



Datum van inontvangstneming : 02/06/2016

Zaak C-207/16**Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

14 april 2016

Verwijzende rechter:

Audiencia provincial de Tarragona (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

6 april 2016

Appellant:

Ministerio Fiscal (Spaans openbaar ministerie)

[OMISSIS]

[OMISSIS] Beslissing tot prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie van de Europese Unie

[OMISSIS]

Tarragona, 6 april 2016

I. Voorwerp van het prejudiciële verzoek

Het doel van dit verzoek aan het Hof, als hoogste uitleggingsinstantie van het Unierecht en hoeder van de voorrang hiervan conform artikel 19 VEU en artikel 267 VWEU, is te preciseren en in voorkomend geval te bepalen welke mate van ernst de aan de rechter voorgelegde feiten die het voorwerp zijn van strafrechtelijk onderzoek, moeten hebben om in het kader van het in de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de Grondrechten neergelegde en gewaarborgde recht van onschendbaarheid van de [OR 2] communicatie interceptiemaatregelen te kunnen rechtvaardigen en gelasten, in het bijzonder voor het verkrijgen van bewaarde gegevens die betrekking hebben op communicatieprocessen via het gebruik van het mobiele telefoonnetwerk.

II. Feiten van de zaak

- 1 [OMISSIS] [Op] 2 maart 2015 heeft de Juzgado de Instrucción [n.º 3] de Tarragona in een strafzaak een gerechtelijk vooronderzoek ingeleid ter opheldering van door de politie tijdens het voorafgaande onderzoek in het proces-verbaal vermelde vermeende feiten.
- 2 Kort gezegd betroffen de feiten een vermeende diefstal met geweldpleging, waarvan ██████████ op 16 februari 2015 het slachtoffer was. [OMISSIS] [Verslag van de aanval, voor de prejudiciële verwijzing niet relevant]
- 3 Als gevolg van de aanval had hij verwondingen, bestaande uit vier gebroken ribben en een snee waarvoor vier hechtingen nodig waren. **[OR 3]**
- 4 De gerechtelijke politie heeft de onderzoeksrechter op 27 februari 2015 bij ambtsbericht verzocht om een bevel om van diverse telefonie-aanbieders gegevens te verzamelen in verband met IMEI-nummer [OMISSIS] van de gestolen telefoon van ██████████ ██████████. In concreto betrof het informatie over de telefoonnummers die van 16 februari tot 27 februari 2015 met dat IMEI-nummer waren geactiveerd en over de persoonsgegevens [OMISSIS] van de houders of gebruikers van de telefoonnummer[s] behorend bij de met dat IMEI-nummer geactiveerde SIM-kaarten.
- 5 De onderzoeksrechter heeft deze onderzoeksmaatregel bij beschikking van 5 mei 2015 geweigerd op grond van twee argumenten [OMISSIS]. Ten eerste, omdat de maatregel in beperkte mate geschikt is voor het opsporen en identificeren van de verantwoordelijken van de diefstal, en ten tweede, aangezien Ley 25/2007 (wet 25/2007) de verstrekking van door mobiele telefonie-aanbieders bewaarde gegevens bovendien hoe dan ook beperkt tot onderzoeken naar ernstige delicten in de zin van de Código Penal (Spaans wetboek van strafrecht) of een bijzondere wet, en overeenkomstig deze Código alleen die delicten als zodanig kunnen worden aangemerkt, waarop een straf van meer dan vijf jaar is gesteld. Op basis van een voorlopige kwalificatie ex artikelen 242, 13 en 33, [OMISSIS] [van de] Código Penal konden de vermeende feiten die het voorwerp van deze procedure zijn, niet worden gekwalificeerd als ernstige delicten.
- 6 Het Ministerio Fiscal, enige partij in de procedure, heeft hoger beroep ingesteld. Kort gezegd [OMISSIS] is het van mening dat vanwege de aard van de onderzochte feiten toestemming had moeten worden gegeven voor het verstrekken van de verzochte gegevens. Volgens appellant is in die zin beslist in een zaak met **[OR 4]** vergelijkbare kenmerken waarover het Tribunal Supremo zich heeft uitgesproken – arrest 745/2010, van 26 juli.
- 7 De verwijzende rechter heeft het beroep toegewezen [OMISSIS]. Bij beschikking van 9 februari 2016 is overeenkomstig artikel 5 van Ley 25/2007 als voorlopige maatregel verlenging van de bewaartermijn van de met het IMEI-nummer verband houdende gegevens gelast [OMISSIS] en bij beslissing van 5 maart 2016 is het

Ministerio Fiscal verzocht alvast te laten weten of het het al dan niet opportuun achtte een prejudiciële vraag te stellen [OMISSIS]. Op 4 april 2016 heeft het Ministerio Fiscal een rapport ingediend waarin het aangaf bezwaar te hebben tegen het indienen van een prejudiciële vraag; het achtte dit niet nodig, [omdat] [OMISSIS] het arrest van 8 april 2014 van het Hof in geen enkel opzicht gevolgen zou hebben voor de nationale wetgeving. [OMISSIS].

8 [OMISSIS]

III. Toepasselijke nationale wetgeving

- 9 Toen de onderzoeksrechter besliste op het verzoek van de politie en beroep werd ingesteld tegen de afwijzende beslissing, werd het toepasselijk wettelijk kader in wezen bepaald door **[OR 5]** Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (wet 25/2007 inzake de bewaring van gegevens betreffende elektronische communicatie en openbare communicatienetwerken) van 18 oktober 2007, met name door artikel 1: „Deze wet strekt tot regulering van de verplichting van de aanbieders tot bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten of van openbare communicatienetwerken, alsook van de verplichting tot verstrekking van die gegevens aan bevoegde ambtenaren, mits ze worden opgevraagd met rechterlijke toestemming met het oog op het opsporen, onderzoeken en vervolgen van ernstige misdrijven als bedoeld in de Código Penal of in de bijzondere strafwetten”.
- 10 Voor hetgeen is te verstaan onder „ernstig delict” wordt verwezen naar de artikelen 13, lid 1, Código Penal („Ernstige delicten zijn die waarop de wet een zware straf stelt”) en 33 Código Penal, dat de straffen indeelt naar hun aard en duur en in lid 2, onder a), als zware straffen omschrijft: „De herzienbare levenslange gevangenisstraf; b) Gevangenisstraf van meer dan vijf jaar; [straffen die geen verband houden met het in het hoofdgeding aan de orde zijnde delict] [OMISSIS] **[OR 6]** [OMISSIS]”.
- 11 Het constitutionele kader van de beslissing wordt bepaald door artikel 18, lid 3, van de Spaanse grondwet: „Het communicatiegeheim, in het bijzonder het brief-, telefoon- en telegraafgeheim, wordt gewaarborgd, behoudens rechterlijke beslissing”, en door de rechtspraak van het Tribunal Constitucional (Spaans grondwettelijk hof). Met betrekking tot de objectieve beschermingsomvang van artikel 18, lid 3, Spaanse grondwet, met name ten aanzien van gegevens die zijn gegenereerd tijdens zowel dynamische als statische communicatieprocessen, zijn in het bijzonder de arresten 230/2007, 142/2012, 115/2013 en 241/2012 van belang.
- 12 Na de beroepen beslissing is de strafrechtspleging grondig herzien bij Ley Orgánica 13/2015, de 5 octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las

medidas de investigación tecnológica (organieke wet 13/2015 van 5 oktober 2015 tot wijziging van het wetboek van strafvordering [hierna: „LECrim”] ter versterking van de procedurele waarborgen en regulering van technologische onderzoeksmethodes), welke wet in werking is getreden op 6 december 2015 en van evident belang is voor deze prejudiciële verwijzing. Met deze wet is de materie van de toegang tot bewaarde gegevens die verband houden met telefonische en elektronische communicatieprocessen opgenomen [in de LECrim] [OMISSIS].

- 13 Deze gegevens genieten nog steeds wettelijke bescherming en kunnen uitsluitend worden verstrekt na rechterlijke toestemming – zie artikel 588 ter, onder j. Gegevens in geautomatiseerde bestanden van aanbieders van telecommunicatiediensten. „1. Elektronische gegevens die uit hoofde van de wetgeving betreffende de bewaring van gegevens inzake elektronische [OR 7] communicatie dan wel eigener beweging om commerciële of andere redenen worden bewaard door aanbieders van communicatiediensten of personen die communicatie faciliteren, en verband houden met communicatieprocessen, mogen uitsluitend met rechterlijke toestemming worden verstrekt voor gebruik in het processtuk. 2. Wanneer kennisneming van deze gegevens onontbeerlijk is voor het onderzoek, wordt de bevoegde rechter verzocht om toestemming voor het verzamelen van de informatie die zich bevindt in de geautomatiseerde bestanden van de aanbieders van telecommunicatiediensten, waaronder het zoeken naar kruisverbanden of intelligent opsporen van gegevens, mits de aard van de gegevens die bekend moeten worden en de redenen voor de verstrekking worden gepreciseerd.”
- 14 Geheel nieuw is dat als wettelijke voorwaarde voor de evenredigheid van de ingreep de mate van ernst van het delict is vastgesteld. Afgezien van de ingreep voorzien in artikel 588 septies, onder a, LECrim – op afstand doorzoeken [van] computerapparatuur – gaat de wet in artikel 588 ter, onder a, en 579, lid 1, [OMISSIS] uit van een algemene regel die ingrepen in het wezen van de bij artikel 18 CE (Spaanse grondwet) beschermde grondrechten mogelijk maakt wanneer de feiten waarop het onderzoek betrekking heeft opleveren: 1. Doleuze delicten waarop minimaal drie jaar gevangenisstraf staat 2. Delicten gepleegd door een criminele groep of organisatie 3. Terroristische delicten (artikel 579, lid 1, LECrim) of delicten gepleegd door middel van elektronische apparatuur of enige andere vorm van informatie- of communicatietechnologie of communicatiedienst (artikel 588 ter, onder a, LECrim).
- 15 Zoals blijkt heeft de Spaanse wetgever een dubbel criterium gekozen voor de bepaling van de ernst van het strafbare feit dat hier wordt onderzocht. Enerzijds, gebruikt hij als materiële maatstaf ernstige strafbaar gestelde gedragingen die een hoog criminogeen [OR 8] gehalte hebben en individuele en collectieve rechtsgoederen in bijzondere mate aantasten – terrorisme en door criminele organisaties en groeperingen gepleegde delicten. Anderzijds hanteert hij een formeel-normatieve maatstaf die de nadruk uitsluitend legt op de straf die op het

onderzochte delict staat, ongeacht welk dit is. Deze penologische referentie – een strafmaat van ten minste drie jaar gevangenisstraf – bestrijkt een aanzienlijke meerderheid van de delictsomschrijvingen.

- 16 Het is opvallend dat de maatstaven voor het vaststellen van de ernst als volstrekt gelijkwaardige alternatieven worden aangeboden. De kwantitatieve dan wel kwalitatieve norm zal echter zowel gelden voor een ingreep die leidt tot een verregaande aantasting van de betrokken grondrechten – bijvoorbeeld als wettelijke voorwaarde voor het aftappen van telecommunicatie en het maken van beeldopnamen binnen in de woning – als voor andere minder schadelijke inbreuken – zoals het registreren van beelden van de verdachte op openbare plaatsen.

IV. Belang van het Unierecht en de noodzaak van een uitspraak van het Hof over de uitlegging hiervan

- 17 [OMISSIS] Ten grondslag aan deze prejudiciële verwijzing ligt de volgende premisse: de grondrechten zijn materiële grenzen die de menselijke waardigheid oplegt aan de overheid en de samenleving in het algemeen. Zij waarborgen enerzijds de [OR 9] vrijheid van iedere burger en bakenen anderzijds de beslissingssfeer van de overheid af. Bij zijn optreden mag de staat de grondrechten dan ook nimmer buiten beschouwing laten of de werking ervan ontkennen. Deze opvatting over de grondrechten is met name zichtbaar bij de waarheidsvinding tijdens het strafproces, bij de reconstructie van de strafbare feiten en de identificatie van de verantwoordelijke personen.
- 18 Waarheidsvinding is niet mogelijk wanneer de grondrechten niet worden geëerbiedigd. Als logisch gevolg hiervan kan men niet bepalen of gelasten dat iemand van zijn vrijheid wordt beroofd indien de overtuiging van zijn schuld is gebaseerd op bewijs dat is verkregen door overtreding van die materiële grenzen.
- 19 Het strafproces vormt een gebied waarin een bijzondere spanning bestaat tussen enerzijds de noodzaak tot bescherming van de rechtsgoederen en anderzijds de vrijheid en de rechten van de burgers die worden beschuldigd van aantasting daarvan. Bij de oplossing van die spanning dienen strikte regels in acht te worden genomen. Op geen enkele wijze mag het belang van de staat bescherming te bieden en inbreukmakende gedragingen te bestraffen, prevaleren als dat leidt tot ongerechtvaardigde of onevenredige schending van de grondrechten.
- 20 Dat betekent echter beslist niet dat de staat geen interventiemethoden mag gebruiken die de fundamentele rechten vrijheden in de kern aantasten. Maar om die methoden te activeren en gebruiken zal hij zich hebben te houden aan strenge „gebruiksvoorwaarden”. De gebruiksaanwijzingen zijn te vinden in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in de door Spanje ondertekende [OR 10] verdragen tot bescherming van de grondrechten, die belangrijke

normatieve kracht hebben, en in de grondwet, die ter zake moet worden toegepast en uitgelegd overeenkomstig de supranationale regelgeving.

- 21 De meest evidente gevolgen zijn enerzijds dat de wetgever bij het ontwerpen van opsporingsinstrumenten die de grondrechten kunnen aantasten, de door de waardeleer bepaalde grenzen en de wezenlijke inhoud van de grondrechten moet eerbiedigen, met inachtneming van het criterium van evenredigheid in ruime zin. En anderzijds, dat de rechters en andere ambtenaren die bevoegd zijn in te grijpen in de grondrechten van de burgers hun handelen altijd dienen te onderwerpen aan strenge afwegingen en voorwaarden en de geschiktheid, noodzakelijkheid en strikte evenredigheid van de te gelasten ingreep moeten vaststellen.
- 22 Juist op het gebied waarop het voorwerp van het beroep waarop wij uitspraak moeten doen ten dele betrekking heeft – de toegang tot gegevens die verband houden met communicatieprocessen – heeft het Hof, in de uitoefening van zijn constitatieve bevoegdheden voorzien in artikel 263 VWEU, bij arrest van 8 april 2014 richtlijn 2006/24 ongeldig verklaard wegens ernstige tekortkomingen die een gevaar opleverden voor de rechten op communicatieprivacy en bescherming van de persoonlijke levenssfeer zoals neergelegd en gewaarborgd in de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten – met name, [punt] 64.
- 23 Deze ongeldigverklaring van een handeling van afgeleid recht betekent naar onze bescheiden mening niet dat de in de ongeldig verklaarde bepaling geregelde materie niet meer onder het Unierecht valt. Het **[OR 11]** arrest toont juist op onweerlegbare wijze het bijzondere belang aan dat regulering van de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken heeft voor de Unie, zodat het optreden van de Uniewetgever via de gedeelde bevoegdheid ex artikel 4 VWEU voldoet aan de voorwaarden van artikel 5 VEU. Het aanknopingspunt op het gebied van bescherming van persoonsgegevens wordt nog steeds bepaald door de geldigheid van relevante richtlijnen als 95/46/EEG en 2002/58/EEG.
- 24 Het is evident dat wij met deze verwijzing het Hof geen vragen kunnen of mogen voorleggen over de uitlegging en de toepassing van specifieke nationale bepalingen – die bovendien geen gevolgen hebben ondervonden van de in het arrest van het Hof van 8 april 2014 uitgesproken nietigverklaring – tot omzetting van richtlijn 2006/24 of van de latere richtlijn tot wijziging ervan, maar wij achten ons wel verplicht het Hof te verzoeken ons duidelijkheid te verschaffen over de mate waarin wij het in dit arrest vastgestelde criterium van de ernst, als beoordelingsparameter voor de nietig verklaarde richtlijn, als uitleggingsregel kunnen aanmerken – zie voor een arrest van het Hof als voorwerp van een prejudiciële verwijzing, het arrest van het Hof in de zaak Test Claimants in The FII Group Litigation, zaak C-35/11, [punten] 33 en 34.

- 25 Indien, zoals onzes inziens het geval is, de nationale wetgeving binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt – artikel 51, lid 1, Handvest – en **[OR 12]** arresten van het Hof (die uitvoerbaar zijn – artikel 280 VWEU), gegeven de aard en de functie van het Hof als toezichthouder op de verenigbaarheid van de wetgevende activiteiten van de organen van de Unie met de oprichtingsverdragen en de grondrechten, een evidente bindende normatieve waarde voor de uitlegging van de Unierechtelijke materie hebben, zouden wij meer moeten weten over het bereik van een aantal aspecten van het criterium inzake het strikte toezicht – punt 48.
- 26 Het Hof **[OMISSIS]** stelt vast dat bij de bewaring, verwerking en, uiteraard, verstrekking van gegevens in verband met communicatieprocessen via het gebruik van openbare netwerken sprake is van een uitzonderlijk niveau van inmenging in de rechten neergelegd in de artikelen 7 en 8 van het Handvest, in samenhang met het recht op privé-, familie- en gezinsleven dat is voorzien en gewaarborgd in artikel 8 EVRM. In de punten 46 e.v. van arrest C-293/12 worden de factoren genoemd die bij het toetsen van de evenredigheid door de wetgever in acht hadden moeten worden genomen, en komen herhaaldelijke transversale verwijzingen voor naar de mate van ernst die een delict moet hebben om bij het onderzoek gegevens te mogen bewaren, verwerken en verstrekken. Maar het is zonder twijfel **[punt] 60** waarin het meest direct op de kwestie wordt ingegaan: „richtlijn 2006/24 **[bevat]** niet alleen geen beperkingen, maar ook geen objectieve criteria ter begrenzing van de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens en het latere gebruik ervan met het oog op het voorkomen, opsporen of strafrechtelijk vervolgen van inbreuken die, gelet op de omvang en de ernst van de inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest erkende fundamentele rechten, voldoende ernstig kunnen worden geacht om een dergelijke inmenging te rechtvaardigen. Integendeel, richtlijn 2006/24 verwijst in artikel 1, lid 1, ervan enkel op algemene wijze naar ernstige criminaliteit zoals gedefinieerd in de nationale wetgevingen van de lidstaten.” **[OR 13]**
- 27 Ofschoon het instrument van secundair Unierecht ongeldig is verklaard, is dit arrest door de normatieve waarde die het krachtens artikel 19 VEU en de artikelen 263 en 267 VWEU heeft, voor ons dan ook bindend voor de uitlegging van de nationale regeling betreffende een onderwerp dat niet is uitgesloten van de regelgevende bevoegdheid van de Unie; de toepassing van deze regeling nu kan, zoals met stelligheid wordt verklaard, de fundamentele rechten en vrijheden ondermijnen die de door het Handvest gewaarborgde ruimte van burgerschap vorm geven.
- 28 Bijgevolg verzoeken wij het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
1. Geldt als criterium om te bepalen of een delict voldoende ernstig is om inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest erkende grondrechten te rechtvaardigen, uitsluitend de straf die kan worden opgelegd ter zake van het

onderzochte delict of is het bovendien noodzakelijk dat door de strafbaar gestelde gedraging individuele en/of collectieve rechtsgoederen in bijzondere mate worden aangetast?

2. Indien het verenigbaar is met de constitutionele beginselen van de Unie die het Hof heeft toegepast in zijn arrest van 8 april 2014 als maatstaven voor de strikte toetsing van de richtlijn, dat de ernst van het delict uitsluitend wordt vastgesteld op basis van de op te leggen straf, wat zou dan het minimumniveau van de straf moeten zijn? Zou een algemeen vereiste van minimaal drie jaar gevangenisstraf voldoen?

[OMISSIS] **[OR 14]** [OMISSIS].

[OR 15]

[OMISSIS]