

## 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/2066/65327>

Please be advised that this information was generated on 2019-03-22 and may be subject to change.

# Na 15 jaar privacywetgeving

## I. Ontvreemde privacy

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

Ter gelegenheid van de afsluiting op 27 november 2003 van het ITeR-programma werd een aantal essays gepresenteerd.<sup>1</sup> Een daarvan was gewijd aan 'privacy en aanpalende belangen'.<sup>2</sup> In dat essay wordt in 8 interviews ingegaan op aspecten van privacyregulering. Diverse geïnterviewden tonen zich kritisch ten aanzien van de huidige systematiek van de privacyregulering.<sup>3</sup> In onderstaande bijdrage wordt ingezoomd op een aantal kritiekpunten uit de interviews.

### Algemeen

Sinds het jaar 1988 is Nederland in het bezit van privacywetgeving. In eerste instantie de Wet persoonsregistraties (WPR). Sinds 2001 de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP). De totstandkoming van onze privacywetgeving heeft heel wat voeten in de aarde gehad. Onder meer naar aanleiding van de onrust rond de volkstelling van 1971 werd een Staatscommissie onder voorzitterschap van Koopmans ingesteld om de wenselijkheid van privacywetgeving te onderzoeken.<sup>4</sup> De commissie kwam tot de conclusie dat het wenselijk was om uit te gaan van een publiekrechtelijk systeem van regels.<sup>5</sup> Aangrijpingspunt was het hebben van zeggenschap over een persoonsregistratie. Voor diverse categorieën persoonsregistraties zou een vergunningsvereiste gaan gelden. Er zou een toezichthouder in het leven worden geroepen. Ten aanzien van de overheid zou een licht gedifferentieerd regime gaan gelden. Op de destijds gemaakte keuzes kon toen<sup>6,7</sup> en kan nog steeds het een en ander worden afgedongen.

### Begrip privacy

Allereerst werd een stuk verwarring geïntroduceerd. De term privacy is immers een omvattend begrip. Zonder een definitie te kunnen en willen geven gaat het in ieder geval om een aantal grondrechten als het huisrecht, het communicatiegeheim, het recht op een privé-leven. Een ruimte voor jezelf. De WPR had echter als insteek het houden van een persoonsregistratie in plaats van het maken van inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. Het houden van een persoonsregistratie werd onderworpen aan procedureregels ongeacht of er sprake was van relevantie in de context van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In feite werd iedere vorm van houden van een persoonsregistratie als een gevaar neergezet waartegen de burger beschermd zou moeten worden, ook indien van de betreffende registratie in de praktijk van geen enkel misbruik sprake was. Het begrip privacy werd vereenzelvigd met het houden van

een persoonsregistratie.<sup>8</sup> Ook de naam van de huidige wet is illustratief: *Wet bescherming persoonsgegevens!*

### Wetgeving voor de particuliere sector nodig?

Een ander punt vormt de geadresseerde van de wetgeving. De aanleiding voor de wetgeving was in overwegende mate het handelen van de overheid. Het beeld van een overheid als big brother met grote datawarehouses waarmee de burger gemonitord en gemanipuleerd zou worden. Geconstateerd kan worden dat de overheid zich weinig heeft hoeven aantrekken van de privacywetgeving.<sup>9</sup> Indien de overheid behoefte heeft aan gegevens wordt door een aanpassing in de regels de houder van de gegevens verplicht om ze te gaan verzamelen, vast te leggen en aan de desbetreffende overheid te verstrekken. Ook het uitwisselen van gegevens binnen de overheid is eenvoudig te regelen. Veel overheidsactiviteiten waarbij de verzameling van gegevens aan de orde is, zijn gebaseerd op aparte wettelijke regelingen met eigen privacyregimes. Privacywetten worden hooguit aangewend om gegevens binnen de overheid af te schermen voor gebruik door de particuliere sector.<sup>10</sup> *Het resultaat van de operatie is derhalve geweest dat regels die de burger tegen de overheid moesten bescher-*

\* J.M.A. Berkvens is hoogleraar aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Onderzoeksprogramma Informatietechnologie en Recht.
2. *Zeven essays over informatietechnologie en recht* (red. Hans Franken e.a.), IteR-reeks nr. 63, SDU 2004; zie hoofdstuk 2: 'Acht gesprekken over privacy en aanpalende belangen', prof. J.E.J. Prins.
3. Zie onder meer de interviews met E.M.H. Hirsch Ballin, J. Holvast, E.Schreuders en schrijver dezes.
4. Staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties. De Commissie stond onder voorzitterschap van prof. mr. T. Koopmans
5. Franken sprak in dat verband op 25 maart 2004 tijdens het symposium 'privacy op zijn plaats' ter gelegenheid van het afscheid van mr. P.J. Hustinx als voorzitter van het CBP over het sociaal constructivisme van de jaren 70 van de vorige eeuw.
6. Zie onder meer polemiek Berkvens/Holvast & Sentrop in *Informatie* 1983 nummers 4 en 9.
7. Overkleefte noemt de motivering van de Staatscommissie voor haar benadering onvoldoende onderbouwd. Zie Overkleefte-Verburg, *De Wet persoonsregistraties, Norm, toepassing en evaluatie*, Tjeenk Willink 1995, p. 53.
8. Vgl. P.H. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip privacy in het Nederlandse en Amerikaanse recht* (diss. Tilburg), Boom 2002.
9. Nog eens onderstreept door de discussies over het vasthouden van communicatiegegevens.
10. Met aanzienlijke maatschappelijke schade als gevolg door suboptimale efficiency.

men nu met name zijn gericht tegen bedreigingen uit de particuliere sector. Er is echter nooit echt serieus onderzoek of er vanuit de particuliere sector wel sprake was van een rechtseconomisch relevant niveau van bedreiging. De WPR loste de problemen veroorzaakt door de overheid niet op.<sup>11</sup>

### Gekozen systematiek

De WPR kan worden getypeerd als een publiekrechtelijk getinte gebruiksregulerende omnibus.<sup>12</sup> Op ieder van deze drie karaktereigenschappen wordt ingegaan.

#### *Publiekrechtelijk karakter*<sup>13</sup>...

Als hiervoor al aangegeven heeft de privacywetgeving een betrekkelijke betekenis voor de overheid. Bij het reguleren van de informatiebetrekkingen binnen de particuliere sector zou een civielrechtelijke aanpak zeer wel verdedigbaar zijn. Door de commissie-Koopmans werd in een interimrapport opgemerkt dat nog onvoldoende sprake was van enige civielrechtelijke rechtsontwikkeling blijkend uit jurisprudentie. Afgezien van de constatering dat dit wellicht was te wijten aan het ontbreken van enige problematiek kan worden geconstateerd dat zich gedurende de afgelopen decennia alsnog jurisprudentie heeft ontwikkeld op het terrein van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Een kwestie van geduld dus. Omstreeks 1988 was het beeld in ieder geval aanzienlijk anders dan in 1971. Opvallend is dat nagenoeg geen enkele rechterlijke uitspraak gebaseerd is op de WPR of de WBP. Veelal wordt het Burgerlijk Wetboek als basis genomen. De vraag kan dan ook worden gesteld of bij de regelgeving niet beter een driedeling had kunnen worden aangehouden. Regulering van informatiebetrekkingen tussen burger en overheid in de wetgeving waarin de overheidstaak wordt vastgelegd. Benadering van gelijkwaardige informatiebetrekkingen (veelal in het kader van bestaande contractuele relaties) binnen de particuliere sector via bestaand burgerlijk recht. Regulering van specifieke informatiebetrekkingen binnen de particuliere sector (ik denk met name aan het buitencontractueel verzamelen van informatie buiten de burger om) indien er

geconstateerd wordt dat er door zelfregulering geen goede machtsbalans tussen de burgers enerzijds en de gegevensverwerkers anderzijds tot stand komt<sup>14</sup> (echter: problemen pas oplossen als ze er zijn; niet eerst maken en dan oplossen).

#### *... in plaats van privaatrechtelijk*

Een civielrechtelijke benadering van de gegevensverwerking binnen de particuliere sector past bij de aard van het merendeel van de verwerkingen.<sup>15</sup> De meeste verwerkingen staan immers niet op zichzelf maar zijn accessoir aan een overeenkomst tussen een ondernemer en een consument of werknemer. Denk aan bestellingen, koopovereenkomsten, abonnementen, bank- en verzekeringsrelaties, arbeidsovereenkomsten, huur van woningen, medische behandelovereenkomsten enzovoorts. De correcte uitvoering van de overeenkomst staat voorop. Beide partijen hebben daar belang bij. Een goede administratieve afhandeling vormt een vereiste. De daarbij verwerkte gegevens zijn voor beide partijen van even groot belang. De gegevens zijn evenzeer gegevens die betrekking hebben op de betreffende onderneming als op de consument of werknemer. Het saldo rekening-courant geeft zowel de vermogenspositie van de klant als van zijn bank weer. Daar waar de hoofdovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek wordt gereguleerd ligt het voor de hand om accessoire activiteiten eveneens in dat BW mee te nemen. De consument is gebaat bij een integrale benadering. Dat geldt ook indien sprake is van een geschil. Het is dan niet voor de hand liggend om het privacyaspect uit te vergroten en aan een aparte beslechter van privacygeschillen voor te leggen. De verwerking van gegevens hoeft overigens niet beperkt te blijven tot de uitvoering van een individuele overeenkomst. Ondernemers plegen gegevens naast de uitvoering van de overeenkomst ook te gebruiken voor managementinformatie, efficiencyverbeteringen, fraudebestrijding, voldoen aan wettelijke verplichtingen en promotie van eigen producten. Zonder bijzondere wettelijke voorzieningen zou de ruimte voor dergelijk gebruik (door producent of consument!) worden bepaald door de artikelen 6:162 (zorgvuldigheid) en 6:248 (aanvullende werking redelijkheid en billijkheid). Voor wat betreft de arbeidsovereenkomst kan worden gewezen op 7:611 (goede werkgever en goede werknemer). Voor wat betreft de geneeskundige behandelovereenkomst zij verwezen naar afdeling 5 van titel 7 boek 7 BW. Het BW is goed geëquipeerd als uitgangspunt om ongewenste verwerkingen tegen te gaan.<sup>16</sup>

#### *Gebruiksregulering versus misbruikregulering*

Op de tweede plaats is gekozen voor gebruiksregulering in plaats van antimisbruikwetgeving. De eerste variant reguleert ieder gebruik van gegevens ongeacht of er sprake is van enige vorm van relevantie in de context van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Gegevensverwerking per definitie als bedreiging. Antimisbruikwetgeving is repressiever als aard, kan beter worden ingepast in een normatieve benadering en is wel degelijk effectief. Een normatieve benadering

11. In dit verband is aardig te vermelden dat de Eerste Kamer in 1988 onder druk werd gezet om de WPR te accepteren. Argument was dat zonder de WPR de Sofiwet niet zou kunnen worden aangenomen omdat de betreffende gegevens anders niet veilig zouden zijn. En als het sofinummer niet veilig was zou het nieuwe stelsel van sociale zekerheid vertraging oplopen. Het sofinummer is de facto thans een van de meest verwerkte persoonsgegevens binnen administraties van overheid en bedrijfsleven.
12. Alles in één uitgave; niet te verwarren met de Belgische autobus! [zie de diverse betekenissen in Van Dale].
13. Zie de kritische vragen van het CDA bij de behandeling van de WBP in de Eerste Kamer; *Kamerstukken I*, 25 892, nr. 92b, p. 4.
14. Vergelijk de categorie vergunningsplichtige registraties van de commissie-Koopmans.
15. Binnenkort verschijnt het proefschrift van mr. C.M.K.C. Cuijpers over een richtlijn conforme positionering van privacywetgeving binnen het Burgerlijk Wetboek.
16. Zie 'Het Burgerlijk Wetboek als Wet Persoonsregistraties', R.E. van Esch en J.M.A. Berkvens, *Computerrecht* 1994-3, p. 93-101.

doet beter dan een procedurele benadering recht aan de eisen die iedere afzonderlijke situatie stelt. Helaas heeft de wetgever gekozen voor een aanpak waarbij iedere verwerking van persoonsgegevens aan procedureregels wordt onderworpen. Evenmin wordt onderscheid gemaakt tussen gebruikshandelingen enerzijds en technische verwerkingshandelingen anderzijds.<sup>17</sup> Niet de vastlegging van gegevens vormt een probleem maar het misbruik dat van informatie wordt gemaakt.<sup>18</sup> Dat moet aangepakt kunnen worden. Een systeem als dat van 6:162 of 6:248 maakt maatwerk mogelijk en stelt zich automatisch in op de eisen van de situatie.

#### *Het omnibusmodel versus gedifferentieerde benadering*

Op de derde plaats is initieel gekozen voor het zogenaamde omnibusmodel: één allesomvattende algemene privacywet. Uitvergroting van een thema met een single issue agency als sluitstuk. De keuze voor een alles-in-éénregeling is eigenlijk al vanaf het begin door de feiten achterhaald. Enerzijds door het grote aantal afwijkende overheidsregelingen. Anderzijds door het gegeven dat informatiebetrekkingen binnen de particuliere sector ook vaak in aparte wettelijke regelingen zijn ondergebracht. Soms in algemene zin (zie 7:611 BW), soms zeer toegespitst (zie afdeling 5 van titel 7 boek 7 BW). Zie ook de privacyregelingen in de telecommunicatiewet en in de aanpassingswet e-commerce. Zie de verzamelverplichtingen in het kader van inkomensoverdrachten, de Wet consumentenkrediet en de CDD-regelingen<sup>19</sup> van DNB. De praktijk laat zien dat er behoefte is aan maatwerk. Wat dat betreft hadden we al in een vroeg stadium een voorbeeld kunnen nemen aan de Amerikaanse benadering van maatwerkwetgeving per bestaand probleemgebied. Nu zitten we in een verwarrend dual systeem met enerzijds niet altijd relevante algemene regels en anderzijds integrale maatwerkbenaderingen.

#### **De rol van de burger respectievelijk de consument**

De sinds 1976 aangehouden richting heeft ertoe geleid dat het thema gegevensbescherming buiten proporties is uitvergroet. Daarbij is ten onrechte de suggestie geschapen dat gegevensbescherming hetzelfde is als privacybescherming. Tevens kan worden vastgesteld dat de stem van de burger als het gaat om zijn privacy is verdwenen. De privacydiscussie is nagenoeg volledig gemonopoliseerd door de toezichthouder. De materie is uitermate complex gemaakt.<sup>20</sup> De mening van de burger komt niet meer aan de orde in de privacydiscussie. Die discussie wordt gedomineerd door de toezichthouder.<sup>21</sup> Waar bij privacygedragscodes onder de WPR de burger formeel nog een bijdrage diende te leveren aan de gedragscode is dat vereiste geheel verdwenen in de WBP.<sup>22</sup> We verkeren nu in de qua trias politica merkwaardige figuur dat de toezichthouder de wetgever adviseert, wetten interpreteert en boetes oplegt. De grip van de regering op het dossier neemt af.<sup>23</sup> De parlementaire grip op het thema

privacybescherming lijkt eveneens af te nemen. Men lijkt genegen zich tegen de standpunten van de toezichthouder aan te vleien tenzij er spannende electorale thema's aan de orde zijn. Discussies worden niet vanuit het parlement maar vanuit de toezichthouder aangewengeld. Daar waar de nationale wetgever de ambities van de toezichthouder afremt – bijvoorbeeld door een advies niet op te volgen – zal die zijn gelijk vaak zoeken en alsnog krijgen via het krachtige Brusselse lobbycircuit van de toezichthouders.

#### **Conclusie**

Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is naast andere grondrechten een belangrijk grondrecht. Gegevensbescherming is niet hetzelfde als bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Gegevensbescherming om de bescherming zelf schiet zijn doel van bijdrage aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer voorbij. De burger heeft goede bescherming tegen de overheid. Daar dient bij de taakstelling voor die overheid rekening mee te worden gehouden. Voor wat betreft de particuliere sector is er veel voor te zeggen om het integrale karakter van de relatie tussen bedrijf en consument centraal te stellen. Ondernemers en consumenten kennen in Nederland een lange traditie om op sectorniveau balans te brengen in deze relatie.<sup>24</sup>

#### *Nijmegen, augustus 2004*

17. Zie voor een uitvoerige studie de Swedish Law Observatory: *An abuse model*, rapport 8/98. Van recenter datum is een rapport in opdracht van de Zweedse regering met voorstellen voor een 'misuse'-benadering: *The Personal Data Act Inquiry has made a review of the 1998 Personal Data Act in order to see if and to what extent it is possible to, within the boundaries of the EC Directive, achieve a more misuse-oriented approach* (SOU 2004:6). <[http://www.sweden.gov.se/sb/d/2771/a/15542;jsessionid=axL8Ep\\_sZ34->](http://www.sweden.gov.se/sb/d/2771/a/15542;jsessionid=axL8Ep_sZ34->).
18. Evenmin bestaan gevoelige gegevens. Wel kan misbruik van informatie in een bepaalde context een onevenredige inbreuk betekenen op iemands privacy.
19. Customer Due Diligence: de op 1 januari 2004 ingegane verplichting voor financiële instellingen om zich zo goed als mogelijk te informeren over de achtergronden van hun klanten.
20. In verschillende publicaties wordt de term 'mandarijnenwetenschap' gehanteerd. Zie Overkleef-Verburg op p. 694.
21. Vgl. Overkleef-Verburg p. 695 over de verschillende mogelijke rollen van de toezichthouder.
22. Zie over de betrekkelijke effectiviteit van zelfregulering het themanummer 'Zelfregulering en de Wet persoonsregistraties' van de Stichting Waakzaamheid Persoonsregistratie, *Privacy en Registratie*, 1994, nr. 2/3.
23. In de NRC van 25 juni wordt verslag gedaan van een rapport van een commissie onder voorzitterschap van Jacob Kohnstamm naar het negatieve effect van ZBO's op de transparantie van dossiers: 'Een herkenbare staat, investeren in de overheid'.
24. Zo zijn binnen SER-verband veel algemene voorwaarden met bijbehorende geschillenregelingen tot stand gekomen. Geschillen tussen partijen betreffen veelal inhoudelijke transactiegerelateerde kwesties. Privacygeschillen als zodanig komen niet vaak voor. Een traditionele branche geschillencommissie is uitstekend geëquipeerd om eventuele verschillen van mening over een gegevensverwerking in de context van de totale relatie te beslechten. Ook kan zij uitstekend vaststellen of privacykwesties oneigenlijk op worden gevoerd. Ten aanzien van werknemers kan worden gewezen op platforms als de ondernemingsraad en CAO-besprekingen.