



Deze factsheet is tot stand gekomen in het kader van de samenwerking tussen de Tweede Kamer, de KNAW, NWO, VSNU en de Jonge Akademie.

19 oktober 2021

Auteurs: Prof. mr. Gerrit-Jan Zwenne, Universiteit Leiden^{1,2}

Bescherming persoonsgegevens

Inleiding

Dit factsheet is opgesteld op verzoek van de Vaste Tweede Kamercommissie voor Digitale Zaken. Het gaat in op zes door de commissie geformuleerde vragen over de controle die de betrokkene – dat is de natuurlijke persoon op wie persoonsgegevens betrekking hebben – op grond van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) kan hebben over zijn gegevens.

Samenvatting

De AVG kent verschillende rechten toe aan internetgebruikers die digitale dienstverleners toestemming geven voor het verzamelen en gebruiken van persoonsgegevens. Van toestemming is sprake als het gaat om een 'vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt'. Toestemming kan altijd worden ingetrokken. De AVG vereist dat dit even makkelijk is als het geven ervan. Intrekken heeft geen gevolgen voor de rechtmatigheid van de verwerkingen die daarvoor plaatsvonden.

Onderzoek wijst uit dat degenen die toestemming geven veelal niet weten voor welk gebruik van persoonsgegevens zij dat doen. Daarbij komt dat de wijze waarop toestemming wordt gevraagd in veel gevallen geen volledig en juist beeld geeft van de gegevensverwerking en de risico's daarvan. Dat doet afbreuk aan het oogmerk van de AVG: mensen controle te geven over hun persoonsgegevens. De AVG biedt instrumenten om de informatie over de gegevensverwerking alsnog te verkrijgen. Maar als die gegevens zijn verstrekt aan derden is het de vraag of die informatie boven tafel komt.

Bij de handhaving van de AVG speelt de Autoriteit persoonsgegevens (AP) een centrale rol. Naar eigen zeggen ontbeert zij echter de capaciteit (budget en personeel) om recht te doen aan alle meldingen van privacyschendingen. Onderzoek lijkt dat, zij het met enig voorbehoud, te onderschrijven.

Ook andere toezichthouders kunnen handhavend optreden. ACM en AFM kunnen zich bijvoorbeeld richten op de handhaving van de regels die voorschrijven dat ondernemingen consumenten op een niet misleidende, eerlijke manier informeren over de voornaamste kenmerken en de prijs van een product of dienst. Ook kan worden gedacht aan zelfregulering en co-regulering.

¹ Gerrit-Jan Zwenne is daarnaast als advocaat verbonden aan Pels Rijcken Droogleevers Fortuijn

² De tekst van dit factsheet is voorgelegd aan prof. Lokke Moerel (Universiteit Tilburg) wat tot enkele toevoegingen heeft geleid.

De AVG reikt handvatten aan voor het beter informeren van mensen, bijvoorbeeld door middel van icoontjes. Interessant is ook de mogelijkheid van een privacykeurmerk. Ook voorziet de AVG in verschillende middelen waarmee iemand zijn recht kan halen, waaronder collectieve acties. De effectiviteit daarvan is nog onduidelijk.

1. Welke rechten en plichten hebben betrokkenen wanneer zij toestemming verlenen aan digitale dienstverleners voor het verzamelen, verwerken en delen van persoonsgegevens?

De AVG kent de betrokkene verschillende rechten toe.³ Denk aan inzagerechten, verbeteringsrechten, verwijderings- en bezwaarrechten, alsmede gegevensoverdraagbaarheidsrechten en het recht om niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van profilering.

Van «toestemming» is (alleen) sprake als het gaat om een 'vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt'.⁴

De betrokkene heeft het recht om zijn toestemming in te trekken.⁵ De AVG vereist dat het intrekken van de toestemming even gemakkelijk is als het geven ervan. Als de betrokkene zijn toestemming intrekt heeft dat geen gevolgen voor de rechtmatigheid van de verwerkingen die daarvoor plaatsvonden.

In beginsel moet de verwerking na het intrekken van de toestemming worden beëindigd, en dat kan betekenen dat de gegevens moeten worden verwijderd. Het kan zijn dat de gegevens of een deel daarvan toch nog enige tijd kunnen worden bewaard voor bewijdsdoeleinden, of als dat bijvoorbeeld nodig is om aan een wettelijke administratieplicht te voldoen.

Het inzagerecht stelt de betrokkene in staat te achterhalen of er nog gegevens over hem worden verwerkt. Met de verwijderings- en bezwaarrechten kan hij vervolgens de gegevens laten verwijderen. Als daaraan niet wordt voldaan kan de betrokkene daarover klagen bij de toezichthouder. Ook kan hij de rechter verzoeken de zgn. gegevensverantwoordelijke op te dragen de gegevens te verwijderen. Dat kan via een verzoekschriftprocedure, een procedure die bedoeld is laagdrempelig te zijn maar in de praktijk toch lastig kan zijn voor niet-juristen.⁶

³ Art. 15 t/m 22 AVG; overwegingen 61 t/m 72 Preambule AVG

⁴ Art. 4, onderdeel 11, AVG; overweging 32 Preambule AVG

⁵ Art. 7, derde lid, AVG

⁶ Art. 15 AVG; overweging 63 Preambule AVG; art. 17 AVG; overwegingen 65-66 Preambule AVG; art. 21 AVG; overwegingen 69-70 Preambule AVG; art. 35 Uitvoeringswet AVG

2. Hoe bewust en geïnformeerd zijn burgers over hun rechten en plichten wanneer ze toestemming verlenen aan digitale dienstverleners voor het verzamelen, verwerken en delen van hun persoonsgegevens?

Er is alleen sprake van rechtsgeldige «toestemming» als de betrokkene goed en volledig is geïnformeerd over de verwerking waarvoor hij toestemming geeft.⁷

Uit persoonlijke ervaring zullen de meesten van ons waarschijnlijk wel kunnen bevestigen (of: moeten toegeven) dat we nogal eens akkoord gaan met de een of andere vorm van gegevensverwerking, zonder dat we echt de moeite hebben genomen om kennis te nemen van het doel waarvoor de gegevens worden verwerkt en de voorwaarden waaronder dat wordt gedaan. En dat vaak niet eens omdat de toestemmingsvraag onduidelijk is, maar vooral omdat we er de aandacht niet voor hebben. We willen weten wat er aan de hand is met Rachel Hazes of Gerard Joling, of Jesse Klaver resp. Hugo de Jonge, en gaan ongelezen akkoord met de cookievoorwaarden die ons toegang geven tot de nieuwsberichten over deze publieke personen.

Een bijkomend probleem is dat de wijze waarop toestemming wordt gevraagd toch in veel gevallen de betrokkene niet een volledig en juist beeld geeft van de gegevensverwerking en de daarmee verband houdende risico's.

Er is wel empirisch en andersoortig onderzoek gedaan naar de mate waarin internetgebruikers ermee bekend zijn waarvoor zij toestemming geven.⁸ Een snelle zoekactie in SSRN of Google Scholar levert tientallen publicaties op. Daaruit komt het beeld naar voren dat degene die toestemming geeft in de regel niet weet waarvoor.

3. Wanneer dit bewustzijn en de kennis hierover laag is, welke risico's brengt dat met zich mee?

De AVG beoogt de betrokkene meer controle te geven over zijn persoonsgegevens. Een voorwaarde om die controle te kunnen hebben is dat individuen zijn geïnformeerd over het doel waarvoor de gegevens worden verzameld en wat er ermee wordt gedaan.

De AVG biedt weliswaar instrumenten om alsnog informatie te verkrijgen over wat er wordt gedaan met hun persoonsgegevens – denk weer aan het inzagerecht – en daarvan wordt ook veel gebruik gemaakt. Echter, als de gegevens zijn verstrekt aan voor het desbetreffende individu onbekende derden is het maar de vraag of de betrokkene daarachter kan komen.

⁷ Art. 4, onderdeel 11, AVG; overweging 32 Preambule AVG

⁸ Zie bijv. Graßl et al, 'Dark and bright patterns in cookie consent requests', *Journal of Digital Social Research*, 2021 Vol.3, No. 1, te vinden via o.a.: https://www.researchgate.net/publication/343120695_Dark_and_bright_patterns_in_cookie_consent_requests; Narayanan e.a., 'Dark Patterns: Past, Present, and Future', *ACMqueue*, 2020, Vol. 63, No.9, te vinden via o.a.: <https://queue.acm.org/detail.cfm?id=3400901>

4. Welke mogelijkheden zijn er om het bewustzijn te verhogen en burgers beter geïnformeerd te maken?

In een aantal gevallen wordt de vereiste informatie niet of niet volledig verstrekt aan de betrokkene. De AVG biedt de betrokkene middelen om daar wat aan te doen. De toezichthouder, de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), kan ertegen optreden en heeft dat ook verschillende keren gedaan, met overigens wisselende resultaten. Ook collectieve acties kunnen een effectief middel zijn.⁹

Als er wel goede en begrijpelijke informatie wordt verstrekt, is het probleem dat de betrokkene nogal eens niet de tijd en aandacht heeft om daarvan kennis te nemen. Er wordt wel gezegd dat een gemiddelde internetgebruiker ca. dertig dagen per jaar nodig heeft om kennis te nemen van alle voor hem relevante informatie in privacyverklaringen. Dat is te veel gevraagd.

De AVG biedt wel wat oplossingen.¹⁰ Er is de mogelijkheid om informatie over bijvoorbeeld bewaartermijnen, beveiliging en commercieel gegevensgebruik te comprimeren in icoontjes. De betrokkene ziet dan in een oogopslag wat er met zijn gegevens wordt gedaan. Zeg: een Kijkwijzer voor privacy. Voorstelbaar is dat een organisatie als Thuiswinkel of NLdigital dergelijke icoontjes ontwikkelt en bijvoorbeeld via een auditverplichting ervoor zorgdraagt dat de daaraan verbonden regels worden nageleefd door de ondernemingen die er gebruik van maken.

Een ander, enigszins vergelijkbare, oplossing zou kunnen worden geboden door een privacykeurmerk. Er zijn wel dergelijke initiatieven geweest, de bekendste ervan is PrivacySeal¹¹, maar veel effect hebben die niet gehad. Een aandachtspunt is dat deze keurmerken erg kostbaar blijken en per saldo weinig commerciële meerwaarde bleken te bieden.

5. Wanneer burgers toestemming verlenen aan digitale dienstverleners voor het verzamelen, verwerken en delen van persoonsgegevens; is de rechtspositie van de burger ten opzichte van de digitale dienstverlener even sterk als die in het consumentenrecht?

Het is niet gemakkelijk om verschillende rechtsgebieden te vergelijken en al helemaal niet om vervolgens uitspraken te doen over de rechtsposities van consumenten en anderen. Wel is duidelijk dat de AVG aan de toezichthouder, de AP, een groot aantal bevoegdheden geeft om op verzoek of ambtshalve handhavende maatregelen te nemen, en bij overtredingen serieuze boetes op te leggen.¹² De indruk bestaat dat de AP haar bevoegdheden onvoldoende benut en daardoor suboptimaal functioneert.¹³ Onderzoek suggereert dat dit

⁹ Christine Utz, et al ' (Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field, CCS '19: *Proceedings of the 2019 ACM SIGSAC* November 2019 <https://doi.org/10.1145/3319535.3354212>; Layton, R. 'How the GDPR Compares to Best Practices for Privacy', *Accountability and Trust* March 31, 2017, <https://ssrn.com/abstract=2944358>; Schermer, B.W. et al., 'The crisis of consent: how stronger legal protection may lead to weaker consent in data protection'. *Ethics Inf Technol* 16, 171–182 (2014). <https://doi.org/10.1007/s10676-014-9343-8>; Cate, Fred H., 'The Failure of Fair Information Practice Principles' (2006). *Consumer Protection in the Age of the Information Economy*, 2006, te vinden bij o.a. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1156972>

¹⁰ Art. 12, zevende en achtste lid, AVG

¹¹ Zie: www.euprivacyseal.com/EPS-en/Home

¹² Art. 55 t/m 59 AVG; overwegingen 117 t/m 129 Preambule AVG; art. 14 t/m 21a Uitvoeringswet AVG

¹³ Zie bijv. Brief van rapporteur T. van Gent "Twee jaar toepassing van de AVG", 15 januari 2021, p. 8-10, 12-13, te vinden via <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2021Z00788&did=2021D02008>

voor een deel kan worden verklaard door de beperkte capaciteit en budget bij de toezichthouder.¹⁴ Wel wordt in dat onderzoek de kanttekening gemaakt dat het bij gebrek aan een kostprijsmodel en een tijdsregistratiesysteem niet goed mogelijk was om daarin betrouwbare inzichten te verkrijgen.¹⁵

Voor ondernemingen met de hoofdvestiging buiten Nederland moet de AP samenwerken met de toezichthouder van het land waar de hoofdvestiging is, in veel gevallen de Ierse toezichthouder. De praktijk wijst uit dat dit kan leiden tot vertraging.¹⁶

De AVG voorziet verder in verschillende middelen waarmee iemand zijn recht kan halen, waaronder collectieve acties: gerechtelijke procedures waarin collectieve belangenbehartigers ten behoeve van gedupeerde betrokkenen vorderingen instellen.¹⁷ De effectiviteit van die middelen is op dit moment nog niet heel duidelijk.

Er loopt een handvol collectieve procedures waarin het gaat om overtredingen van de bepalingen uit de AVG.¹⁸ Er is al een enkele uitspraak gedaan over formele vragen met betrekking tot de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en de ontvankelijkheid van de collectieve belangenbehartiger. Maar een aantal belangrijke rechtsvragen is nog niet beantwoord. Een voorbeeld is de vraag onder welke voorwaarden een collectieve belangenbehartiger ten behoeve van gedupeerde betrokkenen schadevergoeding kan vorderen. Een ander voorbeeld is de vraag op welke wijze kan worden bepaald welke schade het gevolg is van een overtreding van de AVG.

6. Welke mogelijkheden zijn er om de rechtspositie van de burgers als 'digitale consument' zo nodig te versterken?

Wat in de AVG staat kan niet door de nationale wetgever worden aangepast. Wel kan de nationale wetgever in de Uitvoeringswet AVG (UAVG) het gemakkelijker maken voor de betrokkene om zijn rechten te effectueren. Of dat inderdaad moet gebeuren lijkt op dit moment nog wat prematuur. De UAVG wordt op dit moment geëvalueerd en naar verwachting zijn de resultaten daarvan in het eerste kwartaal van het volgend jaar beschikbaar.

Ook andere toezichthouders kunnen handhavend optreden.¹⁹ ACM en AFM kunnen zich bijvoorbeeld richten op de handhaving van de regels die voorschrijven dat ondernemingen consumenten op een niet misleidende, eerlijke manier informeren over de voornaamste kenmerken en de prijs van een product of dienst. Ook moeten ondernemingen de consumenten goed en

¹⁴ De AP onderschrijft die conclusie. Zie bijvoorbeeld het persbericht van de AP op Prinsjesdag:

<https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/miljoenennota-geen-verhoging-budget-ap>

¹⁵ Kamerstukken II 25268 en 32761, 2020/21, nr. 192 te vinden via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-25268-192.html>; KPMG Onderzoek taken en financiële middelen bij AP, 2 november 2020

https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/kpmg-onderzoek_taken_en_middelen_ap.pdf

¹⁶ Zie bijv. Consumentenbond naar rechter om Google-zaak, 30 november 2020:

<https://www.consumentenbond.nl/nieuws/2020/consumentenbond-naar-rechter-om-google-zaak>

¹⁷ Art. 79, 80 en 82 AVG; overwegingen 141 t/m 152 Preambule AVG

¹⁸ Rechtspraak.nl: Centraal register voor collectieve vorderingen te vinden via: <https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen>; rechtbank A'dam, 30 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3307 te vinden via:

<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBAMS:2021:3307>

¹⁹ <https://njv.nl/wp-content/uploads/2011/04/Preadviezen-NJV-2016.pdf>

volledig informeren over de door hen ondernomen activiteiten, gericht op het in kaart brengen van consumentengedrag (zgn. 'tracking').

In aanvulling daarop kan worden gedacht aan het vergemakkelijken dat ondernemingen elkaar kunnen aanspreken op de naleving van de privacyregels. Inspiratie biedt de eind 2015 door de Duitse Bundestag aangenomen wetgeving die het mogelijk maakt dat consumentenorganisaties en kamers van koophandel procederen tegen ondernemingen die de privacywetgeving overtreden.

Verder kan ook worden gedacht aan zelfregulering en co-regulering.²⁰ Voor zelfregulering moet worden gedacht aan het ontwikkelen van gedragscodes, waarin de open begrippen en vage normen uit de AVG op sectorniveau worden geconcretiseerd en waarin ook kan worden voorzien in laagdrempelige geschilbeslechting. Op dit moment is er een zgn. privacygedragscode, nl. die van NLdigital, door de toezichthouder goedgekeurd. Zo'n vijftien conceptgedragscodes zijn nog in procedure bij de AP.

Ook met behulp van co-regulering kunnen privacyklachten op sectorniveau effectief worden afgehandeld. In het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld handelt de *UK Financial Ombudsman Service* jaarlijks enkele honderdduizenden klachten af.²¹ Uit de Annual Review 2014/15 blijkt dat op welgeteld 1.786.973 vragen van consumenten werd gereageerd en 329.509 klachten zijn afgehandeld.

Disclaimer: De Jonge Akademie, KNAW, NFU, NWO, TNO en VSNU bemiddelen tussen parlementaire kennisvraag en wetenschappelijk kennisaanbod. De informatie in het kader van Parlement en Wetenschap is afkomstig van vooraanstaande wetenschappers, maar niet onderworpen aan peer review en niet door de wetenschapsorganisaties geverifieerd.



²⁰ Art. 40 AVG; overwegingen 98 en 99 Preambule AVG; NLdigital Data Pro Code te vinden via: www.nldigital.nl/data-pro-cod

²¹ <https://www.gov.uk/government/publications/the-ombudsmans-annual-report-and-accounts-2014-15>