

Reactie van Mr. J.J. Braat (Legaltree IT Law) op de concept wettekst voor de Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming¹

Opmerkingen op de voorgestelde wettekst

Artikel 25 – Doorbreking verbod t.b.v. volksgezondheid

Aangezien het artikel ziet op het gebruik van de persoonsgegevens om redenen van algemeen belang op het gebied van volksgezondheid, zou het niet uitsluitend moeten gaan om gegevens betreffende de gezondheid, in plaats van “bijzondere persoonsgegevens”? Andere soorten bijzondere persoonsgegevens lijken niet echt relevant te zijn voor dit doel (strafrechtelijke, politiek, religie etc).

Artikel 27 – Doorbreking verbod t.b.v. wetenschappelijk onderzoek, archivering en statistiek

Zou de tekst niet beter moeten aansluiten op de tekst van artikel 9 van de Verordening. Daarin staat (mijn onderstreping):

“de verwerking is noodzakelijk met het oog op archivering in het algemeen belang, wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden overeenkomstig artikel 89, lid 1, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, waarbij de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de belangen van de betrokkene.”

Het onderstreepte laatste deel van het artikel geeft specifiek aan aan welke eisen de verwerking voor deze doeleinden moet voldoen. Dit staat ook overigens wél in artikel 28 lid 2 van de uitvoeringswet.

Bovendien worden in artikel 89 lid 1 nadere eisen gesteld aan het gebruik voor deze doeleinden, o.a. waar mogelijk dataminimalisatie, pseudonimisering en anonimisering. Door de verwijzing naar artikel 89 lid 1 weg te laten kan de indruk ontstaan dat de daarin gestelde eisen niet relevant zijn.

Zou de tekst van artikel 27 daarom niet moeten luiden:

Het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken, is niet van toepassing voor zover dit noodzakelijk is met het oog op wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden als bedoeld in artikel 9, tweede lid, onderdeel j, en overeenkomstig artikel 89 lid 1 van de verordening, voor zover:

- a. de verwerking een algemeen belang dient;
- b. het vragen van uitdrukkelijke toestemming onmogelijk blijkt of een onevenredige inspanning kost; en
- c. de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de belangen van de betrokkene.

Artikel 36 – Schade

Lid 1 - Indien iemand schade lijdt doordat ten opzichte van hem in strijd wordt gehandeld met de bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften zijn de volgende leden van toepassing, onverminderd de aanspraken op grond van andere wettelijke regels.

Moet “deze wet” niet luiden: “de verordening”?

Artikel 37 – Maatregelen

Lid 1 – zelfde opmerking als hiervoor.

¹ Regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119) (Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming).

Artikel 39 – Beperking op de rechten van betrokkenen

Volvoert artikel 39 van de uitvoeringswet aan de eisen die worden gesteld aan het kunnen beperkingen van de rechten van de betrokkenen? Het gaat dan om afwijkingen van de (grond)rechten van betrokkenen, zoals het recht om te worden geïnformeerd over de verwerking, het recht op inzage in de gegevens, het recht op correctie, het recht om niet onderworpen te worden aan geautomatiseerde individuele besluitvorming.

In artikel 23 van de Verordening staat (mijn onderstreping):

“Lid 1: De reikwijdte van de verplichtingen en rechten als bedoeld in de artikelen 12 tot en met 22 en artikel 34, alsmede in artikel 5 kan, voor zover de bepalingen van die artikelen overeenstemmen met de rechten en verplichtingen als bedoeld in de artikelen 12 tot en met 20, worden beperkt door middel van Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepalingen die op de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker van toepassing zijn, op voorwaarde dat die beperking de wezenlijke inhoud van de grondrechten en fundamentele vrijheden onverlet laat en in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel is ter waarborging van [...]

Lid 2. De in lid 1 bedoelde wettelijke maatregelen bevatten met name specifieke bepalingen met betrekking tot, in voorkomend geval, ten minste: [etc]”

In overweging 73, laatste zin staat: “Deze beperkingen moeten in overeenstemming zijn met de vereisten van het Handvest en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.” Hiermee zal bedoeld worden op artikel 8 EVRM, waarin het algemene recht op bescherming van het privéleven is vastgelegd.

In overweging 41 staat (mijn onderstreping):

“Wanneer in deze verordening naar een rechtsgrond of een wetgevingsmaatregel wordt verwezen, vereist dit niet noodzakelijkerwijs dat een door een parlement vastgestelde wetgevingshandeling nodig is, onverminderd de vereisten overeenkomstig de grondwettelijke orde van de lidstaat in kwestie. Deze rechtsgrond of wetgevingsmaatregel moet evenwel duidelijk en nauwkeurig zijn, en de toepassing daarvan moet voorspelbaar zijn voor degenen op wie deze van toepassing is, zoals vereist door de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie („Hof van Justitie”) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.”

Opmerkingen:

In artikel 23 lid 1 staat dat de rechten van betrokkenen beperkt kunnen worden:

- (i) door middel van [...] lidstaatrechtelijke bepalingen [...];
- (ii) op voorwaarde dat die beperking de wezenlijke inhoud van de grondrechten en fundamentele vrijheden onverlet laat (> deze tekst ontbreekt in artikel 39);
- (iii) in een democratische samenleving (> ook dit ontbreekt in artikel 39) een evenredige maatregel is ter waarborging van de in lid 1 genoemde belangen;
- (iv) en dat “de in lid 1 bedoelde wettelijke maatregelen” met name “specifieke bepalingen” moeten bevatten met betrekking tot de in lid 2 genoemde onderwerpen, waaronder de doeleinden van de verwerking, de categorieën persoonsgegevens e.d.

Hieruit blijkt dat de beperking op de rechten van betrokkenen moet volgen uit specifieke wettelijke maatregelen die in een democratische samenleving een evenredige maatregel vormen ter waarborging van de in lid 1 genoemde belangen. Bovendien moet die wettelijke maatregel voldoen aan de in lid 2 gestelde voorwaarden.

Artikel 39 van de uitvoeringswet is nu echter zo opgesteld dat de rechten van de betrokkenen niet door middel van een specifieke wettelijke maatregel worden beperkt maar dat de verantwoordelijke de rechten van de betrokkene mag beperken ten behoeve van de in lid 1 genoemde belangen. En dat de verantwoordelijke de in lid 2 gestelde voorwaarden moet afwegen.

Het lijkt er dus op dat in de uitvoeringswet bedoeld is om artikel 39 de “specifieke wettelijke maatregel” te maken die het mogelijk maakt om de rechten van betrokkenen te beperken.

Dit is m.i. niet in overeenstemming met wat artikel 23 van de verordening voorschrijft. Dat schrijft voor dat de rechten van de betrokkenen kunnen worden beperkt door middel van specifieke bepalingen in wettelijke maatregelen waarin, in voorkomende geval, de in artikel 23 lid 2 genoemde onderwerpen zijn geregeld. Ook voldoet de “catch all-bepaling” van artikel 39 m.i. niet aan de in overweging 41 (en door het Hof van Justitie) gestelde eisen van duidelijkheid, nauwkeurigheid en voorspelbaarheid.

Overigens, als het mogelijk zou zijn om de rechten te beperken op de wijze zoals beoogd in de uitvoeringswet, is er dan nog een noodzaak om een afzonderlijk artikel op te nemen in een uitvoeringswet, terwijl de tekst zelf al in artikel 23 staat?

Artikel 41 – Verwerking voor journalistieke doeleinden

Moet “deze wet” niet luiden: “de verordening”?

Artikel 42 – Verwerking in het kader van wetenschappelijk onderzoek of statistiek

Artikel 89 lid 2 van de verordening staat het een lidstaat toe om af te wijken van de in artikel 15, 16, 18 en 21 genoemde rechten als volgt (mijn onderstreping):

“Wanneer persoonsgegevens met het oog op wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden worden verwerkt, kan in het Unierecht of het lidstatelijke recht worden voorzien in afwijkingen van de in de artikelen 15, 16, 18 en 21 genoemde rechten, behoudens de in lid 1 van dit artikel bedoelde voorwaarden en waarborgen, voor zover die rechten de verwezenlijking van de specifieke doeleinden onmogelijk dreigen te maken of ernstig dreigen te belemmeren, en dergelijke afwijkingen noodzakelijk zijn om die doeleinden te bereiken.”

De verordening stelt dus meer specifieke eisen aan het beperken van de rechten voor wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden dan zoals artikel 42 van de uitvoeringswet dat verwoort:

- De in lid 1 van artikel 89 verordening genoemde voorwaarden en waarborgen blijven gelden: “[De] waarborgen zorgen ervoor dat er technische en organisatorische maatregelen zijn getroffen om de inachtneming van het beginsel van minimale gegevensverwerking te garanderen. Deze maatregelen kunnen pseudonimisering omvatten, mits aldus die doeleinden in kwestie kunnen worden verwezenlijkt. Wanneer die doeleinden kunnen worden verwezenlijkt door verdere verwerking die de identificatie van betrokkenen niet of niet langer toelaat, moeten zij aldus worden verwezenlijkt.” > *Zou dit dus niet moeten worden toegevoegd aan artikel 42?*
- De beperkingen (afwijkingen van de rechten) kunnen alleen worden gesteld “voor zover de rechten de verwezenlijking van de specifieke doeleinden onmogelijk dreigen te maken of ernstig dreigen te belemmeren”. > *Zou dit niet ook moeten worden toegevoegd aan artikel 42?*
- De beperkingen (afwijkingen van de rechten) “zijn noodzakelijk om de doeleinden te bereiken”. > *Zou dit niet ook moeten worden toegevoegd aan artikel 42?*

Opmerkingen op de memorie van toelichting

Punt 4.2.3 – Verdere verwerking

Uit de tekst ontstaat de indruk dat “onverenigbaar gebruik” van persoonsgegevens op grond van de Wbp en de verordening in het algemeen is toegestaan maar terughoudend moet worden toegepast:

“Tegelijkertijd is het beginsel van doelbinding niet absoluut. Dit zou leiden tot een grote mate van inflexibiliteit en inefficiëntie, omdat gegevens die voor een bepaald doel verzameld zijn, dan nimmer verder verwerkt zouden mogen worden met het oog op een ander gerechtvaardigd doel. Verdere verwerking van gegevens, dat wil zeggen verwerking van gegevens voor een ander doel dan dat waarvoor ze verzameld zijn, dient evenwel met terughoudendheid plaats te vinden voor zover het gaat om verdere verwerking voor een doel dat niet verenigbaar is met het doel waarvoor de gegevens zijn verzameld.”

Onder de Wbp is de regel dat persoonsgegevens:

1. mogen worden verwerkt voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden (artikel 7 Wbp);
2. verder mogen worden verwerkt op een wijze die verenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze zijn verkregen (artikel 9);
3. verder mogelijk verwerkt op een onverenigbare wijze voor zover dit noodzakelijk is in het belang van (a) de veiligheid van de staat, (b) de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten; (c) gewichtige economische en financiële belangen van de staat en andere openbare lichamen; (d) het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften die zijn gesteld ten behoeve van de belangen, bedoeld onder b en c, of (e) de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen (artikel 43 Wbp).

Verdere verwerking voor onverenigbare doeleinden is dus alleen toegestaan op grond van artikel 43 Wbp, dat een implementatie is van artikel 13 van de Privacyrichtlijn (overigens is de vraag of artikel 13 op de juiste manier in artikel 43 is omgezet, zie ook mijn opmerkingen hiervoor ten aanzien van artikel 39).

Onder de verordening geldt dat de gegevens:

1. mogen worden verwerkt voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden (artikel 5 lid 1 sub b verordening);
2. verder mogen verwerkt op een met die doeleinden verenigbare wijze en niet op een met de doeleinden onverenigbare wijze; waarbij de verdere verwerking met het oog op archivering in het algemeen belang, wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden wordt overeenkomstig artikel 89, lid 1, niet als onverenigbaar met de oorspronkelijke doeleinden beschouwd („doelbinding”) (artikel 5 lid 1 sub b verordening);
3. echter wel met toestemming van de betrokkene verder mogen verwerkt op een wijze die niet verenigbaar is met het doel waarvoor de persoonsgegevens aanvankelijk zijn verzameld (artikel 6, lid 4 verordening);
4. echter wel verder mogen worden verwerkt op een wijze die niet verenigbaar is met het doel waarvoor de persoonsgegevens aanvankelijk zijn verzameld op basis van een Unierechtelijke bepaling of een lidstaatrechtelijke bepaling die in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel vormt ter waarborging van de in artikel 23, lid 1, bedoelde doelstellingen (artikel 6 lid 4 verordening).

In de memorie van toelichting wordt op pagina's 46, 47 en 48 diverse keren aangegeven dat artikel 23 van de verordening het mogelijk maakt om gegevens verder te verwerken op onverenigbare wijze, voor de daar genoemde doelstellingen.

Er wordt niet uitdrukkelijk verwezen naar artikel 39 van de uitvoeringswet maar dat artikel bevat nu een vorm van “implementatie” van artikel 23.

De vraag is dus: is artikel 39 “een lidstaatrechtelijke bepaling die in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel vormt ter waarborging van de in artikel 23, lid 1, bedoelde doelstellingen” die onverenigbaar gebruik mogelijk maakt, zoals staat in artikel 6 lid 4 verordening?

Als dat zo is, zou dit niet het - bedoelde of onbedoelde - effect hebben dat verantwoordelijken uit allerlei bronnen gegevens kunnen halen, deze verder kunnen gebruiken op een manier die niet verenigbaar is met de oorspronkelijke doeleinden, zolang ze maar zelf vinden dat ze aan artikel 39 voldoen (zie opmerkingen op artikel 39 hiervoor)? In dat geval zouden ze ook niet de betrokkenen hoeven te informeren want de verantwoordelijke mag ingevolge artikel 39 de informatieverplichtingen op grond van artikel 14 en 15 van de verordening achterwege laten.

Dat is weer niet in overeenstemming met overweging 50 van de verordening waarin (o.a.) staat:

“Wanneer de betrokkene zijn toestemming heeft gegeven of wanneer de verwerking gebaseerd is op Unierecht of lidstatelijk recht dat in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel vormt voor met name het waarborgen van belangrijke doelstellingen van algemeen belang, moet de verwerkingsverantwoordelijke de mogelijkheid hebben de persoonsgegevens verder te verwerken, ongeacht of dat verenigbaar is met de doeleinden.

In ieder geval dient ervoor te worden gezorgd dat de in deze verordening vervatte beginselen worden toegepast en dat de betrokkene met name wordt geïnformeerd over dergelijke andere doeleinden en over zijn rechten, waaronder het recht om bezwaar te maken.

Moet het hiervoor onderstreepte deel niet ook verder worden uitgewerkt in de uitvoeringswet?

In dezelfde overweging staat ook:

“De doorgifte in het gerechtvaardigde belang van de verwerkingsverantwoordelijke of de verdere verwerking van persoonsgegevens moeten evenwel worden verboden wanneer de verwerking niet verenigbaar is met een wettelijke, beroepsmatige of anderszins bindende geheimhoudingsplicht.”

Moet ook dit onderdeel niet worden verwerkt in de uitvoeringswet?

Punt 4.11 – Voorwaarden voor de toestemming van kinderen

Hier staat:

“Op basis van artikel 8 van de verordening geldt dat kinderen, jonger dan 16 jaar, toestemming moeten hebben om op het aanbod van diensten van de informatiemaatschappij in te gaan.”

Dit is echter onjuist. In artikel 8 verordening staat (mijn onderstreping en toevoeging):

“Wanneer artikel 6, lid 1, punt a) *[voor de verwerking wordt toestemming gegeven]*, van toepassing is in verband met een rechtstreeks aanbod van diensten van de informatiemaatschappij aan een kind, is de verwerking van persoonsgegevens van een kind rechtmatig wanneer het kind ten minste 16 jaar is.

Met andere woorden: als/wanneer voor de verwerking van persoonsgegevens in verband met een aanbod van diensten van de informatiemaatschappij de grondslag toestemming is, dan is de toestemming geldig als de persoon 16 is en daaronder is de toestemming van de ouders/voogden nodig. Er staat niet dat de toestemming van de ouders/voogden nodig is om in te gaan op het aanbod van diensten van de informatiemaatschappij.

Ook overigens is de vraag hoe dit – en de eisen die in artikel 7 worden gesteld aan het vragen van toestemming – zich gaat verhouden tot artikel 11.7 a van de Telecommunicatiewet, op grond waarvan toestemming moet worden gevraagd voor het plaatsen van cookies. In artikel 11.1. sub g wordt met “toestemming van gebruiker of abonnee” bedoeld toestemming zoals bedoeld in artikel 1 onder i van de Wet bescherming persoonsgegevens, die vervangen wordt door de verordening.
