

Eenheid en verscheidenheid van recht in de informatiemaatschappij.

De Europese dimensie van het (grond)recht op privacy en gegevensbescherming.

1. Inleiding

Het uiteenvallen van de juridische basisbegrippen is door de Verkenningscommissie rechtsgeleerdheid¹ mede geproblematiseerd in het perspectief van de overgang naar de informatiemaatschappij. Daarbij wordt een oorzakelijk verband gesuggereerd tussen het geconstateerde functieverlies van centrale rechtsbegrippen en het aan betekenis inboeten van traditionele oriëntatiepunten als stoffelijkheid, tijdelijkheid en territorialiteit. De rechtsontwikkeling sinds het midden van de jaren zestig kan echter ook vanuit een meer positieve optiek worden begrepen: het aanpassingsvermogen van het recht in wisselwerking met ingrijpende maatschappelijke, technologische en economische veranderingen. Een voldoende mate van openheid en flexibiliteit, ook van funderende basisbegrippen, is immers een noodzakelijkheidsvoorwaarde voor blijvende functionaliteit van het recht binnen de grenzen van de rechtstatelijke structuurprincipes. De problematiek staat dan niet (meer) in het teken van een terugblik en een treuren om hetgeen in de afgelopen periode aan vertrouwde, zekerheid en bestendigheid in het recht verloren ging, maar impliceert ook een uitdaging, toegesneden op de vraag hoe het recht onder turbulente omgevingsfactoren zijn dienende taak op adequate wijze kan blijven vervullen. Zo beschouwd is de informatiemaatschappij als metafoor van uiteenlopende verschijnselen niet alleen een verklaringsfactor, maar ook een stimulans tot analyse van processen van rechtsvorming en zich daarin manifesterende divergerende en convergerende tendensen.

Deze bijdrage gaat over de rechtsvorming inzake een centraal begrippenpaar in de informatiemaatschappij: privacy en gegevensbescherming. Hierin zijn een viertal fasen te onderscheiden. Allereerst de periode van nationale rechtsvorming op basis van grondrechten, legaliteitsbeginsel, geheimhoudingsplichten en bijzondere wetgeving. Deze periode loopt tot 1970². De tweede fase, die de jaren 70 en 80 beslaat, staat in het teken van grondrechtsbescherming en de ontwikkeling van wetgeving inzake privacybescherming in verband met persoonsregistraties. Daarbij neemt de Raad van Europa het voortouw door een actieve organisatie van de rechtsontwikkeling in Europees verband. De nationale rechtsvorming: de introductie van een nieuw grondrecht in artikel 10 Grw. en de invoering van de Wet persoonsregistraties in 1989 en de Wet politieregisters in 1990, staat geheel in het teken van de regelingsverplichtingen in het Europees Dataoverdrag 1981 en daarop gebaseerde sectorale aanbevelingen.

Vanaf 1990, het jaar van indiening door de Europese Commissie van een ontwerp-Richtlijn bescherming persoonsgegevens, ligt het zwaartepunt in normering bij de EG door richtlijnen, overeenkomsten onder de derde pijler van het EU-Verdrag en verordeningen, alsook door een accentuering van de grondrechtsdimensie van het Europees recht. Deze paradigmawisseling krijgt z'n beslag in de nieuwe Wet bescherming persoonsgegevens en de bijbehorende aanpassingswetgeving, evenals in het kabinetsstandpunt omtrent de aanpassing van art. 10 Grw.

Rond 1998 is de vierde fase in rechtsontwikkeling aangebroken, toegesneden op de

¹ Een eigen richting voor het recht *****

² Zie over de rechtsontwikkeling inzake privacy en gegevensbescherming in deze periode: G. Overkleef-Verburg, De Wet persoonsregistraties. Norm, toepassing en evaluatie (diss. KUB), Deventer 1995, hoofdstuk 4.

normering van privacy en gegevensbescherming met het oog op Internet in samenhang met de nieuwe informatiemaatschappij/kenniseconomie. Aanjager is de nieuwe strategische doelstelling voor de Unie in dit decennium (Lissabon, maart 2000), te weten dat zij in deze periode de meest concurrerende en dynamische op kennis gebaseerde economie in de wereld moet worden. De uitwerking loopt grotendeels via het actieplan "eEurope - Een informatiemaatschappij voor iedereen", goedgekeurd door de Raad van Feira (juni 2000)³. Sindsdien staan versnelling, verbreding en verdieping van gemeenschapsrecht centraal, toegesneden op tempoverhoging en versterkte convergentie in normering door de lidstaten. De nadruk ligt op de realisering van de juridische infrastructuur van de informatiemaatschappij en verdergaande liberalisering van de telecomsector⁴.

Deze bijdrage gaat over de rechtsontwikkeling inzake privacy en gegevensbescherming in de derde en vierde fase, toegesneden op groeiende convergentie van rechtsvorming in Europees verband. De invloed van de informatiemaatschappij op de rechtsvorming; de druk op aanpassing van de juridische infrastructuur en uniformering van recht(sbescherming), staan hierin centraal. Het plan van behandeling is als volgt. In paragraaf 2 wordt de rechtsvorming binnen de Raad van Europa beschreven, in het bijzonder de ontwikkeling van het Europees Dataverdrag 1981. Paragraaf 3 gaat over de rechtsontwikkeling in communautair verband, toegesneden op de actieve en dynamische harmonisatie van regelgeving in de lidstaten, de normering van de gegevensverwerking in communautair verband en een harmonisatiekader voor overeenkomsten onder de derde pijler, alsmede regelingsinitiatieven met het oog op technologische ontwikkelingen, ehandel en ediensten.

De grondrechtelijke dimensie van privacy en gegevensbescherming en de communautaire inkleuring daarvan is het onderwerp van paragraaf 4, met de toetreding van de EG tot het EDV 1981 en de effecten van vaststelling van het EU-Handvest van de grondrechten als zwaartepunten. In paragraaf 5 volgt dan een samenvatting van bevindingen en conclusies.

2. Rechtsvorming binnen de Raad van Europa

De Nederlandse rechtsontwikkeling inzake privacy en gegevensbescherming in de jaren 70 en 80 stond zoals hiervoor al is opgemerkt niet op zichzelf, maar maakte deel uit van rechtsvorming in Europees verband. In die periode lag het primaat bij de Raad van Europa⁵. Hier werd een op voorhand geharmoniseerd regelingskader inzake geautomatiseerde gegevensverwerking ontwikkeld, toegesneden op de grondrechtsaspecten van geautomatiseerde gegevensverwerking. Aanvankelijk via de vaststelling van aanbevelingen aan de lidstaten⁶. Nadien door verdragsonderhandelingen, resulterend in de

³ Zie hieromtrent: eEurope - Een informatiemaatschappij voor iedereen - Voortgangsverslag voor de bijzondere Europese Raad Werkgelegenheid, economische hervormingen en sociale cohesie - Naar een op innovatie en kennis gebaseerd Europa, Lissabon 23 en 24 maart 2000, COM/2000/0130; het goedgekeurde - eEurope 2002 Ontwerp-actieplan voor de Europese Raad in Feira 19-20 juni 2000, COM/2000/0330 en de Mededeling van de Commissie - De eEurope 2002update voor de Europese Raad in Nice op 7 en 8 december 2000, COM/2000/0783. Zie voorts in dit verband: Mededeling van de Commissie - De strategie voor de Europese interne markt van 24 november 1999, COM/99/0624 en de Mededeling van de Commissie - Innovatie in een kenniseconomie van 20 september 2000, COM/2000/0567.

⁴ Inzicht in de communautaire ambities bieden met name de volgende stukken: Mededeling van de Commissie - De informatiemaatschappij veiliger maken door de informatie-infrastructuur beter te beveiligen en computercriminaliteit te bestrijden - eEurope 2002 van 26 januari 2001, COM/2000/890 en de Mededeling van de Commissie over e-handel en financiële diensten van 7 februari 2001, COM/2001/0066.

⁵ Zie voor het op 5 mei 1949 te Londen tot stand gekomen Statuut van de Raad van Europa Trb. 1996, 355.

⁶ Protection of the privacy of individuals vis-a-vis electronic data banks in the private sector, Resolution (73)22 van 26 september 1983 en Protection of the privacy of individuals vis-a-vis electronic data banks in the public sector, Resolution (74)29 van 20 september 1974.

totstandkoming van het Europees Dataoverdrag van 1981⁷. De meeste lidstaten van de Raad van Europa zijn inmiddels toegetreden, waaronder alle EG-lidstaten⁸. Dit EDV 1981 beoogt een evenwicht op basis van belangenafweging tussen conflicterende grondrechtsaanspraken: de bescherming van de individuele levenssfeer en het belang van "free flow of information". Het verdrag zelf heeft geen directe werking, maar verplicht de toegetreden lidstaten tot incorporatie en uitwerking ervan in de eigen rechtsorde (art. 4)⁹. Van indirecte rechtswerking is echter wel sprake. Door de inhoud en wijze van totstandkoming is deze regeling te kwalificeren als nadere uitwerking van de aan artikel 8 EVRM inherente positieve regelingsverplichtingen van de lidstaten, waaronder de doorwerking in (rechts)betrekkingen van particulieren onderling (horizontale werking). In geval van grondrechtsschending is deze regeling derhalve een belangrijke kenbron van uit artikel 8 EVRM voortvloeiende aanspraken¹⁰, met name voor het Europese Hof voor de rechten van de mens in Straatsburg.

Naar heersende rechtsopvatting heeft dit verdrag de status van Europese/internationale privacy-standaard, geldt derhalve als model voor verdragen met een gegevenscomponent¹¹. Toetreding en nakoming van het verdrag zijn voorts voorwaarde voor onbelemmerd grensoverschrijdend gegevensverkeer tussen de participerende lidstaten. Voor de Raad van Europa was de vaststelling van het EDV 1981 een tussenstap. Het verdrag vormt de grondslag voor een verdergaande, in het verdrag geïnstitutionaliseerde samenwerking van de lidstaten, toegesneden op een verbijzondering van de verdragsrechtelijke (kwaliteits)beginselen via sectorale aanbevelingen¹². Dit mede in samenspraak met internationale organisaties, zoals de EG en de OECD¹³. Daarnaast vervult de Raad van Europa een belangrijke taak bij de opneming in de Europese rechtssfeer van nieuwe, tot het voormalige Oostblok behorende lidstaten¹⁴. De belangrijke harmoniserende functie van het

⁷ Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, Straatsburg 28 januari 1981, Trb. 1988, 7 en Trb. 1993, 116 en 157 (ratificatie). Om toetreding van de Europese Gemeenschappen mogelijk te maken is dit verdrag bij besluit van 15 juni 1999 gewijzigd, Trb. 2000, 69.

⁸ Zie wat Nederland betreft de goedkeuringswet van 20 juni 1990, Stb. 351 en de wijziging daarvan bij wet van 27 november 1991, Stb. 654. Vgl. met betrekking tot de stilzwijgende goedkeuring van de verdragwijziging de brief van de minister van Buitenlandse Zaken van 5 september 2000, kamerstuk 27280, nrs. 339 en 1.

⁹ De materiële kern van het verdrag bestaat uit de volgende elementen: de begripsomschrijvingen, waaronder het begrip persoonsgegeven, de normering van de gegevensverwerking via beginselen van eerlijkheid en rechtmatigheid, de uitwerking van het centrale doelbindingsbeginsel, het voorzien in bijzondere waarborgen voor gevoelige gegevens en rechtspositie van de geregistreerde. Dit verdrag is geïmplementeerd via de Wet bescherming persoonsgegevens (Stb. 1988, 665 en de Wet politieregisters, Stb. 90, 414.

¹⁰ Vgl. de Guidelines for the regulation of computerized personal data files, een door de algemene vergadering van de Verenigde Naties op voordracht van de Commission on Human Rights en de Economic and Social Council bij besluit van 20 november 1990 goedgekeurde resolutie in samenhang met art. 17 IVBP.

¹¹ Zo ligt het EDV 1981 ook ten grondslag aan de regeling van het Schengen-Informatiesysteem, met name aan hoofdstuk 3 betreffende de bescherming van persoonsgegevens en gegevensbeveiliging in de Overeenkomst ter uitvoering van het Akkoord van Schengen, Trb. 1990, 145. Zoals hierna blijkt geldt dat ook voor (andere) informatieregelingen onder hoofdstuk VI van het EU-Verdrag.

¹² Vgl. Aanbeveling no. R (95)4 inzake de bescherming van persoonsgegevens op het gebied van telecommunicatiediensten, en in het bijzonder ten aanzien van telefoondiensten en Aanbeveling no. R (97)5 betreffende de bescherming van medische gegevens, beide gepubliceerd in Stcrt. 1998, 38. Ook deze sectorale aanbevelingen gelden als kenbron i.v.m. art. 8 EVRM.

¹³ Zie ook de Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data van 1981, vastgesteld door de Raad van de OECD, de Organisation for Economic Co-operation and Development.

¹⁴ Zie de toetreding (door ondertekening of bekrachtiging) tot het verdrag van lidstaten als Slovenië, Roemenië, Moldavië, Bulgarijë, Polen, Estland, Litouwen, Slowakije en Hongarije (Trb. 2000, 69).

EDV 1981 is derhalve nog steeds werkzaam.

3. Harmonisatie in communautair verband

3.1 De EG-Richtlijn bescherming persoonsgegevens

Met de lancering door de Europese Commissie van een concept EG-richtlijn bescherming persoonsgegevens in 1990¹⁵ is het zwaartepunt in de rechtsvorming omtrent privacy en gegevensbescherming verlegd van de Raad van Europa naar de EG. Na een intensief onderhandelingsproces werd deze richtlijn op 24 oktober 1995 vastgesteld. De implementatietermijn was drie jaar¹⁶. De reden van communautaire bemoeienis met de gegevensbescherming was een te grote differentiatie in normering door de lidstaten wegens de ruime interpretatiemarges in het EDV 1981¹⁷. Deze richtlijn is derhalve toegespitst op convergentie van nationale regelgeving, toegesneden op de eisen van de informatiemaatschappij. De ruimte voor eigen rechtsvorming door de lidstaten is derhalve beperkt. Dit geldt ook voor de informatierelaties met derde-landen. Bij de - in vergelijking met het EDV 1981 veel stringentere - communautaire normering van de gegevensverwerking, gaat het om drie doelen: bevordering van het vertrouwen van de consument in de interne markt, met name in de producten en diensten van de informatiemaatschappij, de opheffing van belemmeringen van het grensoverschrijdende gegevensverkeer binnen de EG en grondrechtsbescherming van de Europese burger.

De aldus door de EG op basis van communautaire regelingsbevoegdheid bewerkstelligde convergentie van beschermingsregimes geldt de nakoming van de verdragsrechtelijke verplichtingen van de lidstaten in het kader van de Raad van Europa¹⁸, als uitvloeisel van artikel 8 EVRM en het EDV 1981. De overwegingen in de considerans bij deze richtlijn geven dat ook duidelijk aan. Uitgangspunt is, dat het niveau van de bescherming van de rechten en vrijheden van personen op het stuk van de verwerking van persoonsgegevens in alle lidstaten gelijkwaardig moet zijn (overwegingen 8 en 9). Daardoor is binnen de groep van tot het Europees Dataoverdrag 1981 toegetreden lidstaten een driedeling ontstaan, te weten: de groep van participanten in het EDV tevens EG-lidstaten, de groep van aan het EDV verplichte lidstaten die geen EG-lid zijn en de groep lidstaten van de Raad van Europa die wel aan het EVRM zijn gebonden, maar niet zijn toegetreden tot het EDV. Het convergentie-streven in de privacyrichtlijn gaat echter verder, door ook het beschermingsniveau in derde-landen buiten de gemeenschap in de regeling te betrekken,

¹⁵ Vgl. Proposal for a Council Directive concerning the protection of individuals in relation to the processing of personal data, van 13 september 1990 (COM (90) 314). De Wpr was toen pas een jaar tevoren inwerking getreden.

¹⁶ 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, PbEG nr. L281 van 23 november 1995. De implementatietermijn van drie jaar (art. 32, eerste lid) is inmiddels verstreken. Omdat een aantal lidstaten, waaronder Nederland, nog in gebreke zijn met hun implementatieverplichtingen heeft de Europese Commissie inmiddels ex art. 226 EG-Verdrag een inbreuk-procedure ingeleid. Wat ons land betreft is de implementatiewet, de Wet bescherming persoonsgegevens (Stb. 2000, 302), reeds vastgesteld, de inwerkingtreding is opgehouden tot de vaststelling van de aanpassingswetgeving, de Wet wijziging van bepalingen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens (kamerstuk 26410).

¹⁷ Deze richtlijn is gebaseerd op de artt. 95 jo. 14 EG-Verdrag (voorheen artt. 100 A en 7 A). Het grensoverschrijdend gegevensverkeer is derhalve een sequel van door het EG-Verdrag gewaarborgde vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Zie ook art. 6 EU-Verdrag en het EU-Handvest grondrechten.

¹⁸ Vgl. ook de jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin de grondrechten, met name het EVRM, worden aangemerkt als te behoren tot de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. zie ook overweging 10. Inmiddels kent deze jurisprudentie een verdragsrechtelijke grondslag in art. 6 EU-Verdrag.

met name door een verbod op gegevensverkeer tenzij een ontvangend land over een passend beschermingsniveau beschikt. Met deze richtlijn heeft de gemeenschap zich derhalve zowel Europees als mondiaal een positie als voortrekker op het punt van normering en harmonisatie van privacy en gegevensbescherming verschaft.

De EG-Richtlijn bescherming persoonsgegevens (95/66/EG) heeft betrekking op de geautomatiseerde en gestructureerd handmatige verwerking van persoonsgegevens, in woord en geschrift, beeld en geluid. De werkingssfeer komt overeen met het toepassingsbereik van het gemeenschapsrecht, met uitzondering van de gegevensverwerking onder de titels V en VI van het EU-Verdrag (openbare orde, defensie, staatsveiligheid en opsporing en vervolging). De richtlijn differentieert niet tussen gegevensverwerking in de private en in de publieke sector. De kern van de regeling bestaat uit een aantal bepalingen met rechtmatigheidsvoorwaarden terzake van de verschillende fasen van het proces van gegevensverwerking, dat wil zeggen van de verzameling van gegevens tot het wissen/vernietigen ervan. Daarbij geldt een verzwaard regime voor de zogenaamde bijzondere (gevoelige) gegevens: gegevens waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging of het lidmaatschap van een vakvereniging blijkt, alsmede gegevens die de gezondheid of het seksuele leven betreffen. De beginselen uit het Europees Dataverdrag 1981 (data quality principles) zijn min of meer overgenomen in artikel 6, terwijl artikel 7 nader geconcretiseerde rechtvaardigingscriteria met betrekking tot de gegevensverwerking bevat¹⁹. De richtlijn kent een verbod op gegevensexport naar derde-landen buiten de EG, tenzij het ontvangende land over een passend beschermingsniveau beschikt. De uitvoerig geregelde rechtspositie van de geregistreerde voorziet in rechten op informatie, inzage en correctie, alsmede in een individueel recht van verzet. Verplichtingen van de houder betreffen de vertrouwelijkheid van de gegevensverwerking, beveiliging en aanmelding ervan bij de toezichthouder of een interne functionaris voor de gegevensbescherming. Het handhavingsregime gaat uit van nalevingstoezicht door een onafhankelijk orgaan, toegang tot de rechter en adequate sanctionering.

De richtlijn vestigt een systeem van dynamische harmonisatie, toegespitst op nadere inperking van de nog resterende regelingsvrijheid van de lidstaten met (vrijwel) volledige uniformering als einddoel. Het institutionele kader is daarop toegesneden. De Europese Commissie is belast met uitvoeringstaken, in samenspraak met een Comité met vertegenwoordigers van de lidstaten (comitologie)²⁰. De belangrijkste taken van de Commissie betreffen de - voor de lidstaten bindende - besluitvorming omtrent het beschermingsniveau van derde-landen²¹ en vertegenwoordiging van EG en lidstaten in internationale onderhandelingen terzake (artt. 25 en 26), het nemen van aanvullende en specifieke uitvoeringsmaatregelen (art. 31) en het toezicht op de juiste implementatie van de

¹⁹ Reeds nu is te voorzien dat deze methode van normering door de specifieke regelingsstructuur van de verschillende rechtsgebieden, in de uitvoeringspraktijk problemen zal geven. Dit omdat elk van beide artikelen het gehele proces van gegevensverwerking omvat, terwijl de verhouding tussen beide bepalingen onvoldoende helder is.

²⁰ Zie hieromtrent het Besluit van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden (1999/468/EG), PbEG 1999, L 184.

²¹ Inmiddels is overeenstemming bereikt met de Verenigde Staten. Zie de Beschikking van de Commissie van 26 juli 2000 betreffende de gepastheid van de bescherming geboden door de Veiligheidsbeginselen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de daarmee verband houdende Vaak gestelde vragen, die door het ministerie van Handel van de Verenigde Staten zijn gepubliceerd, PbEG 2000 L 215. Zie voorts de Beschikkingen van de Commissie van 26 juli 2000 betreffende passende bescherming van persoonsgegevens in Hongarije en Zwitserland, PbEG 2000 L 215.

richtlijn (artt. 211 jo. 226 EG-Verdrag). Bovendien verplicht artikel 32 de Commissie om uiterlijk 24 oktober 2001 aan de Raad en het Europees Parlement verslag uit te brengen over de toepassing van deze richtlijn, onder eventuele bijvoeging van wijzigingsvoorstellen.

De richtlijn voorziet voorts in een Groep, samengesteld uit vertegenwoordigers van nationale en communautaire toezichthouders en een representant van de Commissie. Deze Groep voor de gegevensbescherming is belast met adviserende taken (artt. 29 en 30). Het secretariaat berust bij de Commissie. De primaire taak van de groep is de interactieve en homogene toepassing van de nationale privacyregelgeving via consensusvorming omtrent interpretatiegeschillen en nadere rechtsvorming. Daarbij is het uitgangspunt, dat standpunten van dit communautaire gremium in het advies-, goedkeurings- en toezichtsbeleid van de nationale toezichthouders worden verdisconteerd (art. 28). Advisering omtrent communautaire gedragscodes (art. 27), waarin de richtlijn via zelfregulering van sectororganisaties is geconcretiseerd, is zo'n instrument van harmoniserende interpretatie. In die zin is sprake van op optimale convergentie toegesneden communautaire sturing van de uitvoeringspraktijk. Aldus wordt gepoogd om "al werkende weg" de nog steeds bestaande en op onderdelen belangrijke verschillen in rechtscultuur, te overbruggen²².

Deze vorm van totaal-harmonisatie op een zo (cultuur-)gevoelig terrein als gegevensbescherming is niet zonder problemen, want niet denkbeeldig is dat de hierdoor afgedwongen convergentie in rechtsvorming de legitimiteit van wetgeving aantast. Zo hebben VNO/NCW en de Consumentenbond wezenlijke bezwaren tegen de nieuwe Wet bescherming persoonsgegevens, omdat deze regeling het nationale "poldermodel" onvoldoende respecteert, door nauwelijks ruimte te laten voor (sectorale) zelfregulering. Bij de afbakening van de persoonlijke levenssfeer gaat het voorts dikwijls om opvattingen over de taak van de overheid in combinatie met belangenafweging tussen individueel en algemeen belang. Het is dan de vraag welke zwaarte aan de verschillende elementen wordt toegekend. Het systeem van de richtlijn genereert aldus de nodige spanning tussen het streven naar maximale convergentie van gegevensbescherming op communautair niveau en de noodzaak van voldoende divergentie uit een oogpunt van legitimiteit van overheidshandelen in de lidstaten. Het subsidiariteitsbeginsel ex artikel 5 EG-Verdrag biedt op dit punt geen echte oplossing.

3.2 De richtlijn privacybescherming telecommunicatiesector

Kort na de vaststelling van de algemene privacyrichtlijn werd in 1997 een bijzondere privacyrichtlijn voor de telecomsector vastgesteld²³. Deze zal binnenkort worden vervangen door een aangepaste en techniekneutrale richtlijn voor de sector elektronische communicatie²⁴, toegesneden op de convergerende sectoren telecommunicatie, omroep en

²² Zie over de invloed van nationaal gekleurde tradities en cultuurpatronen met name T. Koopmans, *Vergelijkend publiekrecht*, Deventer 1986, p. 259 e.v. Zie als illustratie van de verschillen in opvattingen omtrent de persoonlijke levenssfeer: Philippe Ariès en Georges Duby (red.), *Geschiede des privaten Levens*, deel 5, *Vom Ersten Weltkrieg zur Gegenwart*, Augsburg 2000. Zie in het bijzonder de hierin opgenomen bijdrage van Kristina Orfali, *Modell der Transparenz: die schwedische Gesellschaft*, p. 483 e.v. waaruit blijkt van een sterke Franse afkeer van het Zweedse model, vooral vanwege door de verzorgingsstaat uitgelokte privacybeperkingen. Zie ook de kwalificatie van vakbondslicidmaatschap als gevoelig gegeven in art. 8 van de richtlijn. In ons land wordt een dergelijk gegeven niet als bijzonder beschermingswaardig gezien.

²³ Richtlijn 97/66/EG van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecomsector, PbEG 1998, L 024.

²⁴ Zie het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (COM/2000/385), PbEG 2000, nr. C 365 E.

informatietechnologie/Internet²⁵. De nieuwe sectorrichtlijn staat niet op zichzelf, maar is onderdeel van een meeromvattend pakket van zes voorstellen betreffende de regulering van elektronische communicatienetwerken en -diensten. De richtlijn inzake het gemeenschappelijk regelgevingskader fungeert als trekker²⁶. Deze formuleert in artikel 7, vierde lid aanhef en sub c het beginsel, dat de nationale regelgevende instanties de belangen van de Europese burger bevorderen, (o.m.) door een hoog niveau van bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer te waarborgen. Zie ook het richtlijnvoorstel inzake de universele dienst en gebruikersrechten²⁷. Deze kent een afzonderlijk hoofdstuk met gebruikers- en consumentenrechten, waaronder bepalingen over gegevensverwerking betreffende abonnees en privacybescherming bij het gebruik van inlichtingendiensten. De nieuwe sectorrichtlijn, die per 1 januari 2002 in werking zou moeten treden, is de uitwerking van deze regelingen (art. 24)²⁸. Deze gang van zaken is overigens illustratief voor het huidige gebrek aan bestendigheid in de communautaire regelgeving²⁹. De privacyrichtlijn telecommunicatie is nog niet volledig en juist in de Telecommunicatiewet geïmplementeerd, terwijl de vervanger van deze regeling al in aantocht is³⁰.

3.3 De EG-richtlijn bescherming persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie

De nieuwe richtlijn privacybescherming elektronische communicatie is een verbijzondering van en aanvulling op de beginselen in de algemene privacy-richtlijn van 1995. Uitgangspunt is de harmonisatie in uitleg van fundamentele rechten en vrijheden, in het bijzonder van het recht op privacy (art. 1). Het communicatiegeheim wordt gewaarborgd in overeenstemming

²⁵ Daarbij gaat het met name om nieuwe elektronische communicatiediensten, waaronder digitale mobiele netwerken en Internet. Wat Internet betreft is het uitgangspunt, dat deze gemeenschappelijke, mondiale infrastructuur voor de levering van een breed scala van elektronische communicatiediensten, traditionele marktstructuren vervangt (overweging 5). Zie in dit verband ook de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement - Organisatie en beheer van het Internet - Internationale en Europese beleidskwesties 1998-2000 en het door de Europese Commissie ingediende Voorstel voor een verordening betreffende de invoering van het ".EU"-topniveaudomein voor internet van 12 december 2000 (COM/2000/0827), PbEG 2001, C 96 E van 27 maart 2001.

²⁶ Zie het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (COM/2000/0393), PbEG 2000, nr. C 365 E. Naast dit regelingskader en de sectorale richtlijn verwerking van persoonsgegevens omvat dit pakket van zes voorstellen nog richtlijnen betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, de toegangs- en interconnectieovereenkomsten in de EU, gebruikersrechten in verband met elektronische communicatiediensten en de ontbundelde toegang tot het aansluitnet. Zie ook de brief van de staatssecretaris van verkeer en waterstaat van 23 maart 2001 i.m.b.t. de agenda van de Transport en Telecomraad, TK 2000-2001, 21501-10, nr. 66 en de brief van de minister van Justitie van 23 maart 2001 betreffende de JBZ-Raad (Ontwerpbesluiten Unie-Verdrag), TK 2000-2001, 23490, nr. 189. In aanvulling hierop zijn initiatieven genomen met het oog op een regelgevingskader radiospectrum, gericht op een communautaire harmonisatie van het gebruik ervan.

²⁷ De volledige naam van dit voorstel is: Richtlijn inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, PbEG 2000 C 365 E.

²⁸ Art. 24 van de Richtlijn gemeenschappelijk regelgevingskader regelt de intrekking van de sectorale telecom-privacyrichtlijn per 1 januari 2002. De beoogde nieuwe privacy-richtlijn elektronische communicatie kent in art. 17, eerste lid de verplichting, dat de lidstaten deze regeling uiterlijk 31 december 2001 hebben geïmplementeerd.

²⁹ Vgl. ook de evaluatiebepaling in art. 32 van de algemene privacyrichtlijn.

³⁰ Zie het Wetsvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet, onder meer betreffende de implementatie van richtlijn 97/66/EG van 5 januari 2001, TK 2000-2001, 27576, nrs. 1-2. Vgl. het Zesde verslag over de tenuitvoerlegging van het pakket telecommunicatieregulering, Mededeling van de Europese Commissie van 7 december 2000, COM/2000/081. Vgl. de Bekendmaking van de Commissie aangaande een ontwerp van richtlijn betreffende de mededinging op de markten voor elektronische communicatiediensten, PbEG 2001, C96.

met de internationale mensenrechtenverdragen (EVRM) en de grondwetten van de lidstaten (overweging 2). In het verlengde van de grondrechtsjurisprudentie van het Hof van Justitie wordt aldus ingezet op een communautaire variant van grondrechtsaanspraken. Het communicatiegeheim is uitgewerkt in artikel 5. Het eerste lid luidt als volgt: "De lidstaten garanderen in hun nationale wetgeving het vertrouwelijk karakter van communicatie en van de daarmee verband houdende verkeersgegevens via openbare communicatiewerken en via algemeen beschikbare elektronische communicatiediensten. Zij verbieden met name het afluisteren, aftappen, opslaan of anderszins onderscheppen of controleren van communicatie en van de daarmee verband houdende verkeersgegevens door anderen dan de gebruikers, indien de betrokken gebruikers daarmee niet hebben ingestemd, tenzij dat bij wet is toegestaan overeenkomstig artikel 15, lid 1." Deze bepaling continueert de beperkingssystematiek, waarbij de rechtmatigheid van een privacy-inbreuk afhangt van een tweetal criteria: geïnformeerde toestemming of een wettelijke beperkingsgrondslag. Wel wordt voor de lidstaten nog ruimte gelaten in de afbakening van de werkingssfeer. Het toepassingsbereik is loopt immers parallel aan de gelding van het gemeenschapsrecht (art. 1, derde lid). Overheidstaken op het gebied van openbare veiligheid, defensie, staatsveiligheid en de wetshandhaving op strafrechtelijk gebied, met inbegrip van het aftappen van communicatie, vallen er dus niet onder. De waarborg van het communicatiegeheim is aangevuld met het beginsel, de verwerking van persoonsgegevens zoveel mogelijk te beperken en waar mogelijk gebruik te maken van anonieme of onder pseudoniem opgeslagen gegevens (overweging 8).

De aanvulling op de richtlijn bescherming persoonsgegevens betreft primair de belangen van rechtspersonen in hun hoedanigheid van abonnee (art. 1, tweede lid)³¹. De richtlijn voorziet in de artikelen 6, 9 en 10 in een strikt en restrictief regime omtrent de verwerking van verkeers- en locatiegegevens en tevens in specifieke voorschriften omtrent onderwerpen als: gespecificeerde nota's, nummerherkenning, automatisch doorschakelen en abonneelijsten (telefoongidsen e.d.). Ook is een algemene beveiligingsplicht van aanbieders van elektronische communicatiediensten opgenomen (art. 4)³². Uit een oogpunt van privacywaarborgen is voorts de regeling inzake ongewenste communicatie te noemen, met name de bescherming tegen vormen van direct marketing en fondsenwerving. Ook moeten de belangen van rechtspersonen terzake naar behoren worden beschermd. De sectorrichtlijn heeft derhalve op een aantal onderdelen een duidelijke meerwaarde.

Ook deze richtlijn voorziet in een systeem van communautair gestuurde interpretatie van implementatie en toepassing in de lidstaten, via aansluiting in art. 15, derde lid bij de taken

³¹ De richtlijn werkt daarnaast met het begrip gebruiker. In art. 2 wordt hieronder verstaan: "iedere natuurlijke persoon die gebruik maakt van een algemeen beschikbare elektronische communicatiedienst voor particuliere of zakelijke doeleinden zonder noodzakelijkerwijze op die dienst te zijn geabonneerd;" Het begrip abonnee is in de art. 2 sub i van de kaderrichtlijn gedefinieerd als: "een natuurlijke of rechtspersoon die partij is bij een contract met de aanbieder van algemeen beschikbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten."

³² Privacybescherming in relatie tot telecommunicatie c.q. elektronische communicatie ziet op drie aspecten: (a) de inhoud van de communicatie; (b) de participanten in het communicatieproces en (c) de plaats van (potentiële) communicatie oftewel de verblijfplaats van de gebruiker. In deze richtlijn is de inhoud van de communicatie beschermd door de bescherming van vertrouwelijkheid (art. 5). Verkeersgegevens, in art. 2 gedefinieerd als: "alle gegevens die worden verwerkt bij of ten behoeve van de transmissie van communicatie over een elektronisch communicatienetwerk", zien op het tweede aspect (art. 6). Locatiegegevens, in art. 2 omschreven als: "alle gegevens die worden verwerkt in een elektronisch communicatienetwerk waarmee de geografische positie van de eindapparatuur van een gebruiker (...) wordt aangegeven", betreft het derde aspect. Dit type gegevensverwerking is nader genormeerd in art. 9. Dit type gegevens is veel belangrijker geworden door het mobiele telefoonverkeer.

van de Groep van toezichthouders in de algemene privacy-richtlijn³³. Het hierin opgenomen handhavings- en rechtsbeschermingsregime is eveneens op deze sectorrichtlijn van toepassing³⁴.

3.4 Privacybescherming in de elektronische handel

Het tweede spoor van communautarisering van de informatie-maatschappij betreft de elektronische handel. Hier zijn drie richtlijnen met privacyaspecten te noemen³⁵. Allereerst Richtlijn 97/7/EG van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten³⁶. Naar uit de overwegingen blijkt, staat deze richtlijn mede in de grondrechtssleutel van de artikelen 8 en 10 EVRM, toegespitst op beperkingen van het gebruik van bepaalde communicatietechnieken. Ingevolge artikel 12 is voorafgaande toestemming nodig voor het gebruik van automatische oproepsystemen (cold calling) en de fax voor direct marketing doeleinden (opt-in). Andere communicatietechnieken op afstand mogen slechts worden gebruikt indien de consument hiertegen kennelijk geen bezwaar heeft (opt-out)³⁷. Deze regeling is bij wet van 21 december 2000 (Stb. 617) opgenomen in Boek 7 BW, afdeling 9A (Overeenkomsten op afstand). Omdat bij de implementatie het stramien van de richtlijn is overgenomen, is de communautaire herkomst van deze regeling niet te missen. De privacyvoorziening is opgenomen in art. 7.1.9A.8³⁸, als aanvulling op artikel 41 van de Wet bescherming persoonsgegevens.

Belangrijker nog is de Richtlijn inzake elektronische handel, die op 17 januari 2002 in werking treedt³⁹. Hiermee is bedoeld een coherent en passend regelingskader vast te stellen, bedoeld om te waarborgen dat de diensten van de informatiemaatschappij overal in de gemeenschap vrijelijk kunnen worden verleend (art. 49 EG-Verdrag). De Richtlijn e-handel is een zgn. kaderrichtlijn, die van toepassing is op alle on-line-diensten van de informatiemaatschappij. Deze regeling is tevens grondslag van verdere beleidsontwikkelingen.

Deze communautaire regeling voorziet in artikel 6 in uitgebreide informatieverplichtingen in geval van direct marketing (commerciële communicatie) en in artikel 7 in nadere bescherming tegen direct marketing via elektronische post (e-mail) voor natuurlijke personen in hun privé-sfeer. Deze richtlijn zal worden geïmplementeerd via de Uitvoeringswet e-commercerichtlijn⁴⁰.

³³ Dit is conform de thans nog geldende telecom-richtlijn (97/66/EG). Zie voorts art. 21 van de kaderrichtlijn a.w., die in art. 21 een Groep op hoog niveau voor communicatie instelt, terwijl art. 19 voorziet in een Comité voor communicatie.

³⁴ Zie met betrekking tot geschillenbeslechting voorts de artt. 17 en 18 van de kaderrichtlijn.

³⁵ Zie ook de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 31 maart 2000 over de Consumentenraad, TK 1999-2000, 21501-15, 49 alsmede de brief van de minister van Justitie van 18 mei 2000, TK 1999-2000, 25880, 10 (Wetgeving voor de elektronische snelweg).

³⁶ PbEG 1997, L 144.

³⁷ Vgl. art. 4, derde lid. Ingevolge deze bepaling moet in geval van telefonische communicatie de identiteit van de leverancier en het commerciële oogmerk van de oproep aan het begin van elk gesprek expliciet duidelijk gemaakt worden.

³⁸ Zie voor de wetgeschiedenis kamerstuk 26861, in het bijzonder TK 1999-2000, 26861, nr. 3 (MvT), pp. 7 t/m 10, 29 en 30 alsmede nr. 5, p. 13 e.v. Zie voorts de Aanbeveling van de Commissie van 7 april 1992 betreffende gedragscodes voor de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, PbEG 1992, L 156.

³⁹ Voluit: Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, PbEG 2000 L 178.

⁴⁰ Zie de brief van de minister van Justitie over het wetgevingsprogramma op het gebied van het privaatrecht van 23 februari 2001, TK 2000-2001, 27400 VI, nr. 54, par. 3, Aanpassing van de wet aan technologische ontwikkelingen.

Inmiddels is een nieuwe sectorregeling in voorbereiding: de richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten⁴¹. Dit is de derde in de trilogie van regelingen terzake van elektronische dienstverlening⁴². Ook deze regeling bevat in artikel 10 een direct marketing-voorziening, min of meer overeenkomend met die in de richtlijn verkoop op afstand. Ook nu gaat het weer om bescherming van natuurlijke personen in hun privé-sfeer. Evenals de algemene regeling inzake verkoop op afstand, verwijst ook deze specifieke richtlijn naar beide privacyrichtlijnen als communautaire randvoorwaarden van rechtmatige gegevensverwerking.

3.5 De Richtlijn elektronische handtekeningen

De juridische infrastructuur van de informatiemaatschappij kan niet zonder regeling van de elektronische handtekening. Met de Richtlijn inzake elektronische handtekeningen heeft de gemeenschap ook op dit punt het initiatief genomen⁴³. Deze regeling voorziet in een systeem van elektronische authenticatiemethodes via wettelijk geconditioneerde zelfregulering⁴⁴ op basis van certificering en accreditatie, in combinatie met een - communautair geharmoniseerd - wettelijk kader in de lidstaten terzake van de rechtsgevolgen van de elektronische handtekening. Deze activiteiten staan mede in het teken van de ontwikkeling van de internationale handel, vandaar het streven naar "interoperabiliteit op mondiaal niveau" (art. 7) door middel van grensoverschrijdende afspraken met derde landen⁴⁵. Ook in deze richtlijn blijkt weer de koppeling van het vertrouwen van de gebruiker aan de naleving van de algemene privacyrichtlijn, nu met name door certificatedienstverleners en de met accreditatie of toezicht belaste nationale instanties (art. 8, eerste lid)⁴⁶. Daarnaast bevat artikel 8, tweede lid, een verbijzondering van enkele in de algemene privacyrichtlijn opgenomen bepalingen (doelbinding, verzameling, gebruik en derdenverstrekking van persoonsgegevens), terwijl het derde lid mikt op een ruimhartig toestaan van het gebruik van pseudoniemen om anoniem te kunnen blijven bij on-line transacties.

Elektronische handtekeningen zijn niet alleen van belang voor de commerciële sector, maar ook voor de overheidssector ten behoeve van de uitvoering van publieke taken. Op het punt van vormvereisten wordt de overheidssector in deze richtlijn min of meer meegeregeld op grondslag van de goede werking van de interne markt voor certificatediensten (art. 1). Artikel 3 bepaalt inzake de markttoegang van certificatediensten in het zevende lid, dat lidstaten voor het gebruik van elektronische handtekeningen in de openbare sector eventuele aanvullende eisen kunnen stellen. Deze moeten echter objectief, transparant, evenredig en niet-discriminerend zijn en mogen slechts op de specifieke

⁴¹ Gewijzigd voorstel van een richtlijn van 27 juni 2000, PbEG 2000 C 177.

⁴² Zie de uitgebreide beleidsvisie in de Mededeling van de Commissie over e-handel en financiële diensten van 7 februari 2001, COM/2001/0066.

⁴³ Richtlijn 1999/93/EG van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, PbEG 2000 L 13.

⁴⁴ Deze aanduiding lijkt in onbruik te raken en vervangen te zijn door de term co-regulering, als omschrijving van een coherent stelsel van private en publieke regels, gerealiseerd in samenwerking van overheid en marktpartijen.

⁴⁵ Vgl. de artt. 25 en 26 van Richtlijn 95/46/EG, met name de uitvoeringstaken van de Europese Commissie in relatie tot derdelanden. Zie ook de brief van de minister van Justitie van 18 mei 2000, TK 1999-2000, 25880, nr. 10 (Wetgeving voor de elektronische snelweg) met vuistregels voor de Nederlandse inzet in communautaire en internationale onderhandelingsprocessen (p. 18 e.v.).

⁴⁶ Zie de vier bijlagen bij de Richtlijn elektronische handtekening, respectievelijk betreffende: Eisen voor gekwalificeerde certificaten (bijlage 1), Eisen ten aanzien van certificatedienstverleners die gekwalificeerde certificaten afgeven (bijlage 2), Eisen voor veilige middelen voor het aanmaken van elektronische handtekeningen (bijlage 3) en Aanbevelingen voor het veilig verifiëren van handtekeningen (bijlage 4).

kenmerken van de betrokken toepassing betrekking hebben. Zij mogen voorts geen belemmering vormen voor grensoverschrijdende diensten. Met deze voorwaarden wordt op nationaal niveau niet of nauwelijks ruimte gelaten voor enige differentiatie naar rechtsgebied. Deze doorwerking geldt vooral het bestuursrecht, met name de inrichting van een Public Key Infrastructure (PKI) en de regeling van de elektronische handtekening⁴⁷, evenals opnemng van een specifieke voorziening omtrent elektronische besluiten⁴⁸ in de Algemene wet bestuursrecht.

3.6 De EG-verordening bescherming persoonsgegevens

Bij besluit van 18 december 2000 hebben Europees Parlement en de Raad ingevolge artikel 286 EG-Verdrag een verordening vastgesteld inzake de verwerking van persoonsgegevens door communautaire instellingen en organen (artikelen 1 en 3)⁴⁹. De inhoud van deze regeling spoort met de beginselen van de twee privacyrichtlijnen⁵⁰. Het uitgangspunt blijkt uit overweging 12: "Er moet gezorgd worden voor een in de gehele Gemeenschap coherente en homogene toepassing van de regels inzake de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens." Vandaar een streven naar convergentie in normering, zowel in de lidstaten als in communautair verband. Het doel van de verordening is tweeledig. Allereerst de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen, waaronder die van de communautaire ambtenaren. Tevens is met deze verordening een vrij verkeer van persoonsgegevens beoogd, zowel tussen de lidstaten en de communautaire instellingen en organen alsmede tussen instellingen en organen onderling.

De verordening is qua werkingssfeer verbindend voor de gegevensverwerking binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht. Primair de gegevensverwerking door communautaire instellingen en organen ten behoeve van intern beheer, zoals personeelsregistraties. Echter tevens de hieronder ressorterende gegevensverwerking in communautair verband, als uitvloeisel van informatie- en samenwerkingsverplichtingen van de lidstaten in het primaire en secundaire gemeenschapsrecht. Een nieuwe ontwikkeling op het punt van gezamenlijke gegevensverwerking is "Eurodac", een geautomatiseerd herkenningssysteem van vingerafdrukken van asielzoekers⁵¹. Deze centrale gegevensbank

⁴⁷ Zie de brief van de minister voor Grote Steden- en Integratiebeleid van 18 december 2000 bij de nota "De elektronische Overheid aan het begin van de 21e eeuw", TK 2000-2001, 26387, nr. 9 (Actieprogramma Elektronische Overheid). Hierin is als doelstelling opgenomen dat in 2002 minimaal 25% van de publieke dienstverlening (communicatie en transactie) elektronisch uitvoerbaar is. Hiertoe dient de realisering van een Public Key Infrastructure voor de overheid, bestaande uit een elektronische Nationale Identiteits Kaart (eNIK) en voorzieningen betreffende de elektronische handtekening.

⁴⁸ Zie de brief van de minister van Justitie met een geactualiseerd overzicht van de werkzaamheden aan de Awb, TK 2000-2001, 26360, nr. 4 (Juridisering van het openbaar bestuur).

⁴⁹ Verordening (EG) Nr. 45/2001 van het Europees Parlement de Raad van 18 december 2000 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 L 8 van 12 januari 2001.

⁵⁰ De onderlinge afstemming van deze regelingen vloeit mede voort uit het concept van gedeeld bestuur bij de uitvoering van gemeenschapsrecht. De privacyrichtlijnen hebben immers een dubbele functie, normeren niet alleen de informatiebetrekkingen tussen particulieren onderling, maar ook de informatiebetrekkingen tussen overheid en burgers, als uitvloeisel van de publieke (waaronder communautaire) taakvervulling. De EG-privacyverordening behoort tot het Europees bestuursrecht. Voorzover de Wet bescherming persoonsgegevens (Stb. 2000, 302), de implementatiewet inzake de Richtlijn bescherming persoonsgegevens, betrekking heeft op informatierelaties in de publieke sector behoort deze regeling tot het nationale bestuursrecht, tenzij toegepast binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht. In dat geval is deze regeling als Europees bestuursrecht te kwalificeren.

⁵¹ Verordening (EG) nr. 2725/2000 van de Raad van 11 december 2000 betreffende de instelling van "Eurodac" voor de vergelijking van vingerafdrukken ten behoeve van een doeltreffende toepassing van de

wordt opgezet ten behoeve van de uitvoering van de Overeenkomst van Dublin door de lidstaten. Hierin is geregeld welke lidstaat binnen de gemeenschap verantwoordelijk is voor de behandeling van een asiolverzoek. De Eurodac-verordening bevat in artikel 18 een specifieke regeling van de rechten van de betrokkenen. Ook andere verordeningen met een informatieregime voorzien soms in specifieke privacybepalingen⁵².

Vergeleken met de privacyrichtlijnen is de privacyverordening op onderdelen nader uitgewerkt en ook precieser geformuleerd. In die zin is sprake van voortgaande normering, waarbij deze verordening weer bouwstenen levert voor de interpretatie van de richtlijnen, andere regelingen met privacyparagrafen en het daarop gebaseerde nationale recht. Overeenkomstig artikel 286, tweede lid EU-Verdrag, voorziet deze verordening in hoofdstuk V in de instelling en regeling van taken en bevoegdheden van een onafhankelijke toezichthoudende autoriteit: de Europese toezichthouder voor de gegevensbescherming⁵³. De samenhang in rechtstoepassing en advisering is mede verzekerd door participatie van deze Europese toezichthouder in de Groep voor de gegevensbescherming ex artikel 29, tweede lid van de Richtlijn bescherming persoonsgegevens.

3.7 Rechtsvorming onder de derde pijler van het EU-Verdrag

Gegevensverwerking met het oog op intergouvernamenteel overeengekomen taken onder de titels V en VI van het EU-Verdrag (buitenlands- en veiligheidsbeleid en politieke en justitiële samenwerking in strafzaken) valt buiten het toepassingsbereik van de EG-privacyverordening. Voor deze categorie geldt een diffuser regime van individuele rechtsbescherming, gebaseerd op artikel 6 EU-Verdrag jo. artikel 8 EVRM en EDV 1981 in combinatie met de privacy-paragrafen in de afzonderlijke overeenkomsten. Met name in hoofdstuk 3 van de Schengenovereenkomst van 14 juni 1985 (Trb.1990, 145) betreffende het Schengen-informatiesysteem⁵⁴; titel IV van de Europol-Overeenkomst van 26 juli 1995 (Trb. 1995, 282), hoofdstuk VI in de DIS-Overeenkomst (Douane-informatiesysteem) van 26 juli 1995 (Trb. 1995, 287) en titel V van de Douane-overeenkomst⁵⁵ van 18 december 1997 (Trb. 1998, 174). Wat het toezicht op de gegevensbescherming betreft is inmiddels bij besluit van de Raad van 17 oktober 2000 voorzien in de oprichting van een gezamenlijk secretariaat voor gegevensbescherming ten behoeve van de in deze overeenkomsten ingestelde gemeenschappelijke controleorganen, organisatorisch ondergebracht bij de Raad, echter onafhankelijk, want onderworpen aan de instructies van die controleorganen⁵⁶.

Inmiddels staat een belangrijk nieuw akkoord op stapel, te weten de reeds door de Raad besloten, echter nog door de lidstaten goed te keuren Overeenkomst betreffende de

Overeenkomst van Dublin, PbEG 2000 L 316 van 15 december 2000.

⁵² Uit een oogpunt van wetgevingskwaliteitsbeleid verdient het aanbeveling om het vigerende secundaire gemeenschapsrecht te screenen op/te verlossen van niet-verenigbare en overbodige privacybepalingen.

⁵³ Daarnaast regelt de verordening in afdeling 8 de taken, verplichtingen en bevoegdheden van de zgn. functionaris voor gegevensbescherming. Art. 24 verplicht de communautaire instellingen en organen om elk ten minste één persoon als zodanig aan te stellen.

⁵⁴ Zie de herpublicatie in PbEG 2000 L 239. Zie met betrekking tot de opneming van het Schengen-acquis in het EU-Verdrag: Protocol bij het Verdrag van Amsterdam, tot opneming van het Schengen-acquis in het kader van de Europese Unie, PbEG 1997 C 340, de besluiten van de Raad van 20 mei 1999 tot vaststelling van de rechtsgrondslag van elk van de bepalingen of besluiten die het Schengen-acquis vormen en de instelling van een gemeenschappelijke controleautoriteit (1999/435/EG, 1999/436 EG en 1999/437/EG), PbEG 1999 L 176 (rectificatie PbEG 2000 L 9).

⁵⁵ Zie ook de corresponderende EG-Verordening nr. 515/97 van 13 maart 1997 betreffende de wederzijdse bijstand tussen de lidstaten en samenwerking met de Commissie betreffende de juiste toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften (PbEG L 082 van 22 maart 1997) in het bijzonder de hoofdstukken 5 en 6.

⁵⁶ Besluit van de Raad van 17 oktober 2000, PbEG 2000 L 271 van 24 oktober 2000.

wederzijdse rechtshulp in strafzaken (Trb. 2000, 96) inzake de politieke en justitiële samenwerking bij opsporing en vervolging van strafbare feiten⁵⁷. Ook deze regeling voorziet in artikel 23 een bijzonder privacyregime, Door aard en inhoud heeft deze overeenkomst directe gevolgen voor de persoonlijke levenssfeer en is mede de opmaat tot de communautarisering van een belangrijk deel van het nationale strafrecht⁵⁸. Daarnaast is het Actieplan ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit⁵⁹ jo. artikel 34, tweede lid sub c EU-Verdrag een bron van nieuwe informatiebetrekkingen, met name op het terrein van witwassen van crimineel verkregen vermogens⁶⁰.

In het verlengde van de EG-privacyverordening zullen nu ook de verschillende privacy-regimes onder de derde pijler worden gestroomlijnd, uitgaande van de samenhang in regels en procedures voor werkzaamheden binnen de verschillende juridische kaders. Thans lopen onderhandelingen over een door de Europese Raad vast te stellen resolutie, als interpretatieve wilsverklaring en intermediair toetsingskader voor de gegevensbescherming in deze categorie. De hierin vast te leggen uitgangspunten zijn primair toegesneden op concretisering van de beginselen in het EDV 1981 met het oog op een uniformerende uitleg van privacy-regimes in bestaande en nieuwe overeenkomsten⁶¹. Ook wordt uniformerende rechtstoepassing en advisering verwacht van het hiervoor genoemde centraal secretariaat voor gegevensbescherming.

4. De grondrechtelijke dimensie

4.1 Het grondrecht op privacy

In het voorgaande bleek al van de grote betekenis van de grondrechtelijke dimensie van privacy- en gegevensbescherming, vastgelegd in de artikelen 10 Grw., 8 EVRM en 17 IVBP. Deze klassieke grondrechten, primair gericht op waarborging van de individuele vrijheidssfeer in verticale en horizontale relaties, omvatten naast deze afweerdimensie tevens positieve zorg- en regelingsverplichtingen. Dit betekent dat uitvoeringsregelingen terzake van deze grondrechten verschillende functies vervullen. Niet alleen wordt voorzien in de nadere concretisering en uitwerking van het recht op privacy en de ondersteuning

⁵⁷ Door regeling van onderwerpen als de uitwisseling van persoonsgegevens, gemeenschappelijke onderzoeksteams en het aftappen van telecommunicatie werkt deze overeenkomst rechtstreeks in op de persoonlijke levenssfeer van de Europese burger. Zie het toelichtend rapport, vastgesteld door de Raad op 30 november 2000, PbEG 2000 C 379 van 29 december 2000. Zie als achtergrondinformatie het Actieplan van 3 december 1998 van de Raad en de Commissie over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd, PgEG 1999 C 19 van 23 januari 1999.

⁵⁸ Zie de notitie van de minister van Justitie bij brief van 28 juni 1999 over de ontwikkelingen in het Europees strafrecht, TK 1998-1999, 26656, nr. 1. Zie met betrekking tot de voortgang van samenwerking onder de derde pijler van het EU-Verdrag (art. 29 EU-Verdrag) de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 30 november 2000, de Halfjaarlijkse bijwerking van het scorebord van de vorderingen op het gebied van de totstandkoming van een ruimte van "vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid" in de Europese Unie (2e halfjaar 2000), COM/2000/0782. Vergelijk voorts de Europese ambities in de Mededeling van de Commissie - De informatiemaatschappij veiliger maken door de informatie-infrastructuur beter te beveiligen en computercriminaliteit te bestrijden - eEurope 2002 van 26 januari 2001, COM/2000/890.

⁵⁹ PbEG 1997 C 251.

⁶⁰ Zie het Besluit van de Raad van 17 oktober 2000 inzake een regeling voor samenwerking tussen de financiële inlichtingeneenheden van de lidstaten bij de uitwisseling van gegevens, PbEG 2000 L 271 van 24 oktober 2000. Art. 5, vijfde lid van dit besluit koppelt de gegevensbescherming aan het Europees Dataverdrag 1981 en de door het Comité van Ministers van de Raad van Europa vastgestelde Aanbeveling terzake van politieke gegevensverwerking (R (87)).

⁶¹ Zie: Europese justitiesamenwerking vereist regels persoonsgegevens, Stcrt. 2000, 239 en overwegingen 15 en 17 bij de EG-privacyverordening.

ervan door positivering van connexe rechten en verplichtingen (positieve verplichtingen), maar deze regelingen fungeren op onderdelen tevens als beperkingsgrondslag, uitvloeisel van een belangenafweging door de wetgever binnen het raam van de grondrechtelijke beperkingsclausules (klassiek afweerrecht).

Hoewel aan het verschil in gebruikte terminologie in de genoemde grondrechten: persoonlijke levenssfeer, privé leven en privacy, als zodanig geen betekenis wordt toegekend, is niettemin sprake van enige differentiatie in beschermingsomvang, met name tussen de artikelen 10 Grw. en 8 EVRM. Die is vooral toe te schrijven aan verschillen in beperkingsclausules, het constitutioneel toetsingsverbod in artikel 120 Grw. en het toetsingsbeleid van de rechter, in het bijzonder de dynamische, actualiserende interpretatie van artikel 8 EVRM door het Europees Hof voor de rechten van de mens⁶². Ook het EHRM werkt vanuit een aan dit grondrecht inherente harmonisatiedoelstelling, toegesneden op nader te formuleren (positieve) regelingsverplichtingen. Ten aanzien van gegevensverwerking is hiervan met name gebleken in zijn uitspraken omtrent registratie van geslachtsverandering (transsexualiteit)⁶³. Het Hof stelt voorts in toenemende mate procedurele eisen, toegesneden op de waarborg van adequate belangenafweging in concreto⁶⁴.

4.2 Artikel 10 Grw., betekenis en herziening

Met de inwerkingtreding in 1988 van het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in artikel 10, eerste lid Grw. is de betekenis van artikel 8 EVRM in onze rechtsorde niet verminderd. Niet alleen door de inmiddels verworven positie in het rechtsdenken, maar met name door de meerwaarde ervan uit een oogpunt van toetsing op grondrechtsinbreuken. De beperkingsclausule verplicht zowel de wetgever, bestuur als rechter tot belangenafweging in het licht van een toetsing op proportionaliteit en subsidiariteit opdraagt. Hiermee doorbreekt dit Europese grondrecht tevens het grondwettelijk toetsingsverbod voor de rechter, zodat ook formele wetgeving op verenigbaarheid met artikel 8 EVRM kan worden onderzocht. Dit betekent dat artikel 8 EVRM in de rechtspraak domineert, al dan niet in combinatie met artikel 10 Grw. en (soms) artikel 17 IVBP. Dit is slechts anders in de (weinig) gevallen dat de grondslag van de privacy-inbreuk een rol speelt. In dat geval staat artikel 10 Grw. centraal, biedt immers op dit punt door het vereiste van een formeel-wettelijke grondslag een ruimere garantie. Een en ander ligt wat anders voor de wetgever. Afhankelijk van onderwerp en achtergrond van regelgeving ligt de nadruk meer op artikel 10 Grw. of artikel 8 EVRM.

Inmiddels heeft het kabinet zijn standpunt bepaald omtrent het advies van de Commissie "Grondrechten in het digitale tijdperk" over de aanpassing en eventuele uitbreiding van grondrechten in de Grondwet als gevolg van de ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie⁶⁵. De aanbeveling in dit rapport om de

⁶² Zie hieromtrent: G. Overkleeft-Verburg, Artikel 10 Grondwet in: A.K. Koekoek (red.), De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar, Deventer 2000, p. 155 e.v.

⁶³ Zie in onderlinge samenhang: EHRM 17 oktober 1986, NJ 1987, 945 m.nt. EAA (Rees), EHRM 27 september 1990, NJ 1995, 678 m.nt. EAA (Cossey) en EHRM 25 maart 1992, NJ 1995, 679 m.nt. EAA (B. tegen Frankrijk). Vgl. EHRM 22 april 1997, NJ 1998, 235 m.nt. JdB (X, Y en Z tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁶⁴ Zie G. Overkleeft-Verburg, De Algemene wet bestuursrecht en de (beperking van) grondrechten en H.J. Simon, Straatsburg als tijdbom onder het Nederlandse bestuursrecht? Referaat bij het preadvies van G. Overkleeft-Verburg in: H.R.B.M. Kummeling, Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht. Staatsrechtconferentie 1998, Deventer 1999.

⁶⁵ Rapport van de Commissie grondrechten in het digitale tijdperk, aangeboden op 24 mei 2000. Zie hieromtrent de brief van de minister van BZK van 16 oktober 2000, TK 2000-2001, 27460, nr. 1.

regelingsverplichtingen in het tweede en derde lid van artikel 10 Grw. in overeenstemming te brengen met de EG-Richtlijn bescherming persoonsgegevens⁶⁶, wordt door het kabinet overgenomen. Een dergelijke herziening betekent, dat in het tweede en derde lid een min of meer zelfstandig grondrecht op gegevensbescherming wordt gevestigd, dat wel verband houdt met het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in het eerste lid, maar daar geen uitvloeisel van is. Opmerkelijk is dat het kabinet in deze grondrechtennotitie enerzijds onderstreept te blijven hechten aan het (voort)bestaan van nationale grondrechten, als het morele acquis van onze samenleving, want peil dat onze samenleving heeft bereikt in termen van onder meer cultuur en rechtvaardigheid (p. 7), zich wat betreft de inhoud van het recht op privacy in verband met gegevensverwerking echter volledig conformeert aan de rechtsontwikkeling in Europees verband.

4.3 Artikel 8 EVRM het EDV 1981

Eerder is al opgemerkt, dat het Europees Dataverdrag 1981 uitwerking geeft aan de positieve regelingsverplichting ex artikel 8 EVRM terzake van gegevensverwerking. Aldus vervult dit verdrag een brugfunctie tussen de in artikel 8 EVRM besloten regelingsplicht en de concretisering ervan door de participerende lidstaten. De EG-privacyrichtlijnen en de complementaire EG-privacyverordening vormen een nieuwe schakel in deze regelingsketen, want concretiseren de implementatie van het EDV door de EG-lidstaten en de communautaire instellingen en organen. De interne werking van het verdrag houdt verband met de beoogde toetreding van de EG tot het EDV 1981. Met het oog hierop is dit verdrag recent gewijzigd (Trb. 2000, 69). Afgezien van de openstelling van toetreding, vestigt deze verdragswijziging tevens het primaat van de EG in relatie tot haar lidstaten, ervan uitgaande dat de normering van de gegevensverwerking inmiddels een gemeenschapsbevoegdheid is⁶⁷. Zo voorziet de verdragswijziging erin, dat de EG in de Adviescommissie ex artikel 20 bij stemming optreedt voor de lidstaten (blokstemmen). Dit is slechts anders indien het om onderwerpen gaat buiten de werkingssfeer van het Europees recht. Gezien de groeiende verwevenheid van nationale en communautaire bevoegdheden, met name op het terrein van handhaving, politie en justitie, is van regelingsautonomie van de lidstaten echter nauwelijks (meer) sprake. Het ligt in de lijn der verwachting, dat de EG het model van de privacyrichtlijnen ook in het kader van de Raad van Europa zal doorzetten, mede tegen de achtergrond van de aan derde-landen gestelde eis van een passend beschermingsniveau, als voorwaarde voor grensoverschrijdend gegevensverkeer. Aannemelijk is, dat de marktmacht van de EG borg staat voor een toenemende Europese convergentie van rechtsvorming op het terrein van de informationele privacy, derhalve ook buiten het territorium van de EG.

4.4 Het EU-Handvest voor de grondrechten

Een belangrijke nieuwe stap in de constitutionalisering van de Europese Unie is de vaststelling bij proclamatie op 7 december 2000 van het EU-Handvest van de Grondrechten⁶⁸. Dit handvest is een uitvloeisel van art. 6 EU-Verdrag, waarin de beginselen van de Unie zijn vastgelegd (democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de rechtsstaat). Tevens is deze grondrechtencatalogus de "grondslag in wording" van de jurisprudentie van het Hof van

⁶⁶ Het voorstel behelst, dat het tweede lid wordt vervangen door de algemene verplichting dat de wet regels stelt ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met de verwerking van persoonsgegevens. Het derde lid specificeert deze regelingsverplichting op het punt van de rechtspositie van de geregistreerde, parallel aan die in de algemene privacyrichtlijn (95/66/EG). Door deze expliciete koppeling is de reikwijdte van deze regelingsverplichting afhankelijk geworden van de werkingssfeer van de Richtlijn bescherming persoonsgegevens en de jurisprudentie terzake van het Hof van Justitie.

⁶⁷ Zie de toelichtende nota van de minister van Buitenlandse Zaken van 5 september 2000, p. 1, betreffende stilzwijgende goedkeuring, kamerstuk 27280, nrs. 339 en 1.

⁶⁸ PbEG C 364/1 van 18 december 2000. De vaststelling vond plaats tijdens de Europese top van Nice.

Justitie, waarin de grondrechten - voorzover niet in het primaire en secundaire gemeenschapsrecht geëxpliciteerd -, worden beschermd als algemene beginselen van Gemeenschapsrecht, nader ingevuld op basis van het EVRM en de constitutionele tradities van de lidstaten⁶⁹. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer komt goed uit de verf. Naast de garantie in artikel 1 van de onschendbaarheid van de menselijke waardigheid, verbijzondert artikel 3, eerste lid het grondrecht op lichamelijke en geestelijke integriteit, terwijl in artikel 7 een met artikel 8 EVRM overeenkomende waarborg is opgenomen: "Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie". De bescherming van persoonsgegevens komt in artikel 8 van het handvest afzonderlijk aan bod. Het eerste lid formuleert dit recht als volgt: "Eenieder heeft recht op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens." Het tweede en derde lid incorporeren vervolgens de beginselen van het Europees Dataverdrag 1981 in het handvest⁷⁰. Komt de door het handvest geboden bescherming materieel min of meer overeen met artikel 8 EVRM jo. het EDV 1981, ook op het punt van beperkingsclausules lijken zich geen echte problemen voor te doen. Art. 52, eerste lid EU-Handvest impliceert immers evenredigheidstoetsing, gekoppeld aan noodzakelijkheid van beperking met het oog op daadwerkelijk door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Bovendien garandeert artikel 52, derde lid EU-Handvest een bescherming van de afzonderlijke grondrechten op tenminste het corresponderende EVRM-niveau.

Omdat dit EU-Handvest (nog) niet juridisch is verankerd in de verdragen, heeft deze grondrechtencatalogus als politieke wilsverklaring geen directe rechtswerking. Door inhoud en wijze van totstandkoming mag de betekenis ervan echter niet worden onderschat. Niet alleen biedt dit handvest, als verbijzondering van grondrechtelijke aanspraken in communautair verband, zowel de Europese als de nationale rechter een gelegitimeerd toetsingskader onder artikel 6 EU-Verdrag, de betekenis ervan in de praktische politiek blijkt voorts uit vragen van leden van het Europees Parlement en verwijzingen als beleids- en regelingsgrondslag door Raad en Commissie⁷¹. Dit handvest versterkt voorts de communautaire rechtsgrondslag van reeds bestaande regelingen met een grondrechtscomponent, zoals de hiervoor besproken privacyrichtlijnen, alsmede de rechtsvorming onder de derde pijler EU-Verdrag⁷².

Het probleem van mogelijk divergerende grondrechtsinterpretatie en gescheiden rechtsontwikkeling in de jurisprudentie van EHRM, Hof van Justitie en nationale rechter (inhoud, duur procedures en interfereren van rechtsmacht) en het risico van

⁶⁹ Zie met betrekking tot de gedeelde verantwoordelijkheid van nationale en communautaire organen in de Unie terzake van de grondrechtenbescherming het "Maastricht-Urteil" van het Bundesverfassungsgericht van 12 oktober 1993, EuGRZ 1993, p. 429 e.v. Zie omtrent de grondrechtenbescherming in de Unie: K. Lenaerts en E. de Smijter, Een "Bill of rights" voor de Unie in: A.K. Koekkoek, Bijdragen aan een Europese grondwet, Staatsrechtconferentie 2000, Deventer 2000, p. 107 e.v.

⁷⁰ Het tweede lid luidt als volgt: "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." Het derde lid voorziet vervolgens in nalevingstoezicht door een onafhankelijke autoriteit.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld de Mededeling van de Commissie - De informatiemaatschappij veiliger maken door de informatie-infrastructuur beter te beveiligen en computercriminaliteit te bestrijden - eEurope 2002, COM/2000/0890. Naar uit art. 51, tweede lid blijkt, schept dit handvest echter geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Gemeenschap en voor de Unie en wijzigt het de in de verdragen neergelegde bevoegdheden en taken niet. Een dergelijke beperking is nodig nu de in het handvest opgenomen grondrechten een breder terrein bestrijken dan het geheel van taken en bevoegdheden van de Unie.

⁷² Vergelijk de aandacht voor de persoonlijke levenssfeer van het slachtoffer in art. 8 van het Kaderbesluit van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, PbEG 2001 L82.

(constitutionele) verwarring over de toepasselijkheid van stelsels en grondrechtenbescherming voor de burgers⁷³, is uitvoerig aan de orde geweest in kamerdebatten over het ontwerp-handvest⁷⁴. Dit mede als uitvloeisel van het kritische advies van de Raad van State, dat zowel inhoud en strekking van de verschillende grondrechten als de status van het handvest betreft⁷⁵.

De Raad vreest, dat door de aanvaarding van het handvest een proces op gang komt van een geleidelijk divergeren van de jurisprudentie van EHRM en het Hof van Justitie, hetgeen effect en gezag van beide gerechten zou verzwakken. Daarbij vreest de Raad vooral voor de positie van EVRM en EHRM in een uitbreidend Europa, waarin nieuwe, midden- en oosteuropese lidstaten van de Raad van Europa daadwerkelijk in de Europese rechtssfeer moeten worden geïntegreerd⁷⁶. Deze aarzelingen leven breed. Raad van State, regering en parlement blijven daarom van oordeel, dat de EU (of de EG) moet toetreden tot het EVRM om te voorkomen dat twee uiteenlopende (EU- en EVRM-)stelsels van grondrechtenjurisprudentie ontstaan. Ook de Europese Commissie is deze opvatting toegedaan⁷⁷. De oplossing is vooralsnog gezocht in een signaal aan de rechter. Van de nationale rechter wordt verwacht dat deze zich ook in de toekomst primair zal blijven baseren op de bindende (inter)nationaalrechtelijke instrumenten op het terrein van de grondrechten en derhalve niet rechtstreeks op het EU-Handvest.

Overigens is de juridische verbindendheid van het EU-Handvest geen voorwaarde voor grondrechtstoetsing door het Hof van Justitie. Zoals de vorige paragraaf laat zien, is de bescherming van privacy en gegevensbescherming inmiddels in belangrijke mate in het primaire en secundaire gemeenschapsrecht en onder de derde pijler gepositieerd. Naar verwachting zal vooral de Richtlijn bescherming persoonsgegevens als aanknopingspunt van verdere rechtsontwikkeling gaan fungeren⁷⁸. Wat verzoeken om prejudiciële beslissingen terzake van de uitleg ervan betreft (art. 234 EG-Verdrag), is het eerste schaaft al over de dam⁷⁹. De Commissie heeft aangekondigd, de implementatie en toepassing ervan nauwlettend te volgen en zo nodig inbreukprocedures bij het Hof van Justitie te initiëren (art. 226 EG-Verdrag)⁸⁰. Hetzelfde geldt voor de EG-privacyverordening. Ook deze biedt

⁷³ De werkingssfeer van het EU-handvest is geregeld in art. 51. Het eerste lid bepaalt, dat de bepalingen van dit handvest zijn gericht tot de instellingen en organen van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel en tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan, overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden.

⁷⁴ Zie hieromtrent volgende kamerstukken: 21501-20, nr. 102, Europese Raad, toezending van een notitie over het handvest Grondrechten, 21501-02, nr. 344, Algemene Raad, Verslag van een algemeen overleg, 21501-20, nr. 136, Europese Raad, vervolgbericht betreffende de verhouding van het EU-Handvest Grondrechten tot het EVRM, 21501-20, nr. 137, Europese Raad, Reactie van de Raad van State, 21501-20, nr. 140, Europese Raad, Verslag van een algemeen overleg en 27407, nr. 8, Staat van de Europese Unie, nadere informatie alsmede Handelingen EK van 5 september 2000, nr. 36.

⁷⁵ TK 2000-2001, 21501-20, nr. 137.

⁷⁶ Zie de notitie van de minister van Buitenlandse Zaken van 4 december 2000 over recente ontwikkelingen in de Raad van Europa, TK 2000-2001, 25668, nr. 16.

⁷⁷ Zie het antwoord van de Commissie van 19 september 2000 op vragen uit het Europees Parlement, nr. E-1820/00, PbEG 2001, C81. Hieruit blijkt, dat de Commissie de toetreding tot het EVRM nog steeds als een actuele kwestie ziet. Daarvoor is echter een wijziging van de verdragen nodig (Advies van het Hof van Justitie van 28 maart 1996, Jur. 1996, I-1759).

⁷⁸ Ook in ons land is de jurisprudentie inzake het (grond)recht op privacy in belangrijke mate gerealiseerd op basis van geschillen omtrent informatieregelingen in bijzondere wetten. Zie Overkleef-Verburg 1995, hoofdstuk 4.

⁷⁹ Zie het verzoek van het Verfassungsgerichtshof Wenen van 12 december 2000 betreffende de rechtmatigheid van nationale wettelijke informatieverplichtingen omtrent inkomstgegevens van werknemers een aantal (semi-)publieke instellingen, PbEG, 2001 C97 van 10 maart 2001.

⁸⁰ Zie het antwoord van de Commissie op vragen van het parlementslid W.G. van Velzen, P-0792/00, van 3

het Hof van Justitie een verruiming van mogelijkheden tot coherente rechtsvorming, vooral als ambtenarenrechter (art. 236 EG-Verdrag). Betekent dit dat het EHRM er binnen de communautaire rechtsruimte niet of veel minder toe doet? Zeker niet, er blijft immers een belangrijk verschil in rechtsmacht tussen beide hoven, terwijl oriëntaties, inrichting en uitrusting aanmerkelijk van elkaar verschillen. Onder accentuering van complementariteit en voldoende (informele) coördinatie van uitspraken kan de gezamenlijke grondrechtsjurisprudentie zelfs aan kracht winnen. Blijft echter de statuskwesitie en het risico dat de Raad van Europa een tweederangs positie krijgt opgedrongen. Om die reden is toetreding van de EU/EG tot het EVRM aangewezen. Met de komende toetreding van de EG tot het EDV 1981 wordt de eerste stap gezet.

5. Bevindingen en conclusies

De doorbraak van de geautomatiseerde gegevensverwerking sinds de jaren zestig leidde tot een sterke behoefte aan een actieve waarborging door specifieke overheidsregulering van het (grond)recht op privacy. De ICT-ontwikkeling is sindsdien doorgegaan, in wisselwerking met ingrijpende economische en maatschappelijke veranderingsprocessen. Vanaf 1970 tekent zich een proces van rechtsvorming door rechter en wetgever af, waarbij bestaande begrippen als privacy, autonomie, openbaarheid en geheimhouding op inhoud en betekenis in een veranderende context worden beproefd en heringekleurd, in wisselwerking met de invoering van nieuwe wet- en regelgeving: de Wet persoonsregistraties in 1989 en de Wet politieregisters in 1990. Kenmerkend voor periode 1970 en 1990 zijn zowel het grondrechtsperspectief als de inbedding van de nationale rechtsontwikkeling in de Europese binnen het verband van de Raad van Europa, resulterend in het Europees Dataverdrag 1981. De regulering van de (geautomatiseerde) gegevensverwerking heeft derhalve reeds vanaf de start in het teken gestaan van een convergentiestreven in breder Europees verband, zij het met de mogelijkheid van nationale divergentie binnen de (ruime) bandbreedte van het EDV 1981.

Met een initiatief voor een algemene privacyrichtlijn heeft de EG (Commissie) rond 1990 het initiatief in Europese rechtsvorming overgenomen van de Raad van Europa, de verplichtingen van de lidstaten onder het EDV 1981 echter respecterend. De effecten van deze paradigmawisseling zijn drievoudig. Allereerst de communautaire, meer economisch georiënteerde inkleuring van de rechtsontwikkeling inzake privacy en gegevensbescherming, toegespitst op de facilitering van een vrij gegevensverkeer binnen de gemeenschap. Adequate privacyregulering is in deze visie een onderdeel van de communautaire infrastructuur, want noodzakelijk om het vertrouwen van de consument/burger in een rechtmatige gegevensverwerking te winnen c.q. te behouden⁸¹. Een tweede gevolg betreft de doorwerking in het nationale recht. Door de verschuiving van het zwaartepunt van Raad van Europa naar de EG, kreeg de rechtsontwikkeling een verticaler, meer dwingend karakter. Een derde effect is de versterking van convergerende tendensen door de keuze voor een dynamische totale harmonisatie, resulterend in een - stapsgewijze - dwingende inperking van nationale vrijheidsgraden en ruimte voor rechtsculturele differentiaties.

De verdragsrechtelijke grondslag van deze communautaire bemoeienis was aanvankelijk beperkt tot de werking van de interne markt (thans: artikelen 94 en 95 EG-Verdrag) jo grondrechtsbescherming als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Nadien is deze grondslag versterkt door artikel 6 EU-Verdrag en de recente proclamatie van het EG-

mei 2000, PbEG 2001, C 46E van 13 februari 2001.

⁸¹ Dit is een constatering, geen waardeoordeel. Met een meer economisch getinte benadering van grondrechten hoeft op zich niets mis te zijn. Vgl. de grote betekenis van het communautaire recht voor de ontwikkeling van het gelijkheids- en anti-discriminatiebeginsel.

Handvest van de grondrechten, waarin het grondrecht op gegevensbescherming - naast andere privacygrondrechten - afzonderlijk is gegarandeerd. Door de voorgenomen toetreding van de EG tot het EDV 1981 is voorts aansluiting gezocht bij de rechtsontwikkeling terzake binnen de Raad van Europa, terwijl de discussie over toetreding van de gemeenschap tot het EVRM nog gaande is.

Inmiddels is een nieuwe fase aangebroken in het proces van communautaire rechtsvorming, als uitvloeisel van de strategische doelstelling van de EU, om in dit decennium de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie van de wereld te worden⁸². Met de actieve - ook juridische - transformatie van de gemeenschap in een kennismaatschappij - het eEurope -, wordt vooral ingezet op de inrichting van een efficiënt werkende interne markt voor diensten in combinatie met versterkte aandacht voor vraagstukken van gegevensbescherming. Bovendien gaat een sterke impuls uit van de intensivering van (informatie) samenwerking onder de eerste en derde pijler, met name op terreinen als douane/belastingen, criminaliteitsbestrijding en immigratie en asiel. Privacybescherming is immers ook in de publieke sector een vertrouwensfactor en voorwaarde voor maatschappelijke acceptatie van grensoverschrijdend gegevensverkeer.

Naar is beschreven loopt dit proces van communautaire rechtsontwikkeling over een drietal parallelle trajecten. Allereerst de harmonisatie van het recht van de lidstaten, met name via de Richtlijn bescherming persoonsgegevens, de privacyrichtlijn voor de telecomsector (elektronische communicatie) en specifieke privacyregimes in sectorrichtlijnen. Een tweede, parallel traject van rechtsvorming betreft de normering van gegevensverwerking bij communautaire organen en instellingen via de algemene, bij de systematiek van de privacyrichtlijnen aansluitende EG-privacyverordening en specifieke sectorvoorzieningen. De derde categorie betreft de specifieke privacy-regimes in overeenkomsten onder de derde pijler van het EU-Verdrag. Ook hier wordt gewerkt aan een grotere samenhang, via een resolutie van de Raad met overkoepelende, op de privacyrichtlijnen toegesneden normatieve oriëntatiepunten, als richtsnoer voor de uitleg van bestaande en als model voor privacy-regimes in nieuwe overeenkomsten.

Verdergaande harmonisatie via uitleg en toepassing is verzekerd door de uitvoerings- en toezichtstaken van de Commissie, de samenwerking van nationale en communautaire toezichthouders in de Groep voor de gegevensbescherming, jurisprudentie van het Hof van Justitie en controle door het Europees Parlement. In de interactie tussen rechtsvorming op communautair en op nationaal niveau is - als intermediair -, een belangrijke taak aan de Groep voor de gegevensbescherming togedacht. In die zin is sprake van - ten dele proactief gecoördineerde rechtsvorming -, op basis van een richtlijnconforme interpretatie van nationale voorschriften.

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd, dat de informatiemaatschappij in communautair verband een sterke harmonisatie van geldend recht inzake privacy en gegevensbescherming heeft uitgelokt, zo niet heeft afgedwongen. Zowel in relatie tot de lidstaten als op het niveau van de communautaire instituties. De convergerende effecten van de algemene privacyrichtlijn hebben echter nog een ruimer bereik. Allereerst in internationaal verband. Door de rechtmatigheid van het grensoverschrijdend gegevensverkeer naar derde landen afhankelijk te stellen van de garantie van passende gegevensbescherming, bevat de richtlijn naar blijkt een werkzame prikkel tot een zich conformeren van internationale handelspartners - zowel staten als afzonderlijke ondernemingen - aan het beschermingsniveau in de Unie. De lidstaten van de Raad van Europa die (nog) geen deel van de EG uitmaken, worden op eenzelfde wijze tegemoet

⁸² Zie de recente bevestiging en uitwerking van deze doelstelling in de Conclusies van het voorzitterschap van de Top van Stockholm, 23 en 24 maart 1001, Doc/01/6.

getreden. Naar verwachting zal de dominantie van de communautaire rechtsvorming in de Europese rechtssfeer nog wordt versterkt door de toetreding van de EG tot het EDV 1981.

De convergerende werking van de privacyrichtlijn op regelingsniveau werkt ook door op nationaal vlak. In de Wet bescherming persoonsgegevens blijkt van een zwaan-kleef-aan-effect, door vrijwillige adoptie van het communautaire privacyregime op terreinen buiten het toepassingsbereik van het gemeenschapsrecht. In het kabinetsvoornemen om de bepalingen inzake gegevensbescherming in artikel 10 Grw. te herzien in aansluiting op de algemene privacyrichtlijn blijkt van eenzelfde effect. Onder invloed van de communautaire rechtsontwikkeling is in de afgelopen periode het (grond)recht op gegevensbescherming de facto reeds min of meer verzelfstandigd, in de richting van een informatieel zelfbeschikkingsrecht.

Het communautaire primaat, resulterend in een verlies aan regelings- en uitvoeringsautonomie, is van grote invloed op de nationale rechtsontwikkeling. Dit knelt vooral waar de rechtsculturele component in het geding is. Dat de algemene richtlijn nauwelijks ruimte laat voor zelfregulering, heeft bij de parlementaire behandeling van de implementatiewetgeving, de Wet bescherming persoonsgegevens, onbegrip en verzet opgeroepen, met name bij georganiseerde bedrijfsleven. Is de wetsgeschiedenis in onze rechtscultuur een belangrijke rechtsbron, onder de richtlijn is dat slechts beperkt het geval. De interpretatie van richtlijn en uitvoeringswetgeving wordt immers primair communautair ingekleurd, met inbegrip van het uit normatief oogpunt belangrijke begrippenapparaat. Wat de verdere invloed van dit harmonisatiestreven op processen van nationale rechtsvorming zal zijn, met name op de uitkomsten van belangenafweging door wetgever, bestuur en rechter in geval van botsende (grond)rechten, is thans nog niet te overzien. Dat die effecten er zijn, met name door een zwaardere accentuering van het privacybelang, is thans reeds zichtbaar, bijvoorbeeld in een kritischer houding jegens openbaarheid van overheidsinformatie. Dat ook de betekenis van de rechtsbegrippen zich op onderdelen gaat wijzigen, corresponderend met Europese rechtsopvattingen, is onontkoombaar. Dat blijkt al uit de richtlijn. Een persoonsgegeven als vakbondslidmaatschap wordt in ons land niet als gevoelig ervaren, maar in de richtlijn wel als zodanig gekwalificeerd. Wat naar geldende rechtsopvatting hier als extra beschermingswaardig geldt, zoals inkomens- en vermogensgegevens, wordt elders in Europa niet als zodanig beleefd en ook op dat punt zullen we ons dus moeten aanpassen. Gevolgen voor de rechtssystematiek zijn er ook. Uitgangspunt van de richtlijn is de geïntegreerde normering van gegevensverwerking in de particuliere en in de publieke sector. Die benadering is ook gevolgd in de Wbp, terwijl voor een domeinspecifieke implementatie ook veel te zeggen zou zijn geweest. Nu moet vanuit het abstracte regelingskader in de Wbp nog een afzonderlijke vertaalslag naar de verschillende rechtsgebieden worden gemaakt en dat gaat niet zonder problemen.

Een en ander heeft onmiskenbare gevolgen voor het juridisch klimaat, zowel uit een oogpunt van juridisering als toenemende complexiteit en conflictgevoeligheid van rechtstoepassing. In die zin is sprake van een verlies aan bestendigheid, rechtszekerheid en herkenbaarheid van het privacyrecht, met een - vooralsnog - negatieve uitwerking op de legitimiteit, nalevingsbereidheid en daarmee functionaliteit ervan. Zoals in de inleiding is opgemerkt, dient het rechtssysteem over voldoende flexibiliteit te beschikken om uit een oogpunt van duurzame functionaliteit, maatschappelijke veranderingsprocessen op te kunnen vangen. Dat aanpassingsvermogen bleek ook werkzaam. De rechtsontwikkeling in de jaren 70 en 80 is op dit punt zeer illustratief. De vraag is echter of de versnelling in de Europese rechtsvorming met het oog op informatiemaatschappij/kenniseconomie, de spankracht van dit deel van het nationale recht thans niet te zeer belast.

Prof.mr G. Overkleeft-Verburg
maart 2001