

# Advies W03.13.0464/II

Datum: woensdag 19 februari 2014  
Soort: Wet  
Ministerie: Veiligheid en Justitie  
Vindplaats: website Ministerie

Voorstel van wet tot wijziging van de Wet bescherming persoonsgegevens en de Telecommunicatiewet in verband met de invoering van een meldplicht bij de doorbreking van maatregelen voor de beveiliging van persoonsgegevens (meldplicht datalekken), met toelichting.

Van dit advies is een [samenvatting](#) gemaakt.

Bij Kabinetsmissive van 19 december 2013, no.2013002629, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de nota van wijziging bij het voorstel van wet tot wijziging van de Wet bescherming persoonsgegevens en de Telecommunicatiewet in verband met de invoering van een meldplicht bij de doorbreking van maatregelen voor de beveiliging van persoonsgegevens (meldplicht datalekken), met toelichting.

In de nota van wijziging wordt de bestuurlijke boete ingevoerd voor een groot aantal bepalingen van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en voor enkele bepalingen in bijzondere wetten die strekken tot bescherming van persoonsgegevens. Daarmee krijgt het College bescherming persoonsgegevens (Cbp) ruimere bevoegdheden om de rechtmatigheid van verwerking van persoonsgegevens af te dwingen.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de keuze voor punitieve bestuurlijke handhaving, de concentratie van taken bij het Cbp en de toepassing van het lex certa-beginsel. Zij is van oordeel dat de nota van wijziging in verband daarmee nader dient te worden overwogen

## 1. Achtergrond

Handhaving van de Wbp loopt tot dusverre vooral langs de lijnen van de herstel-sancties: het Cbp kan op de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de Wbp, een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom opleggen. (*zie noot 1*) Een bestuurlijke boete (ten hoogste € 4500) of een strafsanctie kan alleen worden opgelegd voor een klein aantal specifieke verplichtingen. (*zie noot 2*) Het wetsvoorstel waarop de nota van wijziging betrekking heeft voorziet in een bestuurlijke boete van maximaal € 450.000 voor twee feiten: voor het niet melden van een "datalek" (een nieuwe verplichting in de Wbp) (*zie noot 3*) en voor het niet meewerken aan toezichthoudende activiteiten van het Cbp. (*zie noot 4*)

In de nota van wijziging wordt de boete, zoals voorzien in het wetsvoorstel, verhoogd naar de strafrechtelijke zesde categorie (thans € 810.000). (zie noot 5) Deze boete wordt eveneens ingevoerd voor overtreding van een groot aantal al bestaande verplichtingen in de Wbp. In plaats van een boete van de zesde categorie kan ook een boete van ten hoogste 10% van de jaaropbrengst van de rechtspersoon worden opgelegd. (zie noot 6) De boete als percentage van de jaaropbrengst is bedoeld als een hoger maximum; daarmee kan rekening worden gehouden met het vermogen van ondernemingen, dat veelal groter is dan dat van privépersonen. (zie noot 7)

De invoering van de bestuurlijke boete in de Wbp sluit aan bij mogelijk toekomstige Europese ontwikkelingen. Met de Wbp, tot stand gekomen in 2000, werd uitvoering gegeven aan de privacyrichtlijn van de Europese Unie uit 1995. (zie noot 8) De privacyrichtlijn stelde nog geen strikte eisen aan de wijze waarop de lidstaten de regels ter uitvoering van de richtlijn handhaven. Inmiddels heeft de Europese Commissie in 2012 een ontwerp-Algemene verordening gegevensbescherming opgesteld, die de privacyrichtlijn moet gaan vervangen. Met de overgang van een richtlijn naar een verordening wordt ook de handhaving strikter geregeld: de ontwerp-Algemene verordening van de Commissie voorziet in hoge boetes voor de overtreding van een groot aantal materiële bepalingen. (zie noot 9) De regering verwacht dat de verordening in 2014 tot stand zal komen en in 2016 in werking zal treden. (zie noot 10) Met de nota van wijziging wordt toegevoegd naar het handhavingssysteem van de toekomstige verordening, aldus de toelichting. (zie noot 11)

De thans voorgestelde invoering van de bestuurlijke boete houdt verband met - zoals de toelichting het verwoordt - een breed nalevingstekort van de Wbp, zoals dat in de tweede evaluatie van de Wbp naar voren komt. (zie noot 12) In dat licht gezien heeft de Afdeling begrip voor het streven de naleving van de Wbp te versterken. Zij plaatst echter kanttekeningen bij het gekozen middel om dat doel te bereiken.

## **2. Keuze voor punitieve bestuursrechtelijke handhaving**

### **a. Bestuursrecht of strafrecht**

In de toelichting wordt de voorgestelde uitbreiding van de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes getoetst aan de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze voor een sanctiestelsel uit 2008 (Nota sanctiestelsels 2008). Het belangrijkste criterium daarin is de vraag of sprake is van een open of een besloten context. Van een besloten context is volgens de regering sprake als er een gespecialiseerd bestuursorgaan belast is met de uitvoering van zekere wetten en het uit dien hoofde te maken heeft met een afgebakende doelgroep, en als bovendien tussen dat orgaan en de doelgroep verbanden zijn ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen. Bij een besloten context heeft bestuursrechtelijke handhaving de voorkeur. Van een open context kan gesproken worden als burgers en bedrijven gebonden zijn aan algemene rechtsregels die - ongeacht de uitoefening van bepaalde activiteiten of de hoedanigheid van de burger of het

bedrijf - voor iedereen en altijd gelden. Bij dergelijke normen is er geen met de uitvoering van wetgeving belast gespecialiseerd overheidsorgaan betrokken dat bijvoorbeeld vergunningen afgeeft, noch sprake van reguliere communicatie tussen burger of bedrijf en een overheidsdienst in het verband van de uitvoering van de geldende regels. In de open context is strafrechtelijke handhaving het uitgangspunt. *(zie noot 13)*

Volgens de toelichting valt de Wbp onder wetgeving met een open context. De Nota sanctiestelsels 2008 maakt echter - zo vervolgt de toelichting - uitzonderingen op dit uitgangspunt: wanneer sprake is van een hooggespecialiseerd orgaan dat optreedt als handhavende instantie, zoals op het terrein van het mededingingsrecht of het telecommunicatierecht - de nota noemt de Autoriteit Consument en Markt als voorbeeld - kan er niettemin ruimte zijn voor de bestuurlijke boete als handhavingsinstrument. *(zie noot 14)* Het Cbp kan volgens de regering als een dergelijke gespecialiseerde handhaver worden aangemerkt. De keuze om de Wbp vooral met bestuursrechtelijke bestraffende sancties te handhaven is daarom in overeenstemming met de Nota sanctiestelsels, aldus de toelichting.

Zoals de Afdeling in eerdere adviezen heeft aangegeven acht zij het criterium 'open en besloten context' niet geschikt als uitgangspunt bij de keuze tussen strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke bestraffing. *(zie noot 15)* Zij leidt tot onwenselijke en ongerechtvaardigde uitkomsten. Ook los daarvan echter is de Afdeling van oordeel dat, indien al in aanvulling op de bestaande reparatoire sancties moet worden besloten tot uitbreiding van het sanctie-instrumentarium, *(zie noot 16)* de motivering van de nota tekortschiet. In eerdere adviezen heeft de Raad van State voorgesteld, de aard van de overtreding en ernst van de inbreuk als criterium te hanteren. *(zie noot 17)* In 2010 is een aanvulling verschenen op de Nota sanctiestelsels 2008, met een aantal algemene afwegingen die de wetgever moet maken bij de keuze tussen sanctiestelsels. Hieruit blijkt dat de wetgever het element van de ernst van het feit dient af te wegen tegen overwegingen die pleiten voor bestuursrechtelijke handhaving (besloten context, gespecialiseerde toezichthouders). *(zie noot 18)* Een dergelijke afweging ontbreekt in de toelichting. Daarbij merkt de Afdeling op dat het bij overtreding van de Wbp in voorkomende gevallen kan gaan om ernstige inbreuken op een grondwettelijk en verdragsrechtelijk beschermd grondrecht, te weten het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. In dat opzicht gaat de vergelijking die in de toelichting wordt gemaakt met het mededingingsrecht en het tele-communicatierecht niet of niet geheel op.

Voorts merkt de Afdeling op dat de keuze voor het ene of andere stelsel van bestraffing tot aanmerkelijke verschillen leidt in rechtspositie en rechtsbescherming van degene jegens wie de handhaving zich richt. Zo bestaat er geen opnemings van gegevens omtrent bestraffing in de justitiële documentatie bij veroordeling tot een bestuurlijke boete, terwijl die er wel is bij een strafrechtelijke veroordeling. Voorts loopt de rechtsbescherming van degene jegens wie de handhaving zich richt uiteen door de verschillen die bestaan tussen de strafrechtelijke rechtsgang en de bestuursrechtelijke. Zo moet de strafrechter het feit bewezen verklaren en legt hij de boete zelf op; de bestuursrechter toetst het proces-verbaal van de overtreding en de

rechtmatigheid van de door het bestuursorgaan opgelegde boete. Een zorgvuldige afweging van de keuze voor het ene of andere stelsel dient ook deze verschillen in ogenschouw te nemen en in het licht van die verschillen te leiden tot nadere afwegingen. Ten slotte merkt de Afdeling op dat niet gemotiveerd wordt waarom, als het gaat om kleinere feiten, niet voor de (bestuurlijke) strafbeschikking is gekozen.

**b. Samenloop met de ontwerp-Algemene verordening**

De ruimte voor de wetgever om met het oog op de handhaving tot een eigen afweging te komen, wordt in de nabije toekomst mogelijk beperkt door de ontwerp-Algemene verordening die thans nog in bespreking is. In dat licht bezien acht de Afdeling invoering van een volledig opgetuigd stelsel van bestuurlijke boetes prematuur. Dat geldt te meer nu er tussen het voorliggende voorstel en de Algemene verordening mogelijk aanmerkelijke verschillen zullen bestaan. Gelet op de verschillende ontwerpteksten die op dit moment openbaar of bekend zijn, zal de verordening voor bepaalde feiten mogelijk geen bestuurlijke boete mogelijk maken. Voorts is het gelet op diezelfde ontwerpteksten niet onaannemelijk dat de verordening, anders dan het voorliggende voorstel, afhankelijk van het soort overtreding verschillende boetemaxima zal bevatten. Mede gelet op deze verschillen is de kans dat het wettelijk sanctiestelsel op korte termijn opnieuw en ingrijpend moet worden gewijzigd, aanzienlijk.

**c. Conclusie**

De Afdeling adviseert de keuze voor handhaving door bestuurlijke boetes in het licht van hetgeen hiervoor onder a en b is opgemerkt, nader te bezien.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

**3. Concentratie van taken bij het Cbp**

In de toelichting wordt onderkend dat een voorschrift dat door punitieve sancties wordt gehandhaafd voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn (het *lex certa*-beginsel). (*zie noot 19*) Eveneens wordt onderkend dat de Wbp voor een belangrijk deel bestaat uit algemeen-abstract omschreven voorschriften. De regering meent dat dit het Cbp niet voor onoverkomelijke problemen stelt: verheldering van de normen vindt plaats zowel op Europees niveau (de "Artikel 29"-werkgroep van Europese toezichthouders en de rechtspraak van het Hof van Justitie) als op nationaal niveau (richtsnoeren van het Cbp, (*zie noot 20*) waarin ook wel wordt verwezen naar NEN- en ISO-normen, en nationale rechtspraak). De toelichting verwijst voorts naar jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en nationale rechters, waaruit blijkt dat wetgeving die wordt gehandhaafd met een bestuurlijke boete onder omstandigheden noodzakelijkerwijs uit vage normen bestaat. Wel worden in zulke gevallen hoge eisen gesteld aan de motivering van het besluit. (*zie noot 21*)

De toelichting verwijst - op zichzelf terecht - naar de mogelijkheid dat vage normen worden geconcretiseerd via de rechtspraak. Uit de evaluatie van de Wbp blijkt echter dat er betrekkelijk weinig wordt geprocedeerd over de toepassing en werking van de Wbp. Dit lijkt

verband te houden met het feit dat de te verwachten winst van een procedure niet snel opweegt tegen de kosten (met name kosten voor rechtsbijstand); procedures die uitsluitend betrekking hebben op principiële belangen worden nauwelijks gevoerd. (*zie noot 22*) Ook rechtspraak van het Hof van Justitie ontbreekt tot dusverre vrijwel volledig.

Het voorgaande betekent dat de concretisering van de vage wettelijke normen in hoofdzaak geschiedt door middel van richtsnoeren en nadere beslissingen (*zie noot 23*) van het Cbp. In de huidige omstandigheden kan het onder omstandigheden nuttig zijn dat het Cbp door het uitbrengen van richtsnoeren meer duidelijkheid probeert te bieden over de wijze waarop de Wbp moet worden uitgelegd. Nu het Cbp echter ook bevoegd wordt bestuurlijke boetes op te leggen voor overtreding van een groot aantal verplichtingen in de Wbp, is sprake van een sterkere concentratie van uiteenlopende taken dan voorheen het geval is. Hoewel de richtsnoeren geen algemeen verbindende voorschriften zijn en de opstelling van richtsnoeren niet gebaseerd is op een expliciete wettelijke bevoegdheid komt het in de toekomstige situatie er feitelijk op neer dat althans een deel van de normstelling komt te liggen bij het orgaan dat vervolgens geacht wordt om dezelfde normen via punitieve sancties te handhaven. Aldus komen normstelling en bestraffing in belangrijke mate in één hand te liggen.

De Afdeling is zich er van bewust dat vergelijkbare situaties ook voorkomen bij andere toezichthouders op andere beleidsterreinen. In het onderhavige geval echter betreft het een grondrechtelijke aangelegenheid waarin de wetgever gelet op artikel 10, tweede en derde lid, Grondwet een bijzondere verantwoordelijkheid draagt. Bovendien gaat het, anders dan bij andere toezichthouders, niet om specifieke sectoren maar om de bescherming van persoonsgegevens die in beginsel van belang is voor alle maatschappelijke terreinen.

Tegen deze achtergrond is het naar het oordeel van de Afdeling gewenst om bij de totstandkoming van nadere normstelling in elk geval de betrokkenheid van de voor de wetgeving op dit terrein verantwoordelijke bewindspersoon in de wet te waarborgen. Dit kan door in de Wbp te bepalen dat de minister aan richtsnoeren van het Cbp die een invulling van de materiële wettelijke normen genoemd in artikel 66, tweede lid, behelzen, zijn goedkeuring dient te verlenen. (*zie noot 24*) Een andere, verdergaande optie zou zijn om die nadere invulling te laten plaatsvinden bij algemene maatregel van bestuur. De voorgestelde delegatiebepaling (artikel 66, derde lid) zou met het oog daarop zo nodig moeten worden uitgebreid dan wel moeten worden aangevuld met een delegatiebepaling elders in de wet. (*zie noot 25*)

De Afdeling adviseert op het voorgaande in de toelichting in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

#### **4. Lex certa-beginsel**

In de toelichting wordt terecht gewezen op het lex certa-beginsel. Dit beginsel houdt in dat een voorschrift dat door punitieve sancties wordt gehandhaafd, voldoende duidelijk,

voorzienbaar en kenbaar moet zijn. (*zie noot 26*) Deze eis is echter niet absoluut. In de Europese en de nationale rechtspraak wordt aanvaard dat wetgeving die wordt gehandhaafd met een bestuurlijke boete onder omstandigheden uit vage normen bestaat, die in de toepassingspraktijk nader moeten worden ingevuld. In het licht van deze rechtspraak concludeert de regering dat de vage normen als vervat in de Wbp door bestuurlijke boetes kunnen worden gehandhaafd. (*zie noot 27*)

De Afdeling wijst er op dat het in de Wbp over vrijwel de gehele linie gaat om zeer vage normen waarover, zoals eerder opgemerkt, relatief weinig rechtspraak bestaat. (*zie noot 28*) Onder die omstandigheden zal als gevolg van het voorstel de verantwoordelijke in niet te verwaarlozen aantallen gevallen een aanzienlijke inspanningsverplichting moeten leveren om, met inzet van professionele deskundigheid, te (laten) beoordelen in hoeverre hij in overtreding en in verband daarmee of en hoe hij een bestuurlijke boete kan ontlopen. Eventuele nadere regels, richtsnoeren van het Cbp of gedragscodes zullen dit probleem slechts deels kunnen oplossen, nu het veelal gaat om een afweging van vaag omschreven belangen die pas in het concrete geval betekenis krijgen. De Afdeling acht de mogelijkheid om onder dergelijke omstandigheden zonder meer een bestuurlijke boete op te leggen, ongewenst.

Om aan dit bezwaar tegemoet te komen zou, in lijn met hetgeen de Afdeling eerder heeft aanbevolen, (*zie noot 29*) in de wet bepaald kunnen worden dat het Cbp bij een vermoeden van een overtreding niet onmiddellijk een bestuurlijke boete kan opleggen, maar eerst een bindende aanwijzing moet geven. Daarin zou de toezichthouder ter concretisering van de wettelijke norm moeten aangeven welke gedraging op grond van de Wbp van de verantwoordelijke wordt verwacht en hem zo mogelijk moeten opdragen om de overtreding geheel of gedeeltelijk te herstellen. Indien de aanwijzing niet binnen een bepaalde termijn wordt opgevolgd, kan vervolgens een boete worden opgelegd. Elders in de Nederlandse wetgeving worden ter uitvoering en handhaving van Europese regels vergelijkbare constructies gehanteerd. (*zie noot 30*)

De Afdeling adviseert op het voorgaande in de toelichting in te gaan en de nota van wijziging zo nodig aan te passen.

##### **5. Politiegegevens, justitiële en strafvorderlijke gegevens**

Het Cbp krijgt de bevoegdheid boetes op te leggen voor overtreding van een groot aantal voorschriften in de Wbp. Die bevoegdheid krijgt het Cbp niet ten aanzien van sectorale wetgeving waarvoor het is aangewezen als toezichthouder: de Wet basisregistratie personen (die mede strekt tot uitvoering van de privacyrichtlijn), de Wet politiegegevens en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. In de toelichting wordt niet aangegeven waarom dit het geval is.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

## 6. Consultatie

De toelichting vermeldt dat over de nota van wijziging overleg is gevoerd met VNO-NCW en MKB Nederland. (*zie noot 31*) Uit de toelichting blijkt niet wat het standpunt is dat VNO-NCW en MKB Nederland hebben ingenomen en wat de uitkomst van het overleg met deze organisaties is geweest.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen.

## 7. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging goed te vinden dat de nota van wijziging niet wordt gezonden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State

---

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.13.0464/II

- Artikel I, onderdelen D (tweede), E en F verletteren tot E, F en G.
- In artikel I, onderdeel D (tweede), na "artikel 75" invoegen: , eerste lid, .
- In artikel IVa "de EU-verordening algemene gegevensbescherming" wijzigen in: de algemene verordening gegevensbescherming van de Europese Unie.
- In § 7 van de toelichting de indruk wegnemen dat met een redelijke termijn (bij overschrijding waarvan een schadevergoedingsplicht ontstaat) bedoeld wordt: de termijnbepalingen in de Algemene wet bestuursrecht.