1. INLEIDING EN LEESWIJZER

1. De Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: 'AP', 'de Autoriteit' of 'uw Autoriteit') heeft onderzoek gedaan naar de wifitellingen die in de binnenstad van Enschede worden uitgevoerd. Het college van Burgemeesters en Wethouders van de gemeente Enschede (hierna te noemen: 'het college (van) B&W Enschede', 'het college', 'de gemeente Enschede' of 'de gemeente') heeft op 5 september 2017 het besluit genomen om passanten te tellen middels wifisensoren. Het doel van de passantentellingen is om inzicht te verkrijgen in bezoekersaantallen in de Enschedese binnenstad. Het college B&W Enschede beschikte zelf echter niet over de middelen en technieken om passantentellingen uit te voeren en heeft daartoe een gespecialiseerd bureau in de arm genomen: (de voorloper van) Bureau RMC.

2. In vervolg op haar onderzoek heeft de AP het college van B&W Enschede op 21 april 2020 haar onderzoeksrapport doen toekomen. Uit dit rapport volgt dat de AP zich – kort gezegd – op het standpunt stelt dat er in het kader van de wifitellingen:

   - persoonsgegevens in de zin van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: 'AVG') worden verwerkt;
   - waarvoor het college van B&W Enschede als *verwerkingsverantwoordelijke* in de zin van de AVG dient te worden aangemerkt, en;
   - dat het college van B&W Enschede de betreffende persoonsgegevens op onrechtmatige wijze verwerkt, omdat zij geen beroep zou kunnen doen op een van de wettelijke grondslagen uit artikel 6 van de AVG om persoonsgegevens te mogen verwerken.

3. Het college van B&W Enschede is het echter uitdrukkelijk niet eens met de bevindingen en conclusies van de AP. Het college zet daarom haar standpunt uiteen in deze zienswijze. In deze zienswijze betoogt het college achtereenvolgens dat:

   1. zij in het kader van de wifitellingen geen persoonsgegevens verwerkt (paragraaf 2);
   2. zij als overheid ten aanzien van de wifitellingen op zich zelf verantwoordelijk is, maar dat zij twijfelt of zij aan te merken is als verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de AVG dan wel, subsidiair, dat er sprake is van gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid (paragraaf 3);
   3. de gemeente – indien zij in het kader van de wifitellingen als (gezamenlijke) verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens zou verwerken – wèl een beroep kan doen op een wettelijke grondslag uit de AVG voor de verwerkingen (paragraaf 4);
   4. er sprake is van een aantal omstandigheden die met zich meebrengen dat het niet passend c.q. redelijk is om aan de gemeente Enschede een sanctie op te leggen dan wel dat er bij een eventueel op te leggen sanctie rekening dient te worden gehouden met de betreffende omstandigheden (paragraaf 5).

4. In het kort betoogt het college van B&W Enschede in deze zienswijze derhalve in eerste instantie dat zij geen persoonsgegevens verwerkt in het kader van de wifitellingen. Identificatie van individuen is namelijk aan de hand van de verwerkte data niet mogelijk c.q. praktisch ondoenlijk. Bureau RMC – dan wel haar onderaannemer PFM – verwerken in het kader van de wifitellingen derhalve ook geen persoonsgegevens. Daarnaast ontvangt de gemeente Enschede van Bureau RMC slechts anonieme, geaggregeerde data over de bezoekersaantallen in de Enschedese binnenstad; derhalve geen persoonsgegevens. Kortom, er is geen sprake van persoonsgegevensverwerkingen, zodat de AVG niet van toepassing is.

5. In de tweede plaats stelt het college van B&W Enschede – indien en voor zover de AP tóch van mening blijft dat er persoonsgegevens worden verwerkt in het kader van de wifitellingen – zich op het standpunt dat zij weliswaar verantwoordelijk is voor de opdracht tot het uitvoeren van de wifitellingen door Bureau RMC én dat zij verantwoordelijk is voor het tel-project op zich zelf, maar dat zij twijfelt of zij wel is aan te merken als een verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de AVG. Subsidiair betoogt de gemeente dat er sprake is van gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid.

6. Er zijn in de ogen van de gemeente in deze kwestie twee soorten verantwoordelijkheden te onderscheiden:
   1. de (contractuele) verantwoordelijkheid van de gemeente Enschede als opdrachtgever van de opdrachtovereenkomst aan Bureau RMC, waarbij opdracht is gegeven om passantentellingen uit te voeren, alsmede de verantwoordelijkheid die zij als overheid heeft voor het tel-project op zich zelf;
   2. de verantwoordelijkheid voor de verwerking van de persoonsgegevens.

7. De gemeente erkent haar verantwoordelijkheid voor het gehele wifitel-project. De gemeente meent dat zij de opdracht voor die tellingen goed kan verantwoorden binnen de verantwoordelijkheden die zij als overheid heeft. De gemeente twijfelt echter of zij wel is aan te merken als verwerkingsverantwoordelijke. Zij heeft daarvoor een aantal aanwijzingen. Zij verzoekt de AP om de kwalificatie van de rollen van de diverse actoren in deze casus, nader te onderzoeken en uitdrukkelijk bij haar besluitvorming te betrekken.

8. Het college van B&W Enschede is – indien de AP desondanks meent dat het college verwerkingsverantwoordelijke is voor de persoonsgegevensverwerkingen – hooguit *gezamenlijk verwerkingsverantwoordelijke in de zin van artikel 26 AVG*, tezamen met Bureau RMC.

9. Mocht de AP van oordeel zijn dat er persoonsgegevens worden verwerkt in het kader van wifitellingen en dat het college van B&W Enschede daarvoor (gezamenlijke) verwerkingsverantwoordelijke is, dan stelt het college zich op het standpunt dat zij wèl een wettelijke grondslag uit de AVG heeft voor de verwerkingen.

10. Primair beroept het college zich op de grondslag ‘publieke taak’ ex artikel 6 lid 1 sub e AVG. Het college is namelijk op grond van artikel 160 Gemeentewet bevoegd tot het voeren van ‘dagelijks bestuur’ binnen de gemeente. Dat is een zeer ruim omschreven taak, waaronder volgens het college eveneens wifitellingen in het kader van de gemeentelijke overheidstaken vallen. Met de passantentellingen kan immers inzicht worden verkregen in diverse aspecten die voor de gemeente van belang zijn om haar beleid op diverse vlakken te kunnen baseren en derhalve om invulling te geven aan de ‘publieke taak’ die zij als gemeente jegens haar inwoners heeft.

    Secundair stelt het college van B&W Enschede zich op het standpunt dat de verwerkingen in het kader van wifitellingen kunnen worden gebaseerd op de grondslag ‘gerechtvaardigd belang’ ex artikel 6 lid 1 sub f AVG. Deze verwerkingen strekken er immers toe om de gerechtvaardigde belangen van zowel het college van B&W Enschede als derden – te weten de ondernemers, investeerders en bezoekers van de binnenstad in Enschede – te behartigen. Niet alleen de gemeente zelf, ook deze derden hebben allen een evident belang bij een aantrekkelijke, leefbare en veilige binnenstad. Daarbij is van belang dat de verwerkingen in het kader van wifitellingen noodzakelijk zijn om de nagestreefde belangen te verwerkelijken. Het is niet mogelijk om deze informatie op een minder ingrijpende wijze te verzamelen; er bestonden hiervoor op het moment van opdrachtverstrekking geen goede alternatieven. Daar komt bij dat – in het kader van de te maken belangenafweging – zowel het college van B&W als Bureau RMC diverse maatregelen hebben getroffen om de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de individuen terug te brengen tot nihil.

11. Tot slot wijst het college van B&W Enschede de AP op een aantal omstandigheden die met zich meebrengen dat een eventueel op te leggen sanctie niet passend c.q. redelijk is, dan wel dat er bij de sanctie – indien de AP ondanks deze zienswijze overgaat tot het opleggen van een sanctie – daarmee rekening dient te worden gehouden. Zo er al sprake zou zijn van persoonsgegevensverwerking dan vindt deze – in minimale vorm – plaats bij Bureau RMC dan wel haar onderaannemer PFM. Identificatie van individuen is aan de hand van de verwerkte gegevens immers niet mogelijk c.q. praktisch ondoenlijk. De gemeente Enschede heeft in dit verband steeds te goeder trouw gehandeld en is uitgegaan van de deskundigheid van Bureau RMC als professioneel opdrachtnemer. Daarnaast heeft de gemeente een zeer beperkte rol gespeeld in het kader van de gegevensverwerkingen rondom de wifitellingen. Als gevolg van onder meer de genoemde omstandigheden dient een eventueel op te leggen sanctie dan ook achterwege te blijven, althans er zal in ieder geval rekening moeten worden gehouden met deze omstandigheden. Bijvoorbeeld door matiging.

2. COLLEGE VAN B&W ENSCHEDE ONTVANGT GÉÉN PERSOONSGEGEVENS; BUREAU RMC / PFM VERWERKEN GEEN PERSOONSGEGEVENS

2.1. Inleiding

12. Het college van B&W Enschede ontvangt slechts anonieme, geaggregeerde data van Bureau RMC. Dat standpunt zal hierna uitgebreid nader worden toegelicht onder het kopje “techniek van de tellingen”. Het college van B&W Enschede weet uit die informatie niet meer of minder dan het *aantal bezoekers* in een bepaald gebied. Zij weet niet wie die bezoekers zijn en zij weet bovendien niet exact wanneer die bezoekers door de sensoren zijn gesignaleerd. De output van de wifitellingen, in de vorm van geaggregeerde rapportages, die het college van B&W Enschede – pas een dag na de tellingen – ontvangt kan dan ook op geen enkele wijze worden opgevat als een tot een identificeerbaar individu te herleiden persoonsgegeven. Er is anders dan de AP meent, dan ook geen sprake van persoonsgegevensverwerking, door het college van B&W Enschede.

13. Het college van B&W Enschede meent dat de MAC-adressen, die door de sensor slechts zeer tijdelijk worden waargenomen en die na binnenkomst, letterlijk in milliseconden, direct worden gehasht, niet tot identificatie van een individu kunnen leiden. Men kan zich bovendien eenvoudigweg geen toegang verschaffen tot de sensor teneinde inzicht te krijgen in het MAC-adres. Ook vanwege de hashing en truncating die Bureau RMC/PFM toepassen kan in de ogen van het college van B&W Enschede niet gesproken worden van tot een identificeerbare natuurlijke persoon te herleiden informatie, en derhalve niet van persoonsgegevens. Zulks geldt naar het oordeel van het college van B&W Enschede in de verschillende fasen van de verwerking. Zowel het MAC-adres zelf dat door de sensoren wordt opgepikt, als het gehashte en getruncate gegeven dat door de sensor aan de server wordt doorgegeven, zijn niet aan te merken als een persoonsgegeven. Ook de leefpatronen die de AP uit laatstgenoemde gegevens meent te kunnen halen, kwalificeren in de ogen van de gemeente niet als persoonsgegevens. Het leefpatroon is namelijk op geen enkele manier herleidbaar tot een individu.

14. Voor de goede orde en ter voorkoming van misverstanden; de gemeente betoogt in het hiernavolgende niet dat een MAC-adres nooit een persoonsgegeven zou kunnen zijn. Zij betoogt zelfs niet dat een MAC-adres in combinatie met een locatiegegeven nooit een persoonsgegeven zou kunnen zijn. Zij betoogt dat *in dit concrete geval* identificatie aan de hand van het gehashte en getruncate MAC-adres (maar ook het MAC-adres zelf) én het grove ‘locatiegegeven’ niet plaats kan vinden en dat daarom in *dit concrete geval* niet gesproken kan worden van verwerking van persoonsgegevens.

2.2. Techniek van de tellingen

15. Alvorens haar standpunt dat er geen persoonsgegevens worden verwerkt, nader te onderbouwen, neemt het college van B&W Enschede de AP graag mee in de werking van de techniek van de

wifitellingen. De onderstaande beschrijving van de technische gang van zaken is gebaseerd op de informatie die de gemeente van Bureau RMC en PFM heeft ontvangen.

16. Op diverse plekken in de stad heeft Bureau RMC/PFM in overleg met de gemeente sensoren geplaatst. Naar het college van B&W Enschede van Bureau RMC/PFM begrijpt, heeft een sensor een bereik van in potentie tot wel 70 meter rondom het meetpunt. De sensor vangt de wifi-signalen die een device uitstoot binnen het sensorgebied op. Voor alle duidelijkheid: dit kunnen allerlei soorten devices die wifi-signalen uitzenden, zijn. Denk aan printers, pinapparaten in winkels, smart-tv's, iPads, smart phones. De sensor ontvangt een 'pakketje' gegevens waaronder het MAC-adres van de device en de wifi-sterkte. Er worden geen (overige) tot de persoon herleidbare gegevens geregistreerd. Er worden ook geen longitude, latitude of adresgegevens ontvangen door de sensor.

17. Zoals hiervoor uiteengezet is het doel; het tellen van passanten. Zulks gebeurt als volgt. De sensor vangt het MAC-adres van de te tellen device op twee status-momenten op. 'Status 1' is het moment dat het wifi-signaal van de device voor het eerst door de sensor wordt waargenomen. De gedachte is dat de te tellen passant op dat moment het sensorgebied betreedt. Wanneer deze passant het sensorgebied verlaat, en dus 'passeert', wordt na twee minuten 'status 2' geconstateerd. Men houdt twee minuten aan zodat men zeker weet dat de device zich niet langer in het sensorgebied bevindt.

18. Het onderstaande plaatje illustreert hoe een en ander in zijn werk gaat:



19. Beide status-momenten worden op het moment van constatering van de relevante omstandigheid – dus in het geval van status 1 direct bij het binnenlopen van het gebied en in het geval van status 2 minuten na constatering van vertrek – real time doorgestuurd naar de server. Deze statusmeldingen die naar de server worden gestuurd gaan vergezeld van het gehashte MAC-adres. Deze hashing vindt direct bij doorzending plaats. Het MAC-adres wordt vervolgens niet bewaard op de sensor. De wijze van hashing is door de AP uitvoerig benoemd in haar rapportage. Het betreft oneway hashing, dus

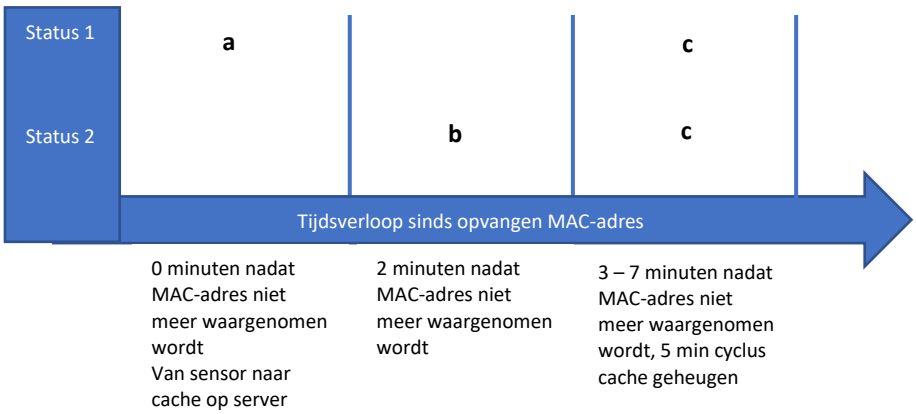
terugherleiding tot het MAC-adres is feitelijk niet mogelijk.

20. Dat MAC-adres wordt door middel van het werkgeheugen op de sensor, vrijwel direct gehasht op de sensor. De AP geeft in haar onderzoek onder randnummer 45 aan, dat er ongepseudonimiseerde MAC-adressen worden opgeslagen op het werkgeheugen van de sensor. Dat klopt, maar dat is slechts zeer tijdelijk (enkele milliseconden); zonder die tijdelijke opslag in het werkgeheugen van de sensor zou er immers geen hashing plaats kunnen vinden. Voor hashing is nu eenmaal rekenkracht / computergeheugen nodig. Dat kan niet in de lucht plaatsvinden, men ontkomt er niet aan dat er een (kort) moment is dat het MAC-adres wordt opgeslagen in het werkgeheugen van de sensor. De vraag is vervolgens wat je daar dan mee zou kunnen. Kan hiermee identificatie plaatsvinden? Het antwoord is nee. Men kan zich immers geen toegang tot de sensor verschaffen, zodanig dat men een MAC-adres zou kunnen achterhalen. Hierna zal worden toegelicht waarom niet.

21. De gehashte gegevens (status 1 en status 2) komen vervolgens op de server van Bureau RMC/PFM. Op dat moment bevindt het MAC-adres, noch het gehashte MAC-adres zich op de sensor. Naar de gemeente van Bureau RMC/PFM begreep, bestaat de opslag op de server uit twee delen. De gehashte gegevens die van de sensor afkomstig zijn, worden eerst in het cache-geheugen van de server geplaatst. In dit cache-deel worden de verzamelde gegevens iedere 5 minuten geleegd door ze weg te schrijven naar de database op de server, eerst in de korte termijn tabel en vervolgens in de lange termijn tabel. Op de server worden de gehashte MAC-adressen getruncate door [redacted] af te knippen. Een en ander is in de rapportage van de AP eveneens beschreven.

22. Status 1 en status 2 zijn gezamenlijk één passant, dat wil zeggen: een telling. Pas vanaf dat moment, dat is dus nadat de gegevens uit de cache-tellingen zijn weggeschreven naar de tabellen in de database, kan een medewerker van Bureau RMC/PFM het gegeven pas herkennen als een telling en vanaf dat moment zou de door de AP veronderstelde identificatie pas plaats kunnen vinden. De gemeente zal hierna betogen dat identificatie echter in de praktijk niet mogelijk is.

23. Het voorgaande laat zich visueel als volgt samenvatten, waarbij wij uitgaan van de snelste registratie van een telling, namelijk het moment dat een passant het sensorgebied direct weer zou verlaten.



a: Status 1 MAC-adres van de sensor gestuurd naar server (in cache-geheugen), gehasht.
b: Status 2 MAC-adres van de sensor gestuurd naar server (in cache-geheugen), gehasht.
c: Status 1 en 2 gehasht MAC-adres bevinden zich *gezamenlijk* op database server, nadat ze uit cache-geheugen hiernaartoe zijn weggeschreven. Het cache-geheugen heeft een 5-minutencyclus. Vanaf dat moment is er sprake van een telling en zou in theorie een leefpatroon op basis van gehashte en getruncate codes herleid kunnen worden. Daardoor is echter nog niet bekend *wie* dat dan is.

24. De voorgaande werkwijze heeft een aantal consequenties die in het hiernavolgende betoog van de gemeente van belang zijn:

    1. De gegevens worden per status-moment realtime doorgestuurd. In het geval van status 1 is dat onmiddellijk op het moment van de eerste waarneming van het MAC-adres in het sensorgebied. In het geval van status 2 is dat twee minuten nadat het MAC-adres door de sensor voor het laatst is waargenomen.

    2. Op het moment van doorsturen worden de MAC-adressen vrijwel direct, namelijk na enkele milliseconden gehasht, zodat de server uitsluitend een gehasht gegeven ontvangt. Op de sensor blijft geen MAC-adres of een tot een individu herleidbaar gegeven achter. Op de server kan het gehashte en getruncate gegeven vanwege de oneway hashing niet terug herleid worden tot het MAC-adres.

    3. Doordat er op zijn minst enige minuten zitten tussen het moment dat een MAC-adres voor het eerst door de sensor wordt opgepikt en het moment dat de telling in database (de korte termijn tabel) wordt ingeschreven, kan er nooit sprake zijn van real time identificatie van de persoon van wiens device het MAC-adres is opgepikt. Deze persoon is inmiddels (ongeveer) 3 tot 7 minuten uit het sensorgebied verdwenen.

25. Dan iets over de MAC-adressen die zeer tijdelijk door de sensor worden opgevangen en worden gehasht. Er worden geen MAC-adressen permanent bewaard en er zijn bijvoorbeeld ook geen lijsten of databases met MAC-adressen voorhanden. Bureau RMC/PFM kan zich geen toegang verschaffen tot de MAC-adressen op de sensoren. Het betreft zeer tijdelijke opslag op een werkgeheugen (enkele milliseconden), niet op een harde schijf (of iets dergelijks) die op afstand is uit te lezen. Bovendien is er geen softwareprogramma of interface voorhanden, zo begreep het college van B&W Enschede, waarmee MAC-adressen digitaal uitgelezen zouden kunnen worden. In de praktijk zou men de sensor open moeten schroeven om zich fysiek toegang te verschaffen tot het werkgeheugen. De elektriciteit mag daarbij niet worden uitgeschakeld; bij uitschakelen van de stroom wordt het werkgeheugen namelijk direct gewist. Het betreft slechts een werkgeheugen, er is geen sprake van (permanente) opslag. Het uitschakelen van de elektriciteit zou derhalve betekenen dat alle gegevens op het werkgeheugen verloren gaan. Het losschroeven van de sensor die nog op stroom zit aangesloten is daarentegen een gevaarlijke bezigheid. Al met al geen haalbare kaart.

2.3. Opgevangen MAC-adres op sensor geen persoonsgegeven

26. Primair stelt de gemeente zich op het standpunt dat de MAC-adressen die de sensor opvangt, al dan niet in combinatie met een locatiegegeven, niet direct dan wel indirect tot identificatie van een individuele natuurlijke persoon kan leiden.

27. Allereerst betwist het college van B&W Enschede de constatering van de AP dat een MAC-adres, bijvoorbeeld in combinatie met een locatiegegeven, in sommige situaties een natuurlijke persoon zou kunnen identificeren, niet. Het college van B&W Enschede wil echter benadrukken dat pas van directe of indirecte identificeerbaarheid sprake zou kunnen zijn, indien er sprake is van (koppeling met) bijkomende gegevens. Slechts die gegevens in samenhang maken dat er sprake zou kunnen zijn van een gegeven dat tot een individu te herleiden zou zijn, een persoonsgegeven in de zin van de AVG dus.

28. Laten we dit illustreren met een voorbeeld: stel er is een groep van 100 mensen bijeen. Als een van de personen uit die groep, zonder dat de rest daarvan op de hoogte is, het MAC-adres van zijn smartphone opschrijft, dan weet de rest van die groep niet van welke telefoon dat MAC-adres afkomstig is, laat staan welke persoon daar eigenaar van is. Zij weten echter wel wat het MAC-adres is en ook de locatie waar het zich afspeelt. Toch maakt die informatie niet dat we weten welke

persoon eigenaar van de smartphone is. Dat MAC-adres zou alleen dan een tot die persoon herleidbaar gegeven kunnen zijn, indien door toevoeging van andere gegevens duidelijk wordt van welke smartphone dat specifieke MAC-adres is én wie daarvan de eigenaar is. De AP behandelt in haar rapport een MAC-adres ten onrechte als een soortement uniek identificatienummer voor een individu, een natuurlijk persoon. Dat is in de ogen van het college van B&W Enschede onjuist. Een MAC-adres is, mits niet gespoofed, niets meer dan een uniek identificatienummer van een apparaat. Dat kan een smartphone zijn, maar ook een printer of een iPad of een ander apparaat dat wifi-signalen uitzendt. Het zegt nog niets over een individu. Het college van B&W Enschede legt hierna uit waarom zij ook in dit concrete geval die mening is toegedaan.

29. In bovenstaande zienswijze vindt het college van B&W Enschede steun in diverse publicaties. Zo schrijft de Minister voor Rechtsbescherming, Sander Dekker, op 3 juni jl. aan de Vereniging van Nederlandse gemeenten[1] over wifi-tracking – waar in deze casus overigens pertinent geen sprake van is, aangezien het louter en alleen gaat over passantentellingen – dat de combinatie van gegevens kan leiden tot een persoonsgegeven. Meer precies schrijft hij:

> *"Bij de toepassing van wifi-tracking worden zogenaamde MAC-adressen, een unieke code in het mobiele apparaat van de gebruiker, alsmede het serienummer van het betreffende apparaat, in combinatie met de locatie en het tijdstip*
> *verwerkt en opgeslagen. Deze gegevens kunnen voorts worden gecombineerd met gegevens uit andere toepassingen zoals camera-beelden of persoonlijke bonuskaarten. De combinatie van deze gegevens zorgt ervoor dat natuurlijke personen indirect identificeerbaar worden."*

30. Bij wifi-tracking gaat het dus om 1) de opslag van MAC-adressen in combinatie met de locatie en het tijdstip; die gegevens worden vervolgens 2) gecombineerd met andere gegevens zoals camera-beelden of bonuskaarten en die 3) combinatie kan vervolgens maken dat de gegevens indirect herleidbaar zijn tot individuele natuurlijke personen.

31. De wifi-trackingmethode die de Minister beschrijft is een hele andere methode dan de wijze waarop de passantentellingen in Enschede plaatsvinden. Immers, ten eerste wordt in casu een MAC-adres niet opgeslagen, maar door de sensor slechts zeer tijdelijk waargenomen en na binnenkomst, letterlijk in milliseconden, direct gehasht. Er vindt uiteindelijk alleen een telling plaats en er is geen sprake van dat deze gegevens worden gecombineerd met andere (persoons)gegevens en daarmee indirect herleidbaar zouden zijn tot een natuurlijke persoon.

32. De Minister verwijst voorts in zijn brief naar een nieuwsbericht op de website van uw Autoriteit. In dat concrete nieuwsbericht gaat het echter over wifi-tracking in onder andere winkels, waarbij door middel van koppeling van aanvullende gegevens als (real-time) camerabeelden en bonuskaarten, identificatie plaats zou kunnen vinden. Het college van B&W Enschede leest daarin dat als die aanvullende gegevens ontbreken, en er dus alleen sprake is van een MAC-adres met een (grof) locatiegegeven, identificatie net zo goed niet mogelijk zou kunnen zijn. Dat is in casu ook het geval. Sterker nog: in casu is het MAC-adres ook nog eens gehasht en getruncate. De AP neemt in haar rapportage in de ogen van het college van B&W Enschede te snel aan dat er sprake is van herleidbaarheid, en doet daarbij steeds een beroep op het (oudere) advies van Working Party 29 (hierna: 'WP29'), de voorloper van de European Data Protection Board ('EDPB').[2]

33. De gemeente leest datzelfde advies bovendien anders. Uit deze publicatie van WP29 blijkt uitdrukkelijk dat het enkele MAC-adres niet als persoonsgegeven wordt beschouwd. Een MAC-adres is volgens WP29 pas een persoonsgegeven als er sprake is van een combinatie met andere gegevens.

[1] Brief Minister voor Rechtsbescherming Sander Dekker, d.d. 3 juni 2020 aan VNG, met onderwerp 'Brief Wifi-tracking VNG'.
[2] WP29, Advies 13/2011 over geolocatiediensten op slimme mobiele apparaten, WP185, 16 mei 2011

In casu is er echter geen sprake van combinatie van de MAC-adressen met andere gegevens. Zo worden er geen direct identificerende gegevens, zoals de naam of het adres van een betrokkene verwerkt en ligt hun identiteit ook niet op andere wijze vast (bijvoorbeeld in een klantsysteem). Het enige andere gegeven dat in dit verband mogelijk een rol zou kunnen spelen is een (grof) locatiegegeven. Dit locatiegegeven is in casu echter te onnauwkeurig om in samenhang met een MAC-adres een individu te kunnen identificeren. WP29 schrijft daarover: '(…) *in zeer dichtbevolkte gebieden zal het MAC-adres, ook als er informatie over de signaalsterkte beschikbaar is, op verschillende appartementen wijzen als mogelijke locatie van het toegangspunt. In deze omstandigheden is het zonder onredelijke inspanningen niet mogelijk om precies vast te stellen wie de bewoner is van het appartement waar het toegangspunt zich bevindt.'* Die situatie doet zich in casu ook voor. De wifisterkte zegt immers niets over de locatie van de device in het sensorgebied.[3] Het locatiegegeven is, zoals verderop in deze zienswijze wordt toegelicht, namelijk zo ruim dat het meerdere straten in de Enschedese binnenstad kan omvatten. Bovendien kan dit (grove) locatiegegeven – zoals eveneens verderop in deze zienswijze nader zal worden toegelicht – niet tot realtime identificatie leiden. Het is dan ook niet mogelijk om zonder onredelijke inspanningen aan de hand van het MAC-adres en een niet realtime verwerkt grof locatiegegeven een individu te identificeren. Zeker niet op een drukke en dichtbevolkte locatie als de Enschedese binnenstad. Zie voor een voorbeeld van passantentellingen de bijgevoegde rapportages in **Bijlage 1.** Zie bijvoorbeeld de telling van de Kalanderstraat waar in een uur tijd ruim 1200 passanten voorbijkomen.

2.3.1. Herleidbaarheid eis voor identificatie

34. Een persoonsgegeven moet in ieder geval herleidbaar zijn tot een individu, een natuurlijke persoon. Om te bepalen of een natuurlijke persoon identificeerbaar is, moet rekening worden gehouden met alle middelen waarvan redelijkerwijs valt te verwachten dat zij door de verwerkingsverantwoordelijke worden gebruikt om een individu te identificeren (direct of indirect). Daarbij moet rekening worden gehouden met alle objectieve factoren, zoals de kosten en de tijd benodigd voor identificatie. De identiteit moet zonder onevenredige inspanningen kunnen worden vastgesteld. Terecht wordt aangenomen dat iets geen persoonsgegeven is, als de betrokkene niet of slechts met disproportionele aanwending van middelen, geld of mankracht kan worden achterhaald. Het college van B&W Enschede is van mening dat dat laatste in casu het geval is. Als je in casu al tot een individu zou kunnen herleiden – quod non –, dan kan dat uitsluitend door maatregelen die praktisch ondoenlijk zijn. In die zin blijft een eventuele mogelijkheid niet meer dan een theoretische mogelijkheid, dat is echter onvoldoende om van daadwerkelijke identificatie van een betrokkene te kunnen spreken.

35. Het college van B&W Enschede vindt in dat kader steun voor haar stelling in de memorie van toelichting behorende bij de Wet bescherming persoonsgegevens. Deze toelichting is – aangezien de definitie van persoonsgegevens onder de AVG inhoudelijk niet is gewijzigd – volgens het college B&W Enschede nog steeds van belang. De memorie van toelichting geeft expliciet aan (onderstrepingen college B&W Enschede):

> *"Niet elk technisch of toevallig verband tussen een gegeven en een persoon is dus voldoende om dat gegeven een persoonsgegeven te doen zijn. Anders dan de Registratiekamer in haar advies stelt is niet vereist dat iedere mogelijkheid de gegevens met betrekking tot personen te gebruiken, is uitgesloten. Is deze mogelijkheid weliswaar theoretisch aanwezig maar is ondenkbaar dat dit ook daadwerkelijk gebeurt, dan kan ervan worden uitgegaan dat de gegevens niet als persoonsgegevens worden aangemerkt."*[4]

[3] Zie in dat kader ook WP29, Advies 13/2011 over geolocatiediensten op slimme mobiele apparaten, WP185, 16 mei 2011, pagina 12.
[4] *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 47.

36. Kortom, indien identificatie slechts een theoretische mogelijkheid is, dan is er geen sprake van een persoonsgegeven. Dezelfde conclusie kan volgens het college van B&W Enschede ook worden getrokken uit het recentelijk ingediende wetsvoorstel "*Tijdelijke wet informatieverstrekking RIVM in verband met COVID-19*". In de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel geeft de regering uitdrukkelijk aan dat een theoretische mogelijkheid om in bepaalde situaties geaggregeerde locatiedata te kunnen herleiden tot individuen, niet zonder meer met zich meebrengt dat die identificatie daadwerkelijk plaatsvindt.[5] Volgens de regering is het namelijk redelijkerwijs niet te verwachten dat er middelen worden ingezet om een individu te identificeren. Bijvoorbeeld de daarvoor benodigde kosten en tijd maken identificatie onwaarschijnlijk. Daarnaast ontvangt het RIVM alleen de totaal aantallen. Dat is vergelijkbaar met de situatie van de gemeente Enschede, die ook alleen totaalrapportages van Bureau RMC ontvangt. Het college van B&W Enschede merkt in dit verband nog op dat volgens de regering de identificatie van individuen al redelijkerwijs valt uit te sluiten bij het verstrekken van gegevens aan het RIVM met een ondergrens van minimaal 15 personen. In de Enschedese binnenstad worden er echter in de regel vele malen hogere passantenaantallen geteld. Zie wederom **Bijlage 1.** Het college van B&W Enschede licht verderop in deze zienswijze nader toe dat identificatie van individuen in het kader van wifitellingen in de Enschedese binnenstad praktisch ondoenlijk is.

37. Het college van B&W Enschede vindt voor haar stelling eveneens steun in de rechtsliteratuur. In zijn oratie[6] d.d. 12 april 2013, stond prof. Mr. Zwenne stil bij de vraag wat men onder 'identificeren' zou moeten verstaan. Volgens hem gaat het erom dat de verwerkingsverantwoordelijke de 'identiteit' van de persoon waar een gegeven op ziet, moet kunnen achterhalen. Een gegeven is nog geen persoonsgegeven omdat het iets zegt over iemand, en zelfs niet, zo stelt Zwenne, omdat het uniek is voor iemand. Slechts in combinatie met andere gegevens is identificatie wellicht mogelijk.

38. Daarnaast geldt, zoals de AP in haar rapport overigens zelf ook aanhaalt, het redelijkheidsaspect. Zwenne stelt dat een theoretische identificatiemogelijkheid onvoldoende is om te kunnen spreken van persoonsgegevens. Er kan alleen sprake zijn van identificeerbaarheid als dat geen onevenredige inspanning, kosten of tijd vergt.

39. Feitelijk zegt het Europese Hof van Justitie in de zaak Breyer / Duitsland[7] hetzelfde. Als identificatie in de praktijk ondoenlijk is, kan er geen sprake zijn van een persoonsgegeven. Daarvan is in casu sprake, hetgeen het college van B&W Enschede hierna verder uiteen zal zetten.

40. Anders dan de AP stelt onder nr. 130 van haar onderzoeksrapport, stelt het college B&W Enschede zich op het standpunt dat er niet is voldaan aan de criteria uit het arrest Breyer / Duitsland om te kunnen spreken van persoonsgegevens. Het college B&W Enschede wijst er in dit verband op dat er bij de kwestie Breyer / Duitsland geheel andere omstandigheden en uitgangspunten een rol speelden. In die kwestie ging het namelijk om IP-adressen die werden bewaard, waarbij een derde partij juridische mogelijkheden had om de betreffende IP-adressen op te vragen. Het Hof van Justitie was daarom destijds van oordeel dat – doordat er wettige middelen beschikbaar waren, om bij een derde aanvullende informatie op te vragen, waarmee in combinatie met het bewaarde IP-adres een betrokkene kan worden geïdentificeerd – er sprake was van persoonsgegevens[8]. Dergelijke omstandigheden, spelen echter niet bij de wifitellingen in de Enschedese binnenstad. De MAC-adressen worden namelijk niet bewaard, maar direct op de sensor gehasht waarna het originele MAC-adres wordt verwijderd. Men kan dan ook niet bij de originele MAC-adressen komen. Daarnaast

[5] *Kamerstukken II* 2020/21, 35479, nr. 3, p. 6.
[6] Prof mr. G.J. Zwenne, '*de verwaterde privacywet*', oratie uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Recht en de Informatiemaatschappij aan de Universiteit Leiden, d.d. 12 april 2013.
[7] HvJEU 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer/Duitsland)*
[8] HvJEU 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer/Duitsland*), ro. 47 – 49.

wordt elders in deze zienswijze toegelicht dat het praktisch ondoenlijk is in casu individuen te identificeren.

41. Het college B&W Enschede wijst voorts op de annotatie van mr. J.A.N. Baas bij de zaak Breyer / Duitsland. In die annotatie concludeert Baas dat het enkele IP-adres niet zonder meer als persoonsgegeven kan worden aangemerkt. Baas schrijft onder meer (onderstrepingen gemeente)[9]:

> *"Het Hof verwijst weliswaar naar het doel van de verwerking, door aan te geven dat de bevoegdheid om gegevens op te vragen met name zal bestaan in het geval van cyberaanvallen, doch overweegt vervolgens in algemene zin dat IP-adressen persoonsgegevens zijn indien er wettige mogelijkheden zijn om de betrokkene te identificeren aan de hand van de bewaarde IP-adressen. Indien er hierbij verder geen beperking geldt wordt het begrip "persoonsgegeven" alsnog zodanig opgerekt dat er in de praktijk van een objectief criterium moet worden uitgegaan. Er is haast geen gegeven denkbaar dat zich er – afhankelijk van de context – niet voor leent om in combinatie met andere gegevens te worden gebruikt een betrokkene te identificeren of waaraan informatie overeen betrokkene kan worden ontleend. En er zijn altijd situaties denkbaar waarin er bevoegdheden bestaan om deze gegevens op enig moment te verwerken, bijvoorbeeld in geval van een misdrijf (vgl. ook de conclusie AG, par. 65). De toepasselijkheid van de gegevensbeschermingswetgeving zou onevenredig worden opgerekt indien al deze gegevens in alle gevallen als persoonsgegeven behandeld dienen te worden. Het lijkt daarom reëel om, in lijn met de door de advocaat-generaal beschreven visie van de Commissie, de strekking van het arrest beperkt te achten tot de omstandigheden van het geval, waarin de gegevens werden verzameld met het oog op toekomstige identificatie bij internetaanvallen (net zoals het Hof in rechtsoverweging 34 benadrukt dat de vaststelling omtrent IP-adressen in Scarlet Extended geldt in de omstandigheden van die zaak). Een aanwijzing voor een dergelijke lezing kan worden gevonden in het feit dat het Hof zijn oordeel verbindt aan het geval dat het IP-adres "wordt geregistreerd telkens als een persoon een website bezoekt" en niet in algemene zin spreekt van verwerking van een IP-adres door een verantwoordelijke."*

42. De advocaat-generaal ('AG') bij de zaak Breyer / Duitsland schrijft in dit kader in diens conclusie (onderstrepingen gemeente)[10]:

> *"63. De kern van de vraag is dus of het, om de dynamische IP-adressen als persoonsgegevens te kwalificeren, van belang is dat een heel specifieke derde – de internetprovider – over aanvullende gegevens beschikt die het in combinatie met die IP-adressen mogelijk maken de gebruiker te identificeren die een bepaalde website heeft bezocht.*
>
> *[…]*
>
> *65. Deze zeer ruime uitlegging zou er in de praktijk toe leiden dat elke soort informatie als een persoonsgegeven wordt aangemerkt, ook al is die op zichzelf onvoldoende om de identificatie van een gebruiker mogelijk te maken. De mogelijkheid dat er een derde is die aanvullende gegevens bezit die met die informatie kunnen worden gecombineerd en daarom geschikt zijn om de identiteit van een persoon te onthullen, kan nooit met absolute zekerheid worden uitgesloten.*

[9] HvJEU 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer/Duitsland*), JBP 2016/82, aflevering 1, 2016, m.nt. J.A.N. Baas.
[10] Concl. A-G M. Campos Sánchez-Bordona, bij HvJEU 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer/Duitsland*).

66. Naar mijn mening rechtvaardigt de mogelijkheid dat de ontwikkeling van de techniek, in een meer of minder nabije toekomst, de weg vrijmaakt voor steeds verfijndere instrumenten om informatie te verkrijgen en te verwerken, de waarborgen waarmee de persoonlijke levenssfeer op voorhand wordt omringd. De Uniewetgever heeft er bij het vastleggen van de relevante rechtscategorieën op het gebied van gegevensbescherming voor gezorgd dat daaronder gedragingen vallen die voldoende ruim en flexibel zijn geformuleerd om elke denkbare situatie te dekken.

67. Ik ben echter van mening dat deze bezorgdheid – die trouwens heel legitiem is – er niet toe mag leiden dat de bewoordingen worden genegeerd waarin de wetgever zijn wil heeft uitgedrukt, en dat de systematische uitlegging van overweging 26 van richtlijn 95/46 zich moet beperken tot „de middelen waarvan mag worden aangenomen dat zij redelijkerwijs in te zetten zijn" door bepaalde derden.

68. Net zoals overweging 26 niet doelt op elk middel dat door de voor de verwerking verantwoordelijke (in deze zaak de aanbieder van internetdiensten) in te zetten is, maar enkel op de middelen die deze „redelijkerwijs" zou kunnen inzetten, zo ook moet worden begrepen dat de wetgever met „derden" enkel diegenen bedoelt van wie, eveneens redelijkerwijs, mag worden aangenomen dat zij degenen zijn tot wie de voor de verwerking verantwoordelijke zich voor aanvullende gegevens voor de identificatie zal wenden. Dat zal niet gebeuren wanneer het contact met die derden in mankracht en in financiële zin feitelijk heel kostbaar, of praktisch ondoenlijk, of bij de wet verboden is. Anders zou het, zoals ik al eerder opmerkte, praktisch onmogelijk zijn om een onderscheid te maken tussen de verschillende middelen, want altijd is het denkbaar dat er een derde bestaat die – hoe onbenaderbaar hij ook voor de aanbieder van internetdiensten is – nu of in de toekomst kan beschikken over aanvullende gegevens die kunnen bijdragen tot de identificatie van een gebruiker."

43. De A-G geeft dus eveneens aan dat bepaalde gegevens op zichzelf onvoldoende kunnen zijn om een individu te kunnen identificeren. Volgens de A-G mag het begrip persoonsgegeven niet zo ruim worden uitgelegd dat de bewoordingen, en dus de bedoelingen, van de wetgever worden genegeerd. De wetgever heeft immers bedoeld dat er slechts sprake is van een persoonsgegeven als een individu aan de hand van redelijkerwijs in te zetten middelen kan worden geïdentificeerd aan de hand van aanvullende gegevens. Indien dat praktisch ondoenlijk is, dan is er geen sprake van een persoonsgegeven.

44. Hetgeen in dit kader met betrekking tot IP-adressen wordt geschreven, geldt volgens het college B&W Enschede evenzogoed voor MAC-adressen. De toepasselijkheid van de gegevensbeschermingswetgeving zou onevenredig worden opgerekt indien het enkele MAC-adres, zelfs in combinatie met een grof locatiegegeven, zonder meer als persoonsgegeven dient te worden behandeld. Een MAC-adres is hooguit een persoonsgegeven als deze onder omstandigheden – aan de hand van redelijkerwijs in te zetten middelen – kan worden gecombineerd met andere gegevens. Zoals eerder reeds toegelicht is er echter geen sprake van andere gegevens die met het MAC-adres kunnen worden gecombineerd waardoor identificatie van een individu mogelijk is. Daar komt bij dat de strekking van het arrest Breyer / Duitsland beperkt dient te worden tot de omstandigheden waarin gegevens worden verzameld met het oog op de toekomstige identificatie van betrokkenen. Dat is in het geval van de wifitellingen in Enschede echter onmogelijk. Er wordt, anders dan in Breyer / Duitsland, geen lijst met MAC-adressen (of IP-adressen, zoals in Breyer / Duitsland het geval was) bijgehouden. Toekomstige identificatie is alleen om die reden al onmogelijk. De wifitellingen door Bureau RMC zijn nimmer gericht op identificatie van betrokkenen, maar slechts op het aggregeren van anonieme telgegevens over passanten en druktebeelden op een hoog niveau. In dat verband zijn er door Bureau RMC diverse maatregelen getroffen om identificatie onmogelijk te maken. Het is dan

ook redelijkerwijs niet mogelijk om de betrokkene op basis van diens MAC-adres in combinatie met aanvullende gegevens te identificeren.

2.3.2. MAC-adres niet herleidbaar

45. Het college van B&W Enschede stelt zich op het standpunt dat een enkel MAC-adres, zelfs in combinatie met het gegeven dat de eigenaar van het bijbehorende apparaat zich op een bepaald moment in – of beter gezegd: 'buiten', hetgeen we hierna verder zullen toelichten – een bepaald (sensor)gebied bevindt, in de onderhavige situatie geen tot een identificeerbaar individu herleidbaar gegeven is.

46. Zulks zou alleen kunnen als er sprake is van een MAC-adres in combinatie met locatiegegevens en aanvullende gegevens, die tot identificatie zouden kunnen leiden. In dit geval wordt het MAC-adres op de sensor direct gehasht en verstuurd. Het inzien van de MAC-adressen op de sensor zelf is feitelijk onmogelijk. De gemeente verwijst hiervoor kortheidshalve naar de technische uitleg die zij eerder in deze zienswijze gaf. Het MAC-adres kan derhalve niet herleid worden tot een individu. Zulks kan het ook niet, in combinatie met het (grove) locatiegegeven.

47. De AP meent in randnummer 118 van haar onderzoeksrapport onder meer uit het 'Sensor-ID' te kunnen afleiden dat heel precies de locatie van een mobiel apparaat kan worden herleid. Er zou volgens haar dan ook sprake zijn van een *locatiegegeven*. Dit is feitelijk onjuist. Dat dit in de *day-by-day bussiness* zo wordt genoemd is wellicht logisch, maar feitelijk te kort door de bocht. Het Sensor-ID geeft op zich zelf namelijk niet aan waar de sensor zich exact bevindt (i.e. het adres). Deze informatie is in een andere tabel bij PFM opgeslagen. De data die worden verzonden vanaf de sensor hebben geen directe locatie gegevens bij zich. Het Sensor-ID is niet meer of minder dan een aanduiding van de sensor, het zegt nog niet waar de sensor zich exact bevindt. Bovendien komt het Sensor-ID pas voor het eerst in beeld bij het versturen van de gehashte MAC-adressen van de sensor naar de server. Door de gescheiden opslag kan koppeling van het Sensor-ID met het MAC-adres pas later in het telproces plaatsvinden. Vanaf dat moment is het MAC-adres echter niet meer voorhanden. Het MAC-adres wordt bij het versturen daarvan naar de server immers gehasht, en vervolgens getruncate. Identificatie, ook aan de hand van een zogenaamd locatiegegeven, kan derhalve niet plaatsvinden. Bovendien merkt het college van B&W Enschede op dat een Sensor-ID louter iets zegt over de locatie van de sensor zelf; derhalve niet de precieze locatie van de device, zoals hierna in de zienswijze nader zal worden toegelicht.

48. Het locatiegegeven meent de AP af te kunnen leiden uit het feit dat het MAC-adres zich in het sensorgebied bevindt én de wifi-sterkte wordt opgevangen. Daarmee wordt de suggestie gewekt dat met de wifi-sterkte zou kunnen worden berekend waar iemand zich bevindt. Los van de vraag of zulks technisch mogelijk is, geldt dat dit in casu in ieder geval niet mogelijk is. Naar het college van B&W Enschede van Bureau RMC/PFM begrijpt, heeft een sensor in potentie een bereik van tot wel 70 meter rondom het meetpunt. Dat is anders dan de AP betoogt in nr. 19; volgens de AP zou een sensor een bereik van 20 à 30 meter hebben. De wifi-sterkte wordt door de sensor ook opgevangen, maar zulks geschiedt uitsluitend vanwege keuzes die men maakt welke wifi-sterktes wel mee tellen en welke niet. De wifi-sterktes worden niet gebruikt om de locatie van de device die het wifi-signaal uitstoot te bepalen of daar een indicatie van te krijgen. De wifi-sterkte is immers afhankelijk van een veelheid aan factoren. Zo begreep het college van B&W Enschede van Bureau RMC/PFM dat de sterkte alleen al per fabrikant kan verschillen. De locatie van de device die bij het MAC-adres hoort, kan door de sensor derhalve niet nauwkeurig worden bepaald.

49. Het MAC-adres in combinatie met dit (grove) 'locatiegegeven' kan derhalve evenmin tot identificatie van de betrokkene leiden.

50. De AP merkt in randnummer 109 van haar onderzoek op dat herleidbaarheid plaats kan vinden aan

de hand van een identificator, zoals een MAC-adres. Zij concludeert daarbij dat het woord 'kan' in artikel 4 aanhef onder 1 AVG, impliceert dat identificatie door middel van die identificator niet daadwerkelijk plaats hoeft te vinden. Daar gaat de AP in de ogen van het college van B&W Enschede echter te kort door de bocht. Door deze conclusie op deze manier te trekken, doet de AP alsof er per definitie sprake is van een tot een identificeerbaar individu herleidbaar gegeven, zodra er sprake is van een identificator, ongeacht of die identificatie plaatsvindt of niet. Dat is in de ogen van het college van B&W Enschede een onjuiste opvatting, die bovendien direct in strijd is met de aard van de definitie van 'persoonsgegeven'. Iets is per definitie immers pas een persoonsgegeven als dit gegeven herleidbaar is tot een natuurlijk persoon, i.c. dus als identificatie uiteindelijk mogelijk is.

51. Het enkele feit dat de eigenaar van een device zich in (of juist buiten) een bepaald gebied bevindt – met een straal vanaf in potentie 70 meter rondom het meetpunt, hetgeen verderop in deze zienswijze zal worden gevisualiseerd –, is onvoldoende om als een concreet locatiegegeven te kunnen worden aangemerkt.

52. Op grond van het voorgaande concludeert de gemeente dat er geen sprake is van verwerking van persoonsgegevens, nu er op de sensor geen tot individuen herleidbare informatie wordt opgeslagen of verwerkt.

2.4. Gepseudonimiseerde / geanonimiseerde gegevens en leefpatronen ook geen persoonsgegevens

53. De AP meent dat ook op basis van de gepseudonimiseerde / geanonimiseerde gegevens leefpatronen kunnen worden gemaakt die herleidbaar zouden kunnen zijn tot een individu. De gemeente meent dat ook daar geen sprake van is. Dat licht ze in het hiernavolgende graag toe.

54. Allereerst iets over anonimiseringstechnieken. De AP gaat in randnummer 113 van haar rapport in op de anonimiseringstechnieken. Vervolgens concludeert zij dat de technieken die RMC toepast, niet kunnen worden aangemerkt als anonimiseringstechnieken. Van anonimisering kan in de ogen van de gemeente uitsluitend sprake zijn indien het gegeven dat geanonimiseerd wordt, zelf niet anoniem is. Het MAC-adres op zichzelf, maar ook in combinatie met een locatiegegeven is, aangezien de herleidbaarheid tot een individu in casu niet mogelijk dan wel praktisch ondoenlijk is, geen persoonsgegeven. Het risico op re-identificatie, zoals de AP dat in randnummer 113 van haar rapportage ziet, is derhalve non-existent. In casu is er sprake van one way hashing. Het terug herleiden van een eenmaal gehasht MAC-adres is (praktisch) onmogelijk. Zulks zou zo onevenredig veel rekenkracht vergen, zo duur en ingewikkeld zijn, dat daar geen sprake van kan zijn.

2.4.1. Opvangen, hashen en versturen MAC-adressen door sensor

55. Zoals hiervoor uitgelegd en zoals de AP ook concludeert, is er sprake van een tweetal momenten waarop de gehashte MAC-adressen door de sensor worden verstuurd naar de server. Het zogenoemde status 1-moment, is het moment waarop het MAC-adres voor het eerst wordt waargenomen door de sensor. De passant die de device behorend bij dat MAC-adres bij zich draagt, komt dan het meetgebied binnen. Op het moment dat het MAC-adres op de sensor verschijnt, wordt deze direct gehasht en vervolgens verstuurd naar de server. Waar het gehashte gegeven als status 1 moment wordt opgeslagen in het tijdelijke cache-geheugen van de server.

56. Op het moment dat het desbetreffende MAC-adres 2 minuten niet meer wordt opgepikt door de sensor, wordt het MAC-adres (onmiddellijk) opnieuw gehasht en als status 2-moment naar de server gestuurd. Het MAC-adres bevindt zich dan niet meer op de sensor.

57. Pas op dat moment bevindt zich in het cache-geheugen van de server een telbaar gegeven (1 passant). Anders gezegd 1 passant = status 1 + status 2. Dit cache-geheugen wordt iedere 5 minuten 'geleegd' doordat de status 1 en status 2 tellingen worden weggeschreven in de database van de

server.

58. Pas vanaf dat moment, dus het moment dat het telbare gegeven zich in de korte termijn tabel bevindt, zou men in theorie toe kunnen komen aan het maken van leefpatronen zoals de AP die in figuren 7, 8, 9 en 10 van het rapport op tekent.

2.4.2. Conclusie AP

59. De AP concludeert dat uit de gehashte en getruncate gegevens ook leefpatronen gedestilleerd kunnen worden die op zichzelf te herleiden zijn tot een individu. De gemeente is niet zonder meer met de AP oneens dat in theorie een leefpatroon gemaakt zou kunnen worden. Al spreken daar in casu ook een aantal argumenten tegen, die verderop in deze zienswijze worden uitgewerkt. De gemeente is echter van mening dat herleidbaarheid naar een individu op basis van een leefpatroon in casu niet mogelijk is. De gemeente neemt AP daarvoor graag mee in de chronologie en het tijdsverloop van een telling.

2.4.3. Leefpatroon onbetrouwbaar

60. De leefpatronen die de AP uit de tellingen meent te kunnen abstraheren (figuren 7, 8, 9 en 10 van het rapport) kunnen ook niet tot identificatie van een natuurlijke persoon leiden omdat deze leefpatronen potentieel onbetrouwbaar zijn.

61. Nu real-time identificatie, zoals hierna door de gemeente uitvoerig uiteen zal worden gezet, niet plaats kan vinden, zou identificatie in de toekomst moeten plaatsvinden. Dat kan alleen als de AP uitgaat van de aanname dat een bepaald patroon zich ook in de toekomst zal voordoen. In de ogen van het college B&W van Enschede kan dat nooit de basis van een reële, indirecte, identificatie zijn. En al helemaal niet voor 1,8 miljoen unieke bezoekers. De AP stelt in haar onderzoeksrapport in nr. 104 dat er sinds 25 mei 2018 jaarlijks van grofweg 1,8 miljoen unieke betrokkenen zouden zijn verwerkt. Dit betekent echter niet dat ook van 1,8 miljoen mensen een leefpatroon vast te stellen is. Profilering is immers alleen mogelijk als er van een pseudoniem meerdere tellingen worden verzameld. Naar de gemeente begreep worden in casu de meeste tellingen gedaan op basis van eenmalige tellingen. Zulks geldt voor om en nabij 70% van de tellingen.

62. Daarnaast kan er in de leefpatronen die de AP meent te kunnen abstraheren, theoretisch overlap plaatsvinden van meerdere devices, vanwege de truncating van de gehashte waarden. Het is niet op voorhand uit te sluiten dat twee of meer gehashte, en vervolgens getruncate, gegevens, dezelfde waarde krijgen. Dat zou betekenen dat het in theorie mogelijk is dat diezelfde waarde door de AP als één 'individu' wordt gezien en dus ten onrechte aan het leefpatroon van één persoon worden toegevoegd.

63. Voorts geldt dat niet alleen individuen devices met een MAC-adres bij zich hebben, maar dat zich ook diverse overige devices zoals pinapparaten, smart tv's en printers in het gebied kunnen bevinden. De mogelijkheid bestaat dat deze devices geteld worden, waardoor zij uiteindelijk ten onrechte als een individu worden aangemerkt door de AP in een van de geschetste leefpatronen.

2.4.4. Geen reële identificatiemogelijkheid

64. Belangrijker is echter dat de leefpatronen, al zouden ze betrouwbaar zijn (quod non), niet herleidbaar zijn tot een individu en derhalve niet als persoonsgegeven aangemerkt kunnen worden.

65. Deze enige mogelijke wijze van identificatie die de AP schetst, is identificatie door een medewerker van Bureau RMC/ PFM ter plaatse dan wel via camerabeelden op afstand. Deze enige identificatiemogelijkheid (door de AP als reële mogelijkheid aangenomen in de randnummers 127, 128, 129 van haar rapport), is onwerkbaar of sterker nog: onmogelijk.

66. Zo geeft de AP in randnummer 127 van haar onderzoek aan, dat ter controle het MAC-adres van een device die een persoon bij zich heeft, aan die persoon gevraagd zou moeten worden. Voorop staat dat – als die persoon al gevonden kan worden binnen een straal van minimaal 20 tot in potentie 70 meter rondom het meetpunt en dan nog eens binnen de drukte van dat moment – die persoon helemaal niet gediend zal zijn van het verzoek om het MAC-adres van zijn smartphone op te geven. De ongepastheid van een dergelijk verzoek geeft op zich al aan dat de mogelijkheid zoals de AP die schetst, niet meer dan een theoretische is. Bovendien geldt dat Bureau RMC/PFM helemaal geen MAC-adres tot haar beschikking heeft om dat MAC-adres te verifiëren. Het MAC-adres wordt immers direct gehasht en later geanonimiseerd. Het MAC-adres wordt bovendien niet vastgelegd in een lijst of bijv. een database, waardoor identificatie en controle achteraf niet plaats kan vinden.

2.4.5. Geen (realtime) identificatie mogelijk

67. Een telling van een passant, ook wel een 'streepje' in de door de AP gemaakte 'leefpatronen', wordt in het snelste geval pas een aantal minuten nadat de persoon aan wiens device het MAC-adres toebehoort het sensorgebied heeft verlaten, geregistreerd. De AP geeft aan dat aan de hand van de leefpatronen, ook al komen deze voort uit gepseudonimiseerde en geanonimiseerde gegevens, identificatie plaats zou kunnen vinden door ter plaatse te gaan posten om te kijken welke persoon daar op dat moment loopt. Deze oplossing is echter absurd en technocratisch. Identificatie ter plaatse (dan wel per camera op afstand) kan niet plaatsvinden.

68. De gegevens worden niet realtime geteld door Bureau RMC/PFM. In dat kader verwijst de gemeente naar de visualisatie die zij eerder in deze zienswijze gaf, van het tijdsverloop tijdens het doorgeven van de telling van de sensor naar de server (status 1 en status 2). Realtime identificatie, toch echt noodzakelijk om een natuurlijk persoon te kunnen identificeren en ook het enige voorbeeld van identificatie dat de AP in haar rapport geeft, kan domweg niet plaatsvinden vanwege de vertraging die zich in de telsystematiek voordoet.

69. De gemeente geeft graag een voorbeeld om haar stelling kracht bij te zetten. De status 2-melding komt pas na 2 hele minuten nadat de device het meetgebied heeft verlaten, in het cachegeheugen van de server. Dat cachegeheugen wordt vervolgens in een cyclus van 5 minuten geleegd. Dat betekent dat de passantentelling behorend bij een status 1 én status 2, en dus een 'streepje' van het leefpatroon zoals de AP dat inzichtelijk heeft gemaakt, pas tussen een minuut of 3 en maximaal 7 minuten in de korte termijn tabel verschijnt. Pas vanaf dat moment zou men, zoals de AP doet, een streepje kunnen zetten dat een opmaat zou kunnen zijn naar een leefpatroon.

70. Ervan uitgaande dat een medewerker van Bureau RMC/PFM direct nadat de telling in de korte termijn tabel wordt geregistreerd, in die tabel zou kijken en vervolgens direct een camera zou inschakelen om in het desbetreffende gebied te kijken, teneinde een poging te doen om de eigenaar van de device te identificeren, is die eigenaar al minimaal 3 minuten (tot wel 7 minuten) uit het sensorgebied. Anders dan de AP kennelijk lijkt te veronderstellen kan realtime identificatie alleen al vanwege het verloop van tijd niet plaatsvinden, ook niet met een camera op afstand. Bovendien kan met een camera niet achterhaald worden of die persoon ook daadwerkelijk een device heeft die een MAC-adres heeft dat correspondeert met het gehashte en getruncate (!) gegeven dat tot de telling heeft geleid. Ten overvloede; die identificatie kan ook niet ter plekke plaatsvinden omdat het desbetreffende MAC-adres Bureau RMC/PFM op dat moment niets meer zegt. Zij hebben dat MAC-adres immers niet (!).

2.4.6. Zoekgebied te groot om redelijkerwijs te kunnen identificeren

71. Daarnaast is het zoekgebied domweg te groot. Alleen daarom al kan identificatie niet plaatsvinden. Het is niet zo dat, anders dan de AP lijkt te suggereren, op enigerlei wijze de exacte locatie van de device behorend bij het opgevangen MAC-adres, kan worden herleid. Die informatie ontvangt de sensor immers niet. Ook de wifi-sterkte (informatie die wel wordt opgevangen) maakt dat, zoals

eerder uitgelegd, niet anders. Zoals hiervoor aangegeven, kunnen de sensoren in potentie een radius hebben van tot wel 70 meter. Dat is potentieel een enorm zoekgebied, waarbij dus geldt dat de desbetreffende, te identificeren, passant zich daar dus niet meer bevindt.[11]

72. Voorts zal die passant in de regel niet net buiten het sensor-gebied stil gaan staan. Men moet er rekening mee houden dat hij zich voortbeweegt. De gemiddelde wandelsnelheid is 4 tot 5 kilometer per uur. Dat betekent dat deze passant ruim 66 respectievelijk 83 meter per minuut kan lopen. In onderstaande illustraties geven wij weer hoe ver deze desbetreffende passant in potentie verwijderd kan zijn van sensor, sinds hij het sensorgebied verlaten heeft. De illustraties spreken ons inziens voor zich. Identificatie is redelijkerwijs niet mogelijk.[12]

[11] Anders zou de status 2 immers niet worden bereikt en zou er dus geen telling/streepje geregistreerd kunnen worden op basis waarvan een poging tot identificatie gedaan zou moeten worden.

[12] In onderstaande afbeeldingen houden we rekening met verschillende parameters, zo schetsen wij de situatie dat de passant 4 km per uur loopt en de situatie dat hij 5 km per uur loopt. Tevens houden wij rekening met de tijd sinds het verlaten van het sensorgebied. Zo gaan wij uit van het snelste scenario sinds het verlaten van het sensorgebied (3 minuten), en het langste scenario (7 minuten), alvorens de telling wordt geregistreerd. Daarnaast houden wij rekening met het verschil in sensorbereik van minimaal 20 tot in potentie 70 meter. Ter info: de sensorplekken zijn in deze illustraties willekeurig gekozen en komen niet noodzakelijkerwijs overeen met de plaatsen waar de sensoren daadwerkelijk zijn geïnstalleerd. Een en ander is uitsluitend ter illustratie. Daarbij geldt dat voor de kaarten waarin de 7-minutensituatie wordt inzichtelijk gemaakt, is uitgezoomd ten opzichte van de kaart voor de 3-minutensituatie. Anders zouden de cirkels buiten het kader komen. Er is derhalve sprake van een verschillende schaal tussen de beide varianten (3 minuten enerzijds, 7 minuten anderzijds).

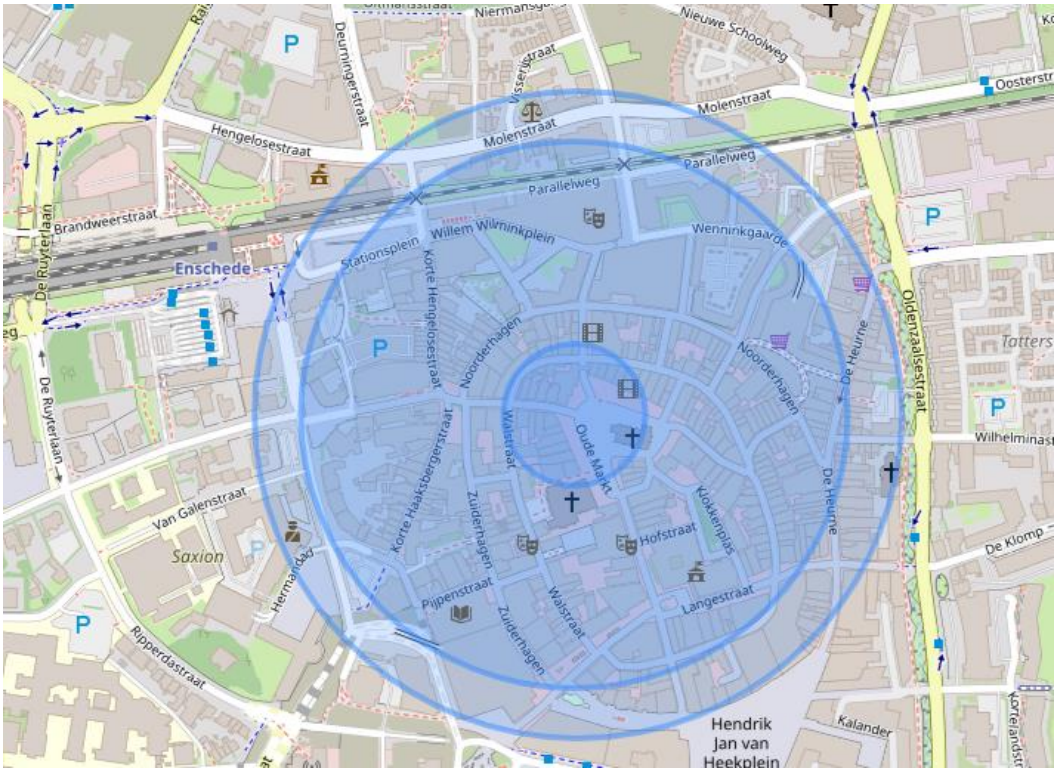
2.5. Overzichten verspreiding betrokkenen – mogelijkheid identificatie

73. *Voorbeeld 1: locatie sensor Oude Markt Enschede ter hoogte van Café Bluff, sensorbereik **70** meter, passant is minimaal **3** minuten weg uit de cirkel(s)*

- Bereik sensor 70 meter (1e cirkel)
- Gemiddelde wandelsnelheid volwassene: 4 – 5 km/u

- 4000 meter (4 km) / 60 minuten = 67,67 meter per minuut
- 66,67 meter x 3 minuten = 200 meter (2e cirkel; 200 meter + 70 meter)

- 5000 meter (5 km) / 60 minuten = 83,33 meter per minuut
- 83,33 meter x 3 minuten = 250 meter (3e cirkel; 250 meter + 70 meter)

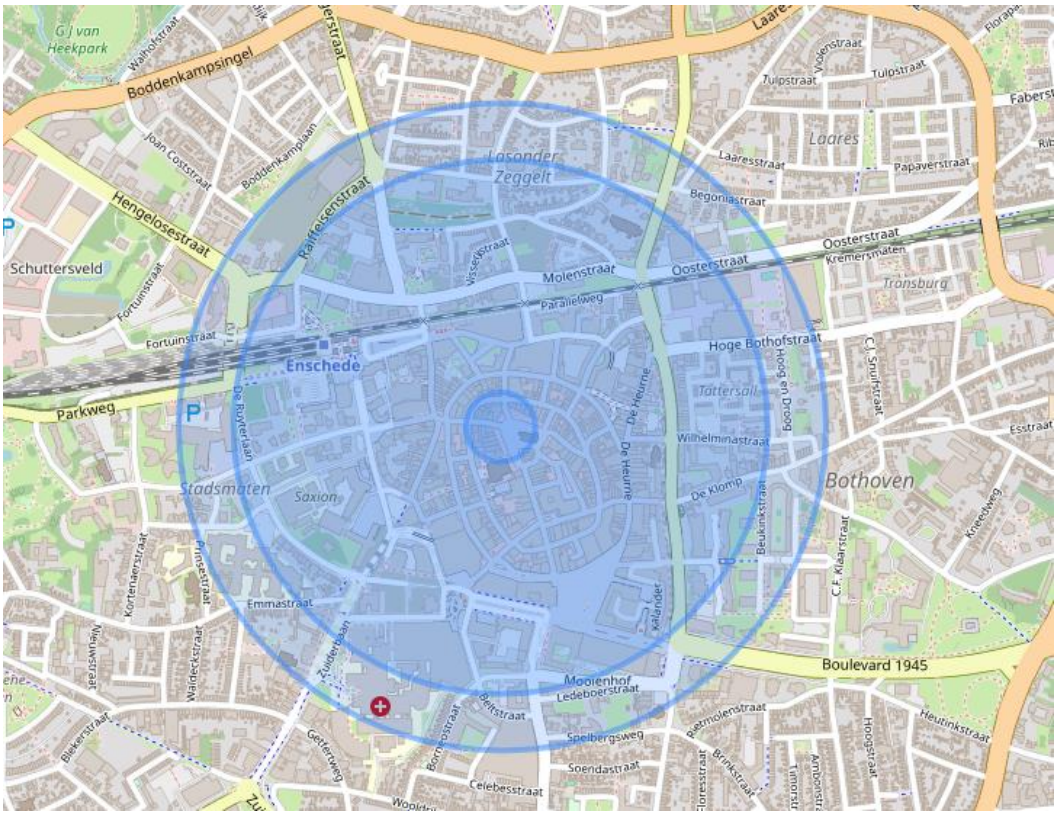


74. *<u>Voorbeeld 2: locatie sensor Oude Markt Enschede ter hoogte van Café Bluff, sensorbereik **70** meter, passant is minimaal **7** minuten weg uit de cirkel(s)</u>*

- Bereik sensor 70 meter (1e cirkel)
- Gemiddelde wandelsnelheid volwassene: 4 – 5 km/u

- 4000 meter (4 km) / 60 minuten = 66,67 meter per minuut
- 66,67 meter x 7 minuten = 466,67 meter (2e cirkel; 466,67 meter + 70 meter)

- 5000 meter (5 km) / 60 minuten = 83,33 meter per minuut
- 83,33 meter x 7 minuten = 583,33 meter (3e cirkel; 583,33 meter + 70 meter)

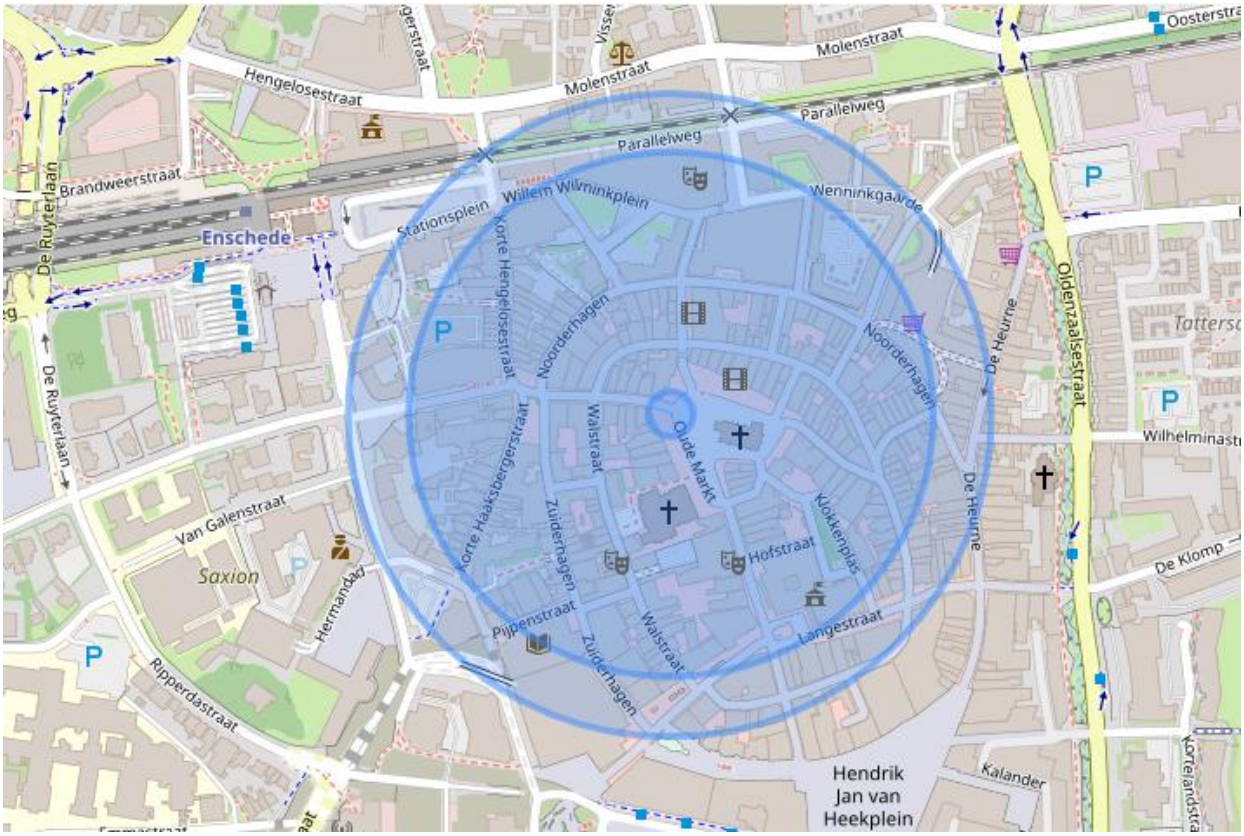


75. *<u>Voorbeeld 3: locatie sensor Oude Markt Enschede ter hoogte van Café Bluff, sensorbereik **20** meter, passant is minimaal **3** minuten weg uit de cirkel(s)</u>*

- Bereik sensor 20 meter (1e cirkel)
- Gemiddelde wandelsnelheid volwassene: 4 – 5 km/u

- 4000 meter (4 km) / 60 minuten = 67,67 meter per minuut
- 66,67 meter x 3 minuten = 200 meter (2e cirkel; 200 meter + 20 meter)

- 5000 meter (5 km) / 60 minuten = 83,33 meter per minuut
- 83,33 meter x 3 minuten = 250 meter (3e cirkel; 250 meter + 20 meter)

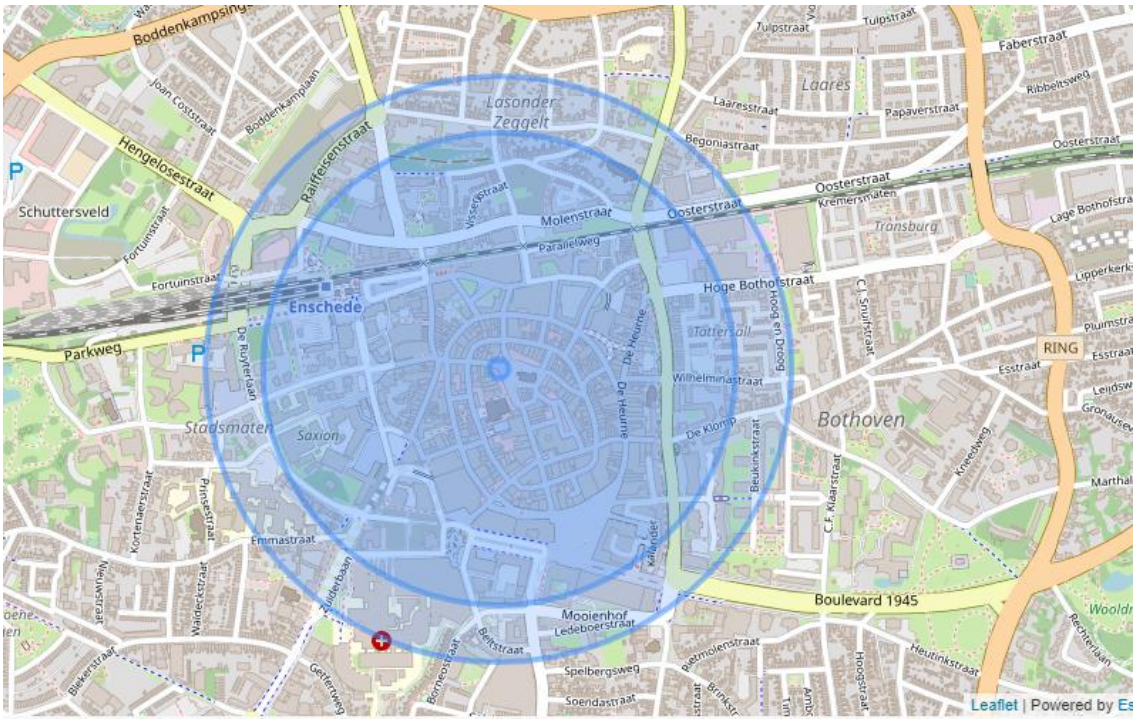


76. *<u>Voorbeeld 4: locatie sensor Oude Markt Enschede ter hoogte van Café Bluff, sensorbereik **20** meter, passant is minimaal **7** minuten weg uit de cirkel(s)</u>*

- Bereik sensor 20 meter (1e cirkel)
- Gemiddelde wandelsnelheid volwassene: 4 – 5 km/u

- 4000 meter (4 km) / 60 minuten = 67,67 meter per minuut
- 66,67 meter x 7 minuten = 466,67 meter (2e cirkel; 466,67 meter + 20 meter)

- 5000 meter (5 km) / 60 minuten = 83,33 meter per minuut
- 83,33 meter x 7 minuten = 583,33 meter (3e cirkel; 583,33 meter + 20 meter)

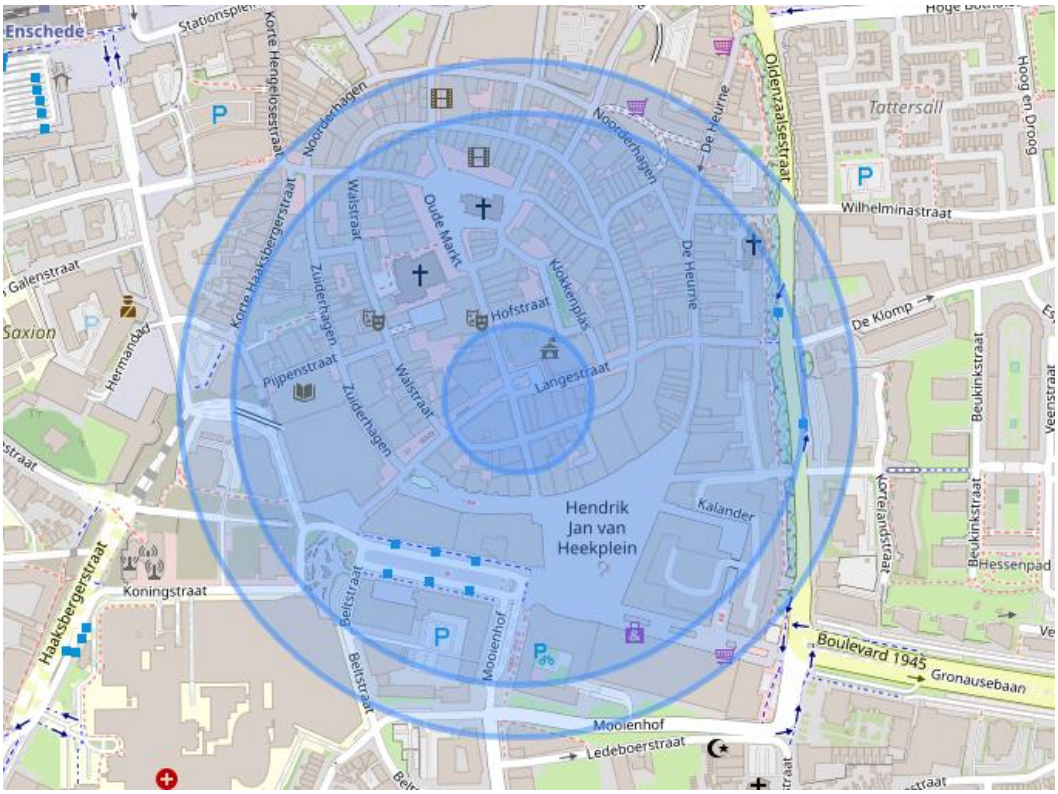


77. *<u>Voorbeeld 5: locatie sensor Ei van Ko Enschede ter hoogte van Jamin, sensorbereik **70** meter, passant is minimaal **3** minuten weg uit de cirkel(s)</u>*

- Bereik sensor 70 meter (1e cirkel)
- Gemiddelde wandelsnelheid volwassene: 4 – 5 km/u

- 4000 meter (4 km) / 60 minuten = 67,67 meter per minuut
- 66,67 meter x 3 minuten = 200 meter (2e cirkel; 200 meter + 70 meter)

- 5000 meter (5 km) / 60 minuten = 83,33 meter per minuut
- 83,33 meter x 3 minuten = 250 meter (3e cirkel; 250 meter + 70 meter)

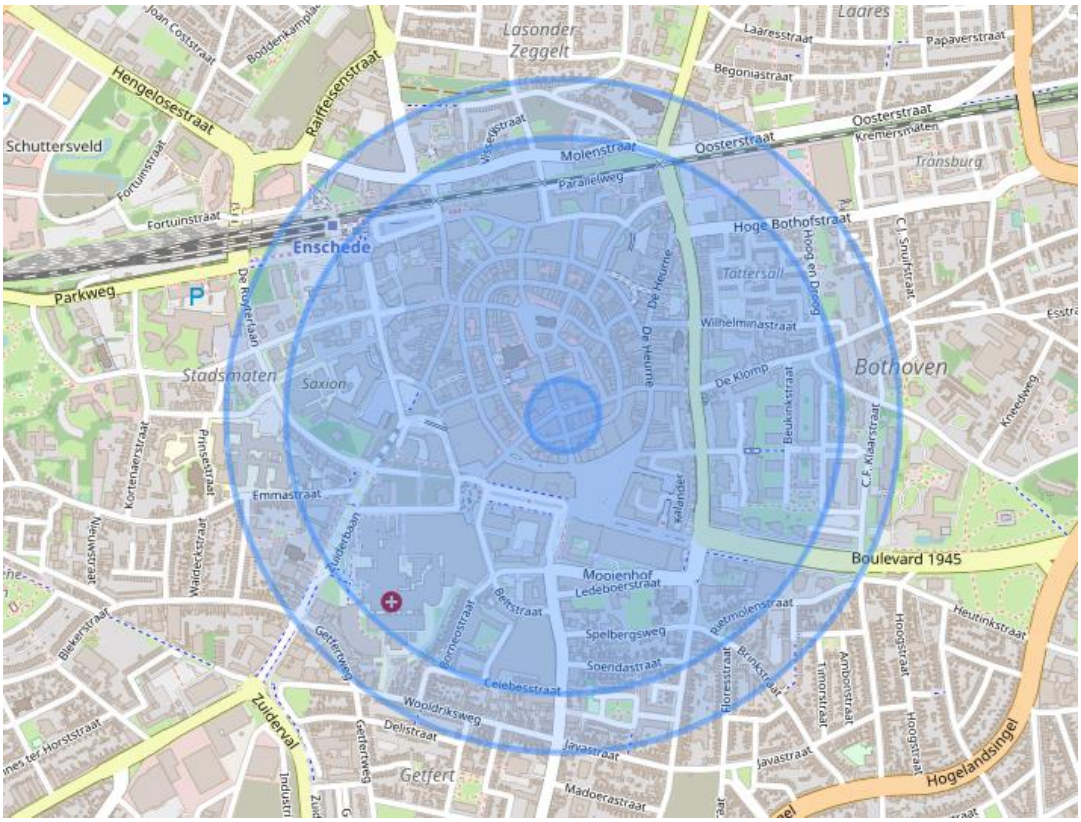


78. *<u>Voorbeeld 6: locatie sensor Ei van Ko Enschede ter hoogte van Jamin, sensorbereik **70** meter, passant is minimaal **7** minuten weg uit de cirkel(s)</u>*

- Bereik sensor 70 meter (1e cirkel)
- Gemiddelde wandelsnelheid volwassene: 4 – 5 km/u

- 4000 meter (4 km) / 60 minuten = 66,67 meter per minuut
- 66,67 meter x 7 minuten = 466,67 meter (2e cirkel; 466,67 meter + 70 meter)

- 5000 meter (5 km) / 60 minuten = 83,33 meter per minuut
- 83,33 meter x 7 minuten = 583,33 meter (3e cirkel; 583,33 meter + 70 meter)

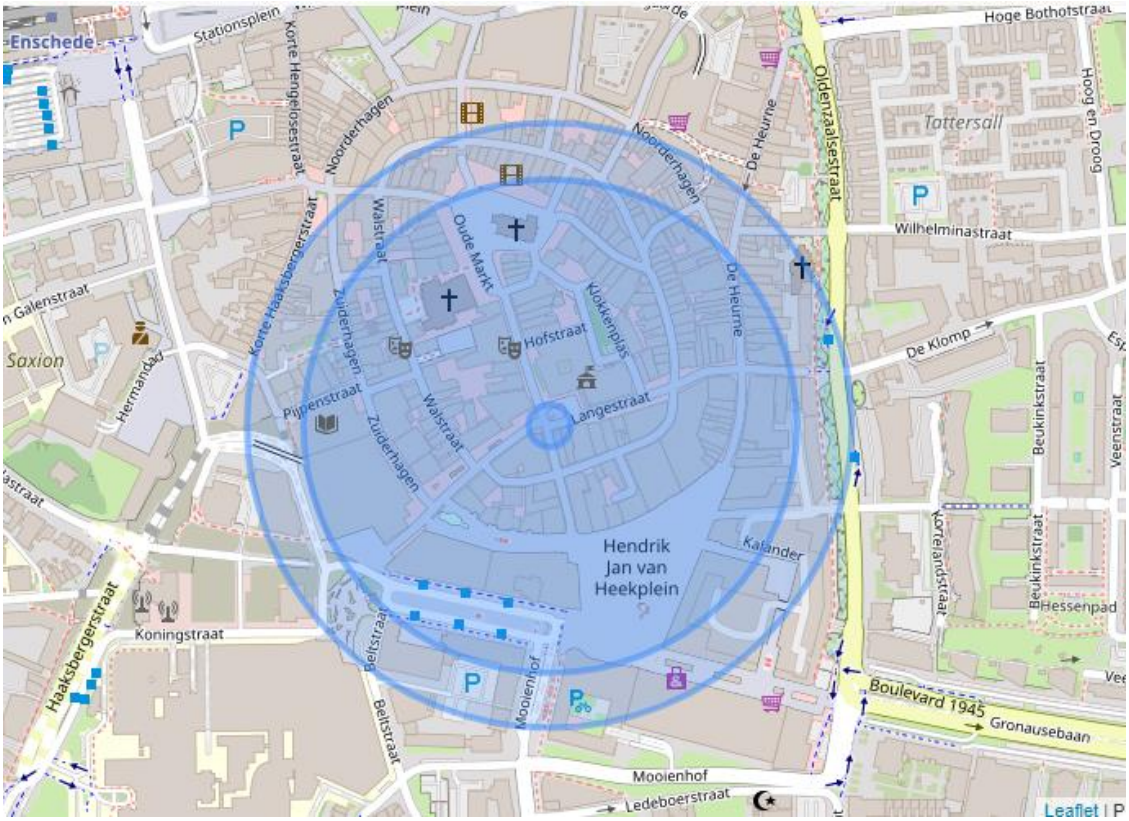


79. *<u>Voorbeeld 7: locatie sensor Ei van Ko Enschede ter hoogte van Jamin, sensorbereik **20** meter, passant is minimaal **3** minuten weg uit de cirkel(s)</u>*

- Bereik sensor 20 meter (1e cirkel)
- Gemiddelde wandelsnelheid volwassene: 4 – 5 km/u

- 4000 meter (4 km) / 60 minuten = 67,67 meter per minuut
- 66,67 meter x 3 minuten = 200 meter (2e cirkel; 200 meter + 20 meter)

- 5000 meter (5 km) / 60 minuten = 83,33 meter per minuut
- 83,33 meter x 3 minuten = 250 meter (3e cirkel; 250 meter + 20 meter)

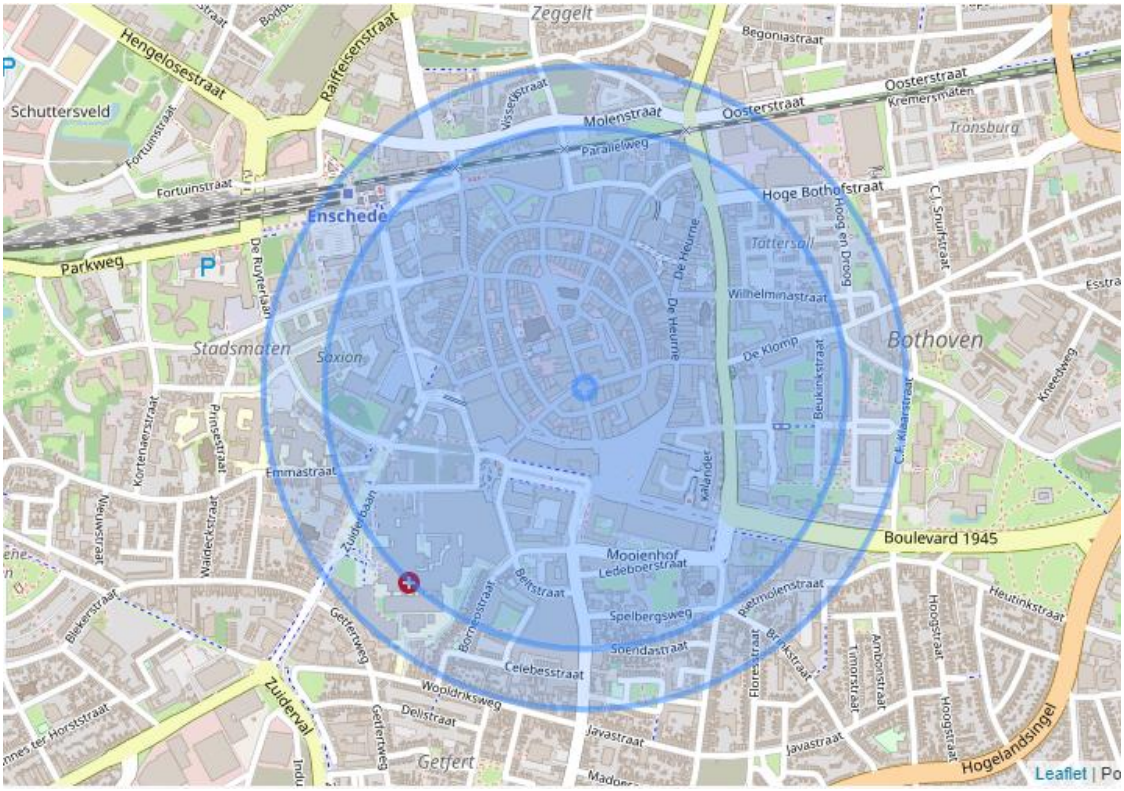


80. *<u>Voorbeeld 8: locatie sensor Ei van Ko Enschede ter hoogte van Jamin, sensorbereik **20** meter, passant is minimaal **7** minuten weg uit de cirkel(s)</u>*

- Bereik sensor 20 meter (1e cirkel)
- Gemiddelde wandelsnelheid volwassene: 4 – 5 km/u

- 4000 meter (4 km) / 60 minuten = 66,67 meter per minuut
- 66,67 meter x 7 minuten = 466,67 meter (2e cirkel; 466,67 meter + 20 meter)

- 5000 meter (5 km) / 60 minuten = 83,33 meter per minuut
- 83,33 meter x 7 minuten = 583,33 meter (3e cirkel; 583,33 meter + 20 meter)



2.6. Redelijkheid

81. Het college B&W Enschede brengt voornoemde redelijkheidseis bij de identificatie van de betrokkene, graag nogmaals in herinnering. De redenering die de AP in haar onderzoek volgt komt erop neer dat een medewerker van Bureau RMC dan wel PFM, voor zover hij daartoe technisch al in staat zou zijn en voor zover hij daartoe al operationeel bevoegd zou zijn, de facto naast de sensor moet gaan zitten (of op afstand met een camera) op het moment van opvangen van het MAC-adres door de sensor. Gezien het feit dat het MAC-adres direct wordt gehasht zou deze medewerker, direct, op de een of andere manier zich toegang moeten verschaffen tot het werkgeheugen van de sensor, zonder deze van de elektriciteit te halen. Dat is een fysieke operatie en die kan, naar wij van Bureau RMC/PFM begrepen niet zonder meer digitaal plaatsvinden. Een en ander hebben wij hiervoor toegelicht.

82. De AP moet er zich voorts rekenschap van geven dat er zich op drukke momenten honderden, zo niet duizenden mensen in het sensorgebied kunnen bevinden. Bovendien worden de gehashte data met een vertraging als telling geregistreerd. Hoe ziet de AP die (in)**directe** identificatie ter plekke dan precies voor zich? Al met al een irreëel scenario. In het licht van de eis dat een gegeven uitsluitend als persoonsgegeven is aan te merken als identificatie praktisch gezien ‘doenlijk’ is, is het

onvoldoende om in dit concrete geval te kunnen spreken van een persoonsgegeven. Dat geldt zowel voor het MAC-adres, al dan niet in combinatie met een locatiegegeven, als voor het leefpatroon dat de AP uit de gehashte en getruncate gegevens abstraheert.

83. In randnummer 131 van haar rapport concludeert de AP dat identificatie ook plaats zou kunnen vinden door koppeling van de gegevens met de gegevens die worden verzameld via de smartcity-projecten in Enschede. Zij onderbouwt zulks geenszins. Nu de gemeente geen tot individuen herleidbare gegevens krijgt – zij krijgt immers alleen anonieme, geaggregeerde data waaruit slechts de aantallen bezoekers blijken – kan koppeling absoluut niet plaatsvinden. Dat gebeurt dan ook niet.

84. Overigens heeft de gemeente, anders dan de AP meent, helemaal geen mogelijkheid om kennis te nemen van eventueel tot individuen herleidbare gegevens bij Bureau RMC/PFM. Uit later aan te halen stukken blijkt dat Bureau RMC (destijds nog CityTraffic) die informatie niet aan klanten verstrekt. De enkele contractuele mogelijkheid is onvoldoende om aan te nemen dat de gemeente daadwerkelijk toegang tot bedoelde gegevens had en heeft. Bovendien twijfelt de gemeente of zij wel is aan te merken als verwerkingsverantwoordelijke. Dat zou logischerwijs betekenen dat de bewerkersovereenkomst geen of beperkt gewicht zou hebben.

3. VERANTWOORDELIJKHEID COLLEGE B&W ENSCHEDE

85. Voor het geval uw Autoriteit mocht oordelen dat er toch sprake is van persoonsgegevensverwerking, geldt het volgende. De AP stelt zich onder de nummers 149-152 uit haar onderzoeksrapport op het standpunt dat het college B&W Enschede kwalificeert als *verwerkingsverantwoordelijke* voor de litigieuze verwerkingen van persoonsgegevens in het kader van wifitellingen. Het college B&W Enschede wenst de AP in dit verband echter uitdrukkelijk te wijzen op een aantal omstandigheden die haar verantwoordelijkheid in dezen afbakenen. Daarbij moet een onderscheid gemaakt worden in enerzijds de evidente verantwoordelijkheid van de gemeente voor het project op zichzelf en anderzijds de kwalificatie van de privacyrechtelijke ‘verwerkingsverantwoordelijke’.

Initiatief passantentellingen door college van B&W Enschede

86. In de eerste plaats is het belangrijk om te benadrukken dat de verantwoordelijkheid van de gemeente is gebaseerd op haar rol als opdrachtgever jegens Bureau RMC. Het college heeft op 5 september 2017 het besluit genomen om de passanten in de binnenstad te tellen, om daarmee inzicht te verkrijgen in de bezoekersaantallen. Aangezien de gemeente zelf niet over de middelen en technieken beschikte om deze passantentellingen uit te voeren, heeft zij daartoe een gespecialiseerd bureau in arm genomen: (de voorloper van) Bureau RMC. Het college B&W Enschede heeft derhalve de opdracht aan Bureau RMC geïnitieerd. Zij is *opdrachtgever* voor het uitvoeren van passantentellingen. Opdat de tellingen voor de gemeente de gewenste waarde zouden hebben, heeft de gemeente Enschede overleg gevoerd met Bureau RMC over de door Bureau RMC gesuggereerde locaties voor de sensoren.

Passantentellingen ten behoeve van uitvoering overheidstaken gemeente Enschede

87. Dát de gemeente Enschede het initiatief heeft genomen om passantentellingen in de Enschedese binnenstad uit te (laten) voeren, is niet zo vreemd. Evenmin is het vreemd dat de gemeente de *opdrachtverstrekking* aan Bureau RMC voor het uitvoeren van passententellingen heeft geïnitieerd. De output van de passantentellingen is namelijk bijzonder waardevol voor de gemeente om gemeentelijke overheidstaken uit te kunnen voeren. De gemeente kan daarmee immers inzicht verkrijgen in diverse aspecten die van belang zijn om haar beleid op verschillende vlakken te kunnen baseren. Bijvoorbeeld ten aanzien van:

- de effecten van wegwerkzaamheden;

- de vraag of – en zo ja, waar – het college dient in te grijpen in de openbare ruimte, zoals met betrekking tot de inzet van handhavers, de inrichting van de openbare ruimte, etc.;
- de effecten van haar investeringen in het kader van de aantrekkelijkheid en leefbaarheid van de binnenstad alsmede de aantrekkelijkheid van de binnenstad als evenementenlocatie, hetgeen een toetsingscriterium is voor eventuele subsidies voor evenementen;
- de effecten van besluiten over bijvoorbeeld het aantal koopzondagen en financiële consequenties daarvan voor de gemeente (bijvoorbeeld meer schoonmaakkosten);
- de effecten van haar investeringen in de binnenstadpromotie; bijvoorbeeld of deze investeringen meer bezoekers in de binnenstad aantrekken;
- de mogelijkheden voor acquisitie van (nieuwe) winkels en horeca in de binnenstad om de binnenstad onder meer bruisend en gevuld te houden;
- het vaststellen op welke dagen het zinvol is om jaarmarkten of gewone marktdagen in te stellen, af te schaffen of te wijzigen.

88. Het economische en culturele hart van de binnenstad van de gemeente Enschede is – net als bij veel andere gemeenten – een belangrijke uitgavenpost c.q. inkomstenbron. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het college B&W Enschede om die reden belang heeft bij informatie over de activiteiten, de gebeurtenissen, de passantenaantallen in de binnenstad. Deze informatie is van groot belang om gedegen beslissingen te kunnen nemen over verantwoorde uitgaven en investeringen.

89. De hiervoor opgesomde doelstellingen worden in paragraaf 4 van deze zienswijze (in het kader van de grondslagen) nader toegelicht.

Waarborging privacy en uitgangspunt tellingen door middel van wifi en geen tracking

90. Het college van B&W Enschede heeft van meet af aan privacy hoog in het vaandel staan. De gemeente stelt uitdrukkelijk voorop dat het uitgangspunt steeds is geweest tellingen te laten uitvoeren door middel van wifi sensoren en niet het “tracken” van passanten door middel van wifi. Dit onderscheid is van belang nu de term “wifi-tracking” lijkt te suggereren dat er individuele personen worden gevolgd (“tracken”). Dat is hier echter in het geheel niet aan de orde. Dit blijkt alleen al uit de opzet van het systeem van passantentellingen. Nooit is er enige sprake geweest van het volgen van personen, het verzamelen van (individuele) gegevens en het ter beschikking stellen daarvan aan de gemeente.

91. Zelf beschikte en beschikt het college B&W Enschede niet over (persoons)gegevens die ten behoeve van de uitvoering van de opdracht door Bureau RMC mogelijk worden verkregen. Het college B&W Enschede heeft ook nimmer persoonsgegevens ontvangen. Zij krijgt slechts geaggregeerde, statistische – niet tot individuen herleidbare – tellingen en bezoekersaantallen gerapporteerd. Van begin af aan is het uitgangspunt van het college B&W Enschede geweest dat er geen persoonsgegevens zouden worden verzameld, maar dat de tellingen volledig anoniem zouden worden uitgevoerd.[13] Dat blijkt ook uit de tekst op de website van de gemeente Enschede (onderstrepingen college B&W Enschede):

> *“In de Enschedese binnenstad worden passanten geteld via wifisensoren. Het gebied waarbinnen wordt geteld is herkenbaar aan de blauwe bordjes en betreft het horeca- en winkelgebied van onze binnenstad. De tellingen worden uitgevoerd door het Bureau RMC. Deze tellingen gebeuren anoniem. De resultaten van de tellingen zijn in te zien op de website binnenstadsmonitorenenschede.nl. Voor meer informatie over de manier van tellen, het anonimiseren van de tellingen, uitspraken van de Autoriteit Persoonsgegevens etcetera verwijzen wij u naar de website van Bureau RMC. “*

[13] Zie collegebesluit van 5 september 2017, dossierstuk 26 onderzoeksrapport AP, Bijlage 2.

92. De resultaten van de tellingen zijn overigens in te zien op de website: binnenstadsmonitorenenschede.nl. Daaruit blijkt dat er slechts statistische gegevens aan Enschede worden geleverd.

93. Uit artikel 3.1 van het Privacy Protocol CityTraffic evenals de privacyverklaring van PFM (dossierstuk 12 bij het onderzoeksrapport) blijkt voorts (onderstrepingen college B&W Enschede):

> "*De analyseresultaten worden uitsluitend op geaggregeerde basis gerapporteerd aan onze opdrachtgevers. Dit betekent dat de gegevens in deze rapportages niet meer terug te herleiden zijn tot persoonsgegevens van een passant en/of bezoeker, en evenmin tot de gegevens van een apparaat, dat een passant en/of bezoeker bij zich draagt. Wij verstrekken geen persoonsgegevens aan onze opdrachtgevers*."

94. Bureau RMC schrijft in paragraaf 5 van haar offerte "Bureau RMC Monitor Bezoekersstromen Binnenstad Enschede" van 9 januari 2017 (onderstrepingen college B&W Enschede):

> *"Privacy*
>
> *Wij hechten er grote waarde aan dat er zorgvuldig met de passantengegevens wordt omgegaan. We leveren u in geen geval persoonsgegevens. In ons Privacy Protocol informeren wij u graag over de verwerking van de passantengegevens in het kader van onze dienstverlening. Tevens beoogt het Privacy Protocol onze opdrachtgevers te informeren over de wijze waarop wij met de Passantengegevens omgaan. De relatie met onze Opdrachtgevers is uitgewerkt in de met hen gemaakte afspraken over onze dienstverlening. Passanten kunnen zich uitschrijven via een opt-out. Via communicatie op websites van de opdrachtgever en stickers in het winkelgebied wordt de burger geïnformeerd over het onderzoek."*

95. En in haar brief aan de AP van 20 september 2018, pagina 2, geeft het College van B&W het volgende weer (onderstrepingen college B&W Enschede):

> *"3. Een nadere toelichting op de noodzaak van deze wijze van het tellen van passanten: wij tellen al heel lang passanten in onze binnenstad. Hiermee toetsen we investeringen (in openbare ruimte, evenementen, marketing, etc.), evalueren we beleid en passen we beleid eventueel aan. De passantentellingen werden tot vorig jaar met de hand uitgevoerd. Omdat dit zeer arbeidsintensief is (en daarmee kostbaar), deden we dit maar 1 keer per jaar. Het was echter heel moeilijk om hier conclusies uit te trekken of een totaalbeeld op te baseren. De meetmomenten waren hiervoor te summier. Eén regenachtige teldag bepaalde het binnenstadsbezoek voor een heel jaar. Hiernaast moesten we bij iedere bijzondere gebeurtenis waar we meer over wilden weten (evenementen, koopzondagen, effecten van speciale ingrepen in de binnenstad, komst van de Primark, etc.) extra tellingen uit laten voeren. Dit is nu allemaal gebundeld in 1 opdracht (de opdracht aan City Traffic). Dit is uiteindelijk duurzamer, efficiënter en meer betrouwbaar. Hiernaast hebben we ook een alternatief onderzocht: tellen via de wifizenders die gratis wifi bieden voor bezoekers van de binnenstad. Het bleek echter dat het vertalen van gebruikers die een verbinding maken met een wifizender naar bezoekersaantallen niet zomaar mogelijk was. De betreffende wifizenders kunnen geen MAC-adressen versleutelen en we hebben geen algoritme om deze gegevens te vertalen naar nuttige informatie (aantallen mensen, verblijfsduur, verdeling van drukte, etc.). Daarom is besloten om deze optie niet te gebruiken.*
>
> *4. Een toelichting op de vraag waarom het uitvoeren van wifitellingen wel of geen verwerking van persoonsgegevens betreft:*

Volgens de heersende leer – die overigens niet unaniem wordt aangehangen – is een MAC-adres een persoonsgegeven.[14] Het uitvoeren van wifi-tellingen met behulp van MAC-adressen is zodoende een vorm van verwerking van persoonsgegevens. City Traffic hanteert daarom tal van beveiligings- en beschermingsmaatregelen bij de verwerking van de gegevens. Zo versleutelt City Traffic de MAC-adressen op de sensor (op verzoek van uw Autoriteit), biedt City Traffic een opt out en is City Traffic daarnaast continu bezig met allerlei vormen van risicobeperking.

*Op basis van de tellingen levert City Traffic **uitsluitend geaggregeerde telgegevens** aan de gemeente Enschede. Die verwerken wij weer in onze digitale binnenstadsmonitor (zie ook punt 2). Als gemeente ontvangen wij op geen enkele wijze direct of indirect identificerende persoonsgegevens, noch hebben wij daar op enige andere wijze inzage in en/of toegang tot. Voorts hebben wij geen zeggenschap over de wijze waarop City Traffic de persoonsgegevens verwerkt, bewaart, etc.*

Wij zijn daarom van mening dat de (juridische) verantwoordelijkheid van de gemeente uitsluitend gebaseerd is op haar rol als opdrachtgever jegens City Traffic. De daadwerkelijke verantwoordelijkheid met betrekking tot de (verwerking van de) persoonsgegevens berust bij City Traffic."

96. Dat niet wordt beoogd om persoonsgegevens te verwerken in de zin van de AVG, blijkt overigens ook uit de in het verleden door de gemeente gehanteerde werkwijze om passanten te tellen (zoals hiervoor is aangehaald). De gemeente heeft in het verleden – voordat zij Bureau RMC inschakelde – de passanten in de Enschedese binnenstad handmatig laten tellen.[15] Dat leverde 'telgegevens' en daarmee statistische informatie op een hoog aggregatieniveau op. Het handmatig tellen van passanten bleek echter tijdrovend en arbeidsintensief te zijn. Ook leverde deze werkwijze te onnauwkeurige statistische informatie op, aangezien de 'teldagen' momentopnames zijn. Dat is de reden waarom het college B&W Enschede Bureau RMC heeft ingeschakeld. Bureau RMC beschikt namelijk over wifitellingstechnieken waarmee sneller en nauwkeuriger statistische informatie over bezoekersaantallen kon worden verkregen.[16]

97. Kortom, de gemeente Enschede heeft tot op heden dan ook nimmer persoonsgegevens ontvangen. Daarnaast is zij er steeds vanuit gegaan dat zij zorgvuldig omgaat met de privacy in het kader van de passantentellingen. De gemeente was dan ook – net zoals Bureau RMC – in de veronderstelling dat de eventuele verwerking van persoonsgegevens in het kader van wifitellingen in overeenstemming is met de eisen die de AVG daaraan stelt, met name omdat de verzamelde gegevens direct worden gepseudonimiseerd en er allerlei maatregelen zijn getroffen waardoor identificatie van een individu onmogelijk c.q. praktisch ondoenlijk is.

[14] Dit behoeft enige nuance: een MAC-adres is niet zonder meer een persoonsgegeven. Een MAC-adres kan een persoonsgegeven zijn indien dat in combinatie met andere gegevens, bijvoorbeeld locatiegegevens, wordt verwerkt. Dat volgt uit de heersende leer zoals blijkt uit diverse documenten die op meerdere plekken in deze zienswijze reeds zijn aangehaald.

[15] Overigens is de gemeente van mening dat een handmatige telling per definitie tot identificatie leidt door degene die telt en in die zin minder privacyvriendelijk is dan de telling via wifi-sensoren. Het enige verschil zou zijn dat handmatige telling mogelijk niet onder de reikwijdte van de AVG zou vallen en er dus geen verwerking in de zin van die wet zou zijn. Dat maakt identificatie echter de facto niet minder mogelijk.

[16] Zie voor een nadere toelichting ook de brief d.d. 20 september 2018 van de gemeente Enschede aan de AP.

VERZOEK COLLEGE AAN AP TOT ONDERZOEK KWALIFICATIE GEMEENTE ALS VERWERKINGSVERANTWOORDELIJKE

98. Het college van B&W Enschede stelt zich op het standpunt dat er in deze kwestie twee soorten verantwoordelijkheden zijn:

    1. de contractuele verantwoordelijkheid van de gemeente Enschede als *opdrachtgever* van de opdrachtovereenkomst aan Bureau RMC, waarbij opdracht is gegeven om passantentellingen uit te voeren;
    2. de verantwoordelijkheid voor de verwerking van de persoonsgegevens.

99. De gemeente meent primair dat zij weliswaar verantwoordelijk is voor het initiëren van de tellingen en dat zij daar ook gegronde redenen voor heeft, maar ook dat zij verantwoordelijk is voor het tel-project op zich zelf. De gemeente meent echter eveneens dat er gegronde aanwijzingen bestaan voor de conclusie dat zij niet aangemerkt zou moeten worden als verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de AVG. Zij verzoekt de AP uitdrukkelijk die rolverdeling derhalve nader te onderzoeken én bij haar besluit in dezen te betrekken. Zij licht dat hierna nader toe.

100. Het college van B&W Enschede is vanzelfsprekend verantwoordelijk voor de opdrachtverstrekking aan Bureau RMC om de passantentellingen in de Enschedese binnenstad uit te voeren. Die verantwoordelijkheid neemt de gemeente derhalve ook. Nu zij aangesproken wordt door de AP wil zij zich voor wat betreft haar verantwoordelijkheid voor het feit dat er überhaupt tellingen worden uitgevoerd niet achter derden verschuilen. Als overheid heeft zij de juridische, maar vooral ook de morele, plicht om datgene te doen dat het beste is voor de stad, haar bewoners, bezoekers, werkgevers, werknemers en investeerders. De gemeente meent dat het uitvoeren van de passantentellingen, op de wijze zoals die door Bureau RMC wordt uitgevoerd, in dat kader passend is.

101. Het college heeft bij aanvang van de telling – in samenspraak met Bureau RMC - de keuze gemaakt om zichzelf aan te merken als verwerkingsverantwoordelijke voor de eventuele persoonsgegevensverwerkingen in het kader van de wifitellingen. Zij is dan ook als zodanig aangeduid in de met Bureau RMC gesloten ‘bewerkersovereenkomst’.

102. In retrospectief vraagt het college zich echter af of die keuze of wel de juiste is geweest. De vraag of de gemeente Enschede is aan te merken als verwerkingsverantwoordelijke dient immers te worden beantwoord aan de hand van *feitelijke* omstandigheden die erop zouden moeten duiden dat zij feitelijk invloed heeft gehad op het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens.[17]

103. Het college van B&W Enschede werpt in dit verband de vraag op in hoeverre haar verantwoordelijkheid als *opdrachtgever* voor het uitvoeren van passantentellingen, in deze concrete situatie met zich meebrengt dat zij tevens de *verwerkingsverantwoordelijkheid* (in de zin van de AVG) draagt voor de persoonsgegevensverwerkingen. In de ogen van Enschede zijn dit evident twee wezenlijk verschillende verantwoordelijkheden. Ofwel, is de gemeente zonder meer verwerkingsverantwoordelijke voor de persoonsgegevensverwerkingen in het kader van wifitellingen, enkel en alleen omdat zij *opdrachtgever* is om de wifitellingen uit te voeren? Staat het nemen van het besluit om over te gaan tot passantentellingen gelijk aan het verstrekken van de opdracht c.q. het initiatief tot het *verwerken van persoonsgegevens in de zin van de AVG*? Het is de gemeente immers uitsluitend te doen om geaggregeerde en statistische – niet tot individuen herleidbare – informatie over de bezoekersaantallen in de Enschedese binnenstad inzichtelijk te

[17] Zie hiervoor o.m. WP29, Advies 1/2010 over de begrippen ‘verantwoordelijke’ en ‘verwerker’, (WP169), 16 februari 2010.

maken. De wijze waarop Bureau RMC die data verkrijgt is voor de gemeente van ondergeschikt belang. Zij oefent in privacyrechtelijke zin geen dan wel onvoldoende invloed uit om te kunnen spreken van het bepalen van doel en middelen van de vermeende verwerking. De feitelijke, maar in de ogen van de gemeente ook de juridische, *verwerking van de persoonsgegevens* in de zin van de AVG, vindt in zijn geheel plaats bij of door Bureau RMC/ PFM. De keuzes die daaromtrent gemaakt worden, worden ook niet door de gemeente gemaakt.

104. In de zaak Bluetrace[18] worden een aantal aspecten opgesomd aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een partij – al dan niet – een verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de AVG is. Het gaat om de volgende aspecten:

- het bepalen van de doeleinden voor de gegevensverwerking;
- het bepalen van de middelen die aangewend worden voor de verwerking;
- het bepalen welke gegevens worden verwerkt;
- het bepalen van de bewaartermijnen;
- zeggenschap over de toegang tot de gegevens;
- zeggenschap over de informatie die wordt verstrekt aan de betrokkene;
- zeggenschap over het verstrekken van gegevens aan derden en/of naar partijen in landen buiten de EU;
- de contractuele afspraken over gegevensverwerking tussen partijen.

105. Contractuele verhoudingen – zoals die in de met Bureau RMC gesloten bewerkersovereenkomst – zijn niet per definitie doorslaggevend.[19] Het college ziet in deze kwestie een aantal aanwijzingen op grond waardoor zij zich in retroperspectief afvraagt of zij wel verwerkingsverantwoordelijkheid in de zin van de AVG draagt.

106. De werking achter de wifitellingentechniek, de wijze waarop de gegevens worden verzameld, welke gegevens er precies moeten worden verzameld voor de gewenste output, de keuze voor hashing en truncating, de opslag en de (al dan niet in overleg) bewaartermijn,[20] etc. worden bepaald door Bureau RMC. De gemeente heeft daarnaast geen toegang tot de persoonsgegevens die Bureau RMC onder zich heeft. Althans, de gemeente Enschede heeft geen zeggenschap over de toegang tot de gegevens. Daarnaast heeft de gemeente geen zeggenschap over het feit dat Bureau RMC gegevens aan derden verstrekt en of deze kunnen worden doorgegeven aan partijen in landen buiten de Europese Unie. Bureau RMC mag de verwerkte persoonsgegevens zelfs 'verkopen' aan derde partijen, zoals hierna wordt aangehaald. De gemeente Enschede is daar niet bij betrokken. Hoe ziet uw Autoriteit deze feitelijke aanwijzingen?

107. Gezien het voorgaande herhaalt het college nogmaals haar verzoek aan de AP om de kwalificatie van de rollen in privacyrechtelijke zin van de verschillende actoren nader te onderzoeken en uitdrukkelijk bij haar besluitvorming te betrekken.

Gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid college van B&W Enschede en Bureau RMC?

[18] CBP, Wifi-tracking van mobiele apparaten in en rond winkels door Bluetrace, z2014-00944, p. 35 - 39, https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/rapport_db_bluetrace.pdf

[19] https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/algemene-informatie-avg/verwerkers: "*In de praktijk kan het soms lastig zijn om te bepalen of u verwerker of verwerkingsverantwoordelijke bent. Daarom vindt u in dit dossier het antwoord op veelgestelde vragen over hoe u dat bepaalt.*" Zie ook: Kroniek Privacyrecht: anderhalf jaar AVG in vogelvlucht, P&I/1/2020, p. 2-23, op p. 5 onder het kopje "Rollen in de AVG: verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers".

[20] Zo heeft Bureau RMC recentelijk nog bepaald de bewaartermijn te verkorten, zo blijkt uit haar brief als bijgevoegd in Bijlage 2.

108. Indien en voor zover uw Autoriteit na nader onderzoek, zoals door de gemeente in de vorige alinea verzocht, toch van oordeel is dat de enkele opdrachtverstrekking om wifitellingen uit te voeren, per definitie met zich mee zou brengen dat het college is aan te merken als verwerkingsverantwoordelijke voor de verwerkingen van persoonsgegevens, dan wenst het college er subsidiair op te wijzen dat er een aantal aanwijzingen bestaan die erop duiden dat zij niet als enige partij de verwerkingsverantwoordelijkheid draagt. Hoewel dit in de bewerkersovereenkomst contractueel anders wordt aangeduid, zijn er aanwijzingen dat Bureau RMC (mede-)verwerkingsverantwoordelijke is voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van wifitellingen (zoals uw Autoriteit zelf ook al signaleert in uw rapport (nr.150)). Bureau RMC geeft namelijk in de eerste plaats in artikel 1.1 van het Privacy Protocol CityTraffic zelf aan dat zij verwerkingsverantwoordelijke is (onderstreping college B&W Enschede):

> "*CityTraffic is de verantwoordelijke voor de verwerking van de MAC-adressen door CityTraffic en/of onze Partners in de zin van de Wbp, voor zover zij (alleen of gezamenlijk met anderen) de doeleinden en de middelen van de verwerking van MAC-adressen bepaalt*."

109. In de tweede plaats is de opdrachtverstrekking door de gemeente aan Bureau RMC met betrekking tot de passantentellingen gericht op het verschaffen van inzicht aan de gemeente in de geaggregeerde en statistische – niet tot individuen herleidbare – informatie over de bezoekersaantallen. De gemeente laat Bureau RMC vrij in de wijze waarop Bureau RMC deze opdracht uitvoert. Er is weliswaar een bewerkersovereenkomst gesloten waarin staat dat Bureau RMC persoonsgegevens ontvangt van de gemeente Enschede en dat zij volgens de instructies van de gemeente handelt (quod non), feitelijk ligt de werkwijze totaal anders zoals uw Autoriteit zelf ook in uw onderzoek heeft geconstateerd. Het is dan nu eenmaal niet zo dat het college B&W Enschede aan Bureau RMC kaders en/of voorwaarden voorschrijft waarbinnen *persoonsgegevens moeten worden verwerkt,* laat staan dat dat gerichte of vastomlijnde kaders of voorwaarden zouden zijn. Uiteraard geeft de gemeente als verantwoordelijke voor het project op zich zelf, wel kaders mee voor de output die zij wenst te verkrijgen.

110. Het college B&W Enschede wijst in dit verband op de publicatie van WP29 over de begrippen 'verantwoordelijke' en 'verwerker', waarin een aantal criteria zijn vastgesteld om de hoedanigheid van partijen te duiden.[21] Deze criteria wijzen er in de ogen van de gemeente op – Bureau RMC (mede-)verwerkingsverantwoordelijke is.

111. Bovendien kan Bureau RMC – zoals blijkt uit het gespreksverslag "Onderzoek ter plaatse bij Bureau RMC" van de AP d.d. 29 mei 2019 – zelf de verzamelde persoonsgegevens en geaggregeerde informatie 'verkopen' aan derden:

> "*We hebben recht op een afslagbestand. Dit is een kopie en wij mogen deze data gebruiken voor eenieder die een aanvraag doet over bijvoorbeeld drukte op een bepaalde plek in de binnenstad in Enschede. Dus als bijvoorbeeld Hunkemöller belt om te vragen hoe druk het in hun straat in Enschede is, dan kan ik de data aan hen verkopen. Dit is een deel van ons businessmodel."*

112. Kort en goed, de gemeente heeft geen dan wel een beperkt aandeel in de vermeende (persoonsgegevens)verwerkingen rondom de wifitellingen. De gemeente heeft immers slechts onder meer de opdracht voor de wifitellingen geïnitieerd en de locaties voor de sensoren in overleg met Bureau RMC aangewezen. Verder heeft de gemeente geen persoonsgegevens onder zich en verkrijgt zij hooguit geaggregeerde en statistische – niet tot individuen herleidbare – informatie over de bezoekersaantallen in de Enschedese binnenstad. De gemeente heeft ook geen dan wel beperkte

[21] WP29, Advies 1/2010 over de begrippen 'verantwoordelijke' en 'verwerker', (WP169), 16 februari 2010, p. 32 - 33.

invloed op onder meer de vraag welke persoonsgegevens er precies moeten worden verwerkt, op welke wijze de verwerking via haar wifitellingstechnieken geschiedt, etc. Het college van B&W Enschede vraagt zich dan ook af in hoeverre zij – gelet op dit beperkte aandeel – ten volle de verwerkingsverantwoordelijkheid voor de persoonsgegevensverwerkingen zou moeten dragen. Volgens het college van B&W Enschede zou zij hooguit gezamenlijk verwerkingsverantwoordelijke in de zin van artikel 26 AVG, tezamen met Bureau RMC, kunnen zijn. Let wel: het college doelt hiermee uitdrukkelijk op (gezamenlijke) verwerkingsverantwoordelijkheid in de zin van de AVG en derhalve niet op haar – zoals zij reeds in deze zienswijze heeft erkend – verantwoordelijkheid als *opdrachtgever* voor de passantentellingen.

Resumé

113. Kortom, het college van B&W Enschede meent dat er twee soorten verantwoordelijkheden moeten worden onderscheiden. Enerzijds haar verantwoordelijkheid als *opdrachtgever* voor de passantentellingen, het initiatief dat zij in dat kader heeft genomen, alsmede voor het project op zichzelf. Die verantwoordelijkheid staat volgens het college – zoals hiervoor reeds toegelicht – niet ter discussie. Anderzijds speelt de verwerkingsverantwoordelijkheid voor de persoonsgegevensverwerkingen in het kader van wifitellingen een rol. Het college vraagt zich af in hoeverre zij – ondanks dat zij het initiatief heeft genomen voor de opdracht tot passantentellingen en, voor zover zij daartoe in staat was, allerlei maatregelen heeft getroffen om de privacy van betrokkenen te waarborgen – de verwerkingsverantwoordelijkheid draagt. De gemeente zou hierover graag duidelijkheid krijgen en meent ook dat duidelijkheid hierover voor meerdere gemeenten en partijen in Nederland noodzakelijk is. Daarom zou zij primair graag zien dat de AP dit aspect nader onderzoekt en in haar besluitvorming meeneemt.
Zij meent subsidiair in ieder geval dat haar aandeel in de persoonsgegevensverwerkingen heel beperkt is en dat zij hooguit als gezamenlijk verwerkingsverantwoordelijke in de zin van artikel 26 AVG kan worden aangemerkt.

4. COLLEGE B&W ENSCHEDE HEEFT WÈL EEN WETTELIJKE GRONDSLAG
PRIMAIR: PUBLIEKE TAAK
SUBSIDIAIR: GERECHTVAARDIGD BELANG

114. Voor het geval uw Autoriteit mocht oordelen dat het college van B&W Enschede (gezamenlijke) verwerkingsverantwoordelijke is, betoogt het college dat zij wèl degelijk een wettelijke grondslag heeft om persoonsgegevens te mogen verwerken.

115. Naar de mening van het college B&W Enschede stelt de AP zich in nrs. 162-168 onterecht op het standpunt dat de gemeente Enschede geen wettelijke grondslag zou hebben. Anders dan de AP meent zijn de grondslagen waar Enschede zich in casu op kan beroepen de volgende:

> *“e) de verwerking is noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen;*
>
> *f) de verwerking is noodzakelijk voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen, met name wanneer de betrokkene een kind is.*
>
> *De eerste alinea, punt f), geldt niet voor de verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken.”*

116. Primair betoogt het college B&W Enschede dat de verwerkingen in het kader van wifitellingen kunnen worden gebaseerd op de grondslag ex artikel 6 lid 1 sub e AVG. Deze verwerkingen strekken er immers toe om een taak van algemeen belang, ook wel 'publieke taak' te behartigen en zijn daarvoor noodzakelijk. Subsidiair meent de gemeente dat de verwerking op artikel 6 lid 1 sub f AVG gestoeld kan worden nu, in dat geval, de gemeente kennelijk geen publieke taak zou hebben waar zij de verwerking op kan baseren, en zij derhalve niet verschilt van een private partij die een beroep op zijn gerechtvaardigd belang kan doen. De gemeente heeft alsdan immers een gerechtvaardigd belang bij de wifitellingen. Het college B&W Enschede zal dit hieronder nader toelichten.

4.1. Grondslag e (verwerkingen noodzakelijk voor taak algemeen belang of taak openbaar gezag)

4.1.1. Inleiding

117. Uw Autoriteit heeft in paragraaf 2.2 van het onderzoeksrapport (nrs. 11-14) geconstateerd dat de wifimetingen in Enschede worden uitgevoerd met als doel het meten van de effecten van investeringen van de gemeente Enschede in de binnenstad met het oog op een verantwoord omgaan met publieke gelden. De AP baseert zich daarbij op het collegebesluit van 5 september 2017 alsmede op hetgeen daarover is gepubliceerd op de website van de gemeente Enschede. De AP concludeert daaruit in nr. 162 dat de wifimetingen verwerkingen zijn in het kader van de gemeentelijke overheidstaken. In nr. 164 schrijft de AP dat overheidstaken taken van algemeen belang betreffen en als voorbeeld geeft zij het voeren van het dagelijks bestuur van de gemeente:

> "*Zo is het college van B&W Enschede op grond van artikel 160 Gemeentewet bevoegd om het dagelijks bestuur van de gemeente te voeren*."

4.1.2. Doel tellingen

118. Met passantentellingen kan inzicht worden verkregen in diverse aspecten die voor gemeenten van belang zijn om haar beleid op diverse vlakken te kunnen baseren en derhalve om invulling te geven aan de 'publieke taak' die zij als gemeente jegens haar inwoners heeft. Denk bijvoorbeeld aan:

> - het meten van effecten van wegwerkzaamheden. Vormen deze wel of niet de basis voor zorgen van ondernemers die zeggen vanwege wegwerkzaamheden minder bezoekers te ontvangen? Door tellingen kan worden gezien wat de effecten zijn van wegwerkzaamheden en of er extra maatregelen nodig zijn om bezoekers goed naar de binnenstad te geleiden. Een concreet voorbeeld daarvan speelde in Enschede toen de Oldenzaalsestraat en de Ripperdastraat gelijktijdig werden aangepakt. Veel ondernemers waren bang dat dit tot grote vermindering van bezoekersaantallen in de binnenstad zou leiden. Met de wifitellingen kon het college van B&W zien of de bezoekersaantallen in de Heurne en aan de westkant van de binnenstad werden beïnvloed en of het totaal aantal bezoekers verminderde.
> (Taak gemeente: zorgen voor goede bereikbaarheid winkels en bedrijven).
>
> - door middel van passantentellingen kan het college van B&W Enschede bepalen waar in de openbare ruimte in de binnenstad moet worden ingegrepen. De passantentellingen geven immers ook aan waar het wel of niet druk is. De gemeente kan daar rekening mee houden bij bijvoorbeeld de inzet van handhavers maar ook bij beslissingen over de inrichting van de openbare ruimte. De veiligheid van de stad en een goede inrichting van de openbare ruimte is een kernverantwoordelijkheid van de gemeente. De burgemeester van Enschede is verantwoordelijk voor de openbare orde en veiligheid in de gemeente ex artikel 172 Gemeentewet.
>
> - de gemeente investeert veel in evenementen. De binnenstad is een belangrijke evenementenlocatie. Aantrekkelijkheid voor bezoekers is een toetsingscriterium voor

subsidie op een evenement. Dit moet wel te toetsen zijn door middel van tellingen. De gemeente vindt het belangrijk om een aantrekkelijk leefklimaat te bieden aan haar inwoners en potentiële inwoners zoals studenten. Zulks is belangrijk voor de leefbaarheid van de stad, een kernverantwoordelijkheid van de gemeente jegens haar inwoners. Met de wifitellingen kan worden gemeten of deze investeringen daadwerkelijk de moeite waard zijn.

- het meten van effecten van besluiten om bijvoorbeeld het aantal koopzondagen te houden. Ook dit speelt een rol bij het leefbaar en aantrekkelijk houden van de stad voor inwoners, potentiële inwoners, maar ook bezoekers, uit binnen en buitenland. Deze besluiten hebben immers ook financiële gevolgen voor de gemeente: meer kosten voor schoonmaak, meer kosten voor openbaar vervoer waar de gemeente bij moet leggen als de gemeente het aantal koopzondagen verruimd. Dit moet de gemeente tegen elkaar kunnen afwegen.

- de gemeente investeert veel in binnenstadpromotie. Door het meten van de bezoekersaantallen wordt inzichtelijk of men de effecten daarvan terug ziet. Zulks is ook weer relevant voor het op peil houden van de leefbaarheid van de stad. Een kernverantwoordelijkheid van de gemeente.

- de gemeente gebruikt de tellingen bij acquisitie van winkels en horeca. Hiermee kan zij laten zien hoe de bezoekersaantallen zijn per dag en per uur. Een ondernemer kan dan een weloverwogen besluit nemen om zich in de binnenstad te vestigen. Hierdoor blijft de Enschedese binnenstad bruisend en gevuld. De gemeente is verantwoordelijk voor de aantrekkelijkheid van de stad, ook op economisch vlak. Zulks zorgt voor werkgelegenheid, maar ook verhoogde belastinginkomsten. Zowel werkgelegenheid als het voeren van een gezond financieel (belasting)beleid behoren tot de topverantwoordelijkheden van de gemeente.

- de gemeente gebruikt de tellingen bij het bepalen of en op welke dagen het houden van markten zinvol is. Op grond van artikel 160 lid 1 sub h is het college van B&W immers bevoegd om jaarmarkten of gewone marktdagen in te stellen, af te schaffen of te veranderen.

119. Het economische en culturele hart van de binnenstad van de gemeente Enschede is – net als bij veel andere gemeenten – een belangrijke uitgavenpost c.q. inkomstenbron. Het college B&W Enschede heeft om die reden belang bij informatie over de activiteiten, de gebeurtenissen, de aantallen bezoekers en de bezoekersstromen etc. in de binnenstad. Deze informatie is van groot belang om gedegen beslissingen te kunnen nemen over verantwoorde uitgaven en investeringen.

120. Het doel van de tellingen heeft dan ook nooit verder gestrekt dan het verwerven van inzicht in de aantallen bezoekers en de bezoekersstromen in de binnenstad. Het uiteindelijke doel was niets meer of minder dan het creëren van een aantrekkelijke, toegankelijke binnenstad. Zoals hiervoor uiteengezet is die informatie belangrijk voor zowel de veiligheid en openbare orde, de werkgelegenheid, het voeren van financieel gezond beleid en de leefbaarheid van de stad. Al die zaken komen de inwoners, potentiële inwoners, bezoekers, potentiële bezoekers, maar ook mensen die emplooi hebben in de stad, direct ten goede. Goed en gedegen beleid op deze beleidsterreinen is de directe verantwoordelijkheid van de gemeente. Zie ook passages uit de formulering in het collegebesluit: “hoeveel passanten”, “hoeveel bezoekers”, “aantal bezoekers”, bezoekersstromen”, en dat alles met als uitgangspunt dat via de metingen geen link kan worden gelegd naar persoonlijke gegevens van de passanten.

121. Deze informatie is pas echt waardevol als het “continue” informatie is, dat wil zeggen niet uitsluitend informatie die is gebaseerd op incidentele gebeurtenissen (evenementen, markten, feesten, etc.).

122. Overigens vinden in Enschede al sinds jaar en dag tellingen plaats. Eerst handmatig. Handmatige tellingen kennen echter veel nadelen: dubbeltellingen kunnen niet worden voorkomen, en dus geven handmatige tellingen geen betrouwbaar beeld. Bovendien is dit zeer arbeidsintensief en dus kostbaar. In de ogen van de gemeente is de gekozen wijze van tellen juist privacy-vriendelijker dan handmatige tellingen. In het laatste geval ziet de teller immers per definitie welke persoon zich waar bevindt. In het eerste geval niet, hetgeen zij hiervoor uitvoerig heeft betoogd. Andere alternatieven voor tellingen dan via wifi zijn eigenlijk niet voorhanden. Er bestaan wel infraroodtellingen, maar ook deze methode haalt geen dubbeltellingen uit de tellingen.

123. Uit het voorgaande blijkt dat het de gemeente Enschede er om gaat om een veilige, bereikbare en comfortabele openbare ruimte voor alle burgers en een aantrekkelijke binnenstad voor ondernemers te creëren en te onderhouden. Dit komt wel degelijk voort uit publieke taken zoals het handhaven van de openbare orde en veiligheid, het creëren en houden van een gezonde fysieke leefomgeving en financieel beheer van de gemeentelijke uitgaven.

4.1.3. Wifitellingen bij andere gemeenten

124. Dat druktemetingen in steden via wifi bij veel gemeenten voorkomt, blijkt uit het nieuws. Onlangs werden in Breda 50 sensoren opgehangen om wifimetingen uit te voeren. Uit het Algemeen Dagblad[22]:

> "*Het hoofddoel van het meten van de bezoekersdrukte door het inzetten van wifi- tracking is: Het verzamelen van informatie over aantallen, dichtheden en stromen van voetgangers om slimmer maatregelen te treffen om drukte in goede baan te leiden. Hierdoor blijft de stad zowel op de korte, middellange en lange termijn comfortabel, bereikbaar en veilig en wordt de leefbaarheid vergroot. Waarbij ook de inrichting van de publieke ruimte, op de langere termijn, wordt verbeterd.*
>
> *Dit hoofddoel heeft 5 concrete subdoelen:*
>
> - *Het vermijden en beheersen van onveilige situaties (veiligheid).*
> - *Een goede bezoekersbereikbaarheid van publieksfuncties en goede doorstroming van het verkeer in een groter gebied rond de drukke locaties (bereikbaarheid en doorstroming).*
> - *Een kwalitatief hoogwaardige openbare ruimte waarin bezoekers zich welkom, veilig en comfortabel voelen (kwaliteit en comfort).*
> - *Betere inrichting van de publieke ruimte op de langere termijn.*
> - *De ondernemers in de binnenstad meer inzicht geven in de bezoekersstromen. Daartoe deelt de Gemeente Breda de geaggregeerde data (geen persoonsgegevens) met ondernemers."*

125. De gemeente Breda beroept zich hierbij op de wettelijke grondslag 'gerechtvaardigd belang'.[23]

4.1.4. Taak algemeen belang of taak openbaar gezag

4.1.4.1. Dagelijks bestuur

126. Artikel 160 lid 1 sub a Gemeentewet luidt:

[22] Algemeen Dagblad van 9 juni 2020: https://www.ad.nl/breda/bredase-sensoren-maken-drukke-situaties-in-de-stad-snel-zichtbaar-dit-maakt-de-binnenstad-veiliger~ad954496/.
[23] https://www.breda.nl/wifi-sensoren-en-uw-privacy.

"Het college is in ieder geval bevoegd: a. het dagelijks bestuur van de gemeente te voeren, voor zover niet bij of krachtens de wet de raad of de burgemeester hiermee is belast;[…]

127. En sub h:

"h. jaarmarkten of gewone marktdagen in te stellen, af te schaffen of te veranderen."

128. Artikel 212 lid 1 Gemeentewet luidt:

"*De raad stelt bij verordening de uitgangspunten voor het financiële beleid, alsmede voor het financiële beheer en voor de inrichting van de financiële organisatie vast. Deze verordening waarborgt dat aan de eisen van rechtmatigheid, verantwoording en controle wordt voldaan*."

129. Artikel 213 lid 1 Gemeentewet luidt:

"*De raad stelt bij verordening regels vast voor de controle op het financiële beheer en op de inrichting van de financiële organisatie. Deze verordening waarborgt dat de rechtmatigheid van het financiële beheer en van de inrichting van de financiële organisatie wordt getoetst*."

130. Artikel 172 lid 1 Gemeentewet luidt:

'De burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde.'

131. In de Memorie van Toelichting bij de Gemeentewet staat (onderstrepingen college B&W Enschede):

"*Het dagelijks bestuur staat in de huidige Gemeentewet geformuleerd in een afzonderlijke bepaling (art. 160) en geldt vooral als een plicht van het college om te zorgen dat adequaat wordt gereageerd op alle aangelegenheden die typisch tot de dagelijkse bestuurs- en beheerstaak behoren. Explicitering in de vorm van meer uitgewerkte taken is niet goed mogelijk. Een dergelijke opsomming is bijna per definitie gedoemd niet sluitend te zijn. Het voeren van het dagelijks bestuur is in dit voorstel opgenomen in de opsomming van bevoegdheden die in ieder geval bij het college berusten. Het dagelijks bestuur omvat ook de dagelijkse behartiging van autonome taken en bevoegdheden*."[24]

132. Hoewel de wetgever dus expliciet heeft gekozen om geen opsomming van taken onder het begrip 'dagelijks bestuur' te brengen, blijkt hieruit wel dat een van de belangrijkste doelen is: het financiële beheer van de gemeente; het verkrijgen en behouden van een gezonde financiële situatie. Daartoe behoort in ieder geval het voorkomen van onverantwoorde uitgaven en investeringen, en daarnaast natuurlijk ook het verwerven van zoveel mogelijk inkomsten (uit o.a. leges, gemeentelijke belastingen, etc.). Met behulp van de informatie uit de wifitellingen kan college B&W Enschede tot het financiële beheer komen, zoals bedoeld als onderdeel van het dagelijks bestuur.[25]

133. De Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming schrijft over het publieke taakcriterium het volgende (onderstrepingen college B&W Enschede):

[…]Naar zijn aard is de publieke taak dynamisch en veranderlijk door de tijd heen. De grenzen van de publieke taak zijn niet altijd op voorhand scherp te trekken. […] Indien het noodzakelijk

[24] *Kamerstukken II* 2000-01, 27 751, nr. 3 (Memorie van Toelichting), Wet dualisering gemeentebestuur, p. 61.
[25] Zie in dat kader ook de financiële verordening van de gemeente.
https://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/XHTMLoutput/Actueel/Enschede/CVDR602293.html

is om voor de uitvoering van de publieke taak persoonsgegevens te verwerken, kan de wettelijke rechtsgrondslag voor de publieke taak tevens worden beschouwd als rechtsgrondslag voor de verwerking van persoonsgegevens. Het doel van de gegevensverwerking is daarbij naar zijn aard wel gebonden aan de uitoefening van die publieke taak, en de ruimte voor gegevensverwerking vindt hierin zijn begrenzing.

De publieke taak en de gegevensverwerking moeten hun grondslag vinden in het in Nederland geldende recht. Dit hoeft echter niet uitputtend te zijn geregeld, en de publieke taak behoeft ook niet altijd in een wet in formele zin te zijn vastgelegd. Deze lezing strookt ook met het uitgangspunt van het EVRM inzake beperking van grondrechten, waarbij de beperking van het privéleven op grond van artikel 8, tweede lid, voorzienbaar moet zijn bij wet. Het begrip «voorzienbaar bij wet» wordt hierbij opgevat als een materieel wetsbegrip, dat niet beperkt is tot wetten in formele zin. In de kern gaat het erom dat het voor het individu kenbaar moet zijn dat zijn persoonsgegevens met betrekking tot een specifieke publieke taak worden verwerkt. Dit kan ook, zoals nu in sommige gevallen wordt aangenomen, volgen uit een samenstel van wettelijke regels die tezamen een publieke taak aanduiden. Het begrip publieke taak moet dus breed worden gelezen, mede in het licht van de overwegingen bij de verordening, maar die publieke taak moet wel voldoende duidelijk blijken uit nationaal recht.[26]

134. De AP miskent met haar stelling dat de gemeente een zeer brede taak heeft. De AP vernauwt die taak ten onrechte. Uit de Gemeentewet volgt dat de gemeente het 'dagelijks bestuur' van de gemeente moet voeren. Zulks is niet zomaar ruim geformuleerd, maar juist met een doordachte reden. Door zich op te stellen zoals de AP in haar rapport doet, vernauwt zij die taakstelling van de gemeente ten onrechte en gaat zij feitelijk op de stoel van de wetgever zitten. Die rol past haar vanzelfsprekend niet. De wetgever heeft deze taak doelbewust ruim geformuleerd.

135. In de ogen van de gemeente blijken haar verantwoordelijkheden, en in het verlengde daarvan de noodzaak tot het uitvoeren van de wifitellingen om aan die verschillende verantwoordelijkheden te voldoen, uit diverse (formele en materiële) wet- en regelgeving.

136. De verantwoordelijkheid voor voornoemde doeleinden, alsmede de nadere invulling van die doeleinden en de voornoemde wet- en regelgeving, blijken uit diverse (gemeentelijke) documenten. Zo blijkt de verantwoordelijkheid voor de bereikbaarheid en leefbaarheid van de stad, onder meer uit de retailagenda van de landelijke overheid, die door de gemeente is ondertekend.[27] Voorts blijkt die verantwoordelijkheid van de gemeente uit de Visie bruisende binnenstad[28] en de mobiliteitsvisie[29]. De verantwoordelijkheid van de gemeente voor de veiligheid en openbare orde, maar ook voor de leefbaarheid, wordt daarnaast ingevuld in bijvoorbeeld de APV van Enschede (evenementendeel daaruit), het toetsingskader evenementenvergunningen, de nadere regels voor terrassen, de gemeentebegroting en ook in de subsidieverordening.[30] Zo kunnen de wifitellingen van groot belang

[26] *Kamerstukken II* 2017–18, 34 851, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 29-30. https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34851-3.html.
[27] https://www.enschede.nl/sites/default/files/Retailagenda.pdf.
[28] Diverse passages op: https://www.enschede.nl/ondernemers/bruisende-binnenstad.
[29] https://www.enschede.nl/nieuws/mobiliteitsvisie-enschede-ter-visie.
[30] De APV van de gemeente Enschede is te vinden op: https://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/xhtmloutput/Historie/Enschede/332923/CVDR332923_15.html. Zie daar artikel 2.24 e.v. Zie Toetsingskader evenementenvergunningen: http://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/images/Enschede/i257735.pdf
- Artikel 2.25B lid 1 sub b en h;
- Paragraaf 5.1;
- Paragraaf 6;
- Paragraaf 7.2;

zijn voor het bepalen of een vergunning al dan niet wordt verleend. Op basis van data uit het verleden kan de gemeente een inschatting van het aantal bezoekers van een vergunningsplichtig evenement maken.

137. Uit het voorgaande volgt naar de mening van college B&W Enschede ruimschoots dat het dagelijks bestuur uit de Gemeentewet een taak van algemeen belang is in de zin van de AVG (artikel 6 sub e). De AP constateert zelf ook dat de wifitellingen in het kader van de gemeentelijke overheidstaken worden uitgevoerd (nr. 162).

4.1.5. Conclusie

138. Het college B&W Enschede concludeert op basis van het voorgaande dan ook dat zij voor de verwerking in het kader van wifitellingen een beroep kan doen op de grondslag ex artikel 6 lid 1 sub e AVG.

4.2. Grondslag f (verwerkingen noodzakelijk voor gerechtvaardigd belang)

139. Voor het geval uw Autoriteit mocht oordelen dat het college B&W Enschede geen beroep toekomt op de grondslag 'publieke taak' (artikel 6 lid 1 sub e AVG) betoogt het college B&W Enschede subsidiair dat de verwerkingen in het kader van wifitellingen kunnen worden gebaseerd op de grondslag ex artikel 6 lid 1 sub f AVG. Deze verwerkingen strekken er immers toe om de gerechtvaardigde belangen van zowel het college B&W Enschede als derden – te weten de ondernemers, investeerders en bezoekers van de binnenstad in Enschede - te behartigen.

4.2.1. Beroep overheid op grondslag gerechtvaardigd belang

140. De AP stelt onder randnummer 162 van haar onderzoeksrapport dat het college B&W Enschede geen beroep kan doen op deze grondslag. Volgens de AP worden de wifitellingen in het kader van de overheidstaken van de gemeente Enschede uitgevoerd. Derhalve zou, zo meent de AP, het verbod voor overheidsinstanties om een beroep te kunnen doen op een gerechtvaardigd belang voor 'verwerkingen in het kader van de uitoefening van hun taken' van toepassing zijn.

141. Het college B&W Enschede deelt dit standpunt van de AP evenwel niet, althans is van mening dat de AP voornoemd verbod niet aan haar kan tegenwerpen.

142. Het verbod voor overheidsinstanties om een beroep te kunnen doen op een gerechtvaardigd belang voor 'verwerkingen in het kader van de uitoefening van hun taken' is niet absoluut. Dat blijkt o.a. uit de onder randnummers 155 en 156 van het onderzoeksrapport van de AP aangehaalde passages uit de AVG en de memorie van Toelichting bij de UAVG. Overheidsinstanties kunnen op grond van het bepaalde in artikel 6 lid 1 AVG sub f louter geen beroep doen op een gerechtvaardigd belang indien de verwerking in het kader van de uitoefening van hun taken plaats vindt. De Memorie van Toelichting bij de UAVG is eveneens duidelijk (onderstreping college B&W Enschede):[31]

Zie ook APV:
https://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/xhtmloutput/Historie/Enschede/332923/CVDR332923_15.html. Bijv.:
- Artikel 2.25 lid 1 jo. artikel 2.25a lid 3 sub b en lid 4 sub c.

Gemeentebegroting 2020, 3.2 duurzaam wonen, wonen, leven, werken. Zie: https://documenten.enschede.nl/3-2-duurzaam-wonen--leven--werken1998
Subsidieverordening:
https://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/xhtmloutput/Historie/Enschede/625406/CVDR625406_1.html
- Artikel 3 lid 2.

[31] *Kamerstukken II* 2017–18, 34 851, nr. 3, p. 37.

> "*Voor handelingen die buiten de uitoefening van de overheidstaken vallen, mag er wel een rechtsgrondslag worden aangenomen in het gerechtvaardigd belang van de organisatie. De overheid onderscheidt zich hierin dan immers niet wezenlijk van een private partij."*

143. Bovendien volgt uit een eerder advies van Working Party 29 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke het volgende (onderstrepingen college B&W Enschede):[32]

> "*Vooruitkijkend is het ook van belang om er bij stil te staan dat de voorgestelde verordening in artikel 6, lid 1, onder f), specifiek bepaalt dat de grond van gerechtvaardigd belang "niet van toepassing [is] op de verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken". Wanneer deze bepaling in werking treedt en ruim wordt geïnterpreteerd, en zo alle overheidsinstanties uitsluit van het gebruik van gerechtvaardigd belang als rechtsgrond, dan moeten de gronden van "taak van algemeen belang" en "openbaar gezag" van artikel 7, onder e), zo worden geïnterpreteerd dat ze overheidsinstanties enige flexibiliteit bieden, zodat in ieder geval hun behoorlijke beheer en functioneren gewaarborgd zijn, net zoals Verordening (EG) nr. 45/2001 nu wordt geïnterpreteerd.*
>
> *De desbetreffende laatste zin van artikel 6, lid 1, onder f), van de voorgestelde verordening kan ook zo worden geïnterpreteerd dat overheidsinstanties niet volledig worden uitgesloten van het gebruik van gerechtvaardigd belang als rechtsgrond. In dit geval moet de zinsnede "verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken" in het voorgestelde artikel 6, lid 1, onder f), strikt worden geïnterpreteerd. Deze strikte interpretatie zou inhouden dat de verwerking voor het behoorlijke beheer en de werking van deze overheidsinstanties buiten het toepassingsgebied zou vallen van "verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken". Als gevolg hiervan zou de verwerking voor het behoorlijke beheer en de werking van deze overheidsinstanties nog steeds mogelijk zijn overeenkomstig de grond van gerechtvaardigd belang."*

144. En uit de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet AVG[33] blijkt:

> *"(…) Dit geldt niet voor zover de overheidsinstantie 'typisch bedrijfsmatige handelingen' verricht waarbij persoonsgegevens worden verwerkt, (…). Voor handelingen die buiten de uitoefening van de overheidstaken vallen, mag er wel een rechtsgrondslag worden aangenomen in het gerechtvaardigd belang van de organisatie. De overheid onderscheidt zich hierin dan immers niet wezenlijk van een private partij."*

145. Kortom, het college B&W Enschede kan wel een beroep doen op de grondslag gerechtvaardigd belang indien en voor zover het gaat om verwerkingen die buiten de uitoefening van haar overheidstaken vallen.

4.2.2. Gemeente onderscheidt zich niet van private partij

146. Wat is nu een 'bedrijfsmatige handeling' waarbij de overheid zich niet wezenlijk onderscheid van een private partij, zoals dat in de memorie van toelichting bij de UAVG wordt aangehaald? De gemeente Enschede onderscheid zich als verantwoordelijke voor het wel en wee van haar 'winkel', i.e. de stad, niet wezenlijk van andere verwerkingsverantwoordelijken die geen overheid zijn. De gemeente moet de potentie van haar stad in kaart kunnen brengen, net als bijvoorbeeld een ondernemer dat doet

[32] WP29, WP217, Advies 06/2014 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke" in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG, 9 april 2014, p. 28 https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_nl.pdf
[33] p. 31.

voor de potentie van zijn product. Zoals eerder aangegeven is het economische en culturele hart van de binnenstad van de gemeente Enschede – net als overigens bij veel andere gemeenten – een belangrijke uitgavenpost c.q. inkomstenbron. Een bedrijf doet dat door middel van het tellen van bezoekers op haar website, in haar winkels, door het verrichten van 'direct marketing', het maken van reclame voor haar onderneming. Daarvoor heeft het bedrijf een gerechtvaardigd belang. In dat kader mag hij persoonsgegevens verwerken, voor zover hij voldoet aan de voorwaarden van de grondslag van gerechtvaardigd belang.

147. De overheid, in casu de gemeente Enschede, doet feitelijk hetzelfde. Zij voert passantentellingen uit, waardoor de binnenstad kan worden gepromoot. Daarin onderscheidt de overheid zich niet wezenlijk van een private partij. De gemeente moet zelf immers zorgen voor promotie, wil zij aantrekkelijk blijven voor zowel inwoners, ondernemers, bezoekers, investeerders en dienstverleners; zij moet zich – net als iedere andere (private) partij in Nederland – immers zelf zien te bedruipen.

148. 'Bedrijfsmatige handelingen', zoals dat wordt aangehaald in de Memorie van Toelichting van de UAVG ziet niet uitsluitend op handelingen die door een 'bedrijf' worden uitgevoerd. Met bedrijfsmatig wordt bedoeld: 'het operationeel draaiende houden van de organisatie c.q. (in casu) de gemeente als (ondernemende) entiteit. Het voorbeeld dat hierbij gegeven wordt onderstreept, maar is niet meer dan een expliciet voorbeeld om het onderscheid met de grondslag van artikel 6 sub e AVG nader aan te duiden. 'Typisch bedrijfsmatige handelingen' staat bovendien expliciet tussen aanhalingstekens, hetgeen betekent dat zulks ruim opgevat moet worden.

149. Vallen de verwerkingen in het kader van wifitellingen in de Enschedese binnenstad wel of niet binnen de uitoefening van de overheidstaken van de gemeente Enschede? De AP spreekt zichzelf in dit verband tegen. Zij stelt in dit verband enerzijds onder randnummer 162 van haar onderzoeksrapport dat deze verwerkingen in het kader van gemeentelijke overheidstaken plaats vinden. Anderzijds stelt de AP onder randnummer 165 dat het college B&W Enschede voor deze verwerkingen geen beroep kan doen op de grondslag publieke taak ex artikel 6 lid 1 sub e AVG. Dat is in de ogen van de gemeente vreemd: het is hom of kuit.

150. Indien en voor zover de AP van mening is dat de verwerkingen in het kader van wifitellingen in de Enschedese binnenstad niet vallen onder een publieke taak van algemeen belang – waardoor derhalve geen beroep mogelijk is op de grondslag 'publieke taak' ex artikel 6 lid 1 sub e AVG – dan kan er in dit verband ook geen sprake zijn van een aan de gemeente Enschede opgedragen overheidstaak, op grond waarvan haar geen beroep op artikel 6 lid 1 sub f AVG zou toekomen. Zulks spreekt elkaar immers direct tegen. In dat geval valt deze verwerking immers buiten de aan de gemeente Enschede opgedragen overheidstaak. De AP concludeert in dit verband in randnummers 164 en 165 van haar onderzoeksrapport dat de gemeente Enschede voor de verwerkingen in het kader van wifitellingen geen beroep kan doen op de publieke taak 'het dagelijks bestuur' ex artikel 160 Gemeentewet.

4.2.3. Gerechtvaardigd belang

151. Het college B&W Enschede is derhalve secundair van mening dat voor de verwerkingen in het kader van wifitellingen een beroep kan worden gedaan op de grondslag gerechtvaardigd belang. Ook de gemeente Breda beroept zich bij haar wifitellingen op de wettelijke grondslag 'gerechtvaardigd belang'.[34] Het doel van deze wifitellingen is, zoals de AP reeds onder randnummer 12 van haar onderzoeksrapport heeft aangehaald, onder meer als volgt:

[34] https://www.breda.nl/wifi-sensoren-en-uw-privacy.

"De gemeente Enschede investeert veel in de binnenstad en wil de effecten hiervan kunnen meten. Dit doen we via de passantentellingen via sensoren die ons dagelijks inzicht geven in het aantal bezoekers en de bezoekersstromen in de binnenstad. Hiermee krijgen we een beeld van de aantrekkingskracht van onze binnenstad, van de invloed van ruimtelijke veranderingen in de binnenstad en van effecten van bijvoorbeeld evenementen, promotiecampagnes en winkeltijden. De tellingen via sensoren zijn ook interessante gegevens voor ondernemers die gevestigd zijn of die zich willen vestigen in de binnenstad en voor investeerders."

152. Met dit doel worden diverse belangen van het college B&W Enschede, maar ook van ondernemers, investeerders en bezoekers in de binnenstad, behartigd. Al deze partijen hebben een belang bij een aantrekkelijke, leefbare en veilige binnenstad. Dit licht het college B&W Enschede hierna toe.

4.2.3.1. Gerechtvaardigd belang college B&W Enschede

153. Voor het college B&W Enschede is het van belang om te weten welke concrete en werkbare maatregelen zij kan/moet nemen om te zorgen voor een aantrekkelijke, leefbare en veilige binnenstad die economisch gezond is. Dat biedt voor het college B&W Enschede immers diverse bestuurlijke, organisatorische en politieke voordelen. Een gezonde binnenstad leidt bijvoorbeeld tot meer inkomsten en werkgelegenheid voor de inwoners van Enschede, wat op hun beurt indirect leidt tot bijvoorbeeld minder gemeentelijke uitgaven met betrekking tot de bijstand. Daarnaast kan het college B&W Enschede bijvoorbeeld adequater bepalen of en waar verkeersregelaars moeten worden ingezet.

4.2.3.2. Gerechtvaardigde belangen ondernemers, investeerders en bezoekers binnenstad

154. Daarnaast hebben ondernemers die in de binnenstad zijn gevestigd dan wel zich willen vestigen een direct belang bij inzicht in de bezoekersaantallen en bezoekersstromen. Aan de hand daarvan kunnen zij adequater ondernemingsplannen opstellen, een geschikte vestigingslocatie voor hun onderneming selecteren en de openingstijden en personeelsbezettingen vaststellen. Ondernemers hebben tevens belang bij een aantrekkelijke binnenstad die veel bezoekers trekt. Meer bezoekers brengt immers potentieel meer omzet met zich mee. Ondernemers hebben in dit verband ook profijt van de inspanningen die de gemeente verricht om bijvoorbeeld nieuwe ondernemers op basis van concrete cijfers die volgen uit de wifitellingen over te halen zich te vestigen in de binnenstad van Enschede. Daarmee wordt onder meer leegstand in de binnenstad voorkomen.

155. Investeerders hebben eveneens belang bij inzicht in de rapportages die voorspruiten uit de wifitellingen. Met die rapportages hebben zij inzage in het potentieel dat de Enschedese binnenstad heeft te bieden. Op basis daarvan kunnen de investeerders beter besluiten waarin zij willen investeren. Voor het college B&W Enschede slaat dit inzicht bij de investeerders twee vliegen in een klap. Doordat het voor investeerders op basis van dergelijke rapportages aantrekkelijker wordt gemaakt om te investeren, kan de Enschedese binnenstad nog aantrekkelijker worden. De investeringen komen immers ten goede aan de binnenstad. Indirect kunnen dergelijke investeringen zelfs leiden tot een verbetering van de leefbaarheid en veiligheid in de binnenstad.

156. Oók de (potentiële) bezoekers en winkelend publiek hebben belang bij wifitellingen. De maatregelen die door het college B&W Enschede worden getroffen, de vestiging van en activiteiten door ondernemers alsmede de investeringen door investeerders komen uiteindelijk ook ten goede aan hen. Zij kunnen in een aantrekkelijke, leefbare en veilige binnenstad lopen, winkelen, recreëren en gebruikmaken van de horeca.

157. Tot slot, hebben (potentiële) inwoners, zoals studenten ook belang bij een aantrekkelijke, levendige en bruisende binnenstad. Bij de afweging of zij zich in Enschede zullen vestigen speelt de leefbaarheid van de stad evident een rol. Zulks gaat vergrijzing tegen, hetgeen op zichzelf weer een belang van de gemeente is.

4.2.3.3. Afweging belangen in relatie tot de inbreuk op privacy betrokkenen

158. Het verzamelen van informatie over bezoekersaantallen en bezoekersstromen in het kader van wifitellingen is zoals hiervoor uitvoerig betoogd een gerechtvaardigd belang voor het college B&W Enschede, de ondernemers, investeerders, bezoekers en inwoners. De AP heeft in de Bluetrace-zaak erkend dat er sprake kan zijn van een gerechtvaardigd belang voor het verzamelen van dergelijke informatie.[35]

159. In tegenstelling tot het standpunt van de AP in haar onderzoeksrapport, wordt met de verwerkingen in het kader van wifitellingen wél voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste. De wifitellingen zijn namelijk noodzakelijk om de hiervoor beschreven belangen die worden nagestreefd te verwerkelijken. Het is niet mogelijk om deze informatie op een minder ingrijpende wijze te verzamelen. De gemeente Enschede heeft in het verleden immers reeds regelmatig met de hand passantentellingen uitgevoerd. Dat bleek echter erg arbeidsintensief, betrof een momentopname en was kostbaar en leverde onvoldoende betrouwbare resultaten op om goede conclusies uit de tellingen te kunnen trekken. Bovendien blijkt dat met alternatieve telmethodes, dubbelingen niet voorkomen kunnen worden. Met wifitellingen kunnen er veel duurzamere, efficiëntere en betrouwbaardere resultaten worden verzameld.

160. De AP geeft verder onder randnummer 167 van haar onderzoeksrapport andere voorbeelden van alternatieven aan voor wifitellingen, zoals het uitvoeren van marktonderzoek of het verzamelen van omzetgegevens. De AP gaat daarmee echter voorbij aan het feit dat dergelijke methoden andere, minder nauwkeurige, resultaten opleveren dan informatie over bezoekersaantallen en bezoekersstromen aan de hand van wifitellingen. Bovendien zegt de AP niets over de wijze waarop bijvoorbeeld een dergelijk marktonderzoek zou moeten worden uitgevoerd. Voorshands valt niet in te zien waarom een marktonderzoek minder (veronderstelde) impact op de privacy van passanten zou hebben. Om uit een marktonderzoek aantallen bezoekers te kunnen halen, ontkomt degene die het onderzoek uitvoert er immers niet aan dat hij individuen telt, op welke wijze dan ook. Niet valt in te zien waarom de AP meent dat de gemeente voor zo'n onderzoek dan wel een wettelijke grondslag zou hebben en voor de gekozen telwijze (wifitellingen) niet. De AP kan in de ogen van de gemeente niet volstaan met het simpelweg benoemen van een aantal alternatieven, zonder aan te geven waarom die alternatieven geschikter of minder impactvol zouden zijn. De alternatieven die de AP aanreikt, voldoen in de ogen van de gemeente om verschillende redenen niet. Zo schreef de gemeente al eerder in deze zienswijze hoe zij aankijkt tegen handmatige tellingen.

161. Bovendien heeft de gemeente als alternatief overwogen te tellen via de wifizenders die gratis wifi bieden voor bezoekers van de binnenstad. De gemeente heeft echter van dat alternatief afgezien, onder meer omdat zij de huidige wijze van tellen betere waarborgen vond hebben voor de bescherming van de privacy van de bezoekers. In het alternatief zou er immers geteld worden via een openbaar wifinetwerk, met alle mogelijke beveiligingsrisico's van dien. Deze afweging toont aan dat de gemeente een weloverwogen besluit heeft genomen de tellingen uit te laten voeren zoals Bureau RMC dat thans doet. Aan het vereiste van proportionaliteit en subsidiariteit bij de belangenafweging van artikel 6 lid 1 sub f AVG, is derhalve voldaan.

162. Daar komt bij dat Bureau RMC allerlei maatregelen heeft getroffen die met zich meebrengen dat aan het vereiste van proportionaliteit en subsidiariteit wordt voldaan. Zo heeft Bureau RMC onder meer de volgende maatregelen getroffen om 1) te voorkomen dat er in het kader van wifitellingen überhaupt individuen kunnen worden geïdentificeerd en om 2) te bewerkstelligen dat er zorgvuldig wordt omgegaan met de verwerkte gegevens:

[35] CBP, *Wifi-tracking van mobiele apparaten in en rond winkels door Bluetrace*, z2014-00944, 13 oktober 2015, https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/rapport_db_bluetrace.pdf, p. 40.

- Er wordt hashing en truncating toegepast op de MAC-adressen;
- Alleen gehashte MAC-adressen worden naar de server gestuurd;
- Het originele MAC-adres wordt direct op de sensor verwijderd;
- Er wordt slechts gebruik gemaakt van een werkgeheugen op de sensor, waardoor toegang tot de MAC-adressen op de sensor onmogelijk c.q. praktisch ondoenlijk is;
- De gehashte MAC-adressen komen op de server eerst binnen in een korte termijntabel;
- In de korte termijntabel wordt het gehashte MAC-adres afgeknipt en worden de opt-out- en bewonersfilters toegepast. Bureau RMC biedt in dat verband dan ook een effectieve opt-outmogelijkheid;
- Pas daarna gaan de overgebleven gehashte en afgeknipte MAC-adressen naar de lange termijntabel op de server;
- Bureau RMC maakt gebruik van gescheiden databases voor de korte en lange termijn tabel, zodat een koppeling tussen de beide tabellen niet zonder meer mogelijk is;
- Op basis van de verzamelde gegevens aggregeert Bureau RMC statistische rapportages over bezoekersaantallen en druktebeelden die aan de gemeente Enschede worden verstrekt. Bureau RMC levert in dat verband geen persoonsgegevens aan de gemeente Enschede;
- Bureau RMC heeft een bewaartermijn van 6 maanden vastgesteld voor de verzamelde gegevens in de lange termijn tabel. Na verloop van deze termijn worden de opgeslagen gegevens verwijderd.

163. Al met al zijn er in dit verband zeer concrete en adequate maatregelen getroffen door Bureau RMC. Daar komt bij dat Bureau RMC omstreeks 2016 reeds heeft gecorrespondeerd met de AP over haar werkwijze in het kader van wifitellingen. In dat kader heeft Bureau RMC de door de AP verstrekte aanwijzingen opgevolgd. Bureau RMC kon in dat verband – mede doordat de AP nadien niets meer van zich heeft laten horen – ervan uitgaan dat haar werkwijze in overeenstemming is met de privacywet- en regelgeving en bovendien is goedgevonden door de AP. Het bevreemdt dan ook dat de AP nu – na langere tijd niets van zich hebben laten horen – zich op het standpunt stelt dat deze werkwijze niet in lijn zou zijn met de AVG.

164. Het college B&W Enschede acht het verder nog van belang dat zijzelf steeds heeft gestuurd op het waarborgen van privacy. Uit het besluit van 5 september 2017 – waarin werd besloten om te starten met wifitellingen – blijkt alleen al dat het college B&W Enschede privacy hoog in het vaandel heeft staan. Het college is in dat verband steeds afgegaan op de deskundigheid van Bureau RMC. Bureau RMC heeft haar herhaaldelijk aangegeven dat haar wifitellingstechniek in overeenstemming is met de AVG en dat de gemeente geen persoonsgegevens ontvangt. Het college B&W Enschede heeft zich daarnaast ook proactief opgesteld door – naar aanleiding van het nieuwsbericht van de AP over wifitracking d.d. 30 november 2018 – bij Bureau RMC te informeren over de gekozen anonimiserings- en/of pseudonimiseringsmethode. In dit kader heeft het college zelfs besloten om de wifitellingen door Bureau RMC in de Enschedese binnenstad tijdelijk te pauzeren, totdat Bureau RMC het college ervan heeft verzekerd dat haar wifitellingswerkwijze niet in strijd is met de AVG en dat de verzamelde gegevens worden gepseudonimiseerd c.q. geanonimiseerd. Zoals eerder in deze zienswijze beschreven is het college B&W Enschede hierbij steeds afgegaan op de deskundigheid van Bureau RMC als professioneel opdrachtnemer. Verder informeert de gemeente Enschede iedereen, die de binnenstad van Enschede betreedt, actief middels waarschuwingsborden over de wifitellingen. De betrokkenen worden eveneens via de website van de gemeente Enschede hierover geïnformeerd. In dat verband verwijst de gemeente voor meer informatie naar de website van Bureau RMC. Kortom, het college B&W Enschede heeft – gezien haar beperkte rol als opdrachtgever – alles, zo niet zelfs meer dan juridisch gezien strikt genomen vereist zou zijn, eraan gedaan om ervoor te zorgen dat Bureau RMC met betrekking tot de wifitellingen zorgvuldig wordt omgegaan met de privacy van betrokkenen.

165. Gelet op het vorenstaande is, met betrekking tot de te maken belangenafweging bij de grondslag gerechtvaardigd belang, de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van individuen dan ook terug gebracht tot nihil.

4.2.4. Conclusie

166. Het college B&W Enschede concludeert op basis van het voorgaande dan ook dat zij voor de verwerking in het kader van wifitellingen een beroep kan doen op de grondslag gerechtvaardigd belang ex artikel 6 lid 1 sub f AVG.

5. RELEVANTE FACTOREN HANDHAVING

167. Indien en voor zover uw Autoriteit desondanks mocht oordelen dat het college B&W Enschede op onrechtmatige wijze – zonder een grondslag ex artikel 6 AVG – persoonsgegevens verwerkt in het kader van wifitellingen, wenst het college B&W Enschede ten aanzien van een eventueel door uw Autoriteit op te leggen handhavingsmaatregelen uitdrukkelijk op het volgende te wijzen.

5.1. Juridisch kader bestuurlijke boete

168. De AP dient bij het opleggen van een eventuele bestuurlijke boete en de hoogte daarvan rekening te houden met de in artikel 7 van de Boetebeleidsregels Autoriteit Persoonsgegevens 2019 (hierna: de 'Boetebeleidsregels') en artikel 83 lid 2 AVG genoemde factoren. De volgende factoren zijn volgens de gemeente van belang (onderstrepingen college B&W Enschede):

> *"a. de aard, de ernst en de duur van de inbreuk, rekening houdend met de aard, de omvang of het doel van de verwerking in kwestie alsmede het aantal getroffen betrokkenen en de omvang van de door hen geleden schade;*
> *b. de opzettelijke of nalatige aard van de inbreuk;*
> *c. de door de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker genomen maatregelen om de door betrokkenen geleden schade te beperken; […]*
> *e. eerdere relevante inbreuken door de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker;*
> *f. de mate waarin er met de toezichthoudende autoriteit is samengewerkt om de inbreuk te verhelpen en de mogelijke negatieve gevolgen daarvan te beperken;*
> *g. de categorieën van persoonsgegevens waarop de inbreuk betrekking heeft;*
> *[…]*
> *k. elke andere op de omstandigheden van de zaak toepasselijke verzwarende of verzachtende factor, zoals gemaakte financiële winsten, of vermeden verliezen, die al dan niet rechtstreeks uit de inbreuk voortvloeien."*

169. Daarnaast bepaalt artikel 5:46 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht (onderstrepingen college B&W Enschede):

> *"Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd."*

170. In artikel 8 lid 1 van de Boetebeleidsregels wordt voorts bepaald (onderstreping college B&W Enschede):

> *"Indien de voor de overtreding bepaalde boetecategorie in het concrete geval geen passende bestraffing toelaat, kan de Autoriteit Persoonsgegevens bij het bepalen van de hoogte van de boete de boetebandbreedte van de naast hogere categorie respectievelijk de boetebandbreedte van de naast lagere categorie toepassen."*

171. Tot slot wenst het college B&W te wijzen op het bepaalde in artikel 9 van de Boetebeleidsregels (onderstrepingen college B&W Enschede):

> *"Bij het vaststellen van de boete houdt de Autoriteit Persoonsgegevens zo nodig rekening met de financiële omstandigheden waarin de overtreder verkeert. In geval van verminderde of onvoldoende draagkracht van de overtreder kan de Autoriteit Persoonsgegevens de op te leggen boete verdergaand matigen, indien, na toepassing van artikel 8.1 van de beleidsregels, vaststelling van een boete binnen de boetebandbreedte van de naast lagere categorie naar haar oordeel desalniettemin zou leiden tot een onevenredig hoge boete."*

5.2. Verlagende factoren bestuurlijke boete; factoren last onder dwangsom en overige maatregelen

172. In dit kader betoogt het college B&W Enschede dat er sprake is van een aantal factoren die met zich meebrengen dat de hoogte van een eventueel op te leggen bestuurlijke (basis)boete dient te worden verlaagd. Gelet op de feitelijke omstandigheden is het volgens het college B&W Enschede onredelijk om haar de in de Boetebeleidsregels bedoelde (basis)boete op te leggen, laat staan om deze zelfs maar te verhogen. Het college B&W Enschede licht dit nader toe. Mede op grond van de navolgende factoren stelt het college B&W Enschede zich eveneens op het standpunt dat het niet redelijk is om aan haar een last onder dwangsom en/of andere handhavende maatregelen op te leggen, dan wel dient er in dat geval in ieder geval rekening te worden gehouden met de genoemde factoren.

5.2.1. Geen persoonsgegevens c.q. gevoeligheid verwerkte (persoons)gegevens

173. In de eerste plaats wijst het college B&W erop dat zij nimmer persoonsgegevens ontvangt in het kader van de wifitellingen. Het college ontvangt slechts anonieme, geaggregeerde rapportages van Bureau RMC. In het kader van wifitellingen houdt de gemeente Enschede dan ook geen persoonsgegevens onder zich noch verschaft zij zich toegang tot persoonsgegevens.

174. In de tweede plaats wijst het college B&W Enschede erop dat de verwerkingen van gegevens in het kader van wifitellingen volledig plaatsvinden bij Bureau RMC en/of PFM; Enschede beschikt niet, noch beschikte over persoonsgegevens . In dat verband heeft het college eerder in deze zienswijze, toegelicht dat zij zich primair op het standpunt stelt dat er ook bij Bureau RMC en/of PFM geen persoonsgegevens worden verwerkt. Identificatie van individuen aan de hand van de verwerkte gegevens is namelijk niet mogelijk. Bureau RMC heeft in dat kader allerlei maatregelen getroffen om dat te bewerkstelligen. Bovendien heeft Bureau RMC in het verleden de aanwijzingen van de AP opgevolgd over de wijze van anonimiseren c.q. pseudonimiseren van de gegevens rondom wifitellingen.

175. Het (indirect) identificeren van individuen is dan ook, zoals eerder uiteengezet, praktisch ondoenlijk. Het college van B&W Enschede is dan ook steeds ervan uitgegaan dat Bureau RMC geen persoonsgegevens verwerkt in het kader van wifitellingen, althans dat de verwerking van persoonsgegevens door Bureau RMC in overeenstemming met de AVG plaats vindt.

176. Het college B&W Enschede meent dan ook dat zij steeds te goeder trouw heeft gehandeld en te goeder trouw ervan uit mocht gaan dat zij geen persoonsgegevens verwerkt in het kader van wifitellingen. Daarnaast heeft de gemeente Enschede het waarborgen van privacy altijd belangrijk gevonden. Zulks blijkt al uit het allereerste besluit van het college van B&W Enschede om de wifitellingsmethode te gebruiken.[36] Dat is ook de reden waarom het college B&W Enschede in december 2018 – na de publicatie van AP over wifitracking van 30 november 2018 – direct de wifitellingen in de Enschedese binnenstad heeft gepauzeerd. Zij heeft daarbij gelijk bij Bureau RMC

[36] Besluit college B&W inzake start 24/7 passantentellingen met sensoren in de binnenstad d.d. 5 september 2017.

nagevraagd of de wifitellingen anoniem waren of zouden moeten zijn. Pas nadat Bureau RMC maatregelen had genomen om de gepseudonimiseerde MAC-adressen te anonimiseren via de truncate methode en het college ervan heeft verzekerd dat de wifitellingen op anonieme basis worden uitgevoerd en deze derhalve in lijn zijn met de regels uit de AVG, heeft het college de wifitellingen vanaf 1 januari 2019 weer laten hervatten.[37] Het college B&W Enschede heeft dan ook steeds gestuurd op het waarborgen van privacy met betrekking tot de door Bureau RMC uitgevoerde wifitellingen. Dat is volgens het college aan te merken als een boeteverlagende omstandigheid, aangezien zij niet opzettelijk of bewust op onrechtmatige wijze persoonsgegevens verwerkt. Het college B&W Enschede heeft de privacy van haar burgers immers hoog in het vaandel staan. Daarnaast is het college B&W Enschede zeker niet nalatig geweest, gezien de getroffen maatregelen die tot doel hadden om louter anonieme gegevens te verwerken die niet herleidbaar zijn tot individuen.

177. Indien en voor zover uw autoriteit zich desondanks op het standpunt stelt dat er wel sprake is van persoonsgegevensverwerkingen in het kader van de wifitellingen, dan wijst het college B&W Enschede op de zeer beperkte mate van gevoeligheid van de verwerkte gegevens. Er worden immers geen bijzondere en strafrechtelijke persoonsgegevens verwerkt. Daarnaast zou men in een uiterst geval – na met heel veel moeite een individu te hebben geïdentificeerd, de gemeente herhaalt dat zij meent dat zulks niet mogelijk is, maar toch – hooguit weten dat de betreffende betrokkene zich op enig moment in een bepaald deel van de stad bevond. Dat verschilt niet veel meer dan wanneer de gemeente Enschede een medewerker op een bepaald punt op straat zou laten posten die noteert dat de betreffende betrokkene zich daar heeft bevonden. De privacyimpact op de betrokkenen is dan in het uiterste geval ook erg beperkt. Gezien de zeer beperkte aard en ernst van de vermeende inbreuk op de AVG, meent het college B&W Enschede dan ook dat er sprake is van een boeteverlagende omstandigheid. Daar komt bij dat de betrokkenen geen schade hebben geleden.

5.2.2. Beperkte rol college B&W Enschede

178. De gemeente heeft eerder in deze zienswijze betoogd dat zij geen dan wel een beperkt aandeel heeft in de vermeende (persoonsgegevens)verwerkingen rondom de wifitellingen. De gemeente heeft immers slechts onder meer de opdracht voor de wifitellingen geïnitieerd en de locaties voor de sensoren in overleg met Bureau RMC aangewezen. Verder heeft de gemeente geen persoonsgegevens onder zich en verkrijgt zij hooguit geaggregeerde en statistische – niet tot individuen herleidbare – informatie over de bezoekersaantallen in de Enschedese binnenstad. De gemeente heeft bovendien geen toegang tot deze (persoonsgegevens). De gemeente heeft ook geen dan wel beperkte invloed op onder meer de vraag welke persoonsgegevens er precies moeten worden verwerkt, op welke wijze de verwerking via haar wifitellingstechnieken geschiedt, etc. Het college van B&W Enschede vraagt zich dan ook af in hoeverre zij – gelet op dit beperkte aandeel – ten volle de verwerkingsverantwoordelijkheid voor de persoonsgegevensverwerkingen zou dragen.

179. Daarbij heeft het college B&W Enschede nimmer *beoogd* om persoonsgegevens te verwerken, maar louter het doel gehad om inzicht te verkrijgen in bezoekersaantallen in de Enschedese binnenstad. Het college B&W Enschede is bij deze opdrachtverstrekking aan Bureau RMC steeds afgegaan op de deskundigheid van Bureau RMC als professioneel opdrachtnemer. Zoals eerder in deze zienswijze beschreven heeft Bureau RMC herhaaldelijk aangegeven dat de gegevensverwerkingen in overeenstemming zijn met de regels uit de AVG en dat de gemeente Enschede nimmer persoonsgegevens zou ontvangen. Bureau RMC heeft zelfs aangegeven dat de verwerkte gegevens worden gepseudonimiseerd c.q. geanonimiseerd en dat de werkwijze in dat kader voldoet aan richtlijnen van AP. Daar komt bij dat – zoals reeds toegelicht– de gemeente Enschede geen

[37] Zie in dit verband onder meer de e-mailwisselingen tussen de gemeente Enschede en Bureau RMC in december 2018 naar aanleiding van het nieuwsbericht d.d. 30 november 2018 van de AP over wifitracking.

beslissende invloed heeft gehad op de verwerking van persoonsgegevens. Zij bepaalde feitelijk geen doel en middelen van de persoonsgegevensverwerking.

180. Als uw Autoriteit mocht menen dat er sprake is van (gezamenlijke)verwerkingsverantwoordelijkheid van Enschede en Bureau RMC, dan zullen de op te leggen maatregelen in de ogen van de gemeente ook naar rato gedeeld moeten worden.

181. Kortom, het college B&W heeft geen dan wel slechts een zeer beperkt aandeel en verantwoordelijkheid gehad met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens in het kader van wifitellingen. Daar komt bij dat de gemeente Enschede – doordat zij onder meer is afgegaan op de deskundigheid, professionaliteit van Bureau RMC en de door Bureau RMC verstrekte garanties met betrekking tot de AVG – niet opzettelijk of bewust in strijd heeft gehandeld met de AVG c.q. nalatig is geweest. De vermeende inbreuk op de AVG kan dan ook niet c.q. heel beperkt aan het college B&W Enschede worden verweten. Het college B&W Enschede meent in dit verband dan ook dat deze omstandigheden als boeteverlagend moeten worden aangemerkt.

5.2.3. Overige boeteverlagende omstandigheden

182. De gemeente Enschede is verder nog nooit eerder door de AP op haar vingers getikt vanwege een schending van de privacywet- en regelgeving. Er is dan ook geen sprake van recidive. Ook heeft de gemeente Enschede steeds haar volledige medewerking verleend aan het onderzoek van de AP. De gemeente heeft in dat kader actief met de AP gecommuniceerd en alle benodigde informatie aangeleverd. Het college B&W Enschede beschouwt deze omstandigheden dan ook als boeteverlagende factoren.

183. Bureau RMC heeft eveneens maatregelen genomen. De ruwe tel data worden sinds 1 juli 2020 nog maar 24 uur bewaard. In haar brief van 9 juni jl. (**Bijlage 2**) aan al haar relaties schrijft Bureau RMC:

> "*Zoals u weet, tellen en turven wij dagelijks het aantal passanten middels de CityTraffic-methode in uw stad of winkelgebied met behulp van wifi. Na het tellen en turven worden de gegevens zo bewerkt dat er alleen anonieme rapportages worden opgemaakt. In dit proces pseudonimiseren en anonimiseren wij dus alle telgegevens. Op basis van nieuwe technische ontwikkelingen, van nieuwe inzichten in de behoeften van onze klanten en op advies van experts met betrekking tot de AVG en de E-Privacy-verordening, hebben wij besloten per 1 juli 2020 de ruwe teldata korter te gaan bewaren. De maximale bewaarduur van deze gegevens zal na deze update niet langer dan 24 uur bedragen."*

De lange termijn tabellen bestaan dus niet meer.

184. Last but not least, sinds het onderzoeksrapport van de AP door college B&W Enschede is ontvangen – hangende het voorgenomen besluit van de AP – zijn de wifitellingen gestaakt.

5.3. Conclusie

185. Kortom, het college B&W Enschede stelt zich – gelet op het voorgaande – allereerst op het standpunt dat het niet redelijk zou zijn om haar een bestuurlijke boete dan wel een last onder dwangsom op te leggen voor de vermeende inbreuk op de AVG. Artikel 83 lid 2 AVG bepaalt immers expliciet dat dergelijke omstandigheden – zoals hiervoor aangehaald – dienen te worden betrokken bij de vraag of überhaupt een bestuurlijke boete dan wel een last onder dwangsom op zijn plaats is. Voorts is op grond hiervan niet redelijk om aan het college een last onder dwangsom en/of anderszins handhavende maatregelen op te leggen.

186. Mocht uw Autoriteit daarentegen toch oordelen dat er een bestuurlijke boete dient te worden opgelegd, dan betoogt het college B&W Enschede dat er sprake is van diverse boeteverlagende

omstandigheden, een en ander zoals hiervoor is toegelicht. Het college B&W Enschede rekent er ook in dat verband op dat uw Autoriteit rekening houdt met deze boeteverlagende omstandigheden. Een en ander geldt volgens het college eveneens voor een eventueel op te leggen last onder dwangsom en/of andere handhavende maatregelen.

***

Bijlage 1: Overzichten passantenaantallen binnenstad Enschede
Bijlage 2: E-mail 9 juni 2020 Bureau RMC inzake aanpassingen CityTraffic methode