

## Commentaar bij Artikel 16

Mr. S.H. Katus CIPM\*

*Bij soepel samenspel tussen FG's en de AP is er sprake van een gelaagd stelsel voor zowel doeltreffend als doelmatig toezicht op de naleving van de AVG. De AP wordt in de Uitvoeringswet weliswaar ingesteld als een 'Onafhankelijke Toezichthoudende Autoriteit' maar kan paradoxaal genoeg niet worden belast met toezicht omdat die taak in de AVG wordt opgedragen aan de FG. Artikel 16 Uitvoeringswet mag op dit punt niet van de AVG afwijken.*

### Artikel 16 Uitvoeringswet

1. Met het toezicht op de naleving van de verordening en op de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig het bij en krachtens de wet bepaalde zijn belast de leden en buitengewone leden van de Autoriteit, de ambtenaren van het secretariaat van de Autoriteit, alsmede de bij besluit van de Autoriteit aangewezen personen. (...)

### Commentaar

Artikel 16 Uitvoeringswet wijkt af van artikel 51 AVG, dat luidt: 'Elke lidstaat bepaalt dat één of meer onafhankelijke overheidsinstanties verantwoordelijk zijn voor het toezicht op de toepassing van deze verordening (...)'. De oorspronkelijke bewoording van de wetgever luidt: 'monitoring the application of this Regulation'.

In artikel 51 AVG staat daarmee *niet* 'toezicht op de naleving' zoals in artikel 16 Uitvoeringswet. Zie ook de taakstelling van onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten in artikel 57 lid 1a, waar eveneens nadrukkelijk wordt gesproken van monitoring en, daarnaast, handhaving.

Artikel 16 Uitvoeringswet correspondeert wél met de bewoording van artikel 39 lid 1b AVG. Daar staat echter - met zoveel woorden - dat het de functionaris voor gegevensbescherming (FG) is die is belast met het toezicht op de naleving van de verordening, nationale wet- en regelgeving (en ook het eigen privacybeleid van de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker). Artikel 39 belast de FG daarnaast ook onder meer met de advisering over privacywetgeving.

### Gelaagd toezicht volgens de AVG

De bewoording van de AVG luistert nauw. Tenzij ik iets mis, laat de AVG de lidstaten niet de ruimte om van artikelen 39 en 51 AVG af te wijken of deze nader in te vullen. Als artikel 16 Uitvoeringswet daadwerkelijk zou worden ingevoerd, is dat niet alleen in strijd met het recht van de Europese Unie maar komt de AP evengoed niet de taakstelling toe die in artikel 16 wordt gesuggereerd, wat verwarring schept en onnodig aanleiding geeft tot discussie (rechtsonzekerheid).

Het verschil in bewoording houdt in dat de Europese wetgever in de AVG heeft voorzien in een gelaagd toezichtstelsel.

- Toezicht op naleving van privacywetgeving is belegd bij de FG (1<sup>e</sup> lijn-toezicht).
- De AP monitort meer in algemene zin, door vinger aan de pols te houden of de AVG in Nederland juist wordt toegepast (2<sup>e</sup> lijn-toezicht).

Hou hierbij in gedachten dat aan de FG hoge eisen worden gesteld. Artikel 37 lid 5 AVG geeft aan dat een FG dient te worden aangewezen op grond van zijn 'professionele kwaliteiten en, in het bijzonder, zijn deskundigheid op het gebied van de wetgeving en de praktijk inzake gegevensbescherming en zijn vermogen de in artikel 39 bedoelde taken te vervullen'. Merkwaardig is dat voor de medewerkers van de AP géén eisen worden gesteld. Een deskundige FG moet niet in

---

\* Sergej Katus is partner bij Privacy Management Partners, Functionaris voor Gegevensbescherming en IAPP-gecertificeerd privacydeskundige. Hij was nauw betrokken bij de totstandkoming van de Wet Bescherming Persoonsgegevens namens de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties en adviseerde ook over de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Dit commentaar is op persoonlijke titel.

discussies met de AP terecht kunnen komen wegens kwaliteitsverschillen, in de situaties die genoemd worden in artikel 39 lid 1d-e AVG.

Daar waar het FG-toezicht professioneel wordt ingevuld, is het bestuurlijk proportioneel dat de AP terughoudendheid betracht (geen toezichtsdoublure). Het gelaagde toezicht is in die zin ook proportioneel omdat het ondoenlijk is dat één landelijke toezichthouder bij machte zou zijn om de naleving van de AVG te bewaken bij de ruim 1 miljoen informatieverwerkers die Nederland rijk is. Bij soepel samenspel helpen beide toezichthouders elkaar.

### **Vergelijkbare inzichten onder de WBP**

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Bescherming Persoonsgegevens kwam de Nederlandse wetgever tot vergelijkbare inzichten. Wie de memorie van toelichting van de WBP erop naslaat, stuit weliswaar op het uitgangspunt dat de AP te allen tijde bevoegd is om op te treden, ongeacht de aanstelling van een FG.<sup>1</sup> Maar enkele alinea's daarboven gaf de wetgever óók al aan dat de FG, vanwege zijn expertise en kennis van de lokale situatie, degene is die op meest geëigende wijze toezicht uitoefent.

De Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties wees destijds op die wettelijke tegenstrijdigheid. Voor zowel organisaties als FG's is het om meerdere redenen van groot belang dat de AP niet intervenueert in situaties waar de wet al naar behoren wordt nageleefd (gevaar van reputatieschade, verwarring, discussie, onnodige extra lasten). De AP kan haar middelen bovendien efficiënter inzetten door zich te richten op organisaties waar FG-toezicht ontbreekt of tekort schiet. Bij de parlementaire behandeling van de WBP werd daarom het volgende afgesproken:

1. De organisatie die geen FG aanstelt, valt onverkort onder het toezicht van de AP.<sup>2</sup>
2. Indien een FG is aangesteld, kan de AP zich beperken tot de toetsing of de FG niet disfunctioneert.<sup>3</sup>
3. Bij een disfunctionerende FG is de AP bevoegd om in te grijpen.<sup>4</sup>
4. De FG is de intermediair tussen een organisatie en de AP – hij is geen klokkenluider of verlengde arm van de AP.<sup>5</sup>
5. De FG is een onafhankelijke expert – zijn zienswijze kan eventueel afwijken van die van de AP.<sup>6</sup>

### **Toezicht onder de AVG**

Bij soepel samenspel tussen FG's en de AP is er sprake van een gelaagd stelsel voor zowel doeltreffend als doelmatig toezicht op de naleving van de AVG. De AP wordt in de Uitvoeringswet weliswaar ingesteld als een 'Onafhankelijke Toezichthoudende Autoriteit' in de zin van de AVG, maar kan paradoxaal genoeg niet worden belast met *toezicht* omdat die taak in de AVG wordt opgedragen aan de FG. De AP *monitort* de juiste toepassing van de AVG. Artikel 16 Uitvoeringswet mag op dit punt niet van de AVG afwijken, want Europees-bestuursrechtelijk heeft Nederland die ruimte niet. Ervan uitgaande dat de AP gewetensvol invulling geeft aan die taak, behoort de AP dit zelf ook te signaleren.

Ook de inzichten indachtig die ontstonden bij de totstandkoming van de WBP, zijn er welbeschouwd drie criteria die de AP heeft te hanteren in het kader van haar monitoringstaak:

- *Vaststellen dát er een FG is* – wat voor de AP eenvoudig is omdat organisaties hierover conform artikel 37 lid 7 AVG informatie verstrekken.

---

<sup>1</sup> Kst. 25892, nr. 3, p. 29 en 185

<sup>2</sup> TK 25892, nr. 11, p. 6

<sup>3</sup> Idem

<sup>4</sup> Idem

<sup>5</sup> Kst. 25892, nr. 3, p. 29, 185 en 25892, nr. 11, p. 6.

<sup>6</sup> Kst. 25892, nr. 13, p. 20.

- *Vaststellen wat het toezicht van de FG omvat* – de AP kan eenvoudig bij de FG navraag doen welke verwerking van persoonsgegevens onder zijn toezicht valt.
- *Vaststellen dat de FG functioneert* – blijkt uit het contact dat de AP met de FG heeft, dat deze zijn werk doet conform artikel 37-39 AVG?

### **Samenloop artikel 5.11 AWB**

Bij de behandeling van de WBP werd de vraag gesteld of een FG tevens een toezichthouder is in de zin van artikel 5.11 Algemeen Wet Bestuursrecht. De minister beantwoordde die vraag toen met 'nee' waarbij hij aanvoerde dat de aanwijzing van een FG onder de WBP facultatief is.<sup>7</sup> Nu de AVG in de gevallen die worden opgesomd in artikel 37 lid 1, wél tot aanwijzing van een FG verplicht,<sup>8</sup> moet er logischerwijs worden vanuit gegaan dat een FG in die situaties toezichthouder is in de zin van artikel 5.11 AWB. Zie ook Artikel 38 lid 2-3 AVG.

---

<sup>7</sup> Kst. 25892, nr. 3, p. 185

<sup>8</sup> Zie artikel 37 AVG voor de situaties waarin aanwijzing van een FG verplicht is.