

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/91374>

Please be advised that this information was generated on 2021-01-23 and may be subject to change.

Naar een wereld zonder controllers en processors¹

199

Trefwoorden:

verantwoordelijke, bewerker,
databeschermingsrichtlijn

Begin 2011 zette de Raad van Europa een consultatiedocument uit met de vraag of de begrippen verantwoordelijke en bewerker herziening behoeven.² Ook in het kader van de evaluatie van Richtlijn 95/46 is deze kwestie actueel. Privacywetgeving gaat uit van de gedachte dat de verwerking van persoonsgegevens alleen mogelijk moet zijn als er een verantwoordelijke voor de gegevensverwerking kan worden aangewezen. Die dient expliciet het doel van de verwerking te bepalen. Het is echter in de praktijk niet altijd eenvoudig om een verantwoordelijke aan te wijzen. In deze bijdrage wordt betoogd dat ook zonder een verantwoordelijke een adequate bescherming van persoonsgegevens kan worden gerealiseerd. En het doel van de verwerking valt al samen met het ondernemingsdoel. Het doel hoeft dus helemaal niet bepaald te worden. Door deze benadering is het mogelijk het privacyrecht beter aan te laten sluiten bij het ondernemingsrecht.³

1 Inleiding

Het Europese databeschermingsrecht reguleert het verwerken van persoonsgegevens voor als *verantwoordelijke* of *bewerker* aangeduide partijen. Het gaat om een viertal kernbegrippen. Verwerken, persoonsgegeven, verantwoordelijke en bewerker. De *verantwoordelijke* verwerkt *persoonsgegevens* of besteedt de verwerking uit aan een *bewerker*. Het verwerken van persoonsgegevens is aan spelregels gebonden. De verantwoordelijke is degene die primair wordt aangesproken op de naleving van die spelregels. De vier kernbegrippen zijn verre van duidelijke.

lijk.⁴ Ze worden per lidstaat verschillend toegepast.⁵ Ze vormen ook *Fremdkörper* in het ondernemingsrecht. Het adviesorgaan inzake gegevensbescherming van de Europese commissie, de *Artikel 29-werkgroep*⁶, heeft adviezen geschreven gericht op een uniforme uitleg van de begrippen *persoonsgegeven*⁷, *verantwoordelijke* en *bewerker*⁸. Een van de belangrijkste elementen in de definitie van 'verantwoordelijke' is dat deze belast is met het vaststellen van het *doel* waarvoor gegevens worden verwerkt.⁹ De verantwoordelijke is ook degene die door de betrokkene kan worden aangesproken op de naleving van de wettelijke spelregels. Dat in tegenstelling tot de bewerker die slechts verantwoording aflegt aan de verantwoordelijke.¹⁰ De vraag is echter of er behoefte bestaat aan een figuur die het doel van de verwerking bepaalt. In dit artikel wordt eerst aan de hand van de SWIFT-affaire een beeld gegeven van de betrekkelijkheid en de complexiteit van de begrippen 'verantwoordelijke' en 'bewerker'. De SWIFT-affaire is van belang omdat daar voor het eerst de onduidelijkheid van deze begrippen op internationale schaal boven water kwam. Vervolgens wordt ingegaan op de geschiedenis van de begrippen 'verantwoordelijke' en 'bewerker'. Het antwoord op de vraag of het wel nodig is dat er een doel wordt bepaald, komt aan de orde in het laatste deel van deze bijdrage.

2 De SWIFT-affaire

In juni 2006 publiceerden diverse Amerikaanse kranten het bericht dat de Amerikaanse autoriteiten SWIFT dwongen om hen gegevens uit het SWIFT-systeem te

* Jan Berkvens is hoogleraar Recht en Informatica aan de Universiteit van Nijmegen. Hij is tevens lid van de redactieraad van *P&I* en werkzaam als bedrijfsjurist bij Rabobank Nederland.

1 Bewerking van J.M.A. Berkvens, 'Onderneming en Wet bescherming persoonsgegevens', in: Raaijmakers, Bruisten en Verdam (red.), *En na de crisis* (NGB-bundel), Deventer: Kluwer 2010.

2 Consultatiedocument D0304A-2011. *The definition of the controller of the file should be reviewed: should several criteria be listed, should such criteria be cumulative, can there be several controllers for one file?* 6. *New definitions may be necessary, such as for the processor or the manufacturer of technical equipment.*

3 Ook wordt vermoedelijk beter aangesloten bij het bestuursrecht. Dit artikel gaat daar verder niet op in.

4 H.H. de Vries & N.Wisman, 'Redactioneel', *P&I* 2010-2, p. 49.

5 Zie Douwe Korff, *EC Study on Implementation of Data Protection Directive, comparative summary of national laws*, Cambridge (UK): Human Rights Centre University of Essex Colchester (UK) september 2002. Ook: *Comparative study on different approaches to new privacy challenges*, Contract: JLS/2008/C4/011 – 30-CE-0219363/00-28, LRDP Kantor Ltd, par. 47 en 48.

6 Een adviesorgaan, ingesteld op basis van art. 29 Richtlijn 95/46/EG.

7 WP 136, Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegeven. Zie ook G-J Zwenne, 'Over IP-adressen en persoonsgegevens, en het verschil tussen individualiseren en identificeren', *TvIR* 2011-1, p. 4 e.v.

8 WP 169, Opinion 1/2010 on the concepts 'controller' and 'processor'.

9 Zie de *Leidraad afstemmen van wetgeving op de Wet bescherming persoonsgegevens*, Ministerie van Justitie en Veiligheid, publicatiedatum 29 april 2011, par. 4.4.5 op p. 42, <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/persoonsgegevens/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2011/04/29/leidraad-wet-bescherming-persoonsgegevens.html>.

10 Art. 17 Richtlijn 95/46.

verstrekken in het kader van de ‘war against terror’.¹¹ SWIFT staat voor Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication.¹² SWIFT is een door de financiële wereld in stand gehouden vereniging naar Belgisch recht met een hoofdkantoor in Brussel. SWIFT verzorgt op mondiale basis de interbancaire uitwisseling van betalingsverkeerberichten. Uit dien hoofde beschikt de organisatie dus over veel voor opsporingsautoriteiten potentieel belangwekkende gegevens. Het bleek bij de actie van de Amerikaanse autoriteiten te gaan om gegevens die in een Amerikaans back-upcenter van SWIFT waren opgeslagen. Die gegevens hadden ook betrekking op Europees betalingsverkeer. De publicaties wekten de belangstelling van het Europees Parlement en van de Europese privacytoezichthouders.¹³ SWIFT werd beschuldigd van overtreding van allerlei privacyregels. In de discussie die volgde bleek al snel dat de bestaande privacyregels allerlei onduidelijkheden bevatten. Met name was niet duidelijk wie er als verantwoordelijke zou moeten worden aangemerkt (SWIFT of haar deelnemers). De Artikel 29-werkgroep stelde zich op het standpunt dat SWIFT samen met de deelnemende financiële instellingen als verantwoordelijke moest worden aangemerkt. *While SWIFT presents itself as a data processor, and some elements might suggest that SWIFT has acted in the past as a processor in certain cases on behalf of the financial institutions, the Working Party, having considered the effective margin of manoeuvre it possesses in the situations described above, is of the opinion that SWIFT is a controller as defined by Article 2 (d) of the Directive, for both the normal processing of personal data under its SWIFTNet service as well as for the further processing by onward transfer of personal data to the UST.*¹⁴

SWIFT wordt als hoofdverantwoordelijke aangemerkt, terwijl de banken ‘some responsibility’ dragen. *On the basis of the above elements, the Working Party is of the opinion that sufficient elements support the opinion that a joint responsibility exists with the financial institutions and the cooperative SWIFT where they are represented, for the processing of personal data via the SWIFTNet FIN service. However joint responsibility does not necessarily mean equal responsibility. Whilst SWIFT bears primary responsibility for the processing of personal data in the SWIFTNet FIN service, financial institutions also bear some responsibility for the processing of their clients’ personal data in the service.*¹⁵

Gezien het feit dat SWIFT gevestigd is in België stelde de Belgische privacytoezichthouder een onderzoek in. SWIFT stelde zich op het standpunt de rol van bewerker

te vervullen. Echter, ook de Belgische toezichthouder concludeerde dat SWIFT en de banken gezamenlijk als verantwoordelijke zouden moeten worden aangemerkt. *Gelet op voormelde overwegingen is de Commissie van oordeel dat de financiële instellingen die actief zijn in het internationaal betalingsverkeer op ‘business to business’ (interbancair) vlak mede het doel en de middelen kunnen bepalen van de hen toevertrouwde verwerkingen (de afhandeling van de betalingsopdrachten van hun klanten). In de mate dat gebruik wordt gemaakt van de dienst SWIFTNet Fin kunnen zij, samen met SWIFT, geacht worden medeverantwoordelijke voor de verwerking te zijn.*¹⁶

Oftewel, banken en SWIFT zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de verwerking van financiële gegevens. Dat betekent dat er vele duizenden verantwoordelijken zijn, zonder dat precies vaststaat wat de reikwijdte is van hun verantwoordelijkheid.¹⁷

3 Verantwoordelijke en betalingsverkeer

3.1 Algemeen

De SWIFT-affaire bracht aan het licht dat het niet eenvoudig is om in een meerpartijensituatie vast te stellen wie verantwoordelijke voor de verwerking van persoonsgegevens is en wat de omvang van die verantwoordelijkheid is. Bij de SWIFT-affaire kwam dit allocatievraagstuk echter slechts oppervlakkig boven water. In werkelijkheid is de allocatie-problematiek aanzienlijk complexer. Hierna wordt daar aan de hand van het voorbeeld van een betaalopdracht wat dieper op ingegaan.

3.2 Eenvoudige betaalopdracht

Bij een eenvoudige betaalopdracht geeft een opdrachtgevende klant opdracht aan zijn bank om zijn rekening te belasten voor een bepaald bedrag en dat bedrag bij te schrijven op de rekening van een begunstigde klant bij dezelfde bank.¹⁸ Bij de uitvoering van die betaalopdracht zijn drie partijen betrokken. De bank waar beide partijen een rekening aanhouden, de opdrachtgever en de begunstigde.

Een betaalopdracht bestaat uit volgende onderdelen:

- het bedrag van de betaling;
- het rekeningnummer van de begunstigde;
- gegevens betreffende de begunstigde;
- het rekeningnummer van de opdrachtgever;
- gegevens betreffende de opdrachtgever;

11 Zie voor een overzicht onder meer R. van der Horst, ‘De Swift-casus’, *Computerrecht* 2008, 6.

12 <www.swift.com>.

13 Opinie 10/2006 (WP 128) van 22 november 2006 van de Artikel 29-werkgroep.

14 WP 128, p. 10.

15 WP 128, p. 13.

16 Beslissing 37/2006 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 9 december 2008.

17 De slotconclusie van de Belgische toezichthouder was overigens dat SWIFT weinig te verwijten viel. In ieder geval was duidelijk, los van de juridische aspecten, dat er sprake was van een politiek probleem dat politiek zou moeten worden opgelost. SWIFT nam de beslissing om zijn infrastructuur opnieuw in te richten. Er werd besloten een nieuw back-upcentrum in te richten in Zwitserland. Als gevolg van deze beslissing werden initieel de mogelijkheden voor de Amerikaanse autoriteiten om zich toegang te verschaffen tot gegevens over het Europees betalingsverkeer verkleind. Dat probleem is vervolgens opgelost door de Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika inzake de verwerking en doorgifte van gegevens betreffende het financiële berichtenverkeer van de Europese Unie naar de Verenigde Staten ten behoeve van het traceren van terrorismefinanciering, *PbEG* 2010, L 195/5.

18 Als de betaling van de opdrachtgever plaatsvindt op basis van automatische incasso treedt de begunstigde op als initiator van de betaling ten laste van de opdrachtgever.

- het berichtenveld met de opdrachtomschrijving;
- typering opdracht (incasso enz.).

Bij het aanmaken van de betaalopdracht door de opdrachtgever zal al snel sprake zijn van verwerking van persoonsgegevens door die opdrachtgever.¹⁹ Bij de afhandeling van de betaalopdracht door de bank kan eveneens sprake zijn van de verwerking van persoonsgegevens (door de bank). De verwerking van de betaalopdracht door de begunstigde vormt eveneens mogelijk een verwerking van persoonsgegevens (door de begunstigde). In termen van het gegevensbeschermingsrecht is de opdrachtgever verantwoordelijke ten aanzien van de aanmaak van de betaalopdracht. Hij besteedt de overdracht van de voor de begunstigde bestemde opdrachtomschrijving uit aan de bank. De bank vervult in dat verband de rol van bewerker. De verantwoordelijkheid van de bank onder het gegevensbeschermingsrecht is daarbij beperkt tot het ongewijzigd doorgeven van de gegevens van de opdrachtomschrijving.²⁰ Ten aanzien van de administratieve verwerking van de betaalopdracht binnen de bank vervult die de rol van verantwoordelijke. De begunstigde ten slotte is de verantwoordelijke ten aanzien van de verdere verwerking van de in het kader van de betaling door hem ontvangen gegevens.

De bank houdt kopieën van de door haar in het kader van de betaalopdracht verwerkte gegevens. Daaronder valt ook de opdrachtomschrijving. De bank doet dat om verantwoording te kunnen afleggen over de correcte uitvoering van de betaalopdracht en kan in dat verband ook daarvoor als verantwoordelijke worden aangemerkt. De bank zit dan in een dubbelrol: die van verantwoordelijke en die van bewerker.

3.3 *Inschakeling derden bij eenvoudige betaalopdracht*

Het aantal partijen dat bij de uitvoering van de betaalopdracht is betrokken, zal in de praktijk vaak oplopen. Als de betaalopdrachten via datacommunicatie worden aangeleverd verwerkt de aanbieder van de telecommunicatie-infrastructuur eveneens persoonsgegevens. Als de opdrachtgever voor zijn financiële administratie gebruik maakt van een ASP²¹, verwerkt die eveneens persoonsgegevens. In de rol van bewerker. Als de financiële administratie van de opdrachtgever geheel is uitbesteed, zal de boekhouder al snel in de richting van dubbelrol van bewerker en verantwoordelijke promoveren. Bij het aanmaken van betaalopdrachten kan ten slotte ook nog een dienstverlener zijn ingeschakeld die verantwoordelijk is voor de aanmaak van gepersonaliseerde opdrachtformulieren zoals acceptgiro's.

3.4 *Nationale interbancaire overboeking*

Als de opdrachtgever en de begunstigde bij verschillende banken in hetzelfde land een rekening aanhouden neemt het aantal betrokken partijen snel verder toe. De opdrachtgevende bank stuurt de opdrachtgegevens (waaronder de opdrachtomschrijving) door naar de begunstigde bank die vervolgens de ontvangen gegevens weer doorstuurt naar de begunstigde. Beide banken schakelen bij de verwerking van de betaalopdracht een afwikkelstelsel in. Dat speelt een rol bij de onderlinge verrekening van de betaling tussen beide banken. Het afwikkelstelsel werkt in opdracht van beide banken en speelt in die zin de rol van bewerker. Toepassing van advies WP 169 van de Artikel 29-werkgroep zou overigens ook kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van een rol als verantwoordelijke van het afwikkelstelsel.²²

Betalingen kunnen worden geïnitieerd in de vorm van gewone betaal- of incasso-opdrachten. Er kan ook sprake zijn van betalingen met behulp van betaalautomaten. Bij dergelijke betalingen worden de gegevens van de betaling eveneens door een groot aantal partijen verwerkt. Dat geldt ook als sprake is van een betaling met behulp van een creditcard.

3.5 *Internationale overboekingen*

Als de opdrachtgever en de begunstigde in verschillende landen zijn gevestigd, zullen de opdrachtgevende en de begunstigde bank vaak in het geheel geen relatie met elkaar hebben. De betaalopdracht gaat dan lopen via een internationaal opererend afwikkelstelsel of via een (of meer) derde-correspondentbank(en). Bij dit laatste type betaling wordt de rekening-courant van de opdrachtgevende bank met de derde correspondentbank belast voor het bedrag van de betaalopdracht. De rekening-courant die de begunstigde bank aanhoudt met de derde correspondentbank wordt belast met het bedrag van de betaalopdracht. De begunstigde bank crediteert vervolgens de rekening van de begunstigde. De uitwisseling van het berichtenverkeer verloopt over het algemeen via de intermediair SWIFT. De opdrachtgegevens lopen dan van de opdrachtgever via de opdrachtgevende bank via SWIFT naar de correspondentbank en vervolgens wederom via SWIFT naar de begunstigde bank die de begunstigde inlicht. Als de opdrachtgevende en de begunstigde bank geen relatie onderhouden met één bepaalde correspondentbank zal het noodzakelijk zijn om een tweede of zelfs een derde correspondentbank in te schakelen.

Iedere schakel in deze keten wordt gereguleerd door zijn nationale recht. Internationale betalingen kunnen door uiteenlopende jurisdicties lopen. In ieder van die jurisdicties kunnen de nationale autoriteiten toegang eisen tot de gegevens van betalingen die hun grondgebied

19 Bij een zakelijke opdrachtgever zal dat steeds het geval zijn. Bij het aanmaken van een opdracht door een consument is naar mijn mening de uitzondering voor persoonlijke of huishoudelijke doeleinden van art. 2 lid 2a Wbp van toepassing op het aanmaken en verzenden ervan.

20 Vgl.: *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3 p. 59.

21 Application Service Provider. Een ASP kan bij voorbeeld toegang geven tot een computer waarop voor gebruikers boekhoudprogramma's ter beschikking wordt gesteld.

22 WP 169, Opinion 1/2010 on the concepts 'controller' and 'processor'.

passeren. Ze kunnen daarbij geheimhouding opleggen aan de bij het onderzoek betrokken partijen. Uit oogpunt van gegevensbeveiliging kunnen verzamelingen van betalingsgegevens worden opgeslagen in back-upcentra.

3.6 Conclusie

Kenmerkend voor het betalingsverkeer is dat er geen directe relatie meer bestaat tussen opdrachtgever of begunstigde enerzijds en het merendeel van de bij de afwikkeling van de betaling betrokken partijen anderzijds. Ook zal vaak geen relatie meer bestaan tussen de opdrachtgevende bank en de begunstigde bank.

Uit het voorbeeld van de betaalopdracht moge blijken dat het in de wereld van het betalingsverkeer lastig zal zijn om vast te stellen wie er als verantwoordelijke of bewerker moet worden aangemerkt. Dit probleem wordt er niet eenvoudiger op omdat deze begrippen ook nog mengvormen kennen.²³

3.7 Generalisatie

De allocatieproblemen in het betalingsverkeer zijn niet uniek en al lang bekend.²⁴ De hedendaagse praktijk van gegevensverwerking maakt het steeds lastiger te bepalen waar gegevensverwerking plaatsvindt en wie welke zeggenschap heeft over welke onderdelen van een verwerking. Soms weet de verwerker het zelf niet eens meer. Webwereld merkte daarover op: 'Volgens Google is het hameren op datalocatie vooral een nostalgische emotie.'²⁵ In dit verband wordt tegenwoordig vaak de term cloud computing²⁶ of SAAS²⁷ gebruikt.²⁸

4 Ontstaan en ontwikkeling van de begrippen verantwoordelijke en bewerker

4.1 Reikwijdte databescherming regels

De verwerking van persoonsgegevens wordt gereguleerd door het Europese en het daarvan afgeleide nationale databeschermingsrecht. Bij het ontstaan van het Europese databeschermingsrecht in 1981 ging het nog alleen om het verzamelen, gebruiken en overdragen van persoonsgegevens, opgeslagen in gestructureerde bestanden.²⁹ Geautomatiseerde bestanden werden per definitie geacht

gestructureerd te zijn. Niet-geautomatiseerde bestanden dienden een op raadpleging ingerichte structuur te bezitten en op meer dan één persoon betrekking te hebben. In de latere Europese Privacyrichtlijn van 1995 werd het bereik van de databeschermingsregels vergroot naar iedere geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens alsmede iedere verwerking van persoonsgegevens in gestructureerde niet-geautomatiseerde bestanden.³⁰ De verschuiving betekende enerzijds een uitbreiding van het bereik van de regels van verwerkingshandelingen met het karakter van een rechtshandeling³¹ naar accessoire technische verwerkingshandelingen³². Anderzijds – door het loslaten van het bestandsbegrip – een uitbreiding naar iedere mogelijk geïsoleerde 'handling' van één of meer persoonsgegevens in een geautomatiseerde omgeving of in een gestructureerde handmatige omgeving.

4.2 Randvoorwaarden verwerking

Het databeschermingsrecht verbindt vervolgens allerlei verplichtingen aan het verwerken van persoonsgegevens. Voorafgaand aan de verwerking moet er een verzameldoel worden vastgesteld. Tevens moet een verwerkingsgrondslag worden vastgesteld. Niet doelconform verwerken van persoonsgegevens is alleen toegestaan onder bepaalde voorwaarden. Vervolgens moet de verwerking worden aangemeld, tenzij er een meldingsvrijstelling geldt. Ten aanzien van het verwerkingsproces gelden allerlei kwaliteitseisen. Ten aanzien van de verwerking van bijzondere gegevens gelden zwaardere aanvullende eisen. Ten aanzien van de doorgifte van persoonsgegevens buiten de Europese Unie gelden nog eens extra aanvullende eisen. Aan het feit dat 'zijn' persoonsgegevens worden verwerkt, ontleent de persoon op wie de persoonsgegevens betrekking hebben een aantal rechten. Het databeschermingsrecht introduceert de figuur van de privacyautoriteit om toezicht te houden op de naleving van de regels van het databeschermingsrecht.

4.3 Verantwoordelijke en bewerker in het Verdrag van Straatsburg

Bij de introductie van het databeschermingsrecht is ervoor gekozen om een aparte figuur in het leven te roepen als drager van de verplichtingen van het databescher-

23 Voor een uitwerking van de relaties tussen de bij het betalingsverkeer betrokken partijen zie R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer* (derde druk, serie Recht en Praktijk FR7), Deventer: Kluwer 2011.

24 Zie bijvoorbeeld J.M.A. Berkvens, 'Payment systems, data protection and cross-border data flows', in: Reed, Walden & Edgar (red.), *Crossborder electronic banking*, London/Hong Kong: LLP 2000. Zie ook Schauss & Berkvens, 'EC Commission proposals on data protection: continuing threat to financial transactions', *Tolley's Computer Law and Practice*, 1992, 4.

25 A.U. de Haes, 'Google weigert data in Europa te houden', *Webwereld* 12 januari 2011.

26 Cloud computing is een parallel computersysteem waarbij de software verdeeld is tussen meerdere computers op het internet. De 'cloud' (Nederlands: wolk) staat voor het internet en de delen en acties van de applicatie die niet op de machine van de gebruiker plaatsvinden. Dit concept wordt gebruikt om de gebruiker niet meer te verplichten uitgebreide kennis of controle te hebben over de technologie die ze gebruiken. Cloud computing oogt vooral op hogere algemene efficiëntie van software (bron: Wikipedia). Voor een uitgebreide behandeling van begrippen zie L. Ferreira Pires, 'Wat is cloud computing', *Computerrecht* 2011, 3.

27 Software as a service.

28 Zie bijvoorbeeld J.G.L. van Wees, 'De verantwoordelijke en de bewerker in de cloud', *Computerrecht* 2011, 3.

29 Verdrag tot bescherming personen met betrekking tot geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, Raad van Europa (conventie 108), Straatsburg: 1981.

30 Richtlijn 95/46/EG, *PbEG* L 281 van 23 november 1995, p. 0031-0050.

31 Verzamelen, gebruiken en overdragen.

32 Opslaan, bewerken, transporteren, vernietigen.

Quote 2002

'Fundamentele research naar de kwantificeerbare waarde van privacy is dan ook hard nodig. Niet alleen recht en techniek, maar ook economie zal met privacy verknoot moeten worden.'

Drs. J.J. Borking, 'Privacy Enhancing Technologies: het Derde Spoor. Een terugblik', P&I 2002-5, p. 201

mingsrecht. Het Verdrag van Straatsburg definieert de 'controller of the file' als de 'natural or legal person, public authority, agency or any other body who is competent according to the national law to decide what should be the purpose of the automated data file, which categories of personal data should be stored and which processing operations should be applied to them.' Het Verdrag definieert alleen de figuur van de controller. Het Verdrag besteedt geen aandacht aan uitbestedingssituaties waarbij de controller een externe processor inschakelt.

4.4 Verantwoordelijke en bewerker in Richtlijn 95/46/EG³³

De Databeschermingsrichtlijn blijft in dezelfde lijn. De 'voor de verwerking verantwoordelijke' is *de natuurlijke of rechtspersoon, de overheidsinstantie, de dienst of enig ander lichaam, die respectievelijk dat, alleen of tezamen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt; [wanneer het doel en de middelen voor de verwerking worden vastgesteld bij nationale of communautaire wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, kan in het nationale of communautaire recht worden bepaald wie de voor de verwerking verantwoordelijke is of volgens welke criteria die wordt aangewezen.]*

De nieuwe formulering biedt expliciet de ruimte voor diverse varianten van collectieve verantwoordelijkheid.

Als 'verwerker' wordt gedefinieerd *de natuurlijke of rechtspersoon, de overheidsinstantie, de dienst of enig ander lichaam, die respectievelijk dat ten behoeve van de voor de verwerking verantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt.*

Ten aanzien van de figuur van de verwerker worden geen collectieve varianten voorzien. Toch zijn die aanwezig. Vaak wordt de verwerking van persoonsgegevens uitbesteed aan een bewerker met al dan niet buitenlandse dochtermaatschappijen.

4.5 De verantwoordelijke volgens de Artikel 29-werkgroep

In haar rapport WP 169 doet de Artikel 29-werkgroep een poging om de begrippen verantwoordelijke en bewerker te verduidelijken.³⁴ Aan de hand van 26 voorbeelden wordt getracht de begrippen ten opzichte van elkaar af te grenzen. De bevoegdheid om het verwerkingsdoel vast te stellen vormt een belangrijke determinerende rol. Maar het feit dat vaak sprake is van meer dan één partij die betrokken is bij het vaststellen van het doel, maakt het er niet eenvoudiger op. De Artikel 29-werkgroep blijft naar mijn mening dan ook steken in casuïstiek. *The participation of parties in the determination of purposes and means of processing in the context of joint control may take different*

*forms and does not need to be equally shared. This opinion provides many examples of different kinds and degrees of joint control. Different degrees of control may give rise to different degrees of responsibility and liability, and 'joint and several' liability can certainly not be assumed in all cases. Furthermore, it is well possible that in complex systems with multiple actors, access to personal data and exercise of other data subjects' rights can be ensured also at different levels by different actors.*³⁵ Niettemin meent de werkgroep dat de begrippen verantwoordelijke en processor nog steeds relevant zijn.

4.6 Conclusie

Uit de geschiedenis moge blijken dat het in de dagelijkse praktijk niet eenvoudig is om aan te geven wie als verantwoordelijke voor een verwerking moet worden aangemerkt. Dat geldt ook voor de Wbp.^{36, 37} De toenemende complexiteit van de gegevensverwerkende processen maakt dat steeds meer partijen bij een verwerking betrokken zijn. Ook is het lastig om een onderscheid te maken tussen verantwoordelijken en bewerkers. Daarbij speelt bovendien een rol dat bewerkers vaak gegevens bijhouden omtrent hun activiteiten. Bijvoorbeeld om verantwoording af te kunnen leggen of om hun dienstverlening te optimaliseren. Waardoor ze zelf ook weer in de rol van verantwoordelijke terecht kunnen komen. Een voorbeeld vormt de advocatuur. Naar mijn mening is verdedigbaar dat advocaten als bewerker worden aangemerkt ten aanzien van de door hen verwerkte gegevens. Zij verwerken immers de gegevens in opdracht van de klant en op cruciale momenten bepaalt de klant wat er dient te gebeuren. Zij houden echter ook een archief aan om verantwoording te kunnen afleggen van hun optreden en zijn in die zin aan te merken als verantwoordelijke.

Het zou naar mijn mening dan ook een stuk eenvoudiger zijn als het aangrijpingspunt van privacyregels niet meer ligt bij degene die het *doel* van een verwerking bepaalt maar bij degene die gegevens *verwerkt*. Dat zou betekenen dat geen onderscheid meer hoeft te worden gemaakt tussen verantwoordelijken en bewerkers. En evenmin tussen de verschillende gedeelde vormen van verantwoordelijkheid voor het bepalen van het verwerkingsdoel. Waarmee het volgende onderdeel van deze beschouwing aan de orde komt: hoe essentieel is het verwerkingsdoel?

³³ Art. 2 Richtlijn 95/46.

³⁴ WP 169, Opinion 1/2010 on the concepts 'controller' and 'processor'.

³⁵ WP 169, p. 33.

³⁶ Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 55-58 en Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. A, p. 4-5.

³⁷ Uitgebreid zie: M.B.J. Thijssen, *De Wbp en de vennootschap* (serie Recht en Praktijk, nr. 171), Deventer: Kluwer 2009.

5 Het doel van de verwerking

5.1 Algemeen

De systematiek van databeschermingsregels is gebaseerd op het bewust formuleren van een gegevensverwerkingsdoelstelling. Als gevolg van dit uitgangspunt moet er ook steeds worden bepaald wie degene is die de gegevensverwerkingsdoelstelling vaststelt. Wat zijn redenen voor ondernemingen om gegevens te verwerken?

5.2 Informatiestromen³⁸

Ondernemingen verwerken allerlei soorten van gegevens om de onderneming efficiënt te kunnen runnen. Een slechte informatiehuishouding betekent ontevreden klanten, frauderisico's, verlies van marktaandeel en fiscale risico's. Informatie over individuele klanten of klantgroepen speelt een sleutelrol binnen de retailsector. Het gaat daarbij om de mogelijkheid om gegevens over voormalige, huidige en toekomstige klanten te verzamelen, vast te leggen, te gebruiken en over te dragen. Deze klantgegevens kunnen voor een groot aantal soorten van activiteiten worden aangewend. Ze kunnen uit diverse bronnen afkomstig zijn zoals de klant zelf, informatiebureaus, transacties van de klant of zelfs uit de krant. Naast de verwerkingen die direct noodzakelijk zijn om een overeenkomst tot stand te brengen en te kunnen uitvoeren, kan worden gedacht aan commercieel gebruik, gebruik in het kader van het beheer van de onderneming, toekomstig gebruik en voldoening aan wettelijke informatieverplichtingen.

5.3 Contracten

De uitvoering van overeenkomsten zal veelal betrekking hebben op de levering van goederen en diensten aan klanten tegen betaling. De klant zal daarbij vaak een deel van de zeggenschap over 'zijn' persoonsgegevens moeten prijsgeven. De onderneming krijgt dan het recht om die gegevens accessoir aan de levering van goederen of diensten te gebruiken. De uitvoering van de overeenkomsten brengt immers vaak met zich mee dat allerlei bedrijfsprocessen gegevens verwerken. Inkomende bestellingen moeten worden vastgelegd. Facturen moeten worden aangemaakt. Betalingen moeten worden vastgelegd en gecontroleerd. De te leveren goederen en diensten moeten soms ingekocht worden. De aflevering van goederen of de verlening van diensten moet worden georganiseerd. Er moet worden gekeken of er nog met speciale wensen van de klant of met andere bijzonderheden rekening moet worden gehouden. Bij het leveren van goederen op krediet kan toetsing van de kredietwaardigheid bij een credit reference agency noodzakelijk zijn. Andere activiteiten zijn bijvoorbeeld het gebruiken van bestaande gegevens om onregelmatigheden te kunnen documenteren en om juridische procedures met betrekking tot

de overeenkomst te kunnen voeren. Kortom: in het kader van de nakoming van contractuele verplichtingen is sprake van een groot aantal gegevensstromen waarbij soms ook derden betrokken kunnen zijn.

5.4 Commercieel

Bij commercieel gebruik denk ik enerzijds aan gebruik van de gegevens voor marktonderzoek. Dit marktonderzoek kan gericht zijn op het verwerven van managementinformatie. Wat is het marktaandeel van de onderneming? Hoe is de samenstelling van de omzet? Ook kan marktonderzoek een beeld opleveren van het gemiddelde koopgedrag van de bestaande of de beoogde klant van de onderneming. Het onderzoek kan gebaseerd zijn op binnen de onderneming aanwezige gegevens maar er kan ook gebruik worden gemaakt van extern aangeschafte bestanden (bijvoorbeeld postcodebestanden met karakteristieken per postcode). Het onderzoek kan ook gericht zijn op het zichtbaar maken van verbanden tussen klantkarakteristieken en koopgedrag.

Een andere vorm van commercieel gebruik is het aanwenden van de gegevens in het kader van marketingactiviteiten. Op basis van informatie over producten die de klant nog niet afneemt of op basis van statistische gegevens wordt besloten klanten te benaderen om bepaalde producten af te nemen. De marketing kan diverse gedaanten aannemen. Benadering kan plaatsvinden door toezending van reclamemateriaal of telefonisch contact. Een minder expliciete vorm van benadering is die waar in het kader van regelmatige klantcontacten de voordelen van bepaalde producten tijdens een gesprek en passant aan de orde komen.

Naast commercieel gebruik waarbij de gegevens worden aangewend om de omzet van eigen producten te stimuleren is ook denkbaar dat de klantgegevens (al dan niet tegen vergoeding of andere tegenprestatie) ter beschikking van commerciële activiteiten van derden worden gesteld.

5.5 Beheer

Behalve voor activiteiten in de contractuele en de commerciële sfeer kan de klantinformatie door de onderneming ook in het kader van beheersactiviteiten worden gebruikt. Zo kunnen de gegevens worden gebruikt voor het vergroten van de efficiency. Men kan bijvoorbeeld het distributieapparaat huisvesten op geografisch optimale locaties. Een telecomoperator kan verkeersgegevens (zoals locatie beller en gebelde, gespreksduur, aanvangstip van telefoongesprekken) gebruiken om het gemiddeld gebruik en de pieken te berekenen en daar zijn capaciteit op af te stemmen. Klanten kunnen gewezen worden op efficiëntere mogelijkheden van gebruik van goederen of diensten. Ondernemingen kunnen tevredenheidsonderzoeken uitvoeren en capaciteitsproblemen opsporen. Gegevens met betrekking tot negatieve erva-

³⁸ Zie de omschrijving van verwerkingsdoelen in J.M.A. Berkvens, 'Role of trade associations: Data protection as a negotiable issue', in: Gutwirth, Pouillet, De Hert, De Terwangne & Nouwt (red.), *Reinventing Data Protection*, Springer 2009, p. 126.

ringen met klanten kunnen worden vastgelegd en gebruikt in het kader van het acceptatiebeleid. Deze gegevens kunnen eventueel ook worden gedeeld met andere ondernemers. Ook kunnen de gegevens worden ingevoerd in monitoringsystemen die bewaken of er zich onregelmatigheden voordoen.

5.6 Wettelijke informatieverwerkingsverplichtingen

Onder wettelijke informatieverwerkingsverplichtingen wordt de verwerking van gegevens in opdracht van overheidsinstellingen verstaan, bijvoorbeeld in het kader van boekhoudkundige fiscale verplichtingen. Een andere situatie is die waarin justitie bepaalde informatie opvraagt die zij nodig heeft in het kader van haar opsporingsactiviteiten. Bij het voldoen aan wettelijke informatieverplichtingen is veelal geen eigen belang van de ondernemer aan de orde.

5.7 Het hogere doel

In het voorafgaande is een beschrijving gegeven van activiteiten die binnen een onderneming plaatsvinden rondom de relatie bedrijf-klant. Bij die activiteiten wordt onder meer gebruikgemaakt van gegevens waarover de onderneming de beschikking heeft gekregen bij de afwikkeling van die relatie. Alle activiteiten dragen bij aan de efficiënte bedrijfsvoering van de onderneming. Vanuit de ondernemer bezien vormen de gegevensverwerkingen een middel bij de realisatie van de ondernemingsdoelstelling.³⁹ In dat verband is er dus een zekere gelijkenis met overheidsinstellingen waar activiteiten plaatsvinden (waaronder de verwerking van persoonsgegevens) ten behoeve van de publiekrechtelijke taak van die overheidsinstelling. *Het verwerken van persoonsgegevens vormt echter nooit een zelfstandige activiteit.* Laat staan een doel op zich. Bedrijven houden zich bezig met economische activiteiten. Het gaat primair om het realiseren van winstdoelstellingen. Die worden gerealiseerd door het produceren en leveren van goederen en diensten. Het primaire proces gaat gepaard met allerlei secundaire processen die ten dienste staan van de ondernemingsdoelstelling. Dat varieert van de inkoop van grondstoffen en de organisatie van de inzet van werknemers tot de beveiliging tegen inbreuken op werkprocessen, de inrichting van de verkooporganisatie en het nemen van omzetbevorderende maatregelen. Zowel de primaire als de secundaire processen gaan gepaard met de verwerking van persoonsgegevens. In termen van databeschermingsrecht is er veeleer sprake van het constateren welke gegevensverwerkingen plaatsvinden dan van het vaststellen van gegevensverwerkingsdoelstellingen. Alle verwerkingen van persoonsgegevens vormen slechts een middel om de primaire en secundaire bedrijfsprocessen te ondersteunen. Het doel

van de gegevensverwerking gaat dus op in de ondernemingsdoelstelling. De ondernemingsdoelstelling is veelal het realiseren van winst.

6 De gevolgen voor het databeschermingsrecht

6.1 Algemeen

Het databeschermingsrecht gaat ervan uit dat de verwerking van persoonsgegevens in overeenstemming met de wet en op rechtmatige wijze geschiedt.⁴⁰ Vervolgens wordt als eis gesteld dat de persoonsgegevens voor gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld.⁴¹ Bovendien wordt als eis gesteld dat de verwerking van persoonsgegevens verantwoord moet kunnen worden door toestemming van de betrokkene, een contractuele relatie met de betrokkene, een wettelijke verplichting of boven die van betrokkene prevalerende belangen van verantwoordelijke of derden.⁴²

Bij de overheid wordt de aanleiding voor het verwerken van gegevens gevonden in de wettelijke taak waarvoor de betreffende instelling de gegevens dient te verwerken. Daarbij gaat het om het door die wet beoogde doel. De verwerking van gegevens vormt geen doel op zich maar een middel om het door de wetgever opgedragen doel te realiseren.

Bij ondernemingen vindt de verwerking van gegevens haar aanleiding in de ondernemingsdoelstelling (hetgeen meestal zal zijn het behalen van winst). Ook hier is de verwerking geen doel op zich maar een middel om de ondernemingsdoelstelling te kunnen realiseren.

Omdat de verwerking van gegevens geen zelfstandig doel vormt, is het niet nodig om separate gedetailleerde verwerkingsdoelstellingen te formuleren ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens. Het gaat er slechts om dat wordt vastgesteld welke verwerkingen van persoonsgegevens (activiteiten) plaatsvinden om daarvan vervolgens de rechtmatigheid en de proportionaliteit te kunnen verantwoorden.⁴³ Vanuit de gedachte dat het niet nodig is om verwerkingsdoelstellingen te formuleren ontvalt aan de figuur van de verantwoordelijke zijn belangrijkste taak.

Het weghalen van de vaststelling van het gegevensverwerkingsdoel heeft niet noodzakelijkerwijs grote gevolgen voor de systematiek van Richtlijn 95/46. Die stelt immers als voorwaarde aan de verwerking van persoonsgegevens dat aan één van de hiervoor genoemde grondslagen van art. 7 van dezelfde Richtlijn 95/46 wordt voldaan. De verantwoordelijke ondernemer dient slechts per verwerking aan te kunnen geven of aan één van deze voorwaarden wordt voldaan.

39 Dit onderscheid sluit opmerkelijk goed aan op de formulering van art. 3 lid 2 onder 2 Richtlijn 95/46 waar wordt gesproken over verwerking ten behoeve van activiteiten met persoonlijke of huishoudelijke doeleinden.

40 Art. 6 Richtlijn 95/46.

41 Art. 6 Richtlijn 95/46.

42 Art. 7 Richtlijn 95/46.

43 HR 9 september 2011, LJN BQ8097.

6.2 *Gevolgen voor de verenigbaarheidstoets*

Op grond van art. 6 lid 1 onder b Richtlijn 95/46 moet iedere verwerking van persoonsgegevens voor een ander doel dan het verzameldoel worden getoetst op verenigbaarheid met het oorspronkelijke verzameldoel. Omdat het verzameldoel binnen ondernemingen veelal samenvalt met de ondernemingsdoelstelling is dan sprake van een doelconforme verwerking en zal in het algemeen niet meer aan de verenigbaarheidstoets worden toegeko- men. Als de verwerking van persoonsgegevens niet ver- antwoord kan worden door toestemming van de betrok- kene, een contractuele relatie met de betrokkene, of een wettelijke verplichting, wordt de verwerking verant- woord op basis van afweging van de belangen van derden tegen die van de verantwoordelijke ondernemer of van derden. Considerans 33 van Richtlijn 95/46/EG biedt daarvoor de ruimte.

6.3 *Gevolgen voor de bewerker*

Als het accent van de systematiek van de wet komt te liggen op het verwerken van persoonsgegevens valt de noodzaak van een aparte regeling voor de bewerker weg. Eventueel zou kunnen worden overwogen om in art. 7 Richtlijn 95/46 een aparte grondslag op te nemen die verwoordt dat de verwerking noodzakelijk is ter voldoe- ning aan verplichtingen uit een overeenkomst met een derde. Aan art. 7 Richtlijn 95/46 wordt dan een onderdeel g toegevoegd:

Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien:
g. de verwerking noodzakelijk is in het kader van een met een derde afgesloten overeenkomst.

6.4 *Gevolgen voor de betrokkene*

Bij een verzoek om inzage of correctie zal in voorkomen- de gevallen een opdrachtnemer moeten verwijzen naar de opdrachtgever. In geval van een verwerking op basis van het door mij voorgestelde art. 7 onder g zou de op- drachtnemer een doorverwijsplicht kunnen worden op- gelegd. De uitwerking van de doorverwijsplicht zou standaard onderdeel van de overeenkomst tussen op- drachtgever en opdrachtnemer moeten zijn. De bestaan- de informatieverplichtingen uit Richtlijn 95/46 blijven gelden voor ondernemingen die gegevens verwerken op basis van art. 7 onder a-f.⁴⁴ Het wegvallen van het onder- scheid heeft overigens mogelijk ook gevolgen voor de meldplicht bij datalekken.⁴⁵ Die komt dan wellicht te liggen bij de onderneming waar het lek zich heeft voor- gedaan. Bij uitbesteding van werkzaamheden is dat de opdrachtnemer.

7 **Conclusie**

Het databeschermingsrecht vereist dat de verwerking van persoonsgegevens plaatsvindt op basis van een vast

te stellen verwerkingsdoel. Het vaststellen van het ver- werkingsdoel dient plaats te vinden door een verantwoor- delijke. De complexiteit van gegevensverwerkende pro- cessen maakt het steeds moeilijker om vast te stellen wie de verantwoorde(n) is (zijn) en het doel van een ver- werking vaststelt (vaststellen). Met name omdat vaak een groot aantal partijen betrokken is in verschillende rollen. De vraag is of het nodig is een verwerkingsdoel vast te stellen. De verwerking van gegevens is immers accessoir aan het ondernemingsdoel. Uitgaande van deze constatering is het niet meer nodig afzonderlijke verwer- kingsdoelen vast te stellen en vervalt de noodzaak om iemand te vinden die het doel vaststelt. Daarmee vervalt de noodzaak om een verantwoordelijke te benoemen en om onderscheid te maken tussen verantwoordelijken en bewerkers. Dat opent de weg om de regelgeving te gaan toepassen op *degene die persoonsgegevens verwerkt*. De regel- geving sluit dan beter aan op de bedrijfseconomische realiteit. Daarmee ontstaat ook de mogelijkheid om het databeschermingsrecht beter in te bedden in het onder- nemingsrecht.

⁴⁴ Art. 10 en 11 Richtlijn 95/46.

⁴⁵ De Europese Commissie overweegt om de meldplicht bij datalekken uit te breiden buiten de telecomunicatiesector.