

De AVG en de UAVG

Het grondrecht op gegevensbescherming wordt door de EU beschermd. De werking van dit recht in de Nederlandse rechtsorde roept vragen op

Hielke Hijmans¹

De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) impliceert een overdracht van bevoegdheden naar de Europese Unie op een terrein dat tot de kern van de rechtsstaat behoort, de bescherming van grondrechten van burgers. De Raad van State spreekt in dit verband van een constitutioneel relevante verschuiving. Anderzijds heeft de AVG richtlijn-achtige kenmerken die juist veel ruimte laat voor precisering door de lidstaten. De werking van de AVG en de Uitvoeringswet Algemene Verordening (UAVG) in de Nederlandse rechtssfeer roept enkele fundamentele juridische vragen op. Dit artikel bespreekt een aantal daarvan, vooral aan de hand van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de UAVG.

Inleiding

Op 25 mei 2018 wordt de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) van toepassing. De AVG vervangt de Wet bescherming persoonsgegevens als algemeen regime voor de bescherming van persoonsgegevens in Nederland. De AVG beoogt effectief bescherming te bieden aan grondrechten in een digitale wereld. Dit is geen sinecure, zo moge duidelijk zijn, in een omgeving die zich razendsnel ontwikkelt, die is gebaseerd op massaal gebruik van (persoons-)gegevens en waar Silicon Valley een sterke machtspositie heeft.²

Tegen deze achtergrond heeft de Europese wetgever gekozen voor een rechtsinstrument dat een revolutionaire kant heeft. De bescherming van het grondrecht op de bescherming van persoonsgegevens wordt een Europese aangelegenheid en onttrokken aan de autonome bevoegdheid van de lidstaten. Dit grondrecht is neergelegd in artikel 10 van de Nederlandse Grondwet en artikel 8 van het EU-grondrechtenhandvest. De AVG regelt de bescherming van persoonsgegevens in beginsel uitputtend.

In beginsel, want op veel plekken verwijst de AVG naar het nationale recht. Bovendien is de handhaving van de AVG overgelaten aan nationale toezichthouders, in Nederland de Autoriteit Persoonsgegevens (AP). Sterker nog, hoewel de AVG in beginsel uitputtend is bedoeld en uitvoering geeft aan een regelingsopdracht van de Europese Verdragen,³ kan deze verordening niet effectief functioneren zonder aanvullende nationale wetgeving.⁴ De Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming (UAVG), waarvan het wetsvoorstel nu bij de Tweede Kamer ligt,⁵ moet dit aanvul-

lende nationale kader scheppen in Nederland.⁶

De werking van de AVG (en de UAVG) in de Nederlandse rechtssfeer roept enkele fundamentele juridische vragen op, deels van constitutionele aard. Ik bespreek enkele van deze vragen hieronder, vooral aan de hand van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de UAVG.⁷

De AVG in context

De AVG vindt zijn rechtvaardiging in de snelheid van technologische ontwikkelingen en in de globalisering.⁸ De technologie verandert razendsnel; het World Economic Forum spreekt nu al over de vierde industriële revolutie.⁹ Bovendien is internet een mondiaal netwerk, met enkele dominante marktpartijen die vooral opereren vanuit landen buiten de EU.¹⁰ Een en ander brengt de bescherming van individuele rechten in gevaar. Mensen verliezen controle over hun gegevens, met onder andere gevolgen voor hun privacy.¹¹

Een verdere rechtvaardiging voor de AVG ligt in de interne markt. Uiteenlopende nationale regels en praktijken rond de bescherming van persoonsgegevens kunnen het functioneren van de digitale interne markt belemmeren. De AVG moet een gelijk speelveld ('level playing field') scheppen in de gehele EU met een vrij verkeer van persoonsgegevens. Zo'n gelijk speelveld is overigens ook van belang voor de bescherming van burgers: het moet voorkomen dat bedrijven producten en diensten aanbieden vanuit lidstaten met een laag niveau van gegevensbescherming.

De AVG impliceert een overdracht van bevoegdheden naar de Europese Unie op een terrein dat tot de kern van de rechtsstaat behoort, de bescherming van grondrechten van burgers. De Raad van State spreekt in dit verband van een constitutioneel relevante verschuiving.¹²

Dit was een belangrijke reden voor de Europese wetgever om rekening te houden met de belangen van de lidstaten. Als gezegd, het toezicht is een taak van nationale toezichthouders. Bovendien mogen de lidstaten het effect van bepalingen uit de AVG beperken om redenen van algemeen belang en staat de verordening het de lidstaten op sommige punten toe om de verordening aan te vullen waar zij dat nodig achten in verband met nationale beleidsoverwegingen.

Aan de andere kant kent de AVG ook weer diverse mechanismen die ervoor moeten zorgen dat de verschillen tussen de lidstaten niet al te groot worden. Zo moet de handhaving van de AVG zoveel mogelijk consistent plaatsvinden.¹³ De AVG legt daartoe op Europees niveau de taken en bevoegdheden van de toezichthouders vast, waaronder de bevoegdheid tot het opleggen van zeer hoge bestuurlijke boetes tot maximaal € 20 miljoen of 4% van de wereldwijde jaaromzet van een onderneming.¹⁴ Tevens kent de AVG een systeem van gecoördineerd toezicht, in grensoverschrijdende zaken.¹⁵

Ook komt een belangrijke rol toe aan het Europees Comité voor gegevensbescherming (European Data Protection Board; verder: EDPB) dat door de AVG wordt opgericht. De EDPB zal een EU orgaan zijn dat is samengesteld uit de nationale autoriteiten.¹⁶ Dit orgaan stelt beleidsregels op, geeft adviezen met een zekere bindende werking en kan in sommige situaties bindende besluiten nemen over de handhaving van de AVG.¹⁷

Kortom, enerzijds is de AVG een verdere stap in de Europeanisering van het gegevensbeschermingsrecht,¹⁸

anderzijds heeft de AVG richtlijn-achtige kenmerken die juist veel ruimte laten voor precisering door de lidstaten.

Europeanisering

De Raad van State wijst op het afnemend belang van artikel 10 lid 2 en 3 Gw, die regelingsopdrachten bevatten voor de nationale wetgever op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens. Uiteraard is dit een volstrekt juiste

Artikel 10 lid 2 en 3 Grondwet, is een dode letter geworden, behoudens wellicht op terreinen waar het EU-recht niet van toepassing is

waarneming en naar mijn oordeel zelfs een understatement. Artikel 10 lid 2 en 3 Gw, is een dode letter geworden, behoudens wellicht op terreinen waar het EU-recht niet van toepassing is.¹⁹ Op grond van artikel 16 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) stelt de Europese wetgever de regels. De uitputtende formulering van artikel 16 laat geen ruimte voor autonome nationale wetgeving.²⁰ Een en ander neemt niet weg dat de AVG, als gezegd, in een aantal situaties expliciet ruimte laat voor nationale wetgeving.²¹ Die nationale wetgeving is dan echter niet gebaseerd op artikel 10 van de Nederlandse Grondwet, maar op artikel 16 VWEU en de AVG.²²

Auteur

1. Mr. dr. H. Hijmans is onafhankelijk deskundige Europees privacyrecht; verbonden aan het Centre for Information Policy Leadership, Considerati Amsterdam en Vrije Universiteit Brussel/Brussels Privacy Hub en lid van de Commissie Meijers.

Noten

2. 'Taming the titans, Google, Facebook and Amazon are increasingly dominant. How should they be controlled?', *Economist* 20 januari 2018.
3. Art. 16 VWEU; zie hierover H. Hijmans, *The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art 16 TFEU*, Springer, 2016.
4. Mededeling van de Commissie van 24 januari 2018, 'Stronger protection, new opportunities – Commission guidance on the direct application of the General Data Protection Regulation as of 25 May 2018', COM(2018) 43 final.
5. Kamerstukken II 2017/18, 34851, 2.
6. De UAVG is niet het enige aanvullende

nationale instrument, maar wel het belangrijkste.

7. Kamerstukken II 2017/18, 34851, 4. Dit artikel verwijst verder naar de Raad van State en niet specifiek naar de Afdeling advisering.
8. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Privacywaarborging in het online tijdperk, Een Europees gegevensbeschermingskader voor de 21e eeuw', COM (2012) 9 final, par. 1.
9. www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond.
10. Vooral vanuit de Verenigde Staten, maar ook het Chinese Alibaba verkrijgt een sterke marktpositie.
11. Privacy en gegevensbescherming zijn als twee aparte grondrechten vastgelegd in het EU Grondrechtenhandvest (art. 7 en 8). De Nederlandse grondwet beschermt de persoonsgegevens als specifiek privacy-recht, naast andere privacy-rechten (art. 10-13).

12. Advies Raad van State, aanhef.

13. Zie hoofdstukken VI en VII van de AVG.

14. Art. 83 AVG.

15. Zie met name art. 56 en 60 AVG.

16. De EDPB vervangt per 25 mei 2018 de artikel 29 werkgroep, het huidige netwerk van autoriteiten, opgericht op basis van art. 29 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEU* L 281/31. Ook de Europese Toezichthouder voor de Gegevensbescherming (EDPS) zal lid zijn van de EDPB.

17. Art. 63-76 AVG.

18. Advies Raad van State, I.2.a.

19. De memorie van toelichting noemt in dit verband ook het Caribische deel van Nederland, waar de AVG niet zal gelden en waar de Wet bescherming persoonsgegevens BES geldt.

20. H. Hijmans, *The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of*

Art 16 TFEU, Springer, 2016, 4.2, 4.3 en 6.2.

21. Zie advies European Data Protection Supervisor van 7 maart 2012 over het hervormingspakket gegevensbescherming, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/12-03-07_edps_reform_package_en.pdf, paras 50-70.

22. Dit geldt evenzeer voor de nationale wetgeving ter uitvoering van Richtlijn 2016/680/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad, *PbEU* 119/89. Deze richtlijn stelt regels voor de gegevensbescherming bij politie en justitie, sectoren waarop de AVG slechts zeer beperkt van toepassing is. Die richtlijn wordt verder niet besproken in dit artikel.



De Raad van State gaat in op het toepassingsbereik van het Unierecht en legt uit dat de AVG ook van toepassing is op situaties zonder grensoverschrijdende aspecten.²³ Vervolgens adviseert de Raad om de UAVG van overeenkomstige toepassing te doen zijn op verwerkingen die buiten het toepassingsgebied van de AVG vallen. Dit wordt in artikel 3 lid 2 van het wetsvoorstel geregeld. Activiteiten binnen de reikwijdte van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten vallen niet alleen buiten de reikwijdte van de AVG, maar ook uitdrukkelijk buiten de UAVG.²⁴

De vraag rijst of situaties bestaan waar gegevens worden verwerkt buiten de reikwijdte van het Europees recht en waarop de AVG niet, maar de UAVG wel van toepassing is. Noch de Raad van State, noch de regering geeft daarover uitsluitsel. Zij stellen dat niet geheel kan worden uitgesloten dat dergelijke situaties bestaan. Ik beweer niet dat ik zulks wel zou kunnen uitsluiten, maar denk dat voldoende vaststaat dat de persoonsgegevens een aangelegenheid van de EU zijn geworden en dat alle verwerkingen in de lidstaten binnen de reikwijdte van het EU recht vallen, behoudens de nationale veiligheid.²⁵ Artikel 3 lid 2 van het wetsvoorstel UAVG lijkt mij dan ook overbodig.

Een verordening met richtlijn-achtige kenmerken

De AVG voorziet op verschillende deelterreinen in nationale beleidsruimte. Een reeks aan bepalingen in de AVG mag – soms zelfs moet – worden geïmplementeerd in nationale wetgeving. Zo kunnen de lidstaten specifieke regels stellen voor de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens,²⁶ beperken ze de reikwijdte van bepaalde verplichtingen in verband met (zwaarwegende) algemene belangen²⁷ en regelen zij de verhouding tussen gegevensbescherming en de vrijheid van meningsuiting, waaronder de verwerking van persoonsgegevens voor journalistieke doeleinden.²⁸

Bovendien kan de verordening niet functioneren zonder nationale wettelijke bepalingen die de rechtsgrondslag moeten vormen voor gegevensverwerking, vooral in de

sfeer van de overheid. Ingevolge artikel 6 lid 3 AVG bepaalt in de meeste gevallen nationaal recht wanneer gegevens mogen worden verwerkt op grond van een wettelijke verplichting of ter uitvoering van een publieke taak.²⁹

De UAVG geeft uitvoering aan de nationale beleidsruimte op 'beleidsneutrale' wijze, hetgeen inhoudt dat het geldende Nederlandse recht zoveel mogelijk wordt gerespecteerd.³⁰ De Raad van State acht dit een legitieme keuze,³¹ maar suggereert wel dat voor ieder onderwerp een inhoudelijke afweging wordt gemaakt. Deze suggestie – die is overgenomen³² – is belangrijk. De AVG brengt op EU-niveau een fundamentele wijziging teweeg op dit rechtsterrein.³³ De nationale invulling daarvan behoort mijns inziens niet louter te worden ingegeven door de intentie op nationaal niveau zo min mogelijk te veranderen.

De Raad van State besteedt op verschillende plaatsen aandacht aan de nauwe samenhang tussen de AVG en de UAVG. Die nauwe samenhang brengt, zo stelt de Raad, risico's mee voor de begrijpelijkheid van het regime. Dit leidt tot het pragmatische advies om voor bepalingen over bijzondere categorieën van persoonsgegevens af te wijken van het overschrijfbod van verordeningen.³⁴ Artikel 9 en 10 AVG verwijzen op diverse plaatsen naar nationaal recht, terwijl vooral artikel 9 AVG zelf ook specifieke regels bevat, die in het wetsvoorstel UAVG verder worden uitgewerkt.³⁵

Eenzelfde pragmatische overweging lijkt de grondslag te vormen voor het advies van de Raad om in de memorie van toelichting ook de AVG zelf toe te lichten, hoewel de regering geen uitsluitsel kan geven over de interpretatie daarvan.³⁶ De Raad wijst erop dat de regering in de positie is om een toelichting te geven, omdat zij de onderhandelingen over de AVG heeft gevoerd namens Nederland en ook ter facilitering van de medewetgevende rol van het Nederlandse parlement. De regering reageert terughoudend op dit advies, mijns inziens terecht. De AVG is rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten en dient uniform te worden uitgelegd. Interpretaties van nationale overheden dragen per definitie niet bij tot een uniforme uitleg. Een en ander doet geen afbreuk aan de toegevoegde waarde van een globale

voorlichting over de AVG, zoals in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel UAVG is opgenomen.

Het advies van de Raad van State gaat ook in op een paar meer specifieke punten. Ik beperk me hier tot één specifiek onderwerp, de regeling in de voorgestelde UAVG van de geautomatiseerde individuele besluitvorming.³⁷ De UAVG scheidt een uitzondering op het recht van individuen om niet onderworpen te worden aan automatische besluitvorming, opgenomen in artikel 22 AVG.³⁸ Deze uitzondering is generiek van aard en is van toepassing in alle gevallen waarin de automatische besluitvorming noodzakelijk is

De nationale invulling behoort niet louter te worden ingegeven door de intentie op nationaal niveau zo min mogelijk te veranderen

om te voldoen aan een wettelijke verplichting of voor de vervulling van een taak in het algemeen belang. Een voorbeeld, ook genoemd in de uitwisseling tussen de Raad van State en de regering, is het automatisch opleggen van boetes voor overtredingen van de maximumsnelheid.

De uitzondering in de UAVG is generiek, maar geldt niet als de besluitvorming plaatsvindt op grond van profilering, door de Raad van State omschreven als het tegenwerpen aan een individu van negatieve kenmerken van een groep waartoe hij behoort.³⁹ De boetes voor snelheids-overtredingen zijn niet gebaseerd op profilering, maar op individueel gedrag van de chauffeur van een auto.

De Raad van State maakt enkele opmerkingen, waaruit blijkt dat de betreffende bepaling in de UAVG niet noodzakelijkerwijs in lijn is met de tekstuele uitleg van artikel 22 AVG en evenmin met de uitleg die de gezamenlijke privacy-

toezichthouders hebben gegeven.⁴⁰ De regering stelt zich op het standpunt dat de bepaling bescherming biedt tegen profilering,⁴¹ terwijl de Raad van State er op wijst dat de bepaling beschermt tegen automatische besluitvorming. Automatische besluitvorming brengt risico's mee omdat persoonlijke omstandigheden doorgaans niet worden meegewogen en het onmogelijk kan zijn fouten met terugwerkende kracht terug te draaien. Dit is ook de uitleg van de toezichthouders.

Bovendien wijst de Raad er op dat de AVG uitzonderingen toestaat die zijn vastgelegd in nationale wetgeving. De Raad vraagt zich daarbij af of dergelijke uitzonderingen generiek mogen worden geformuleerd, in plaats van een grondslag te bieden voor specifieke besluiten, zoals bijvoorbeeld het opleggen van boetes voor snelheids-overtredingen.

De regering neemt de opmerkingen van de Raad van State niet over. Dit doet de vraag rijzen of artikel 40 van de voorgestelde UAVG in overeenstemming is met de AVG. Het gaat immers om een uitzondering op een door de EU gegarandeerd recht. Zo'n uitzondering dient in de regel beperkt te worden geïnterpreteerd. Bovendien is het voorgestelde artikel 40 gebaseerd op een eigen uitleg van de regering die niet overeenstemt met de uitleg van de Europese toezichthouders.

Soft law en de EDPB

De Raad van State besteedt veel aandacht aan het feit dat de AVG op belangrijke punten zal worden uitgewerkt door middel van soft law van de EDPB. Artikel 70(e) van de AVG geeft de EDPB de algemene taak richtsnoeren, aanbevelingen en beste praktijken uit te vaardigen ter bevordering van een consequente toepassing van de verordening.⁴² De Raad wijst er op dat de EDPB in eerste instantie de juiste interpretatie bepaalt en daarbij een ruime beoordelingsvrijheid heeft. Echter, de EDPB is geen verantwoording schuldig aan nationale overheden en ook op EU-niveau lijken er onvoldoende checks en balances te zijn.⁴³

Dit kan naar mijn oordeel inderdaad problematisch zijn omdat deze soft law – hoewel formeel niet bindend – een zekere bindende werking heeft, volgens de *Grimaldi-*

23. Advies Raad van State, I.5.a. Ik ben het dan ook oneens met de opinie van Steven Bastiaans in *NJB* 2018/61, afl. 2, p. 92, 'De inwerkingtreding van de AVG. Een dreigend rechtsvacuüm'. Bastiaans stelt dat de AVG niet van toepassing zou zijn op zuiver interne situaties.

24. Art. 3 lid 3 sub b UAVG. Deze uitzondering correspondeert met de nationale veiligheid, die overeenkomstig art. 4 van het EU verdrag de uitsluitende verantwoordelijkheid van de lidstaten is.

25. Mogelijk zijn algemene EU standaarden van gegevensbescherming rechtstreeks van toepassing op activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten; H. Hijmans, *The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art 16 TFEU*, Springer,

2016, 4.5.2, met een beroep op het arrest van het HvJ EU in zaak C-300/11, ECLI:EU:C:2013:363 (ZZ). Dit punt staat centraal in de bij het HvJ EU aanhangige zaak C-623/17 (*Privacy International*).

26. De categorieën gegevens, genoemd in art. 9 AVG (zoals gezondheidsgegevens en gegevens over politieke overtuiging en levensovertuiging) en in art. 10 AVG (strafrechtelijke gegevens).

27. Art. 23 AVG en art. 41 voorstel UAVG.

28. Art. 85 AVG en art. 43 voorstel UAVG.

29. Als uitgelegd in 4.1 van de memorie van toelichting.

30. Memorie van toelichting, par 4.1.

31. Advies Raad van State, I.2.c.

32. Memorie van toelichting, 7.2.11.

33. Ter illustratie, C. Kuner, 'The European

Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law', *Privacy & Security Law Report*, 11 PVLR 06, 02/06/2012.

34. Advies Raad van State, I.7.c, met verwijzing naar rechtspraak HvJ EU.

35. Art. 22-33 voorstel UAVG.

36. Advies Raad van State en Nader rapport, I.2.d.

37. Art. 22 AVG; Art. 40 voorstel UAVG.

38. Er bestaat discussie over de vraag of het hierbij gaat om een rechtstreeks werkend verbod, dan wel om een recht waarop een individu zich actief moet beroepen, zie Comments by the Centre for Information Policy Leadership on the Article 29 Data Protection Working Party's 'Guidelines on

Automated Individual Decision-Making and Profiling' d.d. 1 december 2017, op www.informationpolicycentre.com.

39. Advies Raad van State, I.8. Zie ook meer precieze definitie van art. 4(4) AVG.

40. Art. 29 Werkgroep, 'Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679', wp251, http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50083.

41. Nader rapport, II.8.a.

42. Verschillende andere artikelonderdelen van art. 70 AVG specificeren deze taak voor specifieke onderwerpen.

43. Advies Raad van State, I.3.b.

jurisprudentie van het Hof van Justitie. In het arrest *Alessini e.a.*⁴⁴ legt het Hof uit dat: [...] '[A]nbevelingen niet kunnen worden geacht geen rechtsgevolgen te hebben, al hebben zij geen bindende kracht en kunnen zij geen rechten in het leven roepen waarop particulieren zich voor een nationale rechter kunnen beroepen. De nationale rechterlijke instanties zijn immers gehouden de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen in aanmerking te nemen [...]'. Het Hof van Justitie wijst er ook op dat het beginsel van loyale samenwerking meebrengt dat rechters zoveel mogelijk uitleg geven in overeenstemming met aanbevelingen. In een zeer recente conclusie van 12 december 2017⁴⁵ gaat advocaat-generaal Bobek zelfs nog een stap verder. Hij adviseert aan het Hof om de rechterlijke toetsing van aanbevelingen mogelijk te maken, in verband met de rechtsgevolgen die eruit kunnen voortvloeien.⁴⁶

Het nader rapport van de regering wijst er enerzijds terecht op dat de nationale rechter een belangrijke rol blijft spelen en dat de prejudiciële procedure openstaat,

Checks en balances ontbreken des te meer, vanwege de beperkte openbaarheid van de activiteiten van de EDPB

waarin natuurlijk ook de juistheid van de interpretaties van de EDPB aan de orde kan worden gesteld. Anderzijds erkent het nader rapport dat Europese soft law een meer algemeen probleem is en dat nader onderzoek naar de betekenis hiervan voor de nationale rechtsorde nodig is.⁴⁷

Deze punten snijden hout. Checks en balances ontbreken des te meer, vanwege de beperkte openbaarheid van de activiteiten van de EDPB. Een goed voorbeeld daarvan is het in de AVG geïntroduceerde coherentiemechanisme, dat de EDPB de bevoegdheid geeft adviezen en besluiten vast te stellen, onder meer in het kader van de handhaving.⁴⁸ Die adviezen en besluiten kunnen vergaande gevolgen hebben voor direct betrokkenen. De procedures in de AVG voorzien echter niet in de inbreng van betrokkenen, bijvoorbeeld via hoorzittingen. In tegendeel, de betreffende AVG-bepalingen zijn vooral tot stand gebracht met het oog op een effectieve, snelle en niet te zware besluitvorming in geval van uiteenlopende opvattingen van nationale autoriteiten in de lidstaten.⁴⁹

Het nader rapport reageert op deze punten door erop te wijzen dat de EDPB wel degelijk open dient te opereren. De EDPB moet belanghebbenden raadplegen en is aan de Europese openbaarheidsregels gebonden.⁵⁰ Hij stelt een reglement van orde vast en ook een jaarverslag.⁵¹ Ik voeg daaraan toe dat betrokkenen het recht hebben te worden gehoord ingevolge artikel 41 van het EU-Grondrechtenhandvest over behoorlijk bestuur van EU organen.

Een en ander neemt niet weg dat de bezwaren van

de Raad van State volstrekt legitiem zijn. Veel hangt af van de taakopvatting van de EDPB en wat bijvoorbeeld in het Reglement van orde wordt vastgelegd. De AP draagt daar als lid van de EDPB ook aan bij.

Positie AP in de nationale rechtssfeer

De onafhankelijkheid van de privacy-toezichthouders is in het EU-recht op het niveau van het verdrag gewaarborgd, in artikel 16 VWEU en in artikel 8 Grondrechtenhandvest. Het Hof van Justitie beschouwt die onafhankelijkheid als een essentieel element van het grondrecht op de bescherming van persoonsgegevens.⁵² De toezichthouder staat per definitie op afstand van de nationale overheid en onder de AVG ook op afstand van het nationale recht. Als gezegd, de AVG legt de taken en bevoegdheden van de toezichthouders nauwkeurig vast. Bovendien bevat de AVG een aantal waarborgen voor de onafhankelijkheid van de autoriteit, de leden en het personeel.⁵³

Een belangrijke waarborg is gelegen in de transparantie van de procedure voor de benoeming van de leden (artikel 53 lid 1 AVG). De lidstaten hebben een grote vrijheid om de benoeming in te richten – door parlement, regering, staatshoofd of onafhankelijk orgaan –, maar de procedure moet wel transparant zijn. Dit is van belang, aangezien juist de discretionaire bevoegdheden van overheden bij de benoeming van leden van deze onafhankelijke autoriteiten het systeem van onafhankelijk toezicht kwetsbaar maken.⁵⁴ Transparantie moet er ook voor zorgen dat wordt getoetst of een kandidaat-lid beschikt over de nodige kwalificaties, ervaring en vaardigheden, met name op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens.⁵⁵

De vraag is gerechtvaardigd of de benoeming door de Kroon, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming,⁵⁶ zonder verdere waarborgen, aan het vereiste van transparantie voldoet. Ter vergelijking, op grond van artikel 5c van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren worden voor benoeming van de leden van de rechterlijke macht lijsten van aanbeveling opgesteld.⁵⁷ België voorziet de benoeming van de leden van de autoriteit gegevensbescherming door het parlement, na een hoorzitting van kandidaten.⁵⁸ Het is in dit opzicht jammer dat de Raad van State dit punt niet aan de orde heeft gesteld in zijn advies.

Een onderwerp dat wel aan de orde kwam in de uitwisseling tussen de regering en de Raad van State is de rechtspersoonlijkheid van de AP. Rechtspersoonlijkheid kan uitdrukking geven aan de onafhankelijkheid, maar is vooral bezien vanuit het perspectief van de ontvankelijkheid van een beroep van de AP bij de Europese rechter. Daarbij bestaat geen verschil van mening over de wenselijkheid dat de AP beroep moet kunnen instellen en daarbij niet afhankelijk mag zijn van de medewerking van de regering. De regering stelt zich echter op het standpunt dat artikel 263 VWEU daartoe geen rechtspersoonlijkheid vereist.⁵⁹ Immers, de rechtspersoonlijkheid onder EU-recht is niet afhankelijk van wat de nationale wet bepaalt, de AP is een zelfstandig bestuursorgaan volgens Nederlands recht en bovendien is de beroepsmogelijkheid van de autoriteiten een klaarblijkelijke intentie van de EU-wetgever.⁶⁰ Mijns inziens lijkt dit een afdoende redenering. De vraag blijft wel wat erop tegen zou zijn de AP wél rechtspersoonlijkheid toe te kennen.

Taken en bevoegdheden van de AP: wat vermag de nationale wetgever?

Artikel 57 en 58 AVG regelen de taken en bevoegdheden van de toezichthouders uitvoerig en laten in beginsel weinig ruimte voor nationale invulling. Er is echter wel enige ruimte. Zo bepaalt artikel 57, lid 1 sub v dat de autoriteiten ook andere taken mogen verrichten die verband houden met de bescherming van persoonsgegevens en stelt art. 58 lid 6 dat de lidstaten bijkomende bevoegdheden mogen toekennen. Deze mogen echter geen afbreuk doen aan de doeltreffende werking van de verordening. Een voorbeeld van een bijkomende bevoegdheid is de last onder bestuursdwang in art. 16 van de voorgestelde UAVG. Een tweede voorbeeld is art. 15 lid 2 van de voorgestelde UAVG. De AVG bepaalt dat de AP toegang moet kunnen verkrijgen tot bedrijfsruimten voor het doen van onderzoek; art. 15 lid 2 UAVG breidt die toegang uit tot woningen.

Het advies van de Raad van State gaat in op twee punten, die op zichzelf geen aanvullende bevoegdheid scheppen, maar waar het gebruik van een door de AVG toegekende bevoegdheid aan voorwaarden wordt gebonden. Hiervoor geldt eveneens – al bepaalt de AVG dit niet expliciet – dat deze geen afbreuk mogen doen aan de doeltreffende werking van de verordening, waaronder ook de uniforme werking van de verordening in de EU moet worden begrepen.

Het eerste punt is het gebruik in de voorgestelde UAVG van de nationale ruimte bij besluiten van de AP tot goedkeuring van gedragscodes, opgesteld door (groepen van) ondernemingen of sectoren. De voorbereiding van besluiten tot goedkeuring moet plaatsvinden overeenkomstig de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht (Awb).⁶¹ Deze relatief zware procedure gaat vooraf aan de op zichzelf ook al zorgvuldige procedure in de AVG die bij grensoverschrijdende aspecten ook een verplicht advies van de EDPB bevat.⁶² Deze cumulatie van procedures heeft als mogelijk risico dat deze de aantrekkelijkheid van de gedragscodes als instrument doet verminderen.

Het tweede punt betreft de procedure voorafgaande aan de boeteoplegging.⁶³ Onder de huidige Wet bescherming persoonsgegevens is de AP verplicht voorafgaand aan een boete een bindende aanwijzing te geven aan betrokkene. Deze verplichting houdt verband met de open

normstelling in de wetgeving over persoonsgegevens, waardoor betrokkenen niet steeds weten dat zij in overtreding zijn. De regering is het met de Raad eens dat boeteoplegging zorgvuldig moet plaats vinden in verband met het 'lex certa'-beginsel; dit schept echter naar haar oordeel geen ruimte om de boeteoplegging aan een voorafgaande voorwaarde te binden (in casu de bindende aanwijzing) die niet in de AVG is opgenomen. Mij lijkt dit juist. De voorwaarde zou afbreuk doen aan de effectiviteit en de uniformiteit van het in de AVG opgenomen boete-instrument.

Tot slot, de AP is een toezichthouder in de zin van de Awb. Hoofdstuk 5 van de Awb dat betrekking heeft op toezicht en handhaving blijft onverminderd van toepassing.⁶⁴ Ook gelden de bepalingen uit hoofdstukken 6 t/m 8 van de Awb inzake rechtsbescherming.⁶⁵ Het was wellicht beter geweest indien het wetsvoorstel – of in ieder geval de memorie van toelichting – de verhouding tussen de AVG en de Awb had gespecificeerd. Van een aantal bepalingen in de genoemde hoofdstukken in de Awb is het nog maar de vraag of deze in overeenstemming zijn met de AVG.

Ik noem twee voorbeelden. Artikel 5:5 Awb bepaalt dat geen bestuurlijke sanctie mag worden opgelegd voor zover voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond. Het is de vraag of dit absoluut geformuleerde verbod is toegelaten als aanvulling van de uitputtend bedoelde bepalingen over de administratieve boete in artikel 83 AVG. Artikel 5:7 Awb bepaalt dat een herstelsanctie kan worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. Echter, de herstelsancties spelen een belangrijke rol in artikel 58 AVG, waarbij het vereiste van klaarblijkelijk gevaar niet wordt gesteld als voorwaarde voor het opleggen van de sanctie.

De AP is ook gebonden aan de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, al maakt de voorgestelde UAVG enkele belangrijke uitzonderingen. Zij bepaalt dat de artikelen 20, 21, 22 en 23 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen niet of slechts in beperkte mate van toepassing zijn.⁶⁶ Toepasselijkheid van deze artikelen op de AP zou strijd opleveren met het in het EU recht verankerde vereiste van onafhankelijkheid. De AP behoeft geen inlichtingen te vertrekken aan de Minister voor rechtsbescherming en deze laatste mag geen beleidsregels over de taakuitvoering opleggen, besluiten van de AP niet vernie-

44. Gevoegde zaken C-317/08, C-318/08, C-319/08 en C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146, para 40.

45. Na het advies van de Raad van State dus.

46. C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959 (België/Commissie).

47. Nader rapport, I.2.b.

48. Met name art. 64 en 65 AVG.

49. Zie bijv. Raad van de Europese Unie, 'Discussion note on possible thresholds for submitting cases to the EDPB', Doc.nr. 5331/15; Council of the European Union, 'Contributions of the German and French delegations to the one-stop-shop mechanism', Doc.nr. 5315/15.

50. Art. 76 (2) AVG verwijst naar Verordening 1049/2001/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001

inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, PB L 145/43.

51. Zie art. 70(4), 71, 72 (2) en 76 AVG.

52. HvJ EU C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 (Commissie/Duitsland), para 23. De Nederlandse tekst van dit arrest noemt het toezicht van wezenlijk belang voor de bescherming van personen. De Franse en Engelse versies zijn stelliger, onafhankelijk toezicht als 'élément essentiel' of 'essential component'.

53. Art. 52, 53, 54 AVG.

54. H. Hijmans, *The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art 16 TFEU*, Springer, 2016, 7.10.3; M. Scholten, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience* (diss. Maastricht), 2014, 174.

55. Dit wordt vereist in art. 53 lid 2 AVG.

56. Art. 7 lid 3 voorstel UAVG.

57. Zie ook art. 5c lid 6 inzake de voordracht van de leden van de Hoge Raad door de Tweede Kamer.

58. Art. 38 Wetsontwerp tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit.

59. Zie nader rapport, I 10.b.

De AP had daar in zijn advies van 6 april 2017 op gewezen (in punt I.1.d), op www.autoriteitpersoonsgegevens.nl.

60. Zie met name overweging 143 van de AVG (niet genoemd in het nader rapport).

61. Art. 14 lid 2 voorstel UAVG.

62. Art. 40 lid 7 en art. 64 lid 2 AVG.

63. Advies Raad van State en Nader rapport, I.10.a.

64. Memorie van toelichting, 3.3.2.

65. Memorie van toelichting, 3.3.2.

66. Art. 12, 13 voorstel UAVG.

De vragen voor de wetgever lijken overzichtelijk in vergelijking tot de vragen waar de Europese handhavings- en rechtspraak na 25 mei tegenaan zullen lopen

tigen en geen maatregelen nemen bij taakverwaarlozing.

Tot slot

Zoals dit artikel laat zien roept de AVG veel vragen op in verband met de doorwerking van deze EU-verordening in de nationale rechtssfeer. Dit artikel maakt slechts enige van deze vragen zichtbaar. Een belangrijk thema in de praktijk zal bijvoorbeeld zijn de handhaving in grensoverschrijdende zaken waarbij meerdere nationale toezichthouders zijn

betrokken en soms ook de EDPB. Deze toezichthouders zijn elk gebonden aan eigen nationale regels, zowel op materieel als op procedureel terrein. Wanneer de besluiten van de betrokken toezichthouders en de EDPB worden aangevochten, kan dit vervolgens leiden tot parallelle juridische procedures in meerdere lidstaten en voor het Hof van Justitie.⁶⁷ Dit alles speelt zich af tegen de achtergrond van steeds sneller gaande technologische ontwikkelingen, waar de Raad van State in zijn advies ook aandacht voor vraagt.⁶⁸

Dit gezegd zijnde, lijken de vragen voor de wetgever overzichtelijk in vergelijking tot de vragen waar de Europese handhavings- en rechtspraak na 25 mei tegenaan zullen lopen. De AVG zal ongetwijfeld nog veel aandacht blijven vragen, vanwege de nationale, grensoverschrijdende, Europese en internationale aspecten die bij de uitvoering een rol spelen. •

⁶⁷. Zie hierover o.a. overwegingen 143 en 144 van de AVG.

⁶⁸. 1.b van het advies.