



De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie  
Directie Wetgeving en Juridische Zaken  
Sector Staats- en bestuursrecht  
Postbus 20301  
2500 EH DEN HAAG

Datum  
28 februari 2017

Ons kenmerk  
z2017-00566

Uw brief van  
16 januari 2017

Uw kenmerk

### Onderwerp

Advies wetsvoorstel tot wijziging van de Wbp in verband met het Schrems-arrest

Geachte ,

Bij brief van 16 januari 2017 heeft u de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) gevraagd, op grond van het bepaalde in artikel 51, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) te adviseren over de wijziging van de Wbp naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) van 6 oktober 2015 (C-362/14) inzake de Veiligehavenbeginselen (ook wel: Safe Harbour-beschikking).

De AP voldoet hiermee aan uw verzoek.

**Inhoud van het wetsvoorstel tot wijziging van de Wbp in verband met het Schrems-arrest**  
De adviesaanvraag betreft het volgende wijzigingsvoorstel.

Dit wetsvoorstel strekt tot het creëren van een eigen rechtsingang voor de nationale gegevensbeschermingstoezichthouder indien een belanghebbende bij de toezichthouder een handhavingsverzoek indient over de doorgifte van zijn persoonsgegevens naar een land ten aanzien waarvan de Europese Commissie (hierna: Commissie) op grond van artikel 25, zesde lid, van de Privacyrichtlijn 95/46 een toereikendheidsbeslissing heeft genomen, en de belanghebbende daarbij aanvoert dat in de praktijk geen passend beschermingsniveau wordt geboden en ook de toezichthouder de geldigheid van de Commissiebeschikking in twijfel trekt. Het wetsvoorstel regelt dat de toezichthouder dan de rechter kan benaderen, zodat die laatste, wanneer hij de twijfel ten aanzien van de geldigheid van de Commissiebeschikking deelt, de vraag naar de geldigheid ervan prejudicieel kan verwijzen.



Datum  
28 februari 2017

Ons kenmerk  
z2017-00566

Het Nederlandse recht voorziet op dit moment niet in een dergelijke mogelijkheid. Uit het Schrems-arrest<sup>1</sup> volgt dat de nationale gegevensbeschermingstoezichthouder wel een eigen ingang bij de rechter moet hebben. Het betreft de uitleg van onder andere artikel 28, derde lid, derde gedachtestreepje, van de Privacyrichtlijn: de bevoegdheid om in rechte op te treden in geval van inbreuken op ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen, of om die inbreuken onder de aandacht van het gerecht te brengen. Met dit reparatiewetsvoorstel wil de regering de Wbp in overeenstemming brengen met het arrest van het Hof.

Vanaf 25 mei 2018 is de Algemene verordening gegevensbescherming 2016/679 (AVG) van toepassing. De Richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging 2016/680 dient voor 6 mei 2018 te zijn geïmplementeerd. Zowel de AVG als de Richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging bevatten een bepaling die voortbouwt op het huidige artikel 28, derde lid, derde gedachtestreepje, van de Privacyrichtlijn. Artikel 58, vijfde lid, van de AVG bepaalt: *“Elke lidstaat bepaalt bij wet dat zijn toezichthoudende autoriteit bevoegd is inbreuken op deze verordening ter kennis te brengen van de gerechtelijke autoriteiten en, waar passend, daartegen een rechtsvordering in te stellen of anderszins in rechte op te treden, teneinde de bepalingen van deze verordening te doen naleven.”* Artikel 47, vijfde lid, van de Richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging luidt: *“Elke lidstaat voorziet erin bij wet dat elke toezichthoudende autoriteit de bevoegd heeft om inbreuken op deze richtlijn ter kennis van de rechterlijke autoriteiten te brengen en, waar passend, een rechtsvordering in te stellen of anderszins in rechte op te treden teneinde deze richtlijn te doen naleven.”* De oplossing die nu wordt voorgesteld (het nieuwe artikel 78a van de Wbp) zal blijkens de toelichting worden voortgezet onder de toekomstige uitvoerings- en implementatiewetgeving van respectievelijk de AVG en de Richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging.

## Advies

De voorgestelde wijzigingen geven de AP aanleiding tot het maken van de volgende op- en aanmerkingen:

### Samenvatting

De inpassing van het voorstel in het bestaande recht geeft er geen of onvoldoende blijk van dat de praktijk van de prejudiciële procedure en het Nederlandse bestuurs(proces)recht is betrokken bij het wetsvoorstel. Mede daardoor biedt de voorgestelde regeling geen effectieve oplossing voor het gesignaleerde probleem, zijnde het ontbreken van een eigen rechtsingang voor de AP bij de rechter. Dit wringt te meer omdat de regering het nieuwe artikel 78a van de Wbp wil continueren onder de AVG en de Richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging.

### 1 Keuze voor een verzoekschriftprocedure bij de hoogste bestuursrechter

De toelichting bij het wetsvoorstel is zeer summier over de afweging die is gemaakt om te komen tot de keuze om de AP directe toegang tot de bestuursrechter te verschaffen door middel van een verzoekschriftprocedure. In de toelichting wordt geen aandacht besteed aan de (on)mogelijkheid van eventuele alternatieven zowel binnen als buiten de bestuursrechtelijke kolom, zoals toegang voor de gegevensbeschermingstoezichthouder tot de rechter via een (zelfstandige) onrechtmatige daadsactie

<sup>1</sup> HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems*), m.n. r.o. 65.



Datum  
28 februari 2017

Ons kenmerk  
z2017-00566

tegen de gestelde overtreder wegens strijd met een wettelijk voorschrift. De AP adviseert de toelichting aan te vullen met een beschouwing daarover.

De keuze voor een procedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) wordt in de toelichting onder meer als volgt gemotiveerd: voor de hoogste nationale rechter geldt een prejudiciële verwijzingsplicht. Hiermee wordt echter geen onderbouwing gegeven van de keuze voor een procedure bij de hoogste bestuursrechter. Omdat nationale rechters niet bevoegd zijn zelf uitspraak te doen over de (on)geldigheid van het EU-recht, zijn zij bij twijfel over de geldigheid daarvan hoe dan ook verplicht een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen, ongeacht hun plaats in de rechterlijke hiërarchie.<sup>2</sup> De AP adviseert dit daarom nader te onderbouwen.

## 2 Ontvankelijkheid van de eventuele prejudiciële vragen

De tekst van het nieuwe artikel 78a van de Wbp en de toelichting laten onduidelijkheid bestaan over verschillende aspecten van de procedure bij de Afdeling, terwijl deze van doorslaggevend belang (kunnen) zijn voor de ontvankelijkheid van de eventuele prejudiciële vragen.

Ten eerste is onduidelijk op welk type uitspraak het voorgestelde zevende lid<sup>3</sup> betrekking heeft. Mocht de toewijzing van het verzoek door de Afdeling een einduitspraak zijn<sup>4</sup>, dan zou een prejudiciële procedure plaatsvinden nadat 'het geschil' c.q. de hoofdzaak is beëindigd. Dit druist in tegen het systeem van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en leidt (waarschijnlijk) tot niet-ontvankelijkheid van de vragen van de verwijzende rechter. Het Hof beantwoordt namelijk alleen prejudiciële vragen die een daadwerkelijk geschil betreffen in het kader waarvan een nationale rechter (nog) uitspraak moet doen.

Indien de toewijzing van het verzoek door de Afdeling (en de daarbij horende prejudiciële verwijzingsuitspraak) wél geschiedt in de vorm van een tussenuitspraak, zoals gebruikelijk in de bestuursrechtelijke verwijzingspraktijk, dan begrijpt de AP het voorstel als volgt. In dat tweede geval is de formulering van het voorgestelde tiende lid<sup>5</sup> problematisch, omdat beantwoording van de vragen ook dan niet noodzakelijk blijkt voor het doen van een uitspraak door de Afdeling. Zoals de toelichting (p. 8) het verwoordt: *"De verzoekschriftprocedure komt ten einde door ofwel een afwijzing van het verzoek door de Afdeling bestuursrechtspraak, ofwel door een uitspraak van het HvJEU."* De einduitspraak ontbreekt (kennelijk) in dit geval.<sup>6</sup> Het voorgestelde artikel 78a van de Wbp behoeft op deze punten aanpassing, waarbij de vraag wat

<sup>2</sup> HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*).

<sup>3</sup> "7. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wijst het verzoek toe, indien zij de twijfel van het College omtrent de geldigheid van de toereikendheidsbeslissing van de Europese Commissie deelt. Indien zij het verzoek toewijst, stelt zij een prejudiciële vraag als bedoeld in het eerste lid aan het Hof van Justitie van de Europese Unie."

<sup>4</sup> De artikelsgewijze toelichting bij het zevende, achtste en negende lid (p. 9) spreekt over: *"De uitspraak is daarmee in alle gevallen een einduitspraak."*

<sup>5</sup> "10. Na ontvangst van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie zendt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State deze onverwijld aan het College."

<sup>6</sup> Weliswaar zijn in het voorgestelde vijfde lid, bij het van overeenkomstige toepassing verklaren van de bepalingen in hoofdstuk 8 van de Awb, de artikelen 8:70 en 8:72 niet uitgezonderd (zie verder de redactionele opmerkingen). Maar daarmee lijkt geen andere werkwijze te zijn beoogd.



Datum  
28 februari 2017

Ons kenmerk  
z2017-00566

de einduitspraak door de Afdeling - na afloop van de prejudiciële procedure - precies moet inhouden nog nadere overdenking vereist. Voorkomen moet worden dat een situatie kan ontstaan waarin de hoogste bestuursrechter in essentie al beslist over het handhavingsverzoek zelf. Dit vanwege het besluitprimaat van de AP en het behoud van de mogelijkheid van rechtsbescherming in twee rechterlijke instanties, net als bij 'reguliere' handhavingsverzoeken.

### 3 Reikwijdte van de procedure

Volgens de toelichting zijn er onder de Privacyrichtlijn geen andere Commissiebeschikkingen waarvan de AP de geldigheid, via tussenkomst van de nationale rechter, aan het Hof zou moeten kunnen voorleggen. De AP stelt vraagtekens bij het voorgestelde, beperkte toepassingsbereik van de regeling.

Uit het Schrems-arrest kan ten minste de volgende algemene regel worden afgeleid: indien een betrokkene bij de gegevensbeschermingstoezichthouder een klacht indient over de onrechtmatigheid van de doorgifte van zijn persoonsgegevens naar een land buiten de Europese Unie (hierna: EU), op grond van een juridisch instrument ten aanzien waarvan de Commissie heeft besloten dat deze voldoende waarborgen biedt, en daarbij aanvoert dat in de praktijk géén passend beschermingsniveau wordt geboden en ook de toezichthouder de geldigheid van het besluit van de Commissie in twijfel trekt, dan moet de toezichthouder de rechter kunnen benaderen. Deze situatie kan echter ook aan de orde zijn voor modelcontractbepalingen als bedoeld in artikel 26, vierde lid, ten aanzien waarvan de Commissie op grond van artikel 31, tweede lid, van de Privacyrichtlijn een goedkeurend besluit heeft genomen.<sup>7</sup>

Voorts wil de AP u nog op het volgende wijzen. Zoals vermeld, bevat (onder andere) de AVG een bepaling die vergelijkbaar is met het huidige artikel 28, derde lid, derde gedachtestreepje, van de Privacyrichtlijn dat aan de orde was in de zaak Schrems en is het de bedoeling het nieuwe artikel 78a van de Wbp te continueren. De voorgestelde regeling is op dit moment als "PM Schrems" in de internetconsultatieversie van de Uitvoeringswet AVG opgenomen. Over de uitvoeringswet zal de AP op een later moment om advies worden gevraagd. De AP stelt hier alvast de vraag of, (ook) gelet op de algemene strekking van de AVG-bepaling, het toepassingsbereik van de vereiste regeling alsdan niet zou moeten worden aangepast of uitgebreid naar: a. zelfstandige toegang tot de rechter ambtshalve óf in verband met een klacht van een betrokkene b. bij twijfel over de geldigheid van de verschillende gedelegeerde handelingen of uitvoeringshandelingen van de Commissie, *met name* op het gebied van doorgifte van persoonsgegevens naar landen buiten de EU.

### 4 Overige verhouding tot de Awb

Daarnaast is op ontoereikende wijze aandacht besteed aan de verhouding tot de Awb.

Afzonderlijke regeling nodig?

De nationale rechter past de prejudiciële procedure normaal gesproken toe, binnen de kaders van het Europese recht, op basis van het Nederlandse bestuurs(proces)recht, zoals mede geregeld in de Awb. De Awb bevat bijvoorbeeld geen specifieke regeling hiervoor. De AP werpt de vraag op of het wel passend en opportuun is dat voor de procedurele aspecten van de prejudiciële procedure in het kader van de

<sup>7</sup> Zie ook [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/transfer/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/transfer/index_en.htm).



Datum  
28 februari 2017

Ons kenmerk  
z2017-00566

voorgestelde verzoekschriftprocedure in deze wet (alomvattende) regels worden opgenomen. Aansluiting bij de bestaande praktijk heeft de voorkeur boven een afzonderlijke én afwijkende regeling. Het gaat dan bijvoorbeeld om zaken als: 1) dat de verwijzingsuitspraak een tussenuitspraak is; 2) dat de zaak kan worden aangehouden in afwachting van de prejudiciële beslissing in een vergelijkbare andere zaak<sup>8</sup>; en 3) dat tegen een tussenuitspraak of een tussenbeslissing (zoals aanhouding van de zaak) als regel slechts tegelijkertijd met het hoger beroep tegen de einduitspraak hoger beroep kan worden ingesteld (artikel 8:104, derde lid, van de Awb) en dat het inherent is aan de keuze voor rechtspraak in eerste en enige aanleg dat tegen de uitspraak van de Afdeling geen voorziening openstaat. De toelichting bij het wetsvoorstel maakt niet duidelijk waarom de regering het toch nodig acht hiervoor 'eigen procedurele bepalingen' op te nemen in het nieuwe artikel 78a van de Wbp.

Datzelfde geldt in zekere zin voor het voorgestelde zesde lid dat regelt dat de Afdeling de Commissie 'als derdebelanghebbende' in de gelegenheid kan stellen om opmerkingen te maken. De reden daarvoor is blijkens de toelichting dat de Afdeling kennis kan nemen van het standpunt van de Commissie en dat zij de redenen voor de toereikendheidsbeslissing kan toelichten. Het nieuwe zesde lid is volgens de toelichting vergelijkbaar met artikel 8:45a van de Awb<sup>9</sup>, dat uitvoeringsregels geeft voor EU-wetgeving op het gebied van mededingingsregels. Het onderwerp van geschil in de verzoekschriftprocedure is, althans zo begrijpt de AP, het beschermingsniveau in het derde land en de geldigheid van het besluit van de Commissie (het gaat dan nog niet zozeer over de eventuele overtreding van het doorgifteverbod door de gestelde overtreder). Het is de vraag of artikel 8:26, eerste lid, van de Awb de Afdeling niet al die mogelijkheid biedt, zijnde dat een belanghebbende van wie op voorhand mag worden aangenomen dat zijn belang gebaat is bij instandhouding van het besluit als partij wordt uitgenodigd.

Het van overeenkomstige toepassing verklaren van Awb-bepalingen

Op het punt van de procedurele aspecten van de verzoekschriftprocedure zou volgens de toelichting (verder) aansluiting zijn gezocht bij artikel 8:94 in titel 8.4 van de Awb over schadevergoeding. De formulering van het nieuwe artikel 78a van de Wbp geeft daar thans geen of onvoldoende blijk van. De AP verwijst hierbij naar de redactionele opmerkingen.

## 5 Redactionele opmerkingen

Voor het geval de regering, met inachtneming van de opmerkingen in dit advies, meent dat met dit voorstel moet worden voortgegaan op de ingeslagen weg, zijn enkele redactionele opmerkingen opgenomen in de bijlage.

## Dictum

- De AP heeft bezwaar tegen het voorstel van wet en adviseert u dit niet aldus in te dienen.

<sup>8</sup> Zie ook het (thans) achtste lid: "De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan (...) [de beslissing op] het verzoek aan (...) houden als er bij het Hof van Justitie van de Europese [Unie] al een prejudiciële vraag omtrent de geldigheid van de toereikendheidsbeslissing aanhangig is."

<sup>9</sup> "1 De Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt kunnen, niet optredende als partij [als bedoeld in artikel 8:26, eerste lid, van de Awb], schriftelijke opmerkingen maken krachtens artikel 15, derde lid, eerste alinea, van [Verordening (EG) nr. 1/2003] indien zij de wens daartoe te kennen hebben gegeven (...)"



AUTORITEIT  
PERSOONSgegevens

Datum  
28 februari 2017

Ons kenmerk  
z2017-00566

De AP verneemt graag op welke wijze u gevolg geeft aan het advies. De AP is beschikbaar indien nadere toelichting is vereist.

Ik vertrouw erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Hoogachtend,  
Autoriteit Persoonsgegevens,

mr. A. Wolfsen  
Voorzitter



Datum  
28 februari 2017

Ons kenmerk  
z2017-00566

## Bijlage 1 – Redactionele opmerkingen

- In artikel 78a, tweede lid, onderdeel c na “de naam” invoegen: en het adres.
- In artikel 78a, tweede lid, onderdeel c “de belanghebbende” en “de verweerder in het onderzoek, bedoeld in het eerste lid” vervangen door: de verzoeker om handhaving respectievelijk ofwel de onderzochte partij ofwel de gestelde overtreder. De procedure van artikel 60 van de Wbp kent niet de figuur van de verweerder.
- Artikel 78a, vierde lid als volgt laten luiden, zodat zeker wordt gesteld dat de opschorting daadwerkelijk geschiedt: *Onverminderd artikel 4:15 van de Algemene wet bestuursrecht wordt de termijn voor het geven van een beschikking op het verzoek om handhaving opgeschort gerekend vanaf de dag na die waarop het College de verzoeker meedeelt dat toepassing is gegeven aan het eerste lid, tot de dag waarop de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak heeft gedaan.* Met uitspraak wordt uiteraard bedoeld de einduitspraak op het verzoekschrift.
- In artikel 78a, vijfde lid nauwkeurig verwijzen naar de bepalingen in de hoofdstukken 6 en 8 van de Awb die van overeenkomstige toepassing moeten worden verklaard. Zo wordt, anders dan het in de toelichting aangehaalde artikel 8:94 van de Awb, abusievelijk wél verwezen naar bijna de gehele titels 8.1 en 8.2 van de Awb, waaronder de bepalingen over de bestuurlijke lus (de afdelingen 8.2.2a en 8.2.7), beroep bij niet tijdig handelen (afdeling 8.2.4a) en de artikelen 8:70 en 8:72 van de Awb over de uitspraak. Omdat de procedure wordt geconcentreerd bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan ook worden gekeken naar welke Awb-bepalingen in hoger beroep niet van toepassing zijn (zie artikel 8:108, tweede lid, van de Awb). Ten aanzien van het griffierecht moet duidelijk worden gemaakt wat de verwijzing naar artikel 8:109, eerste lid, onderdeel c, in titel 8.5 van de Awb voor het hoger beroep inhoudt (of de betreffende bepaling wel of niet van toepassing is).
- Artikel 78a, (thans) zevende lid als volgt laten luiden: *Indien de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de twijfel van het College omtrent de geldigheid van de toereikendheidsbeslissing van de Europese Commissie deelt, stelt zij een prejudiciële vraag als bedoeld in het eerste lid aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.*
- Artikel 78a, (thans) tiende lid als volgt laten luiden: *Na ontvangst van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie doet de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak.*