

eLaw Working Paper Series

No 202 /00 - ELAW- 202

De gouden regel voor persoonsgegevens
Custers, B.H.M.Ž



Universiteit
Leiden
eLaw

Discover the world at Leiden University

DE GULDEN REGEL VOOR PERSOONSGEGEVENS

Bart Custers*

Sinds de invoering van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)¹ in 2018 zijn bedrijven en overheden in rep en roer. Als zij niet zorgvuldig met persoonsgegevens omgaan, kan dit hen namelijk op hoge boetes van de toezichhouder komen te staan. De meeste spelregels in de AVG waren al veel langer van kracht via Europese richtlijnen en nationale wetgeving,² maar pas de afgelopen jaren beginnen organisaties zich af te vragen of ze wel voldoen aan de gestelde eisen. De huidige praktijk is echter dat niemand werkelijk weet wanneer écht aan de AVG-regels is voldaan. Dat heeft te maken met de complexiteit van de wetgeving en de open normen die erin worden gehanteerd. In deze bijdrage wordt voorgesteld de AVG in te vullen aan de hand van 'de gulden regel voor persoonsgegevens'. In feite kan deze vuistregel de AVG zelfs vervangen.

Het is opmerkelijk dat nog steeds niemand echt weet hoe de spelregels voor het eerlijk en zorgvuldig omgaan met persoonsgegevens in de praktijk moeten worden gebracht

Het is opmerkelijk dat nog steeds niemand echt weet hoe de spelregels voor het eerlijk en zorgvuldig omgaan met persoonsgegevens in de praktijk moeten worden gebracht. Deze regels werden al in 1980 door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO)³ opgesteld en in 1981 door de Raad van Europa in het Verdrag van Straatsburg⁴ gegoten. Het gaat dan om beginselen als doelbinding, adequate beveiliging, toestemming, transparantie, noodzakelijkheid en aansprakelijk-


heid. Dit zijn zeer algemene en open normen. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk wanneer de beveiliging van de gegevens adequaat is of wanneer transparantie voldoende is. Dat is voer voor veel juristen die nu discussiëren over interpretaties en daardoor is een florierende markt ontstaan voor adviesbureaus.

Wetgeving met open normen die vervolgens via beleidsregels en jurisprudentie verder moet worden ingevuld, is natuurlijk niets nieuws voor juristen. Maar wel vreemd is dat deze open normen in veertig jaar nauwelijks verder zijn uitgekristalliseerd. Een voorbeeld: een betrokkene heeft recht op inzage van zijn gegevens (art. 15 lid 1 en lid 3 AVG), tenzij bedrijfsbelangen zich hiertegen verzetten (art. 15 lid 4 AVG). Onduidelijk is of betrokkene met deze regel recht heeft op inzage in zijn kredietwaardigheidsscore. Een ander voorbeeld: een bedrijf mag zonder toestemming van betrokkene gegevens verwerken als sprake is van een gerechtvaardigd belang (art. 6 lid 1 sub f AVG). Onduidelijk is of het verwerken van klantgegevens voor het opstellen van een marktanalyse een gerechtvaardigd belang is. Het zijn eenvoudige vragen, maar er is geen eenduidig antwoord. Jurisprudentie en concrete richtlijnen ontbreken.

Daar komt bij dat de AVG vooral ziet op procedurele rechtvaardigheid: als gegevens netjes worden verwerkt, bijvoorbeeld door toestemming, transparantie en beveiliging goed te regelen, dan zal het wel oké zijn. Maar over materiële rechtvaardigheid is maar weinig terug te vinden in de tekst van de AVG. Er wordt niet duidelijk welke soorten gegevensverwerking en welke beslissingen niet acceptabel zijn. Nergens wordt gesproken over de schadelijke effecten die grootschalige gegevensverwerkingen kunnen opleveren voor burgers en waar een grens wordt getrokken – tot hier en niet verder. Daarmee kan worden gesteld dat de AVG niet de gewenste bescherming biedt: bedrijven kunnen uitstekend de wetgeving naleven, terwijl burgers tegelijkertijd

* Prof.dr.ir. B.H.M. Custers is hoogleraar Law & Data Science aan de Universiteit Leiden en directeur van eLaw, het centrum voor recht en digitale technologie.

- 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 (*PbEU* 2016, L 119/1).
- In de oude regeling was reeds sprake van allerlei rechten van betrokkenen (zoals recht op informatie, inzage en rectificatie) en plichten van degenen die gegevens verzamelen en verwerken (zoals zorgen voor adequate beveiliging en een meldplicht datalekken). Nieuw zijn bijvoorbeeld het recht op dataportabiliteit en het recht op vergetelheid en de verplichting tot *data protection by design* en het uitvoeren van *data protection impact assessments*.
- De OESO is een samenwerkingsverband van 38 landen om sociaal en economisch beleid te bespreken en te coördineren.
- Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (*Trb.* 1988, 7).

A square piece of white fabric with a blue floral border and a central oval containing Dutch text. The text is arranged in six lines, centered within the oval. The background of the entire image is a light-colored fabric with a subtle floral pattern in shades of brown and beige.

Behandel de
gegevens van
anderen zoals je
wilt dat ze
jouw gegevens
behandelen

grote nadelen kunnen ondervinden van bepaalde gegevensverwerkingen, zoals hogere prijzen voor producten of uitsluiting tot bepaalde diensten.⁵

De AVG biedt niet de gewenste bescherming: bedrijven kunnen uitstekend de wetgeving naleven, terwijl burgers tegelijkertijd grote nadelen kunnen ondervinden van bepaalde gegevensverwerkingen, zoals hogere prijzen voor producten of uitsluiting tot bepaalde diensten

Bovendien is de procedurele rechtvaardigheid op papier weliswaar goed geregeld, maar is zij in de praktijk niet goed uitgewerkt. Een concept als toestemming is bijvoorbeeld problematisch, want burgers worden overladen met toestemmingsverzoeken (bijvoorbeeld de algemene voorwaarden voor het gebruik van Google of allerlei cookie-verzoeken) en hebben helemaal geen tijd om alles te lezen. Als iemand daadwerkelijk alles zou lezen, zijn de technische en juridische teksten moeilijk te doorgronden en de consequenties van toestemming lastig te overzien. Doorgaans is het ook nog eens onmogelijk om je voorkeuren aan te kruisen: meestal is het een alles-of-niets-beslissing, waarbij je onderaan een lange lijst met voorwaarden een vinkje kunt zetten – iets wat vrijwel iedereen blindelings doet.

Het doel van de AVG is tweeledig: naast de bescherming van persoonsgegevens moet de AVG ook bijdragen aan vrij verkeer van gegevens binnen de Europese Unie (EU). Om mee te kunnen doen op het wereldtoneel heeft de Europese Commissie al in 2014 een strategie opgesteld voor een transitie van de Europese economie richting een datagedreven economie. Naast de vier klassieke vrijheden van de EU (vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal), moet er een vijfde vrijheid komen: vrij verkeer van gegevens. Dat moet een Digital Single Market (DSM) opleveren, met versnelde economische groei en innovatie en verhoogde productiviteit en concurrentie. Op dit moment lijkt de AVG daaraan vooral in de weg te staan. Het mkb loopt bijvoorbeeld vast op privacyregels.⁶

Door de dreiging van hoge boetes zijn kleine organisaties heel terughoudend. Basisscholen sturen geen klassenlijsten meer rond en sportverenigingen maken ingewikkelde toestemmingsformulieren alvorens ze foto's durven te maken van een wedstrijd. Hoewel de AVG ook in een dergelijke context enige bescherming kan bieden, zouden hoge boetes hier disproportioneel zijn. De AVG is toch vooral gericht op grote bedrijven, niet zozeer op de bakker op de hoek.⁷ Ondanks het feit dat de AVG zwaar leunt op proportionaliteit ('weeg steeds belangen af'), is hier geen sprake van maatwerk (voor het mkb gelden

vrijwel dezelfde regels als voor grote techbedrijven). Het verwerken van persoonsgegevens is bij grote bedrijven heel anders dan bij kleine organisaties.

Regelmatig krijgt onze onderzoeksafdeling aan de Universiteit Leiden van bedrijven en overheidsorganisaties de vraag of we kunnen meekijken of ze 'AVG-proof' zijn. Als er geen gelegenheid is om dit uitgebreid uit te zoeken, valt deze vraag het beste plat te slaan met de wedervraag wat iemand er zelf van vindt. Een preciezere formulering zou zijn: wat zou u ervan vinden als het uw gegevens zijn die op deze manier worden verzameld en verwerkt? Het antwoord op deze vraag geeft na enige reflectie namelijk al heel snel verbluffende inzichten in welke onderdelen van de gegevensverwerking wel en niet oké zijn. En voor degene die nogal laconiek is, kan de vraag nog worden omgevormd tot: wat zou u hiervan vinden als het de gegevens van uw kinderen (of partner, bejaarde moeder, etc.) zijn die op deze manier...?

Deze vraag is geen juridische vraag, maar een ethische vraag. In de ethiek heeft dit gedachtenexperiment (of beter gezegd: deze gedragsregel) ook een naam: de gulden regel.⁸ Deze regel, in het Latijn *regula aurea* genoemd, is bekend als: 'behandel anderen zoals je door hen behandeld wilt worden'. Of, als tegeltjeswijsheid: 'wat jij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook de ander niet'. Naar analogie luidt de gulden regel voor persoonsgegevens dan als volgt: 'behandel de gegevens van anderen zoals je wilt dat ze jouw gegevens behandelen'.

De gulden regel voor persoonsgegevens luidt dan als volgt: 'behandel de gegevens van anderen zoals je wilt dat ze jouw gegevens behandelen'

Deze ethische vraag is grotendeels in lijn met de juridische vraag of de AVG goed wordt nageleefd. De gulden regel kan eenvoudig worden gebruikt om de open normen in de AVG verder in te vullen. Tegelijkertijd kan hiermee onnodige terughoudendheid worden voorkomen door organisaties die onzeker zijn over mogelijke boetes. En waar de AVG slechts ziet op procedurele rechtvaardigheid, ziet de gulden regel óók op materiële rechtvaardigheid.

Een kleine disclaimer is gepast. Om al te veel subjectiviteit te voorkomen, kan het geen kwaad om meerdere personen de gulden regel voor persoonsgegevens te laten toepassen. Dat voorkomt wensdenken bij bedrijven. Daarnaast vereist toepassing uiteraard enige reflectie; het gedachtenexperiment kan niet achteloos worden afgedaan. Tot slot is het verstandig om, zolang de AVG van kracht is, contact op te nemen met de *privacy officer* binnen een organisatie om ook de juridische puntjes op de i te zetten. Maar uiteindelijk schrijft de gulden regel nauwelijks iets anders voor dan de AVG als het gaat om het afwegen van belangen, terwijl toepassing ervan veel eenvoudiger is. Zodoende kan deze vuistregel de AVG in feite zelfs vervangen.

5 K. Heidary & B.H.M. Custers, 'Online prijsdiscriminatie: algoritmische prijspersonalisatie in het licht van het discriminatieverbod en consumentenbescherming', *NJB* 2021/2282, p. 2507-2513.

6 www.mkb.nl/nieuws/avg-koorts-voorbij-maar-problemen-houden-aan.

7 Zie bijv. overweging 13 in de preambule van de AVG, met uitzonderingen voor organisaties tot 250 werknemers.

8 J. Wattles, *The golden rule*, Oxford: Oxford University Press 1996.