

Reactie docenten Archival and Information Studies van de Universiteit van Amsterdam en archivistiek van de Hogeschool van Amsterdam

Annet Dekker
Charles Jeurgens
Hans Waalwijk

Wetsvoorstel: Wijziging van de Archiefwet 1995 ter uitvoering van Overweging 158 van de Algemene verordening gegevensbescherming (Samenloop Archiefwet 20..)

Het doel van het wijzigingsvoorstel is om uitvoering te geven aan Overweging 158 van de AVG. Hoewel de directe aanleiding van dit voorstel is gelegen in de wens om de inhoud van het CABR archief digitaal en online doorzoekbaar beschikbaar te kunnen stellen is de reikwijdte van dit voorstel veel groter. Het is daarom van groot belang om het wijzigingsvoorstel vanuit een breder perspectief kritisch te bekijken. De volgende zaken springen daarbij in het oog:

1. Voorstel in relatie tot AVG en UAVG

Overweging 158 van de AVG luidt:

“Wanneer persoonsgegevens voor archiveringsdoeleinden worden verwerkt, dient deze verordening ook voor verwerking met dit doel te gelden, met dien verstande dat deze verordening niet van toepassing mag zijn op persoonsgegevens van overleden personen. Overheidsinstanties of openbare of particuliere organen die in het bezit zijn van gegevens van algemeen belang moeten diensten zijn die, conform het Unierecht of het lidstatelijke recht, wettelijk verplicht zijn gegevens van blijvende waarde voor het algemeen belang te verwerven, te bewaren, te beoordelen, te ordenen, te beschrijven, mee te delen, onder de aandacht te brengen, te verspreiden en toegankelijk te maken. De lidstaten moeten tevens worden gemachtigd om te bepalen dat persoonsgegevens voor archiveringsdoeleinden verder mogen worden verwerkt, bijvoorbeeld met het oog op het verstrekken van specifieke informatie over het politiek gedrag onder voormalige totalitaire regimes, over genocide, misdaden tegen de menselijkheid, met name de Holocaust, of over oorlogsmisdaden”.

Het openbare en particuliere archiefwezen in Nederland heeft al eerder gewezen op de onwenselijke situatie die is ontstaan vanwege de in Overweging 158 genoemde eis dat *“overheidsinstanties of openbare of particuliere organen die in het bezit zijn van gegevens van algemeen belang moeten diensten zijn die, conform het Unierecht of het lidstatelijke recht, wettelijk verplicht zijn gegevens van blijvende waarde voor het algemeen belang te verwerven, te bewaren, te beoordelen, te ordenen, te beschrijven, mee te delen, onder de aandacht te brengen, te verspreiden en toegankelijk te maken”*. Dit betekent dat organisaties die niet wettelijk verplicht zijn om gegevens te bewaren, beschikbaar te stellen, etc. een deel van hun taken niet kunnen uitoefenen en het gevaar lopen dat met een beroep op de artikelen 15, 16, 18, eerste lid, onderdeel a, en 20 van de AVG door betrokkenen bepaalde rechten verleend zouden moeten worden die kunnen leiden tot verlies van deze gegevens. Dit onbedoelde effect wordt via een ander wetsvoorstel “Verzamelwet Gegevensbescherming” gepoogd te repareren door een aantal aanpassingen te doen aan de UAVG. Het is daarom wenselijk om ook het tweede deel van de Overweging 158 te regelen via de UAVG in plaats van een aanpassing te doen aan de Archiefwet. De huidige voorgestelde constructie is onlogisch. Aan de ene kant wordt via een voorgestelde wijziging van de UAVG geprobeerd om particuliere instellingen – die archieven beheren met bijzondere persoonsgegevens in het algemeen en historisch belang – op één lijn te stellen met instellingen die onder de Archiefwet

vallen. Tegelijkertijd wordt in het voorstel tot wijziging van de Archiefwet juist het toepassingsbereik van verruimde toegangsbeperkingen beperkt tot archieven die berusten bij officiële archiefbewaarplaatsen zoals bedoeld in de Archiefwet. Met andere woorden: het streven is om particuliere instellingen wél gelijk te stellen als het gaat om de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, maar níet als het gaat om de ruimere mogelijkheden voor het verlenen van toegang tot hun archieven zoals dit wetsvoorstel beoogt voor overheidsarchieven. Dit is een contradictie.

De in de memorie van toelichting genoemde reden om deze route te volgen laat zien dat dit wijzigingsvoorstel zich primair richt op het *“bieden van een oplossing op korte termijn voor de online-publicatie van het CABR”*, maar daarmee wordt geen rekening gehouden met de consequenties van de voorgestelde wijziging voor het beheer van en de toegang tot (niet noodzakelijk onder het regime van de archiefwet vallende) archiefstukken in het algemeen en voor de langere termijn.

2, De rol van de archivaris bij beschikbaar stellen

Het wetsvoorstel ‘Wijziging van de Archiefwet 1995 ter uitvoering van Overweging 158 van de Algemene verordening gegevensbescherming’ richt zich nu uitsluitend op het tweede deel van overweging 158:

De lidstaten moeten tevens worden gemachtigd om te bepalen dat persoonsgegevens voor archiveringsdoeleinden verder mogen worden verwerkt, bijvoorbeeld met het oog op het verstrekken van specifieke informatie over het politiek gedrag onder voormalige totalitaire regimes, over genocide, misdaden tegen de menselijkheid, met name de Holocaust, of over oorlogsmisdaden.

De tekst van het wetsvoorstel zegt: *“de archivaris kan uit eigen beweging informatie uit beperkt openbare documenten voor eenieder via het internet ter raadpleging of gebruik beschikbaar stellen”* en verbindt daar een aantal cumulatieve voorwaarden aan (genoemd onder art. 8a, lid 2 en 3; in het bijzonder lid 3.3). De voorwaarden, verder uiteengezet in de Memorie van Toelichting, bieden in het algemeen een goede bescherming tegen onevenredige inbreuk op de belangen van degenen op wie de persoonsgegevens betrekking hebben. Met name de in de Memorie van toelichting genoemde uitleg waarin wordt gesteld: *“op grond van het tweede beginsel mag het doel waarvoor de persoonsgegevens gepubliceerd worden in redelijkheid niet op een andere, voor de betrokken personen, minder nadelige wijze kunnen worden verwezenlijkt”* is een belangrijke drempel die het in onze optiek vrijwel onmogelijk maakt om de meest verstreckende vorm van verwerking toe te passen, namelijk het volledig voor eenieder doorzoekbaar via het internet publiceren van genoemde persoonsgegevens. De formulering *“de archivaris kan uit eigen beweging informatie uit beperkt openbare documenten voor eenieder via het internet ter raadpleging of gebruik beschikbaar stellen”* wekt verwachtingen die in werkelijkheid zelden waargemaakt kunnen worden. In het wetsvoorstel wordt deze afweging overgelaten aan de archivaris, die vervolgens de zorgdrager die de documenten heeft overgebracht moet raadplegen. Dit is een zware verantwoordelijkheid, en wij zien vooralsnog onvoldoende aanwijzingen dat iedere archiefdienst de middelen heeft en in staat is om de ingewikkelde weging van belangen te kunnen uitvoeren. Daarnaast wordt in de Memorie van Toelichting gesteld dat de afweging per geval verschillend kan uitpakken. Dat kunnen we ons bij verschillende typen van archieven voorstellen, maar problematischer wordt het wanneer bijvoorbeeld een gemeentearchivaris in gemeente X ten aanzien van een politiearchief een andere

afweging maakt dan gemeentearchivaris in de gemeente Y. Dit is een onwenselijke situatie.

3. Openbaar maken versus beschikbaar stellen van persoonsgegevens

Het wetsvoorstel is erop gericht om de mogelijkheid voor toegang tot overheidsarchieven uit te breiden. In de Memorie van Toelichting wordt verwezen naar de waarschuwing van de AP ten aanzien van het plan om het CABR via internet beschikbaar te stellen terwijl de Archiefwet 1995 daarvoor geen grondslag biedt. De Memorie van Toelichting stelt: *“Dit betekent dat archiefbescheiden die dergelijke persoonsgegevens bevatten, of waarvan niet kan worden uitgesloten dat ze die bevatten, zelfs na het verstrijken of opheffen van de aan de openbaarheid gestelde beperkingen, in beginsel niet voor eenieder ter raadpleging of gebruik beschikbaar kunnen worden gesteld.”* Deze situatie had betrekking op de werkwijze onder de Archiefwet 1995 en leidde tot een lastig uitlegbare situatie: volgens de Archiefwet 1995 zou het CABR openbaar worden, maar tegelijkertijd bleven er beperkingen gelden op basis van de AVG en UAVG vanwege de bescherming van bijzondere categorieën van persoonsgegevens en persoonsgegevens van strafrechtelijke aard. Omdat onder de AW20xx de openbaarheid onder artikel 7.2, lid 1, onderdelen d en e beperkt wordt tot 110 jaar, is de discrepantie tussen de Archiefwet 1995 en de uitgangspunten van de AVG/UAVG met betrekking tot het openbaar maken van zulke persoonsgegevens echter opgeheven. Daarentegen schept het onderhavige wetsvoorstel — binnen de context van de in de Archiefwet 20xx aangescherpte openbaarheidsbeperkingen voor deze categorieën persoonsgegevens tot 110 jaar — nu de mogelijkheid om deze gegevens onder bepaalde omstandigheden toch, en wel via het internet, voor eenieder beschikbaar te stellen. Hierbij wordt de fictie in stand gehouden dat het nog steeds om gegevens gaat waarvoor beperkingen op de openbaarheid gelden. Er ontstaat daarmee een onwenselijk grijs gebied tussen “openbaar” en “beperkt openbaar” archief(stukken).

4. Openbaar voor “wetenschappelijk, historisch en statistisch onderzoek”

In de Memorie van Toelichting op het onderhavige voorstel wordt verwezen naar de reeds bestaande en in de AVG en UAVG opgenomen uitzondering op het verwerkingsverbod voor wetenschappelijk, historisch en statistisch onderzoek (artikelen 24 en 32, onderdeel f, UAVG). Deze worden volgens de Memorie van Toelichting als te beperkt beschouwd voor het verlenen van toegang tot archiefbescheiden. Ten onrechte wordt de indruk gewekt dat door de waarschuwing van de Autoriteit Persoonsgegevens inzake de voorgenomen publicatie van het CABR mensen die een persoonlijk belang hebben bij het verkrijgen van toegang tot informatie hiervan verstoken zouden blijven – er wordt verwezen naar geadopteerden en nabestaanden die in de archieven van de Nederlandse strijdkrachten in Nederlands-Indië willen weten wat hun familieleden is overkomen. Daarentegen zou een sterkere koppeling met artikelen 24 en 32 van de UAVG en een nadere uitleg van het begrip “wetenschappelijk, historisch en statistisch onderzoek” op de langere termijn juist meer mogelijkheden bieden om onder voorwaarden toegang te krijgen tot archieven die genoemde categorieën persoonsgegevens bevatten. Hierbij verwijzen we ook naar Overweging 160 die stelt dat *“[w]anneer persoonsgegevens met het oog op historisch onderzoek worden verwerkt, dient deze verordening ook voor verwerking met dat doel te gelden. Dit dient ook historisch onderzoek en onderzoek voor*

genealogische doeleinden te omvatten, met dien verstande dat deze verordening niet van toepassing mag zijn op overleden personen”.

Het is duidelijk dat het voorstel is geschreven vanuit de gedachte dat er een juridische grondslag moet worden gecreëerd voor het via internet beschikbaar stellen van het CABR-archief. Echter in de formulering van het wetsvoorstel is geen beperking gesteld aan de typen archieven die hiervoor in aanmerking kunnen komen. In Overweging 158 worden enkele situaties genoemd waarin de verwerking van persoonsgegevens voor archiveringsdoeleinden gerechtvaardigd kan zijn, zoals het verstrekken van informatie over politiek gedrag in oorlogssituaties, genocide en misdaden tegen de menselijkheid. Deze voorbeelden zijn specifiek, maar de reikwijdte is niet beperkt tot dit type gegevens. Wij vinden het een gemiste kans dat het wetsvoorstel zich beperkt tot het in uitzonderlijke gevallen mogelijk maken van slechts één specifieke vorm van toegang: het via internet voor eenieder beschikbaar stellen van beperkt openbare archieven met deze gegevens. Er is een groeiende urgentie om duidelijkheid te verschaffen over de wijze waarop archieven die de genoemde categorieën persoonsgegevens bevatten, beschikbaar gesteld kunnen worden voor geïnteresseerden en historisch onderzoekers. Beschikbaar stellen via internet is slechts één vorm en brengt per definitie een groot risico met zich mee op inbreuken op de persoonlijke levenssfeer.

Door het begrip historisch onderzoek nader te duiden en de relatie met artikelen 24 en 32 van de UAVG te expliciteren, zou het voorstel kunnen bijdragen aan het ontwikkelen van toekomstbestendige en zorgvuldig afgewogen toegangsvormen tot archieven die dergelijke persoonsgegevens bevatten. Het voorstel gaat immers niet alleen om archieven die in een (ver) verleden zijn gevormd, maar ook om archieven die in het heden en de toekomst worden gecreëerd, en dus door na enige tijd door een archiefinstelling worden beheerd. Daarbij lijkt geen rekening te zijn gehouden met de digitaal gevormde archiefstukken van de laatste decennia en die — anders dan in het geval van het CABR — per definitie standaard doorzoekbaar zijn. Op het merendeel van de archieven die de genoemde categorieën persoonsgegevens bevatten, zullen op grond van de artikel 7.2, lid 1 onder d en e van de Archiefwet 20xx beperkingen gesteld worden met grote gevolgen voor de toegang tot deze archieven. Aan deze problematiek besteedt het voorstel nauwelijks aandacht, terwijl het voor de hand had gelegen om de strekking van Overweging 158 juist te vertalen naar duidelijke voorwaarden voor verschillende vormen van toegang tot dergelijke archieven. Het online voor eenieder beschikbaar stellen is slechts één van de mogelijke, en in de meeste gevallen de minst voor de hand liggende variant.

5. Andersoortige archieven

In onze optiek is onvoldoende doordacht wat de implicaties zijn voor andersoortige archieven die bijzondere categorieën van persoonsgegevens of persoonsgegevens van strafrechtelijke aard bevatten. Dit blijkt uit de overwegingen in de Memorie van Toelichting. In de uiteenzetting over het begrip zwaarwegend algemeen belang, als een van de voorwaarden om archieven met bedoelde categorieën persoonsgegevens via het internet voor eenieder beschikbaar te stellen, wordt in de Memorie van Toelichting gewezen op de “hotspotcriteria” als richtinggevend kader. Tegelijkertijd wordt gezegd: *“door de hoge eisen die het wetsvoorstel stelt aan de te maken belangenafweging bij online-beschikbaarstelling, zal de mogelijkheid van online-beschikbaarstelling nagenoeg uitsluitend kunnen worden toegepast indien de impact van de online-*

beschikbaarstelling op de bescherming van persoonsgegevens gering is.” Hier lijkt een kwantitatief criterium te worden gehanteerd door te stellen dat het veelal zal gaan om oudere archieven waarbij de hoeveelheid persoonsgegevens die in het archief voorkomt vanwege het tijdsverloop drastisch is afgenomen. Met andere woorden: als het merendeel van de personen die in de archieven voorkomen is overleden, wordt de drempel lager om zulke archieven online beschikbaar te stellen. Deze redenering is onbevredigend in het licht van de doelstellingen van de privacywetgeving, met name voor betrokkenen die nog in leven zijn en mogelijk bezwaar hebben tegen het online beschikbaar stellen van hun persoonsgegevens. Denk bijvoorbeeld aan niet-geverifieerde beschuldigingen, personen die tijdens hun leven andere keuzes hebben gemaakt die niet zijn geregistreerd, of gegevens die worden hergebruikt voor andere doeleinden (zoals commerciële toepassingen of training van algoritmes). De vraag is dan: wiens belang wordt eigenlijk gediend onder het “algemeen belang”, hoe wordt deze afweging bepaald en wie draagt daarvoor de verantwoordelijkheid?

Laat één ding helder zijn: wij zijn voorstander van het bieden van toegang aan zo veel mogelijk mensen. Echter, doordat het wetsvoorstel zich uitsluitend richt op de meest verregaande vorm van toegang – namelijk het online voor iedereen onbeperkt beschikbaar stellen – blijft een breder en fundamenteler vraagstuk onderbelicht en onbesproken: hoe, en onder welke voorwaarden, toegang te bieden tot digitaal (gevormde) archieven die genoemde categorieën persoonsgegevens bevatten. Het huidige wetsvoorstel biedt hiervoor geen overtuigende handvatten, en waarborgt evenmin dat de persoonlijke levenssfeer van zowel de personen die in het archief voorkomen (en hun naasten), niet onevenredig wordt geschaad.