Noot: Tweede vernietiging dataretentiewet door Grondwettelijk Hof

Sofie Royer* **& Eva Houtave****

Op 22 april 2021 vernietigde het Grondwettelijk Hof de dataretentiewet van 29 mei 2016. Die was al langer het voorwerp van discussie, omdat ze in een algemene en ongedifferentieerde bewaarplicht van telecomgegevens gedurende 12 maanden voorzag. Naar aanleiding van het vernietigingsberoep in 2017 stelde het Grondwettelijk Hof enkele prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Op 6 oktober 2020 besliste het Luxemburgse Hof dat het Unierecht zich, op enkele uitzonderingen na, verzet tegen nationale wetgeving die providers verplicht de gegevens van alle gebruikers, zonder onderscheid, te bewaren voor een periode van 12 maanden voor criminaliteitsbestrijding en de bescherming van de openbare orde. In het weergegeven arrest volgt het Grondwettelijk Hof die redenering volledig.

Achtergrond

De wet van 29 mei 2016 (hierna: dataretentiewet)[1] verplichtte telecomoperatoren om alle verkeers-, communicatie- en identificatiegegevens te bewaren gedurende 12 maanden.[2] Dit zijn de zogenaamde metadata (o.a. waar, wanneer, met wie en voor hoelang wordt er gebeld/ge-sms't/gesurft met een bepaald toestel).[3] Het gaat dus niet over de inhoud. Die gegevens waren onder strikte voorwaarden onder meer toegankelijk voor gerechtelijke autoriteiten, politie en inlichtingen- en veiligheidsdiensten in het kader van hun onderzoeken.[4] Ondanks die bijkomende waarborgen werd een vernietigingsberoep ingesteld tegen de wet wegens schending van het recht op bescherming van het privéleven en het recht op bescherming van persoonsgegevens.[5]

In een eerste arrest van 19 juli 2018 meende het Grondwettelijk Hof dat het nog geen uitspraak kon doen, nu er nog zaken over dezelfde problematiek hangende waren voor het Hof van Justitie. Bovendien stelde het Grondwettelijk Hof een drieledige prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.[6]

Ten eerste vroeg het of een algemene bewaarplicht van verkeers- en lokalisatiegegevens die waarborgen biedt op het vlak van bewaring van en toegang tot de gegevens, in overeenstemming met het EU-recht is, als die plicht niet alleen de vervolging van zware criminaliteit beoogt, maar ook onder meer de nationale veiligheid, de vervolging van andere dan zware criminaliteit of de preventie van het verboden gebruik van elektronische communicatiesystemen.

Ten tweede vroeg het Hof of zo'n algemene bewaarplicht in overeenstemming met het EU-recht is, als die ook tot doel heeft om tegemoet te komen aan de positieve verplichtingen van de overheid om seksueel misbruik van minderjarigen effectief te bestraffen en daders die via elektronische netwerken communiceren, te identificeren.[7] Als het antwoord op een van die vragen negatief zou zijn, vroeg het Grondwettelijk Hof tot slot of de gevolgen van de Belgische bewaarplicht tijdelijk mogen worden gehandhaafd, zodat bewaarde gegevens in lopende strafzaken toch kunnen worden gebruikt.

* Sofie Royer is postdoctoraal onderzoeker aan het Centre for IT and IP Law (CiTiP) en geassocieerd onderzoeker bij het Instituut voor Strafrecht, beide KU Leuven.
** Eva Houtave is junior onderzoeker Cybersecurity aan het Centre for IT and IP Law (CiTiP), KU Leuven.

1 Wet 29 mei 2016 betreffende het verzamelen en het bewaren van de gegevens in de sector van de elektronische communicatie, BS 18 juli 2016, 44.717. De eerste Belgische dataretentiewet werd (deels) vernietigd op 11 juni 2015 (in navolging van de Europese Dataretentierichtlijn die in 2014 vernietigd werd door het Hof van Justitie). HvJ 8 april 2014, nr. C293/12 en C594/12, ECLI:EU:C:2014:238; GwH 11 juni 2015, nr. 84/2015.

2 Art. 126 Wet 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, BS 20 juni 2005, 28.070. Zie hierover o.a. J.-J. Oerlemans, M. Hagens, S. Royer, "Tijd voor een nieuwe bewaarplicht", *Computerr.* 2021, afl. 2, 151-159; C. Van de Heyning, "Overzicht van rechtspraak – Het bewaren en gebruik van telecommunicatiegegevens in het strafrechtelijk onderzoek: de hoogste hoven in dialoog", *T.Strafr.* 2019, 38-47; M. Panzavolta, S. Royer en H. Severijns, "Algemene dataretentie: ten minste houdbaar tot …?", *T.Strafr.* 2018, afl. 1, 3-18; C. Forget, "L'obligation de conservation des « métadonnées » : la fin d'une longue saga juridique ?", *JT* 2017, afl. 6683, 233-239.

3 Art. 126 Wet betreffende de elektronische communicatie.

4 Zie voor de toegang tot de gegevens in strafzaken o.a. art. 46bis en 88bis Wetboek Strafvordering.

5 Art. 7 en 8 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

6 GwH 19 juli 2018, nr. 96/2018, B.21.

7 Cf. EHRM 2 december 2008, nr. 2872/02, K.U./Finland.

Hof van Justitie verduidelijkt

In een arrest van 6 oktober 2020[8] gaf het Hof van Justitie antwoord op die vragen in een interpretatie van artikel 15 van de e-Privacyrichtlijn.[9] Die richtlijn stelt het principe van de vertrouwelijkheid van telecommunicatie voorop, maar laat ruimte voor uitzonderingen.[10] Die moeten in een democratische samenleving wel noodzakelijk, redelijk en proportioneel zijn ter waarborging van een legitiem doel. Daar knelde het schoentje volgens het Hof van Justitie, dat de Belgische wet niet proportioneel vond. Het Hof benadrukte dat de regeling duidelijke en nauwkeurige regels en waarborgen moet bevatten op het vlak van de werkingssfeer en de toegang tot de gegevens.[11] Verder gaf het Hof van Justitie aan dat enkel een gerichte bewaring van verkeers- en locatiegegevens met het oog op de strijd tegen ernstige criminaliteit en de vrijwaring van de openbare veiligheid mogelijk is.[12]

De te bewaren gegevens, de geviseerde communicatiemiddelen, de geviseerde personen en de bewaartermijn moeten beperkt worden tot wat noodzakelijk is.[13] Ook mogen IP-adressen enkel bewaard worden met het oog op de bestrijding van zware criminaliteit of ter vrijwaring van de openbare of nationale veiligheid.[14] Toch voorziet het Hof van Justitie ook in uitzonderingen: een algemene en ongedifferentieerde bewaarplicht van verkeers- en locatiegegevens is mogelijk wanneer er een acute dreiging voor de nationale veiligheid is (zoals een terroristische aanslag).[15] Een algemene en ongedifferentieerde bewaarplicht van identificatiegegevens is ook mogelijk in het kader van algemene criminaliteitsbestrijding.[16]

Grondwettelijk Hof volgt

Op basis van dat arrest besliste het Grondwettelijk Hof om de volledige dataretentiewet te vernietigingen.[17] Nochtans had de federale regering gevraagd om de bewaarplicht voor identificatiegegevens die voor het Hof van Justitie wel door de beugel kan, staande te houden.[18] Het Grondwettelijk Hof achtte dit echter onmogelijk omdat het onderscheid in de Belgische dataretentiewet niet overeenstemt met de opdelingen die het Hof van Justitie maakte in zijn arrest.[19] De bevoegde ministers kondigden al aan te werken aan een reparatiewet[20] die het recht op privacy zal moeten verzoenen met dataretentie in het kader van de bestrijding van zware criminaliteit.[21] Opsporingsinstanties vrezen immers met lege handen achter te blijven in dossiers waarin ze geen beroep meer kunnen doen op de resultaten van een zogenaamd telefonieonderzoek. Het is immers zo dat zij meestal niet op voorhand weten waar, wanneer en door wie een misdrijf zal worden gepleegd.

Het schrijven van een nieuwe wet lijkt geen sinecure. In 2016 gaf de Belgische wetgever aan dat het onmogelijk is om een gerichte bewaring in te voeren zonder dat die discriminatoir is. Het zal dan ook zaak zijn om op basis van objectieve criteria categorieën op te stellen. Het Hof van Justitie suggereerde dat dit bijvoorbeeld kan aan de hand van een geografisch criterium.[22]

8 HvJ 6 oktober 2020, nrs. C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (hierna: La Quadrature du Net e.a.),
9 Europees Parlement en Raad Richtlijn nr. (EU) 2002/58/EG, 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), *Pb. L.* 31 juli 2002, afl. 201, 37 (hierna: e-Privacy richtlijn).
10 Art. 5 en 15 e-Privacyrichtlijn.
11 Art. 5 en 15 e-Privacyrichtlijn; La Quadrature du Net e.a. § 132, § 168, § 229.
12 La Quadrature du Net e.a. § 146-147, § 151, § 168, § 229.
13 La Quadrature du Net e.a., § 164, § 196.
14 La Quadrature du Net e.a.,§ 152-159.
15 La Quadrature du Net e.a.,§ 146-150, § 229.
16 La Quadrature du Net e.a.,§ 146-150, § 229.
17 GwH 22 april 2021, nr. 57/2021, B.20, 21, en 24.1-§ 228. In tegenstelling tot België, legde Frankrijk dit arrest naast zich neer. Het Hof van Justitie verklaarde nochtans ook de Franse dataretentiewet in strijd met het Unierecht. Conséil d'Etat 21 april 2021, nrs. 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718, https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2021/04-avril/393099.pdf.
18 GwH 22 april 2021, nr. 57/2021, B.16.2.
19 GwH 22 april 2021, nr. 57/2021, B.17.
20 Bij het uitwerken van een nieuw kader is het bovendien aangewezen dat de wetgever verder kijkt dan het antwoord op de drie prejudiciële vragen en ook rekening houdt met andere bekommernissen van het Hof van Justitie. Dat legde ook het bevel tot spoedbewaring van verkeers- en locatiegegevens (art. 39*ter* en 39*quater* Sv.) en de verzameling van diezelfde gegevens *in real time* (art. 88bis Sv.) in strafonderzoeken aan banden. In een recenter arrest stelde het HvJ daarnaast bijkomende voorwaarden op het vlak van toegang tot bewaarde verkeers- en locatiegegevens. De instantie die toegang verleent, mag niet betrokken zijn bij de uitvoering van het betrokken strafrechtelijk onderzoek en moet neutraal ten opzichte van de partijen in de strafprocedure. Nu in België de onderzoeksrechter het gerechtelijk onderzoek leidt en ook de toetsing uitvoert, lijkt dit problematisch in het licht van de Europese rechtspraak. Zie hierover: HvJ 2 maart 2021, nr. C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, § 27 - § 60.
21 T. Daneels, E. Landtsheere, C. Maes, "Federale regering werkt aan oplossing voor dataretentie", 22 april 2021, https://news.belgium.be/nl/federale-regering-werkt-aan-oplossing-voor-dataretentie.
22 La Quadrature du Net e.a., § 168; GwH 22 april 2021, nr. 57/2021, § 150.

Ook strafrechters aan zet

Niet alleen de wetgever, maar ook de strafrechters wacht een belangrijke opdracht. Onder impuls van het Hof van Justitie[23] heeft het Grondwettelijk Hof de gevolgen van de vernietigde wetgeving immers niet gehandhaafd. De strafrechters zullen nu moeten oordelen over het lot van onrechtmatig bewaarde gegevens die als bewijs worden gebruikt.[24] Ze moeten volgens het Hof daarbij rekening houden met de algemene principes van bewijsuitsluiting[25] en met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Dat stelde in het arrest van 6 oktober 2020 dat een bewijsmiddel moet worden uitgesloten wanneer het betrekking heeft op een technisch gebied waarvan hij geen kennis heeft, als het een doorslaggevende invloed kan hebben op de rechterlijke beoordeling en de partij het niet op zinvolle wijze kan toelichten.[26]

Het is niet helemaal duidelijk of het Hof van Justitie hiermee iets toevoegt aan de geldende bewijsuitsluitingsregels en het feit dat bewijs dat niet aan tegenspraak is onderworpen, sowieso moet worden geweerd. Jammer genoeg laat het Grondwettelijk Hof dit ook in het midden. De correctionele rechtbank van Antwerpen besliste eind vorig jaar alvast om de onrechtmatig bewaarde gegevens niet te weren en argumenteerde die beslissing met uitvoerige verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie op dat punt.[27] Het ziet er dus naar uit dat de vernietigde wet nog tot veroordelingen zal kunnen leiden, maar wellicht niet meer voor lang …

23 La Quadrature du Net e.a., § 169-192.
24 GwH 22 april 2021, nr. 57/2021, B.24.3.
25 Art. 32 Voorgaande Titel Wetboek Strafvordering (V.T.Sv.) bepaalt dat onrechtmatig verkregen bewijs enkel wordt uitgesloten als de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, de betrouwbaarheid van het bewijs is aangetast of het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.
26 La Quadrature du Net e.a, § 226.
27 Corr. Antwerpen , 17 december 2020, niet-gepubliceerd. Het Hof van Cassatie besliste eerder al dat gegevens die bewaard werden op grond van een (later) vernietigde wet, niet moeten worden uitgesloten op grond van art. 32 V.T.Sv. Zie Cass. 19 april 2016, P.15.1639.N/1, T.Strafr. 2016, 366, noot C. Van de Heyning.