

MEMO

Utrecht, 25 mei 2018

Aan: Dineke Philipse (CLC-Vecta)
C.C.:
Van: Thijs van Liempd
Betreft: Profielen artiesten op website

Beste Dineke,

Jij vroeg mij om te beoordelen of het opstellen van profielen van artiesten zonder gebruik van een foto en zonder dat deze artiest onder het management van het artiestenbureau ('de Aanbieder') valt rechtsgeldig is.

Voor de beoordeling van deze situatie is van belang om te beoordelen of een dergelijke handeling is toegestaan op grond van de Algemene Verordening Gegevensbescherming ('AVG'). Denkbaar is ook dat de Aanbieder de consument (kan zowel een bedrijf als natuurlijk persoon zijn) misleidt door zich voor te doen als management.

Ik ga eerst in op de AVG en vervolgens zal ik de misleiding bespreken. Ik sluit af met een aantal do's en don't's. In dit memo wordt geen aandacht geschonken aan het auteursrecht en/of portretrecht dat rust op foto's. Eventueel gebruik van een foto is dus aan nadere regels gebonden.

AVG

AVG van toepassing

De vraag is of het opstellen van profielen onder de werkingssfeer van de AVG valt. Aangezien de Aanbieder profielen online plaatst, is sprake van een geheel of gedeeltelijke geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (het profiel kan namelijk worden herleid naar een natuurlijk persoon). Dat betekent dat de verplichtingen uit de AVG van toepassing zijn.

Rol Aanbieder

De vervolgvraag is of de Aanbieder "Verwerkingsverantwoordelijke" of "Verwerker" is in de zin van de AVG. De Verwerkingsverantwoordelijke is degene die het doel en de middelen vaststelt voor het opstellen van de profielen. De Verwerker is degene die ten behoeve van de Verwerkingsverantwoordelijke de verwerking uitvoert. De Aanbieder kan als Verwerkingsverantwoordelijke worden aangemerkt, omdat de Aanbieder bepaalt op basis van welke informatie zij de profielen opstelt en welke middelen zij daarvoor gebruikt (indeling website, welke artiesten komen daarop etc.).

Verplichtingen Aanbieder

De AVG bevat vele verplichtingen voor de Verwerkingsverantwoordelijke, bijvoorbeeld het bijhouden van een verwerkingsregister, het sluiten van een verwerkersovereenkomst en eventueel het uitvoeren van een gegevensbeschermingseffectbeoordeling (ofwel PIA). Deze laat ik echter buiten beschouwing in dit memo. Voor dit memo zijn de volgende criteria van belang om te beoordelen:

1. De Aanbieder heeft een welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doel voor het opstellen van de profielen;
2. De Aanbieder verwerkt persoonsgegevens op een wijze die ten aanzien van de artiesten:
 - a. Rechtmatig is (lees: grondslag voor de verwerking);
 - b. Behoorlijk en transparant is (lees: informatieverplichting richting artiesten);
3. De Aanbieder moet zo min mogelijk persoonsgegevens verwerken (data minimalisatie);
4. De persoonsgegevens van de artiesten moeten juist zijn;
5. De Aanbieder bewaart de persoonsgegevens niet langer dan noodzakelijk voor het doel waarvoor zij zijn verwerkt;
6. De Aanbieder neemt passende technische of organisatorische beveiligingsmaatregelen.

Doel van het opstellen van profielen

De Aanbieder wenst met het opstellen van profielen een totaalaanbod in kaart te brengen van artiesten. De keten ziet er als volgt uit: i) consument of bedrijf doet aanvraag van een artiest bij de Aanbieder → de Aanbieder vraagt via agent/management/bureau/artiest zelf of artiest beschikbaar is → als artiest beschikbaar is, bemiddelt de Aanbieder tussen de consument/het bedrijf en de artiest (of zijn management). De consument/het bedrijf betaalt aan de Aanbieder een fee voor de bemiddeling. Doel van het opstellen is dus tweeledig: i) in kaart brengen van het aanbod en ii) zorgen dat de consument/het bedrijf via de Aanbieder boekt, zodat de Aanbieder een bemiddelingsfee in rekening kan brengen.

Grondslag voor het opstellen van de profielen

De AVG onderscheidt de grondslagen voor verwerking van persoonsgegevens en verwerking van bijzondere persoonsgegevens (lidmaatschap vakbond, gezondheidsgegevens, politieke voorkeur etc.). Ik ga ervan uit dat de profielen geen bijzondere persoonsgegevens bevatten. Mocht dat anders zijn, dan hoor ik het graag. Voor de verwerking van de overige persoonsgegevens geldt dat de Aanbieder aan één van de volgende grondslagen moet voldoen om profielen op te maken – ongeacht de vraag uit welke bronnen de profielen zijn samengesteld:

- a) De artiest heeft toestemming gegeven voor de verwerking voor een of meer specifieke doeleinden (lees: toestemming voor opstellen profiel op de website);
- b) Het opstellen van het profiel is noodzakelijk voor de (voorbereiding op de) uitvoering van een overeenkomst die de Aanbieder met de artiest heeft;
- c) De Aanbieder is wettelijk verplicht om een profiel op te stellen;
- d) Het opstellen van het profiel is noodzakelijk om de vitale belangen (denk aan een situatie van levensgevaar) van de artiest te beschermen;
- e) Het opstellen van het profiel is noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of een taak in de uitoefening van het openbaar gezag (lees: grondslag voor overheidsinstanties);

- f) De Aanbieder heeft een gerechtvaardigd belang dat zwaarder weegt dan het privacybelang van de artiest.

De Aanbieder kan naar mijn mening geen beroep doen op sub b, omdat de Aanbieder geen overeenkomst heeft met de artiest. Sub c is ook geen mogelijkheid voor de Aanbieder, omdat het opstellen van een profiel van de artiest niet uit enige wet voor de Aanbieder voortvloeit. Daarnaast is het opstellen van een profiel ook niet noodzakelijk om een vitaal belang van de artiest te beschermen (sub d). De Aanbieder is verder geen overheidsinstantie, zodat sub e ook geen grondslag biedt. Dan resteren alleen sub a en f.

Sub f: Gerechtvaardigd belang

Aangenomen dat toestemming vragen onwenselijk/onwerkbaar is bij iedere artiest (of zijn rechtsgeldige vertegenwoordiger) moet ik beoordelen of de Aanbieder een gerechtvaardigd belang heeft dat zwaarder weegt dan het privacybelang van de artiest. Naast de aanwezigheid van het gerechtvaardigd belang is onderdeel van de toets van deze grondslag of i) het opstellen van het profiel in verhouding staat tot de inbreuk voor de artiest en ii) het doel niet op een voor de artiest minder nadelige manier kan worden bereikt.

Aan de zijde van de Aanbieder gelden de volgende belangen/afwegingen:

1. De Aanbieder wenst een zo breed mogelijk aanbod aan te bieden, zodat consumenten/bedrijven via hen kunnen boeken (ook als de Aanbieder de artiest niet onder contract heeft staan);
2. De artiest heeft publieke bekendheid (of wenst die te verkrijgen);
3. Bij het aanbieden via meerdere kanalen heeft de artiest meer kans dat hij geboekt wordt en als dat via de Aanbieder gaat, ontvangt de Aanbieder een bemiddelingsfee (win-win situatie);
4. Het profiel is gebaseerd op openbare informatie, zoals google, promotiemails/-materiaal vanuit artiest zelf of management/bureau of profielen (met toevoegingen vanuit de Aanbieder) die de artiest zelf heeft opgesteld.

Aan de zijde van de artiest gelden de volgende belangen/afwegingen:

1. Ondanks publieke bekendheid heeft artiest nog steeds recht om niet overal genoemd te worden. Hij heeft nog steeds recht op zijn privacy;
2. De artiest wil zelf bepalen met wie hij samenwerkt/door wie hij wordt aangeprezen;
3. De artiest heeft geen invloed op de uiteindelijke tekst van het profiel, zodat die wellicht onjuistheden bevat;
4. Schijn van vertegenwoordiging van de Aanbieder ligt op de loer. De Aanbieder kan suggereren dat hij de manager is van de artiest, terwijl dit feitelijk niet zo is;
5. Via de Aanbieder betaalt de consument mogelijk meer dan rechtstreeks bij de artiest of zijn management.

Deze belangen dienen tegenover elkaar afgewogen te worden, waarbij ik opmerk dat dit een individuele afweging per artiest is. Het privacybelang van de ene artiest kan zwaarder wegen dan die van een andere artiest.

In zijn algemeenheid is te betogen dat het gerechtvaardigd belang van de Aanbieder zwaarder weegt dan het privacy belang die van de artiest. Het beroep van artiest brengt nu eenmaal met zich mee dat hij/zij publiekelijke bekendheid krijgt. Bovendien wenst een artiest in zijn algemeenheid ook publiekelijke bekendheid, omdat de artiest afhankelijk is van boekingen. Van belang is uiteraard wel dat de Aanbieder niet de schijn wekt dat de artiest binnen haar management valt, terwijl dat feitelijk niet zo is. Dat zal duidelijk moet zijn voor de consument/het bedrijf. Daarnaast is de inbreuk beperkt, omdat enkel een naam en omschrijving worden gepubliceerd. Deze inbreuk is relatief klein, zodat de inbreuk in verhouding staat ten opzichte van het belang om een profiel op te stellen. Daarnaast kan het doel – het in kaart brengen van het totaalaanbod – ook niet op een minder nadeligere manier worden bereikt, omdat ieder aanbod een naam moet bevatten en een korte omschrijving van het profiel van de artiest om de consument/het bedrijf voldoende te kunnen informeren.

Sub a: Toestemming

Zoals gezegd moet een individuele afweging gemaakt worden per artiest. Mocht de Aanbieder tot de conclusie komen dat zijn/haar belang niet zwaarder weegt dan die van de artiest, dan resteert enkel toestemming van de artiest (of een rechtsgeldige vertegenwoordiger) om een profiel op te mogen stellen en te mogen plaatsen op de website. De vereisten aan een rechtsgeldige toestemming zet ik hieronder uiteen.

De toestemming moet vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig zijn gegeven. Dat betekent dat een artiest geen nadelige gevolgen mag ondervinden van het onthouden van toestemming, waarbij het niet plaatsen op de website niet als nadelig gevolg mag worden beschouwd. Daarnaast moet de toestemming zijn gegeven voor een specifiek doel (in dit kader het opstellen van de profielen die op de website worden geplaatst). Verder moet de Aanbieder de artiest informeren over zijn/haar identiteit, het doel van de verwerking waarvoor toestemming wordt gevraagd, welke persoonsgegevens de Aanbieder gebruikt en dat de artiest altijd de toestemming weer kan intrekken met gevolg dat het profiel van de website wordt verwijderd. Als laatste moet de toestemming ondubbelzinnig zijn, wat betekent dat sprake moet zijn van een actieve handeling. Hierbij merk ik op dat het versturen van informatiebrochures door de artiest (of zijn management/bureau) aan de Aanbieder niet als een actieve handeling valt te beschouwen.

Als aan deze vereisten is voldaan en de aanbieder heeft toestemming verkregen, dan mag hij/zij het profiel op de website plaatsen.

Informatieverplichting

De AVG bepaalt dat als de Aanbieder persoonsgegevens van de artiest zelf krijgt voor het opstellen van het profiel van de artiest dat de Aanbieder de artiest moet informeren. De huidige gang van zaken maakt naar mijn mening dat de Aanbieder niet (snel) persoonsgegevens ontvangt van de artiest (of zijn management/bureaus) met als doel om profielen op de website te openbaren. De vereisten aan de informatieverplichting in dit geval bespreek ik dan ook niet.

Wel bespreek ik de informatieverplichting aan de artiest als de Aanbieder de informatie over de artiest niet via hem/haar verkrijgt. Ook als de artiest geen weet heeft van de informatieverzameling, moet de Aanbieder de artiest informeren over:

- a) De identiteit en contractgegevens van de Aanbieder (of zijn/haar vertegenwoordiger);
- b) Indien van toepassing: de contactgegevens van de functionaris gegevensbescherming;
- c) Het doel van het opstellen van de profielen en de grondslag (gerechtvaardigd belang of toestemming) daarvoor. Als het gerechtvaardigd belang wordt gebruikt, moet de belangenafweging aan de artiest worden medegedeeld. Als toestemming wordt gebruikt moet aan de artiest worden medegedeeld dat hij/zij deze altijd kan intrekken;
- d) Welke persoonsgegevens worden gebruikt (in ieder geval naam);
- e) Of het profiel wordt doorgegeven aan een land buiten de EER/EU. Als dat het geval is moet ook beschreven worden of aan aanvullende eisen uit de AVG is voldaan;
- f) De bewaartermijn van de gegevens (lees: hoelang blijven de profielen openbaar);
- g) De rechten van de artiest op inzage, rectificatie, wissing van persoonsgegevens of het recht om bezwaar te maken tegen het opstellen van het profiel dan wel het recht op gegevensoverdraagbaarheid (dataportabiliteit) en het recht om de verwerking (tijdelijk) te beperken. Van belang is dat de AVG per recht een aantal eisen daaraan stelt. Met andere woorden de rechten zijn niet absoluut;
- h) Dat de artiest het recht heeft om een klacht bij de Autoriteit Persoonsgegevens (toezichthouder AVG) in te dienen;
- i) De bron van de gegevens (google, informatiebrochure etc.);
- j) Of profiling dan wel geautomatiseerde besluitvorming plaatsvindt.

Het tijdstip van informeren van de artiest is i) binnen een redelijke termijn, maar uiterlijk binnen één maand na het opstellen van het profiel, ii) als het profiel ook wordt gebruikt om te communiceren met de artiest: uiterlijk op het moment van contact of iii) uiterlijk op het moment dat het profiel online wordt geplaatst.

Als niet aan de informatieverplichting wordt voldaan, is het plaatsen van het profiel onrechtmatig.

Overige aandachtspunten

Zoals hiervoor uiteengezet moeten zo min mogelijk persoonsgegevens worden gebruikt bij het opstellen van het profiel (less is more). Daarnaast moet de informatie juist zijn en moet de Aanbieder kunnen onderbouwen dat de informatie steeds juist is (en dus niet achterhaald). Verder moet de Aanbieder nadenken hoelang een profiel online blijft, waarbij een termijn “voor zolang als noodzakelijk” niet voldoende specifiek is. Vanzelfsprekend moet de Aanbieder de website voldoende beveiligen. Wat voldoende beveiligd is hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.

Tussenconclusie

Als de Aanbieder aan alle voorgaande eisen voldoet, dan is het opstellen en plaatsen van het profiel op de website in lijn met de eisen uit de AVG. Voldoet de Aanbieder echter niet aan één van de eisen, dan is het opstellen en het plaatsen van het profiel in strijd met de AVG.

Misleiding

De Aanbieder moet ervoor zorgen dat hij/zij de consument/het bedrijf niet misleidt door de verwachting te wekken dat de Aanbieder het management/de vertegenwoordiger is van de artiest. Hier mag dus geen

enkele verwarring over bestaan, wat in praktijk betekent dat de Aanbieder een tekst op moet nemen op de website of bij de profielen dat de Aanbieder niet het management van de artiest voert, maar enkel bemiddelt.

Do's and dont's

Uit het voorgaande volgen een aantal do's and dont's. Deze zet ik hieronder uiteen:

Do's

1. Stel een privacystatement op waarin het doel voor het verwerken van de persoonsgegevens, het gerechtvaardigd belang en de overige eisen uiteen wordt gezet. Bij het ontbreken van een gerechtvaardigd belang, vraag toestemming aan de artiest en zorg voor bewijs daarvan;
2. Stuur het privacystatement (per e-mail of via een andere weg) binnen de daarvoor geldende termijn toe aan (het management van) de artiest en zorg voor bewijs dat statement is gelezen/geopend.
3. Neem zo min mogelijk en juiste persoonsgegevens op in het profiel;
4. Stel een bewaartermijn vast of bouw een beoordelingsmoment in waarin de aanwezigheid van het gerechtvaardigd belang wordt getoetst;
5. Bij een eventueel bezwaar van de artiest tegen het opstellen en/of opnemen van het profiel op de website: beoordeel het verzoek en bij honorering daarvan verwijder, het profiel van de website;
6. In geval de Aanbieder niet het management van de artiest is: maak duidelijk dat enkel wordt bemiddeld.

Dont's

1. Ervan uitgaan dat openbare of toegestuurde informatie altijd gebruikt mag worden voor het opstellen en publiceren van profielen van artiesten;
2. De artiest niet informeren over het bestaan van het profiel en over de verkregen informatie voor het opstellen van het profiel;
3. Bewaartermijn niet vaststellen;
4. Niet periodiek evalueren van noodzakelijkheid en juistheid profiel;
5. Rechten van artiest niet in acht nemen;
6. De indruk wekken dat de Aanbieder het management voert voor de artiest, terwijl dat in feite niet zo is.

Nogmaals, in dit memo ben ik niet ingegaan op portretrechten, merkrechten en dergelijke. Het is denkbaar dat het plaatsen van een foto (zonder toestemming) inbreuk kan maken op portretrechten van de artiest.

Mochten er nog vragen zijn, dan hoor ik het graag.

Vriendelijke groet,

Thijs van Liempd
DVAN Advocaten