

Advies van de EDPB (artikel 64)



Advies 5/2019 over de wisselwerking tussen de e-privacyrichtlijn en de algemene verordening gegevensbescherming, met name wat betreft de taken en bevoegdheden van gegevensbeschermingsautoriteiten

Vastgesteld op 12 maart 2019

Translations proofread by EDPB Members.
This language version has not yet been proofread.

INHOUDSOPGAVE

1	Overzicht van de feiten	4
2	Rechtskader.....	5
2.1	Relevante bepalingen van de AVG	5
2.2	Relevante bepalingen van de kaderrichtlijn	7
2.3	Relevante bepalingen van de e-privacyrichtlijn.....	7
3	Toepassingsgebied van dit advies	10
3.1	Kwesties die buiten het toepassingsgebied van de AVG vallen.....	11
3.2	Kwesties die buiten het toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn vallen	11
3.2.1	Het algemene materiële toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn.....	11
3.2.2	Het uitgebreide materiële toepassingsgebied van artikel 5, lid 3, en artikel 13 van de e-privacyrichtlijn.....	13
3.3	Kwesties die binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de e-privacyrichtlijn als de AVG vallen	13
4	Wisselwerking tussen de e-privacyrichtlijn en de AVG.....	16
4.1	"Specificeren"	16
4.2	"Aanvullen"	17
4.3	De betekenis van artikel 95 AVG.....	17
4.4	Co-existentie	18
5	Over de taken en bevoegdheden van gegevensbeschermingsautoriteiten	19
5.1	Handhaving van de AVG.....	21
5.2	Handhaving van de e-privacyrichtlijn.....	23
5.3	Handhaving in het geval de algemene verordening gegevensbescherming en e-privacyrichtlijn elkaar snijden	24
5.3.1	Vraag 1: zijn bepaalde verwerkingshandelingen voor gegevensbeschermingsautoriteiten "verboden terrein"?	24
5.3.2	Vraag 2: zijn de nationale e-privacybepalingen "verboden terrein"?	26
6	Over de toepasselijkheid van de samenwerkings- en coherentiemechanismen	28
7	Conclusie	29

Het Europees Comité voor gegevensbescherming

Gezien artikel 63 en artikel 64, lid 2, van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (hierna "AVG" genoemd),

Gezien de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte en met name bijlage XI en protocol 37, zoals gewijzigd bij Besluit nr. 154/2018 van het Gemengd Comité van de EER van 6 juli 2018,

Gezien de artikelen 10 en 22 van zijn reglement van orde van 25 mei 2018, zoals gewijzigd op 23 november 2018,

Overwegende hetgeen volgt:

1) De belangrijkste rol van het Europees Comité voor gegevensbescherming (hierna het "Comité" genoemd) is te zorgen voor de consistente toepassing van Verordening 2016/679 in de gehele Europese Economische Ruimte. Artikel 64, lid 2, van de AVG bepaalt dat een toezichthoudende autoriteit, de voorzitter van het comité of de Commissie elk kunnen verzoeken dat aangelegenheden van algemene strekking of met rechtsgevolgen in meer dan één lidstaat door het Comité worden onderzocht teneinde een advies te verkrijgen. Het doel van dit advies is het onderzoeken van een aangelegenheid van algemene strekking of met rechtsgevolgen in meer dan één lidstaat.

2) Op 3 december 2018 heeft de Belgische gegevensbeschermingsautoriteit het Europees Comité voor gegevensbescherming verzocht onderzoek te doen naar en een advies uit te brengen over de wisselwerking tussen de AVG en de e-privacyrichtlijn, met name wat betreft de taken en bevoegdheden van gegevensbeschermingsautoriteiten.

3) Het advies van het Comité wordt overeenkomstig artikel 64, lid 3, AVG, juncto artikel 10, lid 2, van het reglement van orde vastgesteld binnen acht weken na de eerste werkdag nadat de voorzitter en de bevoegde toezichthoudende autoriteit hebben beslist dat het dossier volledig is. Die termijn kan door de voorzitter met zes weken worden verlengd, rekening houdend met de complexiteit van de aangelegenheid,

BRENGT HET VOLGENDE ADVIES UIT:

1 OVERZICHT VAN DE FEITEN

1. Op 3 december 2018 heeft de Belgische gegevensbeschermingsautoriteit het Europees Comité voor gegevensbescherming verzocht de wisselwerking tussen de e-privacyrichtlijn¹ en de AVG te onderzoeken en daarover een advies uit te brengen, en de volgende vragen voorgelegd:
 - a. wat betreft de **taken en bevoegdheden** van gegevensbeschermingsautoriteiten²:
 - i. kunnen gegevensbeschermingsautoriteiten hun taken en bevoegdheden uitoefenen met betrekking tot verwerking die, in ieder geval met betrekking tot bepaalde verwerkingshandelingen, onder het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt; en zo ja,
 - ii. mogen of moeten gegevensbeschermingsautoriteiten bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden uit hoofde van de AVG (d.w.z. bij de beoordeling van de rechtmatigheid van verwerking), rekening houden met de bepalingen van de e-privacyrichtlijn, en zo ja, in welke mate.
 - b. kunnen of mogen **de samenwerkings- en coherentiemechanismen** worden toegepast met betrekking tot verwerking die, in ieder geval met betrekking tot bepaalde verwerkingshandelingen, onder het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt; en
 - c. in hoeverre kunnen op verwerking de bepalingen van zowel de e-privacyrichtlijn als de AVG van toepassing zijn en is het antwoord daarop van invloed op de antwoorden op de vragen 1 en 2.
2. Het Comité is van mening dat deze vragen betrekking hebben op een kwestie van algemene toepassing van de AVG, aangezien er bij gegevensbeschermingsautoriteiten duidelijk behoefte is aan een consistente interpretatie inzake de grenzen van hun taken en bevoegdheden. Verduidelijking is met name nodig om onder meer te zorgen voor een consistente praktijk inzake wederzijdse bijstand in overeenstemming met artikel 61 AVG en inzake gezamenlijke werkzaamheden in overeenstemming met artikel 62 AVG.
3. Dit advies heeft geen betrekking op een dergelijke verdeling van taken en bevoegdheden van gegevensbeschermingsautoriteiten uit hoofde van de e-privacyverordening.

¹ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), zoals gewijzigd bij Richtlijn 2006/24/EG en Richtlijn 2009/136/EG.

² Zoals omschreven in de artikelen 55 tot en met 58 van de AVG. De term "gegevensbeschermingsautoriteiten" (in tegenstelling tot "toezichthoudende autoriteiten") zal overal in dit advies worden gebruikt teneinde de "toezichthoudende autoriteiten" als bedoeld in de algemene verordening gegevensbescherming, duidelijk te onderscheiden van andere soorten toezichthoudende autoriteiten, zoals de in Richtlijn 2002/58/EG genoemde nationale regelgevende instanties.

2 RECHTSKADER

2.1 Relevante bepalingen van de AVG

4. Volgens artikel 2, lid 1, AVG is deze *"verordening [...] van toepassing op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking, alsmede op de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen."*

Luidens artikel 2, lid 2, AVG is de AVG niet van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens:

- "a) in het kader van activiteiten die buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen;*
- b) door de lidstaten bij de uitvoering van activiteiten die binnen de werkingssfeer van titel V, hoofdstuk 2, VEU vallen;*
- c) door een natuurlijke persoon bij de uitoefening van een zuiver persoonlijke of huishoudelijke activiteit;*
- d) door de bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, met inbegrip van de bescherming tegen en de voorkoming van gevaren voor de openbare veiligheid."*

5. Artikel 5, met het opschrift "Beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens", bevat de beginselen die van toepassing zijn op elke verwerking van persoonsgegevens, waaronder het vereiste dat elke verwerking van persoonsgegevens rechtmatig en behoorlijk moet zijn³. Artikel 6 beschrijft de voorwaarden waaronder de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is en waarvan er een verband houdt met de toestemming van de betrokkene. In artikel 7 worden de voorwaarden voor geldige toestemming in de zin van de AVG nader gespecificeerd⁴.
6. Artikel 51, lid 1, voorziet in het wettelijk mandaat van gegevensbeschermingsautoriteiten, dat het toezicht behelst op de toepassing van deze verordening, teneinde de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens te beschermen en het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Unie te vergemakkelijken. In de artikelen 55, 57 en 58 worden de taken en bevoegdheden van elke gegevensbeschermingsautoriteit gespecificeerd. In hoofdstuk VII van de AVG, getiteld "Samenwerking en coherentie", worden de verschillende manieren omschreven waarop gegevensbeschermingsautoriteiten moeten samenwerken om bij te dragen tot een consistente toepassing van de AVG.
7. In artikel 94, met het opschrift "Intrekking van Richtlijn 95/46", wordt het volgende bepaald:
- "1. Richtlijn 95/46/EG wordt met ingang van 25 mei 2018 ingetrokken.*
 - 2. Verwijzingen naar de ingetrokken richtlijn gelden als verwijzingen naar deze verordening. Verwijzingen naar de groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, die bij artikel 29 van Richtlijn 95/46/EG is opgericht,*

³ Zie ook overweging 39 van de AVG (*"Elke verwerking van persoonsgegevens dient behoorlijk en rechtmatig te geschieden. [...]"*).

⁴ Zie de richtsnoeren van Groep artikel 29 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679, WP259 rev.01, bekrachtigd door het Europees Comité voor gegevensbescherming (EDPB) op 25 mei 2018.

gelden als verwijzingen naar het bij deze verordening opgerichte Europees Comité voor gegevensbescherming."

8. Artikel 95, met het opschrift "Verhouding tot Richtlijn 2002/58/EG", bepaalt het volgende:

"Deze verordening legt natuurlijke personen of rechtspersonen geen aanvullende verplichtingen op met betrekking tot verwerking in verband met het verstrekken van openbare elektronische-communicatiediensten in openbare communicatienetwerken in de Unie, voor zover zij op grond van Richtlijn 2002/58/EG onderworpen zijn aan specifieke verplichtingen met dezelfde doelstelling."

9. In overweging 173 van de algemene verordening gegevensbescherming is het volgende bepaald:

" (173) Deze verordening dient van toepassing te zijn op alle aangelegenheden die betrekking hebben op de bescherming van grondrechten en fundamentele vrijheden in het kader van de verwerking van persoonsgegevens waarvoor de in Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad opgenomen specifieke verplichtingen met dezelfde doelstelling niet gelden, met inbegrip van de verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke en de rechten van natuurlijke personen. Om de verhouding tussen deze verordening en Richtlijn 2002/58/EG te verduidelijken, dient die richtlijn dienovereenkomstig te worden gewijzigd. Zodra deze verordening is vastgesteld, dient Richtlijn 2002/58/EG te worden geëvalueerd, met name om te zorgen voor samenhang met deze verordening."

2.2 Relevante bepalingen van de kaderrichtlijn

10. In artikel 2, onder g), van de kaderrichtlijn⁵ wordt een "nationale regelgevende instantie" gedefinieerd als

"één of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd."

11. Artikel 2, onder l, van de richtlijn definieert "bijzondere richtlijnen" als volgt:

"Richtlijn 2002/20/EG (machtigingsrichtlijn), Richtlijn 2002/19/EG (toegangsrichtlijn), Richtlijn 2002/22/EG (universeledienstenrichtlijn) en Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie)."

12. Artikel 3, lid 1, van de richtlijn luidt als volgt:

"De lidstaten zorgen ervoor dat alle taken die bij deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen aan de nationale regelgevende instanties worden opgedragen, door een bevoegd lichaam worden uitgevoerd."

2.3 Relevante bepalingen van de e-privacyrichtlijn

13. Artikel 1, lid 2, van de e-privacyrichtlijn bepaalt het volgende:

⁵ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn).

“Voor op de doelstellingen van lid 1 vormen de bepalingen van deze richtlijn een specificatie van en een aanvulling op [Verordening (EU) 2016/679]. Bovendien voorzien zij in bescherming van de rechtmatige belangen van abonnees die rechtspersonen zijn.”⁶

⁶ Overeenkomstig artikel 94, lid 2, van de AVG zijn alle verwijzingen naar Richtlijn 95/46 in de e-privacyrichtlijn vervangen door "[Verordening (EU) 2016/679]" en zijn verwijzingen naar de "bij artikel 29 van Richtlijn 95/46/EG ingestelde Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens" vervangen door "[Europees Comité voor gegevensbescherming]".

14. Artikel 2, onder f), van de e-privacyrichtlijn bevat de volgende definitie:

" 'toestemming' van een gebruiker of abonnee: toestemming van de betrokkene in de zin van [Verordening (EU) 2016/679]".

15. Artikel 15, lid 2, van de e-privacyrichtlijn bepaalt het volgende:

"Het bepaalde in [hoofdstuk VIII inzake beroep, aansprakelijkheid en sancties] van [Verordening (EU) 2016/679] geldt voor de nationale bepalingen die uit hoofde van deze richtlijn worden aangenomen en ten aanzien van de individuele rechten die uit deze richtlijn voortvloeien."

16. Artikel 15, lid 3, van de e-privacyrichtlijn bepaalt het volgende:

"[Het Europees Comité voor gegevensbescherming] voert de in [artikel 70 van Verordening (EU) 2016/679] vermelde taken ook uit ten aanzien van aangelegenheden die onder de onderhavige richtlijn vallen, namelijk de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden en van rechtmatige belangen in de sector elektronische communicatie."

17. Artikel 15 bis, met het opschrift "Uitvoering en handhaving", bepaalt het volgende:

"1. De lidstaten stellen de regels vast inzake de sancties in voorkomend geval met inbegrip van strafrechtelijke sancties, die van toepassing zijn op overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en nemen de nodige maatregelen om de toepassing van die sancties te verzekeren. [...]

2. Onverminderd de mogelijkheid tot beroep op de rechter zorgen de lidstaten ervoor dat de bevoegde nationale instantie en, in voorkomend geval, andere nationale organen bevoegd zijn de in lid 1 bedoelde overtredingen te doen ophouden.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde nationale instantie en, in voorkomend geval, andere nationale organen over de nodige onderzoeksbevoegdheden en -middelen beschikken, met inbegrip van de bevoegdheid alle relevante informatie op te vragen die zij nodig kunnen hebben om de overeenkomstig deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen te monitoren en na te doen leven.

4. De bevoegde nationale instanties kunnen maatregelen goedkeuren om een doeltreffende grensoverschrijdende samenwerking bij de handhaving van de overeenkomstig deze richtlijn vastgestelde nationale wetten te waarborgen en geharmoniseerde voorwaarden te creëren voor het aanbieden van diensten waarbij grensoverschrijdende gegevensstromen betrokken zijn.

De nationale regelgevende instanties bezorgen de Commissie ruime tijd voor de goedkeuring van deze maatregelen een samenvatting van de redenen voor optreden, de geplande maatregelen en de voorgestelde aanpak. De Commissie kan na onderzoek van deze informatie en na raadpleging van het ENISA en [het [Europees Comité voor gegevensbescherming], opmerkingen over deze informatie maken of aanbevelingen met betrekking tot deze informatie doen, met name om ervoor te zorgen dat de beoogde maatregelen geen negatieve gevolgen voor de werking van de gemeenschappelijke markt hebben . De nationale regelgevende instanties houden bij hun besluit over de maatregelen maximaal met de opmerkingen en aanbevelingen van de Commissie rekening."

18. Overweging 10 van de e-privacyrichtlijn bepaalt:

"In de sector elektronische communicatie is [Verordening (EU) 2016/679] van toepassing, met name op alle aangelegenheden met betrekking tot de bescherming van fundamentele rechten en vrijheden die niet specifiek onder het bepaalde in deze richtlijn vallen, met inbegrip van de plichten van de verantwoordelijke en de rechten van personen. [Verordening (EU) 2016/679] is van toepassing op niet-openbare communicatiediensten."

3 TOEPASSINGSGBIED VAN DIT ADVIES

19. De AVG heeft tot doel de grondrechten en de fundamentele vrijheden van natuurlijke personen, en met name hun recht op de bescherming van persoonsgegevens, te beschermen en het vrije verkeer van persoonsgegevens in de Unie te waarborgen⁷. Om dit doel te bereiken, worden in de AVG gemeenschappelijke regels inzake gegevensverwerking vastgesteld om te zorgen voor een consistente doeltreffende bescherming van persoonsgegevens in de hele Unie en om te voorkomen dat verschillen het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de interne markt belemmeren. De regels moeten zorgen voor een evenwicht tussen de (potentiële) voordelen van gegevensverwerking en de (potentiële) nadelen.
20. De e-privacyrichtlijn heeft de harmonisatie tot doel van de regelgeving van de lidstaten die nodig is om een gelijk niveau van bescherming van fundamentele rechten en vrijheden — met name het recht op een persoonlijke levenssfeer en vertrouwelijkheid — bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie te waarborgen en om te zorgen voor het vrij verkeer van dergelijke gegevens en van elektronische communicatieapparatuur en -diensten in de Gemeenschap⁸. Met de e-privacyrichtlijn wordt er daarom naar gestreefd de eerbiediging van de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest vastgestelde rechten te waarborgen. In dit verband is de e-privacyrichtlijn erop gericht de bepalingen van de AVG in verband met de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie "te specificeren en aan te vullen"⁹.
21. De vragen die aan het Comité worden voorgelegd, zijn beperkt tot verwerking die binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt. Om het toepassingsgebied van dit advies verder te verduidelijken, wordt in de volgende paragrafen verduidelijkt:
 - wanneer er geen wisselwerking is tussen de AVG en de e-privacyrichtlijn omdat het onderwerp in kwestie buiten het toepassingsgebied van de AVG valt;
 - wanneer er geen wisselwerking is tussen de AVG en de e-privacyrichtlijn omdat het onderwerp in kwestie het toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn valt; en
 - wanneer er een wisselwerking is tussen de AVG en de e-privacyrichtlijn omdat de verwerking binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt.

⁷ Artikel 1 van de AVG.

⁸ Artikel 1, lid 1, van de e-privacyrichtlijn.

⁹ Artikel 1, leden 1 en 2, van de e-privacyrichtlijn, te lezen in het licht van artikel 94, lid 2, AVG.

3.1 Kwesties die buiten het toepassingsgebied van de AVG vallen

22. In beginsel dekt het materiële toepassingsgebied van de AVG elke vorm van verwerking van persoonsgegevens, ongeacht de gebruikte technologie¹⁰. De AVG is niet van toepassing wanneer:
- er geen persoonsgegevens worden verwerkt (bv. een telefoonnummer van een geautomatiseerde klantendienst van een rechtspersoon of het IP-adres van een digitaal kopieerapparaat in een bedrijfsnetwerk vormen geen persoonsgegevens);
 - de activiteiten buiten het materiële toepassingsgebied van de AVG vallen, rekening houdend met artikel 2, leden 2 en 3, AVG; of
 - de activiteiten buiten het territoriale toepassingsgebied van de AVG vallen¹¹.

3.2 Kwesties die buiten het toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn vallen

23. Een bijzonderheid van de e-privacyrichtlijn is dat twee van de bepalingen van de richtlijn een ruimer toepassingsgebied hebben dan de andere bepalingen, waarvoor het toepassingsgebied beperkt is tot het aanbieden van openbare elektronischecommunicatiediensten over openbare communicatienetwerken. Bijgevolg moeten, zoals in de volgende paragrafen wordt uiteengezet, twee vragen worden beantwoord om te bepalen of een activiteit binnen of buiten het materiële toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn valt.

3.2.1 Het algemene materiële toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn

24. Luidens artikel 3 van de e-privacyrichtlijn is deze richtlijn van toepassing op "*de verwerking van persoonsgegevens in verband met de levering van openbare elektronischecommunicatiediensten over openbare communicatienetwerken in de Gemeenschap, met inbegrip van openbare communicatienetwerken die systemen voor gegevensverzameling en identificatie ondersteunen*".
25. De e-privacyrichtlijn heeft dus in eerste instantie betrekking op openbare elektronische-communicatiediensten en elektronische-communicatienetwerken.¹² Het wetboek voor elektronische communicatie¹³ bepaalt dat het ook van toepassing is op diensten die functioneel gelijkwaardig zijn aan elektronische-communicatiediensten.

¹⁰ Zie ook overweging 46 van de e-privacyrichtlijn.

¹¹ Artikel 3 AVG. Zie richtsnoeren 3/2018 van het Europees Comité voor gegevensbescherming over het territoriale toepassingsgebied van de AVG (artikel 3), 16 november 2018.

¹² Werkdocument van de diensten van de Commissie, Ex-post REFIT-evaluatie van de e-privacyrichtlijn 2002/58/EG, COM (SWD (2017) 005), blz. 20; Verslag aan de Commissie "ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation", SMART 2013/0071, blz. 24 e.v.

¹³ Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie.

26. Wat haar algemene materiële toepassingsgebied betreft, is de e-privacyrichtlijn van toepassing wanneer aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:
- er is sprake van een elektronische-communicatiedienst (ECS)¹⁴;
 - deze dienst wordt geleverd over een openbaar elektronisch-communicatienetwerk¹⁵;
 - de dienst en het netwerk zijn openbaar¹⁶;
 - de dienst en het netwerk worden aangeboden in de EU.
27. Activiteiten die niet aan alle bovengenoemde criteria voldoen, vallen doorgaans buiten het toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn.

Bijvoorbeeld:

een bedrijfsnetwerk dat alleen voor professionele doeleinden toegankelijk is voor werknemers, vormt geen "openbare" elektronische-communicatiedienst. Als gevolg daarvan valt de doorgifte van locatiegegevens via een dergelijk netwerk niet binnen het materiële toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn¹⁷;

een dienst voor de synchronisatie van klokken zendt een signaal via een elektronische-communicatienetwerk naar alle klokken die zijn synchronisatieprotocol onderschrijven (onbepaald aantal ontvangers). Deze dienst is in de huidige context een omroepdienst en geen communicatiedienst en zou ook buiten het materiële toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn vallen.

¹⁴ In artikel 2, onder d), van de e-privacyrichtlijn wordt onder "communicatie" verstaan: "informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische-communicatiedienst" en worden omroepdiensten die — in theorie — een onbeperkt publiek kunnen bereiken, niet daaronder begrepen. De term "elektronische-communicatiedienst" wordt thans gedefinieerd in artikel 2, onder d), van de kaderrichtlijn, met dien verstande dat deze term met ingang van 21 december 2020 wordt gedefinieerd in artikel 2, lid 4, van het wetboek voor elektronische communicatie.

¹⁵ "Elektronisch communicatienetwerk" wordt thans gedefinieerd in artikel 2, onder a), van de kaderrichtlijn, met dien verstande dat de term met ingang van 21 december 2020 wordt gedefinieerd in artikel 2, lid 1, van het wetboek voor elektronische communicatie.

¹⁶ Bij openbare diensten gaat het om diensten die op dezelfde voet voor alle burgers beschikbaar zijn, en niet slechts om overheidsdiensten. Vergelijk: Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming, voorlopig Advies 5/2016 over de herziening van de e-privacyrichtlijn (2002/58/EG), blz. 12 en mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de stand van zaken en de tenuitvoerlegging van Richtlijn 90/388/EEG betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (COM (95) 113 final van 4.4.1995, blz. 14).

¹⁷ Werkdocument van de diensten van de Commissie, Ex-post REFIT-evaluatie van de e-privacyrichtlijn 2002/58/EG, COM (SWD (2017)005 verslag, blz. 21 , <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0005&from=EN>; Verslag aan de Commissie "ePrivacy Directive: beoordeling van de omzetting, doeltreffendheid en compatibiliteit met de voorgestelde verordening gegevensbescherming", SMART 2013/0071, blz. 14. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eprivacy-directive-assessment-transposition-effectiveness-and-compatibility-proposed-data>.

3.2.2 Het uitgebreide materiële toepassingsgebied van artikel 5, lid 3, en artikel 13 van de e-privacyrichtlijn.

28. Het overkoepelende doel van de e-privacyrichtlijn is de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van het publiek bij het gebruik van elektronische-communicatienetwerken¹⁸. In het licht van deze doelstelling zijn artikel 5, lid 3, en artikel 13 van de e-privacyrichtlijn van toepassing op aanbieders van elektronische-communicatiediensten en exploitanten van websites (bv. wat betreft cookies) of andere bedrijven (bv. wat betreft direct marketing)¹⁹.

Bijvoorbeeld:

zoekmachines die cookies op het apparaat van een gebruiker opslaan of uitlezen, vallen binnen het uitgebreide materiële toepassingsgebied van artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn²⁰;

ongevraagde elektronische post die door een exploitant van een website voor direct marketing wordt verzonden, valt ook onder het uitgebreide materiële toepassingsgebied van artikel 13 van de e-privacyrichtlijn²¹.

3.3 Kwesties die binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de e-privacyrichtlijn als de AVG vallen

29. Er zijn tal van voorbeelden van verwerkingsactiviteiten die binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de e-privacyrichtlijn als de AVG vallen. Een duidelijk voorbeeld is het gebruik van cookies. In zijn advies over online reclame op basis van surfgedrag heeft de Groep artikel 29 het volgende verklaard:

*"Als gevolg van het plaatsten en ophalen van informatie met behulp van een cookie of een soortgelijke voorziening, kan de verzamelde informatie worden beschouwd als persoonsgegevens, waarop behalve artikel 5, lid 3, Richtlijn 95/46/EG ook van toepassing zal zijn."*²²

30. De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) bevestigt dat verwerking tegelijkertijd binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de e-privacyrichtlijn als de AVG kan vallen. In het arrest *Wirtschaftsakademie*²³ paste het HvJ-EU Richtlijn 95/46/EG toe ondanks het feit dat de onderliggende verwerking ook verwerkingshandelingen omvatte die binnen het materiële

¹⁸ Artikel 1, lid 1, van de e-privacyrichtlijn luidt als volgt: "Deze richtlijn voorziet in de harmonisering van de regelgeving van de lidstaten die nodig is om een gelijk niveau van bescherming van fundamentele rechten en vrijheden — met name het recht op een persoonlijke levenssfeer en vertrouwelijkheid — bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie te waarborgen en om te zorgen voor het vrij verkeer van dergelijke gegevens en van elektronische communicatieapparatuur en -diensten in de Gemeenschap."

¹⁹ Groep gegevensbescherming artikel 29, Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag, 22 juni 2010, WP 171, punt 3.2.1, blz. 9. Advies 1/2008 over gegevensbescherming en zoekmachines (WP148), punt 4.1.3, blz. 12. ; Verslag aan de Commissie "ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation", SMART 2013/0071, blz. 9 e.v.

²⁰ Advies 1/2008 over gegevensbescherming en zoekmachines (WP148), punt 4.1.3, blz. 12.

²¹ Advies 1/2008 over gegevensbescherming en zoekmachines (WP148), punt 4.1.3, blz. 12.

²² Groep gegevensbescherming artikel 29, Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag, 22 juni 2010, WP 171, blz. 9. Zie ook Advies 1/2008 over gegevensbescherming en zoekmachines (WP148), punt 4.1.3, blz. 12.

²³ HvJ-EU, C-210/16, 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388. Zie met name de punten 33 en 34.

toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn vielen. In de thans aanhangige zaak *Fashion ID* heeft de advocaat-generaal zich op het standpunt gesteld dat beide reeksen regels van toepassing kunnen zijn in een zaak die betrekking heeft op sociale plug-ins en cookies²⁴.

31. Hoewel de AVG op 25 mei 2018 in de plaats is gekomen van Richtlijn 95/46/EG, is de analyse van het HvJ-EU en de Groep artikel 29, volgens welke beide rechtsinstrumenten tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn, relevant. Overweging 30 van AVG geeft een uitwerking van de definitie van "online-identificatoren" die de interpretatie ondersteunt dat verwerking van persoonsgegevens binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn kan vallen:

"Natuurlijke personen kunnen worden gekoppeld aan online-identificatoren via hun apparatuur, applicaties, instrumenten en protocollen, zoals internetprotocol (IP)-adressen, identificatiecookies of andere identificatoren zoals radiofrequentie-identificatietags. Dit kan sporen achterlaten die, met name wanneer zij met unieke identificatoren en andere door de servers ontvangen informatie worden gecombineerd, kunnen worden gebruikt om profielen op te stellen van natuurlijke personen en natuurlijke personen te herkennen."

32. Het is in het bijzonder vermeldenswaard dat "IP-adressen" en "identificatiecookies" worden genoemd in overweging 30, waarin wordt gesteld dat IP-adressen en identificatiecookies kunnen worden gecombineerd met andere "unieke identificatoren" en andere door de servers ontvangen informatie om profielen op te stellen van natuurlijke personen.
33. De AVG verwijst, met andere woorden, zelf bij het verduidelijken van haar eigen materiële toepassingsgebied (het begrip persoonsgegevens) naar verwerkingsactiviteiten die, althans ten dele, binnen het materiële toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn vallen.
34. Een ander voorbeeld van een activiteit die binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de e-privacyrichtlijn als de AVG valt, is de cliëntenrelatie tussen de aanbieder van elektronische-communicatiediensten en de natuurlijke persoon die zijn diensten gebruikt, waarbij enerzijds persoonsgegevens van klanten worden verwerkt en anderzijds ook specifieke regels gelden inzake bijvoorbeeld abonneebestanden, gespecificeerde facturen en de identificatie van het oproepende nummer. Ook bij verkeersgegevens en locatiegegevens die door elektronische-communicatiediensten worden gegenereerd, kan de verwerking van persoonsgegevens in het spel zijn, voor zover deze gegevens betrekking hebben op natuurlijke personen.
35. Tot slot bevestigen artikel 95 en overweging 173 van de AVG de *lex generalis-lex specialis*-relatie tussen de AVG en de e-privacyrichtlijn, waarbij artikel 95 bepaalt dat de AVG natuurlijke personen of rechtspersonen geen aanvullende verplichtingen oplegt met betrekking tot verwerking in verband met het verstrekken van openbare elektronische-communicatiediensten in openbare communicatienetwerken in de EU, voor zover zij op grond van de e-privacyrichtlijn onderworpen zijn aan specifieke verplichtingen met dezelfde doelstelling.

* * *

36. Het doel van dit advies is duidelijkheid te verschaffen over de taken en bevoegdheden van gegevensbeschermingsautoriteiten met betrekking tot zaken die binnen het materiële

²⁴ Conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak *Fashion ID*, C-40/17, 19 december 2018, ECLI:EU:C:2018:1039. Zie met name de punten 111 tot en met 115.

toepassingsgebied van zowel de e-privacyrichtlijn als de AVG vallen, zoals kort uiteengezet in de vorige paragrafen. De volgende paragrafen bevatten een beschrijving van een aantal gevallen waarin er een wisselwerking is tussen de bepalingen van de e-privacyrichtlijn en die van de AVG en van de wijze waarop de beide reeksen regels zich tot elkaar verhouden.

4 WISSELWERKING TUSSEN DE E-PRIVACYRICHTLIJN EN DE AVG

37. Hoewel het materiële toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn en dat van de AVG een overlapping vertonen, heeft dat niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat de regels met elkaar in strijd zijn. Dit blijkt niet alleen bij het naast elkaar lezen van de diverse bepalingen, maar ook uit artikel 1, lid 2, van de e-privacyrichtlijn, dat uitdrukkelijk bepaalt dat "*de bepalingen van deze richtlijn een specificatie van en een aanvulling op Richtlijn 95/46/EG*" vormen²⁵. Om de wisselwerking tussen de e-privacyrichtlijn en de AVG goed te begrijpen, moet eerst de betekenis van artikel 1, lid 2, van de e-privacyrichtlijn worden verduidelijkt. Daarna worden de betekenis en de implicaties van artikel 95 AVG verduidelijkt.

4.1 "Specificeren"

38. Een aantal bepalingen van de e-privacyrichtlijn "*specificeren*" de bepalingen van de AVG met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie. In overeenstemming met het beginsel *lex specialis derogate legi generali*, hebben bijzondere bepalingen voorrang boven de algemene regels in de situaties die zij specifiek beogen te regelen²⁶. In situaties waarin de e-privacyrichtlijn de regels van de AVG "specificeert" (d.w.z. meer specifiek maakt) krijgen de (specifieke) bepalingen van de e-privacyrichtlijn als "*lex specialis*" voorrang boven de (meer algemene) bepalingen van de AVG²⁷. Elke verwerking van persoonsgegevens waarop de e-privacyrichtlijn niet specifiek van toepassing is (of waarvoor de e-privacyrichtlijn geen "bijzondere regel" bevat), blijft echter onderworpen aan de bepalingen van de AVG.
39. Een voorbeeld van het "specificeren" door de e-privacyrichtlijn van de bepalingen van de AVG wordt gevormd door artikel 6 van de e-privacyrichtlijn, dat betrekking heeft op de verwerking van zogenoemde "verkeersgegevens". In de regel kan de verwerking van persoonsgegevens worden gerechtvaardigd op basis van elk van de in artikel 6 van de AVG genoemde rechtmatigheidsgronden. Het volledige scala van de door artikel 6 AVG geboden mogelijke rechtmatigheidsgronden kan door de aanbieder van een elektronische-communicatiedienst echter niet worden toegepast op de verwerking van verkeersgegevens, omdat artikel 6 van de e-privacyrichtlijn de voorwaarden waaronder verkeersgegevens, met inbegrip van persoonsgegevens, kunnen worden verwerkt, expliciet beperkt. In dat geval moeten de meer specifieke bepalingen van de e-privacyrichtlijn voorrang hebben boven de meer algemene bepalingen van de AVG. Artikel 6 van de e-privacyrichtlijn beperkt echter de toepassingen van andere bepalingen van de AVG, zoals inzake de rechten van de betrokkene, niet. Evenmin doet het afbreuk aan de eis dat de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig en behoorlijk moet zijn (artikel 5, lid 1, onder a), AVG).
40. Een soortgelijke situatie doet zich voor met betrekking tot artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn, voor zover de informatie die in de apparatuur van de eindgebruiker is opgeslagen, uit persoonsgegevens bestaat. Artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn bepaalt dat in de regel voorafgaande toestemming vereist is voor het opslaan van informatie of het verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is

²⁵ Artikel 94, lid 2, AVG bepaalt dat verwijzingen naar de ingetrokken Richtlijn 95/46 gelden als verwijzingen naar de AVG.

²⁶ Arrest van het HvJ-EU van 22 april 2016 in de gevoegde zaken T-60/06 RENV II en T-62/06 RENV II, ECLI:EU:T:2016:233, punt 81.

²⁷ Groep gegevensbescherming artikel 29, Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag, 22 juni 2010, WP 171, blz. 10.

opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker²⁸. Voor zover de informatie die in de apparatuur van de eindgebruiker is opgeslagen, uit persoonsgegevens bestaat, heeft artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn voorrang boven artikel 6 AVG wat betreft het opslaan van of verkrijgen van toegang tot deze informatie. De wisselwerking tussen artikel 6 AVG en de artikelen 9 en 13 van de e-privacyrichtlijn laat eenzelfde resultaat zien. Wanneer deze artikelen voor de daarin beschreven specifieke acties toestemming vereisen, kan de verwerkingsverantwoordelijke zich niet op het volledige scala beroepen van mogelijke rechtmatigheidsgronden waarin artikel 6 AVG voorziet.

41. Een logisch gevolg van het "*lex specialis*-beginsel" is dat slechts van de algemene regel mag worden afgeweken voor zover het recht dat op een bepaald onderwerp van toepassing is, een bijzondere regel bevat. De feiten van de zaak moeten zorgvuldig worden geanalyseerd om de reikwijdte van de afwijking vast te stellen, met name in gevallen waarin gegevens op veel verschillende manieren worden verwerkt - hetzij parallel hetzij opeenvolgend.

Voorbeeld:

een databroker houdt zich bezig met het opstellen van profielen op basis van informatie over het internetsurfgedrag van personen, die wordt verzameld via het gebruik van cookies, maar die ook persoonsgegevens kan bevatten die via andere bronnen (bijvoorbeeld "commerciële partners") zijn verkregen. In dat geval moet een deel van de verwerking in kwestie, namelijk het plaatsen of uitlezen van cookies, voldoen aan de nationale bepalingen ter omzetting van artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn. Wil de latere verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van persoonsgegevens die via cookies zijn verkregen, rechtmatig zijn, dan moet deze ook een rechtsgrondslag hebben krachtens artikel 6 AVG²⁹.

4.2 "Aanvullen"

42. De e-privacyrichtlijn bevat ook bepalingen die de bepalingen van de AVG met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie "*aanvullen*". Een aantal bepalingen van de e-privacyrichtlijn heeft bijvoorbeeld tot doel "abonnees" en "gebruikers" van een openbare elektronische-communicatiedienst te beschermen. De abonnees van een openbare elektronische-communicatiedienst kunnen zowel natuurlijke als rechtspersonen zijn. Door de AVG aan te vullen, beschermt de e-privacyrichtlijn niet alleen de fundamentele rechten van natuurlijke personen, en in het bijzonder hun recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, maar ook de rechtmatige belangen van rechtspersonen³⁰.

4.3 De betekenis van artikel 95 AVG

43. Artikel 95 AVG bepaalt dat de AVG "*natuurlijke personen of rechtspersonen geen aanvullende verplichtingen [oplegt] met betrekking tot verwerking in verband met het verstrekken van openbare*

²⁸ Op grond van artikel 5, lid 3, kan informatie in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker ook worden opgeslagen of worden geraadpleegd voor zover het daarbij gaat om technische opslag of toegang met als uitsluitend doel de uitvoering van de verzending van een communicatie over een elektronisch communicatienetwerk, of, indien strikt noodzakelijk, om ervoor te zorgen dat de aanbieder van een uitdrukkelijk door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij deze dienst levert.

²⁹ Hoewel de gegevensbeschermingsautoriteiten artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn niet kunnen handhaven (tenzij het nationale recht hun daartoe bevoegdheid verleent), moeten zij er rekening mee houden dat de verwerking in haar geheel betrekking heeft op specifieke activiteiten waarvoor de EU-wetgever extra bescherming heeft willen bieden, om te voorkomen dat deze bescherming wordt ondermijnd.

³⁰ Overweging 12 van de e-privacyrichtlijn.

elektronische-communicatiediensten in openbare communicatienetwerken in de Unie, voor zover zij op grond van Richtlijn 2002/58/EG onderworpen zijn aan specifieke verplichtingen met dezelfde doelstelling." (onderstreeping toegevoegd).

44. Artikel 95 AVG heeft derhalve tot doel te voorkomen dat onnodige administratieve lasten worden opgelegd aan verwerkingsverantwoordelijken die anders zouden worden onderworpen aan soortgelijke, maar niet helemaal identieke administratieve lasten. Een voorbeeld dat de toepassing van dit artikel illustreert, heeft betrekking op de verplichting tot kennisgeving van een inbreuk in verband met persoonsgegevens, die zowel door de e-privacyrichtlijn³¹ als de AVG³² wordt opgelegd. Beide voorzien in een verplichting om de beveiliging te waarborgen, alsook in een verplichting om inbreuken in verband met persoonsgegevens aan respectievelijk de bevoegde nationale autoriteit en de gegevensbeschermingsautoriteit te melden. Deze verplichtingen zijn parallel op grond van beide wetgevingsteksten van toepassing, al naargelang hun respectieve toepassingsgebieden. Het is duidelijk dat een verplichting tot melding uit hoofde van beide handelingen, eenmaal in overeenstemming met de AVG en eenmaal in overeenstemming met de nationale e-privacywetgeving, een extra last zou betekenen, zonder voor de gegevensbescherming direct duidelijke voordelen op te leveren. Ingevolge artikel 95 AVG hoeven aanbieders van elektronische-communicatiediensten die een inbreuk in verband met persoonsgegevens in overeenstemming met de toepasselijke nationale e-privacywetgeving hebben gemeld, de gegevensbeschermingsautoriteiten niet van dezelfde inbreuk afzonderlijk in kennis te stellen uit hoofde van artikel 33 AVG.

4.4 Co-existentie

45. Wanneer er specifieke bepalingen van toepassing zijn op een bepaalde verwerkingshandeling of reeks van verwerkingshandelingen, moeten de specifieke bepalingen (*lex specialis*) worden toegepast, terwijl in alle andere gevallen (d.w.z. wanneer er geen specifieke bepalingen van toepassing zijn op een bepaalde verwerkingshandeling of reeks van verwerkingshandelingen) de algemene regel (*lex generalis*) van toepassing is.
46. Overweging 173 bevestigt dat inzake de verwerking van persoonsgegevens waarvoor de specifieke verplichtingen van de e-privacyrichtlijn niet gelden, de AVG van toepassing dient te blijven:

*"op alle aangelegenheden die betrekking hebben op de bescherming van grondrechten en fundamentele vrijheden in het kader van de verwerking van persoonsgegevens waarvoor de in Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad opgenomen specifieke verplichtingen met dezelfde doelstelling niet gelden met inbegrip van de verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke en de rechten van natuurlijke personen"*³³.

47. Overweging 173 AVG bevat een herhaling van overweging 10 van de e-privacyrichtlijn, waarin het volgende werd gesteld: "*In de sector elektronische communicatie is [Verordening (EU) 2016/679] van toepassing, met name op alle aangelegenheden met betrekking tot de bescherming van fundamentele*

³¹ Artikel 4 van de e-privacyrichtlijn.

³² Artikelen 32, 33 en 34 AVG.

³³ Overweging 173 vervolgt met de woorden dat om "de verhouding tussen deze verordening en Richtlijn 2002/58/EG te verduidelijken, [...] die richtlijn dienovereenkomstig [dient] te worden gewijzigd. Zodra deze verordening is vastgesteld, dient Richtlijn 2002/58/EG te worden geëvalueerd, met name om te zorgen voor samenhang met deze verordening." Dat evaluatieproces loopt nog steeds.

rechten en vrijheden die niet specifiek onder het bepaalde in deze richtlijn vallen, met inbegrip van de plichten van de verantwoordelijke en de rechten van personen."

48. Een aanbieder van een openbaar communicatienetwerk of van een openbare elektronische-communicatiedienst moet bijvoorbeeld bij de verwerking van gegevens die nodig zijn voor de facturering van abonnees en interconnectiebetalingen, voldoen aan de nationale voorschriften tot omzetting van artikel 6, lid 2, van de e-privacyrichtlijn inzake verkeersgegevens. Als gevolg van het ontbreken van specifieke e-privacybepalingen over bijvoorbeeld het recht van toegang, zijn de bepalingen van de AVG van toepassing. Zo ook bevestigt overweging 32 van de e-privacyrichtlijn dat indien de aanbieder van een elektronische-communicatiedienst of een dienst met toegevoegde waarde de voor het aanbieden van deze diensten noodzakelijke verwerking van persoonsgegevens aan een andere entiteit uitbesteedt, deze onderaanneming en de daaruit voortvloeiende gegevensverwerking moeten geschieden met inachtneming van de in de AVG opgenomen voorschriften met betrekking tot de personen die verantwoordelijk zijn voor de verwerking en de verwerkers van persoonsgegevens.

* * *

49. In de vorige paragrafen werd de wisselwerking beschreven tussen de bepalingen van de e-privacyrichtlijn en de AVG in geval van verwerking die binnen het materiële toepassingsgebied van beide instrumenten valt. De volgende paragrafen zijn gewijd aan de oplossing van aan het Comité voorgelegde kwesties inzake de taken en bevoegdheden van gegevensbeschermingsautoriteiten met betrekking tot zaken die op zijn minst gedeeltelijk binnen het toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn vallen.

5 OVER DE TAKEN EN BEVOEGDHEDEN VAN GEGEVENSBSCHERMINGS AUTORITEITEN

50. De Belgische toezichthoudende autoriteit heeft het Comité twee vragen gesteld over de taken en bevoegdheden van gegevensbeschermingsautoriteiten, als vermeld in de artikelen 55 tot en met 58 AVG, die als volgt kunnen worden samengevat:
- beperkt het enkele feit dat de verwerking van persoonsgegevens binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt, de bevoegdheden en taken van de gegevensbeschermingsautoriteiten op grond van de AVG? Met andere woorden, is er een subreeks van gegevensverwerkingshandelingen die zij buiten beschouwing moeten laten, en zo ja, in welke mate?
 - moeten de gegevensbeschermingsautoriteiten bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden uit hoofde van de AVG rekening houden met de bepalingen van de e-privacyrichtlijn (bv. bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de verwerking), en zo ja, in welke mate? Met andere woorden, moeten inbreuken op de nationale e-privacyregels in aanmerking worden genomen of buiten beschouwing worden gelaten bij de beoordeling van de naleving van de AVG en zo ja, onder welke omstandigheden?
51. Om te beginnen zij er op gewezen dat de lidstaten de volle werking van het EU-recht moeten verzekeren, met name door te voorzien in passende handhavingsmechanismen. Deze verplichting

berust op het in artikel 4, lid 3, VWEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking³⁴. In de volgende paragrafen worden in het kort de handhavingsbepalingen van de AVG, respectievelijk de e-privacyrichtlijn en de wisselwerking tussen deze beide beschreven.

³⁴ Artikel 4, lid 3, VEU luidt als volgt: "*Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien. De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.*"

5.1 Handhaving van de AVG

52. De AVG voorziet in de handhaving van haar bepalingen door onafhankelijke instanties voor gegevensbescherming. In dit verband moet ook worden opgemerkt dat in artikel 8 van het Handvest van de grondrechten van de EU (het Handvest) is bepaald dat de verwerking van persoonsgegevens door een onafhankelijke instantie wordt gecontroleerd:

"Artikel 8 - De bescherming van persoonsgegevens

1. Eenieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.

2. Deze gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht van inzage in de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.

3. Een onafhankelijke autoriteit ziet erop toe dat deze regels worden nageleefd."

53. Gegevensbeschermingsautoriteiten hebben in dit verband een wettelijk mandaat gekregen, als vermeld in artikel 51, lid 1, AVG, dat het toezicht behelst op de toepassing van de AVG, teneinde de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens te beschermen en het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Unie te vergemakkelijken.
54. De AVG voorziet in één uitzondering en één mogelijkheid om van dit mandaat af te wijken:
- de bevoegdheid van de toezichthoudende autoriteiten strekt zich niet uit over de verwerking van persoonsgegevens door gerechten bij de uitoefening van hun rechterlijke taken (artikel 55, lid 3, AVG);
 - voor verwerking voor journalistieke doeleinden of ten behoeve van academische, artistieke of literaire uitdrukkingsvormen kunnen de lidstaten uitzonderingen of afwijkingen vaststellen wat betreft onder meer de hoofdstukken VI (onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten) en VII (samenwerking en coherentie) van de AVG (artikel 85 AVG).

Bovendien kunnen de bevoegdheden van de gegevensbeschermingsautoriteiten worden uitgebreid overeenkomstig artikel 58, lid 6, AVG en kan deze met name de bevoegdheid worden verleend om overheidsinstanties en -organen boeten op te leggen, indien een lidstaat dat zo in de nationale wetgeving heeft bepaald (artikel 83, lid 7, AVG).

Aangezien deze bepalingen uitzonderingen op de algemene regel vormen, moeten zij strikt worden geïnterpreteerd.

55. Wanneer de AVG de taken en bevoegdheden van gegevensbeschermingsautoriteiten beperkt of afwijkingen dienaangaande toestaat, is dat expliciet bepaald. Ook sluit de AVG gegevensbeschermingsautoriteiten op generlei wijze uit van de uitoefening van hun taken en bevoegdheden met betrekking tot verwerking, voor zover deze onder het materiële toepassingsgebied van de AVG valt. De vraag waar het derhalve om gaat, is of de EU-wetgever een afwijking heeft beoogd of toegestaan van de algemene bevoegdheid van gegevensbeschermingsautoriteiten in gevallen waarin op de verwerking in kwestie bepalingen van de e-privacyrichtlijn van toepassing zijn.

5.2 Handhaving van de e-privacyrichtlijn

56. De handhaving van de bepalingen van de e-privacyrichtlijn is nauw verbonden met de kaderrichtlijn³⁵, waarvan artikel 3, lid 1, bepaalt dat „[d]e lidstaten [ervoor] zorgen [...] dat alle taken die bij deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen aan de nationale regelgevende instanties worden opgedragen, door een bevoegd lichaam worden uitgevoerd³⁶.”
57. In artikel 2, onder g), van de kaderrichtlijn wordt een "nationale regelgevende instantie" gedefinieerd als
- "één of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd."*
58. De lidstaten hebben verschillende manieren gekozen om de taak de nationale e-privacyregels te handhaven aan een of meer entiteiten toe te wijzen³⁷. Deze mate van variatie is mogelijk omdat de e-privacyrichtlijn alleen bepaalde algemene doelstellingen vaststelt die de lidstaten op dit gebied moeten verwezenlijken.
59. De e-privacyrichtlijn vermeldt niet dat slechts één nationale instantie bevoegd is om haar bepalingen te handhaven. Artikel 15 bis van de e-privacyrichtlijn bepaalt zelfs uitdrukkelijk dat meer dan één nationaal orgaan bevoegd kan zijn om haar bepalingen te handhaven. Artikel 15 bis voorziet ook in de tenuitvoerlegging en handhaving van de richtlijn door de lidstaten, met inbegrip van de verplichtingen die inhouden dat de lidstaten verplicht zijn regels vast te stellen inzake sancties, bevoegdheid te verlenen overtredingen te doen ophouden, onderzoeksbevoegdheden en -middelen toe te kennen, enz., en bepaalt daartoe het volgende:

"1. De lidstaten stellen de regels vast inzake de sancties in voorkomend geval met inbegrip van strafrechtelijke sancties, die van toepassing zijn op overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en nemen de nodige maatregelen om de toepassing van die sancties te verzekeren. De aldus vastgestelde sancties zijn doeltreffend, evenredig en afschrikkend en kunnen worden toegepast met betrekking tot de hele periode van een overtreding, zelfs indien de overtreding vervolgens is rechtgezet. De lidstaten stellen de Commissie uiterlijk op 25 mei 2011 in kennis van die bepalingen en geven onverwijld kennis van eventuele latere wijzigingen.

2. Onverminderd de mogelijkheid tot beroep op de rechter zorgen de lidstaten ervoor dat de bevoegde nationale instantie en, in voorkomend geval, andere nationale organen bevoegd zijn de in lid 1 bedoelde overtredingen te doen ophouden.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde nationale instantie en, in voorkomend geval, andere nationale organen over de nodige onderzoeksbevoegdheden en -middelen beschikken,

³⁵ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), als gewijzigd .

³⁶ Artikel 2, onder l), van de kaderrichtlijn maakt duidelijk dat "'bijzondere richtlijnen' verwijst naar Richtlijn 2002/20/EG (machtigingsrichtlijn), Richtlijn 2002/19/EG (toegangsrichtlijn), Richtlijn 2002/22/EG (universeledienstenrichtlijn) en Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie)."

³⁷ Verslag aan de Commissie "ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation", SMART 2013/0071, blz. 33 e.v.

met inbegrip van de bevoegdheid alle relevante informatie op te vragen die zij nodig kunnen hebben om de overeenkomstig deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen te monitoren en na te doen leven.

4. De bevoegde nationale instanties kunnen maatregelen goedkeuren om een doeltreffende grensoverschrijdende samenwerking bij de handhaving van de overeenkomstig deze richtlijn vastgestelde nationale wetten te waarborgen en geharmoniseerde voorwaarden te creëren voor het aanbieden van diensten waarbij grensoverschrijdende gegevensstromen betrokken zijn."

60. Daarnaast bevat artikel 15, lid 2, van de e-privacyrichtlijn een bepaling met een verwijzing naar de bepalingen van Richtlijn 95/46/EG betreffende beroep op de rechter, aansprakelijkheid en sancties, die nu moet worden gelezen als een verwijzing naar de AVG:

"Het bepaalde in hoofdstuk III van Richtlijn 95/46/EG inzake beroep op de rechter, aansprakelijkheid en sancties geldt voor de nationale bepalingen die uit hoofde van deze richtlijn worden aangenomen en ten aanzien van de individuele rechten die uit deze richtlijn voortvloeien."

61. Artikel 15, lid 3, van de e-privacyrichtlijn bepaalt het volgende:

"De Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, ingesteld bij artikel 29 van Richtlijn 95/46/EG, voert de in artikel 30 van die richtlijn vermelde taken ook uit ten aanzien van aangelegenheden die onder de onderhavige richtlijn vallen, namelijk de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden en van rechtmatige belangen in de sector elektronische communicatie."³⁸

5.3 Handhaving in het geval de algemene verordening gegevensbescherming en e-privacyrichtlijn elkaar snijden

62. De e-privacyrichtlijn specificereert de AVG en vult deze aan en verwijst bovendien naar de bepalingen van deze laatste inzake beroep op de rechter, aansprakelijkheid en sancties (artikel 15, lid 2, van de e-privacyrichtlijn, gelezen in het licht van artikel 94 AVG).

5.3.1 Vraag 1: zijn bepaalde verwerkingshandelingen voor gegevensbeschermingsautoriteiten "verboden terrein"?

- *Beperkt het enkele feit dat de verwerking van persoonsgegevens binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt, de bevoegdheden en taken van de*

³⁸ Artikel 15, lid 3, van de e-privacyrichtlijn bepaalt het volgende: "*[d]e Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, ingesteld bij artikel 29 van Richtlijn 95/46/EG, voert de in artikel 30 van die richtlijn vermelde taken ook uit ten aanzien van aangelegenheden die onder de onderhavige richtlijn vallen, namelijk de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden en van rechtmatige belangen in de sector elektronische communicatie.*"

Artikel 94, lid 2, AVG bepaalt dat "*[v]erwijzingen naar de ingetrokken richtlijn gelden als verwijzingen naar deze verordening. Verwijzingen naar de groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, die bij artikel 29 van Richtlijn 95/46/EG is opgericht, gelden als verwijzingen naar het bij deze verordening opgerichte Europees Comité voor gegevensbescherming.*"

Bijgevolg moet artikel 30 van Richtlijn 95/46 worden opgevat als een verwijzing naar de desbetreffende onderdelen van artikel 70 AVG (Taken van het Comité).

gegevensbeschermingsautoriteiten op grond van de AVG? Met andere woorden, is er een subreeks van verwerkingshandelingen die zij buiten beschouwing moeten laten, en zo ja, welke verwerkingshandelingen dan?

63. Op grond van de AVG moeten de lidstaten een of meer toezichthoudende autoriteiten hebben aangewezen. De lidstaten kunnen dezelfde autoriteit hebben aangewezen als bevoegd voor (een deel van) de handhaving van de nationale uitvoering van de e-privacyrichtlijn, maar kunnen ook hebben gekozen voor een of meer andere instanties, bijvoorbeeld een nationale regelgevende instantie op het gebied van telecommunicatie, een consumentenorganisatie of een ministerie.
64. De e-privacyrichtlijn biedt de lidstaten de nodige speelruimte bij de keuze van de voor de naleving van haar bepalingen verantwoordelijke autoriteit of instantie.
65. In de e-privacyrichtlijn wordt weliswaar verwezen naar de bepalingen van de AVG inzake beroep op de rechter, aansprakelijkheid en sancties (artikel 15, lid 2), maar artikel 15 bis, lid 1, van de e-privacyrichtlijn bevat gedetailleerde bepalingen inzake "uitvoering en handhaving". Zo wordt in artikel 15 bis, lid 1, het volgende bepaald: *"De lidstaten stellen de regels vast inzake de sancties in voorkomend geval met inbegrip van strafrechtelijke sancties, die van toepassing zijn op overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en nemen de nodige maatregelen om de toepassing van die sancties te verzekeren."* De e-privacyrichtlijn verleent de lidstaten uitdrukkelijk discretionaire bevoegdheid inzake het opleggen van sancties en artikel 15, lid 2, doet geen afbreuk aan de discretionaire bevoegdheid die de lidstaten inzake handhaving wordt gegeven (d.w.z. de bevoegdheid om te bepalen wie de bepalingen van de e-privacyrichtlijn handhaaft)³⁹.
66. Indien het nationale recht de gegevensbeschermingsautoriteit de bevoegdheid tot handhaving van de e-privacyrichtlijn verleent, moet de wet ook de taken en bevoegdheden van de gegevensbeschermingsautoriteit met betrekking tot de handhaving van de e-privacyrichtlijn bepalen. De gegevensbeschermingsautoriteit kan zich voor het nemen van maatregelen tot handhaving van nationale e-privacyregels niet automatisch baseren op de taken en bevoegdheden waarin de AVG voorziet, aangezien die gekoppeld zijn aan de handhaving van de AVG. Het nationale recht kan op de AVG geënte taken en bevoegdheden toekennen, maar kan de gegevensbeschermingsautoriteit ook andere taken en bevoegdheden toekennen voor de handhaving van nationale e-privacyregels overeenkomstig artikel 15 bis van de e-privacyrichtlijn.
67. De discretionaire bevoegdheid bestaat alleen binnen het kader van de vereisten en de beperkingen die in regels van hogere rang zijn vastgelegd. Artikel 8, lid 3, van het Handvest schrijft voor dat een onafhankelijke autoriteit erop toeziet dat de voorschriften inzake de bescherming van persoonsgegevens worden nageleefd⁴⁰.
68. Wanneer de verwerking van persoonsgegevens binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt, zijn de gegevensbeschermingsautoriteiten alleen bevoegd om

³⁹ Opgemerkt zij dat artikel 15 bis, lid 1, van de e-privacyrichtlijn is ingevoerd bij Richtlijn 2009/136/EG (d.w.z. een wijziging van de e-privacyrichtlijn behelst).

⁴⁰ De jurisprudentie van het HvJ-EU over artikel 28 van Richtlijn 95/46 heeft de vereisten inzake onafhankelijkheid verduidelijkt: zie bijv. arrest van 9 maart 2010, zaak C-518/07 (Commissie/Duitsland), punt 17 e.v.; arrest van 16 oktober 2012, zaak C-614/10, Commissie/Oostenrijk, punt 36 e.v., punt 36 e.v.; arrest van 6 oktober 2015, zaak C-362/14, Safe Harbour, punt 41 e.v.; Arrest van 21 december 2016, gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, Tele2/Watson, punt 123.

subgedeelten van de verwerking te onderzoeken die onder de nationale regels tot omzetting van de e-privacyrichtlijn vallen als het nationale recht hen deze bevoegdheid verleent. De bevoegdheid van de gegevensbeschermingsautoriteiten uit hoofde van de AVG blijft in ieder geval onverkort van toepassing op verwerkingshandelingen die niet onder de bijzondere regels van de e-privacyrichtlijn vallen. Deze afbakening mag niet worden gewijzigd door nationaal recht tot omzetting van de e-privacyrichtlijn (bijvoorbeeld door het materiële toepassingsgebied verder te verruimen dan door e-privacyrichtlijn is voorgeschreven en door de nationale regelgevende instantie exclusieve bevoegdheid ten aanzien van die bepaling toe te kennen).

69. De gegevensbeschermingsautoriteiten zijn bevoegd om de AVG te handhaven. Het enkele feit dat een subgedeelte van de verwerking binnen het toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn valt, beperkt de bevoegdheid van de gegevensbeschermingsautoriteiten uit hoofde van de AVG niet.
70. Wanneer exclusieve bevoegdheid is verleend aan een ander orgaan dan de gegevensbeschermingsautoriteit, bepaalt het nationale procesrecht wat er moet gebeuren wanneer betrokkenen bij de gegevensbeschermingsautoriteit niettemin een klacht indienen over bijvoorbeeld de verwerking van persoonsgegevens in de vorm van verkeers- of locatiegegevens, ongevraagde elektronische communicatie of het verzamelen van persoonsgegevens door het gebruik van cookies zonder tevens te klagen over een (potentiële) inbreuk op de AVG.

5.3.2 Vraag 2: zijn de nationale e-privacybepalingen "verboden terrein"?

- *Moeten de gegevensbeschermingsautoriteiten bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden uit hoofde van de AVG rekening houden met de bepalingen van de e-privacyrichtlijn (bv. bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de verwerking), en zo ja, in welke mate? Met andere woorden, moeten inbreuken op de nationale e-privacyregels in aanmerking worden genomen of buiten beschouwing worden gelaten bij de beoordeling van de naleving van de AVG en zo ja, onder welke omstandigheden?*
71. Een voorbeeld illustreert het verschil met vraag 1. Neem een databroker die zich bezighoudt met het opstellen van profielen op basis van informatie uit twee afzonderlijke bronnen. De eerste bron zijn gegevens die zijn verzameld met betrekking tot het surfgedrag van individuele personen, door het gebruik van identificatiecookies en/of andere identificatoren. De tweede bron zijn gegevens die zijn verkregen via commerciële partners, die gegevens over deelnemers uitwisselen in het kader van prijzen- of cash-backprogramma's.
 72. Profileren van personen op basis van persoonsgegevens valt in het algemeen binnen het toepassingsgebied van de AVG en derhalve onder de bevoegdheid van de gegevensbeschermingsautoriteiten. Als een gegevensbeschermingsautoriteit een klacht ontvangt over de door de databroker verrichte profileringsactiviteiten, in hoeverre kunnen de gegevensbeschermingsautoriteiten bij de beoordeling van de naleving van de AVG dan rekening houden met specifieke regels, in dit geval de nationale e-privacyregels?
 73. Vermeldenswaard is dat de e-privacyrichtlijn een specifiek voorbeeld is van een wet die bijzondere bescherming biedt voor bepaalde categorieën gegevens, waarbij het om persoonsgegevens kan gaan. Andere wetteksten bieden ook bijzondere bescherming voor specifieke soorten gegevens die om

verschillende redenen in persoonsgegevens kunnen bestaan (bv. de context van de verwerking, de aard van de gegevens of de risico's voor de betrokkenen)⁴¹.

74. De lidstaten zijn verplicht een of meer autoriteiten aan te wijzen die toezicht houden op de naleving van het nationaal recht tot omzetting van de e-privacyrichtlijn en die autoriteiten zijn dan verantwoordelijk voor de handhaving van dat recht. Het nationaal recht tot omzetting van de e-privacyrichtlijn is van toepassing op de specifieke verwerkingshandelingen die onder de e-privacyrichtlijn vallen (bv. een verwerkingsactiviteit die bestaat in de opslag van of de toegang tot informatie die in de apparatuur van de eindgebruiker is opgeslagen).
75. Tenzij gegevensbeschermingsautoriteiten krachtens het nationale recht over dergelijke bevoegdheid beschikken, mogen zij de bepalingen van (nationaal recht ter omzetting van) de e-privacyrichtlijn als zodanig niet handhaven bij de uitoefening van hun bevoegdheden uit hoofde van de AVG. Zoals eerder aangegeven, kan de verwerking van persoonsgegevens die activiteiten omvat die binnen het materiële toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn vallen, echter aanvullende aspecten inhouden waarvoor de e-privacyrichtlijn geen "bijzondere regel" bevat. Artikel 5, lid 3, van de e-privacyrichtlijn bevat bijvoorbeeld een bijzondere regel voor het opslaan van informatie of het verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is opgeslagen in de eindapparatuur van een eindgebruiker. Het bevat geen bijzondere regel voor eerdere of latere verwerkingsactiviteiten (bv. de opslag en analyse van gegevens over surfgedrag met het oog op online reclame op basis daarvan of om veiligheidsredenen). Gegevensbeschermingsautoriteiten blijven bijgevolg volledig bevoegd voor de beoordeling van de rechtmatigheid van alle andere verwerkingshandelingen die volgen op de opslag van of de toegang tot informatie in de eindapparatuur van de eindgebruiker⁴².

⁴¹ Een voorbeeld hiervan is te vinden in de financiële sector: gegevens die worden gebruikt voor de beoordeling van de kredietwaardigheid van een persoon of voor de bekendmaking van administratieve sancties, genieten specifieke bescherming. Zie: artikel 21, lid 1, van Richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010; de artikelen 68 en 69 van Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG. Een ander voorbeeld is te vinden in de regels inzake klinische proeven: zie de artikelen 28 tot en met 35 van Verordening (EU) nr. 536/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende klinische proeven met geneesmiddelen voor menselijk gebruik en tot intrekking van Richtlijn 2001/20/EG.

⁴² In dit verband moet worden verwezen naar het advies van de Groep artikel 29 over het begrip "gerechtvaardigd belang" (advies 06/2014) en het advies van de Groep artikel 29 over doelbinding (advies 03/2013), waarin wordt verduidelijkt dat bepaalde vormen van gedragsgericht adverteren de toestemming van de betrokkene vereisen, niet alleen vanwege artikel 5, lid 3. Het advies over doelbinding bepaalt:

"Het tweede potentiële scenario bestaat erin dat een organisatie specifiek de persoonlijke voorkeuren, gedrag en houdingen van individuele klanten wenst te analyseren of te voorspellen, om vervolgens op basis daarvan "maatregelen of besluiten" te nemen ten aanzien van die klanten. In deze gevallen zou een vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige opt-intoestemming bijna altijd vereist zijn; anders kan nader gebruik niet verenigbaar worden geacht. Het is van belang dat dergelijke toestemming vereist is voor bijvoorbeeld het traceren en een profiel aanmaken met het oog op direct marketing, op surfgedrag gebaseerde advertenties, activiteiten van databrokers, advertenties op basis van locatie of digitaal marktonderzoek op basis van tracering."

Het advies over het begrip "gerechtvaardigd belang" bepaalt:

"In plaats van het aanbieden van een opt-outmogelijkheid voor dit type profilering en gerichte advertenties, is geïnformeerde toestemming noodzakelijk, overeenkomstig artikel 7, onder a), maar ook overeenkomstig artikel

76. Een inbreuk op de AVG kan ook een inbreuk vormen op de nationale e-privacyregels. De gegevensbeschermingsautoriteit kan met een dergelijke feitelijke vaststelling van een inbreuk op de e-privacyregels rekening houden bij de toepassing van de AVG (bv. bij de beoordeling van de naleving van de beginselen van rechtmatigheid of behoorlijkheid uit hoofde van artikel 5, lid 1, onder a, AVG). Elk handhavingsbesluit moet echter op basis van de AVG gerechtvaardigd zijn, tenzij de gegevensbeschermingsautoriteit krachtens het recht van de lidstaat aanvullende bevoegdheden heeft gekregen.
77. Indien het nationale recht de gegevensbeschermingsautoriteit aanwijst als de krachtens de e-privacyrichtlijn bevoegde autoriteit, is deze gegevensbeschermingsautoriteit bevoegd om naast de AVG ook nationale e-privacyregels rechtstreeks te handhaven (anders niet).
78. In het algemeen moeten, wanneer verscheidene autoriteiten bevoegd zijn voor de verschillende rechtsinstrumenten, zij ervoor zorgen dat de handhaving van beide instrumenten consistent is, onder andere om te voorkomen dat het beginsel “non bis in idem” wordt geschonden wanneer inbreuken op bepalingen van de AVG en de e-privacyrichtlijn die in het kader van één verwerkingsactiviteit hebben plaatsgevonden, nauw met elkaar verbonden zijn.

6 OVER DE TOEPASSELIJKHEID VAN DE SAMENWERKINGS- EN COHERENTIEMECHANISMEN

79. De derde vraag van de Belgische gegevensbeschermingsautoriteit aan het Comité kan als volgt worden samengevat:
- *in welke mate zijn de samenwerkings- en coherentiemechanismen van toepassing met betrekking tot verwerking die, in ieder geval met betrekking tot bepaalde verwerkingshandelingen, onder het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt?*
80. Overeenkomstig hoofdstuk VII van de AVG hebben de samenwerkings- en coherentiemechanismen die gegevensbeschermingsautoriteiten uit hoofde van de AVG ter beschikking hebben, betrekking op het toezicht op de toepassing van de bepalingen van de AVG. De mechanismen van de AVG zijn niet van toepassing op de handhaving van de bepalingen van de e-privacyrichtlijn als zodanig.
81. In elk geval bepaalt artikel 15, lid 3, van de e-privacyrichtlijn het volgende:
- "[Het Europees Comité voor gegevensbescherming] voert de in [artikel 70 van Verordening (EU) 2016/679] vermelde taken ook uit ten aanzien van aangelegenheden die onder de onderhavige richtlijn vallen, namelijk de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden en van rechtmatige belangen in de sector elektronische communicatie."*
82. Wat de samenwerking betreft tussen de autoriteiten die bevoegd zijn voor de handhaving van de e-privacyrichtlijn, bepaalt artikel 15 bis, lid 4, van de e-privacyrichtlijn: *"De bevoegde nationale instanties kunnen maatregelen goedkeuren om een doeltreffende grensoverschrijdende samenwerking bij de handhaving van de overeenkomstig deze richtlijn vastgestelde nationale wetten te waarborgen en*

5, lid 3, van de Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie. Als gevolg hiervan mag artikel 7, onder f), niet als rechtsgrond voor de verwerking worden genomen."

geharmoniseerde voorwaarden te creëren voor het aanbieden van diensten waarbij grensoverschrijdende gegevensstromen betrokken zijn [...]”.

83. Dergelijke grensoverschrijdende samenwerking tussen de voor de handhaving van de e-privacyrichtlijn bevoegde autoriteiten, waaronder gegevensbeschermingsautoriteiten, nationale regelgevende instanties en andere autoriteiten, kan plaatsvinden voor zover de betrokken relevante nationale regelgevende instanties maatregelen nemen om die samenwerking mogelijk te maken.
84. Er zij op gewezen dat het mechanisme voor samenwerking en coherentie echter volledig van toepassing blijft, voor zover de verwerking onder de algemene bepalingen van de AVG valt (en niet onder een “bijzondere regel” van de e-privacyrichtlijn). Bijvoorbeeld: zelfs indien de verwerking van persoonsgegevens (bv. profilering) gedeeltelijk afhankelijk is van de toegang tot informatie die in het apparaat van de eindgebruiker is opgeslagen, gelden de bepalingen van de AVG, met inbegrip van de samenwerkings- en coherentiemechanismen, wanneer de e-privacyrichtlijn niet voorziet in gegevensbeschermingsregels (bv. de rechten van de betrokkene, verwerkingsbeginselen) voor verwerking van persoonsgegevens die plaatsvindt na toegang tot de informatie die in het apparaat van de eindgebruiker is opgeslagen.
85. In de praktijk zullen de gegevensbeschermingsautoriteiten zorgvuldig moeten kiezen welke “communicatielij” zij gebruiken, met name wanneer zij niet alleen de AVG handhaven, maar ook bevoegd zijn om de nationale omzetting van de e-privacyrichtlijn (gedeeltelijk) te handhaven. De “standaardcommunicatielij” - zoals beschreven in hoofdstuk VII (Samenwerking en coherentie) van de AVG, moet worden gebruikt voor alle delen van een procedure waarbij wordt overwogen de handhavingsbevoegdheden te gebruiken die de GDPR heeft verleend als antwoord op een inbreuk op de AVG.
De gegevensbeschermingsautoriteiten kunnen de “discretionaire communicatielij” gebruiken in het kader van hun onderscheiden handhavingsbevoegdheden die hun door de nationale maatregelen tot omzetting van de e-privacyrichtlijn zijn verleend, en slechts voor zover de procedure als doel heeft te reageren op inbreuken op de nationale e-privacyregels die van toepassing zijn op het specifieke gedrag dat door de e-privacyrichtlijn wordt gereguleerd. Zodra het gaat om aangelegenheden die onder het toepassingsgebied van de AVG vallen, zijn de gegevensbeschermingsautoriteiten verplicht het mechanisme voor samenwerking en coherentie toe te passen waarin het AVG voorziet.

7 CONCLUSIE

- *Beperkt het enkele feit dat de verwerking van persoonsgegevens binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt, de bevoegdheden en taken van de gegevensbeschermingsautoriteiten op grond van de AVG? Met andere woorden, is er een subreeks van gegevensverwerkingshandelingen die zij buiten beschouwing moeten laten, en zo ja, wanneer?*
86. Wanneer de verwerking van persoonsgegevens binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt, zijn de gegevensbeschermingsautoriteiten alleen bevoegd om de onder de nationale e-privacyregels vallende gegevensbeschermingshandelingen te onderzoeken, als het nationale recht hun deze bevoegdheid verleent, en dit onderzoek moet plaatsvinden binnen de toezichthoudende bevoegdheden die bij het nationale recht tot omzetting van de e-privacyrichtlijn aan de autoriteit zijn toegekend.

87. De gegevensbeschermingsautoriteiten zijn bevoegd om de AVG te handhaven. Het enkele feit dat een subgedeelte van de verwerking binnen het toepassingsgebied van de e-privacyrichtlijn valt, beperkt de bevoegdheid van de gegevensbeschermingsautoriteiten uit hoofde van de AVG niet.
- *Moeten de gegevensbeschermingsautoriteiten bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden uit hoofde van de AVG rekening houden met de bepalingen van de e-privacyrichtlijn, en zo ja, in welke mate? Met andere woorden, moeten inbreuken op de nationale e-privacyregels buiten beschouwing worden gelaten bij de beoordeling van de naleving van de AVG en zo ja, wanneer?*
88. De autoriteit of autoriteiten die door de lidstaten als bevoegd zijn aangewezen in de zin van de e-privacyrichtlijn, zijn uitsluitend verantwoordelijk voor de handhaving van de nationale bepalingen tot omzetting van de e-privacyrichtlijn die van toepassing zijn op die specifieke verwerkingshandeling, ook in gevallen waarin de verwerking van persoonsgegevens binnen het materiële toepassingsgebied van zowel de e-privacyrichtlijn als de AVG valt. Niettemin blijven de gegevensbeschermingsautoriteiten volledig bevoegd voor verwerkingshandelingen ten aanzien van persoonsgegevens die niet onder een of meer specifieke regels van de e-privacyrichtlijn vallen.
89. Een inbreuk op de AVG kan ook een inbreuk vormen op de nationale e-privacyregels. De gegevensbeschermingsautoriteit kan met een dergelijke feitelijke vaststelling van een inbreuk op de e-privacyregels rekening houden bij de toepassing van de AVG (bv. bij de beoordeling van de naleving van de beginselen van rechtmatigheid of behoorlijkheid uit hoofde van artikel 5, lid 1, onder a, AVG). Elk handhavingsbesluit moet echter op basis van de AVG gerechtvaardigd zijn, tenzij de gegevensbeschermingsautoriteit krachtens het recht van de lidstaat aanvullende bevoegdheden heeft gekregen.
90. Indien het nationale recht de gegevensbeschermingsautoriteit aanwijst als de krachtens de e-privacyrichtlijn bevoegde autoriteit, is deze gegevensbeschermingsautoriteit bevoegd om naast de AVG ook nationale e-privacyregels rechtstreeks te handhaven (anders niet).
- *In welke mate kunnen of mogen de samenwerkings- en coherentiemechanismen worden toegepast met betrekking tot verwerking die, in ieder geval met betrekking tot bepaalde verwerkingshandelingen, onder het materiële toepassingsgebied van zowel de AVG als de e-privacyrichtlijn valt?*
91. De samenwerkings- en coherentiemechanismen die de gegevensbeschermingsautoriteiten krachtens hoofdstuk VII van de AVG ter beschikking hebben, hebben betrekking op het toezicht op de toepassing van de bepalingen van de AVG. De mechanismen van de AVG zijn niet van toepassing op de handhaving van de nationale tenuitvoerlegging van de e-privacyrichtlijn. Het mechanisme voor samenwerking en coherentie blijft echter volledig van toepassing, voor zover de verwerking onder de algemene bepalingen van de AVG valt (en niet onder een “bijzondere regel” van de e-privacyrichtlijn).

* * *

92. Het Comité erkent dat de hierboven gegeven uitlegging geen afbreuk doet aan de uitkomst van de lopende onderhandelingen over de e-privacyverordening. De voorgestelde verordening heeft betrekking op een groot aantal belangrijke elementen, waaronder de bevoegdheden van de

gegevensbeschermingsautoriteiten, maar ook op andere zeer belangrijke kwesties. Het Comité herhaalt zijn standpunt dat de vaststelling van een e-privacyverordening belangrijk is⁴³.

Voor het Europees Comité voor gegevensbescherming

De voorzitter

(Andrea Jelinek)

⁴³ Het Europees Comité voor gegevensbescherming heeft de Europese Commissie, het Parlement en de Raad opgeroepen samen te werken om te zorgen voor een snelle goedkeuring van de nieuwe e-privacyverordening (Verklaring van het Europees Comité voor gegevensbescherming, gepubliceerd op 25 mei 2018).