

Gepubliceerd artikel. Deze versie is uitsluitend voor academisch gebruik
Steeds naar de gepubliceerde versie verwijzen aub :

GUTWIRTH, S., 'De toepassing van het finaliteitsbeginsel van de Privacywet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens' [The application of the purpose specification principle in the Belgian data protection act of 8 December 1992], *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 4/1993, 1409-1477.

De toepassing van het finaliteitsbeginsel van de Privacywet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens

Inhoud

Plan en opzet (rn. 1)

I. De inworteling en doelstellingen van de Privacywet. De vrijheid van de privacy, belangenafweging en proportionaliteit (rn. 2-16)

II. De toepassing van het finaliteitsbeginsel van de Privacywet

- a. Het finaliteitsbeginsel (rn. 17-18)
- b. Wettige finaliteiten (rn. 19-21)
- c. Conforme gegevens (rn. 22-23)
- d. Onverenigbaar gebruik. (rn. 24-25)
- e. De finaliteitsafbakeningen (rn. 26-35)
- f. De Commissie en de aangiften (rn. 36-37)

Plan en opzet

1. Voorliggende bijdrage bevat twee delen.

In het eerste deel wordt ingegaan op de context, de aanleidingen en de doelstellingen van de Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (verder: de Privacywet)¹. Daarbij wordt aandacht besteed aan de grondslagentheoretische adstructie van het recht op eerbied van de persoonlijke levenssfeer, alsmede aan zijn inworteling in de Europese mensenrechtelijke rechtsorde. Deze theoretische uitweidingen zijn relevant daar zij het mogelijk maken de *grondtoon* van de Privacywet te duiden, uiteraard met verwijzing naar de op het spel staande belangen en hun onderlinge verhoudingen. Vooral wordt betracht in abstracto aan te stippen met welk gewicht het fundamenteel recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het belang van de houder van persoonsgegevensverwerkingen respectievelijk in de weegschaal kunnen geworpen worden. Hieruit zal snel blijken op welke algemene principes de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (verder: de Commissie) zich bij de uitoefening van haar opdrachten zal kunnen steunen, wat vanzelfsprekend repercussies heeft op het vlak van de evaluatie van de naleving van het centrale beginsel van de wet: het finaliteitsbeginsel.

¹ Privacywet. Wet tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, B.S., 18 maart 1993, 5801 et seq.

Op dat laatste wordt in het tweede deel, voortbouwend op het werk van Yves Pouillet en Thierry Léonard², uitgebreider en concreter ingegaan. De verschillende concrete aspecten van het finaliteitsbeginsel worden in het licht geplaatst van de fundamentele doelstellingen van de wet. Daarbij rechtstreeks aansluitend staan ook de bevoegdheden en prerogatieven van de Commissie in het middelpunt van de belangstelling.

I. De inworteling en doelstellingen van de Privacywet. De vrijheid van de privacy, belangenafweging en proportionaliteit

2. Art. 2 Privacywet bepaalt dat iedere natuurlijke persoon bij de verwerking van persoonsgegevens die op hem betrekking hebben, recht heeft op de eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Deze bepaling plaatst de Privacywet ondubbelzinnig en onlosmakelijk in het verlengde van de grondslagen van de democratische rechtsorde en van de fundamentele rechten en vrijheden van de mens, inzonderheid het recht op eerbiediging van het privé-leven³. De wet zelf strekt tot de verzekering van de privacy⁴ wanneer persoonsgegevens verwerkt⁵ worden.

3. De Privacywet sluit tevens rechtstreeks aan bij art. 8 E.V.R.M.⁶ dat het recht op eerbied voor het privé-leven in de door het Verdrag geboetseerde Europese

² POULLET, Y. & LEONARD, Th., "Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives" in RIGAUX, F., La vie privée. Une liberté parmi les autres 2, Travaux de la faculté de droit de Namur/ Larcier, Namur/Bruxelles, 1992, 231-277.

³ In de parlementaire voorbereiding worden zeer dikwijls termen en begrippen gebezigd als "grondrecht" of "fundamenteel recht". Zie o.a. en b.v. Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door Mevr. Merckx-Van Goey, Gedr. St., Kamer, B.Z., 1991-92, 413/12, 3, 9-10 (Verder : Verslag Merckx-Van Goey).

⁴ Over deze term en zijn inhoudelijke lading bestaan er heel wat meningsverschillen, die steeds verband houden met de voorgestane onderliggende juridische conceptie van de problematiek van de privacy. Een beknopt overzicht van de discussie is te vinden in GUTWIRTH, S., Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht, Brussel/Antwerpen-Apeldoorn, VUBPress/MAKLU, 1993, 622-637.

⁵ Overeenkomstig de Privacywet moet onder 'verwerking' worden verstaan zowel de 'geautomatiseerde verwerking' als het 'houden van een manueel bestand' (art. 1, par. 1). Daarbij wordt het 'houden van een manueel bestand' gedefinieerd als de registratie, de bewaring, de wijziging, de uitwissing, de raadpleging of de verspreiding van persoonsgegevens in de vorm van een bestand op een niet-geautomatiseerde drager (art. 1, par. 4) en verwijst de 'geautomatiseerde verwerking' naar elk geheel van bewerkingen, m.n. de registratie, de bewaring, de wijziging, de uitwissing, de raadpleging of de verspreiding van persoonsgegevens, die geheel of zelfs slechts gedeeltelijk langs geautomatiseerde weg zijn uitgevoerd (art. 1, par. 3). Voor een verdere uitdieping van de betekenis en draagwijdte van deze termen, alsook van de andere rechtspositieve aspecten van de wet, kan de lezer terecht in: BAETEMAN, G. & VAN VLASSELAER, M.-J., De bescherming van het privé-leven ten aanzien van de gegevensverwerking, Antwerpen, Kluwer, 1993, 169 p.; BOULANGER, M.-H., DE TERWANGNE, C. & LEONARD, T., "La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992", J.T., 1993, 369-388; CENTRUM VOOR INTERNATIONAAL STRAFRECHT, "De Belgische Privacy-wetgeving, een eerste analyse", R.W., 1992-93, 1145-1154; DE HERT, P. & GUTWIRTH, S., "Controletechnieken op de werkplaats (deel 2): een herbeschouwing in het licht van het 'persoonsgegevensbeschermingsrecht'", Or., 1993/5, 125-147 (vooral op 133 et seq.); DUMORTIER, J., "Privacybescherming en gegevensverwerking. Aantekeningen bij de Wet tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer t.o.v. de verwerking van persoonsgegevens", VL. J., eerste kwartaal 1993, 4-14 en DUMORTIER, J. & CLAES, P., 'Privacy-bescherming en gegevensverwerking bij het personeelsbeleid', Or., 1993/1, 9-13. Voor een systematische bundeling van de parlementaire voorbereiding van de Privacywet zie DUMORTIER, J., Wet tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Wet en parlementaire voorbereiding, Gent, Mys & Breesch, 1993, 167 p.

⁶ De Privacywet werd tijdens de parlementaire voorbereiding herhaaldelijk expliciet in het licht geplaatst van art. 8 E.V.R.M.; zie o.a. Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (6 mei 1991), Gedr. St., Kamer, 1990-91, 1610/1, 6; Verslag Merckx-Van Goey, 3, 9-10, 101; Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Vandenbergh, Gedr. St., Senaat, 1991-1992 (B.Z.), 445/2, 33-34 (verder : Verslag Vandenbergh).

Art. 8 E.V.R.M. stipuleert: "1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling; 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan m.b.t. de uitoefening van dit recht dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van rechten en vrijheden van anderen". Art. 8 E.V.R.M. overschaduwet een

mensenrechtelijke rechtsorde invoerde. Het E.V.R.M. heeft directe werking⁷; zijn *self-executive* bepalingen kunnen door de burgers worden ingeroepen voor de nationale rechter en dienen door deze laatste ambtshalve te worden opgeworpen. Bovendien behoort het E.V.R.M. tot de "Europese openbare orde"⁸, waardoor het de voorkeur verdient boven ermee strijdige interne wetgeving⁹.

Aldus heeft ook art. 8 E.V.R.M. directe werking in het Belgische recht; het is er van openbare orde en primeert op ermee strijdige wetgeving¹⁰. Dit maakt van het recht op eerbied van de privacy één van de fundamentele rechten en vrijheden van de mens "die in een gegeven rechtsorde zo belangrijk worden geacht, dat zij omschreven werden in de juridische instrumenten die de hoogste rang bekleden in de hiërarchie der normen"¹¹. Deze grondrechten belichamen de essentiële waarden van de Westerse beschaving¹². Als dusdanig functioneren zij in alle maatschappelijke interacties, d.w.z. zowel in publiekrechtelijke als privaatrechtelijke verhoudingen. Dat geldt in het bijzonder voor de privacy¹³.

Wat voorafgaat impliceert dat het al dan niet elektronisch verwerken van persoonsgegevens van meet af aan in de actieradius van art. 8 E.V.R.M. viel, valt en blijft vallen. Het vergaren, opslaan en verwerken van informatie over de individuen behoort ongetwijfeld tot het domein van de privacy. Dat werd reeds vóór de Privacywet, zowel door de Europese¹⁴ als door de Belgische rechtspraak¹⁵ duidelijk gesteld. Zo lijkt

aantal gelijkaardige bovenationale bepalingen zoals art. 12 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en art. 17 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, alleszins wat betreft de Europese rechtsorde.

⁷ Zie o.a. in GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., "La garantie des droits de l'homme et la cour européenne de Strasbourg", *J.T.*, 1982, 105-106 en RIGAUX, F., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, Travaux de la faculté de droit de Namur/ Larcier, Namur/Bruxelles, 1992, rn. 41, 38-39

⁸ Zie o.a. in GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., "L'ordre public et les droits de l'homme", *J.T.*, 1968, 663 en VELU, J., *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Brussel, Swinnen - Prolegomena, 1982, 30.

⁹ Het Hof van cassatie besliste in een opgemerkt en nagevolgd arrest dat de Belgische rechtsinstanties de interne rechtsnormen, zelfs die van openbare orde, slechts kunnen toepassen, indien zij conform zijn aan de bepalingen van internationale verdragen die in België directe werking hebben, Cass., 27 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, 886-920, met conclusie GANSHOF VAN DER MEERSCH. Zie VELU, J. & ERGEC, R., *La convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1990, o.c., 84.

¹⁰ VELU, J. & ERGEC, R., o.c., 531-532. Dit betekent dat men zich op het artikel kan beroepen om schendingen van de privacy te doen stopzetten of er schadevergoeding voor te bekomen. Over de sancties bij schending van art. 8 E.V.R.M. in het Belgische recht zie o.a. in OVERSTEYNS, B., "Het recht op eerbiediging van het privé-leven", *R.W.*, 1988-89, 496-498.

¹¹ RIMANQUE, K. & PEETERS, P., "De toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen private personen" in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, RIMANQUE, K. (Ed.), Antwerpen, Kluwer, 1982, 5.

¹² RIMANQUE, K., "Nationale bescherming van grondrechten", *T.B.P.*, 1981, 33.

¹³ Op de controverse omtrent de zogenaamde *Drittwirkung*, derdenwerking of privaatrechtelijke werking van grondrechten wordt niet ingegaan. Enkel wordt vastgesteld dat het recht op het privé-leven moet eerbiedigd worden zowel door de overheid als door andere particuliere maatschappelijke actoren. Tot dezelfde conclusie, zij het op andere gronden gesteund, komen talrijke auteurs, zoals o.a. DE MEYER, J., "Preadvies. Het recht op eerbiediging van het privéleven, van de woning en van mededelingen in de betrekkingen tussen particulieren en de verplichtingen die daaruit voortvloeien voor de staten die partij zijn bij het verdrag" in *Privacy en rechten van de mens*, Leuven, ACCO, 1974, 251-271; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., "Rede bij openingsvergadering" in *Privacy en rechten van de mens*, Leuven, ACCO, 1974, 6; HUMBLET, P., "Schipper naast God: enkele bedenkingen bij het bevelrecht van de werkgever", *Soc. Kron.*, 1991, 1, 5; RAUWS, W. & SCHYVENS, H., "De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding" in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, RIMANQUE, K. (Ed.), Antwerpen, Kluwer, 1982, 180-183; RIGAUX, F., "Protection de la vie privée: questions d'actualité", *Ann. Dr.*, 1984/1-2 (Themanummer: Protection de la vie privée), 6; RIGAUX, F., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, o.c., rn. 48 en 134; RIMANQUE, K., "De gelding van de fundamentele rechten en vrijheden in de betrekkingen tussen privé personen naar Belgisch recht, met enkele algemene besluiten" in *Privacy en rechten van de mens*, Leuven, ACCO, 1974, 283 (Rimanque noemt de negatie van de gelding van de fundamentele rechten en vrijheden in particuliere verhoudingen "een *contradictio in terminis*, een *anomalie*"); VELU, J., o.c., 31-32; VELU, J. & ERGEC, R., o.c., 74-78, 534-535 (met de aldaar aangehaalde rechtspraak en rechtsleer).

¹⁴ Cf. Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 26 maart 1987, affaire Leander (10/1985/96/144), *Arrêt*, Straatsburg, Raad van Europa; Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 7 juli 1989, affaire Gaskin (2/1988/146/200), *Arrêt*, Straatsburg, Raad van Europa, 20 p. Zie VAN DIJK, P. & VAN HOOFF, G., *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1990³, 409 et seq. en VELU, J. & ERGEC, R., o.c., 546-547. Tevens GUTWIRTH, S., o.c., 663-667.

¹⁵ Zie Rb. Luik, 11 maart 1987, *Dr. Inform.*, 1988/1, 45-46, noot POULLET, Y.; *Computerr.*, 1988/2, 94-97 en *D.C.C.R.*, 1988-89, 65-66, noot POULLET, Y.; Luik, 5 juni 1991, *J.T.*, 1992, 36-38 en *Computerr.*, 1992/4, 160-162; Vred. Namen, 13 januari

een jurisprudentiële opvang van de specifieke problemen van de automatische verwerking van persoonsgegevens doenbaarder geweest te zijn, dan doorgaans wordt voorgesteld. Op deze wijze zou het trouwens nog mogelijk geweest zijn te komen tot een casuïstische problematisering van de opslag zelf van persoonsgegevens. Immers, het grondrecht *bestaat*, en dat is heel wat minder zeker wat betreft het recht om verzamelingen van gegevens over individuen (en/of groepen) aan te leggen, door te spelen, te verhandelen, ter beschikking, te stellen e.d.m. In het kader van de rechtsorde ingesteld door het E.V.R.M. konden en kunnen dan ook vragen rijzen m.b.t. het wettig karakter van die handelingen alsook m.b.t. de hiërarchische verhouding tussen het grondrecht en de bevoegdheid van de houder van verwerkingen.

Omdat het E.V.R.M. doorweegt, blijft de laatste vraag *mutatis mutandis* van belang voor de Privacywet. Dat zal overigens blijken bij de toepassing van het finaliteitsbeginsel omdat de Commissie en de rechter ter zake steeds geconfronteerd zullen worden met de conflictuele rechten en belangen enerzijds van de houder van de persoonsgegevensverwerking en anderzijds van de betrokkene. Daarbij zal het cruciaal zijn om de balans te iken, waarmee de genoemde rechten en belangen zullen afgewogen worden. De vaststelling van een hiërarchische verhouding hiertussen kan die ijkning natuurlijk terdege beïnvloeden.

4. De inworteling van de Privacywet in de Europese mensenrechtelijke rechtsorde mag tevens blijken uit het streven van de wet om het België (eindelijk) mogelijk te maken het in de schoot van de Raad van Europa onderhandelde Verdrag nr. 108 tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens te ratificeren (verder: Verdrag 108)¹⁶. Dit verdrag sluit inderdaad rechtstreeks aan bij art. 8 (privacy) en art. 10 E.V.R.M. (vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van informatie of -communicatie). In de eerste plaats heeft het tot doel de privacy te waarborgen van elke natuurlijke persoon die zich op het grondgebied van een toetredende staat bevindt tegenover de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens hem betreffende en dat geschiedt aan de hand van de basisprincipes van gegevensbescherming (art 4 et seq. Verdrag 108). In de tweede plaats echter beoogt het Verdrag 108 het vrij verkeer van persoonsgegevens te verzekeren in de ruimte geschapen door de toetredende Staten, waarbij deze doelstelling wordt geplaatst in het verlengde van art. 10 E.V.R.M.¹⁷.

Illustratief voor deze dubbele taakstelling is wel dat de twee eerste consideransen van de preambule van het Verdrag 108 het streefdoel vertolken de individuele privacy te beschermen, terwijl de twee volgende overwegingen de nadruk leggen op de verzoening van het genoemde beginsel met een ongehinderd grensoverschrijdend vrij verkeer van

1987, *Computerr.*, 1988/2, 91-93, noot POULLET, Y. en *Dr. Inform.*, 1987/3, 181-183, noot POULLET, Y. Over deze rechtspraak zie ook BUYLE, J., LANOYE, L. & WILLEMS, A., "L'informatique. Chronique de jurisprudence (1976-1986)", *J.T.*, 1988, 114.

¹⁶ Verdrag nr. 108. Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data, Council of Europe, January 28, 1981, *European Treaty Series*, nr. 108; *International Legal Materials*, 1981, I, 422; Verdrag tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (vertaling), 28 januari 1981, *Gedr. St.*, Kamer, 1990-91, 1312/1, 32-41. Tevens brengt de Wet van 8 december het Belgische recht in overeenstemming met de door de Belgische regering onderschreven O.E.S.O.-Richtlijnen; OECD-Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Data Flows of Personal Data, 23 september 1980 in *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Data Flows of Personal Data*, Paris, OECD, 1980, 9-12; *International Legal Materials*, 1981, I, 317.

¹⁷ Cf. RIGAUX, F., "La protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel", *Ann. Dr. Louv.*, 1/1993, nr. 9, 56.

persoonsgegevens. Zo wordt in de laatste considerans erkend "dat het noodzakelijk is om de fundamentele waarde van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en die van het vrije verkeer van informatie tussen de volkeren met elkaar in overeenstemming te brengen".

Daarmee wordt overigens geponeerd dat het "vrije verkeer van informatie tussen volkeren" de technologische weerspiegeling is van de vrijheid van meningsuiting in een geautomatiseerde omgeving¹⁸. Maar het verband tussen elektronische stromen van persoonlijke gegevens en de vrijheid van meningsuiting van de burgers of het vrij verkeer van informatie tussen volkeren is niet bijzonder duidelijk, laat staan overtuigend. Terecht plaatst Rigaux een aantal vraagtekens: "compte tenu du caractère très concentré et sophistiqué du pouvoir informatique, il est douteux que le flux transfrontière de données personnelles ayant subi un traitement automatisé serve l'information entre les peuples"¹⁹. Dat de claim voor een vrij elektronisch en internationaal persoonsgegevensverkeer nauw verweven is met de communicatievrijheid of vrijheid van meningsuiting, zoals bedoeld in art. 10 E.V.R.M., blijft dus nog te bewijzen. Alleszins is zo'n claim, naast de vertolking die zij kan zijn van een bezorgdheid voor de vrijheid van meningsuiting, tevens in belangrijke mate ingeworteld in economische rechten, ambities en belangen²⁰ die niet behoren tot de door het E.V.R.M. geregelde (en beschermde) materies²¹, uitzondering gemaakt voor het recht op het ongestoord eigendomsgenot²². De vraagstelling is van belang voor de toepassing van de Privacywet omdat de aanwezigheid van een hiërarchische verhouding tussen de op het spel staande normen en rechten een argument zal zijn in het beslissingsproces van de Commissie en de rechter.

5. De opzet, de gronden en meteen ook de toepassing van de Privacywet moeten tevens geplaatst worden tegen de achtergrond van een conceptie van de persoonlijke levenssfeer die deze rechtstreeks doet aansluiten bij de individuele vrijheid van de burger in de democratische rechtsstaat (cf. Rigaux en Poulet)²³. Eerder dan gericht te zijn op één of ander absoluut, onvervreemdbaar en onschendbaar recht op bepaalde

¹⁸ EARLY, L., "Securing equivalent protection among nations in the context of transborder data flows: a possible role for contract law", Dr. Inform., 1990/4, 11.

¹⁹ RIGAUX, F., "Le régime des données informatisées en droit international privé", Journal du droit international, 1986, 318.

²⁰ Wat betreft de O.E.S.O.-Richtlijnen is de bedenking evenwel nog toepasselijker. De hoofdbekommernis van de O.E.S.O. inzake persoonsgegevens is immers in de eerste plaats van *economische* aard. De concrete en algemene doelstellingen van de organisatie liggen niet op het vlak van de realisatie van de rechten van de mens, doch bij de promotie van beleid dat bijdraagt tot de economische groei, de levensstandaard, de wereldhandel, enz. Inzake persoonsgegevens ligt het hoofddoel bijgevolg in de wegwerking van hinderpalen voor hun onbelemmerde en "gedereguleerde" internationale circulatie. Wat ten alle koste moet vermeden worden is staatsinterventie in de gegevensstromen. De bekommernis om de privacy van de individuen wijkt in de O.E.S.O.-initiatieven aldus begrijpelijkerwijs voor de belangen van grote economische actoren waarvoor de snelle en ongehinderde stromen van persoonsgegevens in dubbel opzicht renderend zijn. Eensdeels laten deze stromen in bepaalde sectoren (banken, krediet, verzekeringen, ...) toe om goede inzichten te krijgen bij de beoordeling van individuele gevallen en globale situaties, waardoor zij belangrijke en onmisbare instrumenten van marktbeheersing vormen. Anderdeels maakt de mobiliteit van de persoonsgegevens deze tot een marktgoed dat verkocht of ter beschikking kan gesteld worden van anderen. Cf. RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Brussel/Parijs, Bruylant/L.G.D.J., 1990, 584.

²¹ Cf. RIGAUX, F., "Introduction générale", Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, nr. 13, 1 janvier 1993, Numéro spécial : La Liberté d'expression, son étendue et ses limites, 6.

²² Zie Protocol nr. 1 bij het E.V.R.M.

²³ Deze opvatting wordt gestaafd en gehuldigd o.m. in POULLET, Y., "Le fondement du droit à la protection des données nominatives : 'propriétés ou libertés'" in Nouvelles technologies et propriétés, MACKAAY, E. (Ed.), LITEC, 1991, 175-203; POULLET, Y. & LEONARD, Th., l.c., 231-277; RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, o.c.; RIGAUX, F., "La liberté de la vie privée", Revue Internationale de droit comparé, 1991, 539-563 en RIGAUX, F., La vie privée. Une liberté parmi les autres ?, o.c., 317 p. Men leze ook GUTWIRTH, S., o.c., 611 et seq.

persoonlijkeheidsattributen, wijst "privacy" in de richting van de zelfbeschikkings- en zelfbepalingsvrijheid van de individuen, alsook van de essentiële autonomie waarmee zij relaties aangaan, voortzetten en doen ophouden. Zo werd het begrip privé-leven door Krings omschreven als een concept met variabele inhoud dat raakt aan het geheel der aspecten van het leven der individuen die verband houden met de individuele vrijheid²⁴. Het gaat wel degelijk om de *vrijheid* van openlijke autodeterminatie, of nog, om een werkelijke zelfbestemmingsvrijheid²⁵.

Het privacy-begrip kan bijgevolg niet gezien worden als iets dat aan elk individu op eenduidige wijze wordt toegemeten (een ommuurde zone, bijvoorbeeld). Eenieders privacy is immers getekend door een uniek levensproject. Veeleer dan een absolute, onvervreemdbare en quasi-sacrale heerschappij op "het zichzelf" te belichamen²⁶, ontplooit de privacy zich dan ook als de basisvoorwaarde opdat eenieder zijn persoonlijkheid in het sociaal verkeer in volle vrijheid zou kunnen spelen of inzetten. Als dusdanig ligt de pluraliteit van de samenleving te berde.

Er bestaat aldus geen definieerbare, noch ontologische "private sfeer" rond het individu welke beschermd zou worden door een absoluut en onvervreemdbaar recht. He recht behoort zich trouwens niet in die sfeer te begeven. De schendingen van de privacy zijn geen aantastingen van een "autistisch" subjectief recht, maar van de vrijheid van het individu om relaties met anderen te beleven zoals het wenst. De persoonlijkheidsattributen betreden het terrein van het recht dan ook uitsluitend nadat een individu zijn vrijheid exterioriseert en daarmee in conflict komt met een derde of de overheid op een wijze die de vrij aangegane (extra-juridische) relaties omvormt tot rechtsbetrekkingen²⁷. De rechter zal alsdan aan belangenafweging moeten doen respectievelijk in het licht van het conflict tussen vrijheden onderling en het conflict tussen een vrijheid en het algemeen belang²⁸.

Zo'n aan de vrijheid gekoppeld privacybegrip kan de dynamische, evolutieve en conflictuele componenten van het maatschappelijk leven accurater bevatten. Het relationeel aspect van de vrijheid van het privé-leven strookt inderdaad beter met de werkelijkheid van de problemen die tenslotte steeds rijzen wanneer vrijheden onderling botsen, of wanneer de uitoefening van een vrijheid haaks staat op het algemeen belang (of vice versa). Het zal dan ook niet verwonderen dat het begrip van de persoonlijke levenssfeer als een vrijheid ook in het licht van de toepassing van de Privacywet tot

²⁴ "Certes on peut approximativement définir le concept de vie privée, en ce sens qu'il touche à l'ensemble des manifestations de la vie de l'individu qui relèvent de l'exercice de la liberté individuelle"; KRINGS, E., "Allocution de clôture", Ann. Dr., 1984/1-2 (Themanummer: Protection de la vie privée), 428 (eigen cursivering).

²⁵ RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, o.c., 759 en RIGAUX, F., La vie privée. Une liberté parmi les autres ?, o.c., rn. 7, 5.

²⁶ De rechten bedoeld door de generieke term "privacy", worden dikwijls geacht absolute extra-patrimoniale subjectieve rechten te zijn (in het midden gelaten de vraag of het grondrechten met rechtstreekse derdenwerking zijn dan wel burgerrechtelijke persoonlijkheidsrechten). Deze opvatting is voor systematische en terechte kritiek vatbaar (cf. RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, o.c., 713 et seq. daarin gevolgd door POULLET, Y., "Le fondement du droit à la protection des données nominatives", L.c. en GUTWIRTH, S., o.c., 647-656). Of om het met Rigaux te stellen: "Ainsi, (a) la notion de droits civils non patrimoniaux est le fruit d'une confusion entre un droit et une liberté; (b) les biens de la personnalité sont dans le commerce, avec des restrictions qui y sont propres, mais qui n'excèdent pas celles que le droit commun assigne à la liberté contractuelle en d'autres matières; (c) les normes protégeant la vie privée ne confèrent pas un droit subjectif non patrimonial", RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, o.c., 758.

²⁷ "Le seul problème qui se pose à la société civile est de concilier les conflits d'intérêts qui vont surgir au moment où l'exercice par le sujet des attributs de sa liberté institue une relation juridique, c'est-à-dire dès qu'il accomplit un acte matériel qui le met en relation avec autrui et qui menace par conséquent la liberté d'autres sujets"; RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, o.c., 768-770. Tevens: RIGAUX, F., La vie privée. Une liberté parmi les autres ?, o.c., rn. 20, 19-20, rn. 134, 136

²⁸ Ibid., rn. 134, 136 en op p. 118, rn. 115.

meer gepaste voorstellingen zal leiden. Dat is des te meer het geval daar het automatisch verwerken van persoonsgegevens een dynamisch, interactief en veranderlijk fenomeen is dat onlosmakelijk verband houdt met de beslissings- en gedragsvrijheid van de betrokkenen in de samenleving. Duurzame en absolute criteria m.b.t. de bestemming of het gebruik van persoonsgegevens zijn uit den boze: zelfs op de meest gevoelige gegevens - waarvan de verwerking als een aanslag wordt ervaren - kan geen éénduidig en absoluut verwerkingsverbod gelegd worden²⁹. Steeds zal moeten gekeken worden naar de context, naar de concurrerende vrijheden en naar het algemeen belang³⁰. Vandaar dat de Privacywet het verwerken van persoonsgegevens in principe toelaat, maar koppelt aan (strikt op te vatten) voorwaarden.

De vrijheidsinvalhoek strookt aldus met de idee van een pluralistische samenleving, omdat in het midden wordt gelaten wat een individu *in abstracto* mag en niet mag, of zelfs is, of behoort te zijn. Tevens bijt het vrijheidsbegrip zich vast in de werkelijkheid van het probleem, m.n. in de *conflicten* tussen vrijheden onderling of tussen vrijheid en algemeen belang, en niet in de "essentie" of "waarheid" van de privacy. Het komt er bijgevolg op aan de bemiddeling van bepaalde handelingen te regelen die op schrijnende wijze lijken haaks te staan op de vrijheid van de individuen omdat die b.v. hun gedragsalternatieven beperken of hun keuzen beïnvloeden. Het bijhouden en verwerken van informatie over de individuen vormt daarvan een goed voorbeeld. Daarom moeten het Verdrag 108 en de *data-protection* wetten in de eerste plaats bekeken worden als ingrepen die strekken tot de veiligstelling van het privé-leven t.o.v. die maatschappelijke, economische of organisatorische praktijken die het in het gedrang brengen. Zij beogen derhalve het herstel van een verstoord evenwicht *ten bate* van de vrijheid van de burgers.

6. Teneinde de plaats van de door het recht op privacy beschermde vrijheid goed te duiden, is een rechtstheoretische situering van de fundamentele vrijheden noodzakelijk. Zodoende wordt immers bijgedragen tot de vaststelling van de plaats van die vrijheid in de normenhierarchie en meteen tot de inschatting van haar gewicht in de belangenweegschaal.

In het "relationeel" rechtsdenken van de Verlichting heeft het recht, volgens Foqué en 't Hart³¹, als functie, binnen zijn concepten, bemiddelend op te treden tussen de verschillende maatschappelijke machten juist om nieuwe absolute machtsverhoudingen onmogelijk te maken. Alsdan vervangen horizontale bemiddelingen de verticale bevelen. De visie benadrukt de noodzaak om in het recht de articulatie te bewerkstelligen van een rechtsbeschermende functie, die een rem is op de

²⁹ Voor gevoelige gegevens (art. 6 Privacywet) geldt wél een (aan de globale huishouding van de wet tegengesteld) verwerkingsverbod. Maar dat laatste dient gerelativeerd te worden: door of krachtens wet kan de verwerking toegestaan worden.

³⁰ In deze zin POULLET, Y., "Le fondement du droit à la protection des données nominatives", *L.c.* en POULLET, Y. & LEONARD, Th., *L.c.*

³¹ Deze rechtstheoretische paragraaf is o.m. in gesteund op volgende bijdragen van Foqué en 't Hart. Zie o.a. FOQUE, R., "Erosie van het recht ?", *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1990/1, 7-18; FOQUE, R., *De ruimte van het recht*, Arnhem, Gouda/Quint, 1992, 44 p.; FOQUE, R. & 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1990, 501 p.; FOQUE, R. & 't HART, A.C., "Strafrecht en beleid: de instrumentaliteit van rechtsbescherming" in *Scherp toezicht. Van 'Boeventucht' tot 'Criminaliteit'*, FIJNAUT, C. & SPIERENBURG, P. (Ed.), Arnhem, Gouda Quint, 1990, 193-209; FOQUE, R. & 't HART, A.C., "Grondslagen ter discussie" in *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagendebat*; VAN ROERMUND, G.C.G.J. e.a. (red.), Arnhem, Gouda Quint, 1993, 381-419 en 't HART, A.C., *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Leerstoel Theodore Verhaegen 1989-1990 - Vrije Universiteit Brussel, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1991, 191 p. Zie hierover uitgebreid in GUTWIRTH, S., *o.c.*, 235 et seq.

ontsporingen van een centraliserende despotische macht, en een instrumentele functie, gericht op de schepping van de mogelijkheden voor een samenleving waarin individuele vrijheid verwezenlijkt kan worden. De verwevenheid van het instrumentele en het machtskritische aspect in het relationele rechtsbegrip impliceert dan ook dat het recht essentieel een bemiddelende functie heeft, die de verhouding tussen de machten steeds opnieuw herbepaalt in functie enerzijds van de vrijheid van de individuen en anderzijds van de sturing van het gemeenschappelijke project. Een duale structuur ruimt zodoende plaats voor een tripolaire waarin het recht modulerend optreedt tussen beide andere polen. Recht staat met zijn begrippenapparaat als dusdanig *buiten* die machtsverhoudingen, maar het geeft zichzelf inhoud tijdens de bemiddelende activiteit *tussen* die machten³².

Nu zijn alle intermenselijke relaties wel op de één of andere manier getekend door macht. Dat is zeker zo wanneer macht wordt omschreven als een verhouding tussen actoren waarin de ene het gedrag van de andere stuurt ofschoon die over de vrijheid beschikt om anders te handelen. Macht is dan ook een strategische situatie die leidt tot (de productie van) gedrag waartoe een individu niet spontaan zou komen. In het hart van de machtsverhoudingen, schuilt altijd weerstand of vrijheid³³. Machtsverhoudingen zijn dus nooit helemaal gegeven, en de spanning die zij belichamen blijft een inzet: zij zijn fragiel, multipel en omkeerbaar.

Het is tegen de verabsolutering van machtsverhoudingen dat een bemiddelende rechtsstructuur de samenleving en de burgers moet behoeden: het recht moet de genoemde spanningsverhouding blijven veronderstellen. De idee die recht ter mediëring plaatst tussen de polen van machtsverhoudingen blijft dan ook actueel zelfs wanneer macht steeds anoniemer wordt en functioneert door talrijke technisch-wetenschappelijk onderbouwde dispositieven en netwerken die bijdragen tot controle van individuen³⁴. Het recht moet bijgevolg de autonome plaats zijn waar machtsverhoudingen bespreekbaar en afweegbaar worden in het licht van het gemeenschappelijke project. Tegen deze achtergrond wordt de rechtssubjectiviteit, door Foqué en 't Hart, beschreven als de ondergrens van de maatschappelijke indringing of als een masker (*persona*) dat het individu door het recht krijgt aangereikt teneinde desgevallend de bemiddeling van zijn conflicten met de staat of met anderen op beschermde wijze te zien organiseren binnen de conceptuele grenzen van de fundamentele juridische begrippen. Gegeven een erkenning van het democratische rechtssysteem door het individu, zal dat laatste zijn hoedanigheid van rechtssubject

³² Recht is dus noch pure werkelijkheidsafbeelding, noch pure idealiteit, maar een aanhoudende bemiddeling tussen beide. Daarom moeten rechtsbegrippen, volgens Foqué en 't Hart, *contrafaktisch* zijn. In "contrafacticiteit" geldt het praefix "contra" niet alleen als "tegen" maar ook, en tegelijk, als "in onverbreekelijke en betekenisverlenende verhouding tot" (cf. contrapunt). Het contrafaktisch rechtsbegrip wijst derhalve op een dubbele binding van het recht: *tegen* de "feiten" (ermee niet samenvallend), doch tegelijk erdoor gepositioneerd. En dus in permanente staat van herdefiniëring en in gestage vorming.

Er weze hier onmiddellijk benadrukt dat de opvatting van de privacy als een vrijheid (Rigaux) als vanzelfsprekend aansluit bij het relationele rechtsbegrip (Foqué en 't Hart) waarin contrafaktische rechtsbegrippen nooit éénduidig samenvallen noch met het gemeenschappelijk maatschappelijk project, noch met het werkelijke, empirische of feitelijke gebeuren. Inderdaad, de dynamische vrijheidsopvatting over het privé-leven verzet zich tegen zijn absolute ("ontologische") duiding en beschouwt het slechts dan wanneer het tengevolge van de conflicten (ten opzichte van deze conflicten) in rechte moet afgewogen ("bemiddeld") worden.

³³ *Le pouvoir est une conduite des conduites; une action sur des actions*; FOUCAULT, M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, 318 p.; FOUCAULT, M., *Histoire de la sexualité 1. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, 211 p. en FOUCAULT, M., "Deux essais sur le sujet et le pouvoir" in DREYFUS, H. & RABINOW, P., *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, 1984, 297-321.

³⁴ Naast de werken van Foucault, zie ook DELEUZE, G., *Pourparlers. 1972-1990*, Paris, Minuit, 1990, 250 p. en COHEN, S., *Visions of social control. Crime punishment and classification*, Cambridge/Oxford, Polity/Basil Blackwell, 1985, 325 p.

opnemen wanneer het daartoe door conflicten en spanningen wordt genoodzaakt. Voor het overige is het autonoom en vrij.

De juridische erkenning van een werkelijke individuele autonomie is derhalve de erkenning van de weerstand die in elke machtsverhouding aanwezig is, of nog, van de spanning die er een wezenskenmerk van is. "De vrijheid van de privacy" is m.i. precies de term waarmee zulks kan geduid worden omdat zij bijdraagt tot de bescherming van de gedragsalternatieven die in de machtsverhouding wijken voor het geproduceerde gedrag. Het verband tussen de categorie van de rechtssubjectiviteit en de vrijheid is onlosmakelijk. Omgekeerd treft een miskenning van de rechtsbescherming geboden aan de fundamentele vrijheden het rechtssysteem in zijn geheel.

7. Deze korte rechtstheoretische schets plaatst de vrijheid van de privacy voorop als een fundament van de grondslagentheoretische elaboratie van de Westerse rechtsstaat³⁵. Deze laatste kan inderdaad niet gereconstrueerd worden, zonder dat uiteindelijk het autonoom over zichzelf beschikkend en zijn gedrag vrij bepalend individu wordt verondersteld. Het zal dan ook niet verwonderen dat het begrip van de privacy zich moet enten op de eerste generatie rechten van de mens, meer bepaald de individuele vrijheden³⁶. Meer nog kan de toegekende vrijheid van privacy beschouwd worden als één van de fundamentele waarden van de democratische rechtsstaat daar ze de limieten trekt van de inmenging van de staat en van de samenleving³⁷.

De karakterisering van het "recht op privacy" als een vrijheid laat zich bijgevolg beter begrijpen vanuit zijn publiekrechtelijke oorsprong³⁸. Zo wordt tevens een opvatting van privacy als een afweerrecht mogelijk³⁹. Ook vanuit dit oogpunt expliciteert art. 8 E.V.R.M. een vrijheid, die begrijpelijkerwijs het maatschappelijk respect belichaamt zowel voor de autonomie van de individuen in de organisatie van hun leven, als voor de pluraliteit aan levensprojecten die het intersubjectieve netwerk tekenen.

Voor de overheid impliceert het voorgaande de verplichting om zich van inmenging met het doen en laten van de burgers te onthouden, voor zover geen elementen ex art. 8 lid 2 dit legitimeren. Het rechtssysteem zal er in elke concrete zaak op moeten toezien dat het algemeen belang en de vrijheid op billijke en openlijke wijze worden afgewogen. Maar ook in de private verhoudingen zal zulks aan de orde zijn. Ook hier is de claim op de vrijheid van de privacy essentieel: het komt er immers niet op aan

³⁵ Cf. "La liberté individuelle est assurément une des valeurs fondatrices de l'Etat de droit. Elle est protégée contre la puissance publique, mais aussi à l'égard des autres agents juridiques privés"; RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, o.c., 758.

³⁶ Zo'n argument vindt een fundering in het feit dat zowel het briefgeheim als de onschendbaarheid van de woning al deel uitmaakten van de eerste Mensenrechtenverklaringen. Zie ibid., 735 en in RIGAUX, F., "La liberté de la vie privée", l.c., 540-541.

³⁷ Zie ook in RUBENFELD, J., "The right of privacy", Harvard Law Review, Vol. 102, 1989, 804: "The right of privacy is a political doctrine. It does not exist because individuals have a sphere of 'private' life with which the state has nothing to do. The State has everything to do with our private life, and the freedom that privacy protects equally extends (...) into 'public' as well as 'private' matters. The right of privacy exists because democracy must impose limits on the extent of control and direction that the state exercises over the day-to-day conduct of individual lives".

³⁸ Het verband tussen de problematiek van de privacy en het publiek of grondwettelijk recht wordt door Rigaux uitvoerig aangesneden. De auteur stelt hierbij vast dat de problematiek vooral in Duitsland en de Verenigde Staten van Amerika gaandeweg een *grondwettelijke* stempel heeft gekregen. Zie o.m. RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, o.c., 16.

³⁹ In deze zin o.a. OVERSTEYNS, B., "Het recht op eerbiediging van het privé-leven", l.c., 48; RIMANQUE, K., "Nationale bescherming van grondrechten", l.c., 33-34 en RIMANQUE, K. & PEETERS, P., l.c., 8. Cf. LOSCHAK, D., "Mutation des droits de l'homme et mutation du droit", Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1984, nr. 13, 67-68.

om eenieder in een geheime achterdochtige private sfeer terug te dringen, maar wel om een vrijheid erkend te zien waarin elkeen zijn verschil op openlijke wijze kan beleven zonder inmenging van de anderen. De vrijheid van de privacy belichaamt de erkenning van de weerstand die in *alle* machtsverhoudingen wordt verdrongen. Haar bescherming situeert zich bijgevolg op het niveau van de individualiteit, en dit niet alleen tegen de totaliserende ingrepen van de verzorgingsstaat⁴⁰, maar ook tegen de steeds verdergaande beheersings- en managementaspiraties van private actoren.

Indien het recht een werkelijke pluraliteit wenst te waarborgen behoort het de vrijheid en de autonomie van de individuen te erkennen, welke uiteraard op even fundamentele wijze ook inhoudt dat ze zich vrij mogen uiten en vrij mogen verenigen. Slechts in deze betekenis heeft het "recht op privacy" een bevrijdende weerklank. "En bref, la privacy est la liberté individuelle par excellence, elle se situe aux confins de toutes les libertés publiques et de tous les droits civils, mais elle est aussi un signe d'inégalité, l'un des enjeux du droit contemporain étant de convertir un privilège aristocratique en maîtrise de soi-même accessible à tous. *Il y va d'un droit à la différence, individuelle et collective*"⁴¹.

8. De nieuwe informatie technologieën (verder: NIT) die een ultra-snelle, doeltreffende en accurate verwerking van enorme hoeveelheden persoonsgegevens mogelijk maken, blijven zeker niet zonder gevolg voor de vrijheid van de burgers. Inderdaad, zelfs al ontstaan er geen echt nieuwe problemen, dan wordt de proliferatie van informaticatoepassingen niet zelden aangevoeld als de voornaamste oorzaak van de "crisis" van het privé-leven⁴². Deze vaststelling houdt verband met de mogelijkheden van performante informatica-systemen welke ongetwijfeld bijdragen tot de aanscherping⁴³ en vergroting van de problemen die reeds bestaan bij het manueel verwerken van persoonsgegevens⁴⁴. De Houwer en Van Brabant stellen vast dat de elektronische aard van de bewerking de bestaande risico's verhogen en nieuwe risico's in het leven roepen. *Groter* wordt het gevaar voor inaccurate, onvolledige en irrelevante gegevens, voor hun afwending van het doel waarvoor ze verzameld werden en voor onrechtmatige toegang. *Bijkomende risico's* ontstaan doordat de controle op de elektronisch opgeslagen informatie moeilijker wordt: de gegevens zijn niet onmiddellijk leesbaar of lokaliseerbaar. Vervolgens bieden de NIT quasi onbeperkte opslag-, verwerkings-, vergelijkings-, koppelings-, selectie- en toegangsmogelijkheden. Tevens weze melding gemaakt van de grote centraliseringsmogelijkheden die ontstaan uit de technische mogelijkheid om verschillende (nationale en internationale) bestanden, die met een verschillend doel werden opgesteld, aan elkaar te koppelen. Tenslotte maken

⁴⁰ Hierover meer in GUTWIRTH, S., *o.c.*, 323-330 (met de aldaar opgenomen verwijzingen).

⁴¹ RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *o.c.*, 9.

⁴² Zie hiervoor o.a. in *ibid.*, 11 et seq.; ARONSTEIN, C.S., *Plaidoyer pour notre vie privée*, Luxembourg, Association Internationale des Jeunes Avocats, 1975, 18 et seq.; ARONSTEIN, C.S., 'De l'urgence d'ordonner les ordinateurs', *J.T.*, 1980, 161-171; DE HOUWER, J., 'De bescherming van automatische persoonsgegevens en informaticacriminaliteit' in *Informaticacriminaliteit*, DE SCHUTTER, B. (Ed.), Antwerpen, Kluwer, 1988, 561-563; RIGAUX, F., 'Protection de la vie privée: questions d'actualité', *l.c.*, 4-5 en VELU, J., *Le droit au respect de la vie privée*, Namur-Bruxelles, Presses Universitaires de Namur/Larcier, 1974, 11.

⁴³ Vele auteurs argumenteren dat de *kwantitatieve* verhoging van de technische mogelijkheden die ontstaan bij de automatische verwerking van persoonsgegevens ten opzichte van de manuele fichiers, leidt tot *kwalitatieve* verschillen. Cf. KAYSER, P., *La protection de la vie privée*, Aix-en-Provence/Paris, P.U. Aix-Marseille/Economica, 1990², 148.

⁴⁴ Zie VAN KERKVOORDE, J., "De gegevensbank: informatie-pool of stigmapoel?" in *Computer en privacy. Automatisering van persoonsinformatie en bescherming van de persoonlijke levenssfeer*, COLSON, F (e.a.), Leuven, ACCO, 1975, 3.

de snelle en goedkope toegang tot informatie, verzameld op verschillende plaatsen en ogenblikken, de samenstelling van nauwgezette profielen zeer denkbaar⁴⁵.

De introductie van NIT heeft dan ook een ondubbelzinnige weerslag op de intermenselijke machtsverhoudingen. Electronische informatiesystemen en hoogtechnologische toepassingen dragen immers bij tot een transparantie van de burgers die hand in hand gaat met de controlemogelijkheden op hun gedrag en de voorspiegeling van verwachtingspatronen hieromtrent⁴⁶. Het elektronisch verwerken van persoonsgegevens raakt bijgevolg aan de elementaire autonomie van het individu. Dat persoonlijke informatie thans in *real-time* en vanop afstand opgeslagen, verwerkt en opgevraagd kan worden, heeft de inwerkingstelling van zeer trefzekere gedragsbeïnvloeding mogelijk gemaakt en bevordert⁴⁷. De verwerking van persoonsgegevens heeft immers tot automatisch gevolg dat zij beeldvorming en gedrag induceert (profielen): men handelt in functie van wat een ander weet, erger, in functie van wat men denkt dat een ander weet of kan weten. Zo'n gedrag vertolkt de essentie van een produktieve machtsverhouding. Gedrongen gedrag wordt geproduceerd, het verdringt de wilsautonomie.

9. Daarbij komt nog dat de macht van de houder van verwerkingen in de regel al groter is dan deze van de betrokkenen. Bijgevolg - en dat is de predominante bedoeling van de Privacywet - komt het er op aan de component rechtsbescherming op te vijzelen ten opzichte van de overtollige en maatschappelijk onaanvaardbare macht van een buiten de limieten getreden praktijk van persoonsgegevensverwerking.

In de "verticale verhoudingen" tussen de burger en de overheid wordt dan ook gestreefd naar de bescherming van de burger tegen een mogelijke overmatige macht van de staat, zonder echter dat deze laatste de middelen wordt ontnomen om het gemeenschappelijk project te realiseren. Welnu, over omvangrijke en performante persoonsgegevensverwerkingen beschikt de overheid al *de facto* sinds het einde van de jaren '60. Doch slechts enkele *ad hoc* reglementeringen waren van kracht voor de inwerkingtreding van de Privacywet. Bovendien rijst de vraag of deze schaarse reglementeringen niet eerder de efficiency dan de privacy wensten veilig te stellen⁴⁸.

⁴⁵ DE HOUWER, J. & VAN BRABANT, K., *Privacy and transborder data flows*, Brussels, Centrum voor internationaal strafrecht - VUB, October 1989, 6-7. Zie ook MARX, G.T., "Privacy and technology", *The world & I*, September 1990, 527.

⁴⁶ Die verfijning van de controlemechanismen door middel van NIT werd op briljante wijze geïllustreerd Gary Marx in zijn bespiegelingen omtrent de *maximum security society*. Zie o.a. MARX, G.T., "La société de sécurité maximale", *Déviance et société*, 1988, 147-166 en MARX, G.T., "Privacy and technology", *l.c.*, 523-541.

⁴⁷ Doorheen bijvoorbeeld de gegevens vergaard in de rekencentra van financiële instellingen, verbonden met systemen van elektronisch geldverkeer, kunnen al gauw zowel nauwkeurige individuele profielen van elke gebruiker opgemaakt worden. En dit niet enkel op het niveau van hun solvabiliteit of leefpatroon, maar ook m.b.t. hun verplaatsingen, hun bezigheden, de aard van hun uitgaven, enz. Uit een bestand van een bankinstelling die kaarten voor elektronisch geldverkeer ter beschikking stelt kan al gauw blijken dat klant X meer benzine tankt (en verbruikt) dan nodig om elke dag over en weer te rijden van woonst naar werk, dat tijdens de werkuren betalingen worden verricht op een aanzienlijke afstand van de werkplaats, meer bepaald in drank- en tabakwinkels, juweliers en bloemenwinkels, dat ook hotelrekeningen binnenlopen ... (Zie GUTWIRTH, S. & JORIS, T., "Electronic Funds Transfers and the Consumer. The 'soft law' approach in the European Communities and Australia", *International Comparative Law Quarterly* 40, April 1991, 265-301; MARX, G.T. & REICHMAN, N., "Routinizing the discovery of secrets. Computers as informants", *American Behavioral Scientist*, Vol 27, 1984, 429-432 en POULLET, Y., "Les concepts fondamentaux de la protection des données et les nouvelles technologies de l'information", *Dr. Inform.*, 1987/4, 222). Tevens bestaat de mogelijkheid tot de uittekening van globale statistische overzichten die betrekking hebben op verbruikspatronen, activiteiten, verplaatsingen, enz.

⁴⁸ Het betreft de rijksregisterwet, het K.B. 141 tot oprichting van de databank betreffende de personeelsleden van de overheidssector en de wet op de kruispuntbank van de sociale zekerheid. Tevens mag melding gemaakt worden van nog twee wetten die "privacy-normen" bevatten: de wet op het consumentenkrediet en de wet die het rijbewijs met punten systeem moet invoeren. Terecht schreef Pieters ter zake dat men in België de eerste en tweede verdiepingen van de privacybescherming opgebouwd heeft, zonder dat de grondvesten en het gelijkvloers gelegd waren; PIETERS, D., "De Kruispuntbank van de sociale zekerheid en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer" in *De kruispuntbank van de sociale zekerheid*, B.T.S.Z., 1989 (speciaal nummer: Acta van de Studiedag van het Collegium Juris Socialis), 1989, 53-54.

Hoe dan ook, het overgrote gedeelte van de administratieve verwerkingen van persoonsgegevens functioneert al jaar en dag buiten enig specifiek wetgevend kader dat de bescherming van de privacy expliciet oplegt. Hoe scheef de situatie nu al gegroeid is, kan uiteraard niet met zekerheid vastgesteld worden, maar feit is wel dat de Privacywet dit zal moeten rechtekken. Het is dus niet het belang van de overheid om persoonsgegevens te verwerken dat beschermd moet worden, want dat belang is in de praktijk al hard gemaakt. Wél zal het er op aan komen - zeker in een eerste fase -, de veiligstelling van de privacy tegenover de heersende wildgroei en ongecontroleerdheid van overheidsverwerkingen te realiseren. Er zal derhalve met argusogen moeten toegekeken worden, niet alleen op de naleving van het basisbeginsel van de wet - het finaliteitsbeginsel -, maar ook op de concretisering van de door de wet aan het datasubject toegekende rechten. Om een onevenwichtige balans in evenwicht te krijgen, moet de benadeelde kant meer gewicht in de schaal krijgen, of nog, moet de balans anders worden "voorgeijkt", b.v. door de aanpassing van de lengte van de draagarmen.

Dat is ook, zoniet nog meer, het geval in de private verhoudingen tussen burgers onderling of tussen de burgers en privaatrechtelijke rechtspersonen. De proporties die het verwerken van persoonsgegevens hier heeft aangenomen behoeft geen lang betoog. De enorme capaciteit en quasi-onbeperkte communicatiemogelijkheden tussen de verwerkingen onderling, gepaard aan een quasi volledig gebrek aan controle of reglementaire begrenzingen, zijn tot dusver kenmerkend niet alleen voor de financieel-economische activiteiten (met inbegrip van marketing, media en reclame), maar ook voor de gezondheids- en welzijnssector, de sport- en vrijetijdsorganisatie, het associatief en verenigingsleven, het wetenschappelijk onderzoek, het (private) onderwijs, enz.. Daarbij gaat het om verwerkingen van persoonsgegevens over klanten, consumenten, werknemers, concurrenten, scholieren, studenten, patiënten, hulpvragers, leden, ... Dagelijks wordt eenieder geconfronteerd met het gebruik van gegevens die hem/haar betreffen, op een wijze die niet strookt met het doel waarmee, of nog, met de context waarin deze werden verzameld of bekendgemaakt. Finaliteitsafwendingen zijn legio.

Hieraan weze trouwens nog toegevoegd dat de "horizontale" private verhoudingen dikwijls een stuk verticaler zijn dan wordt voorgesteld. De stroom van persoonsgebonden gegevens vloeit vooral in één richting, met name van de zwakkere naar de sterkere actor. De burgers dienen inderdaad informatie over henzelf ter beschikking te stellen en kunnen daaraan als huurder, werkzoekende, kredietvrager, zieke of verzekeringsnemer, niet ontsnappen. Immers, bij kandidaatstellingen voor een betrekking, bij aanvragen tot krediet, bij afsluiting van verzekeringscontracten, enz. worden doorgaans persoonlijke gegevens over de zwakkere partij opgevraagd of worden ze van hem geëist. Deze kan ze, gezien zijn afhankelijkheidspositie maar moeilijk weigeren⁴⁹. Rationeel marktgedrag impliceert tenslotte "dat de ene partij zich tot op

⁴⁹ WILLEKENS, H., "Het grondrecht op privacy, de afbakening van de privé-sfeer en publieke sfeer en de maatschappelijke allocatie van bestaansmiddelen" in Het recht op privacy en de sluiers van het recht, Tegenspraak Cahiers 5, Antwerpen, Kluwer, 1988, 54. Zie ook RAES, K., "The privacy of technology and the technology of privacy. The rise of privatism and the deprivation of public culture" in High-technology and law: a critical approach, SAJO, A. & PETRIK, F., (Ed.), Budapest, Institute of Political and Legal Sciences - Academy of Sciences, 1989, 73-100; RAES, K., "Homo Incognitus. Het recht op privacy en de ethiek van de gespleten mens" in Het recht op privacy en de sluiers van het recht, Tegenspraak Cahiers 5, Antwerpen, Kluwer, 1988, 73-116 en RIGAUX, F., "La liberté de la vie privée", L.C., 555-556. Over het grondrecht op privacy in de arbeidsverhoudingen zie DE HERT, P. & GUTWIRTH, S., "Controletechnieken op de werkplaats (deel 1): een stand van zaken" en "Controletechnieken op de werkplaats (deel 2): een herbeschouwing in het licht van het 'persoonsgegevensbeschermingsrecht'", Or., april 1993/4, 93-109 en

zekere hoogte indringt in de privacy van de andere partij - die deze indringing moet tolereren om bestaansmiddelen te verwerven en zich aldus o.m. te verzekeren van de materiële grondslag voor de uitoefening van het recht op privacy"⁵⁰. De doeltreffendheid van de NIT bij het verwerken van persoonsgegevens scherpt dan ook de macht aan van reeds machtige private actoren. Het zal er bijgevolg ook in de private verhoudingen op aankomen de fundamentele vrijheden van de enen te behoeden tegen de rechten en belangen van de anderen. Het bestaande onevenwicht behoort thans in het kader van de Privacywet ten voordele van de individuele burger rechtgetrokken te worden. Het gaat tenslotte om een wet op de *bescherming van de persoonlijke levenssfeer*.

Uit de vorige paragrafen volgt dat het onderscheid tussen private en openbare verhoudingen in de ter tafel liggende materie aan belang inboet. Het gaat immers in de regel om zeer verwante maatschappelijke configuraties waarin de houder van verwerkingen van persoonsgegevens over meer macht beschikt dan de betrokkene. Voor ogen gehouden dat het recht bemiddelt in de machtsverhoudingen teneinde het gezamenlijk maatschappelijk project én de daarin centrale vrijheid veilig te stellen, is het duidelijk dat het recht over een minimale autonomie alsook over voldoende macht moet beschikken om die mediërende opdracht te vervullen⁵¹. Binnen de juridische structuren moeten de maatschappelijke actoren aan het woord kunnen komen teneinde hun verhalen in te zetten op een voldoende en temporiserende afstand van de feitelijke intensiteit van de machtsverhouding. De opdracht van de Commissie is dan ook gespiegeld aan die van het recht. Als juridisch orgaan bij uitstek moet zij - steunend op haar gezag en macht - bemiddelen *omdat* de macht van het datasubject te klein is⁵². Zij moet aldus het autonoom, transparant en publiek forum bieden waar het verhaal van het datasubject niet alleen kan gehoord worden, maar waar het tevens in bescherming wordt genomen tegen de praktijken die zijn vrijheid concreet bedreigen. Zij behoort een macht voor te stellen die maatschappelijke *machtsverhoudingen* kan reëquilibreren: een macht voor de vrijheden⁵³.

Inderdaad, in een recht dat instaat voor de bemiddeling tussen te verregaande macht enerzijds, en individuele (of groepsmatige) vrijheden en differenties anderzijds, behoort het rechtssubject zijn fundamentele vrijheid zonder meer te kunnen poneren tegenover een belang dat er haaks op staat. Vermits de automatische verwerking van persoonsgegevens in de regel kan beschouwd worden als indruisend tegen vrijheid en privacy, is het logisch dat de belanghebbende bij de verwerking aantoonde dat zijn belang zwaarder weegt dan de fundamentele vrijheid en de mate waarin deze laatste *in casu* wordt geschaad. Het volstaat bijgevolg niet dat een rechtmatig belang wordt geplaatst tegenover de vrijheid, neen, het belang moet ook opwegen tegen een beknutting van een

mei 1993/5, 125-147; HUMBLET, P., *De gezagsuitoefening door de werkgever. Een juridische analyse*, doktoraal proefschrift, Antwerpen, UIA, 1992 en RAUWS, W. & SCHYVENS, H., *l.c.*, 218 et seq.

⁵⁰ WILLEKENS, H., "Het grondrecht op privacy", *l.c.*, 57.

⁵¹ Cf. GUTWIRTH, S., *o.c.*, 336 et seq (met de aldaar opgenomen verwijzingen)

⁵² Zie ook POULLET, Y., "Le fondement du droit à la protection des données nominatives", *l.c.*, 202-203. Cf. Art. 31 par. 3 van de Wet van 8 december voorziet overigens expliciet in de bemiddelende taak van de Commissie.

⁵³ Cf. De *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* in Frankrijk: "Montesquieu nous l'a appris, en régime démocratique c'est le pouvoir qui arrête le pouvoir (...) ce que la démocratie implique c'est que la liberté est procurée par l'exercice des pouvoirs équilibrés se faisant contrepoids et au service chacun de la liberté et non pas d'eux-mêmes (...) Aussi, devant une institution aussi responsable, aussi efficiente et ayant aussi bien réussi que la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, cessons de parler de contre-pouvoir et regardons la vérité d'en face. Un pouvoir pour la liberté, c'est le bon titre"; VEDEL, G., "Un pouvoir pour des libertés" in *X^e Anniversaire de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'Informatique, aux Fichiers et aux Libertés*, CNIL, Paris, 1988, 12-13.

fundamenteel geachte maatschappelijke en juridische waarde, die de betrokken burger niet op gedisproportioneerde wijze inroept.

10. Over de plaats van het recht op eerbied van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid die erdoor wordt gedekt kan er - in het licht van het voorgaande - maar weinig twijfel bestaan. Zowel vanuit grondslagentheoretisch oogpunt als vanuit een puur rechtspositieve evaluatie (art. 8 E.V.R.M.), moet de cruciale en zelfs funderende plaats van de privacy onderkend worden (supra). Daarenboven neemt de privacy temidden van de fundamentele rechten en vrijheden een cruciale plaats in omdat de zelfbeschikkingsvrijheid precies verwijst naar het gebied van de individuele keuze en gedragbepaling: "La privacy (...) est souvent l'une des conditions d'exercice des libertés traditionnelles"⁵⁴.

11. Hetzelfde kan niet gezegd worden over het recht dat een private persoon (of rechtspersoon) kan doen gelden m.b.t. de verwerking van persoonsgegevens. Het "recht op het verwerken van persoonsgegevens" (verder: de verwerkingsbevoegdheid⁵⁵) behoort niet tot de fundamentele rechten en vrijheden. Wellicht komt het daardoor in de normenhiërarchie lager te staan dan het recht op privacy. Getracht wordt er evenwel die principiële hindernis te nemen door de verwerkingsbevoegdheid te doen aansluiten bij even fundamentele mensenrechten.

De verwerkingsbevoegdheid wordt eerst in het verlengde geplaatst van de vrijheid van meningsuiting, die het recht omvat een mening te koesteren en informatie alsook denkbeelden te ontvangen of door te geven. De verwerkingsbevoegdheid wordt alsdan getild op het niveau van de door art. 10 E.V.R.M. beschermde vrijheid van informatie, die nauw verband houdt met de persvrijheid, een pluralistische berichtgeving en de vrije uiting van opinies⁵⁶. De koppeling lijkt evenwel bij de haren getrokken, daar art. 10 E.V.R.M. in het licht staat van de participatie van de burger aan de democratische publieke zaak en aan het politieke debat⁵⁷, terwijl de verwerking van persoonsgegevens *in se* bijdraagt tot de verscherping van de machtsrelatie waarin de vrijheid van de betrokkene inboet. Bovendien ziet men helemaal niet in wat het verwerken van persoonsgegevens in het licht van lucratieve bezigheden (in de privé-sector) of van de verbetering van de administratie (in de publieke sector) te maken heeft met de vrijheid van meningsuiting van de burgers⁵⁸. Tenslotte weze eraan

⁵⁴ RIGAUX, F., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, o.c., rn. 17, 14.

⁵⁵ Verder sub rn. 24 wordt uitgelegd waarom de exactere term "-bevoegdheid" boven "-recht" verkozen wordt.

⁵⁶ Zie HANOTIAU, M., "Le droit à l'information", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, nr. 13, 1 janvier 1993, Numéro spécial : *La Liberté d'expression, son étendue et ses limites*, 23 et seq.

⁵⁷ *Ibid.*, 32.

⁵⁸ Ook het Verdrag 108 is getekend door zo'n ambiguïteit in de mate dat het een billijk evenwicht wil bewerkstelligen tussen enerzijds het recht op eerbiediging van de privacy (art. 8 E.V.R.M.) en anderzijds "de vrijheid om informatie te verwerken", het "vrij grensoverschrijdend persoonsgegevensverkeer" en "het vrije verkeer van informatie tussen de volkeren" die verondersteld worden aan te sluiten bij art. 10 E.V.R.M. Het in het Verdrag 108 fel benadrukte opzet om de macht, verleend door de elektronische verwerking van persoonsgegevens, te beperken, lijkt tegen de achtergrond van de zich ontwikkelende feitelijke praktijken (van banken, verzekeringsinstellingen, sociale zekerheidsinstellingen, overheidsorganen, politiediensten, ...) nogal fragiel. Hiertegenover is de beoogde vrijwaring van het vrije verkeer van gegevens door internationale netwerken heel wat minder utopisch, gezien de steeds aangroeiende netwerken en gegevensstromen. Per saldo gaat de toekenning van een aantal beschermingsmogelijkheden en spelregels in het voordeel van de bescherming van de privacy, meteen gepaard met een legitimering van de praktijken die deze in het gedrang brengen. Het zal bijgevolg niet verwonderen dat een aantal commentatoren nuchter vaststellen dat het tussen aanhalingstekens gezette "grondrecht op informatievrijheid" voornamelijk als balansrecht speelt (BLONTROCK, P. & DE HERT, P., "Zoektocht naar een plaats voor techniek in het strafrecht. Over telefoons, computers, af luister- en bespiedingsapparatuur", *dactyl.*, 1992, 37).

herinnerd dat art. 10 E.V.R.M. niet elk discours op dezelfde wijze beschermt⁵⁹ en dat de grenzen van de bescherming, ook in functie daarvan, afhankelijk zijn van de rechten van anderen⁶⁰. Economische informatie en publicitaire boodschappen, vallen onder de bescherming van art. 10 E.V.R.M., maar in mindere mate⁶¹. Conclusie: de omschrijving van de verwerkingsbevoegdheid m.b.t. persoonsgegevens als een verlengstuk van de informatievrijheid van art. 10 E.V.R.M. lijkt meer ingegeven door de wil om een balansrecht te vinden voor het recht op eerbiediging van het privé-leven⁶², dan door een analyse van het recht op vrije meningsuiting⁶³. De uit de Privacywet afgeleide verwerkingsbevoegdheid kan dan ook niet op die wijze op hetzelfde hiërarchische niveau gebracht worden als de te beschermen privacy.

In de tweede plaats wordt de ondernemingsvrijheid ingeroepen als fundering voor de verwerkingsbevoegdheid⁶⁴. Daarmee wordt ook hier gesuggereerd dat een even fundamentele vrijheid aan de orde is dan die van de privacy. Ongetwijfeld is de redenering correcter, want het zijn eerst en vooral, economische belangen en drijfveren die aan de basis liggen van de persoonsgegevensverwerkingsactiviteiten van private actoren. Maar voor ogen gehouden dat de problematiek van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer uitdrukkelijk in het verlengde functioneert van het E.V.R.M. én dat dit laatste de ondernemingsvrijheid niet garandeert⁶⁵, rijst opnieuw de vraag naar de verhouding tussen de aangehaalde vrijheden. En ook hier moet vastgesteld worden dat - zeker in het licht van de Europese mensenrechtelijke rechtsorde - de fundamentele rechten en vrijheden van de persoon predominant zijn tegenover louter economische belangen⁶⁶. Daaraan weze overigens toegevoegd dat het EEG-Verdrag en het Verdrag van Maastricht, die nochtans uitdrukkelijk en nauw toegespitst zijn op de economische vrijheid (vrij verkeer van goederen en diensten), toch inhouden dat de fundamentele rechten en vrijheden in de Gemeenschap eerbiedigd moeten worden⁶⁷.

Aan de verwerkingsbevoegdheid met zijn predominante economische grondslag, kan derhalve niet hetzelfde gewicht gegeven worden als aan het fundamentele recht op eerbiediging van de vrijheid van het privé-leven. Dat laatste weegt door. Maar het effect van de vastgestelde hiërarchie is *niet* absoluut: alle vrijheden worden begrensd door de

⁵⁹ Zie b.v. RIGAUX, F., "Introduction générale", l.c., 8 et seq.

⁶⁰ Zie b.v. COHEN-JONATHAN, G., "Liberté d'expression et message publicitaire", Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, nr. 13, 1 janvier 1993, Numéro spécial : La Liberté d'expression, son étendue et ses limites, 84.

⁶¹ Zie in ibid., 87-89, met referenties. Zie ook RIGAUX, F., "Note", D.C.C.R., nr. 14, januari 1992, 954-960, noot bij E.H.R.M., 20 november 1989 - *Markt Intern* zaak en VOORHOOF, D., "Art. 10 E.V.R.M., commerciële informatie en kritiek in de economische berichtgeving. Enkel beschouwingen bij het Markt Intern Arrest", R.W., 1990-1991, 698-699. Men leze ook RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, o.c., rn. 181-183, 250-252.

⁶² Ook voor journalisten, wier beroep werkelijk aansluit bij de bedoeling van art. 10 E.V.R.M., zijn er perken voorzien aan de informatiegaring vanuit de eerbiediging van de privacy. Maar in de praktijk wordt het "recht op informatie" dikwijls ingeroepen om inbreuken op de privacy te legitimeren, HANOTIAU, M., l.c., 23.

⁶³ Hanotiau spreekt in dat verband van het recht op informatie als een *alibi*; ibid., 23-30.

⁶⁴ Zie vooral POULLET, Y., "Le fondement du droit à la protection des données nominatives", l.c. en POULLET, Y. & LEONARD, Th., l.c.

⁶⁵ Supra. Zie ook COHEN-JONATHAN, G., l.c., 74.

⁶⁶ Vandaar dat Jacques Fauvet (Voorzitter van de Franse *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) terecht zeer somber is over de initiatieven van de Europese Gemeenschap op het vlak van de *data protection* omdat zij volledig vanuit een economische invalshoek tot stand zijn gekomen; zie COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES, 12e rapport d'activité, Paris, La Documentation Française, 1992, 6-7.

⁶⁷ Art. K.2. par. 1. en F.2., Verdrag betreffende de Europese Unie, met het Verdrag tot oprichting van de Europese gemeenschap (Verdrag van Maastricht), PB C, nr. 224 van 31 augustus 1992, 6 en 97. Cf. RIGAUX, F., "Introduction générale", l.c., 18-22; VAN GERVEN, W., "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", J.T., 1992, 306 en VELU, J. & ERGEC, R., o.c., 79-81.

vrijheden, rechten en belangen van anderen, zodat belangenafweging - rekeninghoudend met de hiërarchie - steeds opnieuw aan de orde zal zijn⁶⁸. De bekommernis voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer verkrijgt bijgevolg geen absolute voorrang, maar behoort als factor zwaar te wegen tegenover het economisch belang. Dat blijkt overigens uit de Privacywet zelf die het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als fundamenteel recht bekrachtigt en in bescherming neemt *tegen* de scheefgegroeide situatie van vrijpostig en ongecontroleerd verwerken. Derhalve zal bij de belangenafwegingen in de schoot van de wet rekening gehouden worden zowel met de predominantie van de fundamentele vrijheid op het economisch belang, als met het feit dat dit laatste in de praktijk de bovenhand heeft.

12. Met betrekking tot de verwerkingsbevoegdheid van de overheid ligt de zaak eenvoudiger dan bij private personen, omdat de tegenhanger van het recht op eerbied van de privacy gemakkelijker te duiden is. Hier moet de verwerking immers steeds in het teken staan van het algemeen belang dat diezelfde overheid wordt verondersteld te verwezenlijken. Begrijpelijk(er)wijs kan de beschermde vrijheid alsdan beperkt worden in naam van datzelfde algemeen belang⁶⁹. Trouwens, ook vanuit grondslagentheoretisch perspectief staat het algemeen democratisch maatschappelijk project tegenover de vrijheid van de individuen: het recht moet beide veiligstellen. Dat impliceert op zijn beurt dat het recht in geval van conflict bemiddelt tussen de individuele aspiraties en het globale maatschappelijke project.

Het voorgaande houdt natuurlijk niet in dat de verwerkingsbevoegdheid van de overheid willekeurig en onbeperkt zou zijn of zou kunnen worden. Integendeel zelfs, de Privacywet neemt de privacy evenzeer in bescherming wanneer persoonsgegevens worden verwerkt door publieke instanties. Het komt er dan ook hier op aan de praktijk van het quasi-willekeurig verwerken van persoonsgegevens recht te trekken en in evenwicht te brengen. Zo zal de toepassing van de wet op overheidsverwerkingen steeds opnieuw vereisen dat wordt afgewogen tussen de op het spel staande belangen.

13. De vastgestelde hiërarchie tussen de privacy en de verwerkingsbevoegdheid betekent niet dat geen enkele uitholling of beperking van de eerste wettig zal zijn. Deze niet-absolute gelding van de hiërarchie is een rechtstreeks gevolg van de opvatting van de privacy als een vrijheid. Inderdaad, daar het recht op privacy niet slaat op een absoluut onvervreemdbaar object (b.v. "de persoonlijkheid" of een "persoonlijkheidsgoed") maar integendeel, als individuele vrijheid, van nature onbepaald is, zal het niet onbeperkte gebied van de vrijheid bepaald worden tegen de achtergrond van fricties en conflicten in de maatschappelijke interactie. De vrijheid van de privacy zal haar beperkingen dan ook niet alleen vinden in de concurrerende fundamentele rechten en vrijheden van anderen, maar ook zal haar gebied, in het licht van het algemeen belang, kunnen begrensd worden door wettelijk erkende "gewone"

⁶⁸ "Aucune liberté n'a une valeur absolue, la fonction des juges étant de concilier les libertés antagonistes et des les restreindre en fonction de l'intérêt général"; RIGAUX, F., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, o.c., nr. 115, 118. Zie ook RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, o.c., *passim* en in POULLET, Y. & LEONARD, Th., l.c., 255.

⁶⁹ RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, o.c., nr. 589, 660.

rechten van anderen⁷⁰. Daardoor wordt het principe van de normenhiërarchie niet buitenspel gezet, maar het verliest wel zijn irreëel absoluut karakter⁷¹.

Bijgevolg kan geen streng onderscheid gehandhaafd worden in de benaderingen van conflicten tussen rechten en vrijheden die vanuit normenhiërarchisch standpunt evenwaardig of onevenwaardig zijn. Strikt genomen zou uitsluitend in het eerste geval aan belangenafweging kunnen gedaan worden. Inderdaad, alleen het gelijkwaardig juridisch gewicht zou toelaten dat de rechter zich buiten of tenminste op de grens van het juridische zou begeven, teneinde *belangen* af te passen. Daarentegen zou in het tweede geval het principe van de voorrang van het uit een hogere norm afgeleid recht moeten gelden, zonder dat daartoe buiten of op de grens van het recht moet gezocht worden. Enkel zou dan moeten nagegaan worden of het prioriteit hebbende recht niet wordt misbruikt (cf. het algemeen rechtsbeginsel van het rechtsmisbruik⁷²).

Dat de vrijheid van de privacy echter ongedetermineerd is, heeft tot gevolg dat nooit categoriek zal kunnen vastgesteld worden wat er al dan niet toe behoort en dus wat al dan niet onder bescherming valt van de hogere norm. Zo'n duiding kan immers alleen plaatsvinden wanneer het conflictuele recht of belang - onder de belichting van het algemeen belang - tegenover de vrijheid van de privacy wordt geplaatst. M.a.w. kan deze laatste alleen dan concreet ingevuld worden wanneer daarbij gerefereerd wordt naar het intersubjectieve veld en zijn spanningen. Daardoor wordt uiteraard *reeds* aan afweging van belangen gedaan. De normenhiërarchie zal evenwel, zoals Pouillet en Léonard terecht schrijven, toch effect ressorteren, met name wanneer de balans in onevenwicht is. Dan zal de hiërarchisch hogere norm de regel stellen⁷³. Maar dat impliceert dan weer dat de rechter, ten behoeve van de evaluatie van het evenwicht of onevenwicht, zijn balans zal moeten iken en dat hij hierbij, zowel de normenhiërarchie en de daaruit voortvloeiende prioriteiten, als de belangen van algemene en individuele aard in rekening zal moeten brengen.

Verder zou bij een eventuele beoordeling van het misbruik van het dominante recht - dus i.g.v. hiërarchie tussen de conflicterende rechten en vrijheden - eveneens moeten teruggevallen worden op de inschatting van de op het spel staande belangen en hun verhouding. Rechtsmisbruik impliceert immers dikwijls dat de rechter zich op het terrein van de belangenafweging begeeft en dat hij ter zake de proportionaliteit van voor- en nadeel beoordeelt⁷⁴ (voor zover beide activiteiten in de praktijk niet

⁷⁰ Zie POULLET, Y., "Le fondement du droit à la protection des données nominatives", *L.c.*, 194 et seq.; POULLET, Y. & LEONARD, Th., *L.c.*, rn. 32, 254; RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *o.c.*, nr. 589 et seq., 660 et seq. en RIGAUX, F., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, *o.c.*, rn. 218 et seq., 222 et seq.

⁷¹ RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *o.c.*, nr. 590, 661 en POULLET, Y. & LEONARD, Th., *L.c.*, rn. 32, 254, voetnoot 43.

⁷² Cass., 10 september 1971, *Pas.*, 1972, I, 28-38, noot (concl.) GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.G. en *R.C.J.B.*, 1976, 300-303, noot VAN OMMESLAGHE, P. Over het toebehoren van rechtsmisbruik tot de algemene rechtsbeginselen zie o.a. de onderscheiden stellingen van DE VROEDE, P. & GORUS, J., *Inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1993⁶, 193-198 (*contra*); GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.G., "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *J.T.*, 1970, 587-590; GERARD, Ph., *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Bruxelles, Publications FUSL, 1981, 488 p. en VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht I. Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, 167.

⁷³ POULLET, Y. & LEONARD, Th., *L.c.*, rn. 32, 254, voetnoot 43.

⁷⁴ Zie DE BERSAQUES, A., "L'abus de droit", *R.C.J.B.*, 1953, 272-287; DERINE, R, VAN NESTE, F. & VANDENBERGHE, H., *Zakenrecht. Deel 1A*, Antwerpen, Standaard wetenschappelijke Uitgeverij, 1974, 414-416; DE VROEDE, P. & GORUS, J., *o.c.*, 193-198 en VAN OMMESLAGHE, P., "Note. Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi", *R.C.J.B.*, 1976, 329 et seq., 336. *Vgl.* Cass., 10 september 1971, *Pas.*, 1972, I, 28-38, noot GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.G. (vooral op p. 35) Over het functioneren van belangenafweging en rechtsmisbruik in milieuaangelegenheden leze men BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu. Een onderzoek naar de doelmatigheid, in functie van de*

samenvallen)⁷⁵. Aldus houdt ook deze vaststelling in dat, zelfs bij het vasthouden aan het principe van de normenhiërarchie, de grens gesteld door het rechtsmisbruik alsnog verplicht tot de inachtnaam van het intersubjectieve met zijn spanningen, onevenwichten en contradictorische belangen.

14. De verwerping van de absolute gelding van de normenhiërarchie impliceert ondubbelzinnig dat de rechter (en *in casu* de Commissie) de belangenafweging zal voorop moeten stellen in alle conflicten tussen het recht op eerbiediging van de privacy en de verwerkingsbevoegdheid. Zulks zal uiteraard steeds moeten geschieden in het licht van het algemeen belang, dat zelf de vertolking is van het rechtsstatelijk maatschappelijk project waarin de vrijheden, en hun evenwicht, centraal staan.

Met betrekking tot de problematiek van fundamentele rechten en vrijheden is het afwegen van belangen - zoals Rigaux heeft aangetoond - trouwens een gevestigde praktijk in de rechtspraak van constitutionele gerechtshoven die bevoegd zijn om de wet te toetsen aan de grondwet⁷⁶. In de bedoelde gevallen zal de rechter o.m. nagaan hoe de verhoudingen tussen de belanghebbenden worden gewijzigd en of deze wijzigingen niet disproportioneel of excessief zijn (proportionaliteitsbeginsel)⁷⁷. Anders gesteld: de inperking van een fundamentele vrijheid zal nooit absoluut verboden zijn, maar wél zal zij altijd afgewogen moeten worden hetzij aan een andere vrijheid, hetzij aan het algemeen belang, hetzij aan een wettelijk erkend privaat belang. In een democratische rechtsstaat laten alle fundamentele vrijheden en rechten zich meten aan de kracht van de publieke en private belangen waarmee zij in spanning komen te staan⁷⁸.

Op een soortgelijk mechanisme van belangenafweging wordt overigens aangestuurd door het E.V.R.M., en meer specifiek door de tweede alinea's van de artikelen 8, 9, 10 en 11, waarin voorzien wordt dat de in het eerste lid gewaarborgde vrijheden (privé-leven, geweten, meningsuiting en vergadering) *onder bepaalde voorwaarden* door de staat kunnen beperkt of aangetast worden. Steeds zijn deze voorwaarden - zoals door het Hof te Straatsburg geïnterpreteerd - vierledig. In de eerste plaats moet de aantasting bij wet - of equivalent bevonden rechtsbron - voorzien worden (formeel criterium). Ten tweede kan zij uitsluitend geschieden voor zover zij nodig is in een democratische samenleving (noodzakelijkheids criterium) én zulks, ten derde, alleen ter verwezenlijking van bepaalde, limitatief opgesomde wettige doeleinden (legitimiteits criterium). Ten vierde moet nagegaan worden of het vooropgestelde doel niet had kunnen bereikt worden door een maatregel die de

bescherming en het beheer van het leefmilieu, van de aansprakelijkheidsvordering en van een aantal aanverwante rechtstechnieken, Brussel, Bruylant, 1979, 56-72.

⁷⁵ In die zin VAN GERVEN, W., "Principe de proportionnalité ...", *l.c.*, 307: "(...) la théorie de l'abus de droit et les critères appliqués dans le cadre de celle-ci constituent en réalité, une application du même principe de proportionnalité développé ci-dessus".

⁷⁶ De grondwettelijkheidstoets bestaat b.v. in de Verenigde Staten van Amerika (in hoofde van alle hoven en rechtbanken, onder de controle van het *Supreme Court*) in Duitsland (het *Bundesverfassungsgericht*), en sinds kort en in beperkter mate in België (het Arbitragehof). Zie RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, o.c., nr. 90 et seq., 141 et seq. en RIGAUX, F., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, o.c., rn. 22, 21 et seq., rn. 48, 47.

⁷⁷ Zie b.v. het hanteren van de proportionaliteitsregel door de Duitse en Amerikaanse constitutionele gerechtshoven (hierover in RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, o.c.). Ook het Arbitragehof bedient zich van de regel bij de toetsing van wetten en decreten aan art. 6 en 6bis G.W.; hierover zie VAN GERVEN, W., "Principe de proportionnalité ...", *l.c.*, 308 (voetnoot 13).

⁷⁸ RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, o.c., nr. 591, 663.

gewaarborgde vrijheid in mindere mate zou aangetast hebben (proportionaliteitscriterium).

Getransponeerd naar de conflicten die beoogd worden in de Privacywet zal de belangenafweging (door de Commissie of de rechter) moeten plaatsgrijpen in twee situaties. Dit zal eerst het geval zijn indien het economisch belang van de verwerker in de privé-sector in aanvaring komt met de privacyvrijheid van de betrokkene. De tweede situatie zal zich voordoen wanneer de spanning tussen deze vrijheid en de beperkingen die haar in naam van het algemeen belang door de overheid worden opgelegd, te groot wordt.

15. Geconfronteerd met conflicten inzake de toepassing van de Privacywet zullen rechter en Commissie bijgevolg steeds belangen afwegen en compenseren in functie van het evenwicht vervat in de wet en het gewicht van de respectievelijke rechten. De vooropstelling van de belangenafweging of een te behalen balansevenwicht spiegelt echter alleen een doel voor. Daarmee is over het concrete middel tot vaststelling van het evenwicht of onevenwicht nog maar weinig gezegd. Hieraan kan in navolging van Poulet en Léonard tegemoet gekomen worden door een beroep te doen op het reeds aan bod gekomen *proportionaliteitsbeginsel*, dat ter zake een aantal criteria kan verschaffen⁷⁹.

Het proportionaliteitsbeginsel heeft zijn bewijzen al geleverd⁸⁰; het is gangbaar en beproefd in de rechtspraak van een hele reeks rechtstakken. Aldus wordt de proportionaliteitsregel gehanteerd bij de toetsing van een wet aan de grondwet of aan een internationaal verdrag (supra); bij de evaluatie van rechtsmisbruik in verschillende rechtstakken (supra), in de rechtspraak van de Raad van state⁸¹ en het Hof van cassatie⁸² t.o.v. het overheidsoptreden⁸³; in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁸⁴; enz. ... Er mag dan ook worden gesproken van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (en zelfs van behoorlijk handelen)⁸⁵: de proportionaliteitsregel is als algemene bestuursregel van toepassing op alle publiekrechtelijke en privaatrechtelijke machtsverhoudingen. Aldus verbindt zij houders van een bevoegdheid of machtspositie t.o.v. al wie aan hun macht onderworpen is⁸⁶. Dat strookt trouwens met de opzet van de Privacywet die de beperking van de macht van de houders van verwerkingen beoogt⁸⁷.

⁷⁹ POULLET, Y. & LEONARD, Th., L.c., nr. 28, 252. De auteurs zijn hierbij zelf geïnspireerd door een opgemerkt stuk van Van Gerven: VAN GERVEN, W., "Principe de proportionnalité ...", L.c.

⁸⁰ Zie VAN GERVEN, W., "Principe de proportionnalité ...", L.c.

⁸¹ Zie BOES, M., "Het redelijkheidsbeginsel" in Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, OPDEBEEK, I. (Ed.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1993, 89 et seq.; SEUTENS, L.P., "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State", T.B.P., 1981, 86-88.

⁸² Cf. Cass., 5 oktober 1990, R.W., 1190-91, 328 et seq.

⁸³ Zie ook ALEN, A. & PEETERS, P., "'Bundestreue" in het Belgisch grondwettelijk recht", R.W., 1989-90, 1135-1138.

⁸⁴ O.m. wat betreft de toepassing van art 36 E.E.G. Zie hiervoor in VAN GERVEN, W., "Principe de proportionnalité ...", L.c.

⁸⁵ Cf. o.a. VAN GERVEN, W., "Beginselen van behoorlijk bestuur", R.W., 1982-83, 975-976. Zie tevens VAN GERVEN, W., Hoe blauw is het bloed van de prins?, Kluwer, Rechtswetenschappen, 1983, i.h.b. op p. 16, 44-45.

⁸⁶ VAN GERVEN, W., "Beginselen van behoorlijk bestuur", L.c., 975-978.

⁸⁷ Op de uitwerking van concrete regels ter beoordeling van de proportionaliteit van belangen en rechten wordt dieper ingegaan tijdens de analyse van het finaliteitsbeginsel van de Privacywet (infra rn. 20).

16. Ofschoon normenhiërarchie geen absolute geldingskracht heeft, zal zij niet zonder effect blijven voor de toepassing van de Privacywet. Zowel tijdens de belangenafweging als bij de toepassing van de proportionaliteitsregel zullen rechter en Commissie immers in rekening moeten brengen dat het recht op privacy *predomineert* en dat het bovendien, gegeven het gewicht van de vrijheid in de democratische rechtsstaat, ook strookt met het algemeen belang. Men beelde het uit zoals men verkiest: ofwel moet de balans geïkt worden ten voordele van het dominante belang van de burger bij de bescherming van zijn bedreigde privacy; ofwel moet het privacy-argument zwaarder doorwegen dan de andere argumenten⁸⁸.

Een korte sprong naar de belangenafwegingsactiviteit van de rechter bij de toepassing van de algemene zorgvuldigheidsnorm inzake milieuproblemen is ter zake bijzonder leerrijk. Ook hier moet de rechter immers bakens plaatsen. Bocken schrijft daarover dat aan de bescherming van het milieu een overwegend belang moet gehecht worden op basis zowel van internationale verdragen en verklaringen waarbij België partij is, alsook in navolging van de regeringsverklaringen en voorbereidende werkzaamheden bij milieuwetten⁸⁹. Absolute gevolgen moet dit evenwel niet hebben, zeker wanneer die zouden leiden tot de stopzetting van technologische ontwikkeling, economie, werkgelegenheid, enzoverder. Wel verdienen de milieubelangen een hogere waardering bij de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm in milieugeschillen, en daartoe mag de wetgever, aldus Bocken in 1979, wat duidelijkere aanwijzingen geven⁹⁰.

Op het vlak van de privacy, vloeien de bakens voor de belangenafweging als het ware vanzelf voort zowel uit de fundamentele plaats die de vrijheid inneemt in het Westers rechtsstatelijk democratisch project als uit de internationale verdragen en de daarmee verbonden plaats van de privacy in de normenhiërarchie. De rechter incorporeert de predominantie van de privacy in zijn *balancing test*. Vandaar dat de aantasting van een fundamentele vrijheid minimaal en strikt noodzakelijk behoort te zijn. De evaluatie van proportionaliteit van de belangen zal dan ook beïnvloed worden door de plaats die zij in de normenhiërarchie innemen.

Maar zelfs indien de vrijheden, rechten en belangen aan de twee kanten - t.w. het fundamentele recht op privacy en de verwerkingsbevoegdheid - vanuit juridisch oogpunt evenwaardig worden bevonden, omdat de verwerkingsbevoegdheid ook als een fundamentele vrijheid naar voor wordt geschoven (cf. supra), dan nog kan er bij het afwegen van belangen geen abstractie gemaakt worden van een aantal factoren die bijdragen tot een voorijking van de balans ten voordele van de privacy. De wetgever heeft daartoe in casu voldoende duidelijke indicaties gegeven. Immers, de Privacywet strekt tot *de bescherming van de persoonlijke levenssfeer*. Daartoe heeft zij speciaal een Commissie opgericht *voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer*. Bovendien kent zij de burgers expliciet het fundamentele recht toe op *eerbied van de persoonlijke levenssfeer* bij de verwerking van persoonsgegevens ... Indien er iets is dat niet aan duidelijkheid te wensen overlaat is het wel dat de wet een inhaaloperatie wil forceren ten bate van de burger, precies als reactie op een onevenwichtige en

⁸⁸ Cf. "Il y a bien débat entre libertés et nécessité d'apprécier au regard des intérêts de la société le poids accordé à chacune d'elles"; zie POULLET, Y., "Le fondement du droit à la protection des données nominatives : 'propriétés ou libertés'", *L.c.*, 195 en POULLET, Y. & LEONARD, Th., *L.c.*, 241 (de cursivering is van mij).

⁸⁹ BOCKEN, H., *o.c.*, 62.

⁹⁰ *Ibid.*, 63-65.

disproportionele vigerende praktijk van persoonsgegevensverwerking in de publieke en de private sector. Daartoe heeft de wetgever expliciete grenzen gesteld aan de uitholling van het grondrecht op eerbiediging van de privacy en heeft hij een instantie in het leven geroepen die daarop - namens de burgers⁹¹ - met voldoende gezag en macht op ondernemende, alerte wijze moet toezien.

Hieruit vloeit natuurlijk rechtstreeks voort dat de Commissie een spilrol toekomt in het dispositief van de wet. Zij werd opgericht omdat - ten bate van de privacy van de enkelingen en groepen - de noodzaak werd ervaren een afdoend tegengewicht te creëren tegenover het heersende overwicht van de houders van verwerkingen. Er valt bijgevolg vanuit strategisch oogpunt te verwachten dat de tegenstanders van de Privacywet zullen trachten aan te tonen dat de Commissie zeer beperkte bevoegdheden heeft. Zo is het pleidooi dat de Commissie herleidt tot een passief registratie-orgaan of tot het secretariaat van de databank van databanken, een regelrechte aanval op de achillespees van de wet⁹².

II. De toepassing van het finaliteitsbeginsel van de Privacywet

a. Het finaliteitsbeginsel.

17. Het finaliteitsbeginsel vertegenwoordigt ongetwijfeld het basisprincipe van de meeste, om niet zeggen alle *data-protection* wetten⁹³. Indien het verwerken van persoonsgegevens niet verboden maar in principe toegelaten is, dan is dit uitsluitend het geval voor zover de verwerking geschiedt overeenkomstig en ter verwezenlijking van een bepaald wettig doel. Omgekeerd mag gesteld worden dat het doel van de verwerking doorslaggevend is voor de legitimiteit van de verwerking en het gebruik der gegevens. De finaliteit van een verwerking is bijgevolg dé toetssteen van het dispositief van de Privacywet.

Dat het finaliteitsbeginsel in de regel wordt teruggevonden in alle gegevensbeschermingswetgevingen heeft te maken met zijn internationale dimensie. Zo wordt het krachtens art. 5 Verdrag 108 als volgt geformuleerd: "Persoonsgegevens die langs automatische weg verwerkt worden, dienen: a) op eerlijke en wettige wijze te worden verkregen en verwerkt; b) te worden opgeslagen voor duidelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden en niet te worden gebruikt op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden; c) toereikend, ter zake dienend en niet overmatig te zijn, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden opgeslagen; d) nauwkeurig te zijn en,

⁹¹ De Commissie wordt door de wetgevende macht benoemd. Zij is "een soort 'kind van het Parlement'"; de tussenkomst van de Voorzitter van de Commissie tijdens de Hoorzitting met de leden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, Verslag Vandenberghe, 29.

⁹² De cruciale actieve taak van de Commissie volgt overigens niet alleen uit de fundamentele aspecten en de globale economie van de wet. In contrast met de vroegere wetsontwerpen werd inderdaad niet zelden met trots aangehaald dat de Commissie door het laatste ontwerp zou worden uitgebouwd tot een volwaardig, autonoom en gezaghebbend orgaan met veel ruimere bevoegdheden dan de toenmalige Raadgevende Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Zie b.v. WATHELET, M., "Toekomstperspectieven: het wetsontwerp over de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de geautomatiseerde persoonsregistratie", *Proc. Viering van de vijfde verjaardag van de Raadgevende Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer*, 20 september 1989, 7-10 en Verslag Merckx-Van Goey, 3, 11-13 (inleiding van de Vice-Eerste Minister van Justitie en Economische Zaken).

⁹³ POULLET, Y. & LEONARD, Th., *l.c.*, 257. Cf. Frankrijk: COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES, *Dix ans d'informatique et libertés*, Paris, Economica, 1988, 36. Boulanger, de Terwangne en Léonard plaatsen drie globale principes aan de basis van de wet : het principe van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens, het finaliteitsbeginsel en het transparantie- of openbaarheidsprincipe; BOULANGER, M.-H., DE TERWANGNE, C. & LEONARD, T., *l.c.*, 370.

zo nodig te worden bijgewerkt; e) te worden bewaard in een zodanige vorm dat de betrokkene hierdoor niet langer te identificeren is dan strikt noodzakelijk is voor het doel waarvoor de gegevens zijn opgeslagen"⁹⁴. Het toelichtend verslag bij het Verdrag preciseert dat "de verwijzing naar de 'finaliteiten' in de letters b en c (aan)duiden (...) dat het niet toegelaten zal zijn gegevens op te slaan voor niet bepaalde doeleinden. De wijze waarop het wettelijk⁹⁵ doel wordt verduidelijkt kan variëren al naargelang het interne recht"⁹⁶.

Gelijkaardige formuleringen van het finaliteitsbeginsel kunnen verder gevonden worden in de door de Belgische regering onderschreven O.E.S.O.-Richtlijnen en in het Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de bescherming van natuurlijke personen i.v.m. de behandeling van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (verder: CEG-gewijzigd Voorstel)⁹⁷.

18. Krachtens artikel 5 Privacywet vigeert het finaliteitsbeginsel onder volgende bewoordingen: "Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt voor duidelijk omschreven en wettige doeleinden en mogen niet worden gebruikt op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden. Zij dienen uitgaande van die doeleinden toereikend, ter zake dienend en niet overmatig te zijn". Over dit artikel, dat "een grondbeginsel invoert op het gebied van de gegevensbescherming", wordt in de Memorie van Toelichting verder verduidelijkt dat de bepaling het beginsel huldigt "dat het niet toegestaan is persoonsgegevens te verwerken zonder een welbepaald doel dat reeds bij de aanvang bekend moet zijn. De verwerkte gegevens moeten met betrekking tot de vooropgestelde doeleinden ter zake dienend zijn, en het mag dus niet mogelijk zijn gegevens te registreren die volledig vreemd zijn aan het doel van de verwerking. Zij mogen de gestelde doeleinden evenmin te buiten gaan"⁹⁸.

Een nadere kijk op de formulering van art. 5 Privacywet laat toe om het finaliteitsbeginsel langs drie assen te systematiseren⁹⁹.

a. Met betrekking tot de finaliteit van de betrokken verwerking is de *wettigheidsvereiste* van kracht. Deze vereiste kan, Pouillet en Léonard navolgend, in

⁹⁴ De gebruikte vertaling is: Verdrag tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (vertaling), 28 januari 1981, Gedr. St., Kamer, 1990-91, 1312/1, 32-41.

⁹⁵ Bedoeld wordt "wettig" (*légitime*).

⁹⁶ Toelichtend verslag bij Verdrag 108; Verdrag tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (vertaling), 28 januari 1981, Gedr. St., Kamer, 1990-91, 1312/1, 16.

⁹⁷ Art. 6 Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen i.v.m. de behandeling van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, COM (92) 422 def. - SYN 287, Brussel, 15 oktober 1992, 77-78: "De Lid-Staten bepalen dat (a) de behandeling van persoonsgegevens eerlijk en rechtmatig moet geschieden; (b) *de gegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en wettige doeleinden moeten worden verzameld en gebruikt op een wijze die met die doeleinden verenigbaar is*; (c) *de gegevens toereikend, ter zake dienend en niet overmatig dienen te zijn uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden behandeld*; (d) de gegevens nauwkeurig dienen te zijn en, zo nodig, dienen te worden bijgewerkt; dat alle maatregelen dienen te worden getroffen om de gegevens die voor de doeleinden waarvoor zij zijn verzameld, onnauwkeurig of onvolledig zijn, te verwijderen of recht te zetten; (e) de gegevens in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkenen te identificeren, niet langer mogen worden bewaard dan voor de verwezenlijking van de beoogde doeleinden noodzakelijk is. De Lid-Staten kunnen in passende waarborgen voorzien voor persoonsgegevens die voor historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden worden gebruikt".

⁹⁸ Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (6 mei 1991), Gedr. St., Kamer, 1990-91, 1610/1, 10.

⁹⁹ Dit geschiedt hier zonder aandacht naar de bijzondere en voorwaardelijke regimes voor gevoelige, medische en gerechtelijke gegevens. In voorkomend geval zullen die regimes uiteraard bepaalde repercussies hebben op de navolging van de drie assen van de finaliteit. Over deze bijzondere regimes - art. 6, 7 en 8 Privacywet - zie o.m. CENTRUM VOOR INTERNATIONAAL STRAFRECHT, L.c., 1148-1150.

twee componenten opgesplitst worden. Ten eerste geldt de formele wettigheidsvereiste die de verantwoordelijke voor de verwerking (de "houder") een duidelijke omschrijving van de finaliteit van de verwerking oplegt. Ten tweede moet rekening gehouden worden met de materiële (of inhoudelijke) wettigheidsvereiste, waardoor de gekozen en opgegeven finaliteit in overeenstemming moet zijn met het evenwicht dat de Privacywet beoogt (te herstellen)¹⁰⁰ (infra sub rn. 19-21).

b. Met betrekking tot de persoonsgegevens zelf dient rekening gehouden te worden met wat Pouillet en Léonard de *conformiteitsvereiste* noemen: de verwerkte gegevens moeten ten opzichte van de finaliteit van de verwerking toereikend, ter zake dienend en niet overmatig zijn. Het genoemde conformiteitscriterium impliceert aldus de evaluatie van de gekozen persoonsgegevens in functie van de vooropgestelde finaliteit¹⁰¹ (infra sub rn. 22-23).

c. Met betrekking tot de aanwending van de persoonsgegevens geldt de *vereiste van het verenigbaar gebruik*. Persoonsgegevens mogen inderdaad niet gebezigd worden op een wijze die incompatibel is met de finaliteit van hun verwerking. De verwerkingsbevoegdheid mag m.a.w. noch misbruikt, noch van zijn doel afgewend worden (infra sub rn. 24-25).

De verdere structuur van deze bijdrage ontwikkelt zich als een bezinning over de drie genoemde assen (wettigheid, conformiteit en verenigbaar gebruik). Telkens zal daarbij verwezen worden naar de rol die ter zake van de Commissie mag verwacht worden.

b. Wettige finaliteiten

19. De eerste component van de wettigheidsvereiste houdt volgens Pouillet en Léonard verband met meer *formele aspecten* van de finaliteitsbepaling. Hij staat los van de inhoudelijke bepaling, d.w.z. van de keuze van die finaliteit. Twee aspecten tekenen de formele wettigheidsvereiste.

a. In de eerste plaats moet de finaliteit van een verwerking exclusief bepaald worden uit hoofde van een bevoegdheid ("een autoriteit"¹⁰²) die door of krachtens de wet toegekend wordt¹⁰³. Maken we het onderscheid tussen de publieke en private sector.

In de publieke sector kunnen de bevoegheden van de administratie hun grondslag alleen vinden in de Grondwet of in krachtens de Grondwet uitgevaardigde wetten en decreten¹⁰⁴; de uitvoerende macht is uitsluitend een toegewezen macht¹⁰⁵.

¹⁰⁰ "L'égimité formelle, il s'agit de désigner l'autorité compétente et responsable pour la définition de la finalité. L'égimité de fond, il s'agit de choisir une finalité compatible avec la liberté ou l'intérêt que l'on invoque tout en respectant les libertés individuelles des personnes concernées par les données", POULLET, Y. & LEONARD, Th., *l.c.*, 276 (tevens 259 et seq.)

¹⁰¹ "Il s'agit cette fois de limiter le contenu des traitements et des communications aux seules informations nécessaires à l'exécution des missions légitimes de celui qui réclame le droit à l'information", *ibid.*

¹⁰² *Ibid.*, 259.

¹⁰³ Vergelijk met het *formeel criterium* dat art. 8 al. 2 E.V.R.M. vooropstelt voor de rechtmatige schending van de privacy door de Staat (supra).

¹⁰⁴ POULLET, Y. & LEONARD, Th., *l.c.*, 260: "Le principe de légalité garantit le respect de la règle formelle : le législateur est l'autorité compétente pour déterminer les finalités".

Verder kunnen openbare diensten slechts opgericht worden door of krachtens wet. Dit betekent dat een overheidsverwerking van persoonsgegevens uiteindelijk steeds een wettelijke basis moet hebben. De finaliteit van een administratieve verwerking moet bijgevolg stroken met het wettelijke kader van deze administratie, alsook met de haar toegekende bevoegdheden¹⁰⁶.

In de private sector zal de wettelijke basis van de verwerking gevonden worden in de Privacywet zelf. Inderdaad, de wet voorziet dat de finaliteit van de verwerking moet bepaald worden door een persoon of rechtspersoon die daartoe exclusief voor bevoegd én verantwoordelijk is. Deze bevoegde verantwoordelijke wordt krachtens art. 1 par. 6 Privacywet "houder van het bestand" genoemd, t.w. "de natuurlijke persoon of de rechtspersoon of de feitelijke vereniging die bevoegd is om te beslissen over het doel van de verwerking of over de soorten gegevens die erin moeten voorkomen". Een functioneel criterium, m.n. de beslissingsbevoegdheid of -macht, wordt aldus weerhouden, waardoor de verantwoordelijke houder diegene is die het in laatste instantie voor het zeggen heeft¹⁰⁷.

b. In de tweede plaats behoort elke finaliteit overeenkomstig art. 5 Privacywet en art. 5 Verdag 108 "duidelijk omschreven" te zijn. Zij moet in heldere, preciese en nauwkeurige termen vooropgesteld worden¹⁰⁸. Dit is uiteraard een voorwaarde voor een doeltreffende controle op de verwerking zowel door de Commissie als door de betrokkene zelf. Er moet inderdaad een toetsingscriterium voorhanden zijn: een ambiguë of vage finaliteitsomschrijving zal daar beslist niet aan tegemoet komen¹⁰⁹. Vanzelfsprekend blijft de duidelijkheidsvoorwaarde niet zonder consequenties voor wat verder onder de noemer "finaliteitsafbakening" zal worden besproken. De vereiste staat in elk geval haaks op *carte blanche* finaliteiten (infra).

20. De tweede component van wettigheidsvereiste houdt verband met de *materiële aspecten* van de finaliteit waarvoor de verwerking van persoonsgegevens wordt ingeschakeld. Ook vanuit substantieel oogpunt moet de finaliteit wettig of rechtmatig zijn. Daarvoor zal de finaliteit van de verwerking verzoenbaar moeten zijn niet alleen met het door de Privacywet beoogde evenwicht tussen het fundamentele recht van de betrokkene en het belang van de houder van de verwerking¹¹⁰, maar

¹⁰⁵ CAMBIER, C., "Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de la légalité", *J.T.*, 1952, 633 ("aucun acte administratif n'échappe à l'empire de la loi") en MAST, A., Overzicht van het Belgisch administratief recht, Gent, Story-Scientia, 1981⁸, 15 et seq. en op 533.

¹⁰⁶ Kortom: "Le principe de légalité exige que toute banque de données soit créée sous le contrôle du législatif, c'est-à-dire que les principaux éléments de la réglementation soient définis par une loi au sens formel du terme. De façon générale, ce principe implique une certaine coordination et un certain contrôle par le législatif de l'informatisation du secteur public"; POULLET, Y. & LEONARD, Th., *l.c.*, 242.

¹⁰⁷ De "houder" moet onderscheiden worden van de "bewerker" die overeenkomstig art. 1, par. 7 van de Wet de persoon is aan wie de organisatie en de uitvoering van de verwerking in concreto worden toevertrouwd.

¹⁰⁸ POULLET, Y. & LEONARD, Th., *l.c.*, 262. Zie ook COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES, *Dix ans d'informatique et libertés*, *o.c.*, 37. In het art. 6 b CEG-gewijzigd Voorstel (p. 77) luidt het dat de doeleinden "welbepaald en uitdrukkelijk omschreven" dienen te zijn. Volgens de bijgevoegde Memorie van Toelichting betekent dit "dat het doel van de verzameling en het gebruik van de gegevens zo nauwkeurig mogelijk gedefinieerd moet worden"; CEG-gewijzigd Voorstel, 16.

¹⁰⁹ Zie POULLET, Y. & LEONARD, Th., *l.c.*, 259.

¹¹⁰ *Ibid.* In het CEG-gewijzigd Voorstel wordt een andere werkwijze gevolgd waarbij het "behandelen" van persoonsgegevens in principe verboden is, tenzij het geschiedt overeenkomstig de in art. 7 opgesomde grondslagen van de behandeling. Dat zijn de limitatief opgesomde uitzonderingssituaties waarin de behandeling rechtmatig of legitiem zal zijn in de zin van art. 6 a) CEG-gewijzigd Voorstel (supra). Art. 7 CEG-gewijzigd Voorstel luidt: "De Lid-Staten bepalen dat de behandeling van persoonsgegevens slechts mag geschieden indien (a) de betrokkene zijn toestemming daarvoor heeft verleend; (b) deze behandeling noodzakelijk is

uiteraard ook met het evenwicht dat m.b.t. de privacy door het hiërarchisch hogere art. 8 E.V.R.M. wordt opgelegd¹¹¹. De belangenafweging en de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel zullen bijgevolg aan de orde zijn, en dat wel onverminderd het effect van de voorijking van de balans: er moet een hoger belang aanwezig zijn om een inmenging in het fundamenteel recht op privacy van de burgers te rechtvaardigen (supra).

Teneinde de inhoudelijke wettigheid van de finaliteit verder te bespreken is het nuttig om eerst stil te staan bij de criteria die gehanteerd worden bij de toepassing van het proportionaliteitsprincipe¹¹². Zij zijn steeds driedelig. Nemen we het geval waarbij een handeling, gesteld in de uitoefening van een recht, in conflict komt met de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden. Welnu, die handeling zal slechts wettig of rechtmatig zijn indien zij beantwoordt aan de drie criteria van de proportionaliteit. Daarvoor zal de handeling allereerst *nuttig* (pertinent of ter zake dienend) moeten zijn t.a.v. het beoogde doel, hetgeen impliceert dat een voldoende causaliteit moet vastgesteld worden tussen doel en middelen. Bovendien zal de handeling ter zake *onontbeerlijk* moeten blijken, in die zin dat zij niet vervangbaar is door een andere handeling met gelijke doeltreffendheid, maar die de betrokken fundamentele rechten en vrijheden minder schaadt (deze twee criteria samen duidt Van Gerven overigens met één begrip: het criterium van de noodzakelijkheid). Ten derde tenslotte zal de handeling, zelfs wanneer zij nuttig en onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van het doel, toch onwettig zijn wanneer dat laatste op disproportionele wijze haaks staat op de fundamentele rechten en vrijheden; d.i. het *proportionaliteitscriterium sensu stricto*¹¹³.

Het hierboven geschetste proportionaliteitsbeginsel, met zijn drie criteria, verschaft een systematisch, transparant en redelijk instrument om de beperking van een grondrecht te beoordelen in het kader van een belangenafweging¹¹⁴. De criteria zijn bovendien soepel: zij beletten niet dat degene die ze hanteert de hiërarchisch hogere

voor de uitvoering van een met de betrokkene gesloten overeenkomst of van precontractuele maatregelen waarmee op een verzoek van de betrokkene wordt ingegaan; (c) deze behandeling noodzakelijk is om een in de nationale of in de Gemeenschapswetgeving geregelde verplichting na te komen; (d) deze behandeling noodzakelijk is ter bescherming van een vitaal belang van de betrokkene; (e) deze behandeling noodzakelijk is voor de vervulling van een opdracht van openbaar belang of van een taak die deel uitmaakt van het openbaar gezag waarvan de voor de behandeling verantwoordelijke of de derde aan wie de gegevens worden verstrekt, drager is of (f) deze behandeling noodzakelijk is voor de behartiging van het algemeen belang of van het rechtmatige belang van de voor de behandeling verantwoordelijke of van de derde(n) aan wie gegevens worden verstrekt, mits het belang van de betrokkene niet doorslaggevend is". De legitimiteit van een verwerking zal bijgevolg ook overeenkomstig het CEG-gewijzigd Voorstel kunnen blijken "uit de afweging van de verschillende belangen die in het geding zijn. Deze 'afweging van belangen', die betrekking kan hebben op zeer uiteenlopende behandelingen zoals die op het gebied van de marktverkenning of openbare gegevens, dient gemaakt te worden door die Lid-Staten zelf vast te stellen procedures, waarbij met name rekening gehouden wordt met de in afdeling 1 genoemde beginselen en de rechten van de betrokken personen"; Zie Memorie van Toelichting bij het CEG-gewijzigd Voorstel, 5, zie ook op p. 15. Kortom: "Voor zover het doel van het bewaren en gebruiken van persoonsgegevens rechtmatig moet zijn, heeft de behandeling slechts een beperkt aantal mogelijke doeleinden. Een dergelijke behandeling kan slechts gecreëerd en gebruikt worden voor een doel overeenkomstig de bepalingen van de richtlijn en de nationale wetgevingen van de Lid-Staten"; Memorie van Toelichting bij het CEG-gewijzigd Voorstel, 16.

¹¹¹ Dat betekent meer concreet dat de naleving van art. 8 E.V.R.M. ingeroepen kan worden bij de toepassing van de Privacywet en dat natuurlijke personen zich, bij de uitputting van nationale rechtsmiddelen, desnoods rechtstreeks kunnen wenden tot de Europese Commissie voor de rechten van de mens, die de zaak eventueel bij het Hof kan aanhangig maken.

¹¹² Deze criteria werden door Van Gerven gedistilleerd uit de toepassing van het principe in het Europees Gemeenschapsrecht (zowel in economische aangelegenheden als bij de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden) en in het privaatrecht (zowel inzake rechtsmisbruik als inzake de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden in private rechtsbetrekkingen). Cf. supra en VAN GERVEN, W., "Principe de proportionnalité ...", *L.c.* Zie ook POULLET, Y. & LEONARD, Th., *L.c.*, 253.

¹¹³ "(Dans le test de proportionnalité, S.G.) la mesure nécessaire (c'est-à-dire utile et indispensable et donc jugée licite à première vue) fait maintenant l'objet d'un nouvel examen au cours duquel elle n'est plus comparée à une autre mesure possible, mais analysée *en elle-même* afin de voir si l'avantage qu'elle représente pour le but poursuivi fait bonne mesure par rapport au préjudice qu'elle entraîne (...)" ; VAN GERVEN, W., "Principe de proportionnalité ...", *L.c.*, 306.

¹¹⁴ Zie POULLET, Y. & LEONARD, Th., *L.c.*, 253-256.

waarden doet predomineren. Mutatis mutandis zullen de Commissie en de rechter er nuttig gebruik van kunnen maken bij het beoordelen van de materiële wettigheid van de finaliteit van persoonsgegevensverwerkingen. Dit kan geïllustreerd worden t.a.v. verwerkingen in de openbare én in de private sector.

a. Elk overheidshandelen is doelgebonden en moet uiteindelijk ingegeven zijn door een doelstelling van algemeen belang¹¹⁵. Zelfs al beschikt de overheid over bevoegdheden met grotere of kleinere beleids- of beoordelingsvrijheid, dan nog kunnen die enkel en alleen aangewend worden ter verwezenlijking doelstellingen waarvoor zij bestemd zijn¹¹⁶. Daarbij aansluitend is het overheidshandelen steeds onderworpen aan het specialiteitsprincipe¹¹⁷ of aan het "beginsel van de finaliteit van de openbare dienst"¹¹⁸.

Zo zal de finaliteit waarvoor een publiekrechtelijk orgaan een verwerking van persoonsgegevens opricht *nuttig* en *onontbeerlijk* moeten zijn voor de vervulling van haar specifieke opdracht. Dit betekent niet alleen dat de finaliteit van de verwerking de finaliteit van de betrokken en verantwoordelijke overheidsinstantie moet dienen, maar ook dat er daartoe geen - voor de privacy van de burgers - minder schadelijke weg bestaat. Voorbij die vastgestelde *noodzakelijkheid*, zal de verwerking nochtans alleen wettig zijn, indien zij de *proportionaliteitstoets* doorstaat: de verwerking mag - niettegenstaande zijn "interne" noodzaak - geen disproportionele inmenging betekenen in de privacy van de burgers (die tenslotte, en niet in geringe mate, ook raakt aan het algemeen belang). Dan dient overwogen te worden in hoeverre het bestaan van de verwerking het gedrag van de individuen beïnvloedt en hen bijgevolg in hun vrijheid beknot, en of die prijs, gegeven de fundamentele waarde van de privacy, wel redelijk is t.o.v. de finaliteit van de verwerking.

Overeenkomstig art. 8 alinea 2 E.V.R.M. is bovendien geen inmenging in de privacy door enig openbaar gezag toegestaan voor zover die bij wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van rechten en vrijheden van anderen. Getransponeerd op de onderhavige problematiek impliceert zulks dat indien de door de overheid voorgenomen of opgerichte verwerking strijdig is met de door art. 8 alinea 1 gewaarborgde vrijheid van het privé-leven, zij slechts een wettig karakter zal hebben wanneer zij bijdraagt tot de verwezenlijking van de in tweede alinea limitatief opgesomde wettige doeleinden. De E.V.R.M.-toets zal bijgevolg ook in het kader van de Privacywet moeten worden doorgevoerd.

¹¹⁵ VAN GERVEN, W., *Hoe blauw is het bloed van de prins?*, o.c., 9: "De bevoegdheden die haar (de overheid, S.G.) bij Grondwet of bij wet zijn toegekend hebben alle een (min of meer bijzonder) algemeen belang op het oog. In die zin zijn alle bevoegdheden van de overheid doelgebonden. Dit is niet meer dan normaal: dankzij de haar gegeven bevoegdheden kan de overheid eenzijdig ingrijpen in de individuele rechtssfeer van de burgers; een zulkdanige ingrijpende bevoegdheid kan maar bestaan terwille van het algemeen belang". Cf. MAST, A., o.c., 545.

¹¹⁶ BOCKEN, H., o.c., 180 et seq. en VAN GERVEN, W., *Hoe blauw is het bloed van de prins?*, o.c., 11.

¹¹⁷ MAST, A., o.c., 54 en POULLET, Y. & LEONARD, Th., l.c., 241-242 en 260.

¹¹⁸ DELVA, J., "Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges", T.P.R., 1967, 449.

b. De materiële of inhoudelijke wettigheidsvereiste is ook toepasselijk in de private sector¹¹⁹. De finaliteit van de verwerking zal hier in de eerste plaats moeten overeenstemmen met de finaliteit van de activiteit van de verantwoordelijke houder¹²⁰. Wanneer deze laatste een rechtspersoon is (of een rechtspersoon vertegenwoordigt) zal het doel waarvoor de rechtspersoonlijkheid werd verleend als toetssteen kunnen gehanteerd worden. Ook hier vigeert het specialiteitsbeginsel: een rechtspersoon kan "onverschillig zijn publiek- of privaatrechtelijke aard alleen met het oog op het verwezenlijken van zijn doel handelen"¹²¹. Het statutair doel van rechtspersonen van privaatrecht is bepaald en wordt steeds bekendgemaakt¹²².

In voorkomend geval zal bijgevolg moeten nagegaan worden of de finaliteit van de verwerking ("intern") *nuttig* en *onontbeerlijk* kan worden geacht voor de verwezenlijking van het maatschappelijk doel van de privaatrechtelijke rechtspersoon¹²³. Anders gesteld moet antwoord gegeven worden op de vraag of ter zake - voor de privacy - de weg van de minste pijn werd gevolgd.

Daarenboven zal de ("externe") proportionaliteitstoets *sensu stricto* ook doorgevoerd moeten worden: de verwerking en zijn finaliteit mogen niet op disproportionele wijze indruisen tegen de fundamentele vrijheid van de privacy van de burgers¹²⁴. De verwerking mag het evenwicht niet schenden. Het afwegen van belangen dat op deze wijze wordt georganiseerd zal evenwel geen abstractie mogen maken van de aard van de belangen die in het geding zijn. Een louter mercantiele finaliteit - zoals b.v. de verwerking van persoonsgegevens tot profielen voor verkoop met het oog op *direct marketing*¹²⁵ - die verregaande inmengingen in de privacy veronderstelt, zal anders beoordeeld moeten worden dan een persoonsgegevensverwerking die noodzakelijk is voor het functioneren van een sportclub¹²⁶. In elk geval zal, in het licht van de predominantie van het (in de praktijk achtergestelde) recht op privacy, geëvalueerd moeten worden of de finaliteit van de verwerking de beschermde vrijheid niet op onaanvaardbare wijze schendt. Opnieuw zal het nuttig zijn daartoe na te gaan in welke mate het bestaan van de verwerking de keuzen en gedragingen van de betrokken burgers zou kunnen beïnvloeden.

21. Volmondig kunnen de volgende woorden van Pouillet en Léonard, waarmee zij hun stuk over legitimiteitscontrole beëindigen, bijgetreden worden: "Ainsi compris, le principe de légitimité apparaît, tous secteurs confondus, comme le premier rempart

¹¹⁹ POULLET, Y. & LEONARD, Th., l.c., 262.

¹²⁰ Ibid., 272.

¹²¹ MAST, A. o.c., 54. Tevens: VAN GERVEN, W., Beginnelsen van Belgisch privaatrecht I. Algemeen deel, o.c., 125.

¹²² Het doel van een N.V. en van een B.V.B.A. moet in de oprichtingsakte nauwkeurig omschreven zijn. Ook de statuten van een V.Z.W. moeten diens doel bepalen.

¹²³ Wanneer de houder van een verwerking geen rechtspersoon is of vertegenwoordigt, zal er met het oog op de evaluatie van de (interne) *noodzaak*, nagegaan moeten worden in welk globaal project van de natuurlijke persoon of feitelijke vereniging de finaliteit van de gegevensverwerking ingebed is. Hier zal evenwel vooral de proportionaliteitsregel *sensu stricto* van belang zijn.

¹²⁴ "Il faudra également vérifier que la finalité du traitement n'implique pas une ingérence disproportionnée dans la vie privée de l'individu même si elle doit être jugée nécessaire quant au but poursuivi"; POULLET, Y. & LEONARD, Th., l.c., 262.

¹²⁵ Zie ibid., 263-264.

¹²⁶ Over de kiese problemen die het beoordelen van de legitimiteit van de doorgave van persoonsgegevens stelt, al naargelang die doorgave wel of niet behoort tot de finaliteit van de verwerking, en naargelang hetgene wat de ontvanger ermee doet binnen of buiten het kader van door hem nagestreefde finaliteit, ... leze men de mooie probleemstelling in ibid., 264-267.

de l'individu face à un usage abusif de traitements qui impliquent en dernière analyse une atteinte inacceptable à la liberté de la vie privée"¹²⁷. Daarom overigens dat voor de schending van art. 5 Privacywet tevens strafbepalingen voorzien zijn (art. 39, 3 en 41). Zo de wet strekt tot de bescherming van de privacy bij de verwerking van persoonsgegevens zal het geen verwondering baren dat streng moet opgetreden worden tegen verwerkingen waarvan de finaliteit als dusdanig een disproportionele bedreiging vormt voor het fragiele - door het E.V.R.M., het Verdrag 108 en de Privacywet beoogde - evenwicht tussen enerzijds het fundamentele recht op bescherming van de privacy van de burgers en anderzijds de verwerkingsbevoegdheid van andere burgers, rechtspersonen en bestuursorganen.

Het is speciaal de Commissie - *un pouvoir pour les libertés* - die met betrekking tot de wettigheidscontrole een eerstelijnsrol zal moeten spelen. Zij werd als gespecialiseerd orgaan precies opgericht om te verhelpen niet alleen aan het vastgestelde onevenwicht inzake gegevensverwerkingen, maar ook aan de niet-vertegenwoordiging van de datasubjecten en aan hun "drempelvrees" t.o.v. de gerechtelijke procedures. Om de wettigheidscontrole in haar schoot te organiseren kan de Commissie terugvallen op haar "algemene controlebevoegdheid over alle bestanden en gegevensverwerkingen"¹²⁸. D.w.z. dat ze op elk ogenblik de gegevens uit de aangifte kan raadplegen; een onderzoek kan instellen tot het bekomen van meer informatie (art. 32 par. 1); een gemotiveerde aanbeveling kan richten tot de houder van een bestand nadat deze gehoord werd (art. 30 par. 2) ...¹²⁹ De burgers mogen, onverminderd de initiatieven die zij zelf kunnen nemen, dan ook hopen dat de Commissie initiatiefvol en autonoom zal optreden teneinde bij te dragen tot het herstel of respect van het door de Privacywet vooropgestelde evenwicht. Zij mag zich daarbij ongetwijfeld spiegelen aan de gedrevenheid van de Franse *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL).

c. Conforme gegevens

22. Met de conformiteitsvereiste wordt de controle toegepitst op de gegevens die, overeenkomstig art. 5 Privacywet, uitgaande van de finaliteit van de verwerking, toereikend, ter zake dienend en niet overmatig moeten zijn. De conformiteitscontrole bouwt voort op het resultaat van de wettigheidscontrole: indien de finaliteitskeuze van de verwerking wettig is in de formele én materiële betekenis, dan moet thans onderzocht worden of de keuze van gegevens conform is aan de vooropgestelde finaliteit.

De formulering van de conformiteitsvoorwaarden in art. 5 Privacywet strookt met die van art. 5 Verdrag 108 en van art. 6 CEG-gewijzigd Voorstel, op dit verschil na dat de gegevens overeenkomstig die laatste bepalingen ook "juist" of "nauwkeurig"

¹²⁷ *Ibid.*, 267.

¹²⁸ Inleiding van de Vice-Eerste Minister van Justitie en Economische Zaken, Verslag Merckx-Van Goey, 3 en verder op p. 12: "Al haar bevoegdheden van advies, aanbeveling, bemiddeling, klachten, onderzoek, verslaggeving, prejudicieel advies, impliceren inderdaad deze algemene controlebevoegdheid". Zie ook Inleidende nota van de Minister van Justitie, Verslag Vandenbergh, 119.

¹²⁹ Bovendien behoort zij, tenzij de wet anders bepaalt, bij het parket aangifte te doen van vastgestelde misdrijven (art. 32 par. 2) en kan haar Voorzitter ieder geschil houdende de toepassing van de Wet en haar uitvoeringsbesluiten aan de rechtbank van eerste aanleg voorleggen.

moeten zijn. Deze vereiste volgt evenwel uit het aan de betrokkene toegekende recht op verbetering (art. 12 Privacywet)¹³⁰.

Voor de beoordeling van de conformiteit van de gegevens zal, voor persoonsgegevensverwerkingen in de publieke én in de private sector, opnieuw op nuttige wijze teruggevallen kunnen worden op de proportionaliteitsregel¹³¹. Dat volgt trouwens uit de bewoordingen van de wet zelf, die ondubbelzinnig verwijzen naar de soort afwegingen die zich voltrekken in het kader van de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Dat de gegevens "toereikend" en "ter zake dienend" moeten zijn voor de verwezenlijking van het doel van de verwerking, betekent niets anders dan dat ze daartoe "noodzakelijk", d.w.z. "nuttig en onontbeerlijk" dienen te zijn. De voorwaarde van de "niet overmatigheid" van de gegevens, verwijst verder naar de regel van de proportionaliteit *sensu stricto*. Zelfs al blijkt, uitgaande van de finaliteit, de noodzaak van de verwerking van bepaalde gegevens, dan mag hun verwerking - gegeven de wettigheid van de beoogde finaliteit - nog geen aanleiding geven tot een disproportionele inmenging in de vrijheid van de privacy van de betrokkenen. Zulks betekent dat de keuze van gegevens, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van de zaak en met de wettige finaliteit van de betrokken verwerking, alsnog het onderwerp uitmaakt van een afweging van belangen. Het verwerken van bepaalde gegevens kan inderdaad onder bepaalde voorwaarden, voorbij de finaliteit van de verwerking, disproportioneel blijken t.o.v. het door de wet nagestreefde herstel van evenwicht¹³².

23. Net als reeds voor de wettigheidscontrole vastgesteld werd, zal de Commissie het orgaan bij uitstek zijn om controle uit te oefenen op de conformiteit van de gegevens (zie *supra*, rn. 21). Als buffer tussen de houders en de betrokkenen, als garantie voor de eerbiediging van de belangen van de burgers, als in deze materie gespecialiseerd orgaan en tenslotte, als soepel discussie- en bemiddelingsforum vóór een aangifte bij het Parket, verschijnt de Commissie als geroepen ten tonele. Onverminderd de bevoegdheid van de betrokkenen (klachten) en die van de hoven en rechtbanken, zal de Commissie zich bij de uitvoering van de conformiteitscontrole opnieuw van alle attributen van haar algemene controlebevoegdheid kunnen bedienen.

d. Onverenigbaar gebruik.

24. Overeenkomstig art. 5 Privacywet, art. 5 Verdrag 108 en art. 6 (b) CEG-Gewijzigd voorstel mogen persoonsgegevens niet worden gebruikt op een wijze die onverenigbaar is met de finaliteit van de verwerking. Het gebruik ervan, het verzamelen, het opslaan en het verspreiden moet "correct"¹³³ gebeuren. Dat moet het

¹³⁰ Tevens is in de twee internationale normen voorzien dat persoonsgegevens niet langer mogen bewaard worden dan noodzakelijk voor de verwezenlijking van de finaliteit. Deze bepaling werd echter niet uitdrukkelijk in de Privacywet opgenomen omdat in die veronderstelling de verwerking *ipso facto* in strijd zou zijn met het finaliteitsbeginsel: de betrokken gegevens zouden alsdan immers overmatig en niet ter zake dienend zijn ; Inleidende uiteenzetting door de Minister van Justitie, Verslag Vandenbergh, 6.

¹³¹ POULLET, Y. & LEONARD, Th., *l.c.*, 270 (met verwijzingen naar het hanteren van de proportionaliteitsregel door de *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*).

¹³² *Ibid.*, 270-271.

¹³³ Toelichtend verslag bij Verdrag 108; Verdrag tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (vertaling), 28 januari 1981, *Gedr. St.*, Kamer, 1990-91, 1312/1, 15.

tevens blijven. De verwerkingsbevoegdheid wordt toegekend voor de realisatie van een welbepaald doel, zodat het gebruik van de daarbij verwerkte persoonsgegevens strikt beperkt wordt tot de vervulling van die bestemming.

Het primordiale belang van die gebruiksbeperking werd van bij de aanvang van de parlementaire werkzaamheden expliciet gesteld, omdat de buitenlandse ervaring toen reeds had "aangetoond dat het overschrijden van doeleinden de voornaamste bron van misbruik vormt en voor de meeste problemen zorgt op het stuk van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer"¹³⁴. Speciaal de vaststellingen van de Franse CNIL hebben die overtuiging gestaafd¹³⁵.

Het is duidelijk dat de onderneming strekkende tot het voorzien van alle mogelijke finaliteitsoverschrijdingen en -afwendingen tot verzanden gedoemd is. Er zijn ter zake teveel mogelijkheden die dikwijls te maken hebben met de directe commerciële of politieke exploiteerbaarheid van bestaande persoonsgegevensbestanden¹³⁶. Bestaande bestanden zijn een marktgoed. Wanneer geen ernstige controle wordt uitgeoefend, kunnen ze doorheen allerhande transacties samengevoegd en herbewerkt worden, zodat ten lange laatste nauwkeurige individuele en "doelgroep"-profileringen in de praktijk eenvoudig worden bekomen. Voorbij de vraag of zulke finaliteit het wettelijk nagestreefde evenwicht zou respecteren, wordt zo'n wildgroei in de wet alleszins aan banden gelegd door de gebruiksbeperkingen die inherent zijn aan het doelgebonden karakter van de verwerkingsbevoegdheid.

Deze laatste formulering laat toe de problematiek van het "verenigbaar gebruik" in algemene juridische termen te bevatten. Maken we voor de helderheid van het betoog opnieuw een onderscheid tussen de private en de publieke sector.

a. In het privaatrecht worden de criteria op basis waarvan de uitoefening van een subjectief recht onrechtmatig kan beschouwd worden, al lang betwist¹³⁷. Voor onderhavig betoog is deze discussie relevant als zij betrekking heeft op het finaliteitscriterium waardoor rechtsmisbruik kan worden geduid "als de uitoefening van een recht op een wijze welke strijdig is met de finaliteit of het sociale doel ervan"¹³⁸.

Het hanteren van zulk criterium maakt de toepassing van het rechtsmisbruik in elk geval zeer rekbaar, té rekbaar¹³⁹. Want indien er vanuit gegaan wordt dat elk

¹³⁴ Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (6 mei 1991), Gedr. St., Kamer, 1990-91, 1610/1, 10.

¹³⁵ In haar evaluatie van de eerste tien jaar werking van de wet van 1978 maakte ze volgende overweging: "(L)es détournements de finalité, qui constituent un risque majeur pour les libertés sont nombreux comme le montrent le nombre de plaintes adressées à la Commission. Les cas de figure sont divers. Beaucoup ont trait à l'utilisation de fichiers de gestion ou de fichiers de prospection commerciale à des fins de propagande politique et électorale. Les exemples abondent"; COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS, Dix ans d'informatique et libertés, o.c., 38. Voor een kleurrijke bloemlezing van interessante en relevante finaliteitsafwendingen, zie de 12 reeds beschikbare verslagen van de CNIL.

¹³⁶ Om een heel eenvoudig voorbeeld te geven: de studenten- en afgestudeerdenbestanden van universitaire instellingen bevatten informatie over de diploma's en studieresultaten van betrokkenen. Interesse is ervoor vanuit verschillende hoeken: direct marketing, werkgevers, interim bureaus, *head hunter* bedrijven, media promotie ...

¹³⁷ VAN GERVEN, W., Beginnelsen van Belgisch privaatrecht I. Algemeen deel, o.c., 181. Zie ook VAN NESTE, F., "Misbruik van recht", T.P.R., 1967, 339.

¹³⁸ BOCKEN, H., o.c., 69.

¹³⁹ Over de discussie houdende het finaliteitscriterium inzake rechtsmisbruik leze men DE BERSAQUES, A., L.c., 1953, 286-287; DE BERSAQUES, A., "L'abus de droit en matière contractuelle", R.C.J.B., 1969, 527 et seq.; VAN GERVEN, W., "Variaties op het thema misbruik", R.W., 1979-80, 2472-2483; VAN GERVEN, W., Beginnelsen van Belgisch privaatrecht I. Algemeen deel, o.c., 181; VAN NESTE, F., "Misbruik van recht", L.c., 353 et seq. en het daarover zeer volledige VAN OMME-SLAEGHE, P., L.c., 303 et seq.

subjectief recht uiteindelijk toegekend wordt met het oog op de realisatie van een bepaald maatschappelijk doel, dan wordt de uitoefening ervan onrechtmatig vanaf het ogenblik dat die uitoefening niet bijdraagt tot de verwezenlijking van dát maatschappelijk doel¹⁴⁰. Rijst natuurlijk de vraag hoeveel ruimte er dan overblijft voor vrijheid. Bovendien is het criterium problematisch omdat de rechter die in zo'n hypothese uitspraak moet doen, dikwijls op eigen houtje aan een subjectief recht een finaliteit zal moeten koppelen waardoor de uitoefening van dat recht wordt geconditionneerd. De opvatting heeft dan ook veel kritiek geoogst¹⁴¹ maar vond tegelijk in meer genuanceerde vorm ingang. Zo werd het criterium van de finaliteit door de rechtspraak in bepaalde gevallen aanvaard, met name voor subjectieve rechten die geen twijfel laten bestaan over de finaliteit waarvoor zij door de wetgever werden toegekend¹⁴².

Nu is de toepassing van het finaliteitscriterium minder problematisch t.o.v. de rechten die Van Gerven kenschetst als "doelgebonden bevoegdheden". Onder bevoegdheid verstaat de auteur een macht "krachtens dewelke de titularis van de bevoegdheid verandering kan brengen in de eigen of in andermans rechtssfeer door het in het leven roepen, uitdoven of wijzigen van subjectieve rechten. Is de bevoegdheid gericht op andermans rechtssfeer, dan beantwoordt daaraan in hoofde van het subject van de vreemde rechtssfeer een gebondenheid, d.i. een moeten dulden of ondergaan van de krachtens de uitoefening van de bevoegdheid ingetreden wijziging (...) Bevoegdheid is dus juridisch kunnen en juridisch mogen in één hand. Het privaatrechtelijke bevoegdheidsbegrip waarvan hier sprake is, is verwant met het publiekrechtelijke bevoegdheidsbegrip"¹⁴³. Het begrip bevoegdheid behoort bijgevolg onderscheiden te worden van het subjectieve recht in de eigenlijke betekenis van het woord: een recht of een aanspraak, d.w.z. een directe zeggenschap op een bepaald goed, op een gedraging of op de bescherming van de eigen persoon van de titularis¹⁴⁴. De bevoegdheden kunnen onderscheiden worden in discretionaire en doelgebonden bevoegdheden¹⁴⁵. De eerstgenoemde bevoegdheden kunnen binnen hun formele grenzen, naar willekeur uitgeoefend worden door hun titularis, zonder dat misbruik door de rechter zal kunnen gesanctionneerd worden¹⁴⁶. Daartegenover staan de doelgebonden bevoegdheden die enkel en uitsluitend kunnen uitgeoefend worden ter

¹⁴⁰ Zie o.m. in JOSSERAND, L., "Relativité et abus des droits" in JOSSERAND, L., *Evolutions et actualités. Conférences de droit civil*, Paris, Sirey, 1936, i.h.b. op p. 90.

¹⁴¹ Cf. de in de vorige voetnoten aangehaalde literatuur.

¹⁴² Zie b.v. Cass. 28 april 1972, *R.W.*, 1972-73, 217-220, noot BUTZLER, R. Zie b.v. ook BOCKEN, H., *o.c.*, 69 en DE BERSAQUES, A., "L'abus de droit en matière contractuelle", *l.c.*, 527-528.

¹⁴³ VAN GERVEN, W., *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht I. Algemeen deel*, *o.c.*, 89 en 94; zie ook op p. 168.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 94 en 168.

¹⁴⁵ Hier is de gelijkenis met het administratief recht overigens letterlijk geworden. Cf. MAST, A, *o.c.*, 540 en VAN GERVEN, W., *Hoe blauw is het bloed van de prins?*, *o.c.*, 9-11.

¹⁴⁶ VAN GERVEN, W., *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht I. Algemeen deel*, *o.c.*, 168 et seq. B.v. de morele rechten van de auteur van een werk, de bevoegdheid om bij testament te beschikken over het beschikbaar gedeelte, de toestemming tot de adoptie ... Zie ook ROUAST, A., "Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1944, 1-19; VAN GERVEN, W., "Variaties ...", *l.c.*, 2473 et seq. en VAN OMMESLAEGHE, P., *l.c.*, 321 et seq. Er zijn overigens steeds minder discretionaire bevoegdheden ...

verwezenlijking van het specifieke en welbepaalde doel waarvoor zij toegekend worden¹⁴⁷.

M.b.t. de toepassing van het rechtsmisbruik geven de drie categorieën van rechten een ander resultaat. Discretionaire bevoegdheden kunnen principieel gezien voor alle, zelfs onbehoorlijke, doeleinden gebruikt worden, zonder dat de rechter ze zelfs marginaal kan toetsen. Subjectieve rechten als zodanig (of bevoegdheden van de middengroep) zullen vatbaar zijn voor de toets van het rechtsmisbruik¹⁴⁸. Doelgebonden bevoegdheden tenslotte, zullen door de rechtbanken gecensureerd worden indien zij niet aangewend worden voor het doel waarvoor ze toegekend zijn¹⁴⁹; hier is de rechterlijke toestingsruimte zeer groot.

Welnu, de verwerkingsbevoegdheid, impliciet door de Privacywet in het leven geroepen, is een mooi voorbeeld van een doelgebonden bevoegdheid, zelfs al wordt haar doel voor elk afzonderlijk geval opnieuw bepaald en is haar rechtsgeldigheid afhankelijk van de wettigheid van datzelfde doel. Inderdaad: het verwerkingsrecht is een macht die erkend wordt in hoofde van de houder waardoor hij door een éézijdige beslissing tot verwerken van persoonsgegevens - die niet de eigendom zijn van de betrokkene¹⁵⁰ - kan ingrijpen in de rechtssfeer van de betrokkene die verplicht is de uitwerking van deze verwerking op zijn vrijheid te dulden (voor zover die niet op disproporionele wijze aan zijn privacy raakt).

Dat de verwerkingsbevoegdheid doelgebonden is, impliceert dat het verwerkingsrecht uitsluitend wordt toegekend ter realisatie van de duidelijk omschreven finaliteit van de verwerking. Zo zal er sprake zijn van een ontoelaatbare afwending van bevoegdheid van zodra de persoonsgegevens en/of de verwerking worden gebruikt voor een ander doel, ongeacht het motief ervoor. Daarenboven is geenszins vereist "dat het afwenden van de bevoegdheid opzettelijk gebeurde: een verkeerd gebruik voortspruitende uit een vergissing nopens het werkelijke doel van de bevoegdheid kan volstaan"¹⁵¹.

De rechter en de Commissie beschikken bijgevolg over de ruimst mogelijke controlemarge m.b.t. de verwerkingsbevoegdheid. Opnieuw is dat niet verwonderlijk: de bevoegdheid werd door de wetgever onder strenge voorwaarden toegekend precies omdat zij de vrijheid van de betrokken data-subjecten beïnvloedt of in gevaar brengt. Teneinde het nagestreefde evenwicht te behartigen heeft de wetgever aan de houder slechts een beperkte, voorwaardelijke en doelgebonden bevoegdheid toegekend. Daaruit vloeit voort dat persoonsgegevens en verwerkingen onder geen enkel beding van hun finaliteit mogen worden afgewend.

¹⁴⁷ B.v. het ontslagrecht (in het belang van de onderneming), de ouderlijke macht (in het belang van het kind), ... VAN GERVEN, W., Beginselen van Belgisch privaatrecht I. Algemeen deel, o.c., 173 et seq., VAN GERVEN, W., "Variaties ...", l.c., 2473 et seq. en VAN OMMESLAEGHE, P., l.c., 316 et seq.

¹⁴⁸ Zie VAN GERVEN, W., Beginselen van Belgisch privaatrecht I. Algemeen deel, o.c., 179-199. Voor Van Gerven zullen ze dan ook uitgeoefend moeten worden overeenkomstig de algemene maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

¹⁴⁹ Zie ibid., 169 (voetnoot 49).

¹⁵⁰ Het gaat dus wel degelijk om een bevoegdheid tot verwerken, en niet om een aanspraak op gegevens die aan een ander toebehoren.

¹⁵¹ VAN GERVEN, W., Beginselen van Belgisch privaatrecht I. Algemeen deel, o.c., 175. Zie ook VAN GERVEN, W., "Variaties ...", l.c., 2476.

b. Hierboven werd reeds aangestipt dat elk overheidshandelen uiteindelijk doelgebonden is (rn. 19). Maar zelfs al staan de overheidsbevoegdheden steeds in het licht van de behartiging van het algemeen belang, dan nog mag er gesteld worden dat ook de overheid beschikt over bevoegdheden die eerder discretionair zijn, en omgekeerd, over bevoegdheden die eerder doelgebonden zijn¹⁵².

Ook wat betreft het onrechtmatig handelen lopen de zaken evenwijdig. Zo stellen Alen en Peeters dat het "finaliteits- of bestemmingscriterium" voor rechtsmisbruik "duidelijk verwantschap (vertoont) met de publiekrechtelijke figuur van de machtsafwending: de houder van het recht blijft ogenschijnlijk binnen de perken van het recht, dat evenwel wordt afgewend van zijn voorwerp en de doeleinden waarvoor het aan de houder is verleend"¹⁵³. Dat is overigens een recurrent thema in de rechtsmisbruik-literatuur¹⁵⁴. Voor Van Gerven is "zuiverheid van oogmerk (verbod van bevoegdheidsafwending of *détournement de pouvoir*)" een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat toepasselijk is in publieke én private bestuurs- of machtsverhoudingen¹⁵⁵. Het parallellisme wordt nog duidelijker wanneer de problematiek van private en publieke machtsafwending beperkt wordt tot de (meer) doelgebonden bevoegdheden. In deze gevallen wordt het probleem van de verboden opportuniteitscontrole¹⁵⁶ immers tot een minimum herleid, daar er voor beleidsvrijheid nog maar weinig ruimte overschiet.

Gegeven de legitimiteit van de finaliteit van de publieke gegevensverwerking (o.a. zijn overeenstemming met het speciaal doel waarvoor het betrokken overheidsorgaan werd opgericht) zal de toegekende verwerkingsbevoegdheid - net als zijn privaatrechtelijke tegenhanger - toch nog op een met de vooropgestelde finaliteit strikt verenigbare wijze gebruikt moeten worden. Van "onverenigbaar gebruik", in de zin van art. 5 van de wet, zal er sprake zijn zodra een discrepantie wordt vastgesteld tussen het gebruik van de persoonsgegevens en de finaliteit van de verwerking, ongeacht de motieven of het foutieve karakter van deze finaliteitsafwending.

25. Zowel t.a.v. privaatrechtelijke als t.a.v. publiekrechtelijke verwerkingen van persoonsgegevens is de toegekende verwerkingsbevoegdheid strikt gebonden aan de finaliteit waarvoor deze in het werk werd gesteld. Dat heeft tot gevolg dat er met betrekking tot het gebruik van de verwerking en de daarbij behandelde persoonsgegevens slechts een marginale beleidsvrijheid bestaat. Des te groter zal de controle van de rechter en de Commissie zijn.

In het bijzonder zal de Commissie, gebruik makend van de haar door de wet toegekende bevoegdheden (supra rn. 21 en 23), nauwgezet moeten toezien op het verenigbaar gebruik van persoonsgegevens en de verwerkingen waarvan zij het

¹⁵² Zie MAST, A, o.c., 540-543 en VAN GERVEN, W., Hoe blauw is het bloed van de prins?, o.c., 9-11, 32 et seq.

¹⁵³ ALLEN, A. & PEETERS, P., l.c., 1139.

¹⁵⁴ Zie o.m. in GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.G., "Propos", l.c., 588 en in VAN OMMESLAEGHE, P., l.c., 313 die de term *détournement de pouvoir civil* introduceert.

¹⁵⁵ VAN GERVEN, W., "Beginselen van behoorlijk bestuur", l.c., 975. In deze bijdrage wordt niet ingegaan op de problematiek van het samenvloeien van de criteria voor de beoordeling van overheidshandelen en privaat besturen en handelen (omdat zulks voor de doelgebonden bevoegdheden minder relevant is). Niettemin wordt de argumentatie bijgetreden die het bestaan van algemene beginselen van behoorlijk bestuur en handelen wenst te staven (supra). Zie hierover o.m. in VAN GERVEN, W., Hoe blauw is het bloed van de prins?, o.c., 89 p.

¹⁵⁶ Hierover b.v. DELVA, J., l.c., 450 et seq. en VAN GERVEN, W., Hoe blauw is het bloed van de prins?, o.c., i.h.b. op 29 et seq.

voorwerp zijn. Daarbij moet, met het oog op de vaststelling van de finaliteitsafwending, uitsluitend nagegaan worden of het bedoelde gebruik noodzakelijk is voor het bereiken van de finaliteit. Zoniet, is er schending van het finaliteitsbeginsel (art. 5 en 39, 3 Privacywet).

Voegen we daaraan nog toe dat het gebruik dat wordt gemaakt van verwerkingen en persoonsgegevens opnieuw aan de proportionaliteitsregel *sensu stricto* zal moeten beantwoorden. Meer in het bijzonder zal een bepaalde vorm van gebruik, zelfs wanneer die noodzakelijk (nuttig en onontbeerlijk) lijkt voor het gestelde doel, geen disproportionele schending van de privacy van de betrokkenen mogen betekenen.

e. De finaliteitsafbakening

26. De finaliteit van de verwerking is dé absolute toetssteen van het dispositief van de Privacywet. Legitimiteit, conformiteit en verenigbaar gebruik kunnen alleen gecontroleerd worden in functie van de vooraf bepaalde en duidelijk omschreven finaliteit van de verwerking. Bovendien leert de Franse ervaring dat finaliteitsafwendingen de grootste problemen opleveren zowel voor de burgers (klachten) als voor de CNIL (*supra*).

De wet is hierover gelukkig zeer duidelijk. Het verwerken van persoonsgegevens wordt in principe toegelaten, maar dan wel onder strikte en welbepaalde voorwaarden die de *a posteriori* controle op de verwerking moeten mogelijk maken. Het mechanisme van de Privacywet is niet preventief, maar repressief. De verwerkingsbevoegdheid wordt erkend in hoofde van alle potentiële houders, maar zij moet, overeenkomstig de wet, op een zodanige manier gebruikt worden dat er nauwgezet op kan toegekeken worden. De hoeksteen van dit systeem is de vooraafgaande bepaling van de finaliteit van de verwerkingen.

Aan de opbouw van de Privacywet liggen twee gezonde en beproefde ideeën ten grondslag, met name enerzijds dat de scheiding van machten een goede manier is om de ontsporing van macht te voorkomen¹⁵⁷ en anderzijds dat hetzelfde resultaat tevens bewerkstelligd wordt door machten, binnen een autonoom juridisch kader, onderling aan bemiddeling te onderwerpen (belangenafweging). Het eerste principe verwijst naar de ter tafel liggende problematiek van de finaliteitsafbakening; het tweede naar de reeds te berde gebrachte rol van de Commissie als autonoom juridisch controle- en bemiddelingsorgaan.

Met het oog op de bescherming van de vrijheid van de persoonlijke levenssfeer strekt de Privacywet, krachtens het eerste principe, tot de beperking van de macht die uitgaat van persoonsgegevensverwerkingen. Daar die macht¹⁵⁸ zal toenemen met het verder verhandelen, uitwisselen, verbinden, verwerken, groeperen van persoonsgegevens, huldigt de wet het basisbeginsel dat de verwerkingsbevoegdheid slechts wordt toegekend in functie van de verwezenlijking van een vooraf duidelijk bepaalde en afgebakende finaliteit. Nauwgezette profilering door samenvoeging van

¹⁵⁷ Cf. Herbert Burkert aangeh. in POULLET, Y. & LEONARD, Th., *l.c.*, 243.

¹⁵⁸ D.w.z. gedragsbeïnvloeding die per definitie vrijheidsbeperkend, maar daarom nog niet altijd maatschappelijk onaanvaardbaar is (*supra*).

verwerkingen moet beslist vermeden worden. Anders uitgedrukt: verwerkingen worden niet verboden, maar ze moeten *gescheiden* worden.

De afbakening van finaliteiten blijft overigens niet zonder gevolgen voor het tweede principe, met name dat van de a posteriori controle van de Commissie. Zo de finaliteit van een verwerking niet op redelijke wijze wordt afgebakend, dan wordt elke controle op die verwerking *de facto* onmogelijk.

De afbakening van de finaliteit belichaamt dan ook de hamvraag m.b.t. de uitvoering van de Privacywet. Pleidooien voor de erkenning van *carte blanche* of *catch all* finaliteiten dreigen het volledige dispositief van de wet te ondermijnen. Daartegenover zou de eis voor een té verregaande specialisering of begrenzing van finaliteiten echter ook onwerkdadig zijn en haaks staan op de geest van de wet, die een soepel systeem in het leven wou roepen.

Deze twee extreme stellingnames, waarbij vooral de eerste in de nabije toekomst concrete (lobby)vormen dreigt aan te nemen, legitimeren alleszins dat nauwgezet zou worden toegekeken op de afbakening van de finaliteiten. Tevens zal gaandeweg worden gezocht naar criteria die nuttig zijn voor de uitstippeling van de juiste weg tussen het extreem en saboterend relativisme van de enen, en een mogelijke excessieve en verlammeende bureaucratie van de anderen. De bepaling van die criteria komt in hoofdzaak terecht op de schouders van de Commissie die als gespecialiseerd orgaan, op basis van haar algemene controlebevoegdheid, een rechtspraak tot ontwikkeling moet brengen. Hoe dan ook dient de Commissie hierbij steeds in het achterhoofd te houden dat zij opgericht werd als een autonoom orgaan *ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer* en dat zij bijgevolg vooral bekommerd moet zijn om het dominante fundamentele recht op eerbied van de vrijheid van de privacy, zoals dat trouwens vanzelf voortvloeit niet alleen uit de Privacywet zelf, maar ook uit de grondslagentheoretische fundering van het recht en de plaats van de beschermde vrijheid in de normenhiërarchie.

Gegeven verder dat de wet ertoe strekt een evenwicht te herstellen, kan de Commissie in de eerste fase beter te strikt zijn, dan te soepel. Dat strookt met de geest van de wet, die de privacy centraal stelt, maar tevens met strategische overwegingen: het is gemakkelijker achteraf de teugels te lossen, dan te staan voor het voldongen feit van een te verregaande permissiviteit. Bovendien is het essentieel dat de Commissie zich ook in de praktijk zou ontwikkelen tot een onafhankelijk, transparant, sereen en inhoudelijk gezagdragend orgaan. Teneinde dit opzet te realiseren moet zij zich behoeden te verworden tot een manipuleerbare speelbal van drukkingsgroepen. De Commissie dient zich in alle geval te concentreren op de organisatie van evenwichtige privacyverhoudingen, eerder dan met de onvrede en frustraties die de fundamentele opties en praktische repercussies van de wet bij sommige houders van verwerkingen heeft veroorzaakt.

27. De problematiek van de finaliteitsafbakening komt natuurlijk scherp aan bod bij het beleid dat de Commissie zal voeren t.o.v. de krachtens art. 17 Privacywet opgelegde voorafgaande aangifte van geautomatiseerde verwerkingen. Art. 17 par. 3, 5 Privacywet vereist dat de verantwoordelijke houder van de geautomatiseerde verwerking in de aangifte "het doel van de geautomatiseerde verwerking" zou

vermelden. Bovendien is de voorafgaande aangifte (in principe, *infra*) vereist voor "elke" geautomatiseerde verwerking (art. 17 par. 5).

In de eerste plaats schept de formulering een reeks stringente vragen omtrent de band tussen de bepaling van "aan te geven geautomatiseerde verwerkingen" en de bepaling van hun finaliteit. Er moet bijgevolg gezocht worden naar hanteerbare criteria om vast te stellen waar het begrip "elke verwerking" begint en eindigt.

In de tweede plaats rijzen een aantal vragen omtrent de houding die de Commissie zal aannemen ten aanzien van de aangiftes en welk beleid zij ter zake kan en zal voeren. Deze vragen zijn overigens van het allergrootste belang daar de concretisering van de algemene controleopdracht van de Commissie vooral op gang zal gebracht worden op basis van de informatie die haar via de aangiften zal toekomen. Daarmee worden een aantal procedurele aangelegenheden aangesneden.

De twee vermelde reeksen vragen worden in het vervolg onder de loupe genomen.

28. Art. 17 par. 5 Privacywet luidt dus dat voor "elke" geautomatiseerde verwerking een aangifte vereist is. Dat is op z'n zachtst gesteld cryptisch. Daarbij komt nog dat de wettelijke definitie (art. 1, par. 3) van het begrip geautomatiseerde verwerking als een (gedeeltelijk of volledig geautomatiseerd) *geheel van bewerkingen* op persoonsgegevens (registratie, bewaring, wijziging, uitwissing, raadpleging of verspreiding) niet veel aarde aan de dijk brengt.

Het is duidelijk dat het criterium voor de afbakening van één geautomatiseerde verwerking, en meteen voor het bestaan van de aangifteplicht, *niet* moet gezocht worden in het bestaan van zoiets als een *fysiek of technisch (localiseerbaar)* geheel van bewerkingen, dat vanuit de optiek van de informatica ondeelbaar zou zijn. Zo'n geheel is trouwens onbepaalbaar door de grote verscheidenheid aan systemen, het bestaan van ettelijke programma's, de mogelijke koppelingen van geautomatiseerde verwerkingen, de steeds maar aangroeiende nieuwe technische mogelijkheden enzoverder. Het criterium zou in die zin geheel onwerkbaar zijn, want te stroef t.o.v. de onophoudelijke technologische evolutie¹⁵⁹.

Maar er is een ander doorslaggevend argument. Een technisch geheel, zelfs de kleinste *personal computer*, kan persoonsgegevens verwerken met totaal verschillende finaliteiten, waardoor zijn enkelvoudige aangifte als een geheel van bewerkingen met disparate doelen voorbij zou gaan aan het principe van de finaliteit, alsook aan een mogelijke controle op de scheiding van de geautomatiseerde verwerkingen op basis van hun finaliteit. Het loskoppelen van het begrip "verwerking" van de beoogde finaliteit zou aldus tegenstrijdig zijn met de grondstructuur van de wet en met haar fundamenteel beginsel, dat van de finaliteit¹⁶⁰.

¹⁵⁹ "De ondernemingen of de overheid dreigen zich vele vragen te stellen omtrent de inhoud van dergelijk begrip ("verwerking", S.G.). Elke informaticus weet dat een generieke functie zoals b.v. het personeelsbeheer een ruime waaier van toepassingen omvat en dat de moderne programmatie en de verbindingsmogelijkheden tussen programma's dagelijks tot nieuwe voorheen niet vermoede toepassingen leiden. Het begrip moet dus een open en evolutieve lectuur t.o.v. de ontwikkelingen in de technologie mogelijk maken"; Advies nr. 10/92 van 20 augustus 1992 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, Bijlage II bij Verslag Vandenberghe, 121. De technologische evolutie zal overigens, zelfs bij het gebruik van de finaliteit als criterium, kiese problemen blijven stellen; hierover POULLET, Y. & LEONARD, Th., *Le*, 246 en POULLET, Y., "Droit et nouvelles technologies de l'information et de la communication : de nouveaux enjeux, de nouvelles responsabilités pour l'entreprise", *D.A.O.R.*, nr. 26.

¹⁶⁰ Zie Verslag Vandenberghe, 58-59.

29. Teneinde te bepalen welke geautomatiseerde verwerkingen overeenkomstig art. 17 par. 5 Privacywet moeten aangegeven worden, dient bijgevolg teruggevallen te worden op de finaliteit van de aan te geven verwerking. Dat ligt stellig in de lijn van een wet die de verwerkingsbevoegdheid alleen toekent indien de persoonsgegevens worden verwerkt voor wettige en duidelijk omschreven doeleinden, voor zover die gegevens aan de doeleinden conform zijn en op daarmee verenigbare wijze worden gebruikt.

Strikt genomen, en naar de letter van de wet, zal een verwerking bijgevolg aangegeven worden van zodra deze in het teken staat van een duidelijk omschreven en wettig doel. Inderdaad: "het doel" van elke geautomatiseerde *verwerking* moet aangegeven worden, en niet "de doelen" (art. 17 par. 3, 5 en art. 17 par. 5 Privacywet). Dat betekent echter geenszins dat dezelfde *gegevens* niet voor verschillende "duidelijk omschreven en wettige doeleinden" (art. 5 Privacywet) kunnen verwerkt worden¹⁶¹, maar wel dat elk geheel van bewerkingen uitgevoerd op persoonsgegevens strekkende tot de verwezenlijking van één doel één verwerking uitmaakt. Controle moet mogelijk zijn. Vetrekkende van het doel, zal het geheel van noodzakelijke bewerkingen op persoonsgegevens, de verwerking afbakenen. Bijgevolg is de verwerkingsafbakening rechtstreeks afhankelijk van de finaliteitsafbakening¹⁶². Dat blijkt duidelijk uit de woorden van de Minister van Justitie, volgens wie het begrip "verwerking" over het algemeen wordt beschouwd als "een geheel van verrichtingen uitgevoerd tot verwezenlijking van *een specifiek doel*"¹⁶³. Dus: één doel = één verwerking = één aangifte.

30. Dat lost het probleem echter niet op, want hiermee is nog niets gezegd over de wijze waarop "het specifieke doel" van een bewerking moet afgebakend worden. De concrete invulling van de bovenvermelde regel is inderdaad volledig afhankelijk van de criteria van finaliteitsafbakening.

Voor een uiterst restrictieve interpretatie ter zake zijn maar bijzonder weinig argumenten te vinden. Het systeem zou in deze optiek immers volledig ontdaan worden van zijn soepelheid en gedoemd zijn om te verzanden in een enorme administratieve rompslomp¹⁶⁴. Uit de wettelijke definitie van het begrip "verwerking" volgt dat het niet de bedoeling kan zijn om elke bewerking (*opération*) van persoonsgegevens gelijk te stellen met een verwerking (*traitement*).

Aan de andere kant echter verzet het finaliteitsbeginsel (en meteen het volledige opzet van de Privacywet) zich tegen een te extensieve en oeverloze interpretatie van het finaliteitsbegrip. Immers, op deze wijze zou het privacybeschermende opzet van de wet volledig geneutraliseerd worden, omdat de beperking van en de controle op de verwerkingbevoegdheid rechtstreeks afhankelijk zijn van de begrenzing die uitgaat van

¹⁶¹ Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (6 mei 1991), *Gedr. St.*, Kamer, 1990-91, 1610/1, 10-11.

¹⁶² Dat betekent dat een verwerking met verschillende doeleinden, in het kader van de Privacywet een contradictorisch begrip is ... Wel kunnen dezelfde gegevens aanleiding geven tot meerdere verwerkingen, indien zij met het oog op verschillende doelen worden bewerkt.

¹⁶³ Antwoord op het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in Verslag Merckx-Van Goey, 98 (mijn cursivering).

¹⁶⁴ "Dreigt het hele systeem niet onwerkzaam te worden indien bij elke bewerking een verklaring aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet worden afgelegd?"; Verslag Merckx-Van Goey, 15.

de vooropgestelde finaliteit¹⁶⁵. *Carte blanche* finaliteiten geven aanleiding tot ongebreidelde verwerkingen, die in het belang van de burgers juist moeten vermeden worden. De wet kent een doelgebonden verwerkingsbevoegdheid toe, geen discretionaire bevoegdheid.

31. Wellicht moet gezocht worden in de richting van een functionele samenbundeling van verwante of samenhangende finaliteiten¹⁶⁶. Zulke groepering heeft tot doel rekening te houden met de geldende praktijk door de overmatige hoeveelheid van aanmeldingen te vermijden. Het doel van een verwerking behoort alsdan in *generieke* termen gelezen worden, te weten als het geheel van bewerkingen strekkende tot de verwezenlijking van een *generieke finaliteit*, d.w.z. een geheel van verwante doelen - één soort doelen - die op redelijk onderscheidende manier onder één noemer kunnen gegroepeerd worden. Zo oordeelde de Commissie in haar advies van 12 mei 1992 dat het begrip verwerking tenminste alle toepassingen zou moeten omvatten "die eenzelfde *generiek* doel beogen binnen de betrokken overheid of onderneming"¹⁶⁷.

Het concept van de generieke finaliteit laat toe dat de houder zijn verschillende persoonsgegevensverwerkingen groepeerd op functionele basis. Het moet voor een bedrijf of openbare dienst tenslotte mogelijk zijn om de verschillende externe en interne taakstellingen van de organisatie op voldoende eenduidige en nauwkeurige wijze te identificeren en functioneel af te bakenen, opdat bepaald zou kunnen worden welke persoonsgegevens ter realisatie van die onderscheiden taakstellingen verwerkt worden. Stellig kunnen vage *catch all* finaliteiten met wat goede wil vermeden worden. Het volstaat daartoe een zicht te hebben op de verschillende categorieën activiteiten van een organisatie.

Gegeven het concept "generieke finaliteit" (b.v. "loonbeheer"), kunnen als "verwerking" beschouwd worden het geheel van bewerkingen die uitgevoerd worden op vooraf aangegeven categorieën van persoonsgegevens met het oog op de verwezenlijking van het generieke doel (d.w.z. het uitbetalen van het loon en alles wat daarmee samenhangt). Daarbij kan wellicht vooropgesteld worden dat alle nieuwe bewerkingen die zullen uitgevoerd worden op dezelfde categorieën van gegevens met het oog op de verwezenlijking van hetzelfde generieke doel (het uitbetalen van het loon) niet tot een nieuwe aangifte zullen verplichten.

Overeenkomstig art. 17, par. 7 Privacywet behoort inderdaad elke wijziging die betrekking heeft op één van de elementen van de aangifte zelf aangegeven worden. Zo zal het verwerken van nieuwe categorieën van persoonsgegevens, zelfs met het oog op hetzelfde doel, tot een nieuwe aangifte aanleiding geven. Een strikte naleving van deze bepaling dringt zich op omdat de actualiteit en volledigheid van de aangifte, alsook het

¹⁶⁵ Een finaliteit die alles zou beogen wat nuttig of winstgevend is voor de houder kan natuurlijk in deze optiek niet door de beugel. "Een algemene of vage definitie of beschrijving van het doel van een behandeling (bij voorbeeld 'voor commerciële doeleinden') is niet overeenkomstig het beginsel van het definiëren van het doel"; CEG-gewijzigd Voorstel, 16.

¹⁶⁶ Zie art. 18 CEG-gewijzigd Voorstel. De aangifte moet betrekking hebben op "het geheel van bewerkingen, meerdere malen uitgevoerd of niet, die bestemd zijn voor de realisatie van een of meerdere onderling verbonden doeleinden vanuit het oogpunt van de voor de behandeling verantwoordelijke persoon en de betrokkenen. Bij voorbeeld: er is slechts één aanmelding vereist voor het geheel aan bewerkingen betreffende het beheer van leningen die door een kredietinstelling verstrekt zijn en die bestemd zijn voor de registratie en het onderzoek van aanvragen voor leningen, het toekennen van leningen, het incasseren van de openstaande schuldvorderingen en het bijhouden van geschillendossiers"; Memorie bij CEG-gewijzigd Voorstel, 30-31.

¹⁶⁷ Advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer betreffende het wetsontwerp tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, Bijlage I bij het Verslag Merckx-Van Goey, 80.

openbaar register waarin de gegevens van de aanmelding worden opgenomen, respectievelijk voor de Commissie en de betrokkenen een *conditio sine qua non* zijn voor de accurate uitoefening van hun controle. Afwijkingen op de regel van de volledige aangifteplicht kunnen trouwens slechts toegestaan worden op basis van art. 17 par. 8 Privacywet (infra). Om deze redenen moet een sceptische en terughoudende houding aangenomen worden t.o.v. concepten als "afgeleide" of "secundaire finaliteit", waarvoor geen enkele wettelijke basis te vinden valt.

32. Teneinde problemen met betrekking tot de finaliteitsafbakening vooraf te zijn, zou er gedacht kunnen worden een "thesaurus van voldoende afgebakende finaliteiten" aan de houders van verwerkingen voor te stellen. Aldus zou een lijst van type-finaliteiten door de Commissie voorgelegd worden aan de (potentiële) houders¹⁶⁸. Zo'n werkwijze zou bovendien voor de Commissie zelf energiebesparend zijn daar deze laatste zich bij de ontvangst van aangiften, wat betreft de opgave van doeleinden, zou kunnen beperken tot een louter administratieve vergelijking.

Niettegenstaande de praktische aantrekkingskracht die uitgaat van zulk systeem van *multiple choice* aangiften, mag de optie omwille van een zestal redenen niet genomen worden. Ten eerste lijkt de idee van een "thesaurus van finaliteiten", (voor)opgesteld door de Commissie, in te druisen tegen de geest van de wet waarin de idee centraal staat dat de houder van een verwerking bij de aanvang vrij bepaalt welke finaliteit hij aan zijn verwerking(en) toebedeelt. De wet huldigt inderdaad het principe van de a posteriori controle. De vrijheid en verantwoordelijkheid van de houder heersen bij de keuze van de finaliteit, de controle volgt achteraf of kan achteraf volgen. De aangifte strekt bijgevolg tot het mogelijk en niet het overbodig maken van de controle. Daarbij aansluitend, ten tweede, zou het vooropstellen van een lijst van aanvaarde finaliteiten een onaanvaardbare situatie creëren waarin de Commissie zichzelf op quasi expliciete wijze zou verbinden t.o.v. de houders die hun finaliteit via *multiple choice* zouden kiezen uit een lijst "bij voorbaat geaccepteerde" finaliteiten. Op deze wijze zou de Commissie zich veel te snel klemrijden. Ten derde is het systeem gedoemd om uit te monden in praktijken die meer weg hebben van administratieve wettigingsautomatismen, dan van de doorgedreven inhoudelijke controle die de burgers van de Commissie mogen verwachten. Ten vierde lijkt de optie technisch onverwezenlijkbaar, omdat het samenstellen van een min of meer volledige lijst van voldoende afgebakende (generieke) finaliteiten niet erg realistisch lijkt. Ten vijfde dreigt het effect averechts uit te draaien, omdat de aantrekkingskracht van gemakkelijke voorgekauwde categorieën, die in de praktijk eigenlijk niet werkelijk op de verwerking passen, aanleiding kunnen geven tot onjuiste en routine-matige aangiften. Ten zesde mag de (gerechtvaardigde) angst voor een administratieve overrompeling geen aanleiding zijn tot beslissingen, die tegen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zouden kunnen uitdraaien en die zich achteraf tegen de Commissie zelf zouden wreken, maar wel tot een pleidooi voor de uitbouw van de administratieve opvangcapaciteit van de Commissie.

¹⁶⁸ In Groot-Brittannië heeft de *Data Protection Registrar* in zijn *Notes to Help You Apply for Registration* (The Office Of The Data Protection Registrar, 1992², 21 p.) een 70-tal *standard purposes* opgesomd, waaruit de houders kunnen kiezen. Zie ook *Encyclopedia of information technology law*, SAXBY, S. (Ed.), London, Sweet & Maxwell, release nr. 6, 1992, 16022.

33. Eigenlijk is er nog een zevende argument, met name dat de Privacywet een zodanige categorisering van finaliteiten *niet* voorziet. Sterker zelfs: de categorisering wordt expliciet voorzien, maar uitsluitend onder het regime van de "vereenvoudigde aangiften": "Op voordracht of op advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan de Koning bepaalde soorten geautomatiseerde verwerkingen van persoonsgegevens die kennelijk geen gevaar inhouden op het gebied van de schending van de persoonlijk levenssfeer, van die aangifte vrijstellen of toestaan dat voor die verwerkingen een tot bepaalde vermeldingen beperkte aangifte wordt gedaan" (art. 17, par. 8 Privacywet).

Het systeem is sterk geïnspireerd door het mechanisme van de Franse Privacywet. De *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* kan aldaar, op basis van haar reglementaire bevoegdheid, *normes simplifiées* uitvaardigen voor de categorieën van gegevensverwerkingen die kennelijk geen schending inhouden van het privé-leven en de vrijheden. Voor verwerkingen die met deze *normes simplifiées* overeenstemmen, moet de houder - in plaats van een volledige aangifte in te dienen - alleen een verklaring van conformiteit met de normen neerleggen¹⁶⁹. De *normes simplifiées* worden door de CNIL opgesteld in overleg met de betrokken sectoren in functie van het bestaan van een reeks beperkende voorwaarden, die het kennelijk ongevaarlijke karakter van de verwerkingen moeten verzekeren: beperkte en nauwkeurig geformuleerde finaliteiten, "objectieve gegevens" die op eenvoudige wijze door de betrokkenen kunnen geraadpleegd worden, beperkte koppelingsmogelijkheden, enz. Tot zover werden reeds een 35-tal *normes simplifiées* uitgevaardigd die het grootste deel van de aangiften bestrijken (75-80%). Zij betreffen o.a. personeelsbeheer of loonbeheer, het beheer van kieslijsten, de ledenlijsten van V.Z.W.'s, kredietverlening door banken, leerlingenbestanden, klantenbestanden, leveranciersbestanden, enzoverder.

In het Belgisch systeem van vereenvoudigde aangiften zal het niet de Commissie maar de Koning zijn, die de uiteindelijke beslissing zal nemen. Hij zal dat echter moeten doen "op voordracht of op advies" van de Commissie die daardoor volgens de wet zeker een rol moet spelen¹⁷⁰. Die is o.i. trouwens van het allergrootste belang. De vereenvoudiging of vrijstelling van aangifte kan immers slechts geschieden voor verwerkingen die kennelijk geen gevaar inhouden voor de privacy van de burgers¹⁷¹. Deze belangenafweging behoort op doortastende en diepgaande wijze te geschieden, uiteraard ook door het in deze materie bij uitstek bevoegde orgaan. Dat is des te meer

¹⁶⁹ Zie o.a. COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES, *Dix ans d'informatique et libertés*, o.c., 70-71 en VIVANT, M. & LE STANC, C., *Lamy droit de l'informatique*, Paris, Lamy S.A., 1986, 941 et seq.

¹⁷⁰ Dewelke is niet echt duidelijk omdat de formulering verwarrend is. Niet alleen wordt 'proposition' soms als 'voorstel' soms als 'voordracht' vertaald (zie b.v. art. 21) en men vraagt zich af hoe de Commissie iets anders kan doen dan "adviseren" of "aanbevelen" (ex art. 29 et seq.). Een "voordracht" of "voorstel" van de Commissie zal vanuit strikt juridisch oogpunt steeds een "advies" in de zin van art. 29 moeten zijn. Hieruit kan afgeleid worden dat de Regering ter zake eensluidend het advies van Commissie moet beslissen. Waarom zou de Privacywet anders het onderscheid maken tussen situaties waarin de Koning kan handelen "na advies" van de Commissie (b.v. art. 6 laatste zin, art. 8 par. 2 en 5, art. 11 par. 4, art. 12 par. 3,) en situaties waarin Hij dat doet "op advies" van de Commissie (b.v. art. 9 laatste zin, art. 16 par 3, art. 17 par. 8). Hieruit kan eveneens afgeleid worden dat het initiatief bij de Commissie rust, omdat de Koning slechts "op advies" kan beslissen ...

¹⁷¹ Het zou b.v. nogal eigenaardig zijn te moeten vernemen dat de verwerkingen m.b.t. elektronisch geldverkeer "kennelijk geen gevaar voor de persoonlijke levenssfeer inhouden", nadat jaren aan een stuk nagenoeg alle wetenschappelijke studies en beleidsstudies ter zake dat gevaar hebben vastgesteld, of nog, sterker, nadat er in een reeks landen speciale wetbepalingen werden ingevoerd ter bescherming van de privacy van de kaarthouder ... Zie in GUTWIRTH, S. & JORIS, T., *l.c.* (met de aldaar opgenomen verwijzingen).

het geval daar het gaat om beslissingen die naar alle waarschijnlijkheid, zoals in Frankrijk, het grootste deel van de verwerkingen zullen betreffen.

De Commissie behoort ervoor garant te staan dat het belang van de burgers bij de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer - telkens wanneer er in die materie aan belangenafweging wordt gedaan - ook daadwerkelijk in de weegschaal wordt gelegd. Het kan inderdaad niet de bedoeling van de wetgever geweest zijn dat het stelsel van vereenvoudigde aangiften uitsluitend tot prerogatief van de Regering en de houders zou verworden. Bijgevolg profileert zich ook hier de roeping van de Commissie om de predominantie van de essentiële waarde van de vrijheid van de privacy in herinnering te brengen telkens wanneer wordt geëvalueerd of een bepaalde soort verwerking daarvan kennelijk geen schending inhoudt.

34. De finaliteitsafbakening is ongetwijfeld een essentieel element in het dispositief van de Privacywet. Te ruim opgevatte finaliteiten dreigen de wet volledig van haar inhoud te ledigen en elke controle daadwerkelijk onmogelijk te maken. Te nauwe finaliteitsafbakeningen stroken dan weer niet met de wet in die zin dat zij maatschappelijke en technische ontwikkelingen op het vlak van de verwerking van persoonsgegevens zeker niet wil lamleggen. De middenweg kan waarschijnlijk gezocht worden langs de contouren van het begrip generieke finaliteit.

Het zal er hoe dan ook op aankomen gestaag af te wegen, rekening houdend met alle omstandigheden en belangen die op het spel staan. Vaste criteria voor finaliteitsafbakeningen of vooropgestelde finaliteiten lijken daarom ook uit den boze. Het noodzakelijke wikken en wegen impliceert dat de Commissie, inzake finaliteitsafbakeningen, gaandeweg een jurisprudentie zal moeten ontwikkelen, waaruit achteraf, misschien preciezere criteria gedistilleerd zullen kunnen worden.

f. De Commissie en de aangiften

35. De algemene controle-, aanbevelings- en onderzoeksbevoegdheid van de Commissie is niet gebonden aan bepaalde feiten of voorwaarden. Het toezicht dat zij uitoefent is permanent. Dat betekent dat zij op basis van de aangifte vrij is om de zaak al dan niet te onderzoeken, waaruit in voorkomend geval dan weer andere maatregelen kunnen volgen.

Dat de Commissie, overeenkomstig art. 17 par. 2 Privacywet, binnen de drie werkdagen een ontvangstbewijs van aangifte aan de aangever moet doen geworden, doet op geen enkele wijze afbreuk aan haar prerogatieven. Het ontvangstbewijs is het bewijs dat de aangifte gedaan werd. Niets meer, niets minder.

36. Indien bepaalde vereiste gegevens, al naargelang het een vereenvoudigde of volledige aangifte betreft, ontbreken, moet de Commissie, overeenkomstig art. 17 par. 2 Privacywet, de aangever daarvan op de hoogte stellen. Dat impliceert dat zij elke aangifte zal onderwerpen aan een eerste toets, teneinde uit te maken of alle verplichte vermeldingen er wel in voorkomen. Dat is een louter administratief nazicht waaruit moet blijken dat er voor elke van de noodzakelijke vermeldingen, *iets* medegedeeld wordt, ongeacht de juistheid, wettigheid of conformiteit daarvan. De melding van de

volledigheid of onvolledigheid kan best samen met het ontvangstbewijs aan de aangever bezorgd worden.

37. Voor het overige is de Commissie volledig vrij in de wijze waarop zij haar controle op de naleving van het respect voor de persoonlijke levenssfeer organiseert. Dat impliceert dat zij op elk ogenblik, al dan niet op basis van de aangiften, een onderzoek kan opstarten, nadere gegevens kan opvragen, aanbevelingen en adviezen kan overwegen, enzoverder.

In alle geval is de Commissie bevoegd om elke aangifte onmiddellijk en op de wijze die zij noodzakelijk acht te beoordelen. Of dit nu gebeurt in het kader van een *prima facie* onderzoek naar "kennelijke" tekortkomingen van de verwerking aan de bepalingen van de Privacywet, dan wel tijdens een (later) grondig onderzoek naar "terdege onderzochte en vastgestelde" tekortkomingen, hangt volledig af van het beleid dat de Commissie ter zake moet uitstippelen. De Commissie kan echter *steeds* opsporen en nagaan 1. of de finaliteit van een verwerking voldoende en redelijk afgebakend is; 2. of de gekozen finaliteit van de verwerking voldoet aan de formele en materiële wettigheidsvereiste (met inbegrip van de vereiste redelijke finaliteitsafbakening); 3. of de verwerkte persoonsgegevens beantwoorden aan de conformiteitsvoorwaarde; en 4. of van de verwerking en de persoonsgegevens geen met de finaliteit onverenigbaar gebruik wordt gemaakt (*supra*).

Het staat evenwel buiten kijf dat een gestage en systematische controle op de finaliteit van de verwerkingen, uitgaande van de aangiften, tot de belangrijkste taken van de Commissie behoort. Daartoe moet zij een intern beleid uitstippelen aan de hand waarvan zij de opgegeven finaliteiten kan beoordelen tegen de hier geschetste achtergrond. De finaliteit van elke verwerking dient aldus, in het licht van het gevaar dat de verwerking uitmaakt voor de fundamentele vrijheid van de persoonlijke levenssfeer van de burgers, grondig afgewogen en beoordeeld te worden. Op deze wijze zal de Commissie trouwens meteen toekijken op de vrijwaring van de concrete mogelijkheidsvoorwaarden van de uitoefening van haar eigen algemene controleopdracht.

Serge Gutwirth
Faculteit der rechtsgeleerdheid
Vrije Universiteit Brussel