

IV R

Annotatie bij twee arresten van de HR 29 juni 2007 (inzake Dexia en HBU), *Nederlandse Jurisprudentie*, 2007-51/52, nrs. 638-639, p. 6483-6488..

Inleiding

1. In deze twee zaken gaat het om de actie die de teleurgestelde 'effecten-lease' beleggers op basis van de Wbp tegen de Hollandse Bank Unie en de Dexia bank hebben gevoerd om inzicht te krijgen in de persoonsgegevens die deze instellingen over hun klanten hadden bijgehouden. De beide beslissingen zijn gedeeltelijk overlappend. In de Dexiazaak zijn twee arresten geweest (Van Steenhoven R 06/45, hier gepubliceerd, en Nijs R 06/46) die in detail iets afwijken, maar inhoudelijk dezelfde beslissingen bevatten. In de Nijs zaak is het arrest van het Hof vernietigd op een processuele grond (treden buiten de rechtsstrijd), die hier verder buiten beschouwing blijft. In de HBU zaak betreft het een cassatieberoep tegen de beschikking van het Hof Den Haag van 22 augustus 2006, waarbij het Hof, met vernietiging van de beschikking van de rechtbank de verzoeken van de beleggers grotendeels had toegewezen. In de Dexiazaken gaat het om een tussenbeschikking van het Hof Den Bosch van 16 januari 2006 waarin, vooruitlopend op een voor de belegger gunstige beslissing, aan de bank overlegging van documenten was gevraagd. De Advocaat Generaal heeft in de Dexiazaken op 30 november 2006 geconcludeerd en in de HBU zaak op 20 april 2007. In de conclusie in de HBU zaak geeft de AG in 4.1. aan waar de conclusies (die wel dezelfde paragraafnummers hebben) van elkaar verschillen.
2. In beide gevallen ging het om een verzoek om informatieverstrekking in de zin van artikel 35 Wbp, dat door de Banken niet (volledig) was ingewilligd. De Wbp verwijst de belanghebbende in dat geval in artikel 46 naar een verzoekschriftprocedure bij de Rechtbank. Er zijn aan deze beslissingen vele procedures bij Rechtbanken en een aantal adviezen van het College Bescherming Persoonsgegevens vooraf gegaan. Een overzicht daarvan is te vinden in W.A.K. Rank & A.J. Haasjes, 'Misbruik van de Wbp in civiele procedures tegen financiële instellingen', in: *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2005-12, p. 370-379 (vanuit het perspectief van de banken geschreven) en A.J.E. van den Bergen, 'De Wet bescherming persoonsgegevens in de financiële procespraktijk', in: *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2005-10, p. 296-306 (geschreven vanuit het perspectief van de beleggers). Zie voor verdere literaturopgave en rechtspraak de meest recente conclusie van de AG in de HBU zaak, paragrafen 4.37-4.39 (a-b) en 4.28-4.36. In deze zaken speelt een rol het oordeel van het College Bescherming Persoonsgegevens van 3 september 2004 naar aanleiding van een groot aantal klachten tegen Dexia (z2003-1617, te vinden op www.cbpweb.nl).
3. In het kader van de schadevergoedingsprocedures hadden de beleggers in de HBU zaak op grond van artikel 843a Rv overlegging van stukken uit hun kredietdossier gevorderd, welk verzoek door de Rechtbank te Amsterdam in beschikkingen in 2005 was geweigerd (vermeld in de conclusie van de AG in paragraaf 2.3; de beschikkingen bevinden zich niet in het dossier). In beide zaken was in feitelijke instanties door de Banken aangevoerd dat de artikel 46 Wbp procedure een doorkruising is van de 843a Rv procedure, mede gelet op de weigeringsgrond van artikel 43 sub e van de Wbp, en dat de uitoefening van het inzage-recht misbruik van recht opleverde. Dit verweer is alleen nog in de Dexia zaak aan de orde (zie ro 3.6.1-3.6.2 in de Dexia beschikking). In beide zaken was een discussie gevoerd over de uitleg van het begrip 'bestand' in artikel 2 lid 1 van de Wbp. Ook deze

kwestie is in cassatie uitsluitend in de Dexia zaak aan de orde (ro 3.7-3.8). Beide zaken hebben gemeenschappelijk dat het gaat om de vraag wat onder een ‘volledig overzicht’ in artikel 35 lid 2 Wbp moet worden verstaan en om de vraag of er inzagerecht bestaat met betrekking tot de onderliggende documenten waarin persoonsgegevens zijn verwerkt. De overwegingen in beide beschikkingen op dit punt zijn nagenoeg gelijklopend (HBU beschikking ro. 3.5-3.7 en Dexia beschikking 3.4-3.5). Vergelijking van de overwegingen 3.6 in de HBU zaak en 3.4 in de Dexia zaak leert dat in de Dexia zaak iets afwijkend is omdat verwerping van specifieke Dexia verweren is ingevoegd. Ook de overweging over de betekenis van de Gedragscode (HBU ro 3.7 en Dexia ro 3.5:”Voorts valt..”) is niet geheel hetzelfde, omdat in de Dexiazaak als laatste zin een overweging over artikel 43 onder e Wbp is ingevoegd. Een belangrijk verschil tussen de beide zaken is te vinden in ro 3.5 van de HBU beschikking met een overweging, in navolging van de Adv. Generaal welke ruimte de lidstaten hebben bij de implementatie van de privacyrichtlijn 95/46/EG. Overweging 3.14 in de Dexiabeschikking tenslotte, zegt iets over de status van de persoonlijke opvattingen van de Dexia medewerkers die kenbaar zijn uit de documenten.

4. In het navolgende zal ik eerst stil staan bij twee institutionele vragen, namelijk de betekenis van de Privacyrichtlijn 95/46 en de op grond van Artikel 25 vastgestelde Gedragscode verwerking persoonsgegevens financiële instellingen 2003 (gepubliceerd in Th Hooghiemstra & Sj. Nouwt, *Tekst en Toelichting Wet Bescherming Persoonsgegevens*, Den Haag: SDU uitgevers, 2007, p. 301). Daarna behandel ik de materiële hoofdvragen: vormen de met de klanten gevoerde telefoongesprekken een bestand in de zin van de Wbp, omvang van het inzage recht, en de weigeringsgrond van artikel 43 onder e Wbp, mede in verband met het beroep op misbruik van recht en de doorkruising van de exhibitieplicht van artikel 843a Rv. Op al deze punten bevatten de beide arresten belangrijke, maar in mijn ogen op een aantal punten aanvechtbare, beslissingen. De twee institutionele vragen illustreren bovendien een belangrijke trend: de nationale rechter is bij de rechtsvinding hoe langer hoe meer verwijderd geraakt van de vertrouwde trias politica, maar zweeft ergens tussen de vaststelling van de inhoud van een bindende internationale rechtswet en de privaatrechtelijk aangestuurde zelfregulering, met de nationale wet als plechtanker van deze luchtballon. In zaken die grondrechten als privacy en vrijheid van meningsuiting raken, moet de rechter dan ook nog kijken naar èn het EG èn het EVRM regime en die twee stelsels in het concrete geval met elkaar zien te verzoenen.

Implementatie van de Privacyrichtlijn (HBU beschikking ro 3.5).

5. HBU had in cassatie schending van artikel 12 sub a van de Privacyrichtlijn aangevoerd waarin het inzagerecht wordt geregeld. Er is een verschil in tekst tussen artikel 12 sub (a) tweede streepje en artikel 35 lid 2 van de Wbp. De richtlijn heeft het over een ‘communication in an intelligible form of the data undergoing processing’, terwijl artikel 35 lid 2 het heeft over een ‘mededeling van *een volledig overzicht* in begrijpelijke vorm’. Het ‘volledige overzicht’ voegt aan de ‘begrijpelijke vorm’ een extra eis toe: het zou ook op de gegevensdragers zelf kunnen slaan. HBU stelde dat er op grond van de richtlijn alleen inzicht moet worden gegeven in persoonsgegevens. De HR stelt in ro. 3.5 van de HBU beschikking, onder verwijzing naar de paragrafen 4.18a-j van de conclusie van de AG, dat “aangenomen moet worden dat de lidstaten een zekere ruimte hadden om aan de in de Richtlijn beoogde bescherming een eigen uitwerking te geven en dat de Nederlandse wetgever daarvan bij art. 35 Wbp ook gebruik heeft gemaakt.” Ik moet bekennen dat ik de beschouwingen op dit punt in de conclusie van de AG niet erg duidelijk vindt. Zich beroepend op een artikel van L.F.M. Verhey ‘De EG-Richtlijn bescherming persoonsgegevens: uitgangspunt en hoofdlijnen.’, in: *NJCMBulletin* 1997, Jaargang 22, nr. 3, p. 241, en de Memorie van Toelichting van de Wbp, gaat de AG ervan uit (paragrafen

4.18c en 4.18 e; zie ook paragraaf 5.1 van de Dexia conclusie: (...)”dat richtlijn 95/46, blijkens considerans 9, (...) *niet het karakter van een maximumharmonisatie in zich draagt*”) dat deze richtlijn een minimumharmonisatie zou brengen, die aan de lidstaten de vrijheid zou laten, nationaal, strengere normen te stellen buiten het geharmoniseerde gebied. Dat is niet het geval. Het HvJEG heeft zich in een tweetal arresten (verwijzing waarnaar in de conclusie van de AG ontbreekt) uitgesproken over het feit dat richtlijn 95/46 een volledige harmonisatie beoogt, t.w. de zaken C-138, C- 139/01 en C-465/00 (Österreichischer Rundfunk/Neukomm), HvJEG 20 mei 2003, NJ 2005, 15 (in cassatie geciteerd door HBU) en het bekende Lyndqvist arrest, zaak C-101/01, HvJEG 6 november 2003, NJ 2004, 248 (niet geciteerd door HBU). Ik citeer uit overweging 96 van het laatstgenoemde arrest, waarin het Hof over deze kwestie het duidelijkst is: “De harmonisatie van vorenbedoelde nationale wettelijke regelingen beperkt zich dus niet tot een minimumharmonisatie, maar dient tot een volledige harmonisatie te leiden.” De passage in de MvT bij de Wbp, waar de AG zich op beroept, dat het niet zou gaan om een volledige harmonisatie, is daarmee achterhaald.

6. Het HvJEG heeft in beide zaken wel iets anders gezegd, hetgeen het in overweging 97 van het Lyndqvist arrest als volgt onder woorden brengt: “Richtlijn 95/46 kent de lidstaten op bepaalde gebieden inderdaad een manoeuvreerruimte (‘margin of manoeuvre’) toe, en machtigt hen bijzondere regelingen voor specifieke situaties te handhaven, zoals uit een groot aantal van haar bepalingen blijkt. De mogelijkheden dienen echter op de in richtlijn voorgeschreven wijze te worden benut, overeenkomstig haar doel dat erin bestaat een evenwicht tussen het vrije verkeer van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer te verzekeren.” Dit is ook de strekking van de wel door de AG geciteerde considerans 9 van de richtlijn. Dat is iets anders dan minimumharmonisatie. Met name als het gaat om de geharmoniseerde *materiële* normstelling, bezigen richtlijnen nog al eens vage termen, die een beoordelingsruimte laten voor de invulling van die normen (Zie S. Préal, *Directives in European Community Law, A Study on EC Directives and their Enforcement by National Courts*, Oxford: Oxford University Press 1995, p. 43: “A directive will often contain provisions which leave it to the discretion of the Member States to derogate from its contents or to give their own interpretation to certain concepts, *thus allowing room to manoeuvre*.”). Of die ruimte er is, moet per bepaling worden vastgesteld. Nu behoeft de vaststelling van de omvang van de manoeuvreerruimte *binnen* het geharmoniseerde gebied (vrijheid begrensd door het secundaire gemeenschapsrecht; zie Y. Hofhuis, *Minimumharmonisatie in het Europese recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 14: “Bij volledige harmonisatie wordt de beleidsruimte uitsluitend door de richtlijn zelf bepaald.”) en de bepaling van het vrije gebied *buiten* de harmonisatie (vrijheid begrensd door het primaire gemeenschapsrecht, zie Préal a.w. p. 44) in concreto niet tot verschillende resultaten te leiden, maar het eerste geval vereist een andere afweging die ik noch in de conclusie noch in het arrest aantref. Het door de richtlijn vereiste beschermingsniveau moet afgewogen worden tegen het belang van een vrije uitwisseling van persoonsgegevens. Aan de AG kan worden toegegeven dat de richtlijn vooral begaan is met het op een *voldoende* beschermingsniveau brengen van de privacy in de EG, en dat Nederland daar ten tijde van de richtlijn waarschijnlijk al boven zat, dat verhindert niet dat een *te hoog* beschermingsniveau (en te vergaande inzagerechten kunnen tot een te hoog niveau leiden) belemmerend kan werken op het vrije verkeer (zie Y. Hofhuis, a.w. p. 15: volledige harmonisatie kan ook inhouden dat een lidstaat in beschermingsniveau teruggaat). Ook de geciteerde overweging van het HvJ verlangt dat het handhaven van bestaande situaties wordt getoetst aan de doelstelling dat er een evenwicht tussen beschermingsniveau en vrij verkeer moet zijn. Daarnaast moet volgens het Rundfunk/Neukomm arrest op grond van de artikelen 1 (verwijzing naar artikel 8

EVRM) en 6 (de algemene doelstellingen van de richtlijn), een duidelijke proportionaliteitstoetsing van de verwerking en de verstrekking plaatsvinden.

7. De opdracht die de richtlijn stelt is inmiddels geen eenvoudige. Rechtsvergelijking kan een hulpmiddel zijn. De rechtsvergelijking (paragrafen 4.19-4.24 van de conclusie) leert dat in het VK, België, Duitsland, Frankrijk en Spanje de tekst van de richtlijn bij de implementatie getrouw is gevolgd. Uit toelichtingen op deze regels of nationale rechtspraak, voor zover voor handen, blijkt dat inzage afgifte van het document *kan* inhouden, maar dat er geen recht op afgifte van documenten bestaat en een overzicht van de verwerkte data 'vaak' voldoende is. Dexia en HBU hebben zich op het buitenlandse recht beroepen om het door hen voorgestane, beperktere inzagerecht te verdedigen. Uit het rechtsvergelijkende overzicht in de conclusie leid ik af dat de praktijk in de genoemde landen restrictiever is dan uit deze arresten van de HR en de conclusie van de AG volgt, al zeg ik erbij dat het overzicht maar een heel summier inzicht geeft in die praktijk.

De Gedragscode verwerking persoonsgegevens financiële instellingen

8. Artikel 27 van de richtlijn moedigt de Lid Staten aan de opstelling van gedragscodes te bevorderen, aan welke aansporing artikel 25 van de Wbp gevolg geeft. De HR gaat in zijn motivering op verschillende punten uitvoerig in op de betekenis van de Gedragscode. Hij geeft daaraan een uitleg die tegengesteld is aan die welke Dexia bij het Cbp heeft verdedigd (zie onder meer advies Cbp 3 september 2004, p. 10). Ook de AG citeert letterlijk artikel 8.5 in paragraaf 4.18 in zijn conclusie in de Dexizaak, maar stelt in 4.13, mijns inziens terecht, dat de Gedragscode geen 'recht' in de zin van artikel 79 RO vormt. Voor de HR is dat in het kader van de uitleg van vage wettelijke normen of invulling van de zorgvuldigheidnorm geen probleem. Zo sluipen buiten het strakke recht/feiten schema van artikel 79 RO allerlei andere pseudo-rechtsbronnen binnen die door de HR worden 'uitgelegd'.

'Bestand' in de zin van artikel 1 onder c van de Wbp (Dexiabeschikking ro 3.7-3.8)

9. Uit de mij ter beschikkingstaande stukken maak ik op dat in beide zaken een verzoek tot de Banken was gericht dat opende met een algemene vraag of er persoonsgegevens van de belegger werden verwerkt. In de HBU zaak werd daarbij aangegeven dat in ieder geval werd bedoeld op: schriftelijk cliëntenprofiel van de klant, schriftelijke inventarisatie van kredietwaardigheid, schriftelijke stukken met betrekking tot interne fiattering van door HBU verleende kredieten, bandopnamen van telefoongesprekken met cliënten, schriftelijke uitwerking van mondelinge intake gesprekken. In de Dexizaak bevatte het inleidende verzoek de specificatie: een kopie van de effecten lease overeenkomst, het risicoprofiel dat was opgemaakt van de klant, de aankoopbewijzen van de in de effectenlease genoemde aandelen, de afschriften van dividend uitkeringen, inventarisatie van kredietwaardigheid, een schriftelijke uitwerking van gevoerde telefoongesprekken. In de procedure is niet in discussie geweest welke persoonsgegevensverwerking in de zin van artikel 27 Wbp er door de Banken bij het CBP is gemeld. Er is alleen gediscussieerd over de vraag of de banden en de transcripties van de telefoongesprekken een 'bestand' in de zin van artikel 1 onder c van de Wbp vormden en daarom sowieso buiten het verzoek zouden moeten vallen. Een bestand is een 'gestructureerd geheel van persoonsgegevens dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is'. De banden van gesprekken die de Banken voor bewijsdoeleinden opnemen worden niet per klant bewaard. De Banken hadden betoogd dat ze onvoldoende systematisch toegankelijk waren en onvoldoende gestructureerd om van een bestand te kunnen spreken. De HR verwierpt dit verweer in ro

3.8, op verschillende gronden waarvan mijns inziens het belangrijkste argument is dat welk gebaseerd is op de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen. De Gedragscode bevat in artikel 8.5. een regeling voor het opnemen van telefoongesprekken, waaruit volgt dat opnamen van klantgesprekken slechts zijn toegelaten voor bewijs van opdrachten, transacties en andere (precontractuele) afspraken en dat deze opnamen voor de klant toegankelijk moeten zijn. Zoals ik in mijn noot in de zaak Copland (NJ..., zie de noot aldaar onder 7) uiteen heb gezet, biedt de Wbp een basis om het opnemen van telefoongesprekken voor zakelijke doeleinden in overeenstemming te doen zijn met de eisen die artikel 8 lid 2 EVRM stelt. Het lijkt mij dus juist om de opgenomen telefoongesprekken als ‘bestand’ aan te merken en de Wbp tezamen met de daarop gebaseerde Gedragscodes als een wet in de zin van die bepaling.

De omvang van het inzage-recht op grond van artikel 35 Wbp (HBU beschikking ro. 3.6-3.7 en Dexia beschikking 3.4-3.5, overweging 3.14 Dexia beschikking)

10. Het belangrijkste onderdeel van de discussie tussen partijen ging over de vraag van de hiervoor in 9 gespecificeerde documenten moesten worden verstrekt of alleen overzichten van de aard en herkomst van de verwerkte persoonsgegevens. Het Cbp had in zijn advies van 3 september 2004 gesteld dat in het algemeen niet volstaan kan worden met de samenvatting van de gegevens omdat dan “een belangrijk deel van de informatiewaarde verloren zal gaan. De precieze context waarin gegevens worden verwerkt kan cruciaal zijn en het kan de betrokkene juist gaan om de details van gegevens die over hem worden verwerkt. Details zullen in veel gevallen van beslissende betekenis zijn voor de ratio van het recht op kennisneming.” Het Cbp achtte de afgifte van het document als hoofdregel geboden, en keerde de zaak eigenlijk om: alleen afgifte van een overzicht als (een uitdraai van) documenten te onbegrijpelijk zou worden. Dus: een volledig overzicht tenzij dat overzicht niet voldoende begrijpelijk is. Het Hof Den Haag redeneerde in de HBU beschikking dat er niet zonder meer recht op afgifte van documenten was, maar dat een afschrift in de meeste gevallen het best een ‘volledig overzicht’ zal geven. Het Hof Den Bosch stelt dat in het recht op inzage een recht op afgifte van documenten besloten ligt, en het stelt, dat dit ook aansluit bij de Gedragscode verwerking persoonsgegevens financiële instellingen, zonder feitelijk vast te stellen wat die Gedragscode op dit punt zegt. De HR bevestigt beide beslissingen. De algemene regel formuleert de HR als volgt (HBU, ro 3.6, Dexia ro 3.4): “De verantwoordelijke zal bij de voldoening aan de door art. 35 lid 2 Wbp op haar gelegde verplichting om aan de betrokkene een volledig overzicht van verwerkte persoonsgegevens te verschaffen niet mogen volstaan met de verstrekking van globale informatie, doch zal hij alle informatie aan de betrokkene moeten verschaffen, hetgeen, afhankelijk van de omstandigheden, vaak zal kunnen – en zo nodig op aanwijzing van de rechter zal moeten – gebeuren door het verschaffen van afschriften, kopieën of uittreksels.” Ter onderbouwing daarvan leunt hij vrij sterk op het ‘volledige overzicht’, een term die dus wel in de Wbp voorkomt, maar niet in de richtlijn (zie mijn beschouwing over de implementatie). De algemene regel die de HR formuleert is met enige voorbehouden omgeven die haar daardoor niet gemakkelijk hanteerbaar maken. ‘Vaak’ zal alle relevante informatie ‘afhankelijk van de omstandigheden’ alleen door het verstrekken van gegevensdragers kunnen gebeuren. Dus niet altijd. Maar als de verantwoordelijke weigert, omdat alle relevante informatie ook anders kan worden verstrekt, zal het datasubject toch weer naar de rechter moeten gaan, want alleen die kan een plicht opleggen. Dat worden lastige kunnen/moeten discussies, want daartoe leidt dit arrest, omdat er staat: ‘vaak zal kunnen en op aanwijzing van de rechter zal moeten’. En wat zijn die ‘omstandigheden’ die zich kennelijk ‘vaak’ voordoen? Daar moeten we naar gissen: de aard van de bewerking, de aard van het onderwerp, de

omschrijving van het begrip ‘relevantie’? De rol van het criterium ‘begrijpelijk’ en wat de omvang van het inzage-recht in het licht van de doelstelling van de Wbp is, blijft in het midden. Ik kom er onder 15 op terug.

11. De discussie over de vraag ‘afschrift van het document waarin het persoonsgegeven is verwerkt of samenvatting van de in de administratie voorkomende bewerkingen’ versluiert de onderliggende vraag waar deze arresten zijdelings wel iets over zeggen, maar niet ten principale op in gaan. De onderliggende vraag is dat de Wbp geen Wet Openbaarheid van (Commercieel) Bestuur met betrekking tot personen is, zoals de WOB dat is ten aanzien van de bestuurlijke aangelegenheden van de overheden. Het gaat er niet om na te gaan of er ten aanzien van een persoon wel juist is bestuurd of commercieel juist is gehandeld. Het is een wet die toegesneden is op de verwerking van persoonsgegevens en de controle- en correctierechten of dat binnen de doelstelling van de wet op de juiste wijze is gebeurd. Er moet ergens een scheidslijn getrokken worden tussen het belang dat de Wbp beschermt en de vraag of er ten aanzien van een persoon juist is gehandeld. Zoals het lid van de Italiaanse Cbp, G. Buttarelli terecht stelt in zijn commentaar op de richtlijn (G. Buttarelli, in: Büllsbach/Poullet/Prins (eds.), *Concise IT*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2006, Directive95/46, art. 12, note 2, p. 46): “The access right set out in art. 12 is an autonomous, separate right compared with the access to administrative records and other types of openness-related obligations envisaged in Member States in both the public and private sector. However, the distinction between the two categories of access tends to get blurred in practice.”
12. Ik ben er niet zeker van of de richtlijn en de Wbp wel voldoende houvast bieden om die scheidslijn te trekken. Men kan die scheidslijn trekken door het begrip ‘verwerking’ of het begrip ‘persoonsgegeven’ al of niet in combinatie met elkaar te beperken. Dat laatste deed de Engelse hoogste rechter in de Durant zaak (voor een uitvoerige analyse van deze zaak beveel ik aan H.R. Kranenburg *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2007, paragraaf 8.4). Deze besliste dat bij de definitie van ‘personal data’ in artikel 1 (a) van de richtlijn de nadruk ligt op ‘information related to an identified or identifiable natural person.’ Ik citeer de gehele overweging: ‘Mere mention of the data subject in a document held by a data controller does not necessarily amount to his personal data. Whether it does so in any particular instance depends on where it falls in a continuum of relevance or proximity to the data subject as distinct say, from transactions or matters in which he may have been involved to a greater or lesser degree.’ Ik laat in het midden of je dit aan de definitie van het begrip ‘persoonsgegeven’ of aan het begrip ‘verwerking’ moet ophangen. Duidelijk is dat niet iedere vermenging van een persoonsgegeven met andere informatie die andere informatie automatisch infecteert als ‘persoonsgegeven gerelateerde informatie’, zoals een houtworm die zich door een kast heen vreet op den duur al het hout aantast. Duidelijk is ook dat dit niet de benadering van de toezichthouders is. Het Cbp vindt dat ‘verwerkingscontext’ meetelt. De Artikel 29 Werkgroep heeft al in 2001 een *Employee Evaluation Data Recommendation* opgesteld waarbij ‘evaluation data’ meedoen. De nadruk in de definitie komt dan niet te liggen op *related to*, maar op *any information*: “Based on the definition included in Article 2 (a) personal data means *any* information relating to an identified or identifiable person, such as for instance data relating to his/her physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity. Personal data can therefore be found in subjective judgements and evaluations which can actually include elements specific to the physical, physiological, psychical, economic, cultural or social identity of data subjects.” Buttarelli (G. Buttarelli, in: Büllsbach/Poullet/Prins (eds.), *Concise IT*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2006, Directive95/46, art. 12, note 3, p. 65) betoogt dat de subjectieve oordelen naar hun aard niet voor rectificatie vatbaar zijn, zodat slechts het inzage-recht

daarop zou zien. Dezelfde benadering is te vinden in Opinion 4/2007 'On the concept of personal data' van de werkgroep.

13. Over de uitspraak in de Durant zaak is, juist nu de toezichthouders een andere visie hebben, het nodige te doen geweest in Europa. (Kranenborg a.w. p. 244-248). De in het ongelijk gestelde aanvrager Durant heeft inmiddels een klacht wegens schending van artikel 8 EVRM bij het EHRM ingediend. Het Hof heeft echter een soortgelijke klacht uit het VK in de zaak Smith niet ontvankelijk verklaard (Decision van het EHRM 4 januari 2007, NJ 2007, 475), omdat de inzage niet betrekking zou hebben op zijn 'private life', hetgeen de benadering van de Engelse rechter dekt. De overwegingen zijn bovendien interessant in verband met de discussie over artikel 843a Rv, waarover hierna onder 18.
14. De HR pakt het probleem van de scheidslijn wel zijdelings aan in overweging 3.14 van de Dexia beschikking door te overwegen dat het Hof terecht heeft onderscheiden tussen de informatie die onder het inzagerecht valt en de 'interne notities die de persoonlijke gedachten van medewerkers van Dexia bevatten die uitsluitend zijn bedoeld voor intern overleg en beraad.' Dit is een Wet Openbaarheid van Bestuur benadering die 'intern beraad' en de 'persoonlijke beleidsopvattingen' van het inzagerecht uitzondert (zie daarover E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, hoofdstuk 5). Een ander voorbeeld zijn medische dossiers, waarin een duidelijke scheiding tussen de medische persoonsgegevens en de medische beoordeling op grond van het beroepsgeheim mogelijk is. Ik vraag mij af of een dergelijke uitzondering in het algemeen past in het systeem van de Wbp die niet van dossiers, maar van het begrip 'verwerking' uitgaat. Er zijn zelfs commentatoren op deze arresten die in deze arresten een aansporing lezen dat laatste begrip flink op te rekken. (zie het commentaar van P.J.A. de Hert, M. Hildebrandt, S. Gurwirth & R. Saelens, 'De Wbp na de Dexia-uitspraken', in: *P & I* 2007, afl. 4, p. 147- 155 die geanonimiseerde 'groepsprofielen' met het begrip 'verwerking' onder het bereik van de wet willen brengen).
15. Op grond van het vorenstaande kom ik tot de volgende invulling van de 'vaak regel' van de HR (zie 10 van deze noot.). De regel dat inzagerecht 'vaak' leidt tot afschriftverstrekking kent mijns inziens twee beperkingen. Wanneer afschriften in ongeordende vorm worden verstrekt is de verstrekking niet 'begrijpelijk' (zie het Cbp hiervoor onder 10). Ik denk dat er daarom 'vaak' een overzicht gemaakt zal moeten worden om de aard van de bewerking begrijpelijk te maken. De tweede beperking ziet op de inhoud. Persoonsgegevens gaan deel uit maken van andere informatie. Bij verstrekking van afschriften kan deze 'spill over' informatie (die het Cbp 'verwerkingscontext' en de Artikel 29 Werkgroep 'evaluatiedata' noemen) mee naar buiten gaan. Mijns inziens ligt, ook na deze arresten, de vraag wat de omvang van deze beperking is nog steeds open. Dit raakt de door de Engelse Durant zaak (zie hiervoor onder 12) en door de Smith zaak van het EHRM (hiervoor onder 13) opgeworpen vraag welke informatie nog tot 'verwerking van persoonsgegevens' moet worden gerekend. Opgemerkt moet worden dat het EHRM het begrip 'persoonsgegeven' in het licht van artikel 8 EVRM uitlegt, hetgeen niet hoeft samen te vallen met de uitleg van de richtlijn. Het HvJ heeft in de Neukomm zaak (hiervoor onder 5), duidelijk wel aansluiting gezocht bij artikel 8 EVRM. In zijn proefschrift betoogt Peter Blok (*Het recht op privacy*, Den Haag: Boom Juridisch 2002) dat een groot deel van wat hij het 'gegevensbeschermingsrecht' noemt tot 'behoorlijk gegevensbeheer', dat buiten het privacyrecht strictu sensu valt, gerekend moet worden. De vraag is dan of de Wbp ook iets over 'behoorlijk gegevensbeheer' zegt. Het is mogelijk, maar dan zouden de toepassing van artikel 8 EVRM op inzagerechten en de inzagerechten onder de Wbp wel uit elkaar gaan lopen. Een interessant punt van overweging daarbij wordt ook opgeworpen door het geciteerde proefschrift van Kranenborg (hoofdstuk 9). Het te zeer oprekken van het begrip persoonsgegeven en de verwerking daarvan, slaat terug op de effectiviteit van (Europese) openbaarheidwetgeving,

omdat dat het toepassingsbereik van de privacy uitzonderingsgrond die het verstrekken van bestuurlijke informatie kan tegenhouden, enorm kan verruimen.

De weigeringsgrond van artikel 43 onder e Wbp (geen verstrekking ter bescherming van de betrokkene of de rechten en vrijheden van anderen), mede in verband met het beroep op misbruik van recht en art. 843a Rv (Dexiabeschikking ro 3.6.1-3.6.2)

16. Het beroep op deze bepaling is vooral gedaan, omdat de Banken stelden dat de inzage verzoeken misbruik van recht opleverden en een doorkruising waren van de regeling van de exhibitieplicht in artikel 843a Rv. Het zou de aanvragers slechts te doen zijn geweest om informatie te verzamelen voor hun processen tegen de banken. De beslissing heeft een overwegend feitelijk karakter. Ik concentreer mij hier op het ‘doorkruisingsverweer’. Bij de toepassing van artikel 843a Rv is het een uitgemaakte zaak dat er geen rechtmatig belang bij een verzoek tot overlegging van stukken is, wanneer het in feite gaat om ‘fishing operations’ (Rank & Haasjes a.w. p. 377-378, J. Ekemans, *De exhibitieplicht in kort bestek*, Zutphen: Uitgeverij Paris, p. 30). De HR antwoordt in 3.6.2 dat aan een op artikel 35 Wbp gebaseerd verzoek “waarvoor zoals hiervoor is overwogen geen bijzondere redenen behoeven te worden opgegeven, in het algemeen en ook in een geval als het onderhavige waarin moet worden aangenomen dat geen sprake is van misbruik van recht, een rechtmatig belang ten grondslag ligt.” Kort gezegd: omdat je geen motief of doel behoeft te stellen bij je verzoek op grond van artikel 46 Wbp, is ook niet aan te tonen dat je het verzoek gebruikt voor een ander doel dan waarvoor dat is gegeven.
17. De HR zegt aan het slot nog iets: “Niet alleen kent de Wbp in art. 43 eigen uitzonderingsgronden, maar de gewichtige redenen van art. 843a Rv zouden, indien deze bepaling van toepassing zou zijn, aan de verantwoordelijke ook geen mogelijkheid bieden op die grond aan de betrokkene informatie te onthouden, behoudens bijzondere redenen zoals een beroep op vertrouwelijkheid ter bescherming van de rechten of belangen van derden.” Behalve dat de HR hier weglaat ‘de bescherming van de betrokkene’, heeft de op artikel 13 van de richtlijn gebaseerde uitzondering een ruimere strekking. Buttarelli, a.w. Art. 13, note 4, p. 71: “This clause covers a wide range of situations without specifying what rights are at issue. The implementing experience shows that restrictions may be laid down, *for instance to allow rights of defence* (cursivering EJD), investigations by private detectives and defence counsel, as well as to protect the data’s subject personal sphere, in particular with a view toward accessing medical data held by health care bodies.” We beschikken in deze procedure helaas niet over rechtsvergelijkend materiaal over deze implementatiepraktijk, want het zou natuurlijk interessant zijn om te weten wat andere landen met hun ‘manoeuvrerruimte’ onder artikel 13 hebben gedaan.
18. In het licht van de vanzelfsprekendheid waarmee de HR het 843a Rv/misbruik van recht verweer terzijde schuift is het de moeite om de overweging van het EHRM in de zaak Smith te citeren (zie hiervoor onder 13). Het Hof acht het inzagegeschil waarin de aanvrager ongelijk kreeg geen privacy zaak: “The information allegedly in the files concerned a business transaction, the terms of which the applicant claims to be fully aware. It was presumably Smith’s desire to obtain substantiation of these terms with a possible view to further legal proceedings that motivated his application to access to the data held by the bank, in other words an oblique application for discovery of documentary evidence. This is therefore not a case where the applicant seeks access to information about his identity or personal history, whether with a view of correcting errors in those records or preventing misuse of personal information or to uncovering information with formative implications for his personality.” Volgens deze gedachtegang moet je dus wel degelijk kijken of het inzageverzoek valt onder de doelstelling van de Wbp of (mede) andere doelen dient. De aanvrager behoeft bij zijn aanvraag geen doel te

stellen, maar de rechter zal wel moeten toetsen of de opgevraagde informatie binnen het doel van het inzage-recht van de Wbp valt. Die vraag wordt in deze arresten niet beantwoord (zie hiervoor onder 15).

E.J. Dommering