



De Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media
De heer drs. A Slob
Postbus 16375
2500 BJ Den Haag

Datum
19 mei 2020

Ons kenmerk
z2020-00153

Uw brief van
20 december 2019

Contactpersoon

070 8888 500

Uw kenmerk
17890438

Onderwerp

Advies over het concept voor een wetsvoorstel Modernisering Archiefwet (Archiefwet 2021)

Geachte heer Slob,

Bij brief van 20 december 2019 is de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) op grond van het bepaalde in artikel 36, vierde lid, van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), geraadpleegd over het concept voor een wetsvoorstel ter modernisering van de Archiefwet (hierna: het concept).

Het wetsvoorstel is in het licht van de AVG nog in onvoldoende mate een integraal kader met voldoende passende waarborgen. De AP heeft op dit punt bezwaar tegen het concept en adviseert de procedure niet voort te zetten, tenzij het bezwaar is weggenomen.

Hoofdlijn

- (1.) Het belang van openbaarheid en authenticiteit van documenten in een archief moet verzoend worden met het belang recht te doen aan bescherming van persoonsgegevens, in het bijzonder het beginsel van minimale gegevensverwerking. De AVG erkent het belang van archivering, maar vraagt wel om minimale gegevensverwerking en om passende technische en organisatorische maatregelen. De complexe afwegingen die in dit verband moeten worden gemaakt kunnen naar het oordeel van de AP niet van geval tot geval aan de vele afzonderlijke archiverende overheden worden overgelaten. Het risico is dat dit leidt tot hoge bestuurlijke lasten terwijl heel verschillende keuzes worden gemaakt, met alle risico's op rechtsonzekerheid van dien. Ook eenduidigheid in het stelsel van archivering lijkt hier niet bij gebaat. Nadere wettelijke inkadering is dus aangewezen. Als niet uitgegaan wordt van een op zichzelf staand stelsel naast de AVG, maar van een onder de AVG integraal afgewogen kader met passende waarborgen levert dat op dat naleving van de wet als vanzelf ook naleving van de AVG is.



Datum
19 mei 2020

Ons kenmerk
z2020-00153

- (2.) De nieuwe mogelijkheid voor de beheerder om uit eigen beweging informatie in andere vorm te verstrekken dan door toegang tot het document, moet nauwkeurig worden geclausuleerd. Aan bredere openbaarmaking kunnen via internet veel meer risico's kleven uit oogpunt van bescherming van persoonsgegevens dan aan klassieke toegang tot een document als in een studiezaal.
- (3.) Vanwege de rechten van betrokkenen is tenslotte verduidelijking nodig op het punt van de verhouding tussen de reikwijdte van deze wet, de UAVG en andere archieven.

Strekking van het concept

De Archiefwet is het algemene kader voor informatiebeheer door overheidsorganen met als voornaamste doel dat belangrijke overheidsinformatie behouden, vindbaar en toegankelijk blijft voor huidige en toekomstige generaties. Het concept strekt tot vaststelling van een integraal nieuwe Archiefwet die beter is toegesneden op de praktijk van het digitaal informatiebeheer.

Advies

1. Verhouding tussen AVG en Archiefwet

In de toelichting bij het concept is uiteengezet wat de verhouding is tussen de rechtstreekse werking van de AVG en de Archiefwet. Helder zicht hierop is van groot belang, nu er tussen de uitgangspunten van de Archiefwet en van de AVG spanning bestaat. De toelichting erkent deze spanning ook door te spreken van 'schijnbaar tegengestelde uitgangspunten'. Het gaat dan volgens de toelichting om het beginsel van gegevensminimalisatie en de rechten van betrokkenen (vernietiging, rectificatie) uit de AVG enerzijds en het belang van blijvende bewaring van authentieke documenten anderzijds.¹ De AP begrijpt de toelichting zo dat de spanning slechts schijnbaar is, omdat de AVG de bijzondere positie van archivering in het algemeen belang erkent en ruimte biedt voor het treffen van voorzieningen, zoals het beperken van de rechten van betrokkenen.

De AP acht deze uiteenzetting niet onjuist, maar wel onvolkomen. Het gaat niet zozeer om het verenigen van enkele - al dan niet schijnbaar - tegenstrijdige uitgangspunten, als wel om een belangenafweging; het belang van openbaarheid en authenticiteit van documenten in een archief enerzijds en het belang recht te doen aan bescherming van persoonsgegevens (waaronder het beginsel van minimale gegevensverwerking) anderzijds. De AVG erkent het belang van archivering, maar eist wel ook dat passende technische en organisatorische maatregelen worden getroffen om de inachtneming van het beginsel van gegevensminimalisatie te garanderen. Voor zover de doeleinden van de Archiefwet kunnen worden verwezenlijkt zonder dat identificatie van betrokkenen nog langer mogelijk is, moet dit in beginsel technisch en organisatorisch ook zo worden ingericht.² Uit de toelichting blijkt niet dat is onderkend dat in de context van verplichte archivering door de overheid de Archiefwet ook het kader is waarbinnen deze passende maatregelen moeten worden getroffen.

¹ Toelichting, par. 5.2.

² Artikel 89, eerste lid, AVG.



Datum
19 mei 2020

Ons kenmerk
z2020-00153

De Archiefwet hoort een in het licht van de AVG verdedigbare uitkomst te zijn van de afweging tussen de betrokken belangen. Er is dan niet sprake van twee naast elkaar staande wettelijke regimes die onafhankelijk van elkaar moeten worden toegepast, maar van toepassing van een éénduidig wettelijk regime in de Archiefwet dat in overeenstemming is met de beginselen en bepalingen van de AVG.³ De overheid die de bepalingen van de Archiefwet in acht neemt mag er dan redelijkerwijs ook op rekenen dat daarmee tevens voldaan wordt aan de relevante AVG bepalingen.

Het telkens maken van een afweging tussen abstracte beginselen als hier aan de orde kan ook niet van geval tot geval gevraagd worden van de afzonderlijke overheidsorganen. Deze zien zich dan immers geconfronteerd met de noodzaak de bepalingen van de Archiefwet toe te passen - belang toe te kennen aan de authenticiteit en openbaarheid van documenten - en tevens een goede invulling te geven aan de abstracte bepalingen van de AVG d.w.z. belang toe te kennen aan het beginsel van minimale gegevensverwerking. Het risico is groot dat er heel verschillende afwegingen worden gemaakt die niet alleen onzekerheid en risico's op overtreding van de AVG meebrengen, maar ook de eenheid in de wijze van archiveren bedreigen.

Het concept bevat waarborgen en voorzieningen die van belang zijn uit oogpunt van persoonsgegevensbescherming.⁴ Maar om als integraal AVG conform kader voor archivering door de overheid te kunnen dienen is ook nodig dat de toelichting stelt en onderbouwt dat het concept en de daarop te baseren nadere regelgeving als geheel de uitkomst is van een algemene afweging van de betrokken belangen en als geheel ook de passende waarborgen biedt waar de AVG om vraagt (zo nodig met behulp van de ruimte die artikel 6, derde lid, van de AVG, de wetgever biedt).

Daarbij is niet gezegd dat het stelsel van de Archiefwet uitputtend moet zijn in de zin dat het betrokken overheidsorgaan ten aanzien van zijn archivering geen enkele afweging tussen dataminimalisatie en archiveringsdoelstellingen zal hoeven maken. Dat zijn dan echter idealiter afwegingen binnen een duidelijke wettelijke begrenzing. Met goed doordachte delegatiebepalingen kan de wetgever bewerkstelligen dat enerzijds voldoende houvast geboden wordt aan archiverende overheidsorganen, terwijl anderzijds in het concrete geval voldoende afwegingsruimte geboden wordt. Het ontstaan van een evenwichtig geheel op dit punt is daarbij mogelijk ook een kwestie van tijd. Dat neemt echter niet weg dat het concept de kaders zou moeten bieden om een dergelijke ontwikkeling mogelijk te maken en zo nodig af te dwingen. Een adviserende rol voor de algemeen rijksarchivaris is daarvoor niet een alternatief, maar kan in een dergelijk stelsel, eventueel in afwachting van uitontwikkelde wetgeving, wel een belangrijke aanvulling zijn. Aanvulling van het concept met delegatiebepalingen op het punt van de archiefvorming (a) en op het punt van de openbaarheid (b) is naar het oordeel van de AP nodig. Op deze punten wordt hieronder nader ingegaan.

a. Archiefvorming

De AVG biedt ruimte voor het blijvend bewaren van persoonsgegevens in de documenten, als dit noodzakelijk is gelet op het doel van archivering in het algemeen belang. Het belang van authenticiteit en

³ Toelichting, par. 4.2. rekent de AVG bij voorbeeld tot een van de andere belangen die meespelen bij informatiebeheer.

⁴ In het bijzonder het regime voor openbaarheidsbeperking in art 6.2 e.v. van het concept.



Datum
19 mei 2020

Ons kenmerk
z2020-00153

integriteit van documenten kan met zich brengen dat ook de persoonsgegevens in de documenten blijvend bewaard worden. Deze afweging dient echter wel gemaakt te worden, logischerwijze bij het ontwerpen en vaststellen van de selectielijsten.⁵

De AVG vereist daarbij dat vooraf, direct bij de vorming van het archief dat blijvend bewaard dient te worden, rekening wordt gehouden met persoonsgegevens die wel en niet blijvend bewaard moeten worden ('privacy by design'). Te denken valt aan technische maatregelen waardoor (bepaalde) persoonsgegevens binnen de archiefdoelstellingen automatisch (kunnen) worden verwijderd, gepseudonimiseerd of zwartgemaakt in het blijvend te bewaren archief. Aan dergelijke technieken wordt in de archiefsector gewerkt en de AP verwacht hier op termijn veel van. Zodra deze mogelijkheden redelijkerwijs voldoende beschikbaar zijn, behoren deze ook te worden ingezet. De afweging wanneer en in welke omvang toepassing van deze technieken gelet op de verplichtingen in de AVG aangewezen is, is een afweging die naar het oordeel van de AP in zijn algemeenheid door de wetgever moet worden gemaakt en niet telkens op zichzelf door het individuele overheidsorgaan. De grondslag in het concept om nadere regels vast te stellen over beheer voorziet hier echter niet in.⁶

b. Openbaarheid

Het al dan niet beperken van de openbaarheid van documenten wordt bij afzonderlijk besluit bepaald, voorafgaand aan de overbrenging van de documenten.⁷ Het kunnen beperken van de openbaarheid van de documenten is een belangrijke waarborg, omdat de grootste risico's voor de bescherming van persoonsgegevens ontstaan door het raadplegen van de informatie.

Het concept verplicht tot opnemng van dergelijke beperkingen als het gaat om bijzondere persoonsgegevens, strafrechtelijke gegevens en identificatienummers zoals BSN, tenzij de verstrekking 'kennelijk geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt'.⁸ Voor gewone persoonsgegevens geldt dat het betrokken overheidsorgaan een afweging moet maken tussen het belang van de openbaarheid enerzijds en het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer anderzijds. Het concept biedt het overheidsorgaan op dit punt verder geen enkele houvast. De toelichting stelt dat voor de eenheid in het openbaarheidsbeleid de algemene rijksarchivaris sinds 2013 een adviestaak heeft.

De AP is van oordeel dat louter een adviestaak in het licht van de AVG onvoldoende waarborg is dat de te maken complexe afweging door honderden overheidsorganisaties in alle gevallen tot een goed evenwicht leidt. Ook de ruimte om als individuele overheidsorganisatie te komen tot de conclusie dat er 'kennelijk geen sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer' terwijl het naar hun aard gevoelige gegevens betreft (bijzondere- of strafrechtelijke gegevens) acht de AP nog onverantwoord groot. Uit oogpunt van bescherming van persoonsgegevens, maar ook uit oogpunt van eenheid van archivering, ligt het naar het oordeel van de AP voor de hand dat de (gedelegeerde) wetgever nader aanduidt welke persoonsgegevens in welke gevallen wel of niet blijvend bewaard moeten blijven, de noodzaak daarvan motiveert en ook bepaalt welke maatregelen moeten worden getroffen om eventuele privacy risico's te mitigeren;

⁵ Artikel 4.1. van het concept.

⁶ Artikel 3.5 van het concept.

⁷ Artikel 6.4 van het concept.

⁸ Artikel 6.2, eerste lid, onder d, van het concept.



Datum
19 mei 2020

Ons kenmerk
z2020-00153

bijvoorbeeld door beperken van inzage van archiefbescheiden of door het gebruik van technieken waarbij bepaalde gegevens kunnen worden weggelaten of zwartgemaakt voordat toegang wordt verleend tot een document. Zo is denkbaar dat voor namen van bijvoorbeeld auteurs, ondertekenaars, geadresseerden en andere in een brief genoemden niet dezelfde algemene hoofdregels en niet dezelfde algemene uitzonderingen gelden als het gaat om bewaren (altijd tenzij?) en openbaren (in beginsel niet tenzij?). Mogelijk zijn er ook andere categorieën persoonsgegevens te onderscheiden waarvoor nog weer minder of juist meer voor de hand ligt dat deze worden bewaard en/of geopenbaard. In de sfeer van bijzondere persoonsgegevens en strafrechtelijke gegevens vraagt de algemene uitzondering 'kennelijk geen inbreuk' als gezegd ook om meer inkadering, juist omdat het hier om gegevens gaat waarvan de Europese wetgever juist gezegd heeft dat deze in het algemeen extra gevoelig zijn.

Leidraad bij het vinden van het juiste evenwicht is de vraag welke verwerkingen van persoonsgegevens nodig zijn om de doeleinden van de archivering nog te kunnen verwezenlijken.⁹ Indien dit evenwicht goed kenbaar is en in acht wordt genomen, is het toepassen van de archiefwetgeving voldoende om op dit punt ook aan de AVG te voldoen.

De AP wijst er tenslotte op dat overheidsorganen verplicht zijn een functionaris voor de gegevensbescherming aan te wijzen die onder andere als taak heeft intern toe te zien op de naleving van de AVG en van 'andere lidstaatrechtelijke gegevensbeschermingsbepalingen'.¹⁰ Dat betekent dat de functionaris in de praktijk over de volle breedte van de onder de Archiefwet vallende gevallen een belangrijke rol heeft of zou moeten hebben, bijvoorbeeld bij de opstelling van selectielijsten. In de toelichting wordt aan deze vorm van toezicht voorbij gegaan en wordt ook niet uiteengezet of en zo ja welke rol voor deze functionaris wordt voorzien bij het bereiken van het juiste evenwicht.

De AP adviseert het concept aan te vullen met de verplichting – zo nodig op termijn - bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen over archiefvorming en over openbaarheid in het belang van de naleving van het beginsel van dataminimalisatie.

De AP adviseert in de toelichting de verhouding tussen wet en AVG langs bovenstaande lijnen nader uiteen te zetten, daarbij ook in te gaan op de rol van de functionaris voor de gegevensbescherming en aan te geven dat het wetsvoorstel een onder de AVG integraal afgewogen kader met passende waarborgen beoogt te zijn.

2. Ambtshalve openbaarmaking in andere vorm

Hoofdregel is dat eenieder op verzoek toegang krijgt tot openbare documenten.¹¹ Om achteruitgang in de openbaarheid als gevolg van de verkorting van de overbrengingstermijn te voorkomen, introduceert het concept de mogelijkheid voor de beheerder om informatie in andere vorm te verstrekken dan door toegang

⁹ Artikel 89, eerste lid, AVG.

¹⁰ Artikel 37, eerste lid, onder a, en art. 39, eerste lid, onder b, van de AVG.

¹¹ Artikel 7.1, eerste lid, van het concept.



Datum
19 mei 2020

Ons kenmerk
z2020-00153

tot het document. Deze mogelijkheid bestaat op verzoek, maar het concept geeft aan dat de beheerder ook uit eigen beweging informatie uit beperkt openbare documenten openbaar kan maken.¹²

De AP merkt op dat zich in deze informatie doorgaans de nodige persoonsgegevens zullen bevinden. Beperking aan de openbaarheid geldt in de huidige opzet immers als hoofdregel alleen voor bepaalde persoonsgegevens en niet per definitie voor alle persoonsgegevens. De bevoegdheid van de beheerder om uit eigen beweging informatie openbaar te maken uit beperkt openbare documenten moet er naar het oordeel van de AP dan ook niet toe leiden dat informatie (op termijn) zonder restricties via internet toegankelijk mag worden gemaakt. Aan openbaarmaking van persoonsgegevens op internet kleven uiteraard veel meer risico's voor de bescherming van persoonsgegevens dan aan het via een studiezaal toegang verlenen tot de informatie. Deze risico's doen zich mogelijk pas op langere termijn voor, maar hebben een potentieel bijzonder groot bereik. Zo spelen deze risico's ook wanneer het gaat om persoonsgegevens van (inmiddels) overleden betrokkenen waarvan bijzondere persoonsgegevens over bijvoorbeeld etniciteit, gezondheid of sociaal-economische positie gekoppeld zouden kunnen worden aan familieleden. Zeker als publicatie op internet op een manier gebeurt die automatische doorzoekbaarheid van de informatie mogelijk maakt, ontstaan mogelijk grote risico's op gebruik van de persoonsgegevens voor profilering of voor commerciële doeleinden. Hoewel de tekst van het concept hier niet toe dwingt, is anderzijds ook niet gewaarborgd dat ontwikkelingen in die richting zijn uitgesloten.

De AP adviseert de bevoegdheid om zonder verzoek toegang te geven tot informatie die persoonsgegevens bevat nauwkeurig te clausuleren en passende waarborgen op te nemen, of deze te schrappen.

3. Reikwijdte concept en archivering in het algemeen belang

De AVG erkent in zijn algemeenheid dat verwerking van persoonsgegevens met het oog op archivering in het algemeen belang een 'verenigbare verdere verwerking' is die toelaatbaar is, mits voorzien is in passende waarborgen.¹³ Omdat wetgeving het algemeen belang dient, staat van wettelijk verplichte archivering, zoals door overheden op grond van de Archiefwet, vast dat deze geschiedt in het algemeen belang. Die vaststelling is relevant omdat daarmee ook vaststaat dat in de wetgeving afgeweken mag worden van de bepalingen met betrekking tot de rechten van betrokkenen in de AVG.¹⁴

Uit de toelichting blijkt vice versa echter niet of het concept ook beoogt een uitputtende regeling te zijn voor alle archivering in het algemeen belang in Nederland. Denkbaar is immers dat er archieven in het algemeen belang zijn die niet afkomstig zijn van één van de in de wet opgesomde overheidsorganen.¹⁵ De toelichting zet bijvoorbeeld uiteen dat organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die enkel belast zijn met een wettelijke taak, zoals verschillende museale instellingen, niet onder de Archiefwet vallen.¹⁶ Betekent dit dat deze instellingen ook niet 'archiveren in het algemeen belang', zodat zij dus ook geen beroep kunnen doen op de mogelijkheid af te wijken van de rechten van betrokkenen die de AVG biedt?

¹² Artikel 7.3, tweede lid, van het concept.

¹³ Artikel 5, eerste lid, onder b, jº 89, eerste lid, AVG.

¹⁴ Artikel 89, derde lid, van de AVG.

¹⁵ Artikel 2.1. van het concept.

¹⁶ Toelichting, paragraaf 2.2.



Datum
19 mei 2020

Ons kenmerk
z2020-00153

Afwijkingen zijn ook mogelijk voor wetenschappelijke, historische of statistische doeleinden, maar niet in dezelfde mate zodat vaststelling welk doeleinde aan de orde is, van belang is.¹⁷

Dezelfde vraag doet zich in iets andere vorm voor ten aanzien van de mogelijkheid dat de minister van OCW of een verantwoordelijk overheidsorgaan archieven van particulieren of bedrijfsarchieven voor blijvende bewaring doen opnemen in het Nationaal archief of een decentrale archiefdienst.¹⁸ Geschiedt dit uitsluitend in het belang van historisch onderzoek, dan kan het recht op overdraagbaarheid niet worden beperkt. Impliceert het doen opnemen van deze archieven onder de Archiefwet ook dat sprake is van 'archivering in het algemeen belang', dan kan dat wel.¹⁹

Er ligt hier ook een duidelijk verband met de wetgevingsarchitectuur. Het ligt voor de hand uitzonderingen op de rechten van betrokkenen die specifiek gelden bij archivering onder de Archiefwet ook op te nemen in de Archiefwet zelf. Het meer algemene kader van de Uitvoeringswet AVG kan dan de meer algemene voorzieningen treffen die mogelijk nodig zijn voor andere archieven. De werking van het huidige artikel 45 van de UAVG is echter juist beperkt tot archieven onder de Archiefwet, zodat belangrijke bepalingen voor overheidsarchieven niet in de archiefwet staan. Tegelijk gelden er op grond van de UAVG geen uitzonderingen op de rechten van betrokkenen voor andere archieven, terwijl die wellicht wel nodig zijn.

De AP adviseert in de toelichting uiteen te zetten in hoeverre het concept beoogt 'archivering in het algemeen belang' uitputtend te regelen en hoe zich dit verhoudt tot andere vormen van archivering en tot de andere doeleinden 'wetenschappelijk of historisch onderzoek'.

Ook adviseert de AP in de Archiefwet zelf de afwijkingen van de relevante bepalingen over de rechten van betrokkenen op te nemen en - zo nodig - afwijkingen die voor andere archieven geboden zijn in de UAVG op te nemen.

Openbaarmaking

De AP is voornemens dit advies na vier weken openbaar te maken op haar website www.autoriteitpersoonsgegevens.nl. Behoudens tegenbericht gaat de AP ervan uit dat hiertegen geen bezwaar bestaat.

Hoogachtend,
Autoriteit Persoonsgegevens,

drs. C. E. Mur
Bestuurslid

¹⁷ Zie het verschil tussen artikel 89, tweede lid (wetenschappelijk, historisch, statistisch) en derde lid (algemeen belang).

¹⁸ Artikel 8.4, van het concept.

¹⁹ Zie noot 17.