

Vergaderjaar 2017–2018

34 851

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 Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119) (Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 10 oktober 2017 en het nader rapport d.d. 8 december 2017, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Rechtsbescherming, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is oorspronkelijk afgedrukt.

Bij Kabinetstuk van 16 juni 2017, n.o. 2017000979, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt 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 Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119) (Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming), met een wettelijke toelichting.

Het wetsvoorstel geeft uitvoering aan de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Zo regelt het voorstel onder meer de installatie en inrichting van een nationale toezichthouder (de Autoriteit Persoonsgegevens) en de bevoegdheid van die toezichthouder om bestuurlijke boetes op te leggen. De AVG is geen gemeenschappelijke veron-

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is te raadplegen bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

ening. Zij beoogt bescherming te bieden aan een – ook in de Nederlandse Grondwet gewaarborgd – fundamenteel recht en geeft daarmee uitvoering aan artikel 7 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (het Handvest) en artikel 16 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Dit fundamenteel recht zal op grond van de AVG nader worden uitgewerkt doordat het middel van pseudo-regelgeving (soft law) van het onafhankelijke Europees Comité voor gegevensbescherming, regelgeving die zich aan de invloedsfeer van de lidstaten onttrekt. De AVG is bovendien niet gebonden aan dat zij rechtlijn-achtige kennis overdraagt, wat nu juist in het grootste gedeelte ervan rechtstreeks toepasbaar is in de lidstaten en behoort zij op die onderdelen ook geen een zetting in nationaal recht, maar op bepaalde onderdelen dat de AVG ruimte aan de lidstaten om, bij nationale wet, nadere regels te stellen. De Uitvoeringswet vult die ruimte op enkele belangrijke onderdelen in. Het gaat dan bijvoorbeeld om de uitzonderingen op het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verspreiden en om oplichtingen om beperkingen aan te brengen op de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de AVG.

De Afdeling advisering van de Raad van State wijst erop dat de bescherming van persoonsgegevens in steeds sterkere mate een Europeesrechtelijke aangelegenheid is geworden. Dat heeft geleid tot een institutioneel reëvals verschuiving; het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens wordt als gevolg van de AVG hoofdzakelijk geregeld op EU-niveau. De ontwikkeling in die richting van verdere Europese integratie op dit punt zal naar verwachting de komende jaren doorgaan. De Afdeling adviseert inzichtelijk te maken wat de consequenties hiervan zijn, in het bijzonder als het gaat om de in de AVG vastgelegde systematiek van samenwerking en coördinatie van toezichthouders. Voorts – voor zover de AVG ruimte laat voor regeling door de nationale wetgever – een inhoudelijke afweging nodig als het gaat om de vraag of en zo ja, op welke wijze van de ruimte gebruik wordt genomen. De toelichting zou op dit punt aangevuld moeten worden.

De AVG voorziet in een gelaagde toezichtstructuur, waarbinnen zowel nationale toezichthouders als het Europees Comité voor gegevensbescherming taken en bevoegdheden hebben. Gegeven de onafhankelijkheid van de toezichthouders op beide niveaus in samenhang met hun voortdurende taken en bevoegdheden, dient de toelichting te bestaan over de openbaarheid van hun werkwijze, over de wijze waarop de toezichthouders belanghebbenden bij hun besluiten en bij andere handelingen die zij verrichten, betrekken en hoe zij verantwoording afleggen over de uitoefening van hun taken en bevoegdheden. Dit geldt in het bijzonder voor het Europees Comité voor gegevensbescherming dat op grond van de AVG bevoegd is pseudo-regels (in de vorm van richtlijnen, aanbevelingen en beste praktijken) vast te stellen. De toelichting zou ondermeer inzichtelijk moeten maken op welke wijze de raadpleging en verantwoording door het Comité zal plaatsvinden en daarbij duidelijk te maken of de uiteits eind besluiten zoals voortvloeien uit de AVG als bindkend worden beoordeeld.

De Afdeling adviseert de toelichting ook met betrekking tot de uitvoeringsaspecten substantieel te versimpelen. De bepalingen van de AVG voor burgers, bedrijven en overheden zullen aanzienlijk zijn. Ook de bekendheid met de naderende veranderingen kijkt nog te wensen over te laten. Gevoegd bij de structurele problemen in de uitvoeringspraktijk onder de bestaande wetgeving, zal de komende periode een meer inspanningsdig zijn om de AVG en de daarmee samenhangende wetgeving op een aanvaardbaar niveau uitgevoerd te krijgen. De toelichting geeft van de urgentie daarvan voldoende blijk. Daarbij merkt

de Afdeling op dat de regering, ondanks de Europese oorsprong van de nieuwe regels en de rechtstreekse toepasselijkheid daarvan, mede vanuit wettelijke en bestuurlijke overwegingen van de AVG in de Nederlandse samenleving te het licht van de technologische ontwikkelingen zou in de noodzakelijke uitvoeringsbeleid in ook nadrukkelijk aandacht besteden aan te worden aan de wijze waarop deze ontwikkelingen kunnen worden geïncorporeerd in de praktische toepassing van de AVG en de Uitvoeringswet.

Blijkens de mededeling van de Directeur van het kabinet van 15 juni 2017, nr. 2017000979, machtigde de Tweede Kamer de Afdeling adviseur van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Uit advies, gedateerd 10 oktober 2017, no. W03.17.01869, is dit U hierbij aan.

1. Inleiding

Het voorliggende wettenswetstel geeft uitvoering aan de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), die op 25 mei 2016 in kracht zal worden. De AVG vervangt Richtlijn 95/46/EG waarop de huidige Wet bescherming persoonsgegevens is gebaseerd. De AVG is, sam en en de Richtlijn gegevensbescherming opzetting en vervolging,¹ de verslag van een integrale herziening van het EU-gegevensbescherming in gerocht. Het is plan een nieuw wet voorstel voor de Richtlijn gegevensbescherming opzetting en vervolging en de aanpassing wetgeving voor verschillende sectorale wetten volgen op een later moment. Deze integrale herziening van het gegevensbescherming in gerocht is inhoudelijk en procedureel ingrijpend. Zij heeft vergaande gevolgen voor de Nederlandse wetgeving en de daarop gebaseerde uitvoeringspraktijk.

a. Inhoud AVG

De AVG, waarvan het onderhavige wettenswetstel uitvoering geeft, brengt een aantal forse veranderingen, maar is tegelijkertijd een voortzetting van de huidige richtlijn. Volgens de in verhouding tot het bestaande wettelijke regime kan de AVG als volgt worden samengevat:

- De beginselen van de verwerking van persoonsgegevens komen in hoofdlijn overeen met die van de richtlijn, (beginselen van rechtvaardigheid, transparantie en transparantie, beginsel van doelbinding, beginsel van datam in im alstatie, beginsel van juistheid, beginsel van opzettingbeperking, beginsel van integriteit en vertrouwelijkheid). Welke de verwerking van gegevens transparantie verwerken gebaseerde nieuw en uitgebreider geregeld ten opzichte van de richtlijn.
- De belangrijkste definities en het in uitvoering toepassingsgebied blijven in hoofdlijn gelijk. Verandering is er in het territoriale toepassingsgebied: de verordening kan ook van toepassing zijn op een niet in de Unie gevestigde verantwoordelijke.
- De rechten van betrokkene komen voor een belangrijk deel overeen met die van de richtlijn, maar zijn ook op een aantal punten uitgebreid. Nieuw

¹ Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de politie, de douane, de grensovertoezicht en de douane, de opzetting en de vervolging van strafbare feiten en de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van de gegevens en tot intrekking van Richtlijn 2008/971/EG van de Raad (PB 2016, L 119).

² De Afdeling heeft over deze voorstellen op verzoek van de Tweede Kamer in 2015 een voorlopig advies uitgebracht. Zie ook W03.12.0160, Kamerstukken II 2011/12, 34791, nr. 32.

³ Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB 1996, L 281).

zijn het recht om te worden vergeten en het recht om gegevens niet te nemen (gegevensverdraagbaarheid).¹⁷ Deels nieuw is voorts het recht om niet anderszins te worden aangesproken of te worden individueel besluitvorming, waaronder profilering.

- In de positie van de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker vinden enkele grote wijzigingen plaats. De AVG introduceert een algemeen verantwoordingsplicht voor de verwerkingsverantwoordelijke. De voorafgaandem eisingplicht bij alle gegevensverwerkingen verdwijnt, in haar plaats wordt vervangen door een aantal andere verplichtingen voor de verwerkingsverantwoordelijke.
- In het toezicht brengt de AVG forse veranderingen. De nationale toezichhoudende autoriteit wordt onder de AVG nog onafhankelijker van de toezichtsoverheid dan anderszins het geval is. Bovendien worden de nationale toezichthouders ingebed in een Europese structuur onder het Europees Comité voor gegevensbescherming. Het doel hiervan is om een zo eenduidig mogelijk uitleg van de verordening te bevorderen (aan eenverening en coherentie). De verordening heeft tevens de bedoeling om alle geldende toezichtsoverheidsregels en de op deze gebaseerde voorschriften.¹⁸ Ook het hoofdstuk dat zich op beroep, aansprakelijkheid en sancties verhoudt substantieel ten opzichte van de richtlijn.¹⁹ De meest in het oog springende hiervan is een uitgebreide bepaling over sancties, waarin de basis wordt gelegd om een administratieve geldboete op te leggen, oplopend tot € 20 miljoen of 4% van de totale wereldwijde jaaromzet in het voorgaande boekjaar.²⁰

b. Toekomstige ontwikkelingen

De AVG reguleert een reeks dat sterk beïnvloed wordt door de steeds sneller gaande technologische ontwikkelingen. Hoewel de AVG op hoofdlijnen een voortzetting vormt van het in Richtlijn 95/46/EG neergelegde regelgeving, brengt de AVG met het oog op deze ontwikkelingen op een beperkt aantal punten veranderingen. Voorbeelden daarvan zijn het uitgebreide recht om niet te worden onderscheiden aan de automatische individuele besluitvorming (waaronder profilering)²¹ en de verplichting voor de verwerkingsverantwoordelijke gebruik te maken van privacy by design en privacy by defaults.²² Gezien de omvang van innovatie op dit gebied verwacht de Afdeling dat ook de ontwikkeling van het gegevensbeschermingsrecht door zal worden gegaan. Een voorbeeld daarvan biedt het voorstel voor een e-Privacyverordening dat begin 2017 gepubliceerd is en dat de e-Privacyrichtlijn (Richtlijn 2002/58/EG) moet vervangen. Deze verordening dient ter aanvulling van het beschermingskader van de AVG wat betreft elektronische berichten.²³ Het voorstel bevat onder meer regels over het gebruik van cookies en vergelijkbare technieken en regels die – rekening houdend met moderne technieken – het comfortabele gebruik van elektronische berichten en de bescherming van de

¹⁷ Artikelen 17 en 20 AVG. Het recht om te worden vergeten wordt overigens al voort uit jurisprudentie van het HvJEU uitkomst van 13 mei 2014, Google Spain, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:2131.

¹⁸ Artikel 6, tweede lid, en artikel 24 AVG.

¹⁹ Artikel 84a AVG.

²⁰ Artikel 84 AVG.

²¹ Hoofdstuk VIII AVG.

²² Artikel 63 AVG.

²³ Artikel 22 AVG. Het gaat om een uitbreiding ten opzichte van artikel 15 Richtlijn 95/46/EG.

²⁴ Artikel 25 AVG. Deze verplichtingen leiden ertoe dat al bij het vaststellen en uitvoeren van middelen van verwerking (zoals de ontwikkeling van programmatuur) passende technische maatregelen worden getroffen die ervoor zorgen dat de persoonsgegevens overeenkomstig de AVG te beschermen.

de elektronische communicatiesector. Het is de bedoeling dat ook de verordening op 25 mei 2018 in werking treedt.¹³

Het voorstaande maakt duidelijk dat het nieuwe gegevensbeschermingsrecht geen rustig bezit is. De technologische ontwikkelingen hebben op termijn mogelijk ook gevolgen voor de beginselen die ten grondslag liggen aan de AVG, zoals het beginsel van doelbinding en het beginsel van data-minimalisatie. Met het oog daarop zal moeten blijken in hoeverre het nu tot stand gekome en regelgevingsproces uiteindelijk is. De gevolgen van de technologische ontwikkelingen zullen echter nu al merkbaar zijn in de uitvoeringspraktijk. In punt 4b van dit advies vraagt de Afdeling daarvoor nadere aandacht.

c. Karakter AVG en gevolgen voor inplantentatie

De Afdeling onderstreept het belang van de AVG en van de daarmee bedoelde bescherming. Ourgemensen het vertrouwen kunnen hebben dat men hun persoonsgegevens op een vertrouwelijke en transparante wijze wordt omgegaan. In het licht daarvan is kwalitatief goede wetgeving met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens, ook vanwege de snel toenemende technologische ontwikkelingen, cruciaal. De AVG gaat daarom terecht uit van een hoog beschermingsniveau. Tegelijkertijd moet de Afdeling dat het nieuwe EU-gegevensbeschermingsrecht, ook in verhouding tot het bestaande wetstelsysteem, zeer complex is en dat het oop de nadere uitwerking in de wetgeving en in de uitvoeringspraktijk veel vragen oproept en nog zal oproepen. Deze kwesties in dit advies, dat alleen betrekking heeft op de onderhavige Uitvoeringswet, maar beperkt een bod.

De AVG is geen gedeeltelijke verordening. Zij beoogt bescherming te bieden aan een – ook in de Nederlandse Grondwet gewaarborgd – fundamenteel recht en geeft daarmee uitvoering aan artikel 1 en 8 Handvest en artikel 16 WvEU. Dit fundamenteel recht zal op grond van de AVG nader worden uitgewerkt door middel van nationale wetgeving (zoals de wet) van het onafhankelijke Europees Comité voor gegevensbescherming, regelgeving die zich aan de invloedssfeer van de lidstaten onttrekt. De AVG is bovendien niet gedeeltelijk omdat het grootste gedeelte daarvan weliswaar rechtstreeks toepasselijk is en op die onderdelen dan ook geen overzettingsocht in nationaal recht, maar de bepaalde onderdelen ruim toelaat aan de lidstaten om bij nationale wet nadere regels te stellen. De AVG heeft daardoor een gemengd karakter; naast rechtstreeks toepasselijke bepalingen bevat zij voorschriften met richtlijnachtige kenmerken. De ruimte die de AVG biedt vraagt om goed besparum eendeel keuze van de nationale wetgeving.

De regering heeft er voor gekozen de voorgenomen de ruimte zo veel mogelijk beleidsneutraal in te vullen. De noodzaak om de uitvoeringsoverheidsrecht tot stand te brengen is bijaksana toelichting voor die keuze een betrouwbare factor geweest. Dat is te verwachten dat de uitvoeringsoverheidsrecht waarin hoofdzakelijk alinea een toezichtsoverheid wordt ingesteld en een beperkt aantal bevoegdheden wordt toegewezen en die voorzien in een beperkte en omvattende toezichting. De Afdeling merkt echter op dat het bijzondere karakter van de AVG zoals hiervoor beschreven daardoor niet voldoende tot uitdrukking komt. Gegeven de beschreven aard van de verordening kiest de Afdeling in haar advies dan ook voor een bredere benadering en maakt zij enkele opmerkingen naar oerol van de wetgever, het belang van een goede toelichting bij deze

¹³ Artikel 26, tweede lid, van de voorstel (COM(2017) 10 final).

Uitvoeringswet en de noodzaak om te komen tot een samenhangend uitvoeringsprogramma.

d. Leeswijzer advies

De Afdeling beperkt zich in dit advies tot enkele hoofdlijnen. In deel 1 maakt zij enkele algemene opmerkingen over het nieuwe regime. Daarbovenop maakt zij een selectie op de verschuiving van bevoegdheden van de lidstaten naar de Europese Unie op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens en de gevolgen van die verschuiving voor de wetgever, het toezicht en de uitvoeringspraktijk. Deel II van het advies bevat specifieke opmerkingen die samenhangen met de verhouding tussen de AVG enerzijds en de keuzes die gemaakt zijn in de Uitvoeringswet anderzijds. De Afdeling beperkt zich daarbij tot enkele voorname onderdelen van de AVG.

1. Inleiding

Omgevend schrijven wij de constatering van de Afdeling advisering van de Raad van State (de Afdeling) 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 rechtvaardigheidsaspecten van de AVG, is het ook formeel een doorbraakverordening. 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 nationale 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 onttien.

Ook kunnen we ons vinden in de constatering van de Afdeling advisering dat de bepalingen van de verwerking van persoonsgegevens in hoofdlijnen overeenkomstig met hetgeen nu op grond van de huidige Richtlijn 95/46/EG (de richtlijn) en de daarop gebaseerde Wet bescherming persoonsgegevens (Wvop) al geldt. De meest ingrijpende gevolgen zullen vooral voortvloeien uit de verwerkingsverantwoordelijken, maar deze wijzigingen vormen stuk voor stuk direct voortvloeit uit de AVG. Het voorgaande 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 Wvop. Voor deze zogeheten elektrische replicatie implementatie is niet alleen geboden maar tegelijk noodzaak om de Uitvoeringswet tijdig tot stand te brengen, maar uitdrukkelijk ook om ervoor te zorgen dat er niet (nog) meer wijzigingen met name de verwerkingsverantwoordelijken (en in mindere mate voor verwerkingsaanbieder) 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 hennipgite inspanningen voelen overgens 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.¹⁴

1. ALGEMEEN

2. Verschuiving bevoegdheid overdracht tussen lidstaten en EU

a. De ontwikkeling naar een Europees gegevensbeschermingsrecht

Reeds bij het begin van het wetgevingsproces in 2012 dat uiteindelijk geleid heeft tot de AVG en de Richtlijn gegevensbescherming opporring en verduidelijking was te voorzien dat sprake zou zijn van een constitutioneel relevante verschuiving.¹⁵ De bescherming van persoonsgegevens werd een belangrijk principe op nationaal niveau geregeld. Daarvoor bestond ook een grondwettelijke basis. Sinds 1983 bevat artikel 10, tweede en derde lid, van de Grondwet een opdracht aan de formele wetgever om ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer regels te stellen over de bescherming van persoonsgegevens. Het handhaven en uitbreiden van de Grondwet om bij de bescherming en uitwerking van de daar in opgenomen grondrechten, de formele wetgever een voorzetende rol toe te kennen. Dat geldt ook voor het terrein van de gegevensbescherming. De Wet persoonsregistraties die daarna in 1986 tot stand is gekomen, is op deze grondwet bepalingen gebaseerd.

In dezelfde periode is op dit terrein een proces van Europese integratie op gang gekomen. Hierdoor is de bescherming van persoonsgegevens in steeds sterkere mate een Europees rechtelijke aangelegenheid geworden. In 1985 is – vast achteraf gezien – worden beschouwd als een fusie – richtlijn – Richtlijn 85/46/EEG vastgesteld. Deze richtlijn reguleert de bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie ter bevordering van de werking van de interne markt. Deze richtlijn is in Nederland geen plan en leidt in de Wbp.

De Europese integratie op dit punt is daarna geleidelijk geïntensiveerd. De nadere uitwerking van Richtlijn 85/46/EEG vond weliswaar vooral plaats op het niveau van de lidstaten maar werd in de loop van de tijd steeds sterker getuigd door richtlijngevende initiatieven van de zogeheten artikel 29-werkgroep¹⁶ en door uitspraken van het Hof van Justitie van de EU (HvJEU).¹⁷ In het Verdrag van Lissabon in 2008 werd vooraf voor de bescherming van persoonsgegevens een zelfstandige algemene rechtsgrondslag (in het begrip van een regelingsoptrecht aan de Europese wetgever) opgenomen in artikel 16 WVEU. Bij hetzelfde verdrag heeft het Handvest van de grondrechten van de EU en het daarin in artikel 8 vastgelegde recht op bescherming van persoonsgegevens juridisch bindende werking gekregen. In dit artikel zijn ook de uitgangspunten waaraan bij de toepassing van dat recht moet worden voldaan, vastgelegd.¹⁸ Deze ontwikkeling laat zien dat de problematiek van de bescherming van persoonsgegevens in EU-verband inmiddels niet meer uitlokkend in het kader van de werking van de Grondwet kan worden

¹⁴ Zoals ook door de Afdeling adviseert in paragraaf 4 van onderhavig advies wordt uitdrukkelijk.

¹⁵ De Afdeling heeft hier eerder op gewezen. Zie WvR-lijst 2012, Kamerstukken II 2011/12, 32 761, nr. 32, hoofdstuk II, paragraaf 1.1.

¹⁶ Deze werkgroep bestaat uit vertegenwoordigers van de nationale toezichtorgans (voor Nederland de Autoriteit Persoonsgegevens) en van de Commissie.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld de uitspraak over het begrip persoonsgegevens HvJEU 17 juli 2014, YS, C-141/12 en C-372/12, EUJEU:2014:2081 en HvJEU 19 oktober 2016, Breyer C-582/14, EUJEU:2016:778.

¹⁸ Dit betreft ook de specificaties van de Uniewetgeving.

geplaatst, is ook in het bredere perspectief van de bescherming van grondrechten.

Deze ontwikkeling komt in de toestand komen ingevolge de AVG in een nieuwe fase. Voor de transitieperiode keuze voor een verordening in plaats van een richtlijn bestaan overtuigende argumenten. Onder Richtlijn 95/46/EG werden persoonsgegevens in de lidstaten zeer verschillend beschermd. Deze verschillen kunnen een belemmering vormen voor de uitoefening van grensoverschrijdende economische activiteiten en nadelig zijn vanuit het perspectief van eerlijke concurrentie.¹⁴ Het gevolg van die keuze is dat de nationale beleidsruimte van de lidstaten in vergelijking tot de huidige situatie verder wordt ingeperkt. De AVG is, anders dan Richtlijn 95/46/EG, rechtstreeks toepasbaar in de lidstaten. De Wbo zal hierdoor effectiever door het onderwerp wettelijk te reguleren vallen. Slechts op een beperkt aantal door de AVG begrepen terreinen en onder door de AVG gestelde voorwaarden mag de nationale wetgever nog regels stellen.

De ontwikkeling in de richting van verdere Europese integratie zal naar verwachting de komende jaren doorgaan. De AVG kent een gedeeltelijke regelgeving aan erkenning van toezichthouders in het COMET voor de gegevensverwerking in het kader waarvan de AVG opgenomen wordt en verder zullen worden ingevuld en geïntegreerd. Gedaanbaar is dat de AVG in de toekomst in de op grond van door het COMET vastgestelde pseudo-regelgeving (zie hierna punt 2), zal worden aangepast. Ook deze wijzigingen zullen in de lidstaten rechtstreeks toepasbaar zijn.

b. Algemene Verordening Gegevensbescherming: voorlopig sluitstuk?

Als gevolg van de aldus gemaakte ontwikkeling is er sprake van een verschuiving in de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Europese Unie, de bescherming van het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens wordt hoofdzakelijk geregeld en bepaald op EU-niveau. De bevoegdheidsruimte van de lidstaten is hierdoor gedeeltelijk beperkt. Deze beperking heeft ook constitutionele implicaties. De bevoegdheid van de in artikel 10, tweede en derde lid, van de Grondwet voortvloeiende nationale wetgever neemt af. De in artikel 10, eerste lid, van de Grondwet opgelegde wet of decreet op dat de AVG in werking treedt, is deels voortvloeiende uit de regelgeving waartoe artikel 10, tweede en derde lid, van de Grondwet opdraagt. Deze regelgeving draagt aan de formele wetgever niet dan ook, aldus de toelichting, buiten toepassing te blijven, voor zover een dergelijke wet zou over de bepalingen uit de AVG die rechtstreeks gelden.¹⁵ De AVG en het daarop gebaseerde wettelijke vorm en daarin de voorlopige sluitstuk van een proces van verschuiving van de bevoegdheidsverdeling tussen lidstaten en EU op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens.

De ontwikkeling in de richting van verdere Europese integratie zal naar verwachting de komende jaren doorgaan. Een belangrijke stap in deze richting ligt besloten in de AVG zelf. De AVG kent een gedeeltelijke regelgeving aan erkenning van toezichthouders. Deze aanpak wordt ingevuld en geïntegreerd. Gedaanbaar is dat de AVG in de toekomst in de op grond van door het COMET vastgestelde pseudo-regelgeving (zie hierna punt 2), zal worden aangepast. Ook deze wijzigingen zullen in de lidstaten rechtstreeks toepasbaar zijn.

¹⁴ Overeenkomst 9 en 13 AVG. Zie eerder Voorlichting 2012, Kamerstukken II 2011/12, 32 761, nr. 32, blz. 12.

¹⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 1.2

Europees Comité voor gegevensbescherming.²¹ Voorzienbaar is dat deze door de Europese rechter worden betrokken bij de interpretatie en toepassing van de AVG en mogelijk ook bij de bewegingsruimte op het niveau van de lidstaten verder zullen versnellen. De toelichting gaat hier niet op in. De toelichting vormt aldus alleen dat veel van de veranderingen die voor de toezichhoudende autoriteit van het grootste belang zijn, waaronder de taken in het kader van Europees samenwerking, rechtstreeks voortvloeien uit de AVG en derhalve geen nationale rechtsbasis behoeven.²² Deze veranderingen blijven om die reden in de toelichting buiten beschouwing, aldus de regering.

De Afdeling is er van overtuigd dat het feit dat de bepalingen over de Europese samenwerking van de toezichthoudende autoriteiten rechtstreeks toepasselijk zijn, niet betekent dat deze in het kader van deze Uitvoeringswet niet toegelicht zouden moeten worden. Om een goed inzicht te krijgen in de nieuwe positie van de Autoriteit Persoonsgegevens (de Autoriteit), waarvan oprichting, inrichting en de wijze van uitoefening van haar taken wel in deze wet geregeld worden, dient de toelichting uitvoeriger te zijn. Het gaat daarbij in het bijzonder om de samenwerkingsoverlichtingen en het coöperatieve mechanisme,²³ alsook de taken van het Europees Comité voor de gegevensbescherming, waarin de verschillende autoriteiten, dus ook de Autoriteit, vertegenwoordigd zijn. Een nadere toelichting vanuit een breder constitutioneel perspectief is te maken van belang om dat de interpretatie en toepassing van de AVG door het Comité de bewegingsruimte op het niveau van de lidstaten verder zullen verkleinen.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de voorziene werking van de in de AVG vastgelegde systemen afkijken van samenwerking en coördinatie en de mogelijke gevolgen daarvan voor de rechtsontwikkeling en voor de bevoegdheidsoverdeling tussen de Europese Unie en de lidstaten.

e. De bewegingsruimte van de nationale wetgever

Het gevolg van bovenstaande ontwikkeling is zoals opgemerkt dat onder de AVG de rol van de nationale wetgever beperkter wordt. Die rol is echter niet volledig uitgesloten. De AVG heeft op bepaalde onderdelen een reserveflexibiliteitskarakter. Dit uit zich in de toelichting van de bevoegdheid in een aantal bepalingen van de AVG om op het niveau van de lidstaten nadere regels te stellen. In de Uitvoeringswet wordt in bepaalde gevallen van deze mogelijkheid gebruik gemaakt in invulling gegeven aan deze bevoegdheid. In andere gevallen waarin de AVG deze mogelijkheid biedt, is dat niet het geval. Zo is bijvoorbeeld geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om nadere regels vast te stellen over de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de arbeidsverhouding.²⁴ Ook is geen of althans niet uitdrukkelijk invulling gegeven aan de ruimte om – met uitzondering op het wettelijk verbod – bijzondere persoonsgegevens te verwerken in verband met het afleggen van leedswaardigheidsgetuigenissen van de volksgezondheid.²⁵

²¹ Artikel 78 AVG.

²² Paragraaf 5, inleiding.

²³ Artikel 68 AVG.

²⁴ Artikel 68 AVG. Ook de Autoriteit Persoonsgegevens wijst hierop in haar advies (punt 12, onder b).

²⁵ Artikel 9, tweede lid, onderdeel i, van de AVG. Overigens was in de versiedie in de interconsultatie is geprovoosd een artikel opgenomen die invulling gaf aan dit onderdeel van artikel 9 AVG (artikel 25 van de interconsultatie versie). Dit artikel is echter eruit gehaald na de opmerking van de Autoriteit Persoonsgegevens vooraf bij de toelichting, punt 5.5.2, onder i), c).

De daaraan ten grondslag liggende keuze wordt alleen in algemene zin toegelicht in het uitgangspunt van de beleidsnuttige inplem entatie. De inplem entatie van de toelichting volgt daarover het volgende:

«Conform het algemene uitgangspunt bij inplem entatie van Europese regelgeving is gestreefd naar een beleidsnuttige invulling van de ruimte die de verordening biedt. Dat wil zeggen dat bij de invulling van de ruimte die de verordening biedt voor nationale recht steeds is bevestigd en in hoeverre het bestaande nationale recht en de bestaande nationale beleidskeuzes gehandhaafd kunnen worden onder de verordening. Waar dat niet, of niet geheel in opgelijst, is er steeds voor gekozen om zo dicht mogelijk te blijven bij het bestaande nationale recht.»²⁴

Een beleidsnuttige invulling is op zichzelf een legitieme keuze binnen de ruimte die de AVG aan de lidstaten biedt. Vanuit het oogpunt van een tijdige uitvoering van de AVG is de keuze voor beleidsnuttige inplem entatie ook begrijpelijk. Tegelijkertijd ontbreekt hierdoor een helder inzicht in de opgelijst inhoudelijke redenen om wel of niet van de gekozen mogelijkheden gebruik te maken. Tegen die achtergrond merkt de Afdeling op dat een inhoudelijke afweging voor afzonderlijke bevoegdheden van de nationale wetgever een belangrijke toegevoegde waarde zou hebben. Een dergelijke afweging gaat verder dan een verwijzing naar het beleidsnuttige karakter van de uitvoeringswet.²⁵

De Afdeling meent dat in het kader van de bepalingen van de AVG die ruimte bieden aan de nationale wetgever alom een inhoudelijke afweging als hiervoor bedoeld zou moeten plaatsvinden. Deze afweging ontbreekt op dit moment in de toelichting. Een inhoudelijke argumentatie is niet alleen van belang in de gevallen waarin de door de AVG geboden ruimte geen gebruik wordt gemaakt. Dit geldt bijvoorbeeld in aanzien van de door de AVG toegewezen bevoegdheden aan de lidstaten om over de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de arbeidsvoorziening en de verwerking van bijzondere persoonsgegevens in verband met het algemene belang op het gebied van de volksoverheid, nader regels te stellen. Zij adviseert en het op daardoor toelichting aan te vullen en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen. Indien de tijdige uitvoering van de AVG daaraan in de weg staat, adviseert zij in de toelichting aan te geven op welke wijze zo snel mogelijk na de inwerkingtreding van de AVG en de Uitvoeringswet alom een afweging wordt gegeven.

d. Uitgangspunt van de AVG tijdens het wetgevingsproces

Bij de voorbereiding van het wetsvoorstel is de vraag gerezen hoever de ruimte die de regering heeft om de rechtstreekse toepasselijke bepalingen van de AVG toe te lichten. In de toelichting heeft de regering aangegeven dat het niet aan haar is om in de consultatiereacties gevraagde nadere toelichting van de in de AVG opgenomen inplem entaties te geven, maar dat de Afdeling de toelichting van de inplem entaties moet inplem enteren. Daarmee volgt zij het standpunt zoals door de Autoriteit ingenomen in haar consultatiereactie. Het gevolg hiervan is dat de toelichting in het algemeen slechts een beperkte weergave bevat van de in de AVG opgenomen bepalingen.

²⁴ Toelichting, paragraaf 2.4.

²⁵ Toelichting, paragraaf 2.4 en 2.5.

²⁶ Toelichting, paragraaf 2.4, in paragraaf 5.5 wordt dit inplem entatie gewaarborgd door de opmerking dat een memorie van toelichting ook dient ter toelichting bij het voorliggende wetsvoorstel, en dat daarin de inplem entatie van de verordening zal worden gegeven, niet geheel buiten berekening kunnen blijven.

De Afdeling onderschrijft het uitgangspunt dat nu het om een verordening gaat, de regering niet een eindoordeel kan geven over de interpretatie daarvan. Dat is uitsluitend aan de (Europese) rechter. Zij is niet buiten dat of niet kan afdoen aan de behoefte aan nadere toelichtingen en het oog op de uitvoering van de verordening. De regering heeft namens Nederland de onderhandelingen over de AVG gevoerd en is daardoor in eerste instantie degene die, in aanvulling op de vaak summiere overwegingen van de AVG, informatie kan geven over de wijze waarop en de redenen waarom de bepalingen van de AVG in hun huidige vorm tot stand zijn gekomen. Belangrijke bronnen daarbij zijn de kerntaalovermonitors die de Staatssecretaris aan de Tweede Kamer heeft gezonden over de stand van zaken over de onderhandelingen in Brussel over de AVG²⁴ en de verslagen van de Com mission Expert group on the Regulation van de besprekingen waarvan de regering heeft deelgenomen.²⁵ Op deze wijze kan de inhoud van de bepalingen en hun onderlinge samenhang beter worden begrepen. Vanwege de ompleit van de AVG bestaat daaraan een grote maatschappelijke behoefte, zo blijkt ook uit de vele vragen daaromtrent in de consultatievondsten.

Daarnaast is van belang dat het parlement, ook al gaat het om een uitvoeringswet, zijn medevergrendende taak op een juiste wijze kan uitoefenen. Een duidelijke toelichting tijdens de parlementaire behandeling, waarbij objectief en met bronvermelding wordt overgegeven wat met de diverse bepalingen blijkt hun totstandkoming door de Uniegever bedoeld is, kan bijdragen aan het nodige maatschappelijke en politieke draagvlak voor de AVG. Een duidelijke toelichting is ook van belang voor de beoordeling door de wetgever of (toekomstige) bepalingen over de verwerking van persoonsgegevens in andere wetgeving binnen de kaders van de AVG blijven. Dat het eindoordeel over de toekomstige interpretatie uiteindelijk grotendeels bij anderen ligt, doet daaraan niet af.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te passen.

2. Verzekering bevoegdheidverdeling 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 rechtlijn te borgen, maar in een verordening, teneinde verdere harmonisatie te bewerkstelligen. Zoals de vicepresident van de Raad van Staten, 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 onderzaken antitefen gezien moeten worden maar als één geheel, dat operationele orde waarbinnen zij elkaar aanvullen en versterken zodat het lidstaten meer is dan de sum der delen.»²⁶ Dit geldt, in hoge mate voor het gegevensbeschermingsrecht dat naar zijn aard nu al zeer internationaal geïntendeerd is, en dat naar verwachting, gezien de technologische ontwikkelingen, eerder meer dan minder worden.

²⁴ In het algemeen overleg van 7 maart 2012 (Kamerstukken II 2011-12, 32 761, nr. 27) heeft de Staatssecretaris (omgafte de Kamer periode) op de hoogte te houden van de stand van zaken over de onderhandelingen in Brussel over de Nijmeuwa overdracht van gegevensbescherming en de richtlijn gegevensbescherming opsporing, en vervolg.

²⁵ Commission Expert group on the Regulation (EU) 2016/679 and Directive (EU) 2016/680 (GDPR).

²⁶ <http://media.ledemunit.nl/agaryctevenging-oratie-jph-donner.pdf>

Onmiskenbaar is inderdaad dat tegelijkertijd de nationale bevoegdheidsruimte verder wordt ingeperkt. Juist omdat deze verordening ook trekken vertoont van een richtlijn, is er in materieel opzicht te denken sprake van een gedeelde verschuiving dan van een grote, principieel, constitutioneel relevante verandering.

Verder onderschrijven wij de constatering dat de nadere invulling en precisering van de normen uit de rechtspraak werkende AVG straks deels in handen zal zijn van het Europees Comité voor gegevensbescherming (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. Uiteindelijk wordt deze onderlinge samenwerking in geringere mate vastgelegd in hoofdstuk VII van de AVG. Paragraaf 3 van het onderhavige nader rapport, alsmede paragraaf 3.2 van de memorie van toelichting, gaat op dit onderwerp nog verder in.

Tot slot hebben we aan de aanpak toegevoegd dat de bevoegdheidsruimte voor schuiving van nationaal naar Europees niveau in beginsel voor alle formen geldt waar wij op Europees niveau aan de orde is, zoals ook de Afdeling advisering overigens in haar advies opmerkt.

b. Algemene Verordening Gegevensbescherming: voorlopig althutuk?

De Afdeling advisering constateert dat de interpretatie en toepassing van de AVG door het Comité de bevoegdheidsruimte 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, als ook de taken van het Comité, waar in 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. Dit is inherent aan de keuze voor een verordening. Hierdoor is de rol van de nationale wetgever, onder meer voor de betrekking van artikel 10, tweede en derde lid, Gromw, 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 Gromw doet 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 waar in 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 bevoegdheidsruimte 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 vertippen 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

functies van de huidige Artikel 29-werkgroep, die gezamenlijk de opmerkingen uitbrengen over de verschillende onderwerpen.²⁴ Deze opmerkingen betreffen de (Europese) rechtelijke uitwerking van de AVG en de rol van de nationale rechter. De AVG draagt zo bij aan de rechtsontwikkeling op het gebied van gegevensbescherming. Met de rechtelijke 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 hoofdzaak. Van de AVG en de rol van de rechter van het Comité zal wel tot een intensivering leiden van deze huidige praktijk, hetgeen gevolgen heeft voor de bevestigingsprocedure 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 onderbreking van normen van constitutioneel recht, schied de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het, daaraan, nader onderzoek te verrichten naar de betekenis van deze algemene ontwikkeling voor de nationale rechtsorde. Nu deze ontwikkeling van een breder aard zijn dan het kader van de AVG en de tijdelijke inwerkingtreding van de Uitvoeringswet van grondwetgeving, is, mogelijk, niet alleen de AVG, maar ook andere wetten als een zelfstandig vraagstuk, waarvan de uitvoering van de AVG onlosmakelijk zal worden betrokken.

e. De afwegingruimte van de nationale wetgever

De Afdeling advisering maakt 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 beroepsoverheid van de nationale wetgever, en dan met name daar waar deze twee te veruit geen gebruik van heeft gemaakt, een belangrijke toespiegende waarde zou hebben.

Zoals gezegd, is in de Uitvoeringswet gekozen om de ruimte die de AVG op verschillende punten biedt beleidsmatige invulling te geven. Daarmee wordt bedoeld dat daar waar er ruimte is voor een nationale afweging, de huidige leden van de WvG zoveel mogelijk in het geding worden overgenomen. Deze keuze is onderzocht met de invulling van de AVG, maar het feit dat er maar een beperkte tijd beschikbaar was om de complexe materie te implementeren,²⁵ maar dat is zeker niet de enige overweging geweest. Wij hebben er aan 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 naadloze mogelijke overgang zodat de verwerkingsverantwoordelijken in de hun ter beschikking staande beperkte tijd niet meer voor de keuzen krijgen dan strikt noodzakelijk op grond van de AVG. Zonder deze vooruit, de nationale implementatie, de Uitvoeringswet zelf, ook nagaan oeg geen uitvoeringslasten voort.

²⁴ In de periode van 1997 tot 2017 zijn er ruim 250 officiële opmerkingen, aanbevelingen, guidelines, working documents, statements, modellen en draftdata door Artikel 29-werkgroep gepubliceerd. Zie <http://ec.europa.eu/newsroom/pressroom/detail.cfm?id=40065>.

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

Desalniettemin wordt in het navolgend artikel 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 nadat van de ruimte om bijzondere persoonsgegevens te verspreken in verband met het algemeen volksgezondheidsbelang. Ook in de memorie van toelichting is hierover een korte passage opgenomen.

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 nagekomen. 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 Wbo die voor verbetering vatbaar zijn, maar een eventuele aanpassing daarvan zal in de toekomst een nieuwe afweging vergen waarvoor wij omwille van de zorgvuldigheid de tijd willen kinnen nemen. Het is niet opportuun om daarop nu vooruit te lopen door in onderhavig wetstelsel uitspraken te doen over de wettelijkheid om al dan niet in de toekomst gebruik te maken van de ruimte voor nationaal recht. Voorafnog volstaat, net als nu, in ieder geval hetgeen de Wbo regelt.

Gegevensverwerking in het kader van de arbeidsverhouding

Artikel 93 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 voorafnog geen aanleiding gevonden om de bestaande kaders nader in te vullen.³³ 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, almede duidelijkheid over de voorwaarden en omstandigheden waaronder gegevensverwerking toegestaan is.³⁴ Uitsleken is dat de bestaande bepalingen, zoals die onder meer zijn neergelegd in artikel 6 ERM, ter invulling van de door het privaatrecht geregelde relatie tussen de werkgever en de werknemer, waarvoor 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 nagegaan behoefte te komen tot sectorale wetgeving die op grond van artikel 88 AVG gemiddeld zou moeten worden. Paragraaf 7.2.12 van de memorie van toelichting is aangevuld met deze afweging.

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

De door de Afdeling advisering genoemde uitzonderingsmogelijkheid van artikel 9, tweede lid, onder a), AVG, biedt een wettelijke mogelijkheid om bijzondere categorieën van persoonsgegevens te verspreken als

³³ Nadere regel kent geen afzonderlijk gegevensbeschermingsrecht voor het arbeidsrecht (Kamerstukken II 2012/13, 32 781, nr. 44).

³⁴ Verreken zijn naar Opinie 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.

daarvoor een wettelijke grondslag aanwezig is. Gezien het beleid in neutrale karakter van de Uitvoeringswet wordt echter thans nog geen gebruik gemaakt van de nieuwe mogelijkheid die de AVG biedt. Daarnaast wordt echter niet uitgesloten dat in de toekomst de grondslag als nog 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 uitsluitend 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 toelichting, met in eerste instantie (leeg) het toezicht houdende 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 erel aandacht aan hetgeen in de AVG is bepaald maar beperkt zich op dat punt tot de hoofdlijnen en tot de 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 noodt 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 betrouwbaarheid van de memorie van toelichting noodzakelijk leek.

Op de onderdelen waar de AVG echter een eenduidige 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 creëren in de toelichting. Hierbij is relevant om te realiseren dat een verordening die gaan, of nauwelijks, impliceert een wetgeving nodig heeft (een eigen oordeel de verordening) moet 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 voort gaan, de enige officiële bron voor nadere duiding vormen. Iets anders is ook moeilijk denkbaar. Het zou immers de uniformeringsschade die uit het gebruik van de richtlijn naar het in te voeren 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.

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 geleid tot het nemen van deze onderhandelingen en het verloop van deze onderhandelingen is uitvoering

verslag gedaan in de kwartiersrapportage aan de Tweede Kamer.¹⁸ Bij het lezen van deze rapportages moet echter voor ogen gehouden worden dat deze rapportages louter uitspraak lijken op de toenmalige stand van zaken en die onder invloed van de voortgang van de onderhandelingen voortdurend aan wijzigingen onderhevig was. En het bijzonder ingaan op het standpunt dat Nederland bij de onderhandelingen innam. Dit kunnen met andere woorden aan deze rapportages – hoe belangrijk het ook vanuit meer geschiedkundig perspectief – geen gezaghebbende interpretaties worden ontleend.¹⁹

Dat er in het in een grote behoefte aan duidingen uitleg bestaat met het oog op uitvoering van de verordening, in de praktijk, juist ook van de direct verterende normen uit de AVG, is begrijpelijk. De keuze voor het beleidskader inspielen en aan de AVG nationale keuzerimte 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 een (digitale) handleiding noodzakelijk geschikt om te voorzien in deze behoefte. Een dergelijk document is veel gebruikelijker omdat dit periodiek goeddoelkundig 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, zoals in samenwerking met de Autoriteit pers consumenten, ondernemen om in deze grote maatschappelijke behoefte voorzien, zie verwezen naar paragraaf 4a van dit nader rapport en paragraaf 6.3 van de memorie van toelichting.

3. Onafhankelijk toezicht: reorganisatie en verantwoording

a. Gelaagde structuur

De AVG voorziet in een gelaagde toezichtstructuur. Enerzijds regelt de AVG de instelling, de samenstelling en de taken en bevoegdheden van de nationale toezichthouders. Anderzijds voorziet zij in gelaagde besluiten die de taken en bevoegdheden van het Europees Comité voor gegevensverwerking regelen. Het Comité bestaat uit de voorzitters van de nationale toezichthouders en de Europese Toezichtouder voor gegevensverwerking.²⁰ Zowel de nationale toezichthouders²¹ als het Comité zijn bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden op grond van de AVG onafhankelijk. Voorzover het gaat om de nationale toezichthouders sluit de AVG hier aan bij de rechtspraak van het HvJEU²² en bij artikel 16, tweede lid, VWEU en artikel 8, derde lid, van het Handvest.

Op beide niveaus geldt dat de taken en bevoegdheden van de toezichthouders ruim zijn. Op grond van 70 AVG kan het Comité in betrekking tot de toepassing van de AVG richtsnoeren, aanbevelingen en besta

¹⁸ Kamerstukken II 2011/12, 32 761, nr. 17, 32 en 33; Kamerstukken II 2012/13, 32 761, nr. 44, 46, 48 en 51; Kamerstukken II 2013/14, 32 761, nr. 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.

¹⁹ Wel is er sprake van 2,1 van de inhoud van toelichting een enkel punt aanpak waar de regering bij de onderhandelingen op heeft ingaat.

²⁰ Artikel 68, derde lid, AVG. De Europese Toezichtouder heeft toezicht op de gegevensverwerking door de instellingen, organen en instanties van de EU, op grond van Verordening (EG) 45/2001.

²¹ Artikel 52 AVG.

²² HvJEU 9 maart 2010, Commissie/Gaatsland, C-519/07, ECLI:EU:C:2010:125. In dit arrest geeft het HvJEU een ruime afweg aan de onafhankelijkheids van artikel 28, lid 1 van de Richtlijn 95/46/EG (punt 30).

praktijken vaststellen. Deze activiteiten leiden in de regel⁴¹ weliswaar niet of althans niet direct tot juridisch bindende besluiten maar samen elk is wel zij – nu juist – weliswaar op de opinies van de huidige artikelen 28 Wetgroep – in de rechtsontwikkeling van het gegeven rechtsrecht inzicht aan belangrijke rol zullen gaan spelen. De taken en bevoegdheden van de nationale toezichthouders zoals neergelegd in artikel 57 en 58 AVG zijn eveneens ruim en zeer uiteenlopend. Zij omvatten onder meer voortzetting, behouding van krachten, onderzoek naar de toepassing van de AVG, de goedkeuring van diverse besluiten, voorschriften en standpuntbepalingen, wetgevingadvisering en handhaving. Met name als het gaat om de handhaving wordt de positie van de toezichthouder (in Nederland de Autoriteit Persoonsgegevens) versterkt.⁴²

Gegeven de onafhankelijkheid van de toezichthouders op beide niveaus in samenhang met hun verstrekking van taken en bevoegdheden, dient naar het oordeel van de Afdeling duidelijkheid te bestaan over de openbaarheid van hun werkwijze, over de wijze waarop de toezichthouders hun plaats binnen het bestuur en bij andere instellingen die zij verrichten, betrekken en hoe zij verslaggeving afleggen over de uitoefening van hun taken en bevoegdheden.⁴³ De AVG is op dit punt summum. Ook de toelichting bij het wetsvoorstel gaat er niet op in.

Tegen deze achtergrond moet de Afdeling de volgende opmerkingen.

b. Pseudo-regelgeving Europees Comité voor gegevensverwerking

De taken en bevoegdheden van het Comité hebben een aanzienlijk ruimere bereik dan toezicht op de naleving van de AVG in strikte zin. Zoals gezegd dient het Comité door middel van richtsnoeren, aanbevelingen en beste praktijken de algemene regels en beginselen van de AVG nader uit te werken. Weliswaar wordt in artikel 70, eerste lid, AVG deze taak van het Comité op een aantal punten gespecificeerd maar in wezen bestrijkt deze de gehele AVG. In het bijzonder is van belang dat het Comité op grond van artikel 70, eerste lid, onder a, bevoegd is om, ook op algemene initiatief, onderzoek te doen naar de toepassing van de verordening en in dat kader mag overgaan tot het uitvoeren van richtsnoeren, aanbevelingen en beste praktijken om te bevestigen dat deze verordening consequent wordt toegepast.

De Afdeling merkt op dat deze taak nagenoeg onbegrensd is. Feitelijk komt het erop neer dat in het geval er, blijkend uit de praktijk in de lidstaten, onduidelijkheid bestaat over hoe een bepaald voorschrift uit de AVG moet worden uitgelegd, het Comité in eerste instantie mag bepalen wat de juiste interpretatie is. Om dat de AVG op veel punten open normen bevat, betreft het een ruime bevoegdheid bij de uitoefening waarvan het Comité over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt. Het gaat om beoordelingen met een algemeen karakter die, hoewel juridisch niet bindend, feitelijk nauwelijks en op pseudo-regelgeving (sofisticatie). Aangenomen mag worden dat deze pseudo-regels in de praktijk een belangrijke rol zullen spelen voor het handelen van wetgevers, rechters, bestuursorganen, bedrijven en burgers in de lidstaten.

⁴¹ Het Comité kan op grond van artikel 68 en 69 AVG in voorkomende gevallen wel een bindende beslissing nemen in het kader van zijn goedkeuringstaken.

⁴² Bijvoorbeeld door de mogelijkheid tot hogere boetes op te leggen (artikel 83 AVG).

⁴³ Zie verder in dat zin de Voorlichting van de Afdeling Adviesgeving, Kamerstukken II 2016-2017, nr. 32, blz. 31.

De Afdeling merkt op dat deze wettelijke wet zich aan de invloedssfeer van de lidstaten onttrekt. Deze komt immers tot stand in een Europees orgaan (het Comité) bestaande uit onafhankelijke functionarissen die hierover geen verantwoordelijkheid schuldig zijn aan de regeringen en parlements van de lidstaten. Om dat ook het Comité als zodanig bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden onafhankelijk is, lijken ook op EU-niveau de checks and balances slechts beperkt aanwezig. De AVG treft enkele uitlijnen voorvoorzieningen, het Comité raadt toegevoegd, maar passend is de belanghebbende partijen en geeft hun de gelegenheid om binnen een redelijke tijdsbesteding te reageren.¹¹ Daarnaast bepaalt artikel 74 AVG dat het Comité een jaarverslag op moet stellen en toezenden aan het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, dat een evaluatie van de praktische toepassing van de richtlijn, de aanbevelingen en de beste praktijken moet omvatten.¹² Het duidelijk is of het Comité, geleid op zijn onafhankelijke positie, verantwoordelijkheid zal afleggen aan een van de genoemde instituties over wat in het jaarverslag aan de orde komt en zo ja, op welke wijze die verantwoordelijkheid zal plaatsvinden.

De Afdeling is van oordeel dat, geleid op het te verwachten belang van de door het Comité vast te stellen pseudo-regels voor de Nederlandse wetgeving, rechtspraak en uitvoeringspraktijk, inzichtelijker moet worden op welke wijze de raadpleging en verantwoording door het Comité zal plaatsvinden. Zij adviseert in de toelichting in het licht van het voorgestelde herop in te gaan en daarbij tevens duidelijk te maken of de checks and balances zoals voorzien in de AVG als toereikend worden beoordeeld.

c. Voorbereiding van goedkeuringbesluiten door de Autoriteit

Zoals hiervoor aangekondigd heeft de nationale toezichthouder, in Nederland de Autoriteit, binnen het kader van de AVG en van de door het Comité ontwikkelde standaarden, ruimte en uiteenlopende bevoegdheden. Het als voor het Comité gekend voor de Autoriteit dat haar taken en bevoegdheden meer omvatten dan het toezicht op de naleving van de AVG in strikte zin, blijkens de artikelen 61 en 68 AVG gaat het ook om de goedkeuring van ondernemingsgedragcodes en bedrijfsvoorschriften.

Een belangrijke waarborg die van toepassing is op bepaalde bindende beslissingen van de toezichthouder is dat daartegen beroep opgesteld kan worden. Dit wordt ook door de AVG voorgeschreven.¹³ Naast traditionele controle is evenwel ook een goede voorbereiding van besluiten van belang. Goedkeuringsbevoegdheden die op grond van de AVG aan de Autoriteit zijn toegewezen kunnen betrekking hebben op regelingen met een algemeen karakter die met het oog op het relatief groot aantal belanghebbenden zorgvuldig moeten worden voorbereid.

De Afdeling ondersteunt dan ook het verzoek van de Autoriteit in haar advies om te bevestigen dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure is inbedrukt in Afdeling 3.4 Awb van toepassing is op de nationale wetgeving van een beslissing op een verzoek om een ontwerpgedragcode goed te keuren. Thans is dit geregeld in artikel 29, vierde lid, van de WvG. De regering heeft in reactie op het advies van de Autoriteit aangegeven het

¹¹ Artikel 74, vierde lid, AVG. Dat bepaalt tevens dat de autoriteit ook openbaar samenvattingen moet worden. Op grond van artikel 76, tweede lid, van de AVG is op de toegang tot documenten die aan de leden van het Comité, deskundigen en vertegenwoordigers van de leden worden toegelicht. Voorzetting (55) in 2016/2017 van het Europees Parlement en de Raad inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB 2016, L 145) van toepassing.

¹² Artikel 77, AVG.

¹³ Artikel 58, vierde lid, AVG.

opnem en van deze procedure niet in overeenstemming met artikel 40 AVG te vinden, om dat dit onnodige procedurele belemmeringen zou kunnen opwerpen die het opstellen van gedragscode niet bezwaren.⁴² De Afdeling is er echter op dat artikel 40 AVG niet voorschrijft de wijze waarop goedkeuring op nationaal niveau plaats moet vinden. Er wordt slechts een procedure voorgeschreven wanneer het Comité moet worden betrokken, namelijk als het gaat om een gedragscode die betrekking heeft op verwerking van gegevens in verschillende landen. Wat betreft de overweging van de regering dat dit onnodige procedurele belemmeringen zou kunnen opleveren, acht de Afdeling dit standpunt niet overtuigend getoetst in het licht van het belang van een zorgvuldige voorbereiding van dergelijke besluiten en een brede verspreiding. Artikel 40 AVG sluit de toepassing van andere betrekkingen en andere zorgvuldigheden niet uit. Ook bij de andere goedkeuringsprocedures die de Autoriteit op grond van de AVG neemt, dient te worden nagegaan of Afdeling 3.4.4 van de AVG van toepassing moet worden verklaard. De Afdeling adviseert in het licht van het bovenstaande de toelichting aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

3. Onafhankelijk toezicht: nazieging en verantwoording

a. Gelaagde structuur

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 uitvoering van een deel van deze taken en bevoegdheden zal van invloed zijn op de rechtsovereenkomst in het gegevensbeschermingsrecht. Deze overweging maakt dat de Afdeling advisering van oordeel is dat de huidige kladtekst 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.

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 toezichtautoriteiten (paragraaf 3.2).

b. Pseudo-regelgeving Europees Comité voor gegevensverwerking

Met de Afdeling advisering onderkennen we dat de bevoegdheid voor het Comité om richtlijnen uit te brengen niet anderszins in de deels open normen uit de AVG staat. Dergelijke aanbevelingen zullen evident relevantie hebben voor de rechtsp praktijk. Ook richters, die uiteindelijk het laatste woord zullen hebben over de juiste interpretatie van voornoemde normen, zullen zich laten leiden door de uitspraken die het Comité tot stand zal brengen. Wel moeten we constateren dat dit op de normen niet de uitdrukkelijke standpunt is uit de Artikel 29-adviesgroep naar buiten brengt, niet principieel anders is.

Meer in het algemeen willen wij benadrukken dat de totstandkoming van de AVG een uitwerking en oprichting van de Europese Commissie heeft gegeven. De uitkomst van dit wetgevendingsproces, de AVG, is daarmee voor de nationale wetgever een gegeven. In beperkte mate laat de AVG ruimte aan de nationale wetgever om nationale regels te stellen. Waar het gaat om de invulling van open normen uit de AVG zijn de betrokken toezicht-houders en het Comité aan zet, bijvoorbeeld door het opstellen van

⁴² Toelichting, paragraaf 5.5.2, onder 1°.

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 (naast aanleiding van jurisprudentie van de nationale rechtstreeks als gevolg van een beroep van het gerecht van eerste aanleg inzake de uitkomst van de geschillenrechtelijke procedure 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 fase van 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. Dit gebeurt ook in de huidige praktijk al. De Artikel 29-werkgroep heeft reeds enkele richtlijnen 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.¹² 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 de 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.¹³

Voor wat betreft de werkzaamheden van het Comité bepaalt artikel 70, derde lid, AVG dat het adviezen, richtlijnen, aanbevelingen en beste praktijken aan de Commissie en aan het in artikel 68 bedoelde comité zendt en deze ook bekend maakt. Ook is het Comité op basis van het vierde lid vanlicht 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 ingewoond te zijn (overnemen inderdaad het bepaalde in artikel 76 over vertoonbaarheid en de toegang tot de 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 bovengenoemde 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 werking van het Comité en aanpak (lijst) worden verduidelijkt.

¹² 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. C1). Guidelines on Automated individual decision making and profiling (23 October 2017, WP 251) and Guidelines on the right to data portability (last revised and adopted on 6 April 2017, WP 242 rev. 01).

¹³ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm

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 praktijk en bedoeld in artikel 70, eerste lid, onderdeel 1. Dit jaarverslag wordt openbaar gemaakt en toegezonden aan het Europees Parlement, de Raad en de Commissie. Tevens is in artikel 107, 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 nu aandrigen van Nederlandingen. In artikel 57 bepaalt het vijfde lid dat de Commissie indien nodig passende voorstellen kan doen tot wijziging van de verordening. Tets et wijzen wij erop dat naast de beschikbaar van het Comité om een jaarverslag uit te brengen, ook de Autoriteit persoonsgegevens op grond van de Kamer al zelfstandige bestuursorganen een jaarverslag dient uit te brengen. Al met al beoordelen wij de afschets en balans » waar de AVG in voorzet, als toereikend.

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 vastgesteld op de voorbereiding van een beslissing over het al dan niet goedkeuren van een voorgedragde ontwerp-gedragscode. Bij nadere inzichten 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 verbeteren boven de mate waarin een dergelijk besluit kan worden genomen. Dit komt het draagvlak voor de daaraan betreffende 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 enkele procedure) om te bevestigen 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 op dit punt aangepast. Wij zien thans geen reden om uniform openbare voorbereidingsprocedure ook op andere goedkeuringsbesluiten van de Autoriteit persoonsgegevens van toepassing te verklaren.

4. Uitvoeren evaluatie

a. Spanning tussen regelgeving en uitvoeringspraktijk

De toepassing van de gegevensbeschermingswetgeving is van oudsher een bron van aandacht en zorg. De commissie lijn ligt bij deze ervaringen en onderzoeken uit het verleden te zijn dat deze toepassing ernstig te wensen overlaat. De Afdeling wijst bijvoorbeeld op de evaluatie van de huidige Wbo uit 2008 waarin het beeld naar voren kwam van een wet die in de rechtspraktijk niet erg leeft, betrekkelijk lastig hanteerbaar wordt geacht en waarbij aan op de toepassing gericht privacygevoelenschap en -cultuur nog niet in de volle breedte tot ontwikkeling is gekomen.¹² Hoewel er in algemene zin mate schappelijke aandacht is voor gegevensbeschermingen en op dit vlak de werpen en brengen handhaving en

¹² H.B. Winter e.a., Wat we niet weet, wat niet doet. Een evaluatieonderzoek naar de werking van de Wet bescherming persoonsgegevens in de praktijk, Pro Facto/Rijksuniversiteit Groningen 2008, p. 10.

nieuwe rechtspraak tot stand zijn gekomen, zijn er geen aanwijzingen dat de toepassingsovereenkomst van de Wbp sindsdien wezenlijk is veranderd.²¹

Tegen deze achtergrond dient de AVG nadrukkelijk op haar uitvoeringsaspecten te worden bezien. Daarbij wijst de Afdeling erop dat de AVG ten opzichte van Richtlijn 95/46/EG en de daarop gebaseerde Wbp op een aantal punten gedetailleerder en concreter is. De verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijken worden aanzienlijk uitgebreid. Weliswaar is de voorgaande eisenplicht van Richtlijn 95/46/EG komen te vervallen,²² maar daar is een aantal andere verplichtingen voor in de plaats gekomen. Naast de algeenere verantwoordingsplicht van de verantwoordelijke²³ zijn er onder meer explicietingen tot het bijhouden van een register van verwerkingsactiviteiten;²⁴ het voeren van gegevensbeschermingsbeoordelingen;²⁵ het uitvoeren van een gegevensovernameplicht;²⁶ het gebruik van privacy by design en privacy by default;²⁷ en het aanwijzen van een functionaris voor de gegevensbescherming.²⁸ Ook als het gaat om de rechten van de betrokkene is de AVG op een aantal punten concreter dan Richtlijn 95/46/EG. Wanneer rechten zoals het recht op vergetelheid,²⁹ het recht op overdraagbaarheid van gegevens³⁰ en het uitgeoefende recht om niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde individuele besluitvorming (waaronder profilering)³¹ zijn nog niet van een werkende overeenkomst voorzien.

In het licht van het voorgaande gaat de toelichting slechts summiert in op de uitvoeringsaspecten. Gesteld wordt dat de uitvoeringsaspecten van het wetvoorstel voor overheden, bedrijven en burgers volgen uit de verordening zelf of uit verplichtingen die reeds bestaan op grond van de huidige Wbp. Op de slimme manier worden de uitvoeringsaspecten die uit de AVG voortvloeien, heeft het wetvoorstel geen invloed. Om deze reden en om dat de implementatie – ten opzichte van de huidige Wbp – beleidsneutral wordt uitgevoerd, zijn er van de Uitvoeringswet geen zelfstandige effecten te verwachten op de reguleringen en nalevingen, aldus de toelichting.³²

De Afdeling acht deze toelichting niet toereikend. De gevolgen van de AVG voor burgers, bedrijven en overheden zullen aanzienlijk zijn. Ook de bekendheid en de nadere veranderingen zijn nog te wensen over te

²¹ Zie bijvoorbeeld het jaarverslag 2015 van de Autoriteit (RZA) die waaruit blijkt dat de meeste door de Autoriteit aangegane verzoeken voor toelichting (aanvullende informatie en privacytoelichting) de verplichtingen vaak onbetwist of eerder openlijk lieten liggen. De uitkomst van de meeste verzoeken was conform de wet te handelen, bijvoorbeeld, aldus het jaarverslag.

²² Wel is er op grond van artikel 52 AVG een specifieke verplichting om databanken te actualiseren. Deze bestaat ook al op grond van artikel 34a van de huidige Wbp.

²³ Artikel 5, tweede lid, en artikel 24 AVG.

²⁴ Artikel 30 AVG. Deze verplichting geldt in beginsel niet voor organisaties met minder van 250 werknemers.

²⁵ Artikel 35, tweede lid, AVG.

²⁶ Artikel 33 AVG. Onder verantwoordingsplicht kan daarbij ook een verplichting voortvloeien om voortgang van de verwerking te toelichting te handhaven. Zie artikel 36 AVG.

²⁷ Artikel 25 AVG. Deze verplichtingen betreffen niet alleen dat al bij het vaststellen van ontwerp van systemen van verwerking, zoals de ontwikkeling van programma's, passen de technische maatregelen worden getroffen die erop gericht zijn personen tegenover de AVG te beschermen.

²⁸ Artikel 37 AVG.

²⁹ Artikel 17 AVG. Het gaat om het recht om wissen van hem betreffende gegevens te verkrijgen. Onder de in het tweede lid omschreven omstandigheden is de verantwoordelijke verplicht om het verzoek te uitvoeren en de vergetelheid te bewaken. Zie ook RZA 19 mei 2014, Google Spain, C-131/12, ECLI:EU:C:2014.317.

³⁰ Artikel 20 AVG.

³¹ Artikel 22 AVG. Het gaat om een uitzondering ten opzichte van artikel 15 Richtlijn 95/46/EG.

³² Toelichting, paragraaf 6.4.2.

doelbinding en noodzakelijkheid zoals deze in de huidige wetgeving inzake gegevensbescherming zijn neergelegd onder druk komen te staan.¹⁵ Bij het nadenken over fundamentele veranderingen is, waar bij de aandacht in het proces van gegevensevaluatie voor het verspreiden van gegevens verschuift naar de analyse en het gebruik daarvan. De WRR benadrukt weliswaar de waarde van het huidige regelgevende kader, maar stelt dat, in aanvulling daarop, de aandacht zou moeten worden verlegd van het reguleren van het verspreiden van data – het avaretpunt in de huidige juridische kaders – naar de regulering van en het toezicht op de manier van de analyse en het gebruik van gegevens. Alleen door criteria te stellen aan het toepassen van Big Data-analyse kan het vertrouwen bij burgers worden gereëerd en bevestigd dat verwerkingsverantwoordelijken niet sluipenderwijs doorgrinden in de persoonlijke vrijheid van burgers.¹⁶

De AVG is in hoofdzaak een voortzetting van het in Richtlijn 95/46/EG neergelegde regelgevingskader, in aanvulling daarop brengt de AVG met het oog op de technologische ontwikkelingen op een bepaald aantal punten vernieuwingen.¹⁷ Ondanks deze aanpassingen is de vraag in hoeverre de AVG en daarmee voortvloeiende wetgeving zodanig is toegevoegd op de technologische ontwikkelingen dat zij in de uitvoeringspraktijk kan leiden tot een effectieve bescherming van algemene beginselen van gegevensbescherming. Tegen deze achtergrond zou in de noodzakelijke uitvoeringsbeoordeling (zie hiervoor punt 3) nadrukkelijk aandacht besteed dienen te worden op welke wijze de technologische ontwikkelingen, zoals hiervoor geschetst kunnen worden geïncorporeerd in de praktische toepassing van de AVG en de Uitvoeringswet.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan.

c. Evaluatie

De Autoriteit Persoonsgegevens heeft gedurende de de Uitvoeringswet periodiek te evalueren. De regering heeft dat advies niet overgenomen en onder verwijzing naar de evaluatiebeoordeling in de AVG die bereikbaar is op de verordening zelf.¹⁸ In de Uitvoeringswet worden geen zelfstandige beleidsopties nagereëld, in dat licht ligt een evaluatie niet voor de hand, aldus de toelichting.¹⁹

De Afdeling acht deze reactie niet toereikend. Zij merkt allereerst op dat ter invulling van de door de AVG toegewezen nationale beleidsruimte in de Uitvoeringswet verschillende keuzes worden vastgelegd. Tegelijkertijd worden bepaalde mogelijkheden om de toelichtingsrecht de AVG aan te wijzen of ervan af te wijken juist niet ingevuld. De reden hiervoor is vaak gelegen in het uitgangspunt de AVG zo veel mogelijk belastingvrij te laten voeren, in die zin zijn nationale beleidskeuzes wel aan de orde.

¹⁵ WRR, Big Data en vrije en veilige samenleving, Amsterdam University Press, Den Haag/assandien, 2014, 161, 138 e.v. Zie ook het advies van de Afdeling over het voorstel van wet aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, Kamerstukken II 2016/17, 34 580, nr. 4.

¹⁶ Huidig artikel 2014, Digital Rights Ireland e.a., C-293/12 en C-297/12, EU:C:2015/238, punt 54 en 55. Huidig artikel 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015/650, punten 81 t/m 93, en Huidig van 21 december 2016, Tjebk Sverige, C-202/15 en C-203/15, EU:C:2016/670, punt 100.

¹⁷ Zie hiervoor punt 3a voor enkele voorbeelden.

¹⁸ Artikel 17 AVG. Hierin wordt bepaald dat uiterlijk op 25 mei 2020 en om de vier jaar daarna, de Commissie een verslag indient bij het Europees Parlement en de Raad over de evaluatie en de toetsing van de AVG.

¹⁹ Toelichting, paragraaf 6.5.2, onder 13f.

Voorts acht de Afdeling het niet het oog op een effectieve uitvoering van de AVG, ook op hem in, van groot belang dat in aanvulling op de evaluatie van de AVG op EU-niveau, binnen een redelijke termijn duidelijk onderzocht wordt hoeaan naar de uitvoeringspraktijk. Deze kan verschillen per lidstaat. Er zal te is te een nodige vanwege de gebrekkige uitvoering gedurende een lange reeks van jaren onder de bestaande wetgeving in samenhang met de toenemende complexiteit van het gegevensbeschermingsrecht.

De Afdeling adviseert een evaluatiebeplanning in de Uitvoeringswet op te nemen.

4. Uitvoeringen evaluatie

a. Spanning tussen regelgeving en uitvoeringspraktijk

De Afdeling advisering plaatst kanttekeningen bij de toelichting met betrekking tot de uitvoeringspraktijk. Zij wijkt er op dat de problemen van de AVG voor burgers, bedrijven en overheden aanzienlijk zullen zijn en dat er doelkundig 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 onafhankelijkheid postief 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. Informatieverzekering en advies zijn daarbij onontbeerlijk en daar is zeker ook een taak voor de rijksoverheid – en in het bijzonder het Ministerie van Justitie Veiligheid – weggelegd. Met het oog daarop heeft het ministerie onder meer een handreiking 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. Iets anders wordt in paragraaf 6.3.1 uitgegaan op de mitigeren die reeds worden ondernomen, en die op a label staan om alle verwante gegevenswoordelijk te informeren over de stappen die zij moeten zetten om aan deze nieuwe normen en verplichtingen te voldoen.¹²

b. Technologische ontwikkelingen

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 veranderingen. Gezien de snelheid van de technologische ontwikkelingen, is het nieuw gegevensverwerkingrecht 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

¹² Overigens is er slechts in een zeer beperkt aantal instructies over het concept van de Uitvoeringswet aandacht gevraagd voor de uitvoeringslasten.

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 blockchain-technologie en de gegevensbeschermingsvraagstukken die deze technologie met zich meebrengt. Allereerst de vraag: wat is een blockchain? Een blockchain is, kortgezegd, een netwerk waarin alle deelnemende computer een kopie van een gegevensbestand onderhoudt. Het bijzondere van blockchain is de manier waarop de gegevensbestanden synchroon worden gehouden. De traditionele aanpak, zoals zijn dat er een centraal bestand is (de master), dat is of 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 voorgeprogrammeerd systeem dat regels heeft ingebouwd in de netwerk (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 gegevens bestanden gelijk moeten blijven luiden. Aan een blockchain kunnen in beginsel alleen gegevens worden toegevoegd. Zo is het bewust ontworpen. Het wisselvermogen van gegevens zo uitsluitend kunnen worden gerevisiteerd door een specifiek 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 blockchain-technologie 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 wereld wil onderhouden.

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

Er rijzen wel een aantal lastige vragen over de toepassing en toepasbaarheid van het gegevensbeschermingsrecht op dergelijke blockchains. Zaken die vraag worden gesteld of, met name in zogenaamde 'permissioned' blockchains, waarin de software de taken uitsluitend aan iedereen onder een pseudoniem toekent, nog wel een verantwoordelijke vast te stellen is. Ook rijst de vraag in hoeverre het recht op toegankelijkheid en, meer in het algemeen, het recht op vernietiging van persoonsgegevens zouden moeten worden gaeffectueerd. 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. Verderfelbaar 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 met zeggende rekeningen (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 de persoon terug te voeren. Maar ook voor de toepassing van de complexe vraagstukken die opkomen, kan soms weer gekozen worden naar nieuwe technologie om te ontwikkelen. Zo zal wellicht met homomorphe 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 verkenkend onderzoek gaande¹⁷ naar blockchain dat naar verwachting medio 2018 afgerond zal worden. Het doel van het onderzoek is om te verhelderen welke ruimte de huidige wetstekstelaars laten voor het benutten van de kansen die blockchain biedt voor burgers, bedrijven en overheden 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

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

Met het oog hierop heeft het toenmalige kabinet in zijn standpunt over het WBR-rapport 'Big Data in een vrije en veilige samenleving' een aantal beleidsuitgangspunten getoetst voor het kabinetsbeleid met betrekking tot Big Data in het veiligheidsdomein, waarbij is aangekend dat sommige van deze beleidsuitgangspunten ook betekenis kunnen hebben voor andere domeinen, zoals dienstverlening en zorg.¹⁸ Er is bewust gekozen voor beleidsuitgangspunten, omdat het kader 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.¹⁹

¹⁷ Het onderzoek wordt uitgevoerd door Universiteit van Tilburg – TILT (Tilburg Institute for Law, Technology, and Society) i.s.m. Peta Rijken & Dorothea Fortuin.

¹⁸ Kabinetstuk II 2019/20, 2019/21, 650, 654, 7-8.

¹⁹ Zie de – Borgers kunnen bijvoorbeeld – veranderingen met betrekking tot geprofileerde besluitvorming, waaronder profilering, in de artikelen 13, tweede lid, onder f, 14, tweede lid, onder 1, 15, eerste lid, onder h, 21, tweede lid, 22, 36, derde lid, en 47, tweede lid, onder e, AVG. Ingevolge in de verwerkingen 60 tot en met 61, 71 en 71 bis artikel 79, eerste lid, onder f, AVG wordt impliciet erkend dat dit type gegevensverwerking zich in overeenstemming leent voor wettelijke waarborgen als daarin wordt gesteld dat het Europese Comité voor gegevensbescherming richtsnoeren, aanbevelingen en bestuurspraktijken dient uit te werken die tevens specificatie van de criteria en de voorwaarden voor besluitvorming op basis van profilering.

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 geboden 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.¹⁶ 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 gemonitord. In de praktische toepassing van de AVG en van de Uitvoeringswet, De Invoerpacten kunnen wij ook nadere ondersteuning. Zo kunnen van de andere actiepunten uit voornoemd kabinetsstandpunt het uitvoeren van een onderzoek naar het verschoffen van voldoende inzicht in gebruikte algoritmen en analysemethoden ten behoeve van toezicht en rechtelijke toetsing. Ook wordt gezocht naar wegen om de transparantie rond Big Data toepassingen door de overheid te vergroten. De uitvoeringsbegeleiding op genoemd vlak naar al wel concrete vormen aangenomen in het kader van experimenten die met betrekking tot Big Data worden uitgevoerd. Zo wordt de zogenaamde «City Deal» zicht op ondermijningsuitgevoerd 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 gesteld dienen te worden.¹⁷ Afnamelijk van de ervaringen met dit toetsingskader zal worden bezien of dit tot een meer generiek kader kan worden omgebouwd waarvan mogelijk sommige elementen naderhand in wetgeving kunnen worden vastgelegd.

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 gemonitord. In de praktische toepassing van de AVG en de Uitvoeringswet Herbij willen wij in ieder geval graag wijzen op het reept door de ministeraad voorgestelde nieuwe Model gegevensbeschermingsimpactbeoordeling (rijksdienst) (PIA).¹⁸ waarin spert 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 WNK over Big Data.

In hoofdstuk 6a van het Besluit SUWI (structuur uitvoeringsorganisatie wet en inkomsten) zijn reeds bepalingen opgenomen over het systeem risico indicatie (SyRI).¹⁹ Hierbij is inzicht gegeven in het proces van data-analysen in het samenwerkingsverband, de verschillende samenwerkingsverbanden, de bevoegde instanties van de lijn, samenwerkingsverbanden betrokken instanties (zoals uitvoeringsinstanties sociale zekerheid, Belastingdienst en inspectie SZW) om fraude met uitkeringen en belastingen en premies te bestrijden en voor het toezicht op niet naleven van arbeidsregels en opsporing van daarmee samenhangende misdrijven. De elementen die de Afdeling advisering noemt (zoals het proces

¹⁶ Kamerstukken II 2016/17: 26 813, nr. 426, blz. 9-13.

¹⁷ Zie Buit. nr. 46909, 26 augustus 2017.

¹⁸ Kamerstukken II 2017/18, 26 643, nr. 460.

¹⁹ SyRI is een samenwerkingsverband tussen het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het Ministerie van Financiële Bestuurszaken.

van verwerking van aangeduide soorten gegevens en de wijze van analyse, waarbij de gegevens worden geanonimiseerd, inzicht in tweeën miljoen en veertig miljoen deuren waarop de beschikbare worden geïnformeerd over de risicoberekening zijn in dit kader geregeld. Daarnaast wordt inzicht gegeven in de fasen van data-analyse en kan de betrokkene inzicht krijgen in de resultaten van de data-analyse 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 extracties gesteld aan het toepassen van Big Data analyse helpen, aldus de Afdeling advisering, de enige manier is om het vertoewen van burgers in deze techniek te creëren.

De rol van de toezichthouder en het Comité

De vraag of voornoemde door de Afdeling advisering geschetsde technologische ontwikkelingen ook daadwerkelijk vergaande gevolgen gaan hebben voor de verwerking en de beschikbare risicoberekening grondslag liggen, valt op voorhand echter moeilijk te beantwoorden. Ideaaliter zouden de AVG en de Uitvoeringswet daaromtrent in ieder geval het komende decennium moeten 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 technologieën en in de wet te staan (maar ook wel naar afdoende normen).

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 rol is voor de toezichthouder voor het Comité zal een beetje meer spelen dan aan de ontwikkelingen die bij de toetstandkoming 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 deze veel mogelijk tijd en techniek omvatende gegevens die de normen en begrippen. Het Comité en de nationale toezichthouders de autoriteiten zullen, als dit zo voorstaat, een adviserende maar ook een beleidsvormende en agenderende rol dienen te gaan spelen daar waar de technologie ons voor nieuwe vragen stelt.

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, betreft zich nu al in dat opsveld. Ter ondersteuning van de toezichthouders en de verwerkingsverantwoordelijken vormt de Artikel 28-variantgroep (straks het Comité), beeld 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 helpen, 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 aspecten op technologieën gebaseerd 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 Afdelingadviescommissie en een evaluatierapportage in de Uitvoeringswet op te nemen, is overgenomen. De evaluatierapportage is zo vormgegeven dat bij de evaluatie van de Uitvoeringswet tekent 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 beleidsmatige implementatie. Met het oog op de door de Afdeling advisering genoemde toegenomen complexiteit van het gegevensbeschermingsrecht zullen de onderwerpen die dan gebaseerd worden onder meer de uitvoerbaarheid en haalbaarheid zijn en daar direct mee samenhangend de duidelijkheid en inzichtelijkheid.

II. VERHOUDING UITVOERINGSWET EN VERORDENING

5. Toepassingsgebied

a. Verhouding tot het Unierecht

Artikel 2, tweede lid, onderdeel a, AVG bepaalt dat de verordening niet van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens in het kader van activiteiten die buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen.¹⁷ De meest en van toelichting wijst erop dat het begrip activiteiten die buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen in de regel wordt uitgelegd als: activiteiten waarop geen norm van Unierecht van toepassing is en waarbij geen grensoverschrijdende aspecten aan de orde zijn. Deze lezing is pikant met een ruim uitleg van deze uitsluiting. Deze ruime uitleg zou er echter toe leiden dat de grenzen van de werkingssfeer van de verordening onzeker en vaag worden. Dit zou afbreuk doen aan de doelstellingen van de verordening, aldus de toelichting.¹⁸ Om deze reden heeft het HvJEU de bestaande uitsluiting in Richtlijn 95/46/EU – die een vergelijkbare bepaling kent als artikel 2, tweede lid, onder a, AVG – beperkt uitgelegd. Op grond van deze rechtspraak¹⁹ is Richtlijn 95/46/EG van toepassing op iedere verwerking van persoonsgegevens, tenzij het gaat om specifieke door Richtlijn 95/46/EG uitgezonderde verwerkingsactiviteiten.²⁰

De regering gaat ervan uit dat deze vaste rechtspraak ook van toepassing zal zijn op de uitsluiting, bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel a, AVG. Bij de totstandkoming van de AVG is het in eerste instantie bedoeld geweest van deze op Richtlijn 95/46/EG betrekking hebbende vaste rechtspraak af te wijken. Dit betekent voorts dat de regering dat uitsluitend regeringsinterferentie die in haar geheel zijn uitgesloten van de werking van het Unierecht – te weten verwerkingen in het kader van de nationale veiligheid – onder de uitsluiting van artikel 2, tweede lid, onderdeel a, AVG willen vallen. De AVG is daarmee – ongeacht of er sprake is van een grensoverschrijdend aspect – in beginsel²¹ van toepassing op alle gegevensverwerkingen, aldus de toelichting.

¹⁷ Toelichting, paragraaf 9.2.

¹⁸ Zie voor een aanneming van deze rechtspraak Toelichting, paragraaf 12.

¹⁹ Zie artikel 3, tweede lid, Richtlijn 95/46/EG.

²⁰ Behoudens gegevensverwerkingen die vallen onder een van de andere uitsluitingen van de AVG. Zie artikel 2, tweede lid, onderdeel b tot en met d, AVG.

De Afdeling onderschrijft het oogenmerk de bestaande situatie met betrekking tot de reikwijdte van de wet te continueren. De stelling dat de gemeen de rechtspraak van toepassing zal zijn op de AVG auct is met het oog daarop op zichzelf geen voldoende. Metten in te de vraag of op grond van deze rechtspraak volledig kan worden uitgesloten dat er – buiten het terrein van de nationale veiligheid – soorten gegevensverwerking bestaan die buiten het toepassingsbereik van de AVG zullen vallen.¹² De Afdeling wijst er in dat verband op dat de uitvoeringsbepalingen van Richtlijn 95/46/EG en AVG niet volledig identiek zijn. Voorts is van belang dat de huidige Wbp inhoudelijk hepaat dat de wet, behoudens de daarin genoemde uitzonderingen¹³, van toepassing is op alle gegevensverwerkingen. Dit leidt ertoe dat de werkingssfeer van de Nederlandse wetgeving op dit punt niet afhankelijk is van de rechtspraak van het HvJEU. Door het wetsvoorstel verandert de system afbandoord de werkingssfeer van de Uitvoeringswet aancht op die van de AVG.¹⁴ Daardoor zal in de nieuwe situatie, anders dan op dit moment onder de Wbp het geval is, de werkingssfeer van de Nederlandse wetgeving worden aapandit naar die van de AVG en door de afging die het HvJEU met geen aan de in AVG opgenomen uitzonderingsbepaling.

Gelet op het voorgaande zou met het oog op de rechtszekerheid met het oog op de kenbaarheid van het wettelijk stelsel overwogen moeten worden om de huidige system afbandoord van de Wbp te continueren. Dit is mogelijk door in de Uitvoeringswet te bepalen dat de AVG van overeenkomstige toepassing is op alle verwerkingen van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 2, eerste lid, AVG¹⁵ die buiten het Unierecht vallen, behoudens de in die wet ter oem en uitzonderingen.¹⁶

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en zo nodig het wetsvoorstel aante passen.

b. Afbakening AVG en Richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging

Artikel 2, tweede lid, onderdeel d, van de AVG sluit toepassing van de verordening uit op de materie waarop de Richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging van toepassing is. De reikwijdte van Richtlijn en verordening sluiten elkaar volgen de toelichting voordeijk uit, waar de reikwijdte van toepassing is, la de verordening dit niet en aangekord.¹⁷ Daarnaast verm eldt de toelichting dat verschillen de uitvoeringsorganisaties op het terrein van politie en justitie met aken zullen krijgen met twee verschillende norm stelsels kader: de bepalingen van de verordening die rechtstreeks toepasselijk zijn en de nationale bepalingen die de Richtlijn aapenleent. Het toepasselijk kader is afhankelijk van de taak die wordt uitgeoerd. Bij de voorstellen die strekken tot in piententatie

¹² De AVG sluit dat af ook niet uit. Zie overig ing 16 waarin staat dat de verordening niet van toepassing is op met onder het Unierecht vallende activiteiten, vooral activiteiten betreffende nationale veiligheid.

¹³ Artikel 2, tweede lid, Wbp.

¹⁴ Daarop wordt in het wetsvoorstel een uitzondering gemaakt, namelijk in artikel 4. Daarin worden de AVG en de wet in beginsel van overeenstemming toepassing verband op verwerking van persoonsgegevens door de krijgsmacht.

¹⁵ Deze bepaling is u. Deze verandering is een toepassing de de gheid of symbolisch geaard muterende verwerking, almetate de de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestaand zijn om daarin te worden opgenomen. Deze bepaling komt overeen met artikel 2, eerste lid, Wbp.

¹⁶ In een dergelijetoepassing sluiten, buiten de af in artikel 2, tweede lid, van het wetsvoorstel genoemd wetten, de verwerkingen in het kader van nationale veiligheid en de gevallen bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel b tot en met d, van de AVG uitgeoerd moeten worden.

¹⁷ Toelichting, paragraaf 7.3 en antwoorden op toelichting bij artikel 2.

van de richtlijn gegevensbescherming op afdeling en vervolging zal uitgebreid worden ingegaan op de vraag welke taken van de verschillende organisaties onder de richtlijn, en welke taken onder de verordening zullen vallen wat betreft de verwerking van persoonsgegevens, aldus de toelichting⁹⁴.

De Afdeling merkt op dat deze toelichting niet volstaat en dat het niet het oog op de zelfstandige begripelijkheid en toepasselijkheid van de Uitvoeringswet AVG van belang is dat ook de een en de ander van toelichting bij het voorliggende wetsvoorstel uitbatering op de afbakening tussen de artikelen van de AVG en de richtlijn.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het vorenstaande aan te vullen.

5. Toepassingsbereik

a. Verhouding tot het Unierecht

De Afdeling adviseert onderschrift dat 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 pre- of post-nati-onale 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 eveneens 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 adviseert te vragen 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 opgenomen 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 inlichting- en veiligheidsdiensten en verwerkingen door de krijgsmacht zijn uitgezonderd van toepassing van de AVG en daarmee van de Uitvoeringswet. Wij zijn het eenmaal 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, nu uit – 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 inlichting- en veiligheidsdiensten. Voor verwerkingen door de krijgsmacht geldt een bijzondere regeling, die in de artikelen (pe) toelichting bij het wetsvoorstel nader wordt toegelicht.

⁹⁴ Toelichting, paragraaf 2.3.

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

b. Afbakening AVG en Richtlijn gegevensbescherming in opsporings en vervolging

Ten aanzien van de afbakening tussen de reikwijdte van de AVG en de richtlijn gegevensbescherming in opsporings 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 streken tot implementatie van de richtlijn gegevensbescherming in opsporings en vervolging. Met het oog op de zelfstandige begripelijkheid 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 ingegaan. De Afdeling advisering adviseert de toelichting in het hiertoe over te nemen te vullen. Aan dit advies is gevolg gegeven. Paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting is daaromkomstig dit advies aangevuld.

6. Gegevensverwerkingstask van algemene belang

a. Inleiding: artikel 6 AVG

Artikel 6 AVG is een bepaling van cruciaal belang. Hierin zijn de grondslagen van de gegevensverwerking opgenomen. De bepaling vormt een voortzetting en uitbreiding van artikel 7 Richtlijn 95/46/EG. Deze bepaling is in de Nederlandse wetgeving omgezet in het huidige artikel 6 Wvop.

Wilt een gegevensverwerking onder de AVG rechtmatig zijn dan moet deze gebaseerd kunnen worden op een van de in artikel 6, eerste lid, opgegeven gronden. Artikel 6, eerste lid, onderdeel f kan worden beschouwd als een restbepaling. Hierin wordt bepaald dat verwerking kan plaatsvinden als deze noodzakelijk is voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, tenzij de belangen of de grondrechten van de betrokkene die tot bescherming van personen gegevens roepen, zwaarder wegen. Anders dan in Richtlijn 95/46/EG wordt in artikel 6, eerste lid, bepaald dat elke algemene verwerkingsgrond niet geldt voor de verwerking door overheidsinstellingen in het kader van de uitoefening van hun taken.

Het laatste betekent dat gegevensverwerking door de overheid onder de AVG uitsluitend kan worden gebaseerd op artikel 6, eerste lid, onderdelen e of g. Verwerking op deze gronden is alleen mogelijk als de verwerking noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting (onderdeel e) of als de verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbare gezag (de wettelijke verwerkingsoverheidsgrond) (onderdeel g).

In aanvulling op deze bepalingen zijn voor de gegevensverwerking door de overheid in artikel 6, tweede en derde lid, specifieke bepalingen opgenomen. Voorts vindt in artikel 6, vierde lid, een nadere uitwerking plaats van het in artikel 6, eerste lid, onderdeel b, geregelde doeleindsbeginsel. Zij hevel een aantal criteria om in een geval waarin gegevens worden verwerkt voor een ander dan het opsporingskarakterdoel, te bepalen wanneer – in het verband van artikel 6, eerste lid, onderdeel b – dat andere doel is en het oorspronkelijke doel overeenigbaar is.

Artikel 6, tweede, derde en vierde lid, AVG zijn allen nieuw ten opzichte Plichtlijn 9546/EG. Deze bepalingen zijn geïmplementeerd en in de praktijk toepasbaar. Met name als het gaat om gegevensverwerking in de publieke sector roept zij veel vragen op. De Afdeling zoekt het voor de uitvoeringspraktijk van groot belang dat over de betekenis van artikel 6 AVG, in het bijzonder voor de publieke sector, meer duidelijkheid komt.

Over artikel 6, tweede, derde en vierde lid, AVG in relatie tot de Uitvoeringswet komt de Afdeling het volgende op.

b. Specifieke wettelijke grondslag

De grondslagen voor gegevensverwerking volgen rechtstreeks uit de AVG en zijn dus niet eigenaardig en in de uitvoeringswet. Niettemin is in het kader van de Uitvoeringswet de vraag aan de orde in hoeverre artikel 6 AVG verplicht tot het creëren van een specifieke wettelijke grondslag voor gegevensverwerkingen door de overheid. Daarvoor is van belang hoe de grondslagen van artikel 6, eerste lid, onderdelen a en b, nu uitsluitend het nieuwe artikel 6, derde lid, AVG, in laatste zin, de bepaling wordt bepaald dat de rechtgrond van de in het derde lid, onderdelen a en b, bedoelde verwerking moet worden vastgesteld bij Unierecht of lidstatelijk recht dat op de verwerking verantwoordelijke van toepassing is. Artikel 6, derde lid, wordt toegevoegd in overweging 45 bij de AVG. Daarmee staat dat de AVG niet voorschrijft dat voor elke afzonderlijke verwerking specifieke wetgeving vereist is. Er kan, aldaar deze overweging, worden volstaan met wetgeving die als basis fungeert voor «verschillende verwerkingen» als bedoeld in artikel 6, eerste lid, onderdelen a (verwerking ter uitvoering van een wettelijke verplichting) en b (verwerking noodzakelijk ter vervulling van een publieke taak).

De regering gaat ervan uit dat het nieuwe artikel 6, derde lid, AVG het wettelijk kader zoals dat geldt onder Richtlijn 9546/EG en de WvG niet wijst. Het noodzakelijk is dat in de sector specifieke wetgeving en/of het is opgenomen dat kan behoeven aan de wettelijke taak gegevens verwerkt mogen worden. Indien het noodzakelijk is om voor de uitvoering van de publieke taak persoonsgegevens te verwerken, kan de wettelijke grondslag voor de publieke taak tevens worden beschouwd als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens, als de toelichting.³¹ Deze lezing draagt volgens de regering ook in artikel 6, tweede lid, ERM dat vereist dat een bepalingen van het recht op bescherming van het privacy en voorzienbaar moet zijn bij wet. Het gaat hier, aldaar de toelichting, om een materiële wetbegrip; voldoende is dat uit een aan en uit een wettelijke regels die leiden tot een publieke taak aanduidend voldoende kenbaar is dat persoonsgegevens worden verwerkt.

De Afdeling acht deze toelichting ontoereikend. Zij wijst er allereerst op dat op grond van artikel 10, eerste lid, Grondwet en artikel 24 CMR geldt dat voor verwerkingen van persoonsgegevens die een inbreuk zijn op het recht op bescherming van het privacy en een specifieke wettelijke grondslag moet bestaan. In dit verband is relevant dat in de Straatsburgse en Nederlandse rechtspraak de afgelopen jaren tegen de achtergrond van het legaliteitsbeginsel enkele belangrijke uitspraken gedaan zijn, waarin afhankelijk van de specifieke context, aan meer toegepaste wettelijke

³¹ Toelichting, paragraaf 4.2.2.

grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk wordt geacht.²¹

Voorts merkt de Afdeling op dat uit artikel 6, derde lid, AVG in samenhang met de personen die overweging 45 bij de AVG niet kan worden afgeleid dat de wettelijke grondslag voor de publieke taak in alle gevallen eveneens kan worden beschouwd als de grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens. Zien ook de overweging vernieuwd slechts is dat niet voor elke afzonderlijke verwerking op rechtelijke wetgeving vereist is, zolang kan worden, aldus deze overweging, met een wettelijke basis voor «verschillende verwerkingen» in de gevallen dat de overheid optreedt ter uitvoering van een wettelijke verplichting of publieke taak.²² Dat wil echter niet zeggen dat met de wettelijke grondslag voor een publieke taak of verplichting steeds ook de wettelijke grondslag voor de gegevensverwerking gegeven is.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van bovenstaande aan te passen en in te geven op de gevolgen die dit heeft voor de mogelijk noodzakelijke aanpassing van sectorale wetgeving waarin op dit moment geen specifieke grondslag is opgenomen om voor verwerkingen van gegevens als bedoeld in artikel 6, eerste lid, onderdeel c, AVG.

c. Verzekering aan andere bestuursorganen

De vraag in hoeverre een expliciete grondslag voor de gegevensverwerking door overheidsinstanties noodzakelijk is, komt ook naar voren als het gaat om de verwerking van gegevens door een andere verantwoordelijke, die de gegevens niet zelf verzamelen heeft. Anders dan artikel 7, onderdeel a, van Richtlijn 95/46/EG²³ biedt artikel 6, eerste lid, onderdeel e, AVG geen grondslag voor een dergelijke gegevens te verstrekken aan een bestuursorgaan voor de uitvoering van een publieke taak. Onder de werking van laatstgenoemde bepaling mag een verwerking verantwoordelijke (de afzender van bestuursorgaan) alleen gegevens

²¹ Zie EFEB 4 december 2008 S. en Marper v. Verenigd Koninkrijk (no. 30562/04 3006/04), r.o. 55-59, waarin de verzoeken aan het uitspreken dat wet verzoeken in artikel 6 tweede lid, DVM op een rij worden gezet. In de zaak L. Laffran (EFEB 23 april 2014, (no. 52019/07), no. 47-49) heeft het EFEB getoond dat het redelijk is bij de verwerking van persoonsgegevens, en alle gegevensgegevens, met name de teksten van de wetgeving die van de bereikbaarheid van gegevensverwerking moet bestaan. Zie voor nationale rechtspraak HR 30 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:286), waarin bepaald is dat artikel 6, AVG geen voldoende productiegrondslag geeft voor het verzamelen, vastleggen, bewaren, bewerken en gebruiken van de AVG-gegevens. Zie ook Afd. 3 februari 2017 (ECLI:NL:RVS:2016:253). Tegen de achtergrond van de gemeenteverplichting in de Afdeling weersproken dat een verplichting tot verstrekking van gegevens aan woningcorporaties voldoende is en duidelijk in een wetelijk voorschrift moet zijn overgenomen en dat niet voldoende is dat een wettelijke verplichting voortvloedt uit de afzender van gegevens, anderszins van of die samenhang tussen wettelijke bepalingen of wordt veranderd omwille van de effectiviteit van een wettelijke regeling. Vergeleek ook Rb. Den Haag (mei 2017 (ECLI:NL:RBHA:2017:5165), waarin de Rechtbank concludeert dat de toelichting in het gebruik van de gegevens (van de Oris-kaart) maakt op het recht op respect voor het privéleven van elke, niet berust op een voldoende duidelijk en voorafzender en met betrekking tot de wettelijke grondslag.

²² Ook de Afdeling heeft in haar advies opgemerkt dat de toelichting «nabestrijkt» in hetgeen op de verplichtingen die voortvloeien uit overweging 45, in samenhang met geloven met artikel 6, derde lid van de AVG. Mogelijk is er noodzakelijkheid in paragraaf 42.2 van de toelichting en argumenten die artikel 6, eerste lid, onder e, van de Verordening als zodanig, geldt op het derde lid van deze bepaling, geen afzonderlijke rechtvaardiging voor gegevensverwerking. Aan deze constatering wordt echter ten onrechte te menichvoldig verbanden dat er op dit punt wel noodzakelijke overeenstemming is tussen verordening en richtlijn en dat het worden aangenomen dat de bestaande wet- en regelgeving waarmee invulling wordt gegeven aan de publieke taak voor wat betreft de rechtsgrondslagen voor verwerking van gegevens in de regel aan de verordening voldoet.

²³ Gelijktijdig met artikel 8, onderdeel a, Wv.

verwerken die voor zijn eigen publieke taak nodig zijn.²³ Om dit te benadrukken geldt artikel 6, eerste lid, onderdeel f, AVG niet voor de gegevensverwerking voor uitvoering van publieke taken. Het kanton van de uitsluiting van hun taken. Overweging 47 bij de AVG moet overtuigen de uitsluiting en de overtuiging dat het aan de wetgever is om de grondslag voor persoonsgegevensverwerking door overheidsinstanties te creëren.

Uit de toelichting kon i n voldoende de naar voren dat de AVG op dit punt gewijzigd in ten opzichte van de in de Wvto gelinkte netaande Richtlijn 95/46/EG. De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen en daarbij in te gaan op de gevolgen die dit heeft voor de mogelijk noodzakelijke aanpassing van sectorale wetgeving.

a. Verdere verwerking van gegevens

Niet als onder de werking van Richtlijn 95/46/EG, maakt de AVG het onder voorwaarden mogelijk om te wijken van het doel van de verwerking. Artikel 6, eerste lid, onderdeel b, AVG, dat betekent dat het onder omstandigheden mogelijk is om gegevens vóór te verwerken voor een doel dat onverenigbaar is met het doel waarvoor de gegevens oorspronkelijk zijn verzameld. Een dergelijke verwerking is uitdrukkelijk toegestaan indien dit beruht op toestemming van de betrokkene of op een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling onder de in artikel 22 AVG opgestelde voorwaarden.²⁴ Voor verdere verwerking voor een onverenigbaar doel²⁵ is dus, als er geen toestemming is, een specifieke wettelijke grondslag nodig. Die situatie is niet anders dan onder de werking van Richtlijn 95/46/EG. De bedoelde grondslagen zijn thans opgenomen in de sectorale wetgeving.

In bepaalde situaties is echter niet op voorhand duidelijk wanneer sprake is van een onverenigbaar doel. Om dat te kunnen bepalen bevat artikel 6, vierde lid, AVG een aantal criteria. Indien op grond van deze criteria het doel van de gegevensverwerking verenigbaar is met het oorspronkelijke doel, dan is deze verwerking toegestaan. Deze bepaling in de AVG – die nieuw is ten opzichte van Richtlijn 95/46/EG – lijkt sterk op artikel 9 Wvto.²⁶

Uit de toelichting blijkt dat de regering ervan uitgaat dat het juridisch kader voor de verdere verwerking van persoonsgegevens ten opzichte van de huidige situatie niet verandert. Dit standpunt wordt in de toelichting onvoldoende gemotiveerd. Artikel 6, vierde lid, AVG, in combinatie met overweging 50 bij de AVG;²⁷ kan in meer oekse worden gelezen dan het geval door de overheid ten uitvoering van een publieke taak gegevens worden verwerkt voor een ander doel dan het oorspronkelijke doel, er een wettelijke grondslag nodig is, ongeacht of dat andere doel verenigbaar is of niet. In dat geval zouden de in artikel 6, vierde lid, opgenomen criteria

²³ Deze wijziging in de tekst van de AVG ten opzichte van artikel 7, onderdeel e, van RL 95/46/EG maakt een afwijking van de verwerking over mogelijke overlap met de verwerking voor de verdere verwerking van gegevens in artikel 5 Wvto.

²⁴ Artikel 6, vierde lid, en artikel 23, eerste lid, AVG.

²⁵ Daarbij kan het gaan om een verwerking die aan de doelwitverwerking van andere aardelijke dan wel de verwerking van gegevens aan een andere verwerking van andere aardelijke.

²⁶ Derhalve zijn, getuigenis door artikel 6, tweede lid, Wvto, slechts gekomen in een opname van de artikel 29 werkgroep bij de toelichting van de AVG is op dit punt aangegeven bij de opname van de artikel 29 werkgroep (Opinion 503 'on purpose limitation, WP 200).

²⁷ In overweging 50 staat de volgende passage: 'Indien de verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak, van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitvoering van het openbaar gezag dat aan de verwerking van andere aardelijke is verboden, kan het Unierecht of het lidstaatrecht recht worden vaardigd en opgevoerd voor welke taken en doeleinden de verdere verwerking als noodzakelijk en verenigbaar met de aanvankelijke doeleinden moet worden beschouwd.'

om te bepalen of het doel verenigbaar is, voor gegevensverwerking door de overheid niet van betekenis zijn. Daar staat tegenover de hiervoor reeds punt 1a aangehaalde uitspraak van de AVG waaruit blijkt dat niet voor alle afzonderlijke verwerking – en dus ook niet voor verdere verwerking voor een verenigbaar doel – specifieke wetgeving vereist is. In dat licht bezien kan artikel 6, vierde lid, AVG ook zo worden uitgelegd 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 gegeven. 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 acht deze laatste interpretatie beter verdedigbaar aan de eerste.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het vorenstaande aan te vullen.

6. Gegevensverwerkingstask 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 garantstelling van 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 doelformingsbeginsel, gecompliceerd en moeilijk leesbaar zijn. In de paragrafen 4.2.5 en 4.2.6 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 levensken 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. Dit 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.

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

c. Verspreiding aan andere bestuursorganen

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

a. 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 oorspronkelijk 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 gesteld. 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 vertoefbaar dan de eerste.

Wij delen de opvatting dat de laatste interpretatie beter vertoefbaar 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 verwerkingsverantwoordelijken bepalen of het andere doel waarvoor hij de gegevens wil verspreiden verenigbaar is met het oorspronkelijke doel, niet anderszels geldt voor uitoefening van de taak. Dit is in de toelichting verduidelijkt in paragraaf 4.2.3.

7. Verwerking van bijzondere persoonsgegevens

a. Inleiding

Evenals Richtlijn 95/46/EG aan de AVG, in aanvulling op de algemene bepalingen van gegevensverwerking, specifieke bepalingen voor de verwerking van bijzondere gegevens. Dit zijn gegevens die van wege hun

gevoelige aard extra bescherming verdienen.¹¹⁰ De in de AVG neergelegde systematiek is dat verwerking van bijzondere gegevens verboden is, tenzij de verwerking kan worden gebaseerd op een van de door de AVG toegelaten uitzonderingen.

In de Uitvoeringswet is in sommige gevallen waarin dat is toegestaan gebruik gemaakt van de ruimte die de AVG aan de nationale wetgever biedt om uitzonderingen te maken op het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken. De Raad van de regering voor een beleidsnota inzake de invulling van de ruimte in de AVG laat voor nationaal recht heeft er toe geleid dat de huidige bepalingen in de Wbp over de verwerking van bijzondere persoonsgegevens voor een groot deel zijn overgenomen in de Uitvoeringswet.

De Afdeling merkt over dit onderdeel van het wetsvoorstel het volgende op.

b. Uitzondering naar zwaarwegend algemeen belang – onthefing Autositeit

Artikel 9, tweede lid, onderdeel g, van de AVG, bepaalt dat het verbod op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens niet van toepassing is als, kort gezegd, de verwerking noodzakelijk is om redenen van zwaarwegend algemeen belang, op grond van lidstaatsrecht.¹¹¹ Dit is vanwege haar open karakter een kaderbepaling, indien een van de specifieke uitzonderingen van artikel 9, tweede lid, AVG niet van toepassing is, zal de vraag kunnen rijzen of er een ander zwaarwegend algemeen belang is dat de verwerking van bijzondere gegevens op grond van artikel 9, tweede lid, onderdeel g, kan rechtvaardigen.

Artikel 30, eerste lid, onderdeel c, van de Uitvoeringswet, heeft de ruimte die artikel 9, tweede lid, onderdeel g, AVG biedt zodanig ingevuld dat een uitzondering om redenen van zwaarwegend algemeen belang mogelijk is, mits de Autoriteit daarvoor onthefing heeft verleend en passende waarborgen zijn geboden. Dit betekent dat naast de mogelijkheid van uitzondering bij wet, de Autoriteit onthefing kan verlenen voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens zij een zwaarwegend algemeen belang aanvoert. Zoals ook uit de toelichting blijkt,¹¹² is hiermee verhouding aan bestaand recht in de Wbp.¹¹³

De Afdeling merkt het volgende op.

- i. Allereerst rijst de vraag of de AVG handhaving van de genoemde bepaling toelaat. In de toelichting wordt geen rekening gehouden met het feit dat Richtlijn 95/46EG (waarop de huidige bepaling in de Wbp is gebaseerd) en de AVG op dit punt van elkaar verschillen: de uitzonderingsbepaling in Richtlijn 95/46EG bevat naast de bevoegdheid om vanwege redenen van zwaarwegend algemeen belang bij nationale wet een uitzondering te maken, expliciet ook de mogelijkheid dit te doen door een besluit van de toezichthoudende autoriteit.¹¹⁴ Deze laatste mogelijkheid ontbreekt echter in het wettelijk voorstel in artikel 9, tweede lid, onderdeel g van de AVG. De gruwel van het wettelijk voorstel is een uitzondering om redenen van zwaarwegend algemeen belang slechts mogelijk op grond van eldstaatsrecht.

¹¹⁰ Zie voor een nadere toelichting artikel 5 eerste lid, AVG.

¹¹¹ Daarnaast moet ook aan een aantal andere voorwaarden van artikel 9, tweede lid, onderdeel g, AVG worden voldaan: evenredigheid, ontbrekking van de wettelijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens, passende en specifieke maatregelen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene.

¹¹² Artikelsgewijze toelichting op artikel 30 Uitvoeringswet.

¹¹³ Artikel 22, eerste lid, onderdeel 1, Wbp.

¹¹⁴ Artikel 4, vierde lid, Richtlijn 95/46EG.

De vraag is of dit laatste inhoudt dat afwijking slechts mogelijk is als in de nationale wet uitzonderingen van wegeerden van algemene aard wegens belang in algemeen belang en worden geregeerd dan wel uit de AVG op dit punt afwijking is toegestaan voor de nationale wetgever om een procedurele regeling te treffen op grond waarvan de Autoriteit om redenen van zwaarwegend algemeen belang ontheffing kan verlenen. De Afdeling adviseert op het voorgaande in de toelichting in te gaan en toelichtend te reageren, waarom de AVG ruim te laat voor het voort laten bestaan van de geldende ontheffingsbevoegdheid van de Autoriteit.

- ii. Ingeval de AVG ruim te laat bleef voor een ontheffingsbevoegdheid, merkt de Afdeling het volgende op. Gelet op de rechtspraak van het EHRM, onttrekt artikel 8:1(1) en de gevolgen daarvan de bijzondere gegevens ligt het in de rede om uit te gaan van de hoofregel dat voor verwerking van dit soort gegevens een specifieke wettelijke grondslag nodig is.¹⁵⁵ Dit betekent dat, voor zover er ruim te laat zijn voor een ontheffingsbevoegdheid, deze ruim te beperkt ingevuld moet worden. De ontheffing moet in het bijzonder binnen zijn intrinsieke grondslag in de wet is geregeld. In dit verband wijst de Afdeling er op dat de Autoriteit van haar huidige ontheffingsbevoegdheid zo terughoudend gebruik maakt. Zij hanteert de gedragslijn dat een structurele verwerking van bijzondere persoonsgegevens om redenen van zwaarwegend algemeen belang slechts voor ontheffing in aanmerking komt wanneer er binnen een redelijke termijn, uitgaande opkomst is die de verwerking zal gaan regelen.¹⁵⁶ Indien daarvan geen sprake is, wordt de ontheffing niet verleend. Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling om de ontheffingsbevoegdheid, voor zover daarvoor nog ruim te besta, te beperken tot de periode die nodig is tot de totstandkoming van een wettelijke grondslag.

o. Uitzondering overschrijft verbod rechtstreeks toepasselijke op derden

Artikel 9 van de AVG over bijzondere persoonsgegevens heeft een hybride karakter: bepaalde op derden zijn rechtstreeks toepasselijk (waaronder het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verspreiden),¹⁵⁷ terwijl andere onderdelen ruim te laten aan de nationale wetgever.¹⁵⁸ Deze ruim te besta, daarin dat in sommige gevallen het individueel recht uitzonderingen kunnen worden bepaald op het verbod van verwerking van bijzondere persoonsgegevens.¹⁵⁹

Om dat een verordening rechtstreeks toepasselijk is in de Nederlandse rechtspraak en het verbod om te bepalen ervan in het nationale recht over te nemen (het zo genoemd de overschrijft verbod)¹⁶⁰, zijn de rechtstreeks toepasselijke bepalingen van artikel 9 AVG niet in de Uitvoeringswet overgenomen en in de Uitvoeringswet is echter wel, zoals hiervoor al is genoemd, gebruik gemaakt van de ruim te laten artikel 9 AVG bleef voor uitzonderingen op het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verspreiden. Dit heeft er toe geleid dat rechtstreeks toepasselijke bepalingen

¹⁵⁵ Zie o.a. EHRM 4 december 2008 S. en Margerit Verenigd Koninkrijk (no. 3286/04, 36896/04) en EHRM 20 april 2014, L.H. t. Letland (no. 530/10/07).

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld uitspraak van de Autoriteit in de verklaring van de rechtbank Uithoed van de verwerking Registerdienst naar profielen van de gemeente Utrecht, zsm: 2016-1480, blz. 6 en het besluit van het College van 23 september 2016, leen: erk-2008-C 1027.

¹⁵⁷ Artikel 9, eerste lid, en tweede lid, onderdelen a, c, d, e en f, van de AVG.

¹⁵⁸ De verhouding is die ongeveer de helft van de onderdelen van artikel 9 AVG zijn rechtstreeks toepasselijk en de andere helft is overgeleend aan nationale wetgeving.

¹⁵⁹ Artikel 9, onderdelen b, g, h, i, en j, en het vierde lid van de AVG.

¹⁶⁰ Arresten HvJ EU 1 februari 1972, Giacomini, 1972, ECUJ/C/19/72/12, en HvJ EU 31 januari 1975, Fratelli Zibone, 1975, ECUJ/C/19/75/17.

(zoals het verbod om die gegevens te verwerken en een aantal uitzonderingen op dat verbod) alleen in de AVG staan, terwijl andere niet rechtstreeks toepasselijke uitzonderingen in de Uitvoeringswet staan.¹¹¹

Met de regering hecht de Afdeling in alomtegenzamen aan het overschrijfverbod van rechtstreeks toepasselijke bepalingen van verordeningen. Echter, in dit bijzondere geval acht de Afdeling een uitzondering op het overschrijfverbod aangewezen om wille van de samenhang en begrijpelijkheid van de bepalingen in de Uitvoeringswet om teentweden bijzondere persoonsgegevens. Zoals ook hierboven in punt 6 van de afgeleverde, gaat het hier om een verordening met richtlijn-achtige kenmerken. Vanwege het hybride karakter staat overweging 6¹¹² bij de AVG expliciet toe dat lidstaten een eentje van de verordening in hun rechtsonderaan en om de samenhang te garanderen en om de interne bepalingen begrijpelijk te maken voor degenen op wie zij van toepassing zijn.¹¹³ Hierdoor biedt de AVG met het oog op de samenhang en begrijpelijkheid een uitdrukkelijke basis voor een uitzondering op het overschrijfverbod.

De Afdeling wijst er op dat de onderdelen van artikel 9 AVG (het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken en de uitzonderingen op dat verbod) onderling zeer nauw met elkaar aan te hangen, als de ene uitzondering niet van toepassing is op een bepaalde verwerking, dan kan wellicht een beroep worden gedaan op een andere uitzondering. Het uit elkaar breken van de uitzonderingen in enerzijds de AVG en anderzijds de Uitvoeringswet doet afbreuk aan de samenhang, begrijpelijkheid en het verkrijgen van een volledig en juist beeld van het regime van de bijzondere persoonsgegevens. Gelet op overweging 6 van de AVG en het grote belang van deze bepalingen voor burgers in verwerkingsgegevens, wordt de Afdeling daarom in dit bijzondere geval van artikel 9 AVG een uitzondering op het overschrijfverbod aangewezen, in die zin dat rechtstreeks toepasselijke eentje eentje in de Uitvoeringswet zouden moeten worden overgenomen.

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in het licht van het voorgaande aan te passen.¹¹⁴

a. Motivering in de toelichting

De toelichting op de artikelen over de verwerking van bijzondere persoonsgegevens is zeer summiar. Er wordt niet of nauwelijks ingegaan op de afweging van het belang van de verwerking van de gegevens enerzijds en het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen anderzijds. In het algemeen deel van de toelichting wordt slechts vermeld dat vanwege het uitgangspunt van de beleidsneutraliteit nauwelijks aan te worden bij de bestaande uitzonderingen in de Wbp. De uitzonderingen zijn om zwaarwegende maatschappelijke belangen opgenomen in de Wbp, aldus de toelichting.¹¹⁵ In reactie op het advies

¹¹¹ In sommige gevallen staan de uitzonderingen in de onderverordening.

¹¹² Deze overweging is onderdeel van de rechtspraak van het HvJEU. Zie HvJEU 28 maart 1985, Consten-Baldini, 272/83, EU:C:1985:107, punten 26 en 27. In de meer recente zaken verwijst de AG in zijn conclusie naar deze uitspraak van het Hof. Conclusie AG Kokott van 10 september 2007, Shan-Li Lu, C-181/06, para. 20. Concl. van AG I. J. G. van der Wal van 19 juli 2018, Sison International Air Lines AG, C-202/15, para. 22.

¹¹³ Zie ook overweging 305 van de Aanwijzing voor de reggeving.

¹¹⁴ Teneinde te voorkomen dat door het Unierechtelijk karakter van deze gegevens, dienen wordt onderzocht, geeft de Afdeling in de aanwijzing om in de Uitvoeringswet uitdrukkelijk te vermelden dat de eentjes zijn overgenomen uit de AVG. Hiervoor kan bijvoorbeeld de volgende formulering worden gebruikt: «Overeenkomstig artikel ... van de verordening ...».

¹¹⁵ Toelichting, paragraaf 4.3 gemiddeld «Bijzondere persoonsgegevens».

van de Autoriteit om onderdelen van de oorspronkelijke toelichting op te nemen, wordt vermeld dat de merendeel van toelichting zo veel mogelijk moet worden toegevoegd op hetgeen onder het wetsvoorstel verandert. Bovendien is de oorspronkelijke merendeel van toelichting nog steeds raadpleegbaar voor wie er belang bij heeft, aldus de toelichting.¹¹⁹

De Afdeling merkt op dat een toelichting bij een wetsvoorstel toegankelijk en zelfstandig leesbaar moet zijn en een duidelijke inleiding moet bevatten voor alle relevante artikelen. Dit geldt ook in het onderhavige geval voor het gaan om een beleidsneutralisatie implementatie. Bovendien gaat het hier om een geheel nieuwe wet ter uitvoering van de AVG, en niet om een wijziging van de Wbo. Een duidelijke en gestructureerde toelichting is te meer van belang om dat het hier gaat om een bijzondere categorie persoonsgegevens die naar hun aard (en/of) gevoelig zijn en die op grond van de AVG onderworpen worden aan een verzuimderegule. Het is voor de uitvoeringspraktijk van belang dat de betreffende bepalingen op adequate wijze worden toegelicht.

De Afdeling adviseert de artikelen over bijzondere persoonsgegevens te voorzien van duidelijke toelichting.

7. Verwerking van bijzondere persoonsgegevens

a. Inleiding

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 toegestaan 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 «gemiddelde» implementatie wetgevingstraject. Als inmen 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 Wbo zijn toegestaan, verboden.

b. Uitvoering waarvoor op grond een 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 1, van de huidige Wbo niet in de Uitvoeringswet te continueren. Te recht 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 toelichting van een wettelijke grondslag te bevestigen. Ook nu al geldt voor de gelijke toepassing op grond van het huidige, eerste lid, houdende, 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 het sprake van een realiteitsmogelijkheid om alsnog bijzondere categorieën persoonsgegevens te verwerken daar waar in de praktijk een ontheffingsverzoek eigenlijk nooit gehonoreerd zal worden.

¹¹⁹ Toelichting, paragraaf 5.52 gelijktijdig advisering van de Autoriteit persoonsgegevens, onderdeel 1.

a. Uitzondering overschrijft verbod rechtstreeks toepasselijke op derden

Het advies van de Afdeling advisering om in dit uitzonderingsgeval te wijken van het overschrijft verbod 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 hoofdtitel 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 in het rechtstreeks toepasselijke uitzonderingen, bedoeld in artikel 9, tweede lid, onderdelen g en j, AVG (zwaaiwiegend algemeen belang, anderszins denijk 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.

a. Motivering in de toelichting

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

b. Geautomatiseerde besluitvorming

a. Inleiding

Artikel 22, eerste lid, AVG bevat een recht van burgers om niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit. Onder geautomatiseerde verwerking valt ook (in aar niet uitsluitend) profilering. Onder profilering wordt op grond van artikel 4 AVG bedoeld op geautomatiseerde verwerkingen van persoonsgegevens op grond waarvan een profiel van de betroffende personen wordt opgesteld. Op grond van dergelijke profielen kunnen analyses worden gemaakt van of voorspellingen worden gedaan over het aan gedrag, persoonlijke voorkeuren, gezondheid of beroepsprestaties. De bedoeling van het verbod in artikel 22, eerste lid, om alleen op basis van dergelijke geautomatiseerde verwerkingen besluiten te nemen, is te voorkomen dat de negatieve kenmerken van een bepaalde groep worden tagengeworpen aan een individu, die deze kenmerken hebben al niet heeft te hebben. De

zorgvuldigheid vereist in de regel dat geen besluit wordt genomen en zonder menelijke tussenkomst.¹¹⁷

Artikel 22, tweede lid, AVG bevat een aantal gronden op basis waarvan mag worden afgezien van het verbod van het eerste lid. Zo kan op grond van een illudatatoethelijke bepaling die voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene, een uitzondering worden gecreeerd. Artikel 37 Uitvoeringswet stelt deze mogelijkheid in door een algemene uitzondering te regelen voor het verhanden geautomatiseerde besluitvorming anders dan op basis van profilering. Op de uitzondering kan een beroep worden gedaan indien dat noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingoverantwoordelijke rust of voor de vervulling van een taak van algemeen belang.¹¹⁸ Grosso modo wordt daarmee de bestaande afwijkingen oegelijkheid van artikel 42 Wb gecontinueerd.

De reden voor deze afwijking is bijzondere toezichting gelagen in het feit dat er volgens de regering niet in alle gevallen van geautomatiseerde besluitvorming sprake is van het toegenomen van genoziole komraken aan een persoon, of van verwerkingen van persoonsgegevens die risicoval zijn in het licht van potentiële daarmee inalle. Indien er sprake is van geautomatiseerde individuele besluitvorming op basis van strikt individuele kenmerken, bijvoorbeeld bij gebonden besluitvorming in het kader van het toekennen van bepaalde toelagen, is er geen reden om menelijke tussenkomst te vragen. Deze tussenkomst heeft in dat geval geen enkele toegevoegde waarde, aldus de toelichting. Bovendien geldt voor alle overheid besluiten, ook voor besluiten op basis van geautomatiseerde besluitvorming, dat de gebruikelijke bestuurrechtelijke rechtsbescherming openstaat.¹¹⁹

De Afdeling merkt over artikel 37 het volgende op.

b. Algemene grondslagtoewakend?

Aan artikel 37 Uitvoeringswet ligt de gedachte ten grondslag dat in veel gevallen waarin besluiten geautomatiseerd worden genomen zich niet de risico's voordoen waartegen artikel 22 AVG burgers behoort te beschermen. In bepaalde situaties is dat individueel. Algemeen aanvaard is bijvoorbeeld dat in geval van overneming van de maatschappelijkheid automatische boetes wordt opgelegd. De vraag is echter of oegelijkheid voorbeelden aan generieke uitzondering zoals nu wordt voorgesteld, rechtvaardigen. In een geautomatiseerd besluitvorming op proces gelast dat bepaalde persoonlijke omstandigheden doorgaans niet meegewogen zullen worden. De aan die besluitvorming inherente automaten kunnen onder omstandigheden leiden tot disproportionele gevolgen. De Afdeling wijst bijvoorbeeld op de automatische boetes voor omzeilde verkeersregels¹²⁰ en de om oegelijkheid die in dergelijke gevallen vaak leidt tot keulen en heroverwekingen (terug te draaien. In die gevallen kunnen geautomatiseerde besluiten, anders dan de regering lijkt te veronderstellen, onblijkelijk uitraken voor betrokkenen. Deze gevolgen kunnen niet worden gerechtvaardigd met het argument

¹¹⁷ Artikel 22 AVG is nuiter en biedt meer bescherming dan artikel 15 Richtlijn 95/46/EG. Zie toelichting, paragraaf 4.5.

¹¹⁸ Het kan dus afwijken van overwekingen die geprend zijn op de artikelen 6, tweede lid, onderdelen c en e, AVG.

¹¹⁹ Toelichting bij artikel 37.

¹²⁰ WRR-rapport Nieuw is raaggen doen (2017), paragraaf 6.5 en Nationale ombudsman. Gegeijeld door het systeem (2016), paragraaf 6.3.

dat bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Naar het oordeel van de Afdeling kan een redelijke en zorgvuldige besluitvorming niet afbreuk doen aan het recht van fiscaal inwoners te stellen van bezwaar of beroep.¹²¹

De vraag rijst daarom: of niet een genuanceerdere aanpak geboden is door per wettelijke regeling af te wijken op geautomatiseerde besluitvorming in de specifieke situatie gerechtvaardigd is. Dit lijkt ook door artikel 22, tweede lid, onderdeel b, AVG te zijn bevestigd. Deze bepaling regelt dat een afwijking alleen in situaties van () lid 1 is toegestaan. Het is de bedoeling dat de afwijking alleen in situaties van () lid 1 is toegestaan. Het is de bedoeling dat de afwijking alleen in situaties van () lid 1 is toegestaan. Het is de bedoeling dat de afwijking alleen in situaties van () lid 1 is toegestaan.

De Afdeling adviseert nadere te overwegen waarom en niet voor gekozen is voor specifieke uitzonderingen op het verbod op geautomatiseerde besluitvorming, waar dat noodzakelijk is, op te nemen in sectorale wetgeving.

6. 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 waarvan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

b. Algemene grondslagtoewerking

Om toezicht te komen aan de kritiek van de Afdeling adviseert 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, zoals ook artikel 45 Uitvoeringswet (waaronder 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 verwerking verantwoordelijken 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 te weten, hebben geborgd. Deze waarborgen zijn onderdeel van het kader van de verwerking van artikel 22, tweede 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).

¹²¹ Dat alleen het bieden van de gebruikelijke rechtsbescherming voldoende waarborgen biedt, kan ook worden afgeleid uit overweging 71 bij de AVG, die het volgende vermeldt: „In ieder geval moeten voor dergelijke verwerking passende waarborgen worden geboden, waaronder specifieke informatie aan de betrokkene over het recht op menselijke tussenkomst, om zijn standpunt kenbaar te maken, om uitdrukkelijk over de aan de dergelijke beoordeling gebonden besluit te krijgen en om het besluit aan te te weten.“

Voor zover het gaat om besluitvorming door een bestuursorgaan dan gelden uiteraard de gebruikelijke en zeer vergelijkbare bestuurrechtelijke wettelijke regels. Zoals reeds aangegeven in de AVG, waar onder het zorgvuldigheid- en evenredigheidsbeginsel, en kan betrouwen zij het oordeel, ook alrijds tegen een besluit ook komen. 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 heeft daar geen sprake van te zijn. De zorgvuldigheid en de redelijkheid van de besluitvorming is bij geautomatiseerde besluitvorming eveneens afhankelijk van de inrichting van het proces en de regels die ten grondslag liggen aan het nemen van het bes (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 onbetonden werden. Zonder iets te willen afdoen aan de onmisbaarheid van de door de Afdeling advisering gemonitordde situaties, is het van belang te constateren dat de oorzaken hiervan echter niet (per se) lag bij het geautomatiseerde karakter van de besluitvorming, ook besta medewerkers kunnen zodanig gebonden zijn aan wijziging en beleidregels 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 AVG en ontstaat een bestuursorgaan dan ook geen risico van de pleit 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(ram)voorziening te treffen voor onvoorziene gevallen waarin menselijke tussenkomst noodzakelijk toek nodig blijkt om de disproportionele gevolgen waar de Afdeling advisering op doelt te voorkomen. Het reikt door de minister raad voor de rijkszoverheid vastgestelde model gegevensbescherming effectbeoordeling¹² 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 routinematige geautomatiseerde besluitvorming immers niet is gebaseerd op objectief vastgestelde criteria maar op statistische patronen en profielen dan is het onmogelijk om in een algemeen wettelijke regeling als die onderhavige het besluitvormingsproces zodanig zorgvuldig in te richten dat de menselijke tussenkomst kan worden gemist.

In het feit dat een verantwoordelijke alleen een beroep kan doen op deze uitsluiting als zij noodzakelijk is om te voldoen aan een specifiek 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 mede in te samen op de waarborgen die in de systematiek van de AVG zelf liggen besloten.

Dat de formulering van artikel 22, tweede lid, onderdeel h, AVG ruikt op de noodzaak om voor alle daarin bedoelde vormen van geautomatiseerde besluitvorming te voorzien in een specifiek wettelijke grondslag, onder-

¹² Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 490.

schrijven 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 toekomstige wetgeving de besluitvorming op basis van profilering mogelijk zou willen maken. Bij het nadenken over de wijze waarop in de toekomst wetten die 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 nog daadwerkelijk gebruik zal worden gemaakt van geautomatiseerde besluitvorming en dit nu 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.

5. Beperkingen

Een cruciale bepaling in de AVG is artikel 23. Op grond van het eerste lid van dit artikel zijn beperkingen mogelijk op de in het artikel genoemde beginselen en rechten van de betrokkene indien dit noodzakelijk is om et het oog op de daarin genoemde algemene belangen. Deze bepalingen moeten zijn vastgelegd in Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepalingen. Het artikel is een voorzetting van artikel 13 Richtlijn 95/46/EG. Nieuw ten opzichte van Richtlijn 95/46/EG is echter artikel 23, tweede lid, AVG. Hierin wordt bepaald dat de in het eerste lid bedoelde wettelijke maatregelen om et name specifieke bepalingen moeten bevatten met betrekking tot ten eerste de in dat lid opgevoerde onderwerpen. Artikel 23 AVG is als gevolg hiervan complexer dan het huidige artikel 13 Richtlijn 95/46/EG. De regering wil terecht op dat artikel 23, tweede lid, wijst te indienen dat op voorhand in specifieke wettelijke voorschriften nauwkeurig grenzen te stellen zijn waarin de in het eerste lid slechts in algemene termen benoemde gevallen zich voordoen. Hierin te is een zekere spanning tussen beide artikelen gegeven, aldus de toelichting.¹¹³

Ten uitvoering van artikel 23 AVG is in het voorgestelde artikel 39 Uitvoeringswet in lijn met het huidige artikel 43 Wbp, een algemene bepaling opgenomen op grond waarvan de verwerking van vertrouwelijke zelf een belangensafweging moet maken. De beoordeling of een beperking noodzakelijk is als bedoeld in artikel 23, eerste lid, AVG wordt daarmee geschoold aan de verwerking van vertrouwelijke gegevens. De toelichting wijst er terecht op dat kennelijk voor de in artikel 23, eerste lid, AVG genoemde belangen is dat in hoge mate onvoorziebaar is wanneer zij moeten leiden tot een beperking van de rechten van betrokkenen. De regering heeft ervoor gekozen de specifieke vereisten die artikel 23, tweede lid, AVG stelt, niet nader te regelen in specifieke wettelijke voorschriften maar deze vereisten via het voorgestelde artikel 38, tweede lid, Uitvoeringswet op te nemen als verplichte afwegingscriteria voor de verwerking van vertrouwelijke gegevens bij de toepassing van het eerste lid. Ook in dat opzicht wordt aangesloten bij artikel 43 van de Wbp.¹¹⁴

In het licht van het bovenstaande acht de Afdeling de in artikel 38 Uitvoeringswet gemaakte keuze in de toelichting toerekenend gemotiveerd. Daarbij is van belang dat in de toelichting wordt onderstreept dat op grond van deze bepaling, evenals onder het huidige artikel 43 Wbp, een

¹¹³ Toelichting, paragraaf 4.8.

¹¹⁴ Zie het nu, anders dan onder de werking van de Wbp, expliciet wordt voorgeschreven met welke criteria de verwerking van vertrouwelijke gegevens moet worden afgewogen.

strikte noodzakelijkheids criterium' geldt.¹²⁴ Dit impliceert dat artikel 20 alleen een mogelijkheid biedt om in individuele zaken van de in de AVG geregelde rechten en begrepen af te wijken. Een uitzonderlijke beperking van de rechten van de betrokkene kan, wanneer dit noodzakelijk is in een democratische samenleving, eventueel in sector specifieke wetgeving worden opgenomen, zo stelt de toelichting. Daarnaast is de toelichting voldoende duidelijk artikel 39 geen grondslag biedt voor structurele, categorische beperkingen.

De toelichting maakt naar het oordeel van de Afdeling echter niet duidelijk waarom de beperking van mogelijkheden van artikel 38 moet zien op alle in artikel 23, eerste lid, genoemde artikelen van de AVG. In het bijzonder waar het de mogelijkheden tot beperking van de uit artikel 22 AVG voortvloeiende rechten en verplichtingen betreft, is deze onvoldoende gemotiveerd. Geautomatiseerde besluitvorming, zeker als deze is gebaseerd op profilering, kan ingrijpende gevolgen hebben voor betrokkenen. Een geautomatiseerd besluit verdraagt zich bovendien slecht met de vereisten individuele afweging zijn. Van de uitvoering van een dergelijke wordt gevergd bij de beperking van rechten en verplichtingen op grond van artikel 38 Uitvoeringswet.

De Afdeling adviseert de verwijzing naar artikel 22 AVG uit artikel 38 Uitvoeringswet te schrappen.

5. Beperkingen

Het is verheugend te constateren dat de Afdeling advisering de gemaakte keuze in artikel 38 Uitvoeringswet (thans artikel 41) onderbouwt en ook toetskend gemotiveerd heeft. Ook in de artikelsgewijze toelichting is nogmaals onderstreept dat het strikte noodzakelijkheids criterium zoals dat nageleefd op grond van artikel 43 Wb overnoot 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 heracht 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 die artikel mogelijk.

10. Overige opmerkingen

a. Bevoegdheden geven voortgaande bindende aanwijzing

Op grond van de huidige Wbp is de Autoriteit verplicht om voortgaand een de volging van een besluiselijke boete te reanalisatie te geven. De achtergrond hiervan is dat vanwege de onbepaaldheid van de norm stelling in de Wbp verantwoordelijke niet altijd zullen en hoeven te weten dat zij in overbreiding zijn. Daarom is in het o.g.p. de waarborging van behoorlijke bezuurs in de wet bepaald dat de Autoriteit bij een vernieuwde van overbreiding niet moet althuis een bestuurlijke boete kan opleggen maar eerst door middel van een aanwijzing en niet aangeven welke gedraging op grond van de Wbp van de

¹²⁴ Dit strookt met de beratering van het HvJEU. Zie HvJEU 5 oktober 2015, Schrems, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, punt 50; HvJEU 5 april 2014, Digital Rights Ireland e.o., C-293/12 en C-594/13, ECLI:EU:C:2014:238, punt 52.

verantwoordelijke wordt verwacht. Daarbij kan de Autoriteit een term in stellen waarin de aanwijzing moet worden opgevolgd.¹²⁵

In de Uitvoeringswet leest deze verplichting niet terug. In de AVG is wel de beveiliging opgenomen en voor de Autoriteit om te garanderen dat de verwerking in overeenstemming wordt gebracht met de AVG.¹²⁷ Onder die last zou ook een bindende aanwijzing verstaan kunnen worden die zo nodig aan de oplegging van een bestuurlijke boete vooraf kan gaan. Verschil is wel dat het op grond van de AVG niet langer verplicht is eerst een aanwijzing te geven.

De regering gaat hierop in de toelichting niet in. Daarmee blijft de vraag onbeantwoord of de AVG ruim te breed voor handhaving van de bestaande verplichting. De Autoriteit gaat er bij zijn haar advies van uit dat het geen de systematiek van de artikelen 82 en 58, tweede lid, van de AVG, in aanmerking genomen, niet het geval is.¹²⁸ De Afdeling wijst echter op artikel 53, eerste lid, AVG, waarin is bepaald dat de uitoefening door de toezichthoudende autoriteit van de bestuurlijke bevoegdheid onderworpen is aan passende procedurele waarborgen overeenkomstig het 'Unierecht' en het lidstatelijk recht. De verplichte bindende aanwijzing voorafgaand aan de oplegging van een boete zou als een dergelijke procedurele waarborg gezien kunnen worden.

De Afdeling adviseert toereikende maatregelen waarom voor de verplichte voorafgaande bindende aanwijzing voor boeteplegging binnen de systematiek van de AVG geen ruimte is. Indien een dergelijke maatwering niet mogelijk is, adviseert zij de verplichting in de Uitvoeringswet op te nemen.

b. Beroepen mogelijkheden van de Autoriteit tegen besluiten van het Comité

De overwegingen bij de AVG wijzen op de mogelijkheid dat iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon het recht heeft om bij het Hof van Justitie een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen een besluit van het Comité, op grond van artikel 263 van het VWEU.¹²⁹ Wanneer de besluiten van het Comité een verwerkingswants oordeelkundig en klager rechtstreeks en individueel raken, kunnen deze besluiten een beroep tot nietigverklaring van deze besluiten inlossen binnen twee maanden vanaf de publicatie ervan op de website van het Comité. Er wordt ook vermeld dat de betrokken toezichthoudende autoriteiten de venzien op te komen tegen deze besluiten, binnen twee maanden na kennisgeving ervan, beroep kunnen instellen.

In haar consultatiereactie geeft de Autoriteit aan dat voor haar in de Uitvoeringswet geen rechtspersoonlijkheid is voorzien, zodat zij niet in de categorieën natuurlijke en rechtspersonen van artikel 263 valt. In reactie op deze consultatieopmerking heeft de regering voorgehouden om een verwijzing naar de rechter te verplaatsen van de Wet naar de toelichting van het arrest Sokreiss.¹³⁰ Dat ziet echter op een andere categorie van besluiten en een andere context. De enkele verwijzing in de toelichting

¹²⁵ Artikel 60, derde lid, Wv. De Voorzitter van de Raad van State, Kamerstukken II 2011/12, 22 701, nr. 32. Het 38 en het advies van de Afdeling advisering van 19 februari 2014, inzake de nota van wijziging bij de Wet mededeling dat statuten en uitbreiding bestuurlijke bevoegdigheden Opz. Kamerstukken II 2014/15, 33 962 nr. 10, punt 4.

¹²⁶ Artikel 58, tweede lid, onderdeel a, AVG. De bepaling maakt aangegeven geen onderdeel uit van de verkie van de AVG waarvoor de Afdeling voorlichting heeft uitgegeeft.

¹²⁷ Punt 15 van het advies van de Autoriteit.

¹²⁸ Overweging 162.

¹²⁹ Toelichting, paragraaf 5.5.2, onder 1.

naar het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel dat de in plan entatie van het Schrem s-arrest regelt, is derhalve niet toerekenend.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaandemader in te gaan.

c. Benoeming en ontslag leden Autoriteit

Op grond van de Uitvoeringswet worden de voorzitter en de leden van de Autoriteit bij koninklijk besluit, op voordracht van de Minister, benoemd.¹¹⁷ Daarbij is bepaald dat leden op eigen verzoek door de Minister worden ontslagen.¹¹⁸ In het voorstel is dit niet geregeld voor de voorzitter, anders dan in het bestaande artikel 53, derde lid, Wvoo. Zonder nadere toelichting is niet duidelijk waarom deze mogelijkheid niet voor de voorzitter is opgenomen. De Afdeling adviseert dit nader toe te lichten en zo nodig het voorstel aan te passen.

d. Aanvullende taken van de Autoriteit

Naast de taken die uit de verordening voortvloeien, mogen op grond van de verordening ook andere taken worden toegelend.¹¹⁹ Artikel 6, derde lid, van de Uitvoeringswet geeft daarvoor een basis. In de artikelgewijze toelichting wordt niet gemeld dat het nog op welke situaties deze bepaling is opgenomen. In het algemeen deel van de toelichting staat dat in artikel 6, derde lid, de Autoriteit expliciet is aangewezen voor het toezicht op de toepassing van de Richtlijn gegevensbescherming op reporting en vervolging.¹²⁰ Dit staat echter niet als zodanig in de bepaling. Bovendien zal dat naam ag worden aangenomen en bij de wet in plan entatie van de richtlijn worden bepaald.

De Afdeling adviseert artikel 6, derde lid, nader toe te lichten en zo nodig de bepaling aan te passen.

e. Rol van de adviseer en de rol van de wetgeving in relatie van

De AVG bepaalt dat de lidstaten de toezichthoudende autoriteit raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgeving om zelf te regelen, of een daarop gebaseerde regelgevingen zelf te regelen in verband met de verwerking.¹²¹

In de Uitvoeringswet is een bepaling opgenomen die regelt dat de Autoriteit om advies wordt gevraagd over voorstellen van wet en onderdelen van wet en de zelfregelen van bestuur die geheel of voor een belangrijk deel betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens.¹²²

Nu de verplichting ten aanzien van het raadplegen van de Autoriteit bij deze voorstellen tot regelgeving reeds in de AVG is opgenomen, is er geen reden te zien om in de Uitvoeringswet te bepalen. De Afdeling adviseert deze bepaling te schrappen.

¹¹⁷ Artikel 7, derde lid, van de Uitvoeringswet.

¹¹⁸ Artikel 7, vijfde lid, van de Uitvoeringswet.

¹¹⁹ Overweging 129.

¹²⁰ Paragraaf 3.1.1.

¹²¹ Artikel 36, vierde lid, van de AVG.

¹²² Artikel 6 van de Uitvoeringswet.

f. Definitie «bijzondere persoonsgegevens»

De definitie van «bijzondere persoonsgegevens» in de Uitvoeringswet wijkt af van die in de AVG, in de Uitvoeringswet worden onder «bijzondere persoonsgegevens» tevens aanpak erik persoonsgegevens betreffen de strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten.¹¹⁷ De AVG heeft echter persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten niet onder de «bijzondere categorieën» van persoonsgegevens van artikel 9 gebracht, maar in een aparte bepaling (artikel 10 AVG).¹¹⁸

De verschil in definities leidt tot afwijkingen in de uitsluitingsbepalingen van de artikelen 23 en 24 van de Uitvoeringswet tot onduidelijkheden. In die artikelen wordt gesproken van de «bijzondere persoonsgegevens», dus volgens de definitie van de Uitvoeringswet inclusief persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten. Echter, in die artikelen wordt vervolgens alleen verwezen naar de uitsluitingsgronden van artikel 9 AVG. Onduidelijk is dus ook of de persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten onder die uitsluitingen vallen.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling om de definitie van «bijzondere persoonsgegevens» in de Uitvoeringswet aan te laten sluiten bij de definitie in de AVG.

10. Overige opmerkingen

a. Doelbevoegdheden: geen voorafgaande bindende aanwijzing

Op grond van de huidige Wbp is de Autoriteit persoonsgegevens verplicht om voorafgaand aan de opheffing van een bestuurlijke boete de verantwoordelijke een bindende aanwijzing te geven (behalve indien er sprake is van opspoor- of van ernstig van misdrijven). Deze verplichting levert niet leeg in de Uitvoeringswet. De Afdeling adviseert toetsend te motiveren waarom voor de verplichte voorafgaande bindende aanwijzing voor boeteopheffing binnen de systematiek van de AVG geen ruimte is.

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 59 AVG. Naar ons oordeel bieden de artikelen 58 en 59, 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 (mede) beletten van een andere zwaaiende 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 verzamelen van de gegevens tot uitvoering van zijn taken uit te sluiten van de AVG in te tellen (artikel 50, tweede lid, sub c) of om veran-

¹¹⁷ Artikel 1, eerste lid, Uitvoeringswet.

¹¹⁸ Artikel 8, eerste lid, van de AVG neemt de persoonsgegevens die vallen onder «bijzondere categorieën persoonsgegevens». Daaronder vallen niet persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten. Deze gegevens zijn in een apart artikel (artikel 10 AVG) ondergebracht.

kingen binnen een bepaalde termijn in overeenstemming te brengen met de bepalingen van de AVG (artikel 58, tweede lid, sub d). Artikel 83, sublid 1 d, 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 eveneens 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 gevergd om helderheid te verschaffen over hetgeen van de onderdaan wordt verwacht. Het is niet verwachten dat de specifieke geval vooraf het opleggen van een puntelike sanctie aan de onderdaan. Het is te oordelen dat aan puntelike boeten dan als het in de weg. Als het voor een rechtspraak van de rechterlijke in nadeligheid 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 verzoeker geen voldoende kennis heeft van het recht of grove nalatigheid 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. Beroep op gelijkheid van de Autoriteit tegen besluiten van het Comité

Op grond van artikel 85 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 handhavingssancties met betrekking tot de toezichtende aspecten of over de voorgenomen handhavingssancties. Aangezien deze geschillenrechtelijk 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 verzoeken van verzoeken, maar ook voor betrokkenen, maar uitdrukkelijk ook voor toezichthoudende autoriteiten. Overweging 142 van de AVG roept in herinnering dat de Europese wetgever daar bewust voor heeft gekozen. Daaruit volgt voort dat deze wetgever bevoegd de Autoriteit persoonsgegevens het recht toe te kennen om een dergelijk vernietigingsberoep tegen een besluit van het Comité in te stellen.

De intentie van de Europese wetgever neemt echter niet weg dat een vernietigingsberoep wel moet voldoen aan de onderaankendheden die artikel 263 VWEU stelt. Het primaire EU-recht prevalueert immers. In dat verband is de vraag gerozen 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 een lijst stelt die bevoegdheid heeft om de wettigheid van handelingen van de organen of instanties van de Unie waarmede rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd door het Gerecht te laten nagaan. De lijst laat Nederland in dankte dus slechts bevoegd. De Autoriteit persoonsgegevens kan in de context van het vernietigingsberoep niet zonder meer worden vereenzelvigd met de lijst van Nederland. De Autoriteit persoonsgegevens is ingevolge artikel 51 AVG een zelfstandig bestuursorgaan met eigen taken en bevoegdheden en meren onafhankelijke positie. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU blijkt voldoende duidelijk dat listelaten, vertegenwoordigd door hun regeringen, een van andere instanties van de lijst onderscheiden.

verantwoordelijkheid hebben.¹²² 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 welken onafhankelijk moet zijn¹²³ 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 aan de Autoriteit persoonsgegevens een verschillende opvatting over een bepaalde aangelegenheid kunnen hebben. Een procesbevoegdheid van de Autoriteit persoonsgegevens kan dan ook moeilijk op artikel 253, tweede alinea, VWEU worden gebaseerd.

Artikel 253, vierde alinea, VWEU kent het vernietigingsberoep toe aan natuurlijke en rechtspersoneel tegen, onder meer, handelingen die tot hem zijn gericht of die hem rechtstreeks en individueel raken. Het is duidelijk dat de Autoriteit persoonsgegevens geen natuurlijk persoon is. Het is vervolgens de vraag of de Autoriteit persoonsgegevens kan worden aangemerkt als rechtspersoon in de zin van genoemde bepaling. Die vraag kan aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU nader worden beantwoord. In beginsel, bepaalt het nationale recht of de applicant rechtspersoonlijkheid heeft.¹²⁴ 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 onvankelijk geacht van territoriaal gedecentraliseerde lichamen waarvan de onafhankelijkheid, vasteland of daarenteen krachtens lokaal recht rechtspersoonlijkheid betwist kan.¹²⁵ Dat betoef onder meer het toenmalige land in het Koninkrijk de Nederlanden-Antillen, waarop de regels van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek inzake rechtspersoonlijkheid niet van toepassing waren. Terwijl die rechtspersoonlijkheid ook het geldend was in enig gebiedlijk voorschrift van Nederlandse-Antilliaans recht.¹²⁶ De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat uit de jurisprudentie voortvloeit dat rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 253, vierde alinea, VWEU een territoriale Europeesrechtelijke betekenis heeft gegeven en niet zonder meer te vereenzelvigen is met rechtspersoonlijkheid in het nationale recht.¹²⁷ Gelet op de duidelijke bedoeling van de Europese wetgever om ook bijzondere vernietigingsberoepen besluiten van het Comité toe te kennen, behoeft het weinig twijfel dat het Gerecht niet zal overgaan tot niet-onvankelijkheidsverklaring van een vernietigingsberoep van de Autoriteit persoonsgegevens op de ankele grond dat de Autoriteit persoonsgegevens niet zou voldoen aan het criterium rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 253, vierde alinea, VWEU. Er is dan ook in deze omstandigheid geen reden gelegen aan de Autoriteit persoonsgegevens rechtspersoonlijkheid toe te kennen.

¹²² HvJ EU 1 oktober 1997, C-80/97, *Regione Toscana/Commissie*, r.o. 6 en 8.

¹²³ HvJ EU 8 maart 2010, C-51/09, *Onisser/Duitsland*, r.o. 23; HvJ EU 10 oktober 2010, C-84/10, *Commissie/Griekenland*, r.o. 52; HvJ EU 8 april 2014, C-268/12, *Commissie/Hongarije*, r.o. 55.

¹²⁴ HvJ 20 maart 1998, C-18/97, *Nold/Bode Autoriteit*, paragraaf 4; HvJ EU 27 november 1994, C-304/93, *Bescher/Commission*, r.o. 7.

¹²⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 2 mei 2006, C-417/04, *Regione Siciliana/Commissie*, r.o. 24.

¹²⁶ HvJ EU 22 november 2001, C-42/98, *Nederlandse Antillen/Raad*, r.o. 50 en.

¹²⁷ Zie in dit verband: K. Lenaerts, L. Maréchal, K. Giesen, *EU Procedural Law*, Oxford 2014, pp. 313-314.

e. Benoeming en ontslag leden Autoriteit

De voorzitter van de Autoriteit persoonsgegevens is 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 eerste lid. Ook artikel 8 is hier toe aangepast.

f. 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 inzage en de toelichting van de Rijksoverheid is de oprichting en vervolging van de Autoriteit persoonsgegevens inderdaad worden belast met het toezicht op de toepassing van de richtlijn.

g. Relevante adviesbevoegdheid bij wetgeving in Rijksoverheid

Het advies van de Afdeling advisering is overgenomen met het schrappen van het artikel 16 Uitvoeringswet zoals dat aan de Afdeling advisering was voorgedragen.

h. Definitie «bijzondere persoonsgegevens»

Erik 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 worden 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.

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.

i. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage

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 hier toe 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 4:18 van de Algemene wet bestuursrecht, een vijfde lid aan artikel 4 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 nalaten van op de Autoriteit Persoonsgegevens rustende verplichtingen op grond van de artikelen 60 lid 1 en met 60 van de AVG. Hierbij is een uitzondering gesloten.

- 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 omstandigheden te nemen dat er niemand bevoegd is om de voorzitter van de Autoriteit persoonsgegevens een waarschuwing te geven in de zin van artikel 40c van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.
- Het tweede lid van artikel 11 is bij nader inzien geschrapt. Aangezien de oem des zoos opgenomen in artikel 4 van de AVG rechtstreekse werking hebben vanaf 25 mei 2018, op een heel minne 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 16.48 van de Awb, dat het hoekmaximum in 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 Kadervet 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 bevestigd dat de versleuteldingsprocedures zoals die met het wetsvoorstel tot wijziging van de Wvop naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 6 oktober 2015 (C-362/14) inzake de Veiligheidsbeginselen¹¹³ in artikel 78a van de Wvop 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 behandelend 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 8:2 aanhef en onderdeel b juncto artikel 8:12 Awb).
- Er is een onregelmatigheid ingevoegd in nieuw artikel 21 om te voldoen aan de opdracht op grond van artikel 13, eerste lid, AVG dat de lidstaat ervoor zorgt dat certificeringsorganen worden gecorrelateerd door ofwel de Autoriteit persoonsgegevens ofwel door de Raad voor Accreditatie ofwel door hun beide.
- Bij nader inzien was het van toepassing versluisen van artikel 25 Awb niet nodig omdat de AVG reeds voorziet in een beboetbare meldingsverplichting met dezelfde reikwijdte (artikelen 68, eerste lid, onderdeel c, en 83, vijfde lid onderdeel a, AVG).

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer en de Staten-Generaal, nadat het het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De waarnemende vice-president van de Raad van State,
S.F.M. Wouterse

Ik moge U, mede namens mijn ambtgenoot van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en

¹¹³ Kamerstukken II 2017/18, 34.005, nr. 1-3

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,
C. Dekker

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. WC03.17.0166.III

- In het voorgestelde artikel 7, zesde lid, de passage «artikel 12 van de Kadervet is niet van toepassing» verplaatst naar een zelfstandig derde lid, om te verduidelijken dat dit ook op de benoeming ziet.
- In de artikelsgewijze toelichting bij artikel 10, ingaan op de wijziging ten opzichte van artikel 50 van de Wvop dat niet langer de Minister maar de Autoriteit de ambtenaren van het secretariaat aanstelt.
- Paragraaf 3.1. Bijzondere persoonsgegevens, waar in diverse artikelen wordt gesproken van «het verbod om gegevens over (...) te verwerken», expliciet verwijzen naar het verbod van artikel 9, eerste lid, van de AVG.
- In artikel 22, eerste lid, per onderdeel verwijzen naar de betreffende uitzonderingsgrond van artikel 9, tweede lid, AVG, zodat per onderdeel duidelijk is van welke uitzonderingsgrond van artikel 9 AVG (tweede lid, onder b, g of h) een nationale invulling is bedoeld.
- Artikel 25, Al. 1 en 2, formuleren:
- Het verbod om biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon te verzamelen bedoeld in artikel 9, eerste lid, van de verordening, is om redenen van zwaarwegend algemeen belang als bedoeld in artikel 9, tweede lid, onderdeel g, van de verordening, niet van toepassing voor zover dit noodzakelijk is voor authenticatie en beveiligingsdoelenden.
- In artikel 26, vijfde lid, de woorden «tweede tot en met vierde lid» vervangen door: eerste lid, onderdelen f en g, en het tweede tot en met het vierde lid.
- Artikel 30, eerste lid, onderdeel c uit het eerste lid schrappen en in een apart lid (nieuw tweede lid) onderbrengen onder verduimring van het tweede lid tot het derde lid.
- Het nieuwe tweede lid kan als volgt luiden:
2. Het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken bedoeld in artikel 9, eerste lid, van de verordening, is niet van toepassing als de verzameling noodzakelijk is om redenen van zwaarwegend algemeen belang als bedoeld in artikel 9, tweede lid, onderdeel g, van de verordening, en de Autoriteit onthefing heeft verleend. De Autoriteit kan bij de verlening van onthefing beperkingen voorschrijven opleggen.

De implementatietafel in paragraaf 6 van de toelichting aanvullen. Deze is op sommige onderdelen onvolledig, verwijst soms naar de verkeerde artikelen en in andere gevallen zeer algemeen naar sectorale wetgeving.

Bijlage bij punt 7 over bijzondere persoonsgegevens

Overzicht bijzondere persoonsgegevens en strafrechtelijke gegevens

AVG	Actief AVG	Wetwet KI*	Uitsluitingspunt
Verbalisering bijlage gegevens	Art. 6, lid 1	RT	—
Uitz. uitsluitende toezichting RV	Art. 9, lid 2, onder a	RT	—
Uitz. arbeidsrecht, sociale zekerheidsrecht	Art. 9, lid 2, onder b	Niet RT	Art. 23, lid 1, onder f
Uitz. bestemming voor betaling	Art. 9, lid 2, onder c	RT	—
Uitz. stichting/vereniging (politiek/vervalscheurder) (uvalloos)	Art. 9, lid 2, onder d	RT	—
Uitz. gegevens door buitenlandse rechtshandelaar	Artikel 9, lid 2, onder e	RT	—
Uitz. uitwerking richtlijn/verwerking door gemeenten	Art. 9, lid 2, onder f	RT	—
Uitz. gezondheidszorg, sociale diensten, arbeidsomstandigheden	Art. 9, lid 2, onder h	Niet RT	Art. 23, lid 1, onder a en b
Uitz. alg. belang volksgezondheid	Art. 9, lid 2, onder i	Niet RT	— geen gebruik vanwege beleidsredenen
Uitz. wetenschappelijk, statistische coördinatie, archivering	Art. 9, lid 2, onder j	Niet RT	Art. 28
Uitz. zwaarwegend algemeen belang	Art. 9, lid 2, onder g	Niet KI	Art. 22 (administratieve akten) Art. 23, lid 1, onder c, d, e (geen belang) Art. 24 (persoonlijke gegevens) Art. 25 (biometrische gegevens) Art. 26 (religieuze overtuiging) Art. 27 (politieke overtuiging) Art. 28, lid 1, onder b (uitsluitend verwerking door AP of andere instantie) Art. 29, lid 1, onder c: verwerking van zwaarwegend algemeen belang
* RTrecht is ook uitsluitende bepaling van de AVG.			
Strafrechtelijke verzoeken en strafbare feiten	Art. 10	Niet RT	Art. 28