Balanceren tussen openbaarheid en privacy

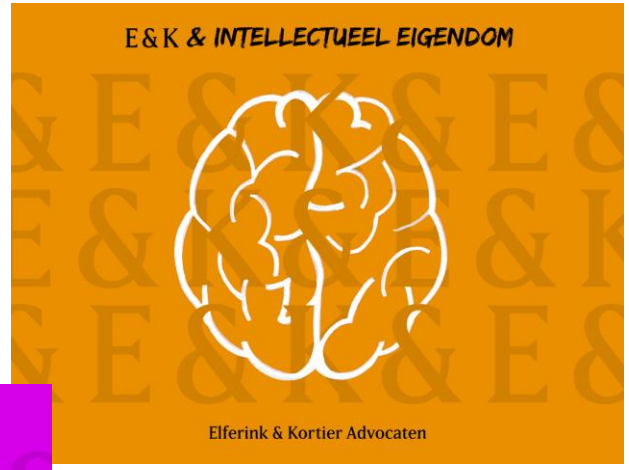
9 mei 2023

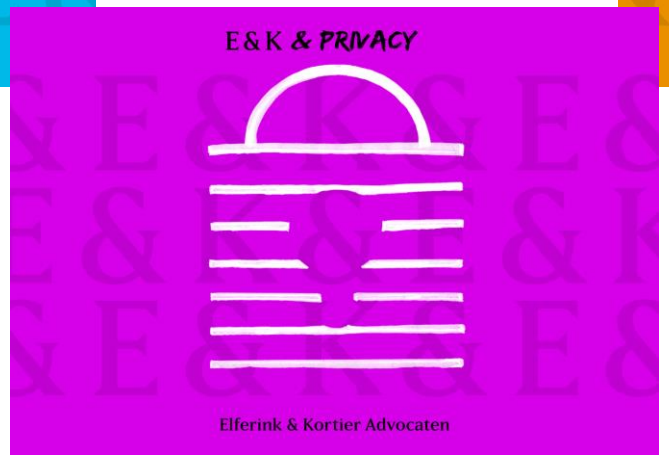
mr. dr. Mirjam Elferink

mr. Martijn Kortier

Elferink & Kortier Advocaten

Elferink & Kortier Advocaten





E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K
& K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K &

Elferink & Kortier Advocaten

Intellectuele Eigendom (IE)
- Bescherming van knowhow en IE
- Auteursrecht
- Databankenrecht
- Modellenrecht
- Merkenrecht
- Octrooirecht
- Domeinnamen
- Handelsnaamrecht
- Licenties

ICT-Recht
- ICT ontwikkelcontracten
- Cloudcontracten
- Hosting
- SLA's
- Softwarelicenties

Privacy
- Datalekken
- Verwerkersovereenkomsten
- AVG-compliance
- Diverse andere privacy-gerelateerde vraagstukken

E&K&E&K&E&K&E&K&E&K&E&K&E&K
&K&E&K&E&K&E&K&E&K&E&K&E&K&

Vandaag: Balanceren tussen openbaarheid en privacy

Vandaag:

- Welkom + introductie
- 1 jaar Woo
- Test basiskennis AVG
- Begrippen: Persoonsgegeven en persoonlijke levenssfeer
- Woo
- Belangenafweging privacy / openbaarheid

1 jaar Woo

- Doel: een transparante overheid.

- Belangrijkste verschil t.o.v. de Wet openbaarheid van bestuur (Wob): de actieve openbaarmakingsverplichting voor bepaalde categorieën informatie

- Delen Woo (artikel 3.3 lid 1 en 2 met categorieën informatie die openbaar moeten worden gemaakt) nog niet in werking.

E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K
& K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K &

Kennistest AVG

- Er volgen nu een aantal stellingen over de AVG om basiskennis te testen

- Juist/onjuist stellingen

Stelling 1

- De AVG is alleen van toepassing op organisaties die in de EU zijn gevestigd

Stelling 2

- Onder de AVG hebben betrokkenen het absolute recht gekregen om hun persoonsgegevens in te zien

Stelling 3

- Bijzondere persoonsgegevens, zoals bijvoorbeeld gezondheidsgegevens, mogen alleen met toestemming van de betrokkene worden verwerkt

Stelling 4

- Het begrip persoonsgegevens en het begrip persoonlijke levenssfeer zijn synoniemen

Persoonsgegevens & bijzondere PG

- Definitie persoonsgegevens art. 4 onder 1 AVG:

1) "persoonsgegevens": alle informatie over een *geïdentificeerde* of *identificeerbare* natuurlijke persoon ("de betrokkene"); als identificeerbaar wordt beschouwd een natuurlijke persoon die *direct* of *indirect* kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificator zoals een naam, een identificatienummer, locatiegegevens, een online identificator of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon

Persoonsgegevens & bijzondere PG

- Persoonsgegevens betreffen alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon
- Elk gegeven dat herleidbaar is tot een natuurlijke persoon
- Maatstaf: kun je iemand direct of indirect identificeren?

Persoonsgegevens & bijzondere PG

- Bijzondere persoonsgegevens in art. 9 AVG:

  Verwerking van persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, of het lidmaatschap van een vakbond blijken, en verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon, of gegevens over gezondheid, of gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid zijn verboden.

- Verwerking bijzondere persoonsgegevens in beginsel verboden, tenzij uitzondering van toepassing (genoemd in art. 9 lid 2 AVG)

- Specifieke bepaling voor strafrechtelijke gegevens (artikel 10 AVG)

(Bijzondere) persoonsgegevens of niet?

- Wat denkt u: zijn de volgende gegevens aan te merken als een persoonsgegeven?

- Ja/nee

- NAW-gegevens
- Medisch dossier
- Kenteken
- Handschrift
- Informatie over overleden persoon
- Examenantwoorden
- Bedrijfsnaam
- Ritgegevens postbezorger

Persoonlijke levenssfeer ≠ persoonsgegeven

- Persoonlijke levenssfeer gecodificeerd in o.a. art. 8 EVRM, art. 7 EU-Handvest en art. 10 Grondwet

- Persoonsgegevens gedefinieerd in art. 4 AVG

Persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM)

- ‘1) Eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

- 2) Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan bij wet voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de rechten en vrijheden van anderen.’

Persoonlijke levenssfeer > persoonsgegevens

Persoonlijke levenssfeer omvat o.a. persoonsgegevens, maar is *breder*

- Het omvat óók de bescherming van het recht op een identiteit, persoonlijke ontwikkeling en het recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen met andere mensen

- Maar omgekeerd: indien persoonsgegevens, dan ook persoonlijke levenssfeer

E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K
& K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K &

Persoonlijke levenssfeer > persoonsgegevens

- het huis
- de briefwisseling
- de communicatie via telefoon en andere communicatiemiddelen
- het recht om niet te worden bespied of afgeluisterd
- het recht op zorgvuldige behandeling van persoonlijke gegevens
- het recht op eerbiediging van het innerlijk leven
- het recht op eerbiediging van de lichamelijke integriteit

E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K
& K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K &

Woo: algemeen belang van openbaarheid van publieke informatie

- Uitgangspunt Woo art. 1.1 en 2.5

"Eenieder heeft recht op toegang tot publieke informatie zonder daartoe een belang te hoeven stellen, behoudens bij deze wet gestelde beperkingen"

"Bij de toepassing van deze wet wordt uitgegaan van het algemeen belang van openbaarheid van publieke informatie voor de democratische samenleving"

E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K
& K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K &

Woo: Publieke informatie dus altijd openbaar…?

Nee, de Woo kent uitzonderingsgronden (op openbaarheid)

- **Absolute** weigeringsgronden
  - in beginsel niet openbaar maken
- **Relatieve** weigeringsgronden
  - Afweging voor openbaarmaking

E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K
& K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K &

Woo: reikwijdte recht op toegang tot informatie

- Voor de Woo geldt een **“informatiestelsel”**: de verzoeker vraagt informatie die verband houdt met de publieke taak. Het bestuursorgaan is vervolgens verplicht de documenten met de betreffende informatie te verzamelen
  - Alleen de delen waarvoor een weigeringsgrond geldt worden niet openbaar. De rest in principe wel.

- Dit is anders bij een **“documentenstelsel”** (zoals bij de Archiefwet). Het gaat bij het documentenstelsel om wel of geen openbaarmaking van het gehele document. Indien er een ‘beperking op de openbaarheid’ op een document rust, wordt i.b. het gehele document **niet** vrijgegeven (tenzij uitzonderingen)

E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K
& K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K & E & K &

Samenloop met AVG

- Openbaar maken van informatie over de persoonlijke levenssfeer is tevens een verwerking van persoonsgegevens onder de AVG
  - Toegestaan o.g.v. art. 6 lid 1 onder c AVG: Noodzakelijk om te voldoen aan wettelijke verplichting.
  - Art. 86 AVG: Persoonsgegevens in officiële documenten mogen worden bekendgemaakt, maar moeten wel in overeenstemming zijn met de eisen uit Woo

Daarnaast:

- Openbaarmaking persoonsgegevens kan ook o.g.v. toestemming betrokkene (artikel 6 lid 1 onder a AVG), maar toestemming is niet noodzakelijk voor openbaarmaking

(Absolute) weigeringsgronden (art. 5 lid 1 Woo)

Het openbaar maken van informatie blijft achterwege indien:

- Het gaat om (bijzondere) persoonsgegevens;
  - Dit geldt tenzij er uitdrukkelijke toestemming voor de openbaarmaking is gegeven of indien deze persoonsgegevens kennelijk door de betrokkene openbaar zijn gemaakt;

- Het gaat om nummers die dienen ter identificatie van personen, bv BSN
  dit geldt tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de levenssfeer maakt.

Relatieve weigeringsgrond (art. 5 lid 2 Woo)

Het openbaar maken van informatie blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van:

- de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

Niet openbaar zijn:

Art. 5.2: **persoonlijke beleidsopvattingen**

(ambtelijke adviezen, visies, standpunten en overwegingen ten behoeve van intern beraad, niet zijnde feiten, prognoses, beleidsalternatieven, de gevolgen van een bepaald beleidsalternatief of andere onderdelen met een overwegend objectief karakter).

-> uitzondering voor persoonlijke beleidsopvattingen opgenomen in documenten opgesteld tbv formele bestuurlijke besluitvorming door o.m. het college van B&W, een burgmeester of een wethouder: deze informatie moet **in niet tot personen herleidbare vorm openbaar worden gemaakt**, tenzij het kunnen voeren van intern beraad daarmee onevenredig zou worden geschaad (art. 5.2 lid 3 Woo).

Art. 5.4**: informatie** m.b.t. de **formatie is niet openbaar totdat de formatie is afgerond**

- deze uitzondering heeft betrekking op informatie die berust bij formateur/informateur, dan wel informatie die door een bestuursorgaan aan de formateur/ informateur is toegezonden.

Artikel 5.4a. **Informatie m.b.t. ondersteuning van Kamerleden, statenleden en raadsleden**

- In afwijking van artikel 5.2, eerste lid, wordt met betrekking tot informatie die aan individuele Kamerleden wordt verstrekt onder persoonlijke beleidsopvattingen verstaan ambtelijke adviezen

Openbaarheid en privacy

Eerbiediging persoonlijke levenssfeer

- Relatieve weigeringsgrond

- Van toepassing op alle andere persoonsgegevens dan bijzondere, strafrechtelijke persoonsgegevens en nationale identificatienummers, maar ook op bredere persoonlijke levenssfeer

- Belangenafweging
  - Staat het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer aan openbaarmaking in de weg?

- Let op: Belangenafweging hoeft niet indien toestemming verkregen! (6 lid 1 sub AVG).

Openbaarheid en privacy

Eerbiediging persoonlijke levenssfeer: beroepshalve functioneren

- Uitsluitend beroepshalve functioneren → in beginsel geen beroep op weigeringsgrond persoonlijke levenssfeer voor openbaarmaking
  - Persoonlijke levenssfeer doorgaans niet in geding ingeval het uitsluitend beroepshalve functioneren betreft

- Bestuurders en ambtenaren in functie zijn publieke personen
  - Verminderde aanspraak op bescherming persoonlijke levenssfeer, rekening houdend met:
    - ‘publieke exposure’ betreffende persoon
    - publieke bekendheid betreffende functionaris
  - Uitzondering voor namen en contactgegevens van ambtenaren die zich niet uit hoofde van hun functie in de openbaarheid presenteren

Openbaarheid en privacy

Eerbiediging persoonlijke levenssfeer: beroepshalve functioneren

- Onderscheid tussen strikt persoonlijke gegevens en functionele gegevens
- Verminderde bescherming voor publieke bestuurders en ambtenaren geldt niet voor strikt persoonlijke gegevens → zelfde bescherming als niet-publieke personen
  - NAW-gegevens, privé-bankrekeningnummer, handtekening, etc.
  - Let op: belonings- of personeelsbeleid hebben wel verminderde bescherming!
- Functionele gegevens genieten ook zekere mate van bescherming, bijv. direct doorkiesnummer, e-mailadres
  - Subsidiariteitstoets → Belang openbaarheid weegt niet op tegen eerbiediging persoonlijke levenssfeer indien inwinnen informatie mogelijk blijft en algemene bereikbaarheid bestuursorgaan gegarandeerd is

Openbaarheid en privacy

Belangenafweging openbaarheid vs. persoonlijke levenssfeer

- Uitgangspunt belangen eerbiediging persoonlijke levenssfeer en openbaarheid gelijkwaardig.
- Doel: controle overheidsbeleid. Uitgangspunt in Woo is openbaarheid. Maar artikel 8: inmenging moet noodzakelijk zijn.
- De vraag is dus: hoe belangrijk is het dat de persoonlijke informatie ook wordt openbaar gemaakt. Belangenafweging
- Het belang van de individuele verzoeker om informatie speelt geen rol, het gaat om het belang voor de openbaarheid van de informatie voor een ieder!
  - Eerbiediging persoonlijke levenssfeer weegt daarom zwaar
  - Ook het informatiestelsel van de Woo speelt een rol. Veel informatie wordt (tenzij weigeringsgrond) bij het verzoek immers nog steeds openbaar gemaakt
- Belangenafweging concreet per (onderdeel van) publieke informatie
  - Weegt verstrekken informatie op tegen het belang persoonlijke levenssfeer?
  - Komt aan belang openbaarmaking een zodanig gewicht toe dat eerbieding persoonlijke levenssfeer achterwege moet blijven?

Openbaarheid en privacy

Belangenafweging openbaarheid vs. persoonlijke levenssfeer

- Zijn als gevolg van openbaarmaking verdere persoonsgegevens herleidbaar, zodat de betrokkene geïdentificeerd kan worden?
  - Bijv. naam: a.d.h.v. naam kunnen op internet veel meer gegevens van de betrokkene gevonden worden.

  Impact is dan groter!

- Bij klachten van burgers: Het moet een burger in principe vrij staan om bij de overheid in vertrouwen zijn beklag te doen (zie bijv. ECLI: NL:RVS:2022:1743)

1. Casus: Presidium

1. Informatie uit presidiumvergadering van een gemeenteraad:

- Verzoek fractievoorzitter tot inzage in het verslag van een besloten presidiumvergadering (waar zij zelf niet bij kon zijn). Tevens verzoek tot vrijgave geluidsopname.
- De voorzitter (tevens burgemeester) zou volgens haar uitspraken over haar hebben gedaan die niet in het verslag zouden zijn opgenomen;
- Alleen het verslag is aanwezig, de opname is verwijderd op verzoek burgemeester;
- In het verslag staan gegevens over aanwezigen, inclusief functies, en hun uitspraken;
- Aanwezigen zijn fractievoorzitters, burgemeester en griffier.
- Reglement van orde: Vergadering besloten, maar notulen verspreid onder raadsleden.
- Geldt een eigen gedragscode: PG raadsleden worden gepubliceerd, behoudens hetgeen de wet aangeeft.

- Wel of niet vrijgeven?

1. Casus: Presidium

1. Oordeel rechter: Persoonsgegevens aanwezigen worden niet vrijgegeven

   - ‘De rechtbank oordeelt dat de raad, met het oog op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de deelnemers aan de presidiumvergadering, gebruik mocht maken van de weigeringsgrond bij openbaarmaking van het verslag. Latere openbaarmaking voor eenieder van standpunten die in beslotenheid zijn uitgesproken kunnen immers, als die herleidbaar zijn naar de individuele deelnemers aan de vergadering, een inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer met zich brengen. De raad mocht dit belang dan ook laten prevaleren.

Afwegingen daarbij:

Individueel belang verzoeker is niet leidend. Gaat om algemeen belang. Toets: openbaarheid voor eenieder?

Vergadering heeft een besloten karakter

Gedragscode en reglement voor toetsing niet relevant want wet gaat voor en daar kan met deze documenten niet van worden afgeweken

Fractievoorzitters weliswaar personen die vanwege hun functie in openbaarheid treden, maar dat gold niet voor deelname aan presidiumvergadering. Zelfde geldt voor de griffier.

Rb. Oost-Brabant 27 februari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:781, r.o. 20

2. Casus: bedrijfsnaam

2. Bedrijfsnaam:

- Verzoek tot openbaarmaking bedrijfsnamen in inspectierapporten van (met name) agrarische bedrijven die een bio-certificering hebben.
- Volgens verzoeker is dat nodig om te kunnen controleren of die bedrijven voldoen aan de eisen en zodat de consument weet welke bedrijven wel of niet voldoen aan eisen.
- Verweerder is bang voor acties van radicale groeperingen als bedrijfsnamen bekend worden.
- Bij de desbetreffende (agrarische) bedrijven betreft het bedrijfsnamen die herleidbaar zijn tot individuele personen (denk aan namen als maatschap familie A. Jansen etc).

- Wel of niet vrijgeven?

2. Casus: bedrijfsnaam

2. Oordeel rechter: persoonsgegevens openbaar maken

- 11. De rechtbank stelt vast dat het hier gaat om openbaarmaking van bedrijfsnamen, zij het dat deze tot natuurlijke personen te herleiden zijn. Het gaat hier dus om rechtspersonen die onder hun eigen naam aan het handelsverkeer deelnemen en die er voor hebben gekozen om onder deze naam een bio-certificering aan te vragen en te onderhouden. (…). Het belang van de persoonlijke levenssfeer kan onder vorengenoemde omstandigheden echter niet zwaarder wegen dan het belang van openbaarmaking van de namen. Openbaarmaking van bedrijfsnamen kan niet afhankelijk zijn van de omstandigheid of iemand er voor kiest zijn eigen naam daarvoor te gebruiken. Dit zou ook een ongerechtvaardigd onderscheid veroorzaken met bedrijven die hierover een andere keuze hebben gemaakt en die gelet hierop geen beroep kunnen doen op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. (…)

- Verweerder heeft niet goed onderbouwd waarom openbaar maken namen geen publiek belang zou dienen.
- Relevant dat het een toezichthoudende taak betreft
- Wel nadeel voor bedrijven, maar is dat onevenredig nadeel? Niet goed onderbouwd.

Rb. Midden-Nederland 20 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:141

Andere mogelijkheden inzage

Inzage geven in informatie over persoonlijke levenssfeer evt ook mogelijk o.g.v.

- Art. 15 AVG: het **recht op inzage van de betrokkene.** Let op: dat gaat alleen over persoonsgegevens van de betrokkene zelf en mag geen afbreuk doen aan rechten en vrijheden van derden

- Art. 5.5 Woo: **verstrekking van informatie die de verzoeker zelf betreft**. Geen afweging persoonlijke levenssfeer voor verzoeker zelf, wel voor die van derden. Bestuursorgaan kan voorwaarden verbinden aan verstrekking (bijv. niet verder verspreiden)

- Art. 5.6 Woo: **verstrekking van niet-openbare informatie uitsluitend aan verzoeker wegens klemmende redenen**
  - Het bestuursorgaan kan, in geval informatie ingevolge de artikelen 5.1 en 5.2 niet openbaar gemaakt kan worden, besluiten de informatie uitsluitend aan de verzoeker te verstrekken, indien er klemmende redenen zijn om de verzoeker niettegenstaande de toepasselijke uitzonderingsgrond of -gronden de gevraagde informatie niet te onthouden.

Andere mogelijkheden inzage

Artikel 5.7 **verstrekking van informatie t.b.v. onderzoek**. Bestuursorgaan kan voorwaarden verbinden aan verstrekking (bijv. niet verder verspreiden)

Dank voor uw aandacht!

mr. dr. Mirjam Elferink
Advocaat IE, ICT-recht en Privacy
mirjam@elferinkkortier.nl
053 - 200 58 02

mr. Martijn Kortier
Advocaat IE, ICT-recht en Privacy
martijn@elferinkkortier.nl
053 - 200 58 01

E&K&E&K&E&K&E&K&E&K&E&K&E&K
&K&E&K&E&K&E&K&E&K&E&K&E&K&