



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie : over de openbaarheid van persoonsgegevens

Kranenborg, H.R.

Citation

Kranenborg, H. R. (2007, September 20). *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie : over de openbaarheid van persoonsgegevens*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12352>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12352>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

7 | De Gemeenschapswetgeving – het probleem onvoldoende aangepakt

‘The [new] threat [to transparency] is an over-zealous interpretation of the rules on data protection.’¹

7.1 INLEIDING

Uit het voorgaande hoofdstuk bleek dat het recht op toegang tot documenten en het recht op bescherming van persoonsgegevens zich binnen de Europese rechtsorde op het hoogste niveau verzekerd weten en gelijkwaardig zijn. Bij het afstemmen van beide rechten moeten de achterliggende belangen tegen elkaar afgewogen worden met inachtneming van alle omstandigheden van het specifieke geval. De uitkomst van deze belangenafweging moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel, wat betekent dat de kern van beide rechten overeind moet blijven. De wetgever kan de belangenafweging overlaten aan de instellingen, aangezien zij uiteindelijk geconfronteerd worden met concrete situaties en in beginsel het best in staat zijn de belangenafweging te maken. Het kan ook zo zijn dat de wetgever de uitkomst van de belangenafweging voor bepaalde gevallen op voorhand bepaalt en in wetgeving vastlegt.

In de EU is het recht op toegang tot documenten uitgewerkt in de Eurowob en het recht op bescherming van persoonsgegevens in verordening 45/2001. Hoewel beide verordeningen deels in dezelfde periode zijn opgesteld, zijn zij niet voldoende op elkaar afgestemd.² De Eurowob verwijst in artikel 4 lid 1 sub b weliswaar naar de Gemeenschapswetgeving over de bescherming van persoonsgegevens maar het is onduidelijk hoe deze bepaling opgevat dient te worden. In verordening 45/2001 wordt alleen in een considerans op zeer algemene wijze naar het regime van toegang tot documenten verwezen:

De toegang tot documenten, met inbegrip van de voorwaarden voor toegang tot documenten die persoonsgegevens bevatten, valt onder regelingen die zijn vast-

1 Het citaat is afkomstig uit de in § 1.1 genoemde lezing uit 2001 die Söderman, de toenmalige Europese Ombudsman, hield aan de Humboldt Universiteit in Berlijn (te vinden op <http://www.whi-berlin.de/documents/soederman.pdf>), p. 10. Zie in die zin ook I. Harden, ‘Citizenship and Information’, *EPL* 2001, p. 165-193, op p. 187.

2 Dit wordt ook door interne bronnen bevestigd.

gesteld op grond van artikel 255 van het Verdrag, waarvan het toepassingsgebied ook de titels V en VI van het Verdrag betreffende de EU bestrijkt.³

Van een expliciete afstemming met de toegangsregels is geen sprake. In dit hoofdstuk zal worden bekeken of bij de gelijktijdige toepassing van beide verordeningen een evenredige afstemming van beide rechten mogelijk is.

Door de onduidelijke formulering in de Eurowob en het gebrek aan afstemming in verordening 45/2001 zijn verschillende interpretaties mogelijk. Daarom is het voor de instellingen lastig om te bepalen of wel of geen toegang tot de persoonsgegevens moet worden verleend. De EDPS heeft de onduidelijkheid proberen weg te nemen door (niet bindende) richtsnoeren voor de instellingen op te stellen.⁴ Hierin interpreteert hij de bepalingen van beide verordeningen zodanig dat er volgens hem een redelijke uitkomst wordt bereikt. In een aantal recente beslissingen heeft de Europese Ombudsman de richtsnoeren van de EDPS toegepast.⁵ De Commissie is het, zoals blijkt uit de discussie die in het kader van de *Bavaria*-zaak werd gevoerd, met de richtsnoeren van de EDPS niet eens. De Commissie interpreteert zowel artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob als verschillende bepalingen uit verordening 45/2001 op een andere manier.

Omdat beide verordeningen onvoldoende op elkaar zijn afgestemd, is het lastig om een oordeel te geven over de evenredigheid van de belangenafweging die de wetgever zelf eventueel in de wetgeving zou hebben vastgelegd. De analyse in dit hoofdstuk beperkt zich daarom tot een bespreking van de bepalingen die relevant zijn voor de situatie waarin om toegang wordt gevraagd tot een document dat persoonsgegevens bevat. Steeds komt daarbij het standpunt van de Commissie en de EDPS aan bod. De eerste blijkt voorstander te zijn van een strikte gegevensbeschermingsbenadering, terwijl de tweede tot een benadering probeert te komen waarin meer rekening wordt gehouden met het recht op toegang tot documenten. Beide standpunten worden becommentarieerd en in sommige gevallen wordt een alternatieve benadering besproken. Als andere instanties, zoals de Europese Ombudsman en de Artikel 29 Groep, relevante uitspraken hebben gedaan, komen deze eveneens ter sprake. Apart wordt besproken of de relevante bepalingen ruimte laten voor de instellingen om tot een belangenafweging over te gaan.

3 Zoals eerder betoogd, lijkt deze considerans te zijn opgenomen om aan te geven dat de regels over toegang tot documenten (ook als deze persoonsgegevens bevatten) in tegenstelling tot verordening 45/2001 wél in de tweede en derde pijler van toepassing zijn. Zie § 5.3.2.

4 EDPS, *Public access to documents and data protection*, Background Paper Series, juli 2005, nr. 1 (te vinden via <http://www.edps.europa.eu>), verder aangeduid als 'EDPS-Richtsnoeren 2005'. Zie ook § 1.2.

5 Zie bijv. ontwerp-aanbeveling van de Europese Ombudsman aan het Europees Parlement van 2 februari 2006 inzake klacht 1919/2005/GG. Alle beslissing en aanbevelingen van de Europese Ombudsman zijn te vinden via <http://www.euro-ombudsman.eu.int>.

De toepasselijkheid van beide verordeningen en daarmee de botsing tussen beide regimes ontstaat doordat iemand op basis van de Eurowob om toegang tot documenten vraagt. Om die reden zal in § 7.2 eerst artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob worden besproken. Daarna volgt in § 7.3 een bespreking van de bepalingen van verordening 45/2001 die op het eerste gezicht relevant zijn voor het openbaren van persoonsgegevens. Tot slot wordt in § 7.4 bekeken of de bepalingen van zowel de Eurowob als verordening 45/2001 ruimte laten voor de instellingen om zelf tot een belangenafweging over te gaan.

7.2 ARTIKEL 4 LID 1 VAN DE EUROWOB

Artikel 4 lid 1 van de Eurowob luidt als volgt:

De instellingen weigeren de toegang tot een document wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van: [...]
b) de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu, in het bijzonder gelet op de Gemeenschapswetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens.

De Engelse tekst van artikel 4 lid 1 Eurowob is de volgende:

The institutions shall refuse access to a document where disclosure would undermine the protection of: [...]
b) privacy and the integrity of the individual, in particular in accordance with Community legislation regarding the protection of personal data.

En de Franse tekst luidt:

Les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection: [...]
b) de la vie privée et de l'intégrité de l'individu, notamment en conformité avec la législation communautaire relative à la protection des données à caractère personnel.

Artikel 4 lid 1 sub b Eurowob is de enige bepaling waarin beide verordeningen met elkaar in verband worden gebracht. In de bepalingen van verordening 45/2001 ontbreekt, zoals gezegd, een expliciete verwijzing naar de Eurowob. Hoewel artikel 4 lid 1 sub b Eurowob verwijst naar de Gemeenschapswetgeving over bescherming van persoonsgegevens is het onduidelijk wat de wetgever precies met deze bepaling heeft bedoeld.

Uit hoofdstuk 4 bleek dat er situaties zijn die buiten de privacybescherming van artikel 8 EVRM vallen, maar die wel binnen de reikwijdte van de Gemeenschapsregels over bescherming van persoonsgegevens vallen. Door dit verschil in reikwijdte kan artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob op twee manieren worden geïnterpreteerd. In de eerste plaats dat de toepasselijkheid van de

Gemeenschapswetgeving over de gegevensbescherming beperkt wordt tot *situaties waarin de privacy in het geding is*. In de tweede plaats dat onverkort wordt doorverwezen naar de Gemeenschapswetgeving.⁶ Een interpretatie die wel wordt aangeduid als de *renvoi*-theorie.⁷

In de Engelse en Franse tekst lijkt de conformiteit met de gegevensbeschermingsregels dwingender geformuleerd dan in de Nederlandse tekst; vergelijk 'in accordance with' en 'en conformité avec' met 'gelet op'. Het probleem schuilt in het eerste gedeelte achter de komma. Wat houdt 'in het bijzonder', 'in particular' of 'notamment' in? Dit is onduidelijk.⁸

In zijn richtsnoeren is de EDPS bijzonder stellig over de wijze waarop de uitzondering moet worden begrepen:

'[t]he exception to public access in Article 4(1)(b) of the public access regulation deals by definition only with personal data liable to infringe the right to privacy'.⁹

De Commissie formuleert haar standpunt als volgt:

'information relating to an identified or identifiable person must be withheld, pursuant to Article 4 (1) (b) of Regulation 1049/2001, if disclosure would affect the person's privacy or integrity or would *otherwise* constitute an unlawful processing of personal data under Regulation 45/2001'.¹⁰

Het verschil in interpretatie en de discussie tussen de Commissie en de EDPS zijn niet alleen theoretisch van aard. In de *Bavaria*-zaak was de EDPS van mening dat het openbaren van de namen van de personen die aanwezig waren bij het Commissieoverleg niet binnen de reikwijdte van de privacybescherming viel, waardoor de uitzondering niet kon worden ingeroepen.¹¹ De Commissie paste echter de regels over de bescherming van persoonsgegevens toe en kwam tot de conclusie dat de aanwezige personen om toestemming gevraagd moest worden voor het openbaren van hun namen.¹² Van de personen die dit weigerden werden de namen niet vrijgegeven.¹³

6 De vermelding van de integriteit van het individu wordt in dit verband verder buiten beschouwing gelaten. De toegevoegde waarde van deze vermelding in de relatie toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens is gering. Zie in die zin ook de EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 16. Ook Peers vindt het onduidelijk wat de toegevoegde waarde van 'integriteit' is. Zie Peers 2002, p. 399-400.

7 Zie I. Harden, 'Openness and Data Protection in the European Union', Queen's Papers on Europeanisation, 2002, p. 18.

8 Zie ook Peers 2002, p. 399: '[i]t is not clear from the text what 'in particular' refers to'.

9 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 34.

10 Zie de *detailed opinion* van de Commissie in de beslissing van de Europese Ombudsman van 15 december 2005 inzake klacht 1368/2004/GG tegen de Commissie op p. 11 (eigen cursivering).

11 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 50.

12 Zie hierover meer in detail § 7.3.2.

13 Zie ook § 1.2 en § 1.3.

Omdat de tekst van de Eurowob dubbelzinnig is en de *travaux préparatoires* geen duidelijkheid scheppen, zijn beide interpretaties in beginsel mogelijk.

7.2.1 Artikel 4 lid 1 sub b: een keuze van de Europese wetgever?

De discussie over de juiste interpretatie van artikel 4 lid 1 sub b Eurowob is een discussie over de vraag of de wetgever ten aanzien van de afweging tussen toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens zelf al een keuze heeft gemaakt. Wordt het standpunt van de Commissie ten aanzien van artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob gevolgd, dan impliceert de bepaling op zich geen enkele keuze. De bepaling verwijst dan immers in alle gevallen door naar de Gemeenschapswetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens (verordening 45/2001). De eventuele keuze van de wetgever dient dan in *die* wetgeving gevonden te worden.

De interpretatie van de EDPS impliceert wél een keuze van de wetgever: gegevens waarvan de openbaarmaking buiten de bescherming van de persoonlijke levenssfeer valt, komen niet voor geheimhouding in aanmerking. In die gevallen laat de wetgever de achterliggende belangen van toegang tot documenten kennelijk zwaarder wegen dan het belang van bescherming van persoonsgegevens. Het onderscheid tussen privacy en de bescherming van persoonsgegevens bepaalt dan welke gegevens wel en welke niet onder de geheimhouding vallen. Gelet op de bevindingen uit hoofdstuk 4, valt de openbaarmaking van gegevens buiten de reikwijdte van de privacybescherming, en daarmee buiten de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob, als geen sprake is van privacygevoelige gegevens, de gegevens rechtmatig zijn verkregen, de gegevens geen beeld- of geluidsmateriaal betreffen die systematisch zijn opgeslagen of anders vastgelegde persoonsgegevens die systematisch en persoonsgericht zijn opgeslagen en de betrokkene redelijkerwijs kon verwachten dat de gegevens geopenbaard zouden worden.¹⁴ Volgens de EDPS is daarvan, zoals gezegd, sprake bij het openbaren van de namen van de deelnemers aan het overleg van de Commissie in de *Bavaria*-zaak.¹⁵

Ik breng in herinnering dat het belang van het betrokken individu minder zwaar weegt als alleen de bescherming van persoonsgegevens van toepassing is en niet ook de privacybescherming.¹⁶ Daardoor ontstaat ruimte om voor die situaties minder strenge gegevensbeschermingsregels te hanteren en soepeler om te gaan met de verschillende elementen van gegevensbescherming. Door de toepassing van artikel 4 lid 1 zoals de EDPS die voorstaat, worden de vereisten zoals die zijn neergelegd in de gegevensbeschermingsregels voor

¹⁴ Zie § 4.3.6.

¹⁵ Zie ook mijn opmerking hierover in § 4.3.6.

¹⁶ Zie § 4.4.

die gevallen opzij gezet. Als de uitschakeling van de vereisten beperkt blijft tot *deze gevallen*, waarin het belang van de betrokkene evident minder zwaar weegt, is op het eerste gezicht niet van een onevenredige uitkomst sprake. Hierover kom ik uitgebreid te spreken in hoofdstuk 9.¹⁷

Het probleem is alleen dat deze beperking momenteel sowieso niet voldoet aan wat eerder in dit onderzoek als de minimale voorwaarde van rechtmatige gegevensverwerking werd aangeduid, namelijk dat deze verwerking bij wet moet zijn voorzien.¹⁸ Hiervan zou in het algemeen (los van de omstandigheden van het specifieke geval) sprake kunnen zijn als de Eurowob de beperking voldoende duidelijk maakt. Gezien de discussie tussen de EDPS en de Commissie over de juiste interpretatie van artikel 4 lid 1 sub b (wat in de praktijk tot een ambivalente toepassing van de bepaling leidt) is daarvan momenteel geen sprake. Overigens kan ook de vraag gesteld worden of het onderscheidende criterium (het verschil tussen privacy en de bescherming van persoonsgegevens) op dit moment voldoende duidelijkheid biedt voor een willekeurige betrokkene. Op deze vraag wordt in hoofdstuk 8 en 9 nader ingegaan.¹⁹

7.2.2 De ondermijningstoets van artikel 4 lid 1 van de Eurowob

Het eerste lid van artikel 4 van de Eurowob is dwingend geformuleerd. De instellingen zijn verplicht toegang tot een document te weigeren als de openbaarmaking ervan zou leiden tot de *ondermijning* van een van de genoemde belangen. De belangen die genoemd worden onder sub a zijn zwaarwegend, zoals het openbaar belang wat betreft de openbare veiligheid, defensie en militaire aangelegenheden en internationale betrekkingen.²⁰ Aan de instelling wordt de ruimte gelaten om te beoordelen of het betreffende belang door openbaarmaking ondermijnd zou worden. Hiervan kan alleen sprake zijn wanneer het gevaar van afbreuk aan het algemeen belang redelijkerwijze voorzienbaar is en niet louter hypothetisch.²¹ De beoordeling van de instelling houdt geen belangenafweging in. De instelling beoordeelt immers alleen of het openbaren van de informatie als zodanig afbreuk doet aan het betrokken belang. Of het algemeen belang bij openbaarheid ondanks de ondermijning van het betrokken belang toch openbaarmaking rechtvaardigt, wordt niet meegenomen. In de zaak *Sison* benadrukte het HvJ de afwezigheid van een belangenafweging onder artikel 4 lid 1 sub a:

17 Zie over de afweging van de achterliggende belangen in deze situatie uitgebreid § 9.5.2.

18 Zie § 4.4.2.

19 Zie § 8.3.2, § 9.2 en § 9.5.3.1.

20 Zie § 2.4.3.1.

21 Zie § 2.4.3.1.

Verder blijkt uit de tekst van artikel 4, lid 1, sub a, van die verordening dat wat de in die bepaling bedoelde uitzonderingen op het recht van toegang betreft, de instelling verplicht is de toegang te weigeren, wanneer de kennisgeving van een document aan het publiek afbreuk kan doen aan de door die bepaling beschermde belangen, zonder dat in een dergelijk geval [...] de vereisten in verband met de bescherming van voornoemde belangen moeten worden afgewogen tegen die welke uit andere belangen zouden voortvloeien.²²

In zekere zin heeft de wetgever al een afweging gemaakt door te bepalen dat er van ondermijning sprake moet zijn, en niet, bijvoorbeeld, van een document dat informatie over de openbare veiligheid simpelweg bevat. Als er sprake is van een ondermijning van het betrokken belang, dan weegt volgens de wetgever het betrokken belang zwaarder dan het belang van openbaarheid. Dat de wetgever inderdaad dergelijke keuzes maakt, blijkt uit het feit dat hij in de uitzondering voor interne beraadslagingen spreekt van een *ernstige* ondermijning daarvan.²³

Ook de uitzondering die centraal staat in het onderhavige onderzoek, sub b, valt onder de dwingende formulering uit de aanhef van artikel 4 lid 1. Deze uitzondering onderscheidt zich van de gronden in sub a. Anders dan de gronden in sub a, beschermt de uitzondering in sub b een fundamenteel recht. Bovendien verwijst de bepaling naar de regelgeving waarin de bescherming van dit recht (althans deels) is bepaald en nader is uitgewerkt. Wanneer is nu sprake van een ondermijning van het bepaalde in sub b? Het antwoord op deze vraag is mede afhankelijk van welke interpretatie aan sub b wordt gegeven.

De EDPS, die uiteraard voortborduurt op zijn interpretatie van artikel 4 lid 1 sub b, is van mening dat het gebruik van het woord 'ondermijning' impliceert dat de privacy van de betrokken persoon niet alleen in het geding moet zijn, maar ook 'substantially affected' moet zijn, wil de uitzondering inroepbaar zijn.²⁴ Of van dit laatste sprake is, moet beoordeeld worden met in achtneming van de gegevensbeschermingsregels: toegang tot het betreffende document kan alleen worden verleend als dit in overeenstemming is met deze regels.²⁵ Dit betekent volgens de EDPS dat artikel 4 lid 1 sub b alleen mag worden ingeroepen als dit *expliciet verboden* wordt door verordening 45/2001.²⁶ De EDPS komt tot deze strikte toepassing van deze voorwaarde na gewezen te hebben op vaste jurisprudentie van het HvJ dat uitzonderingen in de Eurowob strikt moeten worden uitgelegd.²⁷ Dit laatste is opmerkelijk

22 HvJ EG 1 februari 2007, *Jose Maria Sison t. Raad*, C-266/05 P, n.n.g., r.o. 46.

23 Zoals aangegeven in hoofdstuk 2 vindt de Commissie het onderscheid tussen 'ondermijnen' en 'ernstig ondermijnen' zeer theoretisch, § 2.4.3.2.

24 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 12.

25 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 12.

26 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 38.

27 *Ibidem*.

aangezien dit een overweging is die het HvJ gebruikt voor elke uitzondering op een primairrechtelijke vrijheid of recht: uitzonderingen hierop moet strikt worden uitgelegd.²⁸ Omdat het recht op toegang tot documenten en het recht op bescherming van persoonsgegevens beide een primairrechtelijke status hebben, kan niet, als dit niet expliciet in de wet is bepaald, de uitzondering waarin vanuit het ene regime naar het andere regime wordt verwezen, beperkt worden uitgelegd. Hoe dit ook zij, de EDPS legt hiermee de basis voor een benadering van de bepalingen van verordening 45/2001 die meer rekening houdt met het recht op toegang tot documenten. Wordt openbaarmaking niet expliciet verboden in de gegevensbeschermingsregels, dan kan de uitzondering niet worden ingeroepen en moeten de gegevens geopenbaard worden.

De Commissie trekt haar renvoi-theorie volledig door. Zij is van mening dat de uitzondering van toepassing is in alle gevallen waarin de openbaarmaking van de gegevens niet in overeenstemming is met de gegevensbeschermingsregels.²⁹ De Commissie benadert verordening 45/2001 hierdoor op een andere manier dan de EDPS. Als openbaarmaking niet *expliciet is toegestaan* in de verordening, dan is de uitzondering van toepassing.

In beide gevallen is de beoordeling of sprake is van ondermijning hoe dan ook afhankelijk van wat bepaald is in verordening 45/2001. Van een echte keuze van de wetgever kan op basis van artikel 4 lid 1 in die zin niet gesproken worden. In de volgende paragrafen worden de relevante bepalingen uit verordening 45/2001 nader bestudeerd. Het verschil in de manier waarop de EDPS en de Commissie naar deze bepalingen kijken is subtiel, maar heeft wel tot gevolg dat de EDPS de bepalingen waarover twijfel bestaat in het licht van toegang tot documenten uit kan leggen, terwijl de Commissie in die gevallen juist een strikte toepassing van de gegevensbeschermingsregels verdedigt.

7.3 OPENBAAR MAKEN VAN PERSOONSgegevens AAN DERDEN ONDER VERORDENING 45/2001

Verordening 45/2001 bepaalt hoe de Europese instellingen met persoonsgegevens om moeten gaan. In de verordening is geen expliciete bepaling over het recht op toegang tot documenten opgenomen. De rechtmatigheid van de openbaarmaking van persoonsgegevens aan derden dient daarom op basis van het algemene gegevensbeschermingsregime bepaald te worden.

In het navolgende worden de zogenaamde bijzondere categorieën gegevens buiten beschouwing gelaten. Op grond van artikel 10 verordening 45/2001 kan openbaarmaking van deze gegevens alleen onder strikte voorwaarden

28 Zie hierover ten aanzien van de vrij verkeersregels W.T. Eijsbouts, J.H. Jans & F.O.W. Vogelaar, *Europees Recht; Algemeen Deel*, Groningen 2004, Europa Law Publishing, § 6.4.2.

29 Zie de *detailed opinion* van de Commissie in de beslissing van de Europese Ombudsman inzake klacht 1368/2004/GG, *supra* noot 10, p. 7.

plaatsvinden. Openbaarmaking is onder andere mogelijk als de betrokkene hiermee heeft ingestemd of als de betrokkene de gegevens zelf duidelijk openbaar heeft gemaakt.³⁰

7.3.1 Doorgifte van persoonsgegevens aan derden

Verordening 45/2001 kent een aantal bepalingen die specifiek zien op de doorgifte van persoonsgegevens aan derden. De belangrijkste zijn artikel 8 en 9. Artikel 8, dat van toepassing is op de doorgifte van persoonsgegevens aan ontvangers die vallen onder de werking van richtlijn 95/46 (waarin nationale regels over gegevensbescherming geharmoniseerd worden), luidt als volgt:

Onverminderd de artikelen 4, 5, 6 en 10 worden persoonsgegevens slechts aan onder de nationale wetgeving ter uitvoering van Richtlijn 95/46/EG vallende ontvangers doorgegeven,

- a) indien de ontvanger aantoont dat de gegevens nodig zijn voor de uitvoering van een taak die wordt verricht in het algemeen belang of ter uitoefening van het openbaar gezag, of
- b) indien de ontvanger de noodzaak van de doorgifte aantoont en er geen reden bestaat om aan te nemen dat de rechtmatige belangen van de betrokkene worden geschaad.

Zoals aangegeven in hoofdstuk 5 gelden voor personen die onder de gegevensbeschermingswetgeving van een derde land vallen andere regels.³¹ Deze regels zijn neergelegd in artikel 9 van de verordening. Artikel 9 blijft hier verder onbesproken, omdat in de meeste gevallen een persoon die een Eurowob-verzoek indient onder de werking van richtlijn 95/46 valt. Deze richtlijn moet immers binnen alle lidstaten van de EU in nationale regelgeving zijn omgezet.

Artikel 8 vindt zijn oorsprong in artikel 7 sub f van richtlijn 95/46. Deze bepaling luidt:

De Lid-Staten bepalen dat de verwerking van persoonsgegevens slechts mag geschieden indien: [...]

- f) de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de voor de verwerking verantwoordelijke of van de derde(n) aan wie de gegevens worden verstrekt, mits het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene die aanspraak maakt op bescherming uit hoofde van artikel 1, lid 1, van deze richtlijn, niet prevaleren.

30 Artikel 10 lid 2 sub a en d verordening 45/2001. Zie over het openbaren van bijzondere categorieën gegevens § 9.5.4.

31 Zie § 5.3.1.

Deze verwerkingsmogelijkheid maakt in richtlijn 95/46 onderdeel uit van de algemene bepaling over wanneer sprake is van rechtmatige verwerking; het equivalent van artikel 5 in verordening 45/2001.³² Van een aparte regeling voor doorgifte van persoonsgegevens aan derden zoals neergelegd in artikel 8 verordening 45/2001 is in richtlijn 95/46 geen sprake. Artikel 7 sub f van richtlijn 95/46 wordt hier aangehaald omdat deze bepaling door zowel de Europese Ombudsman, als de Artikel 29 Groep, als het Europees Parlement als een geschikte basis werd beschouwd voor de oplossing van de problematiek in de *Bavaria*-zaak.³³ In de eerste jaren van dat geschil was verordening 45/2001 namelijk nog niet van kracht en werd richtlijn 95/46 gezien als het relevante toetsingskader. Volgens de genoemde instanties maakt artikel 7 sub f het mogelijk om het recht op toegang tot documenten af te wegen tegen de rechten van de betrokkene. De formulering van het artikel is in verordening 45/2001 echter aangepast. In de eerste plaats wordt in artikel 8 van verordening 45/2001 de nadruk gelegd op het feit dat *de verzoeker* de noodzaak van de doorgifte moet aantonen, terwijl in artikel 7 sub f van richtlijn 95/46 de verzoeker alleen een legitiem belang hoeft te geven. In de tweede plaats is de expliciete afweging ('prevaleren') van het legitieme belang van de verzoeker en de rechten van de betrokkene verdwenen. Op deze laatste wijziging wordt hieronder in § 7.4 nader ingegaan.

Als artikel 8 van toepassing is op elke verstrekking van persoonsgegevens aan een derde, dan is dat ook het geval als op basis van een Eurowob-verzoek aan de verzoeker gegevens worden overhandigd. Het gevolg hiervan is dat de *verzoeker* de noodzaak van de openbaarmaking moet aantonen. Als de verzoeker kan volstaan met een verwijzing naar zijn recht op toegang tot documenten, dan zou dit artikel een uitstekende basis kunnen zijn voor een belangenafweging tussen dit recht en de rechtmatige belangen van de betrokkene. Dit lijkt het geval te zijn met de formulering in artikel 7 sub f richtlijn 95/46, waar zoals gezegd een legitiem belang vereist is. Het aantonen van de *noodzakelijkheid* van de doorgifte, artikel 8 verordening 45/2001, gaat verder dan dat. Het ziet er naar uit dat de verzoeker bij het verzoek om inzage duidelijke redenen zal moeten aanvoeren waaruit blijkt dat het verstrekken van de gegevens noodzakelijk is om zijn recht op toegang tot documenten uit te kunnen oefenen. Hiermee wordt zonder twijfel één van de essentiële kenmerken van toegang tot documenten onderuit gehaald, namelijk dat een

³² Zie § 3.4.2.1.

³³ Zie het speciaal rapport van de Europese Ombudsman aan het Europees Parlement van 23 november 2000 naar aanleiding van de ontwerpaanbeveling aan de Europese Commissie van 17 mei 2000 inzake klacht 713/98/IJH, p. 6; advies 4/2001 van 17 mei 2001 van de Artikel 29 Groep (te vinden op http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2006_en.htm), p. 7 en het rapport van het Europees Parlement van 27 november 2001 (te vinden via <http://www.europarl.europa.eu>), p. 12.

verzoeker juist geen redenen voor zijn verzoek om inzage hoeft te geven (anders dan het uitoefenen van zijn recht op toegang tot documenten).³⁴

Daar komt nog bij dat uit de artikelen 11 en 12 verordening 45/2001 volgt dat bij verstrekking van de persoonsgegevens aan een derde het data subject hierover moet worden ingelicht. Artikel 11 en 12 stellen specifieke eisen aan de te verstrekken informatie: deze moet onder andere de identiteit van de derde (de verzoeker) bevatten en het doel van de verdere verwerking van de gegevens. Deze informatieplicht stelt het data subject in staat zijn rechten (van, onder andere, toegang, rectificatie en bezwaar) te kunnen uitoefenen. Als deze verplichting geldt voor alle gevallen waarin een document dat persoonsgegevens bevat aan een derde wordt verstrekt, dan wordt aan het recht op toegang tot documenten een extra werklast voor de instellingen verbonden. Deze informatieplicht geldt overigens ook bij de toepassing van artikel 7 sub f richtlijn 95/46.³⁵ De drie genoemde instanties gingen daar in de genoemde commentaren verder niet op in.

Artikel 8 verordening 45/2001 kwam aan de orde in een beslissing van de Europese Ombudsman van 15 december 2005.³⁶ In deze zaak weigerde de Commissie een zekere meneer G. toegang te verlenen tot een aantal documenten op basis van artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob. De Commissie beredeneerde dat voor de verlening van toegang tot persoonsgegevens inderdaad naar de bepalingen van verordening 45/2001 gekeken moest worden en dat artikel 8 sub b op deze situatie van toepassing was: de noodzaak van de toegang moest door de aanvrager worden aangetoond. De Ombudsman zei hierover het volgende:

Given that most documents contain names, this interpretation would deprive the right of public access to documents of most of its meaning although it is a fundamental right recognised by Article 42 of the European Charter of Fundamental Rights. It should in particular be noted in this context that Article 6 (1) of Regulation 1049/2001 provides that no reasons need to be given by an applicant who requests access to documents in a Community institution's possession. The Commission's view that a person requesting access to a document has to establish the necessity of being given a name, whenever the relevant document contains such a name, is difficult to reconcile with this provision.³⁷

Mijn inziens zou de letterlijke en strikte toepassing van artikel 8 op het openbaren van gegevens aan Eurowob-verzoekers, leiden tot een onevenredige

³⁴ Vgl. § 6.4.5.

³⁵ Zie artikel 10 en 11 richtlijn 95/46.

³⁶ Beslissing van de Europese Ombudsman van 15 december 2005 inzake klacht 1368/2004/GG tegen de Commissie.

³⁷ Beslissing van de Europese Ombudsman inzake klacht 1368/2004/GG, p. 10. Zie over artikel 8 sub b eerder ook de beslissing van de Europese Ombudsman inzake klacht 1874/2003/GG, p. 16.

beperking van het recht op toegang tot documenten. Eén van de essentiële kenmerken van dit recht wordt uitgeschakeld, namelijk dat de verzoeker geen redenen voor zijn vraag om toegang tot documenten hoeft te geven.

Artikel 8 vormt een sterke aanwijzing dat de wetgever de botsing tussen het recht op toegang tot documenten en de gegevensbeschermingsregels bij het opstellen ervan onvoldoende voor ogen heeft gehad. Door de gebruikte formulering lijkt het er op dat de wetgever deze bepaling in het leven heeft geroepen om waarborgen te creëren voor doorgifte van persoonsgegevens aan derden die de gegevens inderdaad voor een *specifiek* doel willen gebruiken. In dat geval rust er terecht een informatieplicht op de instellingen. Het data subject moet weten voor welk doel de *verdere* verwerking plaatsvindt. Het uitoefenen van het recht op toegang tot documenten heeft in beginsel niet als oogmerk dat de gegevens voor een specifiek doel verder verwerkt zullen worden. De gedachte wordt ook ondersteund door de eerder besproken considerans 15 van verordening 45/2001, waarin de Eurowob wordt aangewezen als het juridisch kader voor toegang tot documenten, ook als zij persoonsgegevens bevatten.³⁸ De toepassing van artikel 8 op het openbaren van gegevens om redenen van transparantie zou naar mijn mening dan ook buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Dit is wenselijk gezien het feit dat het recht op toegang tot documenten anders op onevenredige wijze zou worden beperkt.

De EDPS vindt overigens een andere uitweg. Ook hij spreekt zich in zijn richtsnoeren over de bepaling uit: '[a] literal interpretation of the text would lead to a result which seriously impairs the effectiveness of the public access regulation'.³⁹ Dan volgt een wat ingewikkelde redenering:

'On the one hand, Article 2 of the public access regulation gives the citizen of the EU a legally enforceable right to access to documents [...]. On the other hand, Article 8, second indent, merely envisages the protection of the data subject, in cases when the disclosure of the data is in itself allowed according to the provisions of Community law on data processing. In such cases the transfer of the data in itself would normally not prejudice his legitimate interests. In other words, if the transfer of personal data is allowed by other provisions of regulation 45/2001, Article 8 second indent, cannot restrict disclosure. [...] in cases where data are transferred to give effect to Article 2 of the public access regulation – and provided that the disclosure of the data is allowed according to the provisions of Community law on data processing – the necessity of having the data transferred is by definition established.'⁴⁰

Omdat de belangen van het data subject in de overige bepalingen van de verordening al zijn gewaarborgd, kan artikel 8 in het geval van een beroep

38 Zie de inleiding van dit hoofdstuk en § 5.3.2.

39 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 26.

40 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 26.

op het recht op toegang tot documenten volgens de EDPS geen obstakel vormen, als de openbaarmaking volgens deze overige bepalingen is toestaan. Deze conclusie illustreert het uitgangspunt van de EDPS dat openbaarmaking van persoonsgegevens is toegestaan als het niet expliciet verboden is in verordening 45/2001.

Wat hier ook van zij, er moet hoe dan ook bekeken worden hoe de openbaarmaking van persoonsgegevens om redenen van transparantie zich tot de overige bepalingen van verordening 45/2001 verhoudt. Dit is het geval als artikel 8 buiten beschouwing wordt gelaten, maar ook als, zoals de Commissie aanvoert, artikel 8 wél van toepassing is. Of de 'rechtmatige belangen van de betrokkene' worden geschaad moet volgens de Commissie namelijk bepaald worden aan de hand van de overige bepalingen van verordening 45/2001. Hieronder zullen deze overige bepalingen bekeken worden.

7.3.2 Artikel 5 verordening 45/2001

In artikel 5 is neergelegd wanneer verwerking van persoonsgegevens is toegestaan. Het artikel luidt als volgt:

Verwerking van persoonsgegevens mag slechts geschieden indien:

- a) het noodzakelijk is voor de vervulling, op grond van de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen of andere, op basis van die verdragen vastgestelde wetgevingsbesluiten, van een taak van algemeen belang of voor de rechtmatige uitoefening van het aan de communautaire instelling of aan het communautaire orgaan of aan de derde aan wie de gegevens worden bekendgemaakt, opgedragen openbaar gezag, of
- b) het noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke voor de verwerking is onderworpen, of
- c) het noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is of voor het nemen van precontractuele maatregelen naar aanleiding van een verzoek van de betrokkene, of
- d) de betrokkene daarvoor ondubbelzinnig toestemming heeft gegeven, of
- e) het noodzakelijk is ter bescherming van een vitaal belang van de betrokkene.

Sub a en b zouden voor de openbaarmaking van persoonsgegevens om redenen van transparantie relevant kunnen zijn. De plicht om transparant te zijn, zou aangemerkt kunnen worden als noodzakelijk voor de rechtmatige uitoefening van het opgedragen openbaar gezag. Sub b bevat een verwijzing naar andere wetgeving, waaruit een plicht tot verwerking voortvloeit. Aangevoerd zou kunnen worden dat het recht op toegang tot documenten zoals neergelegd in het EG-Verdrag en uitgewerkt in de Eurowob een wettelijke verplichting van de instellingen behelst om documenten te openbaren. Het onderscheid

tussen sub a en b is subtiel.⁴¹ De Artikel 29 groep wijst erop dat het bepaalde onder sub a alleen toegevoegde waarde heeft in gevallen waarin, in afwezigheid van een specifieke wettelijke plicht, '[a public body] cannot reasonably meet the requirements placed on it by law if it does not disclos[e] personal data it holds'.⁴² Omdat ervan uit mag worden gegaan dat de Eurowob het wettelijke toetsingskader is voor wat betreft de rechtmatigheid van het overheidsoptreden ten aanzien van toegang tot documenten, wordt in het vervolg alleen ingegaan op het bepaalde in sub b.

In het geval van openbaarmaking van persoonsgegevens is het lastig de wettelijke plicht precies vast te stellen. Verwezen kan worden naar de analyse in § 7.2. Alleen als in artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob een onderscheid wordt gemaakt zoals de EDPS betoogt, kan er sprake zijn van een expliciete wettelijke verplichting. Gesteld dat de bepaling in die zin voldoende duidelijk is (*quod non*) dan zou er in situaties waarin de privacy van het data subject *niet* in het geding is, een plicht bestaan om de gegevens te openbaren. Als de privacy *wél* in het geding is, is het moeilijk om de wettelijke plicht te duiden. Immers, bepaald moet worden of de openbaarmaking leidt tot de ondermijning van de persoonlijke levenssfeer, met in achtneming van de gegevensbeschermingsregels. Dit levert een verwarrende situatie op. De voorwaardelijkheid van de verplichting in de Eurowob wordt gevormd door de regelgeving over gegevensbescherming zelf. Een vicieuze cirkel dreigt. Een dreiging die zich in alle situaties voordoet als, zoals de Commissie bepleit, *geen* onderscheid wordt gemaakt tussen situaties waarin de privacy wel en niet in het geding is. Het gevolg van deze interpretatie is dat er in het geheel geen expliciete verplichting onder de Eurowob bestaat.

De Artikel 29 werkgroep wijst er in dit verband op dat van een absolute wettelijke plicht geen sprake is:

'It should be noted, though, that the obligation to public disclosure imposed by the legislation on public access to administrative documents does not establish an absolute obligation of openness. It rather makes the obligation to grant access to documents subject to due regard being made of the right to privacy. Therefore, it does not justify unlimited or unfettered disclosure of personal data.'⁴³

Is de wettelijke plicht afwezig, dan lijkt op grond van artikel 5 de openbaarmaking van de persoonsgegevens alleen mogelijk te zijn als de betrokkene uitdrukkelijk met de openbaarmaking heeft ingestemd (artikel 5 sub d). Dit is de reden waarom de Commissie in de *Bavaria*-zaak de aanwezigen achteraf om toestemming voor openbaarmaking van hun namen vroeg. In het vorige

41 Zie hierover ook de EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 25 en advies 5/2001 van de Artikel 29 Groep, p. 5.

42 Advies 5/2001 van de Artikel 29 Groep, p. 5. Zie over de Artikel 29 Groep § 3.2.2.

43 Advies 5/2001 van de Artikel 29 Groep, p. 7. Het citaat is gebaseerd op een analyse van de equivalente bepaling van richtlijn 95/46.

hoofdstuk werd al beredeneerd dat de situatie waarin de gecontroleerde personen *in alle gevallen* zelf uitmaken of zij controleerbaar zijn of niet, een ondermijning betekent van het recht op toegang tot documenten.⁴⁴ Zou dit toestemmingsvereiste beperkt blijven tot situaties waarin de privacy in het geding is, dan is de ondermijning wellicht minder evident. Toch kan het ook voor die gevallen onredelijk zijn dat openbaarmaking alleen mogelijk is met toestemming van de betrokkene. Bijvoorbeeld als het de controle van iemands integriteit betreft.⁴⁵

Zou iedere openbaarmaking van persoonsgegevens naar aanleiding van een Eurowob-verzoek tóch op grond van artikel 5 sub b plaatsvinden, dan leidt dit ertoe dat de betrokkene geen mogelijkheid heeft om hiertegen bezwaar te maken. In artikel 18 wordt de betrokkene weliswaar te allen tijde het recht van bezwaar toegekend, maar verwerking op basis van, onder andere, artikel 5 sub b is hiervan uitgezonderd. Deze totale uitschakeling van de mogelijkheid om in verweer te komen tegen openbaarmaking van persoonsgegevens is onredelijk voor de gevallen waarin niet van een duidelijke wettelijke plicht sprake is. Dit probleem wordt door de EDPS als volgt opgelost:

‘Article 18 should be interpreted in a way that it only denies the right to object to a data subject if the legal obligation to disclose or otherwise process personal data is of an unconditional nature. In such a case, a right to object would be meaningless.’⁴⁶

De EDPS interpreteert artikel 18 hiermee zeer flexibel, aangezien verwerking op basis van artikel 5 sub b expliciet van het recht van bezwaar wordt uitgesloten en zowel in artikel 18 als in artikel 5 sub b geen onderscheid wordt gemaakt tussen een onvoorwaardelijke en voorwaardelijke wettelijke plicht.

Door de onduidelijke bepaling in de Eurowob en een strikte uitleg van de wettelijke plicht uit 5 sub b leidt de toepassing van artikel 5 tot een onevenredige beperking van het recht op toegang tot documenten. Maar zelfs als wél wordt aangenomen dat er een wettelijke plicht is, ontstaat er een probleem, namelijk met het recht om bezwaar te maken. In § 7.4 wordt op artikel 5 sub b van verordening 45/2001 teruggekomen als bekeken wordt of dit artikel niet zodanig uitgelegd kan worden dat er ruimte is voor een belangenafweging door de instellingen.

44 Zie § 6.4.5.

45 Zie hierover uitgebreid § 9.4.3 en § 9.5.3.

46 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 28.

7.3.3 Artikel 4 verordening 45/2001

De situatie wordt nog gecompliceerder. Artikel 5 moet in samenhang met artikel 4 worden gezien. In dit artikel is, onder andere, het doelbindingsbeginsel neergelegd:

Persoonsgegevens [...] moeten voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verkregen en mogen vervolgens niet op een met die doeleinden onverenigbare wijze worden verwerkt.⁴⁷

Het doelbindingsbeginsel kan een probleem opleveren voor openbaarmaking van persoonsgegevens op basis van een Eurowob-verzoek. Deze openbaarmaking zal vaak niet het oorspronkelijke doel van de gegevensvergaring zijn geweest. Het openbaren van gegevens op basis van de Eurowob is per definitie een secundaire vorm van verwerken: de Eurowob ziet voor het grootste deel immers op het openbaren van informatie die oorspronkelijk is vergaard of opgesteld om andere redenen dan het openbaren als iemand daar op basis van de Eurowob om vraagt. In die zin bestaat er een potentiële spanning tussen het recht op toegang tot documenten en het recht op bescherming van persoonsgegevens.⁴⁸

Er schuilt echter ruimte in de formulering van het doelbindingsvereiste. De vraag die beantwoord zal moeten worden, is of het openbaren om redenen van transparantie een 'onverenigbare wijze' van verwerking is ten opzichte van het oorspronkelijke doel. De EDPS maakt gebruik van deze ruimte en is van mening dat als het doel van de vergaring van de gegevens openbaarmaking expliciet of impliciet uitsluit, openbaarmaking in strijd is met het doelbindingsbeginsel.⁴⁹ In de overige gevallen is de openbaarmaking niet onverenigbaar met het oorspronkelijke doel. Wederom valt de EDPS terug op het uitgangspunt dat de gegevensbeschermingswetgeving expliciet openbaarmaking moet verbieden. De Commissie heeft zich over het doelbindingsbeginsel in dit verband niet uitgesproken. Dit is te verklaren door het feit dat de Commissie op basis van artikel 5 al tot de conclusie was gekomen dat toestemming van de betrokkene gevraagd moest worden. De Artikel 29 Groep verwierpt het argument dat openbaarmaking om redenen van openbaarheid van bestuur onvoorwaardelijk en automatisch verenigbaar is met het doel waarvoor de gegevens zijn verzameld en verwerkt.⁵⁰ Maar op basis van specifieke omstandigheden kan dit, volgens de Artikel 29 Werkgroep, alsnog het geval zijn:

⁴⁷ Artikel 4 lid 1 sub b verordening 45/2001.

⁴⁸ Zie hierover verder ook § 8.3.3 en § 9.3.

⁴⁹ EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 38.

⁵⁰ Advies 5/2001 van de Artikel 29 Groep, p. 4.

‘Bij de beoordeling zal rekening moeten worden gehouden met de vraag of de gegevens op verplichte of vrijwillige basis zijn verzameld, het soort gegevens dat wordt verwerkt, de situatie van de betrokkene en de mogelijke gevolgen van openbaarmaking van de gegevens voor hem of haar’.⁵¹

Verordening 45/2001 biedt overigens in artikel 6 de mogelijkheid om het doel van verwerking te wijzigen: onverminderd de artikelen 4 en 5 is de verwerking voor een ander dan het oorspronkelijke doel toegestaan ‘indien de wijziging van het doel uitdrukkelijk is toegestaan door de interne regels van de communautaire instelling’. Ten aanzien van toegang tot documenten bevestigen deze interne regels de bepalingen uit de Eurowob. Met enige creativiteit zou verdedigd kunnen worden dat hiermee een basis bestaat voor het verwerken van gegevens voor een ander doel, namelijk het openbaar maken van de gegevens om redenen van transparantie. Artikel 6 lijkt echter te zien op structurele wijzigingen van het oorspronkelijke doel en niet op het openbaar maken van gegevens in incidentele gevallen.⁵²

Mocht openbaarmaking op grond van een Eurowob-verzoek niet in overeenstemming zijn met het doelbindingsbeginsel, dan is de enige mogelijkheid om tot openbaarmaking over te gaan, wederom het expliciet vragen van toestemming van de betrokkene. Op die manier kan toestemming voor het ‘nieuwe’ doel worden gevraagd. Zoals aangegeven is het vragen van toestemming aan de betrokkene in *alle* gevallen niet in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel.⁵³

7.3.4 Tussenconclusie

Uit het voorgaande volgt dat het openbaren van persoonsgegevens om redenen van transparantie niet zomaar is in te passen in de bepalingen van verordening 45/2001. Een letterlijke en strikte toepassing van de gegevensbeschermingsregels kan tot gevolg hebben dat het openbaar maken van persoonsgegevens alleen in overeenstemming is met de verordening als de betrokkene met deze openbaarmaking instemt (artikel 5). Zou dit inderdaad de beoogde regulering van de botsing tussen de bescherming van persoonsgegevens en toegang tot documenten zijn dan is dit een onevenredige uitkomst van de belangenafweging. Hiermee wordt namelijk het recht op toegang tot documenten voor een belangrijk deel ondermijnd.⁵⁴ Zou artikel 4 lid 1 sub b Eurowob duidelijk de toepassing van verordening 45/2001 beperken tot situaties waarin de privacy in het geding is, dan is het minder evident dat sprake is van een

51 Advies 5/2001 van de Artikel 29 Groep, p. 4.

52 Zie in die zin ook de EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 25.

53 Zie hierboven in § 7.3.2 en § 6.4.5.

54 Zie ook § 6.4.5.

onevenredige uitkomst. Het is alleen de vraag of het redelijk is dat in gevallen waarin de privacy wél in het geding is, openbaarmaking altijd afhankelijk wordt gemaakt van de instemming van de betrokkene.

De bepalingen van artikel 45/2001 zullen zodanig geïnterpreteerd moeten worden dat het recht op toegang tot documenten in essentie overeind blijft. Ten aanzien van de interpretatie door de lidstaten van richtlijn 95/46 wees het HvJ hier in de *Lindqvist*-zaak in algemene bewoordingen ook op:

[...] de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten [...] moeten [...] er [...] op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging [...] van [richtlijn 95/46] die in conflict zou komen met de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten of met andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel.⁵⁵

Deze overweging is onverkort van toepassing op de uitleg van verordening 45/2001 door de instellingen.

De EDPS doet een goede poging om de gegevensbeschermingsregels zodanig uit te leggen dat met het recht op toegang tot documenten rekening gehouden kan worden. Daarbij ziet hij zich genooddaakt sommige bepalingen zeer flexibel te interpreteren. Mijns inziens wederom een signaal dat beide verordeningen gebrekkig op elkaar zijn afgestemd.

7.4 IS ER RUIMTE VOOR EEN BELANGENAFWEGING DOOR DE INSTELLINGEN?

Laat de wetgever nog enige ruimte voor een belangenafweging door de instellingen? Zoals aangegeven, bevat artikel 4 lid 1 van de Eurowob zelf geen mogelijkheid tot een belangenafweging.⁵⁶ De instelling moet beoordelen of de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, gelet op de gegevensbeschermingsregels, door openbaarmaking ondermijnd zou worden. De instelling beoordeelt alleen of het openbaren van de informatie als zodanig afbreuk doet aan het betrokken belang. Of het algemeen belang bij openbaarheid ondanks de ondermijning van het betrokken belang toch openbaarmaking rechtvaardigt, wordt niet meegenomen in de beoordeling. Omdat er een verwijzing naar de gegevensbeschermingsregels is opgenomen, zou de grondslag voor een eventuele belangenafweging daar gevonden moeten worden.

⁵⁵ HvJ EG 6 november 2003, *Lindqvist*, C-101/01, *Jur.* 2003, p. I-12971, r.o. 87. Zie ook § 8.2.2.1.

⁵⁶ Zie § 7.2.2.

7.4.1 Artikel 8 verordening 45/2001

Zoals aangegeven in § 7.3.1 heeft artikel 8 van verordening 45/2001 zijn oorsprong in artikel 7 sub f uit richtlijn 95/46.⁵⁷ In 7 sub f wordt duidelijk bedoeld op een belangenafweging door de uitvoerende instantie. Deze moet immers bepalen of het belang of de fundamentele vrijheden van de betrokkene niet prevaleren boven het gerechtvaardigde belang van de derde aan wie de gegevens worden verstrekt. Om die reden vormde die bepaling op het eerste gezicht een interessante grondslag voor de oplossing van de problematiek in de *Bavaria*-zaak.

De formulering in artikel 8 verordening 45/2001 is echter anders. Zoals aangegeven, zou aangenomen kunnen worden dat het openbaar maken van persoonsgegevens op basis van de Eurowob überhaupt niet onder artikel 8 valt.⁵⁸ Maar al zou het artikel van toepassing zijn, dan is het de vraag of de toepassing ervan tot een (juiste) belangenafweging leidt. In de eerste plaats is het aan de verzoeker om de noodzaak van de doorgifte aan te tonen. Zoals gezegd, impliceert dat meer dan het noemen van het recht op toegang tot documenten alleen. In de tweede plaats controleert de instelling of de rechtmatige belangen van de betrokkene niet worden geschaad. Het is niet duidelijk hoe deze belangen bepaald dienen te worden. Volgens de Commissie is dit een doorverwijzing naar de overige bepalingen uit verordening 45/2001. En dat lijkt ook de interpretatie te zijn die de EDPS aan dit deel van de bepaling geeft.⁵⁹ Dit heeft als gevolg dat een eventuele ruimte voor een belangenafweging in die overige bepalingen gevonden zal moeten worden.

7.4.2 Artikel 5 verordening 45/2001

Artikel 5 van verordening 45/2001 spreekt over de mogelijkheid tot gegevensverwerking als dit *noodzakelijk* is om aan een wettelijke verplichting te voldoen. In het gebruik van het woord ‘noodzakelijk’ schuilt een beoordelingsmarge voor de instelling. In beginsel beperkt deze beoordeling zich tot de vraag of het doel (het nakomen van de wettelijke plicht) niet met een minder ingrijpende maatregel bereikt kan worden.⁶⁰ Problematisch is alleen dat de wettelijke plicht tot het openbaar maken van persoonsgegevens onvoldoende duidelijk uit de Eurowob blijkt. Immers, om te bepalen of de plicht er is, moet naar de gegevensbeschermingsregels gekeken worden. En deze regels bepalen nu juist dat verwerking slechts rechtmatig is, onder andere, als er een wettelijke plicht

⁵⁷ De tekst van beide bepalingen is in § 7.3.1. weergegeven.

⁵⁸ Zie § 7.3.1.

⁵⁹ Zie het citaat in § 7.3.2, *supra* noot 46.

⁶⁰ Zie in die zin P.J.G Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer 2003, Kluwer, p. 547.

is waarvoor de verwerking van de gegevens noodzakelijk is. Dit leidt, zoals eerder aangegeven, tot een vicieuze cirkel.

Wordt artikel 5 sub b strikt opgevat, dan is bij de afwezigheid van een expliciete wettelijke verplichting verwerking op grond van die bepaling niet mogelijk. Dat is het standpunt van de Commissie.⁶¹ En ook de Artikel 29 Groep lijkt die mening te zijn toegedaan. In zijn advies over de *Bavaria*-zaak gaat de Artikel 29 Groep de verschillende gronden voor rechtmatige verwerking in richtlijn 95/46 na. Bij de bespreking van de aan artikel 5 sub b equivalente bepaling, wijst de Artikel 29 Groep er op dat de plicht tot openbaarheid geen absolute wettelijke plicht is.⁶² Dan zegt de Artikel 29 Groep het volgende:

'[...] a joint reading of legislation on public access and on data protection normally imposes that an analysis of the circumstances surrounding each situation is made on a case by case basis, in order to strike a balance between those two rights. In particular, as a *result* of such an assessment, legislation on public access may provide for different rules to apply to different categories of data or different kinds of data subjects.'⁶³

Hieruit valt af te leiden dat de Artikel 29 Groep de wettelijke plicht alleen aanwezig acht als het resultaat van een belangenafweging wettelijk is vastgelegd. Met andere woorden, alleen als de wetgever zelf de belangenafweging maakt, kan van een wettelijke plicht sprake zijn. Het creëren van ruimte voor uitvoerende instantie om tot een belangenafweging over te gaan, lijkt daarbuiten te vallen.

De EDPS en de Europese Ombudsman zijn voorstander van een ruime interpretatie van de wettelijke plicht. In zijn rapport over de *Bavaria*-zaak wijst de Ombudsman er op dat de openbaarmaking noodzakelijk kan zijn voor het nakomen van een wettelijke verplichting, 'since the Treaty on European Union establishes that openness is an obligation of the European institutions'.⁶⁴ De EDPS haakt interessant genoeg aan op jurisprudentie van het EHRM. Artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob spreekt over privacy. Als, aldus de EDPS, de privacy van het data subject in het geding is, moet de eventueel daarop volgende inbreuk op de privacy gerechtvaardigd zijn conform lid 2 van artikel 8 EVRM.⁶⁵ Dit betekent dat de uitzondering bij wet moet zijn voorzien (de Euro-

61 Zie bijv. de weergave van het standpunt van de Commissie in het speciaal rapport van de Europese Ombudsman aan het Europees Parlement van 23 november 2000 naar aanleiding van de ontwerpaanbeveling aan de Europese Commissie van 17 mei 2000 inzake klacht 713/98/IJH, p. 3.

62 Zie het citaat hierboven in § 7.3.2., *supra* noot 43.

63 Advies 5/2001 van de Artikel 29 Groep, p. 7 (eigen cursivering).

64 Speciaal rapport van de Europese Ombudsman aan het Europees Parlement inzake klacht 713/98/IJH, p. 6.

65 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 34.

wob), een legitiem doel moet dienen (transparantie) en noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving. Over dit laatste vereiste zegt de EDPS het volgende:

‘The concept of ‘necessary in a democratic society’ is – according to the case law of the European Court for Human Rights – comparable to the concept of proportionality. It involves a balancing of all the relevant interests and factual circumstances.’⁶⁶

Over artikel 5 sub b zegt de EDPS het volgende: ‘[a]rticle 5 should be regarded as the counterpart of Article 4 (1) (b), since the term ‘necessary’ requires a proportionality test’.⁶⁷

De redenering van de EDPS is lastig te volgen. De proportionaliteit van het tweede lid van artikel 8 EVRM, zoals de EDPS ook in een voetnoot aangeeft, betreft de toets of een uitzondering op artikel 8 is toegestaan en niet andersom, dat een uitzondering op het recht op toegang tot documenten is toegestaan. Artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob behelst daarom als zodanig nog steeds geen plicht of ruimte voor een belangenafweging. Omdat artikel 8 EVRM tegenover de Eurowob staat, zou dat een reden kunnen zijn om de toets van artikel 8 lid 2 toe te passen. Het probleem is echter dat de Eurowob voor de toepassing van de uitzondering (sowieso als de privacy in het geding is) verwijst naar de Gemeenschapsregelgeving over bescherming van persoonsgegevens. Artikel 5 sub b moet daarom in acht worden genomen, wat (inderdaad) betekent dat het vereiste van de noodzakelijkheid van toepassing is. Maar dat vereiste van noodzakelijkheid kan niet zomaar gelijk worden gesteld met het vereiste van proportionaliteit, laat staan met de vraag of een maatregel noodzakelijkheid is in een democratische samenleving uit artikel 8 lid 2 EVRM. Artikel 5 sub b vereist, zoals gezegd, op het eerste gezicht geen proportionaliteitstoets. Op dit punt kom ik terug in hoofdstuk 9.⁶⁸

7.4.3 Artikel 20 verordening 45/2001

Een artikel dat tot nog toe onbesproken is gebleven, is artikel 20 van verordening 45/2001. Deze luidt (gedeeltelijk) als volgt:

1. De communautaire instellingen of organen kunnen de toepassing van artikel 4, lid 1, artikel 11, artikel 12, lid 1, de artikelen 13 tot en met 17, en artikel 37, lid 1,

66 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 34. De EDPS verwijst hierbij naar P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag 1998, Kluwer Law International, p. 537.

67 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 39.

68 Zie § 9.8.

beperken voorzover die beperking een noodzakelijke maatregel vormt ter vrijwaring van: [...]

c) de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen; [...]

3. Indien een beperking als bedoeld in lid 1 wordt toegepast, wordt de betrokkene overeenkomstig het Gemeenschapsrecht in kennis gesteld van de voornaamste redenen waarop de toepassing van de beperking berust en van zijn, respectievelijk haar recht om zich tot de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming te wenden.

[...]

5. De in de leden 3 en 4 bedoelde kennisgeving kan worden uitgesteld zolang zij het beoogde effect van de op grond van lid 1 ingestelde beperking teniet zou doen.

In artikel 20 wordt de mogelijkheid gecreëerd om de toepassing van een aantal andere artikelen te beperken. Van de eerder besproken artikelen zijn dat de artikelen 4 lid 1, 11 en 12. De beperking is toegestaan als deze een noodzakelijke maatregel vormt voor de vrijwaring van, onder andere, de 'bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.

Op het eerste gezicht lijkt deze uitzondering een aantrekkelijke mogelijkheid te bieden om met het recht op toegang tot documenten rekening te houden. Dit is vooral zo, omdat de uitzondering ook het doelbindingsbeginsel uit artikel 4 lid 1 opzij kan zetten. Het artikel biedt alleen geen mogelijkheid om de werking van de artikelen 5 (en 8 en 9) te beperken, waardoor de eerder beschreven problemen blijven bestaan. Daarnaast levert de verdere procedure voor het invoeren van de uitzonderingsgrond uit artikel 20 lid 1 het eerder besproken probleem op dat de effectiviteit van het recht op toegang tot documenten wordt bemoeilijkt als bij elke verstrekking van persoonsgegevens de betrokkene in kennis moet worden gesteld. Het vijfde lid van artikel 20 biedt geen soelaas, omdat daarin alleen sprake is van uitstel, en geen afstel. In zijn richtsnoeren wijst de EDPS erop dat het artikel strikt moet worden toegepast en alleen is bedoeld voor exceptionele gevallen.⁶⁹

7.5 CONCLUSIE

Uit de gezamenlijke lezing van de Eurowob en verordening 45/2001 volgt dat de Europese wetgever zich niet of nauwelijks heeft beziggehouden met de mogelijke confrontatie tussen de belangen die beschermd worden door enerzijds toegang tot documenten en anderzijds de bescherming van persoonsgegevens. Alleen in de Eurowob wordt expliciet over de gegevensbeschermingsregels gesproken. Deze bepaling is echter vaag.

⁶⁹ EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 29.

De tekst van de bepaling, artikel 4 lid 1 van de Eurowob, kan op twee manieren worden opgevat. In de eerste plaats zou openbaar maken van een document dat persoonsgegevens bevat mogelijk zijn zolang de privacy niet in het geding is. Deze interpretatie wordt verdedigd door de EDPS. Voor die gevallen zou de wetgever er voor gekozen hebben om het belang van toegang tot documenten zwaarder te laten wegen dan het belang van het data subject. Met het oog op de bevindingen uit hoofdstuk 4, lijkt dit op het eerste gezicht een redelijke uitkomst. De actuele situatie is alleen moeilijk te verenigen met het vereiste van 'bij wet voorzien', wat eerder als de minimale voorwaarde van het recht op gegevensbescherming werd aangeduid. Juist door het multi-interpretabele karakter van artikel 4 lid 1 sub b, maar ook door de onduidelijke scheidslijn tussen privacy en bescherming van persoonsgegevens, is de bepaling onvoldoende voorzienbaar.

De tekst van artikel 4 lid 1 sub b zou in de tweede plaats ook opgevat kunnen worden op de manier waarop de Commissie dat doet: de uitzondering verwijst onvoorwaardelijk naar de gegevensbeschermingsregels. Zou dit de juiste interpretatie zijn, dan heeft de wetgever in de Eurowob als zodanig nog geen keuze gemaakt over de verhouding met de gegevensbeschermingsregels.

Dat bij het opstellen van verordening 45/2001 in het geheel geen rekening is gehouden met de mogelijkheid om toegang tot persoonsgegevens te verlenen om redenen van transparantie volgt uit het feit dat met een letterlijke en strikte toepassing van de verordening het recht op toegang tot documenten op onevenredige wijze wordt beperkt, omdat elke openbaarmaking afhankelijk wordt van instemming van de betrokkene. Maar ook als de bepalingen van verordening 45/2001 op een flexibele en ruime manier worden geïnterpreteerd is het openbaren van gegevens op basis van de Eurowob (al dan niet na een belangenafweging door de instelling) alleen met veel moeite in te passen in het systeem van gegevensbescherming zoals dat in de verordening is vastgelegd.

Als gekozen moet worden tussen de benadering van de Commissie en de EDPS, dan verdient de benadering van de EDPS zonder meer de voorkeur. Door de automatische en strikte toepassing van verordening 45/2001 ondermijnt de Commissie het recht op toegang tot documenten. Dankzij een (soms zeer) flexibele interpretatie van de beide verordeningen, behaalt de EDPS een op het eerste gezicht evenwichtiger resultaat. De richtsnoeren van de EDPS kunnen derhalve het best als uitgangspunt worden genomen in de huidige juridische constellatie. Hierop kom ik in hoofdstuk 9 uitgebreider terug.⁷⁰

De huidige juridische constellatie is echter als zodanig uiterst onwenselijk. Niet alleen hebben de (overige) instellingen behoefte aan duidelijkheid, het is ook voor de burger compleet onduidelijk tot welke consequenties de toepassing van beide verordeningen leidt. Daar komt bij dat een ruime toepassing van bepalingen uit verordening 45/2001 niet beperkt zal blijven tot situaties waarin de gegevensbeschermingsregels met het recht op toegang tot documen-

70 Zie § 9.8.

ten in harmonie gebracht moeten worden. Als, bijvoorbeeld, de wettelijke plicht ruim wordt uitgelegd dan maakt deze ruime uitleg deel uit van het regime van gegevensbescherming dat van toepassing is op alle vormen van verwerking. Het is maar de vraag of dat in alle gevallen wenselijk is.⁷¹

De wettelijke afstemming van toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens kan en moet daarom beter. Het is dan ook terecht dat aan dit onderwerp specifiek aandacht wordt besteed in het Groenboek over de wijziging van de Eurowob.⁷² Voordat ik overga tot een analyse van hoe de wettelijke afstemming beter kan, zal ik in het volgende hoofdstuk eerst bekijken of en hoe de twee rechtsregimes op nationaal niveau op elkaar zijn afgestemd.

⁷¹ Zie hierover uitgebreider § 9.3.2.

⁷² Groenboek *Public Access to Documents held by institutions of the European Community – A review* van 18 april 2007 (COM(2007)185, te vinden op http://ec.europa.eu/transparency/revision/docs/gp_en.pdf), p. 6-7. Op de manier waarop de Commissie de vraag over de afstemming van beide rechten aan het publiek voorlegt, kom ik in § 10.4 terug.