

Privacyrecht in Nederland op zoek naar meer houvast

228

Trefwoorden:

gegevensbeschermingsrecht, boetebevoegdheid, datalekken, UAVG, AVG, Awb

Deze beschouwing belicht de evaluatie van de Uitvoeringswet AVG en gaat in op de werking van de boetebevoegdheid en de meldplicht datalekken. De UAVG blijkt nauwelijks van toegevoegde waarde voor het gegevensbeschermingsrecht in Nederland. Op de wijze waarop de boetebevoegdheid wordt toegepast is kritiek mogelijk. De meldplicht datalekken leidt niet tot toezicht op de niet-melders, waardoor niet-naleving van de meldplicht een onbedoelde prikkel krijgt.

1 Inleiding: hoe werkt de UAVG en kan dat beter?

De Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) is in ons land aangevuld door de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVG). De UAVG trad tegelijkertijd met het van toepassing worden van de AVG in werking op 25 mei 2018. De UAVG bouwt voort op de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en betreft daarmee volgens de wetgever een ‘beleidsneutrale’ omzetting. Het stelsel van het gegevensbeschermingsrecht, zoals neergelegd in de AVG en eerder in Richtlijn 95/46/EG en de Wbp kenmerkt zich als omnibuswetgeving doordat de AVG regels bevat die (in principe) gelden ongeacht door wie en binnen welke sector de persoonsgegevens worden verwerkt. Met het oog op de brede toepasselijkheid van deze regelgeving is gebruikgemaakt van open begripsbepalingen en normen, waarbij de invulling van deze open begripsbepalingen in de concrete situatie bepaalt welke verplichtingen gelden. Het gaat hierbij om sleutelbegrippen zoals persoonsgegevens, verwerking, pseudonimisering, verwerkingsverantwoordelijke, verwerker en hoofdvestiging. Tevens dient in veel gevallen de concrete invulling van de beginselen, zoals doelbinding en verenigbaarheid, gegevensminimalisatie, juistheid, opslagbeperking en integriteit door de verwerkingsverantwoordelijke zelf te worden gegeven. De invulling van de normen uit de AVG blijkt in de praktijk niet eenvoudig te zijn. Overheden,

bedrijven en instellingen worstelen met de open begripsbepalingen en normen en zijn voortdurend op zoek naar richting. In deze bijdrage staat de vraag centraal of de Uitvoeringswet AVG de praktijk meer houvast heeft geboden. Ook de werking van de meldplicht datalekken en de boetebevoegdheid van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) komt aan de orde.

De nationale wetgever heeft er in ons land uitdrukkelijk voor gekozen om in de UAVG voort te bouwen op het normenkader uit Richtlijn 95/46/EG en de Wbp. Dit houdt in dat bij onderdelen uit de verordening die vragen om een nadere invulling in nationaal recht, zoveel mogelijk is aangesloten bij het voorheen bestaande nationaal recht en de bestaande nationale beleidskeuzes. Waar dat niet mogelijk was is gekozen om zo dicht mogelijk bij het nationale recht te blijven.¹ Dit is gedaan ‘enerzijds omdat gelet op de inwerkingtreding van de AVG de tijd ontbrak om een geheel nieuw kader te ontwikkelen. Anderzijds om de overgang van de oude naar de nieuwe situatie zo soepel mogelijk te laten verlopen. Hoe kleiner die verschillen zijn, des te vloeiender de overgang naar het nieuwe regime.’ Bovendien achtte de wetgever het zinvol om eerst een aantal jaren ervaring op te doen met de verordening alvorens ook op die punten waar nog keuzevrijheid bestaat, af te wijken van het bestaande kader.² Mede daarom is in artikel 50 UAVG een artikel opgenomen dat voorziet in het uitvoeren van een evaluatie van de uitvoeringswet.

Deze evaluatie van de UAVG zou mogelijkheden geven voor aanpassingen, indien gewenst. Terwijl de evaluatie liep is gewerkt aan de voorbereiding van de Verzamelwet gegevensbescherming. Op 19 mei 2022 bracht de Raad van State daarover zijn advies uit. Het wachten is op indiening van het wetsvoorstel bij het parlement. Tegelijkertijd met de evaluatie van de UAVG is de werking van een tweetal instrumenten van de AVG onderzocht, die reeds vanaf 25 mei 2016 onderdeel waren van de Wbp; de meldplicht datalekken en de boetebevoegdheid van

* Heinrich Winter is oprichter en mededirecteur van Pro Facto en hoogleraar Bestuurskunde aan de Rijksuniversiteit Groningen, Thijs Drouen is adviseur/partner bij Hooghiemstra en Partners, Marlies van Eck is adviseur/partner bij Hooghiemstra & Partners en onderzoeker aan de Radboud Universiteit Nijmegen, Chantal Ridderbos-Hovingh is senior-onderzoeker/adviseur bij Pro Facto. Samen met Bieuwe Geertsema en Jeanne Cazemier, beiden onderzoeker bij Pro Facto, en Lisanne Kramer, senior-adviseur bij Hooghiemstra en Partners vormden zij het onderzoekersteam dat de evaluatie van de UAVG heeft uitgevoerd. Het eindrapport van de evaluatie, uitgevoerd op grondslag van de evaluatiebepaling in artikel 50 UAVG, waarvan dit artikel een bewerking is, verscheen in september 2022.

1 *Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, p. 17.*

2 *Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, p. 4.*

de toezichthouder, de Autoriteit Persoonsgegevens (AP).³ Dat is terug te voeren op een in 2015 door Kamerleden Schouw en Segers ingediende motie.⁴

De evaluatie van de UAVG zou geen evaluatie van de AVG moeten zijn en evenmin een evaluatie van de AP. De AVG is reeds in juni 2020 door de Europese Commissie geëvalueerd en vanwege haar onafhankelijke positie is evaluatie van de AP niet aan de Nederlandse overheid. De bepalingen van de UAVG die fungeren als instellingswet voor de AP zijn daarom in het onderzoek buiten beschouwing gebleven. Maar de uitkomsten van onderzoek naar de effectiviteit van de bestuurlijke boete en van de meldplicht datalekken worden uiteraard sterk bepaald door de wijze waarop de AP het toezicht en de handhaving uitoefent. En op onderdelen is er overlap tussen AVG en UAVG. Helemaal kon dus niet worden vermeden dat het onderzoek ten dele ook de werking van de AVG betreft en het functioneren van de AP raakte.⁵

2 Werking van de UAVG op hoofdlijnen

2.1 Duidelijkheid en toegankelijkheid

De tekst van de UAVG geeft niet of nauwelijks nadere duiding aan de toepassing van de AVG. Is die nadere invulling dan wel gegeven in de jurisprudentie? Jurisprudentievorming heeft onder de Wet persoonsregistraties (Wpr) en Wbp amper plaatsgevonden, waardoor de norminvulling in specifieke casuïstiek tot dan toe nauwelijks werd getoetst. Dit kwam door de wijze waarop de toezichthouder destijds haar toezicht had ingericht, maar ook de relatieve onbekendheid met het gegevensbeschermingsrecht, waardoor de weg naar de rechter slechts beperkt is bewandeld, speelt daarbij een rol. Onder de AVG is het aantal procedures op nationaal en Europees niveau waarin het gegevensbeschermingsrecht een rol speelde toegenomen. Dat komt doordat sinds het van toepassing worden van de AVG de toezichthouders dienen te beslissen op klachten van betrokkenen, waaronder handhavingsverzoeken. Hierdoor is het aantal appellabele besluiten verder toegenomen. Ook zal de uitbreiding van het handhavingsinstrumentarium en de geschilbeslechtingprocedure bij de European Data Protection Board – de Europese overlegstructuur van toezichthouders, EDPB – leiden tot verdere toename van het aantal rechterlijke procedures op nationaal niveau en op Europees niveau bij het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Dit laatste als gevolg van het stellen van prejudiciële vragen. De verwachting is dat de nadere invulling van de normstelling verder op gang zal komen. Dit ook mede door de publicaties van opinies, guidelines en best practices door de EDPB.

Wat betreft de UAVG vormt zich materieelrechtelijk het beeld dat beroepsprocedures alleen aan de UAVG worden getoetst wanneer partijen zelf de UAVG bij hun betoog betrekken of wanneer het gaat om een besluit van de AP. Ambtshalve lijkt er geen (zichtbare) materiële toetsing plaats te vinden aan de UAVG (bijvoorbeeld door het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden), in zaken waarin de feiten daartoe wel aanleiding hadden kunnen geven. In die gevallen wordt of aan hoger recht getoetst (het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Handvest van de grondrechten van de EU) of toetst de rechter direct aan sectorale wetgeving, zonder daarbij ook expliciet te toetsen of de UAVG een voorwaarde schept om het verwerkingsverbod op bijzondere persoonsgegevens te doorbreken. In een enkel geval geeft de rechter ervan blijk dat de UAVG een rol speelt in het geschil, zonder ook daadwerkelijk aan de UAVG te toetsen.

Functionarissen voor Gegevensbescherming (FG's) kunnen over het algemeen redelijk hun weg vinden binnen de normstelling, zo blijkt uit een vragenlijstonderzoek onder FG's. Maar op onderdelen doen zich wel knelpunten voor. Dat is in ieder geval aan de orde bij de uitzonderingen op verwerking van bijzondere persoonsgegevens en/of gegevens van strafrechtelijke aard. De FG's zijn daarnaast – in lijn met het vorenstaande – van mening dat van verduidelijking van de normen uit de UAVG door de jurisprudentie onvoldoende sprake is.

³ Die evaluatie is in 2021/2022 uitgevoerd door een team van Hooghiemstra & Partners en Pro Facto. Het eindrapport verscheen op 8 september 2022 en is getiteld *Bescherming gegeven? Evaluatie van de UAVG, de meldplicht datalekken en de boetebevoegdheid*.

⁴ *Kamerstukken II 2015/16*, 33662, nr. 20.

⁵ Tegen die achtergrond betreuren de onderzoekers dat de AP weigerde medewerking te verlenen aan het onderzoek; wel maakte de toezichthouder gebruik van de mogelijkheid commentaar te leveren op een tweetal hoofdstukken met beschrijvende informatie.

Tabel 1: FG's over de duidelijkheid van de normstelling (n=151)

Stellingen over duidelijkheid normstelling	FG's (in procenten)			
	Oneens	Neutraal	Fens	Weet niet/geen mening
In onze organisatie is het duidelijk op grond van welke algemene uitzonderingsgronden bijzondere gegevens en/of gegevens van strafrechtelijke aard mogen worden verwerkt.	8	9	79	4
In onze organisatie is het duidelijk op grond van welke specifieke uitzonderingsgronden bijzondere gegevens en/of gegevens van strafrechtelijke aard mogen worden verwerkt.	14	6	74	6
In onze organisatie ervaren wij geen knelpunten bij de uitzonderingsgronden voor de verwerking van bijzondere gegevens en/of gegevens van strafrechtelijke aard.	27	14	53	6
Het is voor ons duidelijk welke uitzonderingen en beperkingen er zijn met betrekking tot de rechten van betrokkenen.	10	10	78	2
Het is voor ons duidelijk hoe de uitzonderingen en beperkingen met betrekking tot de rechten van betrokkenen geïnterpreteerd/toegepast moeten worden.	12	12	75	1
De normen uit de UAVG worden goed verduidelijkt door jurisprudentie.	37	27	21	15

Toegankelijkheid

De wetgever heeft bij de totstandkoming van de UAVG uit vrees dat de verbrokkeling van regelgeving in ernstige mate afbreuk zou doen aan de samenhang, de begrijpelijkheid en het verkrijgen van een volledig en juist beeld van het regime van de bijzondere categorieën van persoonsgegevens, gebruikgemaakt van de ruimte die overweging 8 van de AVG biedt om in weerwil van het overschrijfverbod artikel 9 AVG over te nemen in artikel 22 UAVG. De wetgever heeft daarom getracht om artikel 22 UAVG als schakelbepaling te laten functioneren tussen de AVG enerzijds en sectorale wetgeving en de specifieke bepaling uit de UAVG anderzijds. Nu in de praktijk – blijkens de analyse van de jurisprudentie – direct wordt getoetst aan de uitzonderingsgronden in de artikelen 23 tot en met 30 UAVG dan wel de in sectorale wetgeving opgenomen uitzonderingsgronden, vervult artikel 22 UAVG niet de schakelfunctie die de wetgever voor ogen had om de toegankelijkheid van het stelsel te vergroten. Het overnemen van elementen van de AVG in de UAVG moet worden heroverwogen, omdat dat niet tot meer duidelijkheid voor de uitvoeringspraktijk heeft geleid.

Om tot een effectieve en toegankelijke bescherming van persoonsgegevens te komen is laagdrempeligheid van de rechtsbescherming van groot belang. De UAVG voorziet in twee sporen waarlangs de betrokkene rechtsbescherming kan verkrijgen, namelijk het bestuursrechtelijke

spoor (art. 34 UAVG) en het civielrechtelijke spoor (art. 35 UAVG). Deze procedures zijn gelijk aan die in de Wbp.

Voor zover de verwerkingsverantwoordelijke een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is, is op grond van artikel 34 UAVG de Awb van toepassing op beslissingen naar aanleiding van de uitoefening van rechten van betrokkenen. De beslissing van het bestuursorgaan, waarbij gevolg wordt gegeven aan het verzoek of het verzoek geheel of gedeeltelijk wordt geweigerd, is dan een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, waartegen bezwaar kan worden gemaakt en beroep kan worden ingesteld. De UAVG voorziet niet in bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen feitelijk bestuurshandelingen op grond van de (U)AVG. Evenmin bevat de UAVG een bevoegdheid voor de bestuursrechter om te veroordelen tot het vergoeden van schade als gevolg van een onrechtmatige gegevensverwerking door een bestuursorgaan. Dit laatste komt voort uit het fundamentele verschil tussen de bestuursrechtelijke systematiek en het gegevensbeschermingsrecht. In het gegevensbeschermingsrecht gaat het om feitelijke bestuurshandelingen. In het bestuursrecht gaat het om besluiten van bestuursorganen waarmee een eenzijdige rechtshandeling wordt bewerkstelligd. In de uitspraak van 2 februari 2022 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State door het hanteren van een ruime connexiteitseis ruimte geboden om een verzoek als bedoeld in artikel 82 AVG overeenkomstig

artikel 8:88 Awb aan de bestuursrechter voor te leggen zonder dat betrokkene eerst een beroep heeft gedaan op zijn rechten genoemd in de artikelen 15 tot en met 22 AVG.⁶ Het zou de rechtsbescherming van betrokkenen tegen feitelijke bestuurshandelingen op grond van de (U)AVG ten goede komen, indien de wetgever een brug weet te slaan indachtig deze uitspraak tussen deze bestuurshandelingen en de rechtsbescherming op grond van de Awb. Door dit te doen ontstaat voor de betrokkene de mogelijkheid om vroegtijdig, in ieder geval voordat een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb is genomen, de juistheid van zo'n verwerking te betwisten zonder een voor hem nadelig besluit of een keten van besluiten te moeten afwachten. Dit voorkomt tevens dat de betrokkene op de civiele rechter als restrechter is aangewezen, waarbij procesvertegenwoordiging verplicht is.

Is de verwerkingsverantwoordelijke geen bestuursorgaan dan geldt volgens artikel 35 UAVG dat de betrokkene of een andere belanghebbende door middel van een verzoekschriftprocedure als bedoeld in artikel 261 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zich tot de civiele rechter wendt om op te komen tegen een beslissing van een verwerkingsverantwoordelijke op een verzoek van een betrokkene tot het uitoefenen van de rechten van betrokkene. Deze laagdrempelige rechtsingang beperkt zich tot het bevel om een verzoek om uitoefening van de rechten van betrokkene als bedoeld in de artikelen 15 tot en met 22 toe of af te wijzen. Voor het wegnemen van de (andere) gevolgen van de onrechtmatige verwerking, zoals vernietiging van bepaalde genomen besluiten of een verklaring voor recht dat een verwerkingsverantwoordelijke onrechtmatig gehandeld heeft, dient een dagvaardingsprocedure te worden gestart. Een verbreding van de reikwijdte van artikel 35 UAVG in die richting zou niet alleen bijdragen aan een vereenvoudiging voor de betrokkene om zijn recht te halen, maar draagt ook bij tot een effectievere bescherming van de betrokkene in verband met de verwerking van persoonsgegevens.

De invulling van artikel 22 AVG, geautomatiseerde besluitvorming

In artikel 22 AVG is het recht opgenomen om niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor de betrokkene rechtsgevolgen zijn verbonden of dat de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft. Allereerst valt op dat de wetgever het recht heeft opgevat als een verbod.⁷ De wetgever heeft in artikel 40 UAVG gebruikgemaakt van de bevoegdheid uit artikel 22, tweede lid, onder b, AVG. De manier waarop dit is gedaan, is als volgt:

- De uitzondering is niet voor profilering maar alleen voor geautomatiseerde individuele besluitvorming.

- De uitzondering is zeer algemeen en er is dus niet per sector of per wet bepaald welke besluiten geautomatiseerd mogen worden genomen, noch gekeken naar de gevolgen van het besluit voor de betrokkenen.
- De wetgever laat het aan de verwerkingsverantwoordelijke om passende maatregelen te treffen tot bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene. Is het een bestuursorgaan dan wordt ervan uitgegaan dat het voldoende is dat de belanghebbende in bezwaar en beroep kan gaan. Is de verwerkingsverantwoordelijke geen bestuursorgaan, dan wordt vereist dat in ieder geval het recht op menselijke tussenkomst, het recht om zijn standpunt kenbaar te maken en het recht om het besluit aan te vechten, zijn geborgd.

De facto zijn dit royale uitzonderingen. Destijds vond de Afdeling advisering van de Raad van State het al de vraag of de wetgever hiermee heeft voldaan aan de eisen van artikel 22 AVG dat er is voorzien bij wet in passende maatregelen. De Afdeling wees erop dat in een geautomatiseerd besluitvormingsproces bepaalde persoonlijke omstandigheden niet meegewogen zouden mogen worden. De aan die besluitvorming inherente automatismen kunnen onder omstandigheden leiden tot disproportionele (en 'onbillijke') gevolgen. De Afdeling stelde dat 'een redelijke en zorgvuldige besluitvorming niet afhankelijk gemaakt moet worden van het al dan niet instellen van bezwaar of beroep'.⁸

Geautomatiseerde besluiten bij de overheid

Uit de gesprekken die zijn gevoerd over geautomatiseerde besluiten bij de overheid, blijkt dat artikel 40 UAVG nauwelijks bekendheid geniet of wordt toegepast. Dit is opvallend omdat de overheid veel geautomatiseerde besluiten neemt, denk maar aan toeslagen, uitkeringen en boetes. Dat kan alleen omdat artikel 40 UAVG er is. Opvallend is ook dat hoewel er in het bestuursrecht veel geprocedeerd wordt bij geschillen over primaire geautomatiseerde besluiten, zelden is waar te nemen dat artikel 40 UAVG (en art. 22 AVG) als rechtsbron wordt gebruikt. Het vermoeden bestaat dat dit is veroorzaakt doordat er geen expliciete relatie is gelegd met sectorale wetgeving of de Awb. Voor geautomatiseerde besluiten en feitelijke handelingen die daaraan voorafgaan, is dit een reëel probleem. Door in de Awb waarborgen te treffen, zou meer houvast kunnen worden geboden aan de rechtspraak. Maar dit is nog geen oplossing voor eventueel vergelijkbare problemen in het civiel recht.

6 ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, r.o. 22; ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:899, r.o. 19; ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:900, r.o. 21; ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:901, r.o. 27 en ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:319, r.o. 14.1.

7 Meer hierover in het rapport, p. 117.

8 *Kamerstukken II 2017/18*, 34851, nr. 4, p. 48.

2.2 *Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid*

Wat hiervoor is gezegd over de duidelijkheid en toegankelijkheid van de UAVG heeft een directe relatie met de uitvoerbaarheid van de UAVG. De AP baseert zich in haar toezicht en bij de handhaving op de AVG, maar betreft ook de normen van de UAVG daarbij. In de uitgevoerde casestudy's (VoetbalTV, Belastingdienst/btw/bsn, Uber, BKR en GGD GHOR NL) blijkt verschillende keren dat ondertoezichtstaanden behoefte hebben aan nadere duiding van de normen, waarover ze graag in gesprek willen met de AP. Uit de cases komt naar voren dat de AP los van het formele moment om te komen tot bijvoorbeeld een sanctionerend besluit niet altijd bereid lijkt te zijn zo'n dialoog te voeren. Bij gedragscodes, de zesde casestudy Gedragscode Gezondheidsonderzoek, blijkt dat het gesprek wel wordt aangegaan, maar sluiten de verwachtingen van het veld niet aan op wat de AP biedt. Daarentegen geeft de AP wel aan dat voorafgaand aan een voorgenomen verwerking de AP gevraagd kan worden om een zogenoemde voorafgaande raadpleging, maar van die mogelijkheid wordt vooralsnog weinig gebruikgemaakt. Ook relevant om te melden is dat de AP aan geeft regelmatig te spreken met brancheorganisaties (ruim 350 gesprekken per jaar), waarin veel aandacht wordt besteed aan normuitleg, onder andere over faillissementen en de omgang met transactiedata door banken. Dergelijke gesprekken zegt de AP ook te voeren met wetgevingsjuristen bij departementen.

2.3 *Naleving*

In hoeverre duidelijkheid en toegankelijkheid van de normstelling en uitvoerbaarheid van de UAVG de naleving van de wet beïnvloeden is moeilijk te zeggen. Meer algemeen bestaat geen of slechts beperkt zicht op de naleving van de UAVG. De indruk is dat bij de naleving van de privacy normen sprake is van een nog voortgaand proces van bewustwording en implementatie binnen organisaties. De inrichting van organisaties met het oog op risico's rond de bescherming van persoonsgegevens komt steeds beter op orde, maar er is ook nog ruimte voor verbetering.

De FG speelt binnen veel organisaties een belangrijke rol als het gaat om het interne toezicht op de naleving van de bepalingen van het gegevensbeschermingsrecht. De FG's geven in ruime mate (60%) aan dat ze bij vrijwel alle datalekken in hun organisatie worden betrokken. Daar staat tegenover dat ongeveer een op de zes FG's denkt bij minder dan de helft van de datalekken betrokken te worden. De AP heeft een loket ingericht voor vragen van FG's, waar volgens de toezichthouder de afgelopen jaren circa honderd vragen per maand zijn ingekomen, die ook direct worden afgehandeld door de AP. Uit het vragenlijstonderzoek onder FG's zien we dat de meeste FG's aanspreekpunt zijn voor de AP. Maar opvallend is wel dat minder dan de helft van de respondenten zich altijd vrij voelt om de AP te benaderen en dat een kwart zich nooit of soms vrij voelt. Ook uit de interviews blijkt dat FG's worden gehinderd door de vrees dat contact met de AP kan leiden tot interventies of versterkte controle van de organisatie waarvoor de FG werkzaam is.

Tabel 2: betrokkenheid FG's bij gegevensbescherming en relatie met AP (FG's in procenten; n=186)

	Nooit	Soms	Meestal	Altijd	Altijd of meestal
Ik fungeer namens mijn organisatie als aanspreekpunt voor de AP voor alle zaken verband houdend met gegevensbescherming.	6%	8%	27%	59%	86%
Ik word betrokken bij contacten tussen de AP en mijn organisatie.	8%	6%	20%	66%	86%
Ondanks de geldende verplichtingen tot geheimhouding/vertrouwelijkheid, voel ik mij vrij om de AP te benaderen voor advies.	7%	20%	33%	41%	73%

2.4 *Tussenconclusie: de uitwerking van de AVG in de UAVG*

De conclusie moet zijn dat de Uitvoeringswet AVG, de Nederlandse wet die de Europese Algemene verordening gegevensbescherming aanvult, slechts een beperkte betekenis heeft. De wet biedt niet of nauwelijks nadere invulling aan de AVG-normen. De toegevoegde waarde

van de UAVG is daarmee slechts beperkt. En dat kan worden betreurd nu de in de AVG neergelegde normen voor velen lastig te hanteren zijn. Nadere invulling door de jurisprudentie is er wel, maar slechts in beperkte mate. Daarnaast draagt de UAVG nog onvoldoende bij aan het vergroten van de toegankelijkheid van het gegevensbeschermingsrecht, bijvoorbeeld doordat er op meerdere vlakken geen brug geslagen wordt tussen de

bestuursrechtelijke systematiek en die van het gegevensbeschermingsrecht.

3 De boetebevoegdheid

Wat opvalt bij de handhaving door de AP is dat een beleidsregel waarin een integraal toezichts- en handhavingsbeleid is vastgelegd ontbreekt. Voor zover kon worden nagegaan is geen sprake van kenbaar beleid op dit punt. Op welke wijze de toezichthouder in zijn handelen een escalatiestrategie toepast is daardoor niet duidelijk. In de bestudeerde cases leek niet of nauwelijks sprake te zijn van een dergelijke strategie. In de case VoetbalTV is de AP zonder eerst andere stappen te zetten overgegaan tot boeteoplegging. In de bestudeerde gevallen waarin een boete is opgelegd viel op dat een dialoog tussen de ondertoezichtstaande organisatie en de toezichthouder in een aantal gevallen geheel of vrijwel geheel ontbrak. In alle gevallen had de betreffende organisatie graag met de AP in gesprek willen komen. Ook indien de overtreder gedurende de onderzoeksfase of het handhavingstraject maatregelen treft om de overtrekking te beëindigen houdt de AP in de bestudeerde cases vast aan de gekozen boetehoogte. Er is beleid over de matiging van boetes, maar hoe dat in de praktijk wordt toegepast is niet inzichtelijk; een vergelijking van de cases gaf op dat punt in ieder geval niet meer houvast.

Het vaststellen van toezichts- en handhavingsbeleid waarin de bestuurlijke boete een plaats krijgt in het escalatiemodel van de AP zou veel duidelijkheid scheppen over de wijze van opereren van de toezichthouder. Dat maakt het handelen van de toezichthouder immers beter voorspelbaar en zorgt daarmee voor meer begrip aan de kant van de ondertoezichtstaanden. Mogelijkheden voor het voeren van een gesprek kunnen ook de acceptatie van het optreden van de toezichthouder bevorderen, in het licht van veel onderzoek over *procedural justice* lijkt dat een verstandige werkwijze bij het hanteren van de boetebevoegdheid.

4 De meldplicht datalekken

De inzet van de toezichthouder op de naleving van de meldplicht is grotendeels gericht op gemelde datalekken. Niet-melders lijken min of meer vrij spel te hebben. Hoewel de AP zelf stelt te werken met een risicoanalyse blijkt tegelijkertijd uit de jaarverslagen van de toezichthouder dat de toezichtscapaciteit vooral wordt ingezet op de gemelde datalekken. De toezichthouder zelf wijst hierbij regelmatig ook op haar beperkte capaciteit.⁹ We constateren in de casestudy's dat de AP forse boetes oplegt juist in gevallen waarin wel is gemeld. Het is niet ondenkbaar dat die werkwijze ertoe leidt dat potentiële melders eerder terughoudend worden om te melden. De eerder aangehaalde bevinding uit het vragenlijstonderzoek onder FG's waarin een kwart van de FG's aangeeft zich niet altijd vrij te voelen in het contact met de AP

zou hierop kunnen wijzen. De kans dat een niet-gemeld datalek wordt opgespoord neemt daardoor verder af. Wel tijdig melden leidt ook niet tot verlaging van opgelegde boetes in verband met beveiligingsgebreken die naar aanleiding van tijdig gemelde datalekken aan het licht komen.

5 Zelfregulering als alternatief

De open normen van de (U)AVG maken het mogelijk flexibel te kunnen inspelen op de ontwikkelingen die zich voordoen. Maar het nadeel van het stelsel van open normen is dat het ingewikkeld is voor verwerkingsverantwoordelijken om aan het gegevensbeschermingsrecht toepassing te geven. Zij worstelen met de vraag of ze verwerkingsverantwoordelijke of verwerker zijn en daarmee of zij doel en middelen van de verwerking bepalen. Andere vragen die spelen zijn of een bepaald gegeven een persoonsgegeven is, de juiste grondslag gebruikt wordt, het verwerkingsverbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken doorbroken mag worden en of de verwerking van persoonsgegevens juist en actueel is en verenigbaar is met het oorspronkelijke doel.

De verwerkingsverantwoordelijke zal zelf in het concrete geval telkens weer invulling moeten geven aan de open normen en een weg moeten vinden in het stelsel van de AVG en UAVG en daar verantwoording over moeten afleggen op grond van artikel 5, tweede lid, AVG. Het zal voor de verwerkingsverantwoordelijke vooraf niet altijd duidelijk zijn of de gemaakte keuze en afweging juist zijn, waardoor het risico bestaat dat niet in overeenstemming met de AVG en/of de UAVG wordt gehandeld. Deze situatie doet zich niet alleen voor bij organisaties die risicovolle en grootschalige verwerkingen van persoonsgegevens verrichten, maar ook organisaties die verwerkingen verrichten met een laag risico hebben hier, zij het in mindere mate, mee te maken.

Om tot naleving van deze open normen te kunnen komen, hanteren de AVG en de UAVG net als de Wbp een mix van overheidsregulering en zelfregulering, waarbij zekerheid over de toepassing van het stelsel en de gewisheid van de uitkomst van de toepassing van de begripsbepalingen en normen niet alleen afhankelijk is van de taakuitoefening door de toezichthouder, maar waarbij ook sectoren en organisaties zelf aan zet zijn. De AVG voorziet in het gebruik van gedragscodes, de gegevensbeschermingseffectbeoordeling, de voorafgaande raadpleging, certificering en het intern toezicht door Functionarissen voor Gegevensbescherming. Bovendien kent de AVG een structuur om een gelijk speelveld voor verwerkingsverantwoordelijken te garanderen en een coherentiemechanisme om tot harmonisatie van normuitleg tussen de toezichthouders op de AVG te komen. Deze mix zou, indien in evenwicht, tot voldoende rechtszekerheid bij verwerkingsverantwoordelijken moeten leiden om ten volle binnen de kaders van de AVG en de UAVG

⁹ tweakers.net/nieuws/197184/privacywaakhond-doet-amper-onderzoek-naar-datalekken-die-niet-woorden-gemeld.html.

tot het verwerken van persoonsgegevens te kunnen overgaan. Hetgeen de bescherming van de betrokkenen eveneens ten goede komt. Toch blijkt dat evenwicht nog onvoldoende aanwezig.

Een belangrijk instrument om te komen tot zelfregulering is de nationale en Europese gedragscode. De gedragscode geeft een sectorspecifieke invulling van het normenkader van de AVG en, waar nodig, de UAVG. De gedragscode vormt een praktische en zinvolle manier om een grotere mate van consistentie te bereiken in de wijze waarop het gegevensbeschermingsrecht wordt toegepast en zou kunnen fungeren als mechanisme om naleving van de AVG en de UAVG aan te tonen. De Europese gedragscode in het bijzonder kan bijdragen aan het wegnemen van de eventuele verschillen tussen de lidstaten in de manier waarop zij gegevensbeschermingsrecht toepassen. Een gedragscode wordt goedgekeurd door de toezichthouder, zodat verwerkingsverantwoordelijken de zekerheid hebben dat als zij in overeenstemming met de gedragscode handelen ook voldaan wordt aan het geldende normenkader. De goedkeuring van een gedragscode is een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, waartegen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

De AP keurt een gedragscode goed wanneer de in de gedragscode opgenomen regels, gelet op de specifieke kenmerken van de sector(en), waarin deze organisatie werkzaam is, een juiste uitwerking vormen van de (U)AVG en bijdragen aan een juiste toepassing van de (U)AVG en niet alleen een herhaling van de normen uit de AVG inhouden. De AP wijst erop dat veel van de aanvragen voor goedkeuring van een gedragscode die bij de AP worden ingediend van onvoldoende kwaliteit zijn.

Onder de Wbp in de periode tussen 2012 en 2018 ging het om gemiddeld minder dan twee gedragscodes per jaar, waarbij in de jaren 2017 en 2018 geen enkele gedragscode ter goedkeuring aan de toezichthouder is voorgelegd.¹⁰ In 2019 is één ontwerpbesluit tot goedkeuring van een gedragscode gepubliceerd.¹¹ In 2020 is deze gedragscode met een definitief besluit goedgekeurd.¹² Een en ander duidt erop dat de gedragscode niet (meer) een effectief instrument is om rechtszekerheid voor verwerkingsverantwoordelijken te garanderen en om een juiste balans van overheidsregulering en zelfregulering te bewerkstelligen. Dat klemt te meer nu deze balans niet kan worden bereikt met op brancheniveau ontwikkelde richtsnoeren die formeel geen status hebben. Dit ondanks de bijdrage die deze richtsnoeren bieden om tot de naleving van de (U)AVG te komen.

Om de totstandkoming van het aantal gedragscodes en het vragen van de goedkeuring daarvan te vergroten, kan het behulpzaam zijn om in sectorale wetgeving het hebben van een goedgekeurde gedragscode te verplichten.

Op deze wijze worden sectoren gedwongen om tot zelfregulering te komen. Naarmate het aantal gedragscodes dat ter goedkeuring aan de AP moet worden voorgelegd groeit, zullen naar verwachting de ervaren nadelen en complexiteit afnemen vanwege de ervaring die organisaties én de AP opdoen met het toetsen van gedragscodes. Dit zou gepaard kunnen gaan met een op de praktijkgerichte handleiding van de AP, waarin inzicht wordt geboden in het normenkader dat de toezichthouder bij toetsing van gedragscodes hanteert. Op deze manier zou een handreiking kunnen worden geboden aan de sectoren om tot een goedgekeurde gedragscode te komen.

6 Beperkingen van de rechten van betrokkenen en de meldplicht bij inbreuk

In artikel 41 UAVG is een algemene bepaling opgenomen die een belangenafweging met betrekking tot het beperken van de rechten van betrokkene overlaat aan de verwerkingsverantwoordelijke. Het gaat daarbij om situaties die niet altijd op voorhand te voorzien zijn voor de nationale wetgever en waarvoor in de praktijk daadwerkelijk een noodzaak tot inperken van de reikwijdte van bepaalde rechten van betrokkene bestaat. De in dit artikel geboden generieke mogelijkheid voor een verwerkingsverantwoordelijke om bepaalde rechten van betrokkenen in te perken, is inroepbaar in uitzonderlijke individuele situaties waarin aan de ene kant de wetgever (nog) niet heeft voorzien in een oplossing, terwijl er aan de andere kant dermate grote in het artikel opgesomde belangen op het spel staan voor de verwerkingsverantwoordelijke dat die het (deels) beperken van voornoemde rechten rechtvaardigen.

De vraag is of artikel 41, tweede lid, UAVG, waarbij het aan de verwerkingsverantwoordelijke is om tot een afweging te komen tot het buiten toepassing laten van de rechten en verplichtingen van artikelen 12 tot en met 21 AVG, recht doet aan artikel 23, tweede lid, AVG en meer in het algemeen aan het stelsel dat de AVG voorstaat om tot de bescherming van persoonsgegevens te komen. Aangeraden wordt om te bezien of meer recht gedaan kan worden aan artikel 23 AVG door bij of krachtens sectorale wetgeving de rechten van betrokkenen op maat te beperken in plaats van in meer algemene zin en waarbij deze verantwoordelijkheid is gelegen bij de verwerkingsverantwoordelijke zelf ten aanzien van de eigen verwerking.

7 Conclusie

De Uitvoeringswet AVG is van beperkte betekenis gebleven bij het uitwerken van de normen uit de AVG. De uitvoeringspraktijk ontwikkelt zich stap voor stap in een meer privacybewuste richting. Het onderzoek naar de werking van de UAVG laat zien dat de praktijk daarvoor

¹⁰ Autoriteit Persoonsgegevens, jaarverslagen 2012-2018.

¹¹ Nieuwsbericht Autoriteit Persoonsgegevens 2019.

¹² Autoriteit Persoonsgegevens 2021.

nog maar beperkt houvast kan ontleen aan de ontwikkeling van de jurisprudentie en aan normuitleg door de toezichthouder. De vraag is dan of zelfregulering hier van betekenis kan zijn. De praktijk laat nog maar in zeer beperkte mate de ontwikkeling van zelfregulering zien. Sectorale gedragscodes zijn amper tot stand gekomen. De toezichthouder kan hier hulp bieden onder meer door duidelijk te maken aan welke eisen een gedragscode dient te voldoen. De toezichthouder kan ook overigens meer richting geven. Door toezichts- en handhavingsbeleid te publiceren en door vaker in dialoog te treden met ondertoezichtstaanden die behoefte hebben aan normuitleg.