Ministerie van Veiligheid en Justitie

Aan de Koning

Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/venj

Contactpersoon
C.S. Valkenburg

T 06 52 87 25 57
c.s.valkenburg@minvenj.nl

Datum 12 juni 2013
Onderwerp wetsvoorstel tot wijziging van de Wet bescherming persoonsgegevens (meldplicht datalekken)

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 27 juli 2012, nr. 12.001757, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet tot wijziging van de Wet bescherming persoonsgegevens en enige andere wetten in verband met de verruiming van de mogelijkheid van het gebruik van camerabeelden van strafbare feiten ten behoeve van de ondersteuning van de rechtshandhaving en de invoering van een meldplicht bij de doorbreking van maatregelen voor de beveiliging van persoonsgegevens (gebruik camerabeelden en meldplicht datalekken) rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 14 september 2012, nr. W03.12.0306/II, bied ik U hierbij aan.

1. Splitsing

In het wetsvoorstel dat bij de Afdeling advisering van de Raad van State aanhangig is gemaakt werden twee maatregelen voorgesteld. Ten eerste werd voorgesteld de mogelijkheid tot het gebruik door particulieren van camerabeelden die betrekking hebben op strafbare feiten, te verruimen. Ten tweede werd een meldplicht in geval van datalekken voorgesteld. Beide voorstellen waren gezamenlijk in het wetsvoorstel opgenomen. Volgens de toelichting was deze keuze gerechtvaardigd uit een oogpunt van wetgevingseconomie en vanwege het inhoudelijke verband tussen beide voorgestelde maatregelen. De Afdeling acht het inhoudelijke verband niet overtuigend. Beide onderdelen van het onderhavige voorstel strekken weliswaar tot wijziging van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp); zij betreffen echter verschillende onderwerpen die inhoudelijk weinig samenhang vertonen. De Afdeling adviseert daarom het wetsvoorstel te splitsen. Dit advies is gevolgd. Het onderhavige wetsvoorstel bevat alleen de invoering van een meldplicht datalekken. In dit nader rapport wordt daarom alleen ingegaan op de door de Afdeling gemaakte opmerkingen over de meldplicht datalekken (paragrafen 1, 3 en 4). De maatregel die ziet op verruiming van het gebruik door particulieren van camerabeelden die betrekking hebben op strafbare feiten, zal op termijn in een afzonderlijk wetsvoorstel worden ondergebracht.

Een splitsing over twee voorstellen heeft niet alleen het voordeel dat kan worden voorkomen dat door mogelijke bezwaren in de verdere wetgevingsprocedure tegen één van beide onderdelen, beide onderdelen vertraging zullen oplopen, maar ook dat een nadere prioritering van de te realiseren voornemens kan

worden bewerkstelligd. Dit is om twee redenen van belang. Ten eerste in verband met het in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II van 29 oktober 2012 aangekondigde voornemen om te komen tot uitbreiding van de bevoegdheid van het College bescherming persoonsgegevens (hierna: het Cbp) om bestuurlijke boetes op te leggen (vgl. ook de motie van het lid Recourt, Kamerstukken II 2011/12, 32761, nr. 22). De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken zullen bij nota van wijziging op het onderhavige wetsvoorstel voorzien in een regeling die strekt tot uitbreiding van de bestuurlijke boetebevoegdheden van het Cbp met het oog op de versterking van de handhaving van de Wbp. Gelet op het ingrijpende karakter van deze nota van wijziging zal over ontwerp van deze nota van wijziging het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State worden gevraagd. Ten tweede zullen de nationale wetgevingsinspanningen op het gebied van de Wet bescherming persoonsgegevens moeten worden afgewogen en beoordeeld in het licht van de wetgevingsinspanningen die sedert januari 2012 worden verricht ten behoeve van de herziening van de Europese regelgeving inzake verwerking en bescherming van persoonsgegevens (totstandkoming algemene verordening gegevensbescherming alsmede een richtlijn voor gegevensbescherming bij opsporing en vervolging).
De splitsing van het wetsvoorstel is aanleiding geweest voor een herschikking van de memorie van toelichting; een aantal paragrafen uit het algemene gedeelte van de toelichting over de meldplichtbepaling is overgeheveld naar het artikelsgewijze gedeelte.

3. Meldplicht datalekken

Wat de meldplicht datalekken betreft adviseert de Afdeling de voorgestelde regeling van de meldplicht nader te specificeren. De voorgestelde bepaling is onbepaald. Daardoor is niet duidelijk welke gevallen er wel of niet onder vallen. Nu de bepaling door straf wordt gehandhaafd, staat zij door haar onbepaaldheid op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel. Verder is voor betrokkenen niet voorzienbaar wanneer van een overtreding sprake is. De Afdeling stelt daarom ook vraagtekens bij de effectiviteit van de meldplicht en bij de lasten die deze meebrengt. De reikwijdte van de meldplicht is naar het oordeel van de Afdeling ook onduidelijk, omdat niet vaststaat in welke gevallen van een inbreuk op beveiligingsmaatregelen kan worden gesproken. Ten slotte maakt de Afdeling een opmerking over de schorsende werking van het beroep en het verzet tegen de invordering van een bestuurlijke boete wegens overtreding van de meldplicht.

a. Onbepaaldheid meldplicht

De Afdeling vergelijkt de in dit wetsvoorstel voorgestelde –nationale– meldplicht met de door de Europese Commissie voorgestelde meldplicht in artikel 31 van het voorstel van een Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: conceptverordening). Hoewel de nationale meldplicht voor datalekken qua reikwijdte aansluit bij de meldplicht datalekken in de conceptverordening (er is sprake van een brede meldplicht, in tegenstelling tot de specifieke meldplicht in artikel 11.3a van de Telecommunicatiewet), is deze minder verstrekkend omdat de nationale meldplicht een clausulering bevat waarmee wordt beoogd bagatelzaken van de meldplicht uit te sluiten. De conceptverordening kent een dergelijke clausulering niet waardoor elk denkbaar datalek aan de toezichthouder zou moeten worden gemeld.
Hoewel de Afdeling begrip heeft voor de wenselijkheid van enige clausulering, wijst zij erop dat de gekozen formulering onbepaald is. Ik meen dat de gekozen formulering aansluit bij de normstelling in de Wbp, die naar zijn aard nu eenmaal

als algemeen-abstract kan worden gekenschetst, hetgeen kan worden verklaard door de grote diversiteit aan verwerkingen van persoonsgegevens in de private en publieke sector. Ik meen dat de gekozen formulering voldoende duidelijk is en in de praktijk ook goed hanteerbaar; een nadere precisering zou ontegenzeggelijk leiden tot een beperktere meldplicht dan wenselijk is. Daarbij wijs ik erop, dat in paragraaf 3.2.2 van de memorie van toelichting een "beslismodel" is uitgeschreven met behulp waarvan een voor de verwerking van persoonsgegevens verantwoordelijke die met een datalek wordt geconfronteerd, kan beoordelen of dit valt onder de voorgestelde wettelijke meldplicht van artikel 34a Wbp. Ik neem daarbij in aanmerking dat van een verantwoordelijke een redelijke inspanning mag worden gevraagd om, zo nodig met behulp van deskundig advies, het eigen handelen op een wettelijke norm af te stemmen (vlg. EHRM 28 juni 2011, LJN BT2901 (Financiële Dagblad B.V./Nederland), EHRM 15 november 1996, nr. 17862/91 (Cantoni/Frankrijk) en 25 juni 2009, nr. 12157/05 (Liivik/Estland). Daarnaast ga ik ervan uit dat ook het Cbp, door het vaststellen van richtsnoeren, de praktijk enig houvast kan geven. Ik meen dat op deze wijze in voldoende mate voor de verantwoordelijke voorzienbaar zal zijn in welke concrete gevallen het nalaten van het doen van een melding van een datalek tot een bestuurlijke boete door het Cbp aanleiding kan geven. In mijn optiek kan de voorgestelde meldplicht als een administratiefrechtelijke verplichting worden aangemerkt en is van een spanning met het rechtszekerheidsbeginsel geen sprake.

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat het niet de taak is van het Cbp om een door straf te handhaven bepaling door middel van "beleidsregels" nader te preciseren, merk ik op dat mij dit ook niet voor ogen staat. Om beter tot uitdrukking te brengen wat wel van het Cbp mag worden verwacht, heb ik het in de memorie van toelichting gebruikte begrip "boetebeleidsregels" vervangen door het begrip "richtsnoeren" (paragraaf 3.2). Richtsnoeren zijn voor het Cbp een middel om bij te dragen aan verduidelijking van de wettelijke normen. Helderheid over toepasselijke normen bevordert de naleving ervan en komt ook het toezicht door het Cbp ten goede. Het vaststellen van richtsnoeren laat uiteraard de handhavende taak van het Cbp onverlet. Het Cbp kan met het vaststellen van richtsnoeren, o.a. door middel van voorbeelden, de praktijk houvast bieden in welke gevallen wel en niet behoeft te worden gemeld.

De Afdeling stelt daarnaast vraagtekens bij de effectiviteit van de meldplicht en bij de lasten die deze meebrengt. De onbepaaldheid van de meldplicht in combinatie met de forse boete die op het niet naleven staat, zou ertoe kunnen leiden dat vaker onnodig zal worden gemeld met alle gevolgen van dien. Uit het voorgaande moge blijken dat ik de kritiek van de Afdeling op de onbepaaldheid niet deel. In mijn optiek is de meldplicht voldoende duidelijk geformuleerd en is de clausulering waarmee bagatelzaken van de meldplicht worden uitgezonderd, essentieel om ervaring op te doen met een brede meldplicht als deze. Daarnaast meen ik dat de noodzaak om meldingen van datalekken te doen vooral ook zal afhangen van de naleving van verplichting om zorg te dragen voor een adequate beveiliging van persoonsgegevens, zodat deze niet worden blootgesteld aan onrechtmatige verwerking of verlies. Het Cbp heeft in februari 2013 richtsnoeren gepubliceerd waarin het aangeeft wat het van de beveiliging van persoonsgegevens verwacht (www.cbpweb.nl). Het valt moeilijk te voorspellen wat de effecten hiervan zijn, maar in zijn algemeenheid mag worden verwacht dat deze richtsnoeren eraan bijdragen dat de verantwoordelijken investeren in een goede en op de specifieke kenmerken en risico's van de verwerking van

toegesneden beveiliging, zodat het lekken van persoonsgegevens wordt voorkomen of beperkt.

Alles afwegend heb ik in de opmerkingen van de Afdeling geen aanleiding gezien de voorgestelde meldplichtbepaling nader te preciseren. Wel heb ik in de memorie van toelichting de reikwijdte van de voorgestelde meldplichtbepaling verduidelijkt.

b. Reikwijdte meldplicht en definitie datalek

Ingevolge artikel 13 van de Wbp dient de voor de verwerking van de persoonsgegevens verantwoordelijke (private of publieke) instantie passende technische en organisatorische maatregelen te nemen teneinde de persoonsgegevens te beveiligen tegen verlies of tegen enige vorm van onrechtmatige verwerking. De Afdeling wijst in de eerste plaats op de mogelijkheid dat de verantwoordelijke in het geheel geen maatregelen heeft genomen ter beveiliging van de persoonsgegevens of dat deze maatregelen niet als passend zijn aan te merken. De voorgestelde meldplicht zou in deze situatie niet gelden, omdat strikt genomen niet gesproken kan worden van een inbreuk op de beveiligingsmaatregelen van artikel 13 van de Wbp.
Hoewel de redenering van de Afdeling strikt genomen juist is, zie ik geen noodzaak om de voorgestelde bepaling aan te passen omdat het een in hoge mate hypothetische situatie betreft. Indien een verantwoordelijke wordt geconfronteerd met een datalek waarbij persoonsgegevens op straat zijn komen te liggen, zal hij zich niet snel verweren door te stellen dat hij het datalek niet behoeft te melden omdat hij in het geheel geen beveiligingsmaatregelen heeft getroffen. Daarmee beschadigt hij zijn eigen reputatie en maakt hij zich kwetsbaar voor schadeclaims. Het is in mijn optiek dan ook logisch om bij de omschrijving van de meldplicht het verband met de beveiligingsplicht te leggen. Daarmee beoogt de wetgever de verantwoordelijke aan te zetten om te investeren in een goede beveiliging, zodat datalekken zoveel mogelijk worden voorkomen of beperkt.

In de tweede plaats wijst de Afdeling erop dat in de toelichting verschillende situaties worden genoemd die aanleiding kunnen geven tot het ontstaan van een meldplicht. De Afdeling meent dat strikt genomen niet kan worden gesteld dat het verlies van persoonsgegevens in de genoemde situaties steeds het gevolg is van een inbreuk op de beveiliging. Naar het mij voorkomt, gaat de Afdeling uit van een te beperkte uitleg van het inbreukvereiste. Ter verduidelijking merk ik op dat niet noodzakelijkerwijs sprake behoeft te zijn van tekortschietende beveiligingsmaatregelen. Van een inbreuk op de beveiligingsmaatregelen kan ook sprake zijn indien de beveiliging van voldoende niveau is, maar de beveiligingsmaatregelen worden teniet gedaan of omzeild. Denk bijvoorbeeld aan een hack van een ICT-systeem dat persoonsgegevens bevat of de diefstal van een laptop of mobiele telefoon uit een afgesloten locker. Er zijn echter ook situaties denkbaar waarin de inbreuk op de beveiligingsmaatregelen het gevolg is van een tekortschietende beveiliging, die de verantwoordelijke zelf kan worden aangerekend. Dit kan variëren van een niet adequate en vakkundig toegepaste beveiliging van de bestanden of de gegevens, tot menselijke fouten van ondergeschikten. Denk bijvoorbeeld aan het slordig omgaan met het beheer van wachtwoorden die toegang geven tot informatiebestanden of aan de door de Afdeling genoemde situaties van het per ongeluk verkeerd adresseren van een brief of e-mail die persoonsgegevens bevat en het als oud papier aanbieden van gevoelige stukken. De door de Afdeling genoemde situaties zijn vergelijkbaar met

het zoekraken van een mobiele telefoon of een geheugenstick. In al deze situaties wordt het verlies van persoonsgegevens en de blootstelling aan risico's van ongeoorloofde toegang of onrechtmatige verwerking ervan, veroorzaakt door een inbreuk op de beveiligingsmaatregelen. Ik heb in paragraaf 3.1 van de memorie van toelichting nader toegelicht in welke gevallen van een inbreuk op de beveiliging kan worden gesproken. In die paragraaf wordt ook vermeld dat de meldplicht alleen dan niet geldt wanneer voorzieningen van algemene aard die niet specifiek zijn gericht op de beveiliging van persoonsgegevens worden aangetast. Als bijvoorbeeld een blikseminslag tot gevolg heeft dat het bedrijfspand afbrandt, waarbij ook persoonsgegevens verloren gaan, zal niet van een inbreuk op de beveiligingsmaatregelen kunnen worden gesproken.

c. Boetebevoegdheid van het Cbp; schorsende werking

Zoals in de paragrafen 4 en 6 van het algemeen gedeelte van de memorie van toelichting is aangegeven is ervoor gekozen, de meldplicht op grond van artikel 11.3a van de Telecommunicatiewet bij het Cbp te beleggen, het Cbp te belasten met het toezicht en de handhaving van deze meldplicht en voor de rechtsbescherming tegen sanctiebesluiten bij niet naleving van deze meldplicht aansluiting te zoeken bij het stelsel van de Wbp. Daarbij is onderkend dat er verschillen zijn tussen het stelsel van de Wbp en dat van de Telecommunicatiewet. Zo verschilt de regeling van de rechterlijke bevoegdheid en zijn er ook enkele kleine verschillen in de regels van procesrechtelijke aard, in het bijzonder voor wat betreft schorsende werking van het instellen van rechtsmiddelen. De Afdeling adviseert voor de procesrechtelijke voorschriften aansluiting te zoeken bij de Telecommunicatiewet en deze voorschriften ook op te nemen ten aanzien van de voorgestelde algemene meldplicht op grond van de Wbp. Dit advies is ten dele gevolgd. In navolging van het huidige artikel 15.12 van de Telecommunicatiewet wordt met de wijziging van artikel 71 van de Wbp (artikel I, onderdeel E) voorgesteld dat ook het instellen van beroep bij de rechter tegen een sanctiebesluit op grond van de voorgestelde meldplicht in de Wbp, schorsende werking heeft. Daarmee worden de procesrechtelijke regimes voor de beide meldplichten meer gelijk getrokken. Voor het toekennen van schorsende werking aan verzet tegen een dwangbevel (artikel 15.14 Tw) bestaat mijns inziens geen dwingende reden. Ingevolge artikel 4:116 Awb levert een dwangbevel een executoriale titel op, die met toepassing van de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kan worden tenuitvoergelegd. Ingevolge deze bepalingen schorst het aanhangig maken van een executiegeschil bij de rechtbank de executie niet. Wel kan de voorzieningenrechter op grond van artikel 438, tweede lid, Rv op verzoek de executie voor een bepaalde tijd of totdat op het geschil is beslist, schorsen. Bij het aanpassen van de wetgeving aan de algemene regeling over bestuursrechtelijke geldschulden in de Vierde tranche van de Awb is als uitgangspunt geformuleerd dat slechts indien specifieke omstandigheden daartoe noodzaken, in afwijking van Rv, bepaald kan worden dat het aanhangig maken van een executiegeschil van rechtswege de executie schorst. Zulke specifieke omstandigheden zijn hier, naar mijn mening, niet aan de orde.

Redactionele kanttekeningen

Aan de redactionele kanttekeningen van de Afdeling is gevolg gegeven.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele andere wijzigingen aan te brengen. Artikel III is in technische zin verbeterd; de keuze voor de rechtsgang van de Wbp voor bestuurlijke boetezaken met betrekking tot de meldplichten datalekken op grond van de Telecommunicatiewet was niet geheel correct vorm gegeven. Als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht per 1 januari 2013 is de daarop betrekking hebbende samenloopbepaling geschrapt.
Voorts is de memorie van toelichting op een aantal punten uitgebreid en geactualiseerd. Zo is met name paragraaf 2.4 aangepast aan enkele ontwikkelingen met betrekking tot aanpalende meldplichten op nationaal en Europees niveau. Voorts is in de artikelsgewijze toelichting waar relevant verwezen naar de op handen zijnde Commissieverordening betreffende maatregelen voor het melden van inbreuken in verband met persoonsgegevens op grond van Richtlijn 2002/58/EG betreffende privacy en elektronische communicatie (COCOM12-25REV2).

Ik moge U verzoeken, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister van Economische Zaken, het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,