

Actieve openbaarmaking, bescherming van het privéleven en gegevensbescherming

Prof. mr. J.J.C. Kabel*

7

Lippendienst aan de privacy ten behoeve van openbaarmaking van persoonsgegevens is volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie uit den boze. Hoe nu verder met wenselijke actieve openbaarheid van subsidiegegevens?

1 Actieve openbaarmaking: het wettelijke kader

Ik log op 25 november 2010 in op de website van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en zoek op Databank EU-subsidies. Die link geeft toegang tot de databank met de subsidiegegevens van het Europese landbouwbeleid en het Europese visserijbeleid over het jaar 2009. Men kan daar op naam en adres gestelde gegevens vinden over de bedragen die betrokkene (bedrijven en natuurlijke personen) heeft verkregen uit het Europese Landbouwgarantiefonds, uit het Europese Fonds voor Plattelandsontwikkeling en uit nationale fondsen. Die bijdragen kunnen oplopen tot 70% van een jaarinkomen. Het totaal is eveneens imponerend. In 1984 was het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid goed voor ruim 71% van de uitgaven; thans is het met een schatting van rond de 40% altijd nog de grootste op zichzelf staande post. De EU heeft in het boekjaar 2008 55 miljard euro uitgegeven aan deze subsidies. Het merendeel ging volgens een bericht in *Elzevier* van 1 mei 2009 naar multinationals zoals het Ierse diepvriesbedrijf Greencore Group (83 miljoen euro), de Franse Doux Group (62 miljoen euro) en Britse grootgrondbezitters als de koningin (meer dan een half miljoen euro) en de Hertog van Westminster (idem). In Frankrijk bevat de top 25 geen enkele boer.

De toegang tot deze gegevens is voor ons land gebaseerd op het Besluit openbaarmaking subsidiegegevens landbouw- en visserijbeleid 2009 van 2 maart 2010, nr. 116895. In artikel 1 van dat besluit zegt de minister:

‘Dit jaar heb ik besloten om evenals in vorige jaren de subsidiegegevens van het GLB en het GVB op grond van de twee hierna te noemen Europese verordeningen en op grond van de Wob openbaar te maken. Ook nu staat de Wob de openbaarmaking van bedoelde gegevens over de periode 16 oktober 2008 tot en met 15 oktober 2009 niet in de weg. De uitzonderingsgronden, bedoeld in artikel 10 en 11 van de Wob, zijn niet van toepassing op

de te verstrekken informatie, of wegen niet op tegen het algemene belang van openbaarmaking. Bovendien merk ik op dat de openbaarmaking van deze gegevens past binnen mijn beleid om actieve openbaarheid van GLB- en GVB-subsidiegegevens te betrachten. Dit beleid is vastgelegd in de Beleidsregel openbaarmaking subsidiegegevens gemeenschappelijk landbouw- en visserijbeleid. Er bestaat een algemeen belang bij openbaarmaking van GLB- en GVB-subsidiegegevens. Door openbaarmaking van deze gegevens wordt de gelegenheid geboden om te beoordelen op welke wijze deze publieke gelden worden besteed. Ik zet de huidige praktijk van openbaarmaking daarmee voort.’

GLB en GVB staan voor respectievelijk Gemeenschappelijk Landbouwbeleid en Gemeenschappelijk Visserijbeleid.

Van de bovengenoemde uitzonderingsgronden, bedoeld in artikel 10 en 11 Wob, die niet van toepassing zijn op de te verstrekken informatie of die niet opwegen tegen het algemene belang van openbaarmaking is hier mogelijk van belang artikel 10 lid 1 Wob dat bepaalt: ‘Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft achterwege voor zover dit: (...) d. persoonsgegevens betreft als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Wet bescherming persoonsgegevens, tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt.’ Dat betreft echter de zogenoemde bijzondere gegevens; de financiële gegevens die hier aan de orde zijn, maken daar geen deel van uit. Van groter belang is lid 2 van datzelfde artikel dat bepaalt: ‘Het verstrekken van informatie in gevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen: e. de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;’. De minister zegt nu in zijn hierboven geciteerd besluit dat de openbaarmaking van subsidiegegevens opweegt tegen de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, omdat door openbaarmaking een algemeen belang wordt gediend, namelijk het bieden van de gelegenheid om te beoordelen op welke wijze deze publieke gelden worden besteed. Let erop dat hier eigenlijk geen belangen worden afgewogen maar dat het ene belang boven het andere wordt gesteld. Er wordt evenmin bezien of genoemd algemeen belang op een andere wijze dan door actieve algehele openbaarmaking

* Jan Kabel is emeritus hoogleraar informatierecht, in het bijzonder commerciële informatie en adviseur bij advocatenkantoor DLA Piper in Amsterdam.

kan worden gediend. Aan het belang van de bescherming van de privacy wordt dus slechts lippendienst bewezen. Die omissie zal dodelijk blijken.

De actieve openbaarmaking geschiedt mede op grond van Verordening (EG) nr. 259/2008 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 18 maart 2008 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen van verordening (EG) nr. 1290/2005 van de Raad van de Europese Unie met betrekking tot de bekendmaking van informatie over de begunstigden van financiële middelen uit het Europese Landbouwarantiefonds (ELGF) en het Europese Landbouwfonds voor Plattelandsontwikkeling (ELFPO). Openbaarmaking vergroot volgens considerans 14 van de laatste Verordening (1290/2005):

‘de doorzichtigheid wat het gebruik van communautaire middelen (...) en bevordert een goed financieel beheer van de genoemde Fondsen, met name door de publieke controle op de bestede gelden te versterken. Gezien het doorslaggevende belang van de nagestreefde doeleinden, is het in het licht van het evenredigheidsbeginsel en de vereiste bescherming van de persoonsgegevens gerechtvaardigd om te voorzien in algemene bekendmaking van de relevante informatie, aangezien zulks niet verder gaat dan wat in een democratische samenleving en ter voorkoming van onregelmatigheden noodzakelijk is. Rekening houdend met het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming van 10 april 2007 [PB C 134, blz. 1] dienen de begunstigden van begrotingsmiddelen ervan in kennis te worden gesteld dat deze gegevens kunnen worden bekendgemaakt en door organen voor financiële controle en onderzoek kunnen worden verwerkt.’

De uitvoeringsverordening herhaalt deze overwegingen. Ook hier mist men een inhoudelijke motivering voor de ondergeschikte plaats die de bescherming van persoonsgegevens krijgt toegewezen. Interessant is wat vermeld wordt over het advies van de Europese toezichthouder. Het lijkt erop dat ingevolge dit advies de verantwoordelijke zou hebben kunnen volstaan met informatie aan betrokkenen. Dat is niet het geval. De toezichthouder stelt in zijn advies ingenomen te zijn met de vermelding in het voorstel tot wijziging van de verordening om informatie over begunstigden bekend te maken met inbegrip van aspecten van de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens. De toezichthouder bedoelt daarmee, zo blijkt uit punt 5 van het advies, dat betrokkene vóór openbaarmaking wordt geïnformeerd en dat het recht van de betrokkene op toegang en op het maken van bezwaar wordt nageleefd. Ik kan niet nagaan of die bezwaarmogelijkheid betrokkenen is geboden, maar het lijkt erop dat de diverse procedures niet op dat zulks het geval is geweest.

2 Nederlandse rechtspraak

De Nederlandse rechter heeft dezelfde lijn gevolgd. In ons land is de discussie over openbaarmaking van EU-landbouwsubsidies al in 2005 aangezwengeld door de

Evert Vermeer Stichting in het kader van een rechtvaardige verdeling van deze subsidies. Via een Wob-verzoek slaagde de stichting erin een ministerieel besluit (van 23 augustus 2005, *Stcrt.* 2005, 163) af te dwingen op basis waarvan de gegevens openbaar konden worden gemaakt. Tegen dat besluit ageerde een mede-eigenaar en beheerder van landgoederen uit Groenekan: het belang van openbaarmaking zou niet opwegen tegen de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene (artikel 10 lid 2 onder e Wob). Het desbetreffende landgoed werd bedrijfsmatig in stand gehouden, werd deels verpacht en deels gebruikt voor agrarische gesubsidieerde activiteiten. Vanwege het aspect van beroepsmatig handelen, oordeelde de voorzieningenrechter dat de persoonlijke levenssfeer van betrokkene niet in het geding kon zijn. Hij volgt daarmee de standaardjurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State: indien sprake is van beroepsmatig handelen, is de persoonlijke levenssfeer van de betrokken personen niet in het geding, zelfs niet indien er sprake is van een bedrijf dat door één persoon wordt geëxploiteerd (zie bijv. de uitspraak ABRvS 17 juli 2002, *LJN* AE5445 (*Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen/VARA*)). Dat is, gelet op de toenmalige stand van het recht – de uitspraak EHRM 16 december 1992 (*Niemietz/Duitsland*) was toen al geweest – een betwistbaar oordeel. De voorzieningenrechter is zich daar kennelijk van bewust want hij ‘merkt overigens op dat, ook indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat de gegevens betrekking hebben op de persoonlijke levenssfeer, niet aannemelijk is geworden dat sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer in die mate dat het belang van openbaarmaking moet wijken voor het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.’ Het beroep van betrokkene op de Wbp wordt afgewezen met het argument dat de openbaarmaking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen. In dit geval had betrokkene als verweer eigenlijk alleen maar aangevoerd dat de uitgekeerde subsidies niemand aangaan. Een gemotiveerder verweer mocht betrokkene in een identieke zaak echter evenmin baten. Betrokkene vreesde negatieve beeldvorming rond zijn bedrijf omdat uit de subsidiegegevens kon worden afgeleid wat de inkomenspositie was van de gezinnen die van het bedrijf afhankelijk waren (Rb. Assen (vzr.) 15 september 2005, *LJN* AU2709).

3 De uitspraak van het Hof

Ik druk op de link naar de databank met subsidiegegevens van het ministerie. Er verschijnt een boodschap: ‘There is currently no HTL content.’ Wat zou er in ‘hemelsnaam’ aan de hand zijn? Wanneer ik vijf dagen later, op 30 november inlog, verschijnt het volgende bericht: ‘Volgens een uitspraak van het Europese Hof van Justitie is de publicatie van de subsidiegegevens van de Europese boeren onrechtmatig. De praktische uitvoering van de uitspraak van het Hof vraagt om nader onderzoek. In afwachting van dat onderzoek en nadere ontwikkelingen op EU-niveau worden de internetpublicaties van de GLB en GVB-subsidiegegevens voorlopig niet online gezet.’

De overeenkomstige Belgische website (BELPA) meldt hetzelfde: 'Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft, in haar arrest van 09/11/2010 in de zaken C-92/09 en C-93/09 (prejudicieel verzoek), de rechtsgrond voor de bekendmaking van de gegevens van GLB-begunstigden (gezamenlijk beheer) gedeeltelijk ongeldig verklaard met ingang van 09/11/2010. In afwachting van overleg tussen de drie Belgische betaalorganen is het daarom voorlopig onmogelijk de BELPA-website te raadplegen.' De Duitse website <http://ec.europa.eu/agriculture/funding/index_de.htm> meldt: 'Mit dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 9.11.2010 in den Rechts-sachen C-92/09 und C-93/09 (Vorabentscheidung) wurde die Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von Informationen über die Empfänger von Mitteln der GAP (gemeinsame Verwaltung) für teilweise ungültig erklärt.' Op de Duitse website staan ook heel netjes links naar alle EU-websites die deze informatie openbaar maken. Een vluchtige raadpleging leert dat bijna alle websites soortgelijke mededelingen bevatten.

De gedeeltelijke ongeldigverklaring heeft betrekking op de openbaarmaking van gegevens die tot natuurlijke personen herleidbaar zijn. Zoals de A-G in zijn conclusie (17 juni 2010) bij bovengenoemd arrest vermeldt gaat het om een belangrijke constitutionele vraag: of de doelstelling om bij het beheer van GLB-gelden transparantie te verwezenlijken in beginsel voorrang kan hebben op het fundamentele recht van een persoon op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer en van zijn persoonsgegevens, en zo ja, hoe de afweging tussen beide moet uitvallen. De transparantie, voortvloeiend uit het Europese Transparantie-Initiatief van 2005 (SERC (2005) 1300), is een grondbeginsel van de Unie. Zij is wat ons probleem betreft neergelegd in de al eerder genoemde Verordening (EG) 1290/2005, zoals gewijzigd bij Verordening (EG) 1437/2007 en haar uitvoeringsverordening (EG) 259/2008. De rechtsgrondslag voor het transparantiebeginsel is hierboven al weergegeven. Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens is neergelegd in artikel 8 EVRM, in artikel 7 en 8, jo. 52 Handvest van de grondrechten van de EU, in de algemene Richtlijn 95/46/EG en in de bijzondere Richtlijn 2006/24 (Retentierichtlijn). De rechtsgrondslag voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van persoonsgegevens, zoals weergegeven in de toelichting op genoemde bronnen is vaag en circulair: considerans 10 bij Richtlijn 95/46 verwijst daarvoor naar artikel 8 EVRM. Dat artikel beschermt (slechts) tegen willekeurige of onredelijke ingrepen in de privé sfeer (zie bijv. EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988, 534 (*Malone/UK*)). De toelichting bij de Wbp stelt dat ongebreidelde verwerking van persoonsgegevens een bedreiging kan inhouden voor de bescherming van die gegevens en volstaat verder met een syllogisme: gegevens zijn een bron van informatie, informatie is de basis voor kennis, kennis is macht, macht kan ten kwade worden aangewend en daaruit volgt de behoefte aan regulering van verzamelingen van persoonsgegevens (zie Hooghiemstra & Nouwt, *Tekst en Toelichting Wet bescherming persoonsgegevens*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 15-16). Wij weten allemaal dat over

die grondslag wel meer is te zeggen. Mijns inziens is de gebrekkige en abstracte wettelijke fundering mede oorzaak van het gemak waarbij in ieder geval op wetgevingsniveau met het belang van de bescherming van privacy kan worden omgesprongen, zowel voor het rechtvaardigen van bescherming van als voor het rechtvaardigen van toelaatbare inbreuken op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en met name op de bescherming van persoonsgegevens.

Een pleidooi voor een betere wettelijke grondslag heeft twee kanten: een inhoudelijke en een formele. In het hier nader te bespreken arrest (HvJ EG 9 november 2009, nr. C-92/09 en C-93/09 (*Volker und Markus Schecke GbR en Hartmut Eifert/Land Hessen*)) ligt het accent op de formele kant, d.w.z. op de wijze waarop wordt gemotiveerd dat het transparantiebeginsel de voorrang mag hebben boven het fundamentele recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van persoonsgegevens. Niettemin valt uit deze zaak ook wel iets over de inhoudelijke rechtsgrondslag af te leiden.

Het gaat hier om een maatschap (*Volker und Markus Schecke GbR*) en om een natuurlijke persoon (*Hartmut Eifert*) die ieder een landbouwbedrijf exploiteren. De maatschap ontving eind 2008 € 64 623,65 en Eifert € 6110,11 ter ondersteuning van landbouw in een bena-deeld gebied. Beiden vorderen een verbod van openbaarmaking van hun persoonsgegevens als begunstigden van de landbouwsubsidies. Grondslag voor de vordering is strijdigheid van artikel 44bis Verordening nr. 1290/2005 (de plicht voor de lidstaten tot jaarlijkse bekendmaking achteraf van de begunstigden en van de door hen ontvangen bedragen) met de EU-regeling van gegevensbescherming. Behalve deze fundamentele vraag, beslist het Hof op nog enkele andere interessante punten, zoals de vraag wanneer er sprake is van een gegeven dat herleidbaar is tot een natuurlijk persoon en wanneer er sprake is van toestemming. Deze onderwerpen worden uitsluitend beslist op basis van toetsing van de verordening aan het grondrecht op eerbiediging van het privéleven (artikel 7 Handvest EU) en aan dat van het recht op bescherming van persoonsgegevens (artikel 8 lid 1 Handvest EU) met inbegrip van de bijbehorende beperkingen van artikel 52 Handvest EU. Het Hof legt een nauw verband tussen beide rechten (punt 47). Artikel 8 EVRM is hierbij intussen ook van belang, omdat artikel 52 lid 3 Handvest EU bepaalt dat voor zover de rechten uit het handvest corresponderen met rechten die erkend zijn door het EVRM, de inhoud en de reikwijdte van rechten uit het handvest dezelfde zijn als die van het EVRM. Bovendien bepaalt artikel 52 lid 3 Handvest EU nog dat geen van de bepalingen van het handvest mogen worden uitgelegd als zouden zij een beperking vormen of afbreuk doen aan de rechten die door het EVRM worden erkend. Dat betekent dat de rechtspraak op artikel 8 EVRM een verplichte rechtsbron is voor het HvJ EG. Het nauwe verband dat het Hof in deze zaak legt tussen de eerbiediging van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens, zou moeten betekenen dat het Hof ook die laatste bescherming in beginsel uitlegt als een bescherming tegen

willekeurige en onredelijke verwerking van persoonsgegevens. Die relativering kan nog worden versterkt door dat het Hof, in het voetspoor van HvJ EG 12 juni 2003, nr. C-112/00 (*Schmidberger/Oostenrijk*) het recht op bescherming van persoonsgegevens geen absolute gelding toekent, maar het beschouwt in relatie tot de functie ervan in de maatschappij (punt 48). We zullen straks bezien of het Hof hierin consequent is.

De subsidieregelingen betreffen natuurlijke en rechtspersonen. Dat het om informatie over subsidie gaat, maakt niet uit. Het Hof grijpt daarbij terug op de rechtspraak van het EHRM waarin is uitgemaakt dat elke informatie over een identificeerbare natuurlijke persoon valt onder het recht op persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens. Uit de naam van de maatschap valt in dit geval de identiteit van de natuurlijke persoon die vennoot is in de maatschap rechtstreeks af te leiden en daarom kunnen ook Volker en Marcus Schecke in beginsel een beroep doen op de door artikel 7 en 8 Handvest EU geboden bescherming. Dat levert ze echter niets op, omdat ten aanzien van rechtspersonen de inbreuk op de privacy niet onevenredig is, nu rechtspersonen al onderworpen zijn aan allerlei bekendmakingsverplichtingen en het voor de nationale autoriteiten ondoenlijk is bij elke rechtspersoon te onderzoeken of uit de naam van de rechtspersoon een natuurlijke persoon valt af te leiden (punt 87). Dat het bij de gegevens om beroepsactiviteiten gaat, is irrelevant (punt 59). Op de Nederlandse bestuursrechtspraak die ervan uitgaat dat vanwege het aspect van beroepsmatig handelen de persoonlijke levenssfeer van betrokkene niet in het geding kan zijn, kan dus voortaan geen beroep meer worden gedaan. Dat zou overigens veel eerder het geval moeten zijn geweest, omdat het Hof in de *Oostenrijkse omroep*-zaak uit 2003 (HvJ EG 20 mei 2003, nr. C-465/00 c.a. (*Rechnungshof Österreichischer Rundfunk e.a.*)) al had geoordeeld dat het voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer irrelevant is dat bekendgemaakte gegevens verband houden met beroepsactiviteiten. Het ging in die zaak om bekendmaking van gegevens over het inkomen van werknemers van omroepen. Informatie aan betrokkenen over de actieve openbaarmaking kan niet in de plaats komen van toestemming tot verwerking van de persoonsgegevens (punt 64). Omdat de bedragen waar het om gaat dikwijls een aanzienlijk deel van de inkomsten van betrokkenen uitmaken, is er sprake van een inmenging in het privéleven in de zin van artikel 7 Handvest EU (punt 58). Dat is interessant: het Hof vaart dus op de koers van artikel 7 en niet op die van artikel 8 Handvest EU (de gegevensbescherming).

Nu er een inmenging is geconstateerd, moet dus onderzocht worden of deze te rechtvaardigen valt wanneer het gaat om natuurlijke personen. Het toetsingskader voor de toelaatbaarheid van beperkingen, zoals hier de actieve openbaarmaking, is artikel 52 lid 1 Handvest EU: de beperking moet bij wet zijn voorzien, de wezenlijke inhoud van het recht eerbiedigen, en, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende

doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit kader geldt zowel voor artikel 7 als voor artikel 8 Handvest EU. De actieve openbaarmaking is voorzien bij de eerdergenoemde verordening en zij dient de door de Unie erkende doelstelling om door transparantie publieke controle op de bestede gelden te versterken. Zoals zo vaak wordt het hete hangijzer gevormd door de evenredigheidstoets: is openbaarmaking geschikt om de nagestreefde doelstelling te verwezenlijken (de geschiktheidstoets) en gaat zij niet verder dan hiervoor nodig is (de toets van vervangbaarheid door minder beperkende maatregelen).

In de CBP Richtsnoeren Actieve openbaarmaking en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van 13 augustus 2009 (p. 15) wordt die toets uitdrukkelijk voorgeschreven. Het bestuursorgaan moet informatie achterwege laten als het doel daarvan, namelijk openbaarheid van de informatie, ook langs andere weg en met minder ingrijpende middelen kan worden gerealiseerd. Dat impliceert dus dat het bestuursorgaan vooraf alternatieven moet overwegen voor de voorgestelde maatregelen. Daarnaast moet het bestuursorgaan als gevolg van de evenredigheidstoets ook op straffe van nietigheid achteraf onderzoeken of de te treffen maatregelen geschikt zijn om het doel te bereiken. Dat onderzoek moet uiteraard verantwoord worden. Wanneer daaromtrent niets te vinden is, kan gevoeglijk worden aangenomen dat het niet heeft plaatsgehad.

Wij hadden kunnen weten dat de evenredigheidstoets door het Hof uiterst serieus wordt genomen. In de Luxemburgse *GB-INNO*-zaak van 7 maart 1990, nr. C-362/88 past het Hof de geschiktheidstoets toe en oordeelt dat aangezien informatie een eerste vereiste is voor consumentenbescherming een lidstaat zich niet op bescherming van de consument kan beroepen voor de rechtvaardiging van regels die de consument bepaalde informatie onthouden. Bij de vervangbaarheidstoets worden door het Hof zelf vaak andere minder beperkende maatregelen overwogen. Zo oordeelde het Hof in de Zweedse *Agostini*-zaak van 9 juli 1997, nr. C-34-36/95 dat een algeheel uitzendverbod voor een televisiestation niet nodig was, omdat het doel ook bereikt kon worden door specifieke maatregelen tegen een adverteerder op dat televisiestation. In de *Rocher*-zaak van 18 mei 1993, nr. C-126/91 beval het Hof aan om de wetgeving van andere lidstaten te analyseren om na te gaan of er voor een bepaald doel (in dit geval de bescherming van de consument) minder beperkende maatregelen zijn te bedenken. En in de Belgische *De Coster*-zaak van 29 november 2001, nr. C-17/00 overwoog het Hof dat andere middelen dan een gemeentelijke belasting de vrijheid van dienstverrichting minder beperken, zoals voorschriften over de grootte van schotelantennes, de plaats of de wijze van opstelling ervan of het gebruik van collectieve antennes.

Die vaste lijn wordt ook in dit geval gevolgd. Ik citeer: '81 Niets wijst er immers op dat de Raad en de Commissie bij de vaststelling van artikel 44 bis van verorde-

ning nr. 1290/2005 en van verordening nr. 259/2008 vormen van bekendmaking van informatie betreffende de betrokken begunstigden in overweging hebben genomen die in overeenstemming zouden zijn met de doelstelling van een dergelijke bekendmaking maar tegelijkertijd het recht van deze begunstigden op eerbiediging van hun privé-leven in het algemeen en op de bescherming van hun persoonsgegevens in het bijzonder minder zouden aantasten, zoals de beperking van de bekendmaking van nominatieve gegevens betreffende die begunstigden naar gelang van de tijdvakken waarin zij steun hebben ontvangen, de frequentie van de steun, of het type en de omvang van die steun. 82 Een aldus beperkte nominatieve bekendmaking zou in voorkomend geval vergezeld kunnen gaan van relevante toelichtingen betreffende de andere natuurlijke personen die uit die Fondsen steun ontvangen en de door hen ontvangen bedragen. 83 De instellingen hadden in het kader van een evenwichtige afweging van de verschillende betrokken belangen dus moeten onderzoeken of de doelstellingen van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde Unieregeling niet hadden kunnen worden verwezenlijkt met een beperkte nominatieve publicatie als bedoeld in punt 81 van het onderhavige arrest. In het bijzonder blijkt niet dat een dergelijke beperking, die een aantal betrokken begunstigden zou behoeden voor een inmenging in hun privé-leven, de burger geen voldoende getrouw beeld zou geven van de door het ELGF en het ELFPO betaalde steun om de doelstellingen van die regeling te kunnen verwezenlijken. (...) 85 Het doel van openheid mag (...) niet automatisch de voorrang krijgen op het recht op bescherming van persoonsgegevens.'

Het gebrek aan een evenwichtige afweging vooraf maakt dat het Hof de verordening en de bijbehorende uitvoeringsverordening ongeldig verklaart voor zover die bepalingen ten aanzien van natuurlijke personen die steun uit het ELGF en het ELFPO hebben ontvangen, voorzien in de verplichte bekendmaking van persoonsgegevens betreffende iedere begunstigde, zonder dat daarbij een onderscheid wordt gemaakt op basis van relevante criteria, zoals de tijdvakken waarin zij die steun hebben ontvangen, de frequentie, het type en de omvang van de steunverlening. Bekendmaking van aan rechtspersonen toegekende subsidies is geen probleem; voor natuurlijke personen zal de verordening dus moeten worden aangepast.

Proportionaliteit gaat echter twee kanten op. Afwijkingen van het recht op toegang tot documenten die bij de overheid berusten moeten als gevolg van de rechtspraak van het Hof zelf eng worden uitgelegd en toegepast, zodat het beginsel van een zo ruim mogelijke toegang van de burger tot informatie niet in het gedrang komt. Bovendien vereist het evenredigheidsbeginsel, dat afwijkingen niet verder gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel (HvJ EG 6 december 2001, nr. C-353/99 (*Raad van de EU/Heidi Hautala*)). Wanneer na het hier besproken arrest de Europese en nationale overheden de door het Hof vereiste strenge

evenredigheidstoets ter bescherming van de privacy zullen toepassen, moeten zij zich tegelijkertijd afvragen of de daaruit volgende afwijkingen van het openbaarheidsbeginsel niet verder gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel van transparantie. Dat lijkt een onoplosbaar dilemma dat mijns inziens het beste kan worden opgelost door wat dieper na te denken over de grondslag van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en in het bijzonder die van de bescherming van persoonsgegevens, de zogenoemde informationele privacy. Over de grondslag voor openbaarheid van overheidshandelen hoeven we immers niet na te denken, die is behoudens uitzonderingen gegeven in een democratische rechtsstaat.

4 Evaluatie

In een eerdere publicatie heb ik mij eens afgevraagd wat precies het onrecht is bij een inbreuk op de informationele privacy ('Informationele privacy als heilige koe?', *Informatierecht/AMI* 1993-2, p. 23-25). Dat kan niet schuilen in het verwerken van persoonsgegevens. Hoewel informationele privacywetgeving nu juist daarop in het bijzonder is gericht, kunnen die handelingen op geen enkele manier als onrecht worden beschouwd, tenzij men – wat hooguit een enkeling doet – verdedigt dat de betrokkene eigenaar is van zijn persoonsgegevens. Ik verdedigde daarom dat beheersing van betrokkenes persoonsgegevens niet een zelfstandige waarde kan zijn, maar alleen een middel om het individu de gelegenheid te geven beslissingen die hem of haar in rechtens beschermde vrijheden raken, aan te vechten. Daaruit volgt dat informationele privacywetgeving in hoofdzaak gericht moet zijn op het stellen van eisen aan beslissingen die op basis van verwerking van persoonsgegevens worden genomen. Nu gaat het in hoofdzaak om controle op het verwerkingsproces. Daardoor ontstaat enerzijds een beschermingsoverschot: aan onschuldige verwerkingen worden eisen gesteld waar men zich in de praktijk niet aan houdt; anderzijds ontstaat een tekort aan bescherming: wanneer aan de verwerkingsregels is voldaan, is er geen ruimte om te onderzoeken of de beslissing die op basis van die verwerking is genomen, wel recht doet aan de betrokkene. Blok laat in zijn mooie onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' zien dat een op concrete problemen gericht systeem, zoals het Amerikaanse, in veel opzichten beter presteert dan de algemene regeling van verwerking van persoonsgegevens zoals wij die in Europa kennen (Peter Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002). Hij pleit ervoor wetgeving toe te spitsen op verwerkingen waarbij overheidsingrijpen werkelijk noodzakelijk is. Dat is mijns inziens het geval in situaties zoals hiervoor aangeduid, waarin op basis van de verwerking van persoonsgegevens beslissingen worden genomen die het individu in rechtens beschermde vrijheden raken. Ik noem dat voor het gemak geclausuleerde gegevensbescherming in tegenstelling tot autonome gegevensbescherming.

Het Hof stelt dat beperkingen op de bekendmaking hadden moeten worden overwogen die een aantal betrokken begunstigen zouden behoeden voor een inmenging in hun privéleven (zie punt 83, hiervoor geciteerd in par. 3 op p. 41). Het gaat er dus van uit dat de vrijheid die hier rechtens beschermd had moeten worden die van de bescherming van het privéleven is en niet de bescherming van persoonsgegevens als zodanig. In punt 81 wordt dat wel gezegd, maar als het er echt om gaat, is die grond weer verdwenen. Dat volgt ook uit het al eerder vermelde kader op grond waarvan het Hof beslist: dat is immers artikel 7 (bescherming van het privéleven) en niet artikel 8 (gegevensbescherming). Blok laat in zijn analyse van de Nederlandse en Amerikaanse rechtspraak zien waar het bij de bescherming van het privéleven om gaat: om de onschendbaarheid van de woning, het intieme leven, de vertrouwelijke communicatie en de lichamelijke integriteit (zie zijn conclusie op p. 319). Die aspecten van het privéleven worden als gevolg van de toets van artikel 8 EVRM beschermd tegen willekeurige aantasting. Wanneer willekeurige aantasting van het privéleven de grondslag is, is er mijns inziens nauwelijks reden om bekendmaking van aan natuurlijke personen verleende subsidies tegen te houden. Naar het oordeel van het Hof behoort informatie over subsidies die een aanzienlijk deel van de inkomsten van betrokkenen uitmaken, echter tot het privéleven. Daar kan men zich wat bij voorstellen voor een groot aantal EU-lidstaten – maar niet voor alle. Men zie de uitspraak HvJ EG 16 december 2008, nr. C-73/07 (*Markkinapörssi/Finse autoriteit voor de gegevensbescherming*). Daarin gaat het om een rechtsstelsel waarin openbaarheid van inkomensgegevens de regel is. De uitspraak van het Hof dient dus restrictief uitgelegd te worden. De eisen die het Hof stelt aan de publicatie van nominatieve gegevens (tijdvakken waarin steun is ontvangen, de frequentie van de steun, of het type en de omvang van die steun evenals relevante toelichtingen betreffende de andere natuurlijke personen die uit die fondsen steun ontvangen en de door hen ontvangen bedragen) moeten worden gezien als beperkingen op het publiceren van subsidies aan natuurlijke personen die een aanzienlijk deel van hun inkomen bedragen. Zij zouden erop neer kunnen komen dat er een maximumgrens moet worden gesteld waarboven bijvoorbeeld de mogelijkheid van bezwaar tegen publicatie wordt gegeven. Mij lijkt dat een prima uitspraak, omdat het dan ergens over gaat, dat wil zeggen het gaat over geclausuleerde gegevensbescherming, gegevensbescherming die een duidelijke grondslag heeft in de bescherming van het privéleven. Datzelfde zou het geval zijn met een grondslag die zijn aanknopingspunt vindt in de beslissingen die op basis van verwerking van persoonsgegevens worden genomen.

Het Hof legt als gezegd een nauw verband tussen de bescherming van het privéleven en gegevensbescherming. Wij raken hier aan de verwarrende koppeling tussen bescherming van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens. Soms kunnen die twee gebieden samenvallen, zoals bij de bescherming van gevoelige of

bijzondere gegevens, of zoals hier bij de bescherming van bepaalde inkomensgegevens. Maar dat is lang niet altijd het geval. De verwerking van persoonsgegevens door commerciële bedrijven kan zijn kwalijke kanten hebben, maar die verwerking gelijkstellen met inbreuken op het privéleven doet de bescherming van dat privéleven in ernstige mate verwateren. Het rapport van de Staatscommissie Grondwetsherziening van november 2010 verbreekt de koppeling tussen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van persoonsgegevens. Een zodanige scheiding is ook al eerder door Blok verdedigd (a.w., p. 128-135). Zo'n scheiding correspondeert tevens met het EU-Handvest dat naast artikel 7 dat het privéleven beschermt, artikel 8 kent waarin de gegevensbescherming zelfstandig is uitgewerkt.

Dat noopt tot een analyse van de vraag hoe vanuit de (autonome) gegevensbescherming moet worden omgegaan met de actieve onlinebekendmaking van subsidiegegevens. Daar heeft het CBP Richtsnoeren voor (CBP Richtsnoeren Publicatie van persoonsgegevens op internet, december 2007). Volgens die richtsnoeren mag de verantwoordelijke in dit geval geen persoonsgegevens op internet publiceren zonder rechtvaardigingsgrond uit artikel 8 Wbp. De rechtvaardigingsgrond die hier in aanmerking komt is uiteraard die van een wettelijke verplichting en daarmee is de cirkel weer rond: ingevolge de uitspraak van het Hof dient een dergelijke wettelijke verplichting te beantwoorden aan het evenredigheidsbeginsel dat immers zowel geldt voor de bescherming van het privéleven als voor de gegevensbescherming. Het gaat daarbij dan niet meer om de bescherming van het privéleven, maar om een autonome gegevensbescherming. Op privacy en reputatie gestoelde argumenten tegen bekendmaking tellen daarbij niet meer mee. De beoordeling van argumenten als zou betrokkene negatieve beeldvorming rond zijn bedrijf te duchten hebben, zijn niet relevant. Het enige wat resteert is (uiteraard naast de toepasselijkheid van begrippen als 'persoonsgegeven' en 'verwerking') de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Dat beginsel is bepaald niet marginaal. Het geeft de (Europese) rechter een zeer ruime bevoegdheid om het werk van de wetgever over te doen. De Nederlandse bestuursrechter zou mijns inziens flink in zijn maag zitten met een dergelijke volledige formele toetsing.

Men zou tot slot ten minste de eis moeten stellen dat de rechter dan wel duidelijk aangeeft hoe het dan precies moet. Ik kan niet zo veel met deze resultaten van de evenredigheidstoets. Wat is het idee achter de relevante toelichtingen betreffende de andere natuurlijke personen die geld uit het fonds ontvangen? En wat is het idee achter de genoemde beperkingen (tijdvakken, frequentie, type, omvang)? Het Hof rept in ieder geval niet van een opt-out-voorziening. Die hoeft in het bestaande systeem ook niet te worden geboden. De vraag of er gepubliceerd wordt, blijft dus het exclusieve domein van het betrokken bestuursorgaan. De vraag wat gepubliceerd wordt, zou wellicht in procedureel overleg met organisaties van betrokkenen kunnen worden beantwoord.