

NOTITIE

Voor : Judith de Jonge en Ria van der Eerden
Datum : 14 december 2020
Dossier : 305706/51235620.1
Betreft : Onderzoek mogelijk datalek archiefbescheiden

Elze 't Hart
Archimedeslaan 61
Postbus 85005
3508 AA Utrecht
T +31 30 2595959
F +31 30 2595505
E elzethart@vbk.nl
www.vbk.nl

1 INLEIDING

- 1.1 Recentelijk zijn er bij een papiercontainer in de gemeente Wijk bij Duurstede archiefdozen gevonden met daarin kopieën uit het gemeentelijk archief van de gemeente Wijk bij Duurstede (hierna: de "**Gemeente**"), waarop persoonsgegevens zichtbaar waren. Het blijkt dat de archiefdozen bij het oud papier zijn gezet door een vrijwilliger en onderzoeker (hierna: de "**Onderzoeker**") van het Regionaal Archief Zuid-Utrecht (hierna: het "**RAZU**").
- 1.2 Op verzoek van de Gemeente en het RAZU is onderzocht of er sprake was van een inbreuk in verband met persoonsgegevens (hierna: "**datalek**") en zo ja, wie verwerkingsverantwoordelijke is en in hoeverre het datalek gemeld moet worden bij de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: "**AP**") en/of betrokkenen. Deze notitie betreft onze bevindingen, analyse en advies.
- 1.3 Hieronder zullen eerst de managementsamenvatting van onze analyse en aanbevelingen (paragraaf 2) en feiten en omstandigheden (paragraaf 3) worden beschreven. Vervolgens wordt er stilgestaan bij het juridisch kader (paragraaf 4), waarna uitgebreider wordt ingegaan op de analyse van de bevindingen (paragraaf 5) en aanbevelingen (paragraaf 6).

2 MANagementsamenvatting

- 2.1 Het is aannemelijk dat het incident waarbij de archiefdozen bij het oud papier zijn gezet is te kwalificeren als een datalek, omdat het aannemelijk is dat bij deze wijze van vernietiging persoonsgegevens onvoldoende passende beveiligingsmaatregelen zijn getroffen, waardoor er sprake was van een inbreuk op de beveiliging die leidde tot ongeoorloofde toegang. Echter, op grond van de AVG zijn het RAZU en de Gemeente geen verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot deze handeling. Het RAZU en de Gemeente hebben namelijk geen bijdrage geleverd bij het bepalen van het doel en de middelen voor deze verwerking door de Onderzoeker. Dit betekent dat het RAZU en de Gemeente het incident, voor zover dit al als datalek kwalificeert, niet hoeven te melden bij de AP en/of betrokkenen.
- 2.2 Voor zover de AVG van toepassing is op het melden van datalekken die voor inwerkingtreding van de AVG plaatsvonden, kon het geven van de toegang tot of het verstrekken van (kopieën van) de archiefbescheiden door het RAZU aan de Onderzoeker niet worden gekwalificeerd als een datalek. Er was namelijk geen sprake van een inbreuk op de beveiliging, nu de toegang

bewust, in overeenstemming met de Archiefwet, en geautoriseerd is gegeven. Om die reden hoeft ook deze handeling niet te worden gemeld als datalek aan de AP en/of betrokkenen.

- 2.3 Let wel, het voorgaande ziet slechts op de vraag of er sprake is van een datalek. De vaststelling dat er geen sprake is van een datalek betekent niet dat de Gemeente en het RAZU niet (secundair) aansprakelijk zijn – bijvoorbeeld in het kader van de onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek ('Bw') - voor dit incident en ook niet dat de Gemeente en het RAZU in overeenstemming met de Archiefwet en de AVG hebben gehandeld. Het verdient om die reden aanbeveling om de rechtmatigheid van de openbaarheid van de archiefbescheiden nader te onderzoeken en beleid op te stellen ten aanzien van het stellen van beperkingen aan de openbaarheid van archiefbescheiden en de reproductie daarvan door onderzoekers. Voorts verdient het aanbeveling om de rolverdeling tussen het RAZU en de Gemeente, onder andere met betrekking tot een datalek, nader vast te leggen in een onderlinge regeling. Zie hierover ook de aanbevelingen in paragraaf 6. Hierover zal in een later stadium nog een nader advies volgen.
- 2.4 Voorts ligt het voor de hand om de melding aan de AP en/of betrokkenen alsnog – onverplicht – af te handelen, gezien het publieke karakter van het incident en de aandacht die het incident al heeft gekregen. De Gemeente en RAZU kunnen opnieuw een gezamenlijke openbare mededeling op de website van de Gemeente en/of het RAZU doen, of een soortgelijke maatregel te treffen. De mededeling dient de inhoud te bevatten die nader is uitgewerkt in paragraaf 6.4.

3 FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

3.1 Documentatie

3.1.1 Dit advies is gebaseerd op de navolgende documenten:

- a. de door de Gemeente opgestelde tijdlijn van zaterdagmiddag 26-9 tot halverwege maandag 28-9;
- b. het door RAZU opgestelde rapport feitenonderzoek d.d. 3 november 2020;
- c. excel met nadere toelichting op aangetroffen materiaal 61 archiefdozen;
- d. de kopieën van de archiefbescheiden die gevoelige persoonsgegevens bevatten;
- e. dwingend advies van de functionaris voor de gegevensbescherming (hierna: "**FG**") van de Gemeente;
- f. mails van de FG van het RAZU, de heer J. Ponjee (4 stuks);
- g. interviews met de archiefinspecteur, informatiemanager, FG en directeur-archivaris van het RAZU en de privacy officer, de FG en de gemeentesecretaris-algemeen directeur van de Gemeente;
- h. de gemeenschappelijke regeling tussen het RAZU en de Gemeente (hierna: de "**GR**");
- i. bezoekersreglement RAZU.

3.2 Samenvatting feiten en omstandigheden

3.2.1 Samengevat blijken hieruit de volgende feiten en omstandigheden.

- 3.2.2 Het RAZU is tot stand gekomen op grond van een instellingsbesluit van de colleges van burgemeester en wethouders van de gemeenten Bunnik, Houten, Rhenen, Utrechtse Heuvelrug, Vijfheerenlanden en de Gemeente. Deze gemeenten vormen conform de GR het bestuur van het RAZU. De Gemeente heeft geen meerderheidsstem bij besluiten. Op grond van artikel 5 van de GR heeft het RAZU tot taak:
- a. de zorg voor en het beheer van de in de archiefbewaarpplaats berustende archiefbescheiden van de deelnemende gemeenten, zoals nader omschreven in de Archiefwet 1995;
 - b. het toezicht op het beheer van de archiefbescheiden van de deelnemende gemeenten voor zover deze niet zijn overgebracht;
 - c. het stimuleren van de lokale en regionale geschiedbeoefening en het daartoe aanleggen, beheren en bewaren van een zo compleet mogelijke collectie bronnen op het gebied van de lokale en regionale geschiedenis.
- 3.2.3 In de praktijk bepaalt de Gemeente, conform de Archiefwet, bij overdracht van de archiefbescheiden welke archiefbescheiden aan de openbaarheid beperkt moeten worden. De Archiefinspecteur van het RAZU geeft hierover advies aan de Gemeente. Na overdracht bepaalt het RAZU in de praktijk, als bewaarder van de archiefbescheiden en binnen de kaders van de Archiefwet, op grond van de door haar vastgestelde procedures en protocollen hoe de archiefbescheiden worden bewaard en wie de stukken wanneer en op welke wijze mag inzien. Het RAZU stelt ook zelf na overdracht, indien zij dat noodzakelijk acht om aan de Archiefwet te voldoen, beperkingen aan de openbaarheid. Zo heeft het RAZU zelfstandig besloten de openbaarheid te beperken van het stuk over de Pax Christi-beweging op grond van de dossieromschrijving die deed vermoeden dat het stuk bijzondere persoonsgegevens bevatte (zie paragraaf 3.2.7).
- 3.2.4 De Onderzoeker is jarenlang vrijwilliger geweest bij het RAZU. Gedurende deze tijd heeft de Onderzoeker ook eigen onderzoek gedaan. De Onderzoeker heeft hierbij steeds toegang gekregen tot openbare stukken. Hiervoor is de Onderzoeker steeds akkoord gegaan met de huisregels en het bezoekersreglement van het RAZU, net als elke andere onderzoeker. Daarnaast heeft de Onderzoeker ook als vrijwilliger taken verricht voor het RAZU en mocht de vrijwilliger gratis kopiëren. In het bezoekersreglement van het RAZU staat dat het reproduceren van openbare archiefbescheiden is toegestaan (hetgeen ook verplicht is op grond van de Archiefwet), tenzij de materiële staat van het stuk zich daartegen verzet en/of er wettelijke beletsel zijn, zulks ter beoordeling van de studiezaalmedewerker. Voorts mogen persoonsgegevens in de stukken op grond van het bezoekersreglement alleen gebruikt worden voor wetenschappelijk of historisch onderzoek (inclusief genealogisch onderzoek) of statistische doeleinden.
- 3.2.5 De Onderzoeker had dozen met alle kopieën van zijn onderzoek staan bij het RAZU. Echter, toen het RAZU in maart 2020 sloot wegens corona, heeft de Onderzoeker de kopieën mee naar huis genomen. Mondeling is afgesproken dat de Onderzoeker de bescheiden later weer terug zou brengen, zodat het RAZU dit kon bewaren of vernietigen voor de Onderzoeker. In verband met persoonlijke omstandigheden heeft de Onderzoeker een kennis gevraagd om de bescheiden op te halen en bij het oud papier te zetten.
- 3.2.6 In totaal zijn op zondag 27 september 69 dozen in een container op het sportpark aangetroffen. 61 dozen zijn nu in bezit van het RAZU waarvan er 3 zijn teruggehaald bij mensen die ze hadden meegenomen. Eén persoon heeft aangegeven de inhoud van een doos te hebben vernietigd.

Dat betekent dat er nog 7 dozen zoek zijn. Deze schijnen bij 3 personen te staan. Twee van deze personen willen de dozen niet teruggeven. Eén persoon heeft aangegeven nog een doos terug te brengen.

- 3.2.7 De Onderzoeker heeft geen toegang gekregen tot archiefbescheiden waarbij (tijdelijk) beperkingen gesteld zijn aan de openbaarheid. Echter, na inwerkingtreding van de AVG en nadat de Onderzoeker het stuk heeft ingezien, is er in ieder geval één dossier alsnog aan de openbaarheid beperkt. Dit gaat om een document uit 1971 betreffende de communicatie tussen de politie en de Pax Christi-beweging, waarbij de Pax Christi-beweging een aantal Berlijnse kinderen heeft uitgenodigd om vakantie te komen vieren in Nederland. Vijf gezinnen hebben zich opgegeven om een kind tijdelijk op te vangen. Pax Christi vraagt het hoofd van de plaatselijke politie of deze gezinnen wel geschikt zijn. In het dossier zijn van deze vijf families de namen van de man en vrouw des huizes, de adressen en de namen en geboortedata van de kinderen vastgelegd. Door de politie worden alle gezinnen als geschikt beoordeeld. Niet duidelijk wordt, of de gezinnen allemaal van christelijke gezindte zijn, al is dat wel aannemelijk. Het is mogelijk dat in de 7 dozen die niet zijn onderzocht kopieën van archiefbescheiden zitten die ook na verstrekking aan de Onderzoeker nog beperkt zijn aan de openbaarheid.

4 JURIDISCH KADER

4.1 Verwerker en verwerkingsverantwoordelijke

- 4.1.1 Onder artikel 4, lid 7, AVG is het begrip verwerkingsverantwoordelijke als volgt gedefinieerd:

“een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt.”

- 4.1.2 Onder artikel 4, lid 8, AVG is het begrip verwerker als volgt gedefinieerd:

“een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt.”

- 4.1.3 Volgens de Memorie van toelichting bij de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: **Wbp**)¹ is een belangrijk onderscheid tussen de verwerkingsverantwoordelijke en verwerker dat bij een verwerker de dienstverlening betrekking heeft op het verwerken van persoonsgegevens als zodanig terwijl bij een verwerkingsverantwoordelijke de gegevensverwerking een uitvloeisel is van de dienstverlening.²

- 4.1.4 De European Data Protection Board (hierna: **EDPB**) heeft in een opinie aangegeven dat de belangrijkste feitelijke omstandigheid voor de beoordeling of een organisatie als verwerkingsverantwoordelijke kwalificeert, is wie de persoon is die in de positie is om de doeleinden van de verwerking te bepalen. Indien het duidelijk is wie in de positie is om dit te

¹ Deze begrippen komen nagenoeg overeen met de begrippen die onder de voorganger van de AVG, de Wbp werden gehanteerd. Uit de wetshistorie van de AVG blijkt ook niet dat de wetgever de definities van verwerkingsverantwoordelijke en verwerker heeft willen wijzigen. De Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: “AP”) en de Nederlandse wetgever hebben voorts gekozen voor een beleidsneutrale invoering van de AVG. Dat wil zeggen dat het bestaande recht met betrekking tot de verschillende bepalingen onder de Wbp zoveel mogelijk wordt gehandhaafd, tenzij dit niet mogelijk is in verband met de AVG. De wetshistorie bij de Wbp, jurisprudentie onder de Wbp en de opinies die de gezamenlijke Europese toezichthouders (destijds: “Artikel 29-werkgroep”, nu: European Data Protection Board (hierna: “EDPB”)) en de AP onder de Wbp hebben uitgebracht zijn daarom nog steeds relevant voor de beoordeling of een organisatie als verwerkingsverantwoordelijke of verwerker kwalificeert.

² Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 62. 1.1.1.

bepalen en voor wiens doeleinden gegevens worden verwerkt, zullen andere factoren niet langer relevant zijn.³ Bij de beoordeling wie het doel van de gegevensverwerking vaststelt is van belang wie de gegevensverwerking geïnitieerd heeft en wie vaststelt onder welke voorwaarden de gegevens verwerkt mogen worden.⁴

- 4.1.5 Voorts is de verwerkingsverantwoordelijke de (rechts)persoon die de wezenlijke aspecten van de middelen van de verwerking vaststelt. Bij de beantwoording van de vraag of een persoon de middelen van de verwerking bepaalt, slaat het begrip “middelen” niet alleen op “de technische wijzen” waarop persoonsgegevens worden verwerkt, maar ook op het “hoe” van de verwerking, waartoe ook vragen behoren als “Welke gegevens moeten worden verwerkt?”, “Welke derden moeten toegang tot deze gegevens hebben?”, “Wanneer moeten gegevens worden gewist?”.⁵
- 4.1.6 De AP heeft een aantal praktische indicaties van verantwoordelijkheid van een partij gegeven in één van haar onderzoeken:⁶
- i. het bepalen van de doeleinden voor de gegevensverwerking;
 - ii. het bepalen van de middelen die aangewend worden voor de verwerking;
 - iii. het bepalen van welke gegevens worden verwerkt;
 - iv. het bepalen van de bewaartermijnen;
 - v. zeggenschap over de toegang tot de gegevens;
 - vi. zeggenschap over de informatie die wordt verstrekt aan de betrokkene;
 - vii. zeggenschap over het verstrekken van gegevens aan derden en/of naar partijen in landen buiten de EU;
 - viii. de contractuele afspraken over gegevensverwerking tussen partijen.
- 4.1.7 Hierbij geldt dat contractuele afspraken en andere formeel-juridische bronnen niet allesbepalend zijn. Partijen kunnen niet (contractueel) van de praktijk afwijkende afspraken over wie verantwoordelijke is en wie verwerker. Uit afspraken tussen partijen kan wel worden afgeleid hoe de verantwoordelijkheden voor gegevensverwerking zijn verdeeld over de partijen.⁷

4.2 Gezamenlijke verantwoordelijkheid

- 4.2.1 Op grond van artikel 26, lid 1, AVG is er sprake van gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid wanneer er twee of meer verwerkingsverantwoordelijken gezamenlijk de doeleinden en middelen van de verwerking bepalen.
- 4.2.2 Uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: “HvJ”) blijkt dat het begrip (verwerkings)verantwoordelijke ruim dient te worden uitgelegd, om een doeltreffende

³ Artikel 29-werkgroep, *Advies 1/2010 over de begrippen “voor de verwerking verantwoordelijke” en “verwerker”*, Wp 169, 16 februari 2010, p. 14, 15. EDPB, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, adopted on 2 September 2020, p. 11.

⁴ Artikel 29-werkgroep, *Advies 1/2010 over de begrippen “voor de verwerking verantwoordelijke” en “verwerker”*, Wp 169, 16 februari 2010, p. 15 en 16. EDPB, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, adopted on 2 September 2020, p. 11.

⁵ Artikel 29-werkgroep, *Advies 1/2010 over de begrippen “voor de verwerking verantwoordelijke” en “verwerker”*, Wp 169, 16 februari 2010, p.16.

⁶ College bescherming persoonsgegevens, *Wifi-tracking van mobiele apparaten in en rond winkels door Bluetrace*, z2014-00944, 13 oktober 2015, p. 36.

⁷ Artikel 29-werkgroep, *Advies 1/2010 over de begrippen “voor de verwerking verantwoordelijke” en “verwerker”*, Wp 169, 16 februari 2010, p. 10, 11.

en volledige bescherming van de betrokkenen te verzekeren.⁸ Voorts heeft het HvJ bepaald in vaste jurisprudentie dat toegang tot de persoonsgegevens geen voorwaarde is voor de kwalificatie van gezamenlijke (verwerkings)verantwoordelijkheid.⁹

- 4.2.3 Drie arresten van het HvJ gaan over de uitleg en de reikwijdte van het begrip 'gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid'.¹⁰ Zonder deze arresten uitvoerig te bespreken, blijkt uit deze arresten dat het van belang is voor de bepaling van gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid of een partij bijdraagt aan het vaststellen van het doel en de middelen van de verwerking van de andere partij. Dit kan bijvoorbeeld al het geval zijn, kort gezegd, als:
- a. de ene partij criteria stelt aan de hand waarvan bepaalde gegevens worden verwerkt door de andere partij;¹¹
 - b. een gemeenschap activiteiten van haar leden organiseert, coördineert en aanmoedigt (de vereniging is dan met de leden verwerkingsverantwoordelijke);¹²
 - c. door het integreren van een knop waarbij beide partijen een economisch belang hebben (website kan zichtbaarheid vergroten en andere partij kan advertentiesysteem uitbreiden).¹³
- 4.2.4 Het HvJ heeft steeds aangegeven dat gezamenlijke verantwoordelijkheid niet per se gelijke verantwoordelijkheid inhoudt, en dat de (verwerkings)verantwoordelijken in verschillende mate verantwoordelijk kunnen zijn, afhankelijk van de specifieke omstandigheden.¹⁴
- 4.2.5 Het HvJ geeft voorts als nuancering aan dat de verantwoordelijkheid van een medeverantwoordelijke (onverminderd eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid onder de wet) beperkt is tot de gegevensverwerking waarin hij betrokken is. Volgens het HvJ volgt uit de definitie van de verwerking van persoonsgegevens dat deze kan bestaan uit een of meerdere bewerkingen, die elk betrekking hebben op een van de verschillende fasen waarin een verwerking van persoonsgegevens kan plaatsvinden.¹⁵ Waar sprake is van een keten van verwerkingen per schakel in de keten, wordt vastgesteld of sprake is van gezamenlijke verantwoordelijkheid.

"Daarentegen kan die natuurlijke of rechtspersoon, onverminderd een eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid waarin het nationale recht in dit verband voorziet, niet worden geacht in de zin van die bepaling verantwoordelijk te zijn voor bewerkingen die vroeger of later in de verwerkingsketen plaatsvinden en waarvan respectievelijk waarvoor hij niet het doel en de middelen vaststelt (...)

Gelet op deze informatie moet worden geconstateerd dat de bewerkingen die verband houden met de verwerking van persoonsgegevens en waarvan respectievelijk waarvoor Fashion ID samen met Facebook Ireland het doel en de middelen kan vaststellen, met het oog op de definitie die in artikel 2,

⁸ Costeja González t. Google Spain en Google, HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, par. 34.

⁹ HvJ EU, 10 juli 2018, C-25/17 (*Jehovan todistajat*) r.o. 68, 69.

¹⁰ HvJ EU, 5 juni 2018, C-210/16, r.o. 38 en 43 (Wirtschaftsakademie). HvJ EU, 10 juli 2018, C-25/17 (*Jehovan todistajat*) en HvJ EU, 29 juli 2019, C-40/17 (*Fashion ID*).

¹¹ HvJ EU, 5 juni 2018, C-210/16, r.o. 38 en 43 (Wirtschaftsakademie).

¹² HvJ EU, 10 juli 2018, C-25/17 (*Jehovan todistajat*).

¹³ HvJ EU, 29 juli 2019, C-40/17 (*Fashion ID*).

¹⁴ HvJ EU, 5 juni 2018, C-210/16, r.o. 38 en 43 (Wirtschaftsakademie).

¹⁵ HvJ EU, 29 juli 2019, C-40/17 (*Fashion ID*), r.o. 72.

onder b), van richtlijn 95/46 wordt gegeven van het begrip „verwerking van persoonsgegevens”, bestaan in het verzamelen en door middel van doorzending verstrekken van persoonsgegevens van de bezoekers van de Fashion ID-internetsite. Daarentegen lijkt het gelet op diezelfde informatie op het eerste gezicht uitgesloten dat Fashion ID het doel en de middelen van respectievelijk voor bewerkingen vaststelt die verband houden met de verwerking van persoonsgegevens en die door Facebook Ireland worden uitgevoerd op een later tijdstip, nadat haar de betreffende gegevens zijn doorgezonden, zodat Fashion ID niet kan worden geacht voor die bewerkingen verantwoordelijk te zijn in de zin van artikel 2, onder d).”¹⁶

4.2.6 Hieruit volgt dat er dus geen gezamenlijke verantwoordelijkheid is voor gegevensverwerkingen door de ene verantwoordelijke buiten controle en medeweten van de andere verantwoordelijke. Zo was Fashion ID slechts gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijke voor de verzameling en doorgifte van de gegevens middels de "Vind-ik-leuk" knop en niet voor de verdere verwerking door Facebook.

4.2.7 Echter, de reikwijdte van de gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen zal verder nog moeten blijken uit de jurisprudentie van de komende jaren. Recentelijk heeft de EDPB een nieuwe richtlijn ter consultatie voorgelegd. Hierin geeft de EDPB aan de hand van verschillende voorbeelden aan in hoeverre er wel of geen gezamenlijke verantwoordelijkheid is.¹⁷

4.3 Wanneer is er sprake van een datalek

4.3.1 Onder artikel 4, lid 12, AVG is een datalek als volgt gedefinieerd:

"een inbreuk op de beveiliging die per ongeluk of op onrechtmatige wijze leidt tot de vernietiging, het verlies, de wijziging of de ongeoorloofde verstrekking van of de ongeoorloofde toegang tot doorgezonden, opgeslagen of anderszins verwerkte gegevens"

4.3.2 Met de "vernietiging" van persoonsgegevens wordt bedoeld dat de gegevens niet langer bestaan, of niet meer bestaan in een vorm die nuttig is voor de controleur.¹⁸ Het "verlies" van persoonsgegevens, houdt in dat de gegevens nog kunnen bestaan, maar dat de verantwoordelijke voor de verwerking de controle of toegang is verloren, of niet meer in zijn bezit zijn.¹⁹ Ten slotte omvat ongeoorloofde verstrekking of ongeoorloofde toegang tot de openbaarmaking van persoonsgegevens (of er toegang toe te krijgen) door ontvangers die niet geautoriseerd zijn om de data te ontvangen (of toegang toe te krijgen) of enige andere vorm van verwerking die in strijd is met de AVG.²⁰

4.3.3 Van belang is dat artikel 4 lid 12 AVG alleen van toepassing is wanneer er sprake is van een inbreuk op de persoonsgegevens. Het gevolg van een dergelijke inbreuk is dat de verwerkingsverantwoordelijke niet in staat zal zijn om de beginselen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 5 AVG na te leven. Dit benadrukt het

¹⁶ HvJ EU, 29 juli 2019, nr. C-40/17 (Fashion ID) r.o 74-76.

¹⁷ EDPB, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, adopted on 2 September 2020, p. 3 en 16-18.

¹⁸ Article 29 Working Party, Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679, 3 October 2017 as last Revised and Adopted on 6 February 2018, p.7.

¹⁹ Artikel 29-werkgroep, Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679, 3 October 2017, aangepast op 6 februari 2018, p.7.

²⁰ Artikel 29-werkgroep, Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679, 3 October 2017, aangepast op 6 februari 2018, p.7.

verschil tussen een beveiligingsincident en een datalek. Alle datalekken zijn veiligheidsincidenten, niet alle beveiligingsincidenten zijn noodzakelijkerwijs een datalek.²¹

4.3.4 De AP en de Artikel 29-werkgroep stellen dat er drie categorieën datalekken zijn te onderscheiden:

- i. een inbreuk op de vertrouwelijkheid: wanneer er sprake is van een onbevoegde of onopzettelijke openbaring van, of toegang tot, persoonsgegevens;
- ii. inbreuk op de integriteit: wanneer er sprake is van een onbevoegde of onopzettelijke wijziging van persoonsgegevens;
- iii. inbreuk op de beschikbaarheid: wanneer er sprake is van een onbevoegd of onopzettelijk verlies van toegang tot, of vernietiging van, persoonsgegevens.²²

4.3.5 Een datalek kan echter onder meer dan een van de bovenstaande opties vallen.

5 ANALYSE

5.1 Inleiding

5.1.1 Hieronder is eerst beoordeeld wie de verwerkingsverantwoordelijke is voor de plaatsing van de kopieën van archiefbescheiden, en daarmee persoonsgegevens, bij de papiercontainer. Vervolgens is beoordeeld of er sprake is van een datalek en zo ja, in hoeverre het datalek gemeld moet worden aan de AP en/of betrokkenen.²³

5.2 Wie is in casu de verwerkingsverantwoordelijke

5.2.1 Een datalek moet gemeld worden aan de AP en/of betrokkene op grond van artikel 33 en 34 AVG door de verwerkingsverantwoordelijke. Alvorens in te gaan op de vraag of er sprake is van een datalek, is het van belang om na te gaan wie in dit geval verwerkingsverantwoordelijke was. Was dit de Gemeente, het RAZU en/of de Onderzoeker?

5.2.2 De Archiefwet is in beginsel van toepassing op de Gemeente, welke als zorgdrager op grond van de Archiefwet verplicht is bepaalde archiefbescheiden te bewaren. De Gemeente is daarmee in beginsel verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot de bewaring, openbaring en beperkingen op de openbaarheid van persoonsgegevens die in de archiefbescheiden staan.

5.2.3 De Gemeente heeft haar zorg en taken met betrekking tot de archiefbescheiden die in de archiefbewaarplaats dienen te worden bewaard conform de Archiefwet overgedragen aan het RAZU onder de GR. Het RAZU bepaalt zelf op welke wijze de archiefbescheiden worden bewaard na overdracht en, na overdracht, bepaalt het RAZU – binnen de kaders van de Archiefwet - ook zelf welke persoonsgegevens aan de openbaarheid worden beperkt. Het RAZU heeft onder de GR de zeggenschap over de persoonsgegevens gekregen, doordat haar taak ook ziet op de zorg van de uitvoering van de Archiefwet. De instructie aan het RAZU onder de GR ziet niet op de verwerking van persoonsgegevens: de verwerking van

²¹ Artikel 29-werkgroep, *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*, 3 October 2017, aangepast op 6 februari 2018, p.7.

²² Artikel 29-werkgroep, *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*, 3 October 2017, aangepast op 6 februari 2018, p.7. Zie ook; Autoriteit Persoonsgegevens, *Algemene vragen over datalekken en de meldplicht*: [link](#)

²³ In deze notitie is niet beoordeeld of de AVG van toepassing is op de betreffende verwerking. Het is namelijk de vraag of het incident) überhaupt kwalificeert als geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking, of een verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen, in de zin van artikel 2 AVG, omdat dit geen invloed heeft op de uitkomst van de analyse.

persoonsgegevens is een uitvloeisel van de dienstverlening die onder de GR aan het RAZU is toebedeeld. Het bovenstaande maakt dat het RAZU verwerkingsverantwoordelijke is met betrekking tot de persoonsgegevens die zij verwerkt onder de GR. Het feit dat de Gemeente onderdeel is van het bestuur van het RAZU doet hier niet aan af. De Gemeente heeft geen beslissende zeggenschap in het bestuur en de besluiten van het bestuur kwalificeren gezamenlijk als besluiten van het RAZU, niet als een instructie van de Gemeente aan het RAZU.

- 5.2.4 De Onderzoeker verzamelde voor eigen doeleinden (zijn onderzoek) archiefbescheiden. Dit onderzoek voerde de Onderzoeker niet uit op instructie of onder gezag van de Gemeente en/of het RAZU. Alle kopieën die de Onderzoeker heeft gemaakt of verkregen van het RAZU en heeft meegenomen naar huis zijn gemaakt voor eigen doeleinden. Uit de feiten en assumpties, zoals opgenomen in paragraaf 2, blijkt niet dat het RAZU hier opdracht toe heeft gegeven of dat het RAZU op andere wijze betrokken was bij het onderzoek door de Onderzoeker. Dat de Onderzoeker daarnaast ook vrijwilliger was bij het RAZU is dan ook niet relevant. De Onderzoeker verwerkte de persoonsgegevens niet onder gezag van het RAZU en bepaalde zelf het doel en de middelen van de verwerking van persoonsgegevens. Om die reden kwalificeert de Onderzoeker als verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot de persoonsgegevens die hij verkreeg.
- 5.2.5 Een kennis van de Onderzoeker heeft de archiefbescheiden bij de papiercontainer gelegd op instructie van de Onderzoeker. Nog los van de kwalificatie van deze kennis, is het de vraag of het RAZU en/of de Gemeente (gezamenlijke) verwerkingsverantwoordelijke(n) waren met betrekking tot deze actie van de kennis van de Onderzoeker en/of met betrekking tot de instructie van de Onderzoeker. Daarvoor is het de vraag in hoeverre de Gemeente en/of het RAZU bijdroegen aan de vaststelling van het doel en de middelen van de verwerking door de Onderzoeker.
- 5.2.6 Zoals beschreven in paragraaf 4.2.5 en verder heeft het HvJ aangegeven dat de verwerking van persoonsgegevens kan bestaan uit meerdere bewerkingen, die elk betrekking hebben op een van de verschillende fasen waarin een verwerking van persoonsgegevens kan plaatsvinden en dat er per schakel in de keten dient te worden vastgesteld of sprake is van gezamenlijke verantwoordelijkheid. In casu is het de vraag in hoeverre het RAZU en/of de Gemeente invloed uitoefenden op de verdere verwerking door de Onderzoeker. Uit het bezoekersreglement, GR en/of de Archiefwet blijkt niet dat de Gemeente en/of het RAZU enige invloed uitoefenden of zouden moeten uitoefenen op de verdere verwerking door bezoekers, en dan met name deze specifieke Onderzoeker. In dit geval heeft het RAZU wel bijgedragen aan welke persoonsgegevens werden gekopieerd en meegenomen door de Onderzoeker. Echter, zowel de Gemeente als het RAZU hebben op de verdere verwerking van de persoonsgegevens door de Onderzoeker geen invloed gehad. RAZU heeft het wel toegestaan om kopieën van de archiefbescheiden te maken en mee te nemen, maar RAZU heeft dit slechts gedaan ter naleving van de Archiefwet. Er is geen sprake van een instructie geweest om kopieën te maken. RAZU had ook geen belang bij het maken van de kopieën of het verstrekken van de kopieën aan de Onderzoeker. Om die reden kan dus ook niet worden aangenomen dat de verwerking is georganiseerd, gecoördineerd en/of aangemoedigd door (de Gemeente of) het RAZU. Het feit dat het RAZU het toestond dat de kopieën gratis werden gemaakt doet hier niet aan af. Ook hebben de Gemeente en/of het RAZU geen criteria gesteld aan de hand waarvan bepaalde gegevens werden verwerkt door de Onderzoeker of (economische) belangen gehad bij de verdere verwerking van de persoonsgegevens door de Onderzoeker. In lijn met het Fashion ID arrest van het HvJ kan worden gesteld dat na het verstrekken van de

toegang tot en/of kopieën van de archiefbescheiden, de Gemeente en het RAZU het doel en middelen van de bewerkingen door de Onderzoeker niet meer vaststelden.²⁴ Het feit dat mondeling is afgesproken met de Onderzoeker dat de bescheiden later zouden worden teruggebracht draagt hieraan bij. Het RAZU heeft niet bijgedragen aan deze wijze van vernietiging en heeft juist voorgesteld dit voor de Onderzoeker te doen. De betreffende gegevensverwerking vond daarmee buiten controle en medeweten van de Gemeente en/of het RAZU plaats.

- 5.2.7 Om bovenstaande redenen kan worden geconcludeerd dat de Gemeente en/of het RAZU geen (gezamenlijke) verwerkingsverantwoordelijke zijn voor de plaatsing van de kopieën van archiefbescheiden in/bij de container. Dit staat overigens los van de eventuele (secundaire) aansprakelijkheid voor deze gebeurtenis van de Gemeente en/of het RAZU op grond van het Bw en de AVG (zie in dat kader ook onze aanbevelingen in paragraaf 6.1).²⁵ Voor zover de plaatsing van de kopieën van archiefbescheiden in/bij de container al als datalek dient te worden gekwalificeerd, hoeft deze niet te worden gemeld door de Gemeente en/of het RAZU.
- 5.2.8 Een andere conclusie zou ook vergaande gevolgen hebben voor de verantwoordelijkheid van de Gemeente en het RAZU, maar ook voor verwerkingsverantwoordelijken in het algemeen. Dit zou namelijk betekenen dat zij oneindig voor elk persoonsgegeven dat zij aan een betrokkene meegeven tot de vernietiging daarvan verwerkingsverantwoordelijke zouden blijven, zonder dat zij feitelijk controle hebben. Dit is niet alleen onwenselijk, maar ook in de praktijk niet werkbaar. Het HvJ heeft dit ook erkend (zie paragraaf 4.2.5).
- 5.2.9 De Gemeente en het RAZU zijn wel verwerkingsverantwoordelijken met betrekking tot de verstrekking van de persoonsgegevens aan de Onderzoeker. Het RAZU is primair verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot het geven van inzage in persoonsgegevens aan onder meer de Onderzoeker. Echter, de Gemeente heeft ook invloed op wie welke persoonsgegevens in mag zien op grond van de Archiefwet en in de praktijk, doordat de Gemeente bij overdracht van de archiefbescheiden bepaalt of er beperkingen aan de openbaarheid dienen te worden gesteld. De Gemeente en het RAZU bepalen daarmee gezamenlijk wie inzage heeft in de persoonsgegevens en kwalificeren om die reden als gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot dat onderdeel van de verwerking van de persoonsgegevens.

5.3 Datalek

- 5.3.1 Zoals beschreven in paragraaf 4.3 dient er bij de kwalificatie van een gebeurtenis als een datalek ten eerste sprake te zijn van een inbreuk op de beveiliging van persoonsgegevens. Vervolgens moet worden gekeken of die inbreuk op de beveiliging kan leiden tot (i) de vernietiging, (ii) het verlies, (iii) de wijziging of (iv) de ongeoorloofde verstrekking van of (v) de ongeoorloofde toegang tot doorgezonden, opgeslagen of anderszins verwerkte gegevens. In casu is daarom beoordeeld of er sprake is van (i) een inbreuk op de beveiliging, en zo ja, (ii) of deze inbreuk (per ongeluk of opzettelijk) heeft geleid tot ongeoorloofde toegang tot of verstrekking van persoonsgegevens.²⁶

²⁴ HvJ EU, 29 juli 2019, nr. C-40/17 (Fashion ID) r.o 74-76..

²⁵ HvJ EU, 29 juli 2019, nr. C-40/17 (Fashion ID) r.o 75 en 76.

²⁶ Daarbij dient opgemerkt te worden dat de verstrekking/toegang deels voor inwerkingtreding van de AVG plaatsvond en het discutabel is in hoeverre een datalek dat plaatsvond voor de AVG gemeld moet worden aan de AP en/of betrokkenen op grond van artikel 33 en 34 AVG. Echter, voor beantwoording van de rechtsvraag is dit verder niet van belang en niet nader uitgewerkt.

- 5.3.2 Om te beoordelen of de plaatsing van de archiefbescheiden bij de papiercontainer kwalificeert als een datalek, dient er worden beoordeeld of er sprake is van een inbreuk op de beveiliging. Hiervoor moet worden beoordeeld welke passende beveiligingsmaatregelen de Onderzoeker op grond van artikel 32 AVG had moeten treffen. Voor de beoordeling hiervan moet rekening worden gehouden met de stand van de techniek, de uitvoeringskosten, alsook met de aard, de omvang, de context en de verwerkingsdoeleinden en de qua waarschijnlijkheid en ernst uiteenlopende risico's voor de rechten en vrijheden van personen. Het is aan de verwerkingsverantwoordelijke, in casu de Onderzoeker, om deze beoordeling te maken. Om te beoordelen of de Onderzoeker deze beoordeling juist heeft gemaakt dient nader onderzoek te worden uitgevoerd, onder meer door een expert op het gebied van beveiliging (van archiefstukken). Echter, voorshands is het aannemelijk dat er geen passende beveiligingsmaatregelen zijn getroffen voor de vernietiging, gezien de Onderzoeker de mogelijkheid had om de bescheiden naar RAZU te brengen en deze – op een beveiligde wijze – door RAZU te laten vernietigen. Deze keuze was net zo eenvoudig, zo niet eenvoudiger, geweest en had minder risico's betroffen voor de rechten en vrijheden van betrokkenen. Er kan ook worden gesteld dat de Onderzoeker het bezoekersreglement van RAZU schond door deze handeling te verrichten. Er kan namelijk worden gesteld dat de Onderzoeker hierdoor in strijd met het reglement de persoonlijke levenssfeer van deze personen onevenredig heeft geschaad. Om die reden is het aannemelijk dat er sprake is van een inbreuk op de beveiliging. Deze inbreuk leidde tot ongeoorloofde verstrekking aan of toegang door ontvangers, omdat ook personen die de gegevens niet voor wetenschappelijk of historisch onderzoek (inclusief genealogisch onderzoek) of statistische doeleinden gebruiken toegang kregen tot de gegevens. Om die reden het aannemelijk dat de plaatsing van de archiefbescheiden bij de papiercontainer kwalificeert als een datalek. Echter, deze hoeft niet gemeld te worden door de Gemeente en/of het RAZU, omdat zij niet als verwerkingsverantwoordelijke(n) kwalificeren.
- 5.3.3
- 5.3.4 Voor de volledigheid van deze notitie is voorts beoordeeld of de verstrekking van de kopieën aan de Onderzoeker nog als datalek kwalificeert. De Onderzoeker was op grond van het bezoekersreglement en de Archiefwet toegestaan om kopieën te maken van de (openbare) archiefbescheiden en de persoonsgegevens te gebruiken voor wetenschappelijk of historisch onderzoek (inclusief genealogisch onderzoek) of statistische doeleinden. De Gemeente en het RAZU hebben de stukken die aan de Onderzoeker zijn gegeven niet beperkt in de openbaarheid en daarmee mocht inzage worden gegeven in de persoonsgegevens en toegestaan dat er kopieën werden gemaakt. Er is geen sprake van een beveiligingsincident. Er is daarmee geen onopzettelijke of onbevoegde handeling verricht, waardoor de beveiliging van persoonsgegevens is verbroken. De toegang is bewust, in overeenstemming met de Archiefwet, en geautoriseerd gegeven. De persoonsgegevens kunnen hooguit onrechtmatig zijn verstrekt, omdat persoonsgegevens beperkt hadden moeten worden aan de openbaarheid. Doordat er geen sprake is van een inbreuk op de beveiliging, is er ook geen sprake van een datalek en hoeft dit datalek ook niet te worden gemeld door de Gemeente en/of het RAZU. Een nadere analyse van de vraag of de persoonsgegevens onrechtmatig op grond van de AVG zijn verstrekt aan de Onderzoeker is om die reden verder niet relevant voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een datalek. Echter, dit is wel van belang voor de nadere bedrijfsvoering van de Gemeente en het RAZU.
- 5.3.5 Het feit dat in elk geval de openbaarheid van één stuk wel is beperkt aan de openbaarheid nadat er al inzage was gegeven aan de Onderzoeker doet niet aan het bovenstaande af: de

stukken waren openbaar op het moment dat inzage werd gegeven aan de Onderzoeker, waardoor er geen inbreuk is gemaakt op de beveiliging.

6 AANBEVELINGEN

- 6.1 Zoals in paragraaf 5 beschreven hoeven zowel het RAZU als de Gemeente de plaatsing van de archiefbescheiden door de (kennis van de) Onderzoeker bij de papiercontainer niet te melden bij de AP en/of betrokkenen. Echter, het voorgaande ziet slechts op de vraag of er sprake is van een datalek. De vaststelling dat er geen sprake is van een datalek betekent niet dat de Gemeente en het RAZU niet (secundair) aansprakelijk zijn – bijvoorbeeld in het kader van de onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 Bw - voor dit incident en ook niet dat de Gemeente en het RAZU in overeenstemming met de Archiefwet en de AVG hebben gehandeld.
- 6.2 Er zijn geen bijzondere categorieën van persoonsgegevens en persoonsgegevens van strafrechtelijke aard aangetroffen tussen de archiefbescheiden. Echter, op grond van artikel 15 van de Archiefwet mogen er bij de overbrenging van archiefbescheiden beperkingen worden gesteld aan de openbaarheid door de Gemeente, na advies van het RAZU, voor een bepaalde termijn en met het oog op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. In hoeverre dit noodzakelijk is wordt nader ingevuld door de AVG. Zo dient er op grond van artikel 6 een rechtmatige grondslag te zijn voor openbaarmaking - deze grondslag kan worden gevonden in artikel 6 lid 1 sub c (wettelijke taak) of e (publiekrechtelijke taak) van de gemeente of RAZU - en dient de openbaarmaking van persoonsgegevens op grond van artikel 5 AVG beperkt te worden tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt (in casu geopenbaard). De Archiefwet en de AVG zijn op dat vlak ook niet tegenstrijdig: ze vullen elkaar aan. Het verdient om die reden aanbeveling om de rechtmatigheid van de openbaarheid van de archiefbescheiden nader te onderzoeken en beleid op te stellen ten aanzien van het stellen van beperkingen aan de openbaarheid van archiefbescheiden en de reproductie daarvan door onderzoekers. Voorts verdient het aanbeveling om de rolverdeling tussen het RAZU en de Gemeente nader vast te leggen in een onderlinge regeling, waardoor het duidelijk wordt voor welke verwerkingsactiviteiten partijen apart of gezamenlijk verwerkingsverantwoordelijke zijn. Daarin kan ook een procedure worden vastgelegd voor de afhandeling van eventuele toekomstige datalekken, waarbij wordt vastgelegd wie wanneer verantwoordelijk is en wie wanneer de AP en/of betrokkenen in kennis zal stellen van het datalek. Uit deze onderlinge regeling zullen ook specifieke maatregelen voortvloeien waarop de bedrijfsvoering aangepast dient te worden. Het is om die reden ook van belang dat de Gemeente in overleg treedt met de andere gemeenten die deelnemen in de GR, waarvoor dezelfde verplichtingen gelden, zodat er gezamenlijk kan worden opgetrokken. Deze en andere aanbevelingen met betrekking tot de privacy compliance van de Gemeente en RAZU zullen in een ander advies in een later stadium worden gegeven.
- 6.3 Met betrekking tot het onderhavige incident rust er geen verplichting op de Gemeente en/of het RAZU om het incident te melden aan de AP en/of betrokkenen. Desalniettemin zouden de Gemeente en het RAZU in gezamenlijkheid ervoor kunnen kiezen om de melding – onverplicht – af te handelen. Bij de AP is het incident al bekend, waardoor het doen van een vervolgmelding geen extra risico's oplevert, vooral als er ook gemeld wordt aan betrokkenen. Het incident heeft in de kranten gestaan en voor wat commotie onder betrokkenen gezorgd en om die reden ligt het informeren van betrokkenen over het incident wel voor de hand. Het is verdedigbaar dat het onevenredige inspanningen zou vergen om alle betrokkenen die in de archiefbescheiden zijn

opgenomen in kennis te stellen van het incident. Het ligt om die reden voor de hand om, in overeenstemming met artikel 34 AVG, een openbare mededeling op de website van de Gemeente en/of het RAZU te doen, of een soortgelijke maatregel te treffen, waarbij betrokkenen even doeltreffend worden geïnformeerd.

- 6.4 Er is al eerder een persbericht geplaatst over het incident door de Gemeente. Echter, hierin is niet de informatie opgenomen die de verwerkingsverantwoordelijke dient te geven aan de betrokkenen op grond van artikel 34, lid 2, AVG. Het verdient om die reden aanbeveling om in overeenstemming met artikel 34, lid 2 AVG de volgende informatie, in duidelijke en eenvoudige taal, te geven aan betrokkenen:
- a. een omschrijving van de aard van het datalek;
 - b. de naam en de contactgegevens van de FG of een ander contactpunt waar meer informatie kan worden verkregen;
 - c. de waarschijnlijke gevolgen van het datalek;
 - d. de maatregelen die de Gemeente en het RAZU (in plaats van de Onderzoeker) heeft voorgesteld of genomen om het datalek aan te pakken, waaronder, in voorkomend geval, de maatregelen ter beperking van de eventuele nadelige gevolgen daarvan.
