



De Minister voor Rechtsbescherming
de heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

Uw brief van
30 december 2019

Contactpersoon

Uw kenmerk
2781226

Onderwerp

Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud

Geachte heer Dekker,

Bij brief van 19 december 2019 is de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) op grond van het bepaalde in artikel 36, vierde lid, van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) geraadpleegd over het concept voor een wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud (hierna: het concept).

Hoofdpunten advies

- 1) De richtlijn impliceert juridische erkenning van de mogelijkheid bij het sluiten van een overeenkomst als tegenprestatie toestemming voor verwerking van persoonsgegevens te geven in plaats van betaling in geld. In het belang van consumentenbescherming ontstaat zo op een principiële punt frictie met de systematiek ter bescherming van persoonsgegevens in de AVG. De formeel onverkorte toepasselijkheid van de AVG volstaat niet om de risico's voor de bescherming van persoonsgegevens te ondervangen.
- 2) Erkenning biedt wel kansen voor meer bescherming door regulering van al bestaande kwalijke praktijken. Er zijn echter ook grote risico's. Oneigenlijke druk op mensen die minder te besteden hebben om inbreuk op grondrechten toe te staan is denkbaar. Door ongelijke machtspositie en te ruime mogelijkheden van toestemming dreigt daarnaast ernstige uitholling van de bescherming van persoonsgegevens.
- 3) Het risico op uitholling moet dan ook eveneens in het consumentenbeschermingsrecht worden ondervangen. Daar wordt echter niet in voorzien. De AP adviseert in de wetgeving vormen van toestemming aan te wijzen die als tegenprestatie vermoed worden onaanvaardbaar te zijn en leiden tot vernietigbaarheid van de overeenkomst.



Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

- 4) Wettelijke bedenktijd in zijn huidige vorm biedt geen bescherming tegen feitelijke verwerking van persoonsgegevens zo lang de overeenkomst nog niet is ontbonden / de toestemming nog niet is ingetrokken. De feitelijke verwerking kan wel worden gestopt, maar de inbreuk op het grondrecht kan niet op dezelfde wijze als bij betaling in geld ongedaan worden gemaakt. Daarom moet er bij toestemming voor verwerking als tegenprestatie altijd bedenktijd zijn én moet aanvang van de feitelijke verwerking in de bedenktijd worden uitgesloten. Dit moet zo nodig op Europees niveau worden geregeld.
- 5) Ook is niet duidelijk hoe in de praktijk wordt gezorgd voor voldoende transparantie voor een 'eerlijke deal'. Gedacht kan worden aan het in beginsel altijd geven van de keuze aan de consument tussen betaling in geld of 'in persoonsgegevens'.
- 6) Ten slotte vraagt de invulling van de verplichting om de verwerking technisch/organisatorisch zo in te richten dat naleving van de AVG en bescherming van de rechten van betrokkenen gewaarborgd zijn in deze context om bijzondere aandacht.

De AP heeft op deze punten bezwaren tegen het concept en adviseert de procedure pas voort te zetten nadat deze zijn ondervangen.

Strekking van het concept

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie in het Burgerlijk Wetboek van twee Europese richtlijnen op het terrein van de consumentenbescherming, de ene voor levering van goederen en de andere voor levering van digitale diensten en inhoud (hierna: de richtlijnen of richtlijn 2019/771 respectievelijk richtlijn 2019/770).¹ De richtlijnen beogen bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en de verwezenlijking van een hoog en zo uniform mogelijk niveau van consumentenbescherming. Een aantal aspecten in het overeenkomstenrecht voor consumenten wordt daartoe geharmoniseerd. De grootste wijziging voor de praktijk is dat zowel voor digitale inhoud (bijv. games, applicaties), digitale diensten (bijv. streaming) als voor goederen met een digitaal element (bijv. een smart TV) consumenten het recht krijgen op (veiligheids-)updates zolang zij die redelijkerwijs mogen verwachten. Daarnaast is een wijziging dat de duur van de omkering van de bewijslast bij een conformiteitsgebrek wordt verlengd van zes maanden naar één jaar.

Belang uit oogpunt van bescherming van persoonsgegevens

De richtlijnen hebben het oog op de bescherming van de consument, terwijl de AVG zich richt op de bescherming van de betrokkene wiens gegevens worden verwerkt. In de praktijk zullen deze regimes in deze context samenloop vertonen nu de consument doorgaans ook de betrokkene zal zijn en bijvoorbeeld

¹ -Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, en

-Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (PbEU L 136).



Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

de eisen aan geldige toestemming in de AVG de betrokkene ook in zijn hoedanigheid van consument bescherming bieden.

Op twee onderwerpen zijn de richtlijnen uit oogpunt van persoonsgegevensbescherming in het bijzonder van belang:

- van het recht op beveiligingsupdates - ook in de sfeer van 'Internet of Things' – mag in algemene zin een bijdrage verwacht worden aan de veiligheid van de verwerking van persoonsgegevens;
- maar meer fundamenteel van belang is dat richtlijn 2019/770 (levering digitale diensten /inhoud de juridische erkenning inhoudt dat 'betalen met persoonsgegevens' mogelijk is: *Deze richtlijn is ook van toepassing als de handelaar digitale inhoud of een digitale dienst aan de consument levert of zich ertoe verbindt die te leveren en de consument de handelaar persoonsgegevens verstrekt of zich ertoe verbindt die te verstrekken (...)*). De achtergrond hiervan wordt uiteengezet in overweging 24 van de richtlijn: *Digitale inhoud of digitale diensten worden dikwijls ook geleverd als de consument geen prijs betaalt, maar aan de handelaar persoonsgegevens verstrekt. Zulke bedrijfsmodellen worden in verschillende vormen gebruikt in een aanzienlijk deel van de markt.* Het is ook dit aspect van 'persoonsgegevens als tegenprestatie' en de samenloop van de richtlijn met de AVG dat de EDPS bracht tot een kritisch advies aan de Raad.²

Persoonsgegevens als tegenprestatie wringt met de systematiek van de AVG op het punt van de vraag of de toestemming wel 'vrijelijk' kan worden gegeven.³ In de AVG is immers neergelegd dat, huiselijk gezegd, het bij een overeenkomst vragen om toestemming voor verwerkingen van persoonsgegevens die niet nodig zijn voor de uitvoering van die overeenkomst op het punt van de vrijelijkheid van de toestemming 'verdacht' is.⁴ Uitleg op Europees niveau (WP 29) stelt ook dat de AVG zich hier in beginsel keert tegen samenvoegen van toestemming en overeenkomst om verwerking als verkapt doel te voorkomen.⁵ Deze richtlijn vooronderstelt en erkent echter juist dat in veel gevallen toestemming wordt gegeven bij wijze van tegenprestatie. Het gaat bij een tegenprestatie ('betaling') evident om voor de uitvoering van de overeenkomst niet noodzakelijke gegevens, aangezien immers ook zonder toestemming of tegen gewone betaling in geld inhoudelijk dezelfde dienst had kunnen worden geleverd.

Van belang is dat wel sprake moet zijn van verstrekking van persoonsgegeven *om* inhoud of dienst geleverd te krijgen en dus van een overeenkomst; het enkel blootgesteld worden aan reclame bij een bezoek aan een website of verzameling van gegevens door een online zoekmachine – waarbij mogelijk wel toestemming wordt gevraagd maar het geven daarvan niet een voorwaarde is - vallen hier bijvoorbeeld (doorgaans) niet onder.⁶

² https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf.

³ Zie de definitie van toestemming in artikel 4, onder 11, van de AVG.

⁴ Artikel 7, vierde lid, van de AVG. Overweging 43 van de AVG overweegt: "[...]De toestemming wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevensverwerkingen ondanks het feit dat dit in het individuele geval passend is, of indien de uitvoering van een overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering."

⁵ WP 259 Richtsnoeren inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679.

⁶ Overweging 25 van richtlijn 2019/770, Toelichting, paragraaf 4.1.



Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

De overwegingen van de richtlijn onderkennen wel dat de bescherming van persoonsgegevens een grondrecht is en dat persoonsgegevens niet kunnen worden beschouwd als een goed. De richtlijn wil echter waarborgen dat consumenten - ook als niet met geld betaald wordt - bij zulke bedrijfsmodellen recht hebben op 'contractuele remedies'. De richtlijn bepaalt daarbij dat geen afbreuk wordt gedaan aan het Unierecht inzake de bescherming van persoonsgegevens en dat bij strijdigheid dat Unierecht ook prevaleert.⁷ Hieruit volgt o.a. dat het recht op wissing van persoonsgegevens en intrekking van toestemming uit de AVG onverkort blijven gelden, ook als sprake is van 'betalen met persoonsgegevens'. Het nationale recht moet wel de gevolgen daarvan regelen.⁸ In de richtlijn en het wetsvoorstel is dan ook opgenomen dat de consument bij intrekking van de toestemming niet langer gebonden is aan de overeenkomst.⁹ Omgekeerd impliceert ontbinding van de overeenkomst intrekking van de toestemming.¹⁰ De handelaar kan na ontbinding de consument elk verder gebruik beletten.¹¹

Aangenomen wordt dat toestemming de enige grondslag is die in aanmerking komt. De consument brengt in deze opzet niet zozeer feitelijk zijn persoonsgegevens in als wel de toestemming voor verwerking daarvan.¹² Deze inbreng van toestemming als tegenprestatie moet scherp worden onderscheiden van verwerkingen die hun grondslag vinden in het 'noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst'. Het gaat immers niet om gegevens die nodig zijn voor de *uitvoering* van een gesloten overeenkomst (zoals bezorging krant, op papier of elektronisch) maar om het geven van toestemming voor verwerkingen als tegenprestatie die noodzakelijk is voor het *aangaan* ervan. Voor het aangaan van een overeenkomst voor levering van exact dezelfde dienst of inhoud hadden partijen ook kunnen afspreken dat een bedrag in geld verschuldigd is. Doordat aparte toestemming als inbreng noodzakelijk is, blijft de beschermende waarde van de toestemmingsvereisten uit de AVG - in elk geval in theorie - onverkort overeind en wordt conceptuele verwarring met de andere op de wil van betrokkene gebaseerde AVG grondslag 'uitvoering overeenkomst' voorkomen.

Dat neemt echter niet weg dat de erkenning door de Europese wetgever in de richtlijn dat toestemming in het kader van een overeenkomst het karakter van tegenprestatie kan hebben bijzonder lastige vragen oproept.

In de eerste plaats is dat het gegeven dat in deze context mensen vaak voor de keuze komen te staan geld te besteden of een inbreuk op hun grondrechten toe te staan. Te vrezen is dat een dergelijke keuze ook wordt beïnvloed door de vraag hoeveel geld men te besteden heeft. Per saldo ontstaat dan het risico dat mensen met minder geld onder druk komen te staan bescherming van persoonsgegevens op te geven, zeker als het om een dienst of informatie gaat die naar de huidige maatstaven normaal gesproken beschikbaar is. Dat zou naar het oordeel van de AP niet een acceptabele situatie zijn.

⁷ Artikel 3, vijfde lid, onder 8, van de richtlijn 2019/770.

⁸ Overweging 39 resp. 40 van richtlijn 2019/770.

⁹ Artikel 16 van de richtlijn, artikel 50ab, vijfde lid, van het concept.

¹⁰ Toelichting, paragraaf 4.2.

¹¹ Artikel 50aj, vierde lid, van het concept.

¹² Toelichting, paragraaf 4.2.



Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

Niet minder lastig zijn daarnaast vragen op het punt van de (vereisten aan de vrije) toestemming en de wijze waarop bescherming tegen onevenredige inbreuken op de grondrechtelijke bescherming van persoonsgegevens vorm moet krijgen.

Advies

Aanvullende waarborgen in het BW

De consument die met geld voor een dienst of inhoud betaalt heeft door de concreetheid van een bedrag in geld een exact beeld van de waarde van de voor de dienst gevraagde tegenprestatie. Dat stelt hem in staat weloverwogen te bepalen of hij bereid en in staat is het gevraagde bedrag te betalen. Ook kent hij exact de gevolgen van betaling: het geld gaat van hem naar de wederpartij en daar blijft het dan ook bij. Als de consument de overeenkomst ontbindt kan het geld eenvoudig worden teruggestort.

De consument die betaalt 'in persoonsgegevens' bevindt zich op al deze punten in een wezenlijk andere positie, ook als de toestemming op zichzelf aan de bekende vereisten uit de AVG voldoet (vrij, ondubbelzinnig, geïnformeerd, specifiek, actief). Anders dan bij een bedrag is vooraf de waarde van de toestemming voor de consument zonder uitvoerige analyse van het businessmodel van de aanbieder nog niet bij benadering te bepalen. Daar komt bij dat binnen de grenzen van de toestemming de persoonsgegevens, anders dan geld, in beginsel onbeperkt vermenigvuldigd, doorgegeven en hergebruikt kunnen worden.

Juist omdat de vooronderstelling is dat betrokkene de verwerkingen zelf heeft gewild is er op grond van de AVG geen principiële begrenzing aan de reikwijdte van de mogelijke verwerkingen waarvoor toestemming kan worden gegeven. Zo lang maar sprake is van een actieve ondubbelzinnige verklaring of handeling waaruit een vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting tot aanvaarding van de verwerking blijkt kan betrokkene in beginsel onbeperkt toestemmen in alle mogelijk verwerkingen.

Aan het consumentenbeschermingsrecht ligt daarentegen sinds jaar en dag de veronderstelling ten grondslag dat particuliere kopers van goederen en afnemers van diensten moeten worden beschermd tegen de machtspositie van de verkoper respectievelijk de dienstverrichter.¹³ Daarbij wordt in de regel dus juist niet enkel vertrouwd op geïnformeerde en vrije wil. Bij betaling in de vorm van persoonsgegevens doet zich de noodzaak van bescherming nog in versterkte mate voor nu dergelijke betaling raakt aan het grondrecht op bescherming van dergelijke gegevens.

De AP heeft begrip voor de wens de consumentenbescherming uit te breiden tot het soort overeenkomsten waarbij in de praktijk als tegenprestatie persoonsgegevens geleverd worden. Zij is echter van oordeel dat de extra risico's voor de bescherming van persoonsgegevens die het gevolg zijn van de erkenning dat toestemming een betaalmiddel kan zijn dan óók opgevangen moeten worden en wel door in het consumentenrecht ook op dit punt extra bescherming te gaan bieden.

¹³ Zie bijv. de overwegingen bij Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Pb1993 L 095).



Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

a. Vermoedelijk onaanvaardbare vormen van toestemming als tegenprestatie

Toezicht op de naleving van de AVG door de AP kan leiden tot optreden indien verwerking van persoonsgegevens niet aan de eisen van de AVG voldoet. Dit biedt echter geen effectieve remedie als toestemmingen op zichzelf aan alle eisen (lijken te) voldoen, maar juist vanwege het karakter van tegenprestatie makkelijk een vorm krijgen die het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens onaanvaardbaar uithollen. Bovendien is toezicht op de naleving naar zijn aard reactief, zodat de schade bij overtreding al is aangericht en - in de context van grootschalige internationale elektronische gegevensuitwisseling - niet zelden onomkeerbaar zal zijn.

In het burgerlijk recht geldt als hoofdregel dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, 'voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'.¹⁴ Er zijn vormen van toestemming waarvan naar het oordeel van de AP op voorhand gesteld kan worden dat deze waarschijnlijk onaanvaardbaar zijn. Uit oogpunt van bescherming in de praktijk is het dan ook naar verwachting veel effectiever op voorhand in de wetgeving in algemene zin aan te geven welke vormen van toestemming als inbreng in een overeenkomst niet aanvaardbaar zijn. Dan is ook in algemene zin duidelijk waar in elk geval aan moet worden voldaan als gekozen wordt voor betaling met persoonsgegevens. Bovendien is van groot belang dat vernietigbaarheid van een overeenkomst een hogere mate van bescherming biedt dan alleen de mogelijkheid toestemming in te trekken. Intrekking van de toestemming laat de rechtmatigheid van de eerdere - mogelijk verwerpelijke - verwerkingen immers op grond van de AVG zelf onverlet.¹⁵

De te implementeren richtlijn beoogt weliswaar volledige harmonisatie, maar dat strekt zich niet uit tot de regels inzake totstandkoming, geldigheid, nietigheid of de gevolgen van overeenkomsten.¹⁶ Hoewel Europese harmonisatie van de hier beoogde bepalingen op termijn wenselijk lijkt en delen van het consumentenrecht ook wel al volledig zijn geharmoniseerd¹⁷, ziet de AP geen belemmering om in elk geval voorlopig de noodzakelijke bepalingen nationaal vast te stellen.

De AP is dan ook van oordeel dat het dringend gewenst is om vormen van toestemming als tegenprestatie te formuleren die vermoed worden onaanvaardbaar te zijn en die leiden tot vernietigbaarheid van de overeenkomst.

De AP geeft in het bijzonder in overweging in dit wetsvoorstel voor de volgende vormen van toestemming een voorziening te treffen:

- toestemming voor verwerkingen zonder duidelijke doelbeperking;
- toestemming voor verwerkingen van bijzondere persoonsgegevens;

¹⁴ Artikel 6:248, tweede lid, BW.

¹⁵ Artikel 7, derde lid, van de AVG.

¹⁶ Artikel 4 en overweging 11 en 12 van richtlijn 2019/770. Ook bijvoorbeeld de richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten bepaalt juist nadrukkelijk dat ter verhoging van het beschermingsniveau van de consument nationaal strengere bepalingen aangenomen mogen worden (Artikel 8 van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Pb1993 L 095)).

¹⁷ Artikel 4 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van (...etc...)).



Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

- toestemming voor verwerkingen die niet of nauwelijks in de tijd zijn begrensd;
- toestemming die doorgifte aan derden niet begrenst in aantal en/of soort partijen;
- toestemming die doorgiften mogelijk maakt naar landen waar geen passend beschermingsniveau is;
- toestemming waarbij de aard en omvang van de verwerkingen of van daarbij betrokken derden onvoldoende duidelijk is gedefinieerd;
- toestemming voor verwerking van bovenmatig veel persoonsgegevens.

Nu het voor betrokkene vrijwel ondoenlijk is om de waarde van zijn toestemming als tegenprestatie in te schatten is er een fors risico dat er makkelijk een wanverhouding kan ontstaan tussen de waarde van de geleverde dienst en de waarde van de gegeven toestemming. Ook op dit punt lijkt een voorziening te moeten worden getroffen, niet alleen uit oogpunt van ongelijke positie tussen consument en aanbieder, maar ook om een inbreuk op het beginsel van dataminimalisatie te voorkomen.

De AP adviseert het wetsvoorstel aan te vullen.

b. Wettelijke bedenktijd, opschorting feitelijke verwerking en EU harmonisatie

Het consumentenbeschermingsrecht voorziet al in een verplichting tot het tijdig geven van voldoende informatie en een algemene bedenktijd van veertien dagen in de vorm van het recht voor de consument om een overeenkomst op afstand of een overeenkomst buiten de verkooppriimte zonder opgave van redenen te ontbinden.¹⁸ Indien toestemming wordt gegeven voor verwerking van persoonsgegevens lijkt het des te meer van belang de betrokkene bedenktijd te gunnen om overrompeling te voorkomen en wel voordat ingrijpende verwerkingen worden verricht. Bij 'betaling in persoonsgegevens' schiet de bestaande algemene voorziening echter in twee opzichten te kort.

In de context van levering van digitale inhoud of dienst zal de consument vaak sterk in verleiding zijn meteen over de dienst of de inhoud te willen beschikken. Het bestaande consumentenbeschermingsrecht faciliteert dit door - voor wat betreft inhoud - te bepalen dat geleverd kan worden zonder bedenktijd als de consument daarvoor uitdrukkelijke voorafgaande toestemming geeft en daarbij afstand doet van zijn recht van ontbinding.¹⁹ De AP is van oordeel dat deze mogelijkheid bezwaarlijk is, omdat het risico van overrompeling in deze context blijft bestaan en dit niet leidt tot overzichtelijk financieel nadeel, maar tot een (mogelijk onoverzichtelijke) inbreuk op de grondrechtelijk gewaarborgde bescherming van persoonsgegevens. Daarvoor zou altijd wettelijke bedenktijd moeten gelden.

Daarnaast is noodzakelijk dat de verwerking van de persoonsgegevens waarvoor toestemming is gegeven niet eerder feitelijk plaatsvindt dan na het verstrijken van de bedenktijd. Indien immers ontbinding moet worden afgewacht kan de bij nader inzien betreurde verwerking al hebben plaatsgevonden terwijl deze - anders dan bij betaling in geld - feitelijk niet meer ongedaan gemaakt kan worden en - gelet op de werking naar de toekomst van het intrekken van toestemming - ook niet hoeft te worden.

¹⁸ Artikel 6:230m BW resp. 6:230o BW.

¹⁹ Artikel 6:230p, onder g, BW.



Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

De AP constateert dat het bestaande consumentenbeschermingsrecht deels Europees is geharmoniseerd zodat daarbinnen gezocht moet worden naar mogelijkheden deze problematiek te adresseren.²⁰ De AP acht het belang hiervan overigens van dien aard dat zo nodig op EU niveau aanpassing moet worden bevorderd.

-De AP adviseert het wetsvoorstel zodanig aan te vullen dat wordt voorzien in verplichte wettelijke bedenktijd met opschorting van de feitelijke verwerking en zo nodig aanpassing van EU regelgeving op dit punt te bevorderen.

Bijzondere aandacht in het licht van de waarborgen van de AVG

Volgens WP29 beoogt het zogenoemde 'koppelverbod' te waarborgen dat 'het doel van de verwerking van persoonsgegevens niet verkapt wordt door of samengevoegd wordt met de uitvoering van een overeenkomst'.²¹ Voor geldige toestemming is dan ook van doorslaggevend belang dat betrokkene bij het aangaan van de overeenkomst volstrekt helder in beeld had dat de toestemming niet ziet op gegevens die nodig zijn voor uitvoering van de overeenkomst, maar dat sprake is van 'betaling'. Dat betekent dat aan de geïnformeerde van de betrokken bij een transactie waarbij betaling met persoonsgegevens wordt gevraagd of toegelaten bijzonder hoge eisen gesteld moeten worden.

Dat zit op de eerste plaats op het gegeven dat in de praktijk van apps en websites de scheidslijn tussen verwerkingen die nodig zijn om de die dienst te kunnen leveren (de app te laten functioneren) en de verwerkingen die daar bovenuit gaan en dienen als betaling vaak lastig te trekken zal zijn. Een helder onderscheid is in deze context echter cruciaal voor een 'eerlijke deal'. De verleiding is immers groot om van deze bijna inherente onduidelijkheid gebruik te maken om het verkrijgen van toestemming op oneigenlijke wijze te vergemakkelijken. Het zal bijzondere inspanningen van toezichthouders en andere partijen vragen om hier tot standaarden voor een acceptabele praktijk te komen. Inspanningen die om actieve ondersteuning vanuit de regering vragen om kans van slagen te hebben.

Uit oogpunt van keuzevrijheid op zichzelf, maar ook uit oogpunt van transparantie ligt het naar het oordeel van de AP voor de hand de betrokkene bij het sluiten van de overeenkomst een heldere keuze voor te leggen tussen betaling van een bepaald concreet bedrag in geld of een daar aan equivalente toestemming voor verwerking van zijn gegevens voor specifieke doeleinden. Indien alleen betaling in persoonsgegevens door de aanbieder wordt geaccepteerd, is immers niet per se duidelijk dat sprake is van 'betaling' en bestaat ook geen inzicht in de equivalente waarde van de toestemming in geld. Ook zal altijd en bij aanvang duidelijk de optie geboden moeten worden om van de koop af te zien.

In de praktijk van apps en websites kan een gebrek aan transparantie vele vormen aannemen. Indien bijvoorbeeld contactgegevens worden verwerkt voor het toesturen van kortingscodes waarbij verdere

²⁰ Artikel 4 jo artikel 16 van richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG (...etc....) (PbEU L 304) laat bijvoorbeeld mogelijk niet onverkort toe dat op het punt van herroeping en bedenktijd alle nodige bepalingen nationaal worden vastgesteld.

²¹ WP 259 Richtsnoeren inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679.



Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

verwerkingen plaatsvinden zal dit er onder omstandigheden op neerkomen dat de betrokkene de kortingscode betaalt met zijn persoonsgegevens.

-De AP adviseert in de memorie van toelichting uiteen te zetten op welke wijze het kabinet beoogt de vereiste mate van keuzevrijheid en transparantie te bevorderen.

-De AP adviseert in de memorie van toelichting uiteen te zetten dat uit het samenspel van richtlijn en AVG volgt dat bij het geven van toestemming bij wijze van betaling het voor de hand ligt betrokkene de keuze te bieden tussen toestemming of een bedrag in geld. In andere gevallen zal bij het aanbod direct anderszins voldoende duidelijk gemaakt moeten worden dat het gaat om koop waarbij toestemming voor verwerking van persoonsgegevens het betaalmiddel is.

Toestemming als enige grondslag

Zoals hierboven uiteengezet is de aanname dat toestemming de enige grondslag is die in aanmerking komt om als tegenprestatie in te brengen in een overeenkomst. De AP onderschrijft deze aanname, maar wijst er op dat volstrekte helderheid hier geboden is. Marktpartijen kunnen immers in verleiding komen toch te bezien of andere grondslagen mogelijk ook kwalificeren. In het bijzonder is denkbaar dat geprobeerd zou kunnen worden de noodzaak tot uitvoering van een andere overeenkomst of zelfs 'gerechtvaardigd belang' als grondslag op te voeren. Naar verwachting zullen dergelijke pogingen uiteindelijk niet slagen, maar door dit eenduidig uit te sluiten kan veel onduidelijkheid worden voorkomen.

-De AP adviseert in de tekst van het wetsvoorstel zelf tot uitdrukking te brengen dat betalen met persoonsgegevens geschiedt door toestemming als tegenprestatie in te brengen in de overeenkomst.

Technische en organisatorische waarborgen

De AVG schept ook in algemene zin een verplichting voor de verwerkingsverantwoordelijke om zowel bij de bepaling van de verwerkingsmiddelen als bij de verwerking zelf passende technische en organisatorische maatregelen te treffen om de nodige waarborgen in de verwerking in te bouwen ter naleving van de voorschriften van de AVG en ter bescherming van de rechten van de betrokkenen.²² In de context van betaling met persoonsgegevens verdient ook de invulling van deze verplichting tot 'privacy by design' bijzondere aandacht.

Zo is de verwerkingsverantwoordelijke bij intrekking van de toestemming verplicht de persoonsgegevens zonder onredelijke vertraging te wissen en opvolgende verkrijgers van de gegevens hiervan zo mogelijk in kennis te stellen.²³ Een soortgelijke verplichting zal overigens ook bestaan indien de overeenkomst vernietigd wordt of nietig blijkt te zijn. Een ongedaanmakingsverplichting is in deze context complexer dan de situatie waarin deze verplichting enkel bestaat uit financiële compensatie. Systemen dienen daarom dan ook zo te zijn ingericht dat dit in de praktijk normaal gesproken mogelijk is. In het bijzonder bij intrekking van de toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens die als betaling dienden en dus mogelijk op grote schaal zijn verspreid kan dit problemen opleveren die zo substantieel zijn dat dit

²² Artikel 25 AVG

²³ Artikel 17 en 19 AVG.



Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

beperkingen stelt aan de mogelijkheden betaling in persoonsgegevens te accepteren. Ook de uitoefening van de overige rechten van betrokkenen dienen te worden gefaciliteerd.

De laatste jaren zijn nieuwe technieken ontwikkeld die het mogelijk maken dat personen controle over hun persoonsgegevens houden, bijvoorbeeld door deze centraal te beheren en beschikbaar te stellen vanuit een persoonlijk identiteitsplatform. Het voorkomen van ongeoorloofde verwerkingen, en op de markt opereren van aanbieders die geen effectieve invulling aan de rechten van betrokkenen bieden, kan dan ook mogelijk technisch in belangrijke mate worden geborgd. Voor zover dit technisch mogelijk is, is het in feite ook verplicht in het licht van het beginsel.

-De AP adviseert in de memorie van toelichting in te gaan op de bijzonder eisen die de AVG bij betaling in persoonsgegevens op deze punten stelt.

Verhouding tot de e-Privacy richtlijn

Het voorstel kent niet alleen een relatie met de AVG maar ook met de zogenoemde e-privacy richtlijn en de nog vast te stellen e-privacy verordening, in het bijzonder artikel 5, derde lid van die richtlijn en de implementatie daarvan in artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet. Het plaatsen en/of uitlezen van gegevens (breder dan persoonsgegevens) is ook op grond van deze bepalingen afhankelijk van toestemming. In de praktijk vragen websites op het internet voor zowel de Telecommunicatiewet als de AVG toestemming tot het gebruik van persoonsgegevens voor diverse commerciële doeleinden. Bij toestemming voor verwerkingen als tegenprestatie zal in veel gevallen dus ook het regime van de Telecomwet aan de orde zijn. De toelichting noemt de richtlijn wel, maar gaat niet in op de verhouding tussen de te implementeren richtlijn, de e-privacyrichtlijn en de toestemming in de zin van de AVG.

-De AP adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

Toezichtlasten

Met de juridische erkenning dat toestemming onder bepaalde voorwaarden een tegenprestatie kan zijn brengt de richtlijn niet alleen nieuw consumentenbeschermingsrecht, maar ook nieuwe uitdagingen in het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Het toezicht op de naleving van de eisen die de AVG aan de toestemming in deze context stelt vraagt immers om nieuwe toezichtinspanningen, waar nodig in afstemming met Autoriteit Consument en Markt.²⁴ Gelet op het brede bereik van dit wetsvoorstel en de complexiteit van de materie is aannemelijk dat gedurende langere tijd extra toezichtinspanningen noodzakelijk zullen zijn. In de memorie van toelichting wordt dit niet onderkend.

-De AP adviseert in de memorie van toelichting de hiermee verbonden toezichtlasten te kwantificeren en mee te nemen als deel van de uitvoeringslasten van het wetsvoorstel.

²⁴ Samenwerkingsprotocol tussen Autoriteit Consument en Markt en Autoriteit Persoonsgegevens, ACM, artikel 9, eerste lid. (Stcrt. 2016, 58078)



Datum
16 april 2020

Ons kenmerk
z2020-00162

Openbaarmaking van het advies

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

Hoogachtend,
Autoriteit Persoonsgegevens,

Drs. C.E. Mur
Bestuurslid