

## Commentaar bij Artikel 16 Uitvoeringswet AVG

Mr. S.H. Katus CIPM\*

Driebergen, 17 december 2016

Dit commentaar vervangt mijn eerder ingestuurde versie.

**De Algemene Verordening Gegevensbescherming voorziet in een stelsel van gelaagd toezicht waarbij de Autoriteit Persoonsgegevens de toepassing van de AVG monitort, terwijl FG's – meest dicht bij het vuur – toezicht houden op de naleving van de AVG. Soepel samenspel tussen de AP en FG's is randvoorwaardelijk voor succesvolle handhaving van de AVG. De AP en FG's zijn complementair en hebben elkaar nodig in de steeds complexer wordende datamaatschappij.**

**In artikel 16 AVG van het wetsontwerp Uitvoeringswet AVG dreigt dit stelsel teniet te worden gedaan door de rollen en verantwoordelijkheden van de AP en FG's door elkaar te halen. Daarmee scheidt artikel 16 verarring en ondergraaft het artikel de positie van de FG.**

- 1. Artikel 16 dient met artikel 51 in overeenstemming te worden gebracht – al was het maar omdat Nederland bestuurlijk niet de ruimte heeft om van een EU-verordening af te wijken.**
- 2. Het is raadzaam om in de Uitvoeringswet AVG meteen het kader te verduidelijken voor het samenspel tussen de AP en FG's. Dit kan eenvoudig door terug te grijpen op de wetgevingsafspraken bij de totstandkoming van de Wet Bescherming Persoonsgegevens in de periode 1996-2000. De Nederlandse wetgever werd toen geconfronteerd met hetzelfde vraagstuk, wat leidde tot de formulering van de vijf uitgangspunten die hierna in herinnering worden gebracht.**

### Toelichting

#### Artikel 16 wetsontwerp Uitvoeringswet AVG

1. Met het toezicht op de naleving van de verordening en op de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig het bij en krachtens de wet bepaalde zijn belast de leden en buitengewone leden van de Autoriteit, de ambtenaren van het secretariaat van de Autoriteit, alsmede de bij besluit van de Autoriteit aangewezen personen. (...)

Artikel 16 Uitvoeringswet wijkt af van artikel 51 AVG, dat luidt:

#### Artikel 51 Algemene Verordening Gegevensbescherming

1. Elke lidstaat bepaalt dat één of meer onafhankelijke overheidsinstanties verantwoordelijk zijn voor het toezicht op de toepassing van deze verordening teneinde de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens te beschermen en het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Unie te vergemakkelijken („toezichthoudende autoriteit”).

De oorspronkelijke bewoording van de Europese wetgever luidt: 'monitoring the application of this Regulation'.

### Enkele vaststellingen

- In artikel 51 AVG staat niet 'toezicht op de naleving' zoals in artikel 16 Uitvoeringswet. Zie ook de taakstelling van toezichthoudende autoriteiten (TA's) in artikel 57 lid 1a: '[een TA] monitort en handhaaft de toepassing van deze verordening'.
- Artikel 51 stopt bij het toezicht op de toepassing van de AVG en breidt de taakstelling niet verder uit naar de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig het bij en krachtens de wet bepaalde.

---

\* Sergej Katus is partner bij Privacy Management Partners, Functionaris voor Gegevensbescherming en IAPP-gecertificeerd privacydeskundige. Hij was nauw betrokken bij de totstandkoming van de Wet Bescherming Persoonsgegevens namens de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties en adviseerde ook over de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Dit commentaar is geschreven op persoonlijke titel.

- Artikel 51 eindigt tenslotte met een opdracht (missieformulering) die in artikel 16 Uitvoeringswet nog ontbreekt: '[toezicht] teneinde de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens te beschermen en het vrije verkeer van persoonsgegevens (...) te vergemakkelijken.
- De taakstelling van artikel 16 lid 1 Uitvoeringswet komt evenwel vrijwel volledig overeen met de taakstelling in artikel 39 AVG:

#### Artikel 39 lid 1b AVG

*'toezien op naleving van deze verordening, van andere Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke gegevensbeschermingsbepalingen en van het beleid van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens (...).'*

- Alleen betreft artikel 39 AVG de taakstelling van de functionaris voor gegevensbescherming (FG), die in artikel 39 onder meer ook wordt belast met advisering over privacywetgeving en samenwerking met TA's.

#### **Oplossing**

De AVG is het resultaat van een zeer uitvoerig verlopen wetgevingsproces en de bewoording luistert nauw. Tenzij ik iets mis, laat de AVG de lidstaten niet de ruimte om van artikelen 39 en 51 AVG af te wijken of deze nader in te vullen. Als artikel 16 Uitvoeringswet daadwerkelijk zou worden ingevoerd, is dat niet alleen in strijd met het recht van de Europese Unie maar komt de AP evengoed niet de taakstelling toe die in artikel 16 wordt gesuggereerd omdat de AVG daarvoor niet de bevoegdheid schept (legaliteitsbeginsel). In de huidige bewoording schept artikel 16 verwarring over bevoegdheden en geeft aanleiding tot discussie (rechtsonzekerheid).

De oplossing is er eenvoudig in gelegen om artikel 16 aan te passen, door lid 1 weer te laten *matchen* met artikel 51 en ook de missieformulering aan artikel 16 toe te voegen. Dit laatste is wezenlijk om evenwichtige taakuitvoering door de AP te bevorderen: een TA is er niet alleen voor de bescherming van grondrechten maar ook om vrij dataverkeer te vergemakkelijken.

#### **Gelaagd toezicht AVG**

Het verschil in bewoording betekent dat de Europese wetgever in de AVG heeft voorzien in een gelaagd toezichtstelsel.

- Met de toezicht op naleving van de AVG en overige privacywetgeving door een organisatie, is de FG belast (1<sup>e</sup> lijn-toezicht).
- De AP houdt meer in algemene zin de toepassing van de verordening in de gaten, door vinger aan de pols te houden of de AVG in Nederland juist wordt toegepast (2<sup>e</sup> lijn-toezicht).

Hou hierbij in gedachten dat aan de FG hoge eisen worden gesteld. Artikel 37 lid 5 AVG geeft aan dat een FG dient te worden aangewezen op grond van zijn 'professionele kwaliteiten en, in het bijzonder, zijn deskundigheid op het gebied van de wetgeving en de praktijk inzake gegevensbescherming en zijn vermogen de in artikel 39 bedoelde taken te vervullen'. In de oorspronkelijke tekst wordt zelfs gesproken van *expert knowledge*, wat welbeschouwd de overtreffende trap is van 'deskundig'.

Merkwaardig is dat voor de medewerkers van de AP géén eisen worden gesteld – ook niet via de Uitvoeringswet. In de Uitvoeringswet wordt slechts de eis gesteld dat de voorzitter van de AP moet voldoen aan de bij of krachtens artikel 5 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren gestelde vereisten voor benoembaarheid tot rechter in een rechtbank. Maar daarmee haalt zelfs de voorzitter niet het kennis- en kwaliteitsniveau van een gekwalificeerde FG.

Zowel met het oog op soepele samenwerking in de situaties volgens artikel 39 lid 1d-e AVG als met het oog op het waarborgen van de kwaliteit van toezicht door de AP, is het wezenlijk dat de AP is

samengesteld uit professionals voor wie gelijkwaardige eisen gelden als gesteld in artikel 37 lid 5 AVG. Er mogen geen discussies tussen een FG en de AP kunnen ontstaan door verschil in kennis van de wet en de praktijk – of in ieder geval dient voor iedereen duidelijk te zijn dat de zienswijze op de naleving van de AVG door een FG wettelijk zwaarwegend is. Juiste toepassing van de AVG (en daar is de AP van) impliceert dat ook een TA in principe afgaat op de zienswijze van een FG en die zienswijze niet afvalt.

### **Vijf uitgangspunten voor soepel samenspel**

Welbeschouwd trekt de EU-wetgever, door in artikel 37-39 AVG de FG te belasten met het toezicht op de naleving van de AVG en overige privacywetgeving, het europees-bestuursrechtelijke subsidiariteitsbeginsel door tot op het niveau van een deskundige persoon die als toezichthouder ‘het dichtst bij het vuur zit’ en daardoor het beste in staat is om de situatie te beoordelen. Bestuurlijk is dat proportioneel omdat één landelijke toezichthouder te ver van de praktijk af staat (ivoren torenrisico) en per definitie niet bij machte is om effectief en consistent de naleving van de AVG te bewaken. Ook afgaand op de cijfers van het CBS, bestaat de Nederlandse datamaatschappij uit meer dan 1 miljoen informatieverwerkers (bedrijven, overheidsinstellingen, stichtingen, verenigingen). Daarnaast zijn er nog buitenlandse informatieverwerkers die onder de AVG vallen. Gecentraliseerd toezicht zonder netwerk van FG’s houdt automatisch willekeur in.

Bij de implementatie van richtlijn 95/46/EG (totstandkoming Wet Bescherming Persoonsgegevens) in de periode 1996-2000 kwam de Nederlandse wetgever tot vergelijkbare inzichten. Zo was ook toen al duidelijk dat er tussen, toen nog, de Registratiekamer en FG’s soepel samenspel nodig was. Wie de memorie van toelichting van de WBP erop naslaat, stuit weliswaar op het uitgangspunt dat de AP te allen tijde bevoegd is om op te treden, ongeacht de aanstelling van een FG.<sup>1</sup> Maar enkele alinea’s daarboven benadrukte de wetgever vooral dat de FG – vanwege zijn expertise en kennis van de situatie ter plekke – degene is die het ‘geëigende’ toezicht uitoefent.<sup>2</sup>

De vraag speelde of een FG dan ook een toezichthouder is in de zin van artikel 5.11 Algemene Wet Bestuursrecht. De minister beantwoordde die vraag toen nog met ‘nee’ omdat een FG onder de WBP facultatief was.<sup>3</sup> Nu de AVG in de gevallen die worden opgesomd in artikel 37 lid 1, wél tot aanwijzing van een FG verplicht, geldt logischerwijs dat zulke FG’s vanaf 25 mei 2018 toezichthouder zijn in de zin van artikel 5.11 AWB.

De beraadslagingen over soepel samenspel resulteerden uiteindelijk in de volgende vijf uitgangspunten:

1. De organisatie die geen FG aanstelt, valt onverkort onder het toezicht van de AP.<sup>4</sup>
2. Indien een FG is aangesteld, kan de AP zich beperken tot de toetsing of de FG niet disfunctioneert.<sup>5</sup>
3. Bij een disfunctionerende FG is de AP bevoegd om in te grijpen.<sup>6</sup>
4. De FG is de intermediair tussen een organisatie en de AP – hij is geen klokkenluider of verlengde arm van de AP.<sup>7</sup>
5. De FG heeft een eigen verantwoordelijkheid – zijn zienswijze kan afwijken van die van de AP. Mocht de AP toch besluiten tot handhaving, staat hiertegen bezwaar en beroep open.<sup>8</sup> Het is aan de rechter om de knoop door te hakken.

---

<sup>1</sup> Kst. 25892, nr. 3, p. 29 en 185

<sup>2</sup> Kst. 25892, nr. 3, p. 29

<sup>3</sup> Kst. 25892, nr. 3, p. 185

<sup>4</sup> TK 25892, nr. 11, p. 6

<sup>5</sup> Idem

<sup>6</sup> Idem

<sup>7</sup> Kst. 25892, nr. 3, p. 29, 185 en 25892, nr. 11, p. 6.

<sup>8</sup> Kst. 25892, nr. 13, p. 20.

## Tegengaan doublures

Momenteel is het helaas zo dat de AP zich niets aantrekt van de vijf uitgangspunten,<sup>9</sup> wat onder de AVG niet-naleving door een TA van artikel 39 lid 1e zou inhouden. Daar waar het FG-toezicht op de wettelijk voorgeschreven manier wordt ingevuld, is het zaak dat er geen dubbele toezicht-situaties ontstaan. Voor zowel organisaties als FG's is het om meerdere redenen van belang dat de AP afstand bewaart. Inmenging werkt verwarrend, ondergraaft de positie van de FG, leidt tot discussies, en zadelt informatieverwerkers vanwege hun medewerkingsplicht op met extra lasten (ze betalen nu de kosten van eigen handhaving conform hoofdstuk IV AVG én moeten middelen vrijmaken voor medewerking aan AP-verzoeken en juridische ondersteuning).

Zelfs al zou de aanleiding voor het instellen van onderzoek door de AP zijn dat er bij haar klachten of handhavingsverzoeken zijn ingediend, is er nog geen reden om daartoe over te gaan als de FG deze in behandeling wil nemen in het kader van soepel samenspel. Als FG heb ik goede ervaring met dit soort signalen van klachtenloketten – waarbij ik mijn bevindingen deel met zowel de indiener(s) als het klachtenloket. Zo'n gang van zaken spoort ook met de ombudsfunctie van de FG die besloten ligt in artikel 38 lid 4 AVG. Signalen van klachtenloketten vormen een goede aanleiding om de privacybeschermende maatregelen van de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker aan de praktijk te toetsen ('mini-audit'). In de gevallen dat klachten onterecht blijken, verdient ook dat verduidelijking.

## Toezicht onder de AVG

Bij soepel samenspel tussen FG's en de AP is er sprake van een gelaagd stelsel voor doeltreffend en doelmatig toezicht op de naleving van de AVG. De AP wordt in de Uitvoeringswet weliswaar ingesteld als toezichthoudende autoriteit, maar kan volgens artikel 51 *niet* worden belast met toezicht op de naleving van de verordening en andere privacywetgeving omdat artikel 51 de taakstelling aan een TA, afgezien van overige verantwoordelijkheden, limiteert tot toezicht op de toepassing en handhaving van de verordening. De taakstelling van artikel 16 Uitvoeringswet komt volgens artikel 39 AVG toe aan de FG.

Uit oogpunt van rechtszekerheid en juiste toepassing van de verordening, behoort het wetsontwerp Uitvoeringswet AVG dan ook verder te worden verbeterd. Hoofdstuk 2 Uitvoeringswet dient veel nadrukkelijker het samenspel tussen de AP en FG's te faciliteren. Gelukkig is het niet nodig om het wiel opnieuw uit te vinden. De Nederlandse wetgever heeft bij de totstandkoming van de WBP al prima nagedacht over soepel samenspel en een duidelijk kader gesteld.

Gegeven dit *acquis* onder richtlijn 95/46/EG, helpen voor een juiste toepassing de AVG de volgende drie criteria de AP om te toetsen of zij een toezichthoudende en zo nodig handhavende taak heeft:

- *Vaststellen dat er een FG is* – wat voor de AP eenvoudig is omdat organisaties hierover conform artikel 37 lid 7 AVG informatie verstrekken.
- *Vaststellen wat het toezicht van de FG omvat* – het is voor de AP gemakkelijk om bij de FG navraag doen welke verwerking van persoonsgegevens onder zijn/haar toezicht valt.
- *Vaststellen dat de FG AVG-conform functioneert* – wat al snel blijkt uit het contact dat de AP met de FG heeft en enige verdieping in zijn/haar cv.

---

<sup>9</sup> Een terugkerend probleem en naar aanleiding van een artikel 64 WBP-overlegverzoek in een concrete zaak, nu ook breder geagendeerd door NGFG, de beroepsvereniging van FG's.