

Handhaving van de Algemene Verordening Gegevensbescherming vanuit Nederlands perspectief

Mr. E. Oude Elferink en mr. J.G. Reus*

De Algemene Verordening Gegevensbescherming zal op 25 mei 2018 van toepassing worden. Ten aanzien van de handhaving van regels op het vlak van gegevensbescherming gaat dat grote veranderingen teweegbrengen. In dit artikel wordt een toekomstbeeld geschetst.

Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), PbEU 2016, L 119/1

Inleiding

In Nederland zijn de regels op het vlak van gegevensbescherming in de eerste plaats verankerd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).¹ Daarin zijn waarborgen opgenomen betreffende de wijze waarop persoonsgegevens kunnen en mogen worden verwerkt. De reikwijdte van het begrip ‘persoonsgegeven’ is ruim, net als die van het begrip ‘verwerking’. Een private of publieke organisatie komt daardoor al snel met de Wbp in aanraking.

De inhoud van veel bepalingen in de Wbp is ontleend aan Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 (Richtlijn).² De Richtlijn beoogde de harmonisatie van regels op het vlak van gegevensbescherming binnen de Euro-

pese Unie (EU).³ De achterliggende gedachte was dat enerzijds verkeer van persoonsgegevens binnen de EU mogelijk moest zijn, maar dat daarbij anderzijds de fundamentele rechten van personen zouden moeten worden gerespecteerd.⁴

De fragmentatie van handhaving van gegevensbescherming en de snelle technologische ontwikkelingen hebben de Europese Commissie (Commissie) ertoe bewogen op 25 januari 2012 een voorstel te doen voor een algemene verordening op het gebied van gegevensbescherming.⁵ Na een intensief wetgevingsproces is de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) op 27 april 2016 definitief aangenomen.⁶ De verordening zal op 25 mei 2018 van toepassing worden.⁷ Per die datum is de Richtlijn ingetrokken.⁸ Eenzelfde lot zal de Wbp zijn beschoren.⁹

Naast de AVG zal in Nederland de Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming (Uitvoe-

157

* Mr. E. (Edmon) Oude Elferink is advocaat bij CMS in Brussel. Mr. J.G. (Jurje) Reus is advocaat in Amsterdam.

1. Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens.
2. 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* 1995, L 281/1.

3. Een verwijzing naar de EU moet vanzelfsprekend worden beschouwd als een referentie aan de Europese Economische Ruimte (EU, IJsland, Liechtenstein en Noorwegen).

4. Richtlijn, overweging 3.

5. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens betreffende het vrije verkeer van die gegevens (algemene verordening gegevensbescherming), COM(2012)11 final. Zie hierover: H.R. Kranenburg, ‘Naar nieuwe Europese regels voor gegevensbescherming’, *TvCR* oktober 2013, p. 332 en H.R. Kranenburg, ‘Nieuwe Europese regels voor de bescherming van persoonsgegevens: van belang voor iedereen’, *SEW* 2013, nr. 7, p. 309.

6. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene verordening gegevensbescherming), *PbEU* 2016, L 119/1.

7. Art. 99 lid 2 AVG.

8. Art. 94 lid 1 AVG.

9. Art. 46 Uitvoeringswet AVG.

ringswet AVG) gelden.¹⁰ Een wetsvoorstel is op 9 december 2016 gepubliceerd in het kader van een consultatieronde. De Uitvoeringswet AVG regelt de op- en inrichting van de nationale toezichthouder, geeft uitvoering aan een aantal bepalingen die de lidstaten beleidsruimte geven en zorgt voor inpassing in het bestaande bestuursrechtelijke systeem. In het kader van de consultatie zijn 67 ontvangen reacties publiek gemaakt.

De grote verandering door de invoering van de AVG voltrekt zich niet op materieel vlak, maar op het terrein van handhaving. De AVG noemt een groot aantal taken¹¹ en bevoegdheden¹² voor toezichthoudende autoriteiten in de lidstaten en op Europees niveau.¹³ Voorts voorziet de AVG in de oplegging van hoge boetes, in voorkomend geval tot 4 procent van de wereldwijde jaaromzet.¹⁴ De toezichthoudende autoriteiten worden daarmee in potentie waakhonden met scherpe tanden, die niet (langer) alleen maar kunnen blaffen.

Een eventueel verzuim de regels op het vlak van gegevensbescherming te respecteren, bergt in het licht van het voorgaande vanaf 25 mei 2018 grote risico's in zich. De toepassing en inachtneming van die regels is daarom *Chefsache* geworden, terwijl gegevensbescherming tot voor kort in directiekamers doorgaans weinig aandacht kreeg. Bedacht moet worden dat de Wbp tot 1 januari 2016 niet voorzag in de mogelijkheid boetes op te leggen¹⁵ en handhaving van de wet in algemene zin als zwak moest worden gekenmerkt. Op genoemde datum is daarin in verband met de invoering van regels over datalekken¹⁶ verandering gekomen,¹⁷ maar aan destijds geïntroduceerde boetebepalingen is (nog)¹⁸ geen toepassing gegeven.

In het onderhavige artikel verkennen wij de bepalingen in de AVG over handhaving door toezichthoudende

autoriteiten en de praktische implicaties daarvan. Indien daarvoor aanknopingspunten bestaan, betrekken wij bij deze verkenning onze ervaring op het gebied van de handhaving van het mededingingsrecht.

Autoriteit Persoonsgegevens

De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) is momenteel de Nederlandse toezichthoudende autoriteit op het gebied van gegevensbescherming. De AP opereerde tot 1 januari 2016 onder de naam College bescherming persoonsgegevens, ofwel Cbp.

De instelling en inrichting van de AP is vanaf 25 mei 2018 geregeld in de Uitvoeringswet AVG.¹⁹ De AP zal een zelfstandig bestuursorgaan zijn en de toezichthoudende autoriteit in de zin van de AVG.²⁰ Dat betekent dat de AP inhoudelijk onafhankelijk is.

In de Uitvoeringswet AVG zal voorts (moeten) zijn gewaarborgd dat de AP voldoet aan de voorwaarden die aan toezichthoudende autoriteiten zijn gesteld in de AVG²¹ en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.²² Die voorwaarden houden met name verband met de kwalificaties en onafhankelijkheid van de leden van de autoriteit en haar personeelsleden.

Op grond van de Uitvoeringswet AVG wordt in beheersmatige zin een uitzonderlijke afstand gecreëerd tussen de AP en het ministerie van Veiligheid en Justitie. De rechtspositie van de voorzitter en de leden van de AP wordt bijvoorbeeld geregeld in een algemene maatregel van bestuur in plaats van in een ministeriële regeling. Wat de AP betreft, gaan de in het huidige voorstel opgenomen waarborgen echter niet ver genoeg. In haar reactie op de Uitvoeringswet AVG van 20 maart 2017²³ heeft ze aangedrongen op nadere verankering van haar autonomie.

Wat betreft de menskracht en financiële middelen waarover de AP gaat beschikken, bestaat onduidelijkheid. Op dit moment heeft de AP 73 medewerkers²⁴ en is het budget van 8,1 miljoen euro²⁵ bescheiden in vergelijking met de budgetten van andere zelfstandige bestuursorganen. In reactie op een *cri de coeur*²⁶ van de voormalige voorzitter van de AP, Kohnstamm, heeft de minister van Veiligheid en Justitie in 2016 aangegeven dat de werklastgevolgen van de nieuwe taken van de AP na inwerkingtreding van de AVG in kaart zouden worden gebracht.

19. Art. 6 tot en met 13 Uitvoeringswet AVG.

20. Art. 6 lid 5 Uitvoeringswet AVG.

21. Art. 51 tot en met 59 AVG.

22. HvJ 16 mei 2014, zaak C-288/12, *Commissie/Hongarije*, ECLI:EU:C:2014:631, punt 59. Zie voor een overzicht van rechtspraak hierover H. Hijmans, *The European Union as Guardian of Internet Privacy*, Springer 2016, par. 7.9.

23. Advies van de AP van 20 maart 2017 over de Uitvoeringswet AVG, <www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-adviseert-over-uitvoeringswet-avg>.

24. Of zuiverder: FTE.

25. Jaarverslag 2016, Autoriteit Persoonsgegevens, p. 43.

26. 'Privacywaakhond CBP kampt met onderbezetting', *NRC* 30 december 2015.

10. Regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), *PbEU* 2016, L 119 (Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming) [Consultatieversie] (<www.internetconsultatie.nl/uitvoeringswetavg>).

11. Art. 57 AVG.

12. Art. 58 AVG.

13. Art. 70 AVG.

14. In art. 79 van het voorstel voor de AVG was voorzien in een verplichting tot oplegging van boetes. Dit is uiteindelijk niet in de verordening gehandhaafd, maar het specifieke voorstel heeft een duidelijke weerslag op de geest van de AVG gehad.

15. Zie art. 66 Wbp. Een bestuurlijke boete van maximaal 4.500 euro op het niet aanmelden van een verwerking vormt een uitzondering.

16. Wet van 4 juni 2015 tot wijziging van de Wet bescherming persoonsgegevens en enige andere wetten in verband met de invoering van een meldplicht bij de doorbreking van maatregelen voor de beveiliging van persoonsgegevens alsmede uitbreiding van de bevoegdheid van het College bescherming persoonsgegevens om bij overtreding van het bepaalde bij of krachtens de Wet bescherming persoonsgegevens een bestuurlijke boete op te leggen (meldplicht datalekken en uitbreiding bestuurlijke boetebevoegdheid CBP), *Stb.* 2015, 230.

17. M. Jansen, 'De grenzen van de nieuwe boetebevoegdheid van de Autoriteit Persoonsgegevens', *P&I* 2015, nr. 6, p. 230.

18. Rapport definitieve bevindingen AP van 16 mei 2017: onderzoek naar het verwerken van persoonsgegevens van betrokkenen in Nederland door het Facebook-concern. In het persbericht dreigt de AP met de oplegging van boetes.

Tegen deze achtergrond heeft de AP onderzoeksbureau AEF de opdracht gegeven de te voorziene werklast onder de AVG te berekenen. Uit de bevindingen van dat bureau blijkt dat er met de komst van de AVG fors meer budget nodig zal zijn.²⁷ Van de zijde van de minister is te kennen gegeven dat over de uitkomsten van het onderzoek gesprekken worden gevoerd.²⁸

Mede gezien deze bevindingen van AEF lijkt het naar ons oordeel geen twijfel dat de Nederlandse regering het budget van de AP aanzienlijk op zal krikken teneinde de toezichthoudende autoriteit slagvaardig(er) te maken. Daarvoor bestaat aan de zijde van de overheid ook een duidelijke financiële prikkel. In de toekomst kan de AP hoge boetes voor inbreuken op de AVG opleggen, die in de Nederlandse staatskas vloeien. De huidige voorzitter van de AP, Wolfsen, heeft ook al een schot voor de boeg gegeven door te wijzen op de 'draconische boetes' die kunnen gaan volgen.²⁹

Taken en bevoegdheden Autoriteit Persoonsgegevens

In het navolgende gaan wij in op de taken en bevoegdheden die de AP zal hebben zodra de AVG toepassing vindt.

Taken

In de AVG wordt een groot aantal taken aan de toezichthoudende autoriteit toevertrouwd, in het bijzonder in artikel 57 AVG.

In de eerste plaats is de autoriteit belast met onderzoek naar schendingen van de AVG, al dan niet naar aanleiding van een klacht.³⁰ Daarnaast heeft zij taken op het vlak van advisering en sensibilisering betreffende de bescherming van persoonsgegevens in algemene zin.³¹ De AP dient verder lijsten op te stellen met verwerkingen die vooraf een zogenoemde gegevensbeschermings-effectbeoordeling vergen, en in bepaalde omstandigheden een oordeel vellen over verwerkingen waaraan volgens die beoordelingen een hoog risico kleeft.³² Niet onbelangrijk is dat in artikel 33 AVG is bepaald dat verwerkingsverantwoordelijken eventuele inbreuken in verband met persoonsgegevens, ook wel datalekken genoemd, in beginsel binnen 72 uur moeten melden bij de AP. Die meldingen moeten onder omstandigheden natuurlijk worden opgevolgd.

27. Zie het eindrapport *Organisatorische vertaling Verordening en Richtlijn gegevensbescherming*, Andersson Elffers Felix, 27 maart 2017.

28. Brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 31 mei 2017, <www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/05/31/tk-gevolgen-algemene-verordening-gegevensbescherming-voor-de-autoriteit-persoonsgegevens-en-meldingen-datalekken>.

29. E.P.M. Thole en C. Ebbers, 'Nieuwe voorzitter AP wijst op "draconische boetes"', *P&J* 2016, p. 199.

30. Art. 57 lid 1 sub f en g AVG.

31. Art. 57 lid 1 sub a tot en met e AVG.

32. Art. 57 lid 1 sub k AVG.

Uit deze niet volledige opsomming blijkt al dat de AP op grond van de AVG een zwaar en uitdagend takenpakket heeft. De uitdaging lijkt vooral daarin te zitten dat aan de goede uitoefening van de taken veelvuldig contact met de verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers inherent is. De AP vormt dadelijk in veel opzichten een onvermijdelijk loket, met name voor grotere ondernemingen en organisaties. Dat is momenteel niet het geval. Sterker nog, de AP wijst contact met ondernemingen op dit moment nadrukkelijk af.³³

De mate van afhankelijkheid van de AP in de toekomst maakt dat grotere ondernemingen en organisaties er belang bij hebben goede relaties met de autoriteit tot stand te brengen en te behouden. Dat vergt een investering in tijd en geld. Bij veel ondernemingen bestaat in dit licht ook behoefte aan duidelijkheid over de wijze waarop de leidende toezichthoudende autoriteit kan worden bepaald in geval van grensoverschrijdende verwerking. Dat is namelijk op grond van de AVG de gesprekspartner, en het enige loket waar de organisatie mee te maken zou moeten hebben bij grensoverschrijdende verwerkingen.³⁴ Het begrip leidende toezichthoudende autoriteit wordt hierna toegelicht.

Bevoegdheden

Wat betreft de bevoegdheden van de AP dient niet alleen naar de AVG te worden gekeken, maar ook naar de Uitvoeringswet AVG en de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

In artikel 58 AVG zijn de bevoegdheden neergelegd die ingezet kunnen worden ten behoeve van de vervulling van de in artikel 57 AVG genoemde taken. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen (1) onderzoeksbevoegdheden,³⁵ (2) bevoegdheden tot het nemen van corrigerende maatregelen³⁶ en (3) autorisatie- en adviesbevoegdheden.

Onder de onderzoeksbevoegdheden bedoeld onder (1) valt onder andere de bevoegdheid om verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers te gelasten informatie te verstrekken en om toegang te krijgen tot bedrijfsruimten (zonder toestemming van degenen die er activiteiten ontplooiën).

Voor zover het gaat om corrigerende maatregelen bedoeld onder (2), vallen drie zaken op. In de eerste plaats is uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers te waarschuwen en te berispen in geval van een inbreuk.³⁷ Toezichthoudende autoriteiten in Nederland bedienen zich in de praktijk wel van het instrument waarschuwing of berisping, maar een rechtsgrondslag bestaat daarvoor vaak niet. De AP heeft die in de toekomst dus wel. In de tweede plaats bevat de AVG de bevoegdheid een verwerkingsverantwoordelijke of verwerker te gelasten om,

33. Dit blijkt goed uit het (zeer kritische) advies van de AP van 20 maart 2017 over de Uitvoeringswet AVG, <www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-adviseert-over-uitvoeringswet-avg>.

34. Art. 56 lid 6 AVG.

35. Art. 58 lid 1 AVG.

36. Art. 58 lid 2 AVG.

37. Art. 58 lid 2 sub a en d AVG.

waar passend, op een bepaalde manier en binnen een nader bepaalde termijn verwerkingen in overeenstemming te brengen met de bepalingen van de AVG. In de derde plaats is er de bevoegdheid om een administratieve boete op te leggen. De voorwaarden waaronder administratieve boetes kunnen worden opgelegd, zijn neergelegd in artikel 83 AVG. Die bepaling noemt factoren waarmee bij het opleggen van een boete rekening moet worden gehouden. Verder worden voor verschillende categorieën van overtredingen boetemaxima geformuleerd. Dat maximum kan liggen op 20 miljoen euro of, als het om een onderneming gaat en indien dit cijfer hoger is, 4 procent van de wereldwijde omzet.³⁸

In de Uitvoeringswet AVG is de bevoegdheid tot het opleggen van boetes op grond van de AVG bevestigd. Bovendien is in aanvulling op de AVG bepaald dat een boete kan worden opgelegd voor een schending van artikel 10 AVG. Die laatste bepaling bevat een beperking van de mogelijkheid van verwerking van persoonsgegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten. Verder is in de Uitvoeringswet AVG bepaald dat vertegenwoordigers van de AP bevoegd zijn een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner.³⁹

Naast de bevoegdheden genoemd in de AVG en de Uitvoeringswet AVG biedt voorts de Awb grondslagen voor handhaving van de AVG, maar de nationale wet is in het licht van de in het Europese recht geldende hiërarchie van ondergeschikt belang.

De uitoefening van de bevoegdheden in de Uitvoeringswet AVG en Awb is in de AVG ook enkel toegestaan op voorwaarde dat deze geen afbreuk doet aan de doeltreffende werking van de bepalingen in de AVG over samenwerking tussen toezichthoudende autoriteiten en coherentie.⁴⁰ In dit verband is gewezen op het risico dat grote verschillen kunnen ontstaan tussen de handhavingsmogelijkheden van autoriteiten, die het zogenoemde *one-stop-shop*-principe ondermijnen.⁴¹ Het begrip *one-stop-shop* wordt hierna toegelicht.

Niet onbelangrijk is op te merken dat er waarborgen bestaan tegen excessief gebruik of misbruik van de gegeven onderzoeksbevoegdheden. Bij de uitoefening van de handhavingsbevoegdheden genoemd in artikel 58 AVG geldt dat het Handvest voor de grondrechten van de EU moet worden gerespecteerd,⁴² net als het evenredigheidsbeginsel bedoeld in artikel 83 lid 8 AVG. De AP heeft voorts in het kader van handhaving op grond van het Nederlandse recht de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te respecteren.

Autoriteit Persoonsgegevens als leidende autoriteit

De AVG roept een zogenoemd *one-stop-shop*-principe in het leven.⁴³ Volgens dat principe hebben verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers die bij grensoverschrijdende verwerking van persoonsgegevens betrokken zijn één enkele toezichthoudende autoriteit als gesprekspartner, de leidende toezichthoudende autoriteit. De leidende toezichthoudende autoriteit is evenwel meer dan alleen de aangewezen gesprekspartner. De autoriteit behandelt ook de zaken die verband houden met de grensoverschrijdende verwerking in kwestie en is de autoriteit die ingeval van inbreuken op de AVG boetes oplegt. Die laatste omstandigheid maakt de verwerking van de status van leidende toezichthoudende autoriteit aantrekkelijk.

Leidende toezichthoudende autoriteit

De vraag welke toezichthoudende autoriteit leidend is, komt als gezegd alleen aan de orde bij grensoverschrijdende gegevensverwerking. Daarvan is sprake als de verwerking geschiedt (a) in het kader van de activiteiten van vestigingen in meer dan één lidstaat van een verwerkingsverantwoordelijke of verwerker in de EU die in meer dan één lidstaat is gevestigd of (b) in het kader van de activiteiten van één vestiging van een verwerkingsverantwoordelijke of verwerker in de EU, waardoor in meer dan één lidstaat betrokkenen wezenlijke gevolgen ondervinden of waarschijnlijk zullen ondervinden.⁴⁴ Het is evident dat deze twee criteria, en met name de laatste, ruimte bieden voor interpretatie. De Artikel 29-werkgroep van Europese toezichthouders heeft daarom in *guidelines* uitleg gegeven bij de criteria. Die *guidelines*, die door de AP tot de hare zijn gemaakt, blinken zelf echter ook niet op alle punten uit in helderheid.⁴⁵ De verwerking van persoonsgegevens die de genoemde criteria niet vervult, moet als 'lokale' gegevensverwerking worden beschouwd. Het begrip leidende autoriteit speelt dan geen rol. Te denken valt aan de verwerking van personeelsgegevens op een Nederlandse vestiging van een multinational, indien dat personeel enkel lokaal is en wordt geworven. De AP is in een dergelijke context ten aanzien van die verwerking uitsluitend bevoegd. Dat geldt overigens ook voor alle verwerkingen van persoonsgegevens door overheidsinstanties in Nederland. In de AVG is gewaarborgd dat de toezichthouders zich

38. Art. 83 lid 1 AVG.

39. Art. 16 lid 2 Uitvoeringswet AVG.

40. Art. 58 lid 6 AVG en art. 17 Uitvoeringswet AVG.

41. Centre for Information Policy Leadership, *The One-Stop-Shop and the Lead DPA as Co-operation Mechanisms in the GDPR*, november 2016.

42. Art. 58 lid 4 Awb.

43. De term *one-stop-shop* wordt overigens enkel in de considerans van de AVG gehanteerd, niet in het lichaam ervan. Zie overweging 127 AVG. Het begrip wordt ook gehanteerd in het mededingingsrecht, en met name in het kader van fusiecontrole. Zie E. Oude Elferink, 'Verwijzing van concentratiezaken door en naar de Europese Commissie', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk* 2016, nr. 5-6, p. 55.

44. Art. 4 sub 23 AVG.

45. *Guidelines for identifying a controller or processor's lead supervisory authority* van de Art. 29-werkgroep van Europese toezichthouders. Een onofficiële vertaling van de *guidelines* is door de AP gepubliceerd, zie <www.autoriteitpersoonsgegevens.nl>.

niet over de verwerking van gegevens door overheidsinstanties van andere lidstaten kunnen buigen.⁴⁶

Indien en voor zover wel sprake is van grensoverschrijdende verwerking moet de leidende toezichthoudende autoriteit worden bepaald aan de hand van de locatie van de hoofdvestiging van een verantwoordelijke of verwerker.⁴⁷ Indien er maar één vestiging bestaat, is dat de hoofdvestiging en kan de leidende toezichthoudende autoriteit eenvoudig worden aangewezen. Zijn er meer vestigingen, dan moet onder die vestigingen de hoofdvestiging worden aangewezen. Dit gebeurt aan de hand van een aantal criteria, die hierna worden toegelicht. Bestaat in het geheel geen vestiging van de verantwoordelijke of verwerker in de EU, dan kan logischerwijze geen hoofdvestiging worden aangewezen. De *guidelines* van de Artikel 29-werkgroep stellen dat die verantwoordelijke of verwerker gewoon geen beroep kan doen op de *one-stop-shop*-regel.⁴⁸

In het geval een verantwoordelijke⁴⁹ verschillende vestigingen heeft, moet voor het bepalen van de hoofdvestiging worden aangeknoopt bij de plaats waar de centrale administratie is gelegen. Dat is alleen anders indien de beslissingen over de doelstellingen van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens worden genomen in een andere EU-vestiging en die andere vestiging gemachtigd is de beslissingen uit te voeren. In dat geval is die laatste vestiging de hoofdvestiging. Gezien de opbouw van deze definitie van hoofdvestiging is het in de praktijk onontkoombaar na te gaan in welke vestiging de beslissingen over de doelstellingen van en de middelen voor de verwerking worden genomen.

Volgens de considerans van de AVG en de *guidelines* van de Artikel 29-werkgroep is bij deze beoordeling te betrekken (a) waar de beslissingen over de doelstellingen van en de middelen voor de verwerking worden goedgekeurd, (b) waar beslissingen worden genomen over bedrijfsactiviteiten waarvoor de verwerking nodig is, (c) waar de feitelijke bevoegdheid tot het implementeren van de beslissingen ligt en (d) waar de directeur met algehele bestuursverantwoordelijkheid voor de grensoverschrijdende verwerking is gevestigd.

In de praktijk zal met toepassing van deze criteria het hoofdkantoor van een onderneming met verschillende filialen of bijkantoren in de EU in bijna alle gevallen als hoofdvestiging kunnen worden aangemerkt, ongeacht of ook andere filialen voor die status in aanmerking komen en ongeacht de lidstaat waar verwerking bijvoorbeeld feitelijk plaatsheeft. De toezichthoudende autoriteit van de lidstaat waarin het hoofdkantoor zich bevindt, is dan leidend.

In dit verband moet ook worden gewezen op de overwegingen van de Artikel 29-werkgroep over de bepaling van een hoofdvestiging ingeval een verwerking van persoonsgegevens binnen een concern plaatsvindt.⁵⁰ Volgens de werkgroep, en dus ook de AP, kan in het geval van een concern de hoogste in de EU gevestigde moederonderneming per definitie als hoofdvestiging in de zin van de AVG worden aangemerkt.⁵¹

Die benadering verdraagt zich slecht met de omstandigheid dat in de AVG enerzijds een definitie van het begrip ‘concern’ is gehanteerd⁵² – het gaat om een onderneming die zeggenschap uitoefent en de ondernemingen waarover die zeggenschap wordt uitgeoefend – maar die term anderzijds niet is gebruikt in het kader van de definitie van hoofdvestiging. Bovendien wordt het vennootschapsrechtelijke verschil tussen een dochteronderneming en een filiaal geheel genegeerd. Dit roept de vraag op of de interpretatie door de Artikel 29-werkgroep niet te verstrekkend is bij gebreke aan een grondslag in de AVG zelf.

Dat geldt temeer daar de benadering betreffende hoofdvestigingen van concerns tamelijk ingrijpende consequenties heeft. Een toezichthoudende autoriteit van een lidstaat waar een hoogste moederonderneming is gevestigd zal op die grond namelijk boetes kunnen opleggen voor overtredingen zonder dat een verband tussen de betreffende lidstaat en de gevolgen van een beboete overtreding behoeft te bestaan. Een Maltese onderdaan is slachtoffer van een datalek, maar de daarvoor opgelegde boete vloeit bij wijze van spreken in de Nederlandse staatskas. Met het oog op de legitimiteit van deze wijze van bestraffing is een grondslag in de AVG naar ons oordeel aangewezen.

Voor de positie van de AP is de door de Artikel 29-werkgroep voorgestane aanwijzing van hoofdvestigingen bij concerns van groot belang. In Nederland zijn naar verhouding veel hoogste moederondernemingen gevestigd en de AP zal voor deze ondernemingen de leidende toezichthoudende autoriteit zijn. Eventuele inbreuken die door de tot de betreffende concerns behorende ondernemingen worden begaan, kan de AP in de toekomst beboeten.

Het is overigens de vraag of de ondernemingen daar onder alle omstandigheden rouwig om moeten zijn. Naar het zich laat aanzien gaan zij te maken krijgen met een goed georganiseerde toezichthoudende autoriteit die efficiënt handelt en optreedt. Zoals hiervoor opgemerkt is de mate van afhankelijkheid van en contact met een leidende toezichthoudende autoriteit bijzonder groot, en goed contact met een functionerend overheidsapparaat is navenant van belang.

46. Art. 55 lid 2 AVG.

47. Art. 4 sub 16 AVG.

48. Dergelijke partijen dienen via hun lokale vertegenwoordiger samen te werken met lokale toezichthouders in elke lidstaat waar zij actief zijn. De wens om deze situatie te voorkomen was evenwel eerder geuit in Centre for Information Policy Leadership, *The One-Stop-Shop and the Lead DPA as Co-operation Mechanisms in the GDPR*, november 2016.

49. Voor het bepalen van de hoofdvestiging van een verwerker met meerdere vestigingen geldt een ander regime, dat hier niet wordt besproken.

50. Richtlijnen voor het bepalen van de leidende toezichthouder van een verantwoordelijke of een verwerker, AP 2016.

51. Richtlijnen voor het bepalen van de leidende toezichthouder van een verantwoordelijke of een verwerker, AP 2016.

52. Art. 4 sub 19 AVG.

Samenwerking en coherentie

Indien bij grensoverschrijdende verwerking van persoonsgegevens de leidende toezichthoudende autoriteit is aangewezen, geldt het volgende.

De AVG voorziet in een geavanceerd systeem van samenwerking tussen de leidende toezichthoudende autoriteit en de zogenoemde betrokken toezichthoudende autoriteiten, bijvoorbeeld in het geval een klacht⁵³ wordt ingediend over een inbreuk op de AVG.⁵⁴ Klachten die bij een toezichthoudende autoriteit worden ingediend, of vermoedens van inbreuken die aan de zijde van een autoriteit bestaan, moeten aan de leidende toezichthoudende autoriteit worden doorgegeven. Die laatste besluit binnen drie weken of de zaak een louter ‘lokaal’ karakter heeft, of dat zij zelf in verband met het grensoverschrijdende karakter van de verwerking competent is.⁵⁵ In dat geval is de toezichthoudende autoriteit waarbij de klacht is ingediend betrokken autoriteit, en moet tussen de autoriteiten in kwestie in de geest van de AVG worden samengewerkt. Die samenwerking beoogt het bereiken van consensus en ziet op de onderlinge uitwisseling van informatie,⁵⁶ maar ook op ondersteuning in het kader van concreet onderzoek.⁵⁷

Indien de leidende toezichthoudende autoriteit al dan niet na onderzoek beoogt een besluit te nemen – het kan daarbij gaan om het voornemen een boete op te leggen – dan wordt het ontwerp voor dat besluit aan de andere betrokken autoriteiten voorgelegd. De betrokken autoriteiten kunnen dan binnen vier weken bezwaar maken. De leidende toezichthoudende autoriteit stelt het besluit vast wanneer het bezwaar wordt gehonoreerd en na circulatie van een herzien ontwerp. Een eventuele klager wordt over het besluit geïnformeerd. Betreft het besluit een afwijzing van een klacht, dan staat voor de klager beroep open tegen dat besluit in de lidstaat waar de klacht is ingediend.

Indien de leidende toezichthoudende autoriteit een bezwaar van een betrokken toezichthoudende autoriteit over het ontwerp voor een besluit afwijst, treedt het zogenoemde coherentiemechanisme in werking. Dat mechanisme is beschreven in onder andere artikel 63 AVG. Volgens dat mechanisme geeft het Europees Comité voor de gegevensbescherming advies, maar kan het ook bindende besluiten nemen in geval betrokken toezichthoudende autoriteiten van mening verschillen. Het Comité bestaat uit de voorzitters van één toezichthoudende autoriteit per lidstaat⁵⁸ en de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming. Die laatste vormt ook het secretariaat van het Comité.⁵⁹ Het voert te ver de rol en taken van het Comité hier nader toe te lichten. Belangrijk is hier dat in individuele zaken door

het Comité besluiten kunnen worden genomen, die vatbaar zijn voor rechtstreekse beroepen bij het Gerecht in Luxemburg. Het is dus denkbaar dat een toezichthoudende autoriteit van een lidstaat beroep instelt tegen een besluit van het Comité dat zich niet verdraagt met haar eigen standpunt het besluit dat in een bepaalde zaak zou moeten worden genomen, al dan niet naar aanleiding van een klacht. Dat kan een behoorlijke weerslag op de duur van procedures over de toepassing van de AVG hebben.

Sancties Autoriteit Persoonsgegevens

In het voorgaande is uiteengezet dat de AP verschillende bevoegdheden heeft. Gezien de relatieve onbekendheid van de AVG bij het grote publiek, ligt het in de lijn der verwachting dat de AP veel gebruik gaat maken van de mogelijkheid een last aan een inbreukmaker op te leggen, al dan niet onder dwangsom. De naleving van de AVG zal in de toekomst evenwel ook worden bevorderd door middel van de oplegging van boetes. Hoewel het voorstel van de Commissie om beboeting van overtredingen van de AVG onder omstandigheden verplicht te stellen tijdens het wetgevingstraject is gesneuveld,⁶⁰ vormt de mogelijkheid boetes op te leggen een belangrijke steunpilaar van de AVG. De boetemaxima die in de AVG zijn vastgesteld, zijn ook hoog.

Boeteoplegging

Wat betreft de oplegging van boetes geldt het volgende. In artikel 83 lid 4 AVG zijn twee categorieën van overtredingen onderscheiden.

De eerste categorie betreft overtredingen van verplichtingen op het vlak van verwerking van bijzondere persoonsgegevens, het bijhouden van een verwerkingsregister en de uitoefening van de taken door een zogenoemde functionaris gegevensbescherming die vaak door verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers zal moeten worden aangesteld. Het plafond voor deze categorie van overtredingen is 10 miljoen euro of 2 procent van de totale wereldwijde jaaromzet indien dit cijfer hoger is dan 10 miljoen en het om een onderneming gaat. Het gaat om de omzet van de onderneming, ongeacht het product of de dienst waarmee die omzet is behaald en of een verband met de overtreding van de AVG bestaat.

De tweede categorie van overtredingen ziet op de schending van de basisbeginselen van de AVG, van bevelen of verboden die de toezichthoudende autoriteit heeft gegeven respectievelijk opgelegd en van verplichtingen betreffende het informeren van bij een inbreuk op de AVG betrokken partijen. De maximumboete voor dergelijke overtredingen is 20 miljoen euro, of indien dit hoger is en het om een onderneming gaat, 4 procent van de totale wereldwijde jaaromzet.

53. Een klacht moet worden beschouwd als een verzoek om handhaving van de AVG.

54. Art. 60 AVG.

55. Art. 56 lid 1 AVG.

56. Art. 61 AVG.

57. Art. 62 AVG.

58. In sommige lidstaten zijn meerdere toezichthoudende autoriteiten bevoegd. In Duitsland kent bijvoorbeeld ieder Bundesland een eigen toezichthoudende autoriteit op het gebied van gegevensbescherming.

59. Art. 75 AVG.

60. Art. 79 voorstel AVG.

Het is belangrijk op te merken dat het hier om boeteplafonds gaat. Concrete boetebedragen, of bandbreedtes waarbinnen boetes voor bepaalde overtredingen moeten vallen, zijn niet genoemd in de AVG. Naast de algemene stelregel dat eventuele boetes doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn,⁶¹ zijn in artikel 83 lid 2 AVG wel factoren genoemd die bij het bepalen van de hoogte moeten worden betrokken. De aard, de ernst en de duur van de inbreuk zijn de belangrijkste.⁶² Recidive is een andere. In het licht van deze factoren en de genoemde boeteplafonds zal de AP een wijziging doorvoeren in de huidige beleidsregels met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes (Boetebeleidsregels).⁶³ Het is waarschijnlijk dat vanuit Brussel invloed wordt uitgeoefend om te waarborgen dat Nederland hier in de pas loopt met andere lidstaten, en vice versa.

Thans worden in de Boetebeleidsregels voor verschillende categorieën van overtredingen basisboetes bepaald binnen twee of meer bandbreedtes. De basisboetes kunnen vervolgens op basis van een aantal relevante factoren worden verhoogd of verlaagd. Indien deze systematiek onder de AVG wordt gehandhaafd, zullen de voor de basisboetes gehanteerde bedragen enorm moeten worden verhoogd. Bovendien moet, mede gezien de hogere bedragen, duidelijk uit de beleidsregels blijken op basis waarvan voor de ene, of een andere, (hogere) bandbreedte kan of zal worden geselecteerd. Bij lezing van de huidige Boetebeleidsregels is dat namelijk niet evident.

Of dezelfde systematiek zou moeten worden gehandhaafd, is overigens een belangrijke voorvraag. Wellicht is het denkbaar dat een andere systematiek wordt gehanteerd waarbij in de hoogte van de boete bijvoorbeeld de economische of maatschappelijke schade wordt gereflecteerd die met een inbreuk op de AVG is veroorzaakt. In zekere zin doet de Autoriteit Consument & Markt (ACM) dat bij beboeting van overtredingen van de mededingingsregels. Daar wordt een basisboete berekend aan de hand van het begrip 'betrokken omzet'. Dat is de omzet die gegenereerd is met het product of de dienst waarop bijvoorbeeld kartelvorming betrekking heeft gehad.

Ten aanzien van het opleggen van boetes door de AP moet in algemene zin worden opgemerkt dat de bevoegdheid daartoe niet bestaat bij overtreding van de AVG door een overheidsinstantie. De AVG laat het aan lidstaten zelf om te bepalen of een toezichthoudende autoriteit die bevoegdheid krijgt. Uit het thans publieke voorstel voor de Uitvoeringswet AVG moet worden opgemaakt dat de Nederlandse wetgever van die mogelijkheid geen gebruik beoogt te maken. Dat is niet verassend, maar ook geen goed signaal in de richting van overheidsinstanties, die op grote schaal persoonsgege-

vens plegen te verwerken.⁶⁴ In het mededingingsrecht is ten aanzien van bijzondere regels voor overheden die economische activiteiten ontplooiën, de zogenoemde Wet Markt & Overheid die in 2013 in werking is getreden, ook niet voorzien in de mogelijkheid van beboeting door de ACM. Dat zou, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis, 'niet goed passen in de bestuurlijke verhoudingen'.⁶⁵ De betreffende wet heeft na inwerkingtreding bepaald geen vlucht genomen en niet tot veel handhavingsactiviteit aan de zijde van de ACM geleid. Daarvoor is één duidelijke oorzaak aan te wijzen, namelijk het feit dat overheden de bepalingen van de wet eenvoudig buiten toepassing kunnen verklaren,⁶⁶ maar de afwezigheid van een boete-instrument heeft zonder twijfel ook een belemmering gevormd. Uiteindelijk leiden boetes voor overheidsinstanties, wat er ook zij van het broekzak-vestzakverhaal, tot een hogere mate van afschrikking en daarmee in potentie betere naleving.

Berekening boeteplafond

Een belangrijke vraag in het kader van de beboeting van inbreuken is welke omzet de AP in aanmerking zal nemen bij de bepaling van het boeteplafond. In feite zijn er op grond van artikel 83 lid 4 AVG voor ieder van de hiervoor genoemde categorieën van overtredingen twee boeteplafonds. In beginsel geldt een plafond van 10 of 20 miljoen euro afhankelijk van de aard van de inbreuk. Voor ondernemingen geldt evenwel een maximumbedrag van 2 procent respectievelijk 4 procent van de totale wereldwijde jaaromzet in het voorgaande boekjaar, mits dit cijfer hoger ligt dan de genoemde vaste bedragen. In het licht van hetgeen in het mededingingsrecht gebruikelijk is, mag worden aangenomen dat de datum van het boetebesluit doorslaggevend is bij het bepalen van het 'voorgaande boekjaar'.

Het begrip onderneming, dat bij de bepaling van het geldende maximum dus beslissend kan zijn, is gedefinieerd in de AVG.⁶⁷ Het gaat om een natuurlijke of een rechtspersoon die een economische activiteit uitoefent.

Voor zover de AP een boete beoogt op te leggen aan een rechtspersoon die als onderneming kan worden aangemerkt, rijst de vraag of enkel de omzet van de overtredende rechtspersoon of rechtspersonen moet worden betrokken, of dat onder omstandigheden naar de wereldwijde jaaromzet van het concern waartoe de rechtspersoon behoort, moet worden gekeken.

In de considerans van de AVG is opgemerkt dat, wanneer administratieve geldboeten worden opgelegd aan een onderneming, de betreffende onderneming in die

61. Art. 83 lid 1 AVG.

62. Art. 83 lid 2 AVG noemt verschillende factoren die eerder een invulling van dan een aanvulling op deze factoren zijn.

63. Beleidsregels van de Autoriteit Persoonsgegevens van 15 december 2015, zoals laatstelijk gewijzigd op 6 juli 2016, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes (Boetebeleidsregels Autoriteit Persoonsgegevens 2016).

64. P. Schelven, reactie op voorontwerp Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming, zie <www.internetconsultatie.nl/uitvoeringswetavg>.

65. Memorie van toelichting bij Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid), *Kamerstukken II* 2007/08, 31354, 3, p. 20.

66. Bestuursorganen kunnen activiteiten relatief eenvoudig met een zogenoemd algemeen belang-besluit buiten het toepassingsbereik van de Wet Markt & Overheid plaatsen op grond van art. 25h lid 5 Mw.

67. Art. 4 sub 18 AVG.

context moet worden gezien overeenkomstig de artikelen 101 en 102 VWEU.⁶⁸ Het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip dat wordt gehanteerd in het kartelverbod en het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie zou, met andere woorden, bij de bepaling van het boeteplafond een rol moeten spelen.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van het mededingingsrecht is een onderneming iedere entiteit die een economische activiteit ontplooit, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij is gefinancierd.⁶⁹ In het kader van de bepaling van boetemaxima in het geval van overtredingen van de mededingingsregels heeft het Hof van Justitie evenwel ook overwogen dat onder het begrip onderneming iedere economische eenheid moet worden verstaan, ongeacht of die economische eenheid in juridische zin uit verschillende natuurlijke of rechtspersonen bestaat.⁷⁰

In de praktijk volgt hieruit dat een moederonderneming aansprakelijk kan worden gehouden voor een inbreuk van een 100 procent dochteronderneming op het kartelverbod, ook indien geen enkele betrokkenheid bij die inbreuk heeft bestaan. De grondslag voor aansprakelijkheid is dat de moeder- en dochteronderneming een economische eenheid hebben gevormd. De toepassing van artikel 23 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003, waarin is bepaald dat de boete voor overtredingen van artikel 101 en 102 VWEU niet groter zijn dan 10 procent van de totale omzet die de betrokken onderneming in het voorafgaande boekjaar heeft behaald, brengt dan met zich dat het boeteplafond voor de inbreukmakende dochteronderneming wordt bepaald aan de hand van de omzet van de moederonderneming in kwestie. Indien het de hoogste moederonderneming van een concern betreft, kan de totale wereldwijde omzet van het concern bij de berekening van het plafond worden betrokken.

Dient deze benadering nu ook te worden gekozen in het kader van de beboeting van ondernemingen die een inbreuk hebben gepleegd op de AVG?

Het gaat ons te ver om dat te doen uitsluitend op basis van de terloopse verwijzing in de considerans in de AVG naar het ondernemingsbegrip uit het mededingingsrecht.⁷¹ Gelet op de ingrijpende consequenties van de toepassing van het concept van de economische eenheid – de boetemaxima worden er in de praktijk door verhoogd – is daarvoor een deugdelijke rechtsgrondslag vereist. De AVG biedt die grondslag niet, en rechtspraak van het Hof van Justitie over de mogelijke toepassing van het begrip economische eenheid in een context van de gegevensbeschermingsregels ontbreekt (vooralsnog).

Naar het zich thans laat aanzien dient bij de toepassing van de boetepercentages van 2 procent en 4 procent bedoeld in artikel 83 lid 4 AVG uitsluitend te worden betrokken de omzet van de bij de inbreuk betrokken rechtspersoon of rechtspersonen zelf. Er bestaat geen rechtsgrondslag voor de toepassing van het begrip economische eenheid, zoals dat onder artikel 101 en 102 VWEU gebeurt.

Overigens kan dit goede nieuws voor ondernemingen betrekkelijk zijn indien en voor zover het op basis van de AVG eenvoudig zou zijn om materieel gesproken moederondernemingen van inbreukmakers ook als inbreukmakers aan te merken. Bespreking van die vraag gaat evenwel buiten het bestek van dit artikel.

Conclusie

Ongeacht of de inwerkingtreding van de AVG in materiële zin tot enorme wijzigingen leidt, staan er op het vlak van handhaving zonder meer grote veranderingen op stapel. Naar ons oordeel gaat de AP in de komende jaren haar nieuwe bevoegdheden op grote schaal en intensief inzetten. Voorts is inherent aan het in de AVG neergelegde stelsel van handhaving dat de AP veel en vaak met andere toezichthouders samen gaat werken, en dat ondernemingen en andere organisaties veel met (buitenlandse) toezichthoudende autoriteiten te maken gaan krijgen, ondanks het *one-stop-shop*-principe dat in de AVG is opgenomen.

De belangrijkste wijziging in de sfeer van handhaving houdt verband met de mogelijkheid boetes op te leggen. De boetemaxima die met de AVG voor overtredingen van gegevensbeschermingsregels worden ingevoerd, zijn hoog. Een belangrijke nuance die voorlopig, wat ons betreft, dient te worden aangebracht is dat bij de berekening van de voor een specifieke overtreder geldende plafonds niet op voorhand en onder alle omstandigheden kan worden uitgegaan van de wereldwijde jaaromzet van het concern waartoe de overtreder behoort, of van de omzet van een moederonderneming van die overtreder.

68. Overweging 150 considerans AVG.

69. HvJ 23 april 1991, zaak C-41/90, *Hofner en Elser/Macrotron*, ECLI:EU:C:1991:161, punt 21.

70. Gerecht 10 maart 1992, zaak T-11/89, *Shell International Chemical Limited/Commissie*, ECLI:EU:T:1992:33, punt 311.

71. Uit Kurzpapier Nr. 2 'Aufsichtsbefugnisse/Sanktionen' van DSK Datenschutskonferenz van 29 juni 2017 blijkt dat de Duitse toezichthoudende autoriteiten wel het ondernemingsbegrip uit art. 101 en 102 VWEU zullen hanteren bij berekening van boeteplafonds, enkel op basis van overweging 150 in de considerans van de AVG.