

ABRvS van 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1185, zaaknr. 201403756/1/A3

<http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RVS:2015:1185>

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State  
15 april 2015, nr. 201403756/1/A3, ECLI:NL:RVS:2015:1185  
(mr. Borman, mr. Verheij, mr. Wissels)

**Handhavend optreden tegen overtredingen op grond van Wet bescherming persoonsgegevens. Verzoek tot instellen van een onderzoek. Territoriale werkingssfeer richtlijn. Bevoegdheid Cbp. Begrippen verwerking van persoonsgegevens, verantwoordelijke en bewerker. Beleidsregels Cbp. Prioriteitenstelling toezicht. Rechtsbescherming, -effectieve ~. Prejudiciële vragen.**

(Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) art. 1 aanhef en onder b, p en e, 4 lid 1 en 2, 27 lid 1 en 3, 31, 32 lid 1, 50 lid 1, 51 lid 1, 60 lid 1, 65, 66; Richtlijn 95/46/EG (Richtlijn bescherming persoonsgegevens) art. 2, 4, 22, 28; Awb art. 4:81, 4:84; Beleidsregels handhaving door het Cbp (Beleidsregels) art. 4.1, 4.2]

*Afwijzing van het verzoek van [appellant A] en [appellant B] om een onderzoek in te stellen naar en handhavend op te treden tegen overtredingen op grond van de Wbp. [Appellant A] en [appellant B] hebben, voor zover van belang voor de beantwoording van de prejudiciële vragen, aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het Cbp niet bevoegd is handhavend op te treden tegen de gedragingen van [bedrijf A], [bedrijf B] en [bedrijf D]. De Wbp is van toepassing en daarmee is het Cbp bevoegd als de verwerking van de persoonsgegevens wordt verricht in het kader van activiteiten van een vestiging van een verantwoordelijke in Nederland en 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, tenzij deze middelen slechts worden gebruikt voor de doorvoer van persoonsgegevens. Daarnaast moet het Cbp toezicht houden op de verwerking van persoonsgegevens op Nederlands grondgebied, wanneer de verwerking plaatsvindt overeenkomstig het recht van een ander land van de EU.*

*[Bedrijf A] is een in de Verenigde Staten gevestigde onderneming. Het opslaan van de door [bedrijf D], [bedrijf B] en [bedrijf C] aan haar doorgegeven persoonsgegevens van [appellant A] en [appellant B] door [bedrijf A] in haar zich in de Verenigde Staten bevindende computersystemen valt naar het voorlopige oordeel van de Afdeling niet onder de bevoegdheid van het Cbp omdat deze verwerkingen niet op Nederlands grondgebied hebben plaatsgevonden.*

*De Afdeling moet beoordelen of het Cbp bevoegd is te oordelen over de verwerking in Nederland van persoonsgegevens van [appellant A] en [appellant B] door [bedrijf B] in opdracht van [bedrijf A]. Daartoe moet worden onderzocht wie als verantwoordelijke voor de verwerking van de persoonsgegevens moet worden aangemerkt, toegespitst op de uitleg van artikel 4, eerste lid, aanhef en onder c, van Richtlijn 95/46. De Afdeling stelt hieromtrent een prejudiciële vraag aan het EU Hof van Justitie.*

*De verantwoordelijkheid voor de effectieve rechtsbescherming van een individuele persoon ligt niet alleen bij de toezichthoudende autoriteit maar kan ook via de civiele rechter kan worden bewerkstelligd.*

*De bewoordingen van de artikelen 4.1 en 4.2 van de Beleidsregels laten het Cbp ruimte om in individuele gevallen over te gaan tot een onderzoek en, in het geval een overtreding wordt vastgesteld, tot handhaving. Het Cbp heeft de Beleidsregels tot dusver echter op zodanige wijze toegepast dat de door een individuele natuurlijke persoon ingediende klacht niet door hem in behandeling wordt genomen.*

*De vraag rijst hoe een zodanige beperking van een effectieve rechtsbescherming in individuele gevallen zich verhoudt tot de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 28, derde lid, van de richtlijn 95/46 in samenhang met artikel 28, vierde lid, van die richtlijn. De Afdeling stelt het EU Hof van Justitie de prejudiciële vraag of genoemde artikelen de nationale toezichthouders bij handhaving de ruimte biedt om prioriteiten te stellen die ertoe leiden dat handhaving achterwege blijft in het geval dat slechts een individu of een kleine groep personen over de overtreding van de richtlijn klaagt.*

## **Noot**

1. Deze uitspraak is niet alleen van betekenis voor de toezichtspraktijk van het Cbp, in het bijzonder de (territoriale) afbakening van toezichtsbevoegdheden in de Wbp en de prioritering van de inzet van onderzoekscapaciteit via beleidsregels op grond van artikel 4:81 Awb, maar tevens in algemene zin met betrekking tot het gebruik van beleidsregels bij de inrichting van het nalevingstoezicht.

Deze casus is tevens een mooi voorbeeld van de globalisering van dienstverlening en daarmee samenhangende rechtsvragen voor toezicht en handhaving. Dat de complexiteit van de gegevensbescherming door deze ontwikkeling en de verdiepende harmonisatie op Unie-niveau verder toeneemt, vindt in deze uitspraak een nieuwe illustratie.

De Afdeling heeft in deze uitspraak opnieuw prejudiciële vragen aan het EU Hof van Justitie gesteld over de betekenis van onderdelen van richtlijn 95/46/EG inzake de bescherming van persoonsgegevens. Of dat nuttige informatie gaat opleveren valt nog te bezien. Zoals hierna nog aan de orde komt werpt de nieuwe Algemene verordening gegevensbescherming, die thans nog in behandeling is bij de Raad, echter naar verwachting in de eerste helft van 2016 zal worden aangenomen, haar schaduw reeds vooruit.

2. Uitgaande van de in de onderliggende uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 26 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2313, en in de hiervoor opgenomen Afdelingsuitspraak weergegeven feiten, is de casus als volgt. Verweerder (appellant A) is een Amerikaan die sinds 2005 met zijn levenspartner (appellant B) in Nederland woont. Sinds 2000 is hij volledig arbeidsongeschikt. Van een in de VS gevestigde verzekeringsmaatschappij ontving hij een arbeidsongeschiktheidsuitkering, die in 2010 is beëindigd. In het kader van de tegen deze beëindiging gevoerde procedure kreeg hij inzage in het zaaksdossier van deze verzekeraar. Daarbij bleek uit een tweetal hierin opgenomen rapporten, dat de verzekeraar (A) met het oog op de controle van de arbeidsongeschiktheid van verweerder twee particuliere recherchebureaus (B en C) had ingeschakeld. Niet alleen bleken zij betrokkene en diens partner gedurende een aantal dagen in 2008 en 2010 in Amsterdam heimelijk geobserveerd te hebben (foto's en video-opnames), maar tevens inlichtingen in hun sociale omgeving te hebben ingewonnen. Daarnaast is sprake van inschakeling van een niet nader aangeduid derde bedrijf (D), dat medische gegevens over primaire verweerder van een arts van het AMC (Academisch Medisch Centrum) in Amsterdam heeft ontvangen. De recherchebureaus B en C alsmede bedrijf D hebben de aldus verzamelde persoonsgegevens naar hun opdrachtgever in de VS gestuurd, met het oog op opname in diens computersysteem. Recherchebureau B en bedrijf D zijn uitsluitend in Engeland (UK) gevestigd; recherchebureau C heeft vanuit zijn Amsterdamse vestiging geopereerd.

3. Na kennisneming van het zaaksdossier hebben verweerders bij de politie aangifte tegen de twee recherchebureaus gedaan wegens overtreding van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (Wpbr). Tevens hebben zij het College bescherming persoonsgegevens (Cbp) ex artikel 60 van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) gevraagd om onderzoek te doen naar: (a) overtredingen van deze wet door de verzekeringmaatschappij en beide recherchebureaus, (b) de verstrekking van medische gegevens door het AMC aan bedrijf D en (c) het verstrekken (doorgifte) van medische gegevens door bedrijf D aan de verzekeraar in de VS (strijd met artikel 76 Wbp).

Het Cbp heeft dit verzoek tot het doen van onderzoek echter afgewezen en in bezwaar gehandhaafd, ten dele wegens onbevoegdheid op grond van artikel 4 van de Wbp (bedrijven A, B en D) en voor het overige (bedrijf C en AMC) op grond van de criteria in zijn Beleidsregels handhaving door het CPB van 17 januari 2011, Stcrt. 2011, nr. 1916.

4. Anders dan in verweer gesteld door het Cbp, heeft de rechtbank in haar uitspraak bepaald dat de afwijzende brief van het Cbp als besluit in de zin artikel 1:3, eerste lid, Awb had te gelden. Daarbij werd overwogen dat het ging om een gemotiveerd verzoek om handhavend op te treden, implicerend dat voorafgaand onderzoek gedaan wordt, dat vanwege de wettelijke grondslag: artikel 60 Wbp, naar het oordeel van de rechtbank met een aanvraag gelijk gesteld kan worden. In het verlengde van de MvT bij de Wbp maakt de rechtbank derhalve onderscheid tussen: (a) de berichtgeving over de uitkomsten van een verricht onderzoek, dat niet als besluit maar als mededeling geldt, en (b) de afwijzing van een verzoek tot het doen van onderzoek, dat wel als besluit wordt aangemerkt.

Op basis van artikel 4 van richtlijn 95/46/EG, geïmplementeerd in artikel 4, eerste lid, Wbp, heeft het Cbp vastgesteld bevoegd te zijn waar het gaat om het AMC en het Nederlandse recherchebureau C, echter niet ten aanzien van de Amerikaanse verzekeraar, recherchebureau B en bedrijf D. Door hun vestiging in Engeland (UK) is op de twee laatstgenoemden het Engelse recht van toepassing en is de Engelse toezichthouder bevoegd.

Vervolgens wordt het weigeringsbesluit van het Cbp terzake van het AMC en recherchebureau C, op basis van exceptieve toetsing (vgl. artikel 8:2, aanhef en onder a, Awb) beoordeeld op basis van de criteria in de Beleidsregels handhaving door het CPB ex artikel 4:81 en 4:84 Awb.

De rechtbank overweegt dat artikel 60 Wbp een discretionaire bevoegdheid van het Cbp is, die derhalve nader ingevuld mag worden via de prioriteringscriteria in artikel 4.1 van de Beleidsregels, terwijl van zwaarwichtige gronden die zich tegen toepassing van de criteria verzetten, de rechtbank niet is gebleken. In navolging van het Cbp overweegt de rechtbank, dat de Wbp zodanig is ingericht dat deze ruimte biedt voor burgers om zelf op te komen tegen een verantwoordelijke die de wettelijke regels niet naleeft. Aannemelijk is dat wordt bedoeld op artikel 50, de mogelijkheid om in geval van (dreigende) schade via de gewone rechter een verbod op schadetoebrengend handelen of herstel af te dwingen.

5. Opmerkelijk is dat hoewel bij de rechtbank de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (Wpbr) in de rechtbankuitspraak nog wel enkele malen wordt genoemd, deze belangrijke, op de recherchebureaus van toepassing zijnde wet voor het overige geheel buiten beschouwing wordt gelaten. In hoger beroep bij de Afdeling wordt deze wet zelfs niet meer genoemd. De focus ligt geheel op de Wbp jo. de achterliggende richtlijn. Daarbij wordt geheel over het hoofd gezien dat de implementatie van richtlijn 95/46 niet alleen via de Wbp loopt, maar veelal ook via concretiserende en aanvullende bepalingen in de sectorale wet- en regelgeving. Die nadere verbijzondering in sectorregelingen doet zich ook in het Europees recht voor via richtlijnen en verordeningen. Vandaar dat het bij dit type bijzondere voorzieningen in sectorregelingen in het nationale recht dikwijls om geïmplementeerd recht inzake gegevensbescherming gaat.

Deze nadere (partiële) verbijzondering van het algemene regime van verwerking van persoonsgegevens in richtlijn 95/46 in sectorregeling is uitdrukkelijk beoogd. Zie in de considerans de punten 22 en 68, die op dit punt geen enkele onduidelijkheid laten. In het concept van nieuwe Algemene verordening gegevensbescherming, waarvan de vaststelling in de Raad,

voortlopend op de dialoog met het Europees Parlement is voorzien op 15 juni 2015, is dit uitgangspunt van (deel)uitwerking door de lidstaten in de sectorwetgeving zelfs uitdrukkelijk vastgelegd in artikel 1 van de verordening (tekst van 30 april 2015).

Derhalve kan in de meeste gevallen van gegevensverwerking in het publiek recht niet met een toetsing aan de Wbp worden volstaan, ook niet waar het om het toezicht gaat, maar dient (ambtshalve) eerst te worden vastgesteld of er nadere regelgeving is, zoals in het voorliggende geval de Wpbr c.a..

6. De Wpbr kent een vergunningstelsel, ook voor recherchebureaus zonder vestiging in Nederland, zij het onder gelijkstelling van in andere lidstaten van de EU afgegeven vergunningen, voor zover deze een beroepsniveau waarborgen dat ten minste gelijkwaardig is aan het op nationaal niveau nagestreefde niveau (artikel 2). Dat niveau ziet op “een redelijke verwachting” van: (a) de naleving van de gestelde regels en (b) “ook overigens zal worden gehandeld in overeenstemming met hetgeen van een (...) goed recherchebureau in het maatschappelijk verkeer mag worden verwacht”. Wat de gegevensbescherming betreft verplicht artikel 23a van de uitvoeringsregeling (Rpbr) dat een recherchebureau een (privacy)gedragscode vaststelt, identiek aan het in een bijlage vastgestelde model, en dat hieromtrent een nalevingsplicht geldt. Via opneming in bijlage 6 van deze regeling van de door het Cbp goedgekeurde Privacygedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus van de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties, Stcrt. 2009, nr. 16215, is deze voor de looptijd van de goedkeuring algemeen verbindend verklaard. Deze gedragscode bevat een zeer gedetailleerde regeling, ter uitwerking van de algemene bepalingen in de Wbp. Daarbij is tevens gedifferentieerd naar de aard van de opdrachtgevers, waaronder verzekeraars, een belangrijke categorie in deze branche. Het centrale element van deze gedragscode is de normering van onderzoeksmethoden en –middelen, waaronder (heimelijke) observatie en het inwinnen van informatie bij derden, waar het in deze casus vooral over gaat. Ook bevat de gedragscode een bijzondere regeling van geschillenbeslechting. De gedragscode is tevens relevant uit een oogpunt van verbijzondering van begripsbepalingen. Zo is hierin vastgelegd dat het particuliere onderzoeksbureau als verantwoordelijke in de zin van artikel 1, aanhef en sub d, Wbp geldt. De doorwerking hiervan komt hierna nog aan de orde. Hoewel de goedkeuringstermijn van deze gedragscode inmiddels is verlopen, staat deze nog steeds op de website van het Cbp, heeft derhalve op basis van het vertrouwensbeginsel nog nawerking tot een nieuwe gedragscode is vastgesteld en door het Cbp goedgekeurd (artikel 25 Wbp).

Daarnaast voorzien de Beleidsregels particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, Stcrt. 2014, nr. 9654, in artikel 8 nog in een koppeling van de meldingsplicht bij en een eventueel voorafgaand onderzoek door het Cbp en de aanvraag, weigering of intrekking van een vergunning door de minister van V&J. De meldingsplicht in de Wbp en de vergunningplicht in de Wpbr zijn aldus voorzien van een functionele coördinatievoorziening.

7. Het toezicht uit hoofde van de Wpbr is in 2008/09 onderzocht door de IOOV, de Inspectie Openbare Orde en Veiligheid. Hierbij is vastgesteld dat de naleving van de privacyregelgeving onvoldoende is. In de brief aan de TK van 16 juni 2009 van de staatssecretaris van Justitie en de minister van BZK, Kamerstukken II 2008/09, 29279, nr. 93, wordt de noodzaak van effectief toezicht onderstreept, toegespitst op samenwerking en afstemming van de verschillende toezichthouders, naast het Cbp tevens de politie en de dienst Justis van het ministerie van V&J (p. 3 en 4). Uit deze brief en het verslag van het hierop volgende Algemeen overleg met de vaste kamercommissies van Justitie en BZK, Kamerstukken II 2009/10 28684, nr. 256, blijkt, dat het toezicht op de Wpbr jo. de Wbp de bevoegdheid van Het Cbp met betrekking tot zijn toezichtsbeleid voor deze sector nader inkleurt.

Dat de toezichthoudende taak van het Cbp in artikel 51, eerste lid, Wbp zich tevens uitstrekt tot andere wetten, amvb's en uitvoeringsregelingen, op grond waarvan persoonsgegevens worden verwerkt, blijkt tevens uit de wetsgeschiedenis. Zie Kamerstukken II 1997.98, 25892, nr. 3, p. 177.

8. Een min of meer nieuw element in de hiervoor opgenomen uitspraak in hoger beroep is dat de Afdeling uitdrukkelijk uitgaat van de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie (beginsel van

loyale samenwerking of Unietrouw in artikel 4, derde lid, VEU), in dit geval de artikelen 4, tweede lid (bevoegdheid Cbp), en 51, eerste lid Wbp, respectievelijk de implementatie van de artikelen 4 en 28 van de richtlijn. De focus ligt uitsluitend op de Wbp en de richtlijn, aangevuld met de artikelen 4:81 en 4:84 Awb, waar het gaat om de door het Cbp gestelde beleidsregels inzake de uitoefening van zijn toezichtstaak.

9. Met betrekking tot de bevoegdheid van het Cbp maakt de Afdeling onderscheid tussen de gegevensverwerkingen door de verschillende partijen: de Amerikaanse verzekeraar, de twee recherchebureaus, het AMC en de intermediair, waarvan functie en activiteiten niet geheel duidelijk worden. Een cruciaal element in deze uitspraak is de kwalificatie op basis van de begripsbepalingen in de richtlijn, toegespitst op de toepassing van artikel 4 van de richtlijn, immers bepalend voor de afbakening van de bevoegdheid van het Cbp. Daarbij gaat de Afdeling uit van een min of meer “globale ketenbenadering”, toegespitst op één samenhangende gegevensverwerking in de zin van artikel 1, aanhef en sub b, Wbp, met als begin- en eindpunt de gegevensverzameling in Amsterdam en de opname van deze persoonsgegevens in een computerbestand van een Amerikaanse verzekeraar.

10. Omdat deze het doel van de persoonsgegevens heeft vastgesteld oordeelt de Afdeling dat de Amerikaanse verzekeringsmaatschappij voor de gehele gegevensverwerking als “verantwoordelijke” in de zin van artikel 2, aanhef en sub d, van de richtlijn geldt en de twee recherchebureaus, het AMC en de intermediair als zijn “verwerker” in de zin van deze bepaling onder sub e. zijn aan te merken. Dit als opmaat tot de toepassing van artikel 4 van de richtlijn. Deze vaststelling is onjuist. Weliswaar is sprake van gegevensverzameling in opdracht, maar dat betekent niet dat de opdrachtnemers dan als bewerkers in de zin van de Wbp/richtlijn gelden. Dat blijkt al uit de bijzondere voorzieningen in Wbp/richtlijn met betrekking tot de positie van de bewerker en diens relatie met de verantwoordelijke. Wat de recherchebureaus betreft laat de Wpbr en de hierop gebaseerde uitvoeringsregelingen er geen misverstand over bestaan dat de recherchebureaus wat hun gegevensverzameling in opdracht betreft als verantwoordelijke worden aangemerkt. Een positie van het AMC als bewerker van een Amerikaanse verzekeraar is zelfs ondenkbaar. Voor zover een arts van het AMC laakbaar gehandeld zou hebben door ten onrechte informatie uit het patiëntendossier van betrokkene te verstrekken aan een intermediair (bedrijf D) met het oog op doorgifte aan de verzekeraar, is sprake van schending van het medisch beroepsgeheim door de betreffende arts, dat primair tuchtrechtelijk dient te worden afgedaan. Ook in dit geval is derhalve sprake van gelding van de Wbp in samenhang met specifieke, op het medisch bedrijf ziende sectorregelingen (zie ook artikel 9, vierde lid, Wbp). In de voorliggende casus is mijns inziens sprake van een aantal weliswaar samenhangende, echter als zelfstandig aan te merken, derhalve uitdrukkelijk van elkaar te onderscheiden gegevensverwerkingen, waarbij voor bewerkerschap in beginsel geen plaats is. De beide recherchebureaus en het AMC zijn derhalve elk en voor hun gegevensverwerkende activiteiten als verantwoordelijke in de zin van genoemde begripsbepaling op te vatten. Zie in dit verband tevens de belangrijke “Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor” van 16 februari 2010 van de artikel 29-Werkgroep, toegespitst op de verschillende graden van autonomie en verantwoordelijkheid van verantwoordelijken en bewerkers in een complexe (netwerk)omgeving.

11. Het belang van een juiste kwalificatie van participanten blijkt uit de toepassing van artikel 4 van de richtlijn met betrekking tot de afbakening van de toepassing van nationaal recht en de bevoegdheid van het Cbp. Omdat de Afdeling uitsluitend de Amerikaanse verzekeraar als verantwoordelijke aanmerkt, is toepassing van artikel 4, eerste lid, aanhef en sub a, uitgaande van een vestiging op het grondgebied van de betreffende lidstaat, niet toepasbaar. Dus komt de schijnwerper op artikel 4, eerste lid en sub c. te staan. Die bepaling betreft de situatie dat een verantwoordelijke niet gevestigd is binnen de gemeenschap, echter “voor de verwerking van persoonsgegevens gebruik maakt van al dan niet geautomatiseerde middelen die zich op het grondgebied van genoemde Lid-Staat bevinden”. In dat geval moet de verantwoordelijke een op het grondgebied van de betreffende lidstaat gevestigde vertegenwoordiger aanwijzen.

In de hiervoor weergegeven interpretaties vallen het in Nederland gevestigde rechterchebureau en het AMC als verantwoordelijken onder de regel in sub a. van artikel 4, eerste lid en blijft de Amerikaanse verzekeraar buiten schot wegens het ontbreken van een Nederlandse vestiging of een Nederlandse bewerker. Het Engelse recherchebureau en bedrijf D vallen onder Engels recht en daarmee onder het toezicht van de Engelse toezichthouder. Zoals blijkt uit artikel 28, zesde lid, van de richtlijn is het Cbp als toezichthouder echter eveneens bevoegd, mede op grond van een samenwerkingsplicht van toezichthouders binnen de Unie.

In het oordeel van de Afdeling komt de nadruk daarentegen geheel te liggen op de toepassing artikel 4, eerste lid, sub c, van de richtlijn, de vraag naar de gebruikmaking door de verzekeraar van bewerkers op Nederlands grondgebied, of precieser gezegd: de gebruikmaking van al dan niet geautomatiseerde middelen op het grondgebied van een EU-lidstaat.

De vraag is dus wat hieronder te verstaan is. Bij de uitleg van dit zogenoemde middelen-criterium baseert de Afdeling zich op het arrest van het Hof van Justitie in Google Spain van 26 november 2014, zaaksnummer C-131/12. Anders dan gesuggereerd gaat het in de aangehaalde overwegingen in dit arrest echter uitsluitend over artikel 4, eerste lid, aanhef en sub a, de vraag of Google een vestiging in Spanje heeft. Het is die vraag die het Hof bevestigend beantwoordt. Deze toespitsing van het Hof op de vestigingsplaats(en) binnen de Unie van Google als verantwoordelijke was ook de enige mogelijkheid, nu onduidelijkheid bleef bestaan over de juiste locatie van de servers.

Daarnaast baseert de Afdeling zich op “Opinion 8/2010 on applicable law” van de Artikel 29-Werkgroep van 16 december 2010. Hieruit blijkt dat de werkgroep - niet onbegrijpelijk - een voorstander is van een ruime uitleg van het middelen-criterium, maar verder dan een beleidsmatig advies gaat deze opinie echter niet.

Terecht oordeelt de Afdeling dan ook dat de bewoordingen van artikel 4, eerste lid, aanhef en onder c. van richtlijn 95/46 geen uitsluitel geeft over het toepasselijke recht in de voorliggende situatie, uitgaande van de kwalificaties van betrokkenen door de Afdeling.

De Afdeling kiest er daarom voor om het Hof op dit punt de prejudiciële vraag te stellen, of de opdracht van een buiten de Unie gevestigde verantwoordelijke aan een recherchebureau binnen de Unie om middelen in te zetten voor het verwerken van persoonsgegevens, onder het element “gebruik maken van middelen” in artikel 4, eerste lid, aanhef en onder c, van richtlijn 95/46 begrepen is.

12. Ik vrees dat een vraag als door de Afdeling geformuleerd alleen maar verwarring oplevert, mede tegen de achtergrond van hetgeen ik hiervoor over de sectorwet- en regelgeving met betrekking tot recherchebureaus (Wpbr), de gegevensverstrekking door het AMC en de mijns inziens onjuiste begripstoepassing heb weergegeven. Ook dringt de vraag zich op wat het nuttig effect is van een eventueel positief antwoord van het Hof dat artikel 4, eerste lid, sub c, van de richtlijn van toepassing is en de Amerikaanse verzekeraar dus onder de territoriale werkingssfeer van de richtlijn en daarmee onder de bevoegdheid van de Nederlandse toezichthouder valt. Bovendien is sprake van kosten op het kerkhof. De nieuwe Algemene verordening gegevensbescherming, die naar verwachting in het eerste half jaar van 2016 zal worden vastgesteld en twee jaar daarna in werking in werking treedt, zal in artikel 3 gaan voorzien in een veel duidelijker afbakening van rechtsmacht (territorial scope). Het eerste lid knoopt aan bij de vestiging van een verantwoordelijke of bewerker in de Unie. Deze bepaling biedt derhalve steun voor de opvatting dat het middelen-criterium in het huidige artikel 4, eerste lid, sub c., ziet op de betrokkenheid van een bewerker binnen de Unie. Het tweede lid van de concept-verordening (tekst van 30 april 2015) breidt de reeds bestaande toepassingscriteria uit met een tweetal nieuwe, te weten: (a) verwerking van persoonsgegevens van ingezetenen van de Unie door een niet in de Unie gevestigde verantwoordelijke met het oog op het aanbod van goederen of diensten (marktprincipe) en (b) verwerking van persoonsgegevens met het oog op monitoring van het gedrag van ingezetenen van de Unie en binnen de Unie, door een buiten de Unie gevestigde verantwoordelijke.

Mijn verwachting is dat het Hof in zijn antwoord op deze nieuwe regeling zal anticiperen.

13. Een tweede belangrijk onderdeel van deze uitspraak betreft de door het Cbp ex artikel 4:81 en 4:84 Awb vastgestelde Beleidsregels handhaving door het CPB, Stcrt. 2011, nr. 1916, betreffende de hem in de artikelen 51 en 52 Wbp opgedragen toezichthoudende taken. Voor zover het Cbp zich met betrekking tot het door appellanten ex artikel 60, eerste lid, Wbp (artikel 28, vierde lid, van richtlijn 98/46) gedane verzoek om een onderzoek in te stellen niet onbevoegd achtte, heeft deze toezichthouder dit verzoek immers geweigerd op grond van de in de Beleidsregels in de artikelen 4.1 en 4.2 geformuleerde prioriteringscriteria (ernstige en structurele overtredingen, die veel mensen treffen, waarbij het CBP door de inzet van handhavingsinstrumenten effectief verschil kan maken en die vallen binnen de (jaarlijkse) door het CBP bekend gemaakte aandachtspunten. Deze criteria gelden cumulatief, tenzij zwaarwichtige gronden zich daartegen verzetten. De CBP Agenda van 2015 noemt de volgende vijf thema's: profilering (tracking en tracing), bijzondere persoonsgegevens (gezondheidsgegevens en strafrechtelijke gegevens), persoonsgegevens bij lokale overheden (decentralisatie en cameratoezicht), persoonsgegevens in de arbeidsrelatie en beveiliging van persoonsgegevens. Van de resultaten van dit thematische toezicht worden wordt verslag gedaan in de jaarverslagen. Hieruit blijkt dat nauwelijks van deze thematische aanpak wordt afgeweken. Is daar wel aanleiding toe dan is de minimumeis voor gebruikmaking van de afwijkingsbevoegdheid dat een grotere groep personen door de overtreding is geraakt. Dit betekent dat niet de ernst maar de macht van het getal de doorslag geeft. Deze prioritering zou niet alleen zijn ingegeven door beperkingen in menskracht en middelen (tegen de 80 fte's), maar ook uit overwegingen van effectiviteit, in het bijzonder het gebrek aan sanctiebevoegdheden. Evenals de rechtbank hecht de Afdeling bijzondere betekenis aan de voorziening in richtlijn (artikel 22) en Wbp (artikel 50) dat de verantwoordelijkheid voor de effectieve rechtsbescherming van een individuele persoon niet alleen bij de toezichthouder ligt, maar ook via de civiele rechter kan worden bewerkstelligd. Dat is weinig begrijpelijk. Een algemene of specifieke voorziening van schadevergoeding en maatregelen om een rechtsinbreuk te voorkomen of te beperken met rechterlijke tussenkomst staat mijns inziens niet in de weg aan de toepassing van nalevingstoezicht. Het gebrek aan sanctiebevoegdheden van het Cbp is binnenkort ook geen argument meer, nu de Wet meldplicht datalekken en uitbreiding bestuurlijke boetebevoegdheid Cbp, Kamerstukken I 2014/15, 33662, A (Gewijzigd voorstel van wet) op het punt staat om in de Eerste Kamer aangenomen te worden. Zie de Tweede Nota van wijziging, Kamerstukken II 2014/15, in het bijzonder de uitgebreide toelichting op het nieuw in te voeren artikel 66 Wbp.

14. De facto vormen de Beleidsregels handhaving een herdefiniëring, want inperking, door het Cbp van zijn taak als toezichthouder in artikel 51, eerste lid, Wbp jo. artikel 28, eerste lid, richtlijn 95/46. Dit betekent echter niet dat het Cbp alle toezichtsonderzoeken zou moeten honoreren. Ook niet dat het Cbp zou moeten afzien van het geprogrammeerde thematisch toezicht. Het probleem zit in de cumulatieve werking van de verschillende prioriteringscriteria en het feit dat aan de ernst van gesignaleerde (individuele) gevallen geen betekenis kan toekomen. Wat de prioritering van toezichtsinspanningen geldt de Kaderstellende visie op toezicht, Kamerstukken 2000/01, 27831, nr. 1, nog steeds als maatgevend, in het bijzonder de begrippen proportioneel toezicht en risicogestuurd toezicht, de verbijzondering van het evenredigheidsbeginsel in een toezichtsomgeving (vgl. artikel 5:13 Awb: "redelijkerwijs nodig"). Bovendien staan de Beleidsregels van het Cbp op onderdelen op gespannen voet met de in de bestuursrechtspraak geformuleerde "beginselplicht tot handhaving". Het Cbp claimt met deze beleidsregels een beleidsvrijheid als waartegen deze beginselplicht zich keerde en niet valt in te zien waarop die reeds bij de rechtbank gehonoreerde discretionaire bevoegdheid van het Cbp als toezichthouder, is gebaseerd. Bij een analyse van de jurisprudentie ben ik geen uitspraken tegengekomen ter zake van een vergelijkbare toepassing van de artikelen 4:81 en 4:84 Awb op de uitoefening van nalevingstoezicht door toezichthouders. En dan zijn er nog de normatieve randvoorwaarden op basis van het Unierecht, in het bijzonder het doeltreffendheidsbeginsel, toegesneden op het vereiste van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties, kortom effectieve handhaving, en het gelijkwaardigheidsbeginsel.

Hoofdstuk VI van het concept van de Algemene verordening gegevensbescherming, dat reeds door de Raad is vastgesteld, illustreert de centrale plaats van het preventieve en repressieve toezicht, de nationale toezichthouders en de nieuwe “European Data Protection Board”. Zo bepaalt artikel 52, vierde lid, van het concept (van 26 maart 2015) dat elke toezichthouder het indienen van klachten dient te faciliteren. Het vijfde lid van dit artikel regelt bovendien de weigeringsgronden om een verzoek om onderzoek niet te honoreren: “Where requests are manifestly unfounded or excessive, in particular because of their repetitive character, the supervisory authority may refuse to act on the request.” De bewijslast ligt bij de toezichthouder. Dit type beleidsregels van het Cbp zal onder het nieuwe regime derhalve in strijd zijn met de verordening.

15. De Afdeling stelt vast dat artikel 28, derde lid van richtlijn 95/46 een discretionaire bevoegdheid voor de nationale toezichthouders bij de handhaving van die richtlijn bevat. Wel vraagt de Afdeling zich af of de grenzen van die bevoegdheid in de Beleidsregels van het Cbp niet worden overschreden. Dat de artikelen 49 en 50 Wbp de mogelijkheid bieden dat een gestelde overtreding en/of schade buiten de toezichthouder via de gewone rechter kan worden aangebracht, doet volgens de Afdeling niet af aan de verplichting van de lidstaten om het toezicht daadwerkelijk te verzekeren. Dat is een zeer gelukkige vaststelling. Op deze wijze wordt de discussie over omvang en inrichting van de toezichtstaak van het Cbp tenminste zuiver gehouden. Dat de Afdeling een prejudiciële vraag aan het Hof stelt kan nuttige informatie opleveren. Maar ik denk dat het antwoord in de vraagstelling en het voorgaande al besloten ligt.

G. Overkleeft-Verburg