

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/jenv

Registratienummer
2161494

Aan de Koning

Datum 8 december 2017
Onderwerp Nader rapport inzake het voorstel van wet houdende regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van de Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119) (Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming)

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 15 juni 2017, nr. 2017000979, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 10 oktober 2017, no. W03.17.0166/II, bied ik U hierbij aan.

1. Inleiding

Graag onderschrijven wij de constatering van de Afdeling advisering van de Raad van State (de Afdeling advisering) dat de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) geen gemiddelde verordening is. Niet alleen materieel is er sprake van een bijzondere verordening omdat de AVG dient ter bescherming van een fundamenteel recht maar, gezien de richtlijn-achtige kenmerken van de AVG, is het ook formeel geen doorsnee verordening. En daarmee is de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensverwerking (Uitvoeringswet) ook geen gemiddelde Uitvoeringswet. Weliswaar behoeft het merendeel van de bepalingen van de AVG geen omzetting in nationaal recht, sterker nog mag het merendeel van de bepalingen niet worden omgezet omdat deze op grond van de AVG straks rechtstreeks van toepassing zijn, toch bevat de Uitvoeringswet op onderdelen ook zelf belangrijke materiële normen. Na 25 mei 2018 zal de Uitvoeringswet dan ook in nauwe samenhang met de AVG het kader vormen dat verwerkingsverantwoordelijken in acht moeten nemen, waaraan gegevensverwerkingen dienen te voldoen en waaraan betrokkenen hun rechten ontlennen.

Ook kunnen we ons vinden in de constatering van de Afdeling advisering dat de beginselen van de verwerking van persoonsgegevens in hoofdlijnen overeenkomen met hetgeen nu op grond van de huidige Richtlijn 95/46/EG (de richtlijn) en de daarop gebaseerde Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) al geldt. De meest ingrijpende gevolgen zullen voelbaar zijn voor de verwerkingsverantwoordelijken, maar deze wijzigingen vloeien stuk voor stuk direct voort uit de AVG. Het voorliggende wetsvoorstel is gebaseerd op de ruimte die de AVG biedt voor nationale keuzes. Omwille van de uitvoerbaarheid en om de implementatietermijn niet in gevaar te laten komen, is er in het wetsvoorstel zeer uitdrukkelijk voor gekozen om, daar waar het mogelijk is, over te nemen hetgeen nu ook al geldt op grond van de Wbp. Voor deze zogenaamde 'beleidsneutrale' implementatie is niet alleen gekozen vanwege de noodzaak om de Uitvoeringswet tijdig tot stand te brengen, maar uitdrukkelijk ook om ervoor te zorgen dat er niet (nog) meer wijzigt voor met name de verwerkingsverantwoordelijken (en in mindere mate voor verwerkers en betrokkenen) dan strikt noodzakelijk is op grond van de AVG. Zoals ook de Afdeling advisering terecht opmerkt, zal de nieuwe situatie immers al genoeg inspanning vergen voor alle bedrijven en publieke en private organisaties die gegevens verwerken. Deze benodigde inspanningen vloeien overigens niet alleen voort uit de AVG en de Uitvoeringswet, maar zijn ook te wijten aan het feit dat er ook nu niet altijd aan de geldende normen op grond van de Wbp wordt voldaan.¹

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

I. ALGEMEEN

2. Verschuiving bevoegdheidsverdeling tussen lidstaten en EU

a. De ontwikkeling naar een Europees gegevensbeschermingsrecht

De Afdeling advisering is met ons van mening dat er overtuigende argumenten bestaan voor de keuze om de bescherming van persoonsgegevens niet langer op het niveau van een richtlijn te borgen, maar in een verordening, teneinde verdere harmonisatie te bewerkstelligen. Zoals de vice-president van de Raad van State, mr. J.P.H. Donner, het op 26 november 2015 in zijn Cleveringa-oratie over Europese samenwerking, verwoordde: "*Essentie is dat de Unie en de lidstaten niet als onderscheiden entiteiten gezien moeten worden maar als één gemengde, coöperatieve orde waarbinnen zij elkaar aanvullen en versterken zodat het totaal meer is dan de som der delen.*"² Dit geldt in hoge mate voor het gegevensbeschermingsrecht dat naar zijn aard nu al zeer internationaal georiënteerd is, en dit zal naar verwachting, gezien de technologische ontwikkelingen, eerder meer dan minder worden.

Onmiskenbaar is inderdaad dat tegelijkertijd de nationale beleidsruimte verder wordt ingeperkt. Juist omdat deze verordening ook trekken vertoont van een richtlijn, is er in materieel opzicht eerder sprake van een graduele verschuiving dan van een grote, principiële, constitutioneel relevante, verandering.

¹ Zoals ook door de Afdeling advisering in paragraaf 4 van onderhavig advies wordt uiteengezet.

² <http://media.leidenuniv.nl/legacy/cleveringa-oratie-jph-donner.pdf>

Verder onderschrijven wij de constatering dat de nadere invulling en precisering van de normen uit de rechtstreeks werkende AVG straks deels in handen zal zijn van het Europees Comité voor gegevensverwerking (Comité). In dit Comité dienen alle onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten samen te werken en elkaar bijstand te verlenen bij de uitvoering van hun taken met het oog op de consequente toepassing en eenvormige handhaving van de AVG. De wijze waarop deze onderlinge samenwerking is georganiseerd, is vastgelegd in hoofdstuk VII van de AVG. Paragraaf 3 van het onderhavig nader rapport, alsmede paragraaf 3.2 van de memorie van toelichting, gaat op dit onderwerp nog verder in.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

Tot slot hechten we eraan om aan te stippen dat de bevoegdheidsverschuiving van nationaal naar Europees niveau in beginsel voor alle terreinen geldt waar wetgeving op Europees niveau aan de orde is, zoals ook de Afdeling advisering overigens in haar advies opmerkt.

b. Algemene Verordening Gegevensbescherming: voorlopig sluitstuk?

De Afdeling advisering constateert dat de interpretatie en toepassing van de AVG door het Comité de bewegingsruimte op het niveau van de lidstaten verder zullen verkleinen. Zij acht daarbij van belang dat inzichtelijk dient te zijn hoe in het bijzonder de samenwerkingsverplichtingen en het coherentiemechanisme, alsook de taken van het Comité, waarin de verschillende autoriteiten, dus ook de Autoriteit, vertegenwoordigd zijn, zich verhouden. Wij onderschrijven in algemene zin wat de Afdeling advisering constateert over deze veranderingen die de AVG in breder constitutioneel perspectief brengt. Er is sprake van een verschuiving in de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Europese Unie met betrekking tot de bescherming van het grondrecht op de bescherming van persoonsgegevens. Dat is inherent aan de keuze voor een verordening. Hierdoor is de rol van de nationale wetgever, onder meer voor de betekenis van artikel 10, tweede en derde lid, Grondwet afgenomen. De Afdeling adviseert ter zake in de toelichting een constitutionele beschouwing op te nemen. We hebben dat advies overgenomen door in een nieuwe paragraaf 1.3 van de memorie van toelichting aan te geven welke rol de Grondwet op dit punt nog wel vervult en welke ruimte de nationale wetgever - ook binnen het bereik van de AVG - heeft om regels te stellen. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering op dit punt is verder in de memorie van toelichting een paragraaf opgenomen waarin wordt ingegaan op hetgeen is geregeld in hoofdstuk VII van de AVG. Paragraaf 3.1 behandelt in grote lijnen de systematiek waarvoor is gekozen in de AVG en paragraaf 3.2 de wijze waarop het Comité in de praktijk zal functioneren en de verplichtingen van de verschillende nationale toezichthoudende autoriteiten in het kader van het verlenen van bijstand over en weer, hun onderlinge samenwerking en het coherentiemechanisme.

De Afdeling advisering spreekt de verwachting uit dat de bewegingsruimte op het niveau van de lidstaten verder beperkt zal worden doordat het Comité op grond van artikel 70 AVG de normen van de verordening nader zal uitwerken en verfijnen in de vorm van onder meer richtsnoeren en aanbevelingen. Dat geldt in de eerste plaats voor de nationale rechter die ingevolge artikel 78 AVG als eerste moet worden geadresseerd. Naar onze mening is hier in zekere zin sprake van een voortzetting van het functioneren van de huidige Artikel 29-werkgroep, die

gezaghebbende opinies uitbrengt over velerlei onderwerpen.³ Deze opinies betreft de (Europese) rechter ook nu al bij hem voorgelegde geschillen en die dragen zo bij aan de rechtsontwikkeling op het gebied van gegevensbescherming. Met de rechterlijke functie zal nog altijd een belangrijk deel van invulling van de AVG dus mede door de Nederlandse rechter kunnen plaatsvinden, ook door middel van de prejudiciële procedure. De verdere formalisering van deze taken in hoofdstuk VII van de AVG en de oprichting van het Comité zal wel tot een intensivering leiden van deze huidige praktijk, hetgeen gevolgen heeft voor de bevoegdheidsverdeling tussen de Europese Unie en de lidstaten. In het licht hiervan, alsmede tegen de achtergrond dat er op Europees niveau steeds vaker sprake is van concretisering van normen van constitutioneel recht, acht de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het raadzaam, nader onderzoek te verrichten naar de betekenis van deze algemene ontwikkeling voor de nationale rechtsorde. Nu deze ontwikkelingen van een bredere aard zijn dan het kader van de AVG en de tijdige inwerkingtreding van de Uitvoeringswet van groot belang is, moge duidelijk zijn dat wij dit beschouwen als een zelfstandig vraagstuk, waaraan los van de uitvoering van de AVG aandacht zal worden besteed.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

c. De afwegingsruimte van de nationale wetgever

De Afdeling advisering merkt op dat in met name de gevallen waarin van de door de AVG geboden ruimte geen gebruik wordt gemaakt, alsnog een inhoudelijke afweging zou moeten plaatsvinden. De Afdeling advisering wijst daarbij op de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de arbeidsverhouding en de verwerking van bijzondere persoonsgegevens in verband met het algemeen belang op het gebied van de volksgezondheid. Hoewel de Afdeling advisering een beleidsneutrale invulling op zichzelf een legitieme en begrijpelijke keuze vindt, merkt zij desalniettemin op dat een inhoudelijke afweging per afzonderlijke bevoegdheid van de nationale wetgever, en dan met name daar waar deze laatste er juist geen gebruik van heeft gemaakt, een belangrijke toegevoegde waarde zou hebben.

Zoals gezegd, is in de Uitvoeringswet gekozen om de ruimte die de AVG op verschillende punten biedt beleidsneutraal in te vullen. Daarmee wordt bedoeld dat daar waar er ruimte is voor een nationale afweging, de huidige kaders van de Wbp zoveel mogelijk integraal worden overgenomen. Deze keuze is ontegenzeggelijk mede ingegeven door het feit dat er maar een beperkte tijd beschikbaar was om de complexe materie te implementeren,⁴ maar dat is zeker niet de enige overweging geweest. Wij hechten eraan om te benadrukken dat deze keuze ook een inhoudelijke onderbouwing kent; voor met name de verwerkingsverantwoordelijken verandert er met de inwerkingtreding van de AVG al het nodige (zie ook paragraaf 4a). Beleidsmatig is er dan ook expliciet gekozen voor een zo naadloos mogelijke overgang zodat de verwerkingsverantwoordelijken in de hun ter beschikking staande beperkte tijd

³ In de periode van 1997 tot 2017 zijn er ruim 250 officiële opinies, recommendations, guidelines, working documents, statements, models en checklists door Artikel 29-werkgroep gepubliceerd. Zie: http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50083.

⁴ Op 27 april 2016 is de verordening vastgesteld en de AVG treedt op 25 mei 2018 van rechtswege in werking.

niet meer voor de kiezen krijgen dan strikt noodzakelijk op grond van de AVG. Zodoende vloeien uit de nationale implementatie, de Uitvoeringswet zelf, ook nagenoeg geen uitvoeringslasten voort.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Desalniettemin wordt in het navolgende kort ingegaan op de keuze om (voorlopig althans) geen gebruik te maken van de ruimte die de AVG biedt om nadere regels te stellen in het kader van de arbeidsverhouding noch van de ruimte om bijzondere persoonsgegevens te verwerken in verband met het algemeen volksgezondheidsbelang. Ook in de memorie van toelichting is hierover een korte passage opgenomen.

Datum
8 december 2017

2161494

Het advies om alle inhoudelijke afwegingen uit te schrijven die ten grondslag hebben gelegen aan het al dan niet invullen van ruimte die de AVG aan de nationale wetgever laat, is echter niet overgenomen. Het is niet mogelijk om een dergelijke complete inventarisatie te doen, alleen al omdat de toekomstige ontwikkelingen nu niet te overzien zijn. Weliswaar zijn er ook onderwerpen in de huidige Wbp die voor verbetering vatbaar zijn, maar eventuele aanpassing daarvan zal in de toekomst een nieuwe afweging vergen waarvoor wij omwille van de zorgvuldigheid de tijd willen kunnen nemen. Het is niet opportuun om daarop nu vooruit te lopen door in onderhavig wetstraject uitspraken te doen over de wenselijkheid om al dan niet in de toekomst gebruik te gaan maken van de ruimte voor nationaal recht. Vooralsnog volstaat, net als nu, in ieder geval hetgeen de Wbp regelt.

Gegevensverwerking in het kader van de arbeidsverhouding

Artikel 88 AVG biedt aan lidstaten de ruimte om nadere regels vast te stellen die betrekking hebben op de verwerking van de persoonsgegevens van werknemers in het kader van de arbeidsverhouding. Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen de verwerking van persoonsgegevens met het oog op aanwerving, de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, en de beëindiging van de arbeidsverhouding. Er is vooralsnog geen aanleiding gevonden om de bestaande kaders nader in te vullen.⁵ De algemene regels uit de AVG zijn goed toe te passen in het arbeidsrecht, en bieden ook in het kader van de arbeidsverhouding voldoende bescherming aan de werknemers, alsmede duidelijkheid over de voorwaarden en omstandigheden waaronder gegevensverwerking toegestaan is.⁶ Gebleken is dat de bestaande beginselen, zoals die onder meer zijn neergelegd in artikel 8 EVRM, ter invulling van de door het privaatrecht gereguleerde relatie tussen de werkgever en de werknemer, waaronder de normen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap uit artikel 611 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, voldoende aanknopingspunten bieden. Deze abstracte normstelling is van belang omdat de relatie tussen werkgever en werknemer een open karakter heeft, en bovendien toekomstbestendig dient te zijn omdat technologische ontwikkelingen op de werkvloer die van invloed zijn op de privacy van werknemers ook onder de algemene normen vallen. Er is nu geen behoefte te

⁵ Nederland kent geen afzonderlijk gegevensbeschermingsrecht voor het arbeidsrecht (Kamerstukken II 2012/13, 32 761, nr. 44).

⁶ Verwezen zij naar Opinie 2/2017, "Data processing at work", van de Artikel 29-werkgroep, aangenomen op 8 juni 2017, waarin op basis van de AVG wordt ingegaan op de gegevensbescherming van werknemers.

komen tot sectorale wetgeving die op grond van artikel 88 AVG gemeld zou moeten worden. Paragraaf 7.2.12 van de memorie van toelichting is aangevuld met deze afweging.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

De verwerking van bijzondere persoonsgegevens in verband met het algemeen belang op het gebied van de volksgezondheid

Datum
8 december 2017

2161494

De door de Afdeling advisering genoemde uitzonderingsmogelijkheid van artikel 9, tweede lid, onderdeel i, AVG, biedt een waardevolle mogelijkheid om bijzondere categorieën van persoonsgegevens te verwerken als daarvoor een wettelijke grondslag aanwezig is. Gezien het beleidsneutrale karakter van de Uitvoeringswet wordt echter thans nog geen gebruik gemaakt van de nieuwe mogelijkheid die de AVG biedt. Daarmee wordt echter niet uitgesloten dat in de toekomst de grondslag alsnog nader zal worden ingevuld.

Ten overvloede kan nog opgemerkt worden dat de AVG ook de mogelijkheid biedt om op grond van bijzondere wetgeving van de in de AVG genoemde uitzonderingsmogelijkheid gebruik te maken. Paragraaf 4.3 van de toelichting is conform bovenstaande aangevuld.

d. Uitleg van de AVG tijdens het wetgevingsproces

De Afdeling advisering constateert terecht dat de regering in de memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet geen uitsluitel kan geven over de juiste interpretatie van begrippen van de AVG, maar dat dit de behoefte aan nadere toelichting met het oog op de uitvoering van de AVG niet wegneemt. De invulling van de deels open normen uit de AVG en de vertaling naar de praktijk van alledag, zal in eerste instantie liggen bij de toezichthoudende autoriteiten verenigd in het Comité, zoals in het voorgaande al aan bod kwam, maar zal uiteindelijk aan de (Europese) rechter zijn. De memorie van toelichting besteedt wel aandacht aan hetgeen in de AVG is bepaald maar beperkt zich op dat punt tot de hoofdlijnen en tot die onderwerpen waar de AVG ruimte laat voor het nationale recht om nadere invulling te geven aan de normen. Vanzelfsprekend dienen nationale keuzes navolgbaar en controleerbaar te zijn en derhalve te zijn voorzien van een uitgebreide en dragende toelichting, opdat de beide Kamers van de Staten-Generaal hun medewetgevende taak naar behoren kunnen uitoefenen. Ook is een goede toelichting op de door de nationale wetgever gemaakte keuzes in de Uitvoeringswet van belang voor de rechter die, op de punten waar de AVG ruimte laat, mede zal kijken naar de wetgeschiedenis in het kader van de rechtsvinding. Dat een dergelijke toelichting soms noopt tot het doen van uitspraken over of het geven van een uitleg aan normen uit de AVG is onontkoombaar. Er is hier geen sprake van een strikte waterscheiding, maar wij hebben ernaar gestreefd om dit alleen te doen daar waar dit omwille van de begrijpelijkheid van de memorie van toelichting noodzakelijk leek.

Op die onderdelen waar de AVG echter een 'echte' verordening is en geen ruimte laat aan de lidstaten, waardoor de bepalingen dus vanaf 25 mei 2018 rechtstreeks van toepassing zijn in Nederland, is ervoor gekozen om alleen de hoofdlijnen te schetsen in de toelichting. Hierbij is relevant om te realiseren dat een verordening die geen, of nauwelijks, implementatiewetgeving nodig heeft (een 'gemiddelde' verordening) nooit een toelichting krijgt zoals wij dat bij onze nationale wetgeving

gewend zijn. De gebruikers dienen een dergelijke verordening zelfstandig toe te passen waarbij de overwegingen, die aan de artikelen van de AVG vooraf gaan, de enige officiële bron voor nadere duiding vormen. Iets anders is ook moeilijk denkbaar. Het zou immers de uniformeringsgedachte, die achter het 'opschalen' van de richtlijn naar het niveau van een verordening zit, grotendeels weer teniet doen als alle lidstaten ook de verplichtingen die rechtstreeks voortvloeien uit de AVG ieder voor zich nader zouden duiden in een gezaghebbend document als een memorie van toelichting. Eventuele nationale interpretaties zullen dan onvermijdelijk uiteen lopen.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

Het feit dat de regering namens Nederland de onderhandelingen heeft gevoerd over de uiteindelijke tekst van de AVG, doet niet af aan het voorgaande. Over de overwegingen die hebben gespeeld tijdens deze onderhandelingen en het verloop van deze onderhandelingen is uitvoerig verslag gedaan in de kwartaalrapportages aan de Tweede Kamer.⁷ Bij het lezen van deze rapportages moet echter voor ogen gehouden worden dat deze rapportages telkens betrekking hebben op de toenmalige stand van zaken die onder invloed van de voortgang van de onderhandelingen voortdurend aan wijzigingen onderhevig was, en in het bijzonder ingaan op het standpunt dat Nederland bij de onderhandelingen innam. Er kunnen met andere woorden aan deze rapportages - hoe belanghebbend ook vanuit meer geschiedkundig perspectief - geen gezaghebbende interpretaties worden ontleend.⁸

Dat er niettemin een grote behoefte aan duiding en uitleg bestaat met het oog op de uitvoering van de verordening in de praktijk, juist ook van de direct werkende normen uit de AVG, is begrijpelijk. De keuze voor het beleidsneutraal implementeren daar waar de AVG nationale keuzeruimte laat, maakt dat de meeste vragen en onzekerheid op dit moment bestaan over de wijzigingen die op grond van de AVG zelf van kracht worden. Vanuit pragmatisch perspectief is, naar onze mening, een dynamischer document als een (digitale) handreiking bijvoorbeeld aanzienlijk geschikter om te voorzien in deze behoefte. Een dergelijk document is veel gebruiksvriendelijker omdat dit periodiek geactualiseerd kan worden zodat telkens de laatste stand van zaken, wat de jurisprudentie en de reeds eerder gememoreerde 'soft law' betreft, meegenomen is in de informatievoorziening. Over hetgeen wij, deels in samenwerking met de Autoriteit persoonsgegevens, ondernemen om in deze grote maatschappelijke behoefte te voorzien, zij verwezen naar paragraaf 4a van dit nader rapport en paragraaf 6.3 van de memorie van toelichting.

3. Onafhankelijk toezicht: raadpleging en verantwoording

a. *Gelaagde structuur*

⁷ Kamerstukken II 2011/12, 32 761, nrs. 17, 32 en 34; Kamerstukken II 2012/13, 32 761, nrs. 44, 46, 48 en 51; Kamerstukken II 2013/14, 32 761, nrs. 54, 57, 60 en 68; Kamerstukken II 2014/15, 32 761, nr. 75, 80 en 86; Kamerstukken II 2015/16, 32 761, nr. 90 en 92.

⁸ Wel is in paragraaf 3.1 van de memorie van toelichting een enkel punt aangestipt waar de regering bij de onderhandelingen op heeft ingezet.

De taken en bevoegdheden van zowel de verschillende nationale toezichthoudende autoriteiten als van het Comité zijn divers en worden in de AVG aanzienlijk uitgebreid. De uitoefening van een deel van deze taken en bevoegdheden zal van invloed zijn op de rechtsontwikkeling in het gegevensbeschermingsrecht. Deze constatering maakt dat de Afdeling advisering van oordeel is dat er duidelijkheid dient te bestaan over de openbaarheid van hun werkwijze en over de wijze waarop zij, bijvoorbeeld, belanghebbenden betrekken bij de besluitvorming. De memorie van toelichting zou, wat de Afdeling advisering betreft, ook aan de wijze waarop zij verantwoording afleggen en aan wie, aandacht moeten besteden.

Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Sector Staats- en Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

De memorie van toelichting is aangevuld met een paragraaf waarin aandacht wordt besteed aan de taken van het Comité en de verhouding tussen de verschillende lidstatelijke toezichthouders (paragraaf 3.2).

b. *Pseudo-regelgeving Europees Comité voor gegevensverwerking*

Met de Afdeling advisering onderkennen we dat de bevoegdheid voor het Comité om richtsnoeren uit te brengen ter nadere invulling van de deels open normen uit de AVG zeer ruim is. Dergelijke aanbevelingen zullen evident relevantie hebben voor de rechtspraak. Ook rechters, die uiteindelijk het laatste woord zullen hebben over de juiste interpretatie van voornoemde normen, zullen zich laten leiden door de 'soft law' die het Comité tot stand zal brengen. Wel moeten we constateren dat dit op dit moment met de opinies en standpunten die de Artikel 29-werkgroep naar buiten brengt, niet principieel anders is.

Meer in het algemeen willen wij benadrukken dat de totstandkoming van de AVG een uitvoerig en democratisch gelegitimeerd wetgevingstraject is geweest. De uitkomst van dat wetgevingstraject, de AVG, is daarmee voor de nationale wetgever een gegeven. In beperkte mate laat de AVG ruimte aan de nationale wetgever om nadere regels te stellen. Waar het gaat om de invulling van open normen uit de AVG zijn de betrokken toezichthouders en het Comité aan zet, bijvoorbeeld door het opstellen van beleidsregels en de toepassing van de invulling van die normen in individuele casusposities. De nationale rechter en uiteindelijk het Hof van Justitie van de EU (naar aanleiding van prejudiciële vragen dan wel rechtstreeks als gevolg van een beroep van het gerecht van eerste aanleg inzake de uitkomst van de geschilbeslechtingprocedure bij het Comité) oordelen of de uitleg en toepassing van de norm juist zijn.

Vanzelfsprekend is het van groot belang dat de toezichthoudende autoriteiten in iedere lidstaat de dialoog met de samenleving onderhouden en waar nodig verder intensiveren en dat geldt vanzelfsprekend evenzeer daar waar deze toezichthouders in gezamenlijkheid optreden verenigd in het Comité. Voor de nationale toezichthouders zijn in artikel 57 AVG expliciet taken opgenomen die betrekking hebben op voorlichting over de normen in de AVG aan het brede publiek (eerste lid, onderdeel b) en aan verwerkingsverantwoordelijken (eerste lid, onderdeel d). In deze voorlichting kan nadrukkelijk gebruik worden gemaakt van de werkzaamheden die het Comité verricht, zeker waar het gaat om een nadere invulling van de normen. Dat gebeurt ook in de huidige praktijk al. De Artikel 29-werkgroep heeft reeds enkele richtsnoeren uitgevaardigd over de uitleg

van normen in de AVG, die mede door de Autoriteit persoonsgegevens onder de aandacht zijn gebracht bij het Nederlandse publiek, en hierover een open consultatie gevoerd.⁹ Het is mogelijk als direct belanghebbende om te reageren, maar ook nationale regeringen of parlementen worden op deze manier in de gelegenheid gesteld hun visie kenbaar te maken over deze nadere invulling van rechtsnormen. Verder vermeldt de Artikel 29-werkgroep op haar website dat zij alle correspondentie die zij ontvangt, alsmede haar reactie daarop volgens vast beleid publiceert.¹⁰

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

Voor wat betreft de werkzaamheden van het Comité bepaalt artikel 70, derde lid, AVG dat het adviezen, richtsnoeren, aanbevelingen en beste praktijken aan de Commissie en aan het in artikel 93 bedoelde comité zendt en deze ook bekend maakt. Ook is het Comité op basis van het vierde lid verplicht om waar passend de belanghebbenden te raadplegen en hun de gelegenheid te bieden om binnen een redelijk tijdsbestek commentaar te leveren. De resultaten van deze raadpleging dienen ingevolge ditzelfde lid (onverminderd het bepaalde in artikel 76 over vertrouwelijkheid en de toegang tot documenten zoals geregeld in verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145 van 31.5.2001, blz. 43)), door het Comité openbaar te worden gemaakt.

Het Comité is op grond van artikel 72, tweede lid, AVG verplicht om een reglement van orde op te stellen en daarin zullen naar verwachting ook de boven genoemde bepalingen worden opgenomen die zien op de wijze waarop zij gestalte geven aan de procedurele verplichtingen uit de AVG. Aangezien dit reglement van orde ook openbaar zal zijn, zal daarmee de werkwijze van het Comité transparant gemaakt worden.

In artikel 71 is vervolgens expliciet opgenomen dat het Comité een jaarverslag dient op te stellen waarbij ook een evaluatie wordt opgenomen over de praktische toepassing van richtsnoeren, aanbevelingen en beste praktijken bedoeld in artikel 70, eerste lid, onderdeel I. Dit jaarverslag wordt openbaar gemaakt en toegezonden aan het Europees Parlement, de Raad en de Commissie. Tevens is in artikel 97, tweede lid, onderdeel b, AVG, specifiek opgenomen dat de door de Europese Commissie uit te voeren evaluatie ook zal zien op de wijze waarop het hoofdstuk over samenwerking en coherentie in de praktijk functioneert. Dit is mede op aandringen van Nederland opgenomen. In artikel 97 bepaalt het vijfde lid dat de Commissie indien nodig passende voorstellen kan doen tot wijziging van de verordening. Tot slot wijzen wij erop dat naast de verplichting van het Comité om een jaarverslag uit te brengen, ook de Autoriteit persoonsgegevens op grond van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen een jaarverslag dient uit te brengen. Al met al beoordelen wij de 'checks en balances' waar de AVG in voorziet, als toereikend.

⁹ Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is likely to result in a high risk (last revised and adopted on 4 October 2017, WP248 rev. 01), Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling (3 October 2017, WP 251) en Guidelines on the right to dataportability (last revised and adopted on 5 April 2017, WP 242 rev. 01).

¹⁰ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm

c. Voorbereiding van goedkeuringsbesluiten door de Autoriteit

Het advies van de Afdeling advisering is overgenomen door in het wetsvoorstel een tweede lid aan artikel 14 toe te voegen waarin de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, bedoeld in Afdeling 3.4 van de Awb, van toepassing wordt verklaard op de voorbereiding van een beslissing over het al dan niet goedkeuren van een voorgelegde ontwerpgedragscode. Bij nader inzien dienen de zorgvuldigheid van de voorbereiding van een dergelijk besluit en de mogelijkheden tot inspraak voor belanghebbenden bij een dergelijk besluit, wat ons betreft, te prevaleren boven de snelheid waarmee een dergelijk besluit kan worden genomen. Dit komt het draagvlak voor de desbetreffende gedragscode uiteindelijk ook ten goede. Het advies van de Afdeling advisering heeft ons ervan overtuigd dat artikel 40 AVG niet in de weg staat aan het van toepassing verklaren van deze afdeling van de Awb. Artikel 40 van de AVG schrijft niet voor op welke wijze goedkeuring op nationaal niveau moet plaatsvinden. Bovendien zijn er ook andere mogelijkheden (dan een snelle procedure) om te bevorderen dat er gebruik wordt gemaakt van het instrument gedragscode zoals de opdracht aan de lidstaten en de toezichthoudende autoriteiten in artikel 40, eerste lid, AVG luidt. De toelichting is op dit punt aangepast. Wij zien thans geen reden om uniforme openbare voorbereidingsprocedure ook op andere goedkeuringsbesluiten van de Autoriteit persoonsgegevens van toepassing te verklaren.

4. Uitvoering en evaluatie

a. Spanning tussen regelgeving en uitvoeringspraktijk

De Afdeling advisering plaatst kanttekeningen bij de toelichting met betrekking tot de uitvoeringsaspecten. Zij wijst er op dat de gevolgen van de AVG voor burgers, bedrijven en overheden aanzienlijk zullen zijn en dat er de komende jaren forse inspanningen nodig zijn om de AVG op een aanvaardbaar niveau uitgevoerd te krijgen. De toelichting geeft van deze urgentie onvoldoende blijk, aldus de Afdeling advisering.

Met de Afdeling advisering onderschrijven en onderstrepen wij het belang van een goede en tijdige voorbereiding op de AVG. De overheid moet met de andere relevante actoren, ieder vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid en met inachtneming van de onafhankelijke positie van de Autoriteit persoonsgegevens, samenwerken om de kennis over de AVG en de Uitvoeringswet bij burgers en bedrijven en overheden op het juiste niveau te krijgen. Informatievertrekking en advies zijn daarbij onontbeerlijk en daar is zeker ook een taak voor de rijksoverheid - en in het bijzonder het Ministerie van Justitie en Veiligheid - weggelegd. Met het oog daarop heeft het ministerie onder meer een handleiding AVG laten opstellen, die periodiek zal worden geactualiseerd. Dit laat echter vanzelfsprekend onverlet dat de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor het naleven van wet- en regelgeving ligt bij alle afzonderlijke overheidsinstellingen, bedrijven en organisaties indien zij persoonsgegevens verwerken.

De memorie van toelichting is, naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering, aanzienlijk uitgebreid met paragraaf 6.3 over de uitvoeringslasten en

de uitvoeringskosten die zijn verbonden aan de nieuwe normen en verplichtingen die direct voortvloeien uit de AVG. Tevens wordt in paragraaf 6.3.6 ingegaan op de initiatieven die reeds worden ondernomen en die op stapel staan om alle verwerkingsverantwoordelijken tijdig te informeren over de stappen die zij moeten zetten om aan deze nieuwe normen en verplichtingen te voldoen.¹¹

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

b. Technologische ontwikkelingen

2161494

De Afdeling advisering overweegt in haar advies dat de AVG in hoofdzaak een voortzetting is van het in Richtlijn 95/46/EG neergelegde regelgevingskader. In aanvulling daarop brengt de AVG volgens haar met het oog op de technologische ontwikkelingen op een beperkt aantal punten vernieuwingen. Gezien de snelheid van de technologische ontwikkelingen, is het nieuwe gegevensverwerkingsrecht inderdaad geen rustig bezit. De Afdeling advisering werpt dan ook terecht de vraag op in hoeverre de AVG en daarmee verwante regelgeving zodanig is toegerust op deze technologische ontwikkelingen dat zij ook in de toekomstige uitvoeringspraktijk kan blijven leiden tot een effectieve bescherming van algemene beginselen van gegevensbescherming.

De blockchain als illustratie; wat is een blockchain?

Een illustratief voorbeeld dat ook door de Afdeling werd opgevoerd, is de blockchaintechnologie en de gegevensbeschermingsvraagstukken die deze technologie met zich meebrengt. Allereerst de vraag: wat *is* een blockchain? Een blockchain is, kortgezegd, een netwerk waarin elke deelnemende computer een 'kopie' van een gegevensbestand onderhoudt. Het bijzondere van blockchain is de manier waarop de gegevensbestanden synchroon worden gehouden. De traditionele aanpak zou zijn dat er één centraal bestand is (de master), dat door de andere computers (de slaves) wordt gekopieerd. De idee van een blockchain is nu juist dat er geen centrale autoriteit of tussenpersoon is, dus ook geen master database. In plaats daarvan is er een voorgeprogrammeerde set van regels (het zogenaamde consensus protocol) aan de hand waarvan elke computer zelf kan nagaan welke mutaties legitiem zijn en dus mogen worden verwerkt in zijn 'kopie' van het bestand. Omdat elke computer dezelfde regels toepast, zouden alle gegevensbestanden gelijk moeten blijven luiden. Aan een blockchain kunnen in beginsel alleen gegevens worden *toegevoegd*. Zo is het bewust ontworpen. Het wissen/corrigeren van gegevens zou alleen kunnen worden gerealiseerd door een speciaal daarvoor geschreven update in de software uit te brengen. Die update is echter alleen effectief als elke computer haar zou aanvaarden en geheel in lijn met de decentrale filosofie achter blockchain is dit niet af te dwingen. Het bekendste voorbeeld van een blockchain is Bitcoin. Bij deze toepassing van blockchaintechnologie wordt het gegevensbestand gebruikt om alle geautoriseerde betalingen vast te leggen maar deze technologie kan (en zal naar verwachting) een veel groter toepassingsbereik krijgen, omdat het in wezen gaat om een generieke oplossing voor situaties waarin men zonder de tussenkomst van een centrale autoriteit of een tussenpersoon een 'gedeelde waarheid' wil onderhouden.

¹¹ Overigens is er slechts in een zeer beperkt aantal inspraakreacties op het concept van de Uitvoeringswet aandacht gevraagd voor de uitvoeringslasten.

Welke privacy gerelateerde vragen werpt deze nieuwe technologie op en hoe daarmee om te gaan?

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

Er rijzen wel een aantal lastige vragen over de toepassing en toepasbaarheid van het gegevensbeschermingsrecht op dergelijke blockchains. Zo kan de vraag worden gesteld of, met name in zogenaamde 'unpermissioned blockchains', waarin de software de lakens uitdeelt en iedereen onder een pseudoniem deelneemt, nog wel een verantwoordelijke valt aan te wijzen. Ook rijst de vraag in hoeverre het recht op vergetelheid en, meer in het algemeen, het recht op vernietiging van persoonsgegevens zouden moeten worden geëffectueerd in een systeem dat juist ontworpen is om niets te vergeten. Tot slot is de vraag relevant hoe effectief toezicht kan worden gerealiseerd, nu de computers in een blockchain overal ter wereld (kunnen) staan.

Hoe complex deze vraagstukken ook mogen zijn, het is van belang om niet uit het oog te verliezen dat een fenomeen als blockchain er natuurlijk niet toe noopt om anders te gaan denken over het *belang* van privacy en gegevensbescherming: ook in een blockchain zal de privacy gewaarborgd moeten worden en zullen de persoonsgegevens rechtmatig moeten worden verwerkt. Voorstelbaar is dat daarbij veel zal aankomen op *privacy by design*. Bij Bitcoin is er bijvoorbeeld voor gekozen om bij de transacties geen namen en andere persoonsgegevens te registreren, maar alleen nietszeggende rekeningnummers (afgeleid van de public key van een digitale handtekening). Dat geeft geen anonimiteit, maar pseudonimiteit. Is eenmaal bekend wie achter het pseudoniem zit (daar bestaan methoden voor), dan zijn ook alle transacties die onder dit pseudoniem zijn gedaan op deze persoon terug te voeren. Maar ook voor de oplossingen van de complexe vraagstukken die opkomen, kan soms weer gekeken worden naar nieuwe technologische ontwikkelingen. Zo zal wellicht met homomorfe encryptie in de toekomst een deel van de vraagstukken worden opgelost. Deze techniek maakt het mogelijk voor computers om te rekenen met versleutelde data. Het netwerk kan dan mutaties verifiëren, zonder de inhoud ervan te kennen.

Op dit moment is een verkennend onderzoek gaande¹² naar blockchain dat naar verwachting medio 2018 afgerond zal worden. Het doel van het onderzoek is om te verhelderen welke ruimte de huidige wettelijke kaders laten voor het benutten van de kansen die blockchaintechnologie burgers, bedrijven en overheden biedt en voor het mitigeren van de daarmee gepaard gaande risico's. Tevens zullen indien nodig aandachtspunten voor toekomstige wetgeving worden geïdentificeerd.

Eén van de toepassingen, die de onderzoekers zich hebben voorgenomen te onderzoeken, gaat specifiek over privacy, namelijk over het vastleggen en delen van persoonsgegevens door de overheid op een blockchain. Hierbij zullen een aantal van de vragen en dilemma's zoals hiervoor geschetst verkend worden.

Effecten van technologie op huidige uitvoeringspraktijk

¹² Het onderzoek wordt uitgevoerd door Universiteit van Tilburg – TILT (Tilburg Institute for Law, Technology, and Society) i.s.m. Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.

Naast fundamentele vragen over de (toekomstige) verhouding tussen technische mogelijkheden en de mogelijkheden om de persoonsgegevens effectief te blijven beschermen, maken de verschillende technologische ontwikkelingen de uitvoeringspraktijk er ook nu al onmiskenbaar niet eenvoudiger op.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Met het oog hierop heeft het toenmalige kabinet in zijn standpunt over het WRR-rapport: "Big Data in een vrije en veilige samenleving" een aantal beleidsuitgangspunten geformuleerd voor het kabinetsbeleid met betrekking tot Big Data in het veiligheidsdomein, waarbij is aangetekend dat sommige van deze beleidsuitgangspunten ook betekenis kunnen hebben voor andere domeinen, zoals dienstverlening en zorg.¹³ Er is bewust gekozen voor beleidsuitgangspunten, omdat het terrein van Big Data nog zo in beweging is dat het - zeker in dit stadium - lastig is om, in aanvulling op de algemene waarborgen in de AVG, meer specifieke waarborgen in de Nederlandse wetgeving vast te leggen die niet alleen voldoende sturend maar ook voldoende flexibel (en daarmee toekomstbestendig) zijn. Ook de AVG zelf bevat relatief weinig specifieke waarborgen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van geavanceerde data-analyses.¹⁴

Datum
8 december 2017

2161494

Een en ander neemt niet weg dat wij bezien of de wettelijke basis voor het uitvoeren en gebruiken van data-analyses versterking behoeft, met inbegrip van de waarborgen die daarbij gehanteerd dienen te worden. Dit is één van de actiepunten uit voornoemd kabinetsstandpunt, waarvan de uitvoering moet bijdragen aan een effectieve bescherming van algemene beginselen van gegevensbescherming bij toepassing van Big Data.¹⁵ Ter uitvoering van dit actiepunt wordt nu onder meer bezien of de beoogde Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden naast een heldere grondslag voor data-analyses binnen dergelijke samenwerkingsverbanden ook een aantal specifieke waarborgen voor de kwaliteit van dergelijke analyses en de transparantie rond deze analyses kan gaan bevatten.

De Afdeling advisering adviseert verder om ook in de noodzakelijke uitvoeringsbegeleiding aandacht te besteden aan de wijze waarop technologische ontwikkelingen kunnen worden geïncorporeerd in de praktische toepassing van de AVG en van de Uitvoeringswet. De incorporatie hiervan vergt deels nader onderzoek. Zo is een van de andere actiepunten uit voornoemd kabinetsstandpunt het uitvoeren van een onderzoek naar het verschaffen van voldoende inzicht in gebruikte algoritmen en analysemethoden ten behoeve van toezicht en rechterlijke toetsing. Ook wordt gezocht naar wegen om de transparantie rond Big Data toepassingen door de overheid te vergroten. De uitvoeringsbegeleiding op genoemd vlak heeft al wel concretere vormen aangenomen in het kader van

¹³ Kamerstukken II 2016/17, 26 643, nr. 426, blz. 7-8.

¹⁴ Zie de - doorgaans tamelijk abstracte - waarborgen met betrekking tot geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering, in de artikelen 13, tweede lid, onder f, 14, tweede lid, onder g, 15, eerste lid, onder h, 21, tweede lid, 22, 35, derde lid, en 47, tweede lid, onder e, AVG, toegelicht in de overwegingen 60 tot en met 62, 71 en 91. In artikel 70, eerste lid, onder f, AVG wordt impliciet erkend dat dit type gegevensverwerking zich in zekere zin nog lastig leent voor wettelijke waarborgen als daarin wordt gesteld dat het Europees Comité voor gegevensbescherming richtsnoeren, aanbevelingen en beste praktijken dient uit te vaardigen ter verdere specificatie van de criteria en de voorwaarden voor besluiten op basis van profilering.

¹⁵ Kamerstukken II 2016/17, 26 643, nr. 426, blz. 9-10.

experimenten die met betrekking tot Big Data worden uitgevoerd. Zo wordt de zogenaamde 'City Deal zicht op ondermijning' uitgevoerd aan de hand van een toetsingskader waarin principes uit de AVG vertaald zijn naar stappen die bij het uitvoeren van data-analyses in het kader van deze City Deal gezet dienen te worden.¹⁶ Afhankelijk van de ervaringen met dit toetsingskader zal worden gezien of dit tot een meer generiek kader kan worden omgebouwd waarvan mogelijk sommige elementen naderhand in wetgeving kunnen worden vastgelegd.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

Ook in de noodzakelijke uitvoeringsbegeleiding, waarover onder punt 4a al het nodige is opgemerkt, is nadrukkelijk aandacht voor de vraag hoe bepaalde technologische ontwikkelingen kunnen worden geïncorporeerd in de praktische toepassing van de AVG en de Uitvoeringswet. Hierbij willen wij in ieder geval graag wijzen op het recent door de ministerraad vastgestelde nieuwe Model gegevensbeschermingseffectbeoordeling rijksdienst (PIA),¹⁷ waarin apart aandacht wordt besteed aan Big Data verwerkingen en de maatregelen die in dat kader moeten worden overwogen. Ook het opstellen van dit model was een toezegging uit de kabinetsreactie op het advies van de WRR over Big Data.

In hoofdstuk 5a van het Besluit SUWI (structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen) zijn reeds bepalingen opgenomen over het systeem risico indicatie (SyRi).¹⁸ Hierbij is inzicht gegeven in het proces van data-analyse in het samenwerkingsverband, de verschillende verantwoordelijkheden en de bevoegdheden van de bij het samenwerkingsverband betrokken instanties (zoals uitvoeringsinstanties sociale zekerheid, Belastingdienst en Inspectie SZW) om fraude met uitkeringswetten en belastingen en premies te bestrijden en voor het toezicht op niet naleven van arbeidswetten en opsporing van daarmee samenhangende overtredingen. De elementen die de Afdeling advisering noemt (zoals het proces van verwerking van aangeduide soorten gegevens en de wijze van analyse, waarbij de gegevens worden gepseudonimiseerd, inzicht in bewaartermijnen en vernietiging en de wijze waarop de betrokkenen worden geïnformeerd over de risicomeldingen) zijn in dit kader geregeld. Daarmee wordt inzicht gegeven in de fasen van data-analyse en kan de betrokkene inzage krijgen in de resultaten van de data-analyses alsmede in de vraag door wie de uitkomsten daarvan gebruikt (mogen) worden. Dit is een voorbeeld van hoe, door het nadere regelen van de onderliggende processen, bij dit soort analyses de AVG kan worden uitgevoerd. Tevens worden extra eisen gesteld aan het toepassen van Big Data analyse hetgeen, aldus de Afdeling advisering, de enige manier is om het vertrouwen van burgers in deze techniek te creëren.

De rol van de toezichthouder en het Comité

De vraag of voornoemde en door de Afdeling advisering geschetste technologische ontwikkelingen ook daadwerkelijk vergaande gevolgen gaan hebben voor de wetgeving en de basisprincipes die daaraan ten grondslag liggen, valt op voorhand echter moeilijk te beantwoorden. Idealiter zouden de AVG en de Uitvoeringswet gezamenlijk in ieder geval het komende decennium moeten

¹⁶ Zie Stcrt. nr. 48699, 26 augustus 2017.

¹⁷ Kamerstuknummer II 2017/18, 26 643, nr. 490.

¹⁸ SyRi is een samenwerkingsverband tussen het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het ministerie van Financiën/de Belastingdienst.

volstaan als juridisch kader. Een kader dat aan de ene kant voldoende bescherming en helderheid biedt maar aan de andere kant ook ruimte laat om de ontwikkeling van nieuwe technologie niet in de weg te staan (maar ook wel weer afdoende te normeren).

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Vanzelfsprekend speelt de nadere concretisering van bepaalde open normen uit de AVG door het Comité en door nationale toezichthouders hierbij een rol voor wat de rechtsontwikkeling betreft. Deze rechtsvormende rol voor het Comité zal eens te meer gelden ten aanzien van ontwikkelingen die bij de totstandkoming van de AVG nog niet voorzien waren. De AVG staat op dit moment vast waardoor het aan de uitvoeringspraktijk, meer concreet aan de toezichthouders, is om invulling te geven aan de zo veel mogelijk tijd en techniek onafhankelijk geformuleerde normen en begrippen. Het Comité en de nationale toezichthoudende autoriteiten zullen, als dit zich voordoet, een adviserende maar ook een beleidsvormende en agenderende rol dienen te gaan spelen daar waar de technologie ons voor nieuwe vragen stelt.

Datum
8 december 2017

2161494

Toezicht houden op de bescherming van persoonsgegevens is niet slechts een juridische exercitie, maar ook het voortdurend anticiperen op maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Dat is op dit moment al de realiteit van de uitvoeringspraktijk. Een belangrijk deel van de onderzoeken die de Autoriteit persoonsgegevens jaarlijks doet, begeeft zich nu al in dat speelveld. Ter ondersteuning van de toezichthouders en de verwerkingsverantwoordelijken vormt de Artikel 29-werkgroep (straks het Comité), beleid om duiding te geven aan nieuwe technieken in relatie tot de normen en begrippen uit de AVG.

De Autoriteit persoonsgegevens is zich terdege bewust van de rol die zij hierin dient te spelen hetgeen, onder meer, tot uitdrukking komt door de inrichting van de nieuwe organisatie. Zo zal een afzonderlijke afdeling zich bezighouden met Beveiliging en Technologie om op deze wijze onder meer experts op technologisch gebied in staat te stellen de laatste technologische ontwikkelingen te volgen, te doorgronden, te onderzoeken en om kennis daarover aan andere afdelingen binnen de organisatie te verstrekken.

De toelichting is niet aangevuld met de informatie uit deze paragraaf omdat het voorgaande zich in onze ogen minder goed leent voor vermelding in de memorie van toelichting bij deze Uitvoeringswet.

c. *Evaluatie*

Het advies van de Afdeling advisering om een evaluatiebepaling in de Uitvoeringswet op te nemen, is overgenomen. De evaluatiebepaling is zo vormgegeven dat bij de evaluatie van de Uitvoeringswet telkens gebruik kan worden gemaakt van en voortgeborduurd kan worden op hetgeen uit de evaluatie van de AVG op grond van artikel 97 AVG naar voren komt. De nadruk bij deze nationale evaluatie zal vanzelfsprekend komen te liggen op de gevolgen voor de uitvoeringspraktijk van de op nationaal gemaakte keuzes.

Met name de eerste evaluatie zal zich richten op de uitvoeringspraktijk en daarmee tevens op effecten van de keuze voor de beleidsneutrale implementatie.

Met het oog op de door de Afdeling advisering genoemde toegenomen complexiteit van het gegevensbeschermingsrecht zullen de onderwerpen die dan geëvalueerd worden onder meer de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid zijn en daar direct mee samenhangend de duidelijkheid en toegankelijkheid.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

II. VERHOUDING UITVOERINGSWET EN VERORDENING

2161494

5. Toepassingsbereik

a. *Verhouding tot het Unierecht*

De Afdeling advisering onderschrijft het standpunt van de regering dat uitsluitend gegevensverwerkingen die in hun geheel zijn uitgezonderd van de werking van het Unierecht, onder de uitzondering van artikel 2, tweede lid, onderdeel a, AVG zullen vallen. De AVG is daarmee - ongeacht of er sprake is van een grensoverschrijdend aspect - van toepassing op alle gegevensverwerkingen, met uitzondering van de gegevensverwerkingen die vallen onder een van de andere uitzonderingen als bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdelen b tot en met d, AVG.

In de toelichting werd ervan uitgegaan dat alleen gegevensverwerkingen in het kader van de nationale veiligheid onder de uitzondering van artikel 2, tweede lid, onderdeel a, AVG zouden vallen. De Afdeling advisering vraagt zich niettemin af of volledig kan worden uitgesloten dat er daarnaast andere soorten gegevensverwerking blijven bestaan die buiten het toepassingsbereik van de AVG zullen vallen, en adviseert in de Uitvoeringswet te bepalen dat de AVG van overeenkomstige toepassing is op alle verwerkingen van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 2, eerste lid, AVG die buiten het Unierecht vallen, behoudens de in die wet op te nemen uitzonderingen.

Wij gaan er vooralsnog van uit dat op grond van artikel 2, tweede lid, onderdeel a, AVG uitsluitend verwerkingen door of ten behoeve van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en verwerkingen door de krijgsmacht zijn uitgezonderd van toepassing van de AVG en daarmee van de Uitvoeringswet. Wij zijn het evenwel met de Afdeling advisering eens dat niet bij voorbaat geheel kan worden uitgesloten dat er toch nog andere verwerkingen kunnen bestaan die onder deze uitzonderingsgrond vallen. Om te voorkomen dat op dergelijke verwerkingen in het geheel geen regels omtrent de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van toepassing zijn, wordt - overeenkomstig het advies van de Afdeling advisering - de wet van toepassing en de AVG op deze verwerkingen van overeenkomstige toepassing verklaard (zie artikel 3 van het wetsvoorstel). Dit geldt uiteraard niet voor verwerkingen door of ten behoeve van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Voor verwerkingen door de krijgsmacht geldt een bijzondere regeling, die in de artikelsgewijze toelichting bij het wetsvoorstel nader wordt toegelicht.

De toelichting op het materiële toepassingsbereik van de AVG (paragraaf 2.2 van de memorie van toelichting) is met inachtneming van het bovenstaande verduidelijkt en uitgebreid.

b. Afbakening AVG en Richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Ten aanzien van de afbakening tussen de reikwijdte van de AVG en de richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging heeft de Afdeling advisering opgemerkt dat de toelichting niet volstaat omdat, voor de vraag welke taken van de verschillende organisaties onder de AVG dan wel onder de richtlijn vallen, de toelichting verwijst naar de voorstellen die strekken tot implementatie van de richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging. Met het oog op de zelfstandige begrijpelijkheid en toepasbaarheid van de Uitvoeringswet is het volgens de Afdeling advisering van belang dat ook in de memorie van toelichting bij het voorliggende wetsvoorstel uitvoeriger op die afbakening wordt in gegaan. De Afdeling advisering adviseert de toelichting in het licht daarvan aan te vullen. Aan dit advies is gevolg gegeven. Paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting is overeenkomstig dit advies aangevuld.

Datum
8 december 2017

2161494

6. Gegevensverwerking taak van algemeen belang

a. *Inleiding: artikel 6 AVG*

Zoals hierna zal worden uiteengezet, is mede naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering de toelichting betreffende de beginselen inzake verwerking van persoonsgegevens (paragraaf 4.2) op een aantal punten verduidelijkt en uitgebreid.

Wij plaatsen een kanttekening bij de opmerking van de Afdeling advisering dat gegevensverwerking door de overheid uitsluitend kan worden gebaseerd op artikel 6, eerste lid, onderdelen c en e, AVG. Uiteraard zijn dit voor de overheid de meest voor de hand liggende rechtsgronden, maar de AVG sluit met betrekking tot de overheid uitsluitend het gerechtvaardigd belang (artikel 6, eerste lid, onderdeel f) uit. Het is dan ook niet bij voorbaat ondenkbaar dat onder omstandigheden, bij wijze van uitzondering en bij het ontbreken van een andere rechtsgrondslag, een gegevensverwerking door een overheidsinstantie plaatsvindt met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.

Wij zijn het met de Afdeling advisering eens dat artikel 6, tweede en derde lid, waarin specifiekere bepalingen zijn opgenomen voor de gegevensverwerking door de overheid, en artikel 6, vierde lid, dat een nadere uitwerking bevat van het doelbindingsbeginsel, gecompliceerd en moeilijk leesbaar zijn. In de paragrafen 4.2.2 en 4.2.3 van de memorie van toelichting wordt daarom uitgebreid ingegaan op de betekenis van deze leden en de ruimte voor nationaalrechtelijke invulling die zij bieden.

b. *Specifieke wettelijke grondslag*

De Afdeling advisering merkt terecht op dat uit artikel 6, derde lid, AVG in samenhang met overweging 45 bij de AVG niet kan worden afgeleid dat de wettelijke grondslag voor de publieke taak in alle gevallen tevens kan worden beschouwd als de grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens. Met de

wettelijke grondslag voor een publieke taak of verplichting is derhalve niet steeds ook de wettelijke grondslag voor de gegevensverwerking gegeven. Dat is slechts het geval indien er sprake is van een voldoende precieze wettelijke grondslag. Paragraaf 4.2.2 van de toelichting is op dit punt aangevuld, met een verwijzing naar de door de Afdeling advisering genoemde nationale jurisprudentie.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

De nuancering die op advies van de Afdeling advisering in de toelichting is opgenomen, vloeit niet voort uit de AVG, maar uit de bestaande jurisprudentie op grond van artikel 8 EVRM. De AVG brengt daarin geen verandering en noopt naar ons oordeel dan ook niet tot aanpassing van bestaande sectorale wetgeving waarin geen specifieke grondslag is opgenomen voor verwerkingen van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 6, eerste lid, onderdelen c en e, AVG. Bij het creëren van nieuwe wettelijke grondslagen zal vanzelfsprekend ook met de uit de jurisprudentie voortvloeiende eis rekening worden gehouden.

2161494

c. Verstrekking aan andere bestuursorganen

Het gegeven dat artikel 6, eerste lid, onderdeel e, AVG geen grondslag biedt voor een derde om gegevens te verstrekken aan een bestuursorgaan voor de uitoefening van een publieke taak, is helder. Een ieder dient een rechtmatige grondslag te hebben om de gegevens te kunnen verwerken, zoals bijvoorbeeld een wettelijke verplichting om die gegevens te verstrekken aan een bepaald bestuursorgaan of toestemming van de betrokkene.

d. Verdere verwerking van gegevens

De Afdeling advisering merkt op dat artikel 6, vierde lid, AVG op twee manieren kan worden uitgelegd. Enerzijds kan deze bepaling volgens de Afdeling advisering zo worden gelezen dat in het geval door de overheid ter uitvoering van een publieke taak gegevens worden verwerkt voor een ander doel dan het oorspronkelijke doel, er altijd een specifieke wettelijke grondslag nodig is, ook als dat andere doel verenigbaar is met het oorspronkelijke doel. Anderzijds kan volgens de Afdeling advisering deze bepaling zo worden uitgelegd als dat in de memorie van toelichting is gedaan, namelijk dat de daarin opgenomen criteria voor verenigbare verdere verwerking alleen niet relevant zijn in het geval er een specifieke wettelijke grondslag voor verdere verwerking is gecreëerd. In gevallen waarin die specifieke wettelijke grondslag er niet is, is artikel 6, vierde lid, volgens deze interpretatie ook van toepassing op verwerking door de overheid en zal de overheid als verantwoordelijke aan de hand van de criteria voor verenigbare verdere verwerking van artikel 6, vierde lid, AVG moeten beoordelen of verdere verwerking toegestaan is. De Afdeling advisering acht deze laatste interpretatie beter verdedigbaar dan de eerste.

Wij delen de opvatting dat de laatste interpretatie beter verdedigbaar is, maar zouden daaraan toe willen voegen dat artikel 6, vierde lid, AVG naar onze mening ook weinig aanleiding geeft om aan te nemen dat de eerste interpretatie de juiste zou zijn. Immers, noch uit de tekst van artikel 6, vierde lid, AVG noch uit de overwegingen valt af te leiden dat de criteria aan de hand waarvan de verwerkingsverantwoordelijke kan bepalen of het andere doel waarvoor hij de gegevens wil verwerken verenigbaar is met het oorspronkelijke doel, niet zouden

gelden voor overheidsinstanties. Dit is in de toelichting verduidelijkt in paragraaf 4.2.3.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

7. Verwerking van bijzondere persoonsgegevens

Datum
8 december 2017

a. *Inleiding*

2161494

De Afdeling advisering constateert terecht dat de in de AVG neergelegde systematiek inhoudt dat de verwerking van bijzondere categorieën persoonsgegevens verboden is tenzij deze verwerking kan worden gebaseerd op een door de AVG of de nationale wet toegestane uitzondering. De gekozen systematiek maakt dat aan het tijdig implementeren van de AVG door middel van de Uitvoeringswet een aanzienlijk groter belang moet worden gehecht dan in een 'gemiddeld' implementatie wetgevingstraject. Als immers op de datum waarop de AVG van rechtswege van kracht wordt (25 mei 2018) de Uitvoeringswet niet eveneens in werking treedt, dan zijn vanaf dat moment heel veel verwerkingen die op grond van de huidige Wbp zijn toegestaan, verboden.

b. *Uitzondering zwaarwegend algemeen belang – ontheffing Autoriteit*

Op advies van de Afdeling advisering is besloten om bij nader inzien de huidige mogelijkheid voor de Autoriteit persoonsgegevens om een ontheffing te verlenen op grond artikel 23, eerste lid onderdeel f, van de huidige Wbp niet in de Uitvoeringswet te continueren. Terecht stelt de Afdeling advisering dat - zo de AVG al ruimte laat voor deze constructie - van deze bevoegdheid alleen in zeer uitzonderlijke gevallen gebruik mag worden gemaakt, te weten gedurende de periode die nodig is om de totstandkoming van een wettelijke grondslag te bewerkstelligen. Ook nu al geldt een dergelijke beperking op grond van het staande, zeer terughoudende, ontheffingsbeleid van de Autoriteit persoonsgegevens. Deze bevoegdheid is dan ook in het uiteindelijke wetsvoorstel komen te vervallen mede om te voorkomen dat de verkeerde indruk zou worden gewekt als ware hier sprake van een reële mogelijkheid om alsnog bijzondere categorieën persoonsgegevens te verwerken daar waar in de praktijk een ontheffingsverzoek eigenlijk nooit gehonoreerd zal worden.

c. *Uitzondering overschrijfverbod rechtstreeks toepasselijke onderdelen*

Het advies van de Afdeling advisering om in dit bijzondere geval af te wijken van het overschrijfverbod en de rechtstreeks toepasselijke elementen van artikel 9 AVG over te nemen in de Uitvoeringswet, is overgenomen. Daarbij is tevens de systematiek van paragraaf 3.1 van de Uitvoeringswet aangepast, waardoor zij beter aansluit bij de volgorde en systematiek van artikel 9 AVG. Paragraaf 3.1 (de artikelen 22 tot en met 30) is nu als volgt opgebouwd:

- a. In artikel 22, eerste lid, is de hoofdregel van artikel 9, eerste lid, AVG overgenomen: het verwerken van bijzondere categorieën van persoonsgegevens is verboden. In artikel 22, tweede lid, zijn de rechtstreeks toepasselijke uitzonderingen op het verwerkingsverbod

overgenomen (overeenkomstig artikel 9, tweede lid, onderdelen a, c, d, e en f, AVG).

- b. De artikelen 23 en 24 bevatten de algemene uitzonderingen die op alle bijzondere categorieën van persoonsgegevens van toepassing zijn. Deze bepalingen zijn een uitwerking van de niet rechtstreeks toepasselijke uitzonderingen, bedoeld in artikel 9, tweede lid, onderdelen g en j, AVG (zwaarwegend algemeen belang, onderscheidenlijk wetenschappelijk en historisch onderzoek en statistische doeleinden).
- c. De artikelen 25 tot en met 30 bevatten de specifieke uitzonderingen per categorie van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 9, eerste lid, AVG en artikel 22, eerste lid, van de Uitvoeringswet, in de volgorde waarin die categorieën aldaar worden genoemd. Telkens wordt verwezen naar het van toepassing zijnde artikelonderdeel van de AVG waarop de uitzondering is gebaseerd.

d. *Motivering in de toelichting*

Terecht stelt de Afdeling advisering dat een toelichting bij een wetsvoorstel toegankelijk en zelfstandig leesbaar moet zijn. Daar waar nodig is, conform het advies van de Afdeling advisering, de artikelsgewijze toelichting aangevuld om aan deze voorwaarde te voldoen. Dit geldt in het bijzonder voor die artikelen die betrekking hebben op de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens (de artikelen 22 tot en met 30).

8. Geautomatiseerde besluitvorming

a. *Inleiding*

Volgens artikel 22 AVG heeft de betrokkene het recht om niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking (waaronder profilering) gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

b. *Algemene grondslag toereikend?*

Om tegemoet te komen aan de kritiek van de Afdeling advisering dat er op grond van de formulering van artikel 22 AVG sprake zou moeten zijn van waarborgen die zijn vervat in een wettelijke bepaling en dat het treffen van de nodige waarborgen niet geheel kan worden overgelaten aan de verwerkingsverantwoordelijke, is aan artikel 40 Uitvoeringswet (voorheen artikel 37) een derde lid toegevoegd. In dat derde lid wordt invulling gegeven aan de maatregelen die de verwerkingsverantwoordelijke, op grond van het tweede lid, dient te treffen ter bescherming van het gerechtvaardigd belang van de betrokkene. Het voorgestelde derde lid bepaalt dat verwerkingsverantwoordelijken, die geen bestuursorgaan zijn, in ieder geval hebben voldaan aan die eis dat zij dergelijke 'passende maatregelen' moeten treffen als ze het recht op menselijke tussenkomst, het recht voor betrokkene om zijn standpunt kenbaar te maken en het recht om het besluit aan te vechten,

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

hebben geborgd. Deze waarborgen zijn ontleend aan het direct werkende van artikel 22, derde lid, AVG in combinatie met artikel 42, derde lid, Wbp (dat bepaalt dat een passende maatregel is getroffen als betrokkenen in de gelegenheid wordt gesteld om omtrent het besluit zijn zienswijze naar voren te brengen).

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

Voor zover het gaat om besluitvorming door een bestuursorgaan dan gelden uiteraard de gebruikelijke en zeer vergelijkbare bestuursrechtelijke waarborgen zoals neergelegd in de Awb, waaronder het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel, en kan betrokkene, zij het achteraf, ook altijd tegen een besluit opkomen. De Afdeling advisering merkt hierover op dat de redelijkheid en zorgvuldigheid van besluitvorming niet afhankelijk mag worden gemaakt van het al dan niet instellen van bezwaar of beroep. In algemene zin onderschrijven we deze stelling maar, zolang er geen sprake is van profilering, is hiervan bij geautomatiseerde besluitvorming zonder menselijke tussenkomst ook geen sprake, althans hoeft daar geen sprake van te zijn. De zorgvuldigheid en de redelijkheid van de besluitvorming is bij geautomatiseerde besluitvorming evenzeer afhankelijk van de inrichting van het proces en de regels die ten grondslag liggen aan het nemen van het besluit (bij geautomatiseerde besluitvorming: de onderliggende algoritmes) als bij niet-geautomatiseerde besluitvorming. Met de Afdeling advisering zijn wij van mening dat er zich in het verleden situaties hebben voorgedaan waarbij aan gebonden besluitvorming grote (disproportionele) gevolgen verbonden werden. Zonder iets te willen afdoen aan de onwenselijkheid van de door de Afdeling advisering gememoreerde situaties, is het van belang te constateren dat de oorzaak hiervan echter niet (per se) lag bij het geautomatiseerde karakter van de besluitvorming; ook beslismedewerkers kunnen zodanig gebonden zijn aan wetgeving en beleidsregels dat zij geen of onvoldoende rekening kunnen houden met de concrete omstandigheden van het geval.

Kortom, de voorgestelde mogelijkheid om af te wijken van het bepaalde in artikel 22 AVG doet niets af aan de beginselen en normen omtrent een zorgvuldige besluitvorming zoals die gelden op grond van de Awb en ontslaat een bestuursorgaan dan ook geenszins van de plicht om bij de inrichting van een geautomatiseerd proces grote zorgvuldigheid te betrachten. Dit onder meer door alle mogelijke scenario's vooraf in kaart te brengen en waar nodig menselijke tussenkomst te borgen en hoe dan ook een nood(rem)voorziening te treffen voor onvoorziene gevallen waarin menselijke tussenkomst onverwacht toch nodig blijkt om de disproportionele gevolgen waar de Afdeling advisering op doelt te voorkomen. Het recent door de ministerraad voor de rijksoverheid vastgestelde model gegevensbeschermingseffectbeoordeling¹⁹ kan hierbij een uiterst nuttige functie vervullen.

Dit is ook precies de reden dat het wetsvoorstel het niet mogelijk maakt om als er sprake is van profilering af te wijken van artikel 22 AVG. Als de routineuze geautomatiseerde besluitvorming immers niet is gebaseerd op objectief vastgestelde criteria maar op statistische patronen en profielen dan is het onmogelijk om in een algemene wettelijke regeling als de onderhavige het

¹⁹ Kamerstukken II 2017/18, 26 643, nr. 490.

besluitvormingsproces zodanig zorgvuldig in te richten dat de menselijke tussenkomst kan worden gemist.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

In het feit dat een verantwoordelijke alleen een beroep kan doen op deze uitzondering als dit noodzakelijk is om te voldoen aan een op hem rustende wettelijke verplichting of voor de vervulling van een taak van algemeen belang, ligt tot slot in wezen ook een beperking besloten ter waarborging van de belangen van de betrokkene. De memorie van toelichting gaat op al het voorgaande nader in alsmede op de waarborgen die in de systematiek van de AVG zelf liggen besloten.

Datum
8 december 2017

2161494

Dat de formulering van artikel 22, tweede lid, onderdeel b, AVG duidt op de noodzaak om voor alle daarin bedoelde vormen van geautomatiseerde besluitvorming te voorzien in een specifiek wettelijke grondslag, onderschrijven wij tot slot echter niet. Dat neemt niet weg dat het creëren van een specifieke grondslag in een sectorale wet in sommige situaties wel mogelijk is en wenselijk kan zijn. Dat zal in ieder geval noodzakelijk zijn als men in de toekomst geautomatiseerde besluitvorming op basis van profilering mogelijk zou willen maken. Bij het nadenken over de wijze waarop in de toekomst wettelijke taken van algemeen belang en wettelijke verplichtingen zullen worden vormgegeven, zal dit aspect zeker een rol spelen. Indien bij de uitvoering van een dergelijke taak respectievelijk bij het voldoen aan een dergelijke verplichting noodzakelijkerwijs gebruik zal worden gemaakt van geautomatiseerde besluitvorming en dit op voorhand ook al duidelijk is, dan zal het nadenken over de waarborgen van de belangen van betrokkenen vanzelfsprekend onderdeel van het besluitvormings- en wetgevingsproces dienen uit te maken.

9. Beperkingen

Het is verheugend te constateren dat de Afdeling advisering de gemaakte keuze in artikel 38 Uitvoeringswet (thans: artikel 41) onderschrijft en ook toereikend gemotiveerd acht. Ook in de artikelsgewijze toelichting is nogmaals onderstreept dat het strikte noodzakelijkheids criterium zoals dat nu geldt op grond van artikel 43 Wbp onverkort van toepassing blijft en dat artikel 41 Uitvoeringswet geen ruimte biedt voor structurele, categorische beperkingen van rechten van betrokkenen.

Het advies van de Afdeling advisering om de verwijzing naar artikel 22 AVG uit artikel 41 Uitvoeringswet te schrappen, is met het oog op het voorgaande dan ook overgenomen. De toelichting op artikel 41 is aangevuld met het door de Afdeling advisering terecht opgemerkte feit dat geautomatiseerde besluitvorming zich naar zijn aard slecht verdraagt met de vangnetfunctie die artikel 41 dient te vervullen: alleen in uitzonderlijke situaties en na een individuele belangenafweging is een beroep op dit artikel mogelijk.

10. Overige opmerkingen

a. Boetebevoegdheden: geen voorafgaande bindende aanwijzing

Op grond van de huidige Wbp is de Autoriteit persoonsgegevens verplicht om voorafgaand aan de oplegging van een bestuurlijke boete de verantwoordelijke een bindende aanwijzing te geven (behalve indien er sprake is van opzet of van ernstig verwijtbare nalatigheid). Deze verplichting keert niet terug in de Uitvoeringswet. De Afdeling adviseert toereikend te motiveren waarom voor de verplichte voorafgaande bindende aanwijzing voor boeteoplegging binnen de systematiek van de AVG geen ruimte is.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

Toezichthouders beschikken op grond van de AVG over een scala aan bevoegdheden om toezicht te houden op de naleving van de AVG en om zo nodig handhavend op te treden. Deze bevoegdheden vloeien voort uit de artikelen 58 en 83 AVG. Naar ons oordeel bieden de artikelen 83 en 58, zesde lid, in samenhang gelezen geen ruimte om de toezichthouder te verplichten tot het geven van een voorafgaande bindende aanwijzing voorafgaand aan het opleggen van een boete. Artikel 58, zesde lid, maakt het weliswaar mogelijk dat lidstaten bij wet bepalen dat hun toezichthoudende autoriteit bijkomende *bevoegdheden* krijgt maar niet dat deze aan bijkomende *verplichtingen* gebonden wordt. Een voorafgaande bindende aanwijzing heeft trekken van een aantal corrigerende maatregelen als bedoeld in artikel 58, tweede lid, AVG en die zijn expliciet geformuleerd als een bevoegdheid, niet een verplichting; onder omstandigheden zal een dergelijke aanwijzing bijvoorbeeld inhouden dat wordt gelast de verzoeken van de betrokkene tot uitoefening van zijn rechten uit hoofde van de AVG in te willigen (artikel 58, tweede lid, sub c) of om verwerkingen binnen een bepaalde termijn in overeenstemming te brengen met de bepalingen van de AVG (artikel 58, tweede lid, sub d). Artikel 83, achtste lid, AVG biedt naar ons oordeel evenmin ruimte om de Autoriteit te verplichten tot het geven van een bindende aanwijzing voordat een boete mag worden opgelegd. Dit neemt echter niet weg dat wij menen dat het rauwelijks opleggen van bestuurlijke boetes door de toezichthouder in strijd kan komen met de beginselen van behoorlijk bestuur, hetgeen evenzeer betekent dat niet is voldaan aan artikel 83, achtste lid, AVG. Als er sprake is van open normen zal er van een toezichthoudend bestuursorgaan in beginsel worden gevraagd om helderheid te verschaffen over hetgeen van de ondertoezichtgestelden precies wordt verwacht in het specifieke geval voordat het opleggen van een punitieve sanctie aan de orde kan zijn. Het lex-certabeginsel staat aan punitief optreden dan al snel in de weg. Als het voor een verwerkingsverantwoordelijke in redelijkheid niet helder is wat van hem concreet wordt verwacht, zal het rauwelijks opleggen van een (hoge) bestuurlijke boete de rechterlijke toets niet kunnen doorstaan. Aan de andere kant kunnen er zich ook situaties voordoen waarbij de verwerkingsverantwoordelijke evident opzettelijk of grove nalatig de verplichtingen, zoals deze op hem rusten, overtreedt en dan moet het mogelijk zijn om wel direct over te gaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete.

b. Beroepsmogelijkheden van de Autoriteit tegen besluiten van het Comité

Op grond van artikel 65 AVG is het Comité bevoegd een beslissing te nemen in een geschil tussen een of meer toezichthoudende autoriteiten over de bevoegdheid tot het vaststellen van handhavingsbesluiten met grensoverschrijdende aspecten of over de voorgenomen

handhavingsmaatregelen. Aangezien deze geschilbeslechting een bindend karakter heeft voor de desbetreffende autoriteiten en het Comité geen rechterlijk college, maar een Europees bestuursorgaan is, zijn deze besluiten vatbaar voor een vernietigingsberoep bij het Gerecht van de Europese Unie op voet van artikel 263 VWEU. Niet alleen voor verwerkingsverantwoordelijken of voor betrokkenen, maar uitdrukkelijk ook voor toezichthoudende autoriteiten. Overweging 143 van de AVG roept in herinnering dat de Europese wetgever daar bewust voor heeft gekozen. Daaruit vloeit voort dat deze wetgever beoogde de Autoriteit persoonsgegevens het recht toe te kennen om een dergelijk vernietigingsberoep tegen een besluit van het Comité in te stellen.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

Die intentie van de Europese wetgever neemt echter niet weg dat een vernietigingsberoep wel moet voldoen aan de ontvankelijkheidseisen die artikel 263 VWEU stelt. Het primaire EU-recht prevaleert immers. In dat verband is de vraag gerezen of de Autoriteit persoonsgegevens wel voldoet aan de eisen van artikel 263 VWEU.

Allereerst is van belang vast te stellen dat artikel 263, tweede alinea, VWEU aan lidstaten de bevoegdheid toekent om de wettigheid van handelingen van de organen of instanties van de Unie waarmee rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd door het Gerecht te laten nagaan. De lidstaat Nederland is daartoe dus steeds bevoegd. De Autoriteit persoonsgegevens kan in de context van het vernietigingsberoep niet zonder meer worden vereenzelvigd met de lidstaat Nederland. De Autoriteit persoonsgegevens is ingevolge artikel 51 AVG een zelfstandig bestuursorgaan met eigen taken en bevoegdheden en met een onafhankelijke positie. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU blijkt voldoende duidelijk dat lidstaten, vertegenwoordigd door hun regeringen, een van andere entiteiten van die lidstaat onderscheiden verantwoordelijkheid hebben.²⁰ Dat dit ook opgaat voor toezichthouders voor de gegevensbescherming is nauwelijks voor betwisting vatbaar. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU blijkt immers dat deze positie "volkomen onafhankelijk" moet zijn²¹ en dit is ook vastgelegd in artikel 52, eerste lid, AVG. De toezichthouder moet een dergelijke positie hebben, omdat ook de lidstaat zelf, althans die verwerkingsverantwoordelijken van wie het optreden aan die lidstaat kan worden toegerekend, onder dit toezicht zijn gesteld. Dit fundamentele verschil in verantwoordelijkheden maakt het in ieder geval in theorie niet onmogelijk dat de lidstaat Nederland en de Autoriteit persoonsgegevens een verschillende opvatting over een bepaalde aangelegenheid kunnen hebben. Een procesbevoegdheid van de Autoriteit persoonsgegevens kan dan ook moeilijk op artikel 263, tweede alinea, VWEU worden gebaseerd.

Artikel 263, vierde alinea, VWEU kent het vernietigingsberoep toe aan natuurlijke en rechtspersonen tegen, onder meer, handelingen die tot hem zijn gericht of die hem rechtstreeks en individueel raken. Het is duidelijk dat de Autoriteit persoonsgegevens geen natuurlijke persoon is. Het is vervolgens de vraag of de Autoriteit persoonsgegevens kan worden aangemerkt als rechtspersoon in de zin

²⁰ HvJ EU 1 oktober 1997, C-80/97, Regione Toscana/Commissie, r.o. 6 en 8.

²¹ HvJ EU 9 maart 2010, C-518/07, Commissie/Duitsland, r.o. 23; HvJ EU 16 oktober 2010, C-614/10, Commissie/Oostenrijk, r.o. 52; HvJ EU 8 april 2014, C-288/12, Commissie/Hongarije, r.o. 53.

van genoemde bepaling. Die vraag kan aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van EU nader worden beantwoord. In beginsel bepaalt het nationale recht of de appellante rechtspersoonlijkheid heeft.²² Het is duidelijk dat aan de Autoriteit persoonsgegevens noch krachtens artikel 2:1 van het Burgerlijk Wetboek, noch krachtens een bijzondere wet rechtspersoonlijkheid is toegekend. Het Hof van Justitie heeft evenwel in vele gevallen vernietigingsberoepen ontvankelijk geacht van territoriaal gedecentraliseerde lichamen waarvan onvoldoende duidelijk vaststond of daaraan krachtens lidstatelijk recht rechtspersoonlijkheid toekwam.²³ Dat betrof onder meer het toenmalige land in het Koninkrijk de Nederlandse Antillen, waarop de regels van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek inzake rechtspersoonlijkheid niet van toepassing waren, terwijl die rechtspersoonlijkheid ook niet geregeld was in enig wettelijk voorschrift van Nederlands-Antilliaans recht.²⁴ De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat uit de jurisprudentie voortvloeit dat rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU een zelfstandige Europeesrechtelijke betekenis heeft gekregen en niet zonder meer te vereenzelvigen is met rechtspersoonlijkheid in het nationale recht.²⁵ Gelet op de duidelijke bedoeling van de Europese wetgever om een bijzonder vernietigingsberoep tegen besluiten van het Comité toe te kennen, behoeft het weinig twijfel dat het Gerecht niet zal overgaan tot niet-ontvankelijkheidsverklaring van een vernietigingsberoep van de Autoriteit persoonsgegevens op de enkele grond dat de Autoriteit persoonsgegevens niet zou voldoen aan het criterium rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU. Er is dan ook in deze omstandigheid geen reden gelegen aan de Autoriteit persoonsgegevens rechtspersoonlijkheid toe te kennen.

Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Sector Staats- en Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

c. Benoeming en ontslag leden Autoriteit

De voorzitter van de Autoriteit persoonsgegevens is tevens lid van de Autoriteit persoonsgegevens, hetgeen blijkt uit de formulering van artikel 7, eerste lid, Uitvoeringswet ('een voorzitter en ten hoogste twee *andere* leden'). Om echter iedere verwarring te voorkomen is in artikel 7, zesde en zevende lid, van het wetsvoorstel dezelfde opsomming opgenomen als in het derde lid. Ook artikel 8 is hiertoe aangepast.

d. Aanvullende taken van de Autoriteit

De Afdeling advisering wijst hier op een fout die inmiddels is hersteld zowel in artikel 6 Uitvoeringswet als in de memorie van toelichting. In het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging zal de Autoriteit persoonsgegevens inderdaad worden belast met het toezicht op de toepassing van die richtlijn.

e. Reikwijdte adviesbevoegdheid bij wetgevingsinitiatieven

²² HvJ 20 maart 1959, C-18/57, Nold/Hoge Autoriteit, paragraaf A; HvJ EU 27 november 1984, C-50/84, Benders/Commissie, r.o. 7.

²³ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 2 mei 2006, C-417/04 P, Regione Siciliana/Commissie, r.o. 24.

²⁴ HvJ EU 22 november 2001, C-452/98, Nederlandse Antillen/Raad, r.o. 50 e.v.

²⁵ Zie in dit verband: K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, EU Procedural Law, Oxford, 2014, pp. 313-314.

Het advies van de Afdeling advisering is overgenomen met het schrappen van het artikel 15 Uitvoeringswet zoals dat aan de Afdeling advisering was voorgelegd.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

f. Definitie "bijzondere persoonsgegevens"

Erkend moet worden dat het verruimen van de definitie van 'bijzondere persoonsgegevens', waardoor anders dan in de AVG ook de persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten werden aangemerkt als bijzondere persoonsgegevens, tot onduidelijkheden leidde. Wij hebben daarom het advies van de Afdeling advisering overgenomen. De terminologie van de Uitvoeringswet sluit nu aan bij de terminologie van de AVG. De bijzondere categorieën van persoonsgegevens worden gedefinieerd overeenkomstig artikel 9, eerste lid, AVG. De persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten of daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen als bedoeld in artikel 10 AVG - in de Uitvoeringswet gedefinieerd als "persoonsgegevens van strafrechtelijke aard" - vallen daar niet langer onder.

Datum
8 december 2017

2161494

In de nieuwe opzet heeft paragraaf 3.1 van de Uitvoeringswet betrekking op de bijzondere categorieën van persoonsgegevens, terwijl paragraaf 3.2 betrekking heeft op de persoonsgegevens van strafrechtelijke aard.

Alle opmerkingen die zijn gemaakt in de redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering zijn, voor zover mogelijk, overgenomen.

Ter gelegenheid van het nader rapport zijn in zowel het wetsvoorstel als in de bijbehorende memorie van toelichting, zonder dat het advies van de Afdeling advisering hiertoe direct aanleiding gaf, wijzigingen aangebracht van voornamelijk redactionele aard of met als doel de tekst te verduidelijken.

Inhoudelijk is het wetsvoorstel met bijbehorende memorie van toelichting nog op de volgende punten aangepast:

- Er is, in aanvulling op artikel 4:15 van de Algemene wet bestuursrecht, een vijfde lid aan artikel 14 toegevoegd om het mogelijk te maken dat de Autoriteit persoonsgegevens de termijn voor het geven van een beschikking kan opschorten voor zover dit noodzakelijk is in verband met het naleven van op de Autoriteit Persoonsgegevens rustende verplichtingen op grond van de artikelen 60 tot en met 66 van de AVG. Hierbij is aansluiting gezocht.
- Er is een paragraaf over de doorgifte van persoonsgegevens aan derde landen of internationale organisaties, toegevoegd aan het algemene deel van de memorie van toelichting (paragraaf 5.2.8).
- In artikel 8 is onderdeel c toegevoegd om de huidige omissie weg te nemen dat er niemand bevoegd is om de voorzitter van de Autoriteit persoonsgegevens een waarschuwing te geven in de zin van artikel 46c van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.
- Het tweede lid van artikel 1 is bij nader inzien geschrapt. Aangezien de definities zoals opgenomen in artikel 4 van de AVG rechtstreekse werking hebben vanaf 25 mei 2018, spreekt het immers voor zichzelf dat deze van

toepassing zijn op de Uitvoeringswet en de daarop berustende bepalingen.

- Er is een derde lid aan artikel 14 toegevoegd om te voldoen aan de eis, op grond van artikel 5:46 van de Awb, dat het boetemaximum bij (formele) wet wordt bepaald.
- De verplichting op grond van het vierde lid van artikel 10 voor de Autoriteit persoonsgegevens om een bestuursreglement op te stellen, is geschrapt. Dit met het oog op de onafhankelijke positie Autoriteit persoonsgegevens want daarmee vervalt eveneens de verplichting, op grond van artikel 11 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, om dit bestuursreglement ter goedkeuring voor te leggen aan de Minister voor Rechtsbescherming.
- Er is een nieuw artikel 20 opgenomen in de Uitvoeringswet. Dit artikel bewerkstelligt dat de verzoekschriftprocedure zoals die met het wetsvoorstel tot wijziging van de Wbp naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 6 oktober 2015 (C-362/14) inzake de Veiligheidsbeginselen²⁶ in artikel 78a van de Wbp wordt opgenomen, ook in dit wetsvoorstel wordt opgenomen.
- Het voormalige artikel 20 is komen te vervallen omdat het, bij nader inzien, niet nodig was om het niet behandelen of niet tijdig beslissen van de Autoriteit persoonsgegevens gelijk te stellen aan een besluit; dat volgt immers al uit de systematiek van de Awb (artikel 6:2 aanhef en onderdeel b juncto artikel 6:12 Awb).
- Er is een delegatiegrondslag ingevoegd (nieuw artikel 21) om te voldoen aan de opdracht op grond van artikel 43, eerste lid, AVG dat de lidstaat ervoor zorgt dat certificeringsorganen worden geaccrediteerd door ofwel de Autoriteit persoonsgegevens ofwel door de Raad voor Accreditatie ofwel door hen beide.
- Bij nader inzien was het van toepassing verklaren van artikel 5:20 Awb niet nodig omdat de AVG reeds voorziet in een beboetbare medewerkingsverplichting met dezelfde reikwijdte (artikelen 58, eerste lid, onderdeel c, en 83, vijfde lid onderdeel e, AVG).

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
8 december 2017

2161494

Ik moge U, mede namens mijn ambtgenoot van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Rechtsbescherming,

Sander Dekker

²⁶ Kamerstukken II 2017/18, 34 809, nrs. 1-3