2023052447-1-2-0002

AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Autoriteit Persoonsgegevens
Postbus 93374, 2509 AJ Den Haag
Hoge Nieuwstraat 8, 2514 EL Den Haag
T 070 8888 500 - F 070 8888 501
autoriteitpersoonsgegevens.nl

De staatssecretaris van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500EH Den Haag

Datum	Ons kenmerk	Uw brief van
23 mei 2023		2 januari 2023
	Contactpersoon	Uw kenmerk

Onderwerp

Advies over wetsvoorstel gemeentelijk toezicht seksbedrijven

Geachte

Bij brief van 2 januari 2023 is de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) op grond van het bepaalde in artikel 36, vierde lid, van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), geraadpleegd over de wijziging van artikel 151a van de Gemeentewet in verband met het opnemen van een grondslag voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens door gemeentelijke toezichthouders en exploitanten van seksbedrijven, in het kader van het gemeentelijk toezicht op seksbedrijven (gemeentelijk toezicht seksbedrijven) (hierna: het concept).

De AP heeft bezien of het concept met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens strookt met het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU), de algemene rechtsbeginselen van de EU, de AVG en het overige relevante recht, waarbij voldoende aannemelijk moet zijn gemaakt dat onder meer voldaan wordt aan het evenredigheidsbeginsel, doordat:

1. Het concept geschikt is om de nagestreefde doelstelling van algemeen belang of de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen te verwezenlijken (geschiktheid);
2. het doel niet redelijkerwijs even doeltreffend kan worden bereikt op een andere wijze, die de grondrechten van de betrokkenen minder aantast (subsidiariteit);
3. de inmenging niet onevenredig is aan dat doel, wat met name een afweging impliceert van het belang van het doel en de ernst van de inmenging (proportionaliteit);
4. het concept voldoende duidelijk en nauwkeurig is over de reikwijdte en in de toepassing voorspelbaar is (rechtszekerheid);
5. het concept voldoende aangeeft in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden persoonsgegevens kunnen worden verwerkt, en aldus waarborgen stelt ter bescherming van persoonsgegevens (inhoudelijke en procedurele waarborgen); en
6. het concept verbindend is naar nationaal recht (grondwettigheid).

2023052474-1-352-0003

Datum
23 mei 2023

Ons kenmerk

De AP constateert dat de in het concept voorgestelde beperking van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van sekswerkers in de kern slechts een delegatiebepaling betreft. Daardoor kan de AP niet beoordelen of het concept in combinatie met alle gemeentelijke verordeningen (zal) voldoen aan het evenredigheidsbeginsel (punt 1 t/m 6). De AP acht het daarnaast niet voldoende aannemelijk dat het concept geschikt is om de beoogde doelstellingen te verwezenlijken (punt 1). De AP heeft op deze punten bezwaar tegen het concept en adviseert de procedure niet voort te zetten, tenzij de bezwaren zijn weggenomen.

Hoofdlijn

- Zorg dat de voorgestelde gegevensverwerking op het niveau van de formele wet duidelijk en nauwkeurig is beschreven en voorspelbaar is voor sekswerkers.
- Onderbouw de effectiviteit van de voorgestelde verwerking van bijzondere persoonsgegevens van sekswerkers gelet op de te verwachten averechtse effecten.
- Verduidelijk het doeleinde van de gegevensverwerking.
- Voorzie het concept van een adequate bewaartermijn.
- Schrap artikel 151a, vijfde lid, onderdeel b uit het concept, of onderbouw de meerwaarde van dat artikel.

Strekking van het concept

Huidige bevoegdheden gemeenten regulering seksbedrijven
De gemeenteraad (hierna ook: de gemeente) kan op grond van artikel 151a van de Gemeentewet bij verordening voorwaarden stellen aan seksbedrijven[1] gericht op de beheersing, sturing en sanering van de prostitutiebranche en op verbetering van de omstandigheden waaronder in de prostitutiebranche wordt gewerkt.[2] Gemeenten bepalen zelf of zij zulke voorwaarden stellen, en zo ja welke. De voorwaarden kunnen zien op 1) het vestigingsbeleid, 2) inrichting, hygiëne en veiligheid en/of 3) de bedrijfsvoering. Onder dat laatste wordt ook de bescherming van de positie en status van sekswerkers geschaard.[3]

Verwerking bijzondere persoonsgegevens sekswerkers
Voorwaarden met betrekking tot de bedrijfsvoering zouden volgens de toelichting bij artikel 151a van de Gemeentewet kunnen bestaan uit verplichtingen tot het bijhouden van bedrijfsadministratie met daarin de actuele gegevens van de sekswerkers die werkzaam zijn bij het seksbedrijf en het vastleggen van een beoordeling van de mate van zelfredzaamheid van de sekswerker.[4] Deze gegevens mogen echter niet worden verwerkt door seksbedrijven. Gegevens van sekswerkers zijn namelijk bijzondere

[1] Hieronder wordt verstaan degene die bedrijfsmatig gelegenheid geeft tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling.
[2] Artikel 151a van de Gemeentewet en *Kamerstukken II* 1996/97, 25 437, nr. 3, p. 7.
[3] Artikel 151a van de Gemeentewet en *Kamerstukken II* 1996/97, 25 437, nr. 3, p. 7.
[4] Artikel 151a van de Gemeentewet en *Kamerstukken II* 1996/97, 25 437, nr. 3, p. 7.

persoonsgegevens; gegevens over iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid.[5] Deze gegevens mogen alleen worden verwerkt als een beroep kan worden gedaan op een uitzondering.[6] Er bestaat momenteel geen uitzondering op het verwerkingsverbod voor seksbedrijven. Zodoende kunnen gemeenten geen verplichtingen opleggen aan seksbedrijven die de verwerking van persoonsgegevens van sekswerkers vereisen.[7] Om de verwerking van persoonsgegevens van sekswerkers alsnog mogelijk te maken, voorziet het concept door wijziging van artikel 151a van de Gemeentewet in een verwerkingsgrondslag en een uitzondering op het verwerkingsverbod in de zin van artikel 9, tweede lid, onderdeel g, van de AVG (de verwerking is noodzakelijk voor redenen van zwaarwegend algemeen belang). Gemeenten krijgen daarmee de mogelijkheid om seksbedrijven op grond van een gemeentelijke verordening te verplichten om persoonsgegevens van sekswerkers te verwerken voor de naleving van de door gemeenten vastgestelde voorschriften. Toezichthouders van de gemeente worden bevoegd om persoonsgegevens van sekswerkers te verwerken als dat noodzakelijk is voor het toezicht op de naleving van de door gemeenten vastgestelde voorschriften.

Advies

Beoordeling evenredigheid op niveau van formele wet

De gemeente kan op grond van artikel 151a van de Gemeentewet bij verordening voorschriften vaststellen die gelden voor seksbedrijven. De gemeente bepaalt volgens het concept met die verordening ook of voor het naleven van die voorschriften persoonsgegevens van sekswerkers moeten worden verwerkt door seksbedrijven.

Het concept regelt daartoe een uitzondering op het verwerkingsverbod vanwege redenen van zwaarwegend algemeen belang.[8] Een dergelijke uitzondering moet worden geregeld bij lidstatelijk recht. De AVG schrijft niet voor op welk niveau van regelgeving in deze uitzondering moet worden voorzien. Artikel 10, eerste lid, van de Grondwet[9] doet dat wel; beperkingen van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer moeten bij of krachtens de wet worden gesteld.

Dat betekent dat uit de wet (in dit geval de Gemeentewet) in de eerste plaats voldoende duidelijk moet blijken dat de formele wetgever bewust heeft gekozen voor het delegeren van een beperkingsbevoegdheid

[5] Artikel 9, eerste lid AVG en volgens ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL: RVS:2018:2856 en ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL: RVS:2020:3087. Zie ook het besluit op bezwaar van de Autoriteit Persoonsgegevens d.d. 28 juli 2017; https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/besluit_op_bezwaar_prostitutiebeleid_den_haag.pdf

[6] Artikel 9 AVG.

[7] Zie ook ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2856. In deze uitspraak oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat de gemeente geen beroep kon doen op de uitzondering 'zwaarwegend algemeen belang' voor de verwerking van persoonsgegevens van sekswerkers omdat de artikelen 149 en 151a Gemeentewet geen uitdrukkelijke bevoegdheid geven om een uitzondering te maken op het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken. Ook op andere uitzonderingen op het verwerkingsverbod, zoals uitdrukkelijke toestemming, kon geen beroep worden gedaan. In ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3087, oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State gelijkluidend.

[8] Artikel 9, tweede lid, onderdeel g van de AVG.

[9] Artikel 10 van de Grondwet bepaalt: "Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer".

2023052421205

aan (in dit geval) de gemeentelijke wetgever voor een specifiek doel.[10] Aan die nationale norm wordt met dit concept formeel voldaan – zij het naar het oordeel van de AP in de meest minimale vorm.

Naast dit formele vereiste is van belang dat de Grondwet aan de formele wetgever een belangrijke verantwoordelijkheid geeft: hij moet beoordelen of de beperking van fundamentele rechten van burgers blijft binnen de grenzen die de Grondwet stelt en daarbij voldoet aan eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit; met andere woorden of de beperking voldoet aan het evenredigheidsbeginsel. Aan deze verantwoordelijkheid wordt geen recht gedaan als de concrete invulling vrijwel geheel wordt overgelaten aan de delegataris. De hoofdelementen die in algemene zin in ieder geval in de formele wet moeten worden neergelegd zijn de reikwijdte en de structurele elementen van een regeling.[11]

Het concept voorziet in de kern slechts in de delegatie van beperkende bevoegdheden. Het concept kent op het niveau van de formele wet immers enkel een bevoegdheid aan de gemeenteraad toe en geeft zelf geen nadere duidelijkheid omtrent de concrete doeleinden van de gegevensverwerking, middelen, reikwijdte van de inbreuk en waarborgen. Deze worden pas bij gemeentelijke verordening voorgeschreven. Of en in welke mate er inbreuk wordt gemaakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van sekswerkers wordt daardoor pas bepaald in de gemeentelijke verordening. Hierdoor kan de formele wetgever niet zelf beoordelen of de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van sekswerkers voldoet aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit,[12] en daarmee of het concept voldoet aan het vereiste dat de evenredigheid van de inbreuk wordt gewaarborgd.[13] Ook kunnen er tussen gemeenten grote verschillen ontstaan voor wat betreft de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van sekswerkers, bovenop het al bestaande gefragmenteerde beleid.[14] De AP is van oordeel dat het mogelijk maken en laten bestaan van wezenlijke verschillen tussen gemeenten met betrekking tot de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van sekswerkers in dit geval op zichzelf al serieuze vraagtekens oproept over de noodzaak van de inbreuk.

Gelet op voorgaande kan ook de AP thans niet beoordelen of het concept in combinatie met alle gemeentelijke verordeningen zal voldoen aan alle vereisten van het evenredigheidsbeginsel, zoals genoemd in het toetsingskader. AP zal dat – door de wijze waarop het concept is vormgegeven – pas kunnen doen als alle gemeentelijke verordeningen die op grond van artikel 151a, eerste lid, van de Gemeentewet worden vastgesteld en die voorschrijven dat persoonsgegevens van sekswerkers moeten

[10] Zie ook *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, nr. 7, p. 14 *"Wanneer de wetgever in enig geval beperkingsbevoegdheid aan een ander orgaan wil overdragen, dient dit bewust en na afweging van belangen te geschieden en moet de wet daarvan blijk geven. Welke wet dat is doet niet ter zake. Delegatiebepalingen kunnen in beginsel in elke wet voorkomen, mits uit de wet met voldoende duidelijkheid kan worden afgeleid, dat de wetgever bewust een beperkingsbevoegdheid heeft willen toekennen en ten aanzien van welk grondrecht hij dat heeft gewild. Deze eis hebben wij met de woorden «specifieke wetsbepaling» aangeduid. Het moge duidelijk zijn, dat artikel 168 gemeentewet en ander wetsbepalingen, waarin algemene taken of bevoegdheden zijn geformuleerd, hieraan niet voldoen"*, nr. 7, p. 14.

[11] Vgl. de Afdeling advisering in het (eerste) advies over het voorstel voor de WGS (*Kamerstukken II* 2019/20, 35447, nr. 4).

[12] Zie ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35447, nr. 4.

[13] Artikel 9, tweede lid, onderdeel g van de AVG.

[14] Dit terwijl het beleid ten aanzien van sekswerk al in vergaande mate versnipperd is, zie bijvoorbeeld: Beleid per gemeente - Prostitutie Goed Geregeld

worden verwerkt, te toetsen.[15] Ook hieruit blijkt dat een afweging op centraal niveau en dus neerlegging van de belangrijkste bepalingen in formele wet sterk de voorkeur geniet.

De AP adviseert dan ook om het concept zo aan te passen dat de beperking op het grondrecht op het niveau van de formele wet reeds voldoende specifiek, voorspelbaar en duidelijk is.

Geschiktheid en averechtse effecten

Onderdeel van het evenredigheidsbeginsel is de geschiktheid (ook wel: effectiviteit) van de verwerking van persoonsgegevens (punt 1 van het toetsingskader).[16] Om de effectiviteit van de maatregel te kunnen beoordelen moet worden getoetst of met deze maatregel het gestelde doel daadwerkelijk kan worden behaald.[17] Volgens vaste rechtspraak is wetgeving slechts geschikt om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen wanneer de verwezenlijking ervan coherent en systematisch wordt nagestreefd.[18]

De AP merkt op dat uit onderzoek blijkt dat het verplichten van sekswerkers tot opgave van hun persoonsgegevens tot gevolg kan hebben dat sekswerkers juist aan het werk gaan in de niet-vergunde branche uit angst voor verlies van privacy en stigmatisering.[19] Dat effect lijkt tegengesteld te zijn aan de doelstellingen van het concept. De niet-vergunde branche is doorgaans immers minder goed in beeld bij (overheids)instanties, waardoor het tegengaan van misstanden en het verbeteren van de positie van sekswerkers juist wordt bemoeilijkt.[20]

In de toelichting wordt dit averechtse effect benoemd. Daarbij wordt opgemerkt dat *"het niet zo kan zijn dat sekswerkers zich in een kwetsbare positie bevinden doordat gegevens niet kunnen worden verwerkt ten behoeve van de naleving van voorschriften, het toezicht en de handhaving."*[21] De toelichting bij het concept gaat echter niet in op

---

[15] Artikel 36, vierde lid, van de AVG. Dat artikel bepaalt: *"De lidstaten raadplegen de toezichthoudende autoriteit bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking."* Naar het oordeel van de regering verplicht artikel 36, vierde lid, van de AVG decentrale overheden niet tot het vragen van advies over alle decentrale regelgeving. (*Kamerstukken II*, 2017/18, 34851, nr. 3). Dit ligt in dit geval anders, omdat de wezenlijke elementen van de inbreuk pas worden geregeld bij gemeentelijke verordening. Zonder verplichte adviesaanvraag door de gemeente kan in dit specifieke geval – door de wijze waarop het concept is vormgegeven – niet worden beoordeeld of het concept voldoet aan het evenredigheidsbeginsel en daarmee aan de AVG. De AP zal alle verordeningen individueel moeten toetsen, zodra die in concept gereed zijn. Zoals ook AMvB's en regelingen worden getoetst, als er sprake is van delegatie.

[16] Artikel 52, eerste lid, Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie *"Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden."*

[17] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 9 november 2010, C-92/09 en C93/09 (*Volker und Markus Schecke GbR)*, r.o. 74.

[18] HvJ EU 10 maart 2009 C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 *(Hartlauer)*, r.o. 55.

[19] Degenhardt en L.M. Lintzen, "Auswirkungen des Prostituiertenschutzgesetzes auf die Prostitutionsszene in NRW" (Zweite korrigierte Fassung vom 14.05.2019), Dortmund, 2019, paragraaf 4.2.1 en p. 47-49; Y. Bleeker, E. Mulder en W. Korf, "de aard en effecten van prostitutiebeleid", *WODC* 28 januari 2022, p. 51-54. Zie ook het advies van de Afdeling Advisering Raad van State over de Wet regulering sekswerk, *Kamerstukken II* 2020/21, 35715, nr. 4.

[20] De AP heeft eerder vraagtekens gezet bij de geschiktheid van een vergunningplicht voor sekswerkers en de daarmee gepaard gaande landelijke registratie waarbij bijzondere categorieën van persoonsgegevens van sekswerkers worden verwerkt; advies_wet_regulering_sekswerk.pdf (autoriteitpersoonsgegevens.nl) De Afdeling Advisering van de Raad van State heeft bezwaren van dezelfde strekking geuit (*Kamerstukken II* 2020/21, 35715, nr. 4, p. 11-12).

[21] Toelichting, p. 8.

2023052411270007

het verwachte negatieve effect van de voorgenomen gegevensverwerking en hoe dit risico wordt gemitigeerd.

Gelet op het (niet puur hypothetische maar) reële risico dat sekswerkers ten gevolge van een verplichting tot de opgave van persoonsgegevens juist aan het werk zullen gaan in de niet-vergunde branche, en het gebrek aan een beschouwing in de toelichting met betrekking tot dit averechtse effect en de te nemen mitigerende maatregelen, is het naar het oordeel van de AP nog niet aannemelijk geworden dat met het concept het gestelde doel daadwerkelijk kan worden behaald (punt 1 van het toetsingskader).

De AP adviseert om de effectiviteit van het concept te motiveren en daarbij specifiek in te gaan op de effecten van het concept die tegengesteld zijn aan de doelstellingen daarvan en de te nemen mitigerende maatregelen, dan wel af te zien van het concept.

Doelbinding

In de toelichting bij het concept wordt gesteld dat het concept tot doel heeft een veilige en gezonde branche voor sekswerkers te creëren en om illegale prostitutie tegen te gaan.[22]

In het concept en de toelichting wordt deze doelstelling op verschillende manieren omschreven. De considerans stelt dat de verwerking van bijzondere persoonsgegevens wenselijk is in verband met de naleving, het toezicht op de naleving en het handhaven van voorschriften gesteld op grond van artikel 151a Gemeentewet. De toelichting vermeldt dat de doelstelling van artikel 151a is het: *"sturen en sanering van de prostitutiebranche en verbetering van de omstandigheden waaronder in de prostitutiebranche wordt gewerkt"*[23], *"beschermen van de lichamelijk en geestelijke integriteit"*[24], *"treffen van maatregelen op het gebied van hygiëne en van de gezondheid, veiligheid"*[25], *"creëren van een veilige en gezonde branche voor sekswerkers en het tegengaan van illegale prostitutie"*[26] en het *"verbeteren van de maatschappelijke positie van sekswerkers en het tegengaan van misstanden"*.[27]

Het doel waarvoor persoonsgegevens worden verwerkt moet welbepaald en uitdrukkelijk omschreven zijn.[28] De AP merkt op dat niet aan dit vereiste wordt voldaan, omdat het doeleinde voor de gegevensverwerking in het concept en in de toelichting verschillend wordt beschreven.

De AP adviseert het doeleinde voor de gegevensverwerking eenduidig in het concept en in de toelichting te beschrijven.

[22] Toelichting, p. 7.
[23] Toelichting, p. 3-4.
[24] Toelichting, p. 4
[25] Toelichting, p. 5.
[26] Toelichting, p. 7.
[27] Toelichting, p. 8.
[28] Artikel 5, eerste lid, onderdeel b AVG en punt 4 van het toetsingskader.

2023052411120000

Bewaartermijn

Artikel 151a, vijfde lid, onderdeel b bepaalt dat de persoonsgegevens van sekswerkers niet langer worden bewaard dan noodzakelijk is voor het doeleinde van de verwerking, bedoeld in het vierde lid, en uiterlijk vijf jaar na de laatste verwerking worden vernietigd.

Nagenoeg alle handelingen die met persoonsgegevens kunnen worden verricht gelden als verwerking. De bepaling dat gegevens worden verwijderd vijf jaar na de laatste verwerking holt het beginsel van opslagbeperking in feite uit, omdat de termijn van vijf jaar opnieuw kan worden 'herstart' door de gegevens simpelweg te raadplegen. Daarmee lijkt de voorgestelde bewaartermijn eerder op een legitimering van een (te) lange bewaartermijn dan op een waarborg.

De AP adviseert om een bewaartermijn in het concept vast te leggen die de rechten van betrokkenen waarborgt en die termijn te onderbouwen in de toelichting.

Overschrijfverbod

Artikel 151a, vijfde lid, onderdeel a van het concept is een kopie van artikel 9, tweede lid, onderdeel g van de AVG.

Rechtstreeks geldende Europeesrechtelijke bepalingen mogen niet in nationale regelgeving worden overgenomen, tenzij dit noodzakelijk is vanwege een bijzondere reden.[29] Van een bijzondere reden is naar het oordeel van de AP niet gebleken.

De AP adviseert artikel 151a, vijfde lid, onderdeel a uit het concept te schrappen of in de toelichting de meerwaarde van artikel 151a, vijfde lid, onderdeel a uiteen te zetten.

Werklast

Gelet op de bestaande taken van de AP is aannemelijk dat het concept zal nopen tot extra inzet door de AP. Deze extra inzet is nog niet verdisconteerd in de financiering van de AP. Dit zal voorafgaand aan inwerkingtreding op passende wijze door de staatssecretaris van J&V moeten worden geadresseerd, in overeenstemming met de Minister voor Rechtsbescherming als verantwoordelijke bewindspersoon voor de begroting ten laste waarvan de AP wordt gefinancierd.

[29] Artikel 288 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie bepaalt *"Een Verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat."* Zie ook artikel 9.9 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

20230524-1112-0006

AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Datum
23 mei 2023

Ons kenmerk
:

Openbaarmaking van het advies

De AP is voornemens dit advies niet eerder dan na vier weken openbaar te maken op de website www.autoriteitpersoonsgegevens.nl. Behoudens tegenbericht gaat zij ervan uit dat hiertegen geen bezwaar bestaat.

Hoogachtend,
Autoriteit Persoonsgegevens.

Voorzitter