

De vernieuwde Who als gevolg van de Open data richtlijn

Computerrecht 2023/2

Met het oog op de bescherming van persoonsgegevens en vanuit een aantal praktische bezwaren concluderen de auteurs dat het huidige concept van het wetsvoorstel ter implementatie van de Open data richtlijn en tot de wijziging van de Who niet in de huidige vorm moet worden ingediend bij de Tweede Kamer.

1. Inleiding

Als onderdeel van het streven dat de overheid meer transparantie en openheid wil bieden over wat zij doet,² is met ingang van 18 juli 2015 de Wet hergebruik van overheidsinformatie (Who) in werking getreden.³ Op grond van deze wet kunnen burgers en rechtspersonen een verzoek tot hergebruik van overheidsinformatie indienen.⁴ Hoewel de Who onderdeel is van een breder 'open data'-beleid regelt de Who zelf geen recht op toegang tot overheidsinformatie. Personen kunnen geen verzoek tot openbaarmaking op grond van de Who indienen. De Who voorziet enkel in het recht op hergebruik van de overheidsinformatie die al openbaar is gemaakt.⁵ Het uitgangspunt van de Who is dan ook om openbare overheidsinformatie te leveren in een vorm die geschikt is voor hergebruik.⁶ Praktisch betekent dit dat de informatie makkelijk vindbaar is, in een digitale gangbare vorm wordt verstrekt, zo goedkoop mogelijk of zelfs gratis te verkrijgen is en mag worden gebruikt voor (bijna) elk doeleinde.⁷

De gedachte achter het stimuleren van dit hergebruik is dat overheidsinformatie een bron van gegevensverzamelingen vertegenwoordigt die van substantiële maatschappelijke of economische waarde kunnen zijn voor burgers en ondernemingen.⁸ Door dergelijke informatie ter hergebruik aan te bieden, kunnen zij deze gebruiken als 'grondstof' voor nieuwe innovatieve producten en diensten.⁹ Regelgeving voor hergebruik vindt dan ook haar oorsprong

in economische en mededingingsrechtelijke overwegingen.¹⁰

De Who vloeit oorspronkelijk voort uit de Europese Richtlijn inzake hergebruik van overheidsinformatie.¹¹ Deze richtlijn is in 2019 komen te vervallen en vervangen door de Open data richtlijn.¹² De noodzaak van de Open data richtlijn ligt met name in de technologische ontwikkelingen die sinds de oorspronkelijk vastgestelde regelgeving hebben plaatsgevonden en die hebben geleid tot allerlei nieuwe manieren voor het produceren, analyseren en gebruiken van gegevens. De 'hergebruikregels' zijn achterhaald door deze snelle veranderingen, met als gevolg het risico dat de economische en sociale kansen die worden geboden door het hergebruik van overheidsgegevens onbenut blijven.¹³ De hernieuwde richtlijn dient daarom het wettelijk kader van hergebruik in lijn te brengen met de recente vooruitgangen op het gebied van digitale technologieën, ook om zo digitale innovatie verder te stimuleren.¹⁴

Ten doeleinde van dit ambitieus streven brengt de richtlijn enkele wijzigingen met zich mee. Zo is het toepassingsbereik van de richtlijn uitgebreid waardoor meer overheidsinstanties onder de nieuwe regelgeving vallen. Verder gaan er voor 'dynamische gegevens' bijzondere regels gelden, gaat de Europese Commissie een lijst met 'specifieke hoogwaardige gegevenssets' vaststellen waar strengere regels voor zullen gelden en mogen overheidsinstanties minder vaak afspreken dat gegevens alleen met één specifiek persoon of onderneming worden gedeeld. Tot slot worden overheidsinstanties in de Open data richtlijn gestimuleerd om uit zichzelf zo veel mogelijk gegevens open en beschikbaar te maken voor hergebruik.¹⁵

Ook op het gebied van privacy en gegevensbescherming in het kader van hergebruik van overheidsinformatie beoogt de richtlijn een aantal wijzigingen door te voeren. Dit ziet met name op het anonimiseren van persoonsgegevens en het uitvoeren van een gegevensbeschermingseffectbeoordeling (DPIA). Daarnaast wordt in de richtlijn benadrukt dat lidstaten moeten zorgen voor de bescherming van persoonsgegevens, ook wanneer informatie in een indivi-

1 Steven Bastiaans is advocaat bij Boels Zanders Advocaten te Maastricht. Britt Westerlink is alumna van de master Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

2 'Open overheid', rijksoverheid.nl.

3 Besluit van 6 juli 2015 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet hergebruik overheidsinformatie (*Stb.* 2015, 299).

4 Artikel 1 lid b Who.

5 Artikel 2 lid b Who.

6 VNG, 'Handreiking wet hergebruik van overheidsinformatie (Who)', augustus 2018, p. 6.

7 'Wet implementatie Open data richtlijn', internetconsultatie.nl.

8 M. Van Eeouch, *Study on the Open Data directive, Data Governance and Data Act and their possible impact on research*, maart 2022, p. 14.

9 *Kamerstukken II* 2014/15, 34123, nr. 3, p. 3.

10 Overweging 3 van de Considerans bij Richtlijn (EU) 2019/1024 (*Open data richtlijn*).

11 Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

12 Richtlijn (EU) 2019/1024 (*Open data richtlijn*).

13 Overweging 10 van de Considerans bij Richtlijn (EU) 2019/1024 (*Open data richtlijn*).

14 Overweging 3 van de Considerans bij Richtlijn (EU) 2019/1024 (*Open data richtlijn*).

15 Overweging 31 van de Considerans bij Richtlijn (EU) 2019/1024 (*Open data richtlijn*).

duale dataset geen risico inhoudt dat een natuurlijke persoon kan worden geïdentificeerd of er wordt uitgepikt, maar die informatie mogelijk wel een dergelijk risico vormt wanneer zij wordt gecombineerd met andere beschikbare informatie.¹⁶

Ter implementatie van deze nieuwe richtlijn zal de huidige Who worden gewijzigd, waartoe onlangs het wetsvoorstel Wet implementatie Open data richtlijn ('wetsvoorstel') is ingediend. De deadline voor implementatie van de richtlijn was 17 juli 2021. Deze is dus al ruim verstreken. Het kabinet heeft deze vertraging geweten aan de prioritering van Covid-19-wetgeving en capaciteitsproblemen.¹⁷ Naar aanleiding van het verstrijken van de implementatiedeadline heeft de Europese Commissie Nederland en enkele andere lidstaten op de vingers getikt.¹⁸ Inmiddels zijn er twee conceptversies van het wetsvoorstel dat de Open data richtlijn dient te implementeren verschenen, welke beide kritisch zijn ontvangen. In juni 2022 heeft de Autoriteit Persoonsgegevens ('AP') haar bezwaren tegen het toenmalige concept van het wetsvoorstel geuit. Een, naar aanleiding van deze kritiek, gewijzigd concept is vervolgens aanhangig gemaakt bij de Afdeling advisering van de Raad van State ('Afdeling'). Zeer recent heeft ook de Afdeling enkele kritiekpunten op het wetsvoorstel geuit, onder meer ten aanzien van de persoonsgegevens die betrokken kunnen raken bij hergebruik. De implementatie van de richtlijn lijkt hiermee nog steeds ver weg.

Centraal in deze bijdrage staat de vraag of het wetsvoorstel voor de Who in haar huidige vorm moet worden ingediend bij de Tweede Kamer, of dat het concept nog verdere wijzigingen behoeft. Ten behoeve van deze onderzoeksvraag is deze bijdrage onderverdeeld in vijf paragrafen. In paragraaf 2 wordt ingegaan op het verband tussen het hergebruik van overheidsinformatie zoals geregeld in het wetsvoorstel en het doelbindingsbeginsel uit artikel 5 van de Algemene verordening gegevensbescherming ('AVG'). Paragraaf 3 behandelt het anonimiseren van persoonsgegevens en in paragraaf 4 staan wij stil bij de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel. Tot slot beogen wij in paragraaf 5 middels een conclusie bovengenoemde onderzoeksvraag te beantwoorden.

2. Doelbindingsbeginsel en gerechtvaardigd belang

2.1 Persoonsgegevens bij hergebruik?

Het beginsel van doelbinding is één van de fundamentele beginselen die voortvloeien uit artikel 5 AVG. Het doelbin-

dingsbeginsel komt in beeld zodra de AVG van toepassing is. Van belang is daarom allereerst om vast te stellen of het hergebruik van overheidsinformatie, zoals voorgeschreven in de (gewijzigde) Who, onder het toepassingsbereik van de AVG kan vallen. De AVG is van toepassing indien sprake is van een verwerking van persoonsgegevens. 'Persoonsgegevens' zijn alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon. Zeker in het kader van hergebruik van overheidsinformatie is het van belang om alert te zijn op het feit dat gegevens ook 'indirect' een persoonsgegeven kunnen zijn. Indirect identificerende gegevens kunnen, in tegenstelling tot het directe type, op zichzelf niet tot een individu herleiden, maar in combinatie met andere gegevens het mogelijk maken een individu te identificeren. Voorbeelden zijn geboorteplaats, informatie over iemands beroep of financiële situatie.¹⁹ Vrijwel elke bewerking van een persoonsgegeven, van het verzamelen tot aan het verwijderen van gegevens en alles daar tussenin, kwalificeert als een 'verwerking'.²⁰

In het overgrote deel van alle hergebruikverzoeken op grond van de Who zal de opgevraagde informatie geen betrekking hebben op persoonsgegevens. Doorsnee voorbeelden van dit soort informatie zijn weersinformatie of gegevens van een verkeerssensor die het aantal voorbijrijdende auto's meet (en daarbij geen kentekens registreert).²¹ Persoonsgegevens zullen hier niet snel aan te pas komen. Daarnaast zal hergebruikte informatie op grond van de Who veelal gegevens bevatten die geanonimiseerd zijn. Ook dan is het gegevensbeschermingsrecht buiten toepassing, omdat geanonimiseerde persoonsgegevens niet langer kwalificeren als persoonsgegevens. Toch betekent dit niet dat hergebruik van overheidsinformatie op grond van de Who in alle gevallen buiten de reikwijdte van het gegevensbeschermingsrecht valt.

Zo zal het in de praktijk voor overheidsinstanties lastig zijn om alle informatie die beschikbaar wordt gesteld voor hergebruik te ontdoen van alle gegevens die op enig moment en in een bepaalde context tot een persoon kunnen worden herleid.²² Het is bovendien aannemelijk dat als gevolg van nieuwe technologieën in de toekomst verschillende gegevens (eenvoudiger) aan elkaar gekoppeld kunnen worden, waardoor er uiteindelijk toch sprake is van een identificerend persoonsgegeven.²³ Deze kans bestaat te meer in het geval dat de hergebruiker zelf over additionele gegevens beschikt die de identificatie van een specifiek individu mogelijk maken.²⁴ Het is goed denkbaar dat bijvoor-

16 Overwegingen 16 en 55 van de Considerans bij Richtlijn (EU) 2019/1024 (Open data richtlijn).

17 Kamerstukken II 2021/22, 21109, nr. 253, p. 2.

18 'Open data: Commission urges Belgium, Bulgaria, Czechia, Croatia, Hungary, Latvia, The Netherlands, Austria Slovakia and Sweden to enact EU rules on open data and the reuse of public sector information', digital-strategy.ec.europa.eu.

19 Werkgroep artikel 29, *Opinion 4/2007 on the concept of personal data*, p. 13.

20 Artikel 4 lid 2 AVG.

21 Memorie van Toelichting Wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn, paragraaf 11.4 (Niet-persoonsgegevens, geanonimiseerde gegevens en persoonsgegevens).

22 B. van der Sloot, 'Van openbaarheid naar hergebruik van overheidsinformatie' *NJB* 2015/36, p. 2540 en 2541.

23 AEDP-EDPS, *Joint paper on 10 misunderstandings related to anonymization*, 27 april 2021, p. 4.

24 Werkgroep artikel 29, *Opinion 4/2007 on the concept of personal data*, p. 10-13.

beeld een bedrijf reeds over bepaalde gegevens beschikt en door hergebruik van overheidsinformatie in staat wordt gesteld persoonsgegevens bloot te leggen. Extra complicerend hierbij is dat overheidsinstanties hier uiteraard geen zicht op hebben en dit dus niet kunnen controleren. Ook uit de tekst van de Who volgt dat persoonsgegevens onderwerp van hergebruik kunnen zijn.²⁵

Wij benadrukken dat er in zo'n geval al een privacy-afwijking heeft plaatsgevonden, namelijk bij de openbaarmaking van de informatie – immers, openbaarmaking wordt niet geregeld door de Who. Volgens de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel zijn privacyrisico's van hergebruik van persoonsgegevens hierom zeer beperkt.²⁶ Dit neemt niet weg dat in het geval dat er persoonsgegevens bij hergebruik van overheidsinformatie zijn betrokken, opnieuw (of nog steeds) voldaan moet zijn aan de vereisten van de AVG.²⁷ Voorgaande doet dan ook de vraag rijzen in hoeverre hergebruik van overheidsinformatie in lijn is met de AVG, in bijzonder met het fundamentele beginsel van doelbinding.

2.2 Hergebruik voor andere doeleinden?

De betekenis van het doelbindingsbeginsel is tweeledig. Allereerst houdt het beginsel in dat persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden moeten worden verzameld.²⁸ In het kader van hergebruik dient de overheidsinstantie als verwerkingsverantwoordelijke voor dit doel een verwerkingsgrondslag te hebben als genoemd in artikel 6 lid 1 AVG. Ten tweede bepaalt het doelbindingsbeginsel dat persoonsgegevens in beginsel niet verder verwerkt mogen worden op een met dat doeleinde onverenigbare wijze.²⁹ Dit volgt overigens ook uit de Who: de wet sluit hergebruik van informatie die betrekking heeft op openbare persoonsgegevens waarvan hergebruik onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze zijn verkregen uit.³⁰

In haar advies van 28 juni 2022 over de wijzigingen die voor de Who uit het conceptwetsvoorstel volgen heeft de AP zich kritisch geuit over de toepassing van het doelbindingsbeginsel in het kader van hergebruik van overheidsinformatie.³¹ De AP betreft haar oordeel in het bijzonder op het hergebruik van persoonsgegevens in openbare registers. Naar het oordeel van de AP kan bij het beschikbaar stellen van persoonsgegevens in openbare registers voor hergebruik al snel worden gesproken van gebruik dat 'onverenigbaar' is met het oorspronkelijke doeleinde waar-

voor de persoonsgegevens door de overheidsinstantie zijn verzameld. Dit zou dan in strijd zijn met het doelbindingsbeginsel. Om deze reden adviseert de AP om in de Who een verbod op hergebruik van persoonsgegevens uit openbare registers op te nemen.³² Het advies van de AP is gevolgd en in de hernieuwde conceptversie van het wetsvoorstel is het verbod opgenomen.³³

De bezwaren van de AP ten aanzien van het doelbindingsbeginsel lijken ons terecht, maar wijzen ons inziens op een spanningsveld dat speelt bij *alle* persoonsgegevens die in het kader van de Who beschikbaar worden gemaakt voor hergebruik, ongeacht of dit middels openbare registers gaat of bijvoorbeeld in reactie op een Who-verzoek. In dit verband is het namelijk aan de overheidsinstantie om het doeleinde van de verwerking van de persoonsgegevens te bepalen. In de meeste gevallen zal deze persoonsgegevens verzamelen en verwerken met als doeleinde het voldoen aan een wettelijke taak- of doelstelling. De overheidsinstantie kan bij het bepalen van dit doeleinde echter nooit rekening houden met de doeleinden die hergebruikers vervolgens voor ogen hebben bij het hergebruik van de gepubliceerde overheidsinformatie. Deze doeleinden zijn namelijk helemaal niet bekend bij en te voorzien door de overheidsinstantie. Dan is het maar de vraag of de doeleinden van de hergebruiker verenigbaar zijn met het doeleinde waarvoor de gegevens aanvankelijk zijn verzameld.

Een voorbeeld ter illustratie: een gemeente maakt in reactie op een Who-verzoek (historische) gegevens van een wijk beschikbaar voor hergebruik en voldoet hiermee aan de verplichting uit de Who. De Who-verzoeker, een bewoner van de betreffende wijk en tevens voorzitter van de plaatselijke heemkundevereniging, hergebruikt deze gegevens bij de volgende editie van de buurtkrant. Mede door zijn eigen archief kan de wijkbewoner met de (historische) gegevens van de gemeente achterhalen welke families vroeger in de wijk hebben gewoond. Hiermee verwerkt hij op zijn beurt persoonsgegevens. Het is in dit geval evident en ook niet zo verrassend dat de voorzitter persoonsgegevens verwerkt voor een *ander doeleinde* dan waarvoor de gemeente de (persoons)gegevens heeft verzameld.

Wij benadrukken hierbij nogmaals dat het idee van de Who is dat overheidsinformatie, met het oog op economische exploitatie, beschikbaar wordt gesteld zodat deze informatie op *nieuwe manieren* kan worden gebruikt door derden.³⁴ Dit volgt ook uit de definitie van het begrip 'hergebruik' uit de Who: "*het gebruik van informatie dat is neergelegd in documenten die berusten bij een met een publieke taak belaste instelling, voor andere doeleinden dan het oor-*

25 Artikel 2 sub g Who.

26 Memorie van Toelichting Wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn, paragraaf 11.5 (Openbaarheid onder de Woo).

27 *Advies over het concept voor het wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn* (AP-advies nr. z2022-00356 van 28 juni 2022 aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 28 juni 2022), Den Haag: AP 2022, p. 3-5.

28 Artikel 5 lid 1 sub b AVG.

29 Artikel 5 lid 1 sub b AVG.

30 Artikel 2 lid 1 sub g Who.

31 *Advies over het concept voor het wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn* (AP-advies nr. z2022-00356 van 28 juni 2022 aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 28 juni 2022), Den Haag: AP 2022.

32 *Advies over het concept voor het wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn* (AP-advies nr. z2022-00356 van 28 juni 2022 aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 28 juni 2022), Den Haag: AP 2022, p. 3-5.

33 Zie nogmaals artikel 2 lid 1 sub g Who.

34 Overwegingen 8-10 van de Considerans bij Richtlijn (EU) 2019/1024 (*Open data richtlijn*).

*spronkelijke doel binnen de publieke taak waarvoor de informatie is geproduceerd.*³⁵ Ingeval er sprake is van een verwerking voor een ander doeleinde dan het oorspronkelijke doel, dient gekeken te worden naar artikel 6 lid 4 AVG.

2.3 *Hergebruik onverenigbaar met oorspronkelijke doeleinden?*

Conform artikel 6 lid 4 AVG is de verwerking van persoonsgegevens voor andere doeleinden dan die waarvoor deze persoonsgegevens aanvankelijk zijn verzameld, in beginsel alleen toegestaan indien de verwerking verenigbaar is met de doeleinden waarvoor die gegevens aanvankelijk zijn verzameld. In dat geval is er geen andere verwerkingsgrond noodzakelijk dan de grond waarop de aanvankelijke verwerking was toegestaan. In artikel 6 lid 4 AVG worden enkele factoren genoemd waarmee de verwerkingsverantwoordelijke rekening moet houden bij de beoordeling van de vraag of een verwerking voor een ander doel verenigbaar is met het oorspronkelijke doel waarvoor de persoonsgegevens zijn verzameld. Deze factoren bestaan onder meer uit het kader waarin de persoonsgegevens zijn verzameld en de mogelijke gevolgen van de voorgenomen verdere verwerking voor de betrokkene. Denk hierbij verder aan de aard van de persoonsgegevens en het bestaan van passende waarborgen, waaronder eventueel versleuteling of pseudonimisering.

Het hergebruik van de persoonsgegevens door de voorzitter van de heemkundevereniging voor zijn bijdrage in de buurtkrant lijkt ons gelet op artikel 6 lid 4 AVG geenszins verenigbaar met het originele doeleinde dat de gemeente bij de verzameling van de (persoons)gegevens heeft gehad, namelijk: het voldoen aan een wettelijke verplichting. Wij menen dat dit feitelijk voor de meeste, zo niet *alle* verwerkingen in het kader van de Who het geval zal zijn. Hergebruik van overheidsinformatie op grond van de Who door een (onbekende) hergebruiker is volgens ons per definitie onverenigbaar met de doeleinden waarvoor de overheidsinstantie de informatie oorspronkelijk heeft verzameld.³⁶ Gelet op artikel 6 lid 4 AVG betekent dit dat een hergebruiker nooit kan 'meeliften' op de verwerkingsgrondslag van de aanvankelijke verwerking en *altijd* een eigen, afzonderlijke verwerkingsgrondslag uit artikel 6 lid 1 AVG nodig heeft.

2.4 *Verwerkingsgrondslag: gerechtvaardigd belang*

Het ligt voor de hand dat deze eigen grondslag voor verwerking als bedoeld in artikel 6 lid 1 AVG in het kader van hergebruik door een derde dient te worden gevonden in de behartiging van een gerechtvaardigd belang. Het is tenslotte onwaarschijnlijk dat de hergebruiker toestemming van de betrokkene voor verwerking kan krijgen. Ook zullen de overige grondslagen in dit verband niet snel opgaan. De vraag die vervolgens rijst is of de verwerkings-

grondslag gerechtvaardigd belang ook van toepassing kan zijn wanneer de hergebruiker een 'zuiver economisch belang' bij zijn hergebruik voor ogen heeft. Immers, de Who wil het hergebruik van overheidsinformatie stimuleren omdat deze informatie van 'substantiële economische waarde' voor burgers en ondernemingen kan zijn.

Voor een geslaagd beroep op gerechtvaardigd belang als verwerkingsgrondslag moet blijkens de *Fashion ID*-uitspraak van 29 juli 2019 (ECLI:EU:C:2019:629) van het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ') zijn voldaan aan drie voorwaarden: 1) het belang dat wordt nagestreefd moet een gerechtvaardigd belang zijn, 2) als dit het geval is, dan moet worden beoordeeld of de verwerking van de persoonsgegevens noodzakelijk is voor de behartiging van dat gerechtvaardigd belang. Hierbij moet tevens worden getoetst aan het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel: is de inbreuk voor de betrokkenen in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel en kan het doel ook voor de betrokkenen op een minder nadelige wijze worden bereikt, en 3) tot slot dient er een afweging plaats te vinden tussen de belangen van de verantwoordelijke en die van de betrokkenen. Alleen als het belang van de verantwoordelijke zwaarder weegt, mag 'gerechtvaardigd belang' als verwerkingsgrondslag worden gebruikt.³⁷ Bij deze belangenafweging wordt van relevantie geacht of de betrokkene op het tijdstip en in het kader van de verzameling van de persoonsgegevens redelijkerwijs mag verwachten dat de verwerking met dat doel kan plaatsvinden.³⁸ De AVG geeft echter geen uitsluitel over de vraag of zuiver economische belangen of winstmaximalisatie als gerechtvaardigd belang kunnen kwalificeren.

De AP beantwoordt deze vraag in haar normuitleg over de verwerkingsgrondslag in elk geval ontkennend.³⁹ Volgens de AP omvat de grondslag van een gerechtvaardigd belang een 'positieve toets', wat inhoudt dat sprake moet zijn van een belang dat in (algemene) wetgeving of elders in het recht is benoemd als een rechtsbelang. Wil een belang als gerechtvaardigd belang kunnen worden aangemerkt, dan zou dit min of meer een dringend en specifiek karakter moeten hebben dat uit een rechtsregel of rechtsbeginsel voortvloeit. Een zuiver economisch belang valt hier niet onder, aldus de AP.

Deze strikte normuitleg is inmiddels in verschillende handhavingskwesies aangevochten. In de VoetbalTV-uitspraak bevestigt de Afdeling dat de strikte interpretatie van de verwerkingsgrondslag van de AP onjuist is, maar zij beoordeelt niet of een economisch belang een gerechtvaardigd belang kan zijn. In deze zaak stelt de Afdeling namelijk vast dat er geen sprake was van een zuiver economisch belang, waardoor zij niet aan deze vraag toekomt.⁴⁰ Dit is een gemiste kans voor de praktijk.

35 Artikel 1 lid 1 sub a Who.

36 Zie ook B. van der Sloot, 'Van openbaarheid naar hergebruik van overheidsinformatie' *NJB* 2015/36, p. 2541.

37 Zie ook ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2173, m.nt. S.R.P. Bastiaans en F. Buskermolen, *AB* 2022/372.

38 Overweging 47 van de Considerans bij Verordening (EU) 2016/679 (AVG).

39 Autoriteit persoonsgegevens, 'Normuitleg gerechtvaardigd belang', autoriteitpersoonsgegevens.nl.

40 ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2173.

Een recente verwijzingsuitspraak van 22 september 2022 van de rechtbank Amsterdam biedt opnieuw hoop op meer duidelijkheid.⁴¹ Ook hierin speelt de vraag of een zuiver economisch belang kan kwalificeren als gerechtvaardigd belang. De KNLTB heeft persoonsgegevens uit haar ledenbestand aan sponsors verstrekt tegen een geldelijke vergoeding, zonder dat de betreffende leden hiervoor toestemming hebben gegeven. De rechtbank merkt op, onder verwijzing naar de *Fashion-ID*-uitspraak, dat elk belang een gerechtvaardigd belang kan zijn.⁴² De rechtbank verwijst hierbij naar de opinie van de Werkgroep-artikel 29, die luidt dat het gerechtvaardigd belang een scala aan belangen omvat. Niet alleen juridische, maar ook allerhande feitelijke, economische en ideële belangen kunnen als gerechtvaardigd belang kwalificeren. Anderzijds overweegt de rechtbank dat 'het verdienen van geld aan persoonsgegevens zonder de toestemming van betrokkenen' aan te merken als gerechtvaardigd belang, niet te vereenzelvigen lijkt met de hoge mate van bescherming die de AVG beoogt te bieden.⁴³ Hierbij valt op dat de rechtbank niet verwijst naar stap 3 van de *Fashion-ID*-toets. De toetsing aan deze stap kan er nu juist toe leiden dat als gevolg van zwaarderwegende belangen van de betrokkene een verwerking op grond van een gerechtvaardigd belang alsnog niet kan plaatsvinden.⁴⁴ De rechtbank heeft in ieder geval de prejudiciële vragen aan het HvJ gesteld of 1) elk belang een gerechtvaardigd belang kan zijn zolang deze niet in strijd is met de wet, en 2) welke omstandigheden bepalen of een zuiver economisch belang een gerechtvaardigd belang is.⁴⁵ Vooralsnog blijft het dus afwachten hoe het antwoord van het HvJ op deze vragen zal luiden. Het is in elk geval te hopen dat hiermee ook de benodigde duidelijkheid volgt of gebruikers met een 'zuiver economisch belang' overheidsinformatie verkregen op grond van de Who met de verwerkingsgrondslag gerechtvaardigd belang mogen hergebruiken.

3. Anonimiseren

Het tweede onderdeel van het wetsvoorstel ter wijziging van de Who, waar zowel de AP als de Afdeling kritiek op hebben gegeven, betreft de wijze waarop in het wetsvoorstel wordt omgegaan met de anonimisering van persoonsgegevens. In haar beoordeling van juni 2022 van het eerste conceptwetsvoorstel stelt de AP voorop dat vanwege moderne technologieën het risico dat geanonimiseerde gegevens in de toekomst toch herleidbaar zijn tot identificeerbare natuurlijke personen alleen maar zal toenemen. Volgens de AP wordt dit risico vergroot doordat steeds

meer gegevens beschikbaar zijn voor hergebruik.⁴⁶ Dit geldt temeer nu er sprake is van een verruiming van het toepassingsbereik van de Who op meerdere overheidsinstanties.⁴⁷

Voor ogen dient te worden gehouden dat de bezwaren van de AP betrekking hebben op een eerdere conceptversie van het wetsvoorstel. De toenmalige conceptversie bevatte twee bepalingen over het proces van anonimisering van persoonsgegevens. Vanwege een gebrek aan toegevoegde waarde van deze bepalingen, die nauw aansloten op hetgeen al in de AVG is geregeld, heeft de AP geadviseerd om deze bepalingen te schrappen. De AP acht het echter wel wenselijk om richtlijnen met betrekking tot anonimisering mee te geven en adviseert daarom bijkomend om in de toelichting van het wetsvoorstel uitgebreider in te gaan op de wijze waarop duurzame anonimisering gegarandeerd kan worden.⁴⁸

Beide voorstellen van de AP zijn in een aangepaste conceptversie van het wetsvoorstel overgenomen. In de Memorie van Toelichting van de huidige versie van het wetsvoorstel is een additionele paragraaf aan het proces van anonimiseren gewijd. De paragraaf bestaat grotendeels uit een opsomming van de uitgangspunten die zijn neergelegd in de AVG. Benadrukt wordt bijvoorbeeld dat het combineren van (geanonimiseerde) gegevens soms kan leiden tot heridentificatie.⁴⁹ Ook wordt ingegaan op het transparantiebeginsel en de verplichting voor verantwoordelijken om betrokkenen te informeren over het proces van anonimisering. Dit lijkt ons een positieve – hoewel niet geheel nieuwe – ontwikkeling. Ten aanzien van het geven van richtlijnen over hoe overheidsorganisaties de anonimiteit van persoonsgegevens zouden moeten waarborgen, gaat het wetsvoorstel echter niet verder dan het geven van enkele oppervlakkige aanwijzingen. Het wetsvoorstel stelt voorop dat er onder de wet geen verplichting tot anonimisering bestaat. In plaats hiervan zullen organisaties 'structureel in de gaten moeten blijven houden of gegevens het risico lopen niet langer anoniem te zijn'. De Memorie van Toelichting stelt verder dat in bepaalde gevallen maatregelen kunnen (of moeten?) worden genomen, zoals het terugtrekken van gegevens of deze eventueel te vervangen.⁵⁰ Hoe dit in de praktijk zal uitwerken is ons niet duidelijk. Wat gebeurt er wanneer persoonsgege-

41 Rb. Amsterdam 22 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5565.

42 Rb. Amsterdam 22 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5565, r.o. 5.3.

43 Rb. Amsterdam 22 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5565, r.o. 5.4.

44 ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2173, AB 2022/372, m.nt. S.R.P. Bastiaans & F. Buskermolen.

45 Rb. Amsterdam 22 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5565, r.o. 6.

46 *Advies over het concept voor het wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn* (AP-advies nr. z2022-00356 van 28 juni 2022 aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 28 juni 2022), Den Haag: AP 2022, p. 5.

47 Memorie van Toelichting Wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn, paragraaf 11.8 (Anonimisering als proces).

48 *Advies over het concept voor het wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn* (AP-advies nr. z2022-00356 van 28 juni 2022 aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 28 juni 2022), Den Haag: AP 2022, p. 5 en 6.

49 Memorie van Toelichting Wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn, paragraaf 11.8 (Anonimisering als proces).

50 Memorie van Toelichting Wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn, paragraaf 11.8 (Anonimisering als proces).

vens inmiddels al enige tijd in het bezit van de hergebruiker zijn, en hoe dient een dergelijke ‘terugtrekking’ in zo een geval daadwerkelijk plaats te vinden?

Wij onderschrijven verder het belang dat de AP toekent aan een deugdelijke wijze van anonimisering van persoonsgegevens in het geval deze beschikbaar worden gesteld voor hergebruik. Het is goed om hierbij nadere duidelijkheid te creëren, maar het huidige wetsvoorstel laat in dit verband nog steeds veel te wensen over. In het advies van de Afdeling dat is gebaseerd op het nieuwe wetsvoorstel komt zij eveneens tot deze conclusie. Ook de Afdeling stelt dat het onduidelijk is wat precies van overheidsorganisaties wordt verwacht om te voorkomen dat geanonimiseerde gegevens toch herleidbaar tot personen zullen worden. De Afdeling stelt voor dat deze verplichtingen dienen te worden verduidelijkt en dat wordt aangegeven hoe en door wie hierop effectief toezicht zal worden gehouden.⁵¹ Daarbij acht zij bovendien van belang dat wordt verduidelijkt in hoeverre hergebruikers – reeds op grond van geldend recht – de gegevens niet mogen de-anonimiseren. Wij zijn benieuwd hoe de wetgever, mede gelet op de alsmaar verder ontwikkelende technologie, op deze nieuwe kritiek zal reageren.

4. Uitvoerbaarheid

Naast de voorgenoemde juridische kritiekpunten roept het huidige wetsvoorstel enkele vragen op ten aanzien van de uitvoerbaarheid van de Who. Zoals eerder opgemerkt zet de Afdeling enkele vraagtekens bij het toezicht op de anonimisering van persoonsgegevens in het kader van hergebruik. Daarnaast merkt de Afdeling op dat onduidelijkheid en rechtsonzekerheid ontstaat uit het feit dat van het verbod op hergebruik van persoonsgegevens opgenomen in openbare registers kan worden afgeweken in bijzondere wetgeving. Dit doet bij de Afdeling de vraag rijzen wat nu precies de betekenis van deze bepaling is. De Afdeling stelt vast dat uit de toelichting bij het wetsvoorstel niet blijkt naar welke wetten hier wordt verwezen.⁵² Het lijkt ons dan ook een stap in de juiste richting om dit nader uit te werken en te specificeren welke wetgeving kan voorzien in de mogelijkheid van hergebruik van persoonsgegevens uit openbare registers. Daarnaast is volgens de Afdeling van belang dat wordt uitgewerkt welke voorwaarden hieraan gesteld worden. De Afdeling benadrukt hierbij dat ook aandacht dient te worden besteed aan de wijze waarop de belangenafweging tussen het belang van de betrokkene en het belang van hergebruik plaatsvindt.

Bij het voor hergebruik beschikbaar stellen van overheidsinformatie uit openbare registers stelt de AP overigens in haar advies dat wanneer van het verbod wordt afgeweken hierbij als nadere voorwaarde zou kunnen worden gesteld dat de instemming van de betrokkene is vereist. De grondslag voor verwerking van persoonsgegevens is volgens de AP dan evenwel artikel 6 lid 1 onder c (wettelijke plicht) of e (algemeen belang) AVG.⁵³ Deze additionele eis van instemming, of om in termen van de AVG te blijven, ‘toestemming’, lijkt ons niet in lijn met de AVG. Artikel 6 lid 1 AVG stelt immer dat een verwerking rechtmatig is indien en voor zover *aan ten minste een* van de verwerkingsgrondslagen is voldaan. Deze verwerkingsgrondslagen zijn allen gelijkwaardig en de AVG geeft géén ruimte voor het stellen van bijkomende eisen ingeval een verwerking reeds rechtvaardig gebaseerd is op één van de verwerkingsgrondslagen (in dit geval volgens de AP dus artikel 6 lid 1 onder c of e AVG). Daarnaast kan de vraag gesteld worden of het vereisen van een additionele ‘instemming’ van de betrokkene, als dat al zou zijn toegestaan, in de praktijk er niet toe zal leiden dat alleen nog maar méér persoonsgegevens verwerkt gaan worden. Immers, om instemming van de betrokkene te krijgen, zullen ook bepaalde contactgegevens van de betrokkene verwerkt moeten worden. Wij kunnen ons niet voorstellen dat dit wenselijk is voor de AP. Een dergelijke nadere voorwaarde lijkt ons daarom om meerdere redenen niet raadzaam.

Tot slot vragen wij ons af wat uiteindelijk de wezenlijke waarde van het verbod op het hergebruik van persoonsgegevens uit openbare registers is. Deze gegevens zijn namelijk opgenomen in *openbare* registers en zijn daarmee in feite reeds open toegankelijk voor hergebruik. Hoewel het verbod ziet op het *herbruikbaar* maken van die informatie, kunnen bij de praktische betekenis van dit verbod vraagtekens worden gesteld. Elk persoon die een openbaar register raadpleegt heeft immers de mogelijkheid om de daarin vermelde persoonsgegevens over te nemen en vervolgens te hergebruiken. Ook wanneer deze ‘niet in hun volledigheid en/of als een door te zoeken bestand voor hergebruik beschikbaar worden gemaakt.’⁵⁴ Het lijkt ons bovendien een onmogelijke opgave om op dit verbod te handhaven, omdat niet valt te controleren waar de gegevens vandaan komen of wie ze heeft hergebruikt. Het verbod lijkt ons inziens enkel een formele functie te hebben om de indruk te wekken dat de bescherming van persoonsgegevens in openbare registers wordt gewaarborgd. Het is niet in te zien hoe zich dit in de praktijk tot een daadwerkelijk verbod van hergebruik vertaalt. Het verbod loopt dan ook het

51 *Wet implementatie Open data richtlijn* (Afdeling-advies nr. W04.33.0141/1 van 24 oktober 2022 aan de Staatssecretaris van Koninkrijksrelaties en Digitalisering), Den Haag: Afdeling 2022.

52 *Wet implementatie Open data richtlijn* (Afdeling-advies nr. W04.33.0141/1 van 24 oktober 2022 aan de Staatssecretaris van Koninkrijksrelaties en Digitalisering), Den Haag: Afdeling 2022.

53 *Advies over het concept voor het wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn* (AP-advies nr. z2022-00356 van 28 juni 2022 aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 28 juni 2022), Den Haag: AP 2022, p. 5.

54 *Advies over het concept voor het wetsvoorstel implementatie Open data richtlijn* (AP-advies nr. z2022-00356 van 28 juni 2022 aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 28 juni 2022), Den Haag: AP 2022, p. 4.

risico een lege huls te zijn. Overigens volgt uit de Open data richtlijn zelf géén directe verplichting voor de implementatie van een dergelijk verbod voor het hergebruik van openbare registers. Wellicht dat de Europese wetgever dezelfde praktische obstakels inzag.

Al met al kenmerkt het wetsvoorstel dat strekt tot de wijziging van de Who zich ons inziens nog door enkele bezwaren en onduidelijkheden met betrekking tot de uitvoerbaarheid van de wet die nog door de wetgever in overweging zullen moeten worden genomen.

5. Samenvatting en conclusie

Met deze bijdrage is beoogd een antwoord te formuleren op vraag of het huidige concept van het wetsvoorstel ter implementatie van de Open data richtlijn en tot de wijziging van de Who ingediend zou moeten worden bij de Tweede Kamer. Met het oog op de bescherming van persoonsgegevens en vanuit een aantal praktische bezwaren concluderen wij dat het wetsvoorstel aanpassing behoeft en niet in de huidige vorm moet worden ingediend bij de Tweede Kamer.

In lijn met het advies van de AP is in het huidige wetsvoorstel een verbod tot het hergebruik van persoonsgegevens uit openbare registers opgenomen. In dit verband zou het volgens de AP namelijk niet snel mogelijk zijn om te kunnen voldoen aan het doelbindingsbeginsel van de AVG. Dit beginsel vereist dat een *verdere* verwerking van persoonsgegevens verenigbaar is met het oorspronkelijke doel waarmee de persoonsgegevens zijn verzameld. Wij concluderen echter dat *alle* verwerkingen van persoonsgegevens in het kader van hergebruik van overheidsinformatie niet zullen voldoen aan dit beginsel. Het gevolg is dat deze verwerkingen een afzonderlijke verwerkingsgrondslag moeten hebben. Deze grondslag zal, gezien de achterliggende gedachte van hergebruik, veelal moet aansluiten op het economisch doeleinde dat de hergebruiker voor ogen heeft. De verwerkingsgrondslag die hierin het meest voor de hand liggend is, is de grondslag van gerechtvaardigd belang. De vraag of een zuiver economisch belang kan worden geschaard onder deze verwerkingsgrondslag is onlangs als prejudiciële vraag gesteld aan het HvJ. Het is dus nog afwachten wat hiervan de uitkomst gaat zijn en hoe zich dit zal verhouden tot het verwerken van persoonsgegevens in het kader van hergebruik.

Daarnaast schiet het wetsvoorstel nog tekort op het gebied van anonimiseringsvoorschriften. Deze voorschriften zijn op dit moment nog onvoldoende duidelijk. Van belang is dat overheidsinstanties weten wanneer en welke activiteiten zij dienen te verrichten om duurzame anonimisering te garanderen. Wij betogen, in navolging van de Afdeling, dat het nieuwe wetsvoorstel specifieke verplichtingen zal moeten opnemen waarin het voorgaande wordt

opgehelderd en bovendien wordt ingegaan hoe en door wie toezicht hierop zal worden gehouden.

Verder dient het huidige wetsvoorstel ons inziens van enkele praktische bezwaren te worden ontdaan, met name ten aanzien van het verbod op het hergebruik van persoonsgegevens uit openbare registers. Ten eerste kunnen wij ons vinden in de kritiek van de Afdeling ten aanzien van het afwijken van dit verbod in bijzondere wetgeving. Het zal nodig zijn om nader uit te werken welke wetgeving kan voorzien in de mogelijkheid van hergebruik van persoonsgegevens uit openbare registers, en welke voorwaarden hieraan worden gesteld. Wij zien bij het voor hergebruik beschikbaar stellen van overheidsinformatie uit openbare registers bovendien problemen in de suggestie van de AP om als uitzondering op het verbod aan de verwerkingsgrondslag uit artikel 6 lid 1 onder c (wettelijke plicht) of e (algemeen belang) AVG een soort additionele eis van instemming te koppelen. Dit lijkt ons in strijd met de AVG, daar alle verwerkingsgrondslagen in de AVG gelijkwaardig zijn.

Vanuit een praktisch oogpunt resteert tot slot bij ons de vraag wat de wezenlijke betekenis is van het verbod op het hergebruik van persoonsgegevens uit openbare registers. De aard van een openbaar register leidt ertoe dat vermelde persoonsgegevens gewoonweg kunnen worden hergebruikt. Toezicht en handhaving op een verbod tot hergebruik van deze gegevens lijkt ons praktisch onmogelijk. Hierdoor loopt het verbod het risico enkel een lege huls te zijn.