



MYOBI Opinion, #13, 9 februari 2017

Bijdrage door mr. dr. Anne-Wil Duthler, advocaat bij First Lawyers

De verplichte aanwijzing van de Functionaris Gegevensbescherming in de Europese Algemene verordening gegevensbescherming

Op 13 december 2016 heeft de Artikel 29-werkgroep¹ richtlijnen voor de functionaris voor gegevensbescherming (FG) aanvaard.² In mijn vorige opinie van 16 januari jl. heb ik enkele *highlights* uit deze richtlijnen gelicht. Ik heb me daarbij geconcentreerd op de FG als kernfunctie in de Avg en in zijn of haar rol in het kader van 'accountability'.

In deze opinie besteed ik aandacht aan de vraag wanneer organisaties verplicht zijn een FG aan te stellen. Ook daarvoor biedt de Artikel 29-werkgroep interessante handreikingen.

Verplichte aanwijzing van een FG

Artikel 37 van de Avg verplicht een verantwoordelijke en bewerker een functionaris voor gegevensbescherming aan te wijzen in elk geval waarin:

- a) De verwerking wordt verricht door een overheidsinstantie of overheidsorgaan³;
- b) Een verantwoordelijke of bewerker hoofdzakelijk belast is met verwerkingen die vanwege hun aard, hun omvang en/of doeleinden regelmatige en stelselmatige observatie op grote schaal van betrokkenen vereisen; of
- c) Een verantwoordelijke of bewerker hoofdzakelijk belast is met grootschalige verwerkingen van bijzondere categorieën van gegevens uit hoofde van artikel 9 of van persoonsgegevens met betrekking tot strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten als bedoeld in artikel 10.

Wat de laatste categorie betreft valt op dat het Burgerservicenummer (BSN) in de huidige Wet bescherming persoonsgegevens geregeld wordt in de paragraaf die als titel draagt 'bijzondere persoonsgegevens'. Om die reden zou je het BSN onder de Wbp als bijzonder persoonsgegeven kunnen beschouwen. In artikel 9 van de Avg wordt een nummer dat ter identificatie van een persoon dat bij wet is voorgeschreven – lees het Burgerservicenummer – niet meer als bijzonder persoonsgegeven gekwalificeerd.

Tenzij het evident is, beveelt de Artikel 29-werkgroep verantwoordelijken en bewerkers aan om de interne analyse om wel of niet een FG aan te stellen te documenteren, zodat zij in staat zijn om aan te tonen dat de relevante factoren op een juiste wijze in overweging zijn genomen. De werkgroep verwijst daarbij naar artikel 24 van de Avg; de kernbepaling als het gaat om accountability.

¹ De Artikel 29-werkgroep is een werkgroep die is ingesteld onder de Europese richtlijn 95/46/EC en bestaat uit vertegenwoordigers van de nationale toezichhoudende autoriteiten, vertegenwoordigers van EU-instellingen en een vertegenwoordiger van de Europese Commissie. Het opereert onafhankelijk en heeft een adviserende taak.

² *Article 29 Data Protection Working Party, 16/EN WP 243, Guidelines on Data Protection Officers (DPO's)*, 13 december 2016.

³ Behalve in het geval van gerechten bij de uitoefening van hun rechterlijke taken.

De drie categorieën van artikel 37 Avg licht ik hieronder afzonderlijk toe.

Overheidsinstantie of overheidsorgaan

Deze begrippen moeten worden uitgelegd naar nationaal recht. De artikel 29 werkgroep voegt daaraan toe dat het behalve nationale, regionale of lokale overheidsorganen ook instanties betreft die gereguleerd worden door publiek recht. Zij verwijst daarbij naar artikel 2(1) en (2) van de Europese richtlijn 2003/98/EC inzake het hergebruik van overheidsinformatie. In deze bepalingen wordt de publiekrechtelijke instelling nader gedefinieerd. Het gaat dan om iedere instelling die:

1. Is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en
2. Rechtspersoonlijkheid heeft, en
3. Waarvan hetzij de activiteiten in hoofdzaak door de staat of zijn territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, hetzij het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, hetzij de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend orgaan of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, zijn territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

In deze gevallen is de aanwijzing van een FG verplicht.

Daarnaast hoeft een publieke taak niet alleen door publieke instellingen te worden uitgevoerd. Ook andere – private rechtspersonen kunnen publieke taken uitvoeren. Denk aan public transport services, water en energiebedrijven, wegeninfrastructuur, publieke omroepen, volkshuisvesting of disciplinaire instanties voor gereguleerde beroepen. Hoewel er geen wettelijke verplichting is voor private organisaties die zo'n publieke taak uitvoeren of wettelijke bevoegdheden hebben gekregen, beveelt de artikel 29 werkgroep wel aan om een FG aan te wijzen.

Kernactiviteiten

In artikel 37 lid 1 sub b en c worden de woorden 'hoofdzakelijk belast met' gebruikt. In overweging 97 van de Avg wordt genoemd dat het in de particuliere sector dan moet gaan om kernactiviteiten die betrekking hebben op diens hoofdactiviteiten en niet om de verwerking van persoonsgegevens als nevenactiviteit. De artikel 29 werkgroep geeft daarbij het voorbeeld van een ziekenhuis. Een ziekenhuis kan geen effectieve en veilige zorg verlenen zonder gezondheidsgegevens zoals patiëntendossiers te verwerken. Daarom moet het verwerken van deze gegevens als kernactiviteiten worden beschouwd en is een ziekenhuis verplicht om een FG aan te wijzen.

Grootschalige verwerking

Overweging 91 van de Avg biedt hierover enige helderheid. Deze spreekt namelijk van grootschalige verwerkingen die bedoeld zijn voor de verwerking van een aanzienlijke hoeveelheid persoonsgegevens op regionaal, nationaal of supranationaal niveau, waarvan een groot aantal betrokkenen gevolgen zouden kunnen ondervinden en die bijvoorbeeld vanwege hun gevoelige aard een hoog risico met zich kunnen brengen. De

verwerking van persoonsgegevens mag niet als een grootschalige verwerking worden beschouwd als het gaat om de verwerking van persoonsgegevens van patiënten of cliënten door een individuele arts, een andere zorgprofessional of door een advocaat.⁴

De artikel 29 werkgroep beveelt aan de volgende factoren in acht te nemen om te bepalen of er sprake is van een grootschalige verwerking:

- Het aantal betrokkenen – in absolute aantallen of als percentages van een relevante populatie;
- De omvang van de data en of de schaal waarop de verschillende data worden verwerkt;
- De duur van de verwerkingsactiviteiten;
- De geografische reikwijdte van de verwerkingsactiviteiten.

Voorbeelden van grootschalige verwerking die de artikel 29 werkgroep geeft zijn:

- Verwerking van patiëntgegevens door een ziekenhuis;
- Verwerking van reisgegevens van reizigers die met een openbaar vervoerder reizen (ov-chipcard);
- Verwerking van real time geografische data van klanten van een internationale fastfoodketen voor statistische doeleinden door een bewerker die hierin is gespecialiseerd;
- Verwerking van klantdata in de gewone gang van zaken door een verzekeringsbedrijf of bank;
- Verwerking van persoonsgegevens voor *behavioural advertising* door een zoekmachine;
- Verwerking van verkeersgegevens door telefonie- of internet serviceproviders.

Regelmatige en stelselmatige monitoring

Het begrip regelmatige en stelselmatige monitoring wordt gedefinieerd in de Avg. Aansluiting kan worden gevonden bij het 'monitoren van gedrag van betrokkenen' zoals genoemd in overweging 24. Deze betreft in ieder geval alle vormen van '*tracking and profiling*' op het internet, inclusief die voor doeleinden van '*behavioural advertising*'.

Regelmatige en stelselmatige monitoring is echter volgens de artikel 29 werkgroep niet beperkt tot de online omgeving. De werkgroep interpreteert regelmatig als voortdurend of met bepaalde intervallen gedurende een bepaalde periode; zich herhalend op vaste tijdstippen; constant of periodiek plaatsvindend. De werkgroep interpreteert systematisch als 'plaatsvindend volgens een systeem', vooraf geregeld, georganiseerd of volgens een bepaalde methode; vindt plaats als onderdeel van een algemeen plan voor dataverzameling; wordt uitgevoerd als onderdeel van een strategie.

De voorbeelden die de werkgroep noemt zijn die van het operationeel houden van een telecommunicatienetwerk, het verlenen van telecommunicatiediensten, e-mail *retargeting*, profilering en scoring voor doeleinden van risk *assessment* (bijvoorbeeld voor doeleinden van *credit scoring*, vaststellen van verzekeringspremies, fraudepreventie, detectie van witwassen); traceren van locaties, bijvoorbeeld met behulp van *apps*; *loyalty programma's*; *behavioural advertising*; monitoring van welzijn, fitness en gezondheidsgegevens via draagbare *devices*; closed circuit televisie; *connected devices* zoals slimme meters, slimme auto's, *home automation*, etc.

⁴ Deze overweging zegt iets over het begrip grootschaligheid. In ogenschouw moet daarbij worden genomen dat de overweging zelf betrekking heeft op de gegevensbeschermingseffectbeoordeling.

Speciale categorieën strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten

Hier merkt de artikel 29 werkgroep op dat daar waar in artikel 37 lid 1 sub c het woordje 'en' staat moet worden gelezen 'of'. De beide criteria die in deze bepaling genoemd staan hoeven namelijk niet gelijktijdig van toepassing te zijn.

FG voor de bewerker

Artikel 37 van de Avg is zowel op de verantwoordelijke van toepassing als op de bewerker. Daar waar de verantwoordelijke verplicht is een FG aan te stellen, hoeft dat niet altijd ook te gelden voor de bewerker en vice versa. Desondanks beveelt de artikel 29 werkgroep wel aan om ook dan een FG aan te stellen. De werkgroep beveelt aan dat zo'n FG niet alleen toezicht houdt op de verwerkingen die de bewerker voert ten behoeve van de verantwoordelijke, maar ook toezicht houdt op de verwerkingen waarvoor de bewerker zelf verantwoordelijke is.

Tot slot

De artikel 29-werkgroep heeft een uitwerking gegeven van de criteria van artikel 37 Avg op grond waarvan een verantwoordelijke of bewerker verplicht is een FG aan te wijzen. Deze uitwerking moet worden beschouwd als richtinggevend. Hoewel hij of zij weliswaar rekening zal houden met de richtlijnen van de artikel 29-werkgroep is het uiteindelijk de rechter die het laatste woord heeft over de uitleg van artikel 37 Avg. Welke beslissing een verantwoordelijke of bewerker ook neemt, in gedachten moet worden gehouden dat deze altijd gedocumenteerd moet worden, inclusief de juridische onderbouwing daarvan. En natuurlijk geldt ook hier dat het aanwijzen van een FG niet altijd moet maar wel altijd mag, ook als er geen aanleiding is te veronderstellen dat er sprake is van een wettelijke verplichting.

