

'Art. 4 Wbp revisited': enkele opmerkingen inzake de toepasselijkheid van de Wet bescherming persoonsgegevens

De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) bevat regels inzake het toepassingsbereik van de wet. Deze regels zijn vervaardigd in art. 4 lid 1 van deze wet, dat luidt:

'Deze wet is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens in het kader van activiteiten van een vestiging van een verantwoordelijke in Nederland.'

In *Computerrecht* 2008, 61² stelt mr. E.M.L. Moerel dat – gegeven de wetstekst – fundamentele discussie mogelijk is over de vraag wanneer de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing is. Moerel verwoordt de hoofdlijn van de interpretatie van het College bescherming persoonsgegevens (CBP) van de regels omtrent het toepasselijk recht als volgt:

*'Het College bescherming persoonsgegevens (CBP), past de Wbp toe als de verantwoordelijke voor een gegevensverwerking in Nederland is gevestigd. Is de verantwoordelijke in een ander land gevestigd, dan past het CBP de Wbp niet toe op gegevensverwerkingen in Nederland door een Nederlandse vestiging van deze buitenlandse verantwoordelijke.'*³

Moerel stelt dat deze toepassing van de regels niet zou stroken met de Europese Privacyrichtlijn⁴ (hierna te noemen: de richtlijn), tot lacunes in rechtsbescherming leidt en het probleem van cumulatie van wetgeving niet voorkomt. Moerel stelt hier een alternatieve interpretatie tegenover:

*'Zonneklaar is dat de Privacyrichtlijn bedoelt de nationale wetten al van toepassing te laten zijn indien een vestiging van een verantwoordelijke in Nederland is gevestigd. De verantwoordelijke zelf hoeft daarvoor niet in Nederland te zijn gevestigd.'*⁵

Moerels oproep om te komen tot een fundamentele discussie over de toepasselijkheid van de Wbp moet gezien worden tegen het licht van de bewoording van de relevante bepalingen in zowel de richtlijn als de wet. De gekozen wetteksten laten ruimte voor verschillende interpretatie. In een dergelijk geval dient te worden uitgegaan van die interpretatie die het meeste recht doet aan de bedoeling van de wetgever, zoals kenbaar uit de wetsgeschiedenis en de systematiek van de wet. Niet-tegenstaande het feit dat het laatste woord daarover uiteindelijk aan de rechter is, acht het CBP het van groot belang om inzichten en ervaringen uit de (rechts)praktijk te kennen en te kunnen betrekken bij de bepaling van die interpretatie die het meest aansluit bij de bedoeling van de wetgever én om daarbij maximale transparantie te betrachten.

Het is ook tegen deze achtergrond dat het CBP met belangstelling heeft kennisgenomen van het artikel van Moerel. Vooropgesteld zij dat ontwikkelingen in de uitvoerings- c.q. rechtspraktijk aanleiding kunnen geven tot bijstelling van het

beleid van de toezichthouder. In de onderstaande reactie wordt gemotiveerd uiteengezet dat daartoe nochtans onvoldoende gronden aanwezig zijn. De toepassingspraktijk van het CBP zal in het licht van de bedoeling van de wetgever en de systematiek van de richtlijn en nationale wet worden geplaatst. De wetgever heeft een groot belang toegekend aan de bepaling van de rol die partijen spelen bij een specifieke verwerking van persoonsgegevens. Zoals onderstaand zal worden uiteengezet heeft dat consequenties voor de interpretatie van de bepalingen inzake het toepassingsbereik van de wet. Ten slotte zal een korte reflectie worden gegeven over de gevolgen van deze en de door Moerel gepropageerde interpretatie voor de rechtsbescherming van burgers, de interne markt en de lasten voor de verantwoordelijken. Het zwaartepunt van dit artikel ligt op de toepasselijkheidsregels binnen de Europese Unie (EU). Gegevensverwerking door verantwoordelijken in derde landen en doorgifte naar derde landen buiten de EU zullen slechts zijdelings aan bod komen.

Doel van de richtlijn

Het doel van de richtlijn is tweeledig. Enerzijds beoogt de richtlijn de interne markt mogelijk te maken door belemmeringen voor het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de EU weg te nemen. Anderzijds heeft de richtlijn tot doel een hoog en gelijkwaardig beschermingsniveau te creëren voor burgers.⁶ Met andere woorden, vrij verkeer van persoonsgegevens binnen de EU en rechtsbescherming staan centraal. Deze twee doelen hangen onderling samen en worden niet boven elkaar gesteld: vrij verkeer van persoonsgegevens wordt mogelijk gemaakt vanwege het feit dat de richtlijn een gelijkwaardig niveau van bescherming creëert binnen de EU. Tegen deze achtergrond dienen de bepalingen inzake het toepasselijk recht te worden uitgelegd.

Doel en hoofdregel toepasselijk recht

Bij het bepalen van het toepasselijk recht van de richtlijn is het klassieke aangrijpingspunt, te weten de plaats waar gegevens zich bevinden, losgelaten. Het voorwerp van regelgeving van de richtlijn is een niet meer aan een bepaalde plaats toe te

1 Mevr. drs. M.A.H. Fontein-Bijnsdorp is internationaal coördinator bij het College bescherming persoonsgegevens.

2 E.M.L. Moerel, 'Back to basics: wanneer is de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing?', *Computerrecht* 2008, 61.

3 A.w., p. 81.

4 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG*, L 281/31.

5 A.w., p. 81 (en vrijwel identiek p. 82). In de toepassing van Moerel is de enkele aanwezigheid van een vestiging (van de verantwoordelijke) in het kader van wiens activiteiten persoonsgegevens worden verwerkt voldoende voor de toepassing van de Wbp. Deze activiteiten kunnen ook elders en/of door andere partijen worden uitgevoerd, zolang ze maar 'in het kader van' een Nederlandse vestiging plaatsvinden. 'In het kader van' wordt hierbij ruim uitgelegd, in ieder geval als 'ten behoeve van' (p. 85) de eigen vestiging, maar lijkt ook te kunnen worden uitgelegd als 'met betrekking tot'.

6 Zie art. 1 richtlijn jo. overweging 3 richtlijn.

schrijven 'gegevensverwerking'. Voor zover een verwerking nog in relatie staat met een bestand, is de toepasselijkheid van de wetgeving niet meer afhankelijk van de plaats waar dit bestand zich bevindt. In plaats daarvan is het aangrijpingspunt van richtlijn en wet 'de plaats waar de verantwoordelijke is gevestigd'.⁷ Deze regeling sluit beter aan bij de informatietechnologische ontwikkeling waarbij gegevens in toenemende mate een immaterieel karakter krijgen en daarmee een plaatsbepaling komen te ontberen. De klassieke regels voor de bepaling van het toepasselijk recht zijn dan niet meer toepasbaar. Zo is niet meer de plaats van de gegevens of het bestand, maar de plaats van vestiging van de verantwoordelijke het aanknopingspunt voor jurisdictie.⁸ In de woorden van de Europese Commissie:

*'(...) the Directive requires Member States (...) to determine the controller's establishment as grounds for an application of the respective Member State's law.'*⁹

In haar eerste evaluatierapport van de richtlijn noemde de Europese Commissie het artikel over het toepasselijk recht 'een van de belangrijkste bepalingen van de richtlijn uit het oogpunt van de interne markt'.¹⁰ Om de interne markt goed te laten functioneren, beoogt het regime van het toepasselijk recht cumulatie van nationale wetgeving evenals lacunes binnen de EU, te voorkomen.¹¹ Immers, binnen de EU is sprake van gelijkwaardigheid van de gegevensbescherming. Ook moeten er geen onnodige beletselen worden opgeworpen voor het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de EU, voor zover dit geen afbreuk doet aan de rechtsbescherming. De richtlijn bevat hiertoe haar eigen 'rule of conflict'.¹² Dit volgt uit overweging 18 en art. 4 van de richtlijn, die de hoofdregel van het toepasselijk recht bevatten. Overweging 18 luidt als volgt:

'Overwegende dat om te voorkomen dat een persoon wordt uitgesloten van de bescherming waarop hij krachtens deze richtlijn recht heeft, alle verwerkingen van persoonsgegevens in de Gemeenschap moeten worden uitgevoerd overeenkomstig de wetgeving van een van de Lid-Staten; dat in dit verband de verwerking die wordt uitgevoerd door een persoon namens de voor de verwerking verantwoordelijke die in een Lid-Staat is gevestigd, door het recht van die Staat dient te worden geregeld.'

De Engelse tekst van het tweede gedeelte van overweging 18 is helderder geformuleerd:

'(...) whereas, in this connection, processing carried out under the responsibility of a controller who is established in a Member State should be governed by the law of that State.'

De eerste regel van art. 4 lid 1 onder a richtlijn luidt:

*'Elke Lid-Staat past zijn nationale, ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde bepalingen toe op de verwerking van persoonsgegevens: a) die wordt verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging op het grondgebied van de Lid-Staat van de voor de verwerking verantwoordelijke.'*¹³

Overweging 18 en art. 4 lid 1 onder a richtlijn stellen met andere woorden dat op elke verwerking binnen de EU het

recht van een van de lidstaten van toepassing moet zijn. Dit is het recht van het land waar de verantwoordelijke voor de verwerking is gevestigd. Op deze wijze worden lacunes en cumulatie van wetgeving voorkomen.¹⁴

De verantwoordelijke is ingevolge art. 2 onder d van de richtlijn 'de natuurlijke of rechtspersoon (...) die (...) het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt'. Bij de beantwoording van de vraag wie de verantwoordelijke is, dient enerzijds te worden uitgegaan van de formeel-juridische bevoegdheid om doel en middelen van de gegevensverwerking vast te stellen, anderzijds – in aanvulling daarop – van een functionele inhoud van het begrip. Dit is ook van toepassing bij concernverhoudingen. De verantwoordelijke is de rechtspersoon onder wiens bevoegdheid de operationele gegevensverwerking plaatsvindt. De ratio is dat de betrokkene in het maatschappelijk verkeer kan weten ten aanzien van wie hij zijn rechten desgewenst kan uitoefenen.¹⁵

Zoals de MvT bij de Wbp ook stelt, blijkt uit de tekst van art. 4 van de richtlijn dat onder het begrip 'vestiging' in de richtlijn wordt verstaan: een of meerdere centra van economische activiteit, die zich in verschillende staten van de Unie kunnen bevinden. Uit overweging 19 van de richtlijn blijkt ook dat niet relevant is of het nu gaat om een bijkantoor of om een dochteronderneming met rechtspersoonlijkheid. De vestiging op het grondgebied van een lidstaat veronderstelt het effectief en daadwerkelijk uitoefenen van activiteiten voor een onbepaalde periode. De rechtsvorm van een dergelijke vestiging, of het nu gaat om een bijkantoor of om een dochteronderneming met rechtspersoonlijkheid, is niet doorslaggevend. In een concreet geval zal dus aan de hand van de feiten moeten worden vastgesteld of sprake is van een vestiging in de zin van de richtlijn en derhalve sprake is van toepasselijkheid van het nationale recht. Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen op dit

7 *Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3. p. 75 (MvT).*

8 *Idem.*

9 'Analysis and impact study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States, technical analysis of the transposition in the Member States', behorende bij Eerste verslag over de toepassing van de Richtlijn gegevensbescherming (95/46/EG), COM/2003/265, 15 mei 2003, p. 6.

10 Eerste verslag over de toepassing van de Richtlijn gegevensbescherming (95/46/EG), COM/2003/265, 15 mei 2003, p. 20.

11 Noot 9, p. 6.

12 Zie hiervoor ook Artikel 29 werkgroep, Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites, WP56, 5035/01/EN/Final, 30 mei 2002, p. 6.

13 De Engelse tekst luidt: 'Each Member State shall apply the national provisions it adopts pursuant to this Directive to the processing of personal data where a) the processing is carried out in the context of the activities of an establishment of the controller on the territory of the Member State.'

14 Overigens ontkent Moerel deze bedoeling niet. In noot 14 (p. 83) stelt zij: 'Opvallend is dat uit de toestandsgeschiedenis van de Privacyrichtlijn blijkt dat de Europese wetgever met art 4 Privacyrichtlijn de bedoeling had om te voorkomen dat eenzelfde gegevensverwerking zou worden beheerst door het recht van meer landen (...) Strikt genomen is dit juist.' Maar Moerel interpreteert de richtlijn niet in deze geest.

15 *Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3. p. 56 (MvT).*

punt is onder meer te vinden in de zaak c-205/84 (*Duitse verzekeringen*).¹⁶

Rol van vestigingen: wie is verantwoordelijk?

Bij het bepalen van het toepasselijk recht moet derhalve in eerste instantie worden vastgesteld wie de verantwoordelijke is voor de specifieke gegevensverwerking, en vervolgens waar de verantwoordelijke voor de betreffende verwerking is gevestigd.¹⁷ Deze hoofdregel is ook van toepassing als meerdere partijen zijn betrokken bij een verwerking. Er moet dan worden gekeken naar de rol die partijen spelen bij de gegevensverwerking en de onderlinge verdeling van verantwoordelijkheden ten aanzien daarvan. Conform overweging 18 van de richtlijn kan in deze context 'verantwoordelijkheid' ook worden uitgelegd in de gebruikelijke zin van *responsibility*. De volgende vragen zijn dan relevant. Welke vestiging beslist over het doel en middelen van de verwerking van persoonsgegevens? Onder wiens bevoegdheid vindt een operationele gegevensverwerking plaats? Aan wie kan de verwerking worden toegerekend en wie heeft de beschikkingsmacht? Speelt een vestiging in dit verband, in de woorden van de werkgroep van Europese privacytoezichhouders, de Artikel 29 werkgroep, een 'relevant role'?¹⁸ Of, wie neemt de 'critical decisions on the processing of personal data'?¹⁹ Deze hoofdregel is ook van toepassing binnen concernverhoudingen. Het is in dit licht dat de nadere uitwerking van de hoofdregel van het toepasselijk recht, verwoord in overweging 19 en het tweede gedeelte van art. 4 lid 1 onder a richtlijn, moeten worden uitgelegd.²⁰ Overweging 19 luidt:

'Wanneer een en dezelfde voor de verwerking verantwoordelijke gevestigd is op het grondgebied van verscheidene Lid-Staten, met name door middel van een dochteronderneming, dient [hij] te waarborgen, in het bijzonder om elke vorm van wetsontduiking te voorkomen, dat elk van de vestigingen voldoet aan de verplichtingen die het nationale recht aan de activiteiten stelt.'

De tweede regel van art. 4 lid 1 onder a richtlijn luidt:

'Wanneer dezelfde verantwoordelijke een vestiging heeft op het grondgebied van verscheidene Lid-Staten, dient hij de nodige maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat elk van die vestigingen voldoet aan de verplichtingen die worden opgelegd door de toepasselijke nationale wetgeving.'

Uit overweging 19 en art. 4 richtlijn volgt dat niet a priori het recht van de plaats van vestiging van de hoofdzetel van toepassing is op de verwerkingen uitgevoerd door de dochterondernemingen. Omgekeerd kan uit overweging 19 echter ook niet, in de lijn van Moerel, worden geconcludeerd dat het recht van het land waar een vestiging (van de verantwoordelijke) gevestigd is, van toepassing is op de verwerkingen in het kader van de activiteiten van die vestiging. Iedere vestiging van een onderneming, inclusief de moederonderneming, zal voor elke verwerking waarbij zij betrokken is moeten bepalen welk recht op die verwerking van toepassing is²¹ door de vraag te beantwoorden wie voor de verwerking verantwoordelijk is, en waar deze is gevestigd. Overweging 19 moet immers worden gelezen in samenhang met overweging 18.

Uit het tweede gedeelte van overweging 18 volgt dat het voor het bepalen van het toepasselijk recht niet relevant bij wie of welke vestiging de verwerking – onder de *responsibility* van de verantwoordelijke – wordt uitgevoerd. Dat de uitvoering van activiteiten door een andere vestiging wordt gedaan dan door de vestiging van de verantwoordelijke, heeft dus geen invloed op het bepalen van het toepasselijk recht. In concreto betekent dit dat het mogelijk is dat er verwerkingen plaatsvinden in het kader van een vestiging van een onderneming in Nederland, waarop de Wbp niet van toepassing is. Deze lijn wordt bevestigd door de Europese Commissie, die stelt dat het mogelijk is dat de nationale wetten van lidstaten:

*'(...) do not apply to processing on their territory if the processing takes place in the context of the activities of an establishment of a controller in another Member State, or to processing by a controller who has its main office on their territory but when the processing takes place in the context of an establishment of that controller in another Member State.'*²²

Voor het bepalen van het toepasselijk recht is tot slot ook de rechtsvorm van de betreffende vestiging niet beslissend. Een Nederlandse branche zonder rechtspersoonlijkheid van een Amerikaanse moeder voldoet naar alle waarschijnlijkheid aan de vereisten voor 'vestiging', en valt tevens binnen de organisatie van het Amerikaanse bedrijf. Daarmee is deze branche een vestiging van dat bedrijf in Nederland. Om te bepalen of het Nederlandse recht van toepassing is op een specifieke verwerking in het kader van de activiteiten van de betreffende vestiging, moet de rol die de branche speelt bij de specifieke verwerking worden vastgesteld, zoals hierboven uiteengezet. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval. Er wordt zo een functionele invulling gegeven aan het toepasselijk recht.²³

Consequenties: rechtsbescherming en vrij verkeer van persoonsgegevens

Bovenstaande benadering, die voor het toepasselijke recht

16 Idem, p. 75.

17 In dit artikel wordt de interpretatie van het begrip 'vestiging' buiten beschouwing gelaten. Wanneer over 'vestiging' wordt gesproken, wordt verondersteld dat aan de door het Europese recht gestelde criteria hiervoor is voldaan.

18 Artikel 29 werkgroep, Opinion on data protection issues related to search engines, WP148,00737/EN, 4 april 2008, p. 10.

19 Artikel 29 werkgroep, Opinion 10/2006 on the processing of personal data by the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (SWIFT), WP128, 01935/06/EN, 22 november 2006, p. 9.

20 Een argument voor de visie dat de tweede zin van art. 4 lid 1 onder a richtlijn moeten worden uitgelegd in het licht van de hoofdregel vervat in de eerste zin van deze bepaling, kan men ook vinden in het feit dat de tweede zin niet apart in Nederland is geïmplementeerd. Beide elementen van art. 4 lid 1 onder a richtlijn zijn vervat in art. 4 lid 1 Wbp.

21 Zie ook Eerste verslag over de toepassing van de Richtlijn gegevensbescherming (95/46/EG), COM/2003/265, 15 mei 2003, p. 20, en Artikel 29 werkgroep, Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites, WP56, 5035/01/EN/Final, 30 mei 2002, p. 6.

22 Noot 9, p. 6.

23 Moerel gebruikt dit voorbeeld ook in haar artikel (zie a.w., p. 86) en hanteert daarbij andere beoordelingscriteria.

aansluit bij de plaats van vestiging van die organisatie(s) die de beslissingsbevoegdheid heeft (hebben) ten aanzien van een verwerking, dient de beide doelen van de richtlijn: rechtsbescherming van burgers en vrij verkeer van persoonsgegevens.

Rechtsbescherming wordt niet bevorderd door zo veel mogelijk Europese nationale privacywetten van toepassing te maken op verwerkingen binnen en buiten de EU. Rechtsbescherming wordt bevorderd doordat de partij die de beslissingsbevoegdheid heeft ten aanzien van een verwerking met betrekking tot een individu door dit individu, of de toezichthouder, effectief kan worden aangesproken op zijn plichten. Deze interpretatie beperkt tevens de cumulatie van wetgeving zo veel mogelijk. Dit draagt bij aan het goed functioneren van de interne markt en voorkomt onnodige lastenverzwaring voor partijen die internationaal willen (samen)werken. Cumulatie van wetgeving wordt met deze interpretatie beperkt tot die situaties, waarbij vestigingen uit meerdere landen verantwoordelijk zijn voor een verwerking. In die gevallen is het ook vanuit het oogpunt van rechtsbescherming gerechtvaardigd dat meerdere nationale wetten van toepassing zijn. Immers, de rechtsbescherming van burgers is ermee gediend, als het recht van toepassing is van het land van die vestiging ten aanzien van wie zij hun recht kunnen halen. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een paar voorbeelden.

Een in Nederland gevestigde afdeling van een Luxemburgse bank heeft enkel tot taak in opdracht van de Luxemburgse bank overzichten van banktransacties te produceren. In de visie van Moerel zou op de productie van de overzichten naast Luxemburgs recht ook Nederlands recht van toepassing zijn. In de door het CBP gevolgde lijn is daarop enkel Luxemburgs recht van toepassing. Op vakantie in Luxemburg opent een Nederlander een rekening bij de Luxemburgse bank. Vervolgens wil de Nederlander aan de hand van een overzicht van zijn banktransacties een overboeking betwisten. Weet hebbende van het filiaal van de Luxemburgse bank in Nederland, meldt hij zich aldaar. Wat betekent Moerels interpretatie dat op de verwerkingen door de Nederlandse vestiging Nederlands recht van toepassing is concreet voor de rechtsbescherming van deze klant? Niets, want de Nederlandse vestiging heeft geen enkele beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de verwerking, ongeacht welk recht van toepassing is. De klant zal zich met zijn klacht moeten richten tot het bedrijf in Luxemburg. Bovendien mag de klant dit ook verwachten aangezien hij immers in Luxemburg de rekening heeft geopend. De situatie zou anders worden indien in Nederland een bankfiliaal van de Luxemburgse bank wordt geopend en de Nederlander bij dit filiaal een rekening neemt. In dat geval is het zeer aannemelijk dat de Wbp van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens in relatie tot de banktransacties. Voor een klant die in Nederland een bankrekening heeft, is dit vanuit het perspectief van rechtsbescherming tevens het meest wenselijk.

Een ander voorbeeld komt uit het artikel van Moerel.²⁴ Het voorbeeld wordt hier toegepast binnen de EU-context: een Italiaanse moederonderneming kent aan een selecte groep van wereldwijde werknemers aandelenopties toe (een 'Share Option Plan'). Hiertoe moet de Nederlandse dochter gegevens van haar werknemers verstrekken aan de Italiaanse moeder, die deze vervolgens gebruikt om te beoordelen of aandelen

worden toegekend. In de door het CBP gegeven interpretatie is op de verwerking door de Italiaanse moeder enkel Italiaans recht van toepassing. Hoe werkt dit in de praktijk uit voor een werknemer? De Nederlandse werkgever is verantwoordelijke onder de Wbp voor de verwerking van persoonsgegevens van zijn werknemer. Op de werkgever ligt derhalve de plicht om persoonsgegevens te verstrekken aan de Italiaanse moeder in overeenstemming met de Nederlandse wet. Als de werknemer meent dat zijn gegevens niet in overeenstemming met de wet zijn verstrekt, kan hij de Nederlandse werkgever onder Nederlands recht aanspreken. Vervolgens ligt de plicht op de Italiaanse moeder om de personeelsinformatie te verwerken op grond van de wet. Ze mag deze gegevens onder meer niet verder verwerken op een manier die onverenigbaar is met het doel waarvoor ze deze had ontvangen. Indien de werknemer hierover een klacht heeft, zal hij zijn recht moeten halen bij de Italiaanse moeder. In de beleidslijn van het CBP zal dan Italiaans recht worden toegepast. In de visie van Moerel zou dan zowel Italiaans recht als Nederlands recht kunnen worden toegepast. De Nederlandse en Italiaanse wet bieden een gelijkwaardig niveau van bescherming. Toepassing van beide privacywetten op de Italiaanse verantwoordelijke zal niet tot een noemenswaardig verschil in uitkomst leiden. Toepassing van beide wetten heeft derhalve geen toegevoegde waarde voor de rechtsbescherming van de betrokkene. Deze benadering verzwart wel de lasten van de onderneming, en onnodige lastenverzwaring zou een belemmering kunnen opleveren voor het vrije verkeer van persoonsgegevens in de EU.

Zelfs indien de Nederlandse dochter in dit voorbeeld zou moeten verstrekken aan een moederbedrijf dat is gevestigd in een derde land buiten de EU, leidt de interpretatie van Moerel tot een onbevredigende uitkomst: Nederlands recht zou in dat geval van toepassing zijn op de verwerking door de moeder in het derde land.²⁵ Deze interpretatie leidt, ten opzichte van de huidige toepassing, tot een grote uitbreiding van de extraterritoriale werking van de Europese wetgeving buiten de Europese Unie.²⁶ Dit betekent ook hier een verzwaring van de lasten voor de betrokken partijen. Moerel is van mening dat er in de huidige toepassing een lacune in rechtsbescherming (buiten de EU) is, wat onwenselijk zou zijn vanuit de beschermingsgedachte van de Wbp. Zij laat daarbij buiten beschouwing dat de richtlijn en de Wbp een stelsel van regels voor doorgifte van persoonsgegevens buiten de EU bevatten. Dit stelsel is juist bedoeld om te voorzien in rechtsbescherming voor die gevallen dat, door doorgifte van persoonsgegevens buiten Europa, de nationale wet niet meer van toepassing is en/of de gegevens buiten de rechtsmacht van de Europese nationale toezichthouders vallen. Bovendien is het vergroten van de toepasselijkheid van de Wbp in derde landen (door middel van een ruimere interpretatie) geen garantie voor naleving, handhaafbaarheid en effectieve rechts-

24 Moerel, a.w., p. 86-87.

25 Dit sluit aan bij het voorbeeld dat Moerel zelf geeft, zie a.w., p. 86-87.

26 Dit is het geval in alle door Moerel gegeven voorbeelden.

bescherming. Ook kan men vraagtekens plaatsen bij de wenselijkheid van een dergelijke uitbreiding.²⁷

Zou de door Moerel bepleite optie van het land-van-oorsprong-beginsel, het volgen van het recht van de Europese hoofdzetel van een onderneming, uitkomst bieden? Dit zou wellicht voor de verantwoordelijken de lasten kunnen verlichten en het vrije verkeer van persoonsgegevens vergemakkelijken, maar heeft vanuit het oogpunt van rechtsbescherming nadelige gevolgen voor de betrokkene. Iemand die in Nederland met een Nederlandse vestiging van een Luxemburgse bank zaken doet, verwacht dat hij dit onder Nederlands recht kan doen. Het toepassen van het recht van het land waar de hoofdzetel van een bedrijf is gevestigd vergroot de onduidelijkheid en complexiteit voor de klant en maakt het ingewikkelder om zijn recht te halen. Ook zal een Nederlandse werknemer van een Nederlandse dochteronderneming van een Fins bedrijf zich voor inzage in zijn medisch dossier bij de arbodienst willen beroepen op Nederlandse regels omtrent inzage, temeer daar dit nauw samenhangt met Nederlandse wetgeving omtrent ziekteverzuim.

Samenvatting en conclusie

De door de wetgever gekozen bewoordingen van de wetteksten over toepasselijk recht laten ruimte voor verschillende interpretatie. In dat geval dient te worden uitgegaan van die interpretatie die het meest recht doet aan de bedoeling van de wetgever, zoals kenbaar uit de wetsgeschiedenis en de systematiek van de wet. Het CBP kent grote waarde toe aan de betekenis van de aan de EU-privacyrichtlijn ten grondslag liggende principes; te weten het waarborgen van rechtsbescherming voor burgers en vrij verkeer van goederen. Dat leidt het CBP tot een interpretatie waarbij doorslaggevende betekenis wordt toegekend aan de rol die partijen spelen bij een specifieke verwerking van persoonsgegevens. Beslissend is welke vestiging verantwoordelijk is voor een specifieke verwerking van persoonsgegevens. Daarmee wordt een functionele invulling gegeven aan het toepasselijk recht. Het enkele feit dat er een 'vestiging' van de verantwoordelijke in Nederland bestaat, wordt daarbij niet van doorslaggevende betekenis geacht.

In de hierboven beschreven voorbeelden heb ik geïllustreerd dat deze interpretatie de voorkeur verdient vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van burgers, het voorkomen van onnodige lastenverzwaring en ten slotte het functioneren van de interne markt. Voor aanpassing van deze lijn is geen aanleiding zolang een alternatieve interpretatie voor het realiseren van bovenomschreven doelen geen aantoonbare voordelen oplevert.

Dit wil niet zeggen dat hiermee het laatste woord is gezegd over de meest wenselijke regeling van het toepasselijk recht bij privacywetgeving. In het bovenstaande is immers alleen ingegaan op de interpretatie binnen de systematiek van de huidige wetgeving. Zowel de Wbp als de EU-richtlijn zal in de komende jaren worden geëvalueerd. Dat biedt een goede gelegenheid om ook buiten de thans door de wetgever gestelde kaders te denken en een discussie aan te gaan over de meest wenselijke wetgeving op het gebied van de regeling van het toepasselijk recht. Dat biedt tevens gelegenheid om inspiratie op te doen in andere rechtsgebieden, zoals het Europese consumentenrecht, het Europese mededingingsrecht

of het recht dat van toepassing is op (het toezicht op) financiële instellingen. Het CBP ziet deze discussie met belangstelling tegemoet.

²⁷ Een andere belangrijke aspect met betrekking tot derde landen is de interpretatie van art. 4 lid 1 onder c van de richtlijn, omgezet in art. 4 lid 2 Wbp. Dit artikel regelt rechtsmacht indien de verantwoordelijke niet in de EU is gevestigd. Art. 4 lid 2 Wbp luidt: 'Deze wet is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens door of ten behoeve van een verantwoordelijke die geen vestiging heeft in de EU, waarbij gebruik wordt gemaakt van al dan niet geautomatiseerde middelen die zich in Nederland bevinden (...)' Moerel stelt dat dit 'artikel alleen van toepassing [is] indien een verantwoordelijke buiten de EU geen vestiging heeft in een van de lidstaten' (a.w., p. 90). Mede op grond van de interpretatie van deze bepaling concludeert Moerel dat er lacunes in rechtsbescherming zijn (buiten de EU). Het CBP hanteert een andere interpretatie van dit artikel, die zijns inziens past binnen de systematiek van de wet. Deze bepaling moet worden geïnterpreteerd in het licht van art. 4 lid 1 onder a richtlijn en art. 4 lid 1 Wbp. Dit leidt ertoe dat het CBP – kortweg – deze bepaling reeds van toepassing acht indien er ten aanzien van een specifieke gegevensverwerking geen vestiging is binnen de EU, die verantwoordelijke is.