

Ministerie van Veiligheid en Justitie

De heer K.H.D.M. Dijkhoff

Postbus 20301

2500 EH Den Haag

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

De heer R.H.A. Plasterk en de heer S.A. Blok

Postbus 20011

2500 EA Den Haag

Woerden, 19 januari 2017

Betreft : Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVg)

Kenmerk : IB/MiZ

Geachte staatssecretaris Dijkhoff, minister Blok en minister Plasterk,

Nederland ICT is verheugd over het feit dat het kabinet de ICT-sector de gelegenheid geeft om middels deze consultatie te reageren op de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVg). Eveneens heeft Nederland ICT begrip voor de beleidsneutrale insteek van het kabinet. Desalniettemin zijn er een aantal elementen waar ruimte gelaten is voor nationale invulling door de wetgever in Europa. Europese harmonisering blijft echter een belangrijk winst- en uitgangspunt voor Nederland ICT. Toch moeten we geen gelegenheid onbenut laten in een steeds digitaler wordende economie om onze wetgeving te verbeteren en actueler te maken. Vandaar toch enkele suggesties om punten aan te scherpen waar ruimte is voor nationale invulling.

ROL VERWERKER

Een belangrijk punt in de Algemene verordening gegevensbescherming (Avg) voor de achterban van Nederland ICT is de rol van de verwerker (voorheen bewerker genoemd).

Veel is al gezegd en geschreven over de wijzigingen hieromtrent. Wij willen deze gelegenheid aangrijpen om dit beeld te nuanceren. Vanuit de ICT-branche zien we dat ICT-bedrijven vaak

Postbus 401
3440 AK Woerden
Pompomolenlaan 7
3447 GK Woerden

T 0348 49 36 36
info@nederlandict.nl
www.nederlandict.nl

NL 53 ING B 0662590546
KvK 30174840

verwerker zijn en daarmee duidelijk een andere rol hebben dan de verwerkingsverantwoordelijke. De verwerkingsverantwoordelijke is degene die de persoonsgegevens daadwerkelijk invoert, weet welke gegevens er worden ingevoerd en met welk doel.

In veel gevallen zal de verwerkingsverantwoordelijke niet eens willen dat de verwerker weet wat voor soort persoonsgegevens verwerkt worden. Het is de verwerkingsverantwoordelijke die bepaalt hoeveel middelen hij beschikbaar stelt voor bijvoorbeeld beveiliging. Daarom is het ook terecht dat in de verordening de verwerkingsverantwoordelijke de uitdrukkelijke plicht krijgt om voor zijn verwerking de juiste verwerker te kiezen. De rol en verantwoordelijkheden van de verwerker zijn in de Avg weliswaar uitgebreider omschreven, echter de verwerker blijft verwerker en wordt geen verwerkingsverantwoordelijke. Wij vinden het belangrijk om dit verschil te benadrukken, omdat het van belang is dat er geen discussie ontstaat over rollen en verantwoordelijkheden. Het is belangrijk om hier als sector, Autoriteit en wetgever duidelijk over te blijven communiceren, zodat we allemaal ook onze verantwoordelijkheid kunnen nemen.

Eén voorbeeld waarbij het wat Nederland ICT betreft op dit vlak mis gaat is artikel 36 UAvg, waarin een verruiming van aansprakelijkheid voor verwerkers is opgenomen ten opzichte van de Avg. Deze aanpassing is niet beleidsneutraal en zal de Europese harmonisatie niet ten goede komen. Zie voor een nadere toelichting op dit punt de bijlage bij deze brief.

AUTORITEIT

Zeker in het huidige tijdperk waarin verwerkingen allemaal elektronisch plaatsvinden is kennis van de digitale economie onontbeerlijk. In het verleden was het zo dat standaard ten minste één collegelid of buitengewoon lid van de Autoriteit persoonsgegevens (Autoriteit) afkomstig was uit de ICT-sector. Datzelfde geldt voor de raad van advies bij de Autoriteit. Nederland ICT pleit voor het formaliseren van een standaard zetel in het college voor iemand met affiniteit met de digitale economie en een standaard zetel voor een vertegenwoordiger van de ICT-sector in de raad van advies. Daardoor zou de Autoriteit beter kunnen worden toegerust om mee te denken met de praktijk en zo invulling te geven aan haar maatschappelijke taak.

HARMONISERING / ONE-STOP-SHOP

Naast de harmonisering van Europese wetgeving zal de introductie van het one-stop-shop mechanisme voor gegevensbescherming idealiter zorgen voor meer rechtszekerheid en vermindering van administratieve lasten. Dit zijn elementen waar alle bedrijven, van multinational tot MKB-er, van profiteren.

Met de Avg ontstaat er een toezichtsmodel van wederzijdse erkenning van toezichthouders. Nederland ICT vindt het van groot belang dat deze papieren werkelijkheid ook in de praktijk zal functioneren. Wij roepen de toezichthouder(s) dan ook op dit zo veel als mogelijk in de praktijk te brengen en vragen het Ministerie van Veiligheid en Justitie om hierop toe te zien. Bij one-stop-shop processen is het voor het bedrijfsleven en voor gebruikers van belang dat er één procedure met één uitkomst is, en dat het overtreden van regelgeving onderhevig is aan één boete.

LEEFTIJD

Nederland ICT is van mening dat in een digitale samenleving het stellen van een minimale leeftijd van 16 jaar voor consent niet in alle gevallen van deze tijd is. Zinniger is het om te kijken naar de aard van de diensten, om de leeftijd van consent te bepalen middels categorisering. Voor sommige diensten kan deze leeftijd dan op 13 worden gesteld, terwijl voor anderen dit 16 blijft. Europese harmonisatie is hierbij een belangrijk uitgangspunt.

BIG DATA (RECHTVAARDIGINGSGROND)

Om de innovatiekracht van Nederland niet te beperken, is het van groot belang de ontwikkelingen op het gebied van Big Data, niet in de knop te breken. Natuurlijk dient bij deze ontwikkeling rekening gehouden te worden met belangen van betrokkenen en zullen altijd voldoende waarborgen gehanteerd moeten worden. Graag doen wij in de bijlage enkele suggesties om deze balans in de UAvG beter tot zijn recht te laten komen.

UITZONDERINGEN OP VERBOD GEAUTOMATISEERDE INDIVIDUELE BESLUITVORMING

In het conceptwetsvoorstel is thans gekozen voor het maken van een beperkte – voornamelijk op de overheid gerichte – uitzondering op het verbod op geautomatiseerde individuele besluitvorming.

Binnen de sector bestaat er op dit moment nog veel onduidelijkheid over de precieze implicaties van dit verbod. Ook vallen op dit moment nog niet alle technische toekomstige ontwikkelingen te overzien. Kortom, er bestaat nog geen helderheid over de wijze waarop dit verbod in de toekomst gaat knellen.

Nederland ICT pleit er om die reden voor om op dit specifieke punt ruimte te laten voor latere uitwerking van aanvullende uitzonderingsmogelijkheden bij AmvB. Op die manier wordt de UAVg toekomstbestendig gemaakt en wordt de mogelijkheid gecreëerd op een later moment, als er meer duidelijkheid bestaat, in nauwe publiek private samenspraak passende nadere uitzonderingen te formuleren.

In de bijlage vindt u ons commentaar per artikel.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lotte de Bruijn', written over a horizontal line.

Lotte de Bruijn
directeur Nederland ICT

Bijlage: 1. Artikelsgewijs commentaar

BIJLAGE 1 - ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR

ARTIKEL 7 UAVG

Lid 1 en 2

Nederland ICT steunt lid 1, waarin wordt voorgeschreven dat bij de benoeming van buitengewone leden spreiding over de onderscheidene sectoren van de maatschappij wordt nagestreefd. In lid 2 wordt de eis gesteld dat de voorzitter een juridische achtergrond heeft. Waarom wordt niet tevens de eis gesteld dat ten minste één van de collegeleden een achtergrond heeft in de digitale economie? Zeker in het huidige tijdperk waarin verwerkingen allemaal elektronische plaatsvinden is kennis van de digitale economie onontbeerlijk. In het verleden was daarom ook altijd één collegelid of buitengewoon lid afkomstig uit de ICT-sector. Op die manier zou de Autoriteit wellicht beter kunnen worden toegerust om mee te denken met de praktijk en zo invulling te geven aan haar maatschappelijke taak.

Lid 6

Nederland ICT ondersteunt dat volgens lid 6 leden van de raad van advies afkomstig zijn uit verschillende sectoren. Nederland ICT pleit er daarbij voor dat in ieder geval één van deze zetels specifiek wordt gereserveerd voor de ICT-sector. Dat komt overeen met de huidige praktijk dat doorgaans de voorzitter van Nederland ICT tot lid van de raad van advies wordt benoemd. Thans is die zetel echter gekoppeld aan een persoon en niet aan de branche als zodanig. Dat betekent dat als de benoemde persoon van branche wisselt, hij of zij lid blijft van de raad van advies, maar niet langer de branche vertegenwoordigt. Wenselijk zou zijn dat de zetel in dat geval overgaat naar een andere vertegenwoordiger van de sector. Is het ministerie bereid te overwegen één of meer zetels toe te wijzen aan vaste sectoren, waaronder in ieder geval de ICT-sector?

ARTIKEL 10 UAVG

Lid 3 bepaalt dat de Autoriteit zelf een bestuursreglement vaststelt, waarbij de Autoriteit ervoor dient te waken dat waarborgen worden opgenomen *"tegen vermenging van de toezichthoudende, adviserende en sanctionerende taak van de Autoriteit"*.

Nederland ICT vraagt zich af of deze – essentiële – scheiding van rollen voldoende wordt gewaarborgd door de verantwoordelijkheid voor het nader invullen van deze waarborgen volledig bij de Autoriteit zelf te leggen.

Zou het niet mogelijk zijn om hier een externe waarborg aan toe te voegen? Bijvoorbeeld door het bestuursreglement ter toetsing – in ieder geval op het punt van scheiding van taken – voor te leggen aan de Minister?

ARTIKEL 12 UAVG

Artikel 12 UAVg schrijft voor dat de verplichting tot verstrekken van inlichtingen aan ministerie/ verlenen van inzage (art. 20 Kaderwet) niet geldt als de Autoriteit de informatie van derden heeft verkregen onder de voorwaarde dat het geheime karakter daarvan wordt gehandhaafd. Nederland ICT zou het op prijs stellen als toegelicht zou kunnen worden hoe deze uitzondering werkt in praktijk.

ARTIKEL 14 LID 3 JO ARTIKEL 18 UAVG

De Autoriteit krijgt in artikel 14 lid 2 UAVg de bevoegdheid om boetes op te leggen. Andere autoriteiten in Europa kunnen voor dezelfde inbreuken in sommige gevallen ook een boete opleggen. Meerdere boetes voor dezelfde inbreuk zou disproportioneel zijn. Uit artikel 84 Avg blijkt op dit moment niet duidelijk hoe het in zijn werk gaat met boetes. Wil het ministerie overwegen de wet en het boetebesluit zo aan te passen dat indien sprake is van een door een andere autoriteit opgelegde boete de Nederlandse autoriteit niet voor diezelfde inbreuk een boete kan opleggen? Dit past binnen het harmonisatiestreven en past binnen de one-stop-shop gedachte.

ARTIKEL 20 UAVG (PUBLICATIE)

Publicatie van bevindingen, maatregelen en/of adviezen op grond van artikel 58 van de Avg is een relatief zwaar middel dat vrijwel onvermijdelijk (aanzienlijke) schade met zich mee brengt voor de eer en goede naam van de betrokken onderneming. Daarnaast stelt de UAVg onnodig de weg open voor publicatie van adviezen als bedoeld in artikel 58 lid 3 (voorafgaande raadpleging), terwijl deze adviezen vrijwel per definitie concurrentiegevoelige informatie bevatten.

Nederland ICT is van mening dat het doel van een openbaarmaking valide en specifiek moet zijn. *Naming and shaming* als zelfstandig doel is onwenselijk. Als het doel is 'rekenschap afleggen', dan kan de Autoriteit dat evengoed via het jaarverslag doen. Als het doel is 'uitwerken van interpretatie van de wet', dan kan de publicatie geanonimiseerd worden.

Mocht toch gekozen worden voor individuele openbaarmaking, dan zou het betrokken bedrijf bijvoorbeeld actief kunnen worden betrokken in de communicatie om zo schade te kunnen beperken, waarbij een bedrijf in ieder geval de mogelijkheid zou moeten hebben voorafgaand bezwaar te maken tegen publicatie.

Openbaarmaking zou voorts met een leerdoel kunnen worden ingezet: partijen bekend maken met nieuwe casussen en nieuwe ontwikkelingen op het gebied van privacyrecht. Dat is een positief doel dat Nederland ICT kan steunen. Publicatie met informatievoorziening als doel kan echter uitstekend veralgemeeniseerd dan wel op een geanonimiseerd niveau.

ARTIKEL 24 EN 26 (UITZONDERINGSGRONDEN VERWERKING BIJZONDERE PERSOONSgegevens)

Nederland ICT steunt en heeft begrip voor de keuze van de regering om een uitzondering te maken voor het verwerken van biometrische gegevens en genetische gegevens. Biometrische systemen zijn sterk in opkomst en zijn van groot belang bij het vergroten van het beveiligingsniveau, vaak juist wanneer het de bescherming van (persoons)-gegevens betreft.

Ook steunen wij als sector uitzonderingen op het gebied van journalistieke, wetenschappelijke, statistische of historische gronden.

ARTIKEL 27 EN 28 (BIG DATA)

Big data is de motor van de digitale economie. Er dient dan ook voor gewaakt te worden dat er voldoende ruimte blijft voor innovatie met big data.

Kenmerkend voor big data is dat men op het moment dat de data wordt verzameld nog niet weet met welk doel men deze later kan/wil gaan verwerken. Big data is vaak juist gebaseerd op het hebben van data en daar analyse op doen. Meestal is het daarbij onmogelijk of ongewenst om vooraf persoonsgegevens te anonimiseren of op zo'n manier te verwerken dat alle bijzondere persoonsgegevens uitgefilterd worden.

Met name voor bijvoorbeeld medisch onderzoek, maar ook andere vormen van R&D met big data zoals crowd- of verkeersmanagement of bijvoorbeeld zoekmachineresultaten kunnen bijzondere persoonsgegevens bevatten.

Uiteraard is het noodzakelijk dat de wet maar ook de verwerkingsverantwoordelijke zichzelf bepaalde eisen stelt ter waarborging van de belangen van betrokkenen, maar men dient ervoor te waken dat de balans niet doorslaat, waardoor innovatie in de weg wordt gestaan. Beter zou zijn de weg tot rechterlijke toetsing open te laten.

Heeft het ministerie zich voldoende rekenschap gegeven van deze belangen?

Met name artikel 27 sub a lijkt hier zeer beperkend te werken, terwijl artikel 27 sub b en c al meer dan voldoende en zeer substantiële waarborg bieden. Immers, niet alle R&D (ook in de wetenschap) dient of blijkt achteraf een algemeen belang te dienen. Sub a zou dan ook kunnen vervallen. Ook het woord “zwaarwegende” in artikel 28 lid 1 sub c UAvG lijkt een onevenredig hoge barrière op te werpen gelet op de overige waarborgen die zijn ingebouwd. Onduidelijk is wat het verschil tussen een ‘zwaarwegend’ en een ‘gewoon’ algemeen belang is.

ARTIKEL 29

Waarom is niet gekozen voor een bredere uitzondering zoals ‘belangen van betrokkene’, maar voor de beperkte uitzondering van ‘noodzakelijk in het kader van geestelijke verzorging’?

ARTIKEL 32 (WANNEER IS EEN BESLISSING EEN BESLUIT / RECHTSZEKERHEID)

Volgens artikel 32 UAvG geldt voor de beslissingen op verzoeken als bedoeld in de artikelen 15, 16, 17, 18, 20 en 21 Avg dat deze gelden als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Op grond van artikel 14 lid 4 UAvG geldt datzelfde voor een beslissing als bedoeld in artikel 58 lid 1 Avg.

In de huidige formulering van het wetsvoorstel bestaat er onduidelijkheid over de status van onder meer:

- de beslissing van de Autoriteit om ‘uit eigener beweging’ over te gaan tot publicatie van bevindingen, corrigerende maatregelen, adviezen of beslissingen op bezwaar in de zin van artikel 20 lid 1 UAvG;
- een schriftelijk advies van de Autoriteit in de zin van artikel 36 lid 2 Avg (voorafgaande raadpleging bij gegevensbeschermingseffectbeoordeling);
- toestemming van de Autoriteit als bedoeld in artikel 46 lid 3 Avg (met betrekking tot passende waarborgen voor doorgifte);

- ontheffing van de Autoriteit als bedoeld in artikel 28 sub c van de Uitvoeringswet Avg (met betrekking tot verwerking bijzondere persoonsgegevens)
- toestemming van de Autoriteit als bedoeld in artikel 31 lid 1 sub c onder 3° van de Uitvoeringswet Avg (met betrekking tot verwerking strafrechtelijke gegevens)

In het kader van rechtszekerheid is op dit punt meer duidelijkheid gewenst en dient er wat Nederland ICT betreft een duidelijke keuze te worden gemaakt.

Ofwel, bovengenoemde (en eventuele andere) adviezen/beslissingen van de Autoriteit zijn géén besluit in de zin van de Awb. In dat geval is van belang expliciet te maken dat deze dan ook géén rechtsgevolg mogen hebben. Vraag is echter of dat in de praktijk werkbaar zal zijn. Zo zal een negatief advies bij een voorafgaande raadpleging bij een gegevensbeschermings-effectbeoordeling altijd in potentie een nieuwe bedrijfsontwikkelingen kunnen blokkeren. Ook een publicatie zal vrijwel altijd (rechts)gevolgen hebben voor de betrokken organisaties.

Ofwel, en dat lijkt dus de logische weg, bovengenoemde (en eventuele andere) adviezen/beslissingen van de Autoriteit zijn wél besluit zijn in de zin van de Awb waartegen bezwaar en beroep open staat.

Waarom is ervoor gekozen deze beslissingen/adviezen van de Autoriteit niet te kwalificeren als een besluit in de zin van de Awb? Zou het niet wenselijk zijn om bezwaar en beroep mogelijk te maken tegen bijvoorbeeld een negatief schriftelijk advies? En zo nee, is de minister het dan met ons eens dat bovengenoemde (en eventuele andere niet expliciet als besluit aangeduide) adviezen/beslissingen van de Autoriteit geenszins als bindend kan worden beschouwd en bereid hierover een opmerking te maken in de memorie van toelichting bij de wet?

ARTIKEL 35

Fijn dat er is gekozen voor het opnemen van een mogelijkheid voor de Autoriteit om een lijst op te stellen met gevallen waarin geen PIA is vereist (lid 5), nu dit regeldruk en administratieve lasten beperkend werkt.

Met betrekking tot de lijst als bedoeld in lid 4, waarin juist wel een PIA is vereist, merkt Nederland ICT op dat deze lijst juist belastend kan zijn voor partijen en dat Europese harmonisatie op dit punt voor ogen dient te worden gehouden met oog op het vestigingsklimaat en innovatie. Als er een land is in Europa waar een lange lijst met PIA-verplichte verwerkingen is en een land waar juist voor zeer weinig of heel andere verwerkingen een PIA expliciet is verplicht, dan zal dat de keuze voor vestiging van een softwareontwikkelaar beïnvloeden. Ook zal het breder uitrollen van innovatieve toepassingen in Europa als geheel praktisch bemoeilijken en brengt het lokale extra administratieve lasten met zich. Dergelijke lijsten zouden bij voorkeur op Europees niveau tot stand moeten komen.

ARTIKEL 36 (AANSPRAKELIJKHEID VERWERKERS EN VERHOUDING TUSSEN VERWERKER EN VERWERKINGSVERANTWOORDELIJKE)

Aansprakelijkheid

Waarom is in artikel 36 UAVg gekozen het primaire uitgangspunt van verordeningsneutrale, en daarmee zoveel mogelijk Europees geharmoniseerde, uitvoering los te laten en in plaats daarvan aan te sluiten bij het oude artikel 49 Wbp?

De verordening kent immers reeds een regeling voor aansprakelijkheid en wel in artikel 82 lid 2 Avg.

Daar dient voorts bij te worden opgemerkt dat de verordening op dit punt geen specifiek aanknopingspunt biedt voor het nationaal rechtelijk verruimen van de aansprakelijkheid van verwerkers. Dat laatste is precies wat de UAVg doet. Artikel 49 Wbp (en daarmee artikel 36 UAVg) gaat namelijk een stuk verder in de aansprakelijkheid van verwerkers met de ongeclausuleerde zin *“De verwerker is aansprakelijk voor die schade of dat nadeel, voor zover ontstaan door zijn werkzaamheid”*. Immers, Artikel 82 lid 2 Avg voegt expliciet de beperking toe dat de verwerker slechts aansprakelijk is voor die schade *wanneer* bij de verwerking niet is voldaan aan *de specifiek tot verwerkers gerichte verplichtingen uit de Avg of buiten/in strijd met de rechtmatige instructies van de verwerkingsverantwoordelijke is gehandeld*.

De huidige tekst van de UAVg zou bijvoorbeeld betekenen dat de verwerker ook aansprakelijk kan zijn als de oorzaak van schade door zijn werkzaamheid juist gelegen is in een instructie (of het gebrek daaraan) van de verwerkingsverantwoordelijke.

Indien immers de verwerkingsverantwoordelijke het doel (als dit doel bijvoorbeeld onrechtmatig is/blijkt te zijn) van de verwerking, of de aard van de gegevens niet of onjuist communiceert (bijvoorbeeld, ook bij navraag, niet aangeeft dat het om bijzondere of gevoelige gegevens gaat) aan de verwerker, of niet de noodzakelijke middelen ter beschikking stelt aan verwerker dan kan de verwerker werkzaamheden verrichten die conform de huidige tekst van artikel 36 toch tot aansprakelijkheid leidt, omdat hij de werkzaamheden feitelijk heeft verricht (of juist niet heeft verricht daar waar dat had moeten), maar zonder dat hij verantwoordelijk is voor deze inbreuk, omdat hij dit niet wist of kon weten. Juist omdat een verwerker niet altijd weet of kan weten wat het doel van de verwerking en de aard van de gegevens is, knelt dit. De Avg geeft hier wel de juiste richting, omdat het daar staat dat handelen buiten de instructies van verwerkingsverantwoordelijke tot aansprakelijkheid leidt. Aangezien de instructiebevoegdheid bij de verwerkingsverantwoordelijke ligt, is het ook begrijpelijk dat artikel 82 Avg de aansprakelijkheid zo verdeelt. Overweging 146 van de Avg ondersteunt deze uitwerking ook.

Nederland creëert door deze afwijking van de Avg ten nadele van verwerkers een onnodig ongunstig vestigingsklimaat voor ICT-bedrijven die zich doorgaans in een verwerkersrol bevinden.

Wij verzoeken het ministerie dan ook om artikel 36 beleidsneutraal te maken en aan te passen aan de tekst in artikel 82 Avg.

Scheiding van rollen verwerkers en verwerkingsverantwoordelijken in MvT

In het verlengde hiervan kan Nederland ICT zich uitdrukkelijk niet vinden in de overweging in de Memorie van Toelichting op pagina 24, waar in de samenvatting van hoofdstuk IV staat: *“ook verwerkers dienen te voldoen aan de verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke”*. Deze premisse is onjuist. De Avg kent nog altijd primair de verantwoordelijke als normadressant. Er is een aantal artikelen waarin de verwerker rechtstreeks wordt aangesproken, maar de taken en verplichtingen van verwerker en verantwoordelijke zijn ook in de Avg niet gelijk. Zo kennen zij ieder een eigen specifieke en niet identieke registerplicht (artikel 30 lid 1 versus artikel 30 lid 2 Avg) en zijn ook de overige verplichtingen niet identiek. Zo is artikel 35 Avg specifiek gericht op verwerkingsverantwoordelijken.

Een ander voorbeeld is artikel 28 lid 10 UAvG, waarin staat dat als de verwerker zich op enige manier 'bemoeit' met de inhoud van de doeleinden en de middelen van een verwerking, de verwerker 'van kleur verschiet' en als verwerkingsverantwoordelijke wordt gezien. Aangezien de verwerker vaak geen grond voor verwerking zal hebben, wordt de verwerking daarmee onrechtmatig. De Memorie van Toelichting lijkt echter bijna te suggereren dat een verwerker zelfstandig een plicht zou hebben om bijvoorbeeld doel en middelen van de verwerking te beoordelen. Maar daarmee loopt de verwerker nu juist het risico van kleur te verschieten. Een zuivere rolverdeling is dan ook van groot belang en dient niet doorkruist te worden door tekst die suggereert dat de verplichtingen van beiden gelijk zouden zijn.

Verplichtingen van verwerkers gelijkstellen aan die van verwerkingsverantwoordelijken door te stellen dat verwerkers aan verplichtingen van verwerkingsverantwoordelijken dienen te voldoen valt naar het oordeel van Nederland ICT juist niet één op één te stellen. Nederland ICT vraagt de regering dan ook in de Memorie van Toelichting op dit punt zorgvuldigheid te betrachten in de formuleringen en daar waar nodig de memorie op dit punt te herzien.

ARTIKEL 38 (GEAUTOMATISEERDE VERWERKING; UITZONDERING EN LOGICA)

Uitzonderingen op art. 22 Avg

Wanneer uitzonderingen gemaakt worden op artikel 22 van de Avg vindt Nederland ICT het van groot belang dat deze uitzonderingen worden geformuleerd in nauwe consultatie met het bedrijfsleven om ongewenste neveneffecten van wetgeving te voorkomen.

In het conceptwetsvoorstel kiest het ministerie ervoor om een zeer beperkte uitzondering te maken op artikel 22, eerste lid Avg aangaande het verbod op geautomatiseerde individuele besluitvorming, voornamelijk toegespitst op de overheid. Waarom is ervoor gekozen naast de uitzondering van lid 1 niet tevens andere uitzonderingen op te nemen?

Geautomatiseerde besluitvorming vormt een belangrijk onderdeel van vele innovaties in de technologiesector, van het tegengaan van fraude (software die fraude of andere strafbare feiten detecteert en voorkomt aan de hand van profielen) en het verhogen van de cybersecurity (een firewall die op basis van profilering bepaalde toegang ontzegt) tot de algoritmes die zelfrijdende auto's aansturen.

Ervaring leert dat de Autoriteit geneigd is relatief snel aan te nemen dat een verwerking grote impact heeft op de privacy van betrokkenen. Derhalve valt te verwachten dat de Autoriteit de

zinsnede *'in aanmerkelijke mate treft'* zeer eng zal uitleggen, bijvoorbeeld door aan te nemen dat iedere financiële impact 'aanmerkelijk' is, waardoor het doen van klantgerichte aanbiedingen vrijwel onmogelijk wordt gemaakt. Immers, die klant krijgt dan een financieel voordeel voorgeschoteld dat een andere klant mogelijk niet wordt aangeboden (terwijl hem mogelijk weer een andere aanbieding wordt gedaan). Dergelijke aanbiedingen zouden daarmee onmogelijk worden, terwijl de markt deze niet als onwenselijk ervaart en vrije handel toch een kernwaarde in de Europese Unie is.

Nederland ICT nodigt het ministerie uit om toe te zien op een proportionele toepassing van de regels rondom automatische verwerking.

Binnen de sector bestaat er op dit moment nog veel onduidelijkheid over de precieze implicaties van artikel 22 Avg. Ook vallen op dit moment nog niet alle technische toekomstige ontwikkelingen te overzien. Kortom, er bestaat op dit moment nog onduidelijkheid over de punten waarop artikel 22 Avg in de toekomst gaat knellen. Er bestaat behoefte aan de mogelijkheid tot het opstellen van nadere uitzonderingen in nauwe samenspraak met de ICT-sector.

Nederland ICT pleit er om die reden voor om op dit specifieke punt ruimte te laten voor latere uitwerking van aanvullende uitzonderingsmogelijkheden bij AmvB om de UAvg op dit punt toekomstbestendig te maken.

Logica

Lid 3 van artikel 38 UAvg schrijft voor dat bij de geautomatiseerde individuele besluitvorming als bedoeld in het eerste lid, de verwerkingsverantwoordelijke de betrokkene de logica mededeelt die ten grondslag ligt aan de geautomatiseerde verwerking van hem betreffende gegevens.

Onder "logica" wordt in de ICT-sector doorgaans "algoritme" verstaan. Algoritmes bevatten doorgaans concurrentiegevoelige informatie en zijn of zorgvuldig bewaarde bedrijfsgeheimen, of auteursrechtelijk of zelfs octrooirechtelijk beschermd. De plicht tot het vrijgeven van een algoritme gaat erg ver, komt in strijd met IE-recht en lijkt ook niet zinnig.

Waarom wordt niet aangesloten bij artikel 15 lid 1 sub h Avg ('openbaren van nuttige informatie over de onderliggende logica')? Op die manier hoeft de verwerkingsverantwoordelijke niet zijn algoritme zelf prijs te geven en heeft de betrokkene de meerwaarde dat deze recht heeft op een begrijpelijke uitleg en deze krijgt, daar waar het algoritme voor de gemiddelde betrokkene onbegrijpelijk zal zijn.

Wellicht zou dit punt nader kunnen worden verduidelijkt in de Memorie van Toelichting (thans pagina 53). Ook zou de tekst 'de logica' in lid 3 kunnen worden aangepast naar 'nuttige informatie over de onderliggende logica'.

ARTIKEL 41

Nederland ICT is op zich blij met de uitzonderingsgrond van artikel 41 UAvg, maar vraagt zich wel af waarom is gekozen voor een insteek die zich beperkt tot bepaalde uitdrukkingvormen. Daarmee lijkt het ministerie ten onrechte te veronderstellen dat een dergelijke botsing van grondrechten zich uitsluitend zou kunnen voordoen bij die bepaalde uitingsvormen. Dat klopt niet. Immers, ook andere uitdrukkingvormen kunnen bijdragen aan de vrijheid van meningsuiting en meer algemeen het recht op toegang tot informatie.

Waarom is nergens in de UAvg gekozen voor het opnemen van een meer algemene uitzonderingsgrond op grond van artikel 23 lid 1 Avg waarbij privacy kan worden afgewogen tegen rechten en vrijheden van anderen?

ARTIKEL 42

Nederland ICT zou het waarderen als in de Memorie van Toelichting nader wordt verduidelijkt dat de term "instellingen of diensten voor wetenschappelijk onderzoek of statistiek" ook slaat op bedrijven die toegepast onderzoek doen en voor instellingen die onderzoek in opdracht van het bedrijfsleven (research en development) uitvoeren? Immers, ook in het bedrijfsleven wordt veel nuttig onderzoek gedaan, waarbij moet worden voorkomen dat twijfel ontstaat of zij als instellingen of diensten voor wetenschappelijk onderzoek gekwalificeerd kunnen worden.

ARTIKEL 43

Prettig dat de UAVg hier de status van het archief verduidelijkt.

PUNTEN DIE ONTBREKEN IN UAVG EN/OF MEMORIE VAN TOELICHTING

Leeftijd

Nederland ICT is van mening dat in een digitale samenleving het stellen van een minimale leeftijd van 16 jaar voor consent niet in alle gevallen van deze tijd is. Zinniger is het om te kijken naar de aard van de diensten, om de leeftijd van consent te bepalen middels categorisering. Voor sommige diensten kan deze leeftijd dan op 13 worden gesteld, terwijl voor anderen dit 16 blijft. Europese harmonisatie is hierbij een belangrijk uitgangspunt.

Functionaris gegevensbescherming

De artikel 29-werkgroep gaf onlangs, in haar rapport van 13 december 2016, aan dat het aan nationale overheden is om nadere invulling te geven aan het begrip "*public authority or body*". Overigens zijn deze begrippen aanbestedingsrechtelijk binnen Europa al grotendeels geharmoniseerd. Zou het niet handig zijn om aan te sluiten bij dit bestaande regime?

Is het ministerie het met Nederland ICT eens dat verwerkers die regelmatig of uitsluitend verwerken in opdracht van overheidsinstanties of overheidsorganen niet door het enkele feit dat zij die verwerking doen niet tevens zelf zijn aan te merken als overheidsinstantie of overheidsorgaan en om die reden geen zelfstandige plicht hebben tot het aanstellen van een functionaris gegevensbescherming op grond van artikel 37 lid 1 a AVG?

Nu de overheid zelf reeds een functionaris gegevensbescherming moet hebben die processen begeleid lijkt het ook niet voor de hand liggen dat uitsluitend op grond dat dienstverlening aan de overheid wordt verricht een functionaris gegevensbescherming zou moeten worden aangesteld met alle kosten van dien voor leverancier en uiteindelijk ook de klant, in dit geval de overheid. De mogelijkheid zou duidelijk opengelaten moeten worden dat partijen in goed overleg één gezamenlijke functionaris aanwijzen, en niet beiden deze zware verplichting moeten invullen.

Toestemming

De Avg en UAvg stellen deels nieuwe eisen aan toestemming. Het opnieuw moeten vragen van reeds gegeven toestemming brengt een zware administratieve belasting met zich mee voor het bedrijfsleven. Er bestaat dan ook belang bij overgangswetgeving op dit punt of een opmerking bijvoorbeeld in de memorie van toelichting dat toestemming die rechtmatig is gegeven onder de oude Nederlandse wet geacht wordt tevens te voldoen aan de (U)Avg en dus niet opnieuw gevraagd hoeft te worden.

Meldplicht datalekken

Nederland ICT merkt op dat de Avg een andere inhoud geeft aan de Meldplicht datalekken dan de Wbp deed. De richtsnoeren van de Autoriteit sluiten dan ook niet meer aan op de nieuwe meldplicht. Nederland ICT gaat ervan uit dat nieuwe richtsnoeren in Europese samenwerking tot stand zullen komen, waarbij harmonisatie het uitgangspunt is. Een consultatie bij het bedrijfsleven zou hier wat ons betreft gepast zijn.

Privacy by Design en privacy by default

De verordening introduceert nieuwe begrippen *privacy by design* en *privacy by default*. Is het ministerie het met ons eens dat deze begrippen zeer breed zijn en zodanig voor meerderlei interpretatie vatbaar dat hier sprake is van beginselen en niet van rechtsreeks door de Autoriteit handhaafbare normen? Wellicht zou dat nog een plaats kunnen krijgen in de Memorie van Toelichting.

OVERIGE TEKSTUELE OPMERKINGEN BIJ UAVG

- Artikel 4 lid 1: persoonsgegevens []vens
- Artikel 19: [PM Schrems] – daarbij tekent Nederland ICT aan dat de inhoud van dit artikel thans niet daadwerkelijk ter consultatie voorligt en dat eventueel aanvullende consultatie gewenst kan zijn zodra de inhoud van dit artikel vorm heeft gekregen.
- Artikel 24: klopt deze zin taaltechnisch wel? ‘niet...tenzij’ vervangen door ‘niet...indien’?
- Zou het met betrekking tot volgorde van Hoofdstuk 3 niet logischer zijn om artikel 26 voor artikel 25 te plaatsen nu in de opbouw van het hoofdstuk lijkt te zijn gekozen voor het eerst vermelden van de meer specifieke bepalingen en daarna de meer algemene.
- Artikel 31 lid 1: niet helemaal duidelijk of deze zin klopt. Zou dit niet moeten luiden: ‘mogen uitsluitend op één van de verwerkingsgronden van artikel 6, eerste lid, van de verordening mogen worden verwerkt’,
- Artikel 33 lid 1: verwijzing in lid 1 naar 29a klopt niet; moet artikel 32 zijn?
- Artikel 33 lid 2: verwijst naar “de gestelde termijn”. Welke termijn?
- Artikel 34: verwijzing naar 29b klopt niet
- MvT pag 21: de begrippen ‘richtlijn’ en ‘richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging’ worden niet overal consequent gebruikt.
- Mvt pag. 38: [PM Schrems]