

Wetenschappelijk artikel

Reikwijdte Wbp: enige opmerkingen over de uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp

54

Trefwoorden:

art. 4 Wbp, territoriale werkingssfeer Wbp, vestigingsplaats verantwoordelijke

Vorig jaar werd in het tijdschrift *Computerrecht* de discussie geopend over de territoriale werkingssfeer van de Wbp.

De redactie van *P&I* meent dat deze discussie de lezers van *P&I* niet mag ontgaan en heeft Zwenne en Erents verzocht om hun visie hierover op schrift te stellen.

In het desbetreffende artikel in het tijdschrift *Computerrecht* stelt de auteur E.M.L. Moerel het standpunt van het CBP over de toepassing van de Wbp in internationale situaties ter discussie. Het CBP zou art. 4 Wbp zo uitleggen dat de Wbp alleen van toepassing is wanneer de verantwoordelijke in Nederland is gevestigd. Als gegevens worden verwerkt door een vestiging in Nederland van een buitenlandse verantwoordelijke zou de Wbp volgens de toezichthouder niet van toepassing zijn. Deze beperkte uitleg leidt volgens Moerel tot verwarring bij het internationale bedrijfsleven en tot lacunes in de rechtsbescherming.

In een reactie bevestigt het CBP dat art. 4 Wbp door het CBP inderdaad in deze beperkte zin wordt uitgelegd. Het CBP geeft daarbij aan waar zijn standpunt op is gebaseerd en wat daarvoor de overwegingen zijn. De toezichthouder meent dat met deze uitleg het functioneren van de interne markt het best wordt gewaarborgd doordat cumulatie van nationale wetgeving wordt voorkomen. Steun voor zijn standpunt ontleent het CBP aan overweging 18 uit de preambule van de richtlijn en de evaluatie van de Privacyrichtlijn 95/46 (*Computerrecht* 2008/6, 168, p. 285-289). Moerel reageert daarop in een naschrift. Zij zet uiteen dat het CBP selectief bronnen kiest voor de onderbouwing van zijn standpunt. In een uitvoerige analyse gaat zij in op de totstandkomingsgeschiedenis van het desbetreffende artikel in de richtlijn, alsmede op de door het CBP aangehaalde bronnen. Ook bespreekt zij een recente opinie van

de Artikel 29-werkgroep en enige literatuur over de richtlijn. Haar onveranderde conclusie is dat voor de toepasselijkheid van de Wbp het niet noodzakelijk is dat de verantwoordelijke zelf in Nederland is gevestigd (*Computerrecht* 2008/6, 169, p. 290-298).

In deze bijdrage gaan de auteurs nader in op deze discussie en plaatsen zij deze in een breder kader.

1 Inleiding: discussie over de territoriale werking van de Wbp

In het artikel in het tijdschrift *Computerrecht* werd de aanzet gedaan voor een discussie over de territoriale werking van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).² In een uitvoerig betoog zet Moerel uiteen hoe het desbetreffende art. 4, eerste lid, van de wet door het College bescherming persoonsgegevens (CBP) wordt uitgelegd, en hoe het volgens haar zou moeten worden uitgelegd. De kern van haar betoog is dat de tekst van deze bepaling ruimte laat voor zowel een beperkte als een ruimere uitleg. Vervolgens wijst de auteur erop dat de toezichthouder om hem moverende redenen heeft gekozen voor een beperkte uitleg, te weten: een uitleg waarin de wet alleen van toepassing is als een verantwoordelijke zelf is gevestigd in Nederland en dus niet als er slechts sprake is van een vestiging van de verantwoordelijke in Nederland. Deze uitleg strookt niet, zo zet de auteur uiteen, met de bedoeling van de gemeenschapswetgever met de Privacyrichtlijn.³ En daardoor geeft deze uitleg aanleiding tot verwarring bij (vooral) het internationale bedrijfsleven. Ook stelt zij dat de uitleg lacunes doet ontstaan in de bescherming van persoonsgegevens.

Vervolgens gebeurde er iets verrassends. In een uitgebreide reactie op het betoog van Moerel verklaart CBP-medewerkster Fontein-Bijnsdorp dat de toezichthouder inderdaad uitgaat van voornoemde beperkte uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp.⁴ Ook zet zij uiteen waarom de toezichthouder dit doet. Dit is om verschillende redenen opmerkelijk. Allereerst omdat deze uitleg lijkt af te wijken van hoe daarover door veel andere auteurs wordt gedacht. Verder omdat Fontein-Bijnsdorp in haar reactie niet, zoals wel gebruikelijk, het voorbehoud maakt dat de tekst 'op persoonlijke titel' is

1 Gerrit-Jan Zwenne en Chris Erents zijn beiden advocaat bij Bird & Bird te Den Haag. Eerstgenoemde is daarnaast universitair hoofddocent bij eLaw@Leiden, het centrum voor recht in de informatiemaatschappij, van de Universiteit Leiden, alsmede fellow bij het E.M. Meijers Instituut van dezelfde universiteit. De auteurs danken prof. mr. J.M.A. Berkvens, mr. drs. J.H.J. Terstege en dr. L. Mommers voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

2 E.M.L. Moerel, 'Back to basics; wanneer is de Wet bescherming

persoonsgegevens van toepassing?', *Computerrecht* 2008/3, 61, p. 81-91.

3 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* 1995, L 281/31-50.

4 M.A.H. Fontein-Bijnsdorp, 'Art. 4 Wbp revisited: enkele opmerkingen inzake de toepasselijkheid van de Wet bescherming persoonsgegevens', *Computerrecht* 2008/6, 168, p. 285-289.

geschreven. Op grond hiervan mogen wij er daarom wellicht van uitgaan dat het gaat om een onorthodoxe bekendmaking van een beleidsopvatting van het CBP – iets wat doorgaans gebeurt via besluiten en beleidsregels, al dan niet gepubliceerd in de *Staatscourant*.

In een naschrift op deze reactie van het CBP geeft Moerel een uitgebreide nadere onderbouwing van haar betoog.⁵ Daarbij verwijst zij met name naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Privacyrichtlijn en enige stukken van de zgn. Artikel 29-werkgroep.

Deze discussie leent zich voor een nadere analyse, en niet alleen omdat het raakt aan de fundamenteën (of zoals Moerel het zegt: de 'basics') van de wet en de bescherming die deze biedt. Van belang is deze discussie ook omdat deze gaat over hoe ver een toezichthouder kan gaan bij het uitleggen van de wet en welke betekenis daaraan moet worden gehecht. In onze bijdrage plaatsen wij deze discussie, waarvoor wij verwijzen naar de desbetreffende bijdragen in voornoemd tijdschrift, in een breder kader en gaan wij na hoe daarover door verschillende *stakeholders* wordt gedacht. Wij beginnen met een korte uiteenzetting van art. 4, eerste lid, Wbp en hoe dit artikel wordt uitgelegd (§2). Van belang daarbij is dat onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de meer feitelijke vraag welke interpretatie heeft de gemeenschapswetgever werkelijk op het oog gehad en anderzijds de meer normatieve vraag welke uitleg het meest de rechtsbescherming bevordert en het goed functioneren van de interne markt. Vervolgens gaan wij in op de vraag in hoeverre er, gelet de uitleg die wordt gegeven aan het artikel, sprake is van een probleem met betrekking tot de territoriale werking van de wet (§3). In enige afsluitende opmerkingen (§4) geven wij ten slotte onze visie op deze discussie tot dusver.

2 Art. 4, eerste lid, Wbp

Over de uitleg en toepassing van art. 4, eerste lid, van de wet is door verschillende auteurs het nodige gezegd. De meerderheid van deze auteurs lijkt (al dan niet impliciet) uit te gaan van een uitleg waarin sprake is van toepasselijkheid van de wet als er sprake is van een vestiging in Nederland, en niet *per se* als de verantwoordelijke zelf in Nederland is gevestigd. Verder hebben ook het CBP en het overlegorgaan van Europese privacytoezichthouders, de Artikel 29-werkgroep, zich uitgelaten over de territoriale werking van de wet, zij het niet altijd even duidelijk. Wij lopen één en ander af en beginnen bij wat in de wet en de Privacyrichtlijn zelf staat.

2.1 Wat staat er in de wet?

Wat zegt de wet zelf over de territoriale werking van de wet? De tekst van het artikel in de wet is niet bijzonder duidelijk:

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

De vraag die onmiddellijk opkomt is wie of wat zich in Nederland moet bevinden om te kunnen vaststellen dat de wet van toepassing is. Is de wet van toepassing als de activiteiten plaatsvinden in Nederland? Of als de verantwoordelijke zelf in Nederland bevindt? Of ook al als er alleen sprake is van een vestiging in Nederland, zonder dat de verantwoordelijke zelf hier is gevestigd? Als wij ons zouden beperken tot alleen de tekst van de bepaling lijken alle genoemde mogelijkheden te kunnen.

In de parlementaire geschiedenis van de wet wordt dit niet opgehelderd. Integendeel. In de memorie van toelichting wordt de volgende nogal verwarrende (want meerduidige) opmerking gemaakt:

'het aangrijpingspunt van de Wbp is de plaats waar de verantwoordelijke is gevestigd.'

De zinsnede 'de plaats waar de verantwoordelijke is gevestigd' kan op twee manieren worden uitgelegd, namelijk in de zin dat de wet alleen van toepassing is als de verantwoordelijke zelf in Nederland is gevestigd (beperkte uitleg), maar ook in de zin dat er sprake is van toepassing als de verantwoordelijke een vestiging in Nederland heeft (ruimere uitleg). In het laatste geval moet de aangehaalde zinsnede worden begrepen als 'de plaats of plaatsen waar de verantwoordelijke een vestiging heeft'. Op grond van de wettekst is er, wat ons betreft, in elk geval geen reden om *per se* te kiezen voor de eerste, beperkte uitleg.

2.2 Wat zeggen de artikelsgewijze commentaren?

In de uitgaven die een artikelsgewijze toelichting geven op de wet wordt vanzelfsprekend ingegaan op art. 4, eerste lid, Wbp. In de veelgebruikte uitgave *Tekst en Toelichting Wbp* (onder redactie van Hooghiemstra en Nouwt)⁶ wordt de bewuste passage uit de memorie van toelichting geparafraseerd, echter zonder op te helderen of het nou gaat om de vestigingsplaats van de verantwoordelijke zelf of om de plaatsen waar zich vestigingen bevinden. Deze vraag wordt in deze uitgave dus niet beantwoord.

In het wat minder bekende *Compendium Wbp* wordt wel een poging gedaan om de tekst van het artikel enigszins op te helderen. Maar het slaagt daarin niet helemaal. De auteur stelt dat:

'Het Nederlandse recht is niet van toepassing op vormen van gegevensverwerking in Nederland door verantwoordelijken die niet over een dergelijke vaste vestiging in Nederland beschikken.'⁷

Voor het compendium is dus bepalend of de verantwoordelijke al dan niet een 'vaste vestiging in Nederland' heeft: zo ja, dan is de wet van toepassing; zo niet, dan niet. Maar niet helemaal duidelijk is of met de term 'een vaste vestiging in Nederland' wordt bedoeld dat de verantwoordelijke zelf in

5 E.M.J. Moerel, 'Art. 4 Wbp revisited; naschrift De nieuwe WP Opinie inzake Search Engines', in: *Computerrecht* 2008/6, 169, p. 290-298.

6 T. Hooghiemstra en S. Nouwt, *Tekst en toelichting Wet bescherming persoonsgegevens*, 2007, p. 61.

7 J.G. Brouwer, *Compendium Wet bescherming persoonsgegevens. Tekst en toelichting*, 2002, p. 102.

Nederland is gevestigd (beperkte uitleg) of dat een elders gevestigde verantwoordelijke ook een vestiging in Nederland heeft (ruimere uitleg). Wij vermoeden dat de auteur de laatste, dus ruimere uitleg voorstaat, maar zijn daarover niet helemaal zeker.

In het *Handboek Privacy*⁸ wordt het volgende, evenmin eenduidig commentaar gegeven:

'De toepasselijkheid van de wet wordt in eerste instantie beoordeeld aan de hand van de plaats van vestiging van de verantwoordelijke. Is deze in Nederland gevestigd, dan is de Wbp op de *gegevensverwerkingen* [cursivering door ons toegevoegd] van de verantwoordelijke van toepassing. Bevindt zich de vestiging van de verantwoordelijke binnen de Europese Unie, dan is de wetgeving van het land waar de verantwoordelijke is gevestigd van toepassing.'

De onduidelijkheid in deze toelichting zit hem in het gebruik van de meervoudsvorm van 'gegevensverwerkingen' in de tweede zin. Daarmee lijken de auteurs ruimte te laten voor een beperkte uitleg. Dit omdat in hun uitleg niet lijkt te worden uitgesloten dat de Wbp van toepassing is als een Nederlandse verantwoordelijke een verwerking laat doen in het kader van (één van) zijn vestiging(en) in een andere lidstaat. Echter door verder te spreken over 'vestiging van de verantwoordelijke' en 'het land waar de verantwoordelijke is gevestigd' wordt niet duidelijk of de auteurs oog hebben op de lidstaat waar de verantwoordelijke zelf zijn vestiging heeft (beperkte uitleg) of ook op de lidstaten waar hij vestigingen heeft (ruime uitleg).

Het meest helder en uitgesproken zijn Berkvens en De Vries. In de bekende *Leidraad voor de praktijk* (de 'blauwe losbladige') geeft Berkvens de volgende toelichting op art. 4, eerste lid, van de wet:⁹

'Het uitgangspunt van het buitenlandregime is dat het recht van de vestiging [woord gecursiveerd door de auteur] van de verantwoordelijke van toepassing is. Daarbij doet niet ter zake in welk land de verantwoordelijke zijn hoofdkantoor heeft. Indien de verantwoordelijke zijn hoofdkantoor houdt in een andere lidstaat van de EU maar er een vestiging in Nederland op nahoudt is het Nederlandse recht van toepassing op de verwerkingen die aan de Nederlandse vestiging kunnen worden toegerekend. Indien de verantwoordelijke zijn hoofdkantoor heeft in een land buiten de EU geldt ten aanzien van de Nederlandse vestiging en de daaraan toe te rekenen verwerkingen eveneens het Nederlandse recht. Omgekeerd

geldt (op basis van de Richtlijn) binnen de EU dat de verwerkingen die kunnen worden toegerekend aan een Belgische vestiging van een Nederlands bedrijf vallen onder het Belgisch recht.'

Dit commentaar gaat uit van de ruimere uitleg, zij het dat de auteur door het begrip 'toerekening van verwerkingen' een meer genuanceerde benadering niet uitsluit: de Nederlandse privacywet is van toepassing voor zover de verwerkingen kunnen worden toegerekend aan een vestiging in Nederland, ook als de verantwoordelijke zelf elders is gevestigd.¹⁰

In haar aantekeningen bij de Wbp in *Tekst & Commentaar Telecommunicatierecht* laat De Vries er weinig twijfel over bestaan dat volgens haar art. 4, eerste lid, Wbp niet in beperkte zin moet worden uitgelegd:

'De Wbp is ook van toepassing als de verantwoordelijke niet zelf in Nederland is gevestigd, maar in Nederland een vestiging heeft, op voorwaarde dat er sprake is van verwerking van persoonsgegevens in het kader van de activiteiten van die vestiging.'¹¹

Een en ander biedt derhalve per saldo weinig steun voor een beperkte uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp. Voor zover er op deze kwestie wordt ingegaan is er vooral steun te vinden voor een ruimere uitleg, waarin de wet ook van toepassing is als de verantwoordelijke niet zelf in Nederland is gevestigd maar alleen een vestiging heeft.

2.3 Wat staat er in de Privacyrichtlijn?

De Wbp staat niet op zichzelf, want ze vormt de implementatie van de Privacyrichtlijn. Van belang is daarom hoe de gemeenschapswetgever de in art. 4, eerste lid, van de wet geïmplementeerde regel heeft geformuleerd. Op het eerste gezicht lijkt ook de richtlijn op dit punt niet erg duidelijk. In de eerste volzin van art. 4, eerste lid, onder a, van de richtlijn staat dat de wet van toepassing moet zijn op de gegevensverwerkingen die worden gedaan:

'...in het kader van de activiteiten van een vestiging op het grondgebied van de Lid-Staat van de voor de verwerking verantwoordelijke'.

Wij lezen hierin dat de wet van toepassing is als er sprake is van een vestiging van de verantwoordelijke in de lidstaat, ook als de verantwoordelijke niet zelf in de lidstaat is gevestigd. Maar toegegeven moet worden dat deze volzin op zichzelf misschien niet een uitleg uitsluit waarin de wet slechts van toepassing is als de verantwoordelijke zelf in de lidstaat is gevestigd (beperkte uitleg). Voor zover daarover twijfel

8 A. Holleman, J. Nouwt en H.H. de Vries, 'Artikelsgewijs commentaar', in: Holvast e.a. (red.), *Handboek Privacy: Bescherming persoonsgegevens*, update 27, 1300: artikel 4, Kluwer.

9 J.M.A. Berkvens, in: *Wet bescherming persoonsgegevens; Leidraad voor de praktijk*, commentaar bij artikel 4, supplement 3, april 2002.

10 In het naschrift van Fontein-Bijnsdorp is ook een, enigszins verholde, aanwijzing te vinden voor een dergelijke genuanceerde benadering. In haar reactie geeft deze auteur aan dat '[o]m te bepalen of het Nederlandse recht van toepassing is op een spe-

cifieke verwerking in het kader van de activiteiten van de betreffende vestiging, [...] de rol die de branche speelt bij de specifieke verwerking [moet] worden vastgesteld, zoals hierboven uiteengezet. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval.' Aldus M.A.H. Fontein-Bijnsdorp, 'Art. 4 Wbp revisited: enkele opmerkingen inzake de toepasselijkheid van de Wet bescherming persoonsgegevens', *Computerrecht* 2008/6, 168, p. 287.

11 De Vries 2009 (*T&C Telecommunicatierecht e.a.*), art. 4 Wbp, aant. 1, p. 559-560.

bestaat wordt deze echter weggenomen door de daarop volgende volzin in de bepaling:

'...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 de totstandkomingsgeschiedenis van de Privacyrichtlijn kan de bedoeling van de gemeenschapswetgever met niet al te veel moeite worden achterhaald. De analyse van Moerel in haar naschrift laat op dit punt weinig aan duidelijkheid te wensen over.¹² De gemeenschapswetgever kan alleen maar hebben bedoeld dat de wet van toepassing is als er sprake is van gegevensverwerkingen die worden verricht in het kader van activiteiten van een vestiging in Nederland. Waar het dus om gaat is of er in Nederland sprake is van een vestiging én of er gegevens worden verwerkt in het kader van activiteiten van die vestiging. Of de verantwoordelijke zelf in Nederland is gevestigd, is daarbij niet direct van belang.

Ook de richtlijn biedt derhalve weinig grond voor een andere uitleg dan dat de Wbp van toepassing is als er sprake is van een vestiging in Nederland, ook als de verantwoordelijke zelf elders in de Europese Unie is gevestigd.

2.4 Wat wordt (verder) in de literatuur gezegd?

Voor zover wij hebben kunnen nagaan, gaan de meeste auteurs¹³ die direct of indirect over dit onderwerp hebben geschreven ervan uit dat de Wbp van toepassing is als er sprake is van een vestiging in Nederland, ook als de verantwoordelijke zelf misschien elders in de EU is gevestigd. Veel auteurs doen dat impliciet. Met name Blok¹⁴ problematiseert de uitleg van art. 4 Wbp als zodanig door expliciet te stellen

dat de Privacyrichtlijn weinig houvast biedt bij het beantwoorden van de vraag wanneer gegevensverwerking plaatsvindt in het kader van de activiteiten van een vestiging. De auteur analyseert de bepaling en komt op basis daarvan tot de zo-even gegeven, ruimere uitleg van het artikel. Andere auteurs, zoals Terstegge,¹⁵ Cuipers,¹⁶ Thijssen¹⁷ De Vries¹⁸ alsook Berkvens¹⁹ lijken uit te gaan van een ruimere uitleg.²⁰

Een en ander betekent evenwel niet dat alle auteurs zich kunnen vinden in de implicaties van deze ruimere uitleg. Vrijwel allemaal duiden zij deze uitleg als problematisch. Dit vooral omdat verantwoordelijken als gevolg daarvan te maken kunnen hebben met een meervoudige toepassing van nationale privacywetten:²¹ een multinational met vestigingen in meerdere lidstaten moet zich houden aan evenveel nationale privacywetten. Voor dit probleem worden verschillende praktische (deel)oplossingen aangedragen, maar geen daarvan betreft een beperkte uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp. Wij gaan daar in het vervolg (par. 3) verder op in.

2.5 Wat zegt de Artikel 29-werkgroep?

Het overlegorgaan van nationale privacytoezichthouders in de Europese Unie, de Artikel 29-werkgroep heeft zich meerdere keren uitgelaten over de territoriale werking van nationale privacywetten. In haar opinies lijkt evenwel niet altijd te worden uitgegaan van dezelfde uitleg. De werkgroep staat soms, zo lijkt het, een beperkte uitleg van art. 4 van de richtlijn voor, maar soms ook een ruimere uitleg. In haar opinie over de verwerking van persoonsgegevens door SWIFT lijkt de werkgroep ervoor te hebben gekozen om uit te gaan van de toepasselijkheid van het recht van het land waar de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke is gevestigd (beperkte uitleg). Althans, in deze complex casus²² komt de werkgroep tot de conclusie dat Belgisch recht van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens door SWIFT, omdat het hoofdkantoor in België alle cruciale beslissingen

12 Zie E.M.J. Moerel, 'Art. 4 Wbp revisited; naschrift De nieuwe WP Opinie inzake Search Engines', *Computerrecht* 2008/6, 169, p. 290-298.

13 Een uitzondering betreft mogelijk: L.B. Sauerwein en J.J. Linne-mann, *Handleiding voor verwerkers van persoonsgegevens*, 2002, p. 15. Deze auteurs parafraseren de memorie van toelichting, waarvan wij al hebben vastgesteld dat die niet uitblinkt in helderheid maar waaruit niettemin niet *per se* moet worden afgeleid dat voor een beperkte uitleg is gekozen.

14 P.H. Blok, 'Privacybescherming in alle staten', *Computerrecht* 2005/6, 45, p. 297-304, m.n. p. 299.

15 J.H.J. Terstegge, 'Home Country Control – Improving privacy compliance and supervision', *P&I* 2002, p. 257-259.

16 C. Cuijpers, 'Evaluatie van de Richtlijn', in: *Privacy Concerns*, 2003, p. 114.

17 M.B.J. Thijssen, 'Grensoverschrijdend gegevensbeschermingsrecht', in: *P&I* 2005, nr. 3, p. 110-113.

18 De Vries 2009 (*T&C Telecommunicatierecht e.a.*), art. 4 Wbp, aant. 1, p. 559-560, 2009.

19 J.M.A. Berkvens, in: *Wet bescherming persoonsgegevens; Leidraad voor de praktijk, commentaar bij artikel 4*, supplement 3, april 2002.

20 In het handboek 'Privacyregulering in theorie en praktijk' wordt in de vierde druk (2007) door Terstegge (p. 68-69) aangehaakt bij de ruimere uitleg. Minder helder zijn J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens in de derde druk (2002): 'De Wbp stelt dat de Nederlandse

bepalingen worden toe(ge)past, indien de verwerking van persoonsgegevens wordt verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging van een verantwoordelijke in Nederland' en 'Uit het bovenstaande blijkt dat ten aanzien van de vraag welk recht van toepassing is in eerste instantie wordt aangehaakt bij de vestigingsplaats van de voor de verwerking verantwoordelijke. Indien deze plaats zich buiten de Gemeenschap bevindt, wordt aangeknoopt bij de plaats waar de verwerking plaatsvindt.' (p. 100.)

21 Met 'de nationale privacywet' bedoelen wij, overeenkomstig het enigszins misleidende maar wel ingeburgerde taalgebruik, de wet waarmee de Privacyrichtlijn in nationaal recht is omgezet.

22 SWIFT is een wereldwijd opererende dienstverlener voor financieel berichtenverkeer ten behoeve van internationale geldoverboekingen. Gedurende 124 dagen slaat SWIFT al haar berichten op in twee verwerkingscentra die zijn gevestigd in de EU en in de VS. Daarnaast heeft SWIFT vestigingen in diverse EU-lidstaten. Naar aanleiding van de aanslagen in de VS in september 2001 vorderen de Amerikaanse autoriteiten toegang tot de berichtgegevens. Het hoofdkantoor van SWIFT, dat in België is gevestigd, onderhandelt met de Amerikaanse autoriteiten en stemt ermee in dat deze toegang verkrijgen tot de berichtgegevens.

neemt omtrent de verwerking.²³ De werkgroep gaat daarbij niet in op vraag of de gegevens worden verwerkt in het kader van de vestigingen. Het is voor de werkgroep niet relevant dat ook in andere EU-lidstaten persoonsgegevens door SWIFT worden verwerkt. Als deze gegevens worden verwerkt in het kader van vestigingen in de andere EU-lidstaten zou, uitgaande van een ruimere uitleg, het recht van deze lidstaten van toepassing zijn.

Echter in een minder recente opinie over de toepasselijkheid van de Privacyrichtlijn op niet-EU-websites²⁴ wringt de werkgroep zich in verschillende, niet helemaal geloofwaardige bochten om in art. 4, eerste lid, onder a, van de richtlijn een zogenaamd land-van-oorsprongbeginsel te lezen. En in haar recente opinie over internetzoekmachines²⁵ komt de werkgroep tot de conclusie dat voor toepasselijkheid van art. 4, eerste lid, onder a, van de richtlijn niet noodzakelijk is dat de verantwoordelijke op het grondgebied van de EU is gevestigd maar volstaat een vestiging in het kader waarvan gegevensverwerking plaatsvindt.

Aan de opinies van de werkgroep kunnen dus zowel argumenten voor een ruimere als een beperktere uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp respectievelijk art. 4, eerste lid, onder a, van de richtlijn worden ontleend. Uitgaande van de meest recente opinie ligt het voor de hand om aan te nemen dat de Artikel 29-werkgroep thans van opvatting is dat een ruimere uitleg moet worden gehanteerd.

2.6 En wat vindt het CBP?

Het standpunt van het CBP over de uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp was tot voor kort niet duidelijk. Uit de uitlatingen die het CBP in het openbaar heeft gedaan, maakten wij in eerste instantie op dat het (nog) niet de principiële keuze heeft willen maken voor een beperkte uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp. In haar betoog verwijst Moerel naar enige op de website van het CBP te vinden publicaties²⁶ waaruit volgens deze auteur zou kunnen worden opgemaakt dat de toezichthouder uitgaat van een beperkte uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp. Ons overtuigen deze publicaties echter niet. Voor zover het al gaat om stukken van het CBP²⁷ zijn daarin welbeschouwd alleen parafrazeringen te vinden van de parlementaire geschiedenis van de wet.²⁸ En daarvan hadden wij al vastgesteld dat deze niet uitblinkt in helderheid en (dus) niet *per se* steun biedt

voor de opvatting dat de wetgever heeft gekozen voor een beperkte uitleg.

Op basis van een en ander leek derhalve te kunnen worden volgehouden dat het CBP geen standpunt heeft ingenomen. En dat er dus wellicht slechts sprake is van een enigszins academische, haast semantische discussie over de betekenis van de zinsnede 'de plaats waar de verantwoordelijke is gevestigd' in het wetsartikel. Wat ons betreft doet daar niet aan af dat de toezichthouder – kennelijk – in enige door Moerel genoemde ongepubliceerde correspondentie wel zou uitgaan van een beperkte uitleg. Het is (ons) niet duidelijk wat het CBP precies heeft gezegd in deze correspondentie, en hoe of waarom hij dat heeft gedaan. En daarbij kwam het ons niet logisch voor dat het CBP dergelijke voor de praktijk zeer relevante beleidsuitgangspunten niet algemeen bekend zou maken, bijvoorbeeld door deze correspondentie (zodanig geanonimiseerd) te publiceren op zijn website. Wat ons betreft kan daaraan dan ook geen, of in elk geval geen overwegende, betekenis worden toegekend.

Al met al zou dat een reden kunnen zijn om, vooralsnog, ervan uit te gaan dat het CBP, mede gelet op de door hem gepubliceerde uitlatingen, niet heeft gekozen voor genoemde beperkte uitleg. Echter, dat bleek al snel na de publicatie in het tijdschrift *Computerrecht* niet meer houdbaar. In een uitvoerige reactie op het betoog van Moerel geeft de toezichthouder voor het eerst onomwonden aan hoe hij vindt dat art. 4, eerste lid, Wbp moet worden uitgelegd.²⁹ Het blijkt dat het CBP zich (inderdaad) op het standpunt stelt dat het art. 4, eerste lid, Wbp in beperkte zin uitlegt. Dit omdat deze uitleg naar zijn mening 'het meest recht doet aan de bedoeling van de wetgever'. En ook omdat deze uitleg volgens hem:

'de voorkeur verdient vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van burgers, het voorkomen van onnodige lastenverzwaring en ten slotte het functioneren van de interne markt.'³⁰

Om dit standpunt te onderbouwen verwijst de toezichthouder naar overweging 18 en 19 in de Privacyrichtlijn, alsmede naar het Eerste Evaluatierapport van de Europese Commissie over de richtlijn,³¹ één citaat uit de voorbereidende stukken bij dit Evaluatierapport,³² de memorie van toelichting bij de Wbp³³ en enkele publicaties van de Artikel 29-werkgroep.

23 Groep Gegevensbescherming artikel 29, WP 128, advies 10/2006 over de verwerking van persoonsgegevens door de Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (SWIFT) goedgekeurd op 22 november 2006, zie paragraaf 2.2.

24 Groep Gegevensbescherming artikel 29, WP 56, Werkdocument betreffende de internationale toepassing van de gegevensbeschermingswetgeving van de EU op de verwerking van persoonsgegevens op internet door websites van buiten de EU, goedgekeurd op 30 mei 2002, zie paragraaf 2.

25 Groep Gegevensbescherming artikel 29, WP 148, advies 1/2008 over gegevensbescherming en zoekmachines, goedgekeurd op 4 april 2008, zie paragraaf 4.1.2.

26 E.M.L. Moerel, 'Back to basics; wanneer is de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing?', *Computerrecht* 2008/3, 61, zie voetnoot 21 in die tekst.

27 Sauerwein en Linnemann hebben hun handleiding in opdracht van het Ministerie van Justitie geschreven.

28 Dit geldt ook voor de niet door Moerel aangehaalde publicatie van D. Alonso Blas, Nota derde Landen. *De doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen in het kader van de WBP*, College bescherming persoonsgegevens 2003, p. 6.

29 M.A.H. Fontein-Bijnsdorp, 'Art. 4 Wbp revisited: enkele opmerkingen inzake de toepasselijkheid van de Wet bescherming persoonsgegevens', *Computerrecht* 2008/6, 168, p. 285-289.

30 M.A.H. Fontein-Bijnsdorp, 'Art. 4 Wbp revisited: enkele opmerkingen inzake de toepasselijkheid van de Wet bescherming persoonsgegevens', *Computerrecht* 2008/6, 168, p. 289.

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

32 Analysis and impact study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States, technical analysis of the transposition in the Member States.

33 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3.

Uit deze, voor ons toch verrassende reactie van het CBP op het betoog van Moerel blijkt dus dat de toezichthouder inderdaad art. 4, eerste lid, Wbp in beperkte zin uitlegt, in die zin dat de wet alleen dan van toepassing is als de verantwoordelijke zelf in Nederland is gevestigd.³⁴

2.7 Wat moeten wij daarvan vinden?

Het CBP lijkt in Nederland en voor zover wij overzien in de rest van de Europese Unie³⁵ alleen te staan in zijn keuze om uit te gaan van een beperkte uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp. In elk geval noemt het geen overtuigende en gezaghebbende bronnen (auteurs, andere privacytoezichthouders enz.) die duidelijk en rechtstreeks steun bieden voor zijn standpunt. De door de toezichthouder gegeven onderbouwing is uitgebreid, maar berust op niet veel meer dan een doelredenering ter ondersteuning waarvan het in enige beleidsstukken, met name het Eerste Evaluatierapport van de Commissie en enkele teksten van de Artikel 29-werkgroep, enkele argumenten heeft kunnen aanwijzen.

Onze conclusie, en naar wij vermoeden die van de in het voorgaande genoemde andere auteurs,³⁶ is dat de gemeenschapswetgever een duidelijke keuze heeft gemaakt. Anders dan bijvoorbeeld bij de Richtlijn inzake elektronische handel (2001/31/EG)³⁷ heeft hij uitdrukkelijk niet gekozen voor het land-van-oorsprongbeginsel, waarbij alleen de wet zou gelden van het land waar de verantwoordelijke is gevestigd. In plaats daarvan gaat hij uit van meervoudige toepassing als er sprake is van vestigingen in verschillende lidstaten. Als een verantwoordelijke in verschillende lidstaten vestigingen heeft, zijn de nationale privacywetten van de onderscheiden landen van toepassing.

Wij stellen dan ook, met Moerel³⁸ en wellicht met de in het voorgaande genoemde andere auteurs, vast dat de door het CBP voorgestane beperkte uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp onhoudbaar is. Wij hebben waardering voor de creativiteit van de door de toezichthouder opgebouwde argumentatie. Ook hebben wij sympathie voor de intentie van het CBP om cumulatief van wetgeving zo veel mogelijk tegen te gaan en administratieve lasten te verminderen.³⁹ Maar dat allemaal is toch onvoldoende om in te gaan tegen de bedoeling van de (gemeenschaps)wetgever.

Daarbij komt dat de door het CBP gehanteerde beperkte uitleg misschien reële uitvoeringsproblemen oplost, maar tegelijkertijd ook gaten laat vallen in de rechtsbescherming die de wet beoogt te bieden. In haar betoog geeft Moerel een voorbeeld van een internationale klokkenluidersregeling, op grond waarvan persoonsgegevens door een Nederlandse

vestiging worden verstrekt aan een in de VS gevestigde verantwoordelijke. Dit geval is van belang omdat daaruit duidelijk wordt wat de implicaties kunnen zijn van de beperkte dan wel de ruime uitleg. Moerel betoogt dat in de beperkte uitleg deze verstrekking niet onder de Wbp lijkt te vallen:

'de verantwoordelijke is gevestigd buiten Nederland [en] [o]mdat de verantwoordelijke wel een vestiging heeft in Nederland is art. 4 lid 2 Wbp ook niet van toepassing'.⁴⁰

Uit de doorgifteadviespraktijk van het CBP is een voorbeeld⁴¹ bekend dat vergelijkbaar is met dit geval. Het betreft een vergunningsaanvraag (o.g.v. art. 77, tweede lid, Wbp) voor doorgifte van persoonsgegevens naar de Verenigde Staten in het kader van een zgn. kliklijn, die de verantwoordelijke op grond van Amerikaanse wetgeving (Sarbanes-Oxley) moest invoeren in haar gehele onderneming. Over zo een vergunningaanvraag moet het CBP de Minister van Justitie adviseren. In het onderhavige geval gaat het CBP in zijn advies niet in op de vraag of de Wbp wel van toepassing is, zodat de vraag blijft bestaan welke overwegingen aangaande de toepasselijkheid van de Wbp het CBP heeft gehad bij dit advies over de doorgifte van persoonsgegevens in het kader van kliklijnen en klokkenluidersregelingen. Was de toezichthouder van mening dat de Nederlandse vestiging, aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, gezien moest worden als verantwoordelijke voor de betreffende doorgifte? Of heeft het CBP überhaupt niet stilgestaan bij de mogelijkheid dat de Wbp niet van toepassing zou kunnen zijn? Het zijn intrigerende vragen, waarop wij het antwoord niet in het desbetreffende advies terugvinden.

Fontein-Bijnsdorp gaat niet in op deze vragen maar merkt wel op dat Moerel voorbijgaat aan het feit dat de Wbp een stelsel bevat van regels voor doorgifte van persoonsgegevens buiten de EU.⁴² Echter, voor de vraag of de wet überhaupt van toepassing is, zijn de doorgiferegels als zodanig niet relevant. In haar naschrift reageert Moerel dan ook terecht door te stellen dat de doorgiferegels geen uitkomst bieden omdat die pas aan de orde komen nadat is vastgesteld dat de Wbp van toepassing is.⁴³

Verder achten wij de beperkte uitleg van het CBP problematisch omdat deze, voor zover wij overzien, niet wordt gevolgd door privacytoezichthouders in andere lidstaten en dus afbreuk doet aan de door de richtlijn beoogde harmonisatie. Het gevolg is dat het CBP zodoende misschien wel een oplossing heeft gevonden voor het probleem van meervoudige toepassing van privacywetgeving, maar tegelijkertijd

34 Dit blijkt duidelijk uit de opmerkingen in voetnoot 5 van M.A.H. Fontein-Bijnsdorp, 'Art. 4 Wbp revisited: enkele opmerkingen inzake de toepasselijkheid van de Wet bescherming persoonsgegevens', *Computerrecht* 2008/6, 168, p. 285.

35 Vgl. E.M.J. Moerel, 'Art. 4 Wbp revisited; naschrift De nieuwe WP Opinie inzake Search Engines', *Computerrecht* 2008/6, 169, p. 81.

36 Zie par. 2.4 van deze bijdrage.

37 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEG* 2000, L 178/1-16.

38 E.M.J. Moerel, 'Art. 4 Wbp revisited; naschrift De nieuwe WP Opinie inzake Search Engines', *Computerrecht* 2008/6, 169, p. 295.

39 M.A.H. Fontein-Bijnsdorp, 'Art. 4 Wbp revisited: enkele opmerkingen inzake de toepasselijkheid van de Wet bescherming persoonsgegevens', *Computerrecht* 2008/6, 168, p. 288.

40 E.M.L. Moerel, 'Back to basics; wanneer is de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing?', *Computerrecht* 2008/3, 61, paragraaf 3.5.

41 CBP, Advies vergunningaanvraag ex art. 77 lid 2 Wbp, z2004-1233, 16 januari 2006.

42 M.A.H. Fontein-Bijnsdorp, 'Art. 4 Wbp revisited: enkele opmerkingen inzake de toepasselijkheid van de Wet bescherming persoonsgegevens', *Computerrecht* 2008/6, 168, p. 288.

43 E.M.J. Moerel, 'Art. 4 Wbp revisited; naschrift De nieuwe WP Opinie inzake Search Engines', *Computerrecht* 2008/6, 169, p. 296.

nieuwe problemen doet ontstaan, te weten onduidelijkheid over de territoriale werking van de wet en het afwijken van de in andere lidstaten gehanteerde uitgangspunten. Een en ander kan moeilijk worden gezien als een bijdrage aan de totstandkoming van de interne markt – en dat is toch een van de twee hoofddoelstellingen van de Privacyrichtlijn en de privacywet.⁴⁴

3 Meervoudige toepassing: probleem en oplossingen

In het voorgaande⁴⁵ bleek dat het CBP vooral heeft gekozen voor een beperkte uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp om te voorkomen dat een multinationale verantwoordelijke met vestigingen in verschillende lidstaten zich zou moeten houden aan de privacywetten van al deze lidstaten. De vraag is dan of deze meervoudige toepassing tot problemen leidt en vervolgens of het CBP er goed aan doet deze te adresseren door zijn keuze voor een beperkte uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp. In deze voorlaatste paragraaf van deze bijdrage gaan wij daar op in.

In haar betoog gaat Moerel zelf niet uitvoerig in op de nadelen van de door haar voorgestane ruimere uitleg, waarin de Wbp al van toepassing is als er sprake is van een vestiging in Nederland zonder dat de verantwoordelijke zelf alhier is gevestigd. Wel geeft zij aan dat deze uitleg leidt tot een ook volgens haar als problematisch te kwalificeren:

'uitbreiding van de verplichtingen van de verantwoordelijke in de vorm van cumulatie van toepasselijke wetgevingen'.⁴⁶

Zij geeft dan ook aan een voorstander te zijn van de invoering van het land-van-oorsprongbeginsel.⁴⁷ Daarin staat zij niet alleen. Volgens andere auteurs zoals Blok, Terstegge en Cuijpers leidt de meervoudige toepassing van nationale privacywetten die het gevolg is van een ruimere uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp tot praktische problemen. Blok wijst erop dat verantwoordelijken rekening moeten houden met de privacywetgeving van diverse lidstaten, wat problematisch is omdat deze, ondanks de beoogde harmonisering vergaand uiteenlopen. Ook wijst hij erop dat er sprake is van

'onnodige cumulatie van bureaucratische verplichtingen zoals de meldingsplicht'.⁴⁸

Als praktische deeloplossing stelt hij dan ook een gecentraliseerd (Europees) meldingsregister voor.

Terstegge wijst erop dat meervoudige toepassing tot grote kosten leidt. Hij sluit zelfs niet uit dat het voldoen aan verschillende nationale privacywetten onmogelijk is. In ieder geval leidt het tot *compliance* problemen en wat hij plastisch aanduidt als een '*massive administrative burden*'.⁴⁹ Hij pleit dan ook voor de invoering van een land-van-oorsprongbeginsel (zgn. *home country control*), zij het dat dit dan wel op genuanceerde wijze zou moeten worden toegepast.⁵⁰

Ook Cuijpers wijst op het kostenaspect. Zij spreekt over een 'onnodige belasting' door de onduidelijkheid die bestaat over het toepasselijk recht en het feit dat verschillende nationale privacywetten van toepassing zijn.⁵¹ Evenals Terstegge staat zij invoering van een land-van-oorsprongbeginsel voor. In aanvulling daarop pleit zij voor een systeem van wederzijdse erkenning waarbij slechts één toezichthouder, namelijk die van het land van oorsprong (*home country*), toeziet op de verwerking van persoonsgegevens door een bepaalde organisatie, op het grondgebied van de gehele Europese Unie.

Wij sluiten ons aan bij deze auteurs. De praktijk wijst uit dat verantwoordelijken moeite hebben en extra kosten moeten maken als het nodig is om zich te verdiepen in de naleving van verschillende nationale privacywetten. Zoals gezegd hebben wij, in zoverre zeker sympathie voor de poging van het CBP om cumulatie van wetgeving (zo veel mogelijk) tegen te gaan.

In essentie moeten de problemen die het CBP wil adresseren door zijn beperkte uitleg van art. 4 eigenlijk worden gekwalificeerd als harmoniseringsproblemen. Immers, als de harmonisatie beter was geslaagd, zou het niet heel veel moeten uitmaken welke nationale privacywet (of -wetten) van toepassing is (of zijn). Overal gelden dan dezelfde rechten en plichten. En waar er zich toch nog problemen voordoen, zouden die voornamelijk nog kunnen worden opgelost door procedures te stroomlijnen en door een verbeterde samenwerking van toezichthouders. Wat ons betreft moet voornamelijk – dat wil zeggen zolang de richtlijn niet is aangepast – langs deze lijnen worden gezocht naar deeloplossingen.

Een voorbeeld betreft het vereenvoudigen c.q. harmoniseren van de wijze waarop de meldplicht van art. 18 richtlijn en art. 27, eerste lid, Wbp wordt nageleefd. Door het CBP is daarvoor al eens voorgesteld om te komen tot een eenvormig in alle lidstaten te gebruiken standaardmeldformulier.⁵² Het komt ons voor dat dit niet heel moeilijk kan zijn, zeker nu toezichthouders toch al, in het kader van de Artikel 29-

44 Vgl. overw. 3 van de Privacyrichtlijn en uiteraard art. 1 daarvan.

45 Par. 2.6 van deze bijdrage.

46 E.M.L. Moerel, 'Back to basics; wanneer is de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing?', *Computerrecht* 2008/3, 61, p. 81.

47 E.M.L. Moerel, 'Back to basics; wanneer is de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing?', *Computerrecht* 2008/3, 61, p. 85.

48 P.H. Blok, 'Privacybescherming in alle staten', in: *Computerrecht* 2005/6, 46, p. 300.

49 J.H.J. Terstegge, 'Home Country Control – Improving privacy compliance and supervision', *P&I* 2002, p. 257; zie ook: G.-J.

Zwenne et al, *Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens*, Ministerie van Justitie, december 2007, p. 68.

50 Aldus de toelichting die wij per e-mail ontvingen van de auteur. Een uiteenzetting van deze interessante gedachte zal hij wellicht nog uitwerken in een bijdrage voor dit tijdschrift.

51 C. Cuijpers, 'Evaluatie van de Richtlijn', in: *Privacy Concerns*, NVvIR 2003, p. 114.

52 CBP Brief aan Minister van Justitie, 7 december 2004, z2004-1086; zie daarover G.-J. Zwenne et al, *Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens*, Ministerie van Justitie, december 2007, p. 70.

werkgroep geregeld met elkaar overleggen. En als privacy-toezichthouders dan toch zo'n eenvormig meldformulier ontwikkelen, kan het evenmin erg ingewikkeld zijn om een minimumlijst op te stellen van de verwerkingen die (in beginsel) in alle lidstaten zouden moeten worden uitgezonderd van de meldplicht. Zeg maar harmonisering van het Vrijstellingsbesluit.⁵³ Het lijkt ons alleszins mogelijk en, gelet op de verminderde administratieve lasten, hoe dan ook de moeite waard om te proberen.

Er zijn wellicht nog meer praktische oplossingen te bedenken om de bestaande gebrekkige harmonisatie van privacywetgeving in de EU verder te stroomlijnen. Op termijn is er veel voor te zeggen om te komen tot een (eenduidig) land-van-oorsprongbeginsel, maar die oplossing is uiteraard voorbehouden aan de gemeenschapswetgever. Een privacy-toezichthouder zal zich moeten beperken tot voornoemde verbeterde samenwerking en stroomlijning van procedures, en wellicht nog andere oplossingen van praktische aard.

4 Ter afsluiting

Er kan en zal ongetwijfeld nog veel meer worden gezegd over deze discussie. In deze bijdrage komen wij evenwel tot een afronding. De Wbp bevat veel open en vage normen en abstracte, algemene begrippen. Dat is op zichzelf niet *per se* verkeerd, als het al niet onvermijdelijk is.⁵⁴ Open normen zijn de middelen waarmee de wetgever regels stelt voor de situaties die hij nog niet of beperkt kan overzien. En juist als het gaat om zo iets dynamisch als het gebruik van geautomatiseerde verwerkingsmiddelen is er veel voor te zeggen om gebruik te maken van normen en begrippen die al naar gelang de concrete situatie en feitelijke omstandigheden kunnen worden ingevuld en toegepast. Een gevolg van het gebruik van dergelijke normen is dat de wet daardoor algemeen wordt ervaren als moeilijk, ingewikkeld en lastig of zelfs niet uitvoerbaar.⁵⁵

Waar het gaat om art. 4, eerste lid, van de wet heeft de wetgever evenwel niet bedoeld om de norm een open en vaag karakter te geven. Het is dan ook verrassend (om niet te zeggen: verbazend) dat juist de uitleg van die norm, meer dan tien jaar na de totstandkoming van de richtlijn en bijna zeven jaar na de inwerkingtreding van de Wbp, door toedoen van de toezichthouder toch nog aanleiding geeft tot een fundamentele discussie. Uiteraard doet dat niet af aan het belang van deze discussie. In haar reactie maakt Fontein-Bijnsdorp in alle bescheidenheid de terechte opmerking dat het laatste woord aan de rechter is. Wij hopen toch dat het, gelet op de duur en kosten van gerechtelijke procedures, niet nodig is dat daarover tot en met het Hof van Justitie wordt geprocedeerd.

Hoe dan ook, zoals gezegd, het gaat ook ons meer dan een stap te ver dat de privacytoezichthouder, via een eigen en per saldo door maar weinigen gedeelde uitleg van wet en richtlijn, een poging doet om te komen tot een oplossing van het probleem van de cumulatie van nationale privacywetten –

wat er ook valt te zeggen over de effectiviteit van die oplossing.

Daarbij hebben wij twijfels over de door de toezichthouder gevolgde procedure. Het geeft te denken dat beleidsopvattingen over zo iets fundamenteels als de territoriale werking van de wet aanvankelijk alleen in niet gepubliceerde correspondentie blijken te zijn vastgelegd. Wat ons betreft is de belangrijkste uitkomst van deze discussie tot dusver dan ook dat het CBP openheid van zaken heeft gegeven en duidelijk heeft gemaakt wanneer volgens hem de wet van toepassing is, en wanneer niet.

Wat een verantwoordelijke daarmee moet is natuurlijk wel de vraag. Hij zou zich wellicht kunnen beroepen op een gerechtvaardigd vertrouwen c.q. het vertrouwensbeginsel. In voorkomend geval zou hij dan kunnen stellen dat hij ervan uit mocht gaan dat de Wbp niet van toepassing is. Maar voor zover dat al kans van slagen heeft, lijkt dat alleen behulpzaam te zijn ten opzichte van de toezichthouder zelf, niet tegenover anderen, zoals betrokkenen. Wat zou helpen is als de toezichthouder bereid zou zijn meer comfort te geven ten aanzien van de standpunten die hij heeft ingenomen in deze boeiende discussie.⁵⁶

Op deze tekst is een Creative Commons Licentie (by-nc-nd 2.5 Netherlands) van toepassing. Zie voor gebruiksvoorwaarden: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/nl>>. Van deze tekst is een enigszins voor internet geschikt gemaakte versie (met links) te vinden op <<http://zwenneblog.weblog.leidenuniv.nl>>.

53 *Stb.* 2001, 250.

54 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 5-6, 9, 12-13, 33.

55 Vgl. G.-J. Zwenne et al, *Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens*, Ministerie van Justitie, december 2007, p. 64-64.

56 Dit leent zich wellicht voor een zienswijze van het college. Vgl. 'CBP Regels voor verzoek om een zienswijze', 11 maart 2008, *Stcrt.* 2008; 71.