



De Minister voor Rechtsbescherming
De heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

Uw brief van
20 mei 2020

Contactpersoon
070 8888 500

Uw kenmerk
2887206

Onderwerp

Advies over het concept voor een wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming (Inventarisatie eerste ervaringen UAVG)

Geachte heer Dekker,

Bij brief van 20 mei 2020 is de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) op grond van het bepaalde in artikel 36, vierde lid, van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) geraadpleegd over het concept voor een wetsvoorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming (hierna: het concept).

De AP heeft een aantal opmerkingen over het concept en adviseert daarmee rekening te houden. Het eerste deel van het advies volgt de indeling van het concept (I.). Vervolgens geeft de AP een aantal aanvullingen in overweging waarvoor de uitkomsten van de evaluatie niet behoeven te worden afgewacht (II.).

Strekking van het concept

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel voor de Uitvoeringswet AVG (verder: UAVG) heeft het kabinet toegezegd direct de mogelijkheden te gaan verkennen voor verdere modernisering en verbetering van het gegevensbeschermingsrecht. In een motie (Koopmans c.s.) verzocht de Kamer de ervaringen met betrekking tot de UAVG te inventariseren en in het licht daarvan zo nodig maatregelen te treffen. Naar aanleiding van deze inventarisatie wordt - vooruitlopend op de evaluatie - een groot aantal op zichzelf staande wijzigingen van diverse aard voorgesteld.



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

I. Advies over het concept

1. Uitzondering krijgsmacht (art. I, onder B)

Voorgesteld wordt te expliciteren dat de uitzonderingen ten behoeve van operaties van de krijgsmacht zowel bij (ad hoc) besluit als bij algemeen verbindend voorschrift (ministeriële regeling) kunnen worden vastgesteld. De toelichting stelt dat de onmogelijkheid om de (U)AVG toe te passen zich bij iedere militaire operatie laat voelen, zodat het aangewezen is de betrokken uitzonderingen algemeen te laten gelden door middel van een algemene voor missies geldende ministeriële regeling.

De AP onderschrijft de wenselijkheid van deze aanvulling, maar wijst er op dat de mogelijkheid van ad hoc invulling bij besluit in deze opzet ook wordt gehandhaafd. De inzet lijkt echter juist gericht op totstandbrenging van een algemene regeling. De toelichting maakt niet duidelijk voor welke gevallen deze ad hoc mogelijkheid dan nog nodig is en hoe dit zich in voorkomend geval verhoudt tot de algemene gelding van de regeling. Voor beide varianten geldt daarbij de verplichting mededeling te doen aan de AP. Voor een algemene regeling lijkt dit een doublure nu de algemene regeling ook al adviesplichtig is op grond van artikel 36, vierde lid, van de AVG.

De AP adviseert de mogelijkheid van uitzondering bij ad hoc besluit en de mededelingsverplichting te schrappen of de wenselijkheid van handhaving ervan toe te lichten.

2. Bijzondere persoonsgegevens en gegevens van strafrechtelijke aard in bevel, vordering, aangifte of klacht (art. I, onder I, tweede onderdeel en N, derde onderdeel)

Om redenen van duidelijkheid wordt in het concept voorgesteld in algemene zin te bepalen dat bij aangifte, klacht of het voldoen aan een vordering bijzondere persoonsgegevens en persoonsgegevens van strafrechtelijke aard mogen worden verwerkt. Er mag, aldus de toelichting, geen twijfel bestaan over het feit dat een persoon die aangifte doet en als gevolg daarvan gegevens van strafrechtelijke aard verwerkt of een persoon die, om te voldoen aan een vordering van een daartoe bevoegde autoriteit, dergelijke gegevens van strafrechtelijk aard moet verwerken, daartoe gerechtigd is.¹

De AP merkt op dat uit de artikelen 5, 6, in het bijzonder het derde lid, en de artikelen 9 en 10 AVG af te leiden is dat waar deze gegevens worden verwerkt op een wettelijke grondslag de wetgever in formele zin de noodzaak van verwerking van (ook) de desbetreffende persoonsgegevens voor het betrokken doel zorgvuldig moet hebben afgewogen. Indien pas bij de feitelijke uitvoering van de wetgeving of bij de vormgeving van uitvoeringsregelgeving zich de vraag voordoet of in een concrete context ook verwerking van bijzondere of strafrechtelijke persoonsgegevens toegestaan is, staat vast dat dat deze afweging niet is gemaakt zodat verwerking niet rechtmatig zal kunnen zijn. Het is dus van groot belang dat de wetgever in wetsteksten en toelichtingen uitsluitend geeft over de aard van de verwerkingen waartoe hij een rechtsgrond biedt en de gerechtvaardigdheid hiervan verantwoordt. Waar uit de wettelijke bepalingen zelf in context bezien niet als vanzelfsprekend volgt dat ook beoogd is verwerking van bijzondere persoonsgegevens of gegevens van strafrechtelijke aard mogelijk te maken, ligt het in de rede dat te verduidelijken door een expliciete bepaling op te nemen.

¹ Toelichting, artt. gew. bij artikel I, onderdeel I (blz. 9)



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

Anderzijds is er veel wetgeving waarvan evident is dat de uitvoering ervan verwerking van bijzondere persoonsgegevens of gegevens van strafrechtelijke aard meebrengt. In die gevallen is ook evident dat bij vaststelling van de wet het bijzondere of strafrechtelijke karakter van de betrokken persoonsgegevens is meegewogen. Ook zonder expliciete vermelding van de bijzondere of strafrechtelijke aard van de gegevens biedt de wet dan een AVG bestendige grondslag voor verwerking daarvan.² Een expliciete bevestiging daarvan in een aparte bepaling heeft naar het oordeel van de AP in deze gevallen geen toegevoegde waarde. Zo'n bepaling voegt immers niets toe uit oogpunt van transparante belangenafweging of uit oogpunt van waarborging of extra duidelijkheid. De specifieke wettelijke bepalingen die de rechtsgrond vormen voor de verwerking bieden dan uit de aard der zaak al voldoende dekking aan (ook) de verwerking van bijzondere persoonsgegevens of persoonsgegevens van strafrechtelijke aard.

Zonder bezwaar is een algemene bepaling 'voor de duidelijkheid' echter niet; deze wekt immers 'a contrario' wel de suggestie dat ook in evidente gevallen verwerking van bijzondere of strafrechtelijke persoonsgegevens nog een aparte expliciete bepaling vraagt. Dat zou de wetgever dwingen tot het in alle gevallen en - zo valt te vrezen, voor de zekerheid ruimhartig - opnemen van algemeen geformuleerde brede machtigingen voor verwerking van juist deze gevoelige categorieën gegevens. Een uitkomst die naar het oordeel van de AP juist ver afstaat van de door de AVG beoogde zorgvuldige afweging van de vraag welke gegevens in welke gevallen voor welke doeleinden mogen worden verwerkt.

Deze bepalingen hebben daarbij het risico dat de wetgever veel ruimer dan nodig gevoelige verwerkingen fiatteert. Hetzelfde risico doet zich voor indien uitvoering van de betrokken wetgeving doorgaans niet, maar in bijzondere gevallen mogelijk wel leidt of moet leiden tot verwerking van bijzondere persoonsgegevens of gegevens van strafrechtelijke aard. Ook in die gevallen leidt een algemeen vangnet 'voor de zekerheid' tot een met de beginselen en uitgangspunten van de AVG niet verenigbaar resultaat. Invoering van een dergelijke algemene vangnet bepaling roept daarbij ook onnodig vragen op over de rechtmatigheid van de verwerkingen in de periode voorafgaand aan inwerkingtreding ervan.

De AP staat, kortom, juist een zorgvuldige *materiële* benadering voor, waarbij telkens nauwkeurig in kaart wordt gebracht welke persoonsgegevens van bijzondere of strafrechtelijke aard aan de orde zouden kunnen zijn en waarbij zoveel mogelijk op maat de nodige wettelijke voorzieningen worden getroffen. Het opnemen van een expliciete bepaling als hier aan de orde zou dan ook juist beperkt moeten blijven tot de gevallen waarin dit redelijkerwijs nodig is om onduidelijkheid te voorkomen. Ook een dergelijke bepaling moet daarbij uiteraard tegemoet komen aan de vereisten die de AVG stelt op het punt van grondslag en beginselverbod.³ De memorie van toelichting behoort in deze gevallen dus ook zo goed mogelijk inzicht te

² De AVG schrijft de lidstaten niet voor op welk niveau van regelgeving voorschriften met betrekking tot deze verwerkingen moeten worden vastgesteld. Voor inwerkingtreding van de AVG gold o.g.v. artikel 23, eerste lid onder f, van de Wet bescherming persoonsgegevens bepaling 'bij wet' als vereiste voor niet al in de Wbp zelf ondervangen inbreuken op het beginselverbod, te lezen als 'expliciet' (ECLI:NL:RBMNE:2019:3442). Als inbreuk op een grondrecht is dat ook het passende niveau; bij vaststelling van delegatiegrondslagen zal dus ook duidelijk moeten zijn of deze zien op (ook) persoonsgegevens van bijzondere of strafrechtelijke aard.

³ Artikelen 6 en 9 of 10 van de AVG.



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

geven in de gevallen waar het om gaat, de afwegingen die zijn gemaakt en indien het een abstracte vangnet bepaling is, de reden dat niet met een meer concrete bepaling kan worden volstaan.⁴

De AP wijst er tenslotte op dat bij twijfel in een concreet geval ook gekozen kan worden om de verwerking *niet* te doen. Te vaak lijkt het uitgangspunt te zijn dat alle mogelijke verwerkingen sowieso mogelijk moeten worden gemaakt, hoe zeldzaam het voorkomen van bijzondere persoonsgegevens of gegevens van strafrechtelijke aard misschien ook is.

Toegepast op het voorliggende wetsvoorstel merkt de AP op dat in elk geval de wettelijke mogelijkheid tot het doen van aangifte of indiening van een klacht duidelijk beoogt het verstrekken van zoveel mogelijk relevante informatie over een strafbaar feit aan de opsporingsautoriteiten, waaronder indien bekend persoonsgegevens van verdachte(n). Naar het oordeel van de AP is hieraan inherent dat de aangifte persoonsgegevens van strafrechtelijke aard zal kunnen bevatten zodat expliciete wettelijke machtiging niet nodig is.

De AP adviseert deze bepalingen te schrappen.

3. Beperking rechten betrokkenen door de verwerkingsverantwoordelijke (art. I, onder P)

Artikel 41 van de UAVG geeft verwerkingsverantwoordelijken bij wijze van 'vangnet' onder een aantal voorwaarden de mogelijkheid van belangrijke rechten die de AVG betrokkenen toekent af te wijken, indien een in wet en AVG genoemd belang daarmee is gemoeid. Bijzonder hieraan is dat het niet de wetgever is die in zijn algemeenheid na afweging van alle belangen bepaalt voor welke doelen bepaalde rechten beperkt mogen worden, maar dat het de verwerkingsverantwoordelijke zelf is die in beginsel deze afweging zou mogen maken.

De toelichting zet uiteen dat dit noodzakelijk zou zijn 'omdat het nu eenmaal niet altijd op voorhand te voorzien is voor de nationale wetgever in welke situaties er in de praktijk daadwerkelijk een noodzaak tot inperken van de reikwijdte van bepaalde rechten van betrokkene bestaat.' Voorgesteld wordt het toepassingsbereik flexibeler te maken, het vangnetkarakter te verduidelijken en een extra waarborg voor transparantie en betrokkenheid van de AP toe te voegen.

De AP verwelkomt op zichzelf aanpassing van artikel 41 en onderschrijft dat meer inzicht in de reikwijdte van de toepassing van deze bijzondere bepaling noodzakelijk is. De AP is echter van oordeel dat op dit vlak niet volstaan kan worden met aanpassing van de maatvoering en een extra waarborg voor transparantie.

De AP gaf eerder al aan dat onzeker is of de huidige opzet van artikel 41 tegemoetkomt aan de vereisten van artikel 23 van de AVG.⁵ Dat artikel lijkt beperkingen van de rechten alleen mogelijk te maken door middel van (algemene, aan de beperking voorafgaande) Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke wettelijke bepalingen 'die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing zijn'. Het tweede lid van artikel 23 AVG stelt eisen aan de wetgeving die de beperkingen mogelijk maakt, namelijk dat bepaalde aspecten

⁴ Idem Ar. 5.33 van de Aanwijzingen voor de regelgeving

⁵ Kamerstukken II 2017/18 34 851, nr. 3 (par. 4.6), brief van de AP aan de Tweede Kamer van 19 januari 2018.



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

daarin zijn geregeld. Artikel 41, tweede lid, UAVG laat deze aspecten echter juist integraal over aan de verwerkingsverantwoordelijke in het individuele geval.

Naar het oordeel van de AP is deze opzet dus niet wat de verordeningswetgever beoogt. Het risico is dan ook groot dat deze bepaling onverbindend zal blijken te zijn en geen basis kan bieden voor afwijking van de rechten van betrokkene. De voorgestelde waarborg voor transparante afweging door de verwerkingsverantwoordelijke en vergroting van inzicht in de toepassing in de praktijk van de bepaling acht de AP in dit licht slechts beperkt een verbetering. De AP wil dan ook bij deze gelegenheid in overweging geven artikel 41 UAVG te schrappen of drastischer aan te passen. De overwegingen daarbij zijn de volgende;

- (1) Het neerleggen van de belangenafweging bij de belanghebbende zelf is een principiële onevenwichtigheid in de systematiek. Aannemelijk is immers dat het juist de verwerkingsverantwoordelijke is die in voorkomend geval belang heeft bij beperking van de rechten van betrokkene. Van een waarborg dat aan de rechten van betrokkene in de afweging telkens voldoende gewicht zal worden toegekend is daarom geen sprake. De in het concept voorgestelde waarborg voor transparantie komt hier maar gedeeltelijk aan tegemoet.
- (2) De noodzaak van de bepaling wordt vooral beargumenteerd vanuit de algemene onvoorzienbaarheid van de situaties waarin noodzaak zou kunnen bestaan. In zijn algemeenheid is inherent aan het maken van wetgeving dat zich onvoorziene situaties kunnen voordoen. Niet goed is in te zien waarom dat juist bij dit onderwerp een bijzonder probleem zou zijn of waarom dit juist hier aanleiding zou moeten zijn de noodzakelijke afwegingen dan maar neer te leggen bij de verwerkingsverantwoordelijke zelf. Daar komt bij dat de verordeningswetgever zelf wel degelijk oog heeft voor situaties waarin het noodzakelijk is de rechten van betrokkenen te beperken. Zo kan informatievoorziening aan betrokkene achterwege blijven als daardoor het doel van de verwerking in gevaar komt en ook bijvoorbeeld het recht op gegevenswissing is zeker niet absoluut.⁶
- (3) Voor wetgeving die rechten van betrokkenen beperkt geldt het algemene leerstuk dat deze 'duidelijk en nauwkeurig moet zijn en voorspelbaar voor degenen op wie deze van toepassing is' des te sterker.⁷ De 'spanwijdte' van het vangnet dat hier gespannen is, is echter bijzonder groot: alle verwerkingsverantwoordelijken kunnen in beginsel alle rechten van betrokkenen beperken als één van de opgesomde, breed geformuleerde belangen in het geding is. Nu de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel UAVG maar twee voorbeelden van toepassing uit de praktijk noemt (wissing van sporen van crimineel gedrag, melding aan AIVD of OM) komt daarbij de vraag op hoe onoverzienbaar de praktijk daadwerkelijk is. Ook komt de vraag op waarom de UAVG voor deze bekende voorbeelden dan niet op maat een voorziening treft zodat in elk geval in deze gevallen een duidelijke wettelijke regeling over de beperking van rechten voor handen is.
- (4) Zelfs indien alles afwegende de conclusie blijft dat het risico dat zich in de praktijk onvoorzienbare situaties voordoen niet zonder meer genomen kan worden, zijn er in het klassieke wetgevingsinstrumentarium betere oplossingen voor handen dan het geheel maar overlaten aan de verwerkingsverantwoordelijke zelf. Voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote

⁶ Artikel 14, vijfde lid, onder b, van de AVG, art. 17, derde lid, AVG.

⁷ Zie o.a. overweging 41 AVG.



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

spoed moeten worden vastgesteld mogen volgens staand wetgevingsbeleid bij ministeriële regeling worden vastgesteld als de wetgever dat bepaalt. Een goed geclausuleerde delegatiegrondslag voor onvoorziene noodgevallen kan op een bepaald terrein dan uitkomst bieden. Indien daarmee geen recht wordt gedaan aan het belang van de beperking in kwestie kan gedacht worden aan zgn. tijdelijke delegatie waarbij snel een voorziening kan worden getroffen die dan later wordt vervangen door een regeling op het adequate niveau.⁸ In beide gevallen is dan in elk geval voorzien in geobjectiveerde belangenafweging die uitmondt in nationale wetgeving waarin ook recht gedaan kan worden aan de vereisten van artikel 23, tweede lid, van de AVG.

- (5) Mogelijk ten overvloede wijst de AP er op dat het uitgangspunt bij deze afwegingen niet moet zijn dat beperking van de rechten in alle gevallen mogelijk moet zijn. Alleen in het licht van de genoemde belangen noodzakelijke en evenredige maatregelen kunnen dat immers rechtvaardigen. Dat betekent dat in lichtere gevallen door de verwerkingsverantwoordelijke een zekere mate van nadeel geaccepteerd zal moeten worden in het belang van respect voor de rechten van betrokkene.
- (6) Tenslotte; de AP mist in de toelichting duiding van de omvang en de impact van de huidige praktijk van toepassing van deze bepaling. De voorgestelde procedure om de AP te informeren over toepassing beoogt hier uiteraard deels in te voorzien. De enkele vaststelling dat de praktijk onoverzienbaar is kan een brede algemene voorziening als deze echter niet rechtvaardigen. Aan invoering daarvan hoort de onderbouwing dat hieraan daadwerkelijk behoefte bestaat vooraf te gaan. De AP is dan ook van oordeel dat nader onderzoek op zijn plaats is. Uit een analyse van de wetgeving die strekt tot bescherming van de belangen die mogen worden ingeroepen ter beperking in combinatie met het bevragen van deskundigen uit de praktijk zal goed kunnen blijken op welke terreinen welke beperkingen aan de orde zouden kunnen zijn. Naar verwachting zal dan blijken dat er ook al de nodige wetgeving geldt die beperkingen als hier aan de orde regelt en dat met name de beperkingen op de grond 'belangrijke doelstellingen van algemeen belang' een categorie is die lastig voorzienbaar is.
- (7) Na verloop van tijd kan dan blijken dat de mate van onoverzienbaarheid inderdaad zodanig is dat de gevallen waarvoor beperking nodig is slechts in bijzonder abstracte normstelling kunnen worden neergelegd. Individuele afweging in een concreet geval zal dan nog steeds noodzakelijk zijn. In dat geval kan op die specifieke terreinen zo nodig nog voorzien worden in een beperkte mogelijkheid om ontheffing te geven aan de verwerkingsverantwoordelijke. Dan wordt in elk geval zeker gesteld dat de afweging niet bij de belanghebbende zelf ligt terwijl wel op maat kan worden voorzien in de nodige beperkingen en in rechtsbescherming.

De AP adviseert artikel 41 van de UAVG te schrappen en in plaats daarvan:

-zoveel mogelijk in de UAVG of de sectorwetgeving zelf de rechten van betrokkenen op maat te beperken waar de wenselijkheid daarvan al is gebleken (zoals mogelijk: wissing criminele sporen, verstrekking aan AIVD en OM);

-voor het overige een zo veel mogelijk op analyse gebaseerde risico afweging te maken en op basis daarvan al dan niet over te gaan tot het in de sectorwetgeving opnemen van de mogelijkheid van (al dan niet tijdelijke) delegatie van wetgeving die beperking mogelijk maakt;

⁸ Ar 2:24 resp. 2.39 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

-bij evaluatie te bezien of in weerwil van deze aanpak op bepaalde terreinen mogelijk nog behoefte bestaat aan een beperkte mogelijkheid in bijzondere gevallen in maatwerk te voorzien door middel van een scherp geclausuleerde mogelijkheid van ontheffing.

4. Accountants (artt. I, onder J, VIII en IX).

Voorgesteld wordt om een uitzondering op te nemen op het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken als de verwerking noodzakelijk is voor een door een accountant te verrichten wettelijke controle. In het verlengde hiervan wordt voorgesteld dat ook toezichthouders van de Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants bijzondere categorieën van persoonsgegevens mogen verwerken, voor zover dat noodzakelijk is voor de uitvoering van hun taken.

Ten aanzien van persoonsgegevens die onder het medisch beroepsgeheim vallen, wordt door het voorgestelde artikel 23a, tweede lid, van de UAVG, pseudonimisering verplicht. De toelichting stelt dat de accountant als gevolg van de pseudonimisering volledig anonieme gegevens verkrijgt, terwijl de te controleren entiteit voor de verplichte controles geen inbreuk maakt op het medisch beroepsgeheim door deze pseudonimisering.

De AP merkt op dat persoonsgegevens ook na pseudonimisering persoonsgegevens blijven daar zij door het gebruik van aanvullende gegevens aan een natuurlijke persoon kunnen worden gekoppeld.

Verstrekking van deze gegevens is derhalve wel een (toelaatbare) inbreuk op het medisch beroepsgeheim.

De AP adviseert om de toelichting op deze punten aan te passen en zo nodig in aanvullende waarborgen in verband met het medisch beroepsgeheim te voorzien.

5. Uitzonderingen inzake gegevens over gezondheid (artikel I, onder M)

-Verenigingen en stichtingen voor cliëntenbelangen in de zorg- en welzijnssector

De voorgestelde wijziging van artikel 30, tweede lid, aanhef en onder d van de UAVG beoogt te regelen dat onder andere verenigingen voor cliëntenbelangen in de zorg- en welzijnssector gegevens over de gezondheid van hun leden mogen verwerken. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat het op dit moment alleen mogelijk is om op basis van uitdrukkelijke toestemming dergelijke gegevens te verwerken en dat dit leidt tot veel onzekerheid en problemen in de praktijk. Om te voorkomen dat een vereniging niet kan functioneren conform haar maatschappelijk gewichtige doelstellingen wordt dit artikellid toegevoegd aan artikel 30, aldus de toelichting.

De AP merkt op dat het vereiste van uitdrukkelijke toestemming bij een verwerking als deze in beginsel juist gepast lijkt. Een wettelijke grondslag zou immers tot gevolg hebben dat zelfs tegen de wil van betrokkene diens bijzondere persoonsgegevens zouden mogen worden verwerkt. Mogelijk bevinden deze organisaties zich tot op zekere hoogte in een met vakbonden en kerkgenootschappen vergelijkbare situatie. De toelichting gaat hier niet in op in, maar ook indien dat de overweging is zal de toelichting moeten verantwoorden dat de 'onzekerheden en problemen in de praktijk' in dit geval zo ernstig zijn dat dit gelet op het maatschappelijk gewicht van deze organisatie voldoende 'zwaarwegend algemeen belang' oplevert om deze ingrijpende inbreuk te rechtvaardigen.



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

De AP adviseert de bepaling te schrappen of in de toelichting de noodzaak te onderbouwen.

-Uitzondering verwerking van bijzondere persoonsgegevens door hulpverlener en niet-hulpverlener

De voorgestelde wijzigingen van artikel 30, derde lid, van de UAVG zien op het in goede banen leiden van de overdracht van persoonsgegevens uit een medisch dossier naar een andere partij dan de hulpverlener in het geval van een faillissement. Deze wijziging vindt plaats naar aanleiding van de afwikkeling van het faillissement van het MC Slotervaart, waarbij het overdragen van de medische dossiers uitdagingen met zich bracht. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat deze nieuwe wettelijke regeling geen uitzondering vormt op het medisch beroepsgeheim. In situaties waarin de voorgestelde bepaling toepassing vindt, zal volgens de Toelichting eerst moeten worden getoetst aan de regels over het medisch beroepsgeheim, zoals neergelegd in de Wgbo. In de Toelichting wordt opgemerkt dat op dit moment wordt verkend of in de beschreven situatie, waarin toestemming niet op de gebruikelijke manier verkregen kan worden, een doorbrekingsgrond voor het medisch beroepsgeheim gecreëerd moet worden, met name in die gevallen waarbij het op grond van het medisch beroepsgeheim alsnog verplicht zou zijn om toestemming voor overdracht van de gezondheidsgegevens te vragen.

De AP merkt op dat voor de effectiviteit van het voorgestelde stelsel de uitkomsten van de verkenning van doorslaggevend belang lijken te zijn. Gezien het grote belang dat gemoeid is met de goede werking van het voorgestelde stelsel, acht de AP een (wettelijke) doorbreking van het medisch beroepsgeheim, wanneer toestemming niet op de gebruikelijke manier verkregen kan worden, in beginsel gerechtvaardigd.

De AP adviseert de verkenning voor voortzetting van het wetsvoorstel voortvarend af te ronden en zo nodig nog in dit wetsvoorstel een voorziening op te nemen voor doorbreking van de geheimhoudingsplicht, bedoeld in artikel 457, eerste lid, van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, voor gevallen waarin toestemming niet op de gebruikelijke manier verkregen kan worden.

6. Archiefwezen (artikel I, onder S)

De AVG laat toe dat de rechten van betrokkenen vergaand worden beperkt in het belang van archivering. Voorwaarde is dan wel dat het gaat om archivering in het algemeen belang of voor wetenschappelijk of historisch onderzoek, dat de archivering is onderworpen aan passende waarborgen en dat er technische en organisatorische maatregelen getroffen zijn in verband met het beginsel van minimale gegevensverwerking.⁹ Het huidige artikel 45 van de UAVG verwijst uitsluitend naar archivering onder de Archiefwet waardoor tal van belangrijke archieven geen baat hebben van de in beginsel door de AVG wel toegelaten extra bescherming tegen rechten van betrokkenen. Voorgesteld wordt het regime zoals dat nu geldt voor de archieven onder de Archiefwet te verbreden naar alle archiefcollecties van blijvende waarde voor het algemeen belang, die beheerd worden door voor het publiek toegankelijke instellingen die geen winstoogmerk hebben.

De AP onderschrijft op zichzelf de wenselijkheid te bezien of meer archieven dan alleen die onder de Archiefwet in aanmerking komen voor extra beperkingen aan de rechten van betrokkenen, maar heeft grote aarzeling bij het zonder meer gelijkschakelen van alle archieven. Bij de archieven die wettelijk zijn

⁹ Artikel 89 AVG.



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

gereguleerd kan redelijkerwijs ook geen aarzeling bestaan over de vraag of het gaat om archivering in het algemeen belang. Bij archieven die geen wettelijke basis hebben is die vraag echter wel gerechtvaardigd. De toelichting zet uiteen dat beoogd wordt een brede variëteit aan verschillende archieven onder het regime te begrijpen waaronder eventueel ook bijvoorbeeld archieven van familiestichtingen, kastelen en (kleinere) musea.

De AP wijst er op dat iedereen in deze opzet in beginsel kan claimen een archief van algemeen belang te beheren en in dat verband rechten van betrokkenen te beperken. Of er voldoende algemeen belang met het archief gemoeid is staat dan niet vast en zelfs ontstaan mogelijk risico's op misbruik. Daarnaast is er weinig zicht op de vraag of passende waarborgen in acht worden genomen en of wel recht gedaan wordt aan het beginsel van minimale gegevensverwerking.

De AP adviseert:

- bij archieven zonder wettelijke basis te voorzien in een mechanisme voor beoordeling van de vraag of het archief in voldoende mate het algemeen belang dient, bijvoorbeeld in de vorm van een erkenningsstelsel;
- in de toelichting uiteen te zetten op welke wijze zal worden gezorgd dat zowel wettelijke als niet wettelijke archieven waarvoor de rechten van betrokkenen worden beperkt, tegemoetkomen aan de vereisten die artikel 89 van de AVG daar aan stelt.

7. Faillissementswet (art. III)

Het voorgestelde artikel 68a Faillissementswet beoogt te verduidelijken dat de curator bij de uitoefening van zijn wettelijke taken persoonsgegevens als bedoeld in de UAVG en AVG rechtmatig kan verwerken. In het tweede lid is een niet uitputtende lijst opgenomen van feitelijke handelingen en rechtshandelingen die in ieder geval onder de taak van de curator worden verstaan. Onder verwijzing naar een artikel over verkoop van klantenbestanden zet de toelichting uiteen dat aan deze verduidelijking in de praktijk behoefte zou bestaan 'mede omdat wijze waarop de curator in de loop der jaren zijn taak uitoefent meeromvattend is geworden' en de curator als gevolg daarvan meer dan vroeger met verwerking van persoonsgegevens te maken heeft. Een specifieke grondslag voor verwerking van persoonsgegevens voor de bewindvoerder in schuldsaneringen en surseance wordt niet nodig geacht.

De AP onderschrijft de wenselijkheid van het bieden van voldoende duidelijkheid, maar merkt op dat de onderbouwing van de noodzaak van deze bepaling feitelijk slechts steunt op een algemene verwijzing naar behoefte in de praktijk. Zoals het artikel waarnaar wordt verwezen illustreert zullen zich in de praktijk vragen voordoen die te maken hebben met de toepassing van de AVG op concrete situaties. De vraag is echter in welke opzichten die praktijk bijzonder is en of niet volstaan kan worden met concrete verduidelijking op die punten. Uit de toelichting (en ook uit het aangehaalde artikel) volgt immers ook dat de curator in de praktijk, net als elke beroepsbeoefenaar, zal moeten nagaan welke grondslag er is voor gewenste verwerkingen. Dat zal in veel gevallen een wettelijke taak onder de Faillissementswet kunnen zijn, maar toestemming of overeenkomst kunnen al naar gelang ook aan de orde zijn. Verduidelijkende wetgeving kan in deze context ook juist verwarring oproepen over de juiste grondslag en bijvoorbeeld op het punt van verkoop van klantenbestanden - in weerwil wellicht van de toelichting op dit punt - suggereren dat er voor de curator een wettelijke grondslag beschikbaar is die private partijen normaal



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

gesproken niet hebben. Zo wordt in het tweede lid, onderdeel e, de overdracht van het bedrijf genoemd. In de toelichting wordt opgemerkt dat de gegevens van de klant vaak via contractovername overgaan op de andere partij. Voor zover er bij de overdracht van een klantenbestand geen sprake is van contractovername, is sprake van een verstrekking aan een andere verwerkingsverantwoordelijke, waarbij geen sprake is van een verenigbare verwerking in de zin van artikel 6, vierde lid, van de AVG. Een dergelijke verstrekking van persoonsgegevens dient te worden gebaseerd op de voorafgaande toestemming van de betrokkene(n) conform artikel 7 van de AVG.¹⁰ Slechts daar waar onduidelijk is of uitvoering van een wettelijke taak van de curator in de regel ook voldoende noodzaak voor verwerking van persoonsgegevens en daarmee een grondslag als bedoeld in artikel 6, eerste lid, onder e, van de AVG oplevert, bestaat naar het oordeel van de AP aanleiding om door middel van nieuwe wetgeving duidelijkheid te bieden.

De AP adviseert artikel III strikt te beperken tot concreet noodzakelijke verhelderingen bij de uitoefening van de wettelijke taak van de curator als zodanig zodat het geen verwerkingen betreft die ook regulier kunnen plaatsvinden op de grondslag toestemming of overeenkomst, en de noodzaak daarvan in de toelichting nader uiteen te zetten.

II. Advies over mogelijke aanvullingen van het concept

8. Tarieven

Elk jaar verwerkt de AP grote aantallen klachten en informatieverzoeken.¹¹ Deze activiteiten zijn een belangrijk onderdeel van de taak van de AP, waarbij voor de klachten ook geldt dat deze vaak een belangrijke bron van informatie zijn voor het toezicht. De enorme reikwijdte van het toezicht van de AP – zowel naar actoren als naar verwerkingen – draagt ook bij aan het potentieel enorme aantal klachten. In de praktijk betekent dit dat de AP haar beperkte capaciteit scherp moet prioriteren en dat het van groot belang is dat de capaciteit ook besteed kan worden aan de belangrijkste kwesties. In dat verband is van belang dat een kleine minderheid van de betrokkenen verantwoordelijk is voor een disproportioneel groot aantal verzoeken. Het gaat dan vaak om kennelijk ongegronde en/of buitensporige verzoeken die vaak ook onderling verband houden. De afhandeling van deze gevallen kost doorgaans onevenredig veel inspanning. Deze inspanning gaat uiteraard ten koste van de schaarse capaciteit die beschikbaar is om betrokkenen te helpen die eenmalig een kwestie aan de hand hebben waarbij zij hun recht proberen te krijgen.

De AVG bepaalt dat de taakuitoefening van de AP voor betrokkene (dat is degene om wens persoonsgegevens het gaat) en voor functionarissen voor de gegevensbescherming kosteloos is.¹² Daarvoor geldt echter een in dit verband belangrijke uitzondering; de AVG laat nadrukkelijk de ruimte voor de AP als toezichthouder om een redelijke vergoeding op basis van administratiekosten in rekening te

¹⁰ Zie ook de brief van de AP van 6 januari 2020 via:

https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/brief_aan_Insolad.pdf.

¹¹ In 2019 namen 34.900 mensen en organisaties contact op met de AP voor informatie over de AVG of met een privacyklacht. In ruim 27.800 gevallen (80%) was sprake van een privacyklacht. De overige 20% betrof verzoeken om informatie. (https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/klachtenrapportage_ap_2019.pdf)

¹² Artikel 57, derde lid, AVG.



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

laten brengen - ook bij betrokkenen en fg's - bij kennelijk ongegronde of buitensporige verzoeken.¹³ Indien de AP in zijn hoedanigheid van gewone verwerkingsverantwoordelijke bij de uitvoering van de rechten van betrokkenen geconfronteerd wordt met kennelijk ongegronde of buitensporige verzoeken kan zij - net als elke 'gewone' verwerkingsverantwoordelijke - ook een beroep doen op de ruimte die de AVG laat om dan een redelijke vergoeding in rekening te brengen.¹⁴ Een algemene grondslag in de UAVG voor een tarief voor kennelijk ongegronde of buitensporige verzoeken kan mogelijk een nuttige drempel opwerpen voor betrokkenen die relatief veel inzet van de AP vragen zonder dat de onderliggende problematiek om optreden van de AP vraagt.¹⁵ Daarnaast lijkt het niet meer dan redelijk dat degenen die onevenredig veel beslag leggen op capaciteit die eigenlijk niet voor hen is bedoeld, dat niet onbeperkt op kosten van de belastingbetaler kunnen doen maar daarvoor een (niet hoger dan kostendeckende) rekening gepresenteerd krijgen.

Standaard overheidsbeleid is dat handhaving van wet- en regelgeving in beginsel uit de algemene middelen wordt gefinancierd. De achtergrond hiervan is dat deze activiteiten in de regel plaatsvinden ten behoeve van het algemeen belang. Een uitzondering is echter mogelijk indien 'individuele (rechts-)personen of groepen van (rechts-)personen op basis van specifieke onderscheidende criteria aanwijsbaar zijn die in substantiële mate profijt hebben bij toezicht en handhaving door de overheid (het profijtbeginsel) of indien individuele (rechts-)personen of groepen van (rechts-)personen de overheid aanwijsbaar noodzaken tot meer dan regulier toezicht en handhaving (het «veroorzaker betaalt»-beginsel).'¹⁶ Het in rekening brengen aan betrokkenen van kosten voor kennelijk ongegronde of buitensporige verzoeken correspondeert met het nationale uitgangspunt dat doorberekening mogelijk is vanuit de gedachte 'de vervuiler betaalt'.

Desgewenst kan van de gelegenheid gebruik gemaakt worden om ook de ruimte die het profijtbeginsel biedt te benutten. Uit oogpunt van onafhankelijkheid eist de AVG - in lijn met het nationale beleid - dat de lidstaat moet zorgen dat de toezichthouder beschikt over de financiële middelen die nodig zijn voor effectieve uitvoering van de taken.¹⁷ Dat betekent op zichzelf echter nog niet dat alle werkzaamheden van de AP ook volledig gefinancierd moeten worden uit uitsluitend een rijksbijdrage, zelfs als concrete verwerkingsverantwoordelijken profijt hebben van activiteiten van de AP. Behandeling van de volgende aanvragen zouden zich vanwege het profijtbeginsel kunnen lenen voor tarifiering:

- aanvragen om een vergunning (art. 33 UAVG);
- aanvragen om goedkeuring voor een instrument in het kader van internationale doorgifte (artt. 46 en 47 AVG);
- aanvragen om een voorafgaande raadpleging (art. 36 AVG);
- aanvragen om een accreditatie te krijgen om AVG-certificaten toe te kennen (art 43 AVG);
- aanvragen om goedkeuring van een gedragscode (art. 40 AVG).

¹³ Artikel 57, vierde lid, van de AVG.

¹⁴ Artikel 12, vijfde lid, onder a, van de AVG.

¹⁵ Artikel 104 Gw eist een wettelijke basis.

¹⁶ Ar. 5.56 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Kamerstukken II 2013/14 24036 nr. 407).

¹⁷ art 52, vierde lid, AVG.



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

Aandachtspunt is dat het regeringsbeleid nog belangrijke voorwaarden stelt om te mogen doorberekenen. Naar het oordeel van de AP is in deze context in elk geval relevant de voorwaarde dat de baten van doorberekening moeten opwegen tegen de kosten.

De AP adviseert:

- in de UAVG een algemene (delegatie)grondslag op te nemen voor het in rekening kunnen brengen van een tarief voor behandeling van kennelijk ongegronde of buitensporige verzoeken;
- desgewenst van deze gelegenheid ook gebruik te maken om dit te combineren met een voorziening om in lijn met het profijtbeginsel bepaalde activiteiten door te kunnen berekenen.

9. Klachtrecht maatschappelijke organisaties

De AVG bevat de mogelijkheid om in het lidstatelijk recht te voorzien in de mogelijkheid voor – kort gezegd – maatschappelijke organisaties om op eigen titel een klacht in te dienen indien de organisatie van oordeel is dat de rechten van betrokkenen zijn geschonden.¹⁸ Hiervoor geldt een aantal voorwaarden; zo mag van een winstoogmerk geen sprake zijn, moeten de statuten het openbare belang dienen en moet het gaan om een organisatie die actief is op het gebied van de ‘bescherming van de rechten en vrijheden van de betrokkene in verband met de bescherming van diens persoonsgegevens’.¹⁹ In de Memorie van toelichting bij de UAVG is destijds aangegeven dat er geen behoefte bestond aan de ruimte die dit artikel laat voor lidstatelijk recht.²⁰

De AP merkt op dat bij behandeling van een klacht bleek dat er bij de betrokken maatschappelijke organisatie – de Consumentenbond – wel behoefte bestaat aan de mogelijkheid om ter ondersteuning van de vele activiteiten die zij in het belang van de consument op het terrein van bescherming van persoonsgegevens verricht op eigen titel een klacht in te kunnen dienen. Ook voor andere maatschappelijke organisaties die actief zijn op een terrein waar regelmatig issues met betrekking tot persoonsgegevens spelen kan het klachtrecht een nuttige aanvulling zijn op de bestaande mogelijkheden om invulling te geven aan de belangenbehartiging. In een vorm waarbij dit klachtrecht beperkt wordt tot erkende organisaties die ook daadwerkelijk invulling geven aan persoonsgegevensbescherming als deel van hun belangenbehartiging, zoals de Consumentenbond, ziet de AP hierin ook wel meerwaarde. Van dergelijke professionele maatschappelijke organisaties mag immers verwacht worden dat zij goed onderbouwde klachten zullen indienen over kwesties die breder spelen dan bij een enkel individu.

De AP geeft in overweging te bezien of benutting van de ruimte die de AVG op dit punt biedt alsnog wenselijk is.

¹⁸ Artikel 80, tweede lid, van de AVG.

¹⁹ Artikel 1:2, derde lid, van de Awb geeft organisaties al wel de mogelijkheid als belanghebbende te worden aangemerkt, maar deze bepaling is strenger in de zin dat zij dan het belang van de bescherming van persoonsgegevens zowel krachtens hun doelstellingen als blijkens feitelijke werkzaamheden moeten behartigen.

²⁰ Kamerstukken II 2017/18, 34851 nr. 3, Implementatietabel



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

10. Digitale nalatenschap

De AVG is niet van toepassing op gegevens van overleden personen. Lidstaten hebben daarom nog wel de ruimte om hier regels over vast te stellen.²¹ Met enige regelmaat blijkt hieraan behoefte, bijvoorbeeld ter bescherming tegen opnames bij een ernstig ongeluk met dodelijke afloop of bij onduidelijkheid over het lot van een persoonlijke pagina/account van een inmiddels overleden persoon op sociale media.

Eerder is onderzoek en overleg aangekondigd waarvan de opbrengsten inmiddels beschikbaar zouden moeten zijn.²² De AP merkt op dat indien het onderzoek aanleiding geeft tot aanpassingen in de wetgeving de uitkomst van de evaluatie daarvoor niet zou moeten worden afgewacht.

De AP adviseert zo mogelijk bij deze gelegenheid voorzieningen te treffen.

11. Beperken van de uitzondering meldplicht datalekken voor financiële ondernemingen (artikel 42 UAVG)

Artikel 42 UAVG beoogt een zogenoemde 'bankrun' te voorkomen. De ruime reikwijdte van het begrip "financiële onderneming" uit artikel 42 UAVG brengt echter met zich dat daar een categorie financiële ondernemingen onder valt waarvoor dit niet een risico is zoals pensioenfondsen en verzekeraars. Klanten van deze financiële ondernemingen worden nu echter ten onrechte niet op de hoogte gebracht van een datalek dat waarschijnlijk een hoog risico inhoudt voor hun rechten en vrijheden.

De AP adviseert de uitzondering van artikel 42 UAVG te beperken tot banken.

12. Evaluatie (artikel 50 UAVG)

Zoals hiervoor uiteengezet is voorliggend wetsvoorstel niet de uitkomst van de wettelijk verplichte evaluatie, maar van een op verzoek van de Kamer onmiddellijk in gang gezette inventarisatie van eerste ervaringen. Op grond van artikel 50 van de huidige UAVG moet de minister nu op relatief korte termijn - voor 25 mei 2021 - een evaluatie aanbieden. Gelet op de ervaringen die al verwerkt zijn in dit wetsvoorstel en de korte periode (drie jaar) waarin tot nu toe ervaring met de UAVG is opgedaan is de AP van oordeel het zinvol is om de eerste evaluatie enkele jaren meer te laten beslaan, bijvoorbeeld vijf. Voortvarende afronding van de behandeling van dit wetsvoorstel is mogelijk ook gediend met het voorkomen van samenloop met de evaluatie.

De AP adviseert de evaluatiebepaling in artikel 50 aan te passen.

13. Strafrechtelijke gegevens

Ter voortzetting van de praktijk onder de Wbp begrijpt de UAVG onder 'persoonsgegevens van strafrechtelijke aard' ook persoonsgegevens betreffende een door de rechter opgelegd verbod naar aanleiding van onrechtmatig of hinderlijk gedrag. Het gaat hier om een nationale verruiming omdat er geen verband hoeft te zijn tussen het door een civiele rechter opgelegde contactverbod en een strafrechtelijke veroordeling of strafbare feiten in de zin van artikel 10 AVG. Aannee was destijds dat de

²¹ Overweging 27 uit de AVG.

²² Kamerstukken II 2019/20, 30696 nr. 46.



Datum
11 november 2020

Ons kenmerk
z2020-08972

verordening deze ruimte biedt. In een recente uitspraak heeft het Hof Den Haag vastgesteld dat het begrip persoonsgegeven betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten in de zin van artikel 10 AVG een Unierechtelijk begrip is dat autonoom moet worden uitgelegd.²³ De AVG geeft de lidstaten dus niet de mogelijkheid een eigen, ruimere invulling te geven aan dat begrip.

De AP adviseert artikel 1 in overeenstemming te brengen met deze uitspraak.

Openbaarmaking

De AP is voornemens dit advies na vier weken openbaar te maken op de website www.autoriteitpersoonsgegevens.nl. Behoudens tegenbericht gaat zij ervan uit dat hiertegen geen bezwaar bestaat.

Hoogachtend,
Autoriteit Persoonsgegevens,

drs. C. E. Mur
Bestuurslid

²³ ECLI:NL:GHDHA:2019:3539.