beperken van het mensenrecht op privacy te nemen, maar de locatie van de camera en daarmee de aard van de gegevens (buitenshuis gefilmd) wordt er niet goed aangesloten bij het privacybegrip zoals dat door het EHRM en ook het HvJ EU is omschreven. Het recht op eerbiediging van het privéleven reikt namelijk verder dan de muren van het huis. Ik ben het met het Hof eens dat de videobeelden onder het toepassingsbereik van de Richtlijn vallen en dat de 'huishoudeexceptie' niet van toepassing is. Ik ben het anderzijds met Bart van der Sloot eens dat er naar de doeleinden van verwerking gekeken had moeten worden en dat het plaatsen van een camera om een belager te ontmaskeren meer dan uitsluitend een persoonlijk doeleinde voor verwerking is. De beelden voorzien namelijk in bewijs voor opsporing en dat laatste betreft een algemeen doel; zie de noot van Bart van der Sloot onder *Ryneš* (HvJ 11 december 2014, C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428) in *EHRC* 2015/47.

77 HvJ 11 december 2014, C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 (*Ryneš*), *EHRC* 2015/47 m.nt. Van der Sloot, *Computerrecht* 2015/44 m.nt. Wisman, punt 34. Tegelijkertijd is het bij de toepassing van de bepalingen van deze richtlijn, overeenkomstig in het bijzonder de art. 7, sub f, 11, lid 2 en 13, lid 1, sub d en g, in voorkomend geval mogelijk rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de verantwoordelijke voor de verwerking, die, zoals in het hoofdgeding, met name de bescherming van de eigendom, de gezondheid en het leven van de verantwoordelijke en zijn familie betreffen. Zie ook HvJ 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), *NJ* 2009, 551 m.nt. Hugenholtz, *IER* 2009, 44 m.nt. Grosheide; HvJ 16 december 2008, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724 (*Huber*), *NJ* 2009, 194 m.nt. Mok.

78 HvJ 16 december 2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 (*Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia*), *NJ* 2009, 193 m.nt. Mok, *Computerrecht* 2009, 109 m.nt. Schrijver, punten 53-55: Voor de verzoening van deze twee 'fundamentele rechten' in de zin van de richtlijn dienen de lidstaten te voorzien in uitzonderingen op of beperkingen van de gegevensbescherming, en dus van het fundamentele recht op privéleven als neergelegd in de hoofdstukken II, IV en VI van deze richtlijn. Deze uitzonderingen mogen uitsluitend worden gemaakt voor journalistieke, artistieke of literaire doeleinden, die onder het fundamentele recht van de vrijheid van meningsuiting vallen, en enkel voor zover die

□

Het HvJ lijkt echter af te wijken van het balanceren van de in beginsel gelijke grondrechten en belangen in het *Costeja*-arrest. In deze zaak – die ook wel bekend is als de *Google Spain*-zaak – speelde de afweging van enerzijds het recht op bescherming van persoonsgegevens, en anderzijds de belangen die samenhangen met de vrijheid van informatiegaring en indirect de vrijheid van ondernemerschap.⁷⁹ De heer Costeja wilde zijn naam niet meer aan een aantal Google-zoekresultaten verbonden zien. Hij deed een beroep op zijn recht tot uitwissing of afscherming van zijn persoonsgegevens ex artikel 12 sub b van de Richtlijn. Ook verzette hij zich ex artikel 14 sub a van dezelfde Richtlijn tegen de verwerking en verzocht hij Google zijn persoonsgegevens te verwijderen of af te schermen zodat, bij het intypen van zijn naam in de zoekmachine, de desbetreffende executieverkooppagina's niet meer boven kwamen. Het HvJ oordeelde dat, gezien de potentiële ernst van de inmenging op de rechten uit de artikelen 7 en 8 Hv, het blijven verwerken van de gegevens als zoekresultaat niet 'louter door het economisch belang' van een zoekmachine kan worden gelegitimeerd.⁸⁰ Maar aangezien het filteren van zoekresultaten gevolgen kan hebben voor het belang van internetgebruikers

uitzonderingen nodig blijken te zijn voor de verzoening van het recht op privéleven met de regels betreffende de vrijheid van meningsuiting.

- 56 *Idem*, punt 54: Om rekening te houden met het belang dat de vrijheid van meningsuiting in elke democratische samenleving toekomt, is het in de eerste plaats noodzakelijk, de daarmee samenhangende begrippen, waaronder het begrip journalistiek, ruim te interpreteren. In de tweede plaats, om tot een evenwichtige afweging tussen de beide fundamentele rechten te komen, eist het fundamentele recht op bescherming van het privéleven dat de uitzonderingen op en beperkingen van de gegevensbescherming in vorengenoemde hoofdstukken van de richtlijn, binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke blijven. Art. 9 van de Richtlijn ziet specifiek op een eventuele botsing van de bescherming van het privéleven met de vrijheid van meningsuiting. De vereiste afweging dient evenredig te zijn en is binnen de grenzen van het Unierecht de verantwoordelijkheid van de lidstaten.
- 79 De zaak *Costeja*, die onder de naam *Google Spain of the right to be forgotten*-zaak veel media-aandacht heeft gegenereerd (HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain t. Costeja*), EHRC 2014/186 m.nt. Van Hoboken, NJ 2014, 385 m.nt. Mok, *Computerrecht* 2014, 115 m.nt. Van Eecke en Cornette) Dit, terwijl de betrokkene, Mario Costeja González, de procedure juist was begonnen om informatie over een executieverkoop in verband met sociale zekerheidsschulden, in de vergetelheid te doen raken voor het grote publiek op internet. De heer Costeja wilde niet meer dat bij het intypen van zijn naam op Google Search twee resultaten verschenen die doorverwezen naar de website van een krant met berichten over een inmiddels twaalf jaar oude executieverkoop.
- 80 HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain t. Costeja*), EHRC 2014/186 m.nt. Van Hoboken, NJ 2014, 385 m.nt. Mok, *Computerrecht* 2014, 115 m.nt. Van Eecke en Cornette, punt 81.

moet de afweging worden gemaakt tussen enerzijds dit informatiegaringsbelang en anderzijds het privacyrecht en het recht op bescherming van persoonsgegevens van de betrokkene.⁸¹ In het zoeken naar het juiste evenwicht dient volgens het Hof te worden erkend dat de artikelen 7 en 8 Hv in beginsel voorrang hebben op dit informatiegaringsbelang, maar de afweging 'in bijzondere gevallen kan afhangen van de aard van de betrokken informatie en de gevoeligheid ervan voor het privéleven van de betrokkene en van het belang dat het publiek erbij heeft om over deze informatie te beschikken, wat met name wordt bepaald door de rol die deze persoon in het openbare leven speelt'.⁸² In het geval van het blokkeren van zoekresultaten staat het recht op vrijheid van meningsuiting waar het informatiegaringsbelang van de internetgebruikers mee samenhangt, dus in beginsel op achterstand met het gegevensbeschermings- en privacy recht van de betrokkene.⁸³ Wat het HvJ niet meeweegt is de vrijheid van meningsuiting van de uitgever van de originele bron – deze wordt immers minder gemakkelijk door het publiek gevonden – en de vrijheid van meningsuiting van de zoekmachine zelf.⁸⁴ De Advocaat-Generaal in de zaak *Ryneš* concludeert uit dit soort overwegingen dat de rechtspraak van het HvJ voorrang geeft aan het fundamentele recht van bescherming van persoonsgegevens, maar deze stelling wordt niet door het HvJ zelf zo ingenomen.⁸⁵ Het is niettemin de vraag of deze uitspraak het

81 *Idem.*

82 *Idem.*

83 Annotatie van Joris van Hoboken in «EHRC» 2014/186.

84 Wat veel commentatoren – met name in de VS – over het hoofd zagen, was dat het HvJ niet vaststelt dat de krant waarin de executieverkoop werd aangekondigd het betreffende bericht uit haar digitale archief zou moeten verwijderen of onvindbaar maken. Door deze loskoppeling van de rechtvaardigheid van de verwerking van de originele bron en de rechtvaardigheid van de verwerking als zoekresultaat mikt het HvJ op een 'doeltreffende en volledige bescherming' van fundamentele rechten (par. 84). Het veronderstelt dat hiermee op drie punten de rechten van de betrokkene in een online omgeving worden versterkt. In de *Costeja*-zaak hecht het Hof veel belang aan de 'doeltreffende en volledige bescherming' van de fundamentele vrijheden en rechten van natuurlijke personen. Dit kwam terug in de volgende overwegingen; zie de punten 34, 28, 53, 58 en 84. De Advocaat-Generaal in de zaak *Ryneš* herhaalt dit nieuwe criterium; zie Conclusie van 10 juli 2014 ECLI:EU:C:2014:2072, punt 26. Dit nieuwe criterium wordt echter niet door het HvJ herhaald in het arrest. Het criterium praktisch en effectief komt uit de rechtsspraak van het EHRM. Zie bijvoorbeeld EHRM (GK) 11 juli 2002, nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2002/74 m.nt. Janssen & Van der Velde, *NJCM-Bull.* 2003, p. 330 m.nt. Van Dijk. Het is de vraag of een doeltreffende en volledige bescherming in de toekomst nog terugkeert. Zie in dit verband de annotatie van Joris van Hoboken in *EHRC* 2014/186.

85 Conclusie AG van 10 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2072, punt 3.

begin markeert van een meer prominente positie voor het recht op bescherming van persoonsgegevens binnen het grondrechtelijk domein waarbij wordt afgeweken van de Straatsburgse belangenafweging van in beginsel gelijkwaardige rechten.⁸⁶

3.6 Implementatievrijheid nationale wetgever

Om te bepalen wat de effecten zijn van de inwerkingtreding van het Handvest op het Nederlandse gegevensbeschermingsrecht is het van belang te bepalen in welke mate de nationale wetgever vrij is bij de implementatie van het Unierecht. Het Handvest werkt door in de nationale rechtsorde in het kader van de supranationale rechtsorde van de Unie. Om te voorkomen dat ‘nieuwe’ grondrechten – zoals het recht op bescherming van persoonsgegevens – onderdeel worden van het nationaal grondrechtenboeket hebben verschillende landen voorbehouden op het Handvest ingediend.⁸⁷ Dit is voor Nederland niet het geval; de wetgever en rechter zijn gehouden aan de bepalingen van het Hv.

Zoals we in de vorige paragrafen zagen speelt het secundair gegevensbeschermingsrecht een centrale rol bij de uitleg van het fundamenteel recht op bescherming van persoonsgegevens. Uit vaste rechtspraak van het HvJ volgt dat in alle gevallen waarin de bepalingen van een Richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, particulieren zich op die bepalingen kunnen beroepen tegenover de staat.⁸⁸ Voor sommige bepalingen uit de richtlijn geldt een beperkte interpretatieruimte voor de lidstaten, maar aan andere bepalingen komt rechtstreekse werking toe. Dit betreft voornamelijk de bepalingen waarin voorwaarden worden gesteld voor de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens, die zijn vastge-

86 EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08 (*Von Hannover t. Duitsland*), EHRC 2012/72 m.nt. (1) De Lange en (2) Gerards, NJ 2013, 250 m.nt. Dommering, par. 108-113; EHRM 7 februari 2012, nr. 39954/08 (*Axel Springer AG t. Duitsland*), NJ 2013, 251 m.nt. Dommering, EHRC 2012/72 m.nt. (1) De Lange en (2) Gerards, par. 89-95.

87 Protocol nr. 30 bij het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, 2012/C 326/01 betreffende de toepassing van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie op Polen en het Verenigd Koninkrijk; zie ook R. Clayton & C.C. Murphy, ‘The Emergence of the EU Charter of Fundamental Rights in United Kingdom Law’, *European Human Rights Law Review* 2014/5, p. 469-478.

88 HvJ 24 november 2011, C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*), punt 51.

legd in Hoofdstuk II van de Richtlijn. De artikelen 6, 7, 12 en 14, aspecten waarvan ook terug te vinden zijn in het Handvest, staan in dit hoofdstuk.⁸⁹

Overeenkomstig Hoofdstuk II van de Richtlijn moet elke verwerking van persoonsgegevens, behoudens de op grond van art. 13 van de Richtlijn toegestane uitzonderingen, stroken met de in artikel 6 van de Richtlijn genoemde beginselen betreffende de kwaliteit van de gegevens, en met een van de zes in artikel 7 van de Richtlijn genoemde gronden betreffende de toelaatbaarheid van gegevensverwerking. Artikel 5 van de Richtlijn bepaalt dat lidstaten binnen de grenzen van de bepalingen van Hoofdstuk II nader de voorwaarden kunnen bepalen waaronder de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is. De verhouding tussen deze bepaling en de door de Uniewetgever nagestreefde harmonisatie-doelstelling bepaalt de interpretatieruimte van de lidstaten. Deze doelstelling is uitgedrukt in punt 8 van de preambule, waaruit blijkt dat in alle lidstaten een gelijkwaardig niveau van bescherming van de rechten en vrijheden van personen moet worden verzekerd.⁹⁰ Van de beoordelingsmarge uit artikel 5 kan bovendien alleen gebruik worden gemaakt in overeenstemming met het doel van de Richtlijn, dat erin bestaat een evenwicht tussen het vrije verkeer van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer te verzekeren.⁹¹

In het *ASNEF*-arrest legde het HvJ uit dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen, enerzijds, nationale maatregelen die voorzien in bijkomende vereisten die de reikwijdte wijzigen van beginselen betreffende de kwaliteit en toelaatbaarheid van de gegevensverwerking, en, anderzijds, nationale maatregelen die enkel voorzien in een nadere bepaling van een van die beginselen.⁹² Het eerste soort nationale maatregelen is verboden (geen beleidsvrijheid dus). Enkel in het kader van het tweede soort nationale maatregelen beschikken de lidstaten krachtens artikel 5 van de Richtlijn Gegevensbescherming over een beoordelingsmarge, aldus het HvJ.⁹³ De reikwijdte van de beginselen mag dus niet door de nationale wetgever worden gewijzigd door bijkomende eisen te stellen, maar er mogen ook geen gegevensbescher-

89 HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*), *Computerrecht* 2003, p. 305 m.nt. Prins, punt 65; HvJ 16 december 2008, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724 (*Huber*), *NJ* 2009, 194 m.nt. Mok, punt 48.

90 HvJ 7 november 2013, C-473/12, ECLI:EU:C:2013:715 (*IPI*), punt 30.

91 HvJ 24 november 2011, C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*), punt 34; HvJ 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*), *EHRC* 2003/92 m.nt. Verhey, *JB* 2004/114 m.nt. Overkleeft-Verburg, punt 97.

92 HvJ 24 november 2011, C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*), punt 35.

93 *Idem*.

mingsbeginselen worden toegevoegd.⁹⁴ In het *Rundfunk*-arrest uit 2003 oordeelde het HvJ dat de verplichting tot minimalisering van gegevensverwerking die voortvloeit uit artikel 6 lid 1 sub c van de Richtlijn voldoende nauwkeurig is om door een particulier te worden ingeroepen en door de nationale rechterlijke instanties te worden toegepast.⁹⁵ Het HvJ legde uit dat dataminimalisering en verwerkingsminimalisering onvoorwaardelijke verplichtingen zijn.⁹⁶ De Nederlandse regering diende in de *Rundfunk*-zaak schriftelijke opmerkingen in, waarbij zij zich op het standpunt stelde dat de artikelen 6, lid 1, en 7 Richtlijn in onderlinge samenhang ‘voldoen aan de uit de rechtspraak van het Hof voortvloeiende criteria voor rechtstreekse werking. Deze bepalingen zijn voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk (...)’ Deze zienswijze is voor de beginselen met betrekking tot de toelaatbaarheid van de gegevensverwerking uit artikel 7 Richtlijn 95/46 door het HvJ bevestigd in het *ASNEF*-arrest.⁹⁷

94 Het HvJ gebruikt hier een grammaticale interpretatie en stelt dat de uitleg steun vindt in de termen ‘slechts mag geschieden indien’ en het voegwoord ‘of’ in art. 7 van de Richtlijn. Art. 7 van de richtlijn bevat een uitputtende lijst van gevallen waarin een verwerking van persoonsgegevens als rechtmatig kan worden aangemerkt; zie HvJ 24 november 2011, C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*), punten 30-32 en 36. Eenzelfde aanpak gebruikt het HvJ bij het bepalen van de vrijheid tot het implementeren van bepalingen op de beginselen van de richtlijn. In het *IPI*-arrest overweegt het: ‘Wat artikel 13, lid 1, van richtlijn 95/46 betreft, blijkt duidelijk uit de bewoordingen ervan, en met name uit de woorden “de lidstaten kunnen”, dat deze bepaling de lidstaten niet verplicht om in hun nationale recht te voorzien in uitzonderingen om de in dit artikel 13, lid 1, sub a tot en met g, vermelde doeleinden te verwezenlijken, maar dat integendeel de wetgever hun de keuze heeft willen laten om te beslissen of, en in voorkomend geval voor welke doeleinden, zij wetgevende maatregelen wensen vast te stellen die met name beogen de omvang van de informatieverplichtingen ten aanzien van de betrokkene te beperken. Bovendien blijkt uit de bewoordingen van datzelfde art. 13, lid 1, eveneens dat de lidstaten dergelijke maatregelen slechts kunnen vaststellen indien deze noodzakelijk zijn. De voorwaarde dat de maatregelen „noodzakelijk” moeten zijn, beperkt aldus de krachtens art. 13, lid 1, aan de lidstaten toegekende mogelijkheid, en betekent geenszins dat deze lidstaten verplicht zijn om in alle gevallen waarin aan deze voorwaarde is voldaan, in de betrokken uitzonderingen te voorzien’ (HvJ 7 november 2013, C-473/12, ECLI:EU:C:2013:715 (*IPI*), punt 32); zie ook HvJ 16 december 2008, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724 (*Huber*), NJ 2009, 194 m.nt. Mok, punt 52.

95 Artikel 6 lid 1 sub c Gegevensbeschermingsrichtlijn: De lidstaten bepalen dat de persoonsgegevens toereikend, ter zake dienend en niet bovenmatig moeten zijn, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verzameld of waarvoor zij vervolgens worden verwerkt.

96 HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*), *Computerrecht* 2003, p. 305 m.nt. Prins, punt 31.

97 HvJ 24 november 2011, C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*), punt 31.

Aan het doelspecificatiebeginsel uit artikel 8 lid 2 Hv, dat het eerste gedeelte van de eerste volzin van artikel 6 lid 1 sub b spiegelt, is nooit expliciet directe werking toegekend, al lijkt die bepaling hier wel voor in aanmerking te komen. De lidstaten moeten bepalen dat persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden moeten worden verkregen. Het tweede gedeelte van artikel 6 lid 1 sub b ziet toe op de doelbinding bij verdere verwerking. Hieruit kan worden afgeleid dat de persoonsgegevens vervolgens niet mogen worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden.⁹⁸ Lidstaten kunnen verdere verwerking van de gegevens voor historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden aanmerken als niet onverenigbaar met de Richtlijn, mits zij bepalen dat passende garanties worden geboden. De ruimte die deze bepaling biedt aan de lidstaten ziet toe op doelbinding bij verdere verwerking, maar laat onverlet dat voldaan moet zijn aan doelspecificatie voorafgaand aan de gegevensverzekrijging. Het lijkt erop dat de doel specificatie voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is om direct te worden toegepast; vooralsnog is dit nog niet bevestigd door het HvJ.

In artikel 12 sub a van de Richtlijn wordt het recht op inzage geregeld, dat ook in het tweede lid van artikel 8 Hv is gearticuleerd.⁹⁹ De Richtlijn verplicht om dit recht te waarborgen maar het is aan de lidstaten om te bepalen aan welke eisen de inzage moet voldoen, mits daarmee de verwerking 'begrijpelijk' is.¹⁰⁰ Deze interpretatieruimte is evenwel niet onbeperkt.¹⁰¹ Bij de invulling moet rekening worden gehouden met het meer of minder gevoelige karakter van de basisgegevens, de bewaringsduur en het aantal betrokken ontvangers.¹⁰² Ook het vragen van een vergoeding voor de inzage van de persoonsgegevens en de hoogte van deze vergoeding is aan de lidstaten, waarbij de hoogte niet excessief mag zijn en een goede balans moet worden gevonden tussen, aan de ene kant, de fundamentele rechten van de betrokkene (de hoogte mag geen drempel zijn voor de betrokkene) en, aan de andere kant,

98 Punt 28 van de Preambule bij de Gegevensbeschermingsrichtlijn: 'Overwegende dat elke verwerking van persoonsgegevens ten opzichte van de betrokkenen eerlijk en rechtmatig dient te geschieden; dat de verwerking met name adequate en ter zake dienende, gegevens moet betreffen die met de doeleinden stroken en dat deze doeleinden expliciet en geoorloofd moeten zijn en moeten zijn vastgesteld bij het verzamelen van de gegevens; dat de doelstellingen van latere verwerkingen niet onverenigbaar mogen zijn met de oorspronkelijk omschreven doelen'.

99 HvJ 17 juli 2014, C-141/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (YS), EHRC 2014/248 m.nt. Kranenburg, JB 2015/34 m.nt. Overkleef-Verburg, AB 2014, 365 m.nt. Graafeiland, punt 44.

100 *Idem*, punt 57.

101 HvJ 7 mei 2009, C-553/07, ECLI:EU:C:2009:293 (*Rijkeboer*), punt 56.

102 *Idem*, punten 59 en 63.

de kostprijs voor de verantwoordelijke die aan het inzage verzoek te voldoen.¹⁰³

Het recht op rectificatie is opgenomen in artikel 12 sub b van de Richtlijn. De betrokkene heeft naar gelang het geval het recht om rectificatie, uitwissing of afscherming van de gegevens te krijgen als de verwerking niet overeenstemt met de bepalingen van de richtlijn. De bepaling benadrukt dat dit met name het geval is wanneer de gegevens een onjuist of onvolledig karakter hebben. Deze specificatie heeft een illustratieve functie en is niet uitputtend. Ook bij niet-naleving van andere bepalingen dan artikel 6 lid 1 sub d van de Richtlijn kan het recht van artikel 12 sub b worden ingeroepen.¹⁰⁴ De interpretatieruimte die lidstaten bij andere bepalingen hebben, heeft aldus impliciet invloed op het recht van rectificatie.

Het HvJ kan geen rechtstreekse werking toekennen aan artikel 8 lid 3 Hv en het gerelateerde artikel 16 lid 2 WVEU en artikel 28 Richtlijn Gegevensbescherming, omdat deze bepalingen slechts een instructie vormen voor de lidstaten. Wel heeft het HvJ de noodzaak en het grote gewicht van de onafhankelijkheid van een toezichthoudende autoriteit onderstreept en heeft het lidstaten op de vingers getikt voor het niet respecteren van die onafhankelijkheid in hun nationale wetgeving.¹⁰⁵

De reikwijdte van de gegevensbeschermingsbeginselen mogen op nationaal niveau niet worden gewijzigd, noch mag de nationale wetgever of rechter beginselen toevoegen. De elementen uit artikel 8 Hv die toezien op de kwaliteit en de toelaatbaarheid van de gegevensverwerking hebben rechtstreekse werking, terwijl de elementen die toezien op het inzage en rectificatie recht en de handhaving meer ruimte voor nationale invulling.

De inwerkingtreding van het Handvest heeft naast de hierboven omschreven inhoudelijke veranderingen een andere belangrijke verschuiving teweeg gebracht. Het HvJ heeft een andere rol aangenomen, namelijk die van grondwettelijk hof. Binnen het dataprotectiedomein is dat te merken, zoals te

103 HvJ EU 12 december 2013, C-486/12, ECLI:EU:C:2013:836 (X), *JB* 2014/1 m.nt. Overkleef-Verburg, *EHRC* 2014/51 m.nt. West & Van der Sluis, *BNB* 2014, 155 m.nt. Jansen.

104 HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain t. Costeja*), *EHRC* 2014/186 m.nt. Van Hoboken, *NJ* 2014, 385 m.nt. Mok, *Computerrecht* 2014, 115 m.nt. Van Eecke en Cornette, punt 70.

105 HvJ EU 9 maart 2010, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 (*Commissie t. Duitsland*); zie in die zin arrest HvJ EU 16 oktober 2012, C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631 (*Commissie t. Oostenrijk*), *JBP* 2013/2 m.nt. Groenleer en Lavrijssen, punt 51; HvJ EU 8 april 2014, C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237 (*Commissie/Hongarije*), *JBP* 2014/63 m.nt. Meuwese & Stremmer, punten 60, 47-48 en 54. In HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain t. Costeja*), *EHRC* 2014/186 m.nt. Van Hoboken, *NJ* 2014, 385 m.nt. Mok, *Computerrecht* 2014, 115 m.nt. Van Eecke en Cornette, wordt aan de noodzaak herinnerd.

zien is in het zojuist besproken *Costeja*-arrest waarbij het HvJ ingaat op de afweging tussen verschillende rechten, vrijheden en belangen onder uitvoerige verwijzing naar de artikelen 7 en 8 Hv. Een andere prominent voorbeeld is de wijze waarop het HvJ de Richtlijn Dataretentie toetste. Begin 2009 hield het zich nog op veilige afstand van ieder inhoudelijk oordeel over deze Richtlijn,¹⁰⁶ om vijf jaar later diezelfde richtlijn ongeldig te verklaren vanwege grondrechtelijke bezwaren.¹⁰⁷

4. ARTIKELEN 7 EN 8 HANDVEST IN DE NATIONALE RECHTSORDE

Na het bestuderen van de Nederlandse jurisprudentie, parlementaire documenten en adviezen van de gegevensbeschermingsautoriteit is het moeilijk om tot een andere conclusie te komen dan dat het Handvest de afgelopen vijf jaar slechts een marginale rol heeft gespeeld binnen de Nederlandse rechtsorde. Vanwege de belangrijke rol van het secundair gegevensbeschermingsrecht, ook op nationaal niveau, wordt in Nederland amper aan het Handvest gerefereerd of getoetst. De implementatie van de Richtlijn Gegevensbescherming, de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), is het gebruikte instrument. Daarnaast toetst de Nederlandse rechter geregeld aan beleidsregels die zijn goedgekeurd door het College Bescherming Persoonsgegevens (Cbp), de Nederlandse gegevensbeschermingsautoriteit.¹⁰⁸ Hierbij gaat de Nederlandse

106 HvJ EU 10 februari 2009, C-301/06, ECLI:EU:C:2009:68 (*Ierland t. Europees Parlement en Raad van de Europese Unie*).

107 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), EHRC 2014/140 m.nt. Koning, *JBP* 2014/62 m.nt. Van Daalen, punt 29.

108 Ofschoon dit met weinig overtuigingskracht gebeurde, werd in maart 2009 voor het eerst een beroep gedaan op het mensenrecht tot bescherming van persoonsgegevens zoals neergelegd in het Handvest; zie Hof Amsterdam 13 maart 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ0719, § 2.4.1. Het betrof een zaak waarin geklaagd werd door een oud-bankmedewerker over de plaatsing op een interne en externe fraude incidentenlijst. In eerste aanleg had de rechtbank deze plaatsing aan een protocol getoetst dat specifiek voor dergelijke gevallen was opgesteld door de financiële sector en waarvoor het College bescherming persoonsgegevens een verklaring omtrent rechtmatigheid had afgegeven. Het Hof keurt de toetsing aan dit protocol goed omdat het te beschouwen is 'als een regeling die voldoende waarborgen biedt voor een verwerking van persoonsgegevens zoals de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) die voorschrijft'. Gezien het ontbreken van aanwijzingen dat in afwijking met het protocol zou zijn gehandeld, acht het Hof het niet noodzakelijk om de verwerking te toetsen aan de Wet bescherming persoonsgegevens, het EVRM of het Handvest. Zie in dit verband de interessante jurisprudentie over de bewijslast. Moet er sprake zijn van een veroordeling of niet? En hoe verhoudt deze lage bewijslast zich tot het opstellen van profielen waarbij inderdaad

□

rechter er vanuit dat wanneer geen onregelmatigheden in de toepassing van de beleidsregels heeft plaatsgevonden, de maatregel kan worden geacht de artikelen 7 en 8 Hv te respecteren.¹⁰⁹ Naast deze regelingen speelde tot voor kort de Wet bewaarplicht (Wbt), die de Richtlijn Dataretentie omzette in nationaal recht, een rol binnen het Nederlands gegevensbeschermingsrecht.

Toch lijkt er langzaam verandering te komen in de rol van het Handvest. Langzaam wordt er steeds vaker naar het Handvest verwezen, al gebeurt dit weliswaar vaak voor de volledigheid naast een meer indringende toets van het EVRM. Het arrest *Digital Rights Ireland* heeft ertoe geleid dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), het Cbp, de wetgever en de Nederlandse rechter met een scherper oog naar het Handvest kijken. De impact van het Handvest op de Nederlandse rechtsorde zal in het navolgende dan ook aan de hand van de effecten van dit arrest worden onderzocht.

4.1 Het Handvest en de rechtspraak

De Wbt, die is opgenomen in art. 13.2a Telecommunicatiewet, is analoog aan de Richtlijn Dataretentie buiten werking gesteld in een succesvolle kortgedingprocedure bij de rechtbank Den Haag.¹¹⁰ Naar aanleiding van deze uitspraak wordt een wetwijziging voorbereid op Wbt. De eisers stelden voor de rechtbank dat de Wbt onmiskenbaar in strijd was met Europese regelgeving omdat deze de artikelen 7 en 8 Hv schendt op dezelfde manier als dat de Richtlijn Dataretentie dat deed. Door het wegvallen van de deze richtlijn was de Wbt volgens de eisers autonome wetgeving geworden die op haar eigen merites moest worden getoetst.¹¹¹ Onder verwijzing naar het Handvest en artikel 8 EVRM en de daarbij passende jurisprudentie van het EHRM bevestigt de kortgedingrechter dat het *gebruik* van de gegevens een op zichzelf staande, verdergaande inmenging is in de genoemde rechten.¹¹² Ondanks de beperkingen die aan een kortgedingprocedure kleven, gaat de rechtbank vervolgens over tot de beoordeling of de inmenging gerechtvaardigd en

niets in rechte is komen vast te staan; Rb Den Haag, 31 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX1743, r.o. 4.6.

109 Hof Amsterdam 13 maart 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ0719, r.o. 2.4.1.

110 De Minister was van mening dat tot die tijd de huidige regeling van kracht kon blijven; *Kamerstukken II 2014/15, Aanhangsel Handelingen 1186*.

111 Rb Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.3. Zie in dit verband ook de heldere uitleg van de Raad van State over de reikwijdte van het Handvest en de e-Privacyrichtlijn in de toelichting bij arrest; Advies van 17 juni 2014, W03.14.0161/II/Vo.

112 Rb Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.5.

evenredig is.¹¹³ Zij kiest hierbij het uitgangspunt dat de bewaarplicht noodzakelijk en effectief is.¹¹⁴ Op een paar kleine punten na heeft de Wbt volgens de rechtbank dezelfde kenmerken als de Richtlijn Dataretentie.¹¹⁵ Dit leidt haar tot de conclusie dat de Wbt inbreuk maakt op de in de artikelen 7 en 8 Hv gewaarborgde rechten omdat de wet niet is beperkt tot het strikt noodzakelijke en dus als ontoelaatbaar dient te worden gekwalificeerd. De kortgedingrechter verklaarde de Wbt onmiskenbaar onverbindend.¹¹⁶ Met de buitenwerkingstelling van de Wbt – en daarmee van artikel 13.2a van de Telecommunicatiewet¹¹⁷ – is de rechtsgrond uit artikel 8 sub c Wbp voor de verwerking van de gegevens door de telecommunicatieproviders verdwenen. Het is voor aanbieders van telecommunicatiediensten niet langer toegestaan om gegevens zonder bedrijfsdoeleinden te bewaren.¹¹⁸

Tegen het vonnis is geen hoger beroep ingesteld om de behandeling van de aanpassing van de Wet bewaarplicht Telecommunicatiegegevens naar de eisen van het Handvest niet te vertragen.¹¹⁹ De minister heeft er echter op gehamerd dat de bewaarplicht als zodanig niet ter discussie staat.¹²⁰ Dit is anders voor een aantal fracties in de Tweede Kamer, die op het moment van schrijven een initiatief wetsvoorstel behandelen die de bewaarplicht in zijn geheel afschaft.¹²¹ Of, en hoe, de nieuwe Wbt vorm zal krijgen is op dit moment nog onbekend.

4.2 *Het Handvest en Handhaving*

Te verwachten zou kunnen zijn dat het College bescherming persoonsgegevens warm zou lopen voor het Handvest, omdat het als onafhankelijke autoriteit die toeziet op de naleving van de gegevensbeschermingsregels expliciet wordt genoemd in artikel 8 lid 3 Hv. Maar net als bij andere organen en instellingen komen de verwijzingen naar het Handvest bij het Cbp maar langzaam op gang. Pas sinds 2013 verwijst het College naar het Handvest in zijn

113 Rb Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.5.

114 *Idem*, r.o. 3.6.

115 *Idem*, r.o. 3.7.

116 *Idem*, r.o.3.12.

117 In de MvT van de Wet bewaarplicht is het Handvest niet genoemd; *Kamerstukken II* 2006/07, 31 145, nr 5. Ook in beide adviezen van de RvS over de Bewaarplicht wordt het Handvest niet genoemd; Advies W03.07.0107/II en Advies W03.09.0352/II .

118 De gegevens moeten daarom gewist worden indien deze niet meer voor dit doel nodig zijn; *Kamerstukken II* 2014/15, 33 542, nr. 17.

119 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 542, nr. 18.

120 *Idem*.

121 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 939, nrs. 1-3 en 5. De RvS heeft hier advies over gegeven: *Kamerstukken II* 2014/15, 33 939, nr. 4.

wetgevingsadviezen.¹²² Het heeft bovendien tot 2015 geduurd voordat die verwijzingen het niveau van formaliteit voor de volledigheid overstijgen en het Cbp grondig aan het Handvest toetst in zijn wetgevingsadvies bij de wijziging van de Wet bewaarplicht. Het Cbp stelt daarin dat ‘ten aanzien van de evenredigheid van het wetsvoorstel geen wezenlijke veranderingen worden aangebracht in het principe van een algemene bewaarplicht. [...] De inbreuk op de artikelen 7 en 8 van het Handvest is daarmee te groot.’¹²³ Het Cbp gebruikt de uitwerking van het proportionaliteitsvereiste zoals we dat uit de jurisprudentie van het EHRM kennen om deze conclusie te onderbouwen. In hetzelfde advies merkt het Cbp overigens aanvullend op dat het zelf de toezichthouder op de Wbt zou moeten zijn en niet het Agentschap Telecom. Het agentschap staat immers onder direct toezicht van de minister en kan hierdoor niet voldoen aan de eis van onafhankelijkheid zoals die in het Handvest is neergelegd en zoals die in *Digital Rights Ireland* door het HvJ is benadrukt.¹²⁴

122 Voor het eerst wordt het Handvest in het Jaarverslag Cbp 2002 genoemd. Daarna komt het niet meer terug in jaarverslagen. In 2005 noemt het Cbp het Handvest bij de inbreng van College bescherming persoonsgegevens ten behoeve van het verslag van de mensenrechtensituatie in Nederland gerelateerd aan het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie over de periode 1 december 2004 tot 1 november 2005. In 2010 gaat het Cbp kort in op de verschillen in bewoording van art. 8 EVRM en art. 7 Hv. Aan art. 8 Hv wordt geen aandacht geschonken (Onderzoek CBP naar de verzameling van Wifi-gegevens met Street View auto's door Google z2010-00582, 7 december 2010). Hetzelfde doet het Cbp in het advies van het College bescherming persoonsgegevens van 11 februari 2013 over het Conceptwetsvoorstel tot Wijziging van artikel 13 Grondwet (z2012-00746). Het Cbp laat na het Handvest te noemen in het Advies Basis Registratie van Personen. Dit wordt door de wetgevingsjuristen wel in de MvT gezet bij het wetsvoorstel voor de volledigheid. Wetgevingsadvies – Besluit basisregistratie personen. In het overgrote gedeelte van de adviezen wordt het Handvest voor de volledigheid genoemd, bijvoorbeeld: Aangangsel Handelingen II, 2014/15, 25424 nr. 229. Aangangsel Handelingen II, 2014/15, 32761, nr. 77. In 2014 heeft het Cbp 19 adviezen uitgebracht en slechts eenmaal verwezen naar het handvest: College Bescherming Persoonsgegevens Onderzoek CBP naar de Verwerking van Persoonsgegevens met Cookies door de Publieke Omroep (NPO), juni 2014, z2013-00056.

123 Wetgevingsadvies Wijziging van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering in verband met het aanbieden van openbare elektronische telecommunicatiediensten 2015, p. 2. Beschikbaar via: <https://cbpweb.nl/nl/nieuws/cbp-adviseert-over-bewaarplicht-telecomgegevens>. Laastelijk bezocht op 7 juli 2015.

124 *Idem*, p. 3.

4.3 *Het Handvest en de (Afdeling Bestuursrechtspraak van de) Raad van State*

De wijze waarop het Cbp invulling geeft aan de aan hem toebedeelde taak die voortvloeit uit artikel 28 Richtlijn Bescherming Persoonsgegevens is momenteel onderwerp van prejudiciële vragen door de ABRvS aan het HvJ. Het prioriteitenbeleid van het Cbp leidt ertoe dat handhaving achterwege blijft in wanneer slechts een individu of een kleine groep personen over de overtreding van de Wbp klaagt. Gelet op de doelstelling van de Richtlijn Gegevensbescherming vraagt de Afdeling zich af of deze dergelijk beleid toelaat. In zijn vraag aan het HvJ refereert de ABRvS niet aan artikel 8 lid 3 van het HvJ.¹²⁵ Vanuit het oogpunt van volledigheid is dit een gemiste kans, terwijl het aan de andere kant, gezien de wijze waarop het HvJ de richtlijn gebruikt om het Handvest uit te leggen, in de praktijk waarschijnlijk weinig aan de inhoud van het antwoord van het HvJ zal veranderen.

Toch omarmt de Raad van State als geheel wel degelijk het karakter van het HvJ als grondrechtelijk hof. De Raad van State adviseerde de wetgever naar aanleiding van het *Digital Rights Ireland*-arrest als volgt:

[...] de Afdeling heeft 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.¹²⁶

4.4 *Het Handvest en de Grondwet*

Zoals we in de vorige paragrafen hebben gezien is ook in Nederland het secundair gegevensbeschermingsrecht leidend in de uitleg van het recht op bescherming van persoonsgegevens. Toch kan het Handvest verregaande implicaties hebben voor het Nederlandse grondrecht op gegevensbescherming. In 2012 schreven Gerards en Claes dat een bijzondere situatie zich voor kan doen als een nationale grondrechtelijke bepaling conflicteert met een

125 De volledige vraag is: 'Laat de Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB 1995 L 281), in het bijzonder artikel 28, derde en vierde lid, door de toezichthoudende autoriteit prioriteiten te stellen die ertoe leiden dat handhaving achterwege blijft in het geval slechts een individu of een kleine groep personen over de overtreding van die richtlijn klaagt?' ABRvS 15 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1185.

126 Advies Raad van State, 17 juni 2014, W03.14.0161/II/Vo.

bepaling van internationaal of Europees recht. Die situatie lijkt zich nu voor te doen.

In het *Digital Rights Ireland*-arrest legde het HvJ uit dat artikel 7 en 8 Hv eisen dat in het kader van procedures ter voorkoming, opsporing of vervolging van strafbare feiten toegang tot metadata onderworpen moet zijn aan voorafgaande controle door een rechterlijke of onafhankelijke administratieve instantie. De beslissing van zo'n instantie moet volgen op een gemotiveerd verzoek van de autoriteiten en beoogt de toegang tot de gegevens en het gebruik ervan te beperken tot wat strikt noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel, aldus het HvJ.¹²⁷

De betekenis van het *Digital Rights Ireland*-arrest moet worden gezien tegen de achtergrond van het constitutionele systeem in Nederland, dat zich kenmerkt door een gematigd monistisch systeem voor doorwerking van internationale verdragen (zie de artikelen 93 en 94 van de Grondwet (Gw)) en een verbod van toetsing van de grondwettigheid van wetten en verdragen (artikel 120 Gw)). De Nederlandse Grondwet kan geen grenzen stellen aan de doorwerking van internationaal recht. In combinatie zorgen deze bepalingen voor een speciale positie van grondrechten die zijn neergelegd in internationale verdragen.¹²⁸

In 2010 heeft de Staatscommissie Grondwet zich in het bijzonder gebogen over grondrechten in het digitale tijdperk.¹²⁹ Zij achtte het niet noodzakelijk en praktisch onwerkbaar om voor opvraging van metadata steeds een rechterlijke machtiging te vereisen. De Staatscommissie onderscheidt de inhoud van de communicatie daarbij van de metadata. Voor de inhoud stelt de Staatscommissie een wijziging voor van artikel 13 Gw, waarbij een rechterlijke

127 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), EHRC 2014/140 m.nt. Koning, *JBP* 2014/62 m.nt. Van Daalen, punt 62.

128 Gerards en Claes omschrijven dat de verdragsrechtelijke grondrechten 'als het ware fungeren als een *Ersatzconstitutie*', J. Gerards & M. Claes, 'Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon. De interactie tussen het EU Handvest voor de grondrechten, het EVRM en de Grondwet', *SEW - Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* 2012 (7/8), p. 270-279, op p. 272-273. Over het algemeen hebben de verdragsrechtelijke grondrechten daarnaast ook een inhoudelijke meerwaarde boven de Nederlandse grondwettelijke bepalingen, vanwege de normatieve inhoud van de beperkingsclausules die erin zijn vastgelegd. Bij het Handvest is dit artikel 52, dat, net als artikel 8 lid 2 EVRM, een goed kader biedt voor rechterlijke toetsing. Een dergelijk kader ontbreekt in de Nederlandse grondwet waardoor ook in de gevallen waarbij de Grondwet zou kunnen worden gebruikt als toetssteen, rechters toch kiezen voor toetsing aan de internationale verdragen.

129 *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage.

machtiging noodzakelijk is om toegang te krijgen tot de gegevens.¹³⁰ Voor wat betreft de toegang tot metadata verwijst de Staatscommissie naar artikel 10 Gw (eerbiediging van het privéleven) of een nieuw in het leven te roepen specifiek artikel voor de bescherming van persoonsgegevens dat overeenkomt met artikel 8 Hv.¹³¹ Metadata wordt door de Staatscommissie dus losgekoppeld van communicatie. De herziening op artikel 10 Gw en het nieuwe artikel zijn niet door het kabinet overgenomen; momenteel wordt enkel een wijzigingsvoorstel voor artikel 13 (vertrouwelijkheid van communicatie) voorbereid. In het huidige wijzigingsvoorstel wordt hierdoor niet de eis van voorafgaande machtiging gesteld op de bevraging van metadata, terwijl het HvJ en het EHRM deze waarborg wel in de wetgeving van de Lidstaten willen zien. Op het moment van het schrijven van dit hoofdstuk is het onduidelijk hoe de Nederlandse wetgever hier mee om zal gaan.

5. CONCLUSIE

De impact van het bindende Handvest op het Nederlandse gegevensbeschermingsrecht is vijf jaar na de inwerkingtreding niet vreselijk groot. Dit lijkt ten eerste te komen door de gelijkens in beschermingsomvang van het EVRM. Het EHRM beschermt de categorie gegevens die het privéleven raken. Deze categorie sluit aan bij het brede begrip van privéleven. Ook zoekt het EHRM aansluiting bij de brede bescherming die het gegevensbeschermingsverdrag van de Raad van Europa biedt, door verwerking van informatie betreffende een geïdentificeerd of identificeerbaar individu als onderdeel te nemen voor de toepasbaarheidstoets van artikel 8 EVRM. Het EHRM heeft echter nooit een algemeen recht op bescherming van de persoonsgegevens erkend. Toch zijn vrijwel alle elementen van artikel 8 Hv erkend door het EHRM, met uitzondering van het de verwerkingsgrond 'toestemming' uit artikel 8 lid 2 Hv.

130 *Idem*, p. 90.

131 *Idem*, p. 90. De Staatscommissie heeft voor de aanpassing van communicatie niet de bescherming van 'het verbindingskanaal als zodanig op het oog. Zij meent in meerderheid dat de bescherming van verkeersgegevens, afhankelijk van de omstandigheden, moet worden ondergebracht onder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (voorgestelde artikel 10 Grondwet; zie par. 8.5.3) of onder het recht op bescherming van persoonsgegevens (voorgestelde artikel X Grondwet; zie par. 8.5.4). In geval van samenloop is het recht van toepassing dat de meeste bescherming biedt. Zowel het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als het recht op bescherming van persoonsgegevens biedt – in de voorstellen van de Staatscommissie – een sterkere bescherming voor verkeersgegevens ten opzichte van de huidige situatie.

Artikel 8 Hv bracht in die zin dus niet veel nieuws in het grondrechtelijk discours.

Ten tweede heeft het HvJ een doctrine ontwikkeld waarbij het recht op bescherming van persoonsgegevens samen met het recht op eerbiediging van het privéleven toetst via het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens. Hierdoor wordt een aantasting op het grondrecht op gegevensbescherming nog steeds benaderd met een privacybril. Binnen de Europese rechtspraak is geen specifieke grondrechtelijk doctrine ontwikkeld die enkel toeziet op het recht op gegevensbescherming. Deze doctrine werkt dus ook niet door in de nationale rechtsorde van de lidstaten.

In de derde plaats maakten de elementen van artikel 8 Hv via de implementatie van het secundair gegevensbeschermingsrecht al onderdeel uit van het recht van de lidstaten. Zodra persoonsgegevens worden verwerkt binnen het toepassingsbereik van het Unierecht is het secundair gegevensbeschermingsrecht van toepassing en moet dit worden toegepast. Een aantal bepalingen die toezien op de kwaliteit en de toelaatbaarheid van de verwerking komen overeen met de elementen van artikel 8 Hv en hebben rechtstreekse werking binnen het nationale recht. Afwegingen tussen rechten en belangen dienen binnen dan ook binnen dit kader plaats te vinden want, zo legt het HvJ uit, in de richtlijn zijn reeds afdoende regelingen zijn opgenomen om een balans te vinden tussen de verschillende grondrechten.

Het bovenstaande verklaart waarschijnlijk dat de Nederlandse wetgever, handhavingsautoriteit en rechter zeer langzaam op gang komen met de verwijzingen naar het Handvest. In veel gevallen wordt toch het secundair gegevensbeschermingsrecht en het EVRM toegepast. Het arrest *Digital rights Ireland* lijkt hier enige verandering in te brengen, maar het is de vraag of dit van blijvende aard is. Het arrest zal in ieder geval effect hebben op toekomstige wetsvoorstellen waaronder waarschijnlijk de grondwetsherziening.