

SAMENWERKENDE INSPECTIES, EENDUIDIG TOEZICHT

Onderzoeksrapport

**Bedrijfs- en beroepsmatige gegevens als persoonsgegevens.
Over de afbakening van de werkingssfeer van de Wet
Bescherming persoonsgegevens**

Prof. mr. G. Overkleeft-Verburg
hoogleraar Staats- en Bestuursrecht
Erasmus Universiteit Rotterdam

Rotterdam, januari 2007

SAMENWERKENDE INSPECTIES, EENDUIDIG TOEZICHT	i
1. Inleiding.....	1
1.1 Onderwerp.....	1
1.2 Onderzoeksofzet.....	1
2. Een breed onderzoek met beperkingen	2
2.1 De argumenten voor een breed onderzoek.....	2
2.2 Omvang van het onderzoek.....	4
3. Uitwerking.....	4
3.1 Onderzoeksresultaat.....	4
3.2 Volgorde van behandeling	4
4. Typologie van verwerking van persoonsgegevens.....	5
4.1 Natuurlijke personen en rechtspersonen.....	5
4.2 Taken van de rijksinspecties	6
4.3 Uitbesteding, concentratie en bevoegdheden	6
4.4 Typen persoonsgegevens.....	6
4.5 Bijzondere categorieën persoonsgegevens	7
4.6 Consequenties.....	7
5. Beschermingsomvang van de grondrechten in de artikelen 8 EVRM, 10 Grw. en 7 en 8 EU-Handvest van de grondrechten.....	8
5.1 De jurisprudentie van het EHRM op basis van het EVRM.....	8
5.2 De grondrechten- jurisprudentie van het EU Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg.....	10
5.3 Artikel 10 Grondwet	11
5.4 Conclusie.....	11
6. De interpretatie van richtlijn 95/46/EG en verordening (EG) nr. 45/2001 door het EU Hof van Justitie en het EU Gerecht van Eerste Aanleg	12
6.1 Algemeen	12
6.2 Uitbreiding van de werkingssfeer van richtlijn 95/46/EG.....	12
6.3 Beroeps- en bedrijfsmatige persoonsgegevens	14
6.4 Gegevensverwerking als structurerend begrip	14
6.5 De afbakening van het begrip persoonsgegeven	15
6.6 Rechterlijke uitspraken betreffende verordening nr. 45/2001	17
6.7 Conclusie.....	18
7. De doorwerking van verordening (EG) nr. 45/2001 (bescherming persoonsgegevens) in verordening (EG) nr. 1049/2001 (Eurowob)	18
7.1 De toepassing van verordening nr.1049/2001 en de uitzondering persoonlijke levenssfeer.....	18
7.2 De botsing tussen openbaarheid en privacy en gegevensbescherming ...	20
7.3 Openbaarmaking, privacy en gegevensbescherming en geheimhoudingsplichten	21
8. De interpretatie van de Afdeling bestuursrecht Raad van State van de persoonlijke levenssfeer als relatieve weigeringsgrond in artikel 10, tweede lid, aanhef en sub e, Wet openbaarheid van bestuur.....	22
8.1 De persoonlijke levenssfeer als weigeringsgrond.....	22
8.2 Onevenredige benadeling: reputatiebescherming	23
8.3 Openbaarmaking van inspectiegegevens	23
8.4 Rechtsontwikkeling	24
9. De interpretatie van de begrippen persoonsgegeven en gegevensverwerking in de Wet bescherming persoonsgegevens.....	24
9.1 Het begrip persoonsgegeven in wet, richtlijn, verordening en EDV 1981 .	24
9.2 Differentiatie van persoonsgegevens	25
9.3 De grondrechtelijke dimensie.....	26
9.4 Bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens	27
9.5 Aanjager van nieuwe wet- en regelgeving.....	28

10.	De ruimte voor gezamenlijke verwerking van persoons-gegevens door de inspecties op grond van de Wbp.....	29
10.1	Doel van het onderzoek	29
10.2	Bevindingen betreffende de uitleg van de begrippen persoonsgegeven en gegevensverwerking	29
10.3	De betekenis van de jurisprudentie van Hof van Justitie en Gerecht van Eerste Aanleg	31
10.4	Richtlijn en Wbp als aanjagers van sectorwetgeving.....	31
10.5	De Wbp als “kop” op de richtlijn	32
10.5	Conclusies	32
11.	Tot besluit.....	33

Samenwerkende inspecties, Eenduidig toezicht

Bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens als persoonsgegevens. Over de afbakening van de werkingssfeer van de Wet bescherming persoonsgegevens.

1. Inleiding

1.1 Onderwerp

Het onderzoek naar de juridische status van bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens in het licht van de Wet bescherming persoonsgegevens wordt uitgevoerd in het kader van het project Samenwerkende inspecties. Een onderdeel van de beoogde samenwerking is de inrichting van een gemeenschappelijke gegevensverwerking ten behoeve van een “free flow of information” tussen de inspecties. In deze studie wordt verkend welke mogelijkheden bestaande wet- en regelgeving bieden met betrekking tot een gezamenlijke gegevensverwerking van inspectiegegevens.

1.2 Onderzoeksopzet

Uitgangspunt van deze studie is, dat de ruimte voor gezamenlijke gegevensverwerking c.q. uitwisseling van bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens tussen inspecties niet alleen een kwestie is van regels van (privacy en) gegevensbescherming, zoals vastgelegd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en specifieke informatieregimes in sectorwetten, maar dat daarbij tevens de openbaarheid van bestuur in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) betrokken moet worden (actieve en passieve openbaarmaking), evenals de categorie van specifieke, sectorale openbaarmakingsverplichtingen.

Een tweede uitgangspunt betreft het belang van communautaire wet- en regelgeving en de jurisprudentie van de Europese rechter, zowel in de vorm van specifieke verordeningen en richtlijnen met betrekking tot gegevensbescherming en openbaarheid als specifieke sectorale voorzieningen betreffende. De relevantie van deze invalshoek spreekt voor zich. Niet alleen vanwege de Europeesrechtelijke grondslag van taken en bevoegdheden en de daarmee samenhangende uitvoerings- en handhavingsverplichtingen, maar ook omdat de rechtsontwikkeling in het bestuurlijk informatierecht op Europees niveau meer zichtbaar is, dat wil zeggen sterker geprofileerd dan op nationaal niveau. In dat verband is opmerkelijk dat momenteel sprake is van een sterkere accentuering van openbaarheid van overheidshandelen (Transparency-initiatief), derhalve versterking van de actieve openbaarmaking in relatie tot de legitimiteit van het functioneren van de Europese instellingen. De relevantie van de rechtspraak betreft in het bijzonder de spanning/botsing tussen openbaarmakingsverplichtingen en regels van geheimhouding en gegevensbescherming alsmede de afbakening van de reikwijdte van regels van gegevensbescherming. Hof van Justitie en Gerecht van Eerste Aanleg worden derhalve met rechtsvragen geconfronteerd, die ook op nationaal niveau leven, echter op dit principiële niveau niet voor de rechter komen.

De grondrechtelijke basis van zowel gegevensbescherming als openbaarheid van bestuur (toegang tot documenten) is in de afgelopen periode versterkt, met name door de uitbreidende rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens in Straatsburg op grond van de artikelen 8 en 10 EVRM alsook door de vaststelling van het Handvest van de grondrechten en de doorwerking ervan in verordeningen, richtlijnen en kaderbesluiten alsmede in de rechtspraak van de Europese rechter.

2. Een breed onderzoek met beperkingen

2.1 De argumenten voor een breed onderzoek

Deze studie is primair bedoeld om met betrekking tot de informatievoorziening van de inspecties, het toepassingsbereik van het strikte regime van gegevensverwerking in de Wet bescherming persoonsgegevens in kaart te brengen. De redenen om deze studie te verbreden en niet alleen aandacht te schenken aan de Wet bescherming persoonsgegevens, maar ook aan de Wob en de hierop gebaseerde jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, houdt verband met de verwevenheid van beide wetten. Een aanspraak op openbaarmaking van documenten ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur geldt ingevolge artikel 8, aanhef en sub c, tevens als rechtmatige gegevensverstrekking in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens. Voor de vraag of sprake is van een dergelijke Wob-aanspraak is ingevolge artikel 3, eerste en vijfde lid, Wob bepalend, of het verzoek om informatie in documenten geweigerd mag worden op een van de in de artikelen 10 en 11 van deze wet genoemde weigeringsgronden. De volgende bepalingen zijn in dit verband relevant: (a) artikel 10, eerste lid, aanhef en sub d, Wob, een absolute (verplichtende) weigeringsgrond betreffende gevoelige gegevens in paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Wbp, (b) artikel 10, tweede lid, aanhef en sub e, Wob, een relatieve weigeringsgrond terzake van de persoonlijke levenssfeer, (c) artikel 10, lid 3, Wob betreffende het zelfbeschikkingsrecht van de geregistreerde en (d) de open geformuleerde relatieve weigeringsgrond in artikel 10, tweede lid, aanhef en sub g, Wob, terzake van onevenredige bevoor- en benadeling. Laatstgenoemde bepaling is in het bijzonder van belang uit een oogpunt van reputatiebescherming. De rechtspraak van de Afdeling Bestuursrecht op deze onderdelen is derhalve van rechtstreekse invloed op de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens ingevolge de Wbp. Bovendien fungeert de stroom van Wob-uitspraken als betrouwbare seismograaf van de ontwikkeling in rechtsopvattingen over kwesties van openbaarheid en geheimhouding, want laat zien welke informatie geacht kan worden tot het publiek domein te behoren. Hoewel de Wob geen grondslag van gegevensuitwisseling tussen bestuursorganen is, kunnen aan de openbaarheidsrechtspraak niettemin relevante argumenten worden ontleend met betrekking tot de vraag welke informatie als tot het publiek domein behorend kan worden aangemerkt. Voor zover dat het geval is, zullen de betreffende gegevens in beginsel ook tussen de inspecties uitgewisseld kunnen worden. Afgezien van de betekenis van de Wob in het licht van artikel 8, aanhef en sub c, heeft de toepassing van de Wob derhalve tevens reflexwerking met betrekking tot andere gronden in dit Wbp-artikel.

De verbreding van het onderzoek met de Europese dimensie van verplichtingen van gegevensbescherming en openbaarmaking heeft een vergelijkbare achtergrond. De Wbp vormt de implementatie van richtlijn 95/46/EG. De privacy-aspecten van elektronische communicatie zijn geregeld in richtlijn 2002/58/EG. Voor de Europese instellingen is het regime van bescherming van persoonsgegevens vastgelegd in

Verordening (EG) nr. 45/2001, parallel aan de twee genoemde richtlijnen. Gezien het onderwerp van deze studie zal richtlijn 2002/58/EG verder buiten beschouwing blijven.

De interpretatie van de Wbp dient richtlijnconform te zijn, dat wil zeggen in overeenstemming met de tekst van de richtlijn zoals uitgelegd door het Hof van Justitie. Omdat richtlijn en verordening een min of meer overeenkomstige regeling bevatten, mag worden aangenomen, dat de jurisprudentie van Hof en Gerecht van Eerste Aanleg op basis van deze verordening tevens van betekenis zijn voor de uitleg van de richtlijn en derhalve ook voor een rechtmatige toepassing van de Wbp. Ook op communautair niveau is in de rechtspraak de verhouding tussen openbaarheid (Verordening (EG) nr. 1049/2001) en gegevensbescherming (Verordening (EG) nr. 45/2001) nog volop in ontwikkeling. Dat geldt in het bijzonder voor een eventuele toepassing van de regels van gegevensbescherming in het kader van een verzoek om toegang tot documenten, met name in het geval van bedrijfsmatig relevante persoonsgegevens. Ook in dit geval geldt, dat deze jurisprudentie van de Europese rechter van betekenis is voor de door het recht gelaten ruimte voor de uitwisseling van primair bedrijfsmatige persoonsgegevens. Bovendien is ook op communautair niveau een ontwikkeling zichtbaar, dat in toenemende mate specifieke informatieregimes in sectorregelingen worden opgenomen, i.c. richtlijnen en verordeningen. Deze bijzondere regelingen hebben een derogerende, uitbreidende, beperkende of concretiserende werking met betrekking tot de algemene regelingen betreffende openbaarheid (toegang tot documenten en bekendmaking) en gegevensbescherming. In veel gevallen is een dergelijke bijzondere voorziening zelfs van invloed op de toepassing beide typen regelingen. Via de verplichtende werking van het communautaire recht werkt deze uitbreiding van Europese sectorregelingen rechtstreeks door in de gelding van Wbp en Wob, al dan niet via implementatiewet- en regelgeving. Dat rechtsvragen omtrent de gelding van de Wbp niet in een geïsoleerde context gezien kunnen worden, is hiervan een uitvloeisel.

De verwerking van de grondrechtelijke dimensie kent nog andere aspecten. Het toetsingskader van de Wbp is weinig specifiek. De wet laat dus bij toepassing veel beoordelingsruimte. De aan de Wbp ten grondslag liggende regelingsverplichtingen zijn grondrechtelijk van aard. Zie artikel 10, tweede en derde lid, Grw. Dergelijke positieve regelingsplichten kunnen tevens worden afgeleid uit artikel 8 EVRM. Verdrag nr. 108 van de Raad van Europa (Europees Data Verdrag, afgekort als EDV) kan als positivering van deze verplichtingen gezien worden. Het doel van de grondrechtelijke regelingsplichten is primair het bieden van waarborgen met betrekking tot de effectuering van het grondrecht op privacy, zij het dat deze regelingen tevens instrumenteel zijn aan het voorkomen van discriminatie. Een belangrijke functie van de Wbp is voorts het bieden van een afwegingskader met betrekking tot botsende grondrechten, in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting. Voorts verzekert de Wbp horizontale werking van het recht op privacy in de relatie van particulieren onderling. Met deze grondrechtelijke achtergrond is de betekenis ervan als referentiekader voor de uitleg van de Wbp een gegeven. Daarbij weerspiegelt de grondrechtenjurisprudentie in nationaal en Europees verband de stand van de rechtsontwikkeling. Gezien de onderwerpen alsook aard en karakter ervan is de communautaire grondrechtenjurisprudentie voor de nationale rechtsontwikkeling van bijzondere betekenis. Bij dit onderzoek temeer, omdat een aantal rijksinspecties werkzaam is in sectoren waarbinnen wet- en regelgeving volledig of in belangrijke mate Europees geharmoniseerd zijn.

2.2 Omvang van het onderzoek

De onderzoeksopdracht was beperkt qua opzet, tijd en financiering. Vandaar dat in dit onderzoeksrapport wel de hoofdlijnen zijn geschetst, toegesneden op het doel van deze studie, de uitwerking echter beperkingen kent.

Hoewel hiervoor is uiteengezet dat de afbakening van de werkingssfeer van de Wet bescherming persoonsgegevens, door het open karakter van begrippen en toetsingskader en de betekenis van de sectorwetgeving, niet geïsoleerd gezien kan worden, is deze studie niettemin onderworpen aan een drietal, gezien het doel van deze studie, relevante beperkingen.

In de eerste plaats is geen nadere studie gedaan naar voor de afzonderlijke inspecties geldende bijzondere informatieregimes, zoals vastgelegd in sectorwetgeving in samenhang met het achterliggende Europese en internationale recht, verplichtingen en bevoegdheden tot gegevensverwerking met zelfstandige betekenis in Europese wet- en regelgeving en internationale verdragen, tuchtrechtelijk gesanctioneerde geheimhoudingsplichten alsmede in gedragscodes en andere voorzieningen van soft law.

Evenmin had deze studie betrekking op de bijzondere regelingen met betrekking tot de gegevensverwerking van de bijzondere opsporingsdiensten binnen de inspecties en de informatiepositie van de buitengewone opsporingsambtenaren.

Een derde categorie van informatieverplichtingen die een vrije gegevensuitwisseling tussen de inspecties kan belemmeren heeft betrekking op aard en herkomst van de beschikbare gegevens en daarmee samenhangende, op wet of toezegging gebaseerde, gebruikbeperkingen. Dergelijke beperkingen werken als regel door in toegestane bewaartermijnen. Een categorie persoonsgegevens waarvoor dit in het bijzonder geldt is die van de politieke en justitiële gegevens.

3. Uitwerking

3.1 Onderzoeksresultaat

Deze notitie bevat een samenvatting van de uitkomsten van een onderzoek op basis van wet- en regelgeving en jurisprudentie met betrekking tot de status van bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens in het licht van de Wet bescherming persoonsgegevens.

3.2 Volgorde van behandeling

Het onderzoeksthema is uitgewerkt via de volgende deelthema's:

- a. beschermingsomvang van de relevante grondrechten, in het bijzonder de artikelen 8 EVRM, 10 Grw. en 7 en 8 EU-Handvest van de grondrechten, zoals kenbaar in de jurisprudentie van de Nederlandse rechter, het EHRM en het EU Hof van Justitie

- b. de interpretatie van richtlijn 95/46/EG en verordening (EG) nr. 45/2001 (bescherming persoonsgegevens) in de jurisprudentie van het EU Hof van Justitie en het EU Gerecht van Eerste Aanleg
- c. de doorwerking van verordening (EG) nr. 45/2001 in verordening (EG) nr. 1049/2001 inzake de toegang tot documenten (Eurowob)
- d. de jurisprudentie van de ABRvS met betrekking tot de persoonlijke levenssfeer als weigeringsgrond in artikel 10 Wet openbaar bestuur
- e. interpretatie en toepassing van de begrippen persoonsgegeven en gegevensverwerking in artikel 1, aanhef en sub a, b en c, Wet bescherming persoonsgegevens
- f. de ruimte in de Wbp met betrekking tot gezamenlijke gegevensverwerking door de inspecties

Deze onderdelen corresponderen met de onderdelen 5 tot en met 10 van deze studie.

Daarbij is deelthema f. concluderend van aard, want specifiek toegespitst op het doel van deze studie: het verkrijgen van inzicht in eventuele beperkingen van de gewenste vrije uitwisseling van gegevens tussen de inspecties op rijksniveau als gevolg van de Wet bescherming persoonsgegevens.

De uitkomsten van deze deelstudies wordt voorafgegaan door een typologie van de verwerking van persoonsgegevens.

4. Typologie van verwerking van persoonsgegevens

4.1 Natuurlijke personen en rechtspersonen

De Wet bescherming persoonsgegevens voorziet in een bijzonder beschermingsregime voor persoonsgegevens. Dit regime bevat rechtmatigheidseisen terzake van gezamenlijke gegevensverwerking door meerdere organisaties, “verantwoordelijken” in de zin van de Wbp. Een belangrijk deel van de gegevensverwerking van inspecties is niet zozeer toegespitst op natuurlijke personen als zodanig, maar primair op het functioneren van bedrijven, instellingen en specifieke categorieën van beroepsbeoefenaren. Juridisch is veelal sprake van toezicht op rechtspersonen. Dit type “zakelijke” inspectiegegevens bevat echter tevens persoonsgegevens. Niet alleen in het geval van ontbreken van rechtspersoonlijkheid (eenmansbedrijven, personenvennootschappen en zelfstandige bureaus/vrije beroepsbeoefenaren), maar ook omdat de toezichtinformatie inzake bedrijven en instellingen met rechtspersoonlijkheid als regel persoonsgegevens bevat in de vorm van namen/gegevens van verantwoordelijke

bestuurders, functionarissen, contactpersonen en overige betrokkenen bij vermoede of geconstateerde onregelmatigheden, zoals patiënten (IGZ) en slachtoffers van bedrijfsongevallen (AI).

4.2 Taken van de rijksinspecties

De inrichting van de gegevensverwerking door de rijksinspecties is toegesneden op hun wettelijke taken. De vraag jegens wie bestuursrechtelijk toezicht wordt uitgeoefend is vastgelegd in het bestuursrecht (Awb, sectorwet- en regelgeving, beleidsregels en ambtelijke instructies). Vraagstukken inzake de rechtmatigheid van gegevensverwerking dienen derhalve bezien te worden tegen de achtergrond van de vraag wie bestuursrechtelijk als normadressaat geldt en voorts – zoals hiervoor uiteen gezet - op basis van het informatieregime in Awb, sectorwetgeving en bijzondere wetgeving zoals de Wet bescherming persoonsgegevens c.a.

4.3 Uitbesteding, concentratie en bevoegdheden

Hoewel nog beperkt, is binnen de overheidsorganisatie op onderdelen een ontwikkeling zichtbaar van concentratie en “uitbesteding” van activiteiten van toezicht en handhaving, zowel binnen het eigen bestuursorgaan als over de grenzen daarvan heen, waarbij kan worden onderscheiden tussen “uitbesteding” binnen de rijksdienst (shared services-ontwikkeling) en “uitbesteding” aan derden, buiten de overheid. Hierbij wordt gebruikt van de volgende bevoegdheden: (a) aanwijzing van toezichthouders buiten de eigen organisatie (aanwijzingsbevoegdheid sectorwet jo. artikel 5:11 Awb, en (b) mandaat (mandaat aan derden en ondermandaat) ex artikel 10:3 jo. de artikelen 10:4 en 10:9 Awb en (c) machtiging ex artikel 10:12 Awb. De beoogde samenwerking van rijksinspecties met betrekking tot de gegevensverwerking kan via het gebruik van deze juridische organisatiebevoegdheden in Awb en sectorwetgeving worden gefaciliteerd. De organisatie van de bevoegdheidsuitoefening is tevens van invloed op organisatie en doel van de gegevensverwerking.

4.4 Typen persoonsgegevens

Uit het voorgaande blijkt, dat in het kader van gegevensbestanden van toezichthouders op twee niveaus persoonsgegevens vastgelegd kunnen zijn. In de eerste plaats indien sprake is van bedrijfs- of beroepsuitoefening buiten het kader van rechtspersoonlijkheid. Die situatie doet zich voor bij eenmansbedrijven, personenvennootschappen en vrij gevestigde (zelfstandige) beroepsbeoefenaren (met inbegrip van de categorie zzp'ers). In die gevallen is de geregistreerde in de inspectiebestanden één of meer natuurlijke personen. Deze categorie van geregistreerden (betrokkenen in de terminologie van de Wbp) is aldus te onderscheiden van de categorie waarbij de geregistreerden rechtspersoonlijkheid hebben en de betreffende inspectiegegevens onder die naam zijn vastgelegd. Aangenomen moet worden dat namen van rechtspersonen geen persoonsgegevens in de zin van de Wbp zijn, ook niet wanneer deze persoonsnamen bevatten. Dat geldt ook wanneer een dergelijke persoonsnaam de naam van de eigenaar-groootaandeelhouder is.

Een tweede categorie persoonsinformatie bestaat uit in inspectiebestanden vastgelegde namen en identificeerbare persoonsgegevens van bestuurders en functionarissen van bedrijven, instellingen en zelfstandige beroepsbeoefening met eigen rechtspersoonlijkheid. Gegevensverwerking inzake bedrijfs- en

beroepsbeoefening zonder eigen rechtspersoonlijkheid kan eveneens dit type functionele persoonsinformatie bevatten.

Om duidelijk te krijgen dat het hier gaat om verschillende typen gegevensverwerking is het zinvol te werken met de onderscheidende begrippen van primair en secundair geregistreerden. De eerste categorie betreft de personen die specifiek object van gegevensverwerking zijn, bijvoorbeeld eenmansbedrijven, beroepsbeoefenaren e.d. De aanduiding “secundair geregistreerden” betreft de categorie van functioneel aangehaakte gegevens. Het gaat daarbij niet primair om de persoon in kwestie, maar om diens functie in relatie tot de bedrijfs- en beroepsuitoefening. De Wbp maakt een dergelijk onderscheid niet.

4.5 Bijzondere categorieën persoonsgegevens

Naast de hier genoemde categorieën is nog een derde, belangrijke categorie van persoonsgegevens te onderscheiden. Daarbij gaat het om persoonsinformatie die wel in de gegevensverwerking voorkomt, maar geen specifiek doel van registratie is. Een belangrijke categorie bij de inspecties is die van de slachtoffers van (beweerd) onrechtmatig handelen, zoals patiënten, cliënten en slachtoffers van ongevallen. Een tweede belangrijke groep betreft de persoonsgegevens van klagers, informanten (klokkenluiders), betrokkenen en getuigen. Ook kunnen persoonsgegevens zijn opgenomen in een beschrijving van de toedracht van gebeurtenissen familieverbanden of de sociale omgeving van betrokkene. Kortom een zeer diverse categorie. De Wbp geeft in artikel 35, derde lid, een aanknopingspunt. Deze bepaling betreft de uitoefening van het recht van inzage. Het derde lid bepaalt, dat voordat de verantwoordelijke betrokkene meldt of en welke persoonsgegevens over hem/haar zijn geregistreerd, hij een derde wiens gegevens (mede) in het geding zijn en die daartegen naar verwachting bezwaar zal hebben, in de gelegenheid stelt om een zienswijze naar voren te brengen. Die derde kan zelf een (geregistreerde) betrokkene zijn in de zin van de Wbp, maar dat hoeft niet.

4.6 Consequenties

Reeds hier kan worden geconcludeerd, dat het begrip “betrokkene” in artikel 1, aanhef en sub f, Wbp, als kwalificerend met betrekking tot diens rechtspositie in de Wbp, in wetsgeschiedenis, jurisprudentie en toepassingspraktijk onvoldoende is uitgekristalliseerd. Zoals hierna nog aan de orde komt, is de rechtsonzekerheid op dit punt sterk toegenomen door de vervanging van het begrip persoonsregistratie in de Wet persoonsregistraties door het begrip gegevensverwerking in de Wet bescherming persoonsgegevens en de geleidelijke uitbreiding van laatstgenoemd begrip, waardoor de hiervoor genoemde categorieën van “secundair geregistreerden” of “meegeregistreerden” in toenemende mate als betrokkenen in de zin van de Wbp zijn aangemerkt. Tevens geldt, dat met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens van deze categorieën in de sectorwetgeving dikwijls bijzondere regels met betrekking tot gegevensverwerking gelden, nog afgezien van de werking van specifieke, tuchtrechtelijk gehandhaafde, beroepsgeheimen. Zie in dit verband ook de klokkenluidersregelingen.

Met betrekking tot de Wbp dient uitdrukkelijk te worden onderscheiden tussen de hiervoor genoemde bijzondere categorieën van persoonsgegevens, waarbij het primair gaat om de rechtspositie van betrokkenen in de zin van de Wbp, en de vraag of sprake is van verwerking van bijzondere persoonsgegevens in de zin van artikel 16 e.v. Wbp, toegesneden op de gelding van een regime van verhoogde rechtsbescherming. Persoonsgegevens van secundair geregistreerden c.a. kunnen ook bijzondere c.q. gevoelige persoonsgegevens in de zin van artikel 16 e.v. Wbp

zijn. Een dergelijke kwalificatie betekent tevens, dat de betreffende gegevens raken aan de grondrechtelijke bescherming van de persoonlijke levenssfeer, immers tot het kernrecht van de bescherming daarvan behoren. Door de grondrechtelijke inkleuring van de Wbp zal de verwerking van dit type gegevens van deze categorieën er sneller toe leiden dat het subject ervan als betrokkene (primair geregistreeerde) in de zin van de Wbp wordt aangemerkt. Deze ontwikkeling wordt versterkt doordat het Openbaar Ministerie in geval van geconstateerde fouten in toenemende mate een beleid voert van strafrechtelijke vervolging van hiervoor verantwoordelijke werknemers en ambtenaren.

5. Beschermingsomvang van de grondrechten in de artikelen 8 EVRM, 10 Grw. en 7 en 8 EU-Handvest van de grondrechten

5.1 De jurisprudentie van het EHRM op basis van het EVRM

Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt, dat het Hof artikel 8 EVRM van toepassing acht op bedrijfs- en beroepsmatige gegevens. Standaarduitspraak is het arrest Niemietz v. Duitsland van 16 december 1992 (zaaknr. 13710/88)¹ betreffende huiszoeking in een advocatenkantoor. De beweerde schending was gebaseerd op schending van het privéleven en het huisrecht, als onderdelen van artikel 8 EVRM.

De betreffende overweging van het Hof met betrekking tot de gelding van dit grondrecht in een zakelijke omgeving, luidt als volgt:

“There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of “private life” should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that (...) it is not always possible to distinguish clearly which of an individual’s activities form part of his professional or business life and which not” (par. 29).

Het EHRM heeft in het arrest Niemietz echter tevens geconcludeerd, dat de beperkingsbevoegdheid waar het gaat om de toepassing van artikel 8 EVRM op ondernemingen en zelfstandige beroepsbeoefenaren in beginsel ruimer is.

Zie hieromtrent de volgende overweging:

“More generally, to interpret the word “private life” and “home” as including certain professional or business activities or premises would be consonant with the essential object and purpose of Article 8 (art. 8), namely to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities (...). Such an interpretation would not unduly hamper the Contracting States, for they would retain their entitlement to “interfere” to the extent permitted by paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2); that entitlement might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case” (par. 31).

Deze uitspraak is door het Hof expliciet bevestigd in het voor toezichthouders belangrijke arrest Colas Est van 16 april 2002 (zaaknr. 37971/97). Hierin stelde het

¹ Indien bij arresten van het EHRM zaaknummers vermeld worden, is uitgegaan van de tekst in het gegevensbestand Hudoc Collection van het EHRM.

Hof vast, dat artikel 8 EVRM niet alleen ziet op de bescherming van natuurlijke personen, maar ook van rechtspersonen.

Uitgangspunt van de toetsing op rechtmatigheid van een doorzoeking en inbeslagneming van een groot aantal documenten in het kader van mededingingstoezicht (administrative investigation) in het verlengde van het arrest-Niemietz is:

“that the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company’s registered office, branches or other business premises”,

door het Hof tevens aangeduid als:

“the applicant companies’ right to respect for their home”.

De differentiatie in beschermingsomvang van dit grondrecht, met name door toegelaten beperkingen, is in dit arrest als volgt bevestigd:

“even supposing that the entitlement to interfere may be more far-reaching where the business premises of a juristic person are concerned”.

Niettemin is in dit arrest schending van artikel 8 EVRM aangenomen, nu de wetgeving en uitvoeringspraktijk onvoldoende waarborgen met betrekking tot het risico van willekeur kenden (het vereiste van “adequate and effective safeguards against abuse”).

De omvangrijke jurisprudentie van het EHRM is sindsdien in lijn met deze uitgangspunten. Wat artikel 8 EVRM betreft gaat het in het bijzonder om huiszoeking/doorzoeking en inbeslagneming van documenten alsmede om afluisteren bij ondernemingen en (vrije) beroepsbeoefenaren. Het Hof toetst op rechtmatigheid op twee niveaus, te weten:

(a) de vraag of de wettelijke grondslag in voldoende waarborgen tegen misbruik of willekeur voorziet en

(b) of de uitvoering adequaat was, dat wil zeggen in overeenstemming met de ingevolge artikel 8 EVRM daaraan te stellen rechtmatigheidseisen.

Uit de aard der zaak is deze jurisprudentie casuïstisch van aard.

Opmerkelijk in het arrest Colas Est is dat het EHRM uitdrukkelijk de rechtspraak van het HvJ en GvEA met betrekking tot huiszoeking/doorzoeking en inbeslagneming van documenten (met bedrijfs-, beroeps- en persoonsgegevens) noemt. Op dit punt is sprake van een grote mate van harmonisatie van de rechtspraak op grond van artikel 8 EVRM tussen de Hoven van Straatsburg en Luxemburg, zij het met verschillen al naargelang de aard van het type zaken. Vice versa is dat te zien in de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed bij de zaak Commissie/SGL Carbon (zaaknummer C-301/04 P)², waarin hij in het kader van het mededingingsrecht een overzicht geeft van de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot huiszoeking, doorzoeking en inbeslagneming van documenten, het meewerken aan de eigen veroordeling in strafzaken (artikel 6 EVRM) en de verschillen van die rechtspraak met die van het HvJ, toegespitst op het juiste evenwicht tussen grondrechten van rechtspersonen tegenover de effectieve handhaving van het communautaire mededingingsrecht. Het onderscheid tussen bescherming van natuurlijke personen en die van ondernemingen c.q. rechtspersonen speelt hierin een belangrijke rol.

In zijn uitspraak van 29 juni 2006 (zaaknr. C-301/04 P) inzake Commissie/SGL Carbon AG heeft het Hof de advocaat-generaal in zijn conclusie gevolgd, oordelend

² Voor zover verwezen is naar jurisprudentie van het HvJ en het GvEA en zaaksnummers worden vermeld, is uitgegaan van uitspraken in het bestand Curia.

dat de medewerkingsplicht op grond van artikel 11 van verordening nr. 17 de onderneming niet de mogelijkheid geeft om zich te onttrekken aan verzoeken tot overlegging van documenten op grond omdat zij anders verplicht zou zijn tegen zichzelf te getuigen. Wel moeten de rechten van de verdediging worden gerespecteerd, dat wil zeggen dat het aan de onderneming in kwestie is om hetzij tijdens de administratieve procedure, hetzij in de procedure voor de gemeenschapsrechter aannemelijk te maken, dat aan de overgelegde documenten een andere betekenis toekomt dan de Commissie aanneemt.

5.2 De grondrechten- jurisprudentie van het EU Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg

De jurisprudentie van het EU Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg is bij de toepassing van artikel 8 EVRM jo. art.6, tweede lid, EU, gebaseerd op vergelijkbare uitgangspunten, mede onder verwijzing naar de jurisprudentie van het EHRM, in het bijzonder de standaarduitspraak in de zaak Niemietz. In deze rechtspraak lag gedurende lange tijd de nadruk op de grondrechtelijke waarborg van het huisrecht van ondernemingen. Inmiddels is sprake van een verbreding in die zin, dat steeds meer wordt geprocedeerd over de be(af)scherming van bedrijfs-, beroeps- en persoonsgegevens. Zie met betrekking tot de medewerkingsplicht jegens toezichthouders in het kader van het mededingingstoezicht hetgeen hiervoor is opgemerkt met betrekking tot uitspraak van het HvJ in de zaak Commissie/SGL Carbon AG van 29 juni 2006, met name ook de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed.

Het EU-Handvest van de grondrechten van 2000, dat weliswaar geen directe, echter wel indirecte rechtswerking heeft, met name door een verwijzing naar dit Handvest als toetsingskader in nieuwe richtlijnen en verordeningen, voorziet in de artikelen 7 en 8 in twee afzonderlijke grondrechten met betrekking tot respectievelijk de bescherming van het privé-leven, het familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie (artikel 7) en de bescherming van persoonsgegevens (artikel 8). Uit de toelichting blijkt, dat artikel 7 een geactualiseerde overneming is van artikel 8 EVRM. Wat de betekenis daarvan betreft wordt dan ook verwezen naar de jurisprudentie van het EHRM. Artikel 8 Handvest legt afzonderlijk het recht op bescherming van persoonsgegevens vast, in het verlengde van het binnen de Raad van Europa tot stand gekomen Europees Dataverdrag (nr. 108). Wat de betekenis betreft verwijst de toelichting naar verordening (EG) nr. 45/2001 en richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van persoonsgegevens.

De grondrechten in het Handvest gelden niet alleen voor natuurlijke personen, maar naar de mogelijkheid ook voor rechtspersonen. Hieruit volgt dat het grondrecht op privé-leven, huis en communicatie onder omstandigheden ook door rechtspersonen kan worden ingeroepen. In overeenstemming met het geldende recht heeft artikel 8 van het Handvest betreffende de bescherming van persoonsgegevens, daarentegen slechts betrekking op gegevens van (levende) natuurlijke personen.

Het grondrecht op toegang tot documenten in artikel 42 Handvest kan zowel door natuurlijke personen als door rechtspersonen worden ingeroepen. Op communautair niveau is dit recht nader uitgewerkt in verordening (EG) nr. 1049/2001. In artikel 4, eerste lid, sub b, van deze verordening is de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu als uitzonderingsgrond opgenomen, onder verwijzing naar de gemeenschapswetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens, in het bijzonder via verordening (EG) nr. 45/2001. Afgezien van bijzondere

openbaarmakingsplichten van de lidstaten in sectorrichtlijnen en –verordeningen, een categorie van in omvang toenemende specifieke voorzieningen, kent het EG-Verdrag geen regelgevende bevoegdheden met betrekking tot een harmonisatie van wet- en regelgeving inzake openbaarheid van bestuur van de lidstaten in algemene zin. Dit ligt anders bij de bescherming van persoonsgegevens, waarvan de harmonisatie van nationale wetgeving via richtlijn 95/46/EG op grond van artikel 95 EG is gebaseerd.

5.3 Artikel 10 Grondwet

In de wetsgeschiedenis bij de herziening van de Grondwet in 1983 is vastgelegd, dat de waarborgfunctie van de grondrechten niet alleen door natuurlijke personen, maar voor zover een grondrecht zich daartoe leent, ook door rechtspersonen kan worden ingeroepen. Dit betekent dat rechtspersonen in beginsel ex artikel 10, eerste lid, Grw. aanspraak kunnen maken op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer. De regelingsverplichtingen van de wetgever in artikel 10, tweede en derde lid, Grw. zijn echter beperkt, want betreffen slechts de bescherming van gegevens van natuurlijke personen, zoals mede blijkt uit de op basis van deze bepalingen vastgestelde privacy-wetgeving (Wet bescherming persoonsgegevens, Wet politieregisters en Wet GBA).

Deze regelingsverplichtingen van de formele wetgever staan er niet aan in de weg, dat gegevensbescherming rechtstreeks aan het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in het eerste lid van artikel 10 Grw. kan worden ontleend. Rechtspersonen c.q. kunnen daarbij aansluiting zoeken bij het eveneens in dit grondrecht begrepen recht op eer en goede naam (reputatiebescherming) en het recht op bescherming van bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Een en ander betekent dat, anders dan de term persoonlijke levenssfeer in het eerste lid en de regelingsverplichtingen in het tweede en derde lid van artikel 10 Grw. doen vermoeden,

Door het grondwettelijk toetsingsverbod en de betekenis van de jurisprudentie van het EHRM en het HvJ/GvEA op basis van artikel 8 EVRM, komt aan artikel 10 Grondwet in de rechtspraak nauwelijks zelfstandige betekenis toe. Indien al genoemd – hetgeen zeer weinig voorkomt – is dat vrijwel steeds in combinatie met artikel 8 EVRM, soms nog aangevuld met artikel 17 IVBP. Zie voor een recente uitspraak HR 12 maart 2004, LJN: AN8483³ in de zaak XS4All Internet BV, betreffende een verbod tot het (doen) verzenden van commerciële e-mailberichten (spam) naar e-mailadressen van persoonlijke en zakelijke gebruikers c.q. klanten of abonnees van deze service provider. De betekenis van deze jurisprudentie betreft primair de grondrechtelijke verankering van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

5.4 Conclusie

Op basis van het voorgaande moet worden geconcludeerd, dat bedrijfs- en beroepsmatige (persoons)gegevens op titel van het recht op privé-leven/persoonlijke levenssfeer, huisrecht en communicatie, in belangrijke mate grondrechtelijke bescherming genieten. In een aantal gevallen is deze bescherming gerelateerd aan natuurlijke personen, met name in de hierop gebaseerde wet- en regelgeving. Daarnaast komt deze grondrechtelijke waarborg als regel ook toe aan bedrijfs- en

³ Uitsprakenbestand Rechtspraak.nl.

beroepsmatige gegevens van rechtspersonen, zij het dat bij dit type gegevens in ruimere mate beperkingen aanvaardbaar zijn. Uitgangspunt is derhalve dat wordt gedifferentieerd al naar gelang de aard van de gegevens, toegesneden op de reikwijdte van de grondrechtelijke waarborg en de toegestane inbreuk.

6. De interpretatie van richtlijn 95/46/EG en verordening (EG) nr. 45/2001 door het EU Hof van Justitie en het EU Gerecht van Eerste Aanleg

6.1 Algemeen

Uit een analyse van de relevante rechtspraak blijkt, dat HvJ en GvEA richtlijn en verordening mede van toepassing achten op bedrijfs- en beroepsinformatie, zowel wanneer het gaat om bedrijfsinformatie van de eigenaar van een eenmansbedrijf als in het geval van naamsvermelding van bestuurders van rechtspersonen.

Deze jurisprudentie is van grote betekenis voor de uitleg van het EG-regelingsbestand, omdat in nieuwe verordeningen, richtlijnen en besluiten waarin de verwerking van (bedrijfs- en beroepsmatige) persoonsgegevens een rol speelt in de considerans en soms ook in de tekst, als regel wordt verwezen naar deze richtlijn en verordening bescherming persoonsgegevens, evenals naar het EU-Handvest van de grondrechten als interpretatie- en toetsingskader. Omdat de betreffende sectorregelingen als regel in het nationale recht worden geïmplementeerd, is deze jurisprudentie tevens relevant voor de uitleg van de betreffende sectorwetgeving op nationaal niveau. Deze methode van communautaire wetgeving geeft derhalve tevens indirecte doorwerking aan de betreffende grondrechten in het EU-Handvest van de grondrechten⁴.

6.2 Uitbreiding van de werkingssfeer van richtlijn 95/46/EG

In de arresten *Österreichischer Rundfunk* van 20 mei 2003, zaaknr. C-465/00⁵, en *Lindqvist* van 6 november 2003, zaaknr. C-101/01⁶, heeft het HvJ de werkingssfeer van richtlijn 95/46/EG belangrijk uitgebreid. Door eerstgenoemd arrest staat vast dat de werking van richtlijn 95/46/EG elke verwerking van persoonsgegevens betreft, dus ook in die gevallen dat geen sprake is van grensoverschrijdend gegevensverkeer. Dit betekent dat gegevensverwerking van overheidswege volledig onder de werkingssfeer van de richtlijn valt, dat wil zeggen met uitzondering van de gegevensverwerking door politie en inlichtingendiensten, als uitvloeisel van de afbakeningsbepaling in artikel 3 van deze regeling. In het arrest *Lindqvist* heeft het Hof geconcludeerd, dat de richtlijn tevens van toepassing is op gegevensverwerking via internet, i.c. een website van een kerkelijke vrijwilligster met (medische) informatie over andere vrijwilligers. Tegelijkertijd heeft het Hof bepaald, dat het bijzondere regime in de richtlijn met betrekking tot het EU-grensoverschrijdende gegevensverkeer in geval van elektronische communicatie en publicatie via internet, niet van toepassing is.

⁴ Zie mijn bijdrage "Het Handvest van de grondrechten in de rechtspraak van het Hof van Justitie" in de bundel *Getuigend Staatsrecht, Liber amicorum A.K. Koekoek*, Nijmegen 2005, p. 121-187.

⁵ JB 2004, 112 m.nt. dzz.

⁶ JB 2004, 114 m.nt. dzz.

Voor de uitleg van het begrip verwerking van persoonsgegevens in artikel 2, aanhef en sub b, richtlijn en artikel 1, aanhef en sub b, Wbp is het arrest Lindqvist van grote betekenis. Bij de opstelling van de richtlijn is om specifieke redenen gekozen voor het min of meer open begrip van verwerking van persoonsgegevens. In de eerste plaats om ook de fase van het verzamelen van persoonsgegevens onder werking van dit regime te brengen. Hoewel de richtlijn is opgesteld in de jaren voor de doorbraak van internet, want vastgesteld in 1995, was in die periode al wel duidelijk, dat belangrijke ontwikkelingen op til waren in de elektronische communicatie. Met het begrip gegevensverwerking is derhalve tevens beoogd om de communicatie-component hiervan onder de reikwijdte van de richtlijn te brengen. Tegelijkertijd illustreert het arrest Lindqvist, dat bij de opstelling van de richtlijn onvoldoende is geanticipeerd op de elektronische communicatie- en publicatiefunctie van internet. Het gevolg is dat de richtlijn de bron is van toenemende spanning, omdat de werkingssfeer in vergelijking met de oorspronkelijke uitgangspunten aanmerkelijk is uitgebreid, in het bijzonder vanwege de rechtsbeschermingsfunctie van deze regeling, terwijl anderzijds het regime voor EU-grensoverschrijdend gegevensverkeer en de voorgeschreven formaliteiten, zoals de meldingsplicht, op die uitbreiding niet zijn toegesneden.

Anders ligt dit evenwel, wanneer de bevoegdheidsverdeling met de lidstaten in het geding is.

In het belangrijke arrest van het HvJ van 30 mei 2006, zaaknrs. C-317/04 en C-318/04, Europees Parlement/Raad (Passenger Name Record) heeft het Hof de werkingssfeer van richtlijn 95/46/EG nader afgebakend, met name in relatie tot de bevoegdheden van de Commissie om met betrekking tot de doorgifte en verwerking van PNR-gegevens door luchtvaartmaatschappijen aan het Amerikaanse Bureau of Customs and Border Protection een overeenkomst tussen de EG en de VS te sluiten alsmede een verklaring van passende gegevensbescherming af te geven. Op basis van artikel 3, lid 2, eerste streepje, richtlijn, dat bepaalt dat deze regeling niet van toepassing is op verwerking van persoonsgegevens die met het oog op de uitoefening van niet binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende activiteiten geschiedt, met name verwerkingen die betrekking hebben op de openbare veiligheid, defensie, de veiligheid van de staat en de activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied, maakt het Hof onderscheid tussen soorten van verwerkingen met betrekking tot dezelfde set gegevens. De richtlijn is wel van toepassing op de gegevensverwerking door de luchtvaartmaatschappijen met betrekking tot hun vervoersdiensten. De verstrekking van deze gegevens met het oog op de bescherming van de openbare veiligheid en rechtshandhaving is echter een type gegevensgebruik, dat niet onder de richtlijn valt, zodat de Commissie evenmin op deze grond bevoegd is om voor deze doelen gegevensuitwisseling met de VS te faciliteren.

Uit dit arrest blijkt, dat het Hof grenzen stelt aan een uitbreiding van de rechtswerking van de richtlijn, daar waar het gaat om de grondslag van de regelingsbevoegdheid en de afbakening ten opzichte van de bevoegdheden van de lidstaten in de richtlijn zelf. Inmiddels zijn initiatieven genomen om in deze lacune in de gegevensbescherming onder de derde pijler te voorzien. Zie het voorstel voor een Kaderbesluit over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (SEC(2005)1241). Bij vaststelling daarvan door de Raad zal de bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie berusten op drie complementaire regelingen, t.w.: (a) richtlijnen (95/46/EG en 2002/58/EG), (b) verordening nr. 45/2001 en kaderbesluit gegevensbescherming bij politieke en justitiële samenwerking in strafzaken.

6.3 Beroeps- en bedrijfsmatige persoonsgegevens

Het arrest *Österreichischer Rundfunk* betrof de rechtmatigheid van (indirecte) openbaarmakingsverplichtingen van loon- en salarisgegevens van medewerkers (ambtenaren) in de (semi-)publieke sector. Hoewel uitdrukkelijk een relatie met de aard van de functie is gelegd, worden inkomensgegevens als regel als privé-gegevens gezien, zo ook door het Hof in deze uitspraak op prejudiciële vragen van de Oostenrijkse rechter.

Dat het begrip persoonsgegeven in richtlijn 95/46/EG in de visie van het Luxemburgse Hof echter ook op bedrijfsgegevens van toepassing is, blijkt uit het - op de inwerkingtreding van deze richtlijn anticiperende - arrest van het HvJ van 14 september 2000, zaaknr. C-369/98, *Fisher en Fisher*, betreffende de toepassing van het geïntegreerd beheers- en controlesysteem met betrekking tot de EG-steunregeling akkerbouwgewassen. Uitgangspunt van dit systeem is dat de steunregeling is toegesneden op de exploitatie van het akkerland in voorgaande jaren (ingezaaide gewassen en braaklegging). *Fischer*, die bedrijven uit een faillissement had verkregen, had alles gedaan om aan die informatie te komen, echter zonder resultaat. De gegevens betreffende eerdere steunaanvragen waren wel bij de betreffende overheidsinstantie aanwezig, maar die weigerde de gegevens te verstrekken met een beroep op de Data Protection Act 1994, gebaseerd op richtlijn 95/46/EG. Naar beste weten diende hij een subsidie-aanvraag in. Daarop bleek dat hij bij twee percelen van verkeerde gegevens was uitgegaan, hetgeen in een weigering van de gevraagde subsidie en sancties resulteerde. In deze prejudiciële procedure stelt het Hof vast, dat de door de lidstaten getroffen maatregelen om de verzamelde gegevens te beschermen, niet voorbij mogen gaan aan het wezenlijk en rechtmatig belang dat de steunaanvrager erbij heeft om over de noodzakelijke gegevens te kunnen beschikken om een juiste aanvraag in te dienen en sancties te vermijden. Vervolgens wijst het Hof op artikel 7, sub f, richtlijn bescherming persoonsgegevens, dat gegevensverstrekking aan derden toestaat indien “de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de voor de verwerking verantwoordelijke of van de derde(n) aan wie de gegevens worden verstrekt, mits het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene die aanspraak maakt op bescherming uit hoofde van artikel 1, lid 1, van deze richtlijn, niet prevaleren” (vgl. artikel 8, aanhef en sub f, Wbp). De belangenafweging is primair een zaak voor de nationale rechter. Daarop vooruitlopend oordeelt het Hof in het voorliggende geval, dat de bevoegde instanties de betreffende gegevens mogen verstrekken aan een nieuwe exploitant die ze nodig heeft voor het opstellen van steunaanvragen en die deze informatie niet anders kan verkrijgen.

6.4 Gegevensverwerking als structurerend begrip

De considerans van de richtlijn spreekt over “systemen voor de verwerking van gegevens” (ow. 2) en verwerkingen van gegevens die geautomatiseerd zijn of zijn opgeslagen of zullen worden opgeslagen in een (handmatig) bestand dat gestructureerd is volgens specifieke persoonscriteria (ow. 15, 18 en 27). De gemeenschappelijke noemer van geautomatiseerde en handmatige gegevensverwerking is derhalve het begrip “verwerkingen”. Het vereiste van een op voorhand via bepaalde criteria gestructureerde gegevensverwerking, ook indien deze geautomatiseerd is, kan tevens worden afgeleid uit de in artikel 6 van de richtlijn opgenomen beginselen betreffende de kwaliteit van de gegevens, zoals overgenomen in de Wbp.

Sinds het arrest Lindqvist lijkt de toepassingsvoorwaarde van een (inherent) gestructureerde, samenhangende gegevensverzameling betreffende meerdere natuurlijke personen als element van de afbakening van het begrip gegevensverwerking losgelaten te zijn en wordt tevens gelding aan de richtlijn toegekend bij de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, in welk verband dan ook. Dit betekent dat de aldus begrepen term gegevensverwerking veel ruimer is dan het traditionele begrip "data file" in het Europees Dataverdrag (nr. 108) van 1981. Alle EU-lidstaten zijn toegetreden tot dit verdrag van de Raad van Europa, terwijl de toetreding van de EG tot dit verdrag in procedure is. Uitgangspunt van de richtlijn is, dat de verplichtingen uit hoofde van dit verdrag hierin zijn verwerkt. De harde kern van het begrip gegevensverwerking is derhalve het begrip data file uit het Europees Dataverdrag, uitgebreid met de fasen van gegevensverzameling en communicatie van persoonsgegevens.

In de opvatting van de Edps (European Data Protection Supervisor) en de artikel 29-werkgroep van Europese en nationale toezichthouders (artikel 29 richtlijn 95/46/EG) is de relatie in richtlijn en verordening met het begrip data file in het EDV echter losgelaten - zij het met uitzondering van de handmatige gegevensverwerking - en staat de verwerking van afzonderlijke persoonsgegevens centraal in de rechtsbescherming van de geregistreerde.

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, is de consequentie van deze opvatting een sterke verruiming van het toepassingsbereik van de richtlijn (verordening) en, corresponderend hiermee, van de nationale implementatiewetgeving, met substantiële gevolgen voor de toepasselijkheid van dit regime op bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens. De reden is dat als "betrokkene" niet meer alleen de primair geregistreerde wordt bedoeld, maar ook de secundair geregistreerden, te weten de personen waarvan de functionele persoonsgegevens zijn opgenomen in (a) gegevensverwerkingen van rechtspersonen en (b) geautomatiseerde bestanden van eenmansbedrijven, personenvennootschappen en zelfstandige beroepsbeoefenaren.

6.5 De afbakening van het begrip persoonsgegeven

Het voorgaande leidt voorts tot de vraag welke informatie in een bedrijfs- of beroepsmatige setting als persoonsgegeven kan worden aangeduid. Dat wil zeggen wat de betekenis is van de elementen "geïdentificeerde of identificeerbare" in de definitie van het begrip persoonsgegeven in artikel 1, aanhef en sub a, Wbp. Hoever reikt de herleidbaarheid om een gegeven als persoonsgegeven te kwalificeren? Kort gezegd, op welk onderdeel in de informatie wordt de knip gelegd tussen persoonsgegeven en bedrijfsgegeven. Zijn de bedrijfsgegevens betreffende de NV Philips als persoonsgegevens van bestuurders en commissarissen van deze rechtspersoon aan te merken? Uit de Europeesrechtelijke jurisprudentie meen ik af te kunnen leiden, dat bij de vraag welke bedrijfs- en beroepsinformatie als persoonsgegeven is te kwalificeren, gedifferentieerd zal moeten worden al naargelang het gaat om primair of secundair geregistreerden. Bij de eerste categorie zal de kring ruimer getrokken worden, zij het dat ook hier impliciet een relatie met het privacy-kernrecht als voorwaarde lijkt te worden aangenomen, terwijl de gegevensbescherming bij de groep van meegeregistreerden in gegevensbestanden omtrent rechtspersonen beperkt lijkt tot de naamsvermelding als zodanig. Dat het begrip "identificeerbaarheid" of "herleidbaarheid" minder zwaar lijkt te wegen, kan eruit worden afgeleid, dat een anonimisering van de betreffende gegevens veelal voldoende is om het regime van gegevensbescherming niet van toepassing te achten. Een en ander betekent, dat het begrip persoonsgegeven op communautair niveau in de regel beperkter wordt geïnterpreteerd dan bij ons het geval is, met name

in die gevallen dat deze persoonsgegevens een hulpfunctie hebben, dus niet de primair geregistreerde betreffen.

Zie als illustratie het arrest van het GvEA van 30 mei 2006 in de zaak Bank Austria Creditanstalt/Commissie (zaaknr. T-198/03)⁷, een uitspraak in het kader van de Oostenrijkse Lombardclub-affaire, een omvangrijk bankenkartel. Dit is de eerste uitspraak van het Gerecht waarin verordening (EG) nr. 45/2001 betreffende de bescherming van persoonsgegevens aan de orde kwam. Het arrest zelf betreft de rechtmatigheid van de openbaarmaking van de niet-vertrouwelijke versie van de boetebeschikking. Wat de schending van genoemde verordening betreft voert de bank aan, dat aan de hand van verschillende passages de natuurlijke personen kunnen worden geïdentificeerd die voor haar rekening hebben deelgenomen aan ontmoetingen die tot doel hadden de mededinging te beperken. Volgens haar vormt de bekendmaking van deze inlichtingen een inbreuk op de bepalingen van verordening nr. 45/2001. Het Gerecht stelt vast, dat de bank als rechtspersoon niet behoort tot de kring van personen die deze verordening beoogt te beschermen. Zij kan zich dus niet beroepen op schending van de daarin vastgestelde regels. Betrokkenen zullen derhalve zelf hun rechten geldend moeten maken. Het is duidelijk dat het hier functionele bedrijfsgegevens betreft (in de eerdere terminologie: secundaire persoonsgegevens). Ook blijkt, dat de betwisting van de rechtmatigheid van verstrekking van deze identificeerbare persoonsgegevens beperkt van omvang is. Het gaat met name om op de persoon herleidbare gegevens betreffende diens betrokkenheid bij de kartelovertreiding.

Een ander recent voorbeeld betreft een arrest van het GvEA van 4 oktober 2006 (zaaknr. T-193/04) in de zaak Tillack/Commissie⁸. Tillack, een onderzoeksjournalist van het Duitse weekblad Stern, vorderde onder meer schadevergoeding ex artikel 288, tweede alinea, EG in verband met persberichten van Olaf over vermeende omkoping van een ambtenaar in verband met documenten over de Eurostat-affaire. Zijn naam werd hierin niet genoemd. Voor ingewijden was het echter duidelijk dat de verdenking steekpenningen te hebben betaald aan een ambtenaar van Olaf zijn persoon betrof.

Op dit punt van herleidbaarheid oordeelt het Gerecht als volgt:

“Zelfs wanneer de personen die van de zaak op de hoogte waren, een verband konden leggen met verzoeker, vormen deze beweringen, die hypothetisch waren geformuleerd zonder vermelding van de naam van verzoeker en het tijdschrift waarvoor deze werkte, geen kennelijke en ernstige miskennis door het OLAF van de grenzen waarbinnen zijn beoordelingsbevoegdheid dient te blijven. Bovendien heeft Stern zélf in zijn perscommuniqué van 28 maart 2002 verzoekers naam genoemd. De onthulling van de naam van deze laatste, in verband gebracht met het onderzoek van het OLAF, is dus niet het werk van OLAF, maar van het tijdschrift Stern, waarvoor verzoeker werkte. Bijgevolg kan de gestelde schade in de vorm van aantasting van de reputatie en beroepseer, niet aan het OLAF worden toegerekend. Door het litigieuze perscommuniqué heeft het OLAF zich dus niet schuldig gemaakt aan enige voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht.” (r.o. 131)

In het arrest van het GvEA van 7 juni 2006 (zaaknr. T-213/01 en T-214/01), de zaak Österreichische Postsparkasse/Commissie staat in het kader van de Lombardclub-affaire de toezending aan de FPÖ van de niet-vertrouwelijke versies van de mededelingen van punten van bezwaar centraal. Hierin wordt de grief opgeworpen, dat verzoekers identiteit vertrouwelijk is. Het Gerecht is van oordeel dat verzoekster

⁷ JB 2006, 239 m.nt. dzz.

⁸ JB 2006 (JB 16), m.nt. dzz (te verschijnen)

niet aangeeft in welk opzicht haar naam vertrouwelijk zou zijn, dus niet verstrekt had mogen worden. De grief wordt daarom afgewezen wegens gebrek aan motivering. In relatie tot de geheimhoudingsplicht in artikel 287 EG krijgen de verwijzingen in de mededeling van punten van bezwaar naar de functies van verzoekers' medewerkers, die aan de kartelbijeenvakomsten hebben deelgenomen, meer aandacht. Omdat die informatie van vijf jaar vóór de vaststelling van de bestreden beslissing dateert kunnen die gegevens niet meer als vertrouwelijk beschouwd worden en derhalve aan FPÖ worden meegedeeld.

Uit de eerste twee uitspraken blijkt, dat het Gerecht met name de naamsvermelding relevant acht. De vraag naar de identificeerbaarheid (onthulling) op basis van een combinatie van specifieke kenmerken, een vast element van het element identificeerbaarheid in het begrip persoonsgegevens, komt bij het Gerecht niet aan de orde. Toegespitst op het begrip persoonsgegevens in richtlijn en verordening illustreert deze uitspraak, dat het Gerecht het begrip persoonsgegevens veel beperkter afbakt dan in overeenstemming is met de definitie ervan, immers louter geanonimiseerde gegevens niet als persoonsgegevens aanmerkt.

Beide uitspraken hebben echter gemeen, dat het gaat om (identificerende) persoonsgegevens in het kader van een bedrijfs- of beroepsmatig functioneren. Ook blijkt uit beide uitspraken dat het Gerecht veel waarde toekent aan een actief openbaarmakingsbeleid, mede in relatie tot de legitimiteit van het handelen van de Europese instellingen. Bezien vanuit dit perspectief passen deze uitspraken in de hiervoor gesignaleerde trend van differentiatie van beschermingsomvang al naargelang de aard van de betreffende persoonsgegevens en de context van gegevensverwerking.

De derde uitspraak betreft eveneens geanonimiseerde persoonsgegevens, in dit geval van medewerkers die kartelbijeenvakomsten bijwoonden. In dit geval hanteert het Gerecht het argument van de gedateerdheid van de persoonsinformatie, waardoor het element van vertrouwelijkheid hieraan zou zijn ontvallen en de gegevens aan derden verstrekt mogen worden.

6.6 Rechterlijke uitspraken betreffende verordening nr. 45/2001

Uit het voorgaande blijkt, dat in de zaak Bank Austria Creditanstalt/Commissie door het Gerecht een eerste beroep op verordening nr. 45/2001 betreffende de bescherming van persoonsgegevens is behandeld, zij het zonder resultaat voor betrokkenen.

Een tweede relevant punt in deze uitspraak is dat het Gerecht heeft vastgesteld, dat verordening nr. 45/2001 strekt tot bescherming van natuurlijke personen. Als rechtspersoon kan de bank aan deze verordening derhalve geen rechten ontlennen. Dat is wel het geval als bestuurders en medewerkers van de bank een beroep op gegevensbescherming doen.

Inmiddels is gebleken, dat op basis van deze verordening relatief weinig beroepen bij de Europese rechter worden ingesteld. Zoals uit de hier genoemde voorbeelden blijkt is het beroep op gegevensbescherming in een aantal gevallen op andere gronden gebaseerd, in het bijzonder op de geheimhoudingsplicht in artikel 287 EG. Daarnaast voert de Edps een actief beleid waar het gaat om interventies in (hoger) beroepen met een aspect van gegevensbescherming, met name in zaken betreffende verzoeken om toegang tot documenten op basis van verordening nr. 45/2001. Daarbij gaat het in het bijzonder om de vraag of, zoals de Edps van mening is, bij de beoordeling van dit type openbaarheidsverzoeken het toetsingskader van artikel 5 van verordening nr. 1049/2001 (bescherming van persoonsgegevens) moet worden verdisconteerd in de weigeringsgronden van artikel 4 van verordening nr. 45/2001

(toegang tot documenten), zo niet cumulatief van toepassing is op het verzoek om openbaarmaking. Zie ook zijn interventie in de procedure bij het Gerecht van Eerste Aanleg betreffende het verzoek om toegang tot documenten van de Bavarian Lager Company (zaaknr. T-194/04), in het bijzonder een lijst van aanwezigen bij een bepaalde bespreking. Deze zaak is daarom zo interessant, omdat er sprake is van een voorgeschiedenis, waarbij zowel de Europese Ombudsman als het Europees Parlement zich expliciet voor openbaarmaking van de betreffende stukken hebben uitgesproken. Het wachten is op de uitspraak van het Gerecht. In algemene zin kan worden vastgesteld, dat het in dit type zaken veelal om bedrijfsgegevens gaat. Naar verwachting zal de verhouding tussen openbaarheid (toegang tot documenten) en gegevensbescherming met betrekking tot dit type gegevens zich vooral in deze context uitkristalliseren.

6.7 Conclusie

De ruime toepassing van richtlijn en verordening door de Europese rechter, met name door een extensieve interpretatie van het begrip gegevensverwerking, houdt verband met de behoefte aan rechtsbescherming en de brede toepasbaarheid van de hierin opgenomen materiële rechtmatigheidscriteria. Daarbij wordt gemakkelijk voorbij gegaan aan de consequenties van een (te) ruime afbakening van de werkingssfeer van deze regelingen in de vorm van annexe verplichtingen van de verantwoordelijke, in het bijzonder de informatieplicht jegens betrokkene en de aanmeldings- en vergunnings-/ontheftingsplicht (voorafgaand onderzoek en EU-grensoverschrijdend gegevensverkeer). Naar uit het arrest Lindqvist blijkt is het Hof bereid om het richtlijnregime onder omstandigheden te modificeren. Dit is echter geen oplossing voor de in de uitvoeringspraktijk gebleken knelpunten van een dergelijke ruime toepassing van het richtlijnregime.

Tevens is gebleken, dat in de rechtspraak sprake is van differentiatie, al naar gelang de aard van de betreffende gegevens en de context van gegevensverwerking. Ook zijn er aanwijzingen, dat het Gerecht aan het belang van een actief openbaarmakingsbeleid een belangrijke waarde, zo niet prevalerende betekenis toekent, mede in het licht van de legitimiteit van het handelen van de Europese instellingen. Uit de beschikbare uitspraken kan worden afgeleid, dat het Gerecht in die gevallen niet geneigd is om het begrippenpaar gegevensverwerking en persoonsgegevens ruim te interpreteren. De gegevensbescherming lijkt in die gevallen beperkt tot de concrete naamsvermelding van betrokkenen. Dat geldt in het bijzonder voor de gegevens van zgn. “meegeregistreerden”. Wat het element identificeerbaarheid of herleidbaarheid betreft lijkt de Europese rechter derhalve wat bedrijfsgegevens betreft aan deze criteria beperkte betekenis toe te kennen, zodat anonimisering in deze context veelal volstaat.

7. De doorwerking van verordening (EG) nr. 45/2001 (bescherming persoonsgegevens) in verordening (EG) nr. 1049/2001 (Eurowob)

7.1 De toepassing van verordening nr.1049/2001 en de uitzondering persoonlijke levenssfeer

Artikel 4 van verordening (EG) nr. 1049/2001 betreffende de toegang tot documenten bevat de uitzonderingen op de openbaarmakingsverplichting in deze regeling. Het eerste lid van dit artikel noemt onder sub b, de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu, onder verwijzing naar de gemeenschapswetgeving inzake de bescherming van personen. Deze verwijzing betreft in het bijzonder verordening nr. 45/2001, inzake de bescherming van persoonsgegevens. Deze verordening is niet het startpunt van regelgeving omtrent de toegang tot documenten, maar de codificatie van regels die eerder waren opgenomen in de reglementen van orde van de instellingen. Omdat het toepassingsbereik van deze verordening beperkingen kent, moet bij sommige communautaire organisaties nog steeds op een overeenkomstige regeling in instellingsregeling en/of reglement van orde worden teruggevallen.

Er is nog geen rechtspraak over inhoud en toepassing deze uitzonderingsgrond van GvEA en HvJ. Uit de beschikbare rechtspraak inzake aanspraken op grond van deze openbaarheidsverordening blijkt echter, dat de Europese rechter de betekenis van eerdere jurisprudentie inzake de toegang tot documenten continueert. Hieruit kan worden afgeleid, dat de Hof en Gerecht, mede in het verlengde van de transparantie bepaling in artikel 1, tweede alinea, EU-Verdrag, de bevordering van openbaarheid van bestuur op Europees niveau als doel van deze verordening ruimhartig ondersteunen. Een belangrijk element van deze rechtspraak is, dat specifieke doel- en geheimhoudingsbepalingen in Verdrag en sectorverordeningen niet als derogerend aan het verordeningsregime van toegang tot documenten worden uitgelegd, maar dat regelingen van toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de algemene en specifieke uitzonderingsbepalingen worden "ingelesen". Een en ander heeft tot gevolg, dat de openbaarheid op Europees niveau verder kan gaan dan die op nationaal niveau⁹.

Op basis van de bestaande jurisprudentie lijkt mij aannemelijk, dat wanneer de Europese rechter over deze uitzonderingsgrond moet beslissen, de omstandigheden van het geval een belangrijke rol zullen spelen bij de vraag of openbaarmaking van persoonsgegevens in de opgevraagde documenten (waaronder in elektronische gegevensdragers) geweigerd dient te worden. Deze relativering geldt in het bijzonder de verstrekking van functionele persoonsgegevens in het kader van een bedrijfs- of beroepsmatige context.

Een bijzonder geval is het arrest van het GvEA van 6 juli 2006 (zaaknr. T-391/03 en T-70/04)¹⁰, de zaak Yves Franchet en Daniel Byk/Commissie. Betrokkenen behoorden tot de directie van Eurostat. Zij deden een beroep op verordening nr. 1049/2001 met betrekking tot de toegang tot de aan gerechtelijke instanties van Luxemburg en Frankrijk toegezonden onderzoeksdossiers in hun eigen zaken. Opmerkelijk hierin is dat het Gerecht uitsluitend toetst aan verordening nr. 1049/2001 betreffende toegang tot documenten, omdat de bestreden besluiten op basis van deze verordening zijn genomen. Het inzagerecht in artikel 13 van verordening nr. 45/2001 betreffende de bescherming van persoonsgegevens wordt derhalve genegeerd, los van de vraag of een dergelijk beroep succesvol zou kunnen zijn. In ieder geval blijkt hieruit de complementaire functie van de Eurowob in relatie tot de verordening bescherming persoonsgegevens, zij het dat ingeval van een informatieverzoek op basis van laatstgenoemde verordening, het bijzondere openbaarheidsbelang niet verdisconteerd mag worden. Het zal voorts duidelijk zijn, dat indien op basis van de Eurowob toegang tot documenten in het eigen dossier

⁹ Zie met betrekking tot de mededingingswetgeving mijn annotaties bij: GvEA van 13 april 2005, JB 2005, 165 en GvEA 30 mei 2006, JB 2006, 239.

¹⁰ JB 2006, 266 m.nt. dzz.

wordt gevraagd, de weigeringsgrond persoonlijke levenssfeer in artikel 4, eerste lid, aanhef en sub b, van deze verordening niet van toepassing is. Het verzoek van betrokkene impliceert immers toestemming tot de gevraagde gegevensverstrekking. Wel blijft, dat ook op communautair niveau het adagium “eenmaal openbaar, altijd openbaar” geldt, zodat de honorering van een informatieverzoek aan betrokkene, tevens de weg vrij maakt voor gegevensverstrekking aan derden, omdat de documenten daardoor tot het publieke domein zijn gaan behoren. Aannemelijk is dat deze bredere functie van de Wob met name een rol zal blijven spelen wanneer het gaat om bedrijfsgegevens.

7.2 De botsing tussen openbaarheid en privacy en gegevensbescherming

De verhouding tussen de verordening inzake de bescherming persoonsgegevens en de verordening betreffende de toegang tot documenten blijkt, naar eerder opgemerkt, in de uitvoeringspraktijk nog onvoldoende uitgekristalliseerd te zijn. Kern van het rechtspolitieke debat is de vraag wat terzake van persoonsgegevens prevaleert: het transparantiebeginsel of het beginsel van de bescherming van persoonsgegevens. Hiervoor bleek reeds, dat zowel het recht van toegang tot documenten als het recht op gegevensbescherming in het Handvest als grondrecht zijn gewaarborgd. De verwevenheid van beide regimes is verzekerd via de uitzonderingsregeling in artikel 4, aanhef en eerste lid, sub b, verordening nr. 1049/2001 (toegang tot documenten) en de noodzaak om een wettelijke verplichting na te komen als rechtmatige grondslag van verstrekking in artikel 5, aanhef en sub b, van verordening nr. 45/2001 (bescherming persoonsgegevens).

Beide verordeningen kennen een vorm van institutionele belangenbehartiging. Bij verordening nr. 45/2001 is dat de Europese toezichthouder voor de gegevensbescherming (Edps), terwijl de Europese Ombudsman zich uit een oogpunt van legitimiteit van het functioneren van de Europese Unie sterk maakt voor het belang van de openbaarheid (van bestuur) en daarmee voor een ruimhartige uitvoering van verordening nr. 1049/2001. Beiden onderhouden een directe relatie met het Europees Parlement, resulterend in vragen, resoluties en eventueel nietigheidsberoepen op grond van artikel 230, derde alinea, EG bij het HvJ, zoals het geval was in het conflict met de Commissie over de PNR-overeenkomst met de VS, ten aanzien van de uitwisseling van reizigersinformatie van luchtvaartpassagiers voor doelen van grensbewaking.

Zoals eerder opgemerkt heeft de Edps een nota uitgebracht met het standpunt dat bij een verzoek om toegang tot documenten waarin persoonsgegevens voorkomen, de materiële criteria van beide verordeningen – cumulatief – moeten worden toegepast. De nadruk ligt thans op de verordening waarvan de toepassing is gevraagd. Deze stellingname komt in een reeks van gevallen neer op het primaat van de bescherming van persoonsgegevens en versterking van de zeggenschap van betrokkene wiens persoonsgegevens in het geding zijn. De Edps heeft geïntervenieerd in een bij het GvEA aanhangig beroep betreffende het verzoek om toegang tot de lijst van deelnemers aan een specifieke vergadering van de Bavarian Lager Company, betogend dat het Gerecht de weigering van de Commissie met een beroep op de verordening nr. 45/2001 dient te bevestigen. Het gaat om een kartelzaak en de betreffende gegevens kunnen dan ook als bedrijfsgegevens worden aangemerkt. Ook waren ambtenaren van de Commissie aanwezig, hetgeen de uitkomst mede kan kleuren. De kans is groot, dat deze uitspraak er een van principiële betekenis wordt. De feiten lijken ernaar te zijn. In dat geval zal grotere duidelijkheid kunnen ontstaan over de omvang van de bescherming van

bedrijfsmatige persoonsgegevens, met name de beperking daarvan op basis van openbaarheidswetgeving.

Gezien de tekst van de betreffende uitzonderingsgrond in artikel 4 van verordening 1040/2001, met name de zinsnede: “in het bijzonder gelet op de Gemeenschapswetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens” acht ik het niet waarschijnlijk, dat Gerecht en Hof de hierin besloten - aan rechterlijke toetsing onderworpen - beoordelingsvrijheid van de Commissie, via deze in steek op voorhand zullen inperken. Dat wil zeggen, dat aan het beleid van de Commissie zelfstandige betekenis toekomt. Het beeld is wat wisselend. Enige terughoudendheid lijkt soms aanwezig. Die houdt mogelijk mede verband met de aan de besluitvorming omtrent dit type toegangsverzoeken verbonden werklust. Tegelijkertijd blijkt in de afzonderlijke sectoren veel ruimte voor een ruimhartig – actief – openbaarmakingsbeleid te zijn. Ook het Transparantie-initiatief van de Commissie gaat in die richting.

7.3 Openbaarmaking, privacy en gegevensbescherming en geheimhoudingsplichten

Een dogmatisch belangrijke uitspraak is het arrest van het GvEA van 30 mei 2006 (zaaknr. T-198/03), de zaak Bank Austria Creditanstalt/Commissie (Lombardclubaffaire)¹¹, met name vanwege de relatie tussen de geheimhoudingsplicht in artikel 287 EG en de twee verordeningen nr. 45/2001 en nr. 1049/2001. Dit verdragsartikel vestigt een verbod op openbaarmaking van inlichtingen die naar hun aard vallen onder de geheimhoudingsplicht. Voor de beoordeling van het vertrouwelijk karakter van een inlichting is het noodzakelijk om de rechtmatige belangen die zich tegen de openbaarmaking ervan verzetten, af te wegen tegen het algemene belang dat activiteiten van de gemeenschapsinstellingen in een zo groot mogelijke openheid worden verricht.

Hieraan wordt toegevoegd:

“De communautaire wetgever heeft het algemene belang van de transparantie van het gemeenschapsoptreden en de belangen die zich daartegen mogelijkerwijs verzetten tegen elkaar afgewogen in verschillende handelingen van afgeleid recht, met name in verordening nr. 45/2001 en in verordening nr. 1049/2001 (...). Ook al behoort het begrip geheimhoudingsplicht” tot het primaire recht, aangezien het in artikel 287 EG wordt gebruikt, en kan het afgeleide recht uiteraard de bepalingen van het Verdrag niet wijzigen, is de wijze waarop de communautaire wetgever het Verdrag uitlegt met betrekking tot een daarin niet uitdrukkelijk geregelde kwestie, niettemin een belangrijke aanwijzing over hoe een bepaling moet worden begrepen. (...)

Hieruit volgt dat, voorzover dergelijke bepalingen van afgeleid recht de openbaarmaking van inlichtingen aan het publiek verbieden, of de toegang van het publiek tot de documenten waarin zij zijn vervat, uitsluiten, moet worden aangenomen dat deze inlichtingen onder geheimhoudingsplicht vallen. Voorzover het publiek rechtens toegang heeft tot documenten waarin bepaalde inlichtingen zijn opgenomen, kan daarentegen niet worden aangenomen dat deze inlichtingen naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen.

Met betrekking tot de bekendmaking van beschikkingen die de Commissie krachtens

¹¹ JB 2006, 239 m.nt. dzz.

verordening nr. 17 geeft, volgt uit het voorgaande dat artikel 20 van verordening nr. 17, naast de openbaarmaking van zakengeheimen, met name de bekendmaking verbiedt van inlichtingen die onder de in artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 bedoelde uitzonderingen op het recht van toegang tot documenten vallen of die bescherming genieten op grond van andere regels van afgeleid recht, zoals die van verordening nr. 45/2001. Dit artikel verzet zich daarentegen niet tegen de bekendmaking van inlichtingen waarvan het publiek rechtens kennis kan nemen.

Deze uitspraak is van rechtstreeks belang voor het nationale recht, omdat deze kan worden doorgetrokken naar de betekenis van de betreffende geheimhoudings- en openbaarmakingsbepalingen in de in het nationale recht geïmplementeerde communautaire sectorregelingen. Reeds eerder heb ik gesignaleerd, dat verordening nr. 1049/2001 – anders dan de Wet openbaarheid van bestuur – niet het systeem van aan het algemene recht op openbaarheid derogerende sectorale geheimhoudingsbepalingen kent, want geen vangnetvoorziening is. Het gevolg van de huidige praktijk om communautaire geheimhoudingsbepalingen in sectorwetgeving als derogerend aan de Wob te implementeren is, dat bijvoorbeeld wat het mededingingsrecht betreft, de openbaarheid op Europees niveau groter is dan op nationaal niveau. Zie voor een nadere uitwerking van deze discrepantie mijn annotaties bij GvEA 30 mei 2006, JB 2006, 239 en GvEA 13 april 2005, JB 2005, 165. Ook voor de Wbp heeft deze rechtspraak consequenties. Naar huidig recht blijft ingevolge artikel 9, vierde lid, Wbp de verwerking van persoonsgegevens achterwege voor zover een geheimhoudingsplicht uit hoofde van onder meer een wettelijk voorschrift daaraan in de weg staat. Deze bepaling impliceert mede, dat het geheimhoudingsregime in een sectorwet derogeert aan de bevoegdheid van de verantwoordelijke in de artikelen 8, 9 en 23 Wbp tot verstrekking van persoonsgegevens aan derden. Is een dergelijk sectoraal geheimhoudingsregime op een communautaire grondslag herleidbaar, dan kan worden betoogd dat dit wat de uitleg van richtlijn 95/46/EG betreft minder vergaande gevolgen hoeft te hebben, dan thans in de Wbp is vastgelegd. Dat geldt in het bijzonder indien de geheimhoudingsbepaling is afgeleid uit een richtlijn of verordening waarin als interpretatiekader is verwezen naar verordening nr. 1049/2001 en/of het Handvest van de grondrechten. Een en ander betekent dat bij de uitleg en toepassing van dit type bepalingen van communautaire oorsprong niet met het nationale recht volstaan kan worden, maar dat bij de vraag of en in hoeverre derdenverstrekking is toegestaan mede de communautaire rechtssystematiek in acht genomen moet worden.

8. De interpretatie van de Afdeling bestuursrecht Raad van State van de persoonlijke levenssfeer als relatieve weigeringsgrond in artikel 10, tweede lid, aanhef en sub e, Wet openbaarheid van bestuur

8.1 De persoonlijke levenssfeer als weigeringsgrond

Voor zover het verzoek om openbaarmaking van documenten op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (mede) persoonsgegevens betreft, dient het bestuursorgaan het publieke belang van openbaarmaking af te wegen tegen de persoonlijke levenssfeer van betrokkene. Ingevolge vaste rechtspraak van de Afdeling worden gegevens betreffende bedrijfs- of beroepsmatig functioneren niet onder de reikwijdte van deze weigeringsgrond begrepen. Dat geldt derhalve ook voor bestuurders en ambtenaren (ABRvS 15 juli 2006, JB 2006, 234, ABRvS 28 juli 2004,

JB 2004, 317 m.nt. dzz. en ABRvS 14 juli 2004, JB 2004, 297 m.nt. dzz.). De consequentie hiervan is, dat het verstrekkingenregime onder de Wob terzake van persoonsgegevens minder stringent is dan dat onder de Wbp, met name indien het gaat om functionele bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens. Dit is slechts anders wanneer de openbaarmaking gevoelige gegevens betreft in de zin van artikel 16 Wbp. Is daarvan sprake, dan is ingevolge artikel 10, eerste lid, aanhef en sub d, Wob, sprake van een absolute weigeringsgrond. Deze bepaling heeft echter nog nauwelijks tot jurisprudentie geleid, zodat niet zeker is of de Afdeling deze weigeringsgrond toepasbaar acht indien sprake is van bedrijfs- of beroepsmatige gegevens, in het bijzonder wanneer het gaat om strafrechtelijke gegevens.

8.2 Onevenredige benadeling: reputatiebescherming

Dat de persoonlijke levenssfeer als weigeringsgrond bij bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens nauwelijks een rol speelt, wil niet zeggen dat de Wob geen gegevensbescherming biedt. Dat is namelijk wel het geval. In de eerste plaats via de absolute weigeringsgrond in artikel 10, eerste lid, sub c, Wob, waar het gaat over bedrijfs- en fabricagegegevens die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld. Veel belangrijker is echter de relatieve weigeringsgrond in artikel 10, tweede lid, sub 9 Wob, de onevenredige bevoor- en benadeling. Uit de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt, dat deze weigeringsgrond een belangrijke rol speelt als instrument van reputatiebescherming, al dan niet gekoppeld aan mogelijk negatieve economische gevolgen van openbaarmaking in een specifiek geval. Belangrijke uitspraken in dit verband zijn: ABRvS 7 april 2004, LJN: AO7115 (weigeringsgrond College bescherming persoonsgegevens van openbaarmaking van toezichtsinformatie over een handelsinformatiebureau, dat zich aan onrechtmatige gegevensverwerking heeft schuldig gemaakt) en ABRvS 20 december 2006, LJN: AZ4788, in druk bij JB, m.nt. dzz. (openbaarmaking inspectiegegevens Plantenziektenkundige Dienst LNV inzake bruinrotbesmetting poot aardappelen). Hieruit blijkt, dat aspecten van gegevensbescherming die een onderdeel vormen van de grondrechtelijke waarborg van de persoonlijke levenssfeer, zoals eer en goede naam, in de Wob onder een andere noemer, want onevenredige benadeling in de zin van artikel 10, tweede lid, aanhef en sub g, en in concreto worden afgewogen in relatie tot het publieke belang van openbaarmaking. Deze gegevensbescherming is niet beperkt tot natuurlijke personen, maar komt ook aan rechtspersonen toe.

8.3 Openbaarmaking van inspectiegegevens

Een bijzondere categorie van bedrijfsgegevens zijn de kwaliteits- of prestatiegegevens van met name scholen en ziekenhuizen (ABRvS 8 december 2004, JB 2005, 26 m.nt. dzz., ABRvS 1 december 2004, JB 2005, 25 m.nt. dzz. en ABRvS 22 maart 2006, JB 2006, 124 m.nt. dzz.). Op dit punt is een ontwikkeling waarneembaar, dat – actief of passief - meer informatie openbaar gemaakt wordt dan voorheen gebruikelijk. Afgezien van een toeneming van het aantal openbaarmakings- c.q. bekendmakingsverplichtingen als voorwaarde voor marktwerking, is ook het Europees transparantiebeleid een prikkel daartoe. Zie het Groenboek over een Europees Transparantie-initiatief van de Europese Commissie van mei 2006, dat vooral een versterking van de legitimiteit van wetgeving en bestuur van de Europese Unie beoogt. In het verlengde hiervan zijn op basis van artikel 8 Wob nieuwe openbaarmakingsregelingen getroffen, in het bijzonder het Besluit inzake openbaarmaking subsidiegegevens Gemeenschappelijk Landbouwbeleid van 23 augustus 2005, Stcrt. 2005, 163 en het Besluit houdende beleidsregels omtrent

openbaarmaking van controlegegevens door de VWA van 28 augustus 2006, Stcrt. 2006, 166, en 18 december 2006, Stcrt. 2007, 3. Bovendien is het bewaken van de integriteit van het openbaar bestuur een motief om documenten actief openbaar te maken, al dan niet elektronisch. Zie hieromtrent de belangrijke uitspraak van de Afdeling bestuursrecht van 31 mei 2006, JB 2006, 218 m.nt. dzz (openbaarmaking onderzoeksrapport Nijkerk), waarin een beslissing van een bestuursorgaan tot openbaarmaking op eigen initiatief als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb is aangemerkt. Hierdoor zijn openbaarmakings-besluiten van bestuursorganen aan rechtsbescherming en dus aan toetsing door de bestuursrechter onderworpen.

8.4 Rechtsontwikkeling

Uit de Wob-jurisprudentie van de Afdeling kan is een zekere trend waarneembaar, van een verdergaande instrumentalisering van de bestuurlijke bevoegdheid tot actieve openbaarmaking. Die ontwikkeling blijkt ook uit nieuwe sectorwetgeving, zij het dat nieuwe regelgeving waarin marktwerking een rol speelt dikwijls zodanig is ingericht, dat gepoogd wordt de Wob via uitsluiting of opneming van een specifiek geheimhoudingsregime buiten de deur te houden. Parallel hieraan is sprake van een rechtsontwikkeling, waarbij het recht op privacy en gegevensbescherming vooral wordt toegesneden op het grondrechtelijk gewaarborgde kernrecht. Dat geldt in het bijzonder voor de communautaire rechtspraak. In de rechtspraak zal het daarbij veelal gaan om gevoelige persoonsgegevens of persoonsgegevens die anderszins eer en goede naam van betrokkene raken.

Uit het voorgaande vloeit voort, dat het doel van de Wob: de bevordering van een goede en democratische bestuursvoering, in de afgelopen periode via beleid, regelgeving en rechtspraak verbreed is. Bovendien wordt de communautaire invloed op de Wob en op het openbaarmakingsbeleid in algemene zin groter. Met name bleek dit bij de implementatie van de richtlijn hergebruik overheidsgegevens in hoofdstuk V-A van de Wob. Die richtlijn had primair een economische achtergrond, met name de beschikbaarheid van overheidsinformatie voor de markt.

Naar verwachting zal het transparantie-initiatief van de Commissie resulteren in een verdere toeneming van openbaarmakingsverplichtingen van de lidstaten. Zo is reeds aangekondigd dat de publicatie van subsidieverstrekingen op basis van Europese fondsen – landbouwsubsidies en subsidies structuurfondsen - verplicht wordt. Ook op andere terreinen neemt de Commissie initiatieven om meer rechtstreeks met de Unie-burger in contact te komen.

Een logisch gevolg van een en ander is, dat de druk op de lidstaten zal toenemen om hun beleidsvrijheid in het kader van richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van persoonsgegevens - onder regie van de Commissie - in verdergaande mate te coördineren, met name waar het gaat om bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens.

9. De interpretatie van de begrippen persoonsgegeven en gegevensverwerking in de Wet bescherming persoonsgegevens

9.1 Het begrip persoonsgegeven in wet, richtlijn, verordening en EDV 1981

Het begrip persoonsgegevens is in artikel 1, aanhef en sub a, van de Wet bescherming persoonsgegevens omschreven als: “elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon”. Deze definitie komt overeen met die in artikel 2, aanhef en sub a, eerste zinsdeel, van richtlijn 95/46/EG en in artikel 2, aanhef en sub a, van het Europees Dataoverdrag van 1981. De richtlijn-definitie luidt als volgt: “persoonsgegevens”, iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, hierna “betrokkene” te noemen; als identificeerbaar wordt beschouwd een persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificatienummer of van een of meer specifieke elementen die kenmerkend zijn voor zijn of haar fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit”. In artikel 2, aanhef en sub a, van Verordening (EG) nr. 45/2001 is het begrip persoonsgegevens op overeenkomstige wijze gedefinieerd. Ook in deze tekst is de identificeerbaarheid met name opgehangen aan: een identificatienummer of een of meer specifieke elementen die voor betrokkene’s fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit kenmerkend zijn”. Het EDV kent de volgende, globaler geformuleerde definitie: “personal data” means any information relating to an identified or identifiable individual (“data subject”). De aan de Wbp voorafgaande Wet persoonsregistraties kende in artikel 1 een materieel overeenkomstige omschrijving van het begrip persoonsgegevens. Uit deze definities blijkt, dat het begrip persoonsgegevens ziet op een natuurlijke, levende persoon, terwijl in de uitgebreide definities in richtlijn en verordening met betrekking tot het aspect identificeerbaarheid een zekere beperking kan worden afgelezen. Die identificeerbaarheid moet immers herleidbaar zijn tot: (a) een identificatienummer of (b) specifieke elementen van iemands identiteit.

Hoewel in toepassing en rechtspraak niet geëxpliciteerd, zijn de hiervoor genoemde criteria van identificeerbaarheid in de uitgebreide definities van het begrip persoonsgegevens in richtlijn en verordening voor het onderwerp van deze studie van direct belang. Deze betreffen immers tevens de vermelding van – geanonimiseerde - functionele persoonsgegevens in gegevensbestanden van rechtspersonen of secundair geregistreerden in gegevensverwerkingen omtrent eenmansbedrijven, personenvennootschappen en vrijgevestigde beroepsbeoefenaren. Uit de hiervoor weergegeven definitiebepalingen van het begrip persoonsgegevens in Wbp en richtlijn kan derhalve worden afgeleid, dat dit type identificeerbare gegevens in beginsel niet onder de Wbp valt. Daarvoor is meer nodig.

9.2 Differentiatie van persoonsgegevens

Binnen het begrip persoonsgegevens is in de Wbp, de richtlijn en het EDV 1981 niet gedifferentieerd naar de aard van de betreffende informatie. Dit betekent dat functionele, dat wil zeggen bedrijfs- en beroepsmatige gegevens – mits geïdentificeerd of identificeerbaar – als persoonsgegevens in de zin van wet en richtlijn worden aangemerkt.

De Wet persoonsregistraties kende daarentegen in het begrip persoonsgegevens wel een zekere differentiatie, verband houdend met de in de considerans van de wet vermelde grondslag in het tweede en derde lid van artikel 10 van de Grondwet. Naar uit de wetsgeschiedenis van deze op 1 juli 1989 ingevoerde wet blijkt, werd bij de totstandkoming hiervan nog uitgegaan van een beperkter begrip persoonlijke levenssfeer - het zogenoemde kernrecht - hetgeen doorwerkte in de uitleg van het daarop toegesneden begrip persoonsgegevens.

Deze door de wetgever bedoelde, enigszins restrictieve uitleg van het begrip persoonsgegevens, resulterend in een beperkte toepasselijkheid van de Wpr op

specifieke bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens is aanvankelijk ook door de Registratiekamer aangehangen. Aldus werd verzekerd dat de Wpr niet van toepassing werd geacht op bedrijfs- en beroepsmatige situaties waarvoor deze wet, met zijn zware zelfreguleringsverplichtingen van de houder, niet bedoeld was. Vanaf het midden van de jaren negentig heeft de Registratiekamer echter sterker ingezet op een verruiming van de werkingssfeer van deze wet, in verband waarmee ook het begrip persoonsgegeven een ruimere inhoud kreeg.

In de Wbp is de directe koppeling met het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in navolging van de richtlijn, min of meer losgelaten. Artikel 10, tweede en derde lid, Grw. worden in de considerans nog wel als grondslag van regelgeving genoemd, deze bepalingen zijn echter ingekleurd door de regelingsverplichtingen in richtlijn 95/46/EG.

Zoals hiervoor is beschreven is deze richtlijn niet van toepassing op de derde pijler van het EU-Verdrag. In die lacune wordt grotendeels voorzien via het thans nog in procedure zijnde Kaderbesluit over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politie en justitiële samenwerking in strafzaken (COM (2005) 475).

9.3 De grondrechtelijke dimensie

Naar uit het voorgaande blijkt hebben het Europees Hof voor de rechten van de mens en het EU Hof van Justitie via vaste rechtspraak, met als vertrekpunt het arrest Niemietz van het EHRM van 1992, de werkingssfeer van de elementen privé-leven, huis en communicatie (correspondentie) in artikel 8 EVRM (jo. 7 Handvest van de grondrechten) belangrijk uitgebreid, door de waarborgfunctie van deze grondrechten tevens van toepassing te achten op rechtspersonen en gegevensverwerking in het kader van bedrijfs- en beroepsbeoefening.

Dat de Wet bescherming persoonsgegevens primair implementatie van Europees recht bevat heeft gevolgen voor de uitleg van deze regeling, in het bijzonder voor de uitleg van het begrippenkader. Lidstaten en al hun organen zijn verplicht om implementatiewetgeving richtlijnconform, dus in overeenstemming met inhoud, doel en strekking van de betreffende Europese wetgeving en de uitspraken daaromtrent door het Hof van Justitie, met name in prejudiciële procedures, uit te leggen en toe te passen, ook door de rechter (verplichting van richtlijnconforme interpretatie), nog afgezien van het beginselen van directe werking en aansprakelijkheid voor gebrekkige implementatie en interpretatie.

Eerder is beschreven dat het Hof van Justitie geneigd is een ruim toepassingsbereik van de richtlijn bescherming persoonsgegevens (en verordening nr. 1049/2001) aan te nemen. Het rechtsbeschermingsperspectief prevaleert. De consequenties daarvan: de gelding van een reeks van annexe verplichtingen van de verantwoordelijke, zoals de informatie- en de meldingsplicht, ziet het Hof niet als contra-indicatie, maar als een uitvoeringskwestie die dan ook op dat niveau moet worden opgelost. Wel blijkt uit het arrest-Lindqvist dat het Hof van Justitie bereid is consequenties te trekken, wanneer de uitbreiding van gegevensbescherming zodanig is, dat bepaalde formaliteiten redelijkerwijs niet meer gevegd kunnen worden. In het geval Lindqvist ging het om de toepassing van een vergunningsplicht bij vermelding van (gevoelige) persoonsgegevens op een website, want een vorm van EU-grensoverschrijdende gegevensverwerking. De opvatting van het Hof doortrekkend betekent dit, dat websites met persoonsgegevens, de gebruikelijke variant, ook niet hoeven te worden aangemeld. Hoewel niet vastgelegd, mag dit wel als heersende rechtsopvatting in ons land worden beschouwd.

In het verlengde van de hiervoor geschetste ontwikkelingen is het materiële toepassingsbereik van het begrip persoonsgegevens in de afgelopen periode bij de toepassing van de Wbp verruimd, met name waar het gaat om bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens. Uit het karakter van de richtlijn als totaalharmonisatie, zij het met beleidsruimte van de lidstaten op nader aangegeven punten, vloeit voort, dat een stringentere uitleg van dit begrip niet (meer) tot de regelingsbevoegdheid van de nationale wetgever behoort.

9.4 Bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens

Het voorgaande betekent niet dat zich geen kwesties van uitleg meer voordoen. Dat blijkt al uit de volgende inventarisatie. In de eerste plaats de afbakening van wat als persoonsgegevens geldt in een bedrijfs- of beroepsmatige context. Gaat het daarbij alleen om naamsvermeldingen en personaliseerbare functie-aanduidingen, of is de afbakening ruimer en wordt ook annexe zakelijke informatie als persoonsgegevens geduid. Hiervoor is aangegeven, dat in het licht van de Europese definities en jurisprudentie een min of meer strikte afbakening van wat als persoonsgegevens geldt kan worden aangehouden. Een tweede punt is de toepassing van de rechtmatigheidscriteria in de Wbp op de categorie bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens. Bij de beschrijving van het arrest Niemietz is al aangegeven, dat het EHRM wat dit type gegevens betreft een ruimere beperkingsbevoegdheid aanneemt, dan bij specifieke, op aspecten van de individuele persoon betrekking hebbende, persoonsgegevens het geval is. De Europese rechter – Hof van Justitie en Gerecht van Eerste Aanleg – gaat van eenzelfde differentiatie uit. Bij de toepassing van de Wbp wordt dit onderscheid naar de aard van de betreffende gegevens en de context van verwerking in de regel niet toegepast. Een tweede factor van onvrede met de Wbp is dat er een sterke tendens is om deze wet geïsoleerd, dus los van de achterliggende wet- en regelgeving en de nationale en Europeesrechtelijke jurisprudentie op normatieve kwesties van gegevensverwerking toe te passen. Een dergelijke benadering levert echter fricties op, vooral wanneer de rechtmatigheid van gegevensverwerking van bestuursorganen op basis van de artikelen 8, 9 en 16 t/m 23 Wbp aan de orde is.

Zoals eerder opgemerkt, zijn de hiervoor genoemde criteria van identificeerbaarheid in de uitgebreide definities van het begrip persoonsgegevens in richtlijn en verordening voor het onderwerp van deze studie van direct belang. Deze betreffen immers tevens de vermelding van – geanonimiseerde - functionele persoonsgegevens in gegevensbestanden van rechtspersonen of secundair geregistreerden in gegevensverwerkingen omtrent eenmansbedrijven, personenvennootschappen en vrijgevestigde beroepsbeoefenaren. Uit de hiervoor weergegeven definitiebepalingen van het begrip persoonsgegevens in Wbp en richtlijn kan derhalve worden afgeleid, dat dit type – als regel feitelijk identificeerbare - gegevens in beginsel toch niet onder de Wbp valt. Daarvoor is meer nodig. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd, dat deze nuancering in de uitvoeringspraktijk veelal wegvalt. Los van het vraagstuk van complexiteit van wetgeving speelt is op dit punt ook het beleid van het College bescherming persoonsgegevens te noemen, evenals de veelal risicomijdende advisering door de advocatuur, beducht als men is voor reputatieverlies bij afwijking van de lijn van de toezichthouder.

De uitleg van het begrip persoonsgegevens op nationaal niveau is echter niet als enige bepalend voor het toepassingsbereik van de Wbp in een bedrijfs- of beroepsmatige context. Hiervoor is reeds stilgestaan bij de uitleg en afbakening van

het begrip gegevensverwerking in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, met name in het arrest Lindqvist. Op basis hiervan is geconcludeerd, dat de richtlijn en de daarop gebaseerde nationale wetgeving van toepassing zijn op elke elektronische verwerking van persoonsgegevens, ook in verwerkingen omtrent rechtspersonen en zelfstandige bedrijfs- en beroepsuitoefening zonder rechtspersoonlijkheid. Daarmee is het onderscheid tussen primair en secundair (mee-)geregistreerden vervallen en zijn veel meer gegevensverwerkingen in een bedrijfs- en beroepsmatige sfeer (potentieel) onder de werking van de Wbp gebracht. Dit nog afgezien van de uitbreiding van het feitelijke toepassingsbereik door de voorschrijdende automatisering en gebruik van internet-toepassingen, met name websites.

9.5 Aanjager van nieuwe wet- en regelgeving

Gevolg van een en ander is, dat bij de toepassing van de Wbp sprake is van een toenemende spanning tussen de uitbreiding van de werkingssfeer ervan in het verlengde van de Europese jurisprudentie enerzijds, terwijl de verplichtingen van de verantwoordelijke daar niet steeds op zijn toegesneden. Het onder de werking van de richtlijn begrijpen van websites met persoonsgegevens is het meest illustratieve voorbeeld. De systematiek van de richtlijn, gebaseerd op de Franse en Duitse wetgeving uit de jaren zeventig, is nog altijd toegesneden op de eerste fase van de automatisering met een op voorhand afgebakende en beschreven gegevensverwerking via grote mainframes. Vandaar ook de belangrijke normatieve functie van het doelbindingsbeginsel, dat zich qua uitgangspunten niet of nauwelijks meer verdraagt met de huidige beginselen van een doelmatige gegevensverwerking, met name binnen de overheid.

Die spanning betreft vooral de belangrijke rechtsbeschermingsfunctie van Wbp en richtlijn enerzijds, in het bijzonder de rechten van inzage, correctie en verzet alsmede de zorgvuldigheids- en beveiligingsplicht van de verantwoordelijke, en de gedateerdheid van de uit de jaren zestig en zeventig daterende regelingssystematiek anderzijds. Bovendien is geen sprake van een consensus in rechtsopvattingen en dus ook niet van een eenduidige interpretatie van de basisbegrippen in richtlijn en wet. De (bestuurs)rechter zou op dit punt een belangrijke rol kunnen spelen maar doet dat niet, vooral omdat vanwege de vrees in de uitvoeringspraktijk voor kennistekorten, beperkingen in met name het bestuursprocesrecht en reputatieverlies heel weinig procedures gevoerd worden. Bovendien kost procederen geld, hetgeen met name op Europees niveau een belangrijke drempel voor particuliere belanghebbenden is, mede in het licht van een stringente toepassing van het begrip belanghebbende als ontvankelijkheidsvereiste door de Europese rechter. Zie GvEA van 30 mei 2006, JB 2006, 239 m.nt. dzz., een uitspraak die in lijn is met de rechtspraak van het Hof. Goed uit een oogpunt van tegengaan van juridisering van conflicten, maar slecht uit een oogpunt van rechtsontwikkeling.

Om de hiervoor genoemde redenen werken richtlijn en verordening als belangrijke aanjagers van nieuwe wetgeving. Knelpunten worden zowel op Europees als op nationaal niveau immers opgelost via specifieke wet- en regelgeving, met een concretiserende, derogerende of beperkende werking met betrekking tot het algemene regime van verwerking van persoonsgegevens. Het gevolg is dat zowel Europees als – corresponderend – nationaal, in toenemende mate sprake is van sectorale informatie-regimes en met name de open geformuleerde rechtmatigheidscriteria in de Wbp aan betekenis inboeten.

10. De ruimte voor gezamenlijke verwerking van persoonsgegevens door de inspecties op grond van de Wbp

10.1 Doel van het onderzoek

Uitgangspunt van het project Samenwerkende inspecties/Eenduidig toezicht is de realisering van een gezamenlijke gegevensverwerking in de vorm van een “free flow of information” tussen de inspecties.

Met het oog hierop is de ruimte voor een dergelijke herstructurering van de gegevensverwerking verkend, primair toegespitst op de afbakening van de werkingssfeer van de Wbp, in het bijzonder door de begrippen persoonsgegeven en gegevensverwerking in deze wet. Gebleken is dat deze begrippen in de afgelopen tijd een steeds ruimere betekenis hebben gekregen, parallel aan een uitbreiding van het toepassingsbereik van de Wbp.

10.2 Bevindingen betreffende de uitleg van de begrippen persoonsgegeven en gegevensverwerking

Met betrekking tot het begrip persoonsgegeven is het volgende opgemerkt:

- a. bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens van eenmansbedrijven, personenvennootschappen en vrij gevestigde beroepsbeoefenaren zijn in beginsel tevens persoonsgegevens in de zin van Wbp jo. richtlijn 95/46/EG
- b. in toenemende mate zijn aangehaakte, functionele persoonsgegevens in de gegevensverwerking omtrent rechtspersonen en als meegeregistreerden in gegevensverwerkingen omtrent eenmansbedrijven, personenvennootschappen en vrij gevestigde beroepsbeoefenaren als persoonsgegevens in de Wbp aangemerkt
- c. de beperking in de definitie van het begrip persoonsgegeven in de Wbp jo. de richtlijn waar het gaat om criteria betreffende de identificeerbaarheid van persoonsgegevens, blijken in de uitvoeringspraktijk nauwelijks van betekenis te zijn, mede vanwege een ruime interpretatie van het begrip persoonsgegeven door Registratiekamer en Cbp
- d. met de ontwikkeling van de elektronische gegevensverwerking - met name via internet - en de qua werkingssfeer van de richtlijn uitbreidende rechtspraak van het Hof van Justitie hangt samen, dat het onderscheid tussen primair en secundair geregistreerden en derden-geregistreerden is in de praktijk is vervallen
- e. uit de grondrechtenjurisprudentie blijkt, dat de artikelen 10 Grw. en 8 EVRM tevens voorzien in waarborgen met betrekking tot rechtspersonen, ondernemingen en bedrijfs- en beroepsuitoefening
- f. voorts leert de grondrechtenjurisprudentie, dat met betrekking tot de toelaatbaarheid van grondrechtsbeperkingen wordt gedifferentieerd, al naargelang de aard van de betreffende gegevens en de context van gegevensverwerking

- g. vaste jurisprudentie van zowel EHRM als HvJ/GvEA is, dat gegevens van beroeps- en bedrijfsmatige aard aan zwaardere beperkingen kunnen worden onderworpen dan het geval is bij persoonsgegevens in eigenlijke zin
- h. uit de jurisprudentie van met name van de Europese rechter, kan voorts worden afgeleid, dat de context van gegevensverwerking van betekenis is voor de vraag welke gegevens als persoonsgegevens hebben te gelden. Zo betreft de bescherming van gegevens van secundair geregistreerden in een bedrijfs- of beroepsmatige context primair de naamsvermelding en de vraag of sprake is van op de persoon herleidbare gevoelige gegevens, toegespitst op doel en strekking van de regeling en de achterliggende grondrechtelijke waarborgen van privacybescherming en preventie van discriminatie
- i. de vraag of en in hoeverre bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens verwerkt en dus uitgewisseld kunnen worden, dient mede gezien te worden in relatie tot het vigerende regime van openbaarheid van bestuur (toegang tot documenten). Dat informatie in beginsel tot het publiek domein wordt gerekend, want uit een oogpunt van belangenafweging met het publieke belang van openbaarmaking zowel actief als passief vatbaar is voor openbaarmaking, zal verdisconteerd moeten worden bij de rechtmatigheidstoets van gegevensverwerking op grond van de Wbp. In die zin is het transparantie-beleid van de Europese Commissie van bredere betekenis en raakt het ook de toepassing van het regime van gegevensbescherming.

Met betrekking tot het begrip gegevensverwerking is geconstateerd:

- a. de uitleg van dit begrip is zodanig verruimd, dat het structurele element van de gegevensverzameling als element van afbakening van het toepassingsbereik van de Wbp teveel op de achtergrond is geraakt
- b. de min of meer prevalerende opvatting, dat elke elektronische verwerking van persoonsgegevens een gegevensverwerking in de zin van de Wbp vormt is tevens een verklarende factor van de huidige uitvoeringsproblematiek van de Wbp
- c. deze ontwikkeling krijgt een nieuwe dimensie doordat binnen de overheid steeds meer documenten gescand en dus elektronisch verwerkt worden en ook steeds meer – vrije of semi-gestructureerde – tekstbestanden in de gegevensverwerking zijn opgenomen
- d. de gevoeligheid van de gegevensverwerking bij de inspecties is in de afgelopen periode sterk toegenomen, met name door de nadruk op een doelmatige inzet van inspectiecapaciteit in samenhang met een rationalisering van het toezicht via vormen van risk-management en daarop gebaseerde prioritering van capaciteitsinzet
- e. oorzaken van een “oprekken” van de werkingssfeer van de Wbp in relatie tot bedrijfs- en beroepsmatige gegevens hebben vooral te maken met de in het bedrijfsleven bestaande behoefte aan gegevens- en rechtsbescherming en de risico’s van reputatieverlies in geval van een eventuele, door de toezichthouder geconstateerde onrechtmatige gegevensverwerking. In beide gevallen gaat het zowel om een reactie op de doorzettende

openbaarheidscultuur als om een verweer tegen de verreikende onderzoeksbevoegdheden van de toezichthouders.

10.3 De betekenis van de jurisprudentie van Hof van Justitie en Gerecht van Eerste Aanleg

Hiervoor is gebleken dat het Hof van Justitie de reikwijdte van richtlijn 95/46/EG en dus ook van de Wet bescherming persoonsgegevens belangrijk heeft uitgebreid, met name in de arresten Österreichischer Rechnungshof en Lindqvist. Hieruit volgt dat de gehele gegevensverwerking van persoonsgegevens binnen de overheid onder de werking van de richtlijn valt, ook waar het gaat om gegevensverwerking die de uitoefening van uitsluitend nationaal gefundeerde publieke taken raakt. In het arrest-Lindqvist heeft het Hof bovendien de verwerking van (gevoelige) persoonsgegevens via (persoonlijke) websites onder de werking van de richtlijn gebracht. Door deze rechtspraak is tegelijkertijd de inherente spanning in de regelingssystematiek van richtlijn en implementatiewet vergroot. Het is nauwelijks mogelijk dat de verantwoordelijke met betrekking tot de nieuwe, thans onder de werkingssfeer van de richtlijn begrepen internettoepassingen aan alle verplichtingen uit hoofde hiervan kan voldoen. Ook het Hof heeft dit ingezien door in het arrest-Lindqvist een maatwerkoplossing te formuleren in de vorm van het buiten toepassing verklaren van het vergunningsregime voor EU-grensoverschrijdend gegevensverkeer, wat internettoepassingen per definitie zijn.

Naast deze ruime interpretatie waar het de werkingssfeer betreft, kan aan de jurisprudentie van Hof en GvEA een zeker pragmatisme niet worden ontzegd. Het Gerecht als voorhoedespeler in deze zaken, is geneigd alle in het geding zijnde belangen in onderling verband, mede tegen de achtergrond van de zaak in kwestie en de betreffende sectorwet- en regelgeving in zijn oordeel te verdisconteren. De achterliggende grondrechtelijke dimensie vormt daarbij de leidraad. Dit betekent in concreto, dat de afbakening van het begrip persoonsgegeven strikter is dan op nationaal niveau het geval lijkt te zijn, met name doordat het herleidbaarheids criterium min of meer buiten toepassing blijft en anonimisering veelal voldoende blijkt om niet aan beperkingen van gegevensverwerking onderworpen te zijn. Dat geldt vooral voor de zgn. secundair geregistreerden en de categorie van de functionele persoonsgegevens, waarvan de bescherming beperkt lijkt tot de naamsvermelding.

Uit het voorgaande bleek voorts, dat de Europese rechter meegaat met het beleid van Commissie en Raad om uit een oogpunt van versterking van de legitimiteit van de EU te komen tot een ruimer – actief – openbaarmakingsbeleid. Zoals aangegeven is de vraag welke informatie tot het publieke domein behoort tevens van invloed op de beleidsruimte voor een rechtmatige gegevensverwerking.

10.4 Richtlijn en Wbp als aanjagers van sectorwetgeving

Een te ruime invulling van de begrippen persoonsgegeven en gegevensverwerking leidt tot een substantiële uitbreiding van het toepassingsbereik van de Wbp. Het gevolg is rechtsontzekerheid, met name in relatie tot de verplichtingen van de verantwoordelijke en de rechtspositie van de geregistreeerde. Eerder is opgemerkt, dat de spanning in de regelingssystematiek van de Wbp en de bestaande rechtsonzekerheid een uitweg zoekt in nieuwe wet- en regelgeving op sectorniveau, zowel Europees als nationaal. In die zin fungeren Wbp en richtlijn als belangrijke aanjagers van nieuwe wet- en regelgeving.

10.5 De Wbp als “kop” op de richtlijn

Blijkbaar leeft breed het idee, dat de als zodanig ervaren uitvoeringsproblematiek met betrekking tot de Wet bescherming persoonlijke levenssfeer verband houdt met een te ruime implementatie op nationaal niveau van richtlijn 95/46/EG. In algemene zin is dat niet het geval, hoewel wellicht een uitzondering moet worden gemaakt voor artikel 9, tweede lid, Wbp, de criteria voor een verdergaande verwerking van persoonsgegevens in relatie tot het – historische – doel van de gegevensverwerking in de zin van artikel 7 Wbp. Wel zijn factoren aanwijsbaar die ertoe hebben geleid, dat de flexibiliteit in de richtlijn in hoge mate is “weggeregeld”. Een belangrijk element is de wijze waarop van de beleids- en regelingsruimte in de richtlijn gebruik is gemaakt, niet alleen in de Wbp zelf, maar ook in de uitvoeringsregelingen. Een tweede factor is de nogal restrictief getoonzette toelichting op de regeling in de wetsgeschiedenis, met name in de Memorie van toelichting. Deze restrictieve benadering waar het de verwerking van persoonsgegevens betreft, met name in de particuliere sector, heeft doorgewerkt in de door het ministerie van Justitie verspreide Handleiding op de Wbp. Ook het interpretatiebeleid van eerder de Registratiekamer en thans het College bescherming persoonsgegevens speelt een belangrijke rol in de beeldvorming over het veronderstelde gebrek aan flexibiliteit van richtlijn, Wbp en de daarop toegesneden sectorwetgeving. Van doorslaggevend belang is echter de aanpassingswetgeving, de Wet van 5 april 2001 tot wijziging van bepalingen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, Stb. 2001, 180, waarbij in het verlengde van de richtlijn en de invoering van de Wbp een vijftigtal wettelijke regelingen zijn gewijzigd en – in een aantal gevallen zeer substantieel – aangevuld. De aanpassingswetgeving is gepresenteerd als een technische exercitie en heeft dienovereenkomstig - ten onrechte - weinig aandacht gekregen. De thans ervaren problemen zijn in belangrijke mate op deze wetgevingsronde herleidbaar. Dat geldt in het bijzonder voor de bijzondere geheimhoudingsbepalingen c.a. in de sectorwetgeving, waaraan de afzonderlijke inspecties zijn onderworpen.

10.5 Conclusies

In relatie tot de onderzoeksvraag van deze studie leidt het voorgaande tot de volgende conclusies:

- a. in algemene zin kan niet worden volgehouden dat bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens niet onder de werking van de Wet bescherming persoonsgegevens zouden vallen
- b. het karakter van de betreffende persoonsgegevens is van belang met betrekking tot de vraag of en in hoeverre de betreffende gegevens rechtmatig verwerkt kunnen worden
- c. voorts is differentiatie van belang uit een oogpunt van de context van gegevensverwerking, dat geldt in het bijzonder voor het onderscheid tussen primair en secundair geregistreerden
- d. dat sprake is van bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens heeft gevolgen voor de vraag welke informatie als zodanig kan worden aangemerkt
- e. de verwerking van bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens kan in beginsel aan ruimere beperkingen worden onderworpen dan het geval is bij

persoonsgegevens die het kernrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer raken

- f. de ruimere verwerkingsmogelijkheden van bedrijfs- en beroepsmatige persoonsgegevens op basis van de Wbp kan echter op grenzen stuiten wanneer reputatiebescherming in het geding is, d.w.z. de grondrechtelijke dimensie van eer en goede naam
- g. gemeenschappelijke gegevensverwerking in de vorm van een verwijzindex of het poolen van bedrijfs- en beroepsinformatie door rijksinspecties is tot op zekere hoogte onder de huidige wetgeving reeks mogelijk
- h. niet alle informatie kan tussen de inspecties worden uitgewisseld, met name niet de onder een regime van verhoogde rechtsbescherming vallende bijzondere of gevoelige gegevens
- i. de grondslag van een gemeenschappelijke gegevensverwerking berust op de volgende elementen in de Wbp:
 - aandacht voor de doelomschrijving, mede in relatie tot: (a) taken en bevoegdheden van de toezichthouder, (b) de (gemeenschappelijke) organisatie van de toezichtsuitoefening en (c) de uitgangspunten van Eenduidig toezicht
 - een gedifferentieerde toepassing van de materiële rechtvaardigingsgronden in samenhang met de aard van de betreffende gegevens, in het bijzonder functionele beroeps- en bedrijfsgegevens; zie met name de doorwerking hiervan in de belangenafweging in artikel 8, aanhef en sub e en f, Wbp en de belangenafweging in artikel 9, eerste en tweede lid, Wbp en de belangenafweging in artikel 23 Wbp
- j. sommige inspecties zijn onderworpen aan specifieke openbaarheids- en geheimhoudingsregimes, al dan niet van communautaire oorsprong, die een nadere concretisering vormen van bepalingen in de Wbp danwel daaraan (en aan de Wob) derogeren of concretiseren

11. Tot besluit

Een van de problemen bij de toepassing van de Wbp is dat deze wet teveel in isolement wordt gezien, dat wil zeggen los van de zich ontwikkelende grondrechtenjurisprudentie en de ontwikkelingen in Europees verband. Een belangrijke factor is de uitbreiding van actieve en passieve openbaarmaking, mede in het licht van de legitimiteit van het overheidshandelen en als noodzakelijk element van integriteitsbewaking en marktwerking. In die zin is sprake van een herijking van de verhouding tussen openbaarheid, privacy en gegevensbescherming, met name op communautair niveau. Die mede door de ontwikkeling van de elektronische overheid gestimuleerde rechtsontwikkeling is tevens van betekenis voor de herstructurering van de gegevenshuishouding op het niveau van de overheid.

Rotterdam, januari 2007
Prof. mr. G. Overkleeft-Verburg
hoogleraar Staats- en Bestuursrecht,
Erasmus Universiteit Rotterdam