

ADVIES

van prof. mr. G-J. Zwenne en mr. D.V. Bondarchuk
aan Jesper Harmes, Richard Bor
datum 14 mei 2018
kenm. GJZ/BZK/
onderwerp Bewaarbeleid m.b.t. e-mail binnen de rijksoverheid

INLEIDING

- 1 In samenwerking met het Nationaal Archief werkt BZK aan een nieuw, verdergaand geautomatiseerde beleid voor e-mailarchivering (“**bewaarbeleid**” of ook wel “**nieuwe beleid**”). Het nieuwe beleid komt erop neer dat voor de e-mailberichten van ambtenaren bij de rijksoverheid wordt uitgegaan van een bewaartermijn van tien jaren: de berichten die na tien weken nog in de «*inbox*» of «*sent items*» staan worden tien jaar bewaard. Voor zgn. sleutelfunctionarissen, waaronder in elk geval de functies in salarisschaal 16 en hoger vallen, worden e-mailberichten permanent bewaard en na uiterlijk 20 jaar overgebracht naar het Nationaal Archief.
- 2 Het nieuwe beleid introduceert een solide, efficiëntere werkwijze in de organisatie van de rijksoverheid. De noodzaak ervan houdt verband met de grote hoeveelheden e-mailberichten die bij de rijksoverheid worden gegenereerd, waardoor het feitelijk en praktisch onmogelijk is uit te gaan van een handmatig uitgevoerd bewaarbeleid. Ook van belang is dat met het nieuwe beleid beter worden geborgd dat wordt voldaan aan de informatiebeveiligingsvereisten van de rijksoverheid.
- 3 Het bewaren van e-mailberichten is allereerst nodig om te kunnen voldoen aan de vereisten van de Archiefwet (“**Aw**”). Verder maakt het nieuwe beleid het mogelijk dat bewaarde e-mailberichten onder de daarvoor gestelde voorwaarden toegankelijk kunnen worden gemaakt als dat nodig is om te voldoen aan informatieverzoeken met een toereikende wettelijke grondslag, bijvoorbeeld als het gaat om verzoeken gedaan op basis van de Wet openbaarheid van bestuur (“**Wob**”) of in het kader van verantwoordingsverplichtingen, zoals bij de beantwoording van Kamervragen en parlementaire enquêtes, alsmede in het kader van integriteitsonderzoeken en arbeidsgeschillen.
- 4 In dit advies wordt ingegaan op zes (sets van) vragen met betrekking tot het nieuwe bewaarbeleid en de toepassing van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (“**AVG**”).

Date 14 mei 2018
Reference GJZ/Na/

(1) **Verdraagt de voorgenomen werkwijze zich met de beginselen van rechtmatigheid en doelbinding (art. 5, eerste lid, onder a en b, AVG)?**

- **Meer in het bijzonder stelt de AVG beperkingen aan het doorzoeken van e-mailberichten door een werkgever als dat nodig is voor het nakomen van een wettelijke verplichting of de uitoefening van een wettelijke taak (art. 6, eerste lid, onder c en e, AVG)?**

ANTWOORD

- 5 De rijksoverheid kan zich op het standpunt stellen dat het nieuwe bewaarbeleid zich goed verdraagt met de vereisten van rechtmatigheid, behoorlijkheid en transparantie, alsmede van doelbinding (art. 5, eerste lid, onder *a* resp. *b*, AVG).
- 6 Uit de Privacy Impact Assessment of PIA die ten behoeve van het nieuwe bewaarbeleid is opgesteld, blijkt dat de rijksoverheid de verwerking in het kader van het bewaarbeleid nodig zijn, ofwel ter naleving van wettelijke verplichtingen die op de desbetreffende verwerkingsverantwoordelijke (op rijksniveau: de minister)¹ rusten, ofwel voor de vervulling van een taak van algemeen belang of een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen (art. 6 lid 1 onder *c* resp. *e* AVG).
- 7 Waar het gaat om het bewaren van de e-mailberichten, is van belang dat in de preambule van de AVG wordt opgemerkt dat de bepaling waarvan gebruik wordt gemaakt als rechtsgrond voor de oorspronkelijke verwerking, ook kan dienen als 'rechtsgrond voor verdere verwerking' (overw. 50 AVG). Verder kan worden gewezen op de verplichting van artikel 3 Aw. Op grond daarvan wordt van overheidsorganen verlangd dat zij de onder hen berustende archiefbescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat brengen en bewaren. Waar het gaat om het opzoeken, doorzoeken en beschikbaar stellen van bewaarde e-mail moet in elk geval worden gedacht aan de verplichtingen om uit eigen beweging of op verzoek informatie over bestuurlijke aangelegenheden openbaar te maken (art. 3 en 8 Wob), alsmede aan de verplichting van de minister om de door leden van de Tweede en Eerste Kamer verlangde inlichtingen te verstrekken.
- 8 De beide verwerkingsgrondslagen stellen als voorwaarde dat de desbetreffende verwerkingen noodzakelijk zijn voor het naleven van de wettelijke verplichting respectievelijk de taak van algemeen belang of uitoefening van openbaar gezag. Dit betekent dat er niet meer moet worden bewaard dan daarvoor nodig is. In termen van **rechtmatigheid en behoorlijkheid** (art. 5, eerste lid, onder *a*, AVG) wordt dit onder andere geborgd doordat de desbetreffende ambtenaar gedurende tien weken in de gelegenheid wordt gesteld om zelf de e-mailberichten te verwijderen die

¹ Zie over voor de kwalificatie van de «de verantwoordelijke» (en het daarmee overeenstemmende begrip «verwerkingsverantwoordelijke») op rijksniveau: *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p.

Date 14 mei 2018
Reference GJZ/Na/

naar zijn oordeel voor de naleving van de wettelijke plicht of de taak van algemeen belang onnodig zijn.

- 9 Voorstelbaar is nog dat er functionaliteiten worden ontwikkeld die het gemakkelijker maken om e-mailberichten te verwijderen. Er kan worden gedacht aan de functionaliteit die het mogelijk maakt om e-mailberichten als zodanig te markeren, zonder deze actief door de ambtenaar naar een afgeschermd omgeving behoeven te worden verplaatst. Ook kan het nuttig zijn te voorzien in een waarschuwingsfunctie, waarbij de e-mailberichten worden gemarkeerd (bijv. met een kleurcode) die op korte termijn gaan worden gearchiveerd, tenzij daartegen actie wordt ondernomen.
- 10 In termen van **transparantie** (ook art. 5, eerste lid, onder *a*, AVG) gaat het erom dat de desbetreffende ambtenaar goed en volledig daarover wordt geïnformeerd. Een punt van aandacht is dat ook de anderen, over wie persoonsgegevens zijn opgenomen in het desbetreffende e-mailbericht, worden geïnformeerd. Voor de hand ligt om ten minste in ieder e-mailbericht tekst daartoe op te nemen, wellicht met daarbij een verwijzing (link) naar een uitgebreidere privacyverklaring waarin alle in relevante informatie (zie art. 12 t/m 14 AVG) wordt gegeven.
- 11 Ook kan wellicht, waar e-mailadressen van rijksambtenaren bekend worden gemaakt, worden aangegeven dat op de daar naartoe verstuurd berichten het zgn. «e-mailbewaarbeleid van de rijksoverheid» van toepassing is. Ten slotte ligt voor de hand om bij de rijksambtenaren onder de aandacht te brengen dat het, om deze redenen, wordt afgeraden om privéberichten vanuit werkaccounts te versturen.
- 12 In termen van **doelbinding** (art. 5, eerste lid, onder *b*, AVG) is er weliswaar sprake van een verdere verwerking, echter deze zal in beginsel niet als onverenigbaar met het verzameldoel worden aangemerkt.² Daarbij komt uiteraard betekenis toe aan de opmerkingen gemaakt in de preambule van de AVG (overw. 50) en de tweede zin van de desbetreffende bepaling (art. 5, eerste lid, onder *b*, AVG) over archivering, namelijk dat:

“de verdere verwerking met het oog op archivering in het algemeen belang, [...] wordt niet als onverenigbaar de oorspronkelijke doeleinden beschouwd.”
- 13 Evenals bij de vereisten met betrekking tot rechtmatigheid en behoorlijkheid (art. 5, eerste lid, onder *a*, AVG) is van belang dat er wordt geborgd dat er niet teveel (want niet voor de naleving van wettelijke plichten en/of taak van algemeen belang relevante) e-mailberichten worden bewaard. En daarvoor is dan weer van belang dat de desbetreffende ambtenaar binnen de tien wekentermijn zelf de berichten kan uitzonderen die naar zijn oordeel niet relevant zijn.

² *Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 3, p. 37.*

Date 14 mei 2018
Reference GJZ/Na/

14 Voor de doelbinding is verder relevant dat de mogelijke gevolgen voor de betrokkenen (d.w.z. de desbetreffende ambtenaar en anderen) van het bewaren van de berichten en het op- of doorzoeken daarvan, niet onevenredig en nadelig zijn (art 6, vierde lid, onder d, AVG). En daarvoor is van belang dat, in het geval van een informatieverzoek, bij de besluitvorming daarover hoe dan ook de privacybelangen van deze ambtenaar worden afgewogen tegen het belang bij openbaarmaking (bijv. o.g.v. art. 10, eerste lid, onder d resp. tweede lid, onder e, Wob of art. 15, eerste lid, onder a, Aw). Oftewel, als e-mailberichten gedurende tien jaar, en in geval van sleutelfunctionarissen permanent, worden bewaard is daarmee niet gezegd dat daarmee de persoonlijke levenssfeer van de desbetreffende ambtenaar (of anderen over wie het bericht persoonsgegevens bevat) wordt aangetast, en als dat zou gebeuren, dan alleen na een belangenafweging.

(2) Verdraagt het nieuwe bewaarbeleid zich met het beginselen van minimale gegevensverwerking en gegevensbescherming door ontwerp (resp. (art. 5, eerste lid, onder c en art. 25, eerste lid, AVG)?

- **En is het nodig een uitzondering te maken voor die functionarissen (vertrouwenpersonen, OR-leden, bedrijfsartsen, integriteitscoördinatoren of de beveiligingsautoriteit) die met informatie werken die niet relevant is voor de werkgever vanuit een verantwoordingsplicht?**

ANTWOORD

15 Als is voldaan aan de doelbindingsvereiste (art. 5, eerste lid, onder b, AVG) zal al snel ook moeten zijn voldaan aan het gegevensminimalisatievereiste, zijnde het vereiste dat de te bewaren gegevens toereikend zijn, ter zake dienend en beperkt tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt (art. 5, eerste lid, onder c, AVG). Immers, wat al dan niet heeft te gelden als toereikend, terzake dienend en beperkt tot wat noodzakelijk is, wordt bepaald aan de hand van de doeleinden waarvoor de gegevens worden verzameld.

16 De doorgaans voor het bewaren van e-mailberichten aanbevolen bewaartermijnen zijn doorgaans (veel) korter dan de tien jaartermijn waarvan het bewaarbeleid uitgaat.³ Echter, gelet op de in het voorgaande genoemde wettelijke verplichtingen, komen de in het bewaarbeleid gehanteerde termijnen niet als onredelijk voor. In elk geval zijn deze termijnen, ook in het licht van een aantal recente incidenten zoals het bonnetje in de zgn. Teeven-deal, goed verdedigbaar.

³ In het Vrijstellingsbesluit, dat vaak gebruikt wordt als uitgangspunt voor het vaststellen van bewaartermijnen, suggereert een bewaartermijn van twee jaren. voor verschillende typen verwerkingen (ook door de overheid) en ten aanzien van verwerkingen bij ICT toepassingen (art. 32, zesde lid Vrijstellingsbesluit) zelfs van een termijn van 6 maanden. In een (al wat oudere) opinie van de Artikel 29 Werkgroep (WP 55, p. 20) voor het bewaren van e-mails een drie maandentermijn.

Date 14 mei 2018
Reference GJZ/Na/

17 Ook waar het gaat om het beginsel van *privacy-by-design* (art. 25, eerste lid, AVG) lijkt het bewaarbeleid te voldoen aan de gestelde vereisten. Wél komt daarbij meer betekenis toe aan de functionaliteiten waarmee het voor de ambtenaar gemakkelijker wordt om irrelevante e-mailberichten te kunnen uitsluiten (zie randnr. 9 van dit advies). Het zijn dergelijke functionaliteiten (of *tools*) die, gelet op de doeleinden waarvoor de gegevens worden verwerkt, eraan bijdragen dat aan de vereisten van de verordening wordt voldaan.

(3) Verdraagt de voorgenomen werkwijze zich met het beginsel van opslagbeperking (art. 5, eerste lid, onder e, AVG)?

- **Is het nodig om e-mails die worden opgeslagen binnen de rijksoverheid (na verloop van tijd) te ontdoen van persoonsgegevens of bijzondere persoonsgegevens?**
- **Is het nodig om e-mails ten behoeve van het archief te ontdoen van persoonsgegevens of bijzondere persoonsgegevens voordat deze wordt overgedragen c.q. openbaar wordt (op termijn) in het kader van de Archiefwet?**

ANTWOORD

18 De omschrijving van het beginsel van opslagbeperking (art. 5, eerste lid, onder e, AVG) voorziet nadrukkelijk in een langere bewaartermijnen voor zover het gaat om de opslag van persoonsgegevens voor archiveringsdoeleinden in het algemeen belang, onder de voorwaarde dat de bij de verordening vereiste passende technische en organisatorische maatregelen worden getroffen om de rechten en vrijheden van de betrokkene te beschermen. Er zijn een aantal maatregelen genomen, waarvan de belangrijkste liggen in het mogelijk maken dat de desbetreffende ambtenaar zelf ervoor kan zorgen dat e-mailberichten niet worden bewaard gegevens, alsmede in de aan deze ambtenaar en andere betrokkenen verstrekte informatie.

19 Vanuit het perspectief van gegevensbescherming zou het de voorkeur hebben om bewaarde e-mailberichten zoveel mogelijk te ontdoen van persoonsgegevens en bijzondere gegevens. Echter, dat lijkt in het licht van de doeleinden waarvoor de gegevens worden bewaard, niet goed haalbaar. De verwijdering van persoonsgegevens en bijzondere gegevens op voorhand doet afbreuk aan het algemeen belang van archivering en het belang dat informatie over bestuurlijke aangelegenheden openbaar kan worden gemaakt. Om niettemin te voorkomen dat de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen ten onrechte wordt aangetast, zal daarom overeenkomstig besluitvorming met belangenafweging moeten plaatsvinden. Als er een Wob-verzoek wordt gedaan, moet worden bepaald of de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen onevenredig wordt aangetast (art. 10, eerste lid, onder d, en tweede lid, onder e, Wob). En als het gaat om de openbaarmaking van archiefbescheiden dat worden gedaan door zonedig voor een bepaalde termijn beperkingen

Date 14 mei 2018
Reference GJZ/Na/

te stellen aan de openbaarheid stellen met het oog op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 15, eerste lid, onder a, Aw).

20 Voor zover het gaat om het verwerkingsverbod van bijzondere categorieën van persoonsgegevens worden in artikel 2a Aw uitzonderingen gegeven.

(4) Hoe kan het beste worden voldaan aan het kenbaarheidsprincipe voor medewerkers indien de nieuwe werkwijze wordt ingevoerd, en op welke wijze geldt dat voor derden buiten de rijksoverheid?

ANTWOORD

21 In het voorgaande (zie randnrs. 10-11 van dit advies) is kort uiteengezet op welke wijze de desbetreffende ambtenaren en andere betrokkenen kunnen worden geïnformeerd. Voor de hand ligt om ten minste in ieder e-mailbericht tekst daartoe op te nemen, wellicht met daarbij een verwijzing (link) naar een uitgebreidere privacyverklaring waarin alle in relevante informatie (zie art. 12 t/m 14 AVG) wordt gegeven.

22 Ook kan wellicht, op die plekken waar e-mailadressen van rijksambtenaren bekend worden gemaakt, worden aangegeven dat op de daar naartoe verstuurd berichten het zgn. «e-mailbewaarbeleid van de rijksoverheid» van toepassing is. Ten slotte ligt voor de hand om bij de rijksambtenaren onder de aandacht te brengen dat het, om deze redenen, wordt afgeraden om privéberichten vanuit werkaccounts te versturen.

(5) Is het noodzakelijk voorzieningen te treffen t.a.v. het recht op inzage en het recht wijziging dan wel verwijdering voor derden (burgers, bedrijven) die via e-mail informatie met medewerkers van het Rijk uitwisselen?

ANTWOORD

23 Er moeten hiervoor voorzieningen worden getroffen. Elke verwerkingsverantwoordelijke is in beginsel gehouden om te reageren op de verzoeken van betrokkenen.

24 Wel voorziet de wet (art. 45, eerste lid, Uavg) in enkele specifieke uitzonderingen voor zover het gaat om de verwerking van persoonsgegevens die deel uitmaken van archiefbescheiden die berusten in een archiefbewaarplaats (i.d.z.v art. 1, onder f, Aw). In die gevallen zijn inzage- en verbeteringsrechten (art. 15 en 16 AVG), alsmede het recht op beperking van de verwerking in verband met een betwisting van de juistheid van gegevens (art. 18, eerste lid onder a, AVG) en gegevensoverdraagbaarheid (art. 20 AVG) niet van toepassing. Wel heeft de betrokken het recht om Inzage te verkrijgen, tenzij dit verzoek zodanig ongericht is dat deze in redelijkheid niet kan worden ingewilligd (art. 45, tweede lid, Uavg) en het recht om een ei-

Date 14 mei 2018
Reference GJZ/Na/

gen lezing aan een archiefbescheiden toe te voegen, in geval van onjuiste persoonsgegevens (art. 45, derde lid, Uavg).

- 25 In aanvulling daarop kan mogelijk gebruik worden gemaakt van een van de algemene uitzonderingen waarin de wet voorziet. Zo hoeft niet te worden voldaan aan verzoeken gebaseerd op de artikelen 15 t/m 21 AVG voor zover dat noodzakelijk en evenredig is ter waarborging van de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen, waaronder de verwerkingsverantwoordelijke zelf (art. 41, eerste lid, onder i, AVG). In de rechtspraak over het inzage-recht van artikel 35 Wbp is uitgemaakt dat de verwerkingsverantwoordelijke in dat geval moet aannemelijk maken dat de kosten in verband met het voldoen aan een inzageverzoek

“zodanig disproportioneel zijn, dat hij in een van zijn rechten en vrijheden wordt aangetast of dreigt te worden aangetast (TK 1997-1998, 25892, nr. 3, p. 171)”.⁴

- 26 Een en ander doet er uiteraard niet aan af dat de rijksoverheid bij het inrichten en vormgeven van haar bewaarbeleid wel zoveel mogelijk ervoor moet zorgdragen dat er kan worden voldaan aan verzoeken op grond van de verschillende rechten van betrokkenen (*privacy-by-design*).

27 Is het noodzakelijk encryptie toe te passen op opslag van e-mails van de rijksoverheid vanwege de aanwezigheid van persoonsgegevens of bijzondere persoonsgegevens?

- 28 Encryptie of versleuteling is een van de maatregelen die in de AVG worden genoemd als een voorbeeld van maatregelen die kunnen worden getroffen ter beveiliging van persoonsgegevens. Er is geen absolute verplichting om deze specifieke maatregel te implementeren. De verordening vereist dat maatregelen worden geïmplementeerd die zijn afgestemd op de aard, omvang, context en de verwerkingsdoeleinden van de verwerking en de eventuele risico's daarvan voor de rechten en vrijheden van personen.

- 29 In de PIA wordt vastgesteld dat de risico's van de verwerking gering zijn. Daarbij komt dat de verwerkte gegevens slechts in uitzonderlijke gevallen bijzondere gegevens zullen bevatten. Op basis daarvan kan het standpunt worden ingenomen dat encryptie niet noodzakelijk is, maar wellicht wel wenselijk.

⁴ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4663, r.o. 3.6.1.