



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).

9 | Naar een voorstel voor de afstemming van toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens

9.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk zal ik een eigen visie op de afstemming van het recht op toegang tot documenten en het recht op bescherming van persoonsgegevens geven. Daarbij ga ik er vanuit dat beide rechten gelijkwaardig zijn. Dit betekent dat er een belangenafweging gemaakt moet worden, waarvan de uitkomst aan het evenredigheidsbeginsel voldoet.¹

Deze belangenafweging zal ik zoveel mogelijk in algemene zin bespreken, waardoor zij zowel voor het Europese niveau als het nationale niveau relevant is. De relevantie op nationaal niveau is vooral aanwezig voor de landen waarin, net als in de EU, het recht op toegang tot documenten en het recht op bescherming van persoonsgegevens als gelijkwaardige rechten worden beschouwd. Uiteindelijk zal een concreet voorstel worden gedaan voor de afstemming van de Eurowob en verordening 45/2001.

In § 9.2 ga ik in op de noodzakelijkheid om toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens op elkaar af te stemmen. Vervolgens zal in § 9.3 de vraag beantwoord worden in welke wetgeving (de openbaarheidswetgeving of de gegevensbeschermingswetgeving) de afstemming van beide rechtsregimes het best kan plaatsvinden. Daarna ga ik in § 9.4 over tot een algemene beschouwing over de afweging van de achterliggende belangen, waarbij gekeken wordt naar wat in de rechtswetenschap over de verhouding tussen beide is geschreven. Ook wordt besproken of de wetgever zélf de belangenafweging kan maken, of dat hij deze moet overlaten aan de uitvoerende instantie. In § 9.5 zal ik de belangenafweging aan de hand van de drie in hoofdstuk 4 onderscheidde situaties nader uitwerken.² Daarna kan in § 9.6 een concreet voorstel worden gedaan om de Europese verordeningen aan te passen. Uit dit voorstel wordt in § 9.7 een toetsingsschema afgeleid, dat wordt toegepast op de praktijkvoorbeelden uit hoofdstuk 1.

Voorlopig zullen de Europese instellingen zich op de Eurowob en verordening 45/2001 in hun huidige vorm moeten baseren. Daarom zal ik in § 9.8 kort beoordelen hoe de huidige wetgeving zodanig kan worden toegepast dat

1 Zie § 6.4.

2 § 4.4.

een uitkomst wordt bereikt die zoveel mogelijk overeenstemt met het eerder geschetste kader.

9.2 AFSTEMMING VAN OPENBAARHEIDS- EN GEGEVENS BESCHERMINGSWETGEVING IS NOODZAKELIJK

Het recht op toegang tot documenten gaat uit van openheid van stukken, terwijl het recht op bescherming van persoonsgegevens geheimhouding van informatie als vertrekpunt heeft. Dit heeft tot gevolg dat er situaties kunnen ontstaan waarin beide rechten met elkaar in conflict komen. Als beide rechten als gelijkwaardig worden beschouwd, *moet* met die gevallen rekening worden gehouden bij het opstellen van de wetgeving waarin beide rechten zijn uitgewerkt. Dit dient te resulteren in een helder juridisch kader waarbinnen de overheidsorganen tot een beslissing kunnen komen. Deze plicht kan als een vereiste van de rechtsstaat worden aangemerkt. In afwezigheid van een duidelijk kader, ontstaat immers gevaar voor willekeur en divergentie.

Op Europees niveau is, zoals betoogd in hoofdstuk 7, bij het opstellen van de Eurowob en verordening 45/2001 met de mogelijke collisie onvoldoende rekening gehouden. Uit verordening 45/2001 volgt geen enkele duidelijk aanwijzing over hoe moet worden omgegaan met een verzoek om toegang tot persoonsgegevens om redenen van transparantie. In de Eurowob wordt weliswaar naar de Gemeenschapswetgeving over bescherming van persoonsgegevens verwezen, maar de bedoeling van deze bepaling is dubbelzinnig en daarmee onduidelijk. Als gevolg daarvan wordt de bepaling door de Europese instellingen op verschillende wijze uitgelegd en toegepast. Om die reden voelde de EDPS de noodzaak om eenduidige richtsnoeren op te stellen en vormt de afstemming van beide regimes een prominent onderwerp in de discussie over de herziening van de Eurowob.³

Uit hoofdstuk 8 bleek dat in de nationale wetgeving van de 24 lidstaten die zowel een wet over toegang tot documenten als een wet over bescherming van persoonsgegevens kennen, de afstemming van deze twee wetten sterk varieert. In sommige landen is deze nagenoeg afwezig, en in andere landen zijn beide wetten zeer expliciet en gedetailleerd op elkaar afgestemd. Daar tussenin verschuift de afstemming van een simpele vermelding van privacy als uitzonderingsgrond op het recht op toegang tot documenten, via een verdere uitwerking van de privacyexceptie tot een uitdrukkelijke afstemming met de gegevensbeschermingswetgeving. Dat een verwijzing naar privacy alléén voor de praktijk niet altijd voldoende houvast biedt, blijkt uit de Belgische situatie, waarin duidelijk behoefte bestaat aan een betere (wettelijke)

3 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. 15.

afstemming tussen de openbaarheids- en gegevensbeschermingswetgeving.⁴ Dit blijkt ook uit het feit dat binnen de Raad van Europa een aparte aanbeveling over dit onderwerp werd aangenomen.⁵ Deze aanbeveling ging in op de verhouding tussen het Verdrag van Straatsburg en aanbeveling R(81)19, de voorloper van de eerder besproken aanbeveling REC(2002)2 over toegang tot documenten. In aanbeveling R(81)19 was een algemene privacyexceptie opgenomen.⁶ In 1991 nam het CvM aanbeveling R(91)10 aan over de doorgifte van persoonsgegevens door de overheid aan derden.⁷ Nadere richtsnoeren werden nodig geacht omdat 'freedom of information policy and privacy policy may compete for priority'.⁸ Overigens zag deze aanbeveling uiteindelijk op méér dan de openbaarmaking van persoonsgegevens om redenen van transparantie alleen.⁹

9.3 WELKE WET KAN HET BESTE ALS BASIS DIENEN?

9.3.1 De afstemming tussen beide rechten in de openbaarheidswetgeving

Het meest voor de hand liggende *startpunt* van de zoektocht naar het antwoord op de vraag of wel of geen toegang moet worden verleend tot een document dat persoonsgegevens bevat, is de openbaarheidswetgeving. Een situatie waarin beide regimes botsen, ontstaat immers doordat een individu in de uitoefening van zijn recht op toegang tot documenten inzage in een document vraagt dat persoonsgegevens van een ander bevat. In de openbaarheidswetgeving zal daarom in elk geval een eerste aanzet tot afstemming met de gegevensbeschermingsregels gegeven moeten worden.

Uit het overzicht van de nationale wetgeving in hoofdstuk 8 blijkt dat op twee landen na alle lidstaten die beide wettelijke regimes kennen *iets* over privacy of bescherming van persoonsgegevens in hun openbaarheidswetgeving hebben geregeld. In deze landen bestaat derhalve in elk geval een eerste aanzet voor de verder afstemming van beide rechtsregimes. Ook artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob kan als een dergelijke eerste aanzet worden beschouwd. Net als op Europees niveau is de verdere inhoudelijke afstemming van beide regimes in de lidstaten niet altijd aanwezig.

4 Zie § 8.3.2.

5 Zie § 2.2.2.

6 Zie pt. V aanbeveling R(81)19 het Comité van Ministers van 25 november 1981 (te vinden via http://www.coe.int/T/CM/adoptedTexts_en.asp#P38_1190).

7 Aanbeveling R(91)10 van het Comité van Ministers van 9 september 1991 (te vinden via http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Data_protection/Documents).

8 Zie de toelichting op aanbeveling R(91)10 (te vinden via http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Data_protection/Documents), pt. 4.

9 Zie over de aanbeveling § 5.5.4.

Van de landen die wél tot een nadere afstemming zijn overgegaan, hebben de meeste ervoor gekozen deze regels in hun openbaarheidswetgeving neer te leggen. Dit is alleen niet het geval in Hongarije, waar beide regimes in één wet zijn neergelegd, in Roemenië waar in beide wetten een specifieke bepaling is opgenomen en in het Verenigd Koninkrijk waar de regulering van het raakvlak te vinden is in de gezamenlijke lezing van beide wetten. Er is geen enkel land dat de afstemming van beide regimes uitdrukkelijk alleen in de gegevensbeschermingswetgeving heeft neergelegd. Als in de nationale gegevensbeschermingswetgeving aandacht wordt besteed aan toegang tot documenten om redenen van transparantie dan is dit (met uitzondering van Hongarije en het Verenigd Koninkrijk) om erop te wijzen dat de regels over deze vorm van toegang in de openbaarheidswetgeving zijn vastgelegd en deze wet daarop van toepassing is. Dit is het geval in Finland, Frankrijk, Italië, Litouwen en Zweden.

9.3.2 De afstemming tussen beide rechten in de gegevensbeschermingswetgeving

Hoewel geen enkele lidstaat ervoor heeft gekozen de afstemming van beide regimes in de gegevensbeschermingswetgeving neer te leggen, is er verder geen juridische reden om dit niet te doen. De openbaarheidswetgeving zou voor de openbaarmaking van persoonsgegevens kunnen verwijzen naar de gegevensbeschermingswetgeving, waarin het juridische kader opgenomen zou kunnen zijn. Dat de openbaarheidswetgeving kennelijk toch als de beste basis voor de nadere regulering van het raakvlak wordt beschouwd, is waarschijnlijk om pragmatische redenen. De openbaarheidswetgeving dient, zoals gezegd, als startpunt van de zoektocht naar het antwoord op de vraag of wel of geen toegang moet worden verleend. Het is wel zo overzichtelijk als de nadere afstemming met de gegevensbeschermingsregels meteen in dezelfde wet is vastgelegd. Een andere reden kan zijn dat de lidstaten ten aanzien van de openbaarheidswetgeving volledige competentie hebben, terwijl de gegevensbeschermingswetgeving een implementatie dient te zijn van richtlijn 95/46, waarin niet over toegang tot persoonsgegevens om redenen van transparantie wordt gerept.

Het is overigens de vraag of bij afstemming in de openbaarheidswetgeving, de gegevensbeschermingswetgeving over het onderwerp kan zwijgen. Uit hoofdstuk 7 bleek dat het openbaren van persoonsgegevens om redenen van transparantie soms lastig is te verenigen met de huidige gegevensbeschermingsregels.¹⁰ Het is bijvoorbeeld onzeker of de plicht tot openbaarheid altijd als een duidelijke wettelijke verplichting kan worden aangemerkt. Zoals ik later zal aantonen, kan de wetgever niet voor alle gevallen zelf de uitkomst van

10 Zie m.n. § 7.3. Zie ook § 8.2.2.2.

de belangenafweging bepalen. Daarom zal er ruimte moeten bestaan voor de uitvoerende instanties om de belangenafweging te maken. Als de uitvoerende instanties een discretionaire bevoegdheid wordt gelaten is er dan nog steeds sprake van een duidelijke wettelijke verplichting?¹¹ Op dit punt kom ik hieronder terug. Mocht worden aangenomen dat er van een wettelijke verplichting sprake is, dan is het recht op bezwaar van de betrokkene strikt genomen in alle gevallen uitgeschakeld. Zoals gezegd, is dit onredelijk in de situatie dat juist niet van een duidelijke wettelijke plicht sprake is.¹²

Ook is gewezen op de mogelijke spanning met het doelbindingsbeginsel. Ter herinnering, dit beginsel is in verordening 45/2001 als volgt verwoord:

gegevens moeten voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verkregen en mogen vervolgens niet op een met die doeleinden onverenigbare wijze worden verwerkt.¹³

Het openbaar maken van persoonsgegevens om transparantieredenen is, zoals aangegeven, per definitie een secundaire vorm van verwerken en dient een ander doel dan het oorspronkelijke doel waarvoor de gegevens zijn verwerkt.¹⁴ Toch kan openbaarmaking om die reden in overeenstemming zijn met het doelbindingsbeginsel als het *niet onverenigbaar* is met de oorspronkelijke doelstelling. In hoofdstuk 7 bleek dat de EDPS en de Artikel 29 Werkgroep hier in dit verband gebruik van maken.¹⁵ De EDPS 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.¹⁶ Los van de eventuele afstemming met openbaarheidsregels zijn twee lidstaten er bij de implementatie van richtlijn 95/46 toe over gegaan om nader toe te lichten wat als *niet onverenigbaar met de oorspronkelijke doelstelling* moet worden beschouwd. In de Belgische wetgeving is het antwoord op deze vraag afhankelijk van de redelijke verwachting van de betrokkene en in de Nederlandse wet wordt een reeks omstandigheden benoemd waarmee rekening gehouden moet worden bij het bepalen of verwerking niet onverenigbaar is met de oorspronkelijke doelstelling.¹⁷ Onder deze omstandigheden vallen de aard van de gegevens, de gevolgen van de verwerking voor de betrokkene en de wijze waarop de gegevens zijn verkregen. Zowel in de Belgische als de Nederlandse situatie is het openbaren van gegevens om transparantieredenen duidelijk te verenigen met het doelbindingsbeginsel.

11 Zie hierover ook § 7.3.2 en § 7.4.2.

12 Zie § 7.3.2.

13 Zie artikel 4 lid 1 sub b verordening 45/2001 en artikel 6 lid 1 sub b richtlijn 95/46. Zie hierover ook § 3.4.2.1 en § 7.3.3.

14 Zie § 7.2.1, § 7.3.3 en § 8.2.2.2.

15 Zie § 7.3.3.

16 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 38.

17 Zie § 8.3.3.

Ondanks dat met een ruime toepassing van de wettelijke verplichting en het doelbindingsbeginsel de openbaarheidsregels en de gegevensbeschermingsregels met elkaar in harmonie kunnen worden gebracht, is de situatie niet ideaal. Daar komt bij dat een ruime toepassing niet beperkt blijft tot situaties waarin *deze* regimes met elkaar moeten worden verenigd. Wordt de wettelijke plicht ruim uitgelegd dan maakt deze ruime uitleg deel uit van het regime van gegevensbescherming dat van toepassing is op alle vormen van verwerking. Bekeken zou moeten worden of dit wel wenselijk is. Het is goed voorstelbaar dat dat niet zo is. Door ook de verwerking van gegevens als gevolg van de uitoefening van een wettelijk vastgelegde discretionaire bevoegdheid van de uitvoerende instanties als noodzakelijk voor het nakomen van een wettelijke plicht te beschouwen, bestaat het gevaar dat gegevensbeschermingsregels vrij gemakkelijk omzeild kunnen worden. Nu kan dat bij de afstemming met het gelijkwaardige recht op toegang tot documenten gerechtvaardigd zijn, dat hoeft niet voor alle gevallen zo te zijn.

Hierom verdient het de voorkeur om in de gegevensbeschermingswetgeving een bepaling op te nemen over het openbaren van persoonsgegevens op basis van de openbaarheidswetgeving. In navolging van de vijf genoemde lidstaten zou volstaan kunnen worden met een eenvoudige verwijzing naar deze wetgeving. Dit kan door de opname van een apart artikel, of, in geval van verordening 45/2001, door aan het artikel waarin een apart regime voor doorgifte van persoonsgegevens aan derden is opgenomen een extra artikellid toe te voegen.¹⁸

Een alternatieve manier om de gegevensbeschermingswetgeving geen obstakel te laten zijn voor de toepassing van de openbaarheidsregels is dat in de gegevensbeschermingsregels ten aanzien van bepaalde situaties een soepeler regime wordt gehanteerd. Dit hoeft niet beperkt te zijn tot de *openbaarmaking* van gegevens. Zoals aangegeven in hoofdstuk 8, is hiervan sprake in de Griekse en Oostenrijkse gegevensbeschermingswetgeving. In Griekenland is de *bevoegdheid* gecreëerd om voor bepaalde situatie soepelere regels te stellen. In de Oostenrijkse wetgeving is bepaald dat het belang van de betrokkene niet geschaad is als het de verwerking van gegevens van personen betreft in de uitoefening van hun publieke functie en daar tegenover een ander gerechtvaardigd belang staat.¹⁹ De Griekse en Oostenrijkse bepalingen creëren ruimte voor een evenredige afstemming van beide regimes.

18 Zie § 9.6 voor een concreet voorstel.

19 Zie § 8.3.3.

9.3.3 In het vervolg: afstemming tussen beide rechten in de openbaarheidswetgeving

In navolging van de overgrote meerderheid van de lidstaten die toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens hebben willen afstemmen, wordt in het vervolg uitgegaan van een afstemming van beide regimes in de openbaarheidswetgeving, de Eurowob. Om de gegevensbeschermingsregels uit verordening 45/2001 geen obstakel voor de toepassing van deze regulering te laten zijn, verdient het de voorkeur dat in deze gegevensbeschermingswetgeving verwezen wordt naar deze regels uit de Eurowob of dat een mogelijkheid wordt gecreëerd om soepelere regels te hanteren.

9.4 DE AFWEGING VAN DE BELANGEN DIE TOEGANG TOT DOCUMENTEN EN BESCHERMING VAN PERSOONSGEGEVENS BEOGEN TE BESCHERMEN

9.4.1 Inleiding

Om tot een afstemming van beide regimes te komen, moeten de achterliggende belangen van het recht op toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens tegen elkaar worden afgewogen. De wetgever kan deze belangenafweging geheel overlaten aan de uitvoerende instanties die met een concreet geval geconfronteerd worden. Maar de wetgever kan ook zelf voor bepaalde situaties de uitkomst van de belangenafweging geven.²⁰ Dit laatste betekent dat er *in abstracto*, althans op voorhand, door de wetgever een belangenafweging wordt gemaakt. In deze paragraaf wordt bekeken of op voorhand iets over de verhouding tussen de achterliggende belangen gezegd kan worden. Zoals aangegeven in hoofdstuk 6 ligt de grens van de handelingsruimte van de Europese wetgever daar waar de uitkomst onevenredig is.²¹ Daarvan is sprake als de essentie van één van beide rechten wordt ondermijnd. Hieronder wordt eerst ingegaan op de relevante rechtsliteratuur over dit onderwerp, daarna volgt een korte algemene beschouwing over de belangenafweging door de wetgever.

9.4.2 De afweging van de achterliggende belangen in de rechtsliteratuur

De geraadpleegde rechtsliteratuur over de botsing van toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens (of privacy) is bipolair van aard. Het onderwerp wordt enerzijds op zeer abstract niveau aangesneden, waarbij meer gesproken wordt over de verhouding openbaarheid van bestuur en privacy.

²⁰ Zie hierover § 6.4.3.

²¹ Zie § 6.4.

Anderzijds wordt aangehaakt op een concrete juridische context, waarbij voornamelijk een beschrijving van deze context wordt gegeven en soms een verbeterde *toepassing* ervan. Een tussenvorm, waarin vanuit abstract niveau een oordeel wordt gevormd over de juridische context als zodanig, komt niet vaak voor. Hieronder passeren kort een aantal auteurs de revue.

In 1971 legt Friedrich een verband tussen enerzijds openbaarheid van bestuur en privacybescherming en anderzijds democratie. Friedrich wijst erop dat de toenemende aandacht voor openbaarheid van bestuur en privacybescherming gepaard gaat met een toename van het democratische gehalte van een staat.²² In een totalitair regime is openbaarheid van bestuur afwezig en heeft een individu niet tot nauwelijks recht op privacy. Een democratische staat kenmerkt zich juist door een transparante overheid en respect voor de eerbiediging van het privé-leven.²³ Friedrich gaat in vrij algemene bewoordingen in op de mogelijkheid voor de overheid om zich ter geheimhouding van bepaalde overheidsactiviteiten te beroepen op privacy. Friedrich gaat niet zover als Wilson, van wie zij het volgende, zeer oude, citaat weergeeft:

‘There is *not any legitimate privacy* about matters of government. Government must, if it is to be pure and correct in its process, *be absolutely public* in everything that affects it’.²⁴

Friedrich bepleit, kort gezegd, dat privacy als uitzondering op openbaarheid alleen mag worden ingeroepen als dit functioneel is.²⁵ Dat wil zeggen, als geheimhouding het democratische proces dient of de informatie de publieke sfeer niet raakt.²⁶ Friedrich gaat niet concreet in op toegang tot informatie in handen van de overheid die als persoonlijke informatie is aan te merken.

In 1978 publiceerde Mellors een artikel waarin hij de rol van privacy in de relatie tussen de overheid en het individu besprak.²⁷ Hij spreekt in algemene termen over gevallen waarin het publieke belang inzicht in privé-aangelegenheden vereist, waarmee deze aangelegenheden publieke aangelegenheden zijn geworden.²⁸ Het publieke belang kwalificeert hij echter als het belang van de overheid (dat een inbreuk op de privacy rechtvaardigt) en

22 C.J. Friedrich, ‘Secrecy versus privacy: the democratic dilemma’, in J. Roland Pennock & J.W. Chapman (eds.), *Privacy*, Nomos XIII, New York 1971, Atherton Press, p. 105-120, op p. 118-119. Zie hierover ook T.A. Knoop Pathuis, ‘Openbaarheid en Privacy’, in J.E. Goldschmidt, A.W. Heringa & W.J. Witteveen (eds), *Openbaarheid*, Kluwer 1981, Deventer, p. 53-69, op p. 54-55.

23 Friedrich 1971, p. 118-119.

24 Friedrich 1971, p. 108. Zij citeert W. Wilson, *Congressional Government*, uit 1885, p. 81. De mening van Wilson stamt uit 1885 en is uiteraard gebaseerd op een zeer pril privacy-begrip.

25 Friedrich 1971, p. 107.

26 *Ibidem*.

27 C. Mellors, ‘Government and the individual – their secrecy and his privacy’, in J.B. Young (ed), *Privacy*, Chichester 1978, John Wiley & Sons, p. 87-112.

28 Mellors 1978, p. 105.

brengt hij verder niet in verband met het belang van het publiek om inzage te hebben. Hij gaat wel in op 'Open Government' en 'the right to know', maar bespreekt deze begrippen alleen ten aanzien van de waarborgen waarmee de inbreuk op iemands privacy moet zijn omgeven.²⁹

In het vorige hoofdstuk is ten aanzien van de Belgische, Nederlandse en Britse wetgeving verwezen naar een aantal auteurs die een beschrijving en toelichting op de nationale wetgeving gaven, en soms hun mening over de (on)juiste toepassing van deze wetgeving etaleerden.³⁰ Knoop Pathuis is een van de weinigen die vanuit een abstracte analyse zijn oordeel geeft over nationale wetgeving, de toenmalige (1981) Nederlandse wetgeving over openbaarheid van bestuur en de privacyexceptie.³¹ Hij stelt zich de vraag binnen welke grenzen het oordeel van een individu over de vraag wát zijn privacy betreft, beslissend is.³² Knoop Pathuis wijst erop dat het lastig is om *in abstracto* aan te geven wanneer openbaarmaking inbreuk maakt op de privacybescherming.³³ Dit is lastig omdat het oordeel van de rechthebbende over wat als zijn privacy is aan te merken centraal staat.³⁴ Knoop Pathuis is van mening dat niet elke openbaarmaking van informatie die in welk verwijderd verband dan ook betrekking heeft op een individu zonder toestemming van de betrokkene een inbreuk maakt op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.³⁵ Hij noemt als voorbeeld de openbaarmaking van gegevens die wel op een persoon betrekking hebben maar niet identificeerbaar zijn. Deze gegevens vallen buiten de privacyexceptie.³⁶ Voor het overige, in feite alle *identificeerbare* informatie, is Knoop Pathuis van mening dat openbaarmaking van deze gegevens alleen mogelijk is met instemming van de betrokkene.³⁷ De betrokkene zal in die gevallen daarom altijd om toestemming gevraagd moeten worden.³⁸ Dit is ook het standpunt van Mackaay. In 1992 schrijft hij, los van een specifieke juridische context, dat zijns inziens de mening van het individu

29 Mellors 1978, p. 106-107.

30 Zie § 8.3.2. Zie overigens voor een beschrijving en toepassing van de Amerikaanse context in 1976 F.A. Rosenfeld, 'The freedom of Information Act's privacy exemption and the Privacy Act of 1974', *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1976, p. 596-631 en D. O'Brien, 'Freedom of information, privacy, and information control: a contemporary administrative dilemma', *PARev.* 1979, p. 323-328.

31 Het artikel van Knoop Pathuis stamt uit 1981.

32 Knoop Pathuis 1981, p. 54.

33 Knoop Pathuis 1981, p. 64.

34 *Ibidem.*

35 Knoop Pathuis, p. 65.

36 Knoop Pathuis, p. 66.

37 *Ibidem.*

38 Knoop Pathuis, p. 69.

voorrang geniet ten opzichte van het recht van het publiek op toegang tot informatie.³⁹ Hij voegt daar het volgende aan toe:

‘There is, of course, no question that the government must not reveal, without permission of the individual concerned, personal information it has forced them to give to it in the first place.’⁴⁰

Knoop Pathuis wijst tot slot op de mogelijkheid om persoonsgegevens te anonimiseren, en daarmee buiten de privacyexceptie te laten vallen.⁴¹

9.4.3 De afweging van de achterliggende belangen door de wetgever

Bij het recht op toegang tot documenten zijn de beschermde belangen, zoals eerder aangegeven, de controleerbaarheid van de overheid en de legitimiteit van het wetgevingsproces.⁴² Het belang dat de bescherming van persoonsgegevens beoogt te behartigen, is, mede gezien de verstrengeling met de privacybescherming, minder eenduidig weer te geven.⁴³ In dit onderzoek wordt de nadruk gelegd op het belang dat de betrokkene heeft om zelf te kunnen bepalen welke persoonsgegevens openbaar zijn.⁴⁴

Door de brede reikwijdte van de bescherming van persoonsgegevens, is het terrein waarop zowel het recht op toegang tot documenten als het recht op bescherming van persoonsgegevens van kracht zijn, erg groot.⁴⁵ Het komt er in de praktijk op neer dat als een document simpelweg iemands naam bevat, deze persoon aanspraak kan maken op de regels over de bescherming van persoonsgegevens. Een benadering waarin openbaarmaking in alle gevallen afhankelijk is van de toestemming van de betrokkene, zoals Knoop Pathuis en Mackaay hierboven verdedigen, maar ook de Commissie op basis van de huidige Europese wetgeving, is met de huidige reikwijdte van de bescherming van persoonsgegevens geen evenredige uitkomst van de belangenafweging.⁴⁶ Elk persoon krijgt hiermee absolute zeggenschap over de bekendmaking van haar of zijn persoonsgegevens, waardoor de controle op wat individuen voor of namens de overheid doen voor de burger bijzonder lastig wordt gemaakt.

39 E. Mackaay, ‘The Public’s Right to Information’, in W.F. Korthals Altes, E.J. Dommering, P.B. Hugenholtz & J.J.C. Kabel (eds), *Information law towards the 21st Century*, Deventer 1992, Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 167-175, op p. 171.

40 Mackaay 1992, p. 171.

41 Knoop Pathuis, p. 66-67.

42 Zie § 2.3 en § 6.4.4.

43 Zie § 4.2 en § 6.4.4.

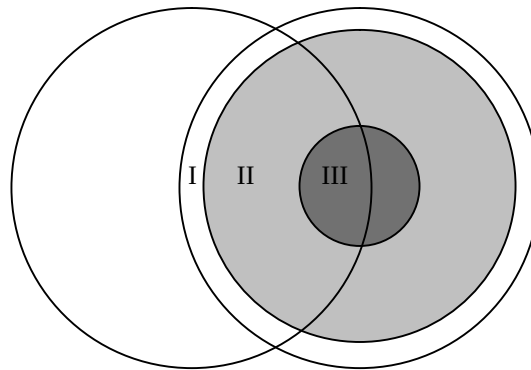
44 Zie § 6.4.4.

45 Zie hoofdstuk 5.

46 Zie ook § 6.4.5.

De overheid lijkt in deze visie ten onrechte beschouwd te worden als een abstracte entiteit, die los van mensen functioneert. De controle op de overheid wordt beperkt tot de overheid als abstracte entiteit en maakt controle op de mensen die feitelijk het overheidshandelen uitoefenen afhankelijk van de instemming van deze personen. De controle kan zich echter juist tot de persoon richten. Dit kan zijn om te bepalen wie er aan een bepaalde beslissing heeft meegewerkt of wie een bepaalde handeling heeft verricht. Maar het kan ook zijn om de integriteit van de betrokken persoon vast te stellen.

Er zal daarom gezocht moeten worden naar een juridisch kader waarin de tegengestelde belangen in evenwicht (kunnen) worden gebracht. Het betrokken individu kan geen absolute zeggenschap over de openbaarmaking van al zijn persoonsgegevens hebben, maar er moet wel voldoende rekening worden gehouden met het belang van de betrokken om zelf te kunnen bepalen welke persoonsgegevens openbaar zijn. Hierbij kan de in hoofdstuk 4 gemaakte driedeling een leidende rol spelen.⁴⁷ Schematisch kan de situatie, door de figuren in hoofdstuk 1 en hoofdstuk 4 te combineren, als volgt worden weergegeven.⁴⁸



Op het raakvlak van toegang tot documenten (de linker cirkel) en bescherming van persoonsgegevens (de rechter cirkel) zijn de drie situaties te onderscheiden. Absolute zeggenschap over het openbaar maken van persoonsgegevens zou in situatie III (openbaren van gevoelige gegevens) gerechtvaardigd kunnen zijn, terwijl dit in gevallen waarin de privacy niet in het geding is (situatie I) niet gerechtvaardigd is. In de tussencategorie (privacy is in het geding, maar het betreft geen gevoelige gegevens) is het lastig om los van de concrete omstandigheden van het geval een belangenafweging te maken. Waar de wetgever in de eerste en de derde situatie zelf de belangenafweging *in abstracto* kan maken, kan hij dat in de tweede situatie dan ook het best aan de uitvoerende instantie (en de rechter) overlaten.

⁴⁷ Zie § 4.4.

⁴⁸ Zie § 1.4 en § 4.4.1.

In de volgende paragraaf wordt de belangenafweging tussen toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens aan de hand van de drie situaties nader uitgewerkt.

9.5 DE INHOUDELIJKE AFSTEMMING VAN BEIDE RECHTSREGIMES

9.5.1 Een preliminair vereiste: oorspronkelijke verkrijging en verwerking moet rechtmatig zijn

Voordat de vraag wordt beantwoord hoe de belangen van openbaarheid en het individuele belang van de betrokkene in de drie situaties tegen elkaar opwegen, moet vastgesteld worden of de *oorspronkelijke* verkrijging en verdere verwerking van de gegevens door de overheid rechtmatig was. Het verzoek betreft immers persoonsgegevens die de overheid al heeft verwerkt. Zoals gezegd, is het openbaar maken van persoonsgegevens naar aanleiding van een verzoek om openbaarmaking op basis van openbaarheidswetgeving (passieve openbaarheid) per definitie een secundaire vorm van verwerking.⁴⁹

Als uitgangspunt wordt genomen dat het recht op toegang tot documenten niet met succes kan worden ingeroepen ten aanzien van persoonsgegevens waarvan het bezit in strijd is met de gegevensbeschermingsregels.⁵⁰ Burgers hebben, simpeler gezegd, geen toegangsclaim op gegevens als de overheid deze gegevens eigenlijk niet behoort te hebben. Dit bezit zelf schaadt kennelijk de belangen van de betrokkene (de gegevensbeschermingswetgeving is immers geschonden) waardoor eventuele verdere verspreiding een nog grotere schending van de belangen betekent.

Het vereiste van rechtmatig bezit leidt tot een beperking van het soort en aantal gegevens dat de overheid in bezit heeft en waartoe een individu een recht op toegang heeft. Alleen gegevens die relevant zijn voor de legitieme doelstellingen die de overheid nastreeft, kunnen zich rechtmatig in handen van de overheid bevinden.

9.5.2 Situatie I: openbaarmaking van gegevens valt binnen de bescherming van persoonsgegevens en buiten de privacybescherming⁵¹

Als de betrokkene in alle gevallen absolute zeggenschap krijgt over de openbaarmaking van zijn gegevens, dan is dit een onevenredige uitkomst van de afweging van het belang van toegang tot documenten en bescherming van

49 Vergelijk § 9.3.2.

50 Vergelijk de opmerking in § 4.3.6.

51 In de drie situaties wordt er steeds van uitgegaan dat er (nog) geen expliciete toestemming van de betrokkene voor openbaarmaking van de gegevens is.

persoonsgegevens.⁵² Hiermee wordt geen rekening gehouden met het verschil in belang van het betrokken individu. Vooral in de situaties die buiten de privacybescherming vallen (maar wel binnen de gegevensbescherming) is het belang van de betrokkene zo gering dat het vasthouden aan een instemmingsvereiste onevenredig is. De cruciale vraag is wanneer een situatie buiten de privacybescherming valt.

9.5.2.1 *De reikwijdte van de privacybescherming in de jurisprudentie van het EHRM*

In hoofdstuk 4 is uit de jurisprudentie van het EHRM onder artikel 8 EVRM afgeleid dat er drie aanknopingspunten zijn om te bepalen of de privacybescherming van toepassing is op openbaarmaking van persoonsgegevens. Als er geen sprake is van privacygevoelige gegevens, 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, dan is artikel 8 EVRM niet van toepassing en verordening 45/2001 en het Verdrag van Straatsburg wel.⁵³ Bij het laatste aanknopingspunt is aangevoerd dat de redelijke verwachting alleen in zeer evidente gevallen leidt tot de niet-toepasselijkheid van de privacybescherming. Bij de toepassing van het criterium van de redelijke privacyverwachting hecht het EHRM waarde aan de publieke status van de betrokken persoon. De publicatie door verschillende media van bepaalde algemene gegevens of functiegerelateerde gegevens van personen in 'the public scene' viel niet binnen de reikwijdte van de privacybescherming van deze personen.

De jurisprudentie van het EHRM over de redelijke verwachting van publieke personen ziet voornamelijk op horizontale (privaatrechtelijke) verhoudingen. Zo had prinses Caroline von Hannover een conflict met de Duitse roddelpers. Dit conflict stond in eerste instantie los van de overheid. De overheid kwam in beeld omdat de prinses de zaak voor de rechter bracht en er enerzijds de plicht op de overheid rustte om de privacy van prinses Caroline von Hannover actief te waarborgen, en anderzijds de plicht om zich te onthouden van inmenging met het recht op vrijheid van meningsuiting. Bij de problematiek die in het onderhavige onderzoek centraal staat, is de overheid de onvermijdelijke schakel via welke uiteindelijk twee (of meer) burgers tegengestelde belangen hebben. Omdat beide personen een directe aanspraak hebben tegenover de overheid (en niet omdat ze onderling in conflict waren geraakt), ontstaat er een botsing van belangen. Het verticale (publiekrechtelijke) karakter van de rechten staat hier boven het eventuele horizontale effect van de botsing. Dit verschil heeft gevolgen voor de invulling van het criterium van de redelijke privacyverwachting.

⁵² Zie § 6.4.5 en § 9.4.

⁵³ Zie § 4.3.6.

9.5.2.2 Invulling van het criterium van de redelijke privacyverwachting

In de jurisprudentie over publieke personen liet het EHRM meewegen dat deze personen zich zelf willens en wetens blootstelden aan publieke controle. Om die reden moesten zij dulden dat bepaalde algemene persoonsgegevens of functiegerelateerde gegevens over hen door de media gepubliceerd werden. Zoals bleek in hoofdstuk 2 heeft het EHRM uit artikel 10 EVRM geen (algemene) recht op toegang tot documenten afgeleid.⁵⁴ De zojuist genoemde publieke controle die door de media als 'public watchdog' wordt uitgeoefend, impliceert derhalve geen algemeen recht om informatie van of over de overheid te verkrijgen.⁵⁵ Als de media dergelijke informatie in handen hebben, waarborgt artikel 10 EVRM dat de overheid niet zomaar de verspreiding ervan kan blokkeren. Een belangrijke eerste stap om controle op de overheid mogelijk te maken, een algemeen recht op overheidsinformatie, ontbreekt.⁵⁶

In de Europese Unie en een groot aantal lidstaten is deze eerste stap verzekerd door toekenning van een algemeen recht op toegang tot documenten. Dit recht is, méér dan het recht op vrijheid van meningsuiting, gericht op controle op de overheid (aangevuld met de versterking van de legitimiteit van het wetgevingsproces). In een rechtsorde waarin het recht op toegang tot documenten geldt, moeten personen die voor de overheid werken zich ervan bewust zijn dat de burger er recht op heeft om de overheid te kunnen controleren. Deze controle beperkt zich, zoals gezegd, niet tot de overheid als zelfstandige juridische entiteit.⁵⁷ De controle strekt zich ook uit tot mensen die voor de overheid werken. Dit zijn niet alleen mensen die in dienst zijn van de overheid, ook individuen die in beginsel los staan van de overheid worden veelvuldig betrokken bij het wetgevingsproces of bij de uitvoering van executieve bevoegdheden.

Voor alle personen die op deze wijze actief betrokken zijn bij het handelen van de overheid is het om die reden evident dat bepaalde persoonsgegevens op verzoek aan het publiek bekend gemaakt kunnen worden.⁵⁸ Dit geldt niet voor personen die *niet* actief betrokken zijn bij het handelen van de overheid. Hierbij moet gedacht worden aan personen die onderwerp vormen van overheidsonderzoek, of die voor bepaalde zaken zich wel tot de overheid moeten wenden. Het is immers juist de vrijwilligheid in combinatie met de evidente verwachting dat bepaalde gegevens geopenbaard zullen worden, die de

⁵⁴ Zie § 2.5.2.

⁵⁵ EHRM, *Plon (Société) t. Frankrijk*, r.o. 43.

⁵⁶ Zie hierover G. Schuijt, 'Vrijheid van nieuwsgaring en toegang tot informatie', in A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis, *Van ontvanger naar zender*, Amsterdam 2003, Otto Cramwinkel Uitgever, p. 341-356.

⁵⁷ Zie § 9.4.3.

⁵⁸ Het aanhaken op de publieke functie van de betrokken persoon vindt, zoals weergegeven in hoofdstuk 8, ook plaats in de wetgeving van Duitsland, Estland, Finland, Hongarije, Litouwen en Polen.

openbaarmaking van deze gegevens buiten de privacybescherming plaatst. De betrokkene heeft hiermee in feite een keuze gemaakt om bepaalde persoonsgegevens openbaar te maken, waardoor het recht op bescherming van persoonsgegevens dát achterliggende belang in deze situatie niet meer waarborgt. Bij personen die niet actief betrokken zijn bij het wetgevingsproces of het handelen van de overheid moet de openbaarmaking van persoonsgegevens in ieder geval binnen de reikwijdte van de privacybescherming worden behandeld (situatie II).

Onder *personen die actief betrokken zijn bij het handelen van de overheid* vallen personen die in dienst zijn van de overheid (Euroambtenaren), nationale ambtenaren en personen die in opdracht van of op uitnodiging van de overheid bij het handelen van de overheid betrokken zijn. In de Europeesrechtelijke context nemen *nationale* ambtenaren en regeringsvertegenwoordigers een bijzondere positie in. Veelal nemen deze personen actief deel aan het Europese wetgevingsproces, maar soms moeten zij de nationale overheid verdedigen, bijvoorbeeld als de Commissie een inbreukactie tegen het betreffende land is gestart. In het laatste geval zou aangevoerd kunnen worden dat deze personen *niet* actief bij het Europese handelen zijn betrokken. Toch wordt er in het onderhavige onderzoek vanuit gegaan dat nationale ambtenaren en regeringsvertegenwoordigers, uiteraard zolang zij binnen hun bevoegdheden namens de nationale overheid handelen, actief bij het Europese optreden betrokken zijn. Door, bijvoorbeeld, bij het Nederlands Ministerie van Buitenlandse zaken een baan te accepteren op de afdeling Europees recht, kan iemand over het algemeen redelijkerwijs verwachten dat hij of zij op verschillende wijzen bij het Europese handelen betrokken zal worden en dat zijn handelen uit hoofde van zijn functie door de burger gecontroleerd kan worden.

De personen die actief bij het handelen van de overheid betrokken zijn, kunnen redelijkerwijs verwachten dat zeer algemene gegevens, de naam, titulatuur en functie van de persoon, en bepaalde functiegerelateerde gegevens, zoals het werkadres, telefoonnummer (contactgegevens) en informatie over activiteiten die uit hoofde van deze functie worden verricht, op verzoek geopenbaard kunnen worden.⁵⁹ Bevat een document alleen deze gegevens dan valt het openbaren van dit document en de gegevens in beginsel buiten de privacybescherming van deze personen. Artikel 8 EVRM is op deze situatie

⁵⁹ Deze expliciete benoeming van de gegevens is geïnspireerd op de Duitse wetgeving, zie § 8.3.2, en wordt ook ondersteund door een interne mededeling van de Commissie over de publieke gegevens van Commissiemedewerkers die op initiatief van de Commissie zelf geopenbaard worden (zie over het onderscheid actieve en passieve openbaarheid § 1.9). Administrative Notice 85-2003 van 19 december 2003, gepubliceerd op IntraComm, het interne netwerk van de Commissie. In deze mededeling bestempelt de Commissie de volgende gegevens als publieke gegevens: naam, titel, functie, omschrijving van de functie, plek van de functie in de organisatie, telefoonnummer en e-mail adres. Onder medewerkers wordt verstaan: 'officials (permanent and temporary), auxiliary staff, contract staff, detached national experts'. Stagiaires zijn hiervan uitgesloten.

niet van toepassing, de gegevensbeschermingsregels (verordening 45/2001) zijn dat in beginsel wél, zij het dat er geen reden is om het meer specifieke belang van iemand te waarborgen om zelf te kunnen bepalen welke persoonsgegevens openbaar zijn. Voldoende is dat de wetgeving een duidelijke juridische basis voor de openbaarmaking verschaft.

9.5.2.3 *Functiegerelateerde bijzondere gegevens*

Het kan zijn dat uit de functiegerelateerde gegevens bepaalde gevoelige informatie kan worden afgeleid. Volgens artikel 10 verordening 45/2001 gelden er aparte regels voor gegevens waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, of het lidmaatschap van een vakvereniging blijkt, en gegevens die de gezondheid of het seksuele gedrag betreffen.⁶⁰ Het openbaar maken van deze gegevens valt onder de derde situatie die wordt besproken in § 9.5.4. Hoe zit het dan met de naam, functie en functiegerelateerde gegevens van de Europarlementariër, waaruit zonder twijfel de politieke kleur of opvattingen van de betrokkene blijken of de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Valt het openbaren van deze gegevens onder de derde situatie?

De zeggenschap van de betrokken persoon speelt een belangrijke rol bij de rechtmatige verwerking van bijzondere gegevens. Bij deze gegevens weegt het belang van de betrokkene om zelf te bepalen of de gegevens publiekelijk bekend worden des te zwaarder. Volgens artikel 10 van verordening 45/2001 is verwerking van deze gegevens dan ook mogelijk als de betrokkene uitdrukkelijk met de verwerking heeft ingestemd of de gegevens duidelijk door de betrokkene openbaar zijn gemaakt.⁶¹ Als de politieke, levensbeschouwelijke of godsdienstige opvatting of het uiten ervan *inherent* is aan de functie die men bekleedt, dan mag er mijns inziens vanuit worden gegaan dat de betreffende persoon ervoor gekozen heeft deze informatie te openbaren. Het belang van de betrokken persoon bij geheimhouding is zo klein dat het openbaren van deze gegevens onder de eerste situatie, dus buiten de privacybescherming valt. In dit onderzoek wordt gevoelige informatie die inherent is aan de publieke functie van de betrokken persoon verder niet als gevoelige gegevens behandeld.

Dit standpunt is ook terug te vinden in de eerder genoemde aanbeveling R(91)10 van het CvM.⁶² Hierin is bepaald dat gevoelige gegevens die publieke personen betreffen in de uitoefening van hun publieke functie toch geopenbaard mogen worden, want:

60 Artikel 10 verordening 45/2001 en artikel 8 richtlijn 95/46. Zie ook § 3.4.2.1.

61 Artikel 10 lid 2 sub d verordening 45/2001.

62 Zie § 9.2.

such data concerning individuals involved in public life do not, within the strict meaning of article [6 van het Verdrag van Straatsburg], “reveal” such matters as political opinions [...].⁶³

In dit opzicht is de *partly dissenting opinion* van Bonello in de eerder besproken *Rotaru*-zaak van het EHRM interessant.⁶⁴ Daarin is hij van mening dat de (ongevraagde) opslag van informatie over de actieve deelname van Rotaru aan bepaalde politieke bewegingen en de publieke manifestatie van zijn politieke mening via pamfletten geen schending van zijn recht op bescherming van het privé-leven inhield.⁶⁵

9.5.2.4 De belangenafweging

Het zonder (expliciete) toestemming op verzoek openbaren van de genoemde gegevens van personen die actief betrokken zijn bij het wetgevingsproces of het handelen van de overheid vormt een redelijke uitkomst van de belangenafweging. Dit standpunt wordt ondersteund door de analyse van de nationale wetgeving, waaruit bleek dat in zeven landen waarin het raakvlak nader is gereguleerd over het openbaren van gegevens zonder toestemming van de betrokkene op verschillende wijzen wordt gesproken over gegevens die gerelateerd zijn aan iemands publieke functie. Het aantal van zeven landen wordt (in elk geval) aangevuld met drie landen die in de praktijk ook dit criterium blijken te hanteren.⁶⁶ Tot slot, wordt ook in de richtsnoeren van de EDPS, de *Durant*-zaak en de uitleg van deze zaak door de Britse *Information Officer* een vergelijkbare categorie gegevens onderscheiden.⁶⁷

Ik zou de conclusie nog sterker willen formuleren. Mits er zich geen uitzonderlijke omstandigheden voordoen, vormt het de *enige redelijke uitkomst* van de afweging van de achterliggende belangen van het recht op toegang tot documenten en de bescherming van persoonsgegevens. Kennis van deze gegevens is namelijk nodig om controle van de overheid simpelweg mogelijk te maken en de legitimiteit van het wetgevingsproces te versterken. De gegevens zijn nodig om de betrokken persoon te identificeren en na te gaan wat deze persoon in de uitoefening van zijn functie heeft gedaan. De betreffende personen kunnen zich niet totaal verschuilen achter de overheid als entiteit. Het zou ten onrechte zijn als deze personen op grond van het recht op bescher-

63 Zie beginsel 3.2 aanbeveling R(91)10 en pt. 42 van de toelichting op aanbeveling R(91)10 (te vinden via http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Data_protection/Documents). Vergelijk ook de Nederlandse situatie, zie § 8.3.2.

64 EHRM 4 mei 2000, *Rotaru t. Roemenië*. Zie hierover § 4.3.2.

65 Zie *partly dissenting opinion* van Bonello, pt. 5 en 6.

66 Dit zijn Bulgarije, Nederland en het Verenigd Koninkrijk, zie § 8.3.3.

67 Zie de EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 36-37 en voor de *Durant*-zaak, § 8.4.4.

ming van persoonsgegevens, zoals de voormalige Europese Ombudsman verwoordde, anoniem aan publieke activiteiten kunnen deelnemen.⁶⁸

Er kunnen zich overigens bijzondere omstandigheden voordoen waardoor de genoemde gegevens van de betrokkene toch geheim moeten blijven. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als openbaarmaking van de identiteit van de betrokkene zijn veiligheid in gevaar brengt of vertrouwelijkheid expliciet is toegezegd. Deze gevallen moeten onder situatie II beoordeeld te worden.

9.5.3 Situatie II: openbaarmaking van gegevens valt binnen de bescherming van persoonsgegevens en binnen de privacybescherming

9.5.3.1 *De belangenafweging wordt aan de uitvoerende instantie overgelaten*

In tegenstelling tot de eerste en de derde situatie is het ten aanzien van de tweede situatie, zoals gezegd, moeilijk en mijns inziens onwenselijk om in de wetgeving op voorhand een uitkomst van de belangenafweging te geven. Dit komt vooral omdat de praktijkgevallen zich minder gemakkelijk laten generaliseren. Wordt, bijvoorbeeld, in al deze gevallen de openbaarmaking van de gegevens afhankelijk gemaakt van de instemming van de betrokkene, dan doet niet altijd recht aan het belang achter toegang tot documenten. De uitkomst van de belangenafweging kan daarom mijns inziens beter per concreet geval worden bepaald. Het ligt voor de hand dat de wetgever voor deze situatie de overheidsinstanties de ruimte geeft om tot een beslissing te komen waarop rechterlijke controle mogelijk is.

Deze belangenafweging kan expliciet aan de uitvoerende instanties worden opgedragen, zoals is gebeurd in de Duitse, Ierse en Nederlandse wetgeving.⁶⁹ In Duitsland moet het belang bij openbaarheid afgewogen worden tegen het meer algemene rechtmatige belang van de betrokkene, terwijl in Ierland en Nederland de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als af te wegen belang wordt genoemd. De belangenafweging kan echter ook indirect via de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM aanwezig zijn.

Een verwijzing in de Eurowob naar de gegevensbeschermingsregels (in hun huidige vorm) behelst *geen* duidelijke belangenafweging. Verwezen kan worden naar de analyse in hoofdstuk 7.⁷⁰ In feite is het beschermingsniveau van de gegevensbeschermingsregels vrij statisch. Een verschil in achterliggend belang wordt alleen duidelijk bij het onderscheid tussen 'bijzondere' en 'gewone' gegevens. Het laten meewegen van het belang van de betrokkene vindt plaats door de wetgever, als hij een wettelijke plicht vastlegt (artikel 5 sub b verordening 45/2001), maar lijkt niet voor de uitvoerende instantie te zijn

68 Zie § 1.1.

69 Zie § 8.3.2.

70 Zie § 7.4.

weggelegd.⁷¹ Het is om die reden niet verwonderlijk dat zowel het HvJ in *Rundfunk* als de EDPS in zijn richtsnoeren, bij de zoektocht naar een basis voor een belangenafweging (uiteindelijk) aanhaakt op de privacybescherming uit artikel 8 EVRM.⁷² Onder lid 2 van dit artikel bestaat de mogelijkheid om het belang van het individu in het specifieke geval af te wegen tegen het ingeroepen legitieme doel, de openbaarheid van bestuur.

In zijn ontvankelijkheidsbeslissing in *Kolarides t. Cyprus* liet het EHRM het belang van de bescherming van persoonsgegevens duidelijk afhangen van de mate waarin deze bescherming van belang was voor het privé-leven van de betrokkene:

The Court considers that disclosure to the public or third parties of personal information may constitute an interference under article 8 § 1 of the Convention, which requires justification, having regard to the importance of the protection of personal data in the enjoyment of a person's private life.⁷³

Gelet op het bovenstaande, verdient het dan ook aanbeveling om, bij ongewijzigde gegevensbeschermingsregels, in situatie II in de openbaarheidswetgeving aan te haken op de privacybescherming en niet op de gegevensbeschermingsregels. De constructie in de Europese wetgeving, waarbij voor de toepassing van de privacy naar de gegevensbescherming wordt verwezen, is onduidelijk en leidt, zoals eerder aangegeven, tot een vicieuze cirkel.⁷⁴

9.5.3.2 Openbaarmaking van de persoonsgegevens moet daadwerkelijk het doel dienen

Terwijl in situatie I de genoemde algemene en functiegerelateerde gegevens van personen die actief bij het wetgevingsproces of het handelen van de overheid betrokken zijn, zonder meer geopenbaard kunnen worden, ligt de drempel hoger als het openbaarmaking van gegevens (van personen in welke hoedanigheid dan ook) betreft die binnen de reikwijdte van de privacybescherming valt. Het belang van de betrokkene weegt in deze situatie immers zwaarder dan in de situatie I.

Ook in situatie II dienen de achterliggende belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Dat beide rechtsregimes van toepassing zijn, betekent echter niet dat er altijd sprake is van een *botsing* van beide rechten die hoe dan ook leidt tot een afbreuk aan het achterliggende belang van één van beide rechten. Het recht op toegang tot documenten vertegenwoordigt het algemene belang dat de overheid controleerbaar is en dat de legitimiteit van het wetgevingsproces wordt vergroot. In sommige gevallen kan dit belang volledig gediend

71 Zie de analyse in § 7.4.2 en § 9.3.2.

72 Zie § 4.4.1 en § 7.4.2.

73 EHRM 11 april 2001, *Kolarides t. Cyprus* (ontvankelijkheidsbeslissing), p. 5.

74 Zie § 7.3.2.

zijn, óók als de gegevens in het document geanonimiseerd worden waardoor niet meer van identificeerbare gegevens sprake is.⁷⁵ Vaak kan door het simpelweg uitvlakken van de naam alsnog (gedeeltelijke) toegang tot het document worden verleend. De eerder besproken zaak *Rundfunk* vormt hiervan een mooie illustratie.⁷⁶

In deze zaak werden door de Oostenrijkse Rekenkamer de namen en gegevens over het inkomen van bepaalde personen in dienst van publieke instanties opgeëist. De gegevens werden door de Rekenkamer verwerkt, en als het jaarinkomen een bepaald minimumbedrag overschreed, werden deze gegevens met naam en toenaam geopenbaard. Duidelijk was dat deze maatregel inbreuk maakte op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene.⁷⁷ Het doel van de Oostenrijkse procedure was om druk uit te oefenen op de betreffende instanties om de salarissen binnen redelijke perken te houden. Volgens de Oostenrijkse regering was het doel meer in het algemeen dat overheidsgelden spaarzaam en doeltreffend worden gebruikt.⁷⁸ Over deze doelstelling overwoog het HvJ:

Om een goed gebruik van de overheidsgelden te kunnen controleren, moeten het Rechnungshof en de diverse parlementaire organen onmiskenbaar het bedrag van de personeelskosten binnen de verschillende openbare organen kennen. Daar komt bij dat in een democratische samenleving de belastingplichtigen en de publieke opinie in het algemeen het recht hebben, geïnformeerd te worden over het gebruik van overheidsinkomsten, met name op het gebied van personeelskosten. De samenbrenging van die gegevens in het verslag draagt bij tot het openbare debat over een vraagstuk van algemeen belang en dient dus het openbaar belang.⁷⁹

Het HvJ bestempelde de doelstelling als legitiem, maar vroeg zich wel af of de maatregel evenredig was met het oog op de privacybescherming van de betrokkene. Hoewel het HvJ het uiteindelijke oordeel aan de nationale rechters overliet – het betrof een prejudiciële vraag – vroeg het HvJ zich nadrukkelijk af of de vermelding van de namen (op een kennelijk ruime schaal) in het jaarverslag daadwerkelijk bijdroeg aan het bereiken van de legitieme doelstelling.⁸⁰

Hoewel het in de zaak *Rundfunk* niet direct om het recht op toegang tot documenten ging, valt de achterliggende doelstelling van de betreffende openbaarmaking wel binnen het belang dat door dit recht wordt gewaarborgd. Controle van de overheid behelst de mogelijkheid van het publiek om te weten hoe overheidsgelden worden uitgegeven. Salariëring van ambtenaren is een

⁷⁵ Zie Knoop Pathuis 1981, p. 66.

⁷⁶ Zie § 4.4.1.

⁷⁷ HvJ, *Rundfunk*, r.o. 73. Zie hierover ook § 4.4.1.

⁷⁸ HvJ, *Rundfunk*, r.o. 81.

⁷⁹ HvJ, *Rundfunk*, r.o. 85.

⁸⁰ HvJ, *Rundfunk*, r.o. 88.

besteding van overheidsgeld. Nu kan in de Europese situatie per Euroambtenaar met naam en toenaam aangegeven worden welk salaris hij of zij ontvangt. Het is echter ook mogelijk om het algemene systeem van salariëring openbaar te maken en het aantal personen dat in dienst is van de EU aan te duiden per salarisschaal. Het achterliggende belang van toegang tot documenten is in het tweede geval net zo goed gediend als in het eerste geval. Het openbaar maken van de identiteit van de personen is in beginsel niet nodig, waardoor een conflict met de gegevensbeschermingsregels en de privacybescherming van de betrokkenen vermeden kan worden.

Het anonimiseren van documenten kan alleen niet altijd gebruikt worden om een conflict tussen het recht op toegang tot documenten en het recht op bescherming van persoonsgegevens te vermijden.⁸¹ In de eerste plaats kunnen de identificeerbare gegevens *als zodanig* bijdragen aan de controlebaarheid van de overheid of de legitimiteit van het wetgevingsproces. In de tweede plaats kan het soms onmogelijk zijn om gegevens te anonimiseren. In beide gevallen zal daadwerkelijk een belangenafweging moeten plaatsvinden.⁸²

Overigens dient opgemerkt te worden dat anonimiseren een tweede keer in beeld kan komen, namelijk nadat de belangenafweging in het nadeel van de openbaarheid is uitgevallen. Vanwege de plicht om alleen die delen van een document geheim te houden die onder de uitzondering vallen, moeten de Europese instellingen toegang tot het document verlenen ofwel met weglating van identificeerbaarheid van de gegevens ofwel, als anonimiseren niet mogelijk is, met weglating van de persoonsgegevens.⁸³ Voor de duidelijkheid worden deze wijzen van toegangsverlening, dus *nadat* de belangenafweging heeft plaatsgevonden, in het vervolg aangeduid als *gedeeltelijke openbaarmaking* of *gedeeltelijke toegangsweigering*. De wijze van openbaarmaking *voordat* de belangenafweging heeft plaatsgevonden, wordt verder aangeduid als *geanonimiseerde openbaarmaking*.

9.5.3.3 De belangenafweging

Als een conflict tussen de beide rechten op de bovenstaande wijze niet is te vermijden, moet er met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval een belangenafweging plaatsvinden. Daarbij moet met een aantal factoren rekening worden gehouden.

Een grote rol speelt de hoedanigheid van waaruit de betrokkene bij het Europese handelen betrokken is. Zoals onder situatie I, kan een onderscheid worden gemaakt tussen personen die actief bij het handelen van de overheid betrokken zijn, en personen die dat niet zijn.

81 Zie ook Knoop Pathuis 1981, p. 66.

82 Knoop Pathuis meent dat gegevens dan niet geopenbaard mogen worden zonder toestemming van de betrokkene, Knoop Pathuis 1981, p. 67.

83 Zie artikel 4 lid 6 Eurowob.

Hieronder volgt eerst ten aanzien van deze twee categorieën personen een aantal algemene opmerkingen over de belangenafweging ten aanzien van de openbaarmaking van gegevens van deze personen. Vervolgens wordt ingegaan op specifieke omstandigheden van het geval die, ongeacht de hoedanigheid van de betrokken persoon, in elke belangenafweging een rol kunnen spelen.

9.5.3.3.1 Personen die actief betrokken zijn bij het handelen van de overheid

Zoals onder situatie I besproken, kunnen ten aanzien van personen die actief betrokken zijn bij het handelen van de overheid bepaalde algemene gegevens en bepaalde functiegerelateerde gegevens zonder meer geopenbaard worden. Het openbaren van andere persoonsgegevens valt binnen de privacyreikwijdte van deze personen, maar kan gerechtvaardigd zijn met het oog op de achterliggende belangen van toegang tot documenten. Binnen deze groep personen kan, zoals eerder aangegeven, een onderscheid gemaakt worden tussen personen die in dienst zijn van de overheid, nationale ambtenaren en personen die in opdracht of op uitnodiging van de overheid betrokken zijn bij het handelen van de overheid.

De mogelijkheid om gegevens van nationale ambtenaren en personen die in opdracht van of op uitnodiging van de overheid bij het wetgevingsproces of handelen van de overheid betrokken zijn, is, zoals gezegd, beperkt tot de gegevens die de overheid van deze personen rechtmatig in handen heeft.⁸⁴ Toch zal de overheid vaak meer gegevens in handen hebben dan de in situatie I genoemde gegevens. Ten aanzien van het openbaren van de overige gegevens, die nagenoeg allemaal functiegerelateerd zullen zijn, zal een belangenafweging gemaakt moeten worden. De mate waarin iemand betrokken is bij het overheidshandelen en de later te bespreken specifieke factoren spelen daarin een rol. In het navolgende wordt nader ingegaan op personen die in dienst zijn van de overheid.

Positie van de betrokken persoon

Bij personen die in dienst zijn van de overheid verschilt de mate van invloed of betrokkenheid bij het overheidshandelen. Een Eurocommissaris heeft duidelijk meer invloed dan iemand die net begonnen is als 'lage' Euroambtenaar. Hoe groter de invloed en de verantwoordelijkheid van een persoon, hoe meer hij of zij onderworpen zal zijn aan publieke controle. Dit sluit aan op de eerder besproken jurisprudentie van het EHRM onder artikel 10 EVRM waarin de vrijheid van meningsuiting moest worden afgewogen tegen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van politici.⁸⁵ In de belangenafweging laat het EHRM meewegen dat deze personen zich 'inevitably and knowingly' blootstellen aan publieke controle.⁸⁶ Dit betekent dat zij eerder een inbreuk op

⁸⁴ Zie § 9.5.1.

⁸⁵ Zie § 4.3.7.

⁸⁶ EHRM, *Lingens*, r.o. 42.

hun persoonlijke levenssfeer moeten dulden, ofwel dat deze inbreuk sneller gerechtvaardigd is.

Ook hier is het salarisvoorbeeld illustratief. Zoals gezegd, kan bij het openbaren van salarisinformatie door anonimiseren vermeden worden dat afbreuk wordt gedaan aan de belangen die het recht op toegang tot documenten en het recht op bescherming van persoonsgegevens beogen te beschermen. Van personen die hoog in de Euroambtelijke hiërarchie zitten, kan het publiek wél belang hebben bij kennis van identificeerbare salarisgegevens. Overigens wordt anonimiseren in die gevallen praktisch steeds moeilijker. Naarmate men hoger in de organisatie komt, zijn de functies en het daaraan gekoppelde salaris steeds makkelijker tot personen te herleiden. In anonieme bewoordingen kan aangegeven worden dat een Eurocommissaris ongeveer 220 000 Euro bruto verdient (en de president 270 000 Euro), maar deze gegevens zijn duidelijk tot personen te herleiden. Het belang van de betrokken persoon zal afgewogen moeten worden tegen het belang van het publiek om het overheidshandelen te kunnen controleren. De Eurocommissaris speelt duidelijk een belangrijke rol in het handelen van de Europese overheid en in het wetgevingsproces. Het gevolg is dat over hem of haar meer bekend moet zijn en meer bekend mag worden gemaakt dan de pas afgestudeerde persoon die net haar of zijn eerste week als Euroambtenaar erop heeft zitten. Dit is inherent aan de functie van deze persoon, en de striktere publieke controle heeft hij of zij daarmee voor lief genomen. Ten aanzien van deze informatie kan de betrokken persoon niet meer het belang inroepen dat hij of zij zelf moet kunnen bepalen welke persoonsgegevens openbaar zijn. Mits zich geen bijzondere omstandigheden voordoen (waarover later meer), weegt de mogelijke controle op de overheid in dit geval zwaarder dan het belang van de Eurocommissaris ten aanzien van de bescherming van deze gegevens.

Aangevoerd zou kunnen worden dat de Eurocommissaris hier kennelijk de redelijke verwachting heeft dat haar of zijn salaris publiekelijk bekend mag worden gemaakt, en dat de privacybescherming in het geheel niet in het geding is. Oftewel, dat de openbaarmaking van deze gegevens eigenlijk onder situatie I valt. De redelijke privacyverwachting wordt in deze redenering als afbakenend criterium gebruikt. Zoals aangegeven in hoofdstuk 4, leidt de toepassing van dit criterium op deze wijze alleen in zeer evidente gevallen tot een uitsluiting van de verwerking van persoonsgegevens van de privacybescherming.⁸⁷ Dit betreft de openbaarmaking van de gegevens zoals weergegeven in situatie I: zeer algemene en functiegerelateerde gegevens. Daarvan kan in algemene zin gezegd worden dat de openbaarmaking daarvan te verwachten is voor alle personen die actief betrokken zijn bij het overheidshandelen. Hoewel dit cultureel bepaald kan zijn, lijkt dit in de Europese context niet het geval te zijn met salarisgegevens. In het individuele geval kan daarvan sprake zijn, het is dan alleen beter om de redelijke privacyverwachting een

⁸⁷ Zie § 4.3.4.

rol te laten spelen bij het oordeel of de inbreuk gerechtvaardigd is, en niet voor de afbakening van de privacybescherming als zodanig.⁸⁸ Anders gezegd, het openbaren van salarisgegevens valt voor iedereen binnen de reikwijdte van de privacybescherming, waarbij bepaalde personen, met het oog op hun specifieke privacyverwachting, eerder zullen moeten accepteren dat deze gegevens daadwerkelijk geopenbaard worden.

Soort gegevens

De onder situatie I genoemde functiegerelateerde gegevens zijn uiteraard niet de enige gegevens die als functiegerelateerd kunnen worden beschouwd. Het salaris, het aantal dienstjaren, het gebruik van een dienstauto, het aantal opgenomen verlofdagen en verslagen van functioneringsgesprekken zijn bijvoorbeeld ook functiegerelateerde gegevens. Deze gegevens behoren, in meer of mindere mate, ook tot de private sfeer van de betrokkene. Bij het oordeel of dergelijke informatie geopenbaard mag worden, moet het belang van het recht op toegang tot documenten duidelijk voor ogen worden gehouden en moet met de later te bespreken specifieke omstandigheden rekening worden gehouden.

Het belang van controle op de overheid en de legitimiteit van het wetgevingsproces lijken sowieso niet gediend te zijn bij gegevens die niets met de functie van de betrokken persoon bij de overheid van doen hebben, zoals iemands privé-adres of andere persoonlijke contactgegevens of iemands gezins-situatie. Toch kan het in sommige gevallen wel zo zijn dat de publieke controle zich uitstrekt tot niet-functiegerelateerde informatie. Dit betreft bijzondere situaties waarin privé-informatie verstrengeld is met functiegerelateerde informatie, of situaties waarin de integriteit van de persoon die in dienst is van de overheid *publiekelijk* controleerbaar moet zijn. Uiteraard is de integriteit van al het overheidspersoneel van belang, maar het belang van het publiek om de integriteit te kunnen controleren neemt toe naarmate een persoon een hogere functie bekleeft. Ook bij gekozen volksvertegenwoordigers speelt integriteit een belangrijke rol.

Een voorbeeld van een situatie waarin privé-informatie verstrengeld is met functiegerelateerde informatie is het gebruik door hoge overheidsfunctionarissen van hun dienstauto met chauffeur. Een discussie hierover deed zich voor in het voorjaar en de zomer van 2006 in Nederland ten aanzien van de minister van landbouw Veerman. In verband met de veiligheid van ministers werd hen aangeraden om de dienstauto niet alleen voor werk maar ook voor privé-doeleinden te gebruiken. Een uitzondering hierop gold voor vakantie-reizen naar het buitenland. Er moest nauwkeurig worden bijgehouden wanneer en van waar naar waar met de auto gereisd werd en wie er in de auto zaten. Op basis van de Nederlandse openbaarheidswetgeving vroeg een nationale krant,

⁸⁸ Zie § 4.3.4.

het NRC Handelsblad, om inzage in deze rittenadministratie.⁸⁹ De krant wilde controleren of de minister de auto tegen de regels in toch gebruikte voor buitenlandse vakantiereizen.⁹⁰ Hoewel het de minister uiteindelijk werd toegestaan om de notering van het privé-gebruik van de auto uit te vlakken, waardoor specifieke informatie geheim bleef, was het onvermijdelijk dat bepaalde niet functiegerelateerde informatie bekend werd.

Een voorbeeld van de situatie waarin controle op de integriteit van een gekozen volksvertegenwoordiger zich uitstrekt tot niet-functie gerelateerde informatie is te vinden in de ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM in de zaak *Wypych t. Polen*.⁹¹ In deze zaak was meneer Wypych verkozen tot gemeenteraadslid van het plaatsje Kwidzyń. Op basis van een pas aangenomen wet, was hij verplicht om informatie openbaar te maken over zijn financiële situatie, inclusief het bezit van goederen die meer dan 10.000 Poolse Zloty's waard waren (ongeveer 2.575 Euro). Wypych vond dat dit te ver ging, en dat dit een schending was van zijn recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het EHRM ging er vanuit dat deze situatie binnen de reikwijdte van artikel 8 EVRM viel. Het doel van de nationale wet betrof het tegengaan van corruptie, dat door het EHRM zonder veel woorden als legitiem werd aangemerkt. De vraag of de maatregel noodzakelijk was, werd door het EHRM uitgebreid behandeld en uiteindelijk positief beantwoord. De klacht werd om die reden kennelijk ongegrond verklaard. In de belangenafweging, die de vraag naar de noodzakelijkheid met zich meebrengt, hield het EHRM er rekening mee dat het besluit om aan de gemeenteraadsverkiezingen mee te doen een vrijwillig besluit was. Vervolgens overwoog het EHRM:

The Court further recalls that a decision to run for public office is an occasion when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner. Consequently, a person's reasonable expectations as to privacy may be a significant, though not necessarily conclusive factor.⁹²

En:

As regards the obligation to submit a declaration on the applicant's financial and property standing, the Court notes that it serves the purpose of ensuring transparency in the local political process. It also gives the public an opportunity to

89 Zie de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 21 februari 2006 (LJN AV2502) en van de Raad van State van 15 juni 2006 (200601804/1).

90 Zie NRC van 2 augustus 2006. De rittenadministratie was door de krant gepubliceerd op www.nrc.nl/veerman (geraadpleegd 10 augustus 2006).

91 EHRM 25 oktober 2005, *Wypych t. Polen* (ontvankelijkheidsbeslissing).

92 EHRM, *Wypych*, p. 11.

verify that this process is not tainted by undue pressure or inappropriate lobbying, or even straightforward corruption.⁹³

Het kan derhalve om transparantieredenen gerechtvaardigd zijn om persoonsgegevens te openbaren ook als dit in eerste instantie een inbreuk maakt op het privé-leven van de betrokken persoon. Het EHRM gebruikte hier het criterium van de redelijke privacyverwachting voor het oordeel over de vraag of de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd is en niet als afbakenend criterium voor de vraag of de situatie binnen de reikwijdte van artikel 8 EVRM valt.⁹⁴

9.5.3.3.2 Personen die niet actief betrokken zijn bij het handelen van de overheid
Bij personen die niet actief bij het handelen van de overheid betrokken zijn, moet zoals gezegd gedacht worden aan personen die onderwerp vormen van overheidsonderzoek, of die voor bepaalde zaken zich wel tot de overheid moeten wenden.⁹⁵

Hoewel de gegevens van deze personen in dergelijke gevallen in zekere zin onderdeel uit maken van het overheidshandelen, mag als uitgangspunt genomen worden dat het belang van de betrokkene in deze situatie zwaarder weegt dan het belang bij openbaarheid. In specifieke omstandigheden kan dit anders zijn.

Daarbij kunnen de verschillende factoren die in de volgende subparagraaf worden besproken, een rol spelen. Met betrekking tot de hoedanigheid van de betrokken persoon dient mee te wegen of een persoon vanuit zijn privé-hoedanigheid in aanraking komt met de Europese overheid (bijvoorbeeld een asielzoeker), of vanuit een professionele hoedanigheid (bedrijfsleven). Rechtspersonen zelf kunnen ter bescherming bedrijfsgegevens geen beroep doen op regels over de bescherming van persoonsgegevens.⁹⁶ Net als de overheid, kan een onderneming niet altijd als een louter zelfstandige entiteit worden benaderd. In stukken waarin een boerenbedrijf om een Europese subsidie vraagt, zal zonder twijfel de naam en het werkadres worden vermeld van de persoon die namens het bedrijf de aanvraag indient. Het openbaren van deze persoonsgegevens door de Europese overheid valt binnen de reikwijdte van de privacybescherming van deze personen, maar bij de te maken belangenafweging mag wel worden meegewogen dat de persoon niet vanuit een privé-hoedanigheid handelt. Het belang van de betrokkene weegt in deze situatie minder zwaar.

Interessant in dit verband is de ophef die ontstond toen aangekondigd werd dat de namen van bedrijven waaraan Europese landbouwsubsidies waren

93 *Ibidem*.

94 Zie § 4.3.4.

95 Zie ook § 9.5.2.

96 Zie artikel 2 sub a verordening 45/2001. Zie ook § 1.9.

verstrekt, geopenbaard zouden worden.⁹⁷ Door een aantal bedrijven werd als argument naar voren gebracht dat deze bedrijven de familienaam als bedrijfsnaam voerden en dat om die reden de openbaarmaking in strijd was met de bescherming van persoonsgegevens.⁹⁸ De openbaarmaking van deze gegevens versterkt de mogelijkheid om te controleren hoe publieke gelden worden besteed. Het tegengestelde belang van de betrokken personen weegt daar in dit geval niet tegenop. Sterker nog, aangevoerd zou kunnen worden dat de gegevensbescherming in het geheel niet van toepassing is. Aangezien een rechtspersoon geen rechten kan ontlenen aan de bescherming van persoonsgegevens, staan deze regels niet in de weg aan het gebruik van deze naam als aanduiding voor de onderneming (en niet de familie).

9.5.3.3.3 *De specifieke omstandigheden van het geval*

Naast de bovengenoemde factoren die verband houden met de *hoedanigheid* van waaruit de betrokkene met de overheid te maken heeft, kunnen allerlei andere factoren een rol spelen bij het bepalen of het belang van openbaarmaking zwaarder weegt dan het individuele belang bij bescherming van de gegevens. Hieronder worden de aard van het document, de consequenties voor de betrokkene en het gedrag van de overheid en de betrokkene kort besproken.

Aard van het document

De Eurowob hanteert een ruim begrip van wat onder 'document' moet worden verstaan.⁹⁹ Het gaat om informatie ongeacht de drager. Dit betekent dat de Eurowob niet alleen ziet op tekstuele gegevens van een persoon op papier (al dan niet in elektronische vorm), maar ook op gegevens die als geluids- of beeldmateriaal zijn vastgelegd. In die zin kan de aard van het document dat persoonsgegevens bevat, verschillen. De impact van de verschillende 'dragers' voor de betrokkene verschilt. Het openbaren van beeldmateriaal heeft in beginsel een grotere impact voor de betrokkene dan een document waarin persoonsgegevens vermeld staan. Bij de belangenafweging dienen de instellingen met dit verschil rekening te houden.

Consequentie voor de betrokken persoon en wijze van openbaarmaking

Bij de belangenafweging moet de Europese instelling de nadelige gevolgen die openbaarmaking voor de betrokkene kan hebben, laten meewegen. Gedacht kan worden aan reputatieschade, of de eerder genoemde veiligheidsrisico's.

97 Zie NRC van 9 september 2005, p. 1 en 3. Dit voornemen is bekrachtigd in het Europese Transparantie-initiatief, zie Groenboek Europees Transparantie-initiatief van 3 mei 2006, (COM(2006)194 final, te vinden op http://ec.europa.eu/comm/eti/docs/gp_nl.pdf), p. 2.

98 Zie NRC van 9 september 2005, p. 1 en 3.

99 Zie § 2.4.2.2. en § 5.2.1.

Uiteraard speelt de hoedanigheid van de betrokkene hierbij een rol. In het specifieke geval zal bekeken moeten worden of de reputatieschade als gevolg van openbaarmaking van bepaalde gegevens geduld zal moeten worden door de betrokken persoon. Opvallend is overigens de Estse openbaarheidswetgeving, waarin is bepaald dat informatie die de reputatie van een overheidsfunctionaris schaadt, niet als 'restricted information' mag worden aangeduid, terwijl dit in België juist een reden is om de informatie en het belang van de betrokkene extra te beschermen.¹⁰⁰ Het lijkt beter deze beoordeling met in achtneming van de specifieke omstandigheden van het geval te maken.

De wijze van openbaarmaking kan verschil uitmaken voor de impact die de openbaarmaking voor de betrokkene heeft. Op basis van de Eurowob kunnen documenten op verschillende wijze worden geopenbaard. In beginsel wordt de verzoeker een kopie van het document overhandigd, en in sommige gevallen kan het document ter plaatste worden ingezien.¹⁰¹ Als een document eenmaal op grond van de Eurowob is geopenbaard, wordt het document geacht voor iedereen toegankelijk te zijn. In de Europese praktijk worden documenten daarom, als zij geopenbaard mogen worden, zo veel mogelijk op Internet geplaatst. Met behulp van Internet wordt informatie van en over de overheid nog toegankelijker. Uiteraard is de impact voor de betrokkene groter als een document waarin zijn persoonsgegevens voorkomen op Internet wordt geplaatst en niet slechts als kopie aan een derde wordt verstrekt.¹⁰² In sommige gevallen kan het beter zijn om het document wel aan een derde te overhandigen maar niet op Internet te plaatsen. Ook de Artikel 29 Groep vindt dat met de impact van het publiceren van persoonsgegevens op Internet rekening moet worden gehouden:

'van geval tot geval [moeten] de mogelijke negatieve gevolgen voor het individu worden beoordeeld voordat er een beslissing over de verspreiding op digitale gegevensdragers wordt genomen'.¹⁰³

Een vergelijking kan worden gemaakt met jurisprudentie van het EHRM onder artikel 10 EVRM. In de uitspraak van het EHRM in *Murphy t. Ierland*, waarin het EHRM een oordeel moest vellen over het verbod om een wervingsspotje van een geloofsgroepering op de radio uit te zenden, overwoog het EHRM:

100 Zie § 8.3.2.

101 Artikel 10 lid 1 Eurowob.

102 Uiteraard kan deze derde het document vervolgens alsnog op Internet plaatsten. Op haar of hem zijn echter ook gegevensbeschermingsregels van toepassing. Vergelijk de zaak *Lindqvist* in § 5.2.2.

103 Advies 3/99 van de Artikel 29 Groep over overheidsinformatie en de bescherming van persoonsgegevens van 3 mei 1999 (te vinden via http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_en.htm), p. 6.

it is recalled that the potential impact of the medium of expression concerned is an important factor in the consideration of the proportionality of an interference. The Court has acknowledged that account must be taken of the fact that audio-visual media have a more immediate and powerful effect than the print media.¹⁰⁴

Ditzelfde gaat op voor publicatie van de overheid van een document op Internet en het overhandigen van een geprinte kopie van het document.

Bij de Europese instellingen bestaat niet alleen de praktijk om documenten zoveel mogelijk via Internet beschikbaar te stellen, de Internetbeschikbaarheid wordt zelfs als toetsingscriterium voor openbaarmaking van persoonsgegevens gebruikt. Hoewel de Eurowob op geen enkele wijze verplicht tot publicatie op Internet van alle geopenbaarde documenten, blijkt dat Europese instellingen in de praktijk de Internetbeschikbaarheid als gegeven beschouwen. Dit heeft tot gevolg dat bij de toets of documenten die persoonsgegevens bevatten openbaar gemaakt mogen worden, de verzwaarde impact voor de betrokkene als uitgangspunt wordt genomen. Dit leidt tot een restrictiever beleid ten aanzien van openbaarmaking. Dit is onwenselijk en, gezien de alternatieven in de Eurowob, onterecht.

Overigens is niet gezegd dat het zoveel mogelijk publiceren van documenten op Internet negatief is. Integendeel, Internet is een belangrijk medium om transparantie van de overheid te vergroten. Het belang van het gebruik van Internet wordt door het EHRM in de eerder besproken zaak *Wytych* als volgt verwoord:

The general public has a legitimate interest in ascertaining that local politics are transparent and Internet access to the declarations makes access to such information effective and easy.¹⁰⁵

Gedrag van de overheidsinstanties en de betrokken persoon

In het concrete geval zal ook bekeken moeten worden welk gedrag de overheidsinstantie en de betrokkene hebben vertoond. Het kan zijn dat de overheid al in een eerder stadium te kennen heeft gegeven dat de gegevens geopenbaard zouden worden. Door in dat geval toch de gegevens aan de overheid te overhandigen (aannemende dat de betrokkene een keuze had), heeft de betrokkene met de openbaarmaking ingestemd, waardoor de openbaarmaking rechtmatig is. Uit zijn Richtsnoeren blijkt dat de EDPS voorstander is van het zo vroeg mogelijk inlichten van de betrokkene over de eventuele openbaarmaking van zijn persoonsgegevens.¹⁰⁶ Deze *proactieve* benadering voorkomt problemen in de toekomst. De proactieve benadering neigt naar *actieve* openbaarmaking van persoonsgegevens, namelijk het op eigen initiatief openbaren

104 EHRM 10 juli 2003, *Murphy t. Ierland*, r.o. 69.

105 EHRM, *Wytych*, p. 12.

106 EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 41 e.v.

van informatie door de overheid.¹⁰⁷ Openbaarmaking vormt in zekere zin een doel van de oorspronkelijke vergaring en verwerking. Hoewel helderheid in een zo vroeg mogelijk stadium inderdaad wenselijk is, kan een proactieve benadering niet in alle gevallen van de instellingen verwacht worden. Tegenover actieve openbaarmaking staat *passieve* openbaarmaking op verzoek van een individu. De Eurowob is juist bedoeld voor die situaties waarin documenten niet openbaar zijn gemaakt. Als vooraf geen duidelijkheid is gecreëerd over het openbaren van de persoonsgegevens moet teruggevallen kunnen worden op een helder juridisch kader.

Het kan ook zo zijn, dat de overheid duidelijk heeft toegezegd dat de persoonsgegevens of de identiteit van de betrokkene juist vertrouwelijk zouden blijven. In de openbaarheidswetgeving van een aantal lidstaten is opgenomen dat als informatie op basis van vertrouwelijkheid aan de overheid is verstrekt, de gegevens niet geopenbaard mogen worden.¹⁰⁸ Dit kan ook in de Europese context als uitgangspunt worden genomen. Als de Europese instelling van te voren om legitieme redenen vertrouwelijkheid expliciet heeft toegezegd, dan is het alsnog openbaren van de informatie een onrechtmatige handeling van de instelling.

Dat een schending van de vertrouwelijkheid door de instellingen kan leiden tot een te betalen schadevergoeding, blijkt uit de zaak *Adams*.¹⁰⁹ Hierin had de heer Adams op vertrouwelijke basis over zijn voormalige Zwitserse werkgever Hoffman-La Roche informatie aan de Commissie overhandigd. Op basis van deze informatie kwam de Commissie tot de conclusie dat de mededingingsregels door Hoffman-La Roche waren geschonden. Toen door toedoen van de Commissie de identiteit en het handelen van Adams bekend werd, werd hij gearresteerd en veroordeeld. In de door Adams ingesteld schadevergoedingsactie op grond van het voormalige artikel 215 EG-Verdrag, nu 288 EG-Verdrag, concludeerde het HvJ dat de Commissie inderdaad een schadevergoeding diende te betalen aan de heer Adams vanwege een schending van de vertrouwelijkheid van zijn identiteit. Voor een geslaagd beroep op artikel 288 EG-Verdrag dient de betrokken persoon derhalve wel aan te tonen dat hij door de schending van de geheimhoudingsbelofte daadwerkelijk schade heeft geleden.¹¹⁰

¹⁰⁷ Zie ook § 1.9.

¹⁰⁸ Zie bijv. de Duitse en de Britse openbaarheidswetgeving. Zie § 8.3.2.

¹⁰⁹ HvJ EG 7 november 1985, *Adams t. Commissie*, 145/83, *Jur.* 1985, p. 3539. Zie recentelijk over het uitlekken van vertrouwelijke informatie aan de pers GvEA EG 4 oktober 2006, *Tillack t. Commissie*, T-193/04, n.n.g. In deze zaak zou een medewerker van OLAF (dat valt onder de verantwoordelijkheid van de Commissie) zijn omgekocht door een journalist. Zie over deze zaak ook § 3.4.3.2, voetnoot 195.

¹¹⁰ Zie over deze zaak N.M. Hunnings, 'The Stanley Adams affair or the biter bit', *CMLRev.* 1987, p. 65-88 en H.G. Schermers & D.F. Waelbroeck, *Judicial protection in the European Union*, Den Haag 2001, Kluwer Law International, p. 545.

9.5.3.4 De uitkomst van de belangenafweging

Als anonimiseren geen uitkomst biedt en als de belangenafweging in het voordeel van de openbaarheid uitvalt, moeten de gegevens geopenbaard worden. Weegt het belang van openbaarheid *niet* zwaarder dan het individuele belang van de betrokkene, dan is openbaarmaking van de gegevens aan een derde alleen mogelijk op grond van de gegevensbeschermingsregels. Dit betekent dat er ofwel een andere specifieke wettelijke grondslag moet zijn, ofwel dat de betrokkene hiervoor toestemming geeft.

In dit verband rijst de vraag of het recht op toegang tot documenten en de daarmee corresponderende plicht van de overheid om transparant te zijn, vereist dat als de belangenafweging in het nadeel van de openbaarheid uitvalt, de instantie *verplicht* is om de betrokken persoon om toestemming voor openbaarmaking te vragen. Deze vraag speelde in een beslissing van de Europese Ombudsman uit augustus 2006.¹¹¹ In deze zaak, die hieronder ook als voorbeeldcasus ter sprake komt, wilde iemand toegang tot een lijst met namen van personen die in dienst waren van het Europees Parlement en die intern gesolliciteerd hadden naar een bepaalde functie. Toegang was geweigerd (waarover later meer), waarna onder andere de vraag gesteld werd of de betreffende personen om toestemming gevraagd had moeten worden. De Ombudsman vond dat het Europees Parlement hiertoe inderdaad verplicht was:

The Ombudsman considers that, even if Parliament took the view that disclosure of the relevant lists should be refused on data protection grounds, it should not have taken this decision without consulting the data subjects concerned, that is to say, the officials whose names appeared on these lists.¹¹²

Hoewel dit standpunt vanuit het perspectief van openbaarheid positief geduid kan worden (op deze wijze zou bepaalde informatie immers alsnog openbaar kunnen worden) is deze plicht onnodig en onpraktisch. Als een Europese instelling na een belangenafweging op de wijze zoals in deze subparagraaf beschreven tot het oordeel komt dat de gegevens niet geopenbaard mogen worden, dan kan er vanuit worden gegaan dat voldoende rekening is gehouden met het belang van openbaarheid. Het achterwege laten van een verzoek om toestemming heeft geen invloed meer op de redelijkheid van de uitkomst van de belangenafweging. Daarom is het niet nodig, en gelet op de praktische last die het consulteren van de betrokkenen met zich mee kan brengen ook niet wenselijk, om alsnog om toestemming van de betrokkene te vragen.

111 Beslissing van de Europese Ombudsman van 23 augustus 2006 inzake klacht 1919/2005/GG (te vinden via <http://www.euro-ombudsman.eu.int>).

112 Europese Ombudsman, beslissing 1919/2005/GG, pt. 2.24.

9.5.4 Situatie III: openbaarmaking van gegevens valt binnen het aparte regime van bescherming van bijzondere categorieën persoonsgegevens en binnen de privacybescherming

In de derde situatie weegt het belang van het individu bij bescherming van zijn persoonsgegevens in beginsel het zwaarst. Voor de verwerking van bijzondere gegevens geldt een strenger regime, waarbij meer nadruk wordt gelegd op de zeggenschap over de verwerking door de betrokkene. Zoals aangegeven, gaat het om gegevens waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, of het lidmaatschap van een vakvereniging blijkt, en gegevens die de gezondheid of het seksuele gedrag betreffen.¹¹³ Ook het EHRM spreekt bij de toepasselijkheid van de privacybescherming over privacygevoelige gegevens.¹¹⁴ Uit de in hoofdstuk 4 besproken jurisprudentie blijkt dat dit in elk geval medische gegevens betreft of gegevens over het seksuele gedrag.¹¹⁵ Als de overheid deze gegevens alleen al in bezit heeft (zonder verdere verwerking), is al sprake van een *inbreuk* op het recht op bescherming van het privé-leven.¹¹⁶

In § 9.5.2 heb ik aangevoerd dat bijzondere informatie die inherent is aan de functie van de betrokken persoon voor dit onderzoek verder niet als gevoelige gegevens worden behandeld. Worden voor de overige gevallen de belangen bij openbaarheid afgewogen tegen het belang van de betrokkene, dan weegt het laatste belang zonder meer het zwaarst. Het is niet zo dat de publieke controle zich uit moet strekken tot deze categorie gegevens. De afhankelijkheid van de (aanwezige) toestemming van de betrokkene of openbaarmaking op de andere gronden uit artikel 10 verordening 45/2001 is dan ook zonder meer redelijk.¹¹⁷ Ook in deze situatie geldt naar mijn mening dat er vanuit het recht op toegang tot documenten geen plicht rust op de instellingen om de betrokkene steeds om toestemming te vragen. De publieke controle is in beginsel niet gediend met deze informatie, waardoor een verzoek om toestemming niet nodig is.¹¹⁸

Als openbaarmaking op grond van artikel 10 verordening 45/2001 niet mogelijk is, dan zou, afhankelijk van de inhoud van het document, door weglating of door het anonimiseren van de gegevens gedeeltelijke toegang tot het document kunnen worden verleend.

113 Artikel 10 verordening 45/2001 en artikel 8 richtlijn 95/46. Zie ook § 3.4.2.1.

114 Zie het eerste aanknopingspunt voor de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM in § 4.3.3.

115 Zie § 4.3.3.

116 Zie § 4.3.2.

117 In de Duitse en Nederlandse openbaarheidswetgeving wordt openbaarmaking van gevoelige gegevens afhankelijk gemaakt van de instemming van de betrokkene, zie § 8.3.2.

118 Ik gebruik hier 'in beginsel' vanwege de uitzondering die ik in de volgende paragraaf beschrijf.

9.5.5 Situatie II en III: toegang alsnog mogelijk in verband met een hoger openbaar belang bij openbaarheid?

Hierboven is bij de belangenafweging steeds uitgegaan van de ‘normale’ belangen die het recht op toegang tot documenten beoogd te beschermen: controle op het handelen van de overheid en legitimiteit van het wetgevingsproces. Het is voorstelbaar dat in uitzonderlijke gevallen er een sterker publiek belang is dat openbaarheid vereist. In de Eurowob bestaat deze mogelijkheid, zoals aangegeven in hoofdstuk 2, ten aanzien van de relatieve uitzonderingsgronden: openbaarmaking is alsnog mogelijk als een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.¹¹⁹ Het Gerecht heeft in de zaak *Turco* bepaald dat dit belang inderdaad een ander belang betreft dan het reguliere belang bij toegang tot documenten.¹²⁰ Zoals gezegd, wordt van deze ‘uitzondering op de uitzonderingen’ momenteel geen gebruik gemaakt.¹²¹ Alleen in de verordening over toegang tot milieu-informatie wordt ‘uitstoot in het milieu’ bij bepaalde uitzonderingen als een hoger openbaar belang beschouwd.¹²²

Deze uitzondering op de uitzonderingen is niet van toepassing op de (absolute) uitzondering van de persoonlijke levenssfeer (artikel 4 lid 1 sub b Eurowob). Opvallend genoeg wordt in de in hoofdstuk 2 besproken aanbeveling REC(2002)2 van de Raad van Europa, ten aanzien van de uitzondering van de privacy wél de mogelijkheid gecreëerd om de informatie voor een ‘overriding public interest’ alsnog te openbaren.¹²³

Ter illustratie kan de uitspraak van het EHRM in de zaak *Plon (société) t. Frankrijk* worden aangehaald. In herinnering wordt gebracht dat het EHRM voor het conciliëren van de vrijheid van meningsuiting en het recht op bescherming van het privé-leven in horizontale verhoudingen als criterium hanteerde dat de publicatie van persoonsgegevens bijdragen aan het publieke debat.¹²⁴ In *Plon (société)* had dit tot gevolg dat zelfs (privacy)gevoelige gegevens, de medische gegevens van François Mitterrand, gepubliceerd mochten worden. Het is denkbaar dat in bepaalde uitzonderlijke omstandigheden, zoals die in het geval van Mitterrand, ook de overheid persoonlijke (gevoelige) informatie openbaart omdat deze informatie bijdraagt aan het publieke debat. Dit betekent dat er in uitzonderlijke gevallen een publiek belang kan zijn bij openbaarmaking dat zwaarder weegt dan het normale achterliggende belang van toegang tot documenten. Of, om in de woorden van de Eurowob te spreken, dat er in uitzonderlijke omstandigheden een *hoger openbaar belang* is dat openbaarmaking gebiedt.

¹¹⁹ Zie § 2.4.3.2.

¹²⁰ GvEA EG 23 november 2004, *Turco t. Raad*, zaak T-84/03, *Jur.* 2004, p. II-4061, r.o. 83. Zie verder § 2.4.3.2.

¹²¹ Zie § 2.4.3.2.

¹²² Zie § 2.4.3.2.

¹²³ Artikel IV-2 aanbeveling REC(2002)2. Zie ook § 2.5.1.

¹²⁴ Zie § 4.3.7.2.

9.6 VOORSTEL VOOR DE AFSTEMMING VAN DE EUROWOB EN VERORDENING 45/2001

De hierboven weergegeven belangafweging zou geheel ondergebracht kunnen worden onder de bepaling in de openbaarheidswetgeving dat openbaarmaking van persoonsgegevens is toegestaan, mits het geen ongerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene maakt. Voor de overheidsinstanties biedt dit onvoldoende houvast. Vanuit het perspectief van de burger zou aangevoerd kunnen worden dat de consequenties van de wetgeving op die wijze voor hen onvoldoende voorzienbaar zijn. In hoofdstuk 4 werd beredeneerd dat de bescherming van persoonsgegevens in alle gevallen minimaal vereist dat de verwerking een wettelijke basis heeft, wat, aanhakend bij de jurisprudentie van het EHRM over dit vereiste, betekent dat de regels toegankelijk moeten zijn voor de betrokkene, en de consequenties ervan voorzienbaar moeten zijn.¹²⁵ Het verdient daarom de voorkeur de afstemming tussen beide regimes op meer gedetailleerde wijze vast te leggen.

Zonder variaties uit te sluiten, zou het bovenstaande voor de Europese situatie als volgt in de Eurowob vastgelegd kunnen worden:

1. *Toegang tot een document dat persoonsgegevens bevat, wordt, behoudens bijzondere omstandigheden en de overige uitzonderingen in deze verordening, verleend als het alleen de naam, titulatuur, functieaanduiding, contactgegevens of informatie over activiteiten die uit hoofde van de functie worden verricht betreft van personen die actief bij het handelen van de instellingen en organen betrokken zijn.*
2. *Toegang tot persoonsgegevens wordt voorts verleend als dit daadwerkelijk de controle op de instellingen en organen en de versterking van de legitimiteit van het wetgevingsproces dient of een hoger openbaar belang en toegangsverlening geen ongerechtvaardigde inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene.*
3. *Toegang tot gegevens in de zin van artikel 10 verordening 45/2001 wordt verleend conform de vereisten van dat artikel, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking vereist.*

In dit artikel is niets bepaald over de mogelijkheid van gedeeltelijke toegang. Voor de Eurowob geldt immers in het algemeen dat de delen van een document die niet onder de uitzondering vallen, geopenbaard dienen te worden.¹²⁶

Voor de correcte afstemming met de gegevensbeschermingsregels zou in verordening 45/2001 een bepaling (apart of als extra lid van artikel 8) opgeno-

¹²⁵ Zie § 4.4.2 onder verwijzing naar EHRM 24 april 1990, *Kruslin t. Frankrijk*, r.o. 27.

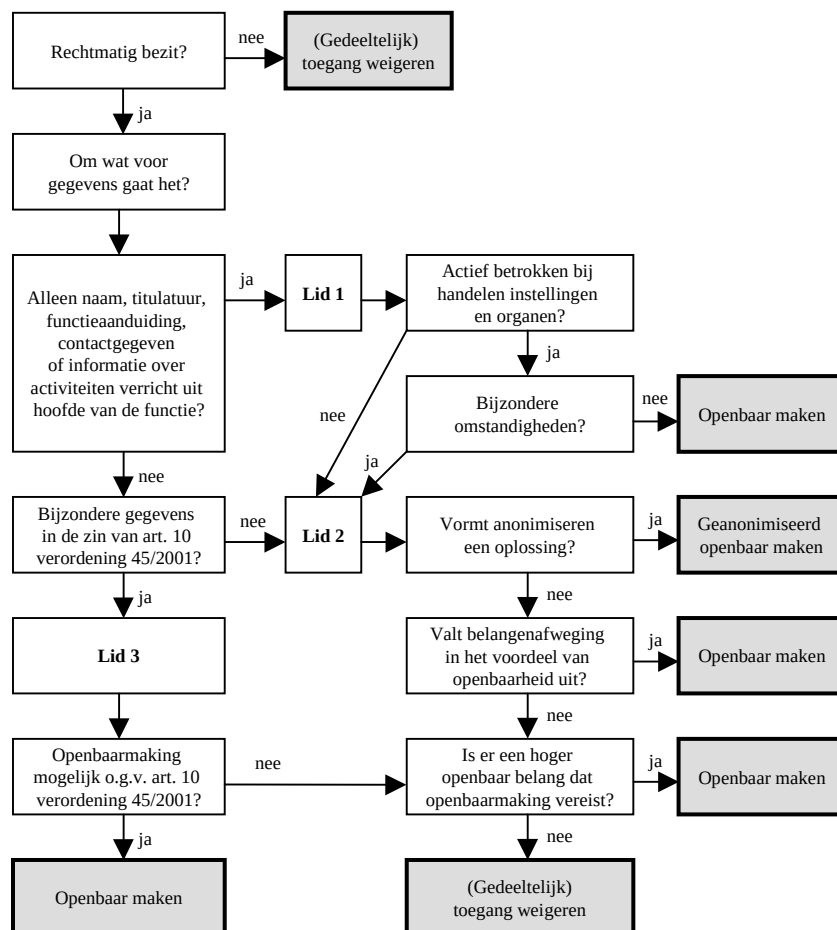
¹²⁶ Artikel 4 lid 6 Eurowob. Zie hierover ook § 2.4.6.

men dienen te worden waarin naar de openbaarheidsregels wordt verwezen.¹²⁷ Bijvoorbeeld:

De bepalingen van verordening 1049/2001 zijn van toepassing op de openbaarmaking, als gevolg van de uitoefening van het recht op toegang tot documenten, van gegevens die de communautaire instellingen en organen conform de onderhavige verordening rechtmatig in bezit hebben.

9.7 TOETSINGSSCHEMA EN TOEPASSING OP EEN AANTAL PRAKTIJKVOORBEELDEN

De toepassing van het geformuleerde artikel leidt tot het volgende toetsings-schema:



127 Zie § 9.3.2.

De voorbeelden die ik in hoofdstuk 1 weergaf, kunnen aan de hand van dit toetsingsschema worden beoordeeld.¹²⁸ Bij de bespreking hieronder, ga ik uit van de hypothetische situatie dat het voorgestelde artikel, *vanaf het begin* van kracht is geweest. Om die reden is de bespreking niet direct relevant voor de voorbeelden die op aanhangige rechtszaken zijn gebaseerd. In de volgende paragraaf ga ik in op de vraag hoe het bovenstaande in de huidige constellatie optimaal vorm kan krijgen.

Voordat ik overga tot een bespreking van de voorbeelden, moet ik opmerken dat alleen beoordeeld wordt of openbaarmaking geweigerd kan worden op grond van gegevens- en privacybescherming. Uiteraard kunnen er ook andere redenen uit de Eurowob aangevoerd worden om openbaarmaking te weigeren.

Voorbeeld I

Openbaarmaking van de namen van personen die aanwezig waren tijdens een vergadering georganiseerd door een van de Europese instellingen.

De *Bavaria*-zaak valt onder deze omschrijving. Andrew Ronnan wilde toegang tot een document waarin de namen vermeld stonden van de personen die aanwezig waren tijdens een vergadering waarin over de Engelse *Guest Beer Provision* werd gesproken. De betreffende persoonsgegevens waren derhalve de namen van de aanwezige personen, en het feit dat zij tijdens de vergadering aanwezig waren. De hoedanigheid van de personen verschilden: er waren Commissieambtenaren, regeringsvertegenwoordigers en vertegenwoordigers van een handelsorganisatie. Het bezit van deze namen, in de notulen van de vergadering, is zonder twijfel rechtmatig.

Op grond van het voorgestelde juridische kader zouden de namen van de Commissieambtenaren op basis van lid 1 geopenbaard mogen worden. Dit geldt ook voor de namen van de regeringsvertegenwoordigers, waarvan aangenomen mag worden dat zij, ondanks dat zij in een wellicht verdedigende positie verkeren, actief aan het Europese overheidshandelen deelnemen. Ten aanzien van de vertegenwoordigers van de handelsorganisatie moet beoordeeld worden of sprake is van actieve betrokkenheid. Het onderzoek van de Commissie was niet gericht op de handelsorganisatie maar de Britse wetgeving. De handelsorganisatie was daarmee niet tegen zijn wil bij het overheidsoptreden betrokken. Hier is sprake van actieve betrokkenheid bij het overheidsoptreden.

128 Zie § 1.6.

De namen van de vertegenwoordigers van de organisatie kunnen daarom op basis van lid 1 geopenbaard worden.¹²⁹

Ook in een andere zaak die op het moment van schrijven aanhangig was voor het Gerecht was sprake van namen van regeringsvertegenwoordigers in de notulen van vergaderingen die door de Commissie waren georganiseerd.¹³⁰ In dit geval werd in de vergadering besproken welke tariefindeling aan bepaalde soorten tabak moest worden toegekend in verband met de heffing van douane- en accijnsrechten. British American Tobacco wilde toegang tot deze notulen. Op grond van lid 1 zouden ook deze namen zonder meer geopenbaard kunnen worden.

Voorbeeld II

Openbaarmaking van de namen van personen die zitting hebben in expertgroepen.

De Europese Commissie maakt gebruik van zogenaamde expertgroepen. Deze groepen bestaan uit personen die 'van buitenaf' zijn aangetrokken om de Commissie van advies te dienen. In november 2005 publiceerde de Commissie een lijst van deze groepen, in beginsel zonder de namen van de experts vrij te geven.¹³¹ De namen van de experts waren alleen opgenomen als deze al eerder bekend waren gemaakt. Dit was bijvoorbeeld het geval met de namen van experts die op een openbare oproep hadden gereageerd waarvan de resultaten van de procedure al waren gepubliceerd.

Op grond van het toetsingsschema is er geen reden om de namen niet (althans op verzoek) te openbaren. Het gaat om de namen en bepaalde functiegerelateerde informatie van personen die actief aan het overheidshandelen bijdragen. Deze situatie valt onder de reikwijdte van lid 1. Burgers moeten kunnen controleren wie de personen zijn die de Commissie van advies dienen.

129 Omdat het in *Bavaria* een onderzoek betrof naar een vermeende verdragsinbreuk door het Verenigd Koninkrijk, lag een andere uitzondering dan artikel 4 lid 1 sub b van de Eurovob overigens meer voor de hand, namelijk artikel 4 lid 2, waarin het mogelijk wordt gemaakt voor de bescherming van onderzoeken een uitzondering te maken. Zie ook de EDPS in zijn Richtsnoeren 2005, p. 50.

130 GvEA EG, *British American Tobacco t. Commissie*, T-170/03 (*Pb. EU* 2003, C 171/39).

131 Zie <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert>. Zoals eerder aangegeven, vormt het vergroten van de inzage in de bestaande expertgroepen en hun werkwijze een belangrijk aandachtspunt in het Europees transparantie-initiatief. Zie § 2.3 en het Europees transparantie-initiatief op p. 2 en 6.

Voorbeeld III

Openbaarmaking van de namen van personen die zijn toegelaten om stage te lopen bij een van de Europese instellingen.

In 2002 solliciteerde iemand naar een betaalde stageplaats bij het Europees Parlement. Toen het Europees Parlement de sollicitatie afwees, vond hij dat er van een subjectieve beslissing sprake was. Om beter inzicht te krijgen in de procedure over de acceptatie en weigering van stagiaires, vroeg hij onder andere om een lijst met namen van stagiaires die wél geselecteerd waren. Deze werd hem op grond van artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob geweigerd. Aan de Europese Ombudsman werd de vraag voorgelegd of dit terecht was.¹³² De Ombudsman kwam tot de conclusie dat de weigering terecht was, omdat de betrokken personen niet was verteld dat de gegevens geopenbaard zouden worden. Uit de interne regels van het Parlement bleek zelfs duidelijk dat de informatie niet geopenbaard zou worden. Om die reden kwam ook de EDPS tot de conclusie dat openbaarmaking in dit geval onterecht is.¹³³ Maar zowel de Ombudsman als de EDPS vinden in algemene zin dat de namen van de stagiairs publiekelijk toegankelijk zouden moeten zijn.

Dat laatste is ook de uitkomst van het toetsingsschema. Het gaat om de namen van de geaccepteerde stagiairs. Er is sprake van actieve deelname aan het Europese overheidsoptreden. Op grond van lid 1 kunnen de namen niet achtergehouden worden. Uiteraard zouden de interne regels hiermee in lijn moeten worden gebracht.

Voorbeeld IV

Openbaarmaking van de namen van personen die intern gesolliciteerd hebben naar een andere functie binnen de Europese instellingen.

Deze zaak kwam eerder ter sprake bij de vraag of de Eurowob de instellingen verplicht om betrokken personen bij elke voorgenomen toegangsweigering alsnog om toestemming te vragen.¹³⁴ In 2005 vroeg een medewerker van het Europees Parlement op basis van de Eurowob om een lijst met namen van personen die gesolliciteerd hadden naar bepaalde functies binnen het Europees Parlement. Het ging om een interne sollicitatie, wat betekent dat de betrokken personen al in dienst waren van het Europees Parlement of één van de andere Europese instellingen. Door te bekijken welke personen naar deze functies hadden gesolliciteerd, wilde de medewerker zijn eigen kansen inschatten. De

132 Beslissing van de Europese Ombudsman van 22 september 2004 inzake klacht 821/2003/JMA tegen het Europees Parlement (te vinden via <http://www.euro-ombudsman.eu.int>).

133 Zie EDPS-Richtsoeren 2005, p. 52.

134 Zie § 9.5.3.4.

namen van de personen werden op grond van artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob niet vrij gegeven. Op basis van de huidige regelgeving kwam de Europese Ombudsman tot het oordeel dat de namen ten onrechte geheim waren gehouden.¹³⁵ De privacy van deze personen zou niet ondermijnd worden door de openbaarmaking. Dat was volgens de Ombudsman anders geweest als het om personen ging die 'van buitenaf' solliciteerden.

Wordt het toetsingsschema op deze situatie toegepast, dan lijkt het eerste lid van toepassing te zijn.¹³⁶ Het gaat immers om de openbaarmaking van een naam van een Euroambtenaar. Toch moet de situatie onder het tweede lid beoordeeld worden. De naam van de betrokken Euroambtenaar is namelijk verbonden met de informatie die het document prijs geeft, namelijk dat voor een andere functie wordt gesolliciteerd. Deze informatie valt buiten de genoemde gegevens uit het eerste artikellid. Het solliciteren naar een andere functie kan toch niet als een activiteit gezien worden die uit hoofde van de functie wordt verricht.

Onder het tweede lid, moet eerst de vraag worden beantwoord of het uitvlakken van de namen uitkomst biedt. De verzoeker in deze zaak wil graag de namen van de personen weten om zijn eigen kansen in te kunnen schatten. Er moet echter gekeken worden naar het *publieke* belang bij openbaarheid: dient openbaarmaking van de namen de controle op de overheid? Controle op het feit dat geen vriendjespolitiek plaatsvindt, is hier relevant. Het is de vraag of hiervoor nodig is dat de namen van alle sollicitanten geopenbaard worden. De naam van de persoon die wordt aangenomen op de functie zal uiteindelijk (op grond van lid 1) openbaar zijn, en de functie die deze persoon op het moment van solliciteren bekleedde is al bekend. De burger kan met deze informatie controleren wie de betrokken persoon is, en waar deze persoon vandaan komt. Zou de burger inzicht willen hebben in bepaald stelselmatig gedrag in het aannamebeleid dan is geanonimiseerde informatie voldoende. Het is mijns inziens dan niet nodig om de namen van de sollicitanten vrij te geven.

Afhankelijk van de functie waarop gesolliciteerd wordt, kan de situatie overigens anders zijn. Voor bepaalde hoge functies kan het publiek er wél belang bij hebben om te weten wie de personen zijn die op de uiteindelijke kandidatenlijst staan. Tegenover het publieke belang staat het belang van de betrokken persoon. Een persoon kan in haar of zijn huidige werk nadeel ondervinden van het feit dat bekend is dat hij of zij naar een andere functie gesolliciteerd heeft. Met inachtneming van de specifieke omstandigheden van het geval zal de keuze voor openbaarheid of geheimhouding gemaakt moeten worden.¹³⁷

135 Europese Ombudsman, beslissing 1919/2005/GG, pt. 2.23.

136 Het bezit van de gegevens is rechtmatig.

137 Zie ook het voorbeeld in de EDPS-Richtsnoeren 2005 op p. 47-48.

Uiteraard staat in alle gevallen niets de sollicitanten in de weg om zelf de eigen naam te openbaren. Deze beslissing is verder aan de sollicitant en niet aan de Europese instelling.

Voorbeeld V

Openbaarmaking van salarisgegevens van Euroambtenaren

Dit voorbeeld is, mede aan de hand van de uitspraak van het HvJ in *Rundfunk* hierboven meerdere keren besproken. Zoals gezegd, is het salaris van een Euroambtenaar niet aan te merken als één van de functiegerelateerde gegevens uit het eerste artikellid. Ook is geen sprake van gevoelige persoonsgegevens. Lid 2 is daarom van toepassing. Omdat het belang dat met openbaarheid gediend wordt, de controle op de besteding van publieke gelden is, kan in beginsel worden volstaan met geanonimiseerde gegevens. Openbaarmaking van de namen is niet nodig om controle op de overheid mogelijk te maken. Dit is alleen anders als het om iemand gaat die een hoge ambtelijke of vertegenwoordigende functie heeft. In die gevallen kan het publieke belang zich wel uitstrekken tot kennis van de persoon. Vaak is anonimiseren, door de unieke functie die de persoon bekleedt, vrijwel onmogelijk. Een afweging dient gemaakt te worden, met inachtneming van de specifieke omstandigheden van het geval.

Voorbeeld VI

Openbaarmaking van de naam van een persoon die een petitie heeft ingediend bij het Europees Parlement

Op grond van artikel 21 en 194 EG-Verdrag heeft iedere burger het recht om een verzoekschrift tot het Europees Parlement te richten over een onderwerp dat tot de werkterreinen van de EG behoort en dat hem of haar rechtstreeks aangaat. Een verzoekschrift wordt publiekelijk besproken, waarbij de naam van de verzoeker genoemd kan worden.¹³⁸

Met betrekking tot het toetsingsschema is het de vraag of artikellid 1 hier van toepassing is. Op het eerste gezicht gaat het om de naam van een particulier die zich op eigen initiatief tot het Europees Parlement wendt. De naam is echter gekoppeld aan de inhoud van het verzoek. Deze kan extra informatie over de betrokken persoon bevatten, waardoor de situatie binnen de reikwijdte van de privacybescherming komt. Verder kan de positie van de verzoeker lastig zijn. Hij kan zich immers opstellen als klager, waarmee hij in een kwetsbare positie kan komen. De situatie zal daarom veelal onder het tweede lid

¹³⁸ Zie ook het voorbeeld in de EDPS-Richtsnoeren 2005 op p. 45-46.

behandeld moeten worden. Anonimiseren is op voorhand niet direct een oplossing, het publiek kan er immers belang bij hebben om te weten wie een bepaalde zaak aan het Europees Parlement heeft voorgelegd. Er zal daarom een belangenafweging plaats moeten vinden met inachtneming van de specifieke omstandigheden van het geval.

Er lijkt overigens een aparte reden te zijn, om anonimiteit voor deze procedure mogelijk te maken. Het uitsluiten van de mogelijkheid om bepaalde zaken onder geheimhouding van de identiteit aan het Parlement kenbaar te maken zou de bereidheid om een klacht in te dienen, kunnen doen afnemen. In de praktijk is het in de EU dan ook mogelijk om, mits uitdrukkelijk en duidelijk, om geheimhouding te vragen.¹³⁹

9.8 HOE NU VERDER?

9.8.1 Inleiding

In hoofdstuk 7 heb ik uitgelegd dat de Eurowob en verordening 45/2001 onvoldoende op elkaar zijn afgestemd. De wetgeving zal daarom moeten worden aangepast. In afwachting van deze eventuele aanpassing, zullen de Europese instellingen zich voorlopig op deze verordeningen moeten baseren als zij worden geconfronteerd met een verzoek om toegang tot een document dat persoonsgegevens bevat. Een letterlijke, strikte toepassing van verordening 45/2001 op al deze situaties, zoals de Commissie betoogt, leidt tot het onredelijke resultaat dat de betrokken persoon steeds om toestemming moet worden gevraagd.¹⁴⁰

Een oplossing zou buiten verordening 45/2001 gevonden kunnen worden. Artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob is daarvoor de meest voor de hand liggende basis. Problematisch daarbij is dat in deze uitzondering op het recht op toegang tot documenten zowel naar de privacy als de gegevensbescherming wordt verwezen. Het hele bovenstaande juridische kader (met uitzondering van de toets aan een hoger openbaar belang) zou, zoals gezegd, geschaard

¹³⁹ [Http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do?id=49&pageRank=5&language=NL](http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do?id=49&pageRank=5&language=NL). Het volgende is op deze website bepaald: '[d]e notulen worden in het Publicatieblad gepubliceerd, zodat bepaalde gegevens, zoals de naam van de indiener en het nummer van het verzoekschrift, via Internet beschikbaar zijn. De aandacht van indieners wordt erop gevestigd dat dit gevolgen heeft voor de bescherming van persoonsgegevens. Als u niet wilt dat uw naam als indiener van een verzoekschrift openbaar wordt gemaakt, zal het Europees Parlement deze wens eerbiedigen, maar u moet hierom in het verzoekschrift wel duidelijk en uitdrukkelijk verzoeken. Ook als u wilt dat uw verzoekschrift vertrouwelijk wordt behandeld, moet hiertoe een duidelijk verzoek worden gedaan. De commissievergaderingen zijn gewoonlijk openbaar en kunnen desgewenst door de indieners worden bijgewoond voor de behandeling van hun verzoekschrift'.

¹⁴⁰ Zie § 6.4.5 en § 7.3.4. Zie ook § 9.4.3.

kunnen worden onder de vermelding van de privacy alleen.¹⁴¹ In artikel 4 lid 1 sub b is echter bepaald dat de ondermijning van de persoonlijke levenssfeer vastgesteld moet worden met inachtneming van de gegevensbeschermingswetgeving.¹⁴²

9.8.2 De EDPS-Richtsnoeren als uitgangspunt

Een redelijke oplossing is niet mogelijk zonder een (zeer) flexibele toepassing van artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob en de bepalingen van verordening 45/2001. De strikte gegevensbeschermingsbenadering van de Commissie moet mijns inziens worden afgewezen. In zijn richtsnoeren brengt de EDPS het recht op toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens door een ruime interpretatie van de relevante bepalingen beter met elkaar in evenwicht. De richtsnoeren van de EDPS verdienen dan ook duidelijk de voorkeur boven de benadering van de Commissie.

Op het eerste gezicht lijken de uitkomsten van de toepassing van de richtsnoeren van de EDPS overeen te komen met de uitkomsten van de toepassing van het in dit hoofdstuk voorgestelde nieuwe artikel. Bij de beoordeling hoe de in dit hoofdstuk weergegeven bevindingen onder de bestaande bepalingen kunnen worden vervat, kan dan ook in grote lijnen de benadering van de EDPS gevolgd worden.

Het eerste lid van het hierboven geformuleerde artikel zou in artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob ingelezen kunnen worden. Immers, eerst en vooral moet de privacy van de betrokkene in het geding zijn.¹⁴³ Het bepaalde onder lid 2 van het in § 9.6 voorgestelde artikel gaat uit van de situatie die binnen de privacyreikwijdte valt. Nadat bepaald is dat anonimiseren geen oplossing biedt, vindt er een belangenafweging plaats. Zoals aangegeven, is deze belangenafweging moeilijk te vinden in de Eurowob of verordening 45/2001.¹⁴⁴ Het lijkt daarom raadzaam om vóórdat de Gemeenschapswetgeving over gegevensbescherming erbij wordt betrokken, de eventuele ondermijning van de privacy los van die wetgeving vast te stellen.¹⁴⁵ Dat geeft namelijk ruimte voor een belangenafweging onder het tweede lid van artikel 8 EVRM. Volgens artikel 4 lid 1 sub b Eurowob moet hierbij gelet worden op de Gemeenschapswetgeving over de gegevensbescherming. Deze wetgeving is alleen relevant als daaruit een hogere mate van bescherming voortvloeit dan onder artikel 8 EVRM gebruikelijk. Voor de situatie waarin de privacy in het geding is, is hier in algemene bewoordingen moeilijk iets over te zeggen. Uit de bespreking

¹⁴¹ Zie § 9.2 en § 9.5.3.1.

¹⁴² Zie ook de analyse in § 7.2.

¹⁴³ Zie ook de EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 38.

¹⁴⁴ Zie § 7.4.

¹⁴⁵ Zie ook de EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 38.

van de uitspraak van het HvJ in de zaak *Rundfunk* in hoofdstuk 4 kwam naar voren dat als een situatie de toets van artikel 8 lid 2 EVRM kan doorstaan het belang van de betrokkene voldoende is gewaarborgd en dat er weinig problemen met de gegevensbeschermingsregels zullen zijn.¹⁴⁶ Het zelfstandige karakter van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt daarmee niet opzij gezet, de toegevoegde waarde van de gegevensbeschermingsregels in deze gevallen is echter klein. Dit is anders als het bijzondere gegevens betreft. De toegevoegde waarde van de gegevensbeschermingsregels in dat opzicht is sowieso de duidelijke definiëring van de categorie persoonsgegevens. Openbaarmaking van die gegevens vindt alleen plaats op basis van de gegevensbeschermingsregels.

Het voorgaande verschilt van de benadering van de EDPS in de zin dat hij de belangenafweging, zoals aangegeven, zoekt in de gezamenlijke lezing van de Eurovob en verordening 45/2001.¹⁴⁷ Daarbij haakt hij overigens wel weer aan op artikel 8 EVRM.¹⁴⁸ Het gevolg is dat hij zich in een eerder stadium genoodzaakt ziet verordening 45/2001 te analyseren op eventuele obstakels. Dit leidt ertoe dat hij bij de praktische toepassing van de richtsnoeren alsnog veel nadruk legt op de gegevensbeschermingsregels. In de bovenstaande benadering is dat niet nodig.

Het is niet mogelijk om de uitzondering op de uitzondering ten aanzien van een hoger openbaar belang onder de huidige bepalingen te brengen.

9.8.3 Duidelijkheid is op korte termijn vereist

Het is van belang dat zo snel mogelijk duidelijkheid bestaat over de uitleg van artikel 4 lid 1 sub b Eurovob en de toepasselijke bepalingen van verordening 45/2001. Zonder deze duidelijkheid kan de betrokkene over het algemeen moeilijk worden tegengeworpen dat hij of zij kon verwachten dat de gegevens geopenbaard zouden worden. Zolang de Commissie het beleid voert dat daarvoor altijd toestemming van de betrokkene wordt gevraagd, kan de betrokkene daar vooralsnog op vertrouwen. Illustratief is de *Bavaria*-zaak. Hierboven is besproken dat op grond van het voorgestelde artikel alle namen probleemloos geopenbaard kunnen worden. Dat betrof een analyse van de situatie op het 'nulpunt'. Inmiddels is de situatie verder gevorderd, de aanwezige personen is door de Commissie expliciet om toestemming voor openbaarmaking gevraagd. Kan, nadat een persoon dit heeft geweigerd, alsnog worden tegengeworpen dat hij toentertijd had kunnen weten dat de gegevens geopenbaard zouden worden? Wellicht heeft de Commissie een onrechtmatige

¹⁴⁶ Zie § 4.4.1.

¹⁴⁷ Zie § 7.4.2.

¹⁴⁸ EDPS-Richtsnoeren 2005, p. 34.

beslissing genomen door om toestemming te vragen, maar kan deze fout de betrokkene worden tegengeworpen?

De enige instantie die op korte termijn dwingende aanwijzingen kan (en zal moeten) geven over de wijze waarop artikel 4 lid 1 sub b van de Eurowob in samenhang met verordening 45/2001 moet worden toegepast, is het Gerecht. Naar de uitspraak in de *Bavaria*-zaak mag dan ook reikhalzend worden uitgekeken.

9.9 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk heb ik een eigen visie gegeven op de afstemming van het recht op toegang tot documenten en het recht op bescherming van persoonsgegevens in de Europese rechtsorde. De gemaakte belangenafweging is vooral van toepassing op de afstemming van beide rechten op Europees niveau, maar voor een lidstaat die beide rechten als gelijkwaardige rechten erkent, zijn de bevindingen net zo goed relevant.

De afstemming van beide rechten kan zowel in de openbaarheidswetgeving als in de gegevensbeschermingswetgeving plaatsvinden. Het *startpunt* van de analyse moet zich logischerwijze in de openbaarheidswetgeving bevinden. De toepasselijkheid van beide rechtsregimes ontstaat namelijk doordat iemand op basis van de openbaarheidswetgeving om toegang tot persoonsgegevens vraagt. Om pragmatische redenen kan de verdere uitwerking dan ook in deze wetgeving zijn neergelegd. In navolging van de meerderheid van de lidstaten die het raakvlak in hun wetgeving hebben willen reguleren, heb ik een basis in de openbaarheidswetgeving, de Eurowob, als uitgangspunt genomen. In de gegevensbeschermingswetgeving moet mijns inziens wel een verwijzing naar deze regels worden opgenomen.

De invulling van het juridische kader is besproken aan de hand van de drie situaties die in hoofdstuk 4 zijn onderscheiden. In de drie situaties verschilt het gewicht dat aan het individuele belang moeten worden toegedicht. Voordat per situatie is bekeken hoe de afweging van de achterliggende belangen zou moeten uitvallen, is benadrukt dat als preliminair vereiste geldt dat de oorspronkelijke verkrijging en verdere verwerking rechtmatig was. Als hiervan geen sprake is, kunnen de gegevens ook niet geopenbaard worden.

Voor situatie I (alleen bescherming van persoonsgegevens is van toepassing en niet de privacybescherming) en III (het regime van bijzondere gegevens is van toepassing en ook de privacybescherming) kan de wetgever op voorhand de belangenafweging maken en in de wetgeving vastleggen. Ik heb betoogd dat dit ertoe zou moeten leiden dat van personen die actief bij het overheids-handelen betrokken zijn, zeer algemene gegevens (de naam, titulatuur en functie van de persoon, en bepaalde functiegerelateerde gegevens, zoals het werkadres en het telefoonnummer) en informatie over activiteiten die uit hoofde van deze functie worden verricht, op verzoek geopenbaard kunnen

worden, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen. Op de openbaarmaking van bijzondere gegevens kan het regime uit artikel 10 verordening 45/2001 worden toegepast. Het belang van de betrokken persoon weegt in deze situatie het zwaarst waardoor de nadruk sterk ligt op de instemming (zeggenschap) van deze persoon. Voor situatie II (bescherming van persoonsgegevens is van toepassing alsook de privacybescherming) is het niet mogelijk (en zelfs onwenselijk) dat de wetgever op voorhand een belangenafweging maakt. De uitvoerende instanties moet daarom ruimte voor een belangenafweging worden gelaten. Voordat de belangen worden afgewogen, moet de overheidsinstantie mijns inziens nagaan of het openbaren van de gegevens het belang van openbaarheid van bestuur daadwerkelijk dient. Bij de afweging kunnen verschillende elementen een rol spelen. De precieze hoedanigheid van de betrokken persoon is daarvan één van de belangrijkste.

Vervolgens heb ik een concreet voorstel voor wijziging van de verordeningen geformuleerd. Aan de hand daarvan is een toetsingsschema opgesteld dat is toegepast op de praktijkvoorbeelden uit het inleidende hoofdstuk.

Tot slot heb ik bekeken hoe op dit moment een resultaat bereikt kan worden dat in grote lijnen met het voorgestelde juridische kader overeenkomt. Dit kan niet anders dan door de bestaande bepalingen (soms zeer) flexibel te interpreteren. De richtsnoeren van de EDPS kunnen naar mijn mening dienen als uitgangspunt. Dat neemt niet weg dat aan de onduidelijke situatie die momenteel bestaat in elk geval zo spoedig mogelijk een eind moet komen. Op dit moment is het Gerecht daarvoor de aangewezen instantie.

