

Het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

Artikel 10

1. Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.
2. De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.
3. De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.

1. Algemeen

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in art. 10 dateert als grondrecht in onze grondwet van de herziening van 1983¹, evenals het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit in art. 11 en het telefoon- en telegraafgeheim in art. 13. Privacy-grondrechten als het huisrecht en het briefgeheim behoren tot onze oudste grondrechten en komen sinds respectievelijk 1815 en 1848 in onze grondwet voor. Sinds de herziening telt de grondwet in de artt. 10 t/m 13 een algemeen en een vijftal specifieke privacy-grondrechten².

De opneming in 1983 in de grondwet van een algemeen geformuleerd grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer was een uitvloeisel van een sinds de jaren zestig sterk toenemende betekenis van dit vrijheidsrecht³. Deze ontwikkeling hield verband met de opkomst van nieuwe af luister-, beeld- en geluidstechnieken, een snelle groei in geautomatiseerde gegevensverwerking en de sterke uitbreiding en modernisering van de overheidsadministratie, met name door de uitbouw van de verzorgingsstaat⁴. In de opmaat tot de informatiemaatschappij was de opneming in de grondwet van een algemeen recht op privacy⁵, met regelingsverplichtingen op het punt van gegevensverwerking, derhalve een passende reactie⁶.

¹ Art. 10, eerste lid, grw. is eerst in werking getreden op 17 februari 1988.

² Dat is met name een - ten dele historisch bepaald - uitvloeisel van de gekozen grondrechtssystematiek. Vergelijk de teksten van art. 8 EVRM en art. 17 IVBP, waarin het recht op privacy en bijzondere onderdelen ervan in één bepaling zijn opgenomen, in combinatie met het recht op familie- en gezinsleven. Vgl. ook de achterliggende grondrechtsbepaling, art. 12 van de Universele verklaring van de rechten van de mens.

³ zie voor een nadere beschrijving Overkleef-Verburg 1982, pp. 225-227.

⁴ Zie o.m. P.J.W. de Brauw, Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaar maken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende? Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 1965, Zwolle 1965. Zie voorts: F. Kuitenbrouwer, D.W.F. Verkade en R.J.M. van der Horst, Drieluik privacybescherming. Een overzicht en enkele exercities, Deventer 1984, J.W. Sentrop, Privacybescherming in Nederland. Schets van een ontwikkeling, Zwolle 1985, J. Holvast, "Op weg naar een risicoloze maatschappij?", de vrijheid van de mens in het informatietijdperk (diss. RUL), Schoonhoven 1986 en F. Kuitenbrouwer, Het recht om met rust gelaten te worden. Over Privacy, Amsterdam 1991. Zie ook het Interimrapport (1974) en het Eindrapport Privacy en persoonsregistratie (1976) van de Staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties (de Staatscommissie-Koopmans). Zie voorts Overkleef-Verburg 1995, met name de hoofdstukken 2 t/m 5.

⁵ De begrippen privé-leven, persoonlijke levenssfeer en privacy worden in deze bijdrage als synoniemen gebruikt.

⁶ De rechtspolitieke discussie kreeg in die jaren een sterke impuls door met name Amerikaanse literatuur. Veelgeciteerde "privacy-klassiekers" zijn: Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, The right to privacy, Harvard Law Review 1890, nr. 5, p. 193 e.v., Alan F. Westin, Privacy and freedom, New York 1967 en Arthur R. Miller, The Assault on Privacy, Computers, Data Banks and Dossiers, Michigan Press 1991. Hoewel inspirerend waren hieraan ook nadelen verbonden. Zo wil het recht op privacy nog wel eens als een "uitvinding" van Warren en Brandeis worden voorgesteld, met voorbijgaan van de continuïteit in rechtsontwikkeling en samenhang van

De kern van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of privacy is de bescherming van het recht op persoonlijke vrijheid en individuele autonomie, zowel in relatie tot de overheid in de afbakening van de privé-sfeer tot de publieke sfeer, als in relatie tot de rechten en vrijheden van anderen. Het achterliggende mensbeeld van de grondwetgever is echter niet dat van een zuiver individualisme. Voorop staat de vrijheid in gebondenheid, mede toegesneden op deelname aan uiteenlopende persoonlijke, maatschappelijke en politieke verbanden. Het recht op privacy is derhalve zowel betrokken op de idee van de democratische (en sociale) rechtsstaat, die op verschillende niveaus participatie van vrije en mondige burgers veronderstelt⁷, als op de notie van menselijke waardigheid⁸. Laatstgenoemd element verzekert een ethische inslag in het grondrecht op privacy, stelt immers de persoon in het recht voorop. "Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer wordt in onze samenleving thans terecht beschouwd als een essentiële voorwaarde voor een menswaardig bestaan en als een van de grondslagen van onze rechtsorde", aldus de motivering van opnemings van dit grondrecht in art. 10 in de MvT⁹.

Kenmerk van het (grond)recht op privacy is, dat de werking ervan onderwerp van publiek debat is en blijft. Privacy is geen rustig bezit, maar lokt uit tot polemiek. Het is recht in beweging. Niet alleen omdat dit grondrecht appelleert aan centrale waarden, maar ook omdat het recht op privacy ten dele open van inhoud is en daarom steeds opnieuw moet worden gedefinieerd - zowel uit een oogpunt van beschermingsomvang als rechtmatigheid van beperkingen - in wisselwerking met maatschappelijke ontwikkelingen en technologische vernieuwingen. Steeds weer doen zich nieuwe privacy-kwesties voor. Thans gaat het vooral om kwesties als de regulering van Internet, de toelaatbaarheid van cameratoezicht, het gebruik van DNA in strafzaken en de invoering van elektronisch dossier en persoonsnummer in de gezondheidszorg¹⁰.

Bovendien is in de achterliggende periode, mede onder invloed van maatschappelijke individualiseringsprocessen, sprake van een wijziging in rechtsopvattingen en gehanteerde rechtsbegrippen. In de beleving van grondrechten is het recht op privacy, als kristallisatiepunt van de individuele vrijheidssfeer, belangrijker geworden. Een nadere analyse van de rechtsontwikkeling laat echter zien, dat sprake is van een grote mate van continuïteit in rechtsbescherming, althans in de verhouding van overheid en burger. Wat nu privacy heet, werd voordien (en ook thans nog) beschermd via het legaliteitsbeginsel als element van de rechtsstaatsidee, nader verbijzonderd door klassieke arresten als het Meerenbergerarrest¹¹ en het Fluorideringsarrest¹². Een andere ingang was

waarborgementen in het eigen rechtssysteem.

⁷ Zie de Travaux Préparatoires van de Universele verklaring van de rechten van de mens en het EVRM, 1975-1985 (8 dln.) met voorwoord van A.H. Robertson. Hieruit blijkt, dat de grondrechtelijke garantie van een recht op privacy met name werd gezien als een waarborg tegen een (her)opleving van totalitaire regimes. Vandaar ook de koppeling van de individuele privacy aan het gezins- en familieleven.

⁸ In het Duitse recht is het recht op privacy gebaseerd op de artikelen 1 en 2 GG., de combinatie van het recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid en het algemene persoonlijkheidsrecht. Zie met name het zgn. Volkszählungs-Urteil van 15 december 1983, BVerfGE 65, 1. Hierin formuleerde het Bundesverfassungsgericht het Recht auf "informationelle Selbstbestimmung". Zie met betrekking tot deze benadering in het Nederlandse recht: HR *** (Valkenhorst).

⁹ Algehele grondwetsherziening, eerste lezing, deel Ia Grondrechten, Tweede Kamer, 's-Gravenhage 1979, p. 39.

¹⁰ Zie ook de Nota "Wetgeving voor de elektronische snelweg", TK 1998-1999, 25880, nr. 2, het Actieprogramma Elektronische Overheid, TK 1998-1999, 26387, nr. 1 en het nationaal actieprogramma Elektronische snelwegen, TK 1995-1996, 24565, nr. 1. Vgl. voorts de integrerende regeringsnota Informatie- en communicatietechnologie, TK 1998-1999, 26643, nr. 1, betreffende ambities en ICT-maatregelen van de overheid.

¹¹ HR 13 januari 1879, W 4330. Dit arrest ging over de rechtmatigheid van een bij zelfstandig KB aan (o.m.) bestuurders van de provinciale krankzinnigeninrichting Meerenberg opgelegde informatie- en registratieverplichting terzake van bewoners. Thans zou een dergelijk KB eveneens onverbindend zijn wegens strijd met art. 10, eerste lid, grw.

¹² HR 22 juni 1973, NJ 1993, 386, AB 1993, 187 en AA 1973, 457. Hierin was de Hoge Raad van oordeel, dat de

de begrenzing van de gemeentelijke autonome verordenende bevoegdheid in (thans) art. 149 Gemeentewet via de zgn. ondergrens van de gemeentelijke huishouding, de bijzondere belangen van de ingezetenen. Het meest sprekende voorbeeld is de toetsing op verbindendheid door de Hoge Raad van het in art. 102 van de APV van Bergen op Zoom neergelegde verbod op het verstrekken of voorhanden hebben van anti-conceptiva¹³. In die zin is sprake van een samenloop van grondrechtsbescherming en parallelle waarborgen op basis van centrale rechtsbeginselen in het staats- en bestuursrecht.

Ging het om de verhouding tussen burgers onderling, dan kon bij privacyaantasting worden teruggevallen op open privaatrechtelijke begrippen als goede trouw/redelijkheid en billijkheid en het op de arbeidsovereenkomst toegespitste goed werkgeverschap, alsmede op de onrechtmatige daad. Dat kan nog steeds, zij het dat de belangenafweging in toenemende mate in de sleutel van de grondrechtelijk gegarandeerde en horizontaal doorwerkende privacybescherming is komen te staan¹⁴.

Op basis van het voorgaande is te constateren, dat hoewel materieel sprake is van een grote mate van continuïteit in rechtsontwikkeling en -bescherming, de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer normatief in toenemende mate is verzelfstandigd, toegesneden op de positionering ervan als klassiek grondrecht.

Tegelijkertijd is het aan de individuele privacy toegekende (rechts)belang op een aantal onderdelen toegenomen. Dit geldt in het bijzonder voor de informationele privacy en de daaraan gekoppelde informatie- en zeggenschapsrechten. Dit privacy-grondrecht heeft bovendien een instrumentele functie gekregen om bepaalde (rechts)verhoudingen evenwichtiger te maken¹⁵.

2. Enkele aspecten van het grondrecht op privacy

Denken over privacy is denken in dilemma's. Grondrechten spelen daarin een belangrijke rol. De uitvoering door de overheid van grondwettelijke taken, waaronder die begrepen in de sociale grondrechten, kunnen (en zullen) vaak in een beperking van de persoonlijke levenssfeer resulteren. In die gevallen staat de behartiging van het algemeen belang voorop. Daarnaast heeft de overheid als opdracht om grondwettelijk gegarandeerde rechten en vrijheden van burgers te beschermen¹⁶. Dan komen we op het terrein van de botsing van grondrechten en de afbakening van vrijheidssferen van burgers onderling. Als geen ander grondrecht raakt het recht op persoonlijke levenssfeer in zijn vrijheidsdimensie de uitoefening van andere grondrechten¹⁷. Door het

toevoeging van stoffen aan het drinkwater ten behoeve van een ander doel dan de eigenlijke drinkwatervoorziening, een maatregel is van zo ingrijpende aard, dat de bevoegdheid daartoe een specifieke formeelwettelijke grondslag behoeft. Thans zou sprake zijn van een aantasting van de lichamelijke integriteit. Zie omtrent het Meerenberg- en het Fluorideringsarrest: F.H. van der Burg in AB Klassiek 2000, p. 7 e.v. Zie voorts van dezelfde auteur: Regelgeving en bestuur, Handboeken Staats- en Bestuursrecht, deel IV, Zwolle 1993, p. 42 e.v.

¹³ HR 12 juni 1962, NJ 1962, 484. In retrospectief, met name door vergelijking met HR 12 november 1934, NJ 1935, p. 131 e.v., is deze uitspraak tevens een illustratie van een wijziging in maatschappelijke rechtsopvattingen omtrent de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Een dergelijk verbod zou thans in strijd zijn met art. 10, eerste lid, grw. Tegenover de gemeentelijke wetgever wordt de individuele privacy derhalve niet meer via de benedengrens, maar - als strijd met een hogere regeling - via de bovengrens beschermd.

¹⁴ Zie L.F. M. Verhey, Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy (diss. RUU), Zwolle 1992 en Overkleef-Verburg 1995, hfdst. 4.

¹⁵ Vgl. de wijzigingen in de arts-patiëntrelatie. Zie de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst in art. 7:446 e.v. BW.

¹⁶ Zie ook de doelcriteria in de beperkingsclausule in het tweede lid van art. 8, tweede lid, EVRM, waaronder de bescherming van de gezondheid of de goede zeden en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

¹⁷ Vgl. het positieve actie-beleid in het kader van het discriminatieverbod in art. 1 grw., de vrijheid van meningsuiting en persvrijheid in de artt. 7 grw. en 10 EVRM, het beginsel van rechtspraak in het openbaar in de artt. 121 grw. en 6 EVRM en het beginsel van openbaarheid van bestuur in art. 110 grw.

ontbreken van een formele hiërarchie van grondrechten zullen grondrechtsconflicten in een belangenafweging moeten resulteren. Ook dan wordt actieve overheidsbemoediging verlangd, met name van de wetgever en de rechter. Van de wetgever in de vorm van verbijzondering van grondwettelijke aanspraken en een voorzien in passende besluitvormingsprocedures. Van de rechter als toetsende instantie bij (grond)wetstoepassing en belangenafweging in concreto, tevens als mede-rechtsvormer door nadere jurisprudentiële normering. Uit wetgeving en jurisprudentie blijkt, dat het grondrecht op privacy horizontale werking heeft, derhalve niet alleen de verhouding overheid-burger normeert, maar tevens doorwerkt in (rechts)betrekkingen tussen burgers onderling.

Het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in art. 10, eerste lid, grw. heeft primair het karakter van klassiek vrijheidsrecht. De beperkingsclausule "behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen" in het eerste lid voorziet in een procedureel criterium, te weten tussenkomst van de formele wetgever. Beperkingen van het grondrecht op privacy zijn derhalve toegelaten, mits direct of indirect herleidbaar op een formeel wettelijke grondslag. Het element "eerbiediging" in de omschrijving van het grondrecht heeft een dubbele betekenis. Naast element in de verbijzondering van de functie van afweerrecht, laat deze term tevens ruimte voor het aannemen van positieve verplichtingen¹⁸, primair van de overheid, gericht op zowel de actieve ondersteuning van het genot van dit grondrecht, bijvoorbeeld door strafbaarstelling van inbreuken door derden, als op compenserende regelingen, verplichtingen en maatregelen bij privacy-inbreuken met een duurzaam karakter (beveiliging, toezicht op naleving e.d.). Het tweede en derde lid van art. 10 zijn aan te merken als regelingsverplichtingen van de formele wetgever¹⁹ en derhalve als uit het eerste lid voortvloeiende, geschreven positieve verplichtingen²⁰. Hieraan is uitvoering gegeven in een drietal wetten: de Wet persoonsregistraties van 1989 (Stb. 1988, 665), de Wet politieregisters (Stb. 1990, 414) en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens (Stb. 1994, 494), en hierop gebaseerde uitvoeringsregelingen. De Wet persoonsregistraties zal naar verwachting op 1 januari 2001 worden vervangen door de Wet bescherming persoonsgegevens.

Hoewel art. 10 grw. in deze bijdrage centraal staat, mag niet voorbij gegaan worden aan de samenhang van dit algemeen geformuleerde privacy-grondrecht en verbijzonderde aspecten ervan in de artikelen 11 t/m 13 grw. In een aantal situaties is sprake van complementaire werking. Zo geldt voor de woning, dat de bescherming van het privé-leven binnenshuis en het gebruik ervan onder het algemene privacyrecht vallen en de toegang ertoe onder de werkingssfeer van het huisrecht²¹. Ook Internet is daarvan een voorbeeld, valt immers onder de werkingssfeer van meerdere privacy-grondrechten. Een tweede type betreft de samenhang in werkingssfeer van afzonderlijke privacy-elementen. Het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit is afzonderlijk gegarandeerd in art. 11 grw.²²; de bescherming van de geestelijke integriteit is daarentegen in art. 10 grw. begrepen. Een complementair beroep op beide grondrechten doet

¹⁸ Vgl. de parallel met de jurisprudentie van het EHRM betreffende in art. 8 EVRM geïncorporeerde positieve verplichtingen.

¹⁹ De opneming van deze instructiebepalingen is een uitvloeisel van voorstellen in het Eindrapport van de Staatscommissie Cals/Donner, nader uitgewerkt in de Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid van het kabinet-Den Uyl; zie Overkleef-Verburg, Jeukensbundel, pp. 225-227.

²⁰ Anders dan wel wordt aangenomen, kunnen deze regelingsverplichtingen niet als sociaal grondrecht worden gekwalificeerd. Wel is de term instructienormen op zijn plaats.

²¹ Zie ABRS van 28 augustus 1995, AB 1996, 204 m.nt. L.J.J. Rogier, Sluiting drugspand Venlo. Hierin oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat een woning die als zodanig in gebruik is naar haar aard behoort tot de persoonlijke levenssfeer van haar bewoners. Een op de APV gebaseerde geslotenverklaring van een woning wegens ernstige drugsoverlast geldt dan ook als een beperking van art. 10, eerste lid, grw. Zie inmiddels art. 174a Gemeentewet.

²² Zie over de verzelfstandiging van dit grondrecht op wens van de Tweede Kamer: Overkleef-Verburg, Jeukensbundel, pp. 233-235.

recht aan de verwevenheid van beide aspecten en voorkomt afbakeningskwesties. Heeft de techniek de grondwettelijke formulering van het specifieke privacyrecht ingehaald, dan kan voorts onder omstandigheden de werking ervan worden verbreed en/of versterkt door een aanvullend beroep op het algemene privacyrecht in art. 10 grw.

3. De bescherming van het recht op privacy in internationaal verband

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer wordt tevens gewaarborgd door internationale verdragen. De moederbepaling is art. 23 van de Universele verklaring van de rechten van de mens (1948). De privacy-grondrechten in de artikelen 8 EVRM en 17 IVBPR zijn hiervan afgeleid. De samenloop van art. 10 grw. en deze verdragsrechtelijke grondrechten is geregeld in de artikelen 93 en 94 grw. jo. de artikelen 60 EVRM en 5, tweede lid IVBPR. Hieruit volgt, dat de artikelen 8 EVRM en 17 IVBPR als een ieder verbindende bepalingen van verdragen en derhalve prevalerend recht rechtstreeks doorwerken in het nationale recht. Tegelijkertijd is sprake van cumulatieve grondrechtsbescherming. De verdragsrechten kunnen de beschermingsomvang van de nationale grondrechten niet beperken.

De vraag is of en zo ja welke verschillen in beschermingsomvang tussen deze grondrechten bestaan. Om een goede vergelijking te maken, moeten wat het nationale recht betreft de artt. 10 t/m 13 worden vergeleken met de artikelen 8 EVRM en 17 IVBPR. Het verschil in gebruikte terminologie: persoonlijke levenssfeer, privé leven en privacy is geen bepalende factor omdat aan deze begrippen een min of meer overeenkomstige betekenis is toegekend. Wel lopen de genoemde privacy-elementen enigszins uiteen. Zo kent de grondwet als extra het recht op lichamelijke integriteit en het telefoon- en telegraafgeheim, terwijl beide verdragsrechten het (familie- en) gezinsleven expliciteren en art. 17 IVBPR het recht op eer en goede naam. Naar uit de jurisprudentie blijkt, doet art. 17 IVBPR in ons rechtstelsel als toetsingskader niet of nauwelijks mee. Dit komt door de overlappende betekenis van art. 8 EVRM en de gezaghebbende uitspraken van het EHRM. De vergelijking is daarom feitelijk beperkt tot de privacy-grondrechten in de grondwet en art. 8 EVRM. Voor beide grondrechten geldt, dat deze niet alleen waarborgen bieden aan natuurlijke personen, maar ook aan rechtspersonen²³. Jurisprudentieanalyse laat zien, dat deze grondrechten weliswaar naar hun kern op min of meer vergelijkbare wijze worden uitgelegd, maar dat er ook duidelijke verschillen in beschermingsomvang zijn. Dat blijkt met name uit de hierna nog te bespreken jurisprudentie van het EHRM. De betekenis van art. 8 EVRM houdt voorts verband met de ruimte die dit grondrecht de rechter biedt voor actieve rechtsvorming, mede vanwege de beperkingsclausule en de doorbreking van het toetsingsverbod in art. 120 grw.

4. Art. 8 EVRM als privacy-grondrecht

Art. 8 EVRM vestigt naast afweerrechten onder omstandigheden tevens een - op het element eerbiediging ("respect") toegesneden - positieve (regelings)plicht van de verdragsstaat, gericht op actieve en doeltreffende bescherming van de burger in zijn persoonlijke levenssfeer²⁴. Naar het Hof meermalen heeft opgemerkt, zijn de grenzen van de positieve en negatieve verplichtingen niet precies aangegeven. In beide gevallen moet een "fair" evenwicht worden gevonden tussen de strijdende belangen van het individu en die van de samenleving. Het Hof hanteert het concept van

²³ EHRM 22 mei 1990, NJ 1991, 740 m.nt. EAA (Autronic A.G.) en EHRM 24 oktober 1995, NJ 1996, 375 m.nt. EAA (Agrotexim en anderen).

²⁴ EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525 m.nt. EAA (X en Y), EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506 m.nt. EJD (López Ostra), EHRM 19 februari 1996, NJ 1997, 538 (Gül), EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449 m.nt. JdB (Stubbings), EHRM 28 november 1996, NJ 1998, 1 m.nt. CAG (Ahmut), EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690 m.nt. EJD (Guerra en anderen), EHRM 24 februari 1998, NJ 1999, 691 m.nt. EJD (Botta) en EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134 m.nt. EAA (****)

positieve verplichtingen mede om horizontale werking af te dwingen²⁵. Tegelijkertijd worden positieve verplichtingen ingezet als harmonisatie-instrument betreffende de rechtsontwikkeling van de lidstaten²⁶. Opmerkelijk is, dat het Hof in het kader van de beoordeling op positieve verplichtingen steeds meer procedurele waarborgen formuleert betreffende de (bestuurlijke) besluitvorming in concreto²⁷.

Hiervoor is opgemerkt, dat dergelijke positieve verplichtingen ook uit art. 10 grw. zijn af te leiden, echter minder omdat de Nederlandse rechter deze methode van rechtsvorming minder nodig heeft.

De betekenis van een grondrecht hangt niet alleen af van de inhoud van de gegarandeerde aanspraken, maar ook van mogelijkheden om deze te beperken. En op dit punt verschillen art. 10 grw. en art. 8 EVRM aanzienlijk²⁸. Uit art. 10, eerste lid, grw. blijkt, dat grondrechtsbeperkingen herleidbaar moeten zijn op een formeel-wettelijke grondslag, derhalve op een uitspraak van de formele of van een gedelegeerde wetgever. De beperkingssystematiek van art. 8 EVRM is een andere. Is vastgesteld dat een privacyrecht in het geding is en voorts dat sprake is van een inbreuk hierop, dan is vervolgens na te gaan of deze rechtmatig is, want voldoet aan de voorwaarden in art. 8, tweede lid, EVRM. Deze beperkingsclausule valt in een drietal elementen uiteen: (a) het vereiste van een beperking "in accordance with the law"; (b) de beperking voldoet aan de voorwaarde dat deze "necessary in a democratic society" is en (c) de beperking voorts dienstbaar is aan een van de genoemde doelcriteria.

Het begrip "law" is in de jurisprudentie van het EHRM ruim uitgelegd, te weten als grondslag in het nationale recht. Het omvat niet alleen wetgeving in materiële zin, maar ook jurisprudentie (common law) en beleidsregels, al dan niet in combinatie. Om als beperkingsgrondslag te kunnen dienen, moet echter wel worden voldaan aan door het Hof geformuleerde en op de "rule of law" toegesneden kwaliteitscriteria, in het bijzonder de beginselen van kenbaarheid en voorzienbaarheid (rechtszekerheid)²⁹. Het zwaartepunt in de rechtmatigheidstoetsing ligt echter bij het tweede criterium, de toetsing of de beperking nodig/noodzakelijk is in een democratische samenleving. Dit noodzakelijkheidsbeginsel loopt uit in twee toetsingscriteria. Wil de beperking rechtmatig zijn, dan moet sprake zijn van een dringende noodzaak daartoe, een "pressing social need". De beperking dient voorts evenredig te zijn aan het daarmee beoogde doel, is derhalve onderworpen aan proportionaliteitstoetsing³⁰. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt, dat dit

²⁵ EHRM 21 november 1995, NJ 1996, 416 m.nt. PAS (Veloso Barreto).

²⁶ Vgl. de arresten betreffende de doorwerking van transsexualiteit in de geboorteregisters, laatstelijk EHRM 25 maart 1992, NJ 1995, 679 m.nt. EAA (B. tegen Frankrijk).

²⁷ EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659 m.nt. EJD (Gaskin), EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506 m.nt. EJD (López Ostra), EHRM 24 februari 1995, NJ 1995, 594 m.nt. JdB (McMichael), EHRM 25 september 1996, NJ 1997, 555 m.nt. EJD (Buckley) en EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690 m.nt. EJD (Guerra en anderen). Zie ook Overkleef-Verburg 1999, p. 133 e.v.

²⁸ Zie J.G.C. Schokkenbroek, Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, Een onderzoek naar de toetsing aan de beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in de Europese en in de Nederlandse rechtspraak, Zwolle 1996.

²⁹ Zie EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (Sunday Times), EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988 m.nt. P. van Dijk (Malone), EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 523 m.nt. EJD (Huvig-Kruslin), EHRM 28 oktober 1994, NJ 1995, 509 m.nt. Kn. (Murray) en EHRM 29 augustus 1997, 1999, 710 m.nt. EJD (Worm). Hierin neemt het Hof aan dat aan dit vereiste van "bij de wet voorzien" is voldaan, als het relevante nationale recht voldoende precies is geformuleerd om betrokkenen - eventueel na passend juridisch advies - mogelijk te maken om, in een gezien de omstandigheden redelijke mate, de gevolgen te voorzien die een gegeven daad met zich mee kan brengen. Zie voor gevallen waarin niet aan deze kwaliteitscriteria werd voldaan: EHRM 26 april 1991, NJ 1993, 710 (Asch) en EHRM 15 november 1996, NJ 1998, 488 m.nt. Kn. (Domenichini).

³⁰ EHRM 25 maart 1992, NJ 1995, 679 m.nt. EAA (B. tegen Frankrijk), EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506 m.nt. EJD (López Ostra), EHRM 19 februari 1996, NJ 1997, 538 (Gül), EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 464 m.nt.

proportionaliteitscriterium tevens het subsidiariteitsbeginsel omvat. Op basis van dit uitgangspunt formuleert het Hof compenserende voorwaarden, waaraan voldaan moet zijn wil de inbreuk onder art. 8, tweede lid, EVRM alsnog als rechtmatig hebben te gelden³¹. Bij deze doel/middeltoetsing beschikken de verdragsstaten in meer of mindere mate over beleidsvrijheid³², echter onder supervisie van het EHRM³³. De derde voorwaarde voor de rechtvaardiging van een inbreuk is de verplichting van een "legitimate aim" in de zin van de in het tweede lid genoemde doelcriteria, waaronder de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen³⁴. Elke inbreuk van overheidswege (regelgeving, rechtshandelingen en feitelijke handelingen) van welk orgaan dan ook, moet uit een oogpunt van rechtmatigheid aan deze criteria voldoen.

5. De jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens

In de opvatting van het EHRM is het centrale doel van art. 8 EVRM om het individu te beschermen tegen willekeurig overheidshandelen. Daarnaast kunnen er positieve verplichtingen liggen besloten in de effectieve eerbiediging van (onderdelen van) dit grondrecht. De grenzen tussen de positieve en negatieve verplichtingen van de staat zijn niet steeds precies af te bakenen. Dat komt vooral omdat in de proportionaliteitstoetsing van het tweede lid, het subsidiariteitsbeginsel is begrepen. Dat betekent dat het Hof soms ook op basis van het tweede lid waarborgen vergt met het oog op een minimalisering van de privacy-inbreuk. In beide gevallen is de inzet echter het bereiken van een "fair" evenwicht tussen de strijdige belangen van het individu en die van de samenleving.

De in dit grondrecht genoemde elementen: privé leven, familie- en gezinsleven, woning en correspondentie, zijn in de jurisprudentie nader verbijzonderd in de volgende categorieën:

- . Het recht op het voeren van een naam, als middel van persoonlijke identificatie en van het horen bij een familie³⁵;
- . Het recht op eer en goede naam. Dit recht wordt rechtstreeks via art. 8 EVRM³⁶ beschermd en voorts via de beperkingsclausule bij art. 10 EVRM, met name via de toetsing door het Hof op de rechtmatigheid van strafrechtelijke veroordelingen wegens belediging/smaad. In beide gevallen hanteert het Hof een "public figure-criterium", dat wil zeggen dat in geval van publieke persoonlijkheden zoals politici en directeuren van grote bedrijven de grenzen van aanvaardbare kritiek ruimer zijn dan voor andere individuen. In dit verband is mede relevant dat betrokkenen zelf de openbaarheid hebben gezocht³⁷.
- . De bescherming van de individuele vrijheidssfeer tegen huiszoeking, inbeslagneming,

JCJ Dute (M.S. tegen Zweden) en EHRM 25 februari 1997, NJ 1999, 516 m.nt. Kn. (Z. tegen Finland).

³¹ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 m.nt. Kn. (Funke), EHRM 24 februari 1995, NJ 1995, 594 m.nt. JdB (McMichael), EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 464 m.nt. Dute (M.S. tegen Zweden) en EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999, 710 (Worm).

³² Vgl. EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz).

³³ Zie de eerder genoemde arresten in de zaken Klass, Malone en Leander. Hieruit blijkt dat wanneer sprake is van "secret surveillance" het Hof aanvullende en effectieve waarborgen tegen onrechtmatige bevoegdheidsuitoefening verlangt.

³⁴ EHRM 28 oktober 1994, NJ 1995, 509 m.nt. Kn. (Murray).

³⁵ EHRM 22 februari 1994, NJ 1996, 12, m.nt. EAA (Burghartz).

³⁶ EHRM 21 september 1994, NJ 1995, 463 (Fayed).

³⁷ EHRM 8 juli 1986, NJ 1987, 901 m.nt. EAA (Kreisky), EHRM 23 mei 1991, NJ 1992, 456 m.nt. EJD (Oberschlick), EHRM 1 juli 1997, NJ 1999, 709 m.nt. EJD (Oberschlick) en EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999, 710 (Worm), EHRM 20 mei 1998, NJ 1999, 711 m.nt. EJD (Schöpfer). Zie in dit verband ook de door het Hof gegeven doorwerking aan de bescherming van journalistieke bronnen, EHRM 27 maart 1996, NJ 1996, 577 (Goodwin).

aftappen van telefoongesprekken, geheime observatie, noteren van persoonlijke gegevens en fotograferen³⁸. Het Hof baseert zich hierbij zowel op de bescherming van het privé leven alsmede op het in art. 8 EVRM begrepen huisrecht en briefgeheim. De bescherming tegen af luisteren strekt zich mede uit tot de werkplek, althans voor zover sprake is van een "reasonable expectation of privacy"³⁹.

. Het recht op vrije correspondentie (briefgeheim)⁴⁰

. Het recht op lichamelijke en geestelijke/morele integriteit met inbegrip van zijn of haar seksualiteit. In de jurisprudentie spelen deze rechten met name een rol bij kwesties betreffende homo- en transsexualiteit, seksueel misbruik, met name de doeltreffende afschrikking ervan⁴¹ lijfstraffen als onderdeel van het disciplinair regime op scholen⁴². Niet iedere handeling of maatregel die de lichamelijke of geestelijke integriteit van een persoon aantast leidt tot een inbreuk op dit grondrecht. Er moet sprake zijn van voldoende nadelige gevolgen, terwijl ook de kwetsbaarheid van personen en groepen een rol speelt.

. Het aspect geestelijke integriteit omvat tevens het recht van een individu om relaties te vormen en te ontwikkelen met andere mensen, inclusief banden van professionele of zakelijke aard. Wel moet het hierbij gaan om reële sociale verbanden; relaties van een te brede of onbepaalde strekking worden niet beschermd. Dit recht op relationele privacy werkt tevens door in het huisrecht. Omdat juist gedurende werktijd een aanzienlijke, zo niet de grootste kans bestaat voor mensen om relaties met de buitenwereld te ontplooiën, worden de begrippen privé leven en woning door het Hof aldus geïnterpreteerd, dat ook bepaalde activiteiten of gebouwen van beroeps- of bedrijfsmatige aard onder de bescherming van art. 8 EVRM vallen⁴³.

. De persoonlijke relaties in familie- en gezinsverband zijn afzonderlijk beschermd. Het element familieleven betreft huwelijkse relaties, hiermede te vergelijken samenwoonrelaties en - in bijzondere gevallen - andere relaties met voldoende bestendigheid om de facto familiebanden te creëren. Een kind uit een dergelijke relatie maakt ipso iure vanaf de geboorte deel uit van dit familieverband. Kern is derhalve of sprake is van - naar biologische en sociale werkelijkheid te duiden - familiebanden. Het wederzijds genot door ouders en kind van elkaars gezelschap is daarvan een fundamenteel onderdeel. Dit onderdeel van art. 8 EVRM is met name in het geding in geval van kinderbeschermingsmaatregelen, familierecht en vreemdelingenrecht/gezinshereniging⁴⁴.

. Een tamelijk nieuwe ontwikkeling is dat het Hof art. 8 EVRM tevens hanteert om bescherming te bieden tegen zware milieuvervuiling, die het individueel welzijn beïnvloedt en via

³⁸ EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 523 m.nt. EJD (Kruslin-Huvig), EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 m.nt. EJD (Niemietz), EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 m.nt. Kn. (Funke), EHRM 15 juni 1992, NJ 1993, 711 m.nt. EAA (Lüdi), EHRM 28 oktober 1994, NJ 1995, 509 m.nt. Kn. (Murray) en EHRM 16 december 1997, NJ 1999, 623 m.nt. Kn. (Camenzind). Zie van de oudere jurisprudentie met name EHRM 6 september 1978, (Klass), Publ. ECHR, Series A, Vol. 28 (1979) en EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988, 534 m.nt. P. van Dijk (Malone).

³⁹ EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 m.nt. PJB (Halford). Vgl. met betrekking tot privacy op de werkplek EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz, huiszoeking in een advocatenkantoor).

⁴⁰ EHRM 25 maart 1983, (Silver), Publ. ECHR, Series A, Vol. 61 (1983), EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988, 534 m.nt. P. van Dijk, EHRM 26 april 1991, NJ 1993, 710 (Asch) en EHRM 25 februari 1992, NJ 1994, 117 m.nt. EJD (Pfeifer en Plankl).

⁴¹ EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525 m.nt. EAA (X en Y) en EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449 m.nt. JdB (Stubbings).

⁴² EHRM 25 maart 1993, NJ 1995, 725 m.nt. EAA (Costello-Roberts).

⁴³ EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz), EHRM 7 augustus 1996, NJ 1997, 540 m.nt. JdB (C. tegen België) en EHRM 24 februari 1998, NJ 1999, 691 m.nt. EJD (Botta).

⁴⁴ EHRM 28 mei 1985, NJ 1988, 187 m.nt. EAA, EHRM 26 mei 1994, NJ 1995, 247 ((Keegan), EHRM 27 oktober 1994, NJ 1995, 248 m.nt. JdB (Kroon en anderen), EHRM 7 augustus 1996, NJ 1997, 540 m.nt. JdB (C. tegen België), EHRM 19 februari 1996, NJ 1997, 538 (Gül), EHRM 7 augustus 1996, NJ 1998, 324 (Johansen) en EHRM 28 november 1996, NJ 1998, 1 m.nt. CAG (Ahmut).

negatieve inwerking op het genot van de woning, het privé- en familieleven⁴⁵.

Het door het Hof geconstueerde recht op informationele privacy kent een sterk casuïstische inslag. De vraag of de gegevensverwerking c.q. persoonsregistratie in kwestie een inbreuk vormt op art. 8 EVRM, is afhankelijk van de aard van de vastgelegde gegevens. Inmiddels is vastgesteld, dat politieregistraties, medische gegevens en geslachtsaanduidingen in verband met transsexualiteit onder de werkingssfeer van het eerste lid vallen⁴⁶. Het Hof leidt uit art. 8 EVRM niet een onbeperkt recht op inzage in zijn dossier/persoonsgegevens af. Zo mag het inzage-recht afhankelijk worden gesteld van toestemming van degenen van wie de informatie afkomstig is. Daar staat echter de verplichting van de verdragsstaat tegenover om de belangen van de betrokkene te waarborgen door te voorzien in een onafhankelijk orgaan dat beslist of inzage moet worden verleend⁴⁷. Met betrekking tot de verstrekking van medische gegevens heeft het Hof, in de vorm van verplichtingen van de verdragsstaat, voorwaarden voor een rechtmatige gegevensverstrekking geformuleerd. De redenen voor een gegevensverstrekking moeten, in het licht van de zaak als geheel, relevant en toereikend zijn, alsmede evenredig ten opzichte van een beoogd legitiem doel. Bij de beoordeling in concreto, toegespitst op de omstandigheden van het geval, spelen aanwezige privacy-waarborgen een belangrijke rol in de toetsing op conformiteit met art. 8 EVRM⁴⁸. Een bijzondere categorie registraties betreft de geslachtsaanduiding op officiële documenten van transsexuelen. Hoewel het Hof de mogelijkheid van omgaan uitdrukkelijk openhoudt, is het voornamelijk bij zijn standpunt gebleven, dat de weigering om geslachtsverandering van een transsexueel in een geboorteregister aan te tekenen of een geboortebewijs te verstrekken waarin de geslachtsverandering is opgenomen, geen inbreuk maakt op de eerbiediging van het privéleven. Evenmin neemt het Hof terzake een positieve verplichting aan. Iets ander is, dat door de toeneming van het gebruik van officiële documenten met de aan deze registratie ontleende, oorspronkelijke sexe-vermelding, transsexuelen tegenover derden voortdurend als zodanig kenbaar zijn en daarvan nadelen ondervinden. Deze privacy-aantasting wordt is door het Hof wel als niet gerechtvaardigde inbreuk op art. 8 EVRM aangemerkt⁴⁹.

Met de hiervoor genoemde verbijzonderingen is de beschermingsomvang van art. 8 EVRM niet uitgeput. Dat geldt vooral voor het begrip privé leven. Het Hof gaat er van uit, dat dit een ruim begrip is, dat niet uitputtend gedefinieerd kan worden en zich derhalve bij uitstek leent voor dynamische, actualiserende grondrechtsinterpretatie⁵⁰. De ruimte voor jurisprudentiële rechtsvorming vindt het Hof voorts in een samenhangende rechtstoepassing van de verschillende privacy-elementen, waarbij het begrip "family life" wordt uitgelegd als verbijzondering van de

⁴⁵ EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506 m.nt. EJD (López Ostra) en EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690 m.nt. EJD (Guerra en anderen).

⁴⁶ Zie m.b.t. politieregistraties: EHRM 26 maart 1987, (Torsten Leander), Publ. ECHR, Series A, vol. 116 (1987) en EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988, 534 m.nt. P. van Dijk (Malone). Vgl. betreffende medische gegevens: EHRM 25 februari 1997, NJ 1999, 516 m.nt. Kn. (Z. tegen Finland) en EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 464 m.nt. J.C.J. Dute (M.S. tegen Zweden). Zie m.b.t. geslachtsaanduiding i.v.m. transsexualiteit EHRM 25 maart 1992, NJ 1995, 679 m.nt. EAA (B. tegen Frankrijk).

⁴⁷ EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659 m.nt. EJD (Gaskin).

⁴⁸ Zie EHRM 25 februari 1997, NJ 1999, 516 m.nt. Kn. (Z. tegen Finland), betreffende de voorwaarden van doorbreking van het medisch beroepsgeheim ten behoeve van de rechtspleging, en EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 464 m.nt. J.C.J. Dute (M.S. tegen Zweden). Zie ook de jurisprudentie- en literatuuropgave in de noot van Dute. Zie voorts S. Nouwt, *Zorg voor privacy, Informatietechnologie en informationele privacy in de gezondheidszorg*, Den Haag 1997.

⁴⁹ 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).

⁵⁰ Zie onder meer EHRM 25 maart 1993, NJ 1995, 725 m.nt. EAA (Costello-Roberts), Zie ook de hiervoor vermelde jurisprudentie betreffende de administratieve doorwerking van transsexualiteit, met name de nadruk van het Hof op de mogelijke noodzaak van herziening van eerdere standpunten door wijziging in (rechts)opvattingen. Het Hof stelt zich daarbij de opgave, dat de uitleg van het verdrag maatschappelijke veranderingen weerspiegelt en in overeenstemming blijft met "present day conditions".

tevens door het recht op privé leven beschermde relationele privacy.

6. Art. 8 EVRM in de Nederlandse jurisprudentie

Tot het begin van de jaren tachtig werden privacy-claims gemakkelijk gepasseerd doordat de rechter zich in die gevallen beperkte tot een uitspraak over de toelaatbaarheid van een eventuele inbreuk onder de beperkingsclausule van art. 8, tweede lid, EVRM. Bovendien was tot dan toe de rechterlijke toetsing op rechtmatigheid van de (mogelijke) privacy-inbreuk marginaal; criteria als proportionaliteit en subsidiariteit speelden nauwelijks een rol. Onder invloed van het publieke privacy-debat, de rechtsontwikkeling internationaal en in de omringende landen en de indiening van de voorstellen tot grondwetsherziening in 1976, waaronder de opnemings van een zelfstandig grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in art. 10 grw., ging het roer om. Die omslag blijkt het meest direct uit de motivering van het arrest-Bespiede bijstandsmoeder van 9 januari 1987⁵¹. Hierin stelt de Hoge Raad grenzen aan (ambtelijke) observaties in het kader van nalevingstoezicht, in dit geval van de Algemene bijstandswet. Ook blijkt uit dit arrest, dat art. 8 EVRM horizontale werking heeft. In de jurisprudentie sindsdien komen de hiervoor in de uitspraken van het EHRM onderscheiden elementen min of meer terug. Uitzonderingen zijn: de als inbreuk gekwalificeerde weerslag op het privéleven van zware milieuvervuiling en regels van ruimtelijk bestuursrecht⁵² alsmede bescherming van de relationele privacy buiten gezins- en familieverband⁵³.

Na de inwerkingtreding van art. 10, eerste lid, grw. in 1988 is de betekenis van art. 8 EVRM niet afgenomen. Niet alleen door de inmiddels verworven positie in het rechtsdenken, maar ook omdat art. 8 EVRM meerwaarde heeft. Vooral in de beperkingsclausule die de rechter belangenafweging en toetsing op proportionaliteit en subsidiariteit toestaat, alsook in de doorbreking van het grondwettelijk toetsingsverbod in art. 120 grw. door de verdragsrechtelijke status van dit grondrecht. Met art. 8 EVRM kunnen privacy-aantastingen door de rechter derhalve ruimer en indringender op rechtmatigheid worden getoetst dan op basis van art. 10, eerste lid, grw. mogelijk is. Bovendien is dit grondrecht de brug van de EHRM-jurisprudentie naar het nationale recht. Dit betekent in de rechtspraak dat, voorzover bij de rechter de doorwerking van een privacy-grondrecht speelt, dit vanwege de ruimere toetsingsbevoegdheid vrijwel altijd art. 8 EVRM is, al dan niet in combinatie met art. 10 grw. en (soms) art. 17 IVBP. Dit is slechts anders in de (weinig) gevallen dat de grondslag van privacy-inbreuk een rol speelt. In dat geval staat art. 10, eerste lid, grw. centraal, biedt immers op dit punt, door het vereiste van een formeelwettelijke grondslag, een ruimere garantie dan art. 8 EVRM. Een en ander ligt anders voor de wetgever.

⁵¹ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 m.nt. FHvdB en AB 1987, 231 m.nt. FHvdB. (Bespiede bijstandsmoeder). Zie voorts als baanbrekende uitspraken: HR 14 februari 1984, NJ 1984, 495 (Recreatiewoning Numansdorp) met onverbindendverklaring van een bij APV opgelegde registratieverplichting, HR 23 december 1983, NJ 1985, 170 m.nt. G. en EAA (verplichting psychiatrisch onderzoek gefailleerde), en HR 2 december 1988, NJ 1989, 752 m.nt. Ma (inzagerecht medisch dossier). Vgl. de jurisprudentiële inperking van de informatieplicht in art. 251 K. Zie voorts ARRS van 24 april 1986, AB 1987, 154 m.nt. P.J. Boon (privacy in een bejaardenoord) en de Wob-jurisprudentie van de ARRS, met name Vz. ARRS van 18 december 1984, AB 1986, 225 m.nt. HJdR (gegevens gasverbruik Opmeer).

⁵² Hoewel dit type inbreuken niet met art. 8 EVRM en/of art. 10 grw. in verband gebracht worden, is (ruimtelijke) privacy-aantasting (ligging, woon- en leefklimaat) onder omstandigheden rechtens relevant, met name als afwegingsfactor in de bestuurlijke besluitvorming, al dan niet resulterend in nadeelcompensatie (art. 3:4 Awb). Zie: KB 21 augustus 1987, AB 1987, 563 m.nt. PvB (Maasbree), ARRS 8 januari 1988, AB 1988, 417 m.nt. JHvdV (sluiting bordeel Helmond), AGRS 26 augustus 1991, AB 1992, 143 (Krimpen a/d IJssel) en AGRS 10 maart 1992, AB 1992, 642 (vestiging woonwagencentrum Diemen).

⁵³ Zie echter de door het bestuursrecht, o.m. in de Awb geboden rechtsbescherming alsmede de werking van de maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht in art. 6:162 BW. Hoewel dit type rechtsvragen niet expliciet in de sleutel van de privacy worden beoordeeld, wil dit niet zeggen dat de facto de door het EHRM beoogde rechtsbescherming ontbreekt.

Afhankelijk van onderwerp en aanleiding van regelgeving ligt de nadruk meer op art. 8 EVRM of art. 10 grw.

In de achterliggende periode is art. 8 EVRM ook in de nationale rechtsontwikkeling een belangrijke bron van jurisprudentiële rechtsvorming gebleken. Dit met zwaartepunten in doorwerking in het personen- en familierecht, het vreemdelingenrecht (gezinsvorming en -hereniging) en het strafrecht. Kern van de betekenis van dit grondrecht is, dat het de rechter de mogelijkheid biedt om het recht bij de tijd te houden door bestaande regelingen naar inmiddels veranderde rechtsopvattingen te actualiseren en grenzen te stellen aan de inzet van - (potentieel) vrijheidsaantastende - nieuwe methoden en technieken van verwerking van persoonsgegevens. Zo heeft de Hoge Raad belangrijke uitspraken gewezen omtrent de inrichting van de bevolkingsboekhouding/GBA, de zeggenschapsrechten van geregistreerden en de gegevensverwerking betreffende transsexualiteit⁵⁴. Art. 8 EVRM heeft zich voorts bewezen als een belangrijk instrument van rechterlijke toetsing en normering van (nieuwe) strafrechtelijke opsporingsmethoden, met name in de pro-actieve fase, en rechtmatigheid van bewijslevering⁵⁵.

Kijken we naar het type aan de rechter voorgelegde privacy-kwesties, dan blijkt het overgrote deel van de uitspraken per saldo over de verzameling en verwerking van persoonsgegevens te gaan en dus de relationele privacy te betreffen. Het gaat dan om vraagstukken als de rechtmatigheid van gegevensverzameling, met inbegrip van de reikwijdte van wettelijke informatie- en geheimhoudingsverplichtingen, de vastlegging en het gebruik van persoonlijke gegevens, mede in verband met (wettelijke) registratie- en informatieverplichtingen, de rechten van de geregistreerde en, wat de waarheidsvinding in gerechtelijke procedures betreft: de werkingssfeer van het verschoningsrecht van geheimhouders en de rechtmatigheid van bewijslevering. Deze jurisprudentie heeft een sterk casuïstische inslag, mede door de dikwijls beslissende belangenafweging in concreto. In de rechtspraktijk loopt de privacybescherming bovendien niet primair over de band van de grondrechten, maar gaat het vooral om de toepassing van (verbijzonderde) privacy/informatie-regimes in algemene en bijzondere wetten. Relevante regelingen in de sfeer van het bestuursrecht zijn: de Wet openbaarheid van bestuur (belangenafweging ingevolge art. 10), de Wet GBA, informatiebepalingen in Awb en bestuursrechtelijke sectorwetgeving. In het strafrecht gaat het met name om voorzieningen in het Wetboek van Strafvordering, art. 2 Politiewet 1993, de Wet politieregisters en de Wet justitiële documentatie. Wat het privaatrecht betreft ligt de nadruk in de jurisprudentie op specifieke bepalingen als art. 251 K (precontractuele informatieplicht verzekeringen), art. 21 Auteurswet (portretrecht) en art. 6:162 BW als complementaire voorziening van privacybescherming, waaronder tegen onrechtmatige perspublicaties. Als algemene voorziening met betrekking tot de informationele privacy geldt thans nog de Wet persoonsregistraties, binnenkort te vervangen door de Wet bescherming persoonsgegevens.

Afgezien van de casuïstische inslag van veel jurisprudentie, is er nog een andere faktor die afbreuk

⁵⁴ Vgl.: HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 174 m.nt. JdB. (verenigbaarheid openbare registers burgerlijke stand met art. 8 EVRM), HR 15 september 1989, NJ 1990, 322 m.nt. EAAL en EAA (vermelding transsexualiteit ouder op geboorteakte kinderen is in strijd met art. 8 EVRM), HR 28 februari 1997, NJ 1998, 110 m.nt. JdB (doorwerking transsexualiteit in GBA-registratie) en HR 10 september 1999, NJ 2000, 390 m.nt. JdB (correctie gegevens omtrent burgerlijke staat in de GBA zonder medewerking betrokkene is in strijd met art. 8 EVRM).

⁵⁵ Zie met betrekking tot (stelselmatige) observaties in de pro-actieve en verhoorafase: HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 m.nt. Sch. en HR 16 maart 1999, NJ 1999, 686 m.nt. JR en HR 19 maart 1996, NJ 1997, 86 m.nt. Kn., HR 2 juni 1998, NJ 1998, 783, HR 18 mei 1999, NJ 2000, 104 m.nt. Sch., HR 25 januari 2000, NJ 2000, 279, Vgl. met betrekking tot de rechtmatigheid van een inijkoperatie: HR 23 april 1996, NJ 1996, 548. Vgl. de inmiddels gerealiseerde Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, Stb. 1999, 245. Zie inzake (onrechtmatig) verkregen bewijs o.m. HR 11 april 1995, NJ 1995, 537 m.nt. C. De Hoge Raad heeft zich voorts enkele malen uitgesproken over de rechtmatigheid van observatie via camera's: HR 11 november 1994, NJ 1995, 400 m.nt. EAA, HR 13 juni 1995, NJ 1995, 684 m.nt. Kn. en het al genoemde HR 19 maart 1996, NJ 1997, 86 m.nt. Kn. Zie ook Blom 1998.

doet aan de mogelijke precedentwerking van rechterlijke uitspraken. Een deel van de jurisprudentie heeft een sterk "hier-en-nu" karakter, weerspiegelt de rechtsopvattingen van dat moment. En wat de afbakening van de privésfeer betreft zijn die aan wijzigingen onderhevig, niet alleen door "voortschrijdend inzicht" als uitvloeisel van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen en corresponderend privacy-debat, maar ook door de verplichte doorwerking van harmonisatie en uniformering van rechtsopvattingen en beschermingsregimes in Europees en internationaal verband. Soms is zelfs sprake van een volledige omslag. Een illustratief voorbeeld is de wijziging in visie op de rechtmatigheid van het informatieregime in de Wet inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Acepteerde de bestuursrechter in eerste instantie de beperkende bijzondere openbaarmakingsregeling in de artikelen 16 en 17 WIV, op een later moment werd dit regime als in strijd met de artikelen 8 en 13 EVRM gepasseerd. Sindsdien is het inzagerecht van geregistreerden in gegevensverzamelingen van de BVD verzekerd onder de Wob⁵⁶. Bovendien moet in het oog worden gehouden, dat wat de informatievoorziening betreft, in belangrijke mate sprake is van wisselwerking tussen wetgever en rechter. Vaak wordt op rechterlijke uitspraken gereageerd met nieuwe wetgeving, die dan weer aan rechterlijke toetsing kan worden onderworpen.

Een kenmerk van privacy-jurisprudentie is voorts, dat dikwijls sprake is van conflicten vanwege een botsing van grondrechten. Niet alleen staat de aanspraak op respectering van de privésfeer in art. 8 EVRM van nature op gespannen voet met de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van nieuwsgaring ("free flow of information") in art. 10 EVRM⁵⁷, ook is sprake van botsende aanspraken in relatie tot art. 6 EVRM⁵⁸, terwijl in de ouder-kind relatie aanspraken uit art. 8 EVRM kunnen conflicteren⁵⁹. Het EVRM kent, evenmin als de grondwet, geen hiërarchische rangorde van grondrechten. Dit betekent dat de rechter heeft te oordelen welke grondrechtelijk gegarandeerde aanspraak in concreto prevaleert, veelal op basis van een belangenafweging, toegesneden op de bijzondere omstandigheden en onder inbreuk-compenserende beperkingen. In veel gevallen is deze keuze in (potentiële) grondrechtsconflicten echter reeds door de wetgever gemaakt, resulterend in verbijzonderde informatie-, registratie- en onderzoeksverplichtingen, al dan niet gekoppeld aan een belangenafweging in concreto.

Naast conflicterende aanspraken doet zich echter tevens het verschijnsel voor, dat grondrechten elkaar via complementaire werking kunnen versterken⁶⁰.

In aanvulling op het voorgaande is nog een specifiek onderdeel van rechtsontwikkeling te noemen, namelijk die van een in de rechtspraak erkend algemeen persoonlijkheidsrecht als bron van grondrechtsaanspraken. In het arrest-Valkenhorst heeft Hoge Raad zich uitgesproken over het

⁵⁶ Vgl. ABRS 9 juni 1994, AB 1995, 238 m.nt. A.A.L. Beers, met name de uitgebreide toetsing van art. 16 WIV aan art. 8 EVRM en de daarop door het EHRM gewezen jurisprudentie (Malone en Leander), en ARRS van 24 november 1992, AB 1994, 344 m.nt. A.A.L. Beers. Zie ook HR 24 januari 1997, NJ 1998, 398 m.nt. G. Overkleeft-Verburg (persoonsregistratie PID).

⁵⁷ Zie HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 m.nt. CJHB (methode nieuwsgaring), HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 m.nt. DWFV (portretrecht) en HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 m.nt. EJD (publicatie oorlogsverleden). Zie voorts titel en considerans van de EG-Richtlijn bescherming persoonsgegevens en art. 9 betreffende de bijzondere positie van de media. Eenzelfde afweging van individuele aanspraken van privacy en free flow of information ligt ten grondslag aan het Europees Dataverdrag.

⁵⁸ Zie met name de bonus-malus jurisprudentie van de CRvB: CRvB 15 februari 1995, NJ 1995, 426 m.nt. de L. en CRvB 28 november 1996, AB 1997, 47 m.nt. FP. Zie ook Overkleeft-Verburg 1999, p. 145 e.v.

⁵⁹ Zie HR 25 juni 1993, NJ 1994, 140 m.nt. WH-S (De Bolderkar) en HR 12 juni 1992, NJ 1992, 589 (informatierecht ouder).

⁶⁰ Zie als voorbeelden van een dergelijke complementariteit: CRvB 25 januari 1998, AB 1998, 168 m.nt. FP (categorische uitsluiting openbare behandeling WAO-zaken) en HR 26 februari 1999, AB 2000, 156 m.nt. ThGD (toepasselijkheid artt. 8 en 10 EVRM op telefoonverkeer).

recht op afstammingsinformatie⁶¹. Bepalend is de volgende rechtsoverweging: "...dat het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemeen persoonlijkheidsrecht mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt." Naar ik meen had de Hoge Raad dit recht op afstammingsinformatie ook in het recht op privé leven kunnen situeren. Met de keuze voor incorporatie van een algemeen persoonlijkheidsrecht als ongeschreven grondrecht, overeenkomend met de garantie in art. 2 van het Duitse Grundgesetz, heeft de Hoge Raad in de grondwettelijke grondrechtencatalogus echter een opening willen maken voor nieuwe en nog niet als zodanig geëxpliciteerde aanspraken. Dat is winst. Wel zal er op gelet moeten worden, dat de jurisprudentie van EHRM en Hoge Raad niet uit elkaar gaat lopen. Dat risico lijkt vooralsnog gering, omdat het arrest-Valkenhorst nog geen vervolg heeft gekregen.

7. Het Europees Dataverdrag 1981

Onder auspiciën van de Raad van Europa is in 1981 het Europees Dataverdrag gerealiseerd⁶². Deze intergouvernementele overeenkomst betreft de geautomatiseerde gegevensverwerking omtrent personen. Een groot aantal lidstaten van de Raad van Europa zijn inmiddels toegetreden, waaronder alle EG-lidstaten⁶³. Dit verdrag heeft zelf geen directe werking, maar verplicht de toegetreden lidstaat in art. 4 tot specifieke wetgeving, waarin de in het verdrag opgenomen beginselen - de zgn. basic principles for data protection - in het nationale recht zijn geïmplementeerd. Het verdrag beoogt een evenwicht te vinden tussen de bescherming van de informatiele privacy enerzijds en het beginsel van "free flow of information", vastgelegd anderzijds, mede toegesneden op een harmonisatie van regelingen met het oog op het grensoverschrijdend gegevensverkeer van de lidstaten onderling⁶⁴. Tevens vormt dit verdrag de basis van een geïnstitutionaliseerde samenwerking in de Raad van Europa ten behoeve van een nadere sectorale normering van de gegevensverwerking. In het verlengde hiervan zijn reeds een groot aantal Aanbevelingen door het Comité van Ministers vastgesteld. De nader omschreven regelingsverplichting van de verdragsstaten in het Europees dataverdrag, is tevens als een nadere uitwerking van de in art. 8 EVRM begrepen positieve verplichtingen betreffende gegevensverwerking te kwalificeren⁶⁵. Hoewel het verdrag zelf geen ieder verbindende bepalingen kent, is het aldus in te lezen in de garanties van art. 8 EVRM. Op deze wijze hebben zich daartoe lenende bepalingen in het Europees Dataverdrag ingevolge de artikelen 93 en 94 grw. alsnog rechtstreekse doorwerking in het nationale recht. Het Europees dataverdrag geldt tevens als internationale privacy-standaard⁶⁶.

8. Grondrechtenbescherming in EG-verband

Naast de grondrechtenbescherming binnen de Raad van Europa via art. 8 EVRM en het Europees Dataverdrag, is deze ook in EG-verband steeds belangrijker geworden. De communautaire bescherming van grondrechten loopt over verschillende sporen. Als eerste het EG-Verdrag. Dit bevat een aantal economische grondrechten, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het vrij verkeer

⁶¹ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 m.nt. WH-S. Zie vooral ook de conclusie van a.-g. Koopmans en de hierin genoemde literatuur.

⁶² Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, Straatsburg 28 januari 1981, Trb. 1988, 7 en 1993, 11 (ratificatie). 1981.

⁶³ Nederland heeft dit verdrag pas in 1993 geratificeerd. Zie de goedkeuringswet van 20 juni 1990, Stb. 351 en de wijziging daarbij bij wet van 27 november 1991, Stb. 654.

⁶⁴ Zie ook 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 het verlengde van art. 17 IVBPR.

⁶⁵ Zie Overkleeft-Verburg 1995, p. 22.

⁶⁶ Zie voorts 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.

van personen⁶⁷. In het functioneren van de EG-instellingen was privacybescherming tot recent begrepen in de geheimhoudingsplicht van leden, ambtenaren en personeelsleden ingevolge (thans) art. 287 EG-Verdrag⁶⁸. Bij het Verdrag van Amsterdam is in art. 286 EG-Verdrag een voorziening getroffen betreffende de informatiele privacy, met name de nu ook interne gelding van privacyregelingen en toezicht door een onafhankelijk controleorgaan.

Dan de bescherming van de niet uitdrukkelijk gegarandeerde grondrechten. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie maken fundamentele rechten een integrerend deel uit van de algemene rechtsbeginselen, waarvan het Hof de eerbiediging in de communautaire rechtsorde verzekert. Het Hof baseert zich in de concretisering van deze grondrechtelijke component van de beginselen van gemeenschapsrecht op de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en aanwijzingen in de mensenrechtenverdragen⁶⁹. Aldus is sprake van een omzetting van nationale en verdragsrechtelijke grondrechtsgaranties in een bijzondere gemeenschapsvariant. De specifieke communautaire inslag van de grondrechtsbescherming door het Hof van Justitie blijkt tevens uit de gehanteerde beperkingsclausule. Beperkingen in het algemeen belang zijn toelaatbaar, in het bijzonder in het kader van de gemeenschappelijke marktordening, mits deze met het oog op het nagestreefde doel niet zijn te beschouwen als een te vergaande en onaanvaardbare ingreep, waardoor die rechten wezenlijk worden aangetast⁷⁰. Inmiddels is deze jurisprudentie gecodificeerd in de beginselverklaring in art. 6 EU-Verdrag. De eerbiediging van de grondrechten in het EVRM is hierin als rechtsbron voorop gesteld, naast de constitutionele tradities van de lidstaten⁷¹. Wat de privacy-grondrechten betreft is, afgezien van het vrij personenverkeer⁷², de oogst in de jurisprudentie van het Hof gering. Voorzover zich rechtsvragen voordeden, hadden deze met name betrekking op de onderzoeks- en verificatiebevoegdheden van de Commissie. Zo heeft het Hof met betrekking tot het huisrecht, op basis van rechtsvergelijking en uitleg van art. 8 EVRM geconcludeerd, dat dit wel voor de privé-woning van natuurlijke personen geldt, maar niet voor ondernemingen⁷³. Evenmin kon het Hof bij rechtsvergelijking komen tot de vaststelling van een ook voor rechtspersonen als grondrecht geldend zwijgrecht (nemo tenetur-beginsel)⁷⁴.

Naast het grondrechtenspoor, heeft het Hof daarom tevens het concept van de rechten van de verdediging als grondbeginsel van de communautaire rechtsorde ontwikkeld⁷⁵. Deze zijn met name relevant bij de handhaving van gemeenschapsrecht (mededingingsrecht en subsidieverlening). Het is een vorm van maatwerk, onder meer gebaseerd op een min of meer analogische toepassing van met name in de artikelen 6 en 8 EVRM begrepen beginselen. Sommige rechten van de verdediging hebben alleen betrekking op de contradictoire procedures, andere gelden reeds in de fase van het vooronderzoek. Zo kan de Commissie een onderneming niet verplichten om informatie te verstrekken waardoor zij het bestaan van een inbreuk op het

⁶⁷ Zie ook titel IV EG-Verdrag betreffende de communautaire samenwerking op het terrein van visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen.

⁶⁸ Zie het beginsel van bescherming van het zakengeheim in HvJ EG 24 juni 1986, NJ 1988, 389 (AKZO Chemie) en HvJ EG 19 mei 1994, NJ 1995, 208 (SEP/Commissie). Vgl. de discussie over de zgn. Eurowob.

⁶⁹ HvJ EG 14 mei 1974, Jur. 1974, p. 491 (Nold).

⁷⁰ HvJ EG 13 juli 1989, AB 1992, 14 m.nt. I. Sewandono (Wachauf).

⁷¹ Zie M.C. Burkens en H.R.B.M. Kummeling (red.) EG en grondrechten, Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming, Zwolle 1993.

⁷² Vgl. HvJ EG 7 juli 1992, AB 1993, 1 m.nt. I. Sewandono, betreffende het recht op familie- en gezinsleven in het kader van de vrijheid van vestiging.

⁷³ HvJ EG 21 september 1989, Jur. 1989, p. 2859 (Hoechst/Commissie) en HvJ EG 17 oktober 1989, Jur. 1989, p. 3137 en NJ 1990, 571 (Dow Benelux/Commissie). Vgl. de afwijkende benadering van het EHRM, met name in EHRM *** Niemietz

⁷⁴ HvJ EG 18 oktober 1989, NJ 1991, 687 (Orkem/Commissie).

⁷⁵ HvJ EG 9 november 1983, Jur. 1983, p. 3461 (Michelin).

gemeenschapsrecht zou moeten erkennen, terwijl de Commissie die moet bewijzen⁷⁶. Op deze wijze heeft het Hof toch een zwijgrecht voor ondernemingen gecreëerd. Dit betekent dat privacyrechten onder omstandigheden ook onder deze noemer beschermd kunnen zijn⁷⁷.

Met de opstelling van het Europese handvest van grondrechten door een conventie van afgevaardigden van het Europees Parlement, de nationale parlementen de Europese Commissie en de regeringen van de lidstaten, is een nieuwe fase in communautaire grondrechtsbescherming ingeluid. Het recht op privacy is hierin opgenomen.^{***} Hoewel het debat over de juridische werking van dit handvest en de beoogde verankering ervan in het EU-verdrag nog moet beginnen, is het betekenis van de vaststelling van deze grondrechtencatalogus nu al aanzienlijk. Als normatief oriëntatiekader draagt dit handvest immers direct bij aan de legitimiteit van grondrechtsbescherming in EG-verband.

9. De EG-Richtlijn bescherming persoonsgegevens en art. 10 grw.

Met de vaststelling van de EG-Richtlijn bescherming persoonsgegevens op 24 oktober 1995 heeft de grondrechtelijke bescherming van de informationele privacy een belangrijke communautaire dimensie gekregen⁷⁸. De implementatietermijn van deze richtlijn is op 24 oktober 1998 verstreken. De communautaire regeling betreft de geautomatiseerde en handmatige gegevensverwerking, in woord en geschrift, beeld en geluid. De kern ervan bestaat uit een aantal materiële bepalingen betreffende de rechtmatigheidsvoorwaarden voor gegevensverwerking, met een verzwaard regime voor de zgn. gevoelige gegevens⁷⁹. De beginselen van rechtmatige gegevensverwerking in het hiervoor genoemde Europees Dataverdrag zijn hierin verwerkt. De richtlijn bevat een verbod op grensoverschrijdend gegevensverkeer naar derde landen (niet EG-lidstaten), tenzij passende privacy-waarborgen worden geboden. De regeling van de rechtspositie van de geregistreerde voorziet in rechten op informatie, inzage en correctie alsmede in een individueel recht van verzet. Verplichtingen van de houder zien op de vertrouwelijkheid van gegevensverwerking, beveiliging en aanmelding ervan bij de toezichthouder of een interne functionaris voor de gegevensbescherming. Het handhavingsregime gaat uit van toezicht op naleving door een onafhankelijk orgaan, adequate sanctiëring, waaronder aansprakelijkheid van de houder, en toegang tot de rechter. Het beoogd dynamische karakter van de richtlijn blijkt uit het institutionele kader, met name de taken en bevoegdheden van de Groep van toezichthouders, het Comité met vertegenwoordigers van lidstaten en Commissie alsmede de Commissie als zodanig. Vooral aan de jaarlijkse rapportageverplichtingen van Groep en Commissie aan Raad en Europees Parlement is een belangrijke functie toedgedacht. De methodes van verdergaande harmonisatie zijn: overleg met het oog op overeenstemming in uitleg en toepassing, aanscherping van de richtlijn en verbijzondering van de richtlijn via te ontwikkelen sectorrichtlijnen⁸⁰. Via de Wet bescherming persoonsgegevens⁸¹

⁷⁶ HvJ EG 18 oktober 1989, NJ 1991, 687 (Orkem).

⁷⁷ De jurisprudentie van het Hof heeft met name betrekking op de handhaving van het mededingingsrecht. Zie echter ook art. 280 EG-Verdrag betreffende de bestrijding van fraude en andere onwettige activiteiten waardoor financiële belangen van de gemeenschap worden geschaad.

⁷⁸ 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. L 281 van 23 november 1995.

⁷⁹ Dit zijn 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.

⁸⁰ Zie Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, PbEG nr. L 024 van 10 januari 1998.

en aanpassingswetgeving⁸² wordt deze richtlijn omgezet in nationaal recht.

De EG-Richtlijn bescherming persoonsgegevens is rechtstreeks van invloed op de werkingssfeer van art. 10 grw., want beperkt op dit punt de werking van dit nationale privacy-grondrecht. Binnen het geldingsbereik van deze richtlijn: de gegevensverwerking omtrent personen binnen de grenzen van het Europees recht⁸³, ligt het primaat in normering bij deze communautaire regeling. Dit vloeit voort uit het beginsel van voorrang van gemeenschapsrecht met mechanismen in het EG-Verdrag om deze prevalerende rechtswerking ook daadwerkelijk af te dwingen. Onder omstandigheden komt aan (onderdelen van) de richtlijn rechtstreekse werking toe, terwijl de lidstaat aansprakelijk en schadeplichtig blijft voor een tijdige, volledige en juiste implementatie ervan. Burgers kunnen derhalve procederen met de naleving van de richtlijn als inzet. Het Hof van Justitie is wat de uitleg van de richtlijn betreft de hoogste instantie (artikelen 228 en 234 EG-Verdrag). Ingevolge de artikelen 249 en 10 EG-Verdrag is ook de rechter verplicht tot effectuering van de richtlijn, met name door toepassing en een gemeenschapsconforme interpretatie van het nationale recht⁸⁴.

In de considerans bij de Wet bescherming persoonsgegevens is, in tegenstelling tot zijn voorganger de Wet persoonsregistraties, sprake van een tweeledige grondslag: te weten zowel de EG-Richtlijn persoonsgegevens als art. 10, tweede en derde lid, grw. Met de regeling van de niet tot het gemeenschapsrecht te rekenen gegevensverwerking wordt weliswaar uitvoering gegeven aan de regelingsopdracht in de leden 2 en 3 van art. 10 grw., met betrekking tot de wijze waarop dit gebeurt is aangehaakt bij wat in Brussel is voorgeprogrammeerd. Niet verplicht, maar via het zwaan-kleef-aan-principe, als voorbeeld van communautaire harmonisatie op vrijwillige basis. Dit effect is ook verwacht en bevorderd. Het is immers niet doelmatig om qua normering van gegevensverwerking te differentiëren in een communautair en een nationaal regime. Een neveneffect van de richtlijnontwikkeling is wel, dat terzake van de informationele privacy de betekenis van art. 10 grw. in belangrijke mate is uitgehold. Wat de door het gemeenschapsrecht bestreken gegevensverwerking betreft is de ruimte voor eigen rechtsvorming beperkt tot de door de richtlijn aan de lidstaten gelaten bandbreedte. Omdat met de richtlijn een systeem van dynamische harmonisatie is beoogd, zal de nationale component stapsgewijs verder worden ingeperkt⁸⁵. Wat het deel van de regulering onder nationale souvereiniteit betreft, is - doordat de wetgever ook voor dit deel het regime van de richtlijn heeft overgenomen - de ruimte voor eigen rechtsvorming feitelijk uit handen gegeven. Weliswaar is art. 10 grw., met name het tweede en derde lid, nog te zien als grondslag van zelfstandige, niet onder het communautaire regime vallende sectorregelingen, zoals de Wet politieregisters⁸⁶ en de Wet GBA. Uit een oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid kan het niet anders, dan dat ook deze regelingen zich in

⁸¹ Zie TK 1997-1998, 25892, nrs. 1-3 en de vervolgstukken op dit kamerstuknummer.****

⁸² Zie het wetsontwerp Wijziging van bepalingen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, TK 1998-1999, 26410, nrs. 1-3.

⁸³ Zie art. 3 van de EG-Richtlijn persoonsgegevens. Volgens deze bepaling is de richtlijn niet van toepassing op niet binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende activiteiten, zoals de titels V en VI in het EU-Verdrag (buitenlands- en veiligheidsbeleid en politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, de zgn. derde pijler) en evenmin op gegevensverwerking betreffende de openbare veiligheid, defensie, staatsveiligheid en de activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied. Vgl. de afbakening in werkingssfeer in art. 2 Wet bescherming persoonsgegevens.

⁸⁴ Zie met betrekking tot de werking van richtlijnen: HvJ EG 13 november 1990, NJ 1993, 163 (Marleasing).

⁸⁵ Privacy is ten dele ook een nationaal-cultureel bepaald fenomeen. Vgl. art. 16 Wbp. Hierin is het lidmaatschap van een vakvereniging als gevoelig gegeven met verhoogde rechtsbescherming gekwalificeerd. In ons land wordt dit gegeven niet als maatschappelijk gevoelig gezien. Wel gelden inkomens- en vermogensgegevens traditioneel als gevoelig, als uitvloeisel van onze meer egalitaire cultuur.

⁸⁶ Zie ook titel VI in het EU-Verdrag betreffende de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken en de uitvoering die hieraan wordt gegeven.

normering en uitleg naar het regime van de richtlijn en de daaraan gegeven uitleg gaan voegen. Niet verplicht, maar onontkoombaar.

Resteert nog de vraag naar de betekenis onder het richtlijn-regime van de beperkingsclausule in art. 10, eerste lid grw., die herleidbaarheid - direct of indirect - tot een formeelwettelijke grondslag voorschrijft. Nader toegespitst gaat het dan met name om de betekenis van het begrip "wet" in art. 8, sub c Wbp, de bepaling die gegevensverwerking uit hoofde van een wettelijke verplichting als rechtmatig aanduidt. De vraag wat als voldoende wettelijke grondslag heeft te gelden wordt ingevolge het Europees recht primair door het nationale recht bepaald. Dit betekent dat een wettelijke informatieverplichting in een bijzondere wet als zodanig heeft te voldoen aan de grondrechtelijke garanties in de artikelen 10 grw. en 8 EVRM. De beperkingsclausule in art. 10, eerste lid, grw. blijft derhalve op dit punt van betekenis. Wel is te bedenken dat het vooral een kwestie van vorm is. Welke wettelijke regelingen er (moeten) komen wordt immers mede door het communautaire recht bepaald. Intensivering van communautaire samenwerking impliceert een groei in nationale resultaatsverplichtingen, waaronder de totstandkoming van faciliterende informatieregelingen. Dit betekent dat daar waar de grondwettelijke beperkingsclausule veronderstelt dat de wetgever in vrijheid een afweging maakt tussen het doel van gegevensverwerking en de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, de toeneming in internationale verplichtingen de materiële beslissingsruimte van de wetgever inperkt, de aangegeven belangenafweging immers veelal al gemaakt is op communautair of verdragsniveau. De doorwerking van art. 8 EVRM in het tot gelding brengen van de richtlijn is in haar consequenties nog niet geheel voorspelbaar, mede door de concurrerende rechtsmacht van het EHRM in Straatsburg en het Hof van Justitie in Luxemburg⁸⁷.

De Commissie "Grondrechten in het digitale tijdperk", die in 2000 advies uitbracht aan de regering betreffende aanpassing en aanvulling van hoofdstuk 1 van de grondwet, is aan de hiervoor beschreven doorwerking van het communautaire recht op art. 10 grw. en de samenloop met art. 8 EVRM en het Europees Dataoverdrag 1981 geheel voorbij gegaan. De commissie concentreert zich geheel op de richtlijn en stelt voor om de regelingsverplichting in het tweede lid van art. 10 grw. met het object hiervan: het gehele proces van gegevensverwerking, in overeenstemming te brengen. Wat het derde lid betreft, de verbijzondering van individuele aanspraken in de gegevensverwerking, adviseert de commissie om het thans genoemde inzage- en correctierecht aan te vullen met het recht op kennisneming van de herkomst van en de doeleinden waarvoor die gegevens worden verwerkt, alsmede met aanspraken inzake verwijdering en verzet. Ook op dit punt volgt de commissie de structuur van de richtlijn. Op dit voorstel is wel wat af te dingen. Primair de vraag of het wel opportuun is om wat de informatiele privacy betreft, via een op de richtlijn toegespitste invulling van het tweede en derde lid van art. 10 grw. de inhoud van dit grondrecht geheel en onvoorwaardelijk aan de communautaire rechtsontwikkeling te koppelen. Bovendien is de opvatting wijd verspreid, dat de richtlijn uitgaat van een (ten dele) verouderd regelingsconcept, dat onvoldoende is toegesneden op het Internet-tijdperk⁸⁸. Daar komt bij, dat voorgestelde uitbreiding van aanspraken nauwelijks iets toevoegt, omdat deze reeds min of meer in het thans in het derde lid opgenomen inzage- en correctierecht begrepen zijn. Mocht niettemin besloten worden tot een "digitale actualisering" van de grondwet, dan verdient het mijns inziens aanbeveling om het huidige tweede en derde lid van art. 10 te vervangen door één nieuwe, neutraal - dus los van de richtlijn - geformuleerde en gemotiveerde bepaling als tweede lid, te weten een

⁸⁷ Zie de bespreking van de jurisprudentie van het EHRM hierna. Hieruit blijkt, dat wat de informatiele privacy betreft sprake is van substantiële verschillen in benadering.

⁸⁸ De richtlijn is in belangrijke mate gebaseerd op de eind jaren zeventig gerealiseerde Franse en Duitse privacy-wetgeving. Deze ging uit van de toenmalige automatiseringstechniek, met name van omvangrijke databases in gespecialiseerde automatiseringscentra.

regelingsplicht betreffende de verwerking van persoonsgegevens⁸⁹. Hoewel een dergelijke regelingsplicht als positieve verplichting al is begrepen in art. 10, eerste lid, grw., verdient het niettemin aanbeveling om de grondwettelijke basis van de privacy-wetgeving te continueren. Voorkomen moet echter worden, dat deze instructienorm zelf weer nieuwe rechtsvragen oproept.

10. De jurisprudentie inzake art. 10 grw.

Bij het bepalen van de werkingssfeer van het grondrecht op privacy in art. 10, eerste lid, grw. is de wetsgeschiedenis, met name de toelichting in de uit 1976 daterende memorie van toelichting slechts beperkt van waarde. Uit globale opmerkingen is te op te maken, dat tot de persoonlijke levenssfeer in elk geval zijn te rekenen: de woning, bepaalde vormen van communicatie, vertrouwelijke gesprekken, sommige individuele gewoonten, gedragingen, contacten, abonnementen, lidmaatschappen e.d., bepaalde aspecten van het gezinsleven, lichamelijke en geestelijke integriteit en de verwerking van persoonsgegevens. Dit mede in de sleutel van aanduidingen als: "het recht zijn eigen leven te leiden met zo weinig mogelijk inmenging van buitenaf" en "de reeks situaties waarin de mens onbevangen zich zelf wil zijn"⁹⁰. De grondwetgever gaat derhalve niet verder dan een aanduiding van uiteenlopende verschijningsvormen, onder vermelding dat aard en mate van bescherming van de persoonlijke levenssfeer varieert. Een nadere precisering van de inhoud van dit grondrecht blijft achterwege. Dat is de taak van wetgever en rechter. Zoals uit het voorgaande blijkt hebben deze zich intensief van hun taak gekweten, mede in samenhang met rechtsontwikkelingen in Europees en communautair verband. De in het tweede en derde lid voorziene nadere wetgeving inzake persoonsregistraties - de Wet persoonsregistraties, de Wet politieregisters en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens - vervult meerdere functies. Niet alleen in de precisering van rechtsposities maar ook als formeel-wettelijke beperkingsgrondslag⁹¹ en wat de WPR betreft, het effectueren van horizontale werking. Eerder is reeds vermeld, dat art. 10, eerste lid, grw. qua beschermingsomvang correspondeert met in het bijzonder art. 8 EVRM en de daaraan door EHRM en nationale rechter gegeven uitleg en toepassing, terwijl de regelingsverplichting in het tweede en derde lid overeenkomt met vergelijkbare verplichtingen in het Europees Dataverdrag en de EG-Richtlijn bescherming persoonsgegevens. In dit perspectief vormt art. 10 grw. het nationale ankerpunt voor rechtsvorming in Europees/internationaal verband.

Suggereert het voorgaande een min of meer geleidelijke rechtsontwikkeling, bij confrontatie met de toelichting op het grondrecht op privacy van de grondwetgever blijkt van een min of meer spectaculaire ontwikkeling wat de informatiele privacy betreft. De toelichting op art. 10, eerste lid, grw. gaat er nog van uit, dat bij de verwerking van persoonsgegevens in concreto is te bezien of het grondrecht op privacy in het geding is, in samenhang met de aard en mate van de inbreuk. Door de combinatie van het eerste met het tweede en derde lid en de latere afbakening van de werkingssfeer van de Wet persoonsregistraties, met name door de uitleg van het begrip persoonsgegeven⁹², is echter de facto de gehele verwerking van persoonsgegevens onder het beslag van dit grondrecht gebracht. Het enkele feit van verwerking van op de persoon herleidbare

⁸⁹ Zie het door de commissie voorgestelde tweede lid: "De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met de verwerking van persoonsgegevens."

⁹⁰ Algehele grondwetsherziening, eerste lezing, deel Ia Grondrechten, 1979 p. 39 e.v., Overkleeft-Verburg 1982, p. 227 e.v. en L. Verhey, Artikel 10 in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek, De Grondwet, een artikelsgewijs commentaar, studenteneditie, 1997, par. 4.

⁹¹ De wet biedt tevens een kader voor de afweging van botsende grondrechtsaanspraken. Voor zover de privacy daarbij het onderspit delft, vervult de wet ook op dit punt de functie van beperkingsgrondslag.

⁹² Het begrip persoonsgegeven is in art. 1 WPR gedefinieerd als: "een gegeven dat herleidbaar is tot een individuele natuurlijke persoon." Zie voor de uitleg van dit begrip: Overkleeft-Verburg 1995, p. 641 e.v. Vgl. de overneming van deze definitie in art. 1, sub a van de Wet bescherming persoonsgegevens. De omschrijving van het begrip persoonsgegeven luidt hier: "elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon."

informatie is nu bepalend, waarbij de privacy-inbreuk wordt verondersteld. Derhalve is te concluderen, dat zich - als element van het in art. 10, eerste lid, grw. gegarandeerde privacy-grondrecht - de facto een grondwettelijk gewaarborgde aanspraak op informationele zelfbeschikking heeft ontwikkeld⁹³, die weliswaar beperkt kan worden, echter slechts op basis van individuele toestemming (informed consent) of een formeel-wettelijke grondslag⁹⁴.

Zoals hiervoor is aangegeven is de door art. 10, eerste lid, grw. geboden grondrechtsbescherming min of meer overlappend met die uit hoofde van art. 8 EVRM. Op één punt heeft het nationale privacy-grondrecht echter specifieke meerwaarde: het vereiste van een formeel-wettelijke grondslag van beperkingen. Dit vereiste correspondeert met een inperking van de gemeentelijke regelingsautonomie. In de uitspraak inzake de bevoegdheid tot sluiting van drugspannen in de APV-Venlo, oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak, dat een woning die als zodanig in gebruik is naar haar aard behoort tot de persoonlijke levenssfeer van haar bewoners. Een besluit tot geslotenverklaring is derhalve te kwalificeren als een beperking in de zin van art. 10, eerste lid grw. Door het ontbreken van de vereiste formeel-wettelijke grondslag, concludeert de Afdeling, dat het bestreden besluit strijdt met art. 10 grw⁹⁵. Inmiddels is in dit beperkings-deficit voorzien via de opnemings van een sluitingsbevoegdheid van de burgemeester wegens verstoring van de openbare orde in art. 174a Gemeentewet. De uitspraak inzake de APV-Venlo heeft veel aandacht gekregen. Wat de werking van de beperkingsclausule betreft was deze echter niet nieuw, zoals blijkt uit een uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak uit 1988. Toen ging het om de status van de Erkenningregeling vrijwillige plaatsingen jeugdhulpverlening⁹⁶. Hieruit is af te leiden, dat privacy-beperkende bepalingen in beleidsregels (art. 1:3, vierde lid, Awb) eveneens op een formeel-wettelijke beperkingsgrondslag herleidbaar moeten zijn⁹⁷. Uit de jurisprudentie blijkt voorts, dat privacy-grondrechten een beperkende functie vervullen bij de afbakening van wettelijke informatieverplichtingen in concreto⁹⁸.

⁹³ Zie Overkleeft-Verburg 1995, hfdst. 2. In de MvT op het Wetsontwerp bescherming persoonsgegevens, TK 1997-1998, 25892, nr. 3, p. 9 is het standpunt ingenomen, dat - anders dan de Duitse rechtsoptwikkeling - in art. 10, eerste lid, grw. geen recht op informele zelfbeschikking begrepen is. De motivering is niet sterk. Verondersteld wordt dat met de aanname van een dergelijk beginsel, tevens een rangorde in grondrechtelijke aanspraken wordt aangebracht, waarbij dit recht zou prevaleren. Dat is echter niet het systeem van de grondwet. Erkenning van een (grond)recht op informationele zelfbeschikking laat onverlet, dat dit in geval van botsing van grondrechten, met name in relatie tot het (ongeschreven) grondrecht van individuele handelingsvrijheid, moet wijken. De Wbp biedt op dit punt een kader voor nadere belangenafweging en geldt derhalve ook op dit punt als relevante beperkingsgrondslag.

⁹⁴ Zie ook de rechtmatigheidscriteria in art. 8 van de Wet bescherming persoonsgegevens. Het vereiste van een formeel-wettelijke beperkingsgrondslag is minder zwaar dan het lijkt, wanneer wordt verdisconteerd dat hieraan mede wordt voldaan door niet specifieke regelingen, zoals de Wob, art. 6:162 BW, de artt. 3:2, 5:16 en 5:17 Awb, art. 2 Politiewet 1993 en art. 141 Sv., terwijl in het bijzonder de Wet bescherming persoonsgegevens als adequate beperkingsgrondslag fungeert.

⁹⁵ Zie hieromtrent ook: J.G. Brouwer en A.E. Schilder, Sluiting drugspand Venlo in AB Klassiek 2000, p. 332 e.v. Vgl. de achterliggende, gelijklopende uitspraak van de Rb. Roermond 3 januari 1995, AB 1995, 168. In een latere uitspraak inzake een vergelijkbare bevoegdheid in de APV-Kerkrade heeft de ABRS strijd met art. 10 grw. echter afgewezen, omdat de gesloten verklaarde ruimten niet tot een woning behoorden.

⁹⁶ Vz. ARRS 30 juni 1988, AB 1989, 438. Hierin stelde de Voorzitter vast, dat omdat de Erkenningregeling niet bij of krachtens de wet is vastgesteld, de hierin opgenomen onderzoeksbevoegdheid zich niet verdraagt met art. 10, eerste lid grw. Er is echter ook jurisprudentie waarin dit aspect niet is verdisconteerd. Dat art. 10 grw. verschil maakt blijkt uit eerdere jurisprudentie, met name ARRS 19 juni 1984, AB 1985, 215, APV IJsselstein, met name de APV-grondslag van een zwarte lijst van horeca-bezoekers.

⁹⁷ Het is derhalve niet voldoende, dat beleidsregels nadere invulling geven aan een wettelijke bevoegdheid. Tevens moet aan het vereiste worden voldaan, dat de wettelijke grondslag zelf voorziet in een beperking van de persoonlijke levenssfeer, dan wel deze beperkingsbevoegdheid delegeert. Zie ook de artt. 4:81 en 10:16 Awb.

⁹⁸ Zie met name: AGRS 22 juni 1993, AB 1994, 388 (inzage bank- en giroafschriften) en ABRS 6 oktober 1994, AB 1995, 291 m.nt. RH (informatie relatie).