

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65002>

Please be advised that this information was generated on 2021-01-21 and may be subject to change.

# Rechtspraak

In deze rubriek wordt periodiek uitvoeriger aandacht besteed aan actuele rechtspraak op het terrein van privacy en informatie. Deze rubriek omvat rechtspraak in brede zin: zowel rechterlijke uitspraken als uitspraken van toezichthouders, klachtencommissies en dergelijke kunnen in deze rubriek worden besproken.

Bijdragen tot een maximum van 1400 woorden worden op prijs gesteld.

**Prof. mr. J.M.A. Berkvens**

*Jan Berkvens is hoogleraar Recht en Informatica aan de Katholieke Universiteit Nijmegen en bedrijfsjurist bij Rabobank Nederland. Hij is tevens lid van de redactieraad van Privacy & informatie.*

## De Lindqvist-case of de onbevleete ontvangenis van persoonsgegevens

### 1 INLEIDING EN SAMENVATTING

Bij arrest<sup>1</sup> van 6 november 2003 beantwoordde het Europese Hof van Justitie een zestal prejudiciële vragen, gesteld door het Zweedse Hof van Beroep op 23 februari 2001, die betrekking hebben op de toepassing van Richtlijn nr. 95/46/EG. De vragen hadden betrekking op de volgende case:

*'Naast haar baan als huishoudelijke hulp gaf Lindqvist catechisatie aan toekomstige lidmaten van de kerkgemeente Aldesa (Zweden). Zij heeft een computercursus gevolgd in het kader waarvan zij onder meer een homepage op internet moest creëren. Eind 1998 heeft Lindqvist thuis op haar eigen computer internetpagina's gecreëerd, zodat gemeenteleden die hun belijdenis wilden doen, gemakkelijk de door hen benodigde informatie konden opvragen. Op haar verzoek heeft de webmaster van de website van de Kerk van Zweden op die website een link naar die pagina's geplaatst.*

*De bedoelde pagina's bevatten informatie over Lindqvist en 18 van haar collega's in de kerkgemeente, waaronder hun volledige naam of soms alleen hun voornaam. Bovendien beschreef Lindqvist in licht humoristische bewoordingen de werkzaamheden van haar collega's en hun liefhebberijen. In een aantal gevallen werden hun gezinssituatie, hun telefoonnummer en andere gegevens vermeld. Verder heeft zij verteld dat een van haar collega's haar voet had bezeerd en met gedeeltelijk ziekteverlof was.*

*Lindqvist had noch haar collega's van het bestaan van die pagina's op de hoogte gesteld noch hun toestemming gekregen, en had evenmin haar handelwijze aan de Datainspectie gemeld (overheidsorgaan voor de bescherming van elektronisch doorgegeven gegevens). Toen zij vernam dat de bedoelde pagina's door een aantal van haar collega's niet op prijs werden gesteld, heeft zij ze verwijderd.*

*Het openbaar ministerie heeft strafrechtelijke vervolging tegen Lindqvist ingesteld wegens schending van de PUL,<sup>2</sup> en haar veroordeling gevorderd op grond dat zij:*

<sup>1</sup> Prejudiciële zaak C-101/01 (Bodil Lindqvist).

<sup>2</sup> De Zweedse databeschermingswet (Personuppgiftslagen).

- *persoonsgegevens geautomatiseerd had verwerkt zonder dit vooraf schriftelijk aan de Datainspektion te melden (art. 36 van de PUL);*
- *zonder toestemming gevoelige persoonsgegevens, namelijk een voetblessure en een gedeeltelijk ziekteverlof, had verwerkt (art. 13 van de PUL);*
- *zonder toestemming verwerkte persoonsgegevens naar derde landen had doorgegeven (art. 33 van de PUL).*

*Lindqvist heeft de feiten erkend, maar ontkend dat zij een strafbaar feit had gepleegd. Tegen haar veroordeling door het Eksjötingsrätt (Zweden) tot betaling van een geldboete heeft zij bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld.*

*De geldboete bedroeg 4 000 SEK, aangezien het bedrag van 100 SEK, dat op basis van de financiële situatie van Lindqvist was berekend, wegens de ernst van de inbreuk met de factor 40 was vermenigvuldigd. Lindqvist is bovendien veroordeeld tot betaling van 300 SEK aan een Zweeds fonds voor slachtofferhulp.'*

Op de eerste plaats stelt het Hof vast dat het plaatsen van persoonsgegevens op een website dient te worden beschouwd als een verwerking in de zin van Richtlijn nr. 95/46/EG. Vervolgens stelt het Hof vast dat de aan de orde zijnde verwerking niet valt onder een vrijstelling. Daarmee wekt het Hof af van de opinie van advocaat-generaal Tizzano, afgegeven op 19 september 2002. Die concludeerde in onderdeel 46 van zijn opinie dat de betreffende activiteit weliswaar inderdaad niet onder de uitzondering van persoonlijk of huishoudelijk gebruik zou moeten vallen, maar dat de betreffende activiteit wegens haar aard (vrijwilligerswerk zonder winstoogmerk) conform art. 3 lid 2 streep 1 buiten het Gemeenschapsrecht zou moeten vallen. Hij ging [helaas] niet meer in op de doorgifteproblematiek van art. 25.

Het verwijzen naar de bezeerde voet van een collega vormt een verboden verwerking van gevoelige gegevens. Het plaatsen van informatie op internet zodat die wereldwijd kan worden geraadpleegd vormt *in de betreffende zaak* geen doorgifte van persoonsgegevens naar een derdeland in de zin van art. 25 lid 1 van Richtlijn nr. 95/46/EG. De Richtlijn zelf is niet strijdig met het in art. 10 EVRM gegarandeerde recht op vrijheid van meningsuiting met dien verstande dat het onder meer aan de rechterlijke instanties is om een juist evenwicht te verzekeren tussen aan de orde zijnde rechten en belangen. Het staat nationale wetgevers vrij om het bereik van de nationale privacyregels uit te breiden ten opzichte van het bereik van de richtlijn.

## 2 ANALYSE

### 2.1 Persoonlijke en huishoudelijke doeleinden

In art. 3 lid 2 streep 2 van de richtlijn worden activiteiten voor uitsluitend persoonlijk en huishoudelijk gebruik uitgesloten van het bereik van de richtlijn. Het Hof heeft ervoor gekozen om deze uitzondering beperkt uit te leggen. Onder verwijzing naar considerans 12 van de richtlijn, die spreekt over correspondentie of het bijhouden van adressenbestanden voor persoonlijk gebruik, meent het Hof dat het ontsluiten van gegevens voor een onbepaald aantal personen als in casu moeilijk kan worden bestempeld als gebruik voor persoonlijke of huishoudelijke doeleinden. De mogelijke toepasselijkheid van art. 9 inzake journalistieke activiteiten wordt niet verder uitgewerkt. De gevolgen van deze benadering kunnen zeer omvangrijk zijn. Alle mogelijke publicatieactiviteiten in de hobbysfeer worden nu getroffen door de bepalingen van de richtlijn, ook indien niemand er aanstoot aan zou nemen. Om te beginnen moeten webdesigners nagaan of hun publicatieactiviteiten kunnen worden ondergebracht onder een van de grondslagen van art. 7. Het merkwaardige fenomeen doet zich overigens voor dat het verzamelen en bewerken van te publiceren informatie mogelijk nog onder de uitzondering voor persoonlijke of huiselijke doeleinden valt. Er hoeft dan dus geen verzameldoelstelling te zijn. Wel zal er mogelijk een verenigbaarheidstoets moeten worden uitgevoerd op een dus niet altijd gespecificeerde verzameldoelstelling. Een andere last vormen de informatieverplichtingen jegens betrokkenen alsmede de aanmeldingsverplichtingen, alsmede de verplichting om een overeenkomst af te sluiten met

de provider.<sup>3</sup> Het plaatsen van foto's van mensen vormt per definitie een verwerking van gevoelige gegevens met alle gevolgen van dien. Internetproviders maken zich grootschalig schuldig aan het houden van niet aangemelde verwerkingen en zijn uit dien hoofde potentieel strafbaar. Potentieel zolang ze niet als verantwoordelijke of bewerker worden aangemerkt. Maar omdat de verantwoordelijke [in casu de maker van een website] de verplichting heeft om een bewerkerscontract af te sluiten, worden ze automatisch op hun status geattendeerd.

## 2.2 Doorgifte problematiek

In art. 25 lid 1 van de Richtlijn wordt de doorgifte van persoonsgegevens naar een derdeland buiten de EU gereguleerd. Art. 25 lid 1 hanteert de niet nader omschreven term *doorgifte*.<sup>4</sup> Bij het beantwoorden van de vraag of door het plaatsen van informatie op internet sprake is van doorgifte kan een ruim repertoire aan interpretatiemogelijkheden worden geraadpleegd. Zo werd door enkele *autoriteiten* van de mogelijkheid gebruikgemaakt om in de onderhavige casus schriftelijk opmerkingen in te dienen bij het Hof. De *Nederlandse regering* voerde aan dat rekening moet worden gehouden met de doelgroep waar de informatie voor is bestemd. Gaat het niet om een activiteit die bewust gericht is op het doorgeven van persoonsgegevens naar een derdeland, dan is er geen sprake van doorgifte in de zin van art. 25 lid 1. De benadering van de *Nederlandse regering* is op zich weldenkend, maar lijkt mijns inziens niet goed verenigbaar met het rigoureuze karakter van de richtlijn die uitgaat van toepasselijkheid van het gegevensbeschermingsrecht ongeacht of er sprake is van relevantie in de context van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het *Verenigd Koninkrijk* voerde aan dat er sprake moet zijn van feitelijke verzending van gegevens vanuit de EU naar een locatie in een derdeland. Men was van mening dat dit in casu niet het geval was. De *Commissie* en de *Zweedse regering* vonden dat, ongeacht of raadpleging zou hebben plaatsgevonden, er sprake was van doorgifte.

Het Hof kiest voor een gedetailleerde analyse van de bedoelingen van de Europese wetgever ten tijde van het opstellen van de richtlijn. Het stelt vast dat de maker van een website de informatie naar een provider stuurt. 'Die provider beheert de informatica-infrastructuur die noodzakelijk is voor het opslaan van die gegevens en voor de verbinding met de server waarbij de website is ondergebracht. Daardoor kunnen die gegevens vervolgens worden doorgegeven aan iedereen die een internetverbinding heeft en de gegevens wil opvragen.' Raadpleging vindt vervolgens plaats doordat de raadpleger zelf verbinding moet maken met internet en moet gaan zoeken. Er is met andere woorden sprake van een *niet rechtstreekse doorgifte* via de informatica-infrastructuur van de provider. Vervolgens vraagt het Hof zich af of een dergelijke *niet rechtstreekse doorgifte* onder art. 25 zou moeten vallen. Als dat namelijk het geval zou zijn, zou er naar de mening van het Hof sprake zijn van een algemene toepassingsregeling, omdat dan plaatsing op internet verboden zou moeten worden door alle lidstaten zodra er één derdeland zou bestaan met een onvoldoende niveau van privacybescherming. Gezien de ontwikkeling van internet in de vroege jaren negentig kan niet worden aangenomen dat de wetgever de intentie heeft gehad het begrip doorgifte ook te laten gelden voor de onderhavige situatie.

Merkwaardigerwijs merkt het Hof in overweging 70 nog op dat ook geen doorgifte naar een derdeland aan de orde zou zijn, indien de server van de provider zich in een derdeland zou bevinden. Het zou echter mijns inziens ook verdedigbaar zijn te stellen dat uploading naar een website in een derdeland nog wel onder het doorgiftbegrip valt, maar dat raadpleging door derden niet als een primaire doorgifte van de webdesigner moet worden aangemerkt.

De uitspraak van het Hof roept een interessante vraag op. Is er naast verstrekking met niet rechtstreekse doorgifte (door de publicerende partij) nog sprake van raadpleging met al dan niet rechtstreekse doorgifte. Raadplegen vormt immers ook een verwerking in de zin van de richtlijn.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Overweging 47 van de richtlijn sluit enkelvoudige transmissie uit van het bereik van de richtlijn. Dat geldt echter niet automatisch voor het aanbieden van een opslagfaciliteit.

<sup>4</sup> In art. 2 wordt een groot aantal soorten van verwerkingen genoemd waaronder 'verstrekken door middel van doorzending, verspreiden, of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen'. In art. 4 lid 1 sub c wordt gesproken over 'al dan niet geautomatiseerde middelen (...) [die] slechts voor doorvoer worden gebruikt.'

<sup>5</sup> Als de raadpleger tenminste niet valt onder de uitzondering van art. 3 lid 2.

Raadpleger is iemand die gegevens ophaalt. Dat betekent dat ook hij kan worden aangemerkt als doorgevende partij.<sup>6</sup> Formeel valt de raadpleger uit een derdeland dan onder de toepasselijkheid van art. 4 lid 1 sub *c* van de Richtlijn.<sup>7</sup> Dat betekent dat de raadpleger onder het nationale recht van de betreffende EU-staat valt [inclusief de verplichting om daar een vertegenwoordiger aan te wijzen]. Daarmee valt de raadpleger zelf onder het *eventuele* doorgifte-verbod van art. 25. Hij is immers degene die de gegevens vanuit Europa naar het derdeland verplaatst. Er is een situatie ontstaan van een op de publicatiehandeling volgende verzamelhandeling door de raadpleger met een daaraan accessoire verplaatsing van informatie vanuit de EU naar het derdeland van vestiging van de bevrager. Nu kan men in twee richtingen redeneren. De eerste richting is dat er sprake is van een gerichte verzamelhandeling die direct onder EU-recht valt en alsnog wordt getroffen door het (niet te controleren) doorgifteverbod. De andere richting is dat ook deze benadering leidt tot het karakter van algemene toepassingsregeling voor de richtlijn zodat de aan de verzamelhandeling accessoire doorgifte niet valt onder art. 25. Mijns inziens zou het logischer zijn geweest om de raadpleger als doorgever te bestempelen.

### 2.3 *Vrijheid van meningsuiting*

In de Amerikaanse benadering van het onderwerp privacybescherming speelt het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting een belangrijke rol. Indien er sprake is van botsende grondrechten kan het dus voorkomen dat het grondrecht op privacy het loodje legt. Iets dat met name het geval zal zijn indien niet sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, maar van het naleven van formele voorschriften op het gebied van gegevensbescherming. In het arrest wordt door het Hof de positie ingenomen dat de Richtlijn als zodanig geen inbreuk vormt op het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting. '(.....) dat de bepalingen van richtlijn 95/46 als zodanig geen beperking bevatten die in strijd is met het algemene beginsel van vrijheid van meningsuiting of met andere in de Europese Unie geldende rechten en vrijheden die onder meer overeenkomen met artikel 10 van het EVRM. Het is aan de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties die belast zijn met de toepassing van de nationale regeling tot omzetting van richtlijn 95/46, een juist evenwicht te verzekeren tussen de betrokken rechten en belangen, met inbegrip van de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten.' Bij het uitleggen van de Richtlijn dienen de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten en andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht (zoals het evenredigheidsbeginsel) in acht te worden genomen.

## 3 CONCLUSIE

Informatie [= data in context] laat zich niet in procedureregels vangen. Het uitgangspunt van de Richtlijn is een uitgangspunt van databescherming. De Richtlijn is gericht op technische verwerkingshandelingen, ongeacht de context. Daardoor geldt ze ook in situaties die geen grondrechtelijk relevante context hebben. Databescherming en privacybescherming zijn heel verschillende zaken. De *Lindqvist*-zaak is mijns inziens ten onrechte in de sfeer van de gegevensbescherming en strafrecht getrokken. Het lijkt me meer een geval wat met onrechtmatige daad bepalingen zou moeten worden getackeld. De steeds duidelijker wordende lacunes in het databeschermingsrecht laten zien dat een normatieve component onontbeerlijk is om onschuldige van schadelijke activiteiten te kunnen onderscheiden. In de relatie tussen burgers zou het accent moeten liggen op het reguleren van het verzamelen, gebruiken en overdragen van gegevens in een normatieve civielrechtelijke constellatie. Alleen dan is er een mogelijkheid om tot een bevredigende oplossing te komen voor zaken als de onderhavige. Er is dus werk aan de winkel voor de wetgever. Intussen is het een illusie te verwachten dat de gewone burger nu zijn ambachtelijk in elkaar geknutselde website gaat aanmelden. De normale wereld draait gewoon verder.

<sup>6</sup> Naar Nederlands recht zou hier geen sprake zijn van een verstrekking omdat de verstrekker zelf de begunstigde is. Het begrip doorgifte wordt echter los van de persoon van de ontvanger gebruikt.

<sup>7</sup> Die hoeft overigens niet te weten dat hij de gegevens ophaalt uit een lidstaat van de Europese Unie.