

COLLEGE BESCHERMING PERSOONSgegevens

POSTADRES Postbus 93374, 2509 AJ Den Haag BEZOEKADRES Juliana van Stolberglaan 4-10
TEL 070 - 88 88 500 FAX 070 - 88 88 501 E-MAIL info@cbpweb.nl INTERNET www.cbpweb.nl

AAN De Minister van Justitie,
Dr. E.M.H. Hirsch Ballin
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

DATUM 13 februari 2009
ONS KENMERK z2008-01615
CONTACTPERSOON mw. mr. A.C.J.M. Emmaneel
070-8888500

UW BRIEF VAN 12 december 2008
UW KENMERK 5576518/08/6

ONDERWERP Wetgevingsadvies Wet bescherming
persoonsgegevens BES

Geachte heer Hirsch Ballin,

U heeft het College bescherming persoonsgegevens (CBP) gevraagd, ingevolge artikel 51, tweede lid, Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), te adviseren over het concept-voorstel van wet, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: het wetsvoorstel BES). Hiermee voldoe ik aan uw verzoek.

Achtergrond

In het kader van staatkundige hervormingen van de Nederlandse Antillen worden BES onderdeel van het Nederlandse staatsbestel. Op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens bestaat op dit moment geen regelgeving in de Nederlandse Antillen. Gelet op artikel 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, artikel 10 van de Nederlandse Grondwet en het Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens van de Raad van Europa (Trb. 1988, 7), waarvan bekrachtiging zal worden voorgesteld voor BES, moet er worden voorzien in wettelijke regeling van de bescherming van persoonsgegevens op BES.

Uit oogpunt van uniformiteit en eenduidige wetsuitleg is ervoor gekozen de Wbp zoveel mogelijk over te nemen. Een aantal bepalingen is dan ook identiek aan de Wbp. Omdat de eilanden voor het eerst gaan werken met algemene regels over de verwerking van persoonsgegevens, acht u het zinvol om eerst de ervaringen daarmee af te wachten voordat het extern toezicht wordt ingericht. Ook de plicht om verwerking van persoonsgegevens te melden bij de toezichthoudende autoriteit is niet overgenomen. De reden hiervan houdt vooral verband met het voorkomen van onevenredige belasting van de bestuursorganen en het bedrijfsleven van de eilanden in de periode van transitie, alsook het eigen karakter van de eilanden waarbij de kleinschaligheid een gegeven is.

Hoofdpijnen van het advies

a. De verdragsrechtelijke aspecten

In de adviesaanvraag is vermeld: 'Gelet op artikel 10 van de Nederlandse Grondwet en het Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens van de Raad van Europa, waarvan bekrachtiging zal worden voorgesteld voor de BES, moet er worden voorzien in een wettelijke regeling van de bescherming van persoonsgegevens op de BES'.

BIJLAGEN 1
BLAD 1

Het CBP merkt op dat Nederland het additionele Protocol (CETS no. 181) bij voornoemd Verdrag heeft geratificeerd. Artikel 1 van het Protocol bepaalt dat er moet worden voorzien in een of meer toezichthoudende autoriteiten die toezien op de naleving van de nationale wetgeving. De toezichthoudende autoriteiten dienen in ieder geval te beschikken over onderzoeksbevoegdheden. Daarnaast bepaalt artikel 1, tweede lid onder b van het Protocol dat: *'Each supervisory authority shall hear claims lodged by any person concerning the protection of his/her rights and fundamental freedoms with regard to the processing of personal data within its competence'*. Naar het oordeel van het CBP betekent dit, als wordt overgegaan tot bekrachtiging van het Verdrag voor BES, ook moet worden voorzien in de instelling van een onafhankelijke toezichthoudende autoriteit als bedoeld in het Protocol.

b. De mate waarin en de wijze waarop de Wbp is overgenomen in het concept-wetsvoorstel

Algemene opmerking

Bij de artikelsgewijze toelichting is vermeld dat er geen uitgebreide toelichting op de artikelen zal volgen, aangezien het overgrote deel van de bepalingen letterlijk is overgenomen uit de Wbp. Voor een gedetailleerde toelichting wordt verwezen naar de parlementaire geschiedenis van de Wbp in het bijzonder de MvT (Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 3).

Om (onnodige) misverstanden en interpretatieverschillen te vermijden, acht het CBP het gewenst dat de artikelsgewijze toelichting uit de Wbp zoveel mogelijk wordt overgenomen en dat wordt afgezien van 'eigen' samenvattingen.

Belangrijkste afwijkingen ten opzichte van de Wbp

• Geen meldingsplicht:

Het hoofddoel van de melding is het bevorderen van de transparantie voor betrokkenen van de gegevensverwerking. Met het uitzonderen van de meldingsplicht is de informatieplicht veruit het belangrijkste instrument geworden waarmee betrokkenen over de verwerking van persoonsgegevens op de hoogte worden gesteld.

In de MvT dient aan de (naleving van) informatieplicht extra aandacht te worden geschonken.

• Extern toezicht:

Vooralsnog wordt er geen onafhankelijk extern toezicht ingesteld. In artikel 44 van het wetsvoorstel BES is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig het bij of krachtens deze wet bepaalde. Het CBP is van oordeel dat deze tijdelijke vorm van toezicht zo spoedig mogelijk dient te worden geregeld.

• Rechtsbescherming:

Door het ontbreken van extern toezicht kan er door betrokkenen geen beroep worden gedaan op de toezichthouder voor bemiddeling en/of het behandelen van klachten. Bemiddeling door de toezichthouder kan voorkomen dat de gang naar de rechter moet worden gemaakt. Nu deze mogelijkheid vooralsnog niet in het wetsontwerp BES is opgenomen, dient bij de evaluatie te worden gekeken naar de (mogelijke) gevolgen daarvan: is de gang naar de rechter wellicht te hooghrenpelig?

• Ontheffingsbevoegdheid:

Artikel 23, lid 1 onder e, van het wetsvoorstel BES regelt de mogelijkheid om, onverminderd de artikelen 17 tot en met 22 van het wetsvoorstel BES, van het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken af te wijken voor zover dit noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, passende waarborgen worden getroffen en dit bij wet wordt bepaald of bij wijze van een ontheffing verleend door de Minister.

DATUM 13 februari 2009
ONS KENMERK z2008-01615

De mogelijkheid tot het verlenen van een ontheffing is in de Wbp uitsluitend voorbehouden aan de toezichthouder. Als aan de Minister de bevoegdheid toekomt om ook, onder voorwaarden, over te gaan tot het verlenen van een ontheffing, kan de vraag worden opgeworpen of nog wel zal worden geopteerd voor een regeling bij wet. Bij structurele verwerkingen van bijzondere persoonsgegevens is het onwenselijk dat een ontheffing de plaats inneemt van een regeling bij wet.

- Evaluatiebepaling:

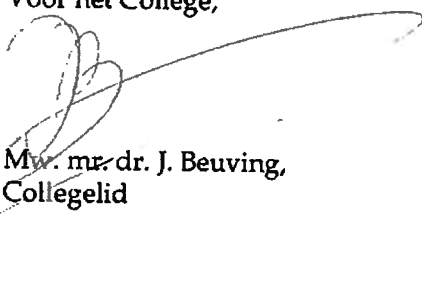
Artikel 45 van het wetsvoorstel BES bepaalt dat binnen drie jaar na inwerkingtreding van deze wet aan de Staten Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk wordt gestuurd. Het CBP dient op enigerlei wijze te worden betrokken bij deze evaluatie maar in ieder geval van de resultaten van de evaluatie op de hoogte te worden gesteld.

Het CBP adviseert u niet eerder tot indiening van het wetsvoorstel over te gaan dan nadat met het vorenstaande rekening is gehouden. Ik verneem graag op welke wijze u gevolg gaat geven aan het advies.

Voor het volledige advies verwijs ik u naar de bijlage bij deze brief. Indien er behoefte is aan een nadere toelichting op het advies, dan is het CBP daartoe graag bereid.

Hoogachtend,

Het College bescherming persoonsgegevens,
Voor het College,



Mv. mr. dr. J. Beuving,
Collegelid

z2008-01615

Het advies van 13 februari 2009 inzake het concept-voorstel van wet, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Wet bescherming persoonsgegevens BES)

De Minister van Justitie heeft het College bescherming persoonsgegevens (CBP) gevraagd te adviseren, als bedoeld in artikel 51, tweede lid van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) over het concept-voorstel van wet, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Wet bescherming persoonsgegevens BES)

1. Inhoud van het wetsvoorstel

In het kader van staatkundige hervormingen van de Nederlandse Antillen worden BES onderdeel van het Nederlandse staatsbestel. Op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens bestaat op dit moment geen regelgeving in de Nederlandse Antillen. Gelet op artikel 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, artikel 10 van de Nederlandse Grondwet en het Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens van de Raad van Europa (Trb. 1988, 7), waarvan bekrachtiging zal worden voorgesteld voor BES, moet er worden voorzien in wettelijke regeling van de bescherming van persoonsgegevens op BES. Aangezien BES de status heeft en ook zal behouden van Landen en Gebieden Overzee, hebben de Europese verplichtingen, waaronder dus ook de Europese richtlijn betreffende de bescherming van persoonsgegevens, geen directe werking op de eilanden (memorie van toelichting (MvT), p. 18).

In de MvT (p. 19) is het volgende vermeld:

'De verschillen met de Nederlandse wet zijn hoofdzakelijk ingegeven door de transitie, het eigen karakter van de eilanden of het feit dat voor de eilanden andere wet- en regelgeving geldt waardoor niet alle bepalingen op identieke wijze kunnen worden overgenomen'.

Uit oogpunt van uniformiteit en eenduidige wetsuitleg is ervoor gekozen de Wbp zoveel mogelijk over te nemen. Een aantal bepalingen is dan ook identiek aan de Wbp. Gelet op het feit dat de eilanden voor het eerst gaan werken met algemene regels over de verwerking van persoonsgegevens, acht de minister het zinvol om eerst de ervaringen daarmee af te wachten voordat het extern toezicht wordt ingericht. Ook de plicht om verwerking van persoonsgegevens te melden bij de toezichthoudende autoriteit is niet overgenomen. De reden hiervan houdt vooral verband met het voorkomen van onevenredige belasting van de bestuursorganen en het bedrijfsleven van de eilanden in de periode van transitie, alsook het eigen karakter van de eilanden waarbij de kleinschaligheid een gegeven is.

In het concept-wetsvoorstel is daarom niet voorzien in:

- a. extern toezicht als bedoeld in artikel 51, eerste lid van de Wbp. Het extern toezicht zal tijdelijk worden geregeld bij algemene maatregel van bestuur;
- b. de meldingsverplichting bij de toezichthouder en daardoor ook geen voorafgaand onderzoek;
- c. de mogelijkheid van het opstellen van gedragscodes;
- d. de instelling van functionarissen gegevenbescherming.

In de slotverklaring over de toekomstige staatkundige positie van BES van oktober 2006 is onder meer over de wetgeving vastgelegd: *'Gezien onder meer de bevolkingsomvang van de drie eilanden, de grote afstand met Nederland en het insulaire karakter zullen echter van de Nederlandse wetgeving afwijkende voorzieningen worden getroffen'*.

Het wetsvoorstel bevat een evaluatiebepaling. Het doel daarvan is om aan de hand van de opgedane ervaringen te bezien op welke wijze de plicht tot het melden en het toezicht vorm kan worden gegeven drie jaar na inwerkingtreding van de wet (artikel 45 van het wetsvoorstel).

2. Beoordeling

a. De verdragsrechtelijke aspecten

In de adviesaanvraag is vermeld: *'Gelet op artikel 10 van de Nederlandse Grondwet en het Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens van de Raad van Europa, waarvan bekrachtiging zal worden voorgesteld voor de BES, moet er worden voorzien in een wettelijke regeling van de bescherming van persoonsgegevens op de BES'*.

Het CBP merkt op dat Nederland het additionele Protocol (CETS no. 181) bij bovengenoemd Verdrag heeft geratificeerd (geratificeerd op 8 september 2004 en in werking getreden per 1 januari 2005). Artikel 1 van het Protocol bepaalt dat er moet worden voorzien in een of meer toezichthoudende autoriteiten die toezien op de naleving van de nationale wetgeving. De toezichthoudende autoriteiten dienen in ieder geval te beschikken over onderzoeksbevoegdheden. Daarnaast bepaalt artikel 1, tweede lid onder b van het Protocol dat: *'Each supervisory authority shall hear claims lodged by any person concerning the protection of his/her rights and fundamental freedoms with regard to the processing of personal data within its competence'*.

Naar het oordeel van het CBP betekent dit dat, als wordt overgegaan tot bekrachtiging van het Verdrag voor BES, ook moet worden voorzien in de instelling van een onafhankelijke toezichthoudende autoriteit als bedoeld in het Protocol. Het wetsvoorstel zal daar dan ook rekening mee moeten houden. Verdere opmerkingen over het (vooralsnog) ontbreken van extern toezicht volgen hierna.

b. De mate waarin en de wijze waarop de Wbp is overgenomen in het concept-wetsvoorstel

Algemene opmerking

Bij de artikelsgewijze toelichting is vermeld dat er geen uitgebreide toelichting op de artikelen zal volgen, aangezien het overgrote deel van de bepalingen letterlijk is overgenomen uit de Wbp. Voor een gedetailleerde toelichting wordt verwezen naar de parlementaire geschiedenis van de Wbp in het bijzonder de MvT (Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 3).

In de MvT bij het wetsvoorstel BES is een aantal hoofdelementen uit de MvT bij de Wbp belicht. Deze gedeeltelijke verwijzingen kunnen leiden tot onduidelijkheden en/of onjuistheden bij de interpretatie en toepassing van de wet. Dit is onder meer het geval bij de toelichting bij de definitiebepaling persoonsgegevens (p. 20 MvT): *'Onder persoonsgegevens.....personen. Er kan daarbij worden gedacht aan naam, geboortedatum, en geslacht. Als de betreffende gegevens medebepalend zijn voor de wijze waarop men in het maatschappelijk verkeer wordt behandeld, is er sprake van een persoonsgegeven.'* Dat is naar het oordeel van het CBP een onjuiste weergave (de gegeven voorbeelden zijn te beperkt). Hier wordt gesuggereerd dat bijvoorbeeld een naam alléén een persoonsgegeven is, als het betreffende gegeven medebepalend is voor de wijze waarop men in het maatschappelijk

verkeer wordt benaderd. Er wordt echter bedoeld dat bepaalde gegevens als persoonsgegevens moeten worden aangemerkt indien deze gegevens mede bepalend zijn voor de wijze waarop de betrokken persoon in het maatschappelijk verkeer wordt behandeld (te denken valt bijvoorbeeld aan het kenteken, zie MvT bij de Wbp, p. 46).

Oordeel: Om (onnodige) misverstanden en interpretatieverschillen te vermijden, acht het CBP het gewenst om de artikelsgewijze toelichting uit de Wbp zoveel mogelijk over te nemen en in ieder geval af te zien van 'eigen' samenvattingen.

Belangrijkste afwijkingen ten opzichte van de Wbp

- *Meldingen/VO's*

Het hoofddoel van de melding is het bevorderen van de transparantie voor betrokkenen van de gegevensverwerking. Om onevenredige belasting van de bestuursorganen en het bedrijfsleven te voorkomen en de kleinschaligheid, is er voor gekozen deze bepalingen niet in het wetsvoorstel BES op te nemen. Door het ontbreken van de meldingsplicht vindt ook geen voorafgaand onderzoek plaats. Met het uitzonderen van de meldingsplicht is de (naleving van de) informatieplicht veruit het belangrijkste instrument geworden waarmee betrokkenen over de verwerking van persoonsgegevens op de hoogte worden gesteld.

Oordeel: In de MvT dient aan de (naleving van) informatieplicht extra aandacht te worden geschonken. Het CBP stelt daarom voor als mogelijk alternatief in overweging te nemen, verantwoordelijken te verplichten tot het ontwikkelen van een, voor de betrokkenen eenvoudig toegankelijk en duidelijk, privacybeleid.

- *Extern toezicht*

Vooralsnog wordt er geen onafhankelijk extern toezicht ingesteld: er is dus niet voorzien in toezicht door het College bescherming persoonsgegevens als bedoeld in artikel 51, eerste lid, van de Wbp. In artikel 44 van het wetsvoorstel BES is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (amvb) regels worden gesteld over het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig het bij of krachtens deze wet bepaalde. In de MvT (p. 26) is vermeld dat tot het moment dat een definitieve keuze wordt gemaakt voor een meer permanente vorm van toezicht (en dit bij wet is geregeld) zal worden voorzien in een tijdelijke vorm van toezicht die bij amvb zal worden geregeld.

Oordeel: Deze tijdelijke vorm van toezicht dient zo spoedig mogelijk te worden geregeld. De concept-amvb dient ter advisering aan het CBP te worden voorgelegd. De in het voorgaande gemaakte opmerking over mogelijke verdragrechtelijke gebondenheid dient hierbij te worden betrokken.

- *Rechtsbescherming*

Door het ontbreken van extern toezicht kan er door betrokkenen geen beroep worden gedaan op de toezichthouder voor bemiddeling en/of het behandelen van klachten. In het wetsvoorstel BES zijn bepalingen opgenomen (de artikelen 37 tot en met 41) over de rechtsgangen die een betrokkene kan bewandelen. Er bestaat een gedifferentieerd systeem voor het rechterlijk toezicht, dat conform de regeling in de Wbp is:

- bij beslissingen van bestuursorganen over het recht op kennisnemen, verzoeken op verbetering, aanvulling enz. kan de betrokkene zich op basis van de wet administratieve rechtspraak BES wenden tot de bestuursrechter;
- is de beslissing door een ander dan een bestuursorgaan genomen dan kan de betrokkene zich met een verzoekschrift wenden tot het Gerecht in eerste aanleg van BES.

Oordeel: Bemiddeling door de toezichthouder kan voorkomen dat de gang naar de rechter moet worden gemaakt. Nu deze mogelijkheid vooralsnog niet in het wetsontwerp BES is opgenomen, dient bij de evaluatie te worden gekeken naar de (mogelijke) gevolgen daarvan: is de gang naar de rechter wellicht te hoogdrempelig?

- *Ontheffingsbevoegdheid*

Artikel 23, lid 1 onder e, van het wetsvoorstel BES regelt de mogelijkheid om, onverminderd de artikelen 17 tot en met 22 van het wetsvoorstel BES, van het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken af te wijken voor zover dit noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, passende waarborgen worden getroffen en dit bij wet wordt bepaald of bij wijze van een ontheffing verleend door de Minister.

Oordeel: De mogelijkheid tot het verlenen van een ontheffing is in de Wbp uitsluitend voorbehouden aan de toezichthouder: *'Indien de ontheffing niet op de WBP of een andere wet is gebaseerd, kan de verwerking ten slotte nog haar grondslag vinden in een ontheffing door de Registratiekamer'* (MvT, TK vergaderjaar 1997-1998, 25 892, nr. 3).

Als aan de Minister de bevoegdheid toekomt om ook, onder voorwaarden, over te gaan tot het verlenen van een ontheffing, kan de vraag worden opgeworpen of dan niet veel minder zal worden geopteerd voor een regeling bij wet. Hierbij speelt een rol dat het CBP het standpunt inneemt dat als het gaat om structurele verwerkingen van bijzondere persoonsgegevens de wetgever aan zet is. Een ontheffing wordt in dat geval slechts verleend indien er binnen een afzienbare tijd wetgeving op komt is.

Indien de ontheffingsbevoegdheid aan de Minister wordt toegekend (waarbij het CBP er vanuit gaat dat de ontheffing een besluit in de zin van de Awb is en dus open staat voor bezwaar en beroep), zou dat moeten worden toegepast in lijn met het beleid van het CBP. Dit beleid van het CBP luidt als volgt:

1. indien het gaat om een structurele verwerking is de wetgever aan zet en zal het CBP geen ontheffing verlenen, tenzij er wetgeving op komt is (zie onder 3);
2. indien het gaat om een incidentele verwerking zal het CBP overgaan tot een inhoudelijke beoordeling van het verzoek om een ontheffing te verlenen;
3. indien het gaat om een structurele verwerking, doch er wetgeving op komt is die de betreffende verwerking zal gaan regelen, zal het CBP overgaan tot een inhoudelijke beoordeling van het verzoek om voor de tussenliggende periode een ontheffing te verlenen;
4. indien het gaat om een min of meer structurele verwerking in het kader van een 'pilot' of proef, zal het CBP slechts overgaan tot een inhoudelijke beoordeling van het verzoek om een ontheffing te verlenen, indien het voornemen bestaat bij een positieve uitkomst van de 'pilot' / proef (men wil doorgaan met de verwerking) de verwerking bij wet te regelen.

- *Evaluatiebepaling*

Artikel 45 van het wetsvoorstel BES bepaalt dat binnen drie jaar na inwerkingtreding van deze wet aan de Staten Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk wordt gestuurd.

Oordeel: Het CBP dient op enigerlei wijze te worden betrokken bij deze evaluatie maar in ieder geval van de resultaten van de evaluatie op de hoogte te worden gesteld.

Kleine opmerkingen

- Artikel 22, lid 5, wetsvoorstel BES verwijst naar 'het tweede tot en vijfde lid', dat moet zijn: het tweede tot en met het vierde lid.

- In de MvT, p. 23, wordt gesproken over 'gevoelige' gegevens, dat is nog oude terminologie uit de Wet persoonsregistraties, het gaat om de verwerking van bijzondere gegevens.

3. Advies

Het CBP adviseert de Minister van Justitie niet eerder tot indiening van het wetsvoorstel BES over te gaan dan nadat met het vorenstaande rekening is gehouden.