

De grenzen van de nieuwe boetebevoegdheid van de Autoriteit Persoonsgegevens

187

Trefwoorden:

boete, boetebevoegdheid, Autoriteit Persoonsgegevens

Per 1 januari 2016 treedt de wet in werking op grond waarvan de Autoriteit Persoonsgegevens (tot 2016 College bescherming persoonsgegevens)¹ forse boetes kan opleggen wegens overtreding van een groot scala aan artikelen in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). In dit artikel zet ik achtereenvolgens kort de wetswijziging uiteen en behandel ik vervolgens enkele beperkingen die aan de bevoegdheid verbonden zijn.

1 Wijzigingen in bevoegdheden AP

Onder de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) zoals deze tot 1 januari 2016 luidt, heeft de AP slechts één boetebevoegdheid, te weten die wegens schending van de meldplicht (artikel 66 Wbp). Uit de jaarverslagen van de AP blijkt dat deze boete al enkele jaren niet meer wordt opgelegd. Voor het overige beschikt de AP tot 1 januari 2016 niet over punitieve sancties.

Wel beschikt de AP al sinds jaar en dag over de bevoegdheid tot het opleggen van herstelsancties, zoals de last onder bestuursdwang² en de last onder dwangsom.³

De wet van 4 juni 2015 tot wijziging van de Wbp⁴ brengt grote wijzigingen aan in de bevoegdheid van de AP tot het opleggen van punitieve sancties. De bevoegdheid tot het opleggen van herstelsancties blijft hierbij ongemoeid (daarover later meer).

De wetswijziging brengt met zich mee dat het bestaande artikel 66 Wbp volledig wordt herschreven. Het effect van die wijziging laat zich als volgt samenvatten:

1. de boete op schending van de meldplicht vervalt;
2. er komt op grond van artikel 66 lid 1 Wbp een boete van maximaal de 4e categorie van artikel 23 Wetboek van Strafrecht (te weten € 20 250) te staan op:

- a. het niet aanwijzen van een vertegenwoordiger in Nederland door een verantwoordelijke van buiten de EU, terwijl persoonsgegevens worden verwerkt met zich in Nederland bevindende geautomatiseerde middelen anders dan voor de doorvoer van die persoonsgegevens;⁵
 - b. data-export naar een land waartoe doorgifte is verboden op basis van een ministeriële regeling of bij ministerieel besluit, welke regeling c.q. welk besluit voortvloeit uit een besluit van de Commissie van de Europese Gemeenschappen of de Raad van de Europese Unie;⁶
3. er komt een boete van maximaal de 6e categorie van artikel 23 Wetboek van Strafrecht (te weten € 810 000) of maximaal 10% van de jaaromzet te staan op:
- a. schending van bijna alle beginselen⁷ uit de Wbp;⁸
 - b. het niet-naleven van een door de AP opgelegde bindende aanwijzing;⁹
 - c. schending van de verplichting medewerking te verlenen aan de uitoefening van handhavingsbevoegdheden door de AP.¹⁰

Aan deze nieuwe boetebevoegdheden zijn enkele beperkingen verbonden, die ik hierna achtereenvolgens zal behandelen.

2 Niet op alle overtredingen staat een boete

Het eerste dat opvalt is dat niet op alle overtredingen van de Wbp een boete is gesteld. In de tabel heb ik een overzicht opgenomen van alle artikelen waarvan op overtreding een boete is gesteld.

Het valt op dat in dit rijtje enkele artikelen ontbreken. Ik zal deze hierna bespreken.

Artikel	Omschrijving
Artikel 6	Eerlijke verwerking
Artikel 7	Verzameldoel bepalen
Artikel 8	Grondslagen gegevensverwerking

* Mark Jansen is advocaat bij Dirkzwager advocaten en notarissen te Arnhem.

1 Per 1 januari 2016 is in artikel 51 lid 4 van de Wet bescherming persoonsgegevens opgenomen dat het College in het maatschappelijk verkeer zal worden aangeduid als 'Autoriteit Persoonsgegevens'. De formele naam van het College wijzigt overigens niet. In dit artikel zal ik alvast vooruitlopen op de nieuwe naam en eenduidig spreken over Autoriteit Persoonsgegevens of AP.

2 Artikel 65 Wbp.

3 Artikel 5:32 Awb jo. artikel 65 Wbp.

4 *Sib.* 2015, 230.

5 Artikel 4 lid 2 jo. artikel 4 lid 3 jo. artikel 66 lid 1 Wbp.

6 Artikel 78 lid 2 onderdeel a jo. artikel 66 lid 1 Wbp.

7 Op schending van enkele beginselen en voorschriften staat geen boete, daarover hierna meer.

8 Artikel 66 lid 2 Wbp.

9 Artikel 66 lid 5 Wbp.

10 Artikel 5:20 Awb jo. artikel 66 lid 2 Wbp.

Artikel 9 lid 1	Doelbinding
Artikel 9 lid 4	Onverenigbare verwerking vanwege geheimhouding
Artikel 10 lid 1	Bewaartermijnen
Artikel 11	Gegevenskwaliteit
Artikel 12	Gezag en geheimhouding
Artikel 13	Passende beveiliging
Artikel 16	Verbod verwerking bijzondere persoonsgegevens
Artikel 24	Verbod verwerking persoonsnummers
Artikel 33	Transparantie richting betrokkene bij verkrijging bij betrokkene
Artikel 34 lid 1-3	Transparantie richting betrokkene bij verkrijging anderszins
Artikel 34a	Meldplicht datalekken
Artikel 35 lid 1-4	Inzagerecht
Artikel 36 lid 2-4	Correctierecht
Artikel 38	Kennisgeving derden
Artikel 39	Kostenvergoeding rechten betrokkene
Artikel 40 lid 2-3	Recht van verzet
Artikel 41 lid 2-3	Opt-out commercieel gebruik
Artikel 42 lid 1 en 4	Geautomatiseerde individuele besluiten
Artikel 76	Verbod op doorgifte buiten EU
Artikel 77	Voorwaardelijke uitzonderingen verbod op doorgifte
Artikel 78 lid 3 en 4	Verbod doorgifte na opschorting minister
Artikel 5:20 Awb	Medewerkingsplicht onderzoek

2.1 Geen boete op ontbreken bewerkersovereenkomst

De meest opvallende ontbrekende bepaling is wat mij betreft artikel 14 Wbp.

Dit artikel verplicht een verantwoordelijke die persoonsgegevens door een derde laat verwerken voldoende waarborgen te treffen ten aanzien van de beveiligingsmaatregelen van die verwerkingen, de afspraken daartoe schriftelijk vast te leggen ('bewerkersovereenkomst') en toe te zien op de naleving daarvan. Met andere woorden: de AP kan dus geen boete opleggen indien een verantwoordelijke persoonsgegevens door een derde laat verwerken zonder dat hier een (deugdelijke) bewerkersovereenkomst aan ten grondslag ligt.

Deze omissie vind ik opmerkelijk. Toegegeven, er valt zeker over te twisten of het risico op een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens groter of juist kleiner wordt bij het buiten de deur laten verwerken van persoonsgegevens. Het aantal uitbestedingen van persoonsgegevensverwerkingen neemt echter onmiskenbaar toe (cloudcomputing, outsourcing, marketingactiviteiten, enz.). De wetgever zelf vond het in het verleden van groot

belang dat bij dergelijke uitbesteding de afspraken omtrent de verwerking van persoonsgegevens schriftelijk vastgelegd zijn.¹¹ Juist nu het aantal uitbestedingen een steeds hogere vlucht neemt, en de AP bij herhaling hamert op het belang een goede bewerkersovereenkomst te sluiten,¹² zou ik dan ook verwacht hebben dat ook op schending van dit artikel een boete zou zijn gesteld. Een eventueel standpunt van de AP dat het niet hebben van een (deugdelijke) bewerkersovereenkomst getuigt van een schending van artikel 6 Wbp, lijkt me op gespannen voet te staan met het *lex-certa*-beginsel.

Ook gelet op de ratio van artikel 14 lid 5 Wbp valt deze omissie op. De ratio van artikel 14 lid 5 Wbp is volgens de wetgever gelegen in het beschermen van het belang van de betrokkene als derde-belanghebbende.¹³ Deze derde moet zich in voorkomend geval in een procedure op de nodige bewijsstukken kunnen beroepen. Het lijkt er aldus op – hoewel het er niet expliciet staat – dat de Nederlandse wetgever van oordeel was dat de betrokkene recht heeft (of kan hebben) op afschrift van de bewerkersovereenkomst. Het belang van dit document werd door de wetgever dus zeer groot geacht en lijkt mede bedoeld om de verantwoordelijke te kunnen controleren. Dat lijkt sterk op de ratio van het recht op inzage, correctie en verzet, dat er immers in gelegen is de verantwoordelijke te kunnen controleren en eventueel de op grond van de richtlijn toegekende rechten uit te oefenen.¹⁴ Het is mij onduidelijk waarom, ondanks dit kennelijk grote belang, op overtreding van artikel 14 lid 5 Wbp geen boete staat, terwijl die wel staat op het niet of onvoldoende gehoor geven aan de rechten van betrokkene (artikel 35 en 36 Wbp).

2.2 Geen boete op schending sectorale privacyregelgeving

Een ander opvallend ontbrekend artikel is artikel 26 Wbp. Dit artikel bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) nadere regels kunnen worden gesteld inzake de in artikel 6-11 en 13 Wbp geregelde onderwerpen. Het geeft, met andere woorden, de wettelijke grondslag voor het instellen van nadere sectorale privacyregelgeving.

Van deze bevoegdheid is tot op heden geen gebruik gemaakt.¹⁵ Niettemin roept het ontbreken van de verwijzing naar artikel 26 Wbp wel de interessante vraag op of een verantwoordelijke die zich niet heeft gehouden aan specifieke voorschriften uit de gedelegeerde sectorale regelgeving, doch wel anderszins verdedigbaar heeft voldaan aan de (open) normen uit de Wbp, een boete opgelegd kan krijgen. Hoe daarover geoordeeld zou moeten worden, kan ik bij gebreke van jurisprudentie lastig inschatten. Gelet op het *lex-certa*-beginsel zou ik vooralsnog menen dat in een dergelijke context echter geen boete past.

11 *Kamerstukken II 1997/98, 25892, 3, p. 100.*

12 Zie bijv. par. 4.2 in de Richtsnoeren beveiliging persoonsgegevens 2013.

13 *Kamerstukken II 1997/98, 25892, 3, p. 100.*

14 HvJ EU 17 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, r.o. 44 en 57.

15 Dat leid ik althans af uit het ontbreken van gedelegeerde regelgeving op http://wetten.overheid.nl/BWBR0011468/Hoofdstuk3/Artikel26/geldigheidsdatum_02-11-2015/informatie.

Dit vraagstuk is overigens minder theoretisch dan het wellicht lijkt. Er is namelijk thans een wetsvoorstel aanhangig inzake *Cliëntenrechten bij elektronische verwerking van gegevens*.¹⁶ In het kader van dat wetsvoorstel is ook een conceptversie van een AMvB opgesteld die op dit moment voorligt bij de Eerste Kamer.¹⁷ Dit voorstel schrijft o.m. de naleving van specifieke beveiligingsmaatregelen voor, zoals NEN 7510-7513.

Het lastige aan dit specifieke voorbeeld is overigens wel dat het naleven van die normen ook op grond van andere wetgeving voor zorgaanbieders onder bepaalde omstandigheden al wel verplicht is.¹⁸ Bovendien stellen toezichthouders AP en IGZ zich al jaren op het standpunt dat de norm NEN 7510 in het kader van o.m. artikel 13 Wbp moet worden nageleefd door verantwoordelijken in de zorg.¹⁹ Dat laatste is echter beleid en heeft, hoewel er legio Kamerstukken zijn waarin naar die norm verwezen wordt, tot op heden veelal geen expliciete wettelijke basis. Daar zit dus mogelijk (enige) ruimte voor zorginstellingen om zich op het standpunt te stellen dat de AP niet bevoegd is hen een boete op te leggen wegens het niet naleven van de in de AMvB voorgeschreven NEN-normen, indien zij overigens wel passende beveiligingsmaatregelen hebben genomen als bedoeld in artikel 13 Wbp.

2.3 Geen boete op niet laten plaatsvinden voorafgaand onderzoek

De Wbp schrijft in artikel 31 en 32 voor dat voor bepaalde vormen van persoonsgegevensverwerkingen in beginsel eerst een voorafgaand onderzoek moet plaatsvinden door de Autoriteit Persoonsgegevens. Het gaat daarbij om uitwisseling van gegevens op basis van persoonsnummers zoals het BSN, het registreren van middels heimelijke observatie verkregen gegevens, het uitwisselen van strafrechtelijke gegevens of andere bij AMvB aangewezen vormen van persoonsgegevensverwerkingen.²⁰

In het nieuwe artikel 66 Wbp wordt niet naar artikel 31 en 32 Wbp verwezen. Dat betekent dat er geen boete opgelegd kan worden wegens het niet melden van een dergelijke persoonsgegevensverwerking²¹ dan wel het niet opschorten van een dergelijke persoonsgegevensverwerking totdat goedkeuring van de AP of een bericht dat niet tot nader onderzoek wordt overgegaan volgt.²²

Met name dit tweede verbod prikkelt de gedachten. Ter illustratie. Een verantwoordelijke die persoonsgegevens met een derde uitwisselt, waaronder begrepen het BSN, om die gegevens met elkaar in verband te brengen, terwijl daar geen wettelijke grondslag voor is, overtreedt

immers zowel het verbod om een nummer als het BSN buiten de wettelijke kaders te gebruiken²³ als de verplichting om een dergelijke verwerking op te schorten totdat de AP een rechtmatigheidsverklaring of verklaring van geen onderzoek heeft afgegeven.²⁴ Er wordt dus tegelijkertijd een verbod iets te doen als een gebod iets na te laten overtreden. Voor de eerste gedraging zou de AP wel een boete op kunnen leggen, voor de tweede gedraging niet.

Gelet op de regelgeving omtrent meerdaadse samenloop in artikel 5:8 Awb, zou de AP bevoegd zijn – binnen de kaders van de evenredigheid – voor beide overtredingen afzonderlijke herstelsancties op te leggen. De vraag is echter of hier niet sprake is van eendaadse samenloop en of de verantwoordelijke daar een argument aan kan ontleen om een eventueel opgelegde boete aan te wechten. Hoe dan ook is onduidelijk waarom de wetgever niet ook op overtreding van deze bepaling een boete heeft gesteld.

2.4 Geen boete op schending voorschriften artikel 37 Wbp

Het nieuwe artikel 66 Wbp verwijst ook niet naar artikel 37 Wbp. Dat is opmerkelijk, aangezien dit artikel enkele bepalingen bevat ter bescherming van de belangen van de betrokkene. Het bepaalt namelijk dat een verantwoordelijke onder omstandigheden gehouden kan zijn op andere dan schriftelijke wijze te voldoen aan een inzage- of correctieverzoek (artikel 37 lid 1 Wbp), dat de identiteit van de verzoeker deugdelijk moet worden vastgesteld (artikel 37 lid 2 Wbp) en dat bij minderjarigen en onder curatele gestelden de inzage- of correctieverzoeken door hun wettelijk vertegenwoordigers moeten worden gedaan en dat mededelingen aan hen worden gericht (artikel 37 lid 3 Wbp).

De verplichting van artikel 37 lid 1 Wbp is naar haar aard eenvoudig te herstellen, mocht deze worden geschonden. Aan een inzageverzoek kan immers altijd nog in tweede instantie langs andere dan schriftelijke weg (in de praktijk veelal: elektronische weg) gehoor worden gegeven.

Het schenden van de overige twee verplichtingen is naar zijn aard echter niet ongedaan te maken. Indien gehoor wordt gegeven aan een inzageverzoek, terwijl de identiteit van de verzoeker niet deugdelijk is vastgesteld, bestaat immers het gevaar dat persoonsgegevens aan een onbevoegde worden verstrekt. Zodra dat gebeurd is, kan de overtreding niet meer ongedaan worden gemaakt. Dat geldt ook voor het verstrekken van gegevens aan minderjarigen en onder curatele gestelden.

¹⁶ Kamerstukken 33509.

¹⁷ Zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-484137>.

¹⁸ Zie bijv. artikel 2 Regeling gebruik burgerservicenummer in de zorg, artikel 5 Regeling publieke gezondheid, enz.

¹⁹ Zie bijv. het rapport 'ICT in ziekenhuizen' van de IGZ uit 2004 en het rapport van het CBP en de IGZ 'Informatiebeveiliging in ziekenhuizen voldoet niet aan de norm' uit 2007.

²⁰ Een dergelijke AMvB ontbreekt.

²¹ Artikel 32 lid 1 Wbp.

²² Artikel 32 lid 2 Wbp.

²³ Artikel 24 Wbp.

²⁴ Artikel 32 lid 2 jo. lid 5 Wbp.

Indien de AP voor dergelijke gedragingen na 1 januari 2016 een boete wenst op te leggen, moet zij aldus een kunstgreep toepassen door bijvoorbeeld te stellen dat een dergelijke gedraging met zich meebrengt dat het niet voldoen aan artikel 37 Wbp niet getuigt van een zorgvuldige gegevensverwerking,²⁵ dat gegevens in strijd met een wettelijke grondslag zijn verwerkt,²⁶ dat de geheimhoudingsverplichting is geschonden²⁷ of dat onvoldoende passende beveiligingsmaatregelen zijn toegepast.²⁸ De gegevens zijn immers in handen gekomen van een onbevoegde. Opnieuw is onduidelijk waarom deze wat gekunstelde route noodzakelijk zou moeten zijn en of een dergelijke gekunstelde route niet op gespannen voet staat met het *lex-certa*-beginsel.

2.5 Geen boete op schending waarborgen F-G

De Wbp bevat verder enkele procedurevoorschriften en waarborgen voor de functionaris voor de gegevensbescherming (hierna: F-G). Zo bepaalt artikel 63 lid 2 Wbp dat de F-G geen aanwijzingen mag ontvangen van de verantwoordelijke, dat hij geen nadelen mag ondervinden van de uitoefening van zijn taak en dat de verantwoordelijke hem in staat moet stellen zijn taak naar behoren te vervullen.

Dit lijkt me typisch een wettelijke bepaling waarvoor geldt dat een boete een passende sanctie bij overtreding kan zijn. Bij overtreding van deze wettelijke bepalingen is immers sprake van een F-G die zijn/haar werk feitelijk niet kan uitoefenen. Dat is een ernstige schending van de Wbp. De waarborgen voor de bescherming van de persoonsgegevens worden in die situaties met voeten getreden. Bij een dergelijke ernstige schending kan de AP echter niets anders dan een herstelsanctie opleggen als een last onder dwangsom. De ratio voor deze keuze is mij niet duidelijk.

3 Vaak eerst bindende aanwijzing vereist

Een verdere beperking aan de boetebevoegdheid van de AP is dat voor het opleggen van een boete eerst een bindende aanwijzing moet worden opgelegd,²⁹ tenzij de overtreding opzettelijk is gepleegd of het gevolg is van ernstig verwijtbare nalatigheid.³⁰

3.1 Bindende aanwijzing

Artikel 1 onder q Wbp definieert de bindende aanwijzing als 'de zelfstandige last die wegens een overtreding wordt opgelegd'. De zelfstandige last is op grond van artikel

5:2 lid 2 Awb geen bestuurlijke sanctie. Het is juist een beslissing waar een verplichting voor de geadresseerde uit voortvloeit. Eerst tegen het niet uitvoeren van de last, kan door het bestuursorgaan worden opgetreden met bestuurlijke sancties.³¹

Het is de vraag of de Autoriteit Persoonsgegevens vaak voor dit middel zal kiezen. De Autoriteit had en heeft immers ook al de bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen. Deze bevoegdheid wordt in de praktijk ook wel gebruikt.³² Dat die beslissingen zijn gebaseerd op interpretaties van abstracte beginselen, is voor de AP kennelijk geen beletsel de bestuurlijke sanctie toch op te leggen. Zij acht de betreffende overtredingen kennelijk dusdanig ernstig en evident, dat de last onder dwangsom gerechtvaardigd is.

Vanuit het perspectief van de AP bezien lijkt de bindende aanwijzing (of de 'last zonder dwangsom') dan ook vooral geschikt om de overtredingen van minder ernstige of spoedeisende aard ongedaan te maken.

Dit lichtere middel voor de AP gaat bovendien mogelijk tot meer rechtspraak leiden over de interpretatie van de Wbp. Dat lijkt wenselijk voor iedereen die zich met dit rechtsgebied bezighoudt. Een opgelegde last onder dwangsom zal namelijk lang niet altijd aan de rechter worden voorgelegd. Een last onder dwangsom leidt er immers toe dat na het verstrijken van de respijtperiode,³³ dwangsommen worden verbeurd. Het instellen van bezwaar en beroep heeft bovendien geen schorsende werking.³⁴ Het niet naleven van een last onder dwangsom is voor de betrokkene (verantwoordelijke) dan ook zeer risicovol. De schade loopt immers, behoudens voorlopige maatregelen, verder op gedurende de bestuursrechtelijke procedure. De kans bestaat dan ook dat verantwoordelijken, mede gelet op de (negatieve) publiciteit verbonden aan een procedure, eieren voor hun geld kiezen, en aldus gehoor geven aan de opvatting van de AP over de interpretatie van een bepaald beginsel uit de Wbp. De kwestie bereikt aldus nooit de rechter.

De zelfstandige last zou echter middels bezwaar en beroep betrekkelijk risicool aan de rechter kunnen worden voorgelegd. Een bestuursrechtelijke procedure die niet over concrete boetes gaat, maar alleen over interpretaties van abstracte beginselen, is bovendien naar mijn inschatting minder mediageniek. Verantwoordelijken zijn mogelijk dan ook eerder geneigd deze stap te zetten. Dit alles komt de rechtsontwikkeling ten goede.

De AP zou deze route kunnen doorkruisen door, hangende die procedure over de bindende aanwijzing, ook een herstelsanctie op te leggen. Het is voor de rechtsontwikkeling te hopen dat dit niet te vaak gebeurt.

25 Artikel 6 Wbp.

26 Artikel 8 Wbp.

27 Artikel 12 Wbp.

28 Artikel 13 Wbp.

29 Artikel 66 lid 3 Wbp.

30 Artikel 66 lid 4 Wbp.

31 Vgl. *Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, toelichting bij artikel 5.0.2.*

32 Vgl. de opgelegde last onder dwangsom jegens Google en Facebook. De dwangsom jegens Google kon oplopen tot maar liefst 15 miljoen euro.

33 Artikel 5:32a lid 2 Awb.

34 Artikel 6:16 Awb.

Overigens is het niet-naleven van een bindende aanwijzing van de AP op zichzelf ook een overtreding waarop dezelfde hoge boete gesteld staat. Uit de conceptbeleidsregels inzake de boetebevoegdheid van de AP blijkt ook dat de AP zich bevoegd acht om in voorkomend geval tweemaal een boete op te leggen (wegens de schending van de materiële norm en wegens het niet-naleven van de bindende aanwijzing). Die dubbele boete lijkt met name relevant voor de overtredingen die in de visie van de AP weliswaar ernstig zijn, maar waarbij onvoldoende duidelijk is of de drempel van (voorwaardelijke) opzet of ernstig verwijtbare nalatigheid wordt gehaald.

3.2 *Situaties waarbij direct boete kan worden opgelegd*

Bij opzettelijke overtredingen van de Wbp of overtredingen die het gevolg zijn van ernstig verwijtbare nalatigheid, is geen bindende aanwijzing vereist en kan de Autoriteit Persoonsgegevens de boete direct opleggen.

Onder opzet moet ook voorwaardelijke opzet worden begrepen:³⁵ het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans op het negatieve gevolg (inclusief behoren te weten).

Het criterium van 'ernstig verwijtbare nalatigheid' is geïntroduceerd bij amendement van de leden Wijngaarden en Oosenburg.³⁶ Het criterium is door de Kamerleden omschreven als 'grof, aanzienlijk onzorgvuldig, onachtzaam dan wel onoordeelkundig handelen'. Als indicatoren van dergelijk handelen worden in het amendement genoemd (a) het meerdere malen plaatsvinden van eenzelfde type overtreding en (b) een ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer die gemakkelijk voorkomen had kunnen worden. Een verdere toelichting ontbreekt. Wel is duidelijk dat de lat hier kennelijk lager ligt dan bij voorwaardelijke opzet (anders zou immers het amendement geen toegevoegde waarde bieden).

Met andere woorden: de Autoriteit Persoonsgegevens kan een boete *direct* opleggen in drie situaties:

1. bij opzettelijke overtreding van de Wbp;
2. bij voorwaardelijk opzettelijke overtreding van de Wbp;
3. bij een overtreding die het gevolg is van ernstig verwijtbare nalatigheid.

3.3 *Begrenzing aan opzettelijk overtreden van een beginsel*

De opzet hoeft volgens de staatssecretaris niet gericht te zijn op overtreding van de Wbp.³⁷ In de strafrechtelijke literatuur zou aldus gesproken worden over 'kleurloos opzet' (ten opzichte van 'boos opzet'). Dat lijkt me op zichzelf logisch en ook juist. Bij klassieke delicten als moord en doodslag wordt immers ook niet geëist dat

wordt bewezen dat de dader beoogde de Strafwet te overtreden. Dat zou tot een volstrekt onwerkbaar wettelijk systeem leiden. Het gaat bij opzet aldus niet om motieven en precieze bedoelingen, maar om doelgericht handelen.³⁸

Om van opzettelijk handelen te kunnen spreken, moet echter – in ieder geval in de strafrechtelijke dogmatiek – wel sprake zijn van een besef, althans een behoren te weten, dat met de handeling de wet wordt overtreden. Vergelijk deze overweging van de Hoge Raad in een klassiek arrest:³⁹ '(...) dat in de oude kwestie, of opzet boos opzet moet zijn, het inzicht opgekomen is, dat in het algemeen feiten strafbaar behoren te zijn, zowel wanneer de dader beseft heeft als wanneer hij had behoren te beseffen, dat zijn gedraging was van een onrechtmatigheid die uitdrukking vond in haar strafbaarstelling, en dan in beide gevallen ook strafbaar kunnen zijn tot eenzelfde maximum, zodat alleen bij afwezigheid van alle schuld ten aanzien van die onrechtmatigheid strafbaarheid ontbreekt.'

Gelet op de vele open normen in de Wbp zit hier in potentie wel een belangrijke begrenzing van de boetebevoegdheid van de Autoriteit Persoonsgegevens. Het is immers de vraag of iedere verantwoordelijke in Nederland 'beseft (...) [of] had behoren te beseffen' dat uit een bepaald abstract beginsel, een bepaalde concrete norm voortvloeit die geschonden kan worden.

De staatssecretaris noemt het vermarkten van medische gegevens als sprekend voorbeeld van het opzettelijk overtreden van de Wbp.⁴⁰ Mijn inschatting zou ook zijn dat eenieder wel geacht mag worden te begrijpen dat verhandeling van die gegevens zonder toestemming van de betrokkene niet geoorloofd is.

De meeste beginselen van de Wbp kennen echter een behoorlijke interpretatieruimte: denk aan de belangenafweging van artikel 8 onder f Wbp, het al dan niet verenigbaar zijn van een bepaald verwerkingsdoel met het verzameldoel als genoemd in artikel 9 Wbp, de bevaarbaarheid als bedoeld in artikel 10 Wbp, de passendheid van de beveiliging als bedoeld in artikel 13 Wbp, enz. Mijn inschatting is dan ook dat in de praktijk alleen van (voorwaardelijke) opzet gesproken kan worden als de verantwoordelijke zelfs niet heeft voldaan aan de meest minimale interpretatie van het betreffende beginsel uit de Wbp.

Dit aspect komt overigens niet terug in de op 22 oktober 2015 gepubliceerde concept boetebeleidsregels,⁴¹ anders dan dat de Autoriteit Persoonsgegevens opmerkt dat 'het criterium "opzettelijk of ernstig verwijtbare nalatig handelen" (...) een aanzienlijke mate van verwijtbare veronderstelt'.⁴² In dat kader valt op dat in de beleidsregels overtreding van bepaalde artikelen zwaarder wordt bestraft dan andere artikelen. De ratio hiervoor

35 Zie brief staatssecretaris d.d. 2 februari 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 33662, 15.

36 *Kamerstukken II* 2014/15, 33662, 16.

37 Zie brief staatssecretaris d.d. 2 februari 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 33662, 15.

38 Vgl. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, IV.2.3.2 Opzet op strafbaarheid (kleurloos of boos opzet)?

39 HR 18 maart 1952, *NJ* 1952/314.

40 Zie brief staatssecretaris d.d. 2 februari 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 33662, 15.

41 <https://cbpweb.nl/nl/nieuws/cbp-publiceert-conceptboetebeleidsregels>.

42 Concept beleidsregels, p. 14.

is volgens de Autoriteit Persoonsgegevens een weging van de ‘zwaarte van de geschonden norm’.⁴³ Mogelijk dat uit die zwaarte ook wel een ‘beseffen of behoren te beseffen’ zoals bedoeld in de hiervoor aangehaalde jurisprudentie is af te leiden. Meer dan een aanwijzing in die richting kan dit echter niet zijn, anders zou het criterium van ‘opzettelijk of ernstig verwijtbaar nalatig handelen’ geen zelfstandige functie meer vervullen.⁴⁴

4 Primaat Openbaar Ministerie

Een andere beperking van de boetebevoegdheid is gelegen in het *una-via*-beginsel.

4.1 Leerstuk *una-via*-beginsel

Het *una-via*-beginsel is gecodificeerd in artikel 5:44 Awb en houdt in de kern in dat indien een bepaalde gedraging zowel langs strafrechtelijke als langs bestuursrechtelijke weg bestraft kan worden, dat de strafrechtelijke route dan het primaat heeft. De Autoriteit Persoonsgegevens zal in die gevallen dus correspondentie met het Openbaar Ministerie moeten kunnen tonen waaruit blijkt dat het OM niet tot vervolging overgaat althans daar niet tijdig op beslist heeft, wil ze bevoegd zijn een boete op te leggen.

4.2 *Hetzelfde feit/dezelfde gedraging*

Artikel 5:44 Awb is alleen van toepassing indien sprake is van ‘dezelfde gedraging’. Dat roept de vraag op wanneer daar sprake van is.

Op grond van het standaardarrest van de Hoge Raad van 1 februari 2011⁴⁵ is er sprake van ‘hetzelfde feit’ als bedoeld in artikel 68 Sr als (samengevat) de overtredingen feitelijk nauw samenhangen en als de overtreden voorschriften soortgelijke belangen beschermen. Blijkens r.o. 2.5 van dat arrest geldt voor artikel 5:44 Awb dezelfde maatstaf. De overweging van de Hoge Raad waarin het criterium wordt toegelicht luidt als volgt:

‘2.9.1. (...) Bij die toetsing dienen de volgende gegevens als relevante vergelijkingsfactoren te worden betrokken.

(A) De juridische aard van de feiten.

Indien de tenlastegelegde feiten niet onder dezelfde delictomschrijving vallen, kan de mate van verschil tussen de strafbare feiten van belang zijn, in het bijzonder wat betreft

- (i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictomschrijvingen strekken, en
- (ii) de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, in welke strafmaxima onder meer tot uitdrukking komt de aard van het verwijt en de kwalificatie als misdrijf dan wel overtreding.

(B) De gedraging van de verdachte.

Indien de tenlasteleggingen respectievelijk de tenlastelegging en de vordering tot wijziging daarvan niet dezelfde gedraging beschrijven, kan de mate van verschil tussen de gedragingen van belang zijn, zowel wat betreft de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen als wat betreft de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder zij zijn verricht.

2.9.2. Opmerking verdient dat reeds uit de bewoordingen van het begrip “hetzelfde feit” voortvloeit dat de beantwoording van de vraag wat daaronder moet worden verstaan, mede wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Vuistregel is nochtans dat een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen tot de slotsom kan leiden dat geen sprake is van “hetzelfde feit” in de zin van art. 68 Sr’ (r.o. 2.9.1 en 2.9.2).

Dit roept de vraag op of er overtredingen van de Wbp zijn, die tevens als misdrijf zijn te kwalificeren en zo ja, of deze dan moeten worden beschouwd als ‘hetzelfde feit’ als bedoeld in voornoemd arrest van de Hoge Raad.

4.3 Voorbeelden van *parallel met strafrecht uit wetgeschiedenis*

De wetgeschiedenis van de Wbp zelf biedt hiervoor maar weinig aanwijzingen. Dat is op zichzelf logisch, aangezien de Autoriteit Persoonsgegevens tot 1 januari 2016 slechts boetes kon opleggen voor schending van de meldplicht en dat wetsartikel geen strafrechtelijke pendant kent.

Niettemin staan er wel enkele interessante passages in de wetgeschiedenis van de Wbp. Zo wordt in de memorie van toelichting omtrent schending van artikel 12 Wbp letterlijk het volgende opgemerkt:

‘De geheimhoudingsbepaling is een verplichting uit hoofde van een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 272 van het Wetboek van Strafrecht. Opzettelijke niet-naleving kan worden bestraft met gevangenisstraf van vier jaren of geldboete van vijftienduizend gulden. Van een dergelijke opzet is in ieder geval sprake indien wordt gehandeld in strijd met een uitdrukkelijke aanwijzing van de verantwoordelijke of een waarschuwing van enige toezichthouder. Een en ander geldt ook ten aanzien van strijd met een aanwijzing of een terzake bekend standpunt van de Registratiekamer.’⁴⁶

Dit is een (behoorlijk) ruime uitleg van het begrip ‘opzet’ in de zin van artikel 272 Sr. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt nog eens nader toegelicht dat ook bij schending van de geheimhouding door bewerkers en de daar werkzame personen sprake is van overtreding van artikel 272 Sr.⁴⁷ Ik leid hieruit af dat de Autoriteit

⁴³ Concept beleidsregels, p. 12.

⁴⁴ Dan zou immers iedere overtreding die in boetecategorie II of hoger is geplaatst dusdanig ernstig van aard zijn, dat hieruit eerder een behoren te weten en dus opzettelijk handelen afgeleid kan worden. Die redenering zal niet altijd opgaan.

⁴⁵ NJ 2011/394.

⁴⁶ Kamerstukken 25892, 3, p. 98 (MvT).

⁴⁷ Kamerstukken II 1998/99, 25892, 6, p. 35.

Persoonsgegevens in veel gevallen niet zonder meer bevoegd zal zijn boetes op te leggen wegens schending van artikel 12 Wbp.

Een andere opmerkelijke passage in de memorie van toelichting is te vinden op pagina 78. Hier wordt namelijk gesteld dat het onopgemerkt verzamelen van persoonsgegevens een typisch voorbeeld is van een schending van artikel 6 Wbp (eerlijke gegevensverwerking). Er wordt daarbij uitdrukkelijk verwezen naar de misdrijven in artikel 139a Sr e.v. die betrekking hebben op heimelijk aftappen van gesprekken of andere vormen van communicatie, waarin deze noties volgens de toelichting 'een neerslag gekregen' hebben. Ook wordt uitdrukkelijk gesteld dat het woord 'wet' uit artikel 6 Wbp 'mede betrekking [heeft] op andere wetgeving inzake de verwerking van persoonsgegevens'. Dat roept de vraag op of bijvoorbeeld werkgevers die verborgen camera's inzetten straks wel beboetbaar zijn door de Autoriteit Persoonsgegevens.

4.4 *Enige inschatting voor overige delicten die mogelijk kwalificeren als hetzelfde feit*

Voor het overige is het wat zoeken naar artikelen uit de Wbp en het Wetboek van Strafrecht waarbij de juridische aard van de feiten en de gedraging van de verdachte vergelijkbaar is. Ik zal hierna enkele artikelen verkennen.

De Wbp strekt onder meer ter bescherming van een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens. De Wbp moet bovendien worden uitgelegd in overeenstemming met het bepaalde in artikel 8 EVRM,⁴⁸ welk artikel bepaalt dat eenieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Met deze doelen in het achterhoofd, zal ik hierna enkele strafrechtelijke delicten verkennen waarbij ook de verwerking van persoonsgegevens kan spelen.

In de toelichting bij de Wet computercriminaliteit komt⁴⁹ duidelijk naar voren dat artikel 138ab Sr (computervredsbreuk) en artikel 139a e.v. Sr (heimelijk aftappen e.d.) allemaal (o.m.) tot doel hebben de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Ook in het geval van artikel 441b Sr (heimelijk fotograferen) is de parallel evident: in de eerste regels van de MvT⁵⁰ is te lezen dat het doel van deze wet is geweest om de persoonlijke levenssfeer te beschermen.

Bij deze artikelen lijkt aldus sprake van een (hele) grote mate van overeenstemming tussen de juridische aard van de feiten en de gedraging van de verdachte. Een schending van de Wbp die tevens kwalificeert als overtreding van een van deze artikelen, lijkt aldus al snel aan te merken te zijn als 'hetzelfde feit'.

Het wordt al iets grijzer bij artikel 350a e.v. Sr (vernietiging computergegevens). In de kern hebben deze arti-

kelen tot doel het ongestoorde gebruik van computergegevens te waarborgen.⁵¹ Deze artikelen lijken daarmee aldus veeleer het (continuïteits)belang van de eigenaar van de computerapparatuur te borgen en niet zozeer te zien op het privacybelang van de betrokkene. Weliswaar is beschikbaarheid van gegevens ook een van de doelen van informatiebeveiliging als bedoeld in artikel 13 Wbp, maar dat maakt m.i. nog niet dat een verantwoordelijke die geen of onvoldoende passende beveiligingsmaatregelen heeft getroffen en die vervolgens wordt getroffen door een hack, zelf schuldig is aan het opzettelijk en wederrechtelijk aantasten van de aldus getroffen elektronisch opgeslagen gegevens.

Een twijfelgeval is echter artikel 350b Sr. Dit artikel stelt strafbaar degene aan wie het te wijten is dat in een computer opgeslagen gegevens zijn gewijzigd of verwijderd. Er is veel discussie geweest of dit wetsartikel niet in feite met zich meebrengt dat computereigenaren verplicht zijn computers adequaat te beveiligen.⁵² Zelf ben ik van mening dat dit inderdaad uit dit artikel voortvloeit.⁵³ Indien het artikel op die wijze moet worden gelezen, is het echter de vraag of dat niet maakt dat een verantwoordelijke die onzorgvuldig handelt en om die reden gehackt wordt, zou moeten worden vervolgd voor schending van artikel 350b Sr en niet voor overtreding van artikel 13 Wbp.

Het commercieel gebruiken van middels een hack verkregen gegevens is strafbaar gesteld in artikel 273 Sr. Dat artikel beoogt echter de handelsbelangen van de getroffen onderneming te beschermen⁵⁴ en is niet zozeer in het wetboek opgenomen ter bescherming van de privacy van de personen wier gegevens verhandeld worden. Het lijkt dus niet waarschijnlijk dat hier snel sprake zal zijn van 'hetzelfde feit'.

Ook artikel 161sexies en 161septies Sr – respectievelijk opzettelijk of door schuld verstoren van computerapparatuur of beveiliging – lijken niet in het Wetboek van Strafrecht opgenomen te zijn ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Uit de artikelen zelf, en de titel waarin ze zijn opgenomen, blijkt dat deze zien op bescherming van personen of goederen en de continuïteit van dienstverlening. Theoretisch is aldus niet ondenkbaar dat een verantwoordelijke die de aandacht voor beveiligingsmaatregelen laat wegzakken, en vervolgens gehackt wordt, zowel voor de schuldvariant van deze bepalingen door het OM vervolgd wordt, als door de AP een boete opgelegd krijgt wegens schending van artikel 13 Wbp.

4.5 *Primaat Openbaar Ministerie ligt bij enkele delicten*

Uit het voorgaande kan (voorzichtig) worden geconcludeerd dat bij schending van artikel 12 Wbp het primaat

48 HR Santander r.o. 3.3 sub a.

49 Kamerstukken 21551, 3.

50 Kamerstuk 9419.

51 Kamerstukken II 1989/90, 21551, 3, p. 23.

52 Vgl. *Tekst & Commentaar Strafrecht*, artikel 350b, punt 8a en de daar aangehaalde literatuur, online editie bijgewerkt tot 1 juli 2014.

53 Zie ook een eerdere verhandeling op <http://dirkzwagerieit.nl/2014/04/09/bestaat-er-een-verplichting-tot-updaten-van-software/>.

54 Kamerstukken 21551, 3, p. 21.

van vervolging vermoedelijk bij het Openbaar Ministerie ligt. Ook bij alle delicten die zien op heimelijk tappen van communicatie of heimelijk vastleggen van gegevens/beelden lijkt het Openbaar Ministerie primaat te hebben. Een (zeer) interessant grijs gebied vormt de schuldvariant van computervredebreuk (artikel 350b Sr), temeer omdat ik verwacht dat de AP in de handhaving juist veel prioriteit zal toekennen aan (vermeende) overtredingen van artikel 13 Wbp. Het lijkt me hier wachten op de eerste verantwoordelijke die de onbevoegdheid van de AP inroept en aldus (mogelijk) een opgelegde boete van tafel krijgt.

5 Conclusie

In dit artikel heb ik enkele beperkingen van de boetebevoegdheid van de Autoriteit Persoonsgegevens op een rij gezet. Zo heb ik achtereenvolgens laten zien dat op niet alle overtredingen van de Wbp een boete is gesteld, dat de keuze van de wetgever in het niet beboeten van bepaalde overtredingen vragen oproept, dat de AP veelal eerst een bindende aanwijzing zal moeten geven terwijl helemaal niet zo duidelijk is wanneer die aanwijzing al dan niet verplicht is en dat het Openbaar Ministerie bovendien in bepaalde situaties het vervolgingsprimaat heeft. De precieze betekenis van al deze beperkingen zal zich vermoedelijk stuk voor stuk de komende tijd waarschijnlijk verder ontwikkelen.