

ANNOTATIE

Tribunale di Bolzano (HvJ EU, C-178/22) – Vorderen van telecommunicatiegegevens: definitie van ernstige criminaliteit

R.M. te Molder

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 30-04-2024, ECLI:EU:C:2024:371 (EHRC-2024-0130)

Inleiding

1. In de rechtspraak is reikhalzend uitgekeken naar (meer) duidelijkheid over de betekenis van het begrip *ernstige criminaliteit*, zoals dat wordt gebruikt in de jurisprudentie over telecommunicatiegegevens van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).[1] Het vorderen van verkeers- en locatiegegevens is namelijk volgens vaste rechtspraak alleen mogelijk indien sprake is van ernstige criminaliteit.[2] De reden hiervoor is dat de autoriteiten uit dergelijke gegevens, in hun geheel beschouwd, nauwkeurige conclusies kunnen trekken over het privéleven van de betrokkene. Het vereiste dat het moet gaan om ernstige criminaliteit geldt niet als het gaat om geringe(re) inmengingen in het privéleven.[3] Daarbij valt vooral te denken aan het vorderen van identificerende gegevens. Vooralsnog was onduidelijk of het begrip ernstige criminaliteit een autonoom (Unierechtelijk) begrip is of dat de invulling ervan aan de lidstaten is. In de zaak *Tribunale di Bolzano* maakt het HvJ EU duidelijk dat deze laatste opvatting juist is: de invulling van ernstige criminaliteit is aan de lidstaten. Daarmee is ook een prejudiciële vraag van de Hoge Raad aan het HvJ EU beantwoord, die hij in 2022 naar aanleiding van een cassatie in het belang der wet als gevolg van de zaak *Prokuratuur* stelde.[4] Op de betekenis van de zaak *Tribunale di Bolzano* voor Nederland kom ik hieronder nog terug. Allereerst zal ik uitdiepen wat precies uit *Tribunale di*

Bolzano volgt.

Invulling ernstige criminaliteit is aan lidstaten

2. De voorliggende zaak komt voort uit een Italiaanse strafzaak waarin het openbaar ministerie verkeers- en locatiegegevens wilde vorderen. Aan deze vordering is naar Italiaans recht onder meer als eis verbonden dat het moet gaan om een strafbaar feit waarop ten minste drie jaar gevangenisstraf staat. In de procedure bij het HvJ EU rees in het bijzonder de vraag of de inmenging in het privéleven die het gevolg is van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens kan worden gerechtvaardigd door strafbare feiten als in vorenbedoelde zin. Bij de beantwoording van deze vraag heeft het Europese Hof van Justitie zich in navolging van verscheidene A-G's eindelijk uitgelaten over de vraag of ernstige criminaliteit een autonoom (Unierechtelijk) begrip is.[5] Het HvJ EU concludeert dat ernstige criminaliteit geen autonoom begrip (pnt. 46) betreft.[6] De invulling van dit begrip is dus aan de lidstaten. Voor deze conclusie noemt het Hof twee argumenten. In de eerste plaats is het begrip in het EU-recht niet nader gedefinieerd en daarmee behoort de invulling ervan tot de competentie van lidstaten (pnt. 44). In de tweede plaats hangt de definitie van strafbare feiten en daarmee ook de invulling van ernstige criminaliteit af van de maatschappelijke en juridische tijdsgeest die bovendien kan variëren per lidstaat (pnt. 45).

3. Dat de invulling van het begrip ernstige criminaliteit aan de lidstaten is gelaten, betekent niet dat het Hof van Justitie zich verder niet meer uitlaat over het begrip. Het vorderen van verkeers- en locatiegegevens vormt een beperking van enkele in de e-Privacy Richtlijn (2002/58) neergelegde rechten en een inmenging in door het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie (Hv) beschermde rechten. In het bijzonder vormen dergelijke vorderingen een inmenging in het recht op privacy dat zowel in de richtlijn als in het Hv is geborgd. Dit impliceert dat de nationaalrechtelijke invulling van ernstige criminaliteit wel moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel dat zowel in artikel 15 e-Privacyrichtlijn als in artikel 52 Hv besloten ligt. Uiteindelijk moet het HvJ EU de bescherming van het Unierecht waarborgen en via deze weg krijgt het dus toch (enige) ruimte zich uit te laten over de invulling van ernstige criminaliteit naar nationaal recht. Deze ruimte heeft het Hof in het onderhavige arrest in beperkte mate ook ingevuld door enige piketpaaltjes te slaan. Voordat het Hof zich uitlaat over de drempel van drie jaar als afbakening voor ernstige criminaliteit stelt het immers twee uitgangspunten voorop. In de eerste plaats mogen lidstaten het begrip ernstige criminaliteit niet uithollen door onder het begrip strafbare feiten te scharen die in het licht van de maatschappelijke omstandigheden in de betrokken lidstaat niet als ernstig kwalificeren (pnt. 50). In de tweede plaats is van wezenlijk belang dat het vorderen van verkeers- en locatiegegevens wordt voorafgegaan door toetsing door ofwel een onafhankelijke rechter ofwel een onafhankelijke bestuurlijke entiteit (pnt. 51). Dit tweede uitgangspunt is

herhaling van eerdere, vaste jurisprudentie, maar speelt zoals hieronder zal blijken wel een belangrijke rol in het onderhavige arrest.[7]

4. In het licht van deze piketpaaltjes laat het HvJ EU zich vervolgens specifiek uit over de vraag of het Italiaanse criterium waarin de definitie van strafbare feiten is afgebakend aan de hand van het strafmaximum van drie jaar te ruim is. Dat is niet het geval. De gekozen afbakening berust op een objectief criterium (pnt. 54), hetgeen in overeenstemming is met eerdere jurisprudentie waaruit volgt dat lidstaten op grond van objectieve criteria moeten bepalen onder welke voorwaarden autoriteiten toegang kunnen krijgen tot telecommunicatiegegevens.[8] Voorts is de drempel van drie jaar niet buitensporig laag (pnt. 55-56). Van een buitensporig lage drempel zou wel sprake zijn als de definitie van ernstige criminaliteit de overgrote meerderheid van strafbare feiten zou omvatten. Een nadeel van het afbakenen van ernstige criminaliteit op basis van een maximumstraf in plaats van een minimumstraf is evenwel dat een strafbaar feit dat formeel aan het criterium voldoet in concreto niet als ernstig is aan te merken (pnt. 57). Dit nadeel neemt echter niet weg dat een afbakening op basis van een minimale maximumstraf in beginsel mogelijk is (pnt. 58). Wel is dan in het bijzonder vereist dat de rechter of bestuurlijke entiteit in het kader van de voorafgaande toetsing daadwerkelijk nagaat of in concreto sprake is van ernstige criminaliteit (pnt. 60-61).

5. De vraag is wat het arrest nu precies leert over de invulling van ernstige criminaliteit in de regeling van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens. In het bijzonder is onduidelijk of de afbakening van ernstige criminaliteit *uitsluitend* zou kunnen plaatsvinden op basis van een strafmaximum. Deze benadering is wel gevolgd in de voorgenomen overeenkomst om vanuit de EU aan Canada passagiersgegevens door te geven. Het Hof van Justitie zag hierin geen probleem.[9] In het onderhavige arrest is het Hof minder duidelijk. Weliswaar overweegt het Hof dat lidstaten het begrip ernstige criminaliteit zouden kunnen afbakenen aan de hand van een strafmaximum (pnt. 58), maar de vraag rijst hoe groot die ruimte in de praktijk daadwerkelijk is. Die ruimte bestaat waarschijnlijk wel als lidstaten voor een tamelijk hoge strafbedreiging als drempelvoorwaarde voor ernstige criminaliteit kiezen. Ook hierbij moet ingevolge vaste jurisprudentie van het HvJ EU een rechter of een andere bestuurlijke entiteit voorafgaand aan de vordering nog steeds toetsen, maar wellicht dat deze toetsing dan meer formeel ingestoken kan worden: is aan het wettelijk criterium voldaan? In casu heeft Italië kennelijk niet voor een dergelijk hoge grens gekozen (drie jaar is volgens het Hof niet 'buitensporig laag'), waardoor het toch vooral aankomt op de toetsende autoriteit die beoordeelt of de criminaliteit in het concrete geval ook als ernstig is aan te merken.

6. Ten tweede is de conclusie dat de driejaarsdrempel niet buitensporig laag is moeilijk te duiden (pnt. 56).[10] Dat komt ook doordat het Europese Hof overweegt dat de Italiaanse

bepaling waarin de driejaarsdrempel was opgenomen niet alleen het vorderen van verkeers- en locatiegegevens mogelijk maakte maar ook andere gegevens waarvoor de eis van ernstige criminaliteit überhaupt niet geldt. Maakt het Hof hier tussen de regels door duidelijk dat hij liever een wat hogere drempel ziet als het gaat om verkeers- en locatiegegevens? In het vorenbedoelde arrest over passagiersgegevens vond het HvJ EU de grens van drie jaar als afbakening van ernstige criminaliteit toelaatbaar.[11] Passagiersgegevens lijken echter minder inzicht in het privéleven te kunnen bieden dan verkeers- en locatiegegevens. Andersom lijkt het arrest er wel op te wijzen dat een strafmaximum van minder dan drie jaar doorgaans wel buitensporig laag is, maar met zekerheid valt ook deze conclusie niet te trekken.[12] Als een lidstaat ervoor kiest om een drempel lager dan drie jaar te hanteren, zou dat wel in overeenstemming kunnen worden gebracht met het onderhavige arrest. De lidstaat zou dan wel moeten waarborgen dat het criterium niet de overgrote meerderheid van de strafbare feiten omvat (in de praktijk zal dat doorgaans moeilijk zijn) en dat is voorzien in daadwerkelijke beoordeling van de ernst van het strafbare feit door een rechter of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit.

7. Het onderhavige arrest past in de stroom van jurisprudentie over telecommunicatiegegevens waarin het Hof van Justitie langzamerhand en op zeer casuïstische wijze steeds meer duidelijkheid schept.[13] Een nadeel van deze werkwijze is dat veel jurisprudentie op dit thema vervolgvragen oproepen. Dat geldt ook voor het onderhavige arrest. In het licht van voorgaande vragen en onduidelijkheden zou het nuttig zijn als het HvJ EU meer richting had gegeven aan lidstaten. Dat zou mogelijk ook meer toekomstige prejudiciële vragen kunnen voorkomen, hetgeen in het belang is van het Europese Hof. Dat ernstige criminaliteit geen autonoom (Unierechtelijk) begrip is, staat daaraan evenmin in de weg.[14] Zo had het Hof minstens kunnen verduidelijken wat de betekenis van strafmaxima zou kunnen zijn bij het bepalen van de ernst van criminaliteit (zijn strafbedreigingen van bijvoorbeeld 8 jaar of meer wel zonder meer voldoende?) en of andere factoren zoals de concrete omstandigheden waaronder het feit is begaan, de toegebrachte schade, opzet of culpa bijvoorbeeld ook relevant zijn.[15]

Betekenis voor Nederland

7. Het onderhavige arrest heeft ook betekenis voor Nederland, zowel voor het geldende recht als voor (de discussie inzake) het voorgestelde recht in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Naar geldend recht is in het geval van klassieke opsporing voor het vorderen verkeers- en locatiegegevens een verdenking van een zogeheten voorlopige hechtenis misdrijf (VH-misdrijf) vereist: een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid Sv (art. 126n Sv).[16] Het gaat hierbij dus om misdrijven waarop een maximum gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld en enkele specifieke misdrijven waarop weliswaar een lagere gevangenisstraf

staat maar die in de ogen van de wetgever wel voldoende ernstig zijn. Reeds in 2022 en vooruitlopend op de beantwoording van een prejudiciële vraag hierover oordeelde de Hoge Raad dat deze misdrijven als ernstig in de zin van de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn te beschouwen.[17] Deze conclusie is bevestigd in het onderhavige arrest: een afbakening tussen ernstige en minder ernstige criminaliteit kan (in eerste instantie) plaatsvinden op basis van het criterium van artikel 67, eerste lid Sv.[18] Het is dus niet nodig om het criterium van artikel 67, eerste lid Sv beperkter te interpreteren, bijvoorbeeld door naast een verdenking van een VH-misdrijf ook te vereisen dat het feit een ernstige inbreuk maakt op de rechtsorde.[19]

8. Het criterium van artikel 67, eerste lid Sv brengt een eerste afbakening aan tussen ernstige en minder ernstige strafbare feiten. Misdrijven als dwang en belediging voldoen bijvoorbeeld niet aan het criterium. Dit criterium is dus niet zo ruim dat het de overgrote meerderheid van strafbare feiten omvat en in dit opzicht voldoet het dus aan de door het Hof geformuleerde uitgangspunten. Toch is hiermee de kous mijns inziens niet af.[20] Aan de hand van het criterium van artikel 67, eerste lid Sv is weliswaar een eerste afbakening aan te brengen tussen ernstige en minder ernstige criminaliteit, maar deze misdrijven zijn in het concrete geval mijns inziens niet altijd als ernstige criminaliteit te beschouwen (vgl. pnt. 57). Dit heeft dan ook tot gevolg dat de R-C in de praktijk ook daadwerkelijk de ruimte moet hebben om een machtiging niet te verlenen als in het concrete geval geen sprake lijkt te zijn van ernstige criminaliteit.[21] Als de Hoge Raad zich weer moet uitlaten over het vorderen van verkeers- en locatiegegevens in het licht van het Unierecht, zou een vingerwijzing aan de R-C's dat zij vol moeten toetsen of in concreto ook sprake is van ernstige criminaliteit dus niet misstaan. Impliciet ligt deze vingerwijzing ook wel besloten in het eerder aangehaalde arrest uit 2022.[22]

9. Voorts rijst de vraag of de Hoge Raad de R-C's niet enige aanknopingspunten moet meegeven om te kunnen beoordelen of sprake is van ernstige criminaliteit. Veel meer dan enige algemene uitgangspunten schetsen en factoren formuleren kan de Hoge Raad mijns inziens niet doen, en zou hij ook niet moeten doen. Een gedetailleerd toetsingskader heeft immers als risico dat de R-C verwordt tot een stempelmachine. Tegelijkertijd kan men zo gemakkelijk van opvatting verschillen over de vraag wat ernstige criminaliteit inhoudt dat enige houvast toch wel is geboden.[23] In het bijzonder zou de Hoge Raad kunnen ophelderen welke factoren van belang kunnen zijn voor het beoordelen van de ernst van criminaliteit in concreto. Zo lijkt mij bijvoorbeeld van belang onder welke (strafverzwarende of -verlichtende) omstandigheden het feit is gepleegd, de concreet toegebrachte schade en de redelijkerwijs te verwachten straf mocht het tot een veroordeling komen.[24]

10. In het wetsvoorstel voor een nieuw Wetboek van Strafvordering is voor het vorderen van verkeers- en locatiegegevens een verdenking vereist van een misdrijf waarop vier jaar of meer

staat.[25] Voor dit criterium geldt *mutatis mutandis* hetzelfde als voor het criterium van artikel 67, eerste lid Sv. Op zichzelf kan dit criterium dienen als een eerste afbakening tussen ernstige en minder ernstige criminaliteit, mits de R-C in de praktijk daadwerkelijk toetst of in concreto ook sprake is van ernstige criminaliteit. Nog meer dan voor de Hoge Raad rijst voor de wetgever de vraag of hij niet wat meer duidelijkheid kan bieden over hoe de R-C de concrete ernst van een strafbaar feit zou moeten beoordelen. Tegelijkertijd blijft het voorlopig ook voor de moderniseringswetgever nog steeds zoeken. Voorlopig blijft immers ruis bestaan over de vraag in welke gevallen het criterium van ernstige criminaliteit precies geldt.[26] Over deze onduidelijkheid heeft de Hoge Raad ook een prejudiciële vraag gesteld aan het HvJ EU.[27] Niettemin is wel duidelijk dat het Unierecht en in het bijzonder ook het gegevensbeschermingsrecht belangrijk onderwerp is (geworden) van de discussies inzake de wettelijke regeling van opsporingsbevoegdheden in strafvordering.

R.M. te Molder

Ruben te Molder is als promovendus straf(proces)recht verbonden het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht (SteR).

[1] Zie onder meer X. Tracol, 'Ministerio Fiscal: Access of Public Authorities to Personal Data Retained by Providers of Electronic Communications Services', *European Data Protection Law* 2019 (1), p. 134; G.P. Sholeh, 'De betekenis van het Prokuratuur-arrest: digitale opsporing en privacy onder de loep', *DD* 2022/15, p. 227-247.

[2] Zie onder meer *Tele 2 Sverige AB*, HvJ EU (GK) 21 december 2016, zaak C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, «EHRC» 2017/79, m.nt. Koning, *NJ* 2017/186 m.nt. E.J. Dommering, pnt. 99-102; *Ministerio Fiscal*, HvJ EU (GK) 2 oktober 2018, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788, *NJ* 2020/232 m.nt. E.J. Dommering, pnt. 54.

[3] *Ministerio Fiscal*, pnt 63; *La Quadrature du net I*, HvJ EU (GK) 6 oktober 2020, C-511/18 e.a., ECLI:EU:C:2020:791, *EHRC-Updates* m.nt. J. Schroers, *NJ* 2021/362 m.nt. E.J. Dommering, pnt. 140.

[4] De Unierechtelijke zaak is bij het Hof aanhangig als DX, C-241/22.

[5] Conclusie A-G Saugmandsgaard Øe, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:300, pnt. 93-99 (*Ministerio Fiscal*); Conclusie A-G Pitruzzella, C-746/18, ECLI:EU:C:2020:18, pnt. 91 (*Prokuratuur*). Ook A-G Collins, C-178/22, ECLI:EU:C:2023:463, pnt. 25-26, 44 kwam tot deze conclusie. A-G Szpunar pleitte voor een autonome Unierechtelijke invulling van ernstige criminaliteit. Zie ECLI:EU:C:2022:838, pnt. 74.

[6] Overigens spreekt het Hof van Justitie niet consequent over ‘ernstige criminaliteit’. Het Hof rept ook weleens over ‘zware criminaliteit’, maar daarmee lijkt geen verschil in betekenis te zijn beoogd.

[7] Zie in het bijzonder *Prokuratuur*, HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, *EHRC Updates* 2021-0088 m.nt. Van Toor.

[8] Zie onder meer *Commissioner of An Garda Síochána e.a.*, HvJ EU (GK) 5 april 2022, C140/20, EU:C:2022:258, *EHRC-Updates* m.nt. Jansen & Te Molder, pnt. 105

[9] *Advies 1/15*, HvJ EU (GK) 26 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:592, pnt. 177.

[10] Richtlijn (EU) 2016/681.

[11] *Advies 1/15*, HvJ EU (GK) 26 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:592, pnt. 177.

[12] Vgl. in dit verband de conclusie van A-G Saugmandsgaard Øe, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:300 (*Ministerio Fiscal*), voetnoot 113 waarin hij opmerkt dat naar Deens recht op het bezit van kinderpornografie een jaar gevangenisstraf staat, terwijl de Deense regering dit wel als ernstige criminaliteit ziet.

[13] Zie voor een mooi overzicht van deze jurisprudentie onder meer K.C. van Horsen, ‘Aan het uitkristalliseren: de betekenis van het EU-recht voor de opsporingsbevoegdheden’, *TBS&H* 2024, afl. 1, p. 22-32 en P. Verrest, ‘De invloed van het Handvest op het Nederlandse strafrecht’, in: J.H. Gerards e.a., *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde. Preadviezen (Handelingen Nederlandse Juristen- Vereniging 153e jaargang)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 198-206.

[14] In *P.I. t. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, HvJ EU (GK) 22 mei 2012, C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300 moet het HvJ zich uitlaten over het begrip ‘openbare veiligheid’. De invulling van dit begrip is weliswaar aan de lidstaten overgelaten, maar het Hof noemt wel factoren die van belang voor het bepalen wat al dan niet onder het begrip valt.

[15] Vgl. conclusie van A-G Saugmandsgaard Øe, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:300, (*Ministerio Fiscal*), pnt. 105 waar hij een aantal factoren opsomt.

[16] De vorderingsbevoegdheden in het geval van een georganiseerd verband (126u Sv) en terrorisme (126zh Sv) laat ik hier buiten beschouwing, aangezien deze bepalingen zich al tot meer ernstige criminaliteit beperken.

[17] HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, *NJ* 2022/354 m.nt. Ouwwerker, r.o. 6.8.1.

[18] Vgl. ook Sholeh, *a.w.*, p. 244-245.

[19] In lagere rechtspraak gebeurde dat wel. Vgl. in dit verband Hof Den Haag 26 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1588 en Hof 's-Hertogenbosch 1 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3273.

[20] Sholeh 2022, *a.w.*, p. 240-246 betoogt dit wel, voordat *Tribunale di Bolzano* werd gewezen.

[21] Sholeh 2022, *a.w.*, p. 241 lijkt dit overigens wel te erkennen.

[22] HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, *NJ* 2022/354 m.nt. Ouwerkerk, r.o. 6.8.1 en 6.8.3.

[23] Dat blijkt in zekere zin ook wel uit de onderliggende casus in HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, *NJ* 2022/354 m.nt. Ouwerkerk. De diefstal van een shovel in vereniging is volgens de R-C niet als ernstige criminaliteit te kwalificeren, terwijl dat volgens de rechtbank wel het geval is.

[24] Vgl. J. uit Beijerse en J.B.H.M. Simmelink, 'Voorarrest', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 647 die ook al op de te verwachten straf als criterium in het kader van de voorlopige hechtenis.

[25] *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 2, artikel 2.7.47 Sv.

[26] Tegelijkertijd met het onderhavige arrest wees de voltallige kamer van het HvJ EU *La Quadrature II*, HvJ EU 30 april 2024, C-470/21, ECLI:EU:C:2024:370 *EHRC-Updates* m.nt. Oerlemans & Hagens, waaruit kort gezegd volgt dat een algemene bewaarplicht van verkeersgegevens (IP-adressen) ook is gerechtvaardigd met het oog op 'gewone', (d.w.z. niet-ernstige) criminaliteit, omdat de gegevens in casu alleen identificerend van aard zijn.

[27] HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, *NJ* 2022/354 m.nt. Ouwerkerk, r.o. 6.7 en 8.4 en Van Horssen 2024, *a.w.*, p. 30-31.