

**Annotatie Hoge Raad 9 september 2011, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2011-52, nr. 595, p. 6057-6059.**

**E.J. Dommering**

**1.**

X. heeft geld geleend bij Santander Consumer Finance Benelux (Santander) en een terugbetalingsachterstand opgelopen. De financieringsovereenkomst bepaalde dat bij een betalingsachterstand van meer dan tien dagen het hele saldo opeisbaar wordt en dat bij een betalingsachterstand van meer dan drie maanden een verplichte melding van die achterstand in het register van het Bureau Kredietregistratie (BKR) volgt (volgens het reglement van het BKR ‘bijzonderheidscode A’, die voor verschillende soorten van financieel wangedrag staat, dat in genummerde subcodes is onderverdeeld, die na de eerste ‘A melding’ kunnen worden ingevuld) wat een negatieve feed back heeft op toekomstige financierings- en hypotheekaanvragen bij Santander en andere bij het BKR aangesloten financieringsinstellingen in Nederland. X. verzet zich op grond van de Wbp tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens die heeft geresulteerd in de ‘A melding’ en, vervolgens, ‘code 2 melding’ (‘restant vordering opeisbaar gesteld’) bij het BKR. Rechtbank en Hof honoreren dat verzet, omdat Santander bij het doen van de meldingen bij het BKR onvoldoende de belangen van X. heeft meegewogen. De HR sluit zich, blijkens de verwerping van het cassatieberoep, bij de beschikking van het Hof aan.

**2.**

De zaak stelt drie belangrijke kwesties aan de orde: De algemene zorgvuldigheids- en proportionaliteitseisen die de Wbp aan de verwerking van persoonsgegevens stelt. De tweede kwestie ligt in het verlengde daarvan: De (EVRM) verdragsconforme uitleg van de Wbp. En, tenslotte, de betekenis die deze beslissing heeft voor de inrichting van databanken en de verwerking van persoonsgegevens door overheid en bedrijfsleven, in het bijzonder als het gaat om voor geregistreerden potentieel stigmatiserende registers, zoals de registratie van schulden en (wan)betalingsgedrag.

**3.**

Santander had aangevoerd dat de bijzonderheidscode A melding, gevolgd door codemelding 2 een ‘automatisme’ was dat voortvloeide uit de algemene voorwaarden van het BKR. Santander stelde daarom dat het ging om een verwerking waarvoor X. (in de kredietvoorwaarden) ondubbelzinnige toestemming had gegeven en dat strekte ter uitvoering van de door Santander met het BKR gesloten overeenkomst omtrent codemeldingen. Het beriep zich daarbij dus met name op de in de Wbp toegestane verwerkingsgronden, opgenomen in artikel 8 Wbp aanhef en onder a (toestemming), b (uitvoering overeenkomst) en c (uitvoering wettelijke verplichting: Santander is op grond van de Wet financieel toezicht verplicht zich aan te sluiten bij het BKR) met de stelling dat op grond van deze wettelijke regels geen nadere belangenafweging vereist is.

Dit in tegenstelling tot de verwerkingsgrond in artikel 8 aanhef en onder f waar de belangenafweging met zoveel woorden wordt genoemd. X. was het daarmee niet eens: na de mededeling dat hij betalingsachterstand had, had hij (weliswaar meer dan drie maanden te laat) de achterstand aangezuiverd, en hij vond dat dit een omstandigheid was die mee had moeten wegen bij de vraag of de codemeldingen bij het BKR wel gerechtvaardigd waren geweest, althans gerechtvaardigd bleven. Santander beriep zich dus op de noodzaak dat de regels onverbiddeijk worden toegepast om de handhaafbaarheid van het openbare registratiesysteem veilig te stellen. X. beriep zich daarentegen op de noodzaak zijn persoonlijke integriteit in de openbaarheid te kunnen bewaren, ook al had hij zich niet strikt aan de regels gehouden.

#### 4.

De HR oordeelt dat in alle gevallen een toetsing op de proportionaliteit en subsidiariteit van de verwerking moet plaatsvinden (en dus: een concrete belangenafweging). Hij hanteert daartoe in ro 3.3 allereerst een wetshistorisch argument dat zich keert tegen te letterlijke lezing van artikel 8 Wbp, namelijk dat er een algemene subsidiariteits- en proportionaliteitseis bij verwerking van persoonsgegevens aan de wet ten grondslag ligt, ook in die gevallen waar de wet dat niet met zoveel woorden zegt (zie punt 3.10 van de conclusie van de Advocaat-Generaal). Bovendien bepaalt artikel 7 Wbp (in overeenstemming met de Privacyrichtlijn) dat een verwerking slechts is toegestaan ‘voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden’. Dit betekent, aldus de Hoge Raad, dat ook als een verwerking in beginsel op een van de gronden van artikel 8 is toegestaan, in het concrete geval moet worden nagegaan of deze noodzakelijk is ter bereiking van het toegestane doel. De HR legt daaraan in zoverre een beperking op dat ‘in verband met de praktische hanteerbaarheid van de wet’ de verwerker wel over concrete gegevens die nodig zijn voor een belangenafweging moet kunnen beschikken. Dit legt dus een plicht op het datasubject die gegevens aan te leveren. Dit kan weer tot de plicht van de verwerker voeren een eerdere onvolledige belangenafweging en verwerking op basis van nieuwe gegevens te heroverwegen (ro 3.3. onder (d) en (e)). De maatstaf is dus dat de via het inzagerecht goed geïnformeerde consument actief voor zijn rectificatierecht moet opkomen.

#### 5.

Overigens had voor de beslissing dat het verwijderen van gegevens op grond van de Wbp noodzakelijk is, ook aansluiting gezocht kunnen worden bij de artikelen 11 lid 1 en 36 lid 1 Wbp. Het eerste schrijft voor dat slechts ‘gegevens worden verwerkt, voor zover zij, gelet op de doeleinden waarvoor zij worden verzameld of vervolgens worden verwerkt, toereikend, ter zake dienend en niet bovenmatig zijn’ met een corresponderend verwijderingsrecht in artikel 36 lid 1. De Geschillencommissie Bureau Kredietregistratie hanteert in haar bindend advies de artikel 11 formule om opschoning van het register te gelasten als niet aan dit criterium is voldaan.

#### 6.

Het tweede belangrijke punt is dat de Wbp conform artikel 8 EVRM moet worden uitgelegd (ro. 3.3 onder (a)) dat, blijkens de jurisprudentie van het EHRM, de eis stelt dat de verwerking de belangen van het datasubject niet onevenredig schaadt in verhouding tot het met de verwerking gediende doel (proportionaliteit) en dat dit doel in redelijkheid niet op een andere manier kan worden bereikt (subsidiariteit). Het op 1 december 2009 in werking getreden EU Handvest voor de Fundamentele Rechten kent in artikel 8 een afzonderlijk dataproctierecht (de beschikking van het Hof is van 8 juni 2010, dus van na de inwerkingtreding; om voor mij onduidelijke redenen is in appèl noch cassatie een beroep op het Handvest gedaan). Dit artikel stelt dat 'data must be processed fairly for specified purposes on the basis of consent or some other legitimate basis laid down by law.' 'Fairly' is misschien minder stringent dan proportioneel en subsidiair, maar doordat artikel 53 van het Handvest weer verwijst naar het EVRM is het beschermingsniveau hetzelfde. 'Specified purposes' is explicieter dan artikel 8 EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het EHRM. Het HvJEG heeft in de zaken Schrecke en Eifert (C-92/09 en C-93/09) in een arrest van 9 november 2010 (*NJ* 2011/68, *SEW* 2011-3, p. 141-147 m.nt. F. Schram) een principiële uitleg aan deze Handvestbepaling in verhouding tot artikel 8 EVRM gegeven. Het betrof de vraag in hoeverre het bestaan van privacyrechten van de aanvragers zich konden verzetten tegen openbaarmaking van subsidieverstrekkings.

## 7.

De derde belangrijke kwestie betreft de eisen die moeten worden gesteld aan een verwerking van gegevens en de inrichting van databanken. Kredietregistraties dienen het belangrijke maatschappelijk doel dat de kredietverstrekkers een duidelijk beeld kunnen opbouwen van iemands kredietwaardigheid (in tijden van een 'hypotheekcrisis' geen overbodige luxe!). Santander had in cassatie ook aangevoerd dat een dergelijk systeem volledig dient te zijn, zodat het belang van 'automatische' registratie groter is dan het individuele geval, aangezien daardoor een robuuste handhaafbaarheid van de regels in gevaar zou kunnen komen. Kredietregistraties hebben echter ook een stigmatiserend effect zodra daarin, naast de registratie van de schuld, betalingswangedrag wordt openbaar gemaakt. Een (voortgezette) onjuiste vermelding op dit punt kan iemand in het maatschappelijke verkeer ernstige en soms onherstelbare schade toebrengen. Daar moet het algemene maatschappelijke belang dus voor wijken.

## 8.

De plicht tot belangenafweging kan dus ook de door het datasubject gegeven toestemming doorbreken. Wat betekent het dat de gegeven toestemming kan worden doorkruist door de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit? Het lijkt op de beperkende werking van de goede trouw die wij in concrete gevallen in het contractenrecht hanteren.

## 9.

Het BKR en andere instellingen ijveren voor een nog meer waterdicht systeem van kredietregistratie voor wat betreft participatie van kredietverleners (o.a. ook overheden, die nu niet in het BKR zitten). Dit moet het zogenaamde Landelijke Informatiesysteem Schulden (het 'LIS') worden. Het Cbp heeft in een zienswijze van 23 september 2009 het voorgestelde LIS in strijd met de Wbp bevonden (de zienswijze is te vinden op [www.cbpweb.nl](http://www.cbpweb.nl)), onder meer omdat niet was voldaan aan artikel 7 Wbp (welbepaalde doeleinden) en de eis van proportionaliteit en subsidiariteit. De Tweede Kamer heeft — mede daarom — voorlopig niet ingestemd met landelijke invoering van het LIS.