



De Minister voor Justitie en Veiligheid
De heer mr. F.B.J. Grapperhaus
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

Uw brief van

Contactpersoon

Uw kenmerk

Onderwerp

Advies gedragsregels particuliere onderzoeksbureaus *vastgesteld en per e-mail toegezonden op 7 december 2020*

Geachte heer Grapperhaus,

Bij brief van 24 juni 2019 is de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: AP) op grond van het bepaalde in artikel 36, vierde lid, van de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG) geraadpleegd over de 'conceptgedragsregels voor particuliere onderzoeksbureaus' (hierna: het concept) als bijlage bij de Regeling particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (hierna: Rpbr).

De AP heeft de volgende opmerkingen bij het concept en adviseert daarmee rekening te houden.

Het uitbrengen van dit advies heeft beduidend meer tijd gevegd dan gebruikelijk. Achtergrond hiervan is afstemming in Europees verband over de reikwijdte en positionering van het in dit verband belangrijke Unierechtelijke begrip 'persoonsgegevens betreffende strafbare feiten' in artikel 10 AVG.

Hoofdlijn advies

Het concept is aangeboden als bijlage bij een ministeriële regeling waarover de AP, anders dan onder de vroegere Wet bescherming persoonsgegevens, volgens de AVG moet worden geraadpleegd. In lijn met de voorgeschiedenis gaat het qua vorm en proces echter niet om wetgeving, maar om een gedragscode die juist geen wetgeving is, maar een vorm van erkende zelfregulering. De AVG stelt aan een gedragscode nieuwe eisen, met name toezicht door een door de AP geaccrediteerd orgaan. Daarin wordt in het concept niet voorzien.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

Artikel 10 van de AVG eist dat voor het verwerken van persoonsgegevens betreffende strafbare feiten lidstatelijke bepalingen passende waarborgen bieden voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen. In de huidige wetgeving voor particuliere recherchebureaus wordt hieraan invulling gegeven door een facultatieve algemene delegatiegrondslag voor onderwerpen die 'de kwaliteit van recherchebureaus raken' in combinatie met de gedragscode. Deze constructie doet naar aard, wetgevingsstructuur, totstandkomingsproces en vorm onvoldoende recht aan het belang van eenduidig op het juiste niveau vastgelegde en als zodanig kenbare wettelijke waarborgen. De AP adviseert dan ook bij de eerste gelegenheid te komen tot een specifieke grondslag in de wet, gericht op verplichte vaststelling van reguliere wettelijke voorschriften die voldoen aan de vereiste kwaliteitseisen (punten 1 en 2). Een recherchebureau kan niet zelfstandig - dus buiten het kader van de opdrachtgever met een gerechtvaardigd belang - bevoegdheden uitoefenen die leiden tot inbreuken op grondrechten, waaronder het recht op bescherming van persoonsgegevens. In dit kader behoort ook het mogelijk bewaren en het hergebruiken van antecedenen met persoonsgegevens - intern en extern - strikt te worden bezien. Tevens adviseert de AP om in te gaan op het waarborgen van een adequaat toezicht op de naleving van de gedragsregels (punt 3).

Strekking van het concept

Voorgesteld wordt een wijziging van de gedragscode voor particuliere onderzoeksbureaus - als bijlage bij de Rpbr - naar aanleiding van het van toepassing worden van de AVG op 25 mei 2018. De gedragscode geeft -voor zover relevant- aan hoe moet worden omgegaan met persoonsgegevens die in het kader van de dienstverlening aan opdrachtgevers verwerkt worden en bevat met name de volgende onderwerpen:

- algemene principes van gegevensverwerking;
- bijzondere persoonsgegevens;
- methoden van gegevensvergaring;
- informatieverstrekking aan onderzochte personen;
- rechten van onderzochte personen;
- gegevensverkeer met landen buiten de Europese Unie;
- geschilbeslechting;
- naleving gedragscode;
- functionaris gegevensbescherming.¹

Advies

1. Wettelijke vormgeving van 'passende waarborgen'

Volgens de aanbiedingsbrief betreft de adviesaanvraag de nieuwe gedragsregels voor particuliere onderzoeksbureaus die in bijlage 6 bij artikel 23a van de Regeling particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (hierna: Rpbr) worden gevoegd. Dat ongewijzigde artikel luidt: "Een recherchebureau stelt een (privacy)gedragscode vast, identiek aan het in bijlage 6 bij deze regeling vastgestelde model, en

¹ In het concept is abusievelijk sprake van een 'functionaris voor de gegevensverwerking'.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

leeft de code na.”² De bestaande ministeriële regeling incorporeert daarmee de voorgestelde gedragscode en maakt er zodoende een wettelijk voorschrift van.

Voordat de AVG van toepassing werd, werd een ontwerp voor een privacy-gedragscode voor particuliere onderzoeksbureaus¹ ter goedkeuring voorgelegd aan de AP (het toenmalige College bescherming persoonsgegevens) om te bezien of zij een juiste uitwerking van de toenmalige Wet bescherming persoonsgegevens bevatte.³ De AVG stelt echter nieuwe eisen aan gedragscodes. Zo moet een AVG-privacy-gedragscode volgens de Guidelines vrijwillig zijn en eist de AVG toezicht door een toezichtorgaan dat door de AP is geaccrediteerd.⁴ Daarin is echter niet voorzien. Daarnaast geldt op grond van de AVG - anders dan onder de vroegere Wet bescherming persoonsgegevens - dat de AP adviseert over ministeriële regelingen.⁵ Daar komt bij dat de gedragscode een verplichtend karakter heeft voor alle recherchebureaus, hetgeen past bij wetgeving.⁶ De gedragscode is zodoende terecht als regelgeving voor advies voor gelegd, en niet als gedragscode voor goedkeuring.

Nu recherchekantoren ook persoonsgegevens betreffende strafbare feiten in de zin van artikel 10 AVG verwerken volgt uit artikel 10 van de AVG dat ‘persoonsgegevens betreffende strafbare feiten’ alleen mogen worden verwerkt ‘onder toezicht van de overheid of indien de verwerking is toegestaan bij Unierechtelijke of lidstatelijke bepalingen die passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen bieden’.⁷ In de toelichting op het concept is opgemerkt dat het verwerken van persoonsgegevens van strafrechtelijke aard door recherchebureaus veelal inherent is aan het onderzochte gedrag en wordt ‘gedekt’ door de vergunning van de minister van Justitie en Veiligheid op grond van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (hierna: Wpbr).⁸

De AP onderschrijft dat recherchebureaus persoonsgegevens van strafrechtelijke aard in de zin van de Uitvoeringswet AVG (hierna: UAVG) zullen verwerken.⁹ Te denken valt aan een rechercheonderzoek naar een bedrijfsdiefstal dat een ‘panklare’ zaak oplevert met een volledige ‘bekentenis’ door betrokkene met

² Met uitzondering van de laatste zinsnede (“en leeft de code na”) is artikel 23a tot stand gekomen in 2004 (Stcrt. 2004, 100). De genoemde zinsnede is in 2010 toegevoegd (Stcrt. 2010, 21053).

³ Artikel 25 van de voormalige Wet bescherming persoonsgegevens.

⁴ Artikel 40 en 41 AVG. In de recente Guidelines 1/2019 on Codes of Conduct and Monitoring Bodies under Regulation 2016/679 wordt uitgegaan van de volgende definitie van gedragscodes in de zin van de AVG: “GDPR codes are *voluntary* accountability tools which set out specific data protection rules for categories of controllers and processors.” (curs; AP).

⁵ De adviesplicht onder de Wpb bestond enkel voor voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur die geheel of voor een belangrijk deel betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens. Artikel 51, tweede lid, van de vroegere Wbp. Dit artikel strekte ter implementatie van artikel 28, tweede lid, van de voormalige Richtlijn 95/46.

⁶ Overigens is volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving (hierna: Ar) een bijlage bij een regeling onderdeel van de regeling en in gelijke mate bindend (vgl. artikel 3.61 en 3.62 Ar).

⁷ Op grond van een rectificatieblad zal ‘strafbare feiten’ in de Nederlandse vertaling worden aangepast in ‘overtredingen’ (Kamerstukken II 2017/18, 43 851, nr. 3, blz. 114).

⁸ Toelichting, p. 23.

⁹ Volgens artikel 1 van de UAVG wordt verstaan onder ‘persoonsgegevens van strafrechtelijke aard’: persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten of daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen als bedoeld in artikel 10 van de verordening, alsmede persoonsgegevens betreffende een door de rechter opgelegd verbod naar aanleiding van onrechtmatig of hinderlijk gedrag. Vgl. de recente uitspraak van het Hof Den Haag:

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2019:3539>.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

aanvullend bewijs en een aangifte bij de politie.¹⁰ Een particulier recherchebureau dat persoonsgegevens verwerkt als verwerkingsverantwoordelijke dient te voldoen aan de eisen van de AVG. Dit betekent onder meer dat er een rechtmatige grondslag in de zin van artikel 6, eerste lid, AVG is voor de verwerking, zoals - hier - een gerechtvaardigd belang.¹¹

Daarnaast moeten recherchebureaus een vergunning hebben van de minister van Justitie en Veiligheid op grond van de Wpbr.¹² In 2004 is in dat kader het hanteren van de privacy-gedragscode verplicht gesteld voor particuliere recherchebureaus die vergunningplichtig zijn onder de Wpbr.¹³ Het verplicht overnemen van de gedragscode volgt uit het al genoemde artikel 23a van de Rpbr.¹⁴ De vergunning kan worden ingetrokken als privacy-voorschriften zoals neergelegd in de privacy-gedragscode krachtens artikel 6 van de wet niet worden nageleefd.¹⁵ Naast zelfregulering door de sector zelf, houdt de politie toezicht op de naleving door particuliere recherchebureaus van het bepaalde bij of krachtens de Wpbr, waaronder de privacy-gedragscode, en de AP op de verwerking van persoonsgegevens door particuliere recherchebureaus.¹⁶

In dit stelsel krijgen de op grond van de AVG vereiste passende waarborgen voor het verwerken van persoonsgegevens betreffende strafbare feiten door recherchebureaus dus pas daadwerkelijk 'handen en voeten' in de door de branche opgestelde code, die door tussenkomst van de wetgever verplicht is voor alle recherchebureaus.

Hierover heeft de AP evenwel de volgende opmerkingen:

Artikel 6 Wpbr geeft de minister de bevoegdheid om onderwerpen te regelen die 'de kwaliteit' raken, maar bevat geen expliciete verplichting tot het regelen van passende waarborgen. Dit facultatieve karakter is niet passend in het licht van de eis van passende waarborgen in lidstatelijke bepalingen. Het naleven van wettelijke waarborgen voor verwerking van strafrechtelijke gegevens raakt weliswaar ook aan de kwaliteit van recherchebureaus, maar dat is niet de kern van de zaak. Het gaat hier primair om invulling van de

¹⁰ Het begrip 'personal data relating to offences' in artikel 10 AVG is een Unierechtelijk begrip dat uiteindelijk wordt uitgelegd door het Hof van Justitie EU. In de Nederlandse rechtspraak is het begrip 'strafrechtelijke persoonsgegevens' in de zin van de vroegere Wet bescherming persoonsgegevens en 'persoonsgegevens van strafrechtelijke aard' in de zin van de huidige Uitvoeringswet AVG kort samengevat, uitgelegd als een zware verdenking, bijna een strafrechtelijke bewezenverklaring. Vgl. HR 25 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4720, RvdW 2009/663, NJ 2009/243, NJB 2009/1150, JWB 2009/186. Door verschillende feitenrechters is deze uitspraak gevolgd onder het regime van de AVG.

¹¹ Artikel 6, eerste lid, onderdeel f, van de AVG.

¹² Artikel 33, vierde lid, AVG en artikel 4 van de Wpbr.

¹³ Regeling van de Minister van Justitie van 14 mei 2004, nr. 5286694/504/AJT, tot wijziging van de Regeling particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, Stcr. 2004, 100.

¹⁴ Uit de toelichting: "Op 4 juli 2002 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 000 VI, nr. 69) is het advies van de stuurgroep particuliere recherche d.d. 15 april 2002 aan de Tweede Kamer gezonden. In dit advies werd onder meer voorgesteld de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de onderzochte persoon te reguleren.(...) Besloten is om de door de VPB vastgestelde privacygedragscode aan te wijzen als modelprivacygedragscode, die deel zal gaan uitmaken van de regelgeving voor recherchebureaus. Op die manier wordt de normering, die via zelfregulering tot stand is gekomen, verplicht voor alle recherchebureaus."

¹⁵ Artikel 14, onderdeel b en e, Wpbr.

¹⁶ Vgl. bijv. Kamerstukken II 1994/95, 23 478, nr. 5, p. 21 en Kamerstukken II 2017/18, Aanslag, nr. 2329.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

Europeesrechtelijke verplichting zeker te stellen dat als dit soort gegevens door private partijen verwerkt worden, daarvoor passende regels gelden. De formulering van de delegatiegrondslag doet zo bezien onvoldoende recht aan de aard en het belang van deze voorschriften.

De eis van '*passende waarborgen* voor de rechten en vrijheden van betrokkene' brengt naar het oordeel van de AP daarbij juist mee dat door de wetgever op het geëigende niveau een expliciete afweging wordt gemaakt tussen de belangen van de betrokkenen en die van de verantwoordelijken in relatie tot de doeleinden van de verwerking.¹⁷ Daarbij dient een expliciete afweging te worden gemaakt tussen de specifieke aard van deze persoonsgegevens en de daarbij passende waarborgen. Deze afweging kan niet als het ware geheel worden uitbesteed aan degenen die zich aan de voorschriften moeten gaan houden door formeel of in de praktijk te volstaan met het overnemen van een gedragscode.

Het gaat daarbij bovendien niet zozeer om een onderwerp dat in algemene zin de kwaliteit van de researchwerkzaamheden raakt, maar om het nader waarborgen van het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens. De diverse onderwerpen in het concept, zoals informatieverstrekking aan onderzochte personen, rechten van onderzochte personen en bijzondere categorieën van persoonsgegevens, zijn naar het oordeel van de AP van zodanig gewicht en belang dat een meer expliciete grondslag in de wet passend is. Daar komt bij dat delegatie in beginsel plaats heeft in een algemene maatregel van bestuur en delegatie aan een minister slechts toelaatbaar is in specifieke gevallen, zoals details of onderwerpen die vaak wijziging behoeven.¹⁸ Niet evident is dat daarvan steeds sprake is.

Gelet op het voorgaande adviseert de AP:

- voor de korte termijn om de gedragsregels tijdelijk nog als reguliere ministeriële regeling vast te stellen en;
- bij de eerste gelegenheid de delegatiegrondslag voor gedragsregels voor particuliere recherchebureaus in de wet te specificeren, het facultatieve karakter daaraan te ontnemen en de regels in hoofdzaak neer te leggen in een algemene maatregel van bestuur die – vanzelfsprekend - voldoet aan de kwaliteitseisen voor wetgeving (zie over het laatste, nader punt 2);
- betrokkenheid van de branche op reguliere wijze vorm te geven door voorgenomen regelgeving te consulteren.

2. Herziening normering onderzoeksmethoden

Een belangrijk onderdeel van de gedragsregels zijn de onderzoeksmethoden. In het concept is vooropgesteld dat de sector zich onthoudt van het onrechtmatig vergaren van persoonsgegevens.¹⁹ Ook is terecht bepaald dat onderzoeksmethoden en -middelen slechts worden aangewend na overleg met de

¹⁷ Vgl. ook Aanwijzing 5.33 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹⁸ Vgl. aanwijzing 2.24, eerste lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving: Delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister wordt beperkt tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.

¹⁹ Sectornormering, blz. 12.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

opdrachtgever en dat wordt vastgesteld of de opdrachtgever zelf ook bevoegd zou zijn geweest de onderzoeksmethode toe te passen, indien deze het onderzoek zelf zou hebben verricht.²⁰

Algemeen uitgangspunt voor wetgeving is echter dat deze voldoende duidelijk, precies en voorzienbaar is.²¹

De voorgestelde gedagsregels zijn, voor zover relevant, in hoofdzaak op te vatten als vuistregels voor de meest voorkomende particuliere onderzoeksmethoden en -middelen, zoals observatie, het inzetten van de verborgen camera's, het interviewen en het afluisteren van gesprekken, mede op basis van de ruimte die strafrechtelijke verbodsbepalingen bieden, zoals het verbod op het afluisteren van gesprekken met een technisch hulpmiddel. Zij beginnen steeds met een kopje 'Algemeen' dat het karakter heeft van een inleiding en het juridisch kader kort schetst. Daarna volgen onder het kopje 'sectornormering' de regels met daarop een toelichting.

De AP meent dat deze normering met name met betrekking tot de onderzoeksmethoden niet optimaal is in het licht van de eisen van duidelijkheid, precisie en voorzienbaarheid.²² Zo staat bijvoorbeeld over het onderzoek bij emailverkeer dat het onderzoek alleen is toegestaan in geval van een vermoeden van misbruik van de geautomatiseerde voorzieningen of "in geval van verdenking van een ander ernstig laakbaar/of strafbaar handelen".²³ Niet duidelijk is wanneer sprake is van een 'verdenking' van 'ernstig' 'laakbaar' handelen. Dat is weliswaar soms toegelicht in de toelichting, maar die biedt zowel de onderzoeker als de betrokkene geen rechtszekerheid.

Het omvormen van normen uit een gedragscode in wettelijke voorschriften vraagt naar het oordeel van de AP dan ook om een volledige toets in den brede aan de vraag of de normen uit de code voldoende tegemoet komen aan de normale eisen van duidelijkheid, precisie en voorzienbaarheid zoals die voor wetgeving gelden.

Gelet daarop adviseert de AP om met name de onderzoeksmethoden in de regeling zelf zo precies mogelijk nader te normeren, zeker wat betreft cruciale begrippen en de toelichting niet te gebruiken voor het stellen van regels.²⁴ Om de concrete toepassing van de wetgeving voor de praktijk van recherchebureaus te

²⁰ Sectornormering, blz. 26.

²¹ Dit geldt met name voor zover daarbij inbreuken op grondrechten worden gelegitimeerd. Naarmate de inbreuk groter is, gelden bovendien zwaardere en meer precieze eisen. Vgl. bijv. de eisen van het Europees Hof van de Rechten van de Mens stelt aan "in accordance with the law" in de zin van artikel 8, tweede lid, van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). Vgl. bijv. EHRM 2017/33, EHRM, 18-10-2016, 61838/10 met noot Laagland. Het criterium "in accordance with the law" betekent overigens dat de inbreuk op het recht van privacy een grondslag moet hebben in het nationale recht. Dit kan zijn een wet in formele zin, maar ook beleidsregels, rechtspraak en gewoonterecht kunnen voldoen (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, *NJ* 1980/146 m.nt. Alkema).

²² Vgl. ook A.H. Pool, *Particuliere recherche door werkgevers: De beoordeling van recherchegedrag van werkgevers in het Nederlands recht in het licht van artikel 8 EVRM*, 2014, p. 288.

²³ Sectornormering, blz. 35 en 36. Overigens gelden diezelfde regels ook voor enkele andere methoden van gegevensvergarig.

²⁴ Vgl. aanwijzing 4.47 van de Ar.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

verduidelijken, kan zo nodig de toelichting bij de regeling benut worden en kan zo nodig een specifieke handleiding worden uitgebracht.²⁵

In verband met de regeling van de onderzoeksmethoden wijst de AP nog in het bijzonder op de volgende punten:

a. Interviewen van personen

Volgens de gedragsregels geldt als basisregel voor het interviewen dat de medewerking aan het onderzoek ten allen tijde is gebaseerd op vrijwilligheid.²⁶

De uitwerking van het interview in een verslag of als bandopname zal kwalificeren als een verwerking van persoonsgegevens. Het is, onder meer gelet op de betrouwbaarheid en eventuele strafrechtelijke gevolgen, van groot belang dat een verklaring 'vrijwillig' wordt afgegeven. Het is echter problematisch of een werknemer die deelneemt aan een interview door een recherchebureau naar aanleiding van een voorval ook "vrijelijk" toestemming' in de zin van de AVG geeft voor het verwerken van zijn persoonsgegevens.²⁷ Er is immers sprake van een machtsverhouding en niet ondenkbaar is dat het weigeren van deelname aan het interview zal leiden tot sancties van de werkgever of op zijn minst een verdachtmaking.²⁸ Daarmee is twijfelachtig of sprake is van vrijelijk gegeven toestemming in de zin van de AVG. Dat neemt niet weg dat een dergelijke verwerking in voorkomende gevallen gebaseerd kan worden op het gerechtvaardigd belang in de zin van artikel 6, eerste lid, onderdeel f, AVG.

Gelet op het voorgaande adviseert de AP de grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens in het kader van het interviewen van werknemers te wijzigen.

b. Hergebruik persoonsgegevens en verstrekken van antecedenten

In de gedragsregels is gesteld dat het beginsel van verenigbaar gebruik met name van belang is voor screeningsonderzoeken. Gesteld is:²⁹

"Karakteristieken uit de onderzoekrapportage van een opdrachtgever die een bepaald voorval wil onderzoeken (in de gedragsregels wordt hier gesproken van de "eerste categorie" opdrachtgevers, AP) worden namelijk mede bewaard en in voorkomende gevallen beschikbaar gesteld aan opdrachtgevers van de "tweede categorie" (opdracht die voor zichzelf of een ander wil weten of met een bepaalde persoon een

²⁵ Vgl. bijv. de handleiding AVG.

²⁶ Gedragsregels, blz. 28.

²⁷ Vgl. artikel 7 AVG en de Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, blz. 7.

²⁸ Vgl. ook M. Hurks, *Vertrouwen is goed, particuliere recherche is beter: een jurisprudentieonderzoek naar particuliere recherche in het arbeidsrecht*, *Arbeidsrecht* 17 april 2019: Een bekend verweer van werknemers is dat een verklaring 'onder druk' is afgelegd. De rechtspraak leert dat werknemers doorgaans deze 'druk' onvoldoende weten aan te tonen. Vgl. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5398; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4207; Rechtbank Amsterdam 19 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4331; Rechtbank Noord-Nederland 20 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1913.

²⁹ Paragraaf 5.8. van de gedragsregels.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

contractuele relatie kan worden aangegaan, AP). Voor deze tweede categorie opdrachtgevers worden de gegevens uit de opdrachten of voorvallen registratie geraadpleegd om vast te stellen of de persoon waarover gerapporteerd moet worden al eerder als onderzochte persoon subject was van een particulier rechercheonderzoek. “

“Opgemerkt wordt voorts dat voor de onderzochte persoon van meet af aan duidelijk moet zijn dat antecedenten ook aan derden verstrekt kunnen worden en dat dit wordt medegedeeld zodat hij zijn rechten kan uitoefenen.”³⁰

Tevens worden een aantal regels gesteld over het verstrekken van antecedenten, zoals dat is vastgesteld dat de onderzochte persoon betrokken was bij het plegen van strafbare feiten of laakbare gedragingen en dat geen sprake is van slechts vage vermoedens.

De AP merkt in de eerste plaats op dat niet duidelijk blijkt of het hergebruik alleen intern gebeurt of dat ook verstrekking plaatsvindt aan opdrachtgevers of ook aan andere recherchekantoren.

Bij de vraag of sprake is van een verenigbaar doel in de zin van de AVG is onder meer van belang het verband tussen de verschillende doeleinden, de verhouding tussen verantwoordelijke en de betrokkene, de aard van de persoonsgegevens en de gevolgen voor betrokkene en het bestaan van passende waarborgen.³¹ Hier gaat het om het verstrekken van mogelijk strafrechtelijke gegevens die vergaande gevolgen kunnen hebben voor betrokkene, waaronder het mislopen van een baan waarbij de betrokkene in een afhankelijke positie van de (aanstaande) werkgever kan verkeren. Bovendien is de ruime bewaartermijn van vijf jaar een factor.³²

In het licht van het voorgaande adviseert de AP de verstrekking van antecedenten te verduidelijken en te heroverwegen.

c. Heimelijk cameratoezicht

Het concept bevat ook regels over de inzet van verborgen camera's. Dit is uit een oogpunt van het recht op bescherming van privacy een ingrijpend middel. Géén uitdrukkelijk onderdeel van die regels is dat de geobserveerde werknemer vooraf in algemene zin in kennis is gesteld over het bestaan van deze

³⁰ Blz. 21.

³¹ Vgl. ook Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, blz. 38.

³² Overigens is vrije toestemming in de zin van de AVG niet aan de orde bij het screenen van sollicitanten en werknemers, aldus de AP in 2015. Betrokkene zal immers druk voelen van het mogelijk mislopen van een baan. Verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens in het kader van screenings mag alleen indien er sprake is van een gerechtvaardigd belang. De screening moet dan wel noodzakelijk zijn om de in kaart gebrachte risico's te verkleinen en de screening moet in verhouding staan tot het risico van de functie waarvoor de screening wordt verricht. De aard, omvang en inhoud van de screening moet worden toegespitst op de functie en het risicoprofiel waarvoor wordt gescreend. Aldus de AP in het onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens bij pre- en in-employment screening in 2015 (z2015-00380).



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

mogelijkheid, bijvoorbeeld door een circulaire aan het personeel.³³ Deze regel is wel in het algemeen deel opgenomen. Vervolgens is daar gesteld:

“In situaties waarin het heimelijk cameratoezicht niet kenbaar wordt gemaakt, is het aan de rechter om te beoordelen of er al dan niet sprake is van wederrechtelijkheid.”

Volgens de toelichting kan een opdracht aan een particulier recherchebureau om op incidentele basis een verborgen camera te plaatsen gerechtvaardigd zijn, als degene die de camera plaatst “een goede reden heeft om dit heimelijk te doen”. Gewezen wordt op het arrest HR 27 april 2001, RvdW 2001, 97.³⁴

De AP heeft de volgende kanttekeningen bij de voorgestelde regeling van heimelijke observatie door middel van camera's en de toelichting. Het in de toelichting genoemde arrest van de Hoge Raad dateert van vóór de inwerkingtreding van de Wet uitbreiding van de strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht in 2003 en het van toepassing worden van de AVG in 2018.³⁵ In artikel 13 van de AVG is bepaald dat als er persoonsgegevens van de betrokkene worden verzameld, de verantwoordelijke uiterlijk op het moment dat de persoonsgegevens worden verzameld bepaalde informatie verstrekt aan de betrokkene, zoals de doelen van de verwerking.³⁶ Van die informatieplicht kan echter indien noodzakelijk worden afgeweken door Unierechtelijke of lidstatelijke bepalingen op de gronden genoemd in artikel 23, zoals bijv. de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten.³⁷

Zowel in de wetsgeschiedenis³⁸ over de uitbreiding van de strafbaarstelling van heimelijk cameratoezicht als in de literatuur³⁹ wordt aangenomen dat het gebruik van geheime camera's door werkgevers vooraf (in

³³ Artikel 139f Sr stelt strafbaar: hij die, gebruik makende van een technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, opzettelijk en *wederrechtelijk* van een persoon, aanwezig in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats, een afbeelding vervaardigt. Artikel 441b Sr stelt strafbaar hij die, gebruik makende van een daartoe aangebracht technisch hulpmiddel *waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt*, van een persoon, aanwezig op een voor het publiek toegankelijke plaats, *wederrechtelijk* een afbeelding vervaardigt. Bij zowel artikel 139f Sr als 441b Sr is “wederrechtelijk” bestanddeel.

³⁴ In deze zaak plaatste een particulier recherchekantoor voor een periode van vier weken een verborgen camera, naar aanleiding van een vermoeden van verduistering door een kassier. Hierbij werden ook gedragingen van collega-kassiers vastgelegd. Door middel van een verborgen videocamera betrapte de werkgever een werknemer op het niet-verantwoorden van bij de kassa ontvangen gelden en hij baseerde daarop een ontslag op staande voet. De Hoge Raad oordeelde de inzet van de verborgen camera geoorloofd en achtte daarbij van belang dat een concreet vermoeden bestond dat een van de werknemers zich schuldig maakte aan strafbare feiten en dat vermoeden niet anders dan met gebruikmaking van een verborgen camera kon worden gestaafd. Aangenomen moet worden dat 'ook indien de werkgever aldus een inbreuk op het privéleven van de werknemer zou hebben gemaakt, dit nog niet betekent dat dit bewijsmateriaal in een procedure als de onderhavige niet mag worden gebruikt.'

³⁵ Besluit van 11 september 2003 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 8 mei 2003 tot wijziging van de artikelen 139f en 441b van het Wetboek van Strafrecht (uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht).

³⁶ Artikel 13 AVG.

³⁷ Vgl. artikel 41 van de Uitvoeringswet AVG: Uitzonderingen op rechten betrokkene en plichten verwerkingsverantwoordelijke. Zie in dit verband ook adviespunt 7 van dit advies.

³⁸ Kamerstukken II 2000–2001, 27 732, nr. 3, p. 13: “In kantoor- en bedrijfsruimten, die als niet voor het publiek toegankelijke plaatsen zijn aan te merken, mag onder omstandigheden gebruik worden gemaakt van cameratoezicht op de werkvloer. *Ook hiervoor geldt de voorwaarde dat dit voor de werknemer kenbaar is.* Het heimelijk gebruik van camera's ter opsporing van strafbare feiten (bijvoorbeeld diefstal of fraude) is in beginsel voorbehouden aan de politie.”

³⁹ Vgl. Tekst en commentaar Wetboek van Strafrecht, aantekening 8d op artikel 441b: “De werkgever die *het gebruik van geheime camera's in een overeenkomst met zijn werknemer heeft gemeld*, terwijl het gebruik daarvan overeenstemt met het bepaalde in de



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

algemene bewoordingen) moet zijn gemeld aan de werknemer om als werkgever niet onder het bereik van de strafbaarstelling van heimelijk cameratoezicht te vallen. Ook de AP is van oordeel dat aan de inzet van een verborgen camera door een werkgever de voorwaarde is verbonden dat de werkgever de werknemers er vooraf op heeft gewezen dat verborgen camera's in bepaalde situaties (diefstal of fraude) mogelijk zijn.⁴⁰

Illustratief in dit verband is voorts het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak López Ribalda e.a. versus Spanje in 2018.⁴¹ De zaak had eveneens betrekking op de verborgen camerabewaking van werknemers van een Spaanse supermarktketen nadat vermoedens van diefstal waren ontstaan. De verzoekers waren ontslagen, hoofdzakelijk op basis van het videomateriaal, dat volgens hen verkregen was in strijd met hun recht op privacy. De Spaanse rechtbanken aanvaardden de opnamen als bewijs en bevestigden de ontslagbeslissingen. Het Europees Hof kwam tot een schending van het recht op bescherming van het privéleven (artikel 8 EVRM), met name omdat op grond van de Spaanse wet inzake gegevensbescherming de verzoekers vooraf algemeen geïnformeerd hadden moeten worden over de camerabewaking. Het EHRM oordeelde tevens dat de procedure in haar geheel eerlijk was verlopen omdat het videomateriaal niet het enige bewijsmiddel waarop het ontslag steunde en omdat verzoekers in staat waren geweest om de opnames aan te vechten voor de rechter.

Gelet op het voorgaande ligt het in de rede om de algemene regel dat het gebruik van geheime camera's (door werkgevers) vooraf (in algemene bewoordingen) moet zijn gemeld aan de geobserveerde (werknemer) in het concept zelf op te nemen en niet alleen in de toelichting.

Voorts dient de inzet van een verborgen camera te voldoen aan de (U)AVG. Zo moet de werkgever een gerechtvaardigd belang hebben bij de inzet van een verborgen camera. Ook dient steeds een DPIA te worden verricht.⁴² Een en ander is niet vermeld in de toelichting op dit onderdeel.

Ten slotte moet de inzet van verborgen camera's door werkgevers voldoen aan de overige regelgeving. Zo dient de ondernemingsraad op grond van de Wet op de ondernemingsraden vooraf ingestemd te hebben met de camera's voordat de werkgever kan starten met het cameratoezicht.⁴³ Ook dit is niet opgenomen in de toelichting op heimelijke observatie door middel van camera's.

d. Conclusie punt 2

Gelet op het voorgaande adviseert de AP om met name de onderzoeksmethoden in de regeling zelf zo precies mogelijk te normeren, zeker wat betreft cruciale begrippen, de toelichting niet te gebruiken voor het stellen van regels en de opmerkingen onder a-c mee te nemen.⁴⁴

AVG, is in beginsel niet strafbaar wanneer daarmee op enig moment beelden worden vervaardigd zonder dat de werknemer daarvan van te voren op de hoogte is gesteld, mits het gebruik van camera's in overeenstemming is met de in artikel 6 e.v. AVG vermelde voorwaarden.

⁴⁰ <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/cameratoezicht/cameratoezicht-op-de-werkplek>.

⁴¹ EHRM 9 januari 2018, nrs.1874/13 en 8567/13 (López Ribalda e.a. versus Spanje).

⁴² Vgl. de lijst van de AP van verplichte DPIA's.

⁴³ Volgens de Wet op de ondernemingsraden (WOR) heeft de OR instemmingsrecht bij het besluit om een personeelvolgsysteem te gaan gebruiken.

⁴⁴ Vgl. aanwijzing 4.47 van de Ar.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

3. De uitvoering door de politie van het toezicht op de naleving van de vergunning op grond van de Wpbr

Het valt de AP op dat in de toelichting geen aandacht is voor de uitvoering door de politie van het repressieve toezicht op naleving van de vergunning Wpbr, terwijl daarvoor wel aanleiding is.⁴⁵

In 2009 heeft de Inspectie onderzoek gedaan naar het toezicht door de politie in het kader van de Wpbr. De Inspectie constateerde dat de organisatie van de afdeling Bijzondere Wetten aangepast dient te worden als men de taak binnen de bestaande sterkte wil blijven doen.⁴⁶ Naar aanleiding daarvan is een plan van aanpak opgesteld.⁴⁷ In 2015 constateerde de Inspectie veiligheid en justitie echter opnieuw dat het repressieve toezicht versterking behoeft.⁴⁸ In de beleidsreactie stelt het kabinet hier werk van te maken, maar het kabinet hecht er ook aan dat de recherchebureaus zelf investeren in het borgen van kwaliteit en integriteit en dat het handelen van recherchebureaus ook civielrechtelijk kan worden getoetst.⁴⁹ In recent promotieonderzoek wordt algemeen geconcludeerd dat er weinig zicht is op wat er binnen de particuliere onderzoeksector gebeurt.⁵⁰

De AP adviseert in het licht van het voorgaande in te gaan op het waarborgen van een adequaat toezicht door de politie op de naleving van de privacygedragsregels.

4. 'Onderzochte persoon'

In de begripsbepalingen is een 'onderzochte persoon' gedefinieerd als een natuurlijke persoon die als subject van onderzoek betrokken is of is geweest bij een onderzoeksopdracht die een particulier onderzoeksbureau in behandeling heeft of heeft gehad. "Deze persoon wordt in deze privacy-gedragscode aangemerkt als betrokkene in de zin van artikel 4 AVG, aldus de definitie."⁵¹

⁴⁵Uit de evaluatie van het WODC uit 2007 van de privacygedragscode kwam als hoofdconclusie naar voren dat er sprake was van een onvolledige naleving van de privacygedragscode: "Het belangrijkste punt waarop verbeteringen nodig zijn, is de naleving. Een privacygedragscode is in wezen een instrument van zelfregulering. De mechanismen die de naleving van de privacygedragscode binnen de context van zelfregulering moeten bevorderen, zijn echter zwak." In reactie hierop zijn door de toenmalige minister maatregelen aangekondigd en getroffen, met name het beoordelen en verbeteren van het toezicht door de overheid en tools om de zelfregulering te verbeteren (vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31 200 VI, nr. 107). Vgl. ook C.A. Meerts, *The semi-autonomous world of corporate investigators. Modus vivendi, legality and control*, diss. Rotterdam, Erasmus Universiteit Rotterdam 2018, alsmede *Publiek-privaat of privaat-publiek? De particuliere onderzoeksmarkt nader bekeken*, *Ars Aequi* 2018, blz. 1055.

⁴⁶ Kwaliteit in particuliere veiligheid?! Politietoezicht op de particuliere Beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, Inspectie openbare orde en veiligheid, 2009.

⁴⁷ Kamerstukken II 2009/10, 29279, nr. 93.

⁴⁸ Naar samenwerken aan veiligheid, *Onderzoek naar de uitvoering van de korpscheftaken in het kader van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus Inspectie veiligheid en justitie*, 2015, p. 9.

⁴⁹ Brief van 13 april 2016 van de Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2015/16, 29 628, nr. 629, p. 4).

⁵⁰ Vgl. Meerts a.w., *Ars Aequi* 2018, blz. 1055.

⁵¹ Onder persoonsgegevens wordt voor de toepassing van de AVG verstaan alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon ("betrokkene") (artikel 4, onderdeel 1, AVG). Vgl. ook de toelichting op p. 44.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

De AP wijst erop dat ook andere personen dan de onderzochte persoon gelden als 'betrokkene' in de zin van de AVG voor zover hun betreffende persoonsgegevens worden verwerkt, zoals bijv. de partner van de onderzochte persoon.

De AP adviseert gelet op het voorgaande de begripsbepaling van 'onderzochte persoon' te verduidelijken.

5. Uitzonderingen op plicht tot informatieverstrekking

Een belangrijk uitgangspunt in de AVG is dat de verwerkingsverantwoordelijke verplicht is om de betrokkene te informeren over de verwerking van diens persoonsgegevens. Volgens de toelichting bij hoofdstuk 8 informatieverstrekking aan de onderzochte persoon blijft "in uitzonderingsgevallen" de mededeling aan de onderzochte persoon achterwege:

"Dat is onder andere het geval indien van het voorval door of namens de opdrachtgever aangifte wordt gedaan bij de politie en vroegtijdige inkennisstelling van de onderzochte persoon het opsporings- of vervolgingsbelang schaaft (artikel 23 AVG juncto artikel 41 eerste lid, onderdeel d, UAVG) of indien dit noodzakelijk is in het belang van de rechten en vrijheden van anderen dan de onderzochte persoon (artikel 23 juncto artikel 41 eerste lid, onderdeel i, UAVG)"⁵²

Aldus wordt het met een beroep op artikel 41 van de UAVG in wezen aan de verwerkingsverantwoordelijke overgelaten om in individuele gevallen uit de AVG voortvloeiende rechten en verplichtingen te beperken. Hiermee bestaat naar het oordeel van de AP een onnodig risico op het omzeilen van de waarborgen uit de AVG. Artikel 23 van de AVG creëert – kort gezegd – de *mogelijkheid* om in bepaalde situaties de verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke en de rechten van betrokkenen te beperken. Dit dient echter zoveel mogelijk plaats te vinden in concrete wetgeving, met normen die duidelijk, precies en voorzienbaar zijn.⁵³ Uit de toelichting volgt dat het opsporingsbelang en (bepaalde) rechten en vrijheden van anderen dan de onderzochte persoon zo'n uitzondering opleveren.

Gelet op het voorgaande adviseert de AP om zelf te voorzien in uitzonderingsgevallen op de plicht tot informatieverstrekking en deze zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven.

6. Informatie over opslag persoonsgegevens

In Hoofdstuk 8.1, onder sectornormering, is gesteld dat het particulier onderzoeksbureau de 'overige' in artikel 13 en 14 AVG bedoelde informatie aan de onderzochte persoon verstrekt door deze te attenderen op het privacystatement op haar website. Onder 'overige in de artikelen 13 en 14 AVG bedoelde informatie'

⁵² Toelichting, p. 41 en 43.

⁵³ Eerder stelde de AP al dat met artikel 41 UAVG in wezen aan de verwerkingsverantwoordelijke -en niet aan de wetgever- wordt gelaten om te bezien of er aanleiding bestaat om in individuele gevallen bepaalde uit de AVG voortvloeiende verplichtingen en rechten te beperken. Vgl. de brief van de AP van 19 januari 2018 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer over het voorstel Uitvoeringwet AVG.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

wordt onder meer verstaan de periode gedurende welke de persoonsgegevens worden opgeslagen. Dit duidt erop dat er één vaste periode van opslag bestaat. De AP kan zich evenwel voorstellen dat de periode mede afhangt van bijv. het doel en type van het onderzoek en van de resultaten van het onderzoek.

Gelet hierop adviseert de AP om de zinsnede “de periode gedurende welke de persoonsgegevens zullen worden opgeslagen” aan te passen, door aan de hand van nadere criteria verschillende periodes te onderscheiden.

7. Mededeling, inzage en kopie

Zoals onder het voorlaatste punt beschreven, heeft de betrokkene het recht om van de verwerkingsverantwoordelijke te vernemen over het al dan niet verwerken van zijn of haar persoonsgegevens. Dit recht kan achterwege worden gelaten voor zover dit noodzakelijk is in het belang van -onder meer- de opsporing en vervolging of de rechten van anderen dan de onderzochte persoon (artikel 23 AVG juncto artikel 41 UAVG). Gesteld wordt dat de noodzaak om de mededeling achterwege te laten wegens opsporings- en vervolgingsbelangen door een opsporingsambtenaar kenbaar moet zijn gemaakt.

Het valt de AP op dat niet is ingegaan op de wijze waarop de mededeling en inzage alsnog plaatsvinden op het moment dat -kort gezegd- het opsporingsbelang niet langer noodzaakt tot de aangebrachte beperkingen. Vraag is bijvoorbeeld of de verwerkingsverantwoordelijke steeds tijdig door een opsporingsambtenaar op de hoogte raakt van het feit dat er geen opsporingsbelang meer is.

De AP adviseert in de toelichting in te gaan op de uitvoering van de mededeling door de verwerkingsverantwoordelijke aan de betrokkene over het verwerken van hem of haar betreffende persoonsgegevens op het moment dat het opsporingsbelang zich daartegen niet meer verzet.

8. DPIA

In de toelichting op het Hoofdstuk over Data Protection Impact Assessment (hierna: DPIA) wordt gewezen op het document van de Groep Gegevensbescherming artikel 29 dat criteria bevat om te bepalen of een verwerking een ‘hoog risico’ in de zin van de AVG inhoudt. De AVG geeft aan dat er in ieder geval een DPIA moet worden uitgevoerd als een organisatie: systematisch en uitgebreid persoonlijke aspecten evalueert gebaseerd op geautomatiseerde verwerking, waaronder profiling, en waarop besluiten worden gebaseerd die gevolgen hebben voor mensen; op grote schaal bijzondere persoonsgegevens verwerkt of wanneer er strafrechtelijke gegevens worden verwerkt; op grote schaal en systematisch mensen volgt in een publiek toegankelijk gebied (bijvoorbeeld met cameratoezicht).

De AP heeft een lijst van soorten van verwerkingen opgesteld waarvoor het uitvoeren van een DPIA verplicht is vóórdat met verwerken wordt begonnen.⁵⁴ Hierop staan onder meer grootschalige

⁵⁴ <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/zelf-doen/data-protection-impact-assessment-dpia#voor-welke-soorten-verwerkingen-is-het-uitvoeren-van-een-dpia-verplicht-6667>.



Datum
10 december 2020

Ons kenmerk

verwerkingen of stelselmatige monitoring van persoonsgegevens waarbij informatie wordt verzameld met onderzoek, zonder dat de betrokkene daarvan vooraf op de hoogte te stellen. De lijst is overigens niet uitputtend.

De AP adviseert om in de toelichting te verwijzen naar deze lijst.

9. Overige, meer redactionele, opmerkingen

- In de toelichting op hoofdstuk 13 is gesteld dat geen sprake is van een grootschalige verwerking van persoonsgegevens van strafrechtelijke aard indien de bevindingen worden vastgelegd in de onderzoeks- en voorvallenregistratie van een (relatief) klein particulier recherchebureau met één of enkele medewerkers. Naar het oordeel van de AP is voor de aanstelling van een functionaris voor gegevensbescherming niet zozeer relevant de hoeveelheid medewerkers, als wel de grootschaligheid van de *verwerkingen* van persoonsgegevens van strafrechtelijke aard (conform artikel 37, eerste lid, onderdeel c, en overweging 97 van de AVG).⁵⁵ De AP adviseert gelet op het voorgaande de toelichting aan te passen.
- Bijlage 2 bij de gedragsregels bevat een overzicht van de wijzigingen in de privacy-code naar aanleiding van het van toepassing worden van de AVG. De AP adviseert om deze bijlage in overeenstemming met de Aanwijzingen voor de regelgeving te schrappen⁵⁶ en, zo nodig belangrijke punten daaruit op te nemen in de hoofdstukken 4 en 5.

Openbaarmaking van het advies

De AP is voornemens dit advies na vier weken geanonimiseerd 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

⁵⁵ Artikel 37 eerste lid, aanhef en onderdeel c, AVG spreekt over: De verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker wijzen een functionaris voor gegevensbescherming aan in elk geval waarin: de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker hoofdzakelijk is belast met grootschalige verwerking van bijzondere categorieën van gegevens uit hoofde van artikel 9 en van persoonsgegevens met betrekking tot strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten als bedoeld in artikel 10.

⁵⁶ Vgl. de toelichting op aanwijzing 3.61 van de Aanwijzingen voor de regelgeving: Bijlagen waarin louter toelichtende informatie wordt verschaft, behoren niet bij een regeling te worden opgenomen. Eventueel kunnen dergelijke bijlagen worden opgenomen bij de toelichting op de regeling.