

## II      **Ontwikkeling privacyrecht internationaal**

Bij de ontwikkeling van de privacyregels in Europa zijn meerdere instituties betrokken geweest. De verschillende initiatieven hebben geleid tot een lappendeken aan toepasselijke regels op dit gebied. Doordat in de nieuwere teksten vaak wordt aangehaakt bij de oudere teksten, is geen compleet onsamenhangend regime ontstaan. Wel variëren onder meer het materiële en territoriale toepassingsbereik van de regels, alsook de handhavingsmogelijkheden. Daarnaast moet worden bedacht dat de bepalingen niet altijd dezelfde achtergrond hebben. Waar soms het waarborgen van grondrechten centraal staat, is dat in andere gevallen meer de wens om economische en sociale ontwikkeling te stimuleren met het streven naar een vrij verkeer van gegevens als instrument daartoe.

### 1      *Universele Verklaring van de Rechten van de Mens*

- Naar aanleiding van de verschrikkelikheden die hadden plaatsgevonden tijdens de Tweede Wereldoorlog, wisten diverse landen gezamenlijke grondrechten vast te leggen. Op 10 december 1948 werd hiertoe de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM) aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties in Parijs (Frankrijk). De UVRM heeft geen bindende kracht, maar heeft door de tijd heen grote betekenis gekregen als de belangrijkste internationale standaard voor mensenrechten.

- Art. 12 UVRM gaat over de privacy van personen. Dit artikel stelt dat niemand zal worden onderworpen “aan willekeurige inmenging in zijn persoonlijke aangelegenheden, in zijn gezin, zijn tehuis of zijn briefwisseling, noch aan enige aantasting van zijn eer of goede naam.”

## 2 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

- Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) is op 4 november 1950 ondertekend in Rome (Italië), en is op 3 september 1953 in werking getreden. Het betreft een verdrag dat is opgesteld door de Raad van Europa (een internationaal orgaan dat niet moet worden verward met de Europese Raad of de Raad van de Europese Unie; twee organen van de EU). Alle landen die zijn aangesloten bij de Raad van Europa hebben het verdrag geratificeerd. Het EVRM gaat net als de UVRM over mensenrechten. In tegenstelling tot de UVRM hebben de bepalingen in het EVRM echter wel bindende werking. Zo kunnen individuen, groepen, organisaties en landen zich wenden tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) als zij menen dat in strijd met het EVRM wordt gehandeld.
- Art. 8 EVRM gaat over het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. Het eerste lid van dit artikel bepaalt in lijn met art. 17 UVRM dat eenieder het recht heeft op respect voor zijn privé-, familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Op grond van het tweede lid is inmenging op dit recht door het openbare gezag alleen toegestaan indien dit bij wet is vastgelegd en aan bepaalde criteria voldoet. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat ‘bij wet’ ruim moet worden geïnterpreteerd: een wet in materiële zin, een beleidsre-

gel of zelfs een in de jurisprudentie gevormde regel kan aan dit criterium voldoen. Vereist is wel dat de wet of regel voor de burger toegankelijk is en dermate precies is dat de burger in staat is zijn gedrag daarop af te stemmen.

De Belastingdienst maakt voor bepaalde naheffingsaanslagen gebruik van foto's gemaakt met camera's van het korps landelijke politiediensten (KLPD) die bij doorgaande wegen zijn geplaatst en zijn voorzien van 'Automatic Number Plate Recognition' (ANPR). Deze camera's maken foto's van voertuigen die zich over de weg verplaatsen, waarbij de volgende gegevens worden opgeslagen: het kenteken van het voertuig en de plaats, de datum en het tijdstip van de foto. Aangezien dit inbreuk maakt op het privacyrecht van de betrokken personen zoals neergelegd in art. 8 EVRM, is hiervoor een voldoende precieze wettelijke grondslag vereist. De algemene wettelijke taakstelling van de Belastingdienst en andere algemene bepalingen, voldoen niet aan dit vereiste. De Hoge Raad oordeelde daarom dat de Inspecteur van de Belastingdienst aldus zonder de daarvoor vereiste wettelijke grondslag over de gegevens voor de naheffing beschikte, en als resultaat van een systematische inbreuk op de privacy van de betrokkenen. De naheffingsaanslagen mochten daarom niet op deze gegevens worden gebaseerd (HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:288, ECLI:NL:HR:2017:287, ECLI:NL:HR:2017:286, ANPR).

### 3 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten

- Ook het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) is geïnspireerd op de UVRM en is op 16 december 1966 tot stand gekomen in New York (Verenigde Staten). Het IVBPR is geïnitieerd door de Verenigde Naties en is

sinds 23 maart 1976 van kracht. Het verdrag is bindend; handhaving vindt plaats door het VN-Comité voor de Rechten van de Mens.

- Art. 17 IVBPR gaat over de privacybescherming van personen. Het eerste lid van dit artikel stelt dat “niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer en goede naam”. Daarbij heeft iedereen op basis van het tweede lid van dit artikel het recht om door de wet te worden beschermd tegen dergelijke inmenging of aantasting.

#### 4 *Resoluties 73/22 & 74/29*

Sinds halverwege de vorige eeuw leidde toenemende automatisering en mondialisering tot een significante toename van het delen en anderszins verwerken van gegevens. In 1968 verzocht de Parlementaire Vergadering het Comité van Ministers van de Raad van Europa daarom om te onderzoeken of het EVRM voldoende bescherming bood voor het privéleven van personen. Dit resulteerde in twee niet-bindende resoluties hierover van het Comité van Ministers. Eén voor de private sector (Resolutie 73/22 zoals aangenomen op 26 september 1973), en één voor de publieke sector (Resolutie 74/29 zoals aangenomen op 20 september 1974). Binnen de Raad van Europa werd echter geconcludeerd dat dit niet afdoende was en dat toe moest worden gewerkt naar een dwingend uniform beschermingsniveau op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens. Hiertoe werd een Comité van Experts op het gebied van informatieverwerking ingesteld.

## 5 OECD-Guidelines

- Ook landen die niet deelnamen aan de Raad van Europa wilden toewerken naar een meer uniform kader voor de bescherming van persoonsgegevens. Vanuit de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO of OECD in het Engels) ging men zich hierin verdiepen, in samenwerking met het Comité van Experts van de Raad van Europa. Nu de OECD als doelstelling het stimuleren van sociaal en economisch beleid heeft, was de motivatie voor het ontwikkelen van eenduidige regels hier vooral gelegen in het voorkomen van belemmeringen van de handel wegens discrepanties op het gebied van gegevensbescherming binnen de diverse landen.
- In 1980 heeft de OECD de niet-bindende OECD-Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data aangenomen. Deze Guidelines bevatten vijf hoofdstukken. Deel 1 bevat de definities, waarna in deel 2 de algemene beginselen voor het verwerken van persoonsgegevens uiteen worden gezet. Deel drie bevat regels over doorgifte van persoonsgegevens, deel 4 gaat over de implementatie van de beginselen en doorgiftemogelijkheden in nationale wetgeving, waarna deel 5 afsluit met bepalingen over internationale samenwerking.

## 6 Verdrag van Straatsburg

- Binnen de Raad van Europa werd een dataprotectieverdrag opgesteld, dat op 28 januari 1981 werd geopend voor ondertekening: het Verdrag van Straatsburg, ook wel Conventie 108 genoemd. Dit was het eerste juridisch bindende verdrag specifiek op het gebied van persoonsgegevensbescherming.

- De structuur van het Verdrag van Straatsburg is vergelijkbaar met die van de OECD-Guidelines. Deel I bevat algemene bepalingen, waaronder definities, waarna deel II de beginselen weergeeft. Deel III geeft regels voor doorgifte en deel IV bevat regels over wederzijdse bijstand. De daaropvolgende delen bevatten bepalingen over een raadgevend comité (deel V), de mogelijkheid tot aanpassingen aan het verdrag (deel VI) en de slotbepalingen (deel VII). Een belangrijk verschil ten opzichte van de OECD-Guidelines is dat het Verdrag van Straatsburg ook bepalingen bevat die van de deelnemende landen vereist dat zij in hun nationale wetgeving aanpassingen doorvoeren ter waarborging van de beginselen. Daarbij ziet het Verdrag van Straatsburg uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, terwijl dit niet geldt voor de OECD-Guidelines.
- De regels zoals neergelegd in de OECD-Guidelines en het Verdrag van Straatsburg vormen de basis voor het hedendaags privacyrecht. Zo vinden diverse beginselen – waaronder het vereiste van beveiliging van persoonsgegevens en diverse rechten van betrokkenen – hun oorsprong in deze stukken, en bevatten zij bijvoorbeeld ook al een afwijkend regime voor bijzondere persoonsgegevens.

### III      Ontwikkeling privacyrecht EU

Hierna volgt een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen op privacygebied binnen Europa gedurende de afgelopen decennia. Voor beter begrip hiervan is het raadzaam dit te lezen in samenhang met uitleg over de ontwikkeling van de Europese Unie gedurende deze periode.

#### 7      Privacyrichtlijn

- De diverse ontwikkelingen op het gebied van persoonsgegevensbescherming op internationaal niveau bracht het gegevensbeschermingsbeleid van de betrokken landen dichter bij elkaar, maar maakte dit zeker nog niet eenduidig. In Europa ontstond de wens om binnen de interne markt het vrije gegevensverkeer te garanderen, waarvoor verdere harmonisatie van het gegevensbeschermingsbeleid was vereist. Met het oog hierop, evenals het doel om de persoonlijke levenssfeer van natuurlijke personen beter te beschermen, werd Richtlijn 95/46/EG (de Privacyrichtlijn) ontwikkeld. De rechtsbasis van de Privacyrichtlijn was art. 100A van het EG-Verdrag, dat ziet op de goede werking van de interne markt. Daarmee bood de Privacyrichtlijn privacybescherming via de band van de interne markt.
- De Privacyrichtlijn vormde een nadere uitwerking van de regels zoals neergelegd in het Verdrag van Straatsburg. Daarbij was het materiële toepassingsgebied uitgebreid. In tegenstelling tot het Verdrag van Straatsburg, gold de Privacyrichtlijn als aan het zogeheten ‘bestandscriterium’ was voldaan ook voor niet-

geautomatiseerde persoonsgegevensverwerking. Dit criterium hield in dat de Privacyrichtlijn ook van toepassing was op niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand waren opgenomen of die bestemd waren om daarin te worden opgenomen. Bestand was daarbij gedefinieerd als: “elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens die volgens bepaalde criteria toegankelijk zijn, ongeacht of dit geheel gecentraliseerd dan wel gedecentraliseerd is of verspreid op een functioneel of geografisch bepaalde wijze”. Dit bestands criterium kennen wij onder de AVG en UAVG nog steeds (alhoewel net iets anders verwoord).

- De Privacyrichtlijn was opgedeeld in de volgende hoofdstukken. Hoofdstuk I bevatte de algemene bepalingen, waaronder de definities. Hoofdstuk II omvatte de algemene voorwaarden voor rechtmatige verwerking, waaronder de beginselen, een apart regime voor bijzondere persoonsgegevens, informatieverplichtingen jegens de betrokkene, rechten van de betrokkene en beveiligingsvereisten. Ook dienden organisaties de persoonsgegevensverwerkingen die zij verrichtten op grond van dit hoofdstuk in principe te melden bij de nationale privacytoezichthouder. Daarbij dienden verwerkingen die specifieke risico's inhielden voor de persoonlijke rechten en vrijheden van de betrokkene, vooraf te worden onderzocht door de competente privacytoezichthouder. Hoofdstuk III bevatte vervolgens bepalingen over beroep bij de rechter, aansprakelijkheid en sancties. Hoofdstuk IV gaf de regels omtrent doorgifte weer en hoofdstuk V gaf regels over gedragscodes die binnen sectoren konden worden ontwikkeld. Hoofdstuk VI bevatte regels over de samenwerking tussen de diverse nationale privacytoezichthouders binnen Europa (Europese privacytoezichthouders) bij hun individuele activiteiten en over hun samenwerking binnen de

Artikel 29-werkgroep (Article 29 Working Party; WP29), een orgaan waarin alle Europese privacytoezichthouders waren vertegenwoordigd. Hoofdstuk VII bevatte tot slot de uitvoeringsmaatregelen en slotbepalingen.

## 8 EU-Handvest

- Los van de ontwikkelingen specifiek op het gebied van gegevensbescherming werd in Europa een Handvest van de grondrechten opgesteld: het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest). Aanleiding hiervoor was dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in 1996 had geoordeeld dat de Europese Gemeenschap niet bevoegd was om toe te treden tot het EVRM aangezien dit haar bevoegdheidsgrenzen zou overschrijden (stellingname 2/94). Het EU-Handvest werd op 7 december 2000 plechtig afgekondigd in Nice (Frankrijk), tijdens de Europese Raad van Nice.
- In het EU-Handvest is naast een artikel over de eerbiediging van het privé-leven en van het familie- en gezinsleven (art. 7) ook een apart artikel toegevoegd specifiek over de bescherming van persoonsgegevens (art. 8). Het eerste lid van dit artikel stelt dat eenieder het recht heeft op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens. Verder wordt in het tweede lid vereist dat deze gegevens eerlijk en voor welbepaalde doeleinden worden verwerkt, en op basis van de toestemming van de betrokkene of een andere gerechtvaardigde wettelijke grondslag. Tot slot wordt in het derde lid vereist dat er een onafhankelijke autoriteit is die toeziet op naleving van deze regels.
- Art. 52 van het EU-Handvest bevat waarborgen omtrent de mogelijke beperkingen bij wet.

## 9 Verdrag van Lissabon

In de verdere ontwikkeling van de Europese Unie kwam op 13 december 2007 in Lissabon (Spanje) het Verdrag van Lissabon tot stand. Het verdrag van Lissabon leidde tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie (EU-Verdrag of het Verdrag van Maastricht) en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (het Verdrag van Rome). De geconsolideerde versies hiervan vormen de wettelijke basis voor de Europese Unie.

- **Verdrag betreffende de Europese Unie.** Door het Verdrag van Lissabon heeft het EU-Handvest rechtskracht gekregen. Art. 6 lid 3 van het aangepaste Verdrag betreffende de Europese Unie bevat nu een expliciete verwijzing naar het Handvest.
- **Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.** Het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap werd door het Verdrag van Lissabon gewijzigd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU). In art. 16 VwEU is een algemene rechtsbasis voor de bescherming van persoonsgegevens opgenomen. In het eerste lid staat – evenals in het EU-Handvest – dat eenieder het recht heeft op bescherming van zijn persoonsgegevens. Verder wordt in het tweede lid bepaald dat op Europees niveau volgens de normale wetgevingsprocedure voorschriften worden vastgesteld voor (1) de bescherming van natuurlijke personen ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens door alle EU-instellingen, -organen en -lidstaten; en (2) voor het vrij verkeer van die gegevens. Ook hier wordt verder bepaald dat onafhankelijke autoriteiten dienen toe te zien op de naleving van deze regels.

## 10 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG)

- Binnen de EU bestond de wens tot verdergaande harmonisatie van persoonsgegevensbescherming, ook met het oog op nieuwe ontwikkelingen op technologisch vlak en verdergaande mondialisering. Deze wens bestond daarbij zowel vanuit het oogpunt van bescherming van persoonsgegevens als vanuit het oogpunt van vrij verkeer van gegevens. Art. 16 VwEU bood hiertoe inmiddels een expliciete grondslag. De Europese Commissie kwam daarop met een voorstel voor een Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), ter vervanging van de Privacyrichtlijn. De keuze voor een verordening in plaats van een richtlijn was gebaseerd op voornoemde wens tot verdere harmonisatie. Waar een richtlijn in het nationale recht dient te worden geïmplementeerd, heeft een verordening rechtstreekse werking, wat in principe zal leiden tot minder verschillen op nationaal niveau.
- Het ontwikkelen van de AVG verliep niet zonder slag of stoot. Er werd ruim vier jaar onderhandeld en een recordaantal van 3999 amendementen ingediend door het Europees Parlement. De definitieve versie van de AVG werd aangenomen op 27 april 2016 en is op 24 mei 2016 in werking getreden. Zij is daarbij echter pas met ingang van 25 mei 2018 van toepassing verklaard om overheden en organisaties twee jaar de tijd te geven om hun handelswijze in overeenstemming met de vereisten van de AVG te brengen.
- De uiteindelijke tekst van de AVG bevat veel compromissen en vertoont trekjes van een richtlijn doordat ze de EU-lidstaten op diverse punten ruimte biedt voor nadere invulling op nationaal niveau. Voorbeelden hiervan zijn:
  - Wanneer er al nationale sectorspecifieke regels bestaan, bijvoorbeeld op het gebied van arbeidsrecht.