Prof. dr. P.J.A. de Hert, prof. dr. M. Hildebrandt, prof. dr. S. Gutwirth en R. Saelens[1]

De WBP na de *Dexia*-uitspraken

187

Trefwoorden:
effectenlease, verwerken van persoonsgegevens, bestand, inzage- en controlerecht, belang, profielen

Dit artikel wordt voorafgegaan door relevante passages uit de *Dexia*-arresten van het Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2006 en van de Hoge Raad 29 juni 2007. In hun bijdrage naar aanleiding van deze arresten zetten de auteurs allereerst de relevante feiten uiteen. Vervolgens gaan zij in op de reikwijdte van de Wet bescherming persoonsgegevens met betrekking tot transcripties van telefoongesprekken, de omvang van het inzagerecht en de vraag of men een bepaald belang moet hebben bij inzage. Voorts gaan zij in op het gebruik door Dexia van risicoprofielen, cliëntenprofielen en groepsprofielen. De auteurs concluderen dat de juridische status van groepsprofielen nader moet worden doordacht.

Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2006

Beschikking in de zaak in hoger beroep van:
De naamloze vennootschap Dexia Bank Nederland N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
verder te noemen: Dexia,
tegen
A,
verweerder.

1 Het geding in eerste aanleg

Het Hof verwijst naar de beschikking van de Rechtbank Roermond van 30 maart 2005 (zaaknummer 65 136/FARK 04-1736).

(…)

4.6.3. (…) Tenslotte is het hof van oordeel dat het verzoek van A ex art. 35 WBP geen doorkruising oplevert van art. 843a Rv.

Beide procedures kunnen naast elkaar lopen in die zin dat (de mogelijkheid van) toepassing van de procedure van art. 843a Rv niet aan toepassing van die van art. 35 WBP in de weg kan staan, noch de toepassing van laatstgenoemde procedure op enigerlei wijze kan belemmeren of inkorten. Daarbij is niet van belang dat voor een verzoek ex art. 35 WBP niet dezelfde eisen gelden als voor een vordering ex art. 843a Rv en dat Dexia niet op gelijke voet gegevens kan opvragen bij A, omdat dit nu eenmaal het gevolg is van de wettelijke regeling zoals neergelegd in de WBP, en van de daaraan ten grondslag liggende richtlijn nr. 95/46/EG van 24 oktober 1995, waarbij alleen aan de betrokkene een onvoorwaardelijk recht op kennisneming van de verwerking van de hem betreffende persoonsgegevens is verleend.

(…)

4.7.1. Met grief 1 stelt Dexia verder de vraag aan de orde of A voldoende belang heeft bij het verzoek ex art. 35 WBP. Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend, aangezien het belang van de betrokkene bij een zodanig verzoek wordt vooronderstelt door de Europese en Nederlandse wetgever. Genoemde Europese richtlijn en de WBP geven aan eenieder het recht om zich vrijelijk tot de verantwoordelijke te wenden zonder dat de betrokkene zijn verzoek tot kennisneming moet motiveren, terwijl niet gezegd kan worden dat A op dit belang geen beroep kan doen. Bovendien volgt uit het voorgaande dat A een rechtens te respecteren belang heeft bij het verzoek, omdat hij aldus wil nagaan welke persoonsgegevens Dexia heeft verwerkt en of die verwerking correct is.

(…)

4.7.2. (…) De ratio van art. 35 WBP is immers dat A moet kunnen controleren of de weergave van zijn persoonsgegevens in de verwerking van Dexia juist, volledig, relevant en rechtmatig is, zodat A in staat is om zo nodig zijn correctierecht ingevolge art. 36 WBP uit te oefenen.

4.7.3. Het hof is voorts van oordeel dat in art. 35 WBP het recht op kopieën en afschriften van persoonsgegevens besloten ligt, alsmede het recht op transcripties van opgenomen telefoongesprekken, behoudens door Dexia te stellen bijzondere omstandigheden.

Zulks sluit aan bij de Gedragscode verwerking persoonsgegevens financiële instellingen, alsmede bij het op de WBP gebaseerde Besluit kostenvergoeding rechten betrokkene WBP (*Stb.* 2001, 305), welk besluit uitgaat van het verstrekken van kopieën en afschriften aan de betrokkene in het kader van de honorering van een verzoek ex art. 35 WBP.

(…)

4.7.6. Wat betreft de transcripties van opgenomen telefoongesprekken neemt het hof nog in ogenschouw dat de advocaat van Dexia tijdens de mondelinge behandeling desgevraagd aan het hof heeft medegedeeld dat Dexia de bandopnamen van de gesprekken bewaart met het oog op haar procespositie in eventuele civiele procedures tegen haar cliënten.

(…)

4.7.7. Overigens verwerpt het hof bij het voorgaande verweer van Dexia dat zij niet inziet hoe A een bandopname van een

1 **Deze bijdrage kadert in een GOA project Law and autonomic computing uitgevoerd door medewerkers van het centrum voor Law, Science and Technology Studies, Vrije Universiteit Brussel (LSTS). Paul De Hert is tevens verbonden aan het TILT, Universiteit Tilburg. Mireille Hildebrandt en Serge Gutwirth zijn tevens verbonden aan de Erasmus Universiteit.**

telefoongesprek op de voet van art. 36 WBP zou kunnen laten verbeteren of aanvullen zonder dat de inhoud van het telefoongesprek geweld wordt aangedaan. Volgens Dexia zou zij daarom kunnen volstaan met de mededeling aan A dat zij de met hem gevoerde telefoongesprekken heeft opgenomen. Dexia gaat hiermee echter aan voorbij dat zo'n mededeling geen enkel inzicht geeft in wat er tijdens die telefoongesprekken is besproken en dat A recht heeft om te weten (en te controleren) wat Dexia van hem bewaart, welk recht tekort wordt gedaan indien de inhoud van die gesprekken niet behoeft te worden kenbaar gemaakt. In dit controlerecht ligt bovendien voldoende belang van A om een transcriptie te verlangen.

(…)

4.9.2. (…) Uit de eis dat het overzicht volledig en begrijpelijk moet zijn volgt dat het overzicht voldoende concreet moet zijn om de betrokkene in staat te stellen om zijn recht tot correctie en verwijdering te effectueren, ook bij de ontvangers van de gegevens. Bijgevolg kan in het algemeen niet worden volstaan met een samenvatting van de persoonsgegevens, omdat dan een belangrijk deel van de informatiewaarde verloren kan gaan. De precieze context waarin persoonsgegevens worden verwerkt kan cruciaal zijn en het kan de betrokkene juist gaan om de details van de gegevens die over hem worden verwerkt. Gelet daarop is het hof van oordeel dat, om het overzicht begrijpelijk te doen zijn en om effectief gebruik te kunnen maken van het recht tot correctie en verwijdering, Dexia moet aangeven welke persoonsgegevens zijn opgenomen in het papieren dossier van A, en welke in een eventueel elektronisch dossier. Mochten er persoonsgegevens op andere wijze zijn opgeslagen (bijvoorbeeld op een geluidsband of microfilm) dan dient Dexia ook daarvan melding te maken.

(…)

4.10.5. Daarnaast dient Dexia aan A transcripties van opgenomen telefoongesprekken te verstrekken, aangezien hij, zoals overwogen, ook hier recht op heeft. Daarbij verwerpt het hof het verweer van Dexia dat de bandopnamen van de telefoongesprekken geen bestand in de zin van art. 1 sub c WBP vormen en ook niet bestemd zijn om te worden opgenomen in een bestand, zodat deze bandopnamen op grond van art. 2 lid 1 WBP buiten het bereik van de WBP zouden vallen. Dexia stelt wel dat deze banden niet gestructureerd en niet gemakkelijk toegankelijk zouden zijn, maar daar staat tegenover dat zij de banden desondanks bewaart met het oog op haar procespositie en deze dus als bewijs kan gebruiken tegen haar cliënten.

(…)

4.10.6. Verder dient Dexia aan te geven of zij een risicoprofiel c.q. cliëntenprofiel van A heeft gemaakt, doordat zij bij A informatie heeft ingewonnen over zijn financiële positie, zijn ervaring met beleggen in financiële instrumenten en zijn beleggingsdoelstellingen. Indien dit het geval is, dan dient Dexia aan A een afschrift van dit profiel te verstrekken. Tevens moet Dexia aan A meedelen of zij een inventarisatie heeft gemaakt van zijn kredietwaardigheid, en zo ja, dan moet Dexia ook daarvan een afschrift van A verstrekken.

Op 29 juni 2007 deed de Hoge Raad in totaal drie uitspraken in cassatieberoep van de beschikkingen van 16 januari 2006 van het Hof 's-Hertogenbosch.

De onderstaande uitspraak betreft het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Dexia/verweerder N.* (zaaknr. R06/046). In zaaknr. R06/046 heeft de Rechtbank Roermond op 30 maart 2005 uitspraak gedaan.

Hoge Raad 29 juni 2007, *LJN*: AZ4664, R06/046HR

Hoge Raad der Nederlanden

Beschikking in de zaak van:
Dexia Bank Nederland N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
verzoekster tot cassatie,
advocaten: mr. R.S. Meijer en mr. B.T.M. van der Wiel,
tegen [verweerder],
wonende te [woonplaats],
verweerder in cassatie,
advocaat: mr. H.J.W. Alt.

1 **Het geding in feitelijke instanties**

(…)

2 **Het geding in cassatie**

Tegen de beschikking van het hof van 16 januari 2006 heeft Dexia beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit. [Verweerder] heeft verzocht het beroep te verwerpen.

De conclusie van de advocaat-generaal D.W.F. Verkade strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking en verwijzing.

De advocaten van Dexia hebben bij brief van 14 december 2006 op de conclusie gereageerd. De advocaat van [verweerder] heeft eveneens bij brief van 14 december 2006 op de conclusie gereageerd.

3 **Beoordeling van het middel**

(…)

3.4 Vooropgesteld moet worden dat de WBP strekt ter uitvoering van Richtlijn nr. 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens van 24 oktober 1995, *PbEG* L 281 (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 157-158) en conform deze richtlijn moet worden uitgelegd. Uit nr. 41 van de considerans en – het in art. 35 WBP geïmplementeerde – art. 12 van de richtlijn volgt dat de betrokkene recht heeft op toegang tot de gegevens die het voorwerp van een verwerking vormen en hemzelf betreffen, zodat hij zich van de juistheid en de rechtma-

tigheid van de over hem opgeslagen informatie kan vergewissen. Hieruit vloeit voort dat de verantwoordelijke (in de zin van de WBP) specifieke informatie behoort te verstrekken aan de betrokkene waardoor deze in staat wordt gesteld behoorlijk kennis te nemen van zijn gegevens en van de wijze waarop deze zijn verwerkt. De betrokkene kan bij het vragen van deze informatie volstaan met een verwijzing naar art. 35 WBP en behoeft geen nadere redenen op te geven. Hij mag verwachten dat de vervolgens aan te reiken informatie transparant en volledig zal zijn. Daarom kan Dexia niet het verzoek van [verweerder] afwijzen met een beroep op de door de onderdelen genoemde omstandigheid dat dit verzoek is gericht op de verstrekking van reeds aan [verweerder] bekende gegevens, zij het dat Dexia aan [verweerder] geen gegevens behoeft te verstrekken waarover hij reeds beschikt en aan de hand waarvan hij zich reeds een oordeel heeft kunnen vormen. Verder volgt uit het voorgaande, dat, anders dan Dexia kennelijk wil betogen, de verantwoordelijke bij de voldoening aan de door art. 35 lid 2 WBP op de verantwoordelijke gelegde verplichting om aan de betrokkene een volledig overzicht van de verwerkte persoonsgegevens te verschaffen niet kan volstaan met de verstrekking van globale informatie, doch alle relevante informatie over de betrokkene moet verschaffen, hetgeen, afhankelijk van de omstandigheden, vaak zal kunnen – en zo nodig op aanwijzing van de rechter zal moeten – gebeuren door het verstrekken van afschriften, kopieën of uittreksels. Dit valt ook af te leiden uit de parlementaire geschiedenis van art. 29 Wet Persoonsregistraties (*Kamerstukken II* 1986/87, 19 095, nr. 6, p. 57-58), de voorganger van art. 35 WBP waarbij laatstgenoemde bepaling aansluit (MvT, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 157-158). Het in art. 35 gebruikte begrip 'volledig overzicht' moet veeleer als een ruime aanduiding van de verplichting tot het verschaffen van de gegevens en niet als een beperking worden beschouwd. Wel kan Dexia bij het verschaffen van de gegevens rekening houden met de belangen van derden, zij het dat dit op proportionele wijze dient te geschieden. Zo kunnen bij de verstrekking van kopieën van bescheiden bijvoorbeeld daarin aanwezige passages die betrekking hebben op derden worden afgeschermd, indien de belangen van die derden zulks vergen.

3.5 Voorts valt in aanmerking te nemen dat de WBP een overkoepelende regeling voor uiteenlopende situaties geeft, die in een aantal sectoren nadere concretisering behoeft (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 11-12). In de financiële sector heeft deze concretisering plaatsgevonden in de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen (*Staatscourant* 3 februari 2003, nr. 23, p. 16) die is opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken en het Verbond van Verzekeraars en een nadere invulling geeft aan de bepalingen van de WBP. Het CBP heeft op de voet van art. 25 WBP op 27 januari 2003 verklaard dat deze Gedragscode, gelet op de bijzondere kenmerken van de financiële sector, een juiste uitwerking vormt van de WBP en andere wettelijke bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens (*Staatscourant* 3 februari 2003, nr. 23, p. 16). De omvang en de invulling van het recht van de betrokkene om van de verantwoordelijke een overzicht te ontvangen van de door de verantwoordelijke van hem verwerkte persoonsgegevens als bedoeld in art. 35 lid 2 hangen derhalve mede af van hetgeen hieromtrent is bepaald in de Gedragscode en daarnaast van de omstandigheden van het geval. In art. 7.1.1 van de Gedragscode wordt bepaald, dat een betrokkene gerechtigd is een financiële instelling schriftelijk een overzicht te vragen van de hem of haar betreffende persoonsgegevens die door die financiële instelling worden verwerkt en dat de financiële instelling, behoudens in de WBP genoemde uitzonderingsgevallen, de betrokkene binnen vier weken na de datum van het verzoek een overzicht van de persoonsgegevens doet toekomen. In de na de Gedragscode gepubliceerde toelichting wordt opgemerkt, dat het recht om kennis te nemen van de eigen gegevens een algemeen erkend recht is dat slechts in uitzonderingssituaties vervalt. Art. 8.5.5 Gedragscode verleent aan de betrokkene-cliënt het recht bij interpretatieverschillen of onenigheden met betrekking tot de inhoud van opgenomen telefoongesprekken om het opgenomen telefoongesprek te beluisteren en/of een transcriptie van het opgenomen telefoongesprek te verkrijgen.

3.6.1 Het hof heeft in cassatie onbestreden vastgesteld, dat (i) [verweerder] geen misbruik maakt van zijn rechten op grond van de WBP (r.o. 4.6.3), (ii) het verzoek van [verweerder] moet worden aangemerkt als een individueel verzoek (r.o. 4.8.2) en (iii) niet is gebleken dat hetzij Tros Radar, hetzij [verweerder] de bedoeling had om Dexia te schaden in haar bedrijfsvoering (r.o. 4.8.2). Voorts heeft te gelden dat Dexia in beginsel niet op grond van haar belang om administratieve lasten te beperken het verstrekken van kopieën of transcripties van telefoongesprekken mag afwijzen. Het bezit van een groot cliëntenbestand brengt immers mee dat veel cliënten – al dan niet daartoe aangemoedigd door televisieacties – een beroep op de hun toekomende rechten kunnen doen. Bovendien heeft Dexia als verantwoordelijke in de zin van de WBP op grond van het bepaalde in art. 39 WBP recht op een tegemoetkoming in de door haar gemaakte administratieve kosten. Slechts indien de verantwoordelijke overeenkomstig art. 43, onder e, WBP aannemelijk maakt dat de met het verstrekken van kopieën of transcripties van telefoongesprekken gemoeide administratieve lasten zodanig disproportioneel zijn, dat hij in een van zijn rechten en vrijheden wordt aangetast of dreigt te worden aangetast (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 171), kan de verantwoordelijke weigeren om de verzochte kopieën en transcripties te verstrekken. Het oordeel van het hof dat op Dexia als verantwoordelijke de plicht rust [verweerder], als betrokkene, op diens verzoek een kopie van bescheiden die zijn persoonsgegevens bevatten en transcripties van met deze gevoerde telefoongesprekken, te verstrekken en dat Dexia onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de inwilliging van het enkele verzoek van [verweerder] meebrengt dat de administratieve lasten voor Dexia zodanig disproportioneel zijn dat zij in een van haar rechten en vrijheden wordt aangetast of dreigt te worden aangetast, is in cassatie, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, slechts beperkt toets-

baar. In het licht van het vorenstaande en het overwogene in 3.4. en 3.5. is het onjuist noch onbegrijpelijk.

3.6.2 Het bepaalde in art. 843a Rv doet aan het voorgaande niet af. Deze bepaling kan niet worden beschouwd als een ten opzichte van art. 35 WBP bijzondere bepaling die aan de daarin vermelde verplichting tot het geven van informatie afbreuk kan doen. Art. 843a voorziet erin dat degene die daarbij een rechtmatig belang heeft inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden, waaronder begrepen op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn voorganger partij is, kan vorderen en kan naar gelang de omstandigheden zowel een ruimer als een beperkter toepassingsgebied hebben dan art. 35 WBP. Aan een op art. 35 WBP gebaseerd verzoek, waarvoor zoals hiervoor is overwogen geen bijzondere redenen behoeven te worden opgegeven, ligt in het algemeen en ook in een geval als het onderhavige waarin moet worden aangenomen dat geen sprake is van misbruik van recht, een rechtmatig belang ten grondslag. Voorts is het door Dexia aangevoerde feit dat [verweerder] uit de door Dexia verstrekte stukken informatie kan destilleren die voor hem van nut kan zijn in een procedure, onvoldoende om aan te nemen dat op grond van gewichtige redenen als bedoeld in art. 843a Rv de verstrekking van de door [verweerder] verzochte informatie achterwege dient te blijven. Niet alleen kent de WBP in art. 43 eigen uitzonderingsgronden, maar de gewichtige redenen van art. 843a Rv zouden, indien deze bepaling in het onderhavige geval van toepassing zou zijn, aan de verantwoordelijke ook geen mogelijkheid bieden op die grond aan de betrokkene informatie te onthouden, behoudens bijzondere redenen zoals een beroep op vertrouwelijkheid ter bescherming van de rechten of belangen van derden. De onderdelen falen derhalve.

3.7 Onderdeel 4 richt zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen de verwerping door het hof van het verweer van Dexia dat door Dexia gemaakte bandopnamen van telefoongesprekken met cliënten geen bestand in de zin van art. 1, aanhef en onder c, WBP vormen en ook niet bestemd zijn om te worden opgenomen in een bestand, zodat deze bandopnamen op grond van art. 2 lid 1 WBP buiten het bereik van de WBP vallen. Dexia heeft aan haar klacht ten grondslag gelegd dat, nu art. 1 onder WBP onder bestand 'elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens (…) dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is en betrekking heeft op verschillende personen' verstaat, 's hofs oordeel tegen de achtergrond van de volgende onweersproken stellingen uit § 14, 19-21, 65 en 72-74 van haar verweerschrift in eerste aanleg in verbinding met bijlage 7 bij dit verweerschrift onjuist dan wel onbegrijpelijk is: (i) Dexia zou eerst – aan de hand van de door een cliënt op te geven data – de banden moeten traceren waarop – mogelijk – telefoongesprekken met hem zijn te vinden; (ii) Dexia zou vervolgens die banden geheel moeten afluisteren om de gesprekken met die bepaalde cliënt te kunnen vinden; (iii) Dexia heeft niet de beschikking over een zoekfunctie.

3.8 Uit de parlementaire geschiedenis (MvT, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 71) blijkt, dat de WBP ook van toepassing is op geluidsopnamen die min of meer toegankelijk zijn voor latere raadpleging. Het hof heeft aan zijn oordeel in r.o. 4.10.5 dat de door Dexia gemaakte opnamen van telefoongesprekken toegankelijk zijn en als gestructureerd geheel in de zin van art. 1 onder c WBP moeten worden aangemerkt, ten grondslag gelegd dat Dexia de banden met deze opnamen bewaart met het oog op haar procespositie en deze dus als bewijs kan gebruiken tegen haar cliënten. Voorts geldt – zoals is opgemerkt onder 5.8-5.9 en 5.25-5.26 van de conclusie van de advocaat-generaal – dat een financiële instelling als Dexia, zoals blijkt uit het onder 4.18 van die conclusie weergegeven art. 8.5.3 Gedragscode, verplicht is technische en organisatorische voorzieningen te treffen om opgenomen telefoongesprekken en andere persoonsgegevens betreffende de opgenomen telefoongesprekken zo nodig te kunnen traceren en reconstrueren. In het licht van het vorenoverwogene is het oordeel van het hof onjuist noch onbegrijpelijk, zodat de klacht faalt.

(…)

3.13 Onderdeel 6 keert zich tegen r.o. 4.10.10 en klaagt allereerst dat het hof bij zijn oordeel dat notities van persoonsgegevens die bij derden of bij [verweerder] zelf zijn opgevraagd, vallen onder het recht op kennisneming ingevolge art. 35 WBP, niet de eis heeft gesteld dat deze notities in een bestand moeten zijn opgenomen of zijn bestemd om daarin te worden opgenomen. Voor het geval moet worden aangenomen dat het hof van oordeel is geweest dat deze notities naar hun aard deel uitmaken van een bestand of bestemd zijn om in een bestand te worden opgenomen, voert het onderdeel aan dat dit oordeel onjuist dan wel onbegrijpelijk is.

3.14 Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat notities van persoonsgegevens die bij derden of bij [verweerder] zelf zijn opgevraagd naar hun aard deel uitmaken van een bestand of bestemd zijn om in een bestand te worden opgenomen. Dit oordeel is onjuist noch onbegrijpelijk, nu aannemelijk moet worden geacht dat dergelijke, met een bepaald doel opgevraagde notities bestemd zijn om tezamen met andere persoonsgegevens van [verweerder] te worden bewaard en door Dexia geen omstandigheden zijn aangevoerd die een ander oordeel rechtvaardigen. Het hof heeft voornoemde notities terecht onderscheiden van interne notities die de persoonlijke gedachten van medewerkers van Dexia bevatten en die uitsluitend zijn bedoeld voor intern overleg en beraad, omdat het bij laatstgenoemde notities veel minder vanzelfsprekend is dat deze bedoeld zijn om tezamen met andere persoonsgegevens in een bestand te worden opgenomen.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in

cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Dexia begroot op € 341,38 aan verschotten en € 2200 voor salaris.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren E.J. Numann, A. Hammerstein, J.C. van Oven en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 29 juni 2007.

1 De feiten[2]

Een klant sluit een effectenleaseovereenkomst bij Dexia. Via de website van het televisieprogramma de TROS Radar neemt hij kennis van een gepubliceerd advies van het College bescherming persoonsgegevens (hierna CBP), waaruit blijkt hij het recht heeft op volledige inzage van zijn persoonlijk dossier. Dat betekent dat hij een kopie van alle stukken moet kunnen krijgen waaruit blijkt hoe Dexia zijn financiële situatie en (desgevallend) beleggingservaring heeft geschat. Daartoe behoort ook een schriftelijke uitwerking van eventueel gevoerde telefoongesprekken. De website van TROS Radar stelt een voorbeeldbrief ter beschikking waarin wordt verzocht om de volgende stukken:

- een kopie van de overeenkomst;
- het risicoprofiel;
- de aankoopbewijzen van de in de overeenkomst genoemde aandelen;
- de afschriften van dividenduitkeringen;
- de inventaris van zijn kredietwaardigheid;
- een schriftelijke uitwerking van de gevoerde telefoongesprekken;
- alle overige documenten die op verzoeker van toepassing zijn.

De klant verzoekt Dexia om hem mede te delen of de bank zijn persoonsgegevens heeft verwerkt, en zo ja, hem daarvan een volledig overzicht te geven. Daarnaast vraagt hij te worden ingelicht over het doel van de verwerking, wie de ontvangers zijn en de herkomst van de persoonsgegevens. De juridische grondslag van het verzoek is art. 35 Wet bescherming persoonsgegevens (WBP)[3] dat betrokkene het recht geeft zich vrijelijk en met redelijke tussenpozen tot de verantwoordelijke van een verwerking te wenden met het verzoek hem mede te delen of zijn persoonsgegevens worden verwerkt. Het overzicht waar de klant om vraagt betreft de gegevens zoals omschreven in de voorbeeldbrief van de website van TROS Radar.

Dexia weigert op dit verzoek in te gaan op grond van art. 43 sub e WBP:

> 'De verantwoordelijke kan de artikelen 9, eerste lid, 30, derde lid, 33, 34 en 35 buiten toepassing laten voor zover dit noodzakelijk is in het belang van;
>
> (…)
>
> e de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen.'

Een weigering is mogelijk wanneer dit noodzakelijk is ter bescherming van het belang van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen. Onder die 'anderen' kan volgens de parlementaire behandeling ook de verantwoordelijke zelf – Dexia dus – worden verstaan.[4] Daarop richt de betrokkene zich tot het CBP met het verzoek om bemiddelend op te treden. Het CBP besluit dat Dexia gehouden is verzoeker inzage en afschrift van de gevraagde stukken te geven. Dexia volhardt, en de klant daagt Dexia voor de rechter.

De rechtbank van Roermond[5] honoreert het verzoek, zij het niet volledig, waarop Dexia in beroep gaat bij het Hof 's-Hertogenbosch. Deze doet uitspraak op 16 januari 2006 en volgt daarbij de eerste rechter. Vervolgens wendt Dexia zich tot de Hoge Raad.

Het belangrijkste geschilpunt in cassatie betreft de vraag of de banken verplicht zijn aan de betrokkenen, dat zijn degenen van wie de persoonsgegevens zijn verwerkt, kopieën van bescheiden en transcripties van telefoongesprekken te verstrekken.

De Hoge Raad is, overeenkomstig de conclusies van advocaat-generaal mr. D.W.F. Verkade, van oordeel dat de betrokkenen daarop in beginsel recht hebben. Het is de meest effectieve wijze waarop voldaan kan worden aan de verplichting desgevraagd zo volledig en duidelijk mogelijk informatie te verschaffen aan de hand waarvan de rechtmatigheid en juistheid van de gegevens kan worden gecontroleerd. Van dit recht mag uiteraard geen misbruik worden gemaakt en uitoefening ervan mag ook niet leiden tot een disproportionele belasting van de verantwoordelijke bank of tot aantasting van de rechten of belangen van derden. Aan het recht op inzage en afschriften op grond van art. 35 Wet bescherming persoonsgegevens wordt door de Hoge Raad bijgevolg een ruime uitleg gegeven.

Het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 16 januari 2006 en het daaropvolgend arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2007[6] zijn van groot belang voor een beter begrip van de wetgeving op het verwerken en beschermen van persoonsgegevens. Beide arresten gaan in op twee thema's van de WBP, namelijk de omvang van het inzagerecht ex art. 35 WBP en de omschrijving van het begrip 'bestand' dat van belang is bij handmatige verwerkingen. In wat volgt bespreken we beide punten. Tevens gaan we na welke gevolgen het arrest van de Hoge Raad heeft op klant- en groepsprofielen.

2 Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2006, *Computerrecht* 2006/103, p. 223-227.

3 Wet van 6 juli 2000, *Stb*. 2000, 302, in werking getreden op 1 september 2001, afgekort WBP.

4 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 171.

5 Rb. Roermond 30 maart 2005, 65136 FA RK 04-1736.

6 HR 29 juni 2007, *LJN*: AZ4664. Zie ook HR 29 juni 2007, *LJN*: AZ4663 en HR 29 juni 2007, *LJN*: BA3529.

2 Transcripties telefoongesprekken onder het toepassingsdomein van de WBP?

Zoals algemeen bekend onderscheidt de WBP twee soorten verwerkingen, met name geautomatiseerde verwerkingen en handmatige verwerkingen. De eerste vallen *ex lege* onder het begrip verwerking en onder de wet. Handmatige verwerkingen moeten echter een bestand uitmaken en dus systematisch toegankelijk zijn.[7] Het is daarbij voldoende dat de manuele verwerkingen bestemd zijn om in een bestand te worden opgenomen.[8] Het begrip 'handmatige verwerking' staat centraal in voorliggende uitspraken. In het kader van de totstandkoming van de effectenleaseovereenkomst worden de telefoongesprekken met de klanten door Dexia op band opgenomen. Volgens Dexia zijn de bandopnamen niet gestructureerd opgeslagen en niet gemakkelijk toegankelijk. Bovendien zijn bandopnamen niet bestemd om in een bestand te worden opgenomen. Daarom vallen de telefoongesprekken volgens Dexia dan ook buiten het bereik van de WBP.

Het Hof 's-Hertogenbosch volgt deze redenering niet. Het verwijst naar de van toepassing zijnde Gedragscode Verwerking Persoongegevens Financiële Instellingen.[9] Hierin is bepaald dat de betrokkene recht heeft op transcripties van de telefoongesprekken. Daarnaast stelt het Hof 's-Hertogenbosch vast dat de banden worden bewaard met het oog op de procespositie van Dexia. Daarom hebben de banden een ontsluiting waardoor ze systematisch toegankelijk zijn.[10]

De Hoge Raad bevestigt de zienswijze van het Hof te 's-Hertogenbosch. De Hoge Raad wijst allereerst op de parlementaire geschiedenis van de wet. Hieruit blijkt dat de WBP ook van toepassing is op geluidsopnamen die min of meer toegankelijk zijn voor latere raadpleging.[11] Daarenboven is de al genoemde Gedragscode aan te merken als een sectoriële concretisering van de WBP. Deze geeft dan ook mede invulling aan de omvang van het inzagerecht van de betrokkene.[12] Bovendien verplicht de Gedragscode Dexia de nodige technische en organisatorische voorzieningen te treffen om de telefoongesprekken te kunnen traceren en reconstrueren.

In een eerdere beschikking van de Rechtbank te Rotterdam van 20 mei 2005[13] was deze Gedragscode ook al aan bod gekomen. Ook toen had de verzoeker aan Dexia inzage gevraagd in zijn verwerkte persoonsgegevens in het kader van de totstandkoming van een effectenleaseovereenkomst. En ook hier weigerde Dexia op het verzoek in te gaan. De rechtbank kwam tot de vaststelling dat alle telefoongesprekken sinds 2002 waren geïnventariseerd, gerangschikt per dag en dat op naam in de gegevensdragers kon worden gezocht en dat voor de periode daarvoor kon worden gegaan welke cliënt wanneer had gebeld. Op grond van art. 8.5.3 van de Gedragscode was Dexia verplicht om technische en organisatorische voorzieningen te treffen om de opgenomen telefoongesprekken te kunnen traceren. Voor de Rotterdamse Rechtbank was er bijgevolg een rechtstreeks verband tussen de telefoongesprekken en de gegevensverwerking in het kader van de effectenleaseovereenkomst. Namelijk de bewijsfunctie tegen de cliënt.

3 Omvang van het inzagerecht

Elke betrokkene heeft in beginsel het recht zich vrijelijk tot de verantwoordelijke te wenden met het verzoek hem mede te delen of persoonsgegevens over hem worden verwerkt.[14] Dit recht volgt uit een logische toepassing van het transparantiebeginsel dat mede aan de grondslag ligt van de WBP: de betrokkene moet de verwerking kunnen controleren en zo nodig corrigeren. Art. 35 lid 2 WBP schrijft voor dat de mededeling van de gegevens bestaat uit een volledig overzicht van de verwerkingen. In casu, rees de vraag wat onder 'volledig overzicht' dient te worden verstaan. Volgens Dexia kon met een samenvatting van de persoonsgegevens worden volstaan.

Het Hof 's-Hertogenbosch overweegt echter dat het overzicht voldoende concreet moet zijn. Immers, slechts op deze wijze kan de betrokkene zijn controle- en correctierecht effectueren. Anderzijds zou een belangrijk deel van de informatiewaarde verloren kunnen gaan. Het kan de betrokkene immers juist gaan om de details van de gegevens die over hem worden verwerkt.[15] Opnieuw volgt de Hoge Raad het Hof 's-Hertogenbosch en bevestigt dat het inzagerecht ruim moet worden opgevat. Uit overweging 41 van de considerans en art. 12 van de Richtlijn nr. 95/46/EG van 24 oktober 1995[16] volgt dat de betrokkene zich moet kunnen vergewissen over de juistheid en de rechtmatigheid van de opgeslagen persoonsgegevens.

De betrokkene heeft bijgevolg recht op specifieke en precieze informatie. De Hoge Raad maakt één kanttekening bij deze ruime kennisgevingplicht. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de gegevens die bekend zijn en deze waarover de betrokkene reeds beschikt en waarover hij reeds een oordeel heeft kunnen vormen. Over deze laatste hoeft geen informatie te worden verstrekt. Bovendien mag van het inzagerecht geen misbruik worden gemaakt. Zo mag het verzoek niet tot disproportionele administratieve lasten leiden voor de verantwoordelijke. Daarvan is volgens de Hoge Raad in beginsel geen sprake wanneer de verantwoordelijke met een dergelijk verweer poogt de administratieve lasten te

7 Art. 1 sub c WBP. Bestand: elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens, ongeacht of dit geheel van gegevens gecentraliseerd is of verspreid is op een functioneel of geografisch bepaalde wijze, dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is en betrekking heeft op verschillende personen.

8 Art. 2 lid 1WBP.

9 *Stcrt.* 2003, 23, p. 16.

10 R.o. 4.10.5.

11 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 71.

12 R.o. 3.5.

13 Rb. Rotterdam 20 mei 2005, *LJN*: AT8525.

14 Art. 35 WBP.

15 R.o. 4.9.2.

16 Richtlijn betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* van 24 november 1995, 281.

beperken. Het beheren van een groot klantenbestand brengt nu immers dit risico met zich mee. Dat klanten aangemoedigd worden door een televisieprogramma, doet daar niet aan af.

4 Moet een verzoek tot inzage steunen op een bepaald belang?

De Rechtbank van Utrecht diende zich recent uit te spreken over een gelijkaardig verzoek van een klant van Dexia.[17] In tegenstelling tot het hier besproken arrest, werd het verzoek van de cliënt toen afgewezen. Volgens de Utrechtse rechter had de klant onvoldoende duidelijk gemaakt wat zijn belang was bij het verkrijgen van de gevraagde informatie.

Vooreerst merkte de rechtbank in de Utrechtse *Dexia*-zaak op dat de betrokkene zich 'vrijelijk' tot de verantwoordelijke kan wenden.[18] Onmiddellijk daarna volgde echter een overweging van de rechter in verband met het beroep van Dexia op art. 43 aanhef en sub e WBP. Volgens deze bepaling moet, zoals reeds gezegd, de verantwoordelijke voor de verwerking geen gevolg geven aan het verzoek van de betrokkene wanneer dit noodzakelijk is in het belang van de rechten en vrijheden van 'anderen' waaronder ook de verantwoordelijke voor de verwerking wordt verstaan, *in casu* Dexia. Volgens de Utrechtse rechtbank zouden door het inwilligen van al deze verzoeken de administratieve lasten disproportioneel groot zijn geworden. Dexia zou in haar economische rechten en vrijheden aangetast worden of minstens daarin worden bedreigd. Daartegenover staat dat verzoeker desgevraagd *onvoldoende specifiek belang* bij de door hem gevraagde gegevens naar voren had gebracht. Want, zo vervolgde de rechtbank, '*weliswaar heeft (verzoeker) verklaard dat er bij de overname van de contracten van de rechtvoorganger van verweerster 'van alles is misgegaan', maar wat er is misgegaan en op welke punten dat bij zijn contracten het geval zou zijn, heeft hij niet toegelicht. Het voorgaande betekent dat het verzoek zal worden afgewezen.*'

Onzes inziens zit de Utrechtse rechter hier op een verkeerd spoor, want het belang van de verzoeker is hier duidelijk door de wet vooropgesteld. Dexia heeft hetzelfde Utrechtse 'trucje' ook voor het Hof 's-Hertogenbosch opgeworpen. Echter nu zonder resultaat. Terecht. Het Hof 's-Hertogenbosch overweegt dat het belang van verzoeker in art. 35 WBP wordt verondersteld door de Europese en Nederlandse wetgever. En dit is eveneens de visie van de Hoge Raad. Zo kan de betrokkene bij het vragen naar informatie volstaan met een verwijzing naar art. 35 WBP. Hij behoeft geen nadere redenen op te geven.[19]

5 Vallen alle bankprofielen onder de WBP?

Het Hof beveelt Dexia aan te geven of er een risicoprofiel c.q. cliëntenprofiel van de verzoeker is gemaakt. Is dat het geval, dan dient Dexia ook daarvan een afschrift te overleggen. Het Hof is namelijk van oordeel dat het maken van zulk profiel een verwerking van persoonsgegevens is. Het gaat bij een risico- of cliëntenprofiel immers om bij de verzoeker ingewonnen informatie over zijn financiële positie, zijn ervaring met beleggingen in financiële instrumenten en zijn beleggingsdoelstellingen. Daarnaast moet Dexia aangeven 'of zij een inventarisatie heeft gemaakt van zijn kredietwaardigheid, en zo ja, dan moet Dexia ook daarvan een afschrift aan de klant verstekken.' In dat laatste geval gaat het kennelijk niet meer om het risico dat uit de persoonlijke gegevens van de klant wordt afgeleid (zoals bij het risico- of cliëntenprofiel), maar om een inschatting van de kredietwaardigheid van het type klant, waarschijnlijk gebaseerd op geavanceerde datamining technieken die zogenaamde groepsprofielen opleveren.

In de hiervoor besproken beschikking van de rechtbank te Utrecht werd op nagenoeg dezelfde wijze geoordeeld. De rechtbank overwoog dat de gegevens die Dexia had verwerkt met betrekking tot de beleggingservaring, beleggingsdoelstellingen en de financiële positie van verzoeker, moeten worden aangemerkt als persoonsgegevens. Hiermee wordt immers een inventarisatie gemaakt van de risico's die de klant bereid is te nemen. In dat geval is de informatie herleidbaar tot de persoon van verzoeker. Hierbij rijst de vraag of deze verplichting ook geldt ten aanzien van een groepsprofiel dat aan gegevens van anderen is ontleend. Immers, om een goede afweging te kunnen maken, zal de bank de gegevens van de klant toetsen aan groepsprofielen die dankzij datamining-technologie een verfijnde analyse mogelijk maken van eventuele risico's en om die reden vaak als maatstaf worden genomen voor de inschatting van de kredietwaardigheid van de betrokkene.

Om groepsprofielen op te stellen, worden – eventueel geanonimiseerde – gegevens uit verscheidene bestanden met elkaar in onderling verband gebracht. Vaak worden dit soort datamining-technologieën gebruikt voor marktonderzoek en productaanbiedingen. Datamining van databases wordt ook wel *knowledge discovery in databases* (kortweg KDD) genoemd.[20] KDD betekent dat een grote hoeveelheid gegevens met behulp van algoritmes wordt doorzocht op patronen, die als het ware boven komen drijven op grond van gevonden correlaties. Dit soort patronen kan overigens ook wordt 'ontdekt' in de gegevens van één persoon. In dat geval is sowieso sprake van een persoonsgegeven.[21] KDD moet dan ook niet worden verward met een zogenaamde query, waarbij met vooraf vastgestelde categorieën wordt gewerkt. Dat laatste levert geen nieuwe kennis op, terwijl KDD juist onverwachte verbanden boven water brengt. Twee vragen dringen zich op. Ten eerste de vraag of klanten het genereren

17 Rb. Utrecht 12 januari 2005, *LJN*: AS2127.

18 R.o. 3.10, vonnis Rechtbank van Utrecht.

19 R.o. 3.4.

20 Zie de literatuur verzameld onder *Descriptive analysis and inventory of profiling practices* (D7.2) en *Implications of profiling practices on democracy* (D7.4) op de website van FIDIS <www.fidis.net>.

21 Zie ook *Opinion* 4/2007 van de art. 29 Working Party over 'the concept of personal data', 01248/07/EN, *WP* 136 van 20 juni 2007, p. 7.

van groepsprofielen kunnen tegenhouden voor zover hun eigen persoonsgegevens daarvoor worden gebruikt. Ten tweede de vraag of klanten toegang hebben tot deze groepsprofielen, ook als deze tot stand zijn gekomen op basis van andermans (en/of geanonimiseerde) persoonsgegevens. Gezien de invloed die het gebruik van groepsprofielen kan hebben op beslissingen die ten aanzien van een klant worden genomen, zou een dergelijke transparantie van nog groter belang kunnen zijn dan inzage in de eigen persoonsgegevens. In wat volgt formuleren we een proeve van antwoord op beide vragen.

6 Toepasselijkheid van WBP op (nog) niet gepersonaliseerde groepsprofielen

Volgens de memorie van toelichting bij de WBP valt ook de verwerking van persoonsgegevens voor datamining of de uitvoering van bepaalde zoekopdrachten met behulp van daartoe geschreven programma's onder de algemene normering van de persoonsgegevensverwerking.[22] Zo moet minstens aan de eis zijn voldaan dat de doeleinden van de oorspronkelijke verwerking met de doeleinden van de koppeling verenigbaar zijn.[23]

Het profiel dat Dexia van de verzoeker heeft aangelegd is een persoonlijk profiel. Zo blijkt uit het arrest dat een hele reeks persoonsgegevens is verwerkt opdat Dexia een goede risicoschatting zou kunnen maken. De rechtmatigheid van de verwerking van deze gegevens kan blijken uit twee rechtvaardigheidsgronden. Het kan zijn dat de klant daarvoor zijn ondubbelzinnige toestemming heeft gegeven (art. 8 onder a WBP). Daarnaast kan de verwerking noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de klant partij is. De verwerking kan eveneens noodzakelijk zijn voor het nemen van precontractuele maatregelen naar aanleiding van een verzoek van de klant (art. 8 onder b WBP). In beide gevallen heeft de verantwoordelijke tegenover de betrokkene een informatieplicht met betrekking tot de doeleinden van de verwerking (art. 33 en 34 WBP).

Wat is nu de rechtspositie van de klant wanneer zijn (additionele) persoonsgegevens worden gebruikt voor het genereren van groepsprofielen, die op anderen worden toegepast? Met additionele persoonsgegevens wordt gedoeld op gegevens als inkomen, woonadres, ochtendblad, lengte van het haar, kleur van de ogen, type auto, online surfgedrag, vakantiebestemming, etc. Met directe persoonsgegevens wordt gedoeld op de naam van een persoon, de geboortedatum en -plaats voor zover gekoppeld aan de naam. De Europese Richtlijn nr. 95/46 EG van 24 oktober 1995 voorziet niet in een afzonderlijke rechtmatigheidsgrondslag voor deze vorm van gegevensverwerking. In dat geval is onzes inziens de ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene vereist, zoals neergelegd in art. 8 onder a WBP, althans voor zover de gegevens niet zijn geanonimiseerd Daarnaast dient Dexia de klant informatie te geven over de doeleinden waarvoor de gegevens bestemd zijn en het gebruik dat daarvan wordt gemaakt. (art. 33 en 34 WBP). De klant heeft dus het recht om te weten of zijn persoonsgegevens het onderwerp kunnen uitmaken van het aanleggen van profielen. Bovendien ontstaat er een controlerecht van de betrokkene ten aanzien van de rechtmatigheid en correctheid van zijn verwerkte persoonsgegevens. Met het Hof zijn wij het eens dat de precieze context waarin persoonsgegevens worden verwerkt cruciaal is. Daarbij moet echter worden bedacht dat deze profielen niet zijn gegenereerd uit de persoonsgegevens van degene op wie ze worden toegepast, maar uit enorme hoeveelheden – vaak geanonimiseerde – gegevens. Met name wanneer geanonimiseerde gegevens worden gebruikt, lijken degenen wier gegevens worden verwerkt geen rechten meer te kunnen ontlenen aan de bescherming van persoonsgegevens. Anonimiseren zou aldus de rechtsbescherming niet ten goede komen.

In wat volgt trachten we een interpretatie voor te stellen waarin de WBP hier wél van toepassing wordt geacht. Daarbij hoeft meteen gezegd dat het niet ondenkbaar is dat de rechtspraak anders oordeelt. *Uitgangspunt is dan dat een bank zoals Dexia het genereren van groepsprofielen op grond van persoonsgegevens als een afzonderlijke finaliteit dient te beschouwen in de zin van de wet.*[24] Daardoor is de verantwoordelijke voor de verwerking genoodzaakt deze specifiek en uitdrukkelijk te omschrijven. In gelijke zin de mening van de art. 29 Working Party van 20 juni 2007, over de vraag wanneer bepaalde gegevens geacht moeten worden 'betrekking te hebben op een geïdentificeerde of identificeerbare persoon':

> '*Also a 'purpose' element can be responsible for the fact that information 'relates' to a certain person. That 'purpose' element can be considered to exist when the data are used or are likely to be used, taking into account all the circumstances surrounding the precise case, with the purpose to evaluate, treat in a certain way or influence the status or behavior of an individual.*' En '*Despite the absence of a 'content' or 'purpose' element, data can be considered to 'relate' to an individual because their use is likely to have an impact on a certain person's rights and interests, taking into account all the circumstances surrounding the precise case. It should be noted that it is not necessary that the potential result be a major impact. It is sufficient if the individual may be treated differently from other persons as a result of the processing of such data.*'

Deze omschrijvingen gaan op voor alle groepsprofielen die gebruikt kunnen worden om personen 'op een bepaalde manier te evalueren of te behandelen of de status of het gedrag van een individu te beïnvloeden', dan wel 'anders te behandelen dan anderen' als resultaat van profiling.

Daarnaast moet daarvan melding worden gemaakt bij het College bescherming persoonsgegevens (CBP). Zo zou de bank

22 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 52.
23 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 93.
24 Art. 29 Data Protection Working Party, *Opinion NÂ§ 4/2007 on the concept of personal data*. Adopted on 20th June 2007, 01248/07/EN, WP 136.

niet kunnen aanvoeren dat uit de effectenleaseovereenkomst meteen voortvloeit dat deze gegevens (zonder meer) mogen worden aangewend voor de aanmaak van groepsprofielen met ongekende en uiteenlopende doelstellingen. Zulke verwerkingen zijn onverenigbaar met het oorspronkelijke doeleinde. Daarbij moet overigens rekening worden gehouden met de *redelijke verwachtingen* van de betrokkene. Men kan van de betrokkene niet veronderstellen dat het genereren van zijn persoonsgegevens voor groepsprofielen binnen de redelijke verwachtingen ligt. Bovendien worden deze groepsprofielen ook gebruikt voor marketingdoeleinden. In dat geval kan beroep worden gedaan op twee rechtmatige grondslagen. Ofwel de toestemming van de betrokkene (art. 7b WBP). Ofwel het zwaarder wegende belang van de verantwoordelijke of een derde (art. 7f WBP). Van een impliciete en voorafgaande algemene toestemming kan dan ook geen sprake zijn. Ook in deze gevallen is melding van de verwerking verplicht. Zo zal de klant kunnen weten waarom en in welke mate de belangen van de bank doorwegen. Anders wordt de klant immers afgesneden van enig protest, verzet of ander rechtsmiddel.

In de praktijk loopt het evenwel anders. Meestal is de klant vragende partij. Weigert hij zijn toestemming te geven voor de gegevensverwerking voor een ander doeleinde dan de oorspronkelijke finaliteit dan zal hij wellicht geen krediet verkrijgen. De klant zal dan nergens anders terecht kunnen omdat alle bankinstellingen dezelfde werkwijze hanteren. Maar op dit vlak ligt er een verantwoordelijkheid weggelegd voor de overheid. In dit verband is het advies van de Belgische Privacycommissie nr. 23/2006 van 12 juli 2006 betreffende het voorontwerp van wet betreffende de omkadering van de negatieve lijsten interessant. Dergelijke lijsten bevatten persoonsgegevens die een weerslag (kunnen) hebben op de wijze waarop de betrokkene in het maatschappelijke verkeer wordt beoordeeld. Externe negatieve lijsten kunnen door derden geraadpleegd worden. Ten aanzien van de externe negatieve lijsten stelt de Privacycommissie zich op het standpunt dat een *voorafgaande machtiging* (eigen cursivering) vereist is. Daarnaast dienen deze lijsten aan een rechtmatigheid- en toelaatbaarheidstoets te worden onderworpen. Met betrekking tot het proportionaliteitsbeginsel '*is de Commissie van oordeel dat bijzondere aandacht dient te worden geschonken aan de hoedanigheid van de brongegevens. De registratie van natuurlijke personen in externe negatieve lijsten op basis van louter verdenkingen of profielen kan niet worden aanvaard in de private sector.*' (p. 4). Ook in Nederland is het gebruik van negatieve lijsten slechts toegelaten conform de door de WBP voorgeschreven normen. Desgevallend vindt een voorafgaand onderzoek naar de rechtmatigheid van de verwerking plaats door het CBP. Van belang is dus dat zowel de Belgische Commissie als het Nederlandse CBP er kennelijk van uitgaan dat de Richtlijn nr. 95/46/EG van toepassing is.

In het voorgaande werd ingegaan op de vraag of het aanmaken van groepsprofielen met een veelheid van al dan niet geanonimiseerde gegevens onder de WBP valt. Onzes inziens is het antwoord niet vanzelfsprekend, maar is een positieve beantwoording mogelijk en verdedigbaar. Toch moet ook gewezen worden op de feitelijke onmogelijkheid om te controleren welke profielen worden aangemaakt (technisch niet te achterhalen). Bovendien, en dit wordt hier niet nader uitgewerkt, moet ook worden gewezen op het bestaan van intellectuele eigendomsrechten en bedrijfsgeheim ten aanzien van de algoritmes en uitkomsten van KDD. Toepasselijkheid van de WBP levert de consument daarom in de praktijk vaak niets op (1) vanwege deze uitzonderingen en (2) vanwege de technische onmogelijkheid toegang te verkrijgen tot die profielen.

7 Heeft de klant toegang tot een groepsprofiel?

Voor het antwoord op deze tweede vraag knopen we aan bij de memorie van toelichting bij art. 35 betreffende het inzagerecht. Deze tekst blaast over deze vraag afwisselend warm en koud. Niet is uit te sluiten, aldus de memorie, dat honorering van een inzageverzoek vanwege de betrokkene tevens enig inzicht zal geven in persoonsgegevens die op anderen betrekking hebben. De betrokkene kan daar dus belang bij hebben.[25] Aan de andere kant is er overweging 26 van de Richtlijn nr. 95/46/EG:

> 'Overwegende dat de beschermingsbeginselen moeten gelden voor elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare persoon; dat, om te bepalen of een persoon identificeerbaar is, moet worden gekeken naar alle middelen waarvan mag worden aangenomen dat zij redelijkerwijs door degene die voor de verwerking verantwoordelijk is dan wel door enig ander persoon in te zetten zijn om genoemde persoon te identificeren; dat de beschermingsbeginselen niet van toepassing zijn op gegevens die op zodanige wijze anoniem zijn gemaakt dat de persoon waarop ze betrekking hebben niet meer identificeerbaar is; dat de gedragscodes in de zin van art. 27 een nuttig instrument kunnen zijn om een indicatie te geven omtrent de middelen waarmee de gegevens anoniem kunnen worden gemaakt en kunnen worden bewaard in een vorm die identificatie van de betrokkene niet langer mogelijk maakt;'

Deze overweging bepaalt dus dat de beschermingsbeginselen niet van toepassing zijn op gegevens die op zodanige wijze anoniem zijn gemaakt dat de persoon waarop ze betrekking hebben *niet meer* identificeerbaar is. Daartegenover staat overweging 27 van de genoemde richtlijn:

> 'Overwegende dat de bescherming van personen zowel op automatische als op niet-automatische verwerking van toepassing is; dat de reikwijdte van deze bescherming in feite niet afhankelijk mag zijn van de gebruikte technieken, omdat zulks ernstig gevaar voor ontduiking zou opleveren; (…)'

De reikwijdte van de bescherming van persoonsgegevens

25 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 158.

26 Anders zou het bijvoorbeeld onmogelijk zijn een rating toe te laten die de kredietwaardigheid van een lener weergeeft.

mag dus *in feite* niet afhankelijk zijn van de gebruikte technieken. Dat kan immers ernstig gevaar voor ontduiking opleveren. Op basis van deze overwegingen zou men het volgende kunnen argumenteren. Dat de richtlijn slechts wijst op het geval dat de gegevens anoniem zijn gemaakt *voordat* sprake is van de verwerking van persoonsgegevens. Doch dit lijkt in de meeste gevallen onwaarschijnlijk. Groepsprofielen worden nu eenmaal gegenereerd *nadat* er sprake was van verwerking van persoonsgegevens.[26] Zo stelt de Belgische wetgever dat ook gecodeerde informatie als persoonsgegevens beschouwd moet worden, ook al kan de verantwoordelijke niet zelf tot identificatie overgaan. Bij anonimisering verliest informatie over natuurlijke personen slechts het karakter van persoonsgegevens indien de anonimisering absoluut is. Er mag met geen enkel redelijkerwijs inzetbaar middel nog een terugweg uit de anonimiteit mogelijk zijn. De Belgische wetgever verwijst hierbij uitdrukkelijk naar de hiervoor besproken overweging 26 van de richtlijn.[27] Uit voorgaande zou dan ook kunnen afgeleid worden dat de richtlijn niet van toepassing is indien een individu zelf zijn persoonsgegevens anoniem maakt en deze vervolgens doorgeeft. Immers, de betrokkene moet ook op de hoogte worden gebracht indien de verantwoordelijke voor de verwerking de persoonsgegevens anoniem wenst te maken.[28][29] Minstens zal moeten worden gezegd *hoe* de gegevens zullen worden gebruikt. Aldus moet duidelijk zijn dat met de persoonsgegevens koop- of groepsprofielen worden gemaakt.[30]

Via datamining wordt een verband gezocht tussen gegevens van een veelheid van klanten. Deze verbanden of correlaties leiden tot bepaalde patronen, die het mogelijk maken klanten in te delen in bepaalde categorieën. De gevonden verbanden en dus ook de desbetreffende categorieën zijn statistisch van aard. De voorspellende waarde van de verbanden is dus relatief, want het gaat om waarschijnlijkheid. Zo zou kunnen blijken dat een bepaalde groep met inkomen X, familiale toestand Y en beroep Z in 78% van de gevallen een kredietwaardigheid heeft die overeenstemt met een vooraf bepaalde quotatie op een schaal. Daarvoor worden gegevens geanalyseerd die op zichzelf niet als persoonsgegevens zijn aan te merken. Immers, dergelijke gegevens leiden niet noodzakelijk tot een identificeerbare persoon. Slechts door middel van nadere stappen kunnen deze gegeven gegevens gerelateerd worden aan een bepaald individu (matching). Echter moet worden bedacht dat het hier gaat om profielen die bij toepassing vergaande invloed hebben op de kansen die de persoon op wie ze worden toegepast krijgt en de risico's die hij loopt. Art. 15 van de EG-richtlijn biedt weliswaar enige bescherming wanneer die toepassing automatisch plaatsvindt. Maar dat zal zelden het geval zijn en daarenboven bevat deze bepaling een aantal uitzonderingen die de toepasselijkheid sterk inperken. Wij pleiten er dan ook voor om na te denken over de juridische status van het groepsprofiel, dat tegelijk meer en minder is dan een persoonsgegeven en een ander type bescherming behoeft dan alleen die van de bescherming van persoonsgegevens. Wij denken daarbij vooral aan het ontwikkelen van de mogelijkheid om groepsprofielen transparant te maken voor degene op wie ze kunnen worden toegepast. Dit is met name ook van belang opdat personen zich gaan realiseren welk type gedrag zal leiden tot indeling in welke categorie, met welke (rechts)gevolgen. Van groot belang achten wij hierbij dat een recht op toegang tot dit type profielen een papieren recht blijft zolang de technologie niet wordt ontwikkeld om die toegang op een voor burgers heldere wijze mogelijk te maken.[31]

8 Besluit

De uitspraak van de Hoge Raad geeft een ruime uitleg aan het inzagerecht. Dit is onzes inziens terecht en in overeenstemming met de visie van de (supranationale)wetgever. Er wordt immers een hoog beschermingsniveau nagestreefd. Bij handmatige verwerkingen mag niet snel worden aangenomen dat de WBP niet van toepassing is. Cruciaal is de context waarin de handmatige verwerkingen plaatsvinden. De verzoeker hoeft zijn belang met een verzoek tot inzage en verificatie niet aan te tonen noch te motiveren. Zijn belang wordt door de wetgever verondersteld.

Voor het cliëntenprofiel is informatie bij verzoeker ingewonnen zodat er sprake is van verwerking van persoonsgegevens. De wettelijke grondslag daarvoor is vooreerst gelegen in de toestemming van de betrokkene. Bij gebreke daarvan is verwerking toegestaan indien dit noodzakelijk is ter uitvoering van een overeenkomst of voor het nemen van precontractuele maatregelen. Dit laatste is het geval bij een cliëntenprofiel.

Deze gegevens kunnen echter ook voor andere doeleinden worden gebruikt, zoals het aanleggen van groepsprofie-

27 Parlementaire stukken, *Kamerstukken II* 1997/98, 1566, p. 12-13. Zie ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 48-49.

28 Advies 17/96 van 1 juli 1996 inzake het ontwerp van koninklijk besluit tot regeling van de mededeling aan de Universiteit van Luik van bepaalde informatiegegevens uit het rijksregister van de natuurlijke personen in het kader van een onderzoeksactiviteit met betrekking tot de vormen van politieke participatie en mobilisatie van de etnische categorieën in verschillende Europese landen.

29 Vgl. de restrictieve opvatting in *Opinion* 4/2007, art. 29 WP, p. 21-22, met verwijzing naar recital 26.

30 *Registratiekamer 1998*, 'Gouden bergen van gegevens. Over datawarehousing, datamining en privacy', *Achtergrondstudies en verkenningen 10*, september 1998.

31 In de literatuur wordt gesproken over het ontwikkelen van 'transparency enhancing tools' (TETs) die zich complementair aan de reeds bekende 'privacy enhancing tools' (PETs) in het bijzonder zouden moeten richten op het verschaffen van inzicht in het soort groepsprofielen dat relevant is voor een bepaald individu. Zie de geschriften gebundeld als D7.7 *RFID, Profiling, and AmI* via de website FIDIS <www.fidis.net>.

len. Voor zover daarvoor niet-geanonimiseerde persoonsgegevens worden gebruikt heeft de verantwoordelijke daarvoor de uitdrukkelijke toestemming nodig van de betrokkene. Tegelijkertijd rust een informatieplicht op de verantwoordelijke ten aanzien van de beoogde doeleinden en het gebruik van de gegevens. Dit vloeit voort uit het transparantiebeginsel.

Bij groepsprofielen wordt (hoofdzakelijk) gebruik gemaakt van (indirecte) persoonsgegevens van een veelheid van personen. De resultaten van de analyse van dergelijke gegevens bestaat uit groepsprofielen die niet meer herleidbaar zijn tot een bepaald individu. Aldus is er in deze fase geen informatieplicht voor de verantwoordelijke.

Indien groepsprofielen worden toegepast op individuele gevallen kan het toegepaste groepsprofiel worden aangemerkt als persoonsgegeven,[32] en is art. 15 van de Richtlijn nr. 95/46/EG toepasselijk voor zover sprake is van een geautomatiseerde beslissing. Voor degenen op wie dergelijke profielen worden toegepast is echter van belang dat zij in een eerder stadium zicht hebben op de categorieën/profielen waarin zij op grond van hun gedrag en persoonskenmerken kunnen worden ingedeeld. Gezien de invloed van dergelijke groepsprofielen op de kansen en risico's die een persoon worden toebedeeld, achten wij het van groot belang dat de juridische status van het groepsprofiel nader wordt doordacht.

32 Conform *Opinion* 4/2007 art. 29 Working Party, p. 14: 'Without even enquiring about the name and address of the individual it is possible to categorize this person on the basis of socio-economic, psychological, philosophical or other criteria and attribute certain decisions to him or her since the individual's contact point (a computer) no longer necessarily requires the disclosure of his or her identity in the narrow sense. In other words, the possibility of identifying an individual no longer necessarily means the ability to find out his or her name. The definition of personal data reflects this fact.'