

Opinie

Het belang van de bindende aanwijzing voor goed privacytoezicht

Gerrit-Jan Zwenne en Wilfred Steenbruggen¹

In februari behandelde de Tweede Kamer het wetsvoorstel dat beoogt de bestuurlijke boetebevoegdheid van het College bescherming persoonsgegevens (hierna: Cbp) uit te breiden. De toezichthouder kan nu eigenlijk alleen boetes opleggen bij niet-naleving van de meldplicht (art. 27, 28 en art. 79, eerste lid, Wbp) en dat tot ten hoogste EUR 4.500. Op basis van het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel kan de toezichthouder straks boetes tot maar liefst EUR 810.000 opleggen bij overtreding van de meeste andere bepalingen van de Wbp. En indien EUR 810.000 geen passende bestraffing zou zijn, kan het Cbp zelfs tot 10% van de jaaromzet van de rechtspersoon in het voorafgaande boekjaar opleggen.

In het oorspronkelijke voorstel voor uitbreiding van de boetebevoegdheid stond nog dat het Cbp, behoudens bij opzettelijke overtredingen, eerst een zogeheten 'bindende aanwijzing' zou moeten geven voordat hij een dergelijke boete zou kunnen opleggen.² Deze eis brengt met zich mee dat de toezichthouder eerst moet uitleggen wat de wet in het concrete geval vereist en de overtreder moet gelasten om de overtreding te beëindigen, voordat hij een boete oplegt. Pas als de bindende aanwijzing niet binnen een bepaalde termijn wordt opgevolgd, kan vervolgens een boete worden opgelegd. Aldus het voorstel.

De voorzitter van het Cbp, Jacob Kohnstamm, maakte zich direct na de indiening van dit wetsvoorstel boos over de verplichte tussenstap van een bindende aanwijzing. Dat betekent, aldus de toezichthouder, dat het wetsvoorstel niet leidt tot een betere naleving van de privacywet. 'De roep in de samenleving is om een waakhond met tanden,' zegt de voorzitter, 'nu worden we tandeloos aan banden gelegd waardoor bedrijven en organisaties niet de druk zullen voelen om de wet na te leven.'³

We kunnen ons wel iets voorstellen bij de frustratie van de voorzitter, die al jaren aandringt op uitbreiding van de boetebevoegdheid van zijn College. En nu die uitbreiding er eindelijk gaat komen, wordt de privacywaakhond alsnog genuileerd. Althans, zo voelt het. Er zijn echter overtuigende argumenten om het Cbp niet zomaar de vrije hand te geven bij het opleggen van boetes.

In zijn advies over het wetsvoorstel legt de Raad van State uit waarom.⁴ Een van de conclusies van de evaluatie van de Wbp in 2007 was dat deze wet, veel meer dan andere wetten, wordt gekenmerkt door zeer vage, algemeen-abstracte normen en open begrippen, die in de praktijk moeten worden ingevuld en geconcretiseerd.⁵ Denk bijvoorbeeld aan de norm dat persoonsgegevens mogen worden verwerkt voor een gerechtvaardigd belang van de gene die daarvoor verantwoordelijk is of een derde, tenzij het privacybelang van het desbetreffende datasubject prevaleert (art. 8, onder f, Wbp). Een ander voorbeeld is dat de verantwoordelijke passende technische en organisatorische maatregelen ten uitvoer moet leggen om persoonsgegevens te beveiligen tegen verlies of enige vorm van onrechtmatige verwerking (art. 13 Wbp).

Als gevolg van deze vage algemeen-abstracte normen en open begrippen is er vaak onduidelijkheid over wat er in een concreet geval precies moet worden gedaan om aan de wet te voldoen. Vanzelfsprekend moet dit worden opgehelderd. Immers, in een rechtsstaat kan alleen een boete worden opgelegd als vooraf voldoende voorzienbaar is op welke wijze de wet had moeten worden nageleefd. Dit noemen we het *lex certa*-beginsel of voorzienbaarheidsvereiste.

Het is niet zo dat een door straffen te handhaven norm altijd op voorhand glashelder moet zijn. Dat kan ook bijna niet bij regels die voor algemene toepassing zijn geschreven. Maar de burger moet wel redelijkerwijs in staat zijn om vast te stellen wat er

1. Prof. mr. Gerrit-Jan Zwenne is hoogleraar Recht en de informatiemaatschappij aan de Universiteit Leiden en is evenals dr. Wilfred Steenbruggen advocaat bij Bird & Bird LLP te Den Haag. Deze opinie is een bewerking van de opinie op 3 februari 2015 in het FD stond.
2. *Kamerstukken II 2014/15*, 33 662, nr. 9.
3. Zie het persbericht van het Cbp d.d. 24 november 2014,

<https://cbpweb.nl/nl/nieuws/cbp-zet-grote-vraagtekens-bij-wetsvoorstel-boetebevoegdheid>.

4. *Kamerstukken II 2014/15*, 33 662, nr. 10.

5. G.J., Zwenne e.a., *Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens*, Den Haag: WODC 2007.

van hem wordt verwacht, desnoods met professionele rechtsbijstand, voordat hij te maken krijgt met boetes.⁶

En precies op dat punt schiet de Wbp nogal tekort. In deze privacywet gaat het over vrijwel de gehele linie om zeer vage normen waarover relatief weinig rechtspraak bestaat. Over toepassing en werking van de Wbp wordt bijna niet geprocedeerd. En, behoudens een handjevol uitzonderingen, biedt ook rechtspraak van het Hof van Justitie nauwelijks concrete handvaten. Als gevolg daarvan zou de verantwoordelijke in niet te verwaarlozen aantallen gevallen een aanzienlijke (zeg maar: onevenredige) inspanning moeten leveren om met inzet van specifieke expertise te laten beoordelen hoe een overtreding en daarmee een boete kan worden voorkomen. Daaraan doet niet af dat het Cbp door middel van richtsnoeren of goedkeuring van gedragscodes nadere regels kan stellen. De praktijk wijst uit dat het ook in dergelijke instrumenten meestal beperkt blijft tot een afweging van vaag omschreven belangen die pas in het concrete geval betekenis krijgen. Als gevolg daarvan zal de concretisering van de vage normen veelal pas gebeuren in de beslissingen van het Cbp zelf. Het Cbp bepaalt dus grotendeels zelf wanneer sprake is van een overtreding.

Het is in dat verband niet zonder betekenis dat de toezichthouder de laatste jaren een uitgesproken activistische koers is gaan varen. Het Cbp heeft een eigen, en vaak ook nogal eigennuttige opvatting over welke kant het met de privacybescherming op moet en bemoeit zich enthousiast met maatschappelijke en politieke privacydiscussies. In dat kader schrijft de voorzitter van de toezichthouder nogal eens brieven naar de Tweede Kamer en treedt hij ook veelvuldig in de publiciteit.

We kunnen hier in het midden laten of de toezichthouder, die geacht wordt onafhankelijk, objectief en onpartijdig te zijn, er goed aan doet zich zo prominent te profileren als een privacybelangengroep. Vast staat dat deze activistische opstelling zich niet zonder meer laat verenigen met een onbeperkte bevoegdheid om zeer forse boetes op te leggen, zeker niet als de toezichthouder daarmee de naleving kan afdwingen van regels die door hem zelf worden bepaald, of in elk geval vergaand nader worden ingevuld.

Er valt dus veel te zeggen voor de bindende aanwijzing als noodzakelijke tussenstap. Deze verplichting zorgt ervoor dat de toezichthouder eerst duidelijk maakt hoe de privacyregels moeten worden uitgelegd, komt daarmee tegemoet aan de eisen van het *lex certa*-beginsel en voorkomt willkeur.

De Tweede Kamer bleek enigszins gevoelig voor de oproep van het Cbp om de werking van de bindende aanwijzing af te zwakken. In het oorspronkelijke wetsvoorstel stond nog dat de toezichthouder alleen bij opzettelijke overtredingen geen bindende aanwijzing hoefde op te leggen. Als gevolg van een amendement van de leden Van Wijngaarden (VVD) en Oosenbrug (PvdA) staat de tekst van het wetsvoorstel ook toe dat de toezichthouder zonder een bindende aanwijzing een kan boete opleggen als de overtreding het gevolg is van ernstig verwijtbare nalatigheid.⁷ Daarmee wordt, zo blijkt uit de toelichting op het amendement, beoogd het Cbp in staat te stellen op te treden in gevallen waarin de overtreding het gevolg is van grof of aanzienlijk onzorgvuldig, onachtzaam dan wel onoordeelkundig handelen.⁸

Wij zijn er uiteraard niet op tegen dat het Cbp direct kan optreden tegen grove schendingen van de Wbp, maar zijn wel bezorgd over de rechtsonzekerheid die het amendement met zich brengt. Daarbij lijkt het amendement onnodig omdat het Cbp op grond van de tekst van het oorspronkelijke wetsvoorstel zonder meer meteen kon optreden in geval van opzettelijke overtredingen. En onder opzettelijk optreden wordt mede het zogenaamde voorwaardelijk opzet begrepen dat we ook uit het strafrecht kennen. Om een boete te kunnen opleggen moet dan dus slechts hard te worden gemaakt dat de overtreder willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaardde dat zijn handelen of nalaten tot een overtreding van de Wbp zou kunnen leiden. Volgens de toelichting op het wetsvoorstel was dat bijvoorbeeld aan de orde bij commerciële handel in persoonsgegevens voor financieel gewin.⁹ Ook in het door het Cbp zelf genoemde voorbeeld van de verantwoordelijke die medische gegevens verkoopt en zich om een boete te ontlopen, op het standpunt stelt dat de opzet was gericht op het maken van winst en niet op een overtreding van de Wbp, kan relatief eenvoudig voorwaardelijk opzet hard gemaakt worden.¹⁰ In die zin voegt het amendement dus niets toe.

Een belangrijk nadeel van de door het amendement mogelijk gemaakte uitbreiding van boetebevoegdheid is de onduidelijkheid van wat in de context van de privacybescherming moet worden verstaan onder ernstig verwijtbare nalatigheid. Dit criterium komt verder in het (bestuurs)strafrecht niet voor. Daardoor is vooralsnog onopgehelderd wanneer daarvan wel en wanneer niet sprake kan zijn. Het wetsvoorstel geeft onze activistische toezichthouder daarmee nog steeds erg veel ruimte om zelf te bepalen wanneer hij al dan niet direct een boete kan opleggen. En daarmee ligt het gevaar op de loer dat het *lex certa*-beginsel toch wordt uitgehold. Dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn.

6. Zie bijv. EHRM 25 mei 1993, Series. A.260 (*Kokkinakis/Griekenland*), r.o. 52; EHRM 27 september 1995, NJ 1996, 49; EHRM 27 september 2009, www.echr.coe.int (Scoppola/Frankrijk); EHRM 25 juni 2009, www.echr.coe.int (*Liivik/Estland*). Zie voor een Nederlandse zaak EHRM 28 juni 2011, LJN BT2901 (*Financieel Dagblad/Nederland*); zie ook ABRvS 20 november 2002, LJN AF0842.

7. *Kamerstukken II* 2014/15, 33 662, nr. A.

8. *Kamerstukken II* 2014/15, 33 662, nr. 16.

9. *Kamerstukken II* 2014/15, 33 662, nr. 9, p. 17.

10. *Kamerstukken II* 2014/15, 33 662, nr. 9, p. 2.

Het is te hopen dat de Eerste Kamer ook in dit dossier zijn rol als bewaker van de rechtsstaat serieus neemt en het wetsvoorstel op dit punt grondig toetst. Van ernstig verwijtbare nalatigheid kan, in het licht van lex certa-beginsel, wat ons betreft alleen sprake zijn als er in redelijkheid geen discussie mogelijk is wat de overtreder had moeten doen om overtreding in het concrete geval te voorkomen. Een goede privacybescherming staat of valt met voldoende rechtszekerheid.