

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

uw ref.

Verzamelwet gegevensbescherming

onze ref.

63247/QTJ/VSU/2789-2339-8913/1

datum

13 juli 2020

tel direct (secr.)

+31 20 55 06 615

tel mobiel

+31 6 469 829 21

e-mail

Quirine.Tjeenk.Willink@kvdl.com

inzake: **Reactie inzake consultatie wetsvoorstel verzamelwet gegevensbescherming:
suggestie tot toevoeging handhavingsinstrument 'bindende toezegging'**

Excellentie,

Graag maak ik van de mogelijkheid gebruik om te reageren op de openbare consultatie van de voorgestelde verzamelwet gegevensbescherming. In dat verband doe ik hieronder een suggestie tot het toevoegen van een praktisch handhavingsinstrument aan de bevoegdheden van de Autoriteit Persoonsgegevens (**AP**) in de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (**UAVG**), te weten het instrument van de aanvaarding van een **bindende toezegging**. Ik verwijs daarbij naar artikel 12h van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (**ACM**) en geef u in overweging een vergelijkbare regeling aan de UAVG toe te voegen.

Instrument bindende toezegging: hoe werkt dit?

Bron: *Kamerstukken 33622, Memorie van Toelichting bij invoering artikel 12h van de Instellingswet ACM*

Het instrument van een bindende toezegging geeft de toezichthouder (en dus in dit geval de AP) de mogelijkheid om in plaats van een boete of dwangsom het lichtere instrument van de toezegging te hanteren, indien zij dat gegeven de omstandigheden van het geval doelmatiger acht. Voorafgaand aan de eventuele vaststelling van een overtreding kan het bindend verklaren van een toezegging dus een alternatief zijn voor het geven van een boete of, een zelfstandige last of een bindende aanwijzing. Nadat

een overtreding is vastgesteld kan de AP kiezen voor het bindend verklaren van een toezegging indien zij dat doelmatiger acht dan het opleggen van een bindende aanwijzing of bestuurlijke sanctie.

Het rechtsgevolg van de bindendverklaring is dat de bevoegdheid van de AP vervalt om in de desbetreffende zaak een boete of last onder dwangsom op te leggen. Logischerwijze zal de AP dan ook lopend toezichtsonderzoek of werkzaamheden ter voorbereiding van het opleggen van een sanctiebesluit staken. Mocht blijken dat de bindendverklaring is gebaseerd op door de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker verstrekte onvolledige, onjuiste of misleidende gegevens of dat de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker zich niet overeenkomstig het besluit tot bindendverklaring gedraagt, dan kan de AP dit besluit wijzigen of intrekken en herleven de mogelijkheden tot het nemen van een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete of last onder dwangsom. Alsdan is het zinvol om het toezichtsonderzoek dat voor het opleggen van een dergelijke sanctie (nog) is vereist (weer) op te starten. Voor het niet-naleven van het besluit tot bindend verklaring van de toezegging, kan de AP de desbetreffende verwerkingsverantwoordelijke of verwerker als zodanig ook een boete opleggen. Dit laatste kan dus leiden tot een dubbele boete voor de onrechtmatige gedraging.

In de praktijk: meer en sneller maatwerk

De suggestie komt voort uit eigen praktijkervaring met het instrument van de bindende toezegging in de sectoren energie en media. In mijn beleving leidt dit instrument tot meer en sneller maatwerk dan een klassieke handhavingsprocedure; bij een bindende toezegging bereiken toezichthouder en ondertoezichtgestelden een bestuursrechtelijke 'minnelijke' schikking die voor beide partijen voordelig is; de toezichthouder wordt ontslagen van het doen van nader onderzoek naar de vermeende overtreding en de ondertoezichtgestelde krijgt snel rechtszekerheid over de rechtmatigheid van zijn gedragingen. Volgens mij een aanwinst tegen de achtergrond van het Nederlandse bestuursrechtstelsel; onder dat stelsel kan een toezichthouder normaliter immers alleen een einde maken aan een onrechtmatige gedraging door het nemen van een handhavingsbesluit na het doen van zorgvuldig onderzoek. De strenge wettelijke eisen aan dergelijk onderzoek leiden ertoe dat dit de nodige tijd en *resources* van een toezichthouder in beslag neemt. Daarnaast staan tegen een handhavingsbesluit van een toezichthouder rechtsmiddelen open, waardoor het in de praktijk dikwijls nog jaren duurt voordat de rechtmatigheid van dat besluit – en daarmee de *onrechtmatigheid* van de gedraging – in rechte vast komt te staan. Tot slot is een groot voordeel van het instrument van de bindende toezegging dat de partij die zich bindt tot de gedragsverandering niet (publiekelijk) hoeft toe te geven de wet te hebben overtreden. Dit zal commerciële verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers sneller kunnen

bewegen om zich vrijwillig te committeren aan de door de AP gewenste gedragsverandering. En kan dus eveneens langdurige 'principiële' geschillen bij de bestuursrechter voorkomen.

Inmiddels is sinds de inwerkingtreding van de AVG in 2016 duidelijk geworden dat de AP overspoeld wordt met klachten en dat zij simpelweg onvoldoende capaciteit heeft om alle gestelde overtredingen te onderzoeken en/of te beëindigen. Tevens is gebleken dat de AP bij vermeende overtredingen die haar aandacht hebben in de praktijk ondertoezichtgestelden schriftelijk sommeert om bepaald gedrag te veranderen. De juridische status van een dergelijke brief is echter onduidelijk, wat in de eerste plaats leidt tot rechtsonzekerheid voor de ontvanger. Maar ook werkt een dergelijke brief – tegen de achtergrond van die gebleken schaarste aan handhavingscapaciteit bij de AP – het idee van een 'tandeloze tijger' in de hand. Daarvan is bij het instrument van een bindende toezegging geen sprake; weliswaar hoeft een verwerkingsverantwoordelijke of verwerker niet toe te geven de wet te hebben overtreden, maar van vrijwillige ondertekening van de toezegging gaat wel degelijk dreiging uit. Bij latere overtreding van de toezegging heeft de AP namelijk de bevoegdheid tot het opleggen van een dubbele boete én komt de overtreder bij de rechter in beginsel geen rechtmatigheidsverweer meer toe.

Meer overtredingen beëindigd met minder *resources*

Volgens mij kan het instrument van de bindende toezegging de AP helpen om in de praktijk sneller en met minder *resources* een einde te maken aan méér vermeende schendingen van de AVG. Bovendien zou het instrument kunnen helpen bij het oplossen van vermeende onrechtmatige gedragingen die worden begaan door meerdere partijen - in bijvoorbeeld een bepaalde branche. In dat geval zou een branchevereniging een acceptabele gedragswijziging met de AP kunnen uitonderhandelen, waarbij aangesloten leden vrijwillig (laten) toezeggen zich daaraan te committeren. Tot slot kan een toezeggingsbesluit zelfs voor verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers die daarbij geen partij zijn van waarde zijn, nu daarvan eveneens precedentwerking kan uitgaan.

Is het instrument mogelijk?

De handhavingsbevoegdheden van de AP zijn geregeld in paragraaf 2.2 van de UAVG, en met name in artikel 14. Dit artikel is een uitvoering van overwegingen 11, 122 en 129 in samenhang gelezen met artikel 58 van de AVG. In de AVG wordt niet gesproken van de mogelijkheid van het aanvaarden van een bindende toezegging. Desalniettemin zou het opnemen daarvan in de UAVG volgens mij mogelijk moeten zijn, gelet op de volgende citaten:

- **Overweging 129:** “[...] De lidstaten kunnen krachtens deze verordening andere aan de bescherming van persoonsgegevens verwante taken specificeren. [...]”; en
- **Artikel 58, lid 6:** “Elke lidstaat kan bij wet bepalen dat zijn toezichthoudende autoriteit, naast de in lid 1, 2 en 3 bedoelde bevoegdheden bijkomende bevoegdheden heeft. De uitoefening van die bevoegdheden doet geen afbreuk aan de doeltreffende werking van hoofdstuk VII.”

Suggestie voor tekst bindende toezegging in extra artikel UAVG

Volgens mij zou kunnen worden aangesloten bij artikel 12h, van de Instellingswet ACM, door een artikel zoals het volgende toe te voegen na artikel 14 van de UAVG:

Artikel 14a

1. Onverminderd artikel 5:45 van de Algemene wet bestuursrecht vervalt de bevoegdheid van de Autoriteit Persoonsgegevens tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom aan een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker, indien de Autoriteit Persoonsgegevens op aanvraag van die verwerkingsverantwoordelijke of verwerker besluit tot het bindend verklaren van een door die verwerkingsverantwoordelijke of verwerker gedane toezegging.
2. De Autoriteit Persoonsgegevens kan een besluit nemen als bedoeld in het eerste lid, indien zij het bindend verklaren van een toezegging doelmatiger acht dan het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.
3. De verwerkersverantwoordelijke of verwerker dient de aanvraag voor het nemen van een besluit als bedoeld in het eerste lid in, voordat de Autoriteit Persoonsgegevens een besluit omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom heeft genomen.
4. De termijn, bedoeld in artikel 5:45, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt opgeschort met ingang van de dag waarop de Autoriteit Persoonsgegevens de aanvraag ontvangt, tot de dag waarop de Autoriteit Persoonsgegevens een besluit op de aanvraag heeft genomen. Artikel 5:45, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing.
5. De verwerkingsverantwoordelijke of verwerker gedraagt zich overeenkomstig het besluit, bedoeld in het eerste lid.

6. De Autoriteit Persoonsgegevens bepaalt gedurende welke periode het besluit, bedoeld in het eerste lid, geldt en kan deze periode telkens verlengen.

7. De Autoriteit Persoonsgegevens kan een besluit als bedoeld in het eerste lid of een besluit tot verlenging als bedoeld in het zesde lid, wijzigen of intrekken indien:

a. er een wezenlijke verandering is opgetreden in de feiten waarop het besluit berust;

b. het besluit berust op door de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker verstrekte onvolledige, onjuiste of misleidende gegevens;

c. de verwerkersverantwoordelijke of verwerker in strijd met het vijfde lid handelt.

*8. De Autoriteit Persoonsgegevens is bevoegd tot het opleggen van een bestuurlijke boete ter hoogte van [...] aan de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker die in strijd met het vijfde lid handelt. **

* NB. Voor zover noodzakelijk in het kader van wetssystematiek en het vereiste van een concrete, formeel wettelijke grondslag voor de mogelijkheid tot opleggen van een bestuurlijke boete, zou het instrument van de bindende toezegging (in een extra artikellid) bijvoorbeeld voor de toepassing van dat artikel gelijkgesteld kunnen worden met een bevel van een toezichthouder. Overtreding daarvan is in artikel 83, lid 6 AVG beboetbaar gesteld met een boete van maximaal EUR 20 miljoen of 4% van de totale wereldwijde omzet, voor zover dit hoger is.

Tot zover. Uiteraard ben ik graag bereid om e.e.a. toe te lichten, indien gewenst.

Met vriendelijke groet,

Quirine Tjeenk Willink
Advocaat / Attorney-at-law