

Grensoverschrijdend bestuursrecht

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Preadviezen Jonge VAR 2016

mr. R. Klein, mr. R.E. Tak,

mr. F.C. van der Jagt & mr. M.B. Weijers

15

ISBN 978-94-6290-375-3



9 789462 903753 >

Boomjuridisch

Grensoverschrijdend bestuursrecht

Grensoverschrijdend bestuursrecht

Preadviezen uitgebracht door

Mr. R. Klein en mr. R.E. Tak

Mr. F.C. van der Jagt

Mr. M.B. Weijers

Voor de bijeenkomst

van de Jonge VAR

op 25 november 2016

© 2017 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-375-3

ISBN 978-94-6274-695-4 (e-book)

NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Voorwoord	7
Rechtsmacht over de grens of rechtsmacht begrensd? Mr. R. Klein en mr. R.E. Tak	9
Over de grens gaan: grensoverschrijdende handhaving van het mededingings- en consumentenrecht Mr. R. Klein en mr. R.E. Tak	45
Maakt grenzeloos machteloos? Mr. F.C. van der Jagt	99
Grensoverschrijdende informatievergaring in belastingzaken Mr. M.B. Weijers	143
Verslag bijeenkomst Jonge VAR op 25 november 2016 over grensoverschrijdend bestuursrecht D.R. Pinxter	173

Voorwoord

Op vrijdag 25 november 2016 vond de jaarlijkse bijeenkomst van de Jonge VAR plaats in de grote zittingszaal van de Hoge Raad te Den Haag. Het onderwerp van dit jaar was grensoverschrijdend bestuursrecht. In dit boek zijn de preadviezen en een verslag van de bijeenkomst opgenomen.

Preadviseurs waren mr. R. (Raoul) Klein en mr. R.E. (Ralph) Tak, allebei senior juridisch medewerker bij de Autoriteit Consument en Markt, mr. F.C. (Friederike) van der Jagt, Senior Legal Counsel Privacy bij Avast, en mr. M.B. (Martijn) Weijers, werkzaam bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en UvA/ACTL.

Raoul en Ralph schreven twee preadviezen. In het eerste preadvies behandelen zij de algemene beginselen van rechtsmacht en benaderen zij rechtsmacht vanuit een internationaal perspectief. In het tweede preadvies bespreken zij achtereenvolgens de rechtsmacht in het mededingingsrecht en in het consumentenrecht. Friederike behandelt in haar preadvies de vraag op welke wijze de Europese nationale privacytoezichthouders, en in het bijzonder de Autoriteit Persoonsgegevens, rechtsmacht kunnen uitoefenen over persoonsgegevens die zich niet meer binnen hun grondgebied bevinden. Martijn belicht het onderwerp van dit jaar vanuit het belastingrecht en gaat in op grensoverschrijdende informatievergaring en internationale bijstand bij grensoverschrijdende informatievergaring. Met hun preadviezen leveren de auteurs een belangrijke bijdrage aan het onderwerp grensoverschrijdend bestuursrecht.

Met genoegen kijkt de VAR terug op de bijeenkomst van de Jonge VAR. Het verslag van de levendige discussie is opgetekend door Daniël Pinxter (Stibbe). Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs en de verslaglegger hartelijk voor hun inspanningen.

Namens het bestuur van de VAR,
Rianne Jacobs

Rechtsmacht over de grens of rechtsmacht begrensd?

Mr. R. Klein en mr. R.E. Tak*

1	Inleiding	II
2	Definities	13
3	Algemene beginselen van rechtsmacht	15
3.1	Soevereiniteitsbeginsel	15
3.2	Rechtsmacht benaderd vanuit het internationaal publiekrecht	16
3.2.1	Drie benaderingen	16
3.3	Rechtsmacht benaderd vanuit het internationaal privaatrecht	18
3.3.1	Enkele beschouwingen ten aanzien van het Amerikaanse privaatrecht	19
3.3.2	Het Nederlandse stelsel	22
3.4	Captive jurisdiction	25
3.4.1	Verordenende jurisdictie	25
3.4.2	Handhavingsjurisdictie	31
3.5	Ontwikkelingen strafrecht	39
4	Conclusies	43

* Raoul Klein is werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt. Ralph Tak is werkzaam bij Eldermans | Geerts Advocaten, daarvoor bij de Autoriteit Consument en Markt. Dit preadvies hebben zij op persoonlijke titel geschreven. Zij bedanken prof. mr. dr. O.J.D.M.L. Jansen voor zijn opmerkingen bij de eerdere versies van dit preadvies.

I Inleiding

Nederland. Een land met een klein oppervlakte en relatief veel inwoners. Een land met een wereldhaven en een van de grootste vliegvelden van West-Europa. Een land met een open economie waarvan de exporten het grootste deel van het bruto binnenlands product uitmaken. Het behoeft geen betoog dat de zojuist genoemde kenmerken van ons mooie land vragen oproepen over de toepasselijkheid en reikwijdte van onze wetten. Deze vragen zijn als gevolg van de globalisering en de komst van gedigitaliseerde markten steeds actueler geworden. Een Chinese onderneming die haar producten via een Belgische website aanbiedt aan Nederlandse consumenten. Een Ghanees en Zuid-Afrikaanse onderneming die gaan fuseren en een groot deel van de Europese markt in handen hebben. Een Amerikaans softwarebedrijf dat via apps persoonsgegevens verwerkt van een Nederlandse gebruiker. Een succesvolle Japanse ondernemer die binnen Europa shopt naar het gunstigste belastingklimaat. Dit zijn al lang geen hypothetische voorbeelden meer.

Deze voorbeelden roepen vragen op over de toepasselijkheid en de reikwijdte van de regels waarvan nationale bestuursorganen zijn belast met het toezicht op de naleving. Anders gezegd: Moet de Chinese onderneming zich bij het aanbieden van deze producten houden aan de nationale spelregels die consumenten beogen te beschermen? Is het in Nederland geldende concentratierecht van toepassing op een fusie tussen bedrijven die buiten Europa zijn gevestigd? Wie mag, moet of kan eigenlijk optreden tegen een Amerikaans softwarebedrijf dat bij het aanbieden van apps persoonsgegevens van Nederlanders in strijd met de in Nederland geldende privacywetgeving verwerkt? Dit zijn zomaar wat vragen die gesteld kunnen worden bij deze voorbeelden. Deze vragen maken duidelijk dat wij ons ook in het bestuursrecht steeds vaker geconfronteerd zien met vragen over de reikwijdte van regels en de bevoegdheid van (handhavende) instanties. Kortom, vragen over (extraterritoriale) rechtsmacht, die de vier verschillende auteurs van dit preadvies aan de orde stellen en proberen te beantwoorden.

Dit preadvies bestaat grofweg uit twee delen: een algemeen deel over rechtsmacht, gevolgd door een uitwerking voor een aantal specifieke rechtsgebieden in een meer bijzonder deel. In het algemene deel van ons preadvies verkennen wij welke factoren een rol spelen bij het vestigen en uitoefenen van (extraterritoriale) rechtsmacht en welke grenzen er worden gesteld aan de rechtsmacht van staten. Daarbij wordt eerst stilgestaan bij het soevereiniteitsbeginsel en het territorialiteitsbeginsel, die van oudsher de basis vormen voor de rechtsmacht van een staat. Vervolgens wordt ingezoomd op de wijze waarop in het internationaal publiekrecht en internationaal privaatrecht wordt omgegaan met vragen over rechtsmacht. Daarna bezien wij hoe de (Europese) wetgever vanuit verschillende beleidsdoelstellingen regels opstelt die zich kunnen uitstrekken tot (gedragingen) buiten het grondgebied van

Nederland of de EU. Dan nemen wij het algemene bestuursrecht onder de loep om te zien of het algemene bestuursrecht instrumenten kent om met grensoverschrijdende kwesties om te gaan. Daarbij gaat het om de mogelijkheid om handhavend op te treden, controle- en handhavingsbevoegdheden uit hoofdstuk 5 van de Awb in te zetten, maar ook om de mogelijkheden die er zijn om regels te effectueren. Ten slotte wordt met een schuin oog gekeken naar de ontwikkelingen die het strafrecht heeft doorgemaakt op het gebied van rechtsmacht om te zien of het bestuursrecht daar nog wat van te leren heeft.

Na dit algemene deel gaan de verschillende preadviseurs ieder nader in op een ander rechtsgebied waar specifieke vraagstukken van (extraterritoriale) rechtsmacht spelen. Het gaat om rechtsgebieden waarbij van oudsher veel grensoverschrijdende kwesties spelen: het belastingrecht en mededingingsrecht. Maar ook om rechtsgebieden die, mede door de eerdergenoemde digitalisering en toename van de internationale handel, recenter zijn opgekomen en opgebloeid: consumentenrecht en privacy (de bescherming van persoonsgegevens).

2 Definities

Voordat wij starten met dit algemene deel, is het goed om een aantal begrippen te duiden die wij hierna zullen gebruiken. Hoewel dit preadvies (vanzelfsprekend) uitgaat van rechtsmacht van *bestuursorganen*, ontkomen wij er niet aan om voor de invulling van voor dit preadvies relevante begrippen aansluiting te zoeken bij het internationaal publiekrecht. Dat is ook niet zo gek gezien het feit dat het optreden door nationale bestuursorganen tegen gedragingen die de landgrenzen te buiten gaan, centraal staat.

Het belangrijkste begrip is natuurlijk ‘rechtsmacht’. Met rechtsmacht bedoelen wij ‘jurisdictie’. Jurisdictie is op haar beurt weer een afgeleide van ‘*juris dicere*’, wat letterlijk ‘recht spreken’ betekent, waarbij het begrip ‘recht’ als synoniem voor ‘bevoegdheid’ moet worden gelezen. In dit preadvies verstaan wij onder rechtsmacht: de bevoegdheid om gezag uit te oefenen jegens personen¹ door middel van het opstellen van regels en het nemen van besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) ter handhaving van deze regels. De bevoegdheid om regels op te stellen jegens personen – ook wel *prescriptive jurisdiction* – noemen wij in dit preadvies: verordenende jurisdictie. De bevoegdheid om handhavend op te treden tegen gedrag in strijd met de opgestelde regels – *enforcement jurisdiction* – noemen wij handhavingsjurisdictie.² Rechtsmacht in de zin van de bevoegdheid van de rechter om recht te spreken wordt in dit preadvies verder buiten beschouwing gelaten.

De tijd dat een staat zich slechts hoefde te bekommeren om gedragingen die op zijn territorium plaatsvinden, ligt – zoals gezegd – geruime tijd achter ons. Globalisering, de opkomst van digitale markten en beleidsvraagstukken met een internationale dimensie zorgen ervoor dat een staat of een internationale organisatie (zoals de EU), zich bij de aanpak van problemen niet meer kan beperken tot gedragingen die uitsluitend op of vanaf zijn grondgebied ten uitvoer worden gelegd. Europese of nationale regelgeving is steeds vaker (ook) van toepassing op gedragingen buiten Europa of buiten het territorium van een staat. Maar ook de handhaving van regels stopt niet bij de grens van het territorium. Handhavende instanties achten zich steeds vaker bevoegd om op te treden tegen gedrag dat (gedeeltelijk) buiten het territorium van die handhavende instanties wordt verricht. De jurisdictie om regelgevend of handhavend te interveniëren bij gedrag dat (gedeeltelijk) buiten het territorium van de regelgevende of handhavende instantie ten uitvoer wordt gelegd, noemen wij

¹ Met personen worden hier bedoeld zowel rechtspersonen als natuurlijke personen.

² Zie voor een uitgebreide omschrijving van deze begrippen: C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press 2015, p. 5-10.

(bij gebrek aan een betere Nederlandse vertaling) *captive jurisdiction*. Deze term is een verzamelbegrip voor alle jurisdictie van een staat of organisatie over gedragingen die gedeeltelijk buiten het territorium (extraterritorium³) van die staat of organisatie plaatsvindt. De term *captive jurisdiction* brengt tot uitdrukking dat het gaat om gedrag dat wordt ‘gevangen’ door de jurisdictie van de betreffende staat of organisatie. Dat gebeurt niet zomaar, er zullen steeds omstandigheden zijn die maken dat een staat tegen dergelijk gedrag kan optreden. Veelal zal dat een link met het grondgebied van de betreffende staat zijn (zoals gedrag dat van invloed is op de stabiliteit van de financiële markten binnen de betreffende staat) maar dat hoeft niet. Zoals wij hierna uiteen zullen zetten, vinden wetgevers bij het opstellen van internationale regels steeds vaker andere, nieuwe aanknopingspunten om gedragingen die buiten het eigen grondgebied plaatsvinden, te normeren. Deze zogeheten ‘triggers’ – zoals de vraag waar het effect van bepaald gedrag zich voordoet – worden (zoals wij zullen zien) tegenwoordig gebruikt om op een meer mondiaal niveau te kijken naar oplossingen voor gedragingen die een bedreiging vormen voor de economie of het milieu.

3 De term ‘extraterritorium’ is eigenlijk misleidend omdat het ten onrechte suggereert dat het gedrag geen (enkele) band heeft met het eigen territorium.

3 Algemene beginselen van rechtsmacht

3.1 Soevereiniteitsbeginsel

Onlosmakelijk verbonden met het begrip rechtsmacht is de soevereiniteit van een staat. Soevereiniteit houdt letterlijk het hoogste gezag (*'suprema potestas'*) van een staat in. Van oorsprong duidde het begrip 'soevereiniteit' op de afwezigheid van een boven het niveau van staten uitstijgend wereldlijk of geestelijk gezag.⁴ In de zestiende eeuw werd – simpel gezegd – het idee losgelaten dat de staat ondergeschikt was aan de rooms-katholieke kerk. Met het ontstaan van de moderne staat in die periode werd het begrip geassocieerd met *'een hoogste, niet herleidbare, ondeelbare, ongebonden en niet te beperken macht of bevoegdheid'*.⁵

In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen twee vormen van soevereiniteit, namelijk de interne soevereiniteit en externe soevereiniteit.⁶ De interne dimensie – ook wel: soevereiniteit in staatsrechtelijke context – gaat om een specifieke vorm van het organiseren van macht. Soevereiniteit geeft in dat verband een duidelijk antwoord op de vraag wie en onder welke voorwaarden binnen een bepaalde rechtsorde voor mensen bindende, algemene regels mag stellen of wie in concrete gevallen bindende beslissingen mag nemen.

De externe dimensie – of: soevereiniteit in volkenrechtelijke zin – duidt op de onafhankelijkheid van een staat ten opzichte van andere staten op zo'n manier dat de staat op zijn rechtsgebied de overheidsmacht zonder inmenging van andere staten uitoefent. Deze vorm van soevereiniteit wordt het beste tot uitdrukking gebracht in de bewoordingen van het Permanent Hof van Arbitrage in de *Islands of Palmas-zaak*:⁷

'Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State.'

4 J.E.D. Voetelink, *Status of forces: Strafrechtsmacht over militairen vanuit internationaalrechtelijk & militair-operationeelrechtelijk perspectief*, Amsterdam: Center for International Law 2012, p. 105 e.v.

5 C. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 7de druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 61.

6 K. Manusama, P. Rauwerda, P. van Schie, J. Toet & D. Turk, *Soevereiniteit*, TeldersStichting 2016, p. 9 e.v.

7 Perm Ct Arb, *Island of Palmas (VS vs Nederland)*, 2 RIAAA 829 (1928).

De soevereine staat oefent het exclusieve gezag uit over het eigen territorium en zijn bevolking. Dit wordt ook wel het territorialiteitsbeginsel genoemd, dat hierna in paragraaf 3.2 kort zal worden behandeld. Het territorialiteitsbeginsel is een fundamenteel basisprincipe van rechtsmacht en regelt dat staten ongelimiteerd hun regels kunnen handhaven ten aanzien van eenieder die zich op hun grondgebied bevindt. Een onbegrensde uitoefening van de eigen rechtsmacht raakt echter de soevereine rechten van andere staten. Hiermee rijzen interessante vragen: Wat gebeurt er wanneer een staat bij het uitoefenen van rechtsmacht in aanraking komt met de soevereine rechten van een ander land? En: in welke mate hebben staten de bevoegdheid hun wetten en regels buiten hun landgrenzen toe te passen en te handhaven?

3.2 Rechtsmacht benaderd vanuit het internationaal publiekrecht

3.2.1 Drie benaderingen

Over de rechtsmacht van staten zijn van oudsher drie benaderingen te onderscheiden.⁸ De meest nationalistische van de drie gaat ervan uit dat een staat volkomen vrij is zijn regels van toepassing te verklaren op alle soorten gedragingen, gepleegd in binnen- en buitenland. Deze benadering wordt nagenoeg niet (meer) aangehangen in het internationale publiekrecht.⁹

In de tweede benadering is een staat vrij zijn rechtsmacht buiten zijn eigen territorium naar eigen goeddunken uit te oefenen, tenzij een volkenrechtelijke verbodsnorm zich hiertegen verzet (de extensieve benadering). Deze benadering is toegepast in de (klassieke) Lotus-zaak.¹⁰ In het kort maakte het Permanente Hof van Internationale Justitie in die zaak het belangrijke onderscheid tussen verordenende jurisdictie en handavingsjurisdictie. Hoewel het Hof het van toepassing verklaren van regels buiten het eigen territorium van een staat voor mogelijk houdt onder het internationale recht, meent het dat de soevereiniteit van staten zich verzet tegen het nemen van maatregelen ter handhaving van deze regels. Die soevereiniteit impliceert immers een gelijkheid tussen staten die meebrengt dat de ene staat geen sancties kan opleggen of andere juridische maatregelen ten uitvoer kan leggen buiten zijn grondgebied. Binnen deze benadering is extraterritoriale rechtsmacht weinig effectief, met name als degene die de regels overtreedt zich niet op het grondgebied van de betreffende staat bevindt of als deze daar geen bezittingen heeft waarop eventuele maatregelen ten uitvoer kunnen worden gelegd.¹¹

In de derde benadering is het staten juist niet toegestaan rechtsmacht buiten hun grondgebied uit te oefenen, tenzij dit gelegitimeerd is op grond van een volkenrechtelijk beginsel (de restrictieve benadering, *de facto* het omgekeerde van de

8 A.M.M. Orie, Internationaal strafrechtelijke aspecten van de Dost-affaire, NJB 1976, p. 1049.

9 In *Handboek Internationaal Strafrecht* (2e druk, Wolters Kluwer 2015) noemt Van Elst enkele gevallen waar deze benadering is toegepast. Zie hoofdstuk 2.1.

10 PCIJ, *SS Lotus* (Frankrijk vs. Turkije), PCIJ Reports, Series A, No 10 (1927).

11 C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press 2015, p. 31-32.

extensieve benadering). Daarvan zijn de belangrijkste uitwerkingen: het territorialiteitsbeginsel, het nationaliteitsbeginsel, het beschermingsbeginsel en het universaliteitsbeginsel. Wij laten deze beginselen hierna kort de revue passeren.

Op grond van het territorialiteitsbeginsel hebben staten, zoals het woord ook suggereert, rechtsmacht op hun eigen territoir of grondgebied. Het grondgebied van een staat bestaat uit het landgebied, de binnenwateren en de territoriale zee en de luchtkolom¹² daarboven.¹³ De landgrenzen van Nederland zijn verdragsrechtelijk vastgelegd.

Op grond van het Zeerechtverdrag¹⁴ is de breedte van de territoriale zee vastgesteld op 12 mijl. De aangrenzende zone is de zone aansluitend op de territoriale zee en kan tot maximaal 24 zeemijlen uit de kust reiken, hetgeen betekent dat bij een territoriale zee van 12 mijlen deze zone maximaal 12 mijlen bestrijkt.¹⁵ Anders dan een territoriale zee heeft een staat niet van rechtswege een aansluitende zone, maar moet hij deze afkondigen om van de daaraan verbonden rechten gebruik te kunnen maken. Nederland heeft dit enkele jaren geleden gedaan. Het continentale plat van een kuststaat omvat de zeebodem en de ondergrond van de onder water gelegen gebieden die zich buiten zijn territoriale zee uitstrekken door de natuurlijke voortzetting van zijn landterritorium. Het plat strekt zich uit tot 200 mijl, gemeten van de basislijnen vanwaar de breedte van de territoriale zee wordt gemeten.¹⁶ Heel simpel gezegd is het continentale plat dat stuk grond dat vanaf de kust van een land onder water doorloopt gemeten vanaf de 12-mijlzone. De Nederlandse staat kan rechtsmacht uitoefenen over dit zeegebied.¹⁷

De exclusieve economische zone (EEZ) is een zone voorbij de territoriale zee van een staat tot maximaal 200 zeemijlen, gemeten vanaf de basislijnen.¹⁸ Kuststaten hebben rechtsmacht over deze zone. De grenzen van de Nederlandse EEZ vallen samen met de grens van de territoriale zee en de grenzen van het aan Nederland toekomende gedeelte van het continentaal plat.

Naast het territorialiteitsbeginsel bestaat het nationaliteitsbeginsel. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het actieve en passieve nationaliteitsbeginsel. Op grond van het actieve nationaliteitsbeginsel mag een staat rechtsmacht uitoefenen over zijn onderdanen, zelfs indien deze zich buiten de landgrenzen van die staat bevinden. Dit beginsel brengt zelfs mee dat een staat rechtsmacht mag uitoefenen jegens personen die (na het overtreden van de regels) een andere nationaliteit hebben aangenomen. Het actieve nationaliteitsbeginsel vindt vaak toepassing binnen het belastingrecht, waar inkomen behaald in het buitenland als grondslag geldt

¹² Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart, Chicago, 7 december 1944 (Trb. 1959, 45).

¹³ J.E.D. Voetelink, *Status of forces: Strafrechtsmacht over militairen vanuit internationaalrechtelijk & militair-operationeelrechtelijk perspectief*, Amsterdam Center for International Law 2012, p. 108.

¹⁴ Art. 3 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee, Montego Bay, 10 december 1982 (Trb. 1983, 83).

¹⁵ Art. 33 Zeerechtverdrag.

¹⁶ Art. 76, eerste lid, Zeerechtverdrag.

¹⁷ Zie ook A.L. Melai/A.H. Klip e.a., *Wetboek van Strafvordering*, IISS, Kluwer 2013, III.9.5.2.

¹⁸ Art. 57 Zeerechtverdrag.

voor de belastingaanslag. Het passieve nationaliteitsbeginsel sluit aan bij de nationaliteit van het slachtoffer.¹⁹

Nationaliteit is overigens ook van belang voor rechtsmacht ten aanzien van schepen en vliegtuigen. Uitgangspunt bij deze vervoersmiddelen is dat deze geregistreerd staan in een staat en dat deze zogenoemde vlaggenstaten rechtsmacht kunnen uitoefenen over de personen aan boord van onder hun vlag opererende schepen en luchtvaartuigen. Deze vervoersmiddelen maken – voor de duidelijkheid – geen deel uit van het territorium van een staat. Zo valt een schip dat zich in buitenlandse territoriale wateren bevindt onder de (territoriale) rechtsmacht van de betreffende staat.²⁰

Op grond van het beschermingsbeginsel hebben staten een basis om rechtsmacht uit te oefenen over handelingen buiten het grondgebied gepleegd, maar gericht tegen de veiligheid of andere vitale belangen van die staat. Bij dit laatste kan worden gedacht aan belangen zoals financiële stabiliteit en de bescherming van staatsgeheimen.

Tot slot kan rechtsmacht worden gevestigd op grond van het universaliteitsbeginsel. In tegenstelling tot de andere beginselen wordt op grond van het universaliteitsbeginsel rechtsmacht uitgeoefend zonder dat hier (per definitie) sprake is van een verband tussen de overtreding van de regels en de belangen van de handhavende staat. De gedragingen zijn dusdanig kwalijk dat de gehele internationale rechtsorde wordt geraakt, met als gevolg dat iedere willekeurige staat rechtsmacht kan uitoefenen.

3.3 Rechtsmacht benaderd vanuit het internationaal privaatrecht

Op het eerste gezicht lijkt het internationaal privaatrecht wellicht weinig relevant voor een preadvies dat gaat over rechtsmacht in het bestuursrecht, maar schijn kan bedriegen. Het internationaal privaatrecht geeft onder andere antwoord op de vraag welke regels van toepassing zijn op een privaatrechtelijk geschil met een internationaal karakter. Het internationaal privaatrecht zegt dus iets over de reikwijdte van de nationale regels van een staat. En dat kan ook relevant zijn voor vragen over de reikwijdte van publiekrechtelijke regels. Dat geldt temeer nu ook verbodsnormen steeds vaker privaatrechtelijk worden gehandhaafd. Voor ons Europeanen is het wellicht niet vanzelfsprekend, maar in het Amerikaanse rechtssysteem vindt de handhaving van verbodsnormen al lange tijd (ook) privaatrechtelijk plaats.²¹ Privaatrechtelijke geschillen over de toepassing van verbodsnormen

¹⁹ Zie ook verderop par. 3.5.

²⁰ E.D. Voetelink, *Status of forces: Strafrechtsmacht over militairen vanuit internationaalrechtelijk & militair-operationeelrechtelijk perspectief*, Amsterdam Center for International Law 2012, p. 109.

²¹ Wellicht dat de Richtlijn civiele handhaving mededingingsrecht, wanneer deze is geïmplementeerd, verandering brengt in de mate waarin verbodsnormen binnen Europa civielrechtelijk worden gehandhaafd. Zie Richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie. Deze richtlijn moet uiterlijk op 27 december 2016 geïmplementeerd zijn.

op gedrag dat zich buiten de regelgevende staat voordoet, kunnen ons veel leren over de vraag hoe ver de verordenende bevoegdheid van een staat strekt.

Het internationaal privaatrecht bestaat niet alleen uit regels die bepalen wat het toepasselijke recht is (het zogenoemde conflictenrecht), maar ook uit het internationale jurisdictierecht en het internationale erkennings- en executierecht.²² Het eerste onderdeel bevat regels over welke rechter bevoegd is om internationale privaatrechtelijke geschillen te beslechten. Het tweede onderdeel betreft regels over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen.

Het is belangrijk om hier op te merken dat elke staat zijn eigen regels van internationaal privaatrecht kent en dat elke staat de vrijheid heeft om zijn internationaal privaatrecht in te richten zoals hem dat belieft. Het volkenrecht geeft geen regels op het gebied van het internationaal privaatrecht.²³

Gezien het nationale karakter van het internationaal privaatrecht en het feit dat Amerikaanse rechters zich sinds het begin van de vorige eeuw hebben uitgelaten over geschillen waarin de extraterritoriale toepassing van Amerikaanse verbodsnormen centraal stonden, wordt hieronder eerst kort stilgestaan bij de Amerikaanse rechtsontwikkeling. Daarna wordt ingegaan op het Nederlandse internationaal privaatrecht, dat evenwel grotendeels wordt beheerst door Europese regelgeving. Hoewel een korte verkenning van dit rechtsgebied relevant is voor dit preadvies, is het uitdrukkelijk niet onze bedoeling hier een volledige uiteenzetting te geven van het internationaal privaatrecht.

3.3.1 Enkele beschouwingen ten aanzien van het Amerikaanse privaatrecht

Sinds het begin van de negentiende eeuw bestaat in het Amerikaanse recht het zogenoemde vermoeden tegen extraterritorialiteit ('*the presumption against extraterritoriality*'). Het Hooggerechtshof in de Verenigde Staten (*Supreme Court*) heeft in verschillende zaken een strikte presumptie tegen extraterritorialiteit gebruikt om de reikwijdte van federale wetten te beperken. In *The Apollon*-zaak verwoordde het Hooggerechtshof dit als volgt:²⁴

'The laws of no nation can justly extend beyond its own territories except so far as regards its own citizens. They can have no force to control the sovereignty or rights of any other nation within its own jurisdiction. And however general and comprehensive the phrases used in our municipal laws may be, they must always be restricted in construction to places and persons, upon whom the legislature has authority and jurisdiction.'

²² L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Kluwer 2015, p. 17.

²³ *Ibid.*, p. 32.

²⁴ Zie o.a. de zaken *The Apollon*, 22 U.S. 362, 370 (1824). William S. Dodge noemt in zijn artikel 'Understanding the presumption against extraterritoriality' nog een aantal voorbeelden.

Met andere woorden: hoe algemeen een norm ook is geformuleerd, een norm is altijd beperkt tot het territoir of de personen waarover de regelgevende instantie jurisdictie heeft.

Aan het begin van de vorige eeuw werd deze presumptie ook toegepast bij de privaatrechtelijke handhaving van de Amerikaanse mededingingswet (*the Sherman Act*):²⁵

‘But the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done. For another jurisdiction, if it should happen to lay hold of the actor, to treat him according to its own notions, rather than those of the place where he did the acts, not only would be unjust, but would be an interference with the authority of another sovereign, contrary to the comity of nations, which the other state concerned justly might resent.

The foregoing considerations would lead, in case of doubt, to a construction of any statute as intended to be confined in its operation and effect to the territorial limits over which the lawmaker has general and legitimate power. “All legislation is *prima facie* territorial.”

Hier brengt het Hooggerechtshof al iets meer nuance aan, door te stellen dat elke regel in geval van twijfel moet worden geacht beperkt te zijn in zijn reikwijdte of effect tot het territoir waarover de regelgevende instantie rechtsmacht heeft. Regelgeving is dus in beginsel territoriaal beperkt.

Ruim tachtig jaar later hanteert het Hooggerechtshof in de zaak *Aramco*²⁶ opnieuw de presumptie tegen extraterritorialiteit, maar nu in een verder afgezwakte vorm:

‘It is a longstanding principle of American law “that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States.”

Hier neemt het Hooggerechtshof dus als uitgangspunt dat bij afwezigheid van een andere bedoeling van de wetgever, alle wetgeving moet worden geacht alleen binnen het territoir van de Verenigde Staten te gelden. Dit uitgangspunt wordt door het Hooggerechtshof herhaald en aangevuld in de zaak *Morrison v. National Australia Bank*:²⁷

‘It is a “longstanding principle of American law “that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States.”

This principle represents a canon of construction, or a presumption about a statute’s meaning, rather than a limit upon Congress’s power to legislate (...). It rests on the

25 *American Banana Co. v. United Fruit Co.* 213 U.S. 347 (1909).

26 *EEOC v. Arabian American Oil Co.* 499 U.S. 244 (1991).

27 *Morrison v. National Australia Bank* 08-1191 (2010).

perception that Congress ordinarily legislates with respect to domestic, not foreign matters. (...) Thus, “unless there is the affirmative intention of the Congress clearly expressed” to give a statute extraterritorial effect, “we must presume it is primarily concerned with domestic conditions.” (...) The canon or presumption applies regardless of whether there is a risk of conflict between the American statute and a foreign law (...). When a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none.’

In de zaak *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*²⁸ oordeelt het Hoogerechtshof dat het *Alien Tort Statute* (ATS) geen extraterritoriale werking heeft. Om het vermoeden tegen extraterritorialiteit te weerleggen moet de ATS een duidelijke aanwijzing voor de extraterritoriale toepassing bevatten. Die aanwijzing is er volgens het Hoogerechtshof niet:

‘But to rebut the presumption, the ATS would need to evince a “clear indication of extraterritoriality.” It does not.’

Een interessant detail in de *Kiobel*-zaak is de omstandigheid dat de Europese Commissie middels een *Amicus Curiae* Brief een zienswijze heeft uitgebracht richting het Hoogerechtshof. De Commissie betoogde in die zienswijze dat de VS slechts dan extraterritoriale werking kon toekennen aan de ATS wanneer dit past binnen het raamwerk voor rechtsmacht zoals ontwikkeld in het internationale recht. Concreet meende de Commissie dat de extraterritoriale toepassing van de ATS in overeenstemming met het internationale recht zou zijn, wanneer (1) de beklagde een ingezetene is van de VS; (2) het gedrag de veiligheidsbelangen van de VS raakt; of (3) op grond van het universaliteitsbeginsel,²⁹ dit laatste op de voorwaarde dat de eiser alle rechtsmiddelen in het eigen (nationale) systeem zonder succes heeft aangewend (en al die rechtsmiddelen zijn uitgeput).³⁰

Kort na de *Aramco*-zaak lijkt het Hoogerechtshof de (afgezwakte) presumptie tegen extraterritorialiteit verder te nuanceren. Zo past het Hof deze rechtsregel niet (meer) toe in een zaak waarbij de vraag speelde of de Amerikaanse *Sherman Act* van toepassing is op het gedrag van Britse verzekeraars dat effect heeft op de mededinging in de Verenigde Staten:³¹

‘One of the London reinsurers, Sturge Reinsurance Syndicate Management Limited, argues that the Sherman Act does not apply to its conduct in attending a single meeting at which it allegedly agreed to exclude all pollution coverage from its reinsurance contracts. Brief for Petitioner proposition was perhaps not always free from doubt, see *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U. S. 347 (1909), it is well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States.’

²⁸ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* 10-1491 (2013).

²⁹ Zie par. 3.2.1.

³⁰ Brief of the European Commission on behalf of the European Union as *Amicus Curiae* in support of neither party, In the Supreme Court of the United States, *Esther Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*, 13 juni 2012.

³¹ *Hartford Fire Ins. Co. v. California* 509 U.S. 764 (1993).

Uit deze rechtspraak maken wij op dat een Amerikaanse rechtsregel in beginsel alleen van toepassing is binnen het Amerikaanse territorium of op Amerikaanse burgers (beperkte presumptie tegen extraterritorialiteit), tenzij de wetgever kennelijk een andere bedoeling had. In geval van het Amerikaanse mededingingsrecht staat, daarentegen, inmiddels buiten twijfel dat deze wet ook van toepassing is op gedrag dat buiten de Verenigde Staten plaatsvindt, maar substantieel effect heeft binnen de Verenigde Staten. Voor het Hoogerechtshof stond kennelijk vast dat het de bedoeling van de wetgever was geweest om de reikwijdte van deze wet niet te beperken tot het grondgebied van de Verenigde Staten.

Een recent voorbeeld maakt overigens duidelijk dat de Amerikaanse wetgever er, ondanks een veto van de president, weinig moeite mee heeft om wetgeving op te stellen met een ingrijpend extraterritoriaal karakter. De *Justice Against Sponsors of Terrorism Act* maakt het mogelijk voor Amerikaanse burgers om andere staten voor Amerikaanse gerechten aansprakelijk te stellen voor schade die zij hebben geleden door een terroristische daad of onrechtmatig handelen van een staat of een medewerker van die staat.³² De wet richt zich tot personen, entiteiten en staten die willens en wetens of roekeloos direct of indirect materiaal of middelen ter beschikking hebben gesteld aan personen of organisaties waarvan een significant risico bestaat dat deze een terroristische aanslag plegen.

3.3.2 Het Nederlandse stelsel

Hiervoor werd al opgemerkt dat voor dit preadvies met name het conflictenrecht van belang is. Dit conflictenrecht regelt welk materiële recht van toepassing is op internationale privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Het conflictenrecht bestaat grofweg uit drie soorten conflictregels; eenzijdige, meerzijdige en zelfstandige conflictregels.³³

Eenzijdige conflictregels zeggen iets over de internationale reikwijdte van de eigen (nationale) regels, maar niets over de toepasselijkheid van (strijdige) buitenlandse normen. Zij bakenen dus slechts de reikwijdte van het nationale recht af. Dat is anders bij de meerzijdige conflictregels. Deze zeggen iets over de internationale reikwijdte van de eigen (nationale) regels en tevens over de toepasselijkheid van buitenlandse normen. Zij hebben dus meer een ‘wegwijzersfunctie’ en bepalen welk recht van toepassing is.³⁴ Ten slotte zijn er nog de zelfstandige rechtsregels die de internationale rechtsverhouding voor een bepaald onderwerp rechtstreeks regelen.

Het Nederlandse conflictenrecht bestaat met name uit meerzijdige conflictregels. Om te bezien welke conflictregel van toepassing is op een concrete situatie, zal

³² S.2040 – 114th Congress (2015-2016).

³³ L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Kluwer 2015, p. 47 en M.H. ten Wolde, *Inleiding Nederlands en Europees Internationaal Privaatrecht*, Hefhaestus 2009, p. 45.

³⁴ L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Kluwer 2015, p. 47 en M.H. ten Wolde, *Inleiding Nederlands en Europees Internationaal Privaatrecht*, Hefhaestus 2009, p. 47.

steeds moeten worden gezien om welk onderwerp (of welke rechtsverhouding) het in die situatie gaat.³⁵ Grosso modo kan een onderscheid worden gemaakt tussen contractuele rechtsverhoudingen en niet-contractuele rechtsverhoudingen (zoals vorderingen uit onrechtmatige daad). Voor de eerste categorie geldt op grond van de Rome I Verordening dat de keuzevrijheid van partijen het uitgangspunt is.³⁶ Wanneer partijen contractueel niets hebben geregeld over het toepasselijke recht, dan is in beginsel het recht van toepassing van de staat waar de partij die de voor de overeenkomst karakteristieke prestatie moet verrichten, gevestigd is.³⁷ Voor een aantal veelvoorkomende rechtsverhoudingen zijn specifieke conflictregels opgenomen in de Rome I Verordening. Op een overeenkomst voor de koop van een roerende zaak is bijvoorbeeld het recht van toepassing van de staat waar de verkoper zijn gewone woonplaats heeft.³⁸ Voor de tweede categorie geldt op grond van de Rome II Verordening in het algemeen dat het recht van de staat waar de schade zich voordoet (*lex loci damni*), van toepassing is.³⁹ Zoals we hiervoor hebben gezien, is ook voor de toepassing van het Amerikaanse mededingingsrecht (*Sherman Act*) van belang de plaats waar het effect van de gedraging plaatsvindt. Ook daar is voor het bepalen van het toepasselijke recht dus van belang waar het effect of de schade zich voordoet. Zoals we later zullen zien speelt deze benadering ook in het Europese mededingingsrecht een belangrijke rol voor het bepalen van het toepasselijke recht en de bevoegdheid om handhavend op te treden.

Vroeger werd de bevoegdheid van de nationale rechter om recht te spreken in privaatrechtelijke geschillen geacht te zijn beperkt tot het territorium van de staat. Het rechtspreken over onderdanen of inwoners van een vreemde staat werd als een inbreuk op het soevereiniteitsbeginsel beschouwd.⁴⁰ Inmiddels is het echter algemeen aanvaard dat elke staat zelf de grenzen kan stellen aan de rechtsmacht van zijn rechter. Binnen het internationaal privaatrecht bestaan er verschillende gronden voor rechtsmacht: de woon- of verblijfplaats van procespartijen (waarbij meestal als uitgangspunt wordt genomen de woon- of verblijfplaats van de gedaagde partij), de ligging van de goederen waarover het geschil gaat, de plaats van de handelingen die aanleiding geven tot het geschil of de plaats waar een handeling moet worden verricht.

Voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter geldt dat deze bestaat wanneer het gaat om een geschil dat met een dagvaarding⁴¹ moet worden ingeleid en wanneer de gedaagde zijn woon- of verblijfplaats heeft in Nederland.⁴² In artikel 6

35 Zo zijn er verschillende conflictregels voor verschillende rechtsverhoudingen: erfrecht, huwelijk, adoptie, alimentatie, onrechtmatige daad, enz.

36 Art. 3 Verordening (EG) 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).

37 Art. 4, tweede lid, Rome I Verordening.

38 Art. 4, eerste lid, Rome I Verordening.

39 Art. 4, eerste lid, Verordening (EG) 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

40 L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Kluwer 2015, p. 40 en M.H. ten Wolde, *Inleiding Nederlands en Europees Internationaal Privaatrecht*, Hefhaestus 2009, p. 221.

41 De dagvaarding wordt binnenkort vervangen door een procesinleiding. Zie Stb. 2016, 288 (Kamerstuknr. 34 059).

42 Zie art. 2 Rv.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) zijn aanvullende gronden opgenomen die rechtsmacht creëren voor de Nederlandse rechter. Deze bevoegdheidsregels zijn voor een belangrijk deel ontleend aan de EEX-Verordening II.⁴³ Voor dit preadvies is met name van belang om te wijzen op de bevoegdheidsregels inzake geschillen over consumentenovereenkomsten.⁴⁴ De Nederlandse rechter is bevoegd, wanneer de consument in Nederland zijn woon- of verblijfplaats heeft en in Nederland de voor de sluiting van de overeenkomst noodzakelijke handelingen heeft verricht.

Binnen dit stelsel van bevoegdheids- en conflictregels is het dus zeer wel mogelijk dat een Nederlandse rechter het recht van een andere staat toepast. Zoals we later in het bijzondere deel van dit preadvies zullen zien, is ook bij de bestuursrechtelijke handhaving van het consumentenrecht niet uitgesloten dat een Nederlands bestuursorgaan, en later een Nederlandse bestuursrechter, buitenlands recht toepast.

De basisregel over de ten uitvoerlegging van vreemde vonnissen is opgenomen in artikel 431 Rv. Zonder wet of verdrag kan een buitenlands vonnis niet in Nederland ten uitvoer worden gelegd. Wel kan een geding opnieuw bij de Nederlandse rechter worden behandeld en afgedaan. Dit uitgangspunt is duidelijk gestoeld op het soevereiniteitsbeginsel: een vonnis van een buitenlandse rechter heeft geen extraterritoriale werking (althans niet in Nederland), tenzij anders bij wet of verdrag is bepaald. Door een verdrag met een andere staat te sluiten over de erkenning van gerechtelijke vonnissen geven staten over en weer een gedeelte van hun soevereiniteit op.

Er zijn diverse bilaterale verdragen over de tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen, maar binnen Europa is de EEX-Verordening II veruit de belangrijkste regeling. De EEX-Verordening II is alleen toepasselijk in burgerlijke zaken en handelszaken, en niet in administratiefrechtelijke en fiscale zaken.⁴⁵ De hoofdregel uit artikel 4 EEX-Verordening II is dat de rechter van de lidstaat waarin de verweerder zijn woonplaats heeft, bevoegd is. De EEX-Verordening II bevat naast deze hoofdregel nog een aantal alternatieve regels die de mogelijkheid bieden om een geschil aan een andere rechter voor te leggen, maar ook een aantal bijzondere bevoegdheidsregels. Deze bijzondere bevoegdheidsregels wijken dwingend af van de hoofdregel. Er bestaan onder andere bijzondere bevoegdheidsregels op het gebied van verzekeringen, consumentenovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten.

43 Verordening (EG) 1215/2012 van 12 december 2012, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verordening II).

44 Art. 6, sub d, Rv en art. 17 t/m 19 EEX-Verordening II.

45 Art. 1, eerste lid, EEX-Verordening II.

3.4 Captive jurisdiction

Wanneer gedrag dat plaatsvindt buiten de staat wordt gevangen onder de jurisdictie van de staat, is sprake van *captive jurisdiction*. Het begrip *captive jurisdiction* valt uiteen in twee onderdelen: de jurisdictie om regels op te stellen die zien op gedrag dat buiten de regelgevende staat plaatsvindt, en de jurisdictie om handhavend op te treden tegen ditzelfde gedrag. Deze beide vormen van *captive jurisdiction*, verordenende jurisdictie en handhavingsjurisdictie, worden hierna besproken.

3.4.1 Verordenende jurisdictie

Beleidsmakers, met name op Europees niveau, kiezen er steeds vaker voor om regels op te stellen die mede gedragingen beogen te reguleren of te beïnvloeden die gedeeltelijk of geheel buiten het territoir van de betreffende regelgevende staat plaatsvinden; verordenende jurisdictie. Binnen deze vorm van *captive jurisdiction* kan onderscheid worden gemaakt tussen (zuiver) extraterritoriale regelgeving en regelgeving met een territoriale extensie.

Extraterritoriale regelgeving die zich richt op gedrag dat geen enkele (territoriale) connectie heeft met de regelgevende staat, is zeldzaam en wordt over het algemeen niet geaccepteerd in het volkenrecht. Een veel vaker voorkomende categorie van regelgeving is regelgeving met een territoriale extensie. Deze laatste categorie omvat regels die een territoriale connectie hebben met de regelgevende staat, maar waarbij gedrag of omstandigheden buiten dat territoir worden meegewogen.⁴⁶ Hierna wordt uitgebreider op deze twee categorieën van verordenende jurisdictie ingegaan.

Extraterritoriale regelgeving

Hoe meer binding een gedraging heeft met een bepaalde staat, hoe 'sterker' de jurisdictie is. Eerder constateerden wij al dat een soevereine staat het exclusieve gezag uitoefent over zijn territoir en zijn bevolking. Gedrag dat op het grondgebied van een staat plaatsvindt, heeft een zeer sterke binding met de betreffende staat. Die binding wordt al minder wanneer de gedragingen buiten het grondgebied van de staat worden begaan door of tegen een burger van de betreffende staat. Deze binding of connectie is volgens Kamminga een voorwaarde voor het uitoefenen van extraterritoriale regelgevende jurisdictie.⁴⁷ Regelgeving die ziet op gedragingen die volledig buiten het grondgebied van een regelgevende staat plaatsvinden door burgers of ondernemingen uit een andere staat, heeft nauwelijks binding met de regelgevende staat, maar dat wil niet zeggen dat zulk gedrag geen negatieve effecten heeft voor de personen in die staat. Ontbreken echter ook deze effecten, dan zal de binding met de betreffende staat en het directe belang om dat gedrag te reguleren gering zijn. Wanneer dat toch gebeurt, zal de handhaving van dergelijke

⁴⁶ J. Scott, 'Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law', *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62.

⁴⁷ M. Kamminga, 'Extraterritoriality', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, November 2012.

regels al snel kunnen leiden tot conflicten met andere jurisdicties (zoals die van de staat waar het gedrag plaatsvindt of waar de onderneming gevestigd is).

Regelgeving waarin een (zuivere) effectbenadering is opgenomen, kan volgens ons onder omstandigheden als extraterritoriaal worden aangemerkt. Met regelgeving met een effectbenadering bedoelen wij regelgeving die slechts van toepassing is wanneer het gedrag effect heeft op de personen of markten in de regelgevende staat. Volgens Scott moet de effectbenadering (*effects-based jurisdiction*) worden onderscheiden van extraterritoriale regelgeving en van regelgeving met een extraterritoriale extensie.⁴⁸ Ons lijkt het juister om regelgeving met een (zuivere) effectbenadering te scharen onder extraterritoriale regelgeving. Deze regelgeving beoogt immers tevens gedrag te reguleren dat buiten het territorium van de staat plaatsvindt door ondernemingen die buiten de staat zijn gevestigd. Dat laatste gedrag zal buiten een effect op de regelgevende staat dus geen binding of connectie hebben met de staat. Wanneer het soevereiniteitsbeginsel als uitgangspunt wordt genomen, is het twijfelachtig of dergelijk gedrag door de regelgevende staat kan worden gereguleerd. Dat geldt temeer wanneer het effect van de betreffende gedragingen niet alleen in de regelgevende staat wordt gevoeld maar ook in andere staten (waaronder de staat waar de onderneming gevestigd is of waar het gedrag plaatsvindt). Een zuivere effectbenadering als basis voor regelgevende jurisdictie is dan ook niet geheel onomstreden.⁴⁹

Regels met een territoriale extensie

Waar het niet lukt om op interstatelijk of mondiaal niveau afspraken te maken over beleidsdoelstellingen, of mondiale afspraken niet ver genoeg gaan, kiest de Europese wetgever er steeds vaker voor om zelf regels op te stellen met extraterritoriale uitwerking. Europese normen en waarden worden op die manier geëxporteerd naar gedragingen die (gedeeltelijk) buiten de EU plaatsvinden om mondiale problemen (CO₂-uitstoot, illegale houtkap, schending van mensenrechten) op te lossen, of om (meer direct) de belangen van Europese burgers of bedrijven te beschermen (eerlijke concurrentie, stabiliteit van banken, bescherming van persoonsgegevens, de gezondheid of veiligheid van Europese burgers).

Ryngaert noemt verschillende manieren waarop met Europese regelgeving gedrag buiten het Europese grondgebied wordt gereguleerd.⁵⁰ Een simpel voorbeeld is het stellen van eisen aan producten of diensten die in de EU worden aangeboden. Door eisen te stellen aan de kwaliteit of de wijze waarop producten zijn geproduceerd, kan worden bijgedragen aan het realiseren van Europese beleidsdoelstellingen. Met het verbieden van producten die door kinderarbeid tot stand zijn gekomen of waarbij schadelijke stoffen in het milieu terecht zijn gekomen, kan worden bijgedragen aan het terugdringen van kinderarbeid en milieuvervuiling, ook wanneer kinderarbeid of het gebruik van de betreffende stoffen in het land van productie

48 J. Scott, 'Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law', *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62.

49 M. Kamminga, 'Extraterritoriality', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, November 2012.

50 C. Ryngaert, *Whither territoriality? The European Union's use of territoriality to set norms with universal effects. What's wrong with international law?*, Brill 2015, p. 434-448.

niet verboden zijn. Een ander voorbeeld dat hieraan raakt, betreft de emissierechten die luchtvaartmaatschappijen moeten aanschaffen voor de vluchten die aankomen en vertrekken van een Europese luchthaven. Deze emissierechten moeten niet alleen worden aangeschaft voor afstanden die in het Europese luchtruim zijn afgelegd, maar voor de gehele vlucht. Deze regeling is daarmee ook van toepassing op gedrag buiten Europa (vluchten buiten het Europese luchtruim).⁵¹

Weer een andere manier om gedrag buiten het territoir te reguleren is door buitenlands recht te incorporeren in nationaal of Europees recht. Een voorbeeld dat in dit verband door Ryngaert aangehaald wordt, is de *Houtverordening*.⁵² In deze verordening wordt voor het begrip illegale houtkap verwezen naar de regels die in de staten waar het hout wordt gekapt van toepassing zijn. Door de import van hout dat in strijd met de lokale regelgeving is gekapt te verbieden, kan de EU bijdragen aan een mondiaal probleem (illegale houtkap) dat buiten de EU plaatsvindt, maar wellicht door de lokale autoriteiten niet voldoende wordt aangepakt.

Scott noemt nog enkele voorbeelden op het gebied van de financiële dienstverlening. In het bijzonder verwijst zij daarbij naar het nieuwe wettelijke kader dat uniforme vereisten voorschrijft voor de transparantie van transacties in markten voor financiële instrumenten (hierna: MiFIR⁵³), de regels omtrent het afwickelen van derivaten (dit zijn afgeleide financiële producten zoals opties en swaps) (hierna: EMIR⁵⁴) en de Richtlijn Bankherstel en -afwikkeling, die nationale financiële toezichthouders bevoegdheden geeft om, ter bescherming van de economie, tijdig en snel genoeg in zwakke of falende financiële instellingen in te grijpen.⁵⁵ Zo roept de MiFIR (onder meer) de verplichting voor beleggingsondernemingen in het leven om aandelen te verhandelen in een handelsruimte. Deze verplichting geldt ook voor entiteiten uit derde landen wanneer de betreffende overeenkomst een direct, substantieel en voorzienbaar effect heeft binnen de EU. Ook de EMIR kan verplichtingen scheppen voor ondernemingen uit derde landen die onderling een overeenkomst sluiten wanneer deze overeenkomst een direct, substantieel en voorzienbaar effect heeft binnen de EU. De verplichtingen uit de Richtlijn Bankherstel en -afwikkeling gelden niet direct voor buitenlandse contractpartijen van de Europese banken, maar deze contractpartijen kunnen wel belangrijke contractuele rechten worden onthouden wanneer zij niet aan de voorwaarden van de Richtlijn voldoen.

Zoals we later in de specifieke delen van dit preadvies zullen zien, hebben ook de Europese regels op het gebied van mededinging en bescherming van persoonsgegevens extraterritoriale extensie. Het (Europees) mededingingsrecht kan van toepassing zijn op gedragingen die buiten Europa plaatsvinden, maar effect hebben op de Europese markt. De territoriale werking van de Europese privacywetgeving wordt door de nieuwe Europese Privacyverordening⁵⁶ aanzienlijk uitgebreid.

51 Zaak C-366/10 (ATAA).

52 Verordening (EU) 995/2010.

53 Verordening (EU) 600/2014.

54 Verordening (EU) 648/2012.

55 Richtlijn 2014/59/EU.

56 Verordening (EU) 2016/679.

Deze voorbeelden van Europese regelgeving laten zien dat de Europese wetgever zich weinig gelegen laat aan het klassieke soevereiniteitsbeginsel. Om zijn burgers, consumenten of markt te beschermen of om meer mondiale beleidsdoelen na te streven (duurzaamheid, milieu of het tegengaan van kinderarbeid) wordt regelgeving gemaakt die ook van invloed is op het gedrag van (rechts)personen buiten de EU. Met dergelijke regels kunnen daadwerkelijk belangrijke effecten worden bereikt. Bedrijven die mondiaal opereren of in ieder geval de mogelijkheid willen hebben om hun producten binnen de EU aan te bieden, zullen hun producten of diensten moeten aanpassen zodat deze voldoen aan het beschermingsniveau dat door de Europese regels wordt geboden. Daarmee zorgen deze regels voor een effect dat verder gaat dan alleen de bescherming van Europese burgers. Er schuilt echter ook een belangrijk risico in regels met een extraterritoriale extensie. Wanneer deze regels te vergaand zijn, kunnen ondernemingen besluiten hun producten niet langer aan te bieden of te produceren binnen de EU, hetgeen de concurrentiepositie van de EU zal aantasten.

Tot dusver zijn alleen voorbeelden van regels afkomstig van de Europese wetgever belicht. Wij zijn ook op zoek gegaan naar voorbeelden van nationale of lokale regelgeving met een sterk extraterritoriale extensie. Deze zoektocht heeft echter weinig tot de verbeelding sprekende voorbeelden opgeleverd. Eén voorbeeld is het voornemen om brommers, auto's, taxi's en bestelwagens, geproduceerd voor een bepaald bouwjaar, uit (delen van) Amsterdam te weren.⁵⁷ Om de doelstellingen voor luchtkwaliteit te bereiken die verder gaan dan de Europese doelstellingen, neemt de gemeente Amsterdam maatregelen die verder gaan dan maatregelen in andere gemeenten.⁵⁸ Dergelijke maatregelen zullen ook belangrijke gevolgen hebben voor auto- of scooterbezitters die buiten Amsterdam wonen maar wel regelmatig deze steden bezoeken. Een ander voorbeeld is het beleid om drugstoeristen te weren. Dit beleid, dat ten grondslag lag aan de zogenoemde 'wietpas', bestaat thans uit de handhaving van het *ingezetenen-criterium*. Met name gemeenten in de grensstreek (waar veel drugstoerisme voorkomt) handhaven dit criterium door bezoekers van coffeeshops te verplichten om naast een geldig identiteitsbewijs ook een uittreksel uit de gemeentelijke basisadministratie over te leggen. Met dit beleid om coffeeshops alleen toe te staan om softdrugs te verkopen aan ingezetenen van Nederland wordt getracht drugstoerisme tegen te gaan. Het Nederlandse softdrugsbeleid richt zich daarmee op het beïnvloeden van gedrag van buitenlanders (of beter: niet-ingezetenen), waar ingezetenen hetzelfde gedrag wel mogen vertonen, althans dat gedrag wordt gedoogd.

Scott heeft verschillende Europese regelgeving met extraterritoriale effecten geanalyseerd en heeft een aantal 'triggers' in kaart gebracht die in deze regelgeving zijn opgenomen om rechtsmacht te creëren.⁵⁹ Zij maakt daarbij een onderscheid tussen gevestigde en nieuwe triggers. Deze indeling kwalificeert (1) gedrag, (2) nationaliteit en (3) aanwezigheid in de staat als gevestigde triggers. Deze

57 Raadsbesluit van 22 juni 2016 (184/656) betreffende de uitbreiding van de milieuzone.

58 Maatregelpakket schone lucht voor Amsterdam – op weg naar een uitstootvrij 2025 – Gemeente Amsterdam, februari 2016.

59 J. Scott, "The new EU "Extraterritoriality"", *Common Market Law Review* 2014, 51, 1343-1380.

indeling kwalificeert (4) effecten, (5) anti-ontwijking en (6) handelen met EU-personeel of -eigendommen als nieuwe triggers.

De gevestigde triggers vormen een uitvloeisel van de beginselen uit het internationale publiekrecht en het internationale privaatrecht. Gedrag dat plaatsvindt binnen het territorium van de staat, valt van oudsher onder de rechtsmacht van de betreffende staat. Wanneer personen hun producten of diensten in de betreffende staat aanbieden (de markt betreden), zullen zij zich hebben te houden aan de regels die gelden in die staat, om het even of de betreffende personen zijn gevestigd binnen die staat. In de Europese (mededingings)jurisprudentie wordt dit ook wel de implementatieleer genoemd: daarbij is van belang waar een bepaald gedrag ten uitvoer is gelegd.⁶⁰ Ook wanneer personen niet de nationaliteit van een staat hebben, zullen zij zich vaak moeten houden aan de regels die de betreffende staat heeft opgesteld. De jurisdictie van een staat over zijn ingezetenen/burgers is in het internationale recht onomstreden. Ten slotte kan jurisdictie ook worden vastgesteld aan de hand van de aanwezigheid van ondernemingen, middelen of burgers in een staat. Het hoeft dan niet eens te gaan om een onderneming die is gevestigd in die staat; het kan ook gaan om een dochter of bijkantoor dat aanwezig is in de betreffende staat.⁶¹

De nieuwe triggers zijn vooral gebaseerd op de gedachte dat de regelgevende staat ook regels moet kunnen opstellen om negatieve effecten voor zijn burgers of ondernemingen te voorkomen, dan wel zijn (financiële) markten moet kunnen beschermen tegen gedragingen die buiten zijn grondgebied plaatsvinden. In het (Europese) mededingingsrecht speelt effect een belangrijke rol bij het vaststellen van jurisdictie. De Europese mededingingsregels strekken zich uit tot mededingingsbepalende gedragingen die effect hebben op de handel tussen lidstaten. Dat kan ook gedrag zijn dat geheel buiten de EU plaatsvindt. Maar ook de hiervoor al genoemde MiFIR en EMIR bevatten regels die van toepassing kunnen zijn op gedrag dat buiten de EU plaatsvindt, maar (direct, substantieel en voorzienbaar) effect heeft binnen de EU. Als voorbeeld van de anti-ontwijkingstrigger signaleert Scott de EMIR en MiFIR die entiteiten uit derde landen verplichten aan bepaalde regels te voldoen wanneer dat nodig is om te voorkomen dat de materiële verplichtingen uit die richtlijnen worden ontweken. In dit verband wijzen wij nog op de uitleg van de Europese mededingingsregels door het Europese Hof van Justitie van de EU. Bij deze uitleg houdt het Hof uitdrukkelijk rekening met het uitgangspunt dat deze regels niet te gemakkelijk omzeild moeten kunnen worden door een onderneming.⁶²

De extraterritoriale extensie van regels kan leiden tot een overlap of botsen met regels uit andere jurisdicties, meestal de jurisdictie waar het gedrag plaatsvindt. Dat kan overregulering en spanningen tussen verschillende jurisdicties tot gevolg

60 Houtslip (HvJ EG 27 september 1988, 89/85); zie ook Intel (Gerecht EU 12 juni 2014, ECLI:EU:T:2014:547), waar een mooi overzicht wordt gegeven van de verschillende leringen.

61 Google Spain-zaak (HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317) en de doctrine van de economische eenheid in het mededingingsrecht (Imperial Chemical Industries-zaak, HvJ EG 14 juli 1972, ECLI:EU:C:1972:70).

62 Houtslip (HvJ EG 27 september 1988, 89/85).

hebben. Een dergelijk spanningsveld kan ook ontstaan wanneer een staat er bewust voor heeft gekozen om bepaald gedrag niet te reguleren en een andere staat dat gedrag door regelgeving met extraterritoriaal effect wel tracht te beïnvloeden.⁶³ Bij dergelijke conflicten zal er steeds een keuze bestaan tussen het toestaan van *de facto* extraterritorialiteit van schadeveroorzakend gedrag versus de keuze om *de jure* extraterritoriale regels te accepteren. Wij lichten dat toe aan de hand van een voorbeeld:

Gedrag dat plaatsvindt binnen staat X door een bedrijf dat is gevestigd in staat X, kan *de facto* extraterritoriale effecten hebben binnen staat Y. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een fabriek in staat X vervuild water loost in een rivier die staat Y instroomt, waardoor milieuproblemen ontstaan in staat Y. Als het gedrag van de fabriek onvoldoende gereguleerd wordt in staat X om de vervuiling in staat Y tegen te gaan, zal in staat Y de behoefte ontstaan om dit gedrag te reguleren door regels op te stellen met een extraterritoriale extensie. Er ontstaat een keuze tussen het toestaan van *de facto* extraterritorialiteit van schadeveroorzakend (vervuilend) gedrag versus de keuze om *de jure* extraterritoriale regels te accepteren.

De nadelen van het toestaan van *de facto* extraterritoriaal gedrag zal per geval verschillen. In het hiervoor genoemde voorbeeld zijn de nadelen van het extraterritoriale gedrag duidelijk: schade aan het milieu in staat Y. Maar wat de ene staat als schadelijk gedrag beschouwt, hoeft in een andere staat niet als zodanig te worden aangemerkt. Ook aan het toestaan van regels met een extraterritoriale extensie kunnen echter belangrijke nadelen kleven.⁶⁴ Ten eerste bestaat het risico op spanningen tussen verschillende staten. De toepassing van regels buiten de regelgevende staat kan conflicten opleveren met legitieme belangen van andere staten. Daarbij speelt mee dat regels die effect hebben op het gedrag van (rechts)personen uit een andere staat, niet worden gelegitimeerd door de (rechts)personen uit die andere staat. Zij kunnen via het politieke proces niet rechtstreeks invloed uitoefenen op deze regels of de regelgevende of handhavende instanties ter verantwoording roepen. Dat kan er toe leiden dat staten blokkeringsbepalingen opstellen om te voorkomen dat (rechts)personen binnen hun territoir gebonden zijn aan regels met een extraterritoriale extensie uit een andere staat.⁶⁵ Ten tweede kunnen regels met een extraterritoriale extensie leiden tot overregulering: multinationals die extra kosten moeten maken om hetzelfde gedrag aan regels van meerdere staten te laten voldoen. Een voorbeeld hiervan is een fusie tussen ondernemingen die zowel aan de Amerikaanse als aan de Europese mededingingsregels moet voldoen. Ten derde kunnen spanningen tussen verschillende staten en de effecten van overregulering worden verergerd door het risico van vooringenomenheid. Staten of toezichthouders kunnen in de verleiding komen om hun regels strikter toe te passen op gedrag dat buiten die staat plaatsvindt (door buitenlandse (rechts)

63 Bijvoorbeeld regelgeving op het gebied van drugsbeleid, abortus of vrijheid van meningsuiting.

64 S. Battini, *Extraterritoriality and Administrative Law. Extraterritoriality: an Unexceptional Exception*, Séminaire de droit administratif, européen et global.

65 Een voorbeeld hiervan zijn de zogenoemde Blocking Statutes, die zijn ontworpen om de reikwijdte van de Amerikaanse mededingingsregels in te perken. Zie daarover o.a. D.A. Sabalot, 'Shortening the Long Arm of American Antitrust Jurisdiction: Extraterritoriality and the Foreign Blocking Statutes', 28 *Loy. L. Rev.* 213, 1982.

personen) dan op gedrag dat binnen de betreffende staat plaatsvindt. Een recent voorbeeld is de verontwaardiging die in de Verenigde Staten is ontstaan over het besluit van de Europese Commissie om Ierland te verplichten om te weinig geïnde belasting (volgens de Commissie aan te merken als staatssteun) alsnog op Apple te verhalen.⁶⁶

De hiervoor beschreven spanning tussen staten komt vooral naar boven wanneer een staat daadwerkelijk overgaat tot handhaving van regels met een extraterritoriaal effect. Regels die niet worden gehandhaafd, zullen weinig problemen opleveren tussen staten. Wij zullen hierna dan ook stilstaan bij de bevoegdheid om regels te handhaven.

3.4.2 Handhavingsjurisdictie

Uit het voorgaande werd duidelijk dat het internationale publiekrecht de mogelijkheid biedt om regels op te stellen die verder kunnen reiken dan het territoir van de regelgevende staat. Dat staten of internationale organisaties in de praktijk ook gebruikmaken van deze mogelijkheid, bleek eveneens. Hierna wordt bezien onder welke voorwaarden het handhaven van dergelijke regels mogelijk is. Daarbij wordt eerst ingegaan op de vraag wanneer de bevoegdheid bestaat om handhavend op te treden, daarna zal worden ingegaan op de mogelijkheid om controlebevoegdheden in te zetten en ten slotte zal worden stilgestaan bij de mogelijkheden die bestaan om een eventuele sanctie te effectueren.

Bevoegdheid om handhavend op te treden

Voor de beantwoording van de vraag wanneer een staat, instantie of bestuursorgaan bevoegd is om handhavend op te treden, moet allereerst worden gekeken naar de regelgeving waarin de betreffende verplichting (gebod of verbod) is opgenomen. Tot wie richt de norm zich, wie wordt door de norm beschermd of kan daar rechten aan ontlenen, en is de norm zelf territoriaal begrensd? Daarna zal moeten worden vastgesteld wie (welk bestuursorgaan) bevoegd is deze norm te handhaven.

De wet of regeling zal – al naar gelang de bedoeling van de regelgevende instantie – een ander (territoriaal) bereik kunnen hebben. Zo moeten buitenlandse vennootschappen op grond van de Wet marktmisbruik bepaalde koersgevoelige informatie tijdig openbaar maken, maar alleen voor zover zij handelen op de AEX. Er bestaat echter ook veel regelgeving waarin niet zo expliciet is bepaald wat de reikwijdte van de regels is. Zo is er regelgeving die zich richt tot eenieder,⁶⁷ tot een

66 Die verontwaardiging was zo groot dat het Amerikaanse ministerie van financiën al snel een white paper naar buiten bracht over dit onderzoek en vergelijkbare onderzoeken naar Amerikaanse ondernemingen, zie: *The European Commission's recent state aid investigations of transfer pricing rulings U.S. Department of the treasury white paper*, 24 augustus 2016, www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf.

67 Bijvoorbeeld art. 5:20 Awb of art. 4.1 Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (oud).

onderneming⁶⁸ of tot een handelaar⁶⁹ zonder dat duidelijk is of deze (rechts)personen of entiteiten zich op het Nederlandse grondgebied moeten bevinden.

Anderzijds is van belang wie door de betreffende norm wordt beschermd of wie rechten aan deze norm kunnen ontleen. Parkeervergunningen kunnen bijvoorbeeld slechts worden aangevraagd door bewoners van een bepaald gebied. En alleen een ingezetene (een persoon die in Nederland woont) is volgens de Algemene ouderdomswet verzekerd. Maar ook hier bestaat regelgeving die niet duidelijk de groep aanwijst die door de norm wordt beschermd. Zo bestaat er regelgeving die eenieder beschermt, consumenten beschermt⁷⁰ of gebruikers van randapparaten,⁷¹ zonder dat duidelijk is of deze personen zich op het Nederlandse grondgebied moeten bevinden.

Vervolgens kan van belang zijn waar de betreffende norm wordt geschonden. Zo kan een norm zelf een territoriale afbakening kennen die kleiner is dan het territoir van de regelgevende instantie. Een voorbeeld is de eerdergenoemde milieuzone waarin auto's en brommers van voor een bepaald bouwjaar niet zijn toegestaan. Overtreding van deze norm kan logischerwijs alleen plaatsvinden in de betreffende milieuzone. Een ander voorbeeld is een verblijfsverbod voor dealers. Op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening 2008 kan de burgemeester van Amsterdam een overlastgebied aanwijzen. Wanneer aannemelijk is dat een persoon zich binnen dit overlastgebied ophoudt om verdovende middelen te verkopen, kan de burgemeester deze persoon bevelen zich uit dat overlastgebied te verwijderen en zich gedurende maximaal zes maanden niet meer in dat gebied te bevinden.⁷² Maar zoals wij hiervoor al constateerden, bestaat er ook regelgeving met een extraterritoriale extensie die ook van toepassing kan zijn op gedrag buiten de regelgevende staat. Om te bepalen of een norm van toepassing is, is het dan ook van belang om vast te stellen waar de norm geschonden is. Dat lijkt simpel, maar dat is het zeker niet altijd. Met name van gedragingen die zich in het digitale domein voordoen (bijvoorbeeld cybercrime) is niet altijd direct duidelijk wat de plaats is waar de norm geschonden wordt (de zogenoemde *locus delicti*). De Nederlandse wet kent geen voorschrift voor het bepalen van deze *locus delicti*. In de (strafrechtelijke) rechtspraak zijn hiervoor vier *leren* ontwikkeld, die hierna aan de hand van de volgende casus worden toegelicht.

Casus: Er vindt een misdrijf plaats op het drielandenpunt nabij Valkenburg. Een man met een revolver in Nederland schiet een vrouw neer die in België staat. Ze wordt vervolgens naar een ziekenhuis in Duitsland vervoerd, waar ze komt te overlijden.

68 Bijvoorbeeld art. 6 Mededingingswet.

69 Bijvoorbeeld art. 6:230h, eerste lid, BW.

70 Bijvoorbeeld art. 6:230h, eerste lid, BW.

71 Bijvoorbeeld art. 11.7a Tw.

72 Algemene Plaatselijke Verordening 2008 Amsterdam, art. 2.ga.

1. *De leer van de lichamelijke gedraging*
Op basis van deze leer is de locus delicti gelijk aan de plaats waar de dader het misdrijf heeft gepleegd.⁷³ In de casus zou dit Nederland zijn.
2. *De leer van het instrument*
De locus delicti op grond van deze leer is de plaats waar een door de dader gebruikt instrument zijn werking heeft.⁷⁴ In de casus zou dit België zijn.
3. *De leer van het constitutieve gevolg*
Als locus delicti kan ook worden aangemerkt de plaats waar het delict door het intreden van een bepaald gevolg wordt voltooid.⁷⁵ In de casus zou dit Duitsland zijn.
4. *De ubiquoteitsleer*
Op basis van de ubiquoteitsleer kunnen ook meerdere plaatsen tegelijkertijd als locus delicti worden aangemerkt. Dat kan dus zowel de plaats waar de gedraging plaatsvond, de plaats waar het instrument zijn uitwerking had en de plaats waar het gevolg intrad zijn.

Er bestaat, anders dan in het strafrecht, geen algemene regeling die de territoriale reikwijdte van de verschillende bestuursrechtelijke bepalingen beperkt. Dat is ook logisch omdat de Awb bepalingen van regelend recht bevat en in die zin een soort ‘reserve-functie’ heeft; voor specifieke regelingen moet worden gekeken naar de bijzondere wetten. Regelen deze bijzondere wetten niets, dan kan worden teruggegrepen op de voorschriften uit de Awb (voor zover deze bestaan). Dat een dergelijke territoriale begrenzing niet is opgenomen in de Awb of een specifieke wet, betekent overigens niet dat een dergelijke begrenzing niet bestaat. In zijn uitspraak van 20 juni 2013 overwoog het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) dat ten aanzien van de vraag of door de betreffende norm ook gebruikers buiten Nederland werden beschermd: ‘(...) het feit dat uit de tekst en de toelichting van de bepaling geen beperking tot Nederlandse gebruikers blijkt, niet met zich brengt dat die beperking er niet is. In verband met het territorialiteitsbeginsel behoeft in Nederlandse regelgeving een dergelijke beperking niet expliciet te worden opgenomen.’⁷⁶ Dit oordeel van het CBB lijkt in overeenstemming te zijn met het hiervoor behandelde vermoeden tegen extraterritorialiteit zoals dat door het Hoogerechtshof in de *Aramca*-zaak werd vastgesteld. In die zaak stelde het Hoogerechtshof immers dat regelgeving alleen haar toepassing heeft binnen het grondgebied van de regelgevende staat (dus wordt begrensd door het territorialiteitsbeginsel), tenzij de wetgever duidelijk een andere bedoeling heeft gehad.

⁷³ Zie HR 16 oktober 1899, *W* 7347.

⁷⁴ Zie HR 6 april 1915, *NJ* 1915/427.

⁷⁵ Zie HR 7 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AB9821.

⁷⁶ CBB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716. Het ging hier overigens om een verbod uit art. 4.1 Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (oud) om ongevraagde software (spyware) te plaatsen op de randapparatuur van een gebruiker.

Ten slotte is van belang om te kijken naar de absolute en relatieve bevoegdheid van het bestuursorgaan dat voornemens is om handhavend op te treden. Bestuursorganen zullen alleen bevoegd zijn om op te treden tegen gedragingen die een connectie hebben met het grondgebied waarin zij bevoegd zijn (absolute bevoegdheid). Daarnaast zijn bestuursorganen slechts bevoegd om op te treden tegen gedrag dat in strijd is met regels ter zake waarvan het bestuursorgaan met de handhaving is belast (relatieve bevoegdheid).

Inzet van toezichtsbevoegdheden

Voor de handhaving van regels is het nodig om onderzoek te doen naar de naleving van die regels. Titel 5.2 van de Awb geeft toezichthouders verschillende toezichtsbevoegdheden om een dergelijk onderzoek te kunnen uitvoeren: de bevoegdheid om plaatsen te betreden (art. 5:15 Awb), inlichtingen te vorderen (art. 5:16 Awb), inzage te vorderen en gegevens te kopiëren (art. 5:17 Awb) en vervoermiddelen te onderzoeken (art. 5:19 Awb). Ook in verschillende bijzondere wetten zijn bevoegdheden toegekend aan toezichthouders, bijvoorbeeld de bevoegdheid om woningen te betreden zonder toestemming van de bewoner (art. 12c Instellingswet ACM), bedrijfsruimtes te verzegelen (art. 12b Instellingswet ACM) en toegang te krijgen tot elektronische apparatuur en netwerken (art. 34b Wet op de kansspelen).

Hoewel de toezichtsbevoegdheden uit artikel 5.2 van de Awb, maar ook die uit bijzondere wetten niet territoriaal beperkt zijn (zij richten zich over het algemeen tot eenieder), betekent dit niet dat al deze bevoegdheden ook daadwerkelijk kunnen worden ingezet jegens eenieder. Vaststaat dat toezichthouders geen bevoegdheid hebben om in het buitenland plaatsen te betreden (art. 5:15 Awb) of in het buitenland inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17 Awb). Net als bij opsporingsambtenaren in strafrechtelijke zin ontbreekt de bevoegdheid om daadwerkelijk toezichtsbevoegdheden in te zetten buiten het Nederlandse grondgebied, tenzij die bevoegdheden op grond van verdragen wel bestaan of toestemming door de betreffende staat is gegeven. Voor het vorderen van inzage in digitale gegevens geldt overigens dat het niet altijd duidelijk is waar deze gegevens zich bevinden (waar bevindt zich een server?) of dat gegevens zich op een continu wisselende locatie bevinden (sommige vormen van cloudopslag). Wij menen dat ook als gegevens zich in het buitenland bevinden, inzage kan worden gevorderd via de medewerking van een in Nederland aanwezige persoon die beschikt over toegang tot deze gegevens. Daarvan zal bijvoorbeeld sprake zijn wanneer een in Nederland gevestigde onderneming zijn digitale administratie heeft opgeslagen op een server buiten Nederland en deze gegevens vanuit de in Nederland gevestigde onderneming zijn te bereiken. Een andere mogelijkheid die door Nuijten wordt genoemd, is het sturen van een schriftelijke inzagevordering waaraan kan worden voldaan door de gegevens naar Nederland te brengen.⁷⁷ Op eenzelfde wijze kon volgens de voorzieningenrechter worden verlangd dat gegevens die zich in een woning bevonden naar de toezichthouder zouden worden gebracht, omdat de toezichthouder geen bevoegdheid had om de woning te betreden en ook geen toestemming kreeg om de woning te betreden.⁷⁸

⁷⁷ Zie S.M.C. Nuijten, 'Internationaal toezicht', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2016, nr. 4.
⁷⁸ Vzr. Rb. Rotterdam 5 september 2012, ECLI:RBROT:2012:BX6988.

Zelfstandig inzage nemen tot digitale gegevens die zich in het buitenland bevinden, zal echter een schending opleveren van de soevereiniteit van de staat waar de gegevens zich bevinden. Net als in het strafrecht zal dan rechtshulp moeten worden gevraagd van die andere staat.⁷⁹ Dat is ook het uitgangspunt in het wetsvoorstel Computercriminaliteit III: als bekend is, of in de loop van een onderzoek bekend wordt, dat gegevens zich binnen een andere staat bevinden, zal een rechtshulpverzoek worden gedaan en verantwoording worden afgelegd aan die staat over de opsporingshandelingen die reeds zijn verricht. Wanneer toch opsporingshandelingen op het territoir van een andere staat worden verricht, is het van belang dat op de kortst mogelijke termijn alsnog toestemming wordt gevraagd aan de betreffende staat.⁸⁰

Ook in het bestuursrecht kan aan buitenlandse toezichthouders onder omstandigheden worden verzocht om plaatsen te betreden en inzage te vorderen en de betreffende gegevens vervolgens aan de Nederlandse toezichthouder te verstrekken.⁸¹

De vraag of een toezichthouder wel de bevoegdheid heeft om inlichtingen te vorderen bij een persoon die zijn zetel buiten Nederland heeft, is nog niet definitief beantwoord. Recentelijk heeft (de voorzieningenrechter van) de Rechtbank Rotterdam zich tweemaal uitgelaten over deze mogelijkheid. Op 5 januari 2016 heeft de Rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan in een zaak waarin de Nederlandsche Bank (hierna: DNB) inlichtingen had gevorderd bij een onderneming in Suriname.⁸² Dat had DNB niet zomaar gedaan; zij had een vermoeden dat deze onderneming in Nederland het bedrijf van een betaaldienstverlener uitoefende. DNB had eerst de Centrale Bank van Suriname om administratieve bijstand verzocht. Toen deze bijstand werd geweigerd, heeft DNB zelf inlichtingen gevorderd bij de Surinaamse onderneming. Toen deze onderneming de gevorderde inlichtingen weigerde te verstrekken, is een last onder dwangsom opgelegd. Tegen deze last onder dwangsom is de Surinaamse onderneming opgekomen. Daarbij werd onder andere aangevoerd dat DNB de bevoegdheid mist om deze inlichtingen te vorderen in Suriname. De rechtbank oordeelt daarover als volgt:

‘3.3.

Naar de rechtbank heeft begrepen uit hetgeen DNB ter zitting naar voren heeft gebracht, heeft de Centrale Bank van Suriname een op grond van een Memorandum of Understanding door DNB gedaan verzoek om administratieve bijstand ten behoeve van het onderzoek naar de vermoedelijke overtreding van [eiseres] afgewezen. Hierna heeft DNB besloten dit onderzoek geheel zelfstandig uit te voeren en heeft zij van [eiseres] bij brief van 29 april 2014 gevorderd uiterlijk op 16 mei 2014 diverse inlichtingen, stukken en bescheiden te verstrekken.

79 Kamerstukken II 2015/16, 34372, 3, p. 46.

80 *Ibid.*

81 Ten aanzien van consumentenbescherming biedt Verordening 2006/2004 deze mogelijkheid in het geval van intracommunautaire inbreuken op de in de bijlage van deze verordening genoemde bepalingen. Verordening 1/2003 biedt een dergelijke mogelijkheid in geval van mededingingsinbreuken. In de verschillende preadviezen wordt nader ingegaan op de verordeningen.

82 Rechtbank Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:109.

Met DNB is de rechtbank van oordeel dat het enkele feit dat [eiseres] haar zetel buiten Nederland heeft niet betekent dat DNB niet bevoegd is deze informatie van [eiseres] te vorderen en, bij het niet verstrekken hiervan, niet bevoegd is [eiseres] tot verstrekking te gelasten op straffe van verbeurte van een dwangsom.

DNB gaat er naar het oordeel van de rechtbank echter wel aan voorbij dat zij in dit geval deze toezichtbevoegdheden heeft ingezet bij een onderzoek in Suriname (vergelijk de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1988). Nu niet in geschil is dat er geen verdrag is tussen Suriname en Nederland met betrekking tot de werking van de Awb en de Wft en ook anderszins niet is gebleken van toestemming van de Surinaamse autoriteiten voor het gebruik van deze toezichtbevoegdheden in Suriname, was DNB daartoe op grond van het territorialiteitsbeginsel niet gerechtigd.'

De rechtbank stelt in deze uitspraak voorop dat een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft om inlichtingen te vorderen bij een onderneming die haar zetel heeft in het buitenland; het territorialiteitsbeginsel verzet zich niet daartegen. Het territorialiteitsbeginsel verzet zich volgens de rechtbank echter wel tegen het vorderen van inlichtingen wanneer de staat waarin de onderneming is gevestigd daarvoor geen toestemming heeft gegeven of deze bevoegdheid niet in een verdrag is vastgelegd. Deze lijn lijkt ons te verenigen met de eerdergenoemde Lotus-uitspraak, waarin werd aangenomen dat de soevereiniteit van staten zich verzet tegen het nemen van maatregelen ter handhaving van regels met een extraterritoriale reikwijdte. Als een staat echter toestemming geeft voor de inzet van de toezichtsbevoegdheden binnen zijn territoir, is de soevereiniteit van die staat ook niet in het geding.

Nog geen halfjaar later doet de voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank een uitspraak, die maar moeilijk valt te rijmen met de eerdergenoemde uitspraak van 5 januari 2016. In deze zaak ging het om een andere toezichthouder, de Autoriteit Financiële Markten, maar om een vergelijkbare situatie: een toezichthouder die inlichtingen had gevorderd bij een onderneming in het buitenland. De voorzieningenrechter herhaalt nog wel de overwegingen van de Rechtbank Rotterdam van 5 januari 2016, maar laat na om daadwerkelijk te toetsen of er in dit geval wél toestemming was van de staat waarin de bevoegdheden zijn uitgeoefend.⁸³

'5.2 De rechtbank heeft in haar uitspraak van 5 januari 2016 [ECLI:NL:RBROT:2016:109] geoordeeld dat het enkele feit dat een persoon haar zetel buiten Nederland heeft, niet betekent dat het bestuursorgaan niet bevoegd is om informatie in het kader van haar toezichtstaak van die persoon te vorderen en bij het niet verstrekken hiervan, niet bevoegd is die persoon tot verstrekking te gelasten op straffe van verbeurte van een dwangsom. De uitoefening van toezichtsbevoegdheden in het buitenland is echter in strijd met het territorialiteitsbeginsel indien er geen toestemming is van de staat waarin deze bevoegdheden worden uitgeoefend.

83 V.zr. Rb. Rotterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6829.

5.3 In het kader van het toezicht op de naleving van de Wft is de AFM gerechtigd van een ieder informatie te vorderen en is een ieder gehouden aan deze vordering zijn medewerking te verlenen. Anders dan wat [verzoeksters] betogen laat de rechtbank in haar uitspraak uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat de toezichthouder informatie kan vorderen van een onderneming van wie de zetel buiten Nederland is gevestigd. Hiervoor is wel vereist dat de uitoefening van de toezichtstaak ziet op de naleving van de wet- en regelgeving in Nederland. Indien dit het geval is, handelt de toezichthouder niet in strijd met het territorialiteitsbeginsel indien hij zijn toezichtsbevoegdheden uitoefent in het buitenland.

5.4 De AFM heeft aannemelijk gemaakt dat de website voldoende aanknopingspunten biedt voor het sterke vermoeden dat [verzoeksters] deze website als instrument hebben gebruikt om zonder vergunning in Nederland krediet aan te bieden dan wel daarin te bemiddelen. (...)

5.5 Gelet op 5.4 waren [verzoeksters] verplicht aan de AFM ten behoeve van het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Wft gestelde regels inlichtingen te verstrekken. Door de gevraagde inlichtingen niet te verstrekken, hebben [verzoeksters] artikel 5:20, eerste lid, van de Awb overtreden en was de AFM bevoegd aan hen terzake van deze overtreding een last onder dwangsom op te leggen.'

Wij kunnen niet goed plaatsen waarom de voorzieningenrechter wel de overweging van de rechtbank herhaalt dat de uitoefening van toezichtsbevoegdheden in het buitenland in strijd is met het territorialiteitsbeginsel indien er geen toestemming is van de staat waarin deze bevoegdheden worden uitgeoefend, maar daar vervolgens niet aan toetst. De voorzieningenrechter lijkt het voor de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen voldoende te vinden dat de onderneming mogelijk in Nederland de wet heeft overtreden. Niet duidelijk is waarom in dat geval de inzet van toezichtsbevoegdheden in het buitenland, zonder toestemming van de betreffende staat, geen schending oplevert van de soevereiniteit van die staat.

Effectuering van sancties

In het voorgaande zijn wij met name ingegaan op het startpunt van extraterritoriale handhaving, specifiek op de vraag in hoeverre een bestuursorgaan bevoegd is regels te stellen die gelden buiten Nederland, alsmede in hoeverre die bestuursorganen daar hun bevoegdheden kunnen aanwenden. Sluitstuk van (effectieve) handhaving is niet zelden ook de verplichting een geldsom te betalen. De vraag die daar in het kader van handhavingjurisdictie uit voortvloeit, is welke juridische grenzen gesteld zijn aan het grensoverschrijdend innen van (uit boetes voortvloeiende) geldschulden. In deze paragraaf staan wij kort stil bij die vraag, met dien verstande dat wij deze vraag naar algemeen bestuursrecht beantwoorden. In het bijzonder bestuursrecht – waarvan het belastingrecht een mooi voorbeeld is – kunnen specifieke regelingen bestaan die grensoverschrijdende invordering mogelijk maken.⁸⁴

84 Zo kent men binnen het belastingrecht tal van bilaterale verdragen, maar wordt ook samengewerkt op multilateraal niveau (zie onder meer het Verdrag inzake de wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken en de Richtlijn 2010/24/EU betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen, PbEU 2010, L 84/1).

Wij stellen voorop dat naar geldend internationaal recht staten en hun bestuursorganen ook bij het innen van boetes de soevereiniteit van andere staten dienen te respecteren. Er kan immers al snel worden aangenomen dat bijvoorbeeld het verzenden van een aanmaning als rechtshandeling van het bestuursorgaan van de verzendende staat kwalificeert, waarmee een inbreuk op de soevereiniteit van de ontvangende staat gegeven is. Dit laatste is alleen anders wanneer de verzendende staat over toestemming beschikt of wanneer een wettelijke basis hiervoor – in de vorm van een verdrag – voorhanden is.⁸⁵

Nationaalrechtelijk bevat titel 4.4 van de Awb het kader voor het invorderen van bestuurlijke geldschulden. Artikel 5:10, tweede lid, Awb regelt dat bestuursorganen een opgelegde bestuurlijke boete kunnen invorderen bij dwangbevel. Artikel 4:116 Awb bepaalt dat een dwangbevel een executoriale titel oplevert die met toepassing van de voorschriften uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer kan worden gelegd. Nederlandse executoriale titels kunnen echter slechts in Nederland ten uitvoer worden gelegd. Bij het invorderen van boetes opgelegd aan rechtspersonen met vermogensbestanddelen in het buitenland is deze regeling slecht bruikbaar.

Daarnaast is van belang dat een algemene specifieke internationale regeling op het gebied van de erkenning en tenuitvoerlegging van bestuursrechtelijke beslissingen ontbreekt. Vorderingen in civiele zaken worden, zoals eerder is uitgelegd, via de EEX-Verordening⁸⁶ erkend in het buitenland, maar deze regeling is expliciet niet van toepassing verklaard op bestuurlijke boetes. Evenmin lijkt het EU-Kaderbesluit,⁸⁷ dat de buitenlandse erkenning van vorderingen in strafzaken regelt, goed bruikbaar in bestuursrechtelijke zaken.⁸⁸ Weliswaar heeft het Hof de werking van het EU-Kaderbesluit verruimd met haar uitspraak in de zaak *Baldž*.⁸⁹ In die zaak gaf het Hof een autonome interpretatie van het begrip ‘met name in strafzaken bevoegde rechter’ die mogelijk meebrengt dat het EU-Kaderbesluit ook toegepast dient te worden in zaken waarin grensoverschrijdende erkenning en tenuitvoerlegging van bestuurlijke boetes tussen EU-lidstaten gevraagd is. Niet bepalend – aldus het Hof – is binnen welk rechtsgebied rechtsbescherming openstaat tegen de geldelijke sanctie, maar juist de vraag hoe inhoudelijk gezien de rechtsbescherming geregeld is. Vooralsnog wordt echter in de literatuur aangenomen dat de reikwijdte van het EU-Kaderbesluit beperkt is. Dit is allereerst het gevolg van het feit dat het EU-Kaderbesluit ziet op (automatische) erkenning van boetes voor feiten die in de meeste landen strafrechtelijk worden gehandhaafd (zoals terrorisme, verkrachting, etc.). Daarnaast lijkt het er (vooralsnog) op dat het begrip ‘strafbare feiten’ uit artikel 5, derde lid, EU-Kaderbesluit – dat wederzijdse

85 A.J. Metselaer & P.C. Adriaanse, *Grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes: Een verkennend onderzoek naar ervaringen in België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk en mogelijkheden voor internationale samenwerking*, WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2014.

86 Verordening (EG) Nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

87 Kaderbesluit nr. 2005/214/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties (PbEG L 76).

88 Het EU-Kaderbesluit is geïmplementeerd in de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging strafrechtelijke sancties, Stb. 2007, 432.

89 HvJ EU 14 november 2013, C-60/12 (*Baldž*).

erkenning mogelijk maakt van boetes voor andere feiten mits deze in beide betrokken landen strafbaar zijn gesteld – eng dient te worden geïnterpreteerd.⁹⁰

Interessant is dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) op 3 december 2014 heeft geoordeeld dat een bestuurlijke boete die is opgelegd voor overtreding van de rij- en rusttijdenwet, wel onder de werking van het Kaderbesluit valt, omdat in artikel 5, derde lid, Kaderbesluit de overtreding van de rij- en rusttijdenwet expliciet is genoemd.⁹¹ Het Kaderbesluit is in Nederland geïmplementeerd in de Wet wederzijdse erkenning. In artikel 10, eerste lid, van deze wet worden limitatief de beslissingen genoemd die vatbaar zijn voor erkenning en tenuitvoerlegging in een andere lidstaat. Deze opsomming omvat niet de bestuursrechtelijke boeten die onder het regime van de Awb vallen. Nu een opgelegde bestuurlijke boete voor overtreding van de rij- en rusttijdenwet daarmee buiten de reikwijdte van de Wet wederzijdse erkenning valt, moet volgens de ABRvS worden vastgesteld dat het Kaderbesluit, gelet op de zaak *Baláz*, niet juist is omgezet.⁹²

3.5 Ontwikkelingen strafrecht

Op 1 juli 2014 zijn de regels betreffende extraterritoriale rechtsmacht in strafzaken herzien.⁹³ Deze herziening, die een wijziging van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) tot gevolg heeft gehad, heeft de bestaande wettelijke bepalingen over rechtsmacht verduidelijkt en verstevigd.

Bij het opnemen van de regels over rechtsmacht in het Wetboek van Strafrecht zijn drie uitgangspunten gehanteerd.⁹⁴ Het eerste uitgangspunt betrof een versterking van de beschermende functie van de Nederlandse strafwet. Met de nieuwe regeling kan de Nederlandse strafwet meer dan voorheen het geval was worden ingezet als een Nederlander slachtoffer is geworden van een strafbaar feit. Deze verruiming van de bevoegdheid ten aanzien van misdrijven begaan tegen Nederlandse slachtoffers is ingegeven door de wens het slachtoffer een stevige positie in het strafproces te geven. Het tweede uitgangspunt betrof de ongedaanmaking van het onderscheid in rechtsmacht over Nederlanders en in Nederland woonachtige vreemdelingen.⁹⁵ Simpel gezegd kan sinds de herziening van het Wetboek van Strafrecht iedereen die in Nederland een vaste woon- of verblijfplaats heeft, gelijk aansprakelijk worden gesteld voor in het buitenland begane strafbare feiten. Het derde uitgangspunt betrof het meer toegankelijk maken van de rechtsmachtsregeling. Daarbij is ervoor gekozen om de grondslagen voor de uitoefening van rechtsmacht strikter te binden aan de factoren ernst van het feit en de persoon van

90 Zie P.C. Adriaanse & A.J. Metselaar, 'Zaak C-60/12, Marián Baláz', SEW 2014, nr. 4, p. 202-206.

91 ABRvS 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4346.

92 De wetgever is nu dus aan zet om de Wet wederzijdse erkenning zodanig aan te passen dat deze wel een juiste implementatie is van het Kaderbesluit. Een wetsvoorstel daarvoor is in de maak.

93 Stb. 2014, 103 (Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de herziening van de regels over werking van de strafwet buiten Nederland).

94 Kamerstukken II 2012/13, 33572, 3, p. 2.

95 Zie art. 7, derde lid, Sr.

de dader.⁹⁶ Met deze aanpassingen in het Wetboek van Strafrecht zijn de beginselen uit het internationale publiekrecht in het strafrecht gecodificeerd.

Artikel 2 Sr bepaalt dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is op eenieder die zich in Nederland aan enig in de Nederlandse wet strafbaar gesteld feit schuldig maakt. Nederland heeft dus rechtsmacht over alle strafbare feiten die op het territoir van de staat zijn gepleegd en over eenieder die daaraan deelneemt ongeacht zijn nationaliteit. Dit (territorialiteits)beginsel is ‘onbetwist en onbetwistbaar’.⁹⁷

Het actief personaliteitsbeginsel is vastgelegd in (het nieuwe) artikel 7 Sr.⁹⁸ Dit artikel stelt voorop dat de Nederlandse strafwet van toepassing is op Nederlanders die zich buiten Nederland schuldig maken aan een feit dat door de Nederlandse strafwet én de wet van het land waar het misdrijf is begaan, strafbaar is gesteld. Dit laatste vereiste wordt ook wel het vereiste van dubbele strafbaarheid genoemd.

Het passief personaliteitsbeginsel is per 1 juli 2014 in artikel 5 Sr opgenomen. Dit artikel biedt de mogelijkheid om ook op te treden tegen misdrijven die in het buitenland zijn begaan tegen Nederlandse burgers.⁹⁹ De mogelijkheid bestaat echter alleen voor misdrijven waarop in Nederland een gevangenisstraf van ten minste acht jaar is gesteld.

Op basis van artikel 4 Sr is de Nederlandse strafwet echter ook van toepassing op eenieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan de in dit artikel opgenomen misdrijven. Dit artikel wordt vaak gebruikt om verdragsverplichtingen tot het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht in onder te brengen. Hier geldt, anders dan bij het actief personaliteitsbeginsel, dus niet het vereiste van dubbele strafbaarheid; voldoende is dat iemand zich – waar ook ter wereld – aan de in dit artikel opgenomen misdrijven schuldig heeft gemaakt.

Het universaliteitsbeginsel is in feite de tegenhanger van het territorialiteitsbeginsel. Bij de toepassing van het territorialiteitsbeginsel moet sprake zijn van een sterke binding met Nederland (de overtreding is daar immers begaan), de ernst van de overtreding is daarbij niet van belang. Bij het universaliteitsbeginsel is dat precies omgekeerd: er hoeft geen enkele band tussen het feit en Nederland te zijn, maar vervolging is alleen gerechtvaardigd bij zeer ernstige misdrijven. Deze misdrijven zijn opgesomd in artikel 4 Sr (o.a. staatsgevaarlijke misdrijven, meeneed voor een internationaal gerecht, en terroristische misdrijven). Voor dit soort misdrijven is tevens de regel ‘*aut dedere aut judicare*’ (de staat levert uit óf vervolgt) ontwikkeld. Dit houdt in dat als een staat een verdachte niet uitlevert, hij in beginsel zelf tot

96 Zie art. 4, dat een algemene rechtsgrondslag bevat voor de uitoefening van Nederlandse rechtsmacht ter bescherming van gewichtige algemene nationale rechtsbelangen.

97 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, tweede druk, 1891-1901.

98 Zie Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de herziening van de regels over werking van de strafwet buiten Nederland (herziening regels betreffende extraterritoriale rechtsmacht in strafzaken), *Stb.* 2013, 484.

99 Het artikel noemt verder ook nog Nederlandse ambtenaren en Nederlandse voer-, vaar- en luchtvaartuigen.

vervolgning zal moeten overgaan. De weigering tot uitlevering van een verdachte mag niet leiden tot straffeloosheid.

Vermeldenswaardig is dat bij de totstandkoming van de nieuwe regeling stil is gestaan bij de vraag in hoeverre het wenselijk is artikel 3 van de Wet op de economische delicten (hierna: WED) over te hevelen naar het Wetboek van Strafrecht en deze toepasselijk te laten zijn voor alle feiten. Voor de duidelijkheid, genoemd artikel is een bijzondere bepaling ten opzichte van de (commune) regels over extraterritoriale rechtsmacht zoals recentelijk opgenomen in het Wetboek van Strafrecht. Artikel 3 van de WED stelt eenieder strafbaar die waar dan ook ter wereld deelneemt aan een in Nederland gepleegd economisch delict. Dit artikel is gebaseerd op het uitgangspunt dat deelneming een eigen *locus delicti* heeft. In de literatuur en jurisprudentie wordt echter aangenomen dat dit voor twee deelnemingsvormen, medeplegen en doen plegen, niet opgaat – daar is de plaats van het grondfeit bepalend – waardoor het niet in de rede ligt genoemd artikel uit de WED naar het Wetboek van Strafrecht over te hevelen en van toepassing te verklaren op alle feiten. Naar onze mening rijzen naar aanleiding van deze beschouwingen over de klassieke deelnemingsvormen hier interessante vragen ten aanzien van de zogeheten deelnemingsvormen *sui generis*, zoals het feitelijk leidinggeven aan overtredingen of deelneming op grond van de IJzerdaad-criteria.¹⁰⁰ Centraal staat hier het eigen gedrag of de eigen handeling van de dader (bijvoorbeeld van de feitelijk leidinggever) die ook een eigen verwijt treft dat geheel losstaat van het gronddelict. In die zin is de vraag interessant in hoeverre de feitelijk leidinggever een eigen *locus delicti* heeft en in vervolg daarop, in hoeverre Nederlandse bestuursorganen rechtsmacht hebben ten aanzien van een natuurlijke persoon die vanuit het buitenland opdracht geeft tot het begaan van bepaalde overtredingen.

Tot slot is eveneens interessant te vermelden dat op Europees niveau voorstellen zijn gedaan over het oprichten van een Europees Openbaar Ministerie.¹⁰¹ Ter bescherming van de Europese financiële belangen heeft dit Europese OM het doel om grensoverschrijdende fraude met Europees geld te voorkomen. In de meest recente voorstellen beschikt de aanklager over de bevoegdheid om in alle EU-landen onderzoek te doen naar gevallen van fraude, waarbij hij zelfs lidstaten de verplichting kan opleggen om binnen het eigen juridische systeem een onderzoek te beginnen.

¹⁰⁰ HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad).

¹⁰¹ Voorstel voor een verordening van de Raad tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie, COM(2013)534, d.d. 17 juli 2013.

4 Conclusies

Regels en rechtsbeginselen over de extraterritoriale toepassing van regelgeving zijn voornamelijk ontwikkeld en gecodificeerd in het internationale privaatrecht en het strafrecht. Het internationaal publiekrecht kent eigenlijk weinig duidelijke regels op dit punt. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheid om handhavend op te treden tegen gedragingen die buiten de handhavende staat plaatsvinden.

Er bestaat geen (ongeschreven) rechtsregel die een staat verbiedt om regels op te stellen met een extraterritoriale reikwijdte of extensie.¹⁰² Dat een rechtsregel verder kan reiken dan gedrag dat binnen een staat plaatsvindt, moet echter wel uit de regel zelf of de bedoeling van de regelgever blijken. Wanneer de rechtsregel of de wetgever zwijgt over de (extra) territoriale reikwijdte van een regel, moet worden aangenomen dat deze rechtsregel wordt begrensd door het territorialiteitsbeginsel.

Dat staten bevoegd kunnen zijn om regels met een extraterritoriale reikwijdte op te stellen, betekent echter niet dat de bevoegdheid om dergelijke regels te handhaven onomstreden is. Conflicten kunnen met name ontstaan wanneer een staat optreedt tegen gedrag dat in een andere staat plaatsvindt. Deze laatste staat kan dat als een inbreuk op zijn soevereiniteit beschouwen. Dat geldt ook wanneer zonder toestemming toezichtsbevoegdheden worden ingezet in een andere staat.

Wij vragen ons af of dergelijke conflicten zijn op te lossen door het opstellen van internationaal administratief recht of dat voor elk gedeelte van het bijzonder bestuursrecht een aparte regeling of een apart systeem moet worden opgesteld met duidelijke verwijzings-, jurisdictie- en executieregels.

In de verschillende preadviezen zullen de auteurs nader verkennen op welke wijze de behandelde rechtsgebieden omgaan met grensoverschrijdende regels en de grensoverschrijdende handhaving van deze regels. Op welke juridische obstakels wordt gestuit bij de handhaving van deze regels? Wat kunnen wij van de verschillende regelgevende kaders leren?

¹⁰² *Aramco-uitspraak* (*ibid.*, noot 25), de extensieve benadering uit het *Lotus-arrest* (*ibid.*, noot 10) en *CBB 20 juni 2013* (*ibid.*, noot 73).

Over de grens gaan: grens-overschrijdende handhaving van het mededingings- en consumentenrecht

Mr. R. Klein en mr. R.E. Tak*

1	Inleiding	47
2	Rechtsmacht in het mededingingsrecht	49
2.1	Reikwijdte van de normen	49
2.1.1	Het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtsposities	49
2.1.2	Verordening 1/2003	51
2.1.3	Territoriale werkingssfeer van de normen	52
2.2	Handhaving door ACM	58
2.2.1	Het zoeken naar de meest geschikte (nationale) autoriteit	58
2.2.2	Effecten binnen of buiten het eigen territorium?	60
2.3	Inzet van toezichtsbevoegdheden	65
2.3.1	Samenwerking binnen Europa	65
2.3.2	Samenwerking buiten Europa	67
2.4	Effectuering van sancties	68
2.5	Afsluitende opmerkingen	68
3	Rechtsmacht in het consumentenrecht	71
3.1	Reikwijdte van de normen	72
3.1.1	Een voorbeeld: informatieverplichtingen en herroepingsrecht uit de Richtlijn Consumentenrechten (2011/83)	73
3.2	Handhaving	75
3.2.1	Verordening 2006/2004	75
3.2.2	Bevoegde autoriteiten	75
3.2.3	Verbindingsbureau	77

* Raoul Klein is werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt. Ralph Tak is werkzaam bij Eldermans | Geerts Advocaten, daarvoor bij de Autoriteit Consument en Markt. Dit preadvies hebben zij op persoonlijke titel geschreven. Zij bedanken prof. mr. dr. O.J.D.M.L. Jansen voor zijn opmerkingen bij de eerdere versies van dit preadvies.

3.2.4	Informatie-uitwisseling	78
3.2.5	Handhaving op verzoek	80
3.2.6	Praktijkervaringen	82
3.2.7	Herziening van Verordening 2006/2004	85
4	Conclusies	89
5	Aanbevelingen	91
6	Stellingen	97

I Inleiding

In het algemene gedeelte van dit preadvies zijn wij ingegaan op de bevoegdheid van staten om regels op te stellen met een extraterritoriale reikwijdte of extensie, de bevoegdheid om dergelijke regels te handhaven en de (on)mogelijkheden om toezichtsbevoegdheden in te zetten in het buitenland. In dit deel gaan wij nader in op twee rechtsgebieden waarbinnen regelmatig sprake is van grensoverschrijdende inbreuken en grensoverschrijdende handhaving van deze inbreuken.

Wij staan eerst stil bij het mededingingsrecht, een rechtsgebied waar grensoverschrijdende inbreuken veel voorkomen. Daarna gaan wij in op het consumentenrecht: een relatief nieuw rechtsgebied dat de laatste jaren is opgebloeid. Wij hebben voor deze rechtsgebieden gekozen omdat binnen beide rechtsgebieden een kader bestaat op basis waarvan autoriteiten uit verschillende lidstaten kunnen samenwerken bij het opsporen en handhaven van grensoverschrijdende inbreuken op regels. Wij bezien daarbij of deze stelsels in de praktijk goed functioneren en welke belemmeringen er bestaan bij de extraterritoriale handhaving en de inzet van toezichtsbevoegdheden. Daartoe gaan wij in het hiernavolgende eerst in op de reikwijdte van de norm(en). *De facto* kijken wij naar de vraag tot hoever de regels uit de voor onze rechtsgebieden relevante regelgeving reiken (verordenende jurisdictie). Daarna gaan wij in op de handhaving van normen, vervolgens op de inzet van toezichtsbevoegdheden en tot slot op de mogelijkheden om opgelegde sancties te effectueren (tezamen: handhavingsjurisdictie).

Ons preadvies sluit af met een conclusie en aanbevelingen voor de grensoverschrijdende handhaving van het mededingingsrecht en consumentenrecht.

2 Rechtsmacht in het mededingingsrecht

2.1 Reikwijdte van de normen

2.1.1 Het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtsposities

De mededingingsregels zijn in Nederland (voor het belangrijkste deel) verankerd in de Mededingingswet (hierna: Mw) en met het toezicht op de naleving van die regels is de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) belast.¹ ACM is een zelfstandig bestuursorgaan zonder eigen rechtspersoonlijkheid (een zogeheten ‘klein zbo’) en kwalificeert als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onderdeel a, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). In dit deel van het preadvies benaderen wij de extraterritoriale toepassing van de mededingings- en consumentenregels vanuit het perspectief van ACM.

Voorts is van belang dat wij in dit preadvies niet stilstaan bij alle mededingingsregels zoals opgenomen in de Mededingingswet. De zogenoemde gedragsregels voor overheden en overheidsbedrijven alsmede de regels omtrent financiële transparantie binnen ondernemingen belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang laten wij buiten beschouwing in dit deel.² Waar relevant voor dit preadvies wordt het concentratierecht – het recht dat voor fusies en overnames geldt – behandeld. Wat betreft de materiële normen die ACM op het gebied van de mededinging toepast, leggen wij de nadruk op rechtsmacht-vraagstukken omtrent de handhaving van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken (hierna: kartelverbod³) en het verbod op misbruik van economische machtsposities. Deze bepalingen staan voor het nationale mededingingsrecht in de artikelen 6 en 24 Mw.

Deze bepalingen beschermen tezamen – simpel gezegd – de gezonde mededinging op de Nederlandse markt. Voor het kartelverbod volgt deze geografische afbakening expliciet uit de wettelijke bepaling zelf. Artikel 6, eerste lid, Mw luidt:

¹ Zie art. 2, eerste en tweede lid, Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, gelezen in samenhang met art. 2 Mededingingswet.

² Zie hoofdstukken 4a en 4b van de Mw.

³ Een kartel is een voorbeeld van een mededingingsbeperkende afspraak, maar niet alle afspraken die de mededinging beperken, zijn kartels. Toch zal gemakshalve in dit preadvies in plaats van ‘het verbod op mededingingsbeperkende afspraken’ het begrip ‘kartelverbod’ gebezigd worden.

‘Verboden zijn overeenkomsten (...) die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel ervan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.’

Voor het verbod op misbruik van een economische machtspositie is dit niet in de tekst van de norm zelf verankerd. Wel geeft artikel 1, onderdeel i, Mw een definitie van een ‘economische machtspositie’, waarmee duidelijk wordt dat de bevoegdheid om artikel 24 Mw toe te passen vereist dat sprake is van gevolgen voor de concurrentie op (een deel van) de Nederlandse markt:

‘(...) economische machtspositie: positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.’

De (materiële) bevoegdheden van ACM in het kader van het mededingingsrecht staan niet alleen in de eigen, nationale Mededingingswet. Met de aanwijzing van ACM als de mededingingsautoriteit voor Nederland in de zin van Verordening 1/2003⁴ is zij tevens bevoegd om op Europees niveau het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtsposities te handhaven zoals verankerd in de artikelen 101 en 102 VWEU.⁵ Dit volgt uit artikel 88 Mw, gelezen in samenhang met artikel 5 van Verordening 1/2003.⁶ De Europese varianten uit het VWEU zijn nagenoeg gelijklopend met de Nederlandse bepalingen, zij het dat niet naar de Nederlandse markt maar naar de ‘interne markt’ wordt verwezen. Concreet zijn de Europese artikelen van toepassing wanneer de verboden gedragingen de handel tussen lidstaten van de EU nadelig kunnen beïnvloeden.⁷ Het gaat hier (per definitie) om gedragingen die effect sorteren in meer dan één lidstaat van de EU en daarmee geven deze artikelen de nationale autoriteiten de bevoegdheid buiten hun grondgebied op te treden.⁸ Het geografisch toepassingsbereik van de twee bepalingen sluit één op één aan op het toepassingsbereik van nationale wetten en regels binnen de lidstaten op grond van het territorialiteitsbeginsel (zie ook par. 3.2.1 van het algemene deel van dit preadvies). Zo bepaalt artikel 52 VWEU dat de Europese mededingingsregels van toepassing zijn op de territoriale zee en de Exclusieve Economische Zone (EEZ) en aan boord van schepen en vliegtuigen

4 Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2003, L 1.

5 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, PbEU 2012, C 326.

6 Dat ACM bevoegd is toezicht te houden op genoemde bepalingen uit het VWEU, volgt uit art. 5:11 Awb, dat bepaalt dat een toezichthouder toezicht houdt op ‘de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijke voorschrift’. Onder dit laatste vallen ook verordeningen.

7 De Europese Commissie heeft uitgebreide richtsnoeren uitgebracht waarin zij uitlegt wanneer sprake kan zijn van gedragingen die de interstatelijke handel tussen lidstaten nadelig kunnen beïnvloeden: Richtsnoeren betreffende het begrip ‘beïnvloeding van de handel’ in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C 101/07).

8 Let wel, sommige nationale autoriteiten binnen Europa kijken hier anders tegen aan. Deze autoriteiten (waartoe het Bundeskartellamt behoort) menen dat art. 101 VWEU slechts de bevoegdheid geeft gedrag buiten de eigen landgrenzen te beboeten voor zover de effecten zich binnen die landgrenzen doen voelen. Anders dan ACM leggen zij geen sancties op voor de effecten van gedrag die hun eigen landgrenzen te buiten gaan.

die zijn geregistreerd in een lidstaat. In het geval van de EEZ geldt dat de artikelen 101 en 102 VWEU van toepassing zijn op al die gebieden en activiteiten waar de lidstaten of EU rechtsmacht hebben.⁹ Deze artikelen beschermen op hun beurt de gezonde mededinging op de gemeenschappelijke (Europese) markt. Om de bevoegdheden van ACM goed te begrijpen staan wij in het hiernavolgende stil bij de verhouding tussen het Nederlandse en Europese mededingingsrecht.

2.1.2 Verordening 1/2003

Op grond van Verordening 1/2003 deelt de Europese Commissie haar bevoegdheid om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen met de mededingingsautoriteiten van de verschillende lidstaten. Lidstaten zijn op grond van de verordening verplicht om een instantie als mededingingsautoriteit aan te wijzen. Nederland heeft, zoals hiervoor is uitgelegd, ACM als mededingingsautoriteit aangewezen.

De verordening verplicht ACM om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen wanneer ze het nationale mededingingsrecht toepast op overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of besluiten van een ondernemingsvereniging wanneer deze de handel tussen lidstaten (ook) kunnen beïnvloeden.¹⁰ Gedragingen van ondernemingen die de mededinging beperken op markten die de landgrenzen van Nederland te buiten gaan, moeten, met andere woorden, door ACM zowel op grond van het nationale mededingingsrecht als op grond van het Europese mededingingsrecht gesanctioneerd worden. De verordening acht deze verplichting voor nationale mededingingsautoriteiten noodzakelijk in verband met de daadwerkelijke handhaving van de mededingingsregels van de Gemeenschap. Dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van zaken waarin sancties zijn opgelegd door ACM voor overtredingen van de Europese normen, volgt uit de rechtstreekse werking van de artikelen 101 en 102 VWEU en artikel 6 van Verordening 1/2003.

Uitgangspunt van het systeem dat ten grondslag ligt aan Verordening 1/2003, is het creëren van een gelijk speelveld. Dit uitgangspunt brengt met zich dat de toepassing van het mededingingsrecht door ACM niet mag leiden tot het verbieden van overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of besluiten van een ondernemingsvereniging die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar die niet de mededinging in de zin van artikel 101 VWEU beperken.¹¹ Simpel gezegd, als bepaald gedrag niet verboden is in het licht van artikel 101 VWEU, dan is het niet toegestaan voor nationale mededingingsautoriteiten (in de Nederlandse situatie: ACM) deze norm strenger uit te leggen en het gedrag alsnog te verbieden. Dit wordt ook wel de ‘convergence rule’ genoemd. Deze rechtsregel geldt echter niet voor de toepassing van artikel 102 VWEU inzake het misbruik van machtsposities. De verordening belet via artikel 3, tweede lid, laatste volzin, de lidstaten niet om

9 P.J. Slot & Ch.R.A. Swaak, *Inleiding mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 39.

10 Art. 3, eerste lid, Verordening 1/2003.

11 Art. 3, tweede lid, Verordening 1/2003.

op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen. Indachtig het feit dat het Nederlandse en Europese mededingingsrecht naar inhoud gelijk is, heeft dit in de praktijk echter niet heel veel betekenis.

2.1.3 Territoriale werkingssfeer van de normen

In deze paragraaf gaan wij in op de territoriale reikwijdte van de mededingingsregels, zoals verankerd in het nationale en Europese recht. Bij het lezen van dit preadvies verdient het aanbeveling om in het achterhoofd te houden hoe in het Amerikaanse recht tegen de extraterritoriale toepassing van mededingingsregels aan wordt gekeken. Zoals uitgelegd in het eerste deel van dit preadvies heeft de VS voor wat betreft de Sherman Act die de mededingingsregels bevat, als vaste praktijk een ‘effecten-doctrine’ aangenomen. Het gaat hier eigenlijk om een nuancering op de regel die inhoudt dat een Amerikaanse rechtsregel in beginsel alleen van toepassing is op Amerikaans grondgebied of op Amerikaanse burgers.¹² Deze nuancering volgt uit de in het eerste deel van dit preadvies genoemde *Hartford Fire Insurance*-zaak uit 1993, maar is zelfs terug te voeren tot 1945, toen het Hooggerechtshof in de VS uitspraak deed in de *Aluminum Co. of America (Alcoa)* zaak:¹³

‘(...) it is settled law (...) that any State may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders which has consequences within its borders which the State reprehends, and these liabilities other States will ordinarily recognize.’

In de VS wordt deze effecten-doctrine inmiddels veel gebruikt voor de vestiging van rechtsmacht in mededingingszaken¹⁴ met zelfs een wettelijke verankering hiervan tot gevolg. De *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* uit 1982 verduidelijkt, in essentie, dat Amerikaanse mededingingsregels niet van toepassing zijn op gedrag buiten het grondgebied van de VS, tenzij sprake is van een direct, substantieel en voorzienbaar effect binnen de VS. De VS heeft overigens na de uitspraak in de *Alcoa*-zaak een periode gekend waarin op grond van de effecten-doctrine – mede ter bescherming van eigen nationale (protectionistische) belangen – veel grensoverschrijdend werd opgetreden.¹⁵

Wat is nu de territoriale werkingssfeer van de normen waarop ACM en de andere nationale mededingingsautoriteiten binnen Europa toezicht houden? Allereerst is niet doorslaggevend de plaats waar de betreffende afspraak (bijvoorbeeld: over te hanteren prijzen) wordt gemaakt, noch waar de betrokken ondernemingen gevestigd zijn.¹⁶ Een belangrijke reden hiervoor is gelegen in het feit dat de (nationale)

12 De zogeheten ‘beperkte presumptie tegen extraterritorialiteit’; zie het algemene deel van dit preadvies.

13 148 F 2d 416 (2nd Cir 1945).

14 Zie ook *US v Nippon Paper Industries Co.*, 109 F3d 1 (1st Cir. 1997).

15 E. Hawk, *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, New York: Harcourt Brace Jovanovich 1979.

16 Kamerstukken II 1995/96, 24707, 3, p. 10.

mededingingsautoriteiten hoeders van markten zijn. En de geografische omvang van een markt hoeft niet per se verband te houden met de plaats waar een mededingingsbeperkende afspraak gemaakt wordt of waar de betrokken ondernemingen gevestigd zijn. Evenmin valt in de praktijk de geografische omvang van een markt samen met de grenzen van landen. De vraag hoever de rechtsmacht van ACM reikt, wordt in de praktijk beantwoord aan de hand van drie verschillende benaderingen. Deze zijn alle drie ontwikkeld in de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie alsmede in de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: Gerecht) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) bij de uitleg van de artikelen 101 en 102 van het VWEU. Dat die beschikkingen en rechtspraak de toepassing van de nationale mededingingsregels beïnvloeden, is het gevolg van het feit dat de artikelen 6 en 24 van de Mw georiënteerd zijn op hun tegenhangers uit het VWEU.

De economische eenheid-benadering

De eerste benadering is de economische eenheid-benadering, die inmiddels een integraal onderdeel uitmaakt van het (Europese) mededingingsrecht.¹⁷ Om deze benadering goed te begrijpen is het van belang eerst antwoord te geven op de vraag tot wie het kartelverbod en het verbod inzake misbruik van economische machtsposities zich richten.

De normen die in voornoemde materiële bepalingen liggen besloten, richten zich tot ‘ondernemingen’. Enigszins opvallend is dit wel, omdat de eerste drie bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ‘ondernemingen’ niet noemen als entiteiten met rechtspersoonlijkheid. In zoverre kan een ‘onderneming’ (juridisch gezien) geen drager zijn van rechten en plichten, hetgeen betekent dat bestuursorganen zoals ACM in beginsel aan sec ‘ondernemingen’ geen sancties kunnen opleggen (terwijl de norm zich daar wel tot richt). Het begrip ‘onderneming’ in de Mededingingswet dient op grond van artikel 1, onderdeel f, Mw te worden uitgelegd conform het ondernemingsbegrip uit artikel 101, eerste lid, VWEU alsook de jurisprudentie daaromtrent. Onder dat begrip valt volgens de wetgeschiedenis ‘iedere entiteit die aan het economisch proces, gericht op het produceren of distribueren van goederen of het verlenen van diensten, deelneemt. Dat geldt ongeacht de rechtsvorm of de wijze van financiering van die entiteit en ongeacht of er sprake is van een winstoogmerk. Ondernemingen kunnen natuurlijke personen of rechtspersonen zijn, private bedrijven of overheidsbedrijven, producenten, distributeurs, dienstverleners en vrije-beroepsbeoefenaren.’¹⁸ Ondernemingen worden in het mededingingsrecht ook wel economische eenheden genoemd en kunnen uit meerdere rechtspersonen (of natuurlijke personen¹⁹) bestaan. Zo oordeelde het Hof:²⁰

17 Zie onder meer: zaak 48/69, *ICI v Europese Commissie*, Jur. 1972, p. 619; zaak 15/74, *Centrafarm v Sterling Drug*, Jur. 1974, p. 619; zaak C-73/95, *Viho Europe B.V. v Europese Commissie*, Jur. 1996, p. I-5457.

18 Zie Kamerstukken II 1995/96, 24707, 3, p. 10, die de door het Europese Hof van Justitie gegeven uitleg aan het begrip onderneming in de zaak *Höfner and Elser v Macrotron* (C-41/90, Jur. 1991, p. I-1979) herhaalt.

19 Denk bijvoorbeeld aan een vennootschap onder firma waarbij de vennoten verschillende natuurlijke personen zijn maar die als entiteit deelneemt aan het economisch proces.

20 HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08 P, Jur. 2009, p. I-08237 (*Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie*), r.o. 55; HvJ EU 14 december 2006, zaak C-217/05, Jur. 2006, p. I-11987, r.o. 40.

‘Voorts heeft het Hof gepreciseerd dat onder het begrip onderneming in deze context moet worden verstaan een economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen.’

Kort gezegd betekent het voorgaande dat ACM aan (alle) rechtspersonen en natuurlijke personen die deel uitmaken van een onderneming die in strijd handelt met de mededingingsregels, een bestuurlijke sanctie kan opleggen. De vraag welke rechtspersonen binnen een onderneming in de praktijk uit hoofde van hun juridische verantwoordelijkheid een sanctie krijgen, wordt beantwoord aan de hand van specifieke regels die in de jurisprudentie ontwikkeld zijn.²¹

Nu terug naar de economische eenheid-benadering. Deze knoopt aan bij het uitgangspunt dat verschillende entiteiten (rechtspersonen) deel uitmaken van één economische eenheid die als zodanig op een markt actief is. Het simpelste voorbeeld hiervan is een dochtervennootschap die verboden gedrag vertoont, aangestuurd door een moedervennootschap die de volledige zeggenschap uitoefent over die dochter via haar aandeelhouderschap. Een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete richt zich in zo’n geval tot elk van de rechtspersonen afzonderlijk in verband met hun gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de betreffende inbreuk op de mededinging. Daarbij kan het voorkomen dat de moedervennootschap die de aandelen houdt buiten Nederland, zelfs buiten Europa is gevestigd terwijl de dochtervennootschap in Nederland zit. Over de band van de economische eenheid is ACM bevoegd niet alleen de Nederlandse dochtervennootschap maar ook haar buitenlandse moeder een bestuurlijke boete op te leggen. Deze benadering paste ACM toe in de *Meel*-zaak.²² Daar legde zij (onder meer) een bestuurlijke boete op aan een in Jersey²³ gevestigde entiteit die de aandelen hield in een Nederlandse dochter die bij een kartel was betrokken. Zoals gezegd, deze benadering is afkomstig uit de Europeesrechtelijke praktijk waarvan de zaken *Dyestuffs* en *Continental Can* tot de klassieke voorbeelden behoren.²⁴

De economische eenheid-benadering is overigens alleen in kartelzaken toegepast.²⁵ Dit heeft te maken met het gevolg dat de kwalificatie als economische eenheid meebrengt. In het mededingingsrecht kan een afspraak binnen één concern (bijvoorbeeld: tussen een moeder- en dochtervennootschap of tussen zustervennootschappen onderling) nooit onder de werking van het kartelverbod vallen. Er is in dat geval immers sprake van één onderneming die vrij is (en geacht wordt) haar eigen commercieel beleid te bepalen ten opzichte van andere ondernemingen. In misbruikzaken is dit anders. Daar kan het misbruik juist bestaan uit het

21 Voorbeelden van uitspraken van het Hof zijn onder meer: HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92, Jur. 1999, p. I-4125 (*Commissie/Anic Participazioni*); HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08 (*Akzo Nobel NV*), gevoegde zaken C-204/00P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 (*Aalborg Portland e.a./Commissie*), Jur. 2004, p. I-123.

22 Zaak 6306, te vinden via www.acm.nl.

23 Jersey is geen onderdeel van het Verenigd Koninkrijk, noch van de Europese Unie.

24 *Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission (Dyestuffs)* [1972], ECR 619; *Case 6/72, Europemballage & Continental Can v. Commission* [1973], ECR 215.

25 M. Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge University Press 2013, p. 190-191.

beoordelen van een dochtervennootschap.²⁶ In die zin ontsnapt een moeder-vennootschap niet aan de toepassing van artikel 24 Mw of artikel 102 VWEU door samen met haar dochter als één economische eenheid te kwalificeren.

De implementatie-benadering

De tweede benadering is de implementatie-benadering. De territoriale werkings-sfeer van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken is binnen die benade-ring de plaats waar die afspraak ten uitvoer wordt gelegd, ofwel: geïmplementeerd is. Illustratief voor deze benadering is het arrest van het Hof in de zaak *Houtslip*.²⁷ In die zaak had een aantal ondernemingen uit de VS, Canada en Finland dat hout-slijp produceerde, een systeem opgezet waarmee zij voor ieder volgend kwartaal inzicht hadden in elkaars voorgenomen prijzen met de bedoeling de eigen prijs daarop aan te (kunnen) passen. Het Hof achtte de Europese Commissie bevoegd een sanctie op te leggen aan de ondernemingen die buiten de EU waren gevestigd voor overtreding van het Europese kartelverbod, omdat aan de afspraak binnen de EU 'uitvoering was gegeven'. Bovendien stelde het Hof expliciet de rechtsmacht van de Europese Commissie vast aan de hand van het in het internationale publiek-recht geldende territorialiteitsbeginsel:

'In dit verband zij opgemerkt dat een inbreuk op artikel [101 van het VWEU], zoals het sluiten van een overeenkomst waardoor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt beperkt, uit een tweeledige gedraging bestaat: de vorming van het kartel en het in praktijk brengen ervan. Door de toepasselijkheid van de mededingings-rechtelijke verbodsbepalingen afhankelijk te stellen van de plaats waar het kartel is gevormd, zou het de ondernemingen natuurlijk wel erg gemakkelijk worden gemaakt om die verbodsbepalingen te omzeilen. Het gaat er dan ook om, waar aan het kartel uitvoering wordt gegeven. In casu hebben de producenten binnen de gemeenschappelijke markt aan hun prijsafpraak uitvoering gegeven.

(...)

Onder die omstandigheden is de bevoegdheid van de Gemeenschap om haar mededin-gingsregels ten aanzien van dergelijke gedragingen toe te passen, gedekt door het in het internationaal publiekrecht algemeen aanvaarde territorialiteitsbeginsel.'

De effect-benadering

De derde benadering, of effect-benadering, gaat nog een stapje verder in de uitbrei-ding van de territoriale werking van de mededingingsregels. Hoewel dit in de VS eigenlijk al lang gevestigde praktijk is, is deze benadering minder lang geleden in-gedaald in de Europese mededingingspraktijk. Een voorbeeld om het onderscheid tussen de effect-benadering en de implementatie-benadering te belichten, is het volgende.²⁸ Door een aantal ondernemingen buiten de EU wordt gezamenlijk een

26 Een goed voorbeeld hiervan is de zaak *GT-link*. In die zaak hoefde een vennootschap die ferry-diensten verrichtte, geen leges te betalen aan haar moeder die de haven commercieel exploiteerde, terwijl de concurrenten van die dochter dat wel moesten. HvJ EU 17 juli 1997, zaak C-242/95, Jur. I-04449 (*GT-Link A/S v De Danske Statsbaner*).

27 HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 114/85 etc., Jur. 1988, p. 5193 (*Ahlström Osakeyhtiö e.a. v. Europese Commissie*).

28 In zijn handboek noemt Whish dit voorbeeld ook. Zie R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, 2015, p. 528.

collectieve boycot afgesproken die inhoudt dat klanten binnen de EU geen toegang krijgen tot bepaalde goederen of diensten. De mededingingsbeperkende afspraak wordt buiten de EU vormgegeven en gemaakt (lees: geïmplementeerd) terwijl de effecten van die afspraak binnen de EU merkbaar zijn. Ook in een dergelijke situatie legt de Europese Commissie bestuurlijke boetes op. Een voorbeeld hiervan is haar beschikking in de zaak *Liquid Crystal Displays*.²⁹ In die zaak legde de Europese Commissie bestuurlijke boetes op aan een aantal ondernemingen actief op de markt voor de productie en verkoop van LCD's. Het ging hier om een zestal Aziatische ondernemingen, die met hun gedrag de mededinging binnen de EU beperkte. De Commissie onderbouwde haar bevoegdheid om de betrokken ondernemingen te sanctioneren als volgt:

'Based on the sale of the LCD panels to the EEA in the form of Direct EEA Sales and Direct EEA Sales Through Transformed Products, it can thus also be established that the infringement had foreseeable, immediate and substantial effect in the Union (...). First, the infringement immediately affected the EEA market since the agreements and concerted practices directly influenced the setting of price for LCD panels delivered directly or through transformed products to European customers. (...) Secondly, the effect on the European market was foreseeable as the price rise or the maintenance of higher prices and the reduction of output were to have evident consequences on the conditions of competition at the downstream level for all IT and TV applications.'

Dat deze effect-benadering ook wordt toegepast in zaken betreffende het misbruik van economische machtsposities, blijkt uit de zaak *Intel*.³⁰ Zo oordeelde het Gerecht in *Intel*:

'In order to justify the Commission's jurisdiction under public international law, it is sufficient to establish either the qualified effects of the practice in the European Union or that it was implemented in the European Union.'

Tegen de uitspraak van het Gerecht is hoger beroep ingesteld, dat thans aanhangig is bij het Hof. Het is dus nog even afwachten of het Hof de effect-benadering in zaken betreffende de toepassing van artikel 102 VWEU inzake misbruik van economische machtsposities zal onderstrepen. Die aarzeling zit met name in het feit dat, anders dan bij de toepassing van de mededingingsregels in de VS, de effecten-benadering nog steeds niet onvoorwaardelijk lijkt te zijn omarmd in Europa.³¹ In zowel LCD's als *Intel* (zie de aangehaalde passage hiervoor) werd de effecten-benadering in combinatie met de implementatie-benadering toegepast. Dat evenwel te verwachten is dat vroeger of later de effecten-benadering ook in het nationale en Europese mededingingsrecht omarmd gaat worden, volgt uit het arrest van het Hof in de zaak *Gencor*, waarin de jurisdictie van de Europese Commissie bij het beoordelen van concentraties (fusies) voorlag. Deze is met name van belang

²⁹ Besluit van de Europese Commissie COMP/39.309-LCD [2010].

³⁰ GvEA 12 juni 2014, T-286/09, *Intel vs Europese Commissie*, EU:T:2014:547.

³¹ Zie ook de recente Conclusie van A-G Wahl, 20 oktober 2016, C-413/14 P (*Intel*), r.o. 295: 'In fact, several Advocates General have already advised the Court to adopt an effects-based approach to jurisdiction in the field of competition law. The Court has not, to date, either endorsed or expressly rejected that approach.'

voor de Intel-zaak. In de praktijk bestaat er namelijk een nauw verband tussen de wijze waarop in het concentratierecht en in misbruikzaken markten worden afgebakend en de gevolgen van gedrag op deze markten geanalyseerd worden.³² Het Hof stond in de zaak *Gencor* toe dat de Europese Commissie geen toestemming verleende voor een concentratie tussen twee in Zuid-Afrika gevestigde ondernemingen omdat dit een dominant duopolie tot gevolg (effect) zou hebben dat de mededinging op de Europese markt voor platina significant zou belemmeren:

‘De toepassing van de verordening³³ is volkenrechtelijk gerechtvaardigd, wanneer voorzienbaar is, dat een voorgenomen concentratie onmiddellijke en wezenlijke gevolgen in de Gemeenschap zal hebben.’³⁴

Overigens is het interessant te vermelden dat ook de Verenigde Staten (niet verwonderlijk, gelet op het voorgaande) en het Verenigd Koninkrijk reeds de effect-doctrine hebben toegepast in concentratiezaken. Zo liet het *Competition Appeal Tribunal* in 2013 een besluit van de *Competition Commission* in stand dat de koop door het Nederlandse Akzo Nobel van het Italiaanse Metlac verbood, omdat dit de mededinging op de markt voor het *coaten* van frisdrankblikjes in het Verenigd Koninkrijk zou beperken.³⁵ Het Amerikaanse voorbeeld betrof een verbod van de *Federal Trade Commission* inhoudende een overname van het Canadese *Connaught Biosciences* door het Franse *Institut Mérieux*, omdat dit de mededinging op de markt voor vaccins tegen hondsdolheid zou beperken.³⁶

Naar onze mening onderstrepen de beschreven voorbeelden uit de rechtspraak dat de effect-benadering in de volle breedte van het Europese en nationale mededingingsrecht kan worden toegepast. Het zou echter de rechtszekerheid ten goede komen (en mogelijk ook toekomstige discussies daarover vermijden) wanneer de bevoegdheid de mededingingsregels te handhaven jegens gedrag dat buiten het eigen grondgebied plaatsvindt, wettelijk verankerd wordt. Ter inspiratie verwijzen wij naar China, waar in verband met het behoud van de eigen economische, territoriale en politieke soevereiniteit de bevoegdheid om tegen gedrag buiten de landgrenzen maar met gevolgen voor de mededinging binnen China op te treden, in de wet is opgenomen. Artikel 2 van de *Chinese Anti-Monopoly Law 2008* luidt daar als volgt:³⁷

‘This Law shall apply to the conducts outside the territory of the People’s Republic of China if they eliminate or have restrictive effect on competition on the domestic market of the PRC.’

32 R. O’Donoghue & J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd edition, Oxford/Portland 2013, p. 96-97.

33 Bedoeld wordt de EC Merger Regulation: Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24.

34 GvEA 25 maart 1999, T-102/96, *Gencor vs Europese Commissie*, Jur. II-753, r.o. 90-92. Deze uitspraak is door het Hof in hoger beroep in stand gelaten.

35 *Akzo Nobel v. Competition Commission* [2014] EWCA Civ 482. Zie ook C. Hampton, ‘Foreign merger within reach of the UK’s long arm’, *Competition Law Insight* 2014.

36 *Institut Mérieux* [1990] 55 Fed Reg 1614.

37 Zie ook A. Fels, ‘China’s Antimonopoly Law 2008: An Overview’, *Review of Industrial Organization* 2012, Vol. 41, Issue 1, p. 7-30.

2.2 Handhaving door ACM

De normen die ACM in het mededingingsrecht handhaaft, kunnen worden toegepast indien sprake is van gevolgen, ofwel voor de Nederlandse markt ofwel voor de interne (Europese) markt. Dit is ook expliciet de wens van de (Europese) wetgever geweest, die de bescherming van de Nederlandse en Europese markt in de norm centraal heeft gesteld. Uit het bovenstaande volgt dat in de praktijk ook gedrag buiten de EU (door ondernemingen buiten de EU) aan de (Europese) mededingingsrechtelijke normen moet voldoen. De Europese mededingingsregels verkrijgen daarmee een extraterritoriale dimensie. Deze extraterritoriale dimensie werkt, zoals wij hebben gezien, door in de nationale toepassing ervan door ACM. Om te illustreren wat deze doorwerking voor de handhavingspraktijk van ACM betekent, behandelen wij een tweetal voorbeelden aan de hand van enkele praktijkgevallen.

2.2.1 Het zoeken naar de meest geschikte (nationale) autoriteit

Voorbeeld: Ondernemingen gevestigd in Lidstaat A en in Lidstaat B maken in strijd met het kartelverbod afspraken over de maximale afzet van producten in Nederland, Lidstaat A en Lidstaat B.

Aannemelijk is dat het gedrag van de betrokken ondernemingen de mededinging op de betreffende productmarkt van Nederland, Lidstaat A en Lidstaat B beperken. Hieruit volgt dat ACM, alsook de nationale mededingingsautoriteiten van Lidstaat A en Lidstaat B bevoegd zijn hun eigen nationale regels toe te passen, omdat de mededinging op (een deel van) de nationale markt beperkt wordt. Ook mogen zij het Europese kartelverbod uit artikel 101 VWEU toepassen, aangenomen dat in het voorliggende voorbeeld het gedrag van de ondernemingen de interstatelijke handel ongunstig kan beïnvloeden. Naast de drie lidstaten is de Europese Commissie bevoegd om op grond van artikel 101 VWEU op te treden.

Het starten of doen van onderzoek door de Europese Commissie naar de inbreuk ontnemt de nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid toepassing te geven aan de artikelen 101 en 102 VWEU.³⁸ Het systeem uit Verordening 1/2003 laat echter de mogelijkheid onverlet dat ACM tezamen met de autoriteiten van Lidstaat A en B ten aanzien van dezelfde overeenkomst of feitelijke gedraging handhavend optreedt wanneer de Europese Commissie de zaak niet oppakt. In de praktijk zal dit waarschijnlijk niet snel gebeuren, met name om zogeheten ‘*ne bis in idem*’-situaties te voorkomen.³⁹ Bovendien rijst de vraag of het niet efficiënter is één autoriteit de laten optreden, zodat de andere twee hun handen vrij hebben voor

³⁸ Art. 11, derde lid, Verordening 1/2003.

³⁹ Het *ne bis in idem*-beginsel houdt in dat niemand tweemaal mag worden gestraft voor dezelfde overtreding. Dit beginsel vindt in Nederland toepassing via art. 50 en 51 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

andere zaken. Wel biedt de verordening ACM de mogelijkheid om een klacht over het verboden gedrag af te wijzen wanneer Lidstaat A of B behandeling van de zaak op zich heeft genomen.⁴⁰

Het feit dat meerdere autoriteiten bevoegd zijn om in het voorliggende voorbeeld grensoverschrijdend op te treden, maakt dat er op Europees niveau een allocatiesysteem in het leven is geroepen. Met behulp van dit systeem wordt de vraag beantwoord wie van de *bevoegde* autoriteiten het meest *geschikt* is om een zaak op te pakken. Wij lichten dit allocatiesysteem hierna toe.

Het allocatiesysteem kan het beste worden uitgelegd als een samenwerkingsmechanisme voor alle lidstaten van de Europese Unie en de Europese Commissie, die samen het European Competition Network (ECN) vormen. Dit netwerk is bij uitstek in het leven geroepen om op een effectieve wijze grensoverschrijdende overtreding van de mededingingsregels op en aan te pakken. Het allocatiesysteem heeft de vorm van vuistregels die zijn verankerd in een mededeling van de Commissie.⁴¹ Deze vuistregels bepalen in welke gevallen nationale mededingingsautoriteiten geschikt zijn om een zaak op te pakken, in het bijzonder wanneer er meerdere autoriteiten bevoegd zijn. Een nationale mededingingsautoriteit wordt geschikt geacht een zaak te behandelen indien:

1. de verboden overeenkomst aanzienlijke rechtstreekse feitelijke of vermoedelijke gevolgen heeft voor de mededinging op haar grondgebied, op haar grondgebied ten uitvoer wordt gelegd of zich daar voor het eerst heeft voorgedaan; en
2. die autoriteit de inbreuk daadwerkelijk kan beëindigen (d.w.z. zij kan een administratief verbod uitvaardigen dat voldoende effect sorteert om een einde te maken aan de inbreuk); en
3. zij het feitenmateriaal kan verzamelen dat nodig is om de inbreuk te bewijzen.

Uit bovenstaande criteria blijkt dat er een concreet verband moet bestaan tussen de inbreuk en het grondgebied van een lidstaat, wil de mededingingsautoriteit van die lidstaat geschikt worden geacht om een zaak te behandelen.⁴² Het eerste criterium sluit nauw aan bij het territorialiteitsbeginsel. Het tweede en derde criterium zijn ons inziens meer praktisch van aard en sluiten aan bij de bedoeling van Verordening 1/2003 om de toepassing van het Europese mededingingsrecht zo effectief en efficiënt mogelijk te maken. Als randvoorwaarden gelden dat de op te leggen sancties doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.⁴³ Bovendien mogen de sancties die de lidstaten opleggen voor overtreding van de Europese regels, lichter noch zwaarder zijn dan voor soortgelijke overtreding van het nationale recht (equivalentiebeginsel).⁴⁴ Tot nog toe blijkt dat het samenwerkingsmechanisme uit

⁴⁰ Art. 13, eerste lid, Verordening 1/2003.

⁴¹ Deze vuistregels zijn vastgelegd in de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, PB C 101 van 27 april 2004.

⁴² Zie randnummer 9 van de mededeling van de Commissie.

⁴³ Zie de inleiding van de mededeling van de Commissie.

⁴⁴ HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*European Communities v Hellenic Republic*).

de mededeling van de Commissie goed werkt. Over de toewijzing van zaken ontstaat slechts in weinig zaken discussie, die bovendien snel wordt opgelost.⁴⁵

Een met het hierboven genoemde voorbeeld vergelijkbaar geval deed zich enkele jaren geleden binnen de ACM-praktijk voor, in de Garnalen-zaak.⁴⁶ Aan een aantal groothandelaren in garnalen en een aantal Nederlandse, Duitse en Deense (garnalen)productorganisaties legde de (toenmalige) Nederlandse Mededingingsautoriteit (rechtsvoorganger van ACM) bestuurlijke boetes op van (aanvankelijk⁴⁷) ruim dertien miljoen euro. De boetes aan de Duitse en Deense ondernemingen hielden de (eerste!) extraterritoriale toepassing van het kartelverbod in. De Duitse en Deense productorganisaties waren niet in Nederland gevestigd, noch waren zij daar actief. De verboden afspraak omvatte een beperking van de aanlanding van garnalen in Nederland door hun nationale vloot. De beschikkingen van de NMa dateren helaas van vóór de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 en vóór de vuistregels uit de mededeling van de Commissie. Interessant detail is namelijk dat de Duitse autoriteit, het *Bundeskartellamt*, in diezelfde periode een onderzoek was gestart naar verboden gedragingen in diezelfde garnalensector. Nederland beperkte zich bij het sanctioneren tot de effecten (omzetten) op de Nederlandse markt en liet daarmee de mogelijkheid open om voor de Duitsers en Denen hetzelfde te doen voor de effecten op hun markt. Het spreekt eigenlijk voor zich dat een dergelijk optreden van drie toezichthouders voor hetzelfde gedrag minder effectief is dan wanneer de zaak aan één autoriteit gealloceerd is. ACM had – zou Verordening 1/2003 al in werking zijn getreden bij de start van het onderzoek – zeer waarschijnlijk anders gehandeld.⁴⁸

2.2.2 Effecten binnen of buiten het eigen territorium?

Voorbeeld: Ondernemingen gevestigd in Nederland produceren goederen, bestemd voornamelijk voor export naar de andere lidstaten A en B. De vaststelling van de prijs geschiedt in strijd met het kartelverbod.

Wij nemen aan dat in dit voorbeeld sprake is van een exportkartel. Omdat een (weliswaar klein) deel van de afzet bestemd is voor de Nederlandse markt en omdat wij aannemen dat een exportkartel de interstatelijke handel ongunstig kan beïnvloeden, menen wij dat ACM bevoegd is op te treden op grond van artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU. Op basis van de mededeling van de Commissie menen wij

45 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Verslag over de werking van Verordening 1/2003, Brussel, 29 april 2009, COM(2009) 206 definitief, p. 8.

46 Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 14 januari 2013 in zaak 2269. Zie ook M. van Oers & M. Schueler, 'Landgrenzen en de beboeting van inbreuken op artikel 101 en 102 VWEU door nationale mededingingsautoriteiten. Een blik vanuit Nederland: Garnalen en Zilveruien', *Mundi et Europae Civis. Liber Amicorum Jacques Steenberghe*, Brussel: Larcier 2014.

47 In verschillende stadia van de procedure is dit teruggebracht tot (uiteindelijk) ruim vier miljoen euro.

48 Vergelijk ook de Zilveruien-zaak, die verderop wordt behandeld.

dat ACM ook (de meest) *geschikte* toezichthouder is om op te treden. Het verboden gedrag wordt immers op Nederlands grondgebied ten uitvoer gelegd, de toezicht houdende ambtenaren van ACM zijn bij uitstek in de positie het feitenmateriaal te verzamelen (het gaat om in Nederland gevestigde ondernemingen) en bovendien kan ACM middels een bestuurlijke boete effectief handhavend optreden.

Het aanknopingspunt voor de *bevoegdheid* van ACM vinden wij evenwel in het voorliggende voorbeeld in de omstandigheid dat een deel van de afzet op de Nederlandse markt plaatsvindt. Wat nu indien sprake is van een ‘zuiver’ exportkartel, waar geen enkel effect merkbaar is op de Nederlandse markt? Hierbij zijn twee varianten denkbaar, namelijk de situatie waarbij de goederen naar andere lidstaten binnen de EU worden geëxporteerd en de situatie waarbij de goederen naar landen buiten de EU worden geëxporteerd.

In het eerste geval achten wij ACM in ieder geval niet bevoegd handhavend op te treden op grond van artikel 6 Mw, omdat er geen beperking van de mededinging op de Nederlandse markt, of althans een deel daarvan, plaatsvindt. Wij menen dat ACM daarentegen wel handhavend kan optreden enkel en alleen op grond van artikel 101 VWEU, hoewel wij hierbij wel opmerken dat (zover wij hebben kunnen nagaan) het nooit eerder is voorgekomen dat een nationale autoriteit voor overtreding van alleen artikel 101 VWEU een sanctie heeft opgelegd. De verordening verplicht nationale autoriteiten ‘slechts’ artikel 101 VWEU toe te passen wanneer zij hun nationale regels toepassen op gedrag dat de interstatelijke handel nadelig kan beïnvloeden, zoals wij hiervoor hebben uitgelegd. Daarmee is echter niet gezegd dat het enkel toepassen van artikel 101 VWEU zonder de eigen nationale bepaling niet is toegestaan. De richtsnoeren van de Europese Commissie lijken hiervoor zelfs een aanknopingspunt te bieden:⁴⁹

‘Artikel 3, lid 1, [van Verordening 1/2003] verplicht [nationale] mededingingsautoriteiten (...) tevens de artikelen [102 en 101] toe te passen wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten en misbruiken die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Daartegenover staat dat de [nationale] mededingingsautoriteiten van de lidstaten (...) niet verplicht zijn het nationale mededingingsrecht toe te passen wanneer zij de artikelen [101 en 102] toepassen op overeenkomsten (...) die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. In dergelijke gevallen kunnen zij ook uitsluitend de communautaire mededingingsregels toepassen.’

In het tweede geval menen wij dat ACM niet bevoegd is artikel 6 Mw, noch artikel 101 VWEU toe te passen. Indien er helemaal geen effect is op een markt binnen de EU, dan hebben nationale autoriteiten of de Europese Commissie geen rechtsmacht, ook al zijn de ondernemingen gevestigd binnen Europa, of zelfs binnen Nederland. De norm wordt *de facto* dan ook niet overtreden. Steun hiervoor vinden wij in de zaak *Bulk Oil*. In deze zaak waren prejudiciële vragen gesteld over een maatregel van het Verenigd Koninkrijk. Die maatregel hield een verbod in ruwe olie rechtstreeks of indirect te exporteren naar andere landen dan bepaald door

49 Zie randnummer 9 van de Richtsnoeren betreffende het begrip ‘beïnvloeding van de handel’ in art. 81 en 82 van het Verdrag (2004/C 101/07).

het Verenigd Koninkrijk. Over de relatie van dit beleid van het Verenigd Koninkrijk met de communautaire mededingingsregels merkte het Hof het volgende op:⁵⁰

‘Bulk betoogt voorts dat de bestemmingsclausule in de Britse contracten, waardoor het beleid van het Verenigd Koninkrijk door verwijzing in die contracten wordt opgenomen, in strijd is met artikel [101 van het VWEU]. De op het beleid van het Verenigd Koninkrijk terug te voeren overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, inzonderheid de opnemings van een bestemmingsclausule in alle contracten, zouden immers overeenkomsten tussen ondernemingen zijn die ertoe strekken dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt beperkt of vervalst en ten gevolge hebben dat de intracommunautaire handel ongunstig wordt beïnvloed. Het beleid van het Verenigd Koninkrijk zou de oliemaatschappijen derhalve machtigen, zo niet verplichten (...) inbreuk te maken op [artikel 101 van het VWEU].

Zoals gezegd kan een maatregel als de onderhavige, die specifiek betrekking heeft op de uitvoer van aardolie naar een derde land, op zichzelf niet de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt beperken of vervalsen. Derhalve kan zij niet de intracommunautaire handel ongunstig beïnvloeden en geen inbreuk maken op [artikel 101 van het VWEU].’

Uit het voorgaande volgt dat er een duidelijk verband moet bestaan tussen de inbreuk op de mededingingsregels en het grondgebied van een lidstaat. Gelet op het feit dat nationale mededingingsautoriteiten bevoegd zijn artikel 101 VWEU toe te passen, mag onder het begrip ‘grondgebied’ ons inziens het hele territorium van de EU worden verstaan. Doen effecten zich buiten de EU voor, dan houdt de rechtsmacht van nationale toezichthouders in Europa op.

Wat dit laatste betreft, is het interessant om stil te staan bij een aantal recente uitspraken. Twee daarvan zijn nationale uitspraken over ACM-beschikkingen. In beide zaken zit de extraterritoriale component in de wijze van beboeting. Voordat wij nader op deze zaken ingaan, moet worden opgemerkt dat het boetebeleid van ACM (gelijk dat van veel andere lidstaten en de Europese Commissie) uitgaat van de omzetten die behaald zijn met de afzet of verkoop van de ‘gekartelleerde’ producten of diensten door de betrokken ondernemingen. Dit beleid doet recht aan het uitgangspunt dat de sanctionering verband houdt met veroorzaakte schade (leed), niet alleen in Nederland maar ook binnen de EU.

De eerste zaak gaat over zilveruien. In 2010 startte de toenmalige NMa een onderzoek naar een mogelijke overtreding van zowel het nationale als Europese kartelverbod door Nederlandse ondernemingen actief op het gebied van het telen en verwerken van zilveruien. De bij de inbreuk betrokken ondernemingen exporteerde een groot deel (zo’n 70%) van de door hun geproduceerde uien naar andere landen binnen de EU. De betrokken ondernemingen bepleitten bij zowel de Rechtbank Rotterdam als het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CbB) dat ACM niet bevoegd was om de bestuurlijke boete te baseren op omzet behaald buiten

⁵⁰ HvJ EG 18 februari 1986, zaak 174/84 (Bulk Oil).

Nederland.⁵¹ Die bevoegdheid had volgens hen uitdrukkelijk bij wet moeten zijn toegekend. ACM zou slechts bevoegd zijn om voor de effecten in Nederland sancties op te leggen. Noch de rechtbank, noch het CBB volgde dit standpunt (jammer genoeg zonder het stellen van prejudiciële vragen zoals de ondernemingen in kwestie graag hadden gezien):⁵²

‘De vraag of de hoogte van een met gebruikmaking van deze bevoegdheid op te leggen boete mag worden gerelateerd aan de Europese omzet dient naar het oordeel van het College te worden beantwoord aan de hand van het toepasselijke (Nederlandse) recht op dit gebied, nu – zoals appellanten terecht stellen – Verordening 1/2003 geen nadere invulling geeft aan de in artikel 5 van die Verordening vervatte bevoegdheid tot beboeting. (...)’

Naar het oordeel van het College volgt uit de definitie van betrokken omzet zoals neergelegd in de Boetebeleidsregels en de Boetecode niet dat de boetegrondslag enkel zou mogen worden bepaald op basis van de in Nederland behaalde omzet. Nu de overtreding (mede) betrekking heeft op verkopen aan buitenlandse afnemers binnen de EU mocht ACM derhalve ook de met die activiteiten gegenereerde opbrengst meenemen bij het vaststellen van de boetegrondslag.’

In de tweede zaak, deze keer over eerstejaars plantuien, ging ACM nog wat verder met de effecten die zij met de boete beoogde te bestraffen. Daar baseerde zij de bestuurlijke boete mede op omzet behaald met de verkoop van eerstejaars plantuien gefactureerd aan Nederlandse expediteurs maar afgeleverd buiten de EU. Het ging hier *de facto* dus om eerstejaars plantuien uiteindelijk bestemd voor consumptie buiten de EU. Het CBB stond deze wijze van beboeting toe: deze doet immers niet af aan het gegeven dat de omzet gegenereerd wordt door middel van verkoop en levering aan een afnemer die zich binnen de EU bevindt.⁵³

De recente beschikkingen op Europees niveau demonstreren voor ons gevoel dat de Europese Commissie zelfs nog een stapje verder gaat met haar boetebeleid en haar inspanningen om de effecten van verboden gedrag teniet te doen. Illustratief is haar beschikking in de zaak *Liquid Crystal Displays*, die reeds hierboven aan de orde kwam.⁵⁴ Bij het bepalen van de hoogte van de boete nam de Europese Commissie niet alleen de omzet behaald met de directe verkoop van LCD's door de Aziatische ondernemingen aan derden binnen de EU in aanmerking. De zogeheten *captive sales* werden ook meegenomen. Dit laatste betreft de omzetten behaald met de verkoop van LCD's binnen het eigen concern van de onderneming in Azië, die de LCD's vervolgens integreerde in nieuwe producten en die op hun beurt binnen de EU werden afgezet (indirecte verkoop).⁵⁵ Interessant genoeg meende de

51 Dit standpunt was mede ingegeven door het feit dat in de eerdergenoemde Garnalen-zaak – ook omdat Verordening 1/2003 nog niet in werking was getreden – de NMa slechts de effecten en daarmee de omzet behaald op de Nederlandse markt aan de boete ten grondslag had gelegd.

52 CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (Zilveruien).

53 CBB 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:272 (Eerstejaars plantuien).

54 Besluit van de Europese Commissie COMP/39.309-LCD [2010].

55 Zie ook het Besluit van de Europese Commissie AT.39437-Cathode Ray Tubes [2012], waar deze *captive sales* eveneens ten grondslag werden gelegd aan de boete.

Commissie dat zij ook bevoegd was de omzet van de verkoop van LCD's aan partijen buiten het concern én buiten de EU mee te nemen, wanneer deze geïntegreerd in nieuwe producten binnen de EU zouden worden afgezet. Omdat de hoogte van de boete volgens de Commissie geleet op de beoogde afschrikwekkende werking al doeltreffend genoeg was, liet zij deze derde categorie omzet echter buiten beschouwing. De Europese bestuursrechter was daarom ook niet in een positie zich uit te laten over deze wijze van beboeting maar merkte wel op dat niet ontkend kan worden dat binnen een dergelijke systematiek het vereiste verband tussen de inbreuk en het grondgebied van de EU gering is.⁵⁶

Naar onze mening laat de ontwikkeling in de jurisprudentie zien dat het begrip 'effecten' bij het toepassen van de mededingingsregels steeds verder wordt opgerekt. Toch menen wij niet dat dit voor de vaststelling van boetes de grenzen van de evenredigheid te buiten gaat. Het gemeenschapsrecht eist immers dat de lidstaten voorzien in een sanctiestelsel waarbinnen doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties worden opgelegd om een effectieve naleving van de bepalingen van het EU-recht te bevorderen. Hierbij is het van belang te kijken naar de economische impact van overtredingen van het mededingingsrecht, of zoals het Hof in de LCD-zaak zegt:⁵⁷

'Bovendien moet worden opgemerkt dat de uitsluiting van die verkopen tot gevolg zou hebben dat het economische belang van de door een bepaalde onderneming gepleegde inbreuk op kunstmatige wijze zou worden geminimaliseerd, daar het enkele feit dat geen rekening zou worden gehouden met dergelijke daadwerkelijk door het kartel in de EER beïnvloede verkopen, ertoe zou leiden dat uiteindelijk een geldboete wordt opgelegd die niet in verhouding staat tot de reikwijdte van het kartel op dit grondgebied.'

Toch begrijpen wij ook de kritiek op de huidige trend in de mededingingsrechtelijke beschikkingenpraktijk. De boetesystematiek zoals toegepast in de LCD-zaak maakt het mogelijk dat ACM de directe verkoop van producten door buitenlandse bedrijven buiten het eigen grondgebied (die normaliter buiten haar jurisdictie valt) te betrekken bij de handhaving van de mededingingsregels, omdat deze via een omweg op (een deel van) de eigen (nationale) markt terecht komen.⁵⁸ Bovendien ligt het risico van *double jeopardy*, of *ne bis in idem* hiermee op de loer, omdat de verkopen buiten het territoir van Nederland en Europa parallel aangepakt kunnen worden door autoriteiten uit de landen waar die verkopen hebben plaatsgevonden.⁵⁹ Voor de duidelijkheid, het *ne bis in idem*-beginsel verzet zich tegen de cumulatie van sancties wegens dezelfde overtreding.⁶⁰ Het beoogt te voorkomen dat gedragingen zwaarder worden gesanctioneerd dan nodig is op grond van het

56 GvEA 27 februari 2014, ECLI:EU:T:2014:88 (LG Display).

57 HvJ EU 9 juli 2015, C-231/14, ECLI:EU:C:2015:451 (Innlux), r.o. 62.

58 P. Bentley & D. Henry, 'Calculating the Cartel Fine: A Question of Jurisdiction or a Question of Economic Importance?', *World Competition Law and Economics Review* 2016, Vol. 39, Issue 3, p. 431-450.

59 L. Ritzenhoff, 'Indirect Effect: Fine Calculation, Territorial Jurisdiction, and Double Jeopardy', *Journal of European Competition Law & Practice* 2015, Vol. 6, No. 10.

60 Zie voor een voorbeeld van de toepassing van het *ne bis in idem*-principe binnen de energiewetgeving en de consumentenrechtelijke praktijk: CBB 31 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:91 (Greenchoice).

evenredigheidsbeginsel.⁶¹ Dit doet zich bij uitstek voor bij parallelle handhaving door verschillende mededingingsautoriteiten. Wij menen dat dit risico op een onevenredige stapeling van boetes alleen maar groter wordt in een wereld waar mede als gevolg van de digitalisering de internationale handel wereldwijd gestaag toeneemt.⁶²

2.3 Inzet van toezichtsbevoegdheden

Het inzetten van toezichtsbevoegdheden geschiedt bij ACM door personen die ingevolge artikel 5:11 Awb bij of krachtens wettelijk voorschrift met het houden van toezicht zijn belast. Alle ambtenaren werkzaam bij ACM zijn aangewezen als toezichthouder.⁶³ Sinds de inwerkingtreding van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt⁶⁴ (hierna: Iw) is voor het verkrijgen van een goed overzicht van alle bevoegdheden van ACM-toezichthouders van belang om zowel de Awb als de ‘ACM-wetten’ te betrekken. Zo zijn ACM-ambtenaren in aanvulling op hun bevoegdheden uit hoofdstuk 5 van de Awb, op grond van artikel 12c Iw bevoegd een woning zonder toestemming van de bewoner te betreden (en zoekend rond te kijken), mits zij hiervoor toestemming van een rechter-commissaris hebben. Onderzoeken ACM-ambtenaren een overtreding van de mededingingsregels, dan zijn zij zelfs ingevolge artikel 50 Mw bevoegd om zonder toestemming van de bewoner een woning te *doorzoeken*. En artikel 12i Iw biedt aan meer werknemers van een organisatie het zwijgrecht dan artikel 5:10a Awb, dat dit recht eigenlijk alleen toekent aan werknemers die blijkens het uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel bevoegd zijn de betreffende organisatie te vertegenwoordigen.

Zoals uitgelegd in het eerste deel van dit preadvies kunnen Nederlandse toezichthouders hun bevoegdheden slechts aanwenden op Nederlands grondgebied, tenzij sprake is van toestemming van de betreffende buitenlandse staat. Daarmee rijst de vraag hoe ACM de vinger krijgt achter gedragingen buiten Nederland of Europa met substantiële gevolgen voor de Nederlandse markt en consument.

2.3.1 Samenwerking binnen Europa

In Europees verband voorziet Verordening 1/2003 in een systeem voor het opsporen van overtredingen veroorzaakt door gedrag in een andere lidstaat. De grondgedachte hierbij is verankerd in artikel 11 van Verordening 1/2003 en houdt in

61 G. Dannecker & Y. Körtek, ‘General Report’, in: G. Dannecker & O. Jansen (eds.), *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International 2004, p. 93 e.v.

62 Zie bijvoorbeeld: A. Themelis, ‘The Internet, Jurisdiction and EU Competition Law: The Concept of “Over-Territoriality” in Addressing Jurisdictional Implications in the Online World’, *World Competition Law and Economics Review* 2012, Vol. 35, Issue 2, p. 325-353.

63 Besluit aanwijzing toezichthouders ACM, *Stcrt.* 2013, 9716, laatstelijk gewijzigd in *Stcrt.* 2014, 21624.

64 Wet van 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 2013, 102.

dat de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie de communautaire mededingingsbepalingen in nauwe samenwerking toepassen. Artikel 12 van Verordening 1/2003 voorziet voorts in een systeem van informatie-uitwisseling.⁶⁵ Zowel tussen de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten als tussen mededingingsautoriteiten onderling biedt dit artikel een kapstok voor uitwisseling van informatie. Het gebruik van die gegevens beperkt zich niet tot bewijs voor overtreding van de artikelen 101 en 102 VWEU; de uitgewisselde informatie mag zelfs gebruikt worden om de nationale mededingingsregels parallel aan de Europese bepalingen te handhaven, mits de toepassing van die nationale regels niet tot een verschillend resultaat leidt. Informatie-uitwisseling louter voor de toepassing van de nationale bepalingen mag evenwel niet. Evenmin mag de informatie gebruikt worden om aan natuurlijke personen gevangenisstraffen op te leggen. Bij de samenwerking tussen lidstaten of met de Europese Commissie speelt overigens het beginsel van loyaliteit een belangrijke rol. Het beginsel van loyale samenwerking (ook wel unietrouw genoemd) uit artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie ziet erop toe dat de Unie en de lidstaten elkaar respecteren en elkaar steunen bij de vervulling van de taken die uit verdragen voortvloeien, waaronder de taken aangaande de handhaving van de mededingingsregels.⁶⁶

Van belang is voorts dat nationale mededingingsautoriteiten elkaar kunnen verzoeken om op hun grondgebied toezichtsbevoegdheden aan te wenden indien vermoed wordt dat sprake is van een inbreuk op de Europese mededingingsregels.⁶⁷ Dit betekent evenwel dat ACM niet de autoriteiten van een andere lidstaat mag verzoeken informatie te vorderen indien louter sprake is van overtreding 6 of 24 van de Mededingingswet. De inzet van de toezichtsbevoegdheden geschiedt overeenkomstig het nationale recht van de lidstaat waarbinnen de bevoegdheden worden aangewend. Zo zal ACM in Nederland in opdracht van het Franse *Autorité de la Concurrence* woningen zonder toestemming van de bewoner kunnen doorzoeken, terwijl de Franse toezichthouders naar nationaal recht misschien niet over deze bevoegdheden beschikken. Wat dat vervolgens betekent voor het gebruik van eventueel met die bevoegdheid verkregen bewijsmateriaal, is iets waar de Franse bestuursrechter zich over zal (moeten) buigen.

Hoewel de toezichthoudend ambtenaren hun bevoegdheden niet mogen inzetten in een andere lidstaat, biedt artikel 5:15 Awb toezichthouders wel de mogelijkheid om zich bij het betreden van plaatsen te laten vergezellen door toezichthoudend ambtenaren uit een andere lidstaat.⁶⁸

65 Art. 7, derde lid, onderdeel b, Iw, dat een algemene bevoegdheid bevat voor ACM om aan buitenlandse instellingen informatie te verstrekken voor zover belast met dezelfde taken als ACM, sluit hier naadloos op aan.

66 R.J.G.M. Widdershoven, 'Acting apart together. Loyale samenwerking tussen bestuurlijke instanties en de positie van de burger', *SEW* 2015, nr. 11, p. 561-565.

67 Art. 22 Verordening 1/2003.

68 Zie ook P. Boswijk, O.J.D.M.L. Jansen & R.J.G.M. Widdershoven, *Transnationale samenwerking tussen toezichthouders in Europa*, Den Haag: WODC 2008, p. 122.

Volledigheidshalve merken wij op dat er twee verdragen zijn op Europees niveau – beide instrumenten van de Raad van Europa – die van belang zijn voor het verkrijgen van documenten in bestuursrechtelijke (en daarmee in mededingingsrechtelijke) zaken. Het betreft hier *The European Convention on the Service Abroad of Documents Relating to Administrative Matters*⁶⁹ en *The European Convention on the obtaining abroad of information and evidence in administrative matters*.⁷⁰ Deze verdragen regelen dat de bestuursorganen van de landen die partij zijn bij deze verdragen, onderling brieven en besluiten kunnen betekenen. Ook regelen deze verdragen het uitwisselen van informatie tussen lidstaten, maar jammer genoeg zijn zij slechts door weinig landen geratificeerd (ook door Nederland zijn deze verdragen niet geratificeerd).⁷¹

2.3.2 Samenwerking buiten Europa

Op internationaal vlak (dat wil zeggen: buiten de EU) weten nationale mededingingsautoriteiten elkaar ook te vinden in de samenwerking. ACM is lid van het *International Competition Network*, een informeel netwerk dat tot doel heeft de effectieve internationale samenwerking tussen mededingingsautoriteiten wereldwijd te faciliteren.⁷² Hoewel dit netwerk in de praktijk zeer nuttig blijkt voor het delen van *best practices* bij het streven naar procedurele en materiële uniformiteit in de aanpak van kartels of het beoordelen van concentraties,⁷³ bestaat er voor de leden van dit netwerk geen basis om informatie te delen of elkaar om bijstand te verzoeken bij onderzoeken. Hoewel veel landen zelf een met artikel 7 Iw vergelijkbare bepaling zullen hebben die het uitwisselen van informatie met buitenlandse diensten mogelijk maakt, is het ontbreken van een algemene internationale regeling wat ons betreft een gemis.⁷⁴ Wij onderstrepen dan ook de aanbevelingen die het OECD recentelijk nog heeft gedaan in het licht van internationale samenwerking in mededingingszaken.⁷⁵ De voorstellen van de OECD omvatten onder andere een raamwerk voor het uitwisselen van informatie zonder toestemming van degene van wie die informatie afkomstig is en voor het verlenen van bijstand bij het onderzoeken van potentiële overtredingen. Met name het raamwerk inzake het coördineren van parallelle onderzoeken naar dezelfde overtredingen is interessant, gelet

69 Raad van Europa, Straatsburg, 24 november 1997.

70 Raad van Europa, Straatsburg, 15 maart 1978.

71 Zie voor een uitgebreide behandeling van de verdragen: O. Jansen, 'The systems of International Cooperation in Administrative and Criminal Matters in Relation to Regulation EC 1/2003', in: G. Dannecker & O. Jansen (eds.), *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International 2004, p. 257-304.

72 Zie het ICN *Operation Framework* van 13 februari 2012 te vinden via: www.internationalcompetitionnetwork.org.

73 ICN Statement of Achievements 2001-2013, gepresenteerd tijdens de 12de jaarlijkse conferentie van het ICN.

74 Art. 7, derde lid, aanhef en onder b, Instellingswet bepaalt: 'In afwijking van het eerste lid is de Autoriteit Consument en Markt bevoegd gegevens of inlichtingen te verstrekken aan: een buitenlandse instelling, indien het gaat om gegevens of inlichtingen die van betekenis zijn of kunnen zijn voor de uitoefening van de taak van die buitenlandse instelling en die buitenlandse instelling op grond van nationale wettelijke regels is belast met de toepassing van regels op dezelfde gebieden als waarop de taken, bedoeld in artikel 2, tweede lid, betrekking hebben.'

75 Recommendation of the OECD Council concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings, [C(2014)108].

op het in paragraaf 2.2.2 beschreven risico op *ne bis in idem*, dat in grensoverschrijdende zaken op de loer ligt.

Buiten 'ICN-verband' zijn er talloze bilaterale afspraken over het samenwerken in (grensoverschrijdende) mededingingszaken. Met name de Europese Commissie is partij bij dergelijke afspraken.⁷⁶ Voor Nederland zal de noodzaak daartoe minder urgent zijn, gezien het feit dat kartelzaken met een grote internationale component in de praktijk vaak door de Europese Commissie zullen worden opgepakt, omdat deze voor een groot deel van de EU gevolgen hebben.

2.4 Effectuering van sancties

Dat ACM in de toepassing van zowel de nationale als Europese mededingingsregels al snel over de grens bestuurlijke boetes kan opleggen, hebben wij hiervoor toegelicht. Zoals wij in het algemene deel van dit preadvies reeds bespraken, zijn de bestuursrechtelijke mogelijkheden om betaling af te dwingen wanneer boetes niet worden betaald, echter beperkt. Voor de vraag hoe dit aspect van handhaving het beste kan worden aangepakt, verwijzen wij naar onze aanbevelingen (specifiek aanbeveling IV) onder aan dit preadvies. Ten aanzien van het mededingingsrecht is wel van belang om te wijzen op het volgende.

ACM adresseert haar beschikkingen voor overtreding van de mededingingsregels aan rechtspersonen die tezamen een onderneming of economische eenheid vormen.⁷⁷ Ter illustratie: ACM legt een bestuurlijke boete op aan ondernemingen A, B en C voor overtreding van het kartelverbod, ieder voor één miljoen euro. Onderneming A bestaat uit dochter A1, een vennootschap naar Nederlands recht en moeder A2, een vennootschap naar Frans recht. In de beschikking wordt A verantwoordelijk gehouden voor de overtreding en geldt de sanctie van één miljoen euro voor A1 en A2 beide. Zij zijn hiervoor hoofdelijk aansprakelijk en kunnen voor elkaar bevrijdend betalen, waarna de betalende vennootschap civielrechtelijk een recht op regres heeft op de ander. De mogelijkheid om betaling bij de Nederlandse entiteit van de onderneming af te dwingen (die het vervolgens verhaalt op de rest), voorkomt dat buitenlandse entiteiten binnen de onderneming aan de betaling van boetes ontsnappen. Deze wijze van boeteoplegging sluit overigens naadloos aan op de wijze waarop de Europese Commissie dat doet in mededingingszaken.

2.5 Afsluitende opmerkingen

Het mededingingsrecht kent als het gaat om rechtsmacht een aantal bijzonderheden. Meest opvallend is ons inziens toch wel het feit dat ACM als Nederlandse toezichthouder in grensoverschrijdende zaken als hoeder van economieën en

76 Er bestaan op Europees niveau onder meer afspraken met de VS, Canada, Japan, Zuid-Korea en China. Deze kunnen worden geraadpleegd via: <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral>.

77 Zie par. 2.1.3, de passages over de economische eenheid-benadering.

markten in andere lidstaten kan optreden en in dat kader sancties kan opleggen. Opvallend is ook dat in de rechtspraak een tendens kan worden gesignaleerd die inhoudt dat in bepaalde gevallen effecten buiten het nationale of zelfs Europese grondgebied bij het sanctioneren worden meegewogen. Wat ons betreft, pleit dit voor een breder kader om internationaal samen te werken met andere mededingingsautoriteiten.⁷⁸ Dit is ons inziens niet alleen van economisch of juridisch belang. Grensoverschrijdende mededingingszaken kennen vaak ook een politieke component. Staten kunnen mededingingsregels aanwenden, niet alleen om normen en waarden te exporteren naar andere landen ter bestrijding van mondiale economische problemen, maar ook om eigen nationale markten (en daarmee belangen) te beschermen.⁷⁹ Een aansprekend voorbeeld is de zaak *Pilkington*,⁸⁰ waar de VS jegens een Engelse onderneming haar mededingingsregels aanwendde omdat deze onder meer de Japanse markt voor vlakglas voor Amerikaanse bedrijven afschermd. Een interessant voorbeeld, wat ons betreft, van het grensverleggend toepassen van grensoverschrijdende regels.

78 Zie daarvoor de aanbevelingen verderop in dit preadvies.

79 Zie ook de recente speech van Jorge Padilla tijdens het Global Competition Review IP & Antitrust congres van 16 juni 2016: 'By using competition policy strategically, these authorities are actually risking not only competition in domestic markets but also in supranational markets.'

80 Verenigde Staten v. *Pilkington PLC*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70,842 (D. Ariz 1994).

3 Rechtsmacht in het consumentenrecht

In het algemene gedeelte van dit preadvies merkten wij al op dat mede door de toenemende digitalisering en globalisering de internationale handel een vlucht heeft genomen. Het aantal consumenten dat online aankopen doet in plaats van in een winkel, is enorm toegenomen. De digitalisering van onze samenleving maakt het steeds makkelijker om producten online te bestellen. Ook het bestellen van producten in het buitenland wordt steeds eenvoudiger. In 2011 constateerde de Europese Commissie echter dat vergeleken met de significante groei van de binnenlandse verkoop op afstand, de grensoverschrijdende verkoop op afstand achterbleef.⁸¹ En dat terwijl deze grensoverschrijdende verkoop op afstand toch een van de voornaamste zichtbare resultaten van de interne markt zou moeten zijn.⁸² In een onderzoek van Eurostat uit 2014⁸³ gaf slechts 15% van de consumenten aan online iets uit een ander EU-land te hebben gekocht, terwijl 44% dit wel in het eigen land had gedaan. Het vertrouwen dat consumenten hebben in aankopen via een handelaar die zich in een andere lidstaat bevindt, blijft ver achter bij het vertrouwen dat consumenten hebben in aankopen via internet bij een handelaar uit hun eigen land.⁸⁴ Ook het percentage (detail)handelaren dat zijn producten aanbiedt aan consumenten buiten de eigen landsgrenzen (12%), blijft achter bij de handelaren die alleen online verkopen aan consumenten in hun eigen land (37%).

Als belangrijke oorzaak voor het achterblijven van deze grensoverschrijdende verkoop op afstand zag de Europese Commissie de uiteenlopende nationale regels op het gebied van consumentenbescherming waarmee het bedrijfsleven werd geconfronteerd. Met de Richtlijn Consumentenrechten heeft de Europese Commissie deze drempel verder willen wegnemen: de richtlijn biedt volledig geharmoniseerde regels op het gebied van consumenteninformatie en het herroepingsrecht

81 Met verkoop op afstand wordt bedoeld verkopen die leiden tot een overeenkomst tussen een handelaar en een consument (...) zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van handelaar en consument en waarbij, tot (...) van het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten, uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een of meer middelen voor communicatie op afstand (zie art. 2, zevende lid, Richtlijn 2011/83/EU).

82 Richtlijn 2011/83/EU, overweging 5.

83 Eurostat-enquête over het gebruik van ICT in huishoudens en door individuen (2014), *isoc_ec_ibuy*.

84 Uit de Consumer Scorecard 2015 (zie: http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/consumer_scoreboards/11_edition/index_en.htm) blijkt dat consumenten meer vertrouwen hebben in aankopen via internet bij een handelaar uit het eigen land (61%) dan in aankopen in een andere lidstaat (38%).

voor verkopen op afstand en buiten de verkoopruimte.⁸⁵ Deze richtlijn is in 2014 geïmplementeerd in Boek 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek. Eerder werden ook al richtlijnen vastgesteld op het gebied van de vermelding van prijzen,⁸⁶ e-commerce,⁸⁷ garanties,⁸⁸ timeshare,⁸⁹ pakketreizen,⁹⁰ oneerlijke handelspraktijken⁹¹ en misleidende en vergelijkende reclame.⁹²

Ook verbeterde grensoverschrijdende handhaving en minder benadeling van de consument zouden volgens de Europese Commissie het consumentenvertrouwen moeten verbeteren en zo moeten zorgen voor een toename in grensoverschrijdende digitale transacties.⁹³ Zoals wij hierna zullen zien, is voor handhaving van de hiervoor genoemde consumentenregels (althans zoals omgezet in het nationale recht van de lidstaten) een stelsel opgezet voor samenwerking tussen verantwoordelijke autoriteiten.⁹⁴ Binnen dit stelsel zijn nationale autoriteiten bevoegd om op te treden tegen grensoverschrijdende inbreuken (Verordening 2006/2004 noemt deze ‘intracommunautaire’ inbreuken) en informatie te verzamelen voor en te verstrekken aan autoriteiten uit een andere lidstaat. Alvorens nader op dit handhavingssysteem in te gaan, staan wij eerst stil bij de (extraterritoriale) reikwijdte van enkele van deze normen.

3.1 Reikwijdte van de normen

De hiervoor genoemde richtlijnen ter bescherming van de consument vormen slechts enkele voorbeelden van de 21 richtlijnen en verordeningen (ook wel het *acquis* genoemd) die zijn opgenomen binnen het stelsel van samenwerking tussen bevoegde (consumenten)autoriteiten.⁹⁵ Deze 21 richtlijnen en verordeningen bevatten elk weer een veelheid van normen. Het is voor dit preadvies weinig zinvol om voor al deze normen nader in te gaan op de reikwijdte ervan, laat staan dat dit plezierig is voor de lezer. Wij lichten daarom één belangrijke richtlijn uit het

85 Ibid.

86 Richtlijn 98/6/EU betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten.

87 Richtlijn 2000/31/EU, betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (‘Richtlijn inzake elektronische handel’).

88 Richtlijn 1999/44/EG, betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

89 Richtlijn 2008/122/EG, betreffende de bescherming van de consumenten met betrekking tot bepaalde aspecten van overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling.

90 Richtlijn 90/314/EEG, betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten.

91 Richtlijn 2005/29/EG, betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.

92 Richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame.

93 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad ter beoordeling van de doeltreffendheid van Verordening (EG) nr. 2006/2004, COM (2016) 284 final.

94 Verordening 2006/2004, betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming.

95 Deze 21 richtlijnen en verordeningen zijn opgenomen als bijlage bij Verordening 2006/2004.

acquis en gaan nader in op enkele normen uit deze richtlijn. Voor veel van de overige richtlijnen uit het *acquis* geldt echter een vergelijkbare reikwijdte.⁹⁶

3.1.1 Een voorbeeld: informatieverplichtingen en herroepingsrecht uit de Richtlijn Consumentenrechten (2011/83)

De Richtlijn Consumentenrechten bevat geharmoniseerde regels voor overeenkomsten die worden gesloten tussen consumenten en handelaren.⁹⁷ Deze regels zien onder meer op de informatie die de handelaar aan de consument moet verstrekken voordat de overeenkomst wordt gesloten (de zogenoemde informatieverplichtingen) en het herroepingsrecht (mogelijkheid om de overeenkomst binnen de bedenktijd te ontbinden). Er gelden verschillende regimes voor overeenkomsten die binnen en overeenkomsten die buiten de verkooppriimte (of op afstand) zijn gesloten.⁹⁸ Wij gaan hieronder nader in op de reikwijdte van enkele bepalingen van deze richtlijn.

Artikel 6, eerste lid luidt voor zover hier van belang:

‘Voordat de consument door een overeenkomst op afstand of een buiten verkooppriimten gesloten overeenkomst, dan wel een daarmee overeenstemmend aanbod daartoe is gebonden, verstrekt de handelaar de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze de volgende informatie: (...)’⁹⁹

De definitie van het begrip *handelaar* is zeer breed¹⁰⁰ en niet beperkt tot handelaren die gevestigd zijn binnen de EU:

‘(...) iedere natuurlijke persoon of iedere rechtspersoon, ongeacht of deze privaot of publiek is, die met betrekking tot onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt, mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt, in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit; (...)’¹⁰¹

96 De informatieverplichting uit Richtlijn 2000/31/EU is bijvoorbeeld van toepassing op dienstverleners, welk begrip een vergelijkbare brede definitie kent als het begrip *handelaar*. In Richtlijn 98/6/EU worden de verplichtingen inzake prijsaanduiding opgelegd aan de *verkoper*. Ook dit is een zeer breed gedefinieerd begrip. Richtlijn 1999/44/EG richt zich tot de verkoper, producent en importeur van consumptiegoederen. Richtlijnen 2008/122/EG, 2006/114/EG en 2005/29/EG leggen ook verplichtingen op aan de *handelaar*. Richtlijn 90/314/EEG richt zich tot de *organisator* of *doorverkoper* van pakketreizen.

97 Art. 4 van de Richtlijn 2011/83/EU bepaalt: ‘De lidstaten behouden in hun nationale wetgeving geen bepalingen die afwijken van de bepalingen opgenomen in deze richtlijn, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming waarborgen, of voeren dergelijke bepalingen niet in, tenzij in deze richtlijn anders is bepaald.’

98 Met verkooppriimte wordt bedoeld: iedere onverplaatsbare ruimte voor detailhandel waar de handelaar op permanente basis zijn activiteiten uitvoert of iedere verplaatsbare ruimte voor detailhandel waar de handelaar gewoonlijk zijn activiteiten uitvoert.

99 Een gelijklopende tekst is opgenomen in art. 6:230l BW.

100 HvJ EU 3 oktober 2013, zaak C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634 (BKK Mobil Oil), r.o. 32.

101 Zie art. 2, tweede lid, Richtlijn 2011/83/EU en het gelijklopende art. 6:230g, onder b, BW.

Ook voor het herroepingsrecht dat in artikel 9 van de Richtlijn Consumentenrechten is opgenomen, geldt een dergelijke brede toepassing van de norm.¹⁰² Deze bepaling geeft de consument die een overeenkomst op afstand (bijvoorbeeld via internet) of buiten de verkoopprijsruimte (bijvoorbeeld op straat) heeft gesloten, het recht om over een termijn van veertien dagen de overeenkomst zonder opgave van reden te ontbinden. Ook hier gaat het, gezien de definitie van overeenkomst op afstand, weer om een overeenkomst tussen een handelaar en een consument.

In beginsel zal iedere handelaar die zijn diensten of producten aanbiedt aan consumenten binnen de EU, zich moeten houden aan de (in de nationale wetgeving van de lidstaten geïmplementeerde) normen uit de richtlijn. In overweging 57 van de Richtlijn Consumentenrechten benadrukt de Europese wetgever, onder verwijzing naar Verordening Rome I,¹⁰³ dat de consument de door deze richtlijn geboden bescherming niet kan worden onthouden. Zoals wij in het algemene deel van dit preadvies hebben toegelicht, bevat Verordening Rome I zogenoemde conflictregels die regelen welk recht van toepassing is op een rechtsbetrekking. De Verordening Rome I bevat specifieke regels voor de consumentenovereenkomst. Uit artikel 6 van de Verordening Rome I volgt dat een overeenkomst tussen een verkoper (een persoon die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep) en een consument wordt beheerst door het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft.¹⁰⁴ Voorwaarde is wel dat de handelaar zijn activiteit ontplooit in de lidstaat waar de consument zijn woonplaats heeft of zich richt op de lidstaat waar de consument woont. Uit punt 24 van de preambule blijkt dat het feit dat een internetsite toegankelijk is, op zichzelf niet voldoende is om aan te nemen dat de verkoper zich richt op de lidstaat waar de consument woont; noodzakelijk is dat de consument op die site gevraagd wordt overeenkomsten op afstand te sluiten en dat er inderdaad een dergelijke overeenkomst gesloten is, ongeacht de middelen die daartoe zijn gebruikt. Of er sprake is van zo'n 'gerichte activiteit' van de verkoper (of handelaar), moet worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Ook het Hof heeft bij handel via internetsites overwogen dat de enkele toegankelijkheid onvoldoende is om te spreken van een 'gerichte activiteit'. Relevante omstandigheden zijn volgens het Hof het internationale karakter van de activiteit, de routebeschrijvingen vanuit andere lidstaten, de munteenheid of taal indien deze afwijkt van wat gebruikelijk is in de lidstaat van de handelaar, telefoonnummer, reclame in zoekmachines, het gebruik van een andere topleveldomeinnaam (bijv. .nl of .de) dan die van de lidstaat waar de ondernemer gevestigd is en een eventuele verwijzing naar internationale clientèle.¹⁰⁵ Dit betekent dat Nederlandse consumenten die in het buitenland aankopen doen, een beroep kunnen doen op dwingendrechtelijke bepalingen uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek wanneer

102 Dit artikel is geïmplementeerd in art. 6:2300, eerste lid, BW.

103 Verordening (EG) 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).

104 Rechtskeuze is overigens niet uitgesloten voor consumentenovereenkomsten, maar mag er volgens art. 6, tweede lid van de Verordening niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de dwingendrechtelijke bepalingen van het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft.

105 HvJ EU 7 december 2010, gevoegde zaken C-585/08 (Pammer/Schlüter) en C-144/09 (Alpenhof/Heller), ECLI:EU:C:2010:740.

de handelaar zich (mede) richt op Nederland. Het voorgaande geldt overigens niet voor een aantal bijzondere overeenkomsten, als vervoerovereenkomsten, pakketreizen, onroerend goed, huur, financiële instrumenten en verzekeringen (zie art. 6, vierde lid, Verordening Rome I).

Voorbeeld: Een Nederlandse consument koopt via een website bij een Spaanse onderneming een paar sloffen. Het Spaanse bedrijf heeft een Nederlandstalige website die via de hyperlink: www.despaanseslof.nl te bereiken is. Op de website staat ook een Nederlands telefoonnummer waarmee de klantenservice te bereiken is. Er is weinig twijfel of de Spaanse onderneming zich (mede) richt op Nederlandse consumenten. Conform artikel 6 van de Verordening Rome I zal het Nederlandse consumentenrecht van toepassing zijn op de overeenkomst tussen deze onderneming en de Nederlandse consument.

3.2 Handhaving

3.2.1 Verordening 2006/2004

Voor de aanpak van grensoverschrijdende inbreuken op het gebied van consumentenbescherming is Verordening 2006/2004 vastgesteld.¹⁰⁶ Het doel van deze verordening is dan ook de samenwerking tussen overheidsinstanties die verantwoordelijk zijn voor de grensoverschrijdende handhaving van consumentenwetgeving te bevorderen en daarmee te komen tot betere en consequentere handhaving van de consumentenwetgeving. Dit alles uiteindelijk uiteraard met als doel bij te dragen aan een betere werking van de interne markt.¹⁰⁷ De verordening beoogt deze doelstellingen te bereiken door een samenwerkingskader voor de nationale handhavingsautoriteiten te geven. Wij zullen hierna ingaan op de belangrijkste onderdelen van dit samenwerkingskader: de nationale bevoegde autoriteiten (par. 3.2.2), het verbindingsbureau (par. 3.2.3), informatie-uitwisseling (par. 3.2.4) en handhaving op verzoek (par. 3.2.5). Daarna zullen we ingaan op de werking van de verordening in de praktijk (par. 3.2.6) en de voorstellen van de Europese Commissie om de verordening aan te passen (par. 3.2.7).

3.2.2 Bevoegde autoriteiten

Verordening 2006/2004 vereist dat iedere lidstaat de bevoegde autoriteiten aanwijst.¹⁰⁸ Onder bevoegde autoriteiten verstaat de verordening de overheidsinstanties die belast zijn met de handhaving van de richtlijnen die genoemd staan in de bijlage bij de verordening (althans zoals die zijn omgezet in de nationale wetgeving van de lidstaten). Voor een deel van die wetgeving was in Nederland

¹⁰⁶ Verordening 2006/2004, betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming.

¹⁰⁷ Zie preambule punt 3 en art. 1 van Verordening 2006/2004.

¹⁰⁸ Art. 4, eerste lid, Verordening 2006/2004.

reeds een bestaande instantie belast met de handhaving (bijv. de stichting Autoriteit Financiële Markten, de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit en het Commissariaat voor de Media), maar voor het algemene consumentenrecht bestond een dergelijke instantie nog niet. De komst van Verordening 2006/2004 is daarom ook het startschot geweest voor het opstellen van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) en daarmee voor de oprichting van de toenmalige Consumentenautoriteit (thans ACM). Hoewel de verordening strikt genomen alleen de verplichting in het leven roept om bevoegde autoriteiten aan te wijzen die zijn belast met de verplichtingen die de verordening schept bij grensoverschrijdende inbreuken (intracommunautaire inbreuken), heeft de Nederlandse wetgever deze gelegenheid te baat genomen om een toezichthouder op te richten die ook belast is met de nationale handhaving van het algemene consumentenrecht. In eerste instantie heeft de wetgever daarbij gekozen voor een duaal stelsel waarbij zowel bestuursrechtelijke handhaving, als handhaving via de civiele rechter (verzoekschriftprocedure bij het Gerechtshof Den Haag) mogelijk was.¹⁰⁹ Met de Stroomlijningswet ACM¹¹⁰ is dit duale stelsel van toezicht op 1 augustus 2014 afgeschaft, tezamen met het duale stelsel van handhaving (bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving) uit de Telecommunicatiewet.¹¹¹

In Nederland is ACM via de Whc belast met het nationale toezicht op de naleving van de in de bijlage bij die wet opgenomen wettelijke bepalingen.¹¹² Daarnaast is ACM via de Whc ook aangewezen als bevoegde instantie ten aanzien van intracommunautaire inbreuken van dezelfde wettelijke bepalingen.¹¹³ Het begrip intracommunautaire inbreuk is afkomstig uit Verordening 2006/2004 en de Whc verwijst voor de definitie van dit begrip dan ook naar deze verordening. Onder communautaire inbreuk moet het volgende worden verstaan:¹¹⁴

‘(...) elke handeling of omissie die in strijd is met de wetgeving ter bescherming van de belangen van de consument en die schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten die woonachtig zijn in een andere lidstaat of in andere lidstaten dan de lidstaat waar de handeling of omissie haar oorsprong vond of plaatshad, waar de verantwoordelijke verkoper of dienstverlener gevestigd is, of waar bewijsmateriaal of vermogensbestanddelen met betrekking tot de handeling of omissie gevonden kunnen worden.’

Een communautaire inbreuk is dus eigenlijk elke inbreuk die tot stand komt in de ene lidstaat en schade toebrengt aan consumenten in een andere lidstaat. Volgens de wetgever¹¹⁵ volgt uit deze brede definitie van communautaire inbreuk dat de Nederlandse bevoegde autoriteiten (voor algemeen consumentenrecht is dat ACM)

109 Kamerstukken II 2005/06, 30411, 3, p. 30.

110 Stb. 2014, 247.

111 Kamerstukken II 2012/13, 33622, 3, p. 16.

112 Zie art. 2.2 Whc. Van de bevoegdheid van ACM zijn financiële diensten overigens uitgezonderd.

113 Zie art. 2.3, tweede lid, Whc. Ook hier zijn financiële diensten van de bevoegdheid van ACM uitgezonderd.

114 Zie art. 3, onder b, Verordening 2006/2004.

115 Kamerstukken II 2005/06, 30411, 3, p. 9.

bevoegd zijn om tegen intracommunautaire inbreuken op te treden indien de consumenten die schade lijden zich weliswaar in een andere lidstaat bevinden, maar:

- a. de inbreuk haar oorsprong vindt in Nederland, of
- b. het bedrijf of de dienstverlener die de inbreuk pleegt in Nederland een vestiging heeft, of
- c. bewijsmiddelen of vermogensbestanddelen met betrekking tot de inbreuk zich in Nederland bevinden.

Volgens de wetgever is de definitie van ‘intracommunautaire inbreuk’ in de verordening¹¹⁶ overigens zo ruim dat hieruit zou kunnen worden afgeleid dat een Nederlandse bevoegde autoriteit ook kan optreden tegen een intracommunautaire inbreuk begaan door een Spaans bedrijf gericht tegen Ierse consumenten, waarbij Nederland op geen enkele wijze is betrokken.¹¹⁷ Het kan volgens de wetgever echter redelijkerwijs niet de bedoeling van de verordening zijn dat Nederlandse bevoegde autoriteiten tegen dergelijke intracommunautaire inbreuken zouden moeten kunnen optreden. Naar het oordeel van de Whc dan ook geen bevoegdheid tot handhaving voor Nederlandse bevoegde autoriteiten in een dergelijke situatie.¹¹⁸ Dit lijkt ons een juiste benadering, gezien onze constatering in het eerste deel van dit preadvies dat extraterritoriale regelgeving die zich richt op gedrag dat geen enkele (territoriale) connectie heeft met de regelgevende staat, over het algemeen niet wordt geaccepteerd in het volkenrecht. Daar kan tegenover worden gesteld dat de nationale bevoegde instanties gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor de toepassing en handhaving van het Europese consumentenrecht op het grondgebied van de EU en zich bij de handhaving van deze regels zouden moeten richten op het Europese territorium en niet slechts op het eigen territorium.

3.2.3 Verbindingsbureau

Naast de verplichting om bevoegde autoriteiten aan te wijzen vereist Verordening 2006/2004 ook dat iedere lidstaat een zogenoemd ‘verbindingsbureau’ aanwijst. Het verbindingsbureau is een overheidsorganisatie die is belast met de coördinatie van de toepassing van Verordening 2006/2004 binnen de lidstaat.¹¹⁹ Verzoeken om wederzijdse bijstand (zie par. 3.2.4 en 3.2.5) afkomstig van een verzoekende (buitenlandse) instantie kunnen worden ingediend bij het verbindingsbureau. Vervolgens zal het verbindingsbureau zorg dragen voor de doorzending naar de bevoegde autoriteit. Ook verzoeken van andere autoriteiten aan bevoegde autoriteiten in het buitenland verlopen via het verbindingsbureau.¹²⁰ De Europese Commissie publiceert een lijst waarop per lidstaat is aangegeven welke bevoegde

116 Verordening 2006/2004: betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming. Met de Whc wordt (voor zover nodig) invulling gegeven aan de verplichtingen die voortvloeien uit deze Verordening.

117 Kamerstukken II 2005/06, 30411, 3, p. 9.

118 Kamerstukken II 2005/06, 30411, 3, p. 9.

119 Zie art. 3, onder d, Verordening 2006/2004.

120 Art. 12 Verordening 2006/2004.

autoriteiten er zijn en welke instantie als verbindingsbureau is aangewezen.¹²¹ In Nederland is ACM aangewezen als verbindingsbureau.¹²²

De verschillende bevoegde instanties en verbindingsbureaus vormen tezamen het zogenoemde CPC (Consumer Protection Cooperation) netwerk. Dit netwerk voert ook regelmatig gezamenlijk onderzoeken uit naar websites; deze zogenoemde online sweeps zijn erop gericht om vast te stellen of een bepaalde sector zich aan de regels op het gebied van consumentenbescherming houdt.¹²³

Hierna zullen wij ingaan op de mogelijkheden die Verordening 2006/2004 bevoegde instanties biedt om samen te werken wanneer wordt opgetreden tegen intracommunautaire inbreuken: het uitwisselen van informatie en handhaving op verzoek.

3.2.4 Informatie-uitwisseling

In het algemene deel van dit preadvies constateerden wij dat een toezichthouder zijn toezichtsbevoegdheden in beginsel niet buiten de eigen staat mag inzetten.¹²⁴ Een dergelijke grensoverschrijdende inzet van toezichtsbevoegdheden zal inbreuk maken op de soevereiniteit van de staat waar deze bevoegdheden worden ingezet en in strijd zijn met het territorialiteitsbeginsel. Dat zal alleen anders zijn wanneer de staat waarin de toezichthouder zijn bevoegdheden inzet, daar toestemming voor heeft gegeven. Wanneer een dergelijke toestemming ontbreekt, ligt het voor de hand dat de hulp wordt ingeschakeld van de bevoegde instantie in de betreffende staat. Dat een bevoegde instantie in een andere staat niet altijd bereid is om de informatie voor een andere toezichthouder te verzamelen, zagen wij ook al in het eerste deel van dit preadvies.¹²⁵ Om te voorkomen dat binnen de Europese Unie dergelijke situaties ontstaan bij de handhaving van het consumentenrecht, is in Verordening 2006/2004 een verplichting opgenomen voor bevoegde autoriteiten om op verzoek gegevens met elkaar uit te wisselen. Deze verplichting strekt zich uit tot informatie die nodig is om vast te stellen of er een intracommunautaire inbreuk heeft plaatsgevonden of kon plaatsvinden.¹²⁶

Wanneer een bevoegde instantie een verzoek om informatie doet aan een instantie in een andere lidstaat, moet de aangezochte instantie passend onderzoek verrichten of passende maatregelen nemen om de gevraagde informatie te verzamelen.¹²⁷ De aangezochte instantie zal voor het verzamelen van de informatie gebruik moeten maken van de bevoegdheden die zij daartoe op grond van het nationale recht

121 Publicatieblad van de EU, 23 januari 2015 (C-23).

122 Zie art. 2.3, eerste lid, Whc.

123 Zie http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/cross-border_enforcement_cooperation/index_en.htm.

124 Zie ook par. 2.3.

125 Zie de in par. 3.4.2 van het eerste deel van dit preadvies behandelde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:109.

126 Art. 6 Verordening 2006/2004.

127 Art. 6, tweede lid, Verordening 2006/2004.

heeft. Wel noemt Verordening 2006/2004 de minimale bevoegdheden waarover de bevoegde instanties moeten beschikken om effectief te kunnen optreden.¹²⁸ In het geval van ACM zijn de toezichtsbevoegdheden opgenomen in titel 5.2 van de Awb en de Instellingswet ACM.¹²⁹ Indien de aangezochte instantie niet over toereikende bevoegdheden beschikt om de informatie te verzamelen, schakelt zij daarvoor zo nodig de hulp van andere overheidsinstanties in.¹³⁰ De aangezochte instantie kan zich er overigens niet met een jantje-van-leiden vanaf maken. Zij moet zich inspannen om deze verplichting na te komen alsof zij handelt namens consumenten in eigen land of sprake zou zijn van een verzoek van een bevoegde autoriteit uit eigen land.¹³¹ Ook uit het beginsel van loyale samenwerking¹³² volgt overigens de verplichting voor lidstaten om elkaar te steunen bij de uitvoer van de taken die uit het Unierecht voortvloeien.¹³³

Als een toezichthouder zich ervan wil vergewissen dat de juiste informatie wordt verzameld, kan hij ambtenaren van de aangezochte instantie vergezellen bij hun onderzoek.¹³⁴ In Nederland biedt artikel 5:15 Awb toezichthouders de mogelijkheid om zich bij het betreden van plaatsen te laten vergezellen door toezichthoudende ambtenaren uit een andere lidstaat.¹³⁵ Hoewel de toezichthoudende ambtenaren hun bevoegdheden niet mogen inzetten in een andere lidstaat, kunnen zij tijdens een onderzoek, bijvoorbeeld een controle op locatie, wel (via de bevoegde ambtenaren) het onderzoek in de juiste richting sturen. De verzoekende toezichthouder zal immers de inhoudelijke expertise hebben waar het gaat om het doel en voorwerp van onderzoek, alsmede de in het nationale recht geïmplementeerde regels die vermoedelijk worden overtreden.

Om de informatie-uitwisseling in de praktijk te stroomlijnen heeft de Commissie bij beschikking regels opgesteld waaraan verzoeken om informatie minimaal moeten voldoen.¹³⁶ In algemene zin geldt de verplichting om alle beschikbare informatie die voor andere bevoegde autoriteiten nuttig kan zijn om op doeltreffende wijze aan dit verzoek te voldoen, te verstrekken. Dit betreft ten minste de volgende informatie:

- de aard van de intracommunautaire inbreuk en de juridische grondslag daarvan;
- voldoende gegevens om vast te kunnen stellen naar welke handelwijze of praktijk onderzoek wordt gedaan;
- om wat voor informatie wordt verzocht.

¹²⁸ Art. 4, zesde lid, Verordening 2006/2004.

¹²⁹ De belangrijkste bevoegdheden zijn in dit verband de bevoegdheid om plaatsen te betreden (art. 5:15 Awb), woningen te betreden (art. 12c Instellingswet ACM), inlichtingen te vorderen (art. 5:16 Awb), inzage te vorderen en gegevens en bescheiden te kopiëren (art. 5:17 Awb).

¹³⁰ Art. 6, tweede lid, Verordening 2006/2004.

¹³¹ Art. 11 Verordening 2006/2004.

¹³² Art. 4, derde lid, VEU.

¹³³ Zie meer uitgebreid: R.J.G.M. Widdershoven, 'Acting apart together. Loyale samenwerking tussen bestuurlijke instanties en de positie van de burger', SEW 2015, nr. 11, p. 561-565.

¹³⁴ Art. 6, derde lid, Verordening 2006/2004.

¹³⁵ Zie ook P. Boswijk, O.J.D.M.L. Jansen & R.J.G.M. Widdershoven, *Transnationale samenwerking tussen toezichthouders in Europa*, Den Haag: WODC 2008, p. 122.

¹³⁶ Beschikking van de Commissie van 22 december 2006 ter uitvoering van Verordening 2006/2004 (2007/76/EG).

In dezelfde beschikking heeft de Commissie regels gesteld over de termijn waarbinnen de verzochte informatie moet worden aangeleverd. De hoofdregel is dat per geval tussen de bevoegde autoriteiten overeengekomen wordt binnen welke termijn de gevraagde informatie zal worden aangeleverd. Indien geen overeenstemming kan worden bereikt, geldt de volgende regel: binnen veertien dagen wordt alle beschikbare informatie verstrekt met daarbij de geplande onderzoeks- en handhavingsmaatregelen (inclusief de termijnen). Vervolgens stelt de aangezochte instantie de verzoekende instantie regelmatig op de hoogte van de vorderingen van het onderzoek, totdat de informatie volledig is verstrekt of de overtreding is gestaakt.

3.2.5 Handhaving op verzoek

Zoals we hiervoor zagen, kan een bevoegde autoriteit uit de ene lidstaat een bevoegde autoriteit uit een andere lidstaat vragen om informatie voor haar te verzamelen om vast te kunnen stellen of sprake is van een (grensoverschrijdende) inbreuk. Zij kan vervolgens besluiten om zelf handhavend op te treden, maar de vraag is of dit altijd de meest effectieve route is. Zeker gezien de in het eerste deel van dit preadvies genoemde complicaties die bestaan bij de effectuering van handhavingsmaatregelen in een andere lidstaat. Daarom bevat de verordening nog een belangrijk ander instrument: handhaving op verzoek.

Voorbeeld: Een Duits bedrijf biedt in Nederland producten aan op een agressieve en misleidende wijze. Een dergelijke handelswijze is in Nederland niet toegestaan op grond van artikelen 6:193c en 6:193h BW (deze artikelen vormen de implementatie van een van de richtlijnen in de bijlage van Verordening 2006/2004). Het gedrag van deze handelaar veroorzaakt bovendien schade voor consumenten. ACM, die is belast met de handhaving van deze regels, zal de Duitse autoriteit moeten verzoeken om de informatie voor haar te verzamelen die nodig is om de inbreuk vast te kunnen stellen. Vervolgens staat ACM voor een keus: (1) zelf handhavend optreden tegen de Duitse handelaar, of (2) de Duitse bevoegde autoriteit verzoeken om de overtreding voor haar te doen staken.

Wanneer ACM in het voorbeeld hierboven ervoor kiest om de Duitse bevoegde autoriteit te verzoeken om handhavend op te treden, dan zal deze op grond van artikel 8 van Verordening 2006/2004 alle nodige handhavingsmaatregelen moeten nemen om de overtreding onverwijld te beëindigen. De bevoegde autoriteiten moeten in ieder geval beschikken over een aantal daarvoor vereiste opsporings- en handhavingsbevoegdheden, zoals vastgelegd in artikel 4, zesde lid, Verordening 2006/2004.¹³⁷ Daarnaast kunnen de autoriteiten gebruikmaken van

¹³⁷ Bevoegdheden die daar worden genoemd, zijn onder te verdelen in onderzoeksbevoegdheden en handhavingsbevoegdheden. De onderzoeksbevoegdheden omvatten: het toegang kunnen krijgen tot elk relevant document, het van elk persoon kunnen eisen van relevante informatie, het kunnen uitvoeren van inspecties ter plaatse. De handhavingsbevoegdheden omvatten: het schriftelijk verzoeken van de betrokken handelaar om de inbreuk te beëindigen, het van de handelaar verkrijgen van een toezegging dat de inbreuk zal worden beëindigd, het eisen van de

andere op grond van het nationale recht toegekende bevoegdheden. Wanneer in dit voorbeeld de Duitse autoriteit handhavend optreedt, zal zij het in Nederland geïmplementeerde recht uit de richtlijnen in de bijlage bij de verordening moeten toepassen.¹³⁸ Dit is met name van belang omdat de nationale implementatie van richtlijnen op punten kan verschillen.

Volgens de wetgever ligt het in een situatie als in het hiervoor beschreven voorbeeld overigens meer voor de hand dat ACM na het opvragen van informatie bij de Duitse autoriteit zelf handhavend optreedt.¹³⁹ Daar is wel wat voor te zeggen, omdat Nederland de sterkste binding heeft met de overtreding: deze wordt (voor een deel) in Nederland begaan en daarbij wordt het belang van Nederlandse consumenten geschaad. Daarnaast beschikt ACM over de bevoegdheid om tegen deze Duitse onderneming op te treden en mag worden aangenomen dat zij meer kennis heeft van het toepasselijke Nederlandse recht. Het enige waar het ACM aan zal ontbreken, zijn de bewijsmiddelen die zich waarschijnlijk (voor een deel) bij de Duitse handelaar zullen bevinden. Daarvoor kan een verzoek om informatie aan de Duitse toezichthouder volstaan. Hierop valt af te dingen dat de effectuering van een aan de Duitse handelaar opgelegde boete problematisch kan zijn. Dat zou ervoor kunnen pleiten om toch de Duitse autoriteit te verzoeken om handhavend op te treden.

De verplichting om op verzoek van een andere autoriteit handhavend op te treden is overigens niet absoluut. Artikel 15 van Verordening 2006/2004 bevat drie omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat de aangezochte instantie niet handhavend optreedt:

- Er is al een handhavingsprocedure gestart of afgerond tegen dezelfde handelaar voor dezelfde inbreuken.
- Een onderzoek door de aangezochte instantie heeft uitgewezen dat er geen inbreuk heeft plaatsgevonden.
- Er is onvoldoende informatie verstrekt door de verzoekende instantie.

Ook voor handhaving op verzoek heeft de Commissie regels opgesteld waaraan verzoeken minimaal moeten voldoen.¹⁴⁰ In algemene zin geldt ook hier de verplichting om alle beschikbare informatie te verstrekken die voor andere bevoegde autoriteiten nuttig kan zijn om op doeltreffende wijze aan dit verzoek tot handhaving te voldoen. Dit betreft ten minste:¹⁴¹

- de identificatiegegevens van de handelaar tegen wie het verzoek om handhaving is gericht;
- nadere bijzonderheden over de betrokken handelwijze of praktijk waarnaar onderzoek is ingesteld;
- juridische kenmerken van de inbreuk en de juridische grondslag daarvan;

beëindiging of een verbod van de inbreuk, het eisen dat een in het ongelijk gestelde gedaagde een betaling verricht.

¹³⁸ Zie par. 3.1.1.

¹³⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30411, 3, p. 10.

¹⁴⁰ Beschikking van de Commissie van 22 december 2006 ter uitvoering van Verordening 2006/2004 (2007/76/EG).

¹⁴¹ *Ibid.*, art. 1.2.3.

- bewijsstukken van het feit dat de collectieve belangen van de consument zijn geschaad.

Voor handhaving op verzoek geldt dezelfde hoofdregel als voor een verzoek tot uitwisseling van informatie: de verzoekende instantie en de aangezochte instantie maken onderling afspraken over de termijn waarbinnen maatregelen worden getroffen.¹⁴²

3.2.6 Praktijkervaringen

Verordening 2006/2004 biedt een zeer bruikbaar kader voor autoriteiten bij optreden tegen intracommunautaire inbreuken. Het kader schept mogelijkheden voor het verzamelen van informatie in een andere lidstaat. Daarnaast biedt het de mogelijkheid om een instantie in een andere lidstaat te verzoeken om handhavend op te treden tegen inbreuken die schade toebrengen aan consumenten in de eigen lidstaat. In theorie lijkt dit een dekkend kader te zijn waarmee een groot deel van de grensoverschrijdende inbreuken effectief kunnen worden aangepakt, maar hoe effectief werkt dit kader in de praktijk? Op die vraag zullen wij in deze paragraaf antwoord proberen te geven.

Beperkte territoriale reikwijdte

Vooropgesteld moet worden dat Verordening 2006/2004 alleen van toepassing is op intracommunautaire inbreuken: grensoverschrijdende inbreuken die binnen de EU plaatsvinden. Consumenten beperken zich al lang niet meer tot internationale aankopen binnen de Europese Unie. Amerikaanse en Chinese websites als Amazon.com en AliExpress richten zich met Nederlandse websites nadrukkelijk ook op Nederlandse consumenten. Handhavend optreden tegen grensoverschrijdende inbreuken die worden begaan door handelaren die zich buiten de EU bevinden, is – door het ontbreken van een vergelijkbaar kader – over het algemeen complexer dan voor inbreuken die door Europese handelaren worden begaan.

Een eerste complicatie is het verzamelen van informatie buiten de EU. De mogelijkheden daartoe zijn beperkt, zo constateerden wij al in het eerste deel van dit preadvies.¹⁴³ Veel zal afhangen van de vraag of er een bilateraal bijstandsverdrag bestaat tussen de verzoekende staat en de aangezochte staat of dat er nationale wetgeving is die het mogelijk maakt om gegevens uit te wisselen met andere staten. Belangrijke voorbeelden van dat laatste zijn de bevoegdheid van ACM om gegevens te verstrekken aan buitenlandse instellingen¹⁴⁴ en de bevoegdheid die de Federal Trade Commission heeft om gegevens te delen op grond van de U.S. SAFE Web Act 2006.¹⁴⁵ Een wettelijke grondslag om reeds bekende informatie uit te wisselen zal echter niet altijd voldoende zijn. De bereidwilligheid van een buitenlandse

¹⁴² *Ibid.*, art. 2.1.

¹⁴³ Zie de in par. 3.4.2 besproken uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:109.

¹⁴⁴ Op grond van art. 7, derde lid, onder b van de Instellingswet ACM.

¹⁴⁵ Undertaking Spam, Spyware, And Fraud Enforcement With Enforcers beyond Borders Act of 2006 van 22 december 2006 (S.1608).

toezichthouder om zich daadwerkelijk in te zetten om de informatie te verzamelen is eveneens van groot belang. Niet elke toezichthouder zal zijn spaarzame onderzoekscapaciteit willen inzetten om informatie te verzamelen in het kader van een inbreuk die de consumenten in zijn staat niet raakt.

Een tweede complicatie is dat handhaving op verzoek (door een autoriteit buiten de EU) vrijwel niet mogelijk is wanneer de normen in staten verschillen. Doorgaans zal een buitenlandse autoriteit niet bevoegd zijn om op te treden wanneer een onderneming die in die staat is gevestigd, bij het aanbieden van producten in een andere staat de wet van die andere staat overtreedt. Dat zal alleen anders zijn wanneer de betreffende onderneming daarmee ook de wet overtreedt in de staat waar zij gevestigd is.

Gelukkig is het ook zonder de mogelijkheid om informatie uit te wisselen of om handhaving te verzoeken mogelijk om handhavend op te treden tegen overtredingen die hun oorsprong vinden buiten de EU. Het is immers niet ondenkbaar dat een bevoegde autoriteit op basis van bewijsmateriaal dat zij op de website van de handelaar heeft verzameld of van een klagende consument heeft ontvangen, al kan vaststellen dat de betreffende handelaar niet voldoet aan de regels op het gebied van consumentenbescherming (bijvoorbeeld de informatieverplichtingen uit Richtlijn 2011/83). Een andere mogelijkheid om informatie te verzamelen is via een in Nederland gevestigde dochteronderneming of tussenpersoon die (ook) als handelaar is aan te merken.

Mocht een bevoegde autoriteit tot handhaving overgaan jegens een in het buitenland gevestigde partij, dan moet er overigens wel rekening mee worden gehouden dat zij de (belangrijkste) dossierstukken moet vertalen¹⁴⁶ en een tolk moet inschakelen voor de mondelinge zienswijze.¹⁴⁷ Ten slotte zal de bevoegde autoriteit ook rekening moeten houden met de complicaties die komen kijken bij de tenuitvoerlegging van een sanctie die is opgelegd aan een in het buitenland gevestigde handelaar. Een bevoegde autoriteit zal (net als in het mededingingsrecht) invorderingsproblemen kunnen voorkomen door de juiste entiteiten aan te spreken. Een dochteronderneming of een feitelijk leidinggever die samen met de buitenlandse moeder (hoofdelijk) een sanctie wordt opgelegd, biedt vaak wel verhaalsmogelijkheden binnen de eigen staat.

Kader voor tenuitvoerlegging van sancties ontbreekt

Het werd hiervoor ook al genoemd: er bestaan binnen de EU wel regels voor het uitwisselen van informatie en voor handhaving op verzoek, maar er bestaan geen regels voor de tenuitvoerlegging van grensoverschrijdende bestuurlijke sancties (uitzonderingen daargelaten¹⁴⁸). Dat kan leiden tot minder effectieve grensoverschrijdende handhaving. Daar waar in het civiele recht en het strafrecht regelingen

¹⁴⁶ Art. 5:49, tweede lid, Awb.

¹⁴⁷ Art. 5:50, eerste lid, sub b, Awb.

¹⁴⁸ Bestuurlijke boetes die zijn opgelegd voor overtredingen die expliciet worden genoemd in het Kaderbesluit, zouden via de regeling in het Kaderbesluit geïnd kunnen worden. Zie de in par. 3.4.2 van het eerste deel van dit preadvies behandelde uitspraak van de ABRvS van 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4346.

bestaan om de grensoverschrijdende inning van geldschulden of boetes mogelijk te maken, ontbreekt een dergelijke regeling voor bestuursrechtelijke sancties.¹⁴⁹ Een kader voor de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes zou het stelsel van Verordening 2006/2004 compleet maken. Daarmee zouden alle fases van de grensoverschrijdende handhaving zijn afgedekt: onderzoek (d.m.v. informatie-uitwisseling), handhaving (zelfstandig of door middel van handhaving op verzoek) en tenuitvoerlegging van de sanctie. Hierna gaan wij in onze aanbevelingen nader in op de mogelijkheden die er voor een Europees kader bestaan voor de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes.

Ontoereikende bevoegdheden van handhavingsinstanties

Verordening 2006/2004 bevat in artikel 4, zesde lid een lijst met de minimale bevoegdheden op het gebied van onderzoek en handhaving die voor de bevoegde autoriteiten noodzakelijk zijn om de verordening te kunnen toepassen. Deze bevoegdheden zijn onder andere nodig om bewijs te verzamelen en uit te wisselen. Uit de externe evaluatie van Verordening 2006/2004 volgt dat de bevoegdheden van de autoriteiten uit verschillende lidstaten erg uiteenlopen.¹⁵⁰ In sommige lidstaten worden de regels op het gebied van consumentenbescherming strafrechtelijk gehandhaafd, in andere lidstaten bestuursrechtelijk en in weer andere lidstaten civielrechtelijk. Afhankelijk van het gekozen systeem zullen er meer of minder vergaande toezichtsbevoegdheden zijn. Sommige autoriteiten kunnen zelf toezichtsbevoegdheden inzetten, andere zullen daarvoor eerst een verzoek bij een rechtelijke instantie moeten indienen. Volgens de externe evaluatie is harmoniseren van de handhavingsbevoegdheden een zeer ingrijpende operatie en daarom eigenlijk geen optie.¹⁵¹

De Commissie zelf signaleert als probleem dat autoriteiten ‘beperkte bevoegdheden hebben om informatie te verkrijgen over de werkelijke identiteit van de handelaar achter de in de digitale omgeving gepleegde wanpraktijken en beperkte bevoegdheden hebben om de hulp in te roepen van andere autoriteiten (zoals de financiële politie) of derden (zoals domeinregistreerders)’.¹⁵²

Het hiervoor genoemde punt dat de Commissie maakt, is herkenbaar, ook in de ACM-praktijk. Met name in zaken waarbij het gaat om misleiding die tegen oplichting aan zit en waarbij spam of malware wordt ingezet, is het soms lastig om vast te stellen welke handelaar achter een dergelijke handelspraktijk zit. Waar in het strafrecht vergaande bevoegdheden worden toegekend (zie bijvoorbeeld het in het algemene deel van dit preadvies besproken wetsvoorstel Computercriminaliteit III), ontbreken die in het bestuursrechtelijke stelsel. Wanneer ook de geldstromen

149 Zie in dit verband: O. Jansen, ‘Transnationaal beboeten in de Europese Unie – De strafrechter als pons asinorum bij internationale wederzijdse samenwerking in straf- en bestuursrechtelijke zaken?’, in: E. Hofstee, O. Jansen & A. Smit (red.), *Kringgedachten – Opstellen van de Kring Corstens*, Kluwer 2014, p. 203-220.

150 (External) evaluation of the Consumer Protection Cooperation Regulation EC/2006/2004, p. 60.

151 (External) evaluation of the Consumer Protection Cooperation Regulation EC/2006/2004, p. 72.

152 COM(2016) 284 final, Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad ter beoordeling van de doeltreffendheid van Verordening (EG) nr. 2006/2004, p. 6.

moeilijk te volgen zijn, doordat deze via tropische oorden worden omgeleid, maakt dat de bestuursrechtelijke aanpak lastig.

Beperkt mechanisme om inbreuken aan te pakken in meerdere landen

Het mechanisme in Verordening 2006/2004 is voornamelijk gericht op de aanpak van inbreuken die worden gepleegd door een handelaar die is gevestigd in de ene lidstaat en zich richt op consumenten in een andere lidstaat. Door de internationalisatie van de handel komt het nu steeds vaker voor dat grote ondernemingen met lokale dochterondernemingen dezelfde praktijken overal in de EU toepassen. In dat geval worden verschillende autoriteiten geconfronteerd met dezelfde inbreuken die op hun markt plaatsvinden. Hoewel Verordening 2006/2004 in artikel 9 een systeem van coördinatie kent, zal elke bevoegde instantie uit elke lidstaat toch afzonderlijk handhavend moeten optreden. Dat leidt niet tot efficiëntievoordelen maar eerder tot duplicatie van de handhavingskosten.

Praktijkervaringen handhaving op verzoek

Het Nederlandse verbindingsbureau ontvangt jaarlijkse vele verzoeken om informatie uit te wisselen en om handhavend op te treden. De verzoeken om handhavend op te treden strekken ertoe om de inbreukmakende handelspraktijk te doen staken. Vaak kan ACM er op een meer informele wijze voor zorgen dat een handelspraktijk wordt gestaakt, bijvoorbeeld door contact op te nemen met de betreffende handelaar of door een toezegging van een handelaar te verkrijgen dat de inbreuk wordt gestaakt. Er hebben zich echter ook zaken voorgedaan waarin ACM tot formele handhaving heeft moeten overgaan.¹⁵³ In deze gevallen was echter steeds sprake van handelspraktijken die zich mede richtten op Nederlandse consumenten. ACM kon zich daarom steeds baseren op het door haarzelf verzamelde bewijs en het Nederlandse recht. Een zaak waarbij ACM op verzoek van een andere Europese toezichthouder optreedt tegen inbreuken die door een Nederlandse onderneming worden begaan en waarbij geen Nederlandse consumenten schade lijden, moet zich nog voordoen.

3.2.7 Herziening van Verordening 2006/2004

Na een uitgebreide evaluatie van Verordening 2006/2004 is op 25 mei 2016 een herzieningsvoorstel tot stand gekomen.¹⁵⁴ Hierna zullen wij de voor dit preadvies belangrijkste wijzigingen bespreken.

Minimumbevoegdheden uitgebreid

Zoals we hiervoor zagen, bevat de huidige Verordening 2006/2004 enkele minimumbevoegdheden die een bevoegde autoriteit moet kunnen uitoefenen. Uit de evaluatie van de verordening bleek dat de bevoegdheden van autoriteiten soms te

¹⁵³ Zie bijvoorbeeld de zaak *Lecturama* (www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=14347), de zaak *Editie enigma* (www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=15468) en de zaak *Goltex Vertriebs*, CBB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

¹⁵⁴ COM(2016) 283 final is op het moment van schrijven de laatste versie van het voorstel. De onderhandelingsovereenkomst over dit voorstel zijn echter nog in volle gang.

kort schieten om de juiste informatie te verzamelen of handhavend op te treden om daadwerkelijk een inbreuk te (doen) staken. Het voorstel bevat daarom een aantal nieuwe minimumbevoegdheden om informatie te verzamelen: de bevoegdheid om testaankopen te doen¹⁵⁵ en gebruik te maken van ‘mystery shopping’.¹⁵⁶ Daarnaast bevat het voorstel een aantal nieuwe handhavingsbevoegdheden: de bevoegdheid om boetes en dwangsommen op te leggen (die minimumbevoegdheid ontbreekt gek genoeg nog in de huidige verordening),¹⁵⁷ de bevoegdheid om (tijdelijk) een website, domein, dienst of account offline te halen,¹⁵⁸ de bevoegdheid om een handelaar te gelasten om de schade die consumenten hebben geleden als gevolg van een inbreuk te compenseren,¹⁵⁹ en de bevoegdheid om te gelasten om winsten die zijn behaald met een inbreuk te betalen aan de staatskas of bevoegde instantie.¹⁶⁰

Enkele andere (bestaande) minimumbevoegdheden zijn verduidelijkt, om te verzekeren dat ze in alle lidstaten gelijkwaardig worden toegepast, zoals de bevoegdheid om te verzoeken om informatie¹⁶¹ en documenten of de bevoegdheid om inspecties ter plaatse uit te voeren.¹⁶²

De bevoegdheid om testaankopen te doen of aankopen te doen met gebruikmaking van een fictieve identiteit is in Nederland niet wettelijk geregeld, maar verschillende toezichthouders hebben deze instrumenten wel met succes ingezet om bewijs te verzamelen.¹⁶³ Vernieuwender en verstrekkender zijn de bevoegdheden om websites offline te halen en handelaren te verplichten consumenten schadeloos te stellen of met een inbreuk behaalde winst aan de staatskas te betalen. De bevoegdheid om een bevel te geven om websites of servers offline te laten halen is in Nederland voorbehouden aan de officier van justitie, die daartoe alleen mag overgaan na toestemming van de rechter-commissaris.¹⁶⁴ Ook ontbreekt het ACM op dit moment aan de bevoegdheid om een overtreder te verplichten gedupeerden schadeloos te stellen.¹⁶⁵

Beslechting geschillen tussen bevoegde instanties

Nieuw in het voorstel is ook een mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen bevoegde instanties wanneer om bijstand wordt verzocht. De rol van de Europese Commissie bij dergelijke geschillen wordt in het voorstel versterkt. De Commissie kan dan gevraagd of ongevraagd advies uitbrengen wanneer een

155 COM(2016) 283 final, art. 8, tweede lid, onder e.

156 COM(2016) 283 final, art. 8, tweede lid, onder f.

157 COM(2016) 283 final, art. 8, tweede lid, onder m.

158 COM(2016) 283 final, art. 8, tweede lid, onder g en l.

159 COM(2016) 283 final, art. 8, tweede lid, onder n.

160 COM(2016) 283 final, art. 8, tweede lid, onder o.

161 COM(2016) 283 final, art. 8, tweede lid, onder b en c.

162 COM(2016) 283 final, art. 8, tweede lid, onder d.

163 Zie Cbb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191, r.o. 3.4; Cbb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:194, r.o. 7.3; Cbb 7 juni 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA7443, r.o. 5.4.

164 Zie art. 54a Wetboek van Strafrecht. Dit artikel maakt onderdeel uit van de implementatie van art. 12-15 van de Richtlijn elektronische handel (2000/31/EG).

165 Zie Rb. Rotterdam 28 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:569, r.o. 5.11; Cbb 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3826, r.o. 6.1.2.

verzoek om bijstand wordt geweigerd.¹⁶⁶ Op dit moment kan de Commissie na weigering van bijstand advies uitbrengen wanneer de verzoekende lidstaat de zaak naar de Commissie verwijst. De Commissie krijgt in het voorstel ook de taak om toezicht te houden op het mechanisme voor wederzijdse bijstand en de wijze (en termijnen) waarop bevoegde instanties in concrete gevallen voldoen aan hun verplichtingen. De Commissie heeft daartoe toegang tot alle verzoeken om informatie en documenten die worden uitgewisseld. Ten slotte bevat het voorstel de mogelijkheid voor de Commissie om bij te sturen wanneer dat nodig is voor doeltreffende en doelmatige werking van het mechanisme voor wederzijdse bijstand: zij kan dan richtsnoeren opstellen of advies aan de lidstaten verstrekken.

Duidelijk is dat de Commissie geen passieve rol meer voor zichzelf ziet, waar het gaat om het mechanisme voor wederzijdse bijstand. Als het voorstel wordt aangenomen, zal de Commissie er dichter op zitten: monitoren of instanties hun verplichtingen nakomen en bijsturen indien nodig. Ook bij de aanpak van wijdverspreide inbreuken neemt de Commissie graag een meer actieve rol op zich; wij gaan daar hierna verder op in.

Wijdverspreide inbreuken

Zoals we hiervoor zagen, speelt de Commissie een belangrijke rol bij de handhaving van het Europese mededingingsrecht. Bij intracommunautaire inbreuken op het consumentenrecht kan de Commissie niet handhavend optreden. Het voorstel tot aanpassing van Verordening 2006/2004 geeft de Commissie echter wel enkele belangrijke coördinerende bevoegdheden wanneer het gaat om inbreuken die wijdverspreid zijn. Daarmee lijkt de Commissie ook hier een grotere vinger in de pap te willen waar het gaat om de handhaving van Europese regelgeving.

Het voorstel bevat instrumenten voor gecoördineerde actie ingeval sprake is van een wijdverspreide inbreuk. Het begrip wijdverspreide inbreuk is in artikel 3, onder c, gedefinieerd en omvat inbreuken die schade veroorzaken of kunnen veroorzaken aan de collectieve belangen van consumenten die woonachtig zijn in ten minste twee andere lidstaten dan waar de inbreuk zijn oorsprong heeft of waar de betreffende handelaar is gevestigd. Het voorstel maakt een onderscheid tussen een 'normale' wijdverspreide inbreuk en een wijdverspreide inbreuk met een Unie-dimensie. Van een wijdverspreide inbreuk met een Unie-dimensie is sprake wanneer een wijdverspreide inbreuk consumenten schade heeft toegebracht (of waarschijnlijk schade zal toebrengen) in ten minste driekwart van de lidstaten waar samen ten minste driekwart van de bevolking van de Unie woont.¹⁶⁷ In het voorstel voor een nieuwe verordening is dit onderscheid van belang voor de wijze waarop gecoördineerd tegen een dergelijke inbreuk wordt opgetreden.

Wanneer sprake is van een wijdverspreide inbreuk die geen Unie-dimensie heeft, worden de acties in beginsel gecoördineerd door de bevoegde instanties zelf. De Commissie mag hierbij alleen een coördinerende rol op zich nemen als dat noodzakelijk is gelet op de omvang van de inbreuk of als het waarschijnlijk

¹⁶⁶ Art. 15, vierde lid van COM(2016) 283 final.

¹⁶⁷ Zie art. 21, eerste lid van COM(2016) 283 final.

is dat de inbreuk de collectieve belangen van consumenten aanzienlijke schade zal toebrengen en betrokken instanties daartoe een verzoek hebben gedaan aan de Commissie.¹⁶⁸ Bij wijdverspreide inbreuken zonder Unie-dimensie kunnen de bevoegde instanties de resultaten van een gezamenlijk onderzoek en de beoordeling van de inbreuk vastleggen en publiceren in een gemeenschappelijk standpunt.¹⁶⁹ Vervolgens kan één instantie de bevoegdheid worden verleend om handhavingsmaatregelen te nemen namens de consumenten in andere lidstaten die getroffen zijn door de inbreuk.¹⁷⁰ De bevoegde instanties mogen echter ook gelijktijdig optreden in alle of enkele van de betrokken lidstaten.¹⁷¹

Wanneer sprake is van een wijdverspreide inbreuk met een Unie-dimensie, neemt de Commissie de coördinatie op zich.¹⁷² De Commissie stelt vast of aan de drempels voor de Unie-dimensie is voldaan en start de gemeenschappelijke actie door middel van een besluit.¹⁷³ Tevens heeft zij de verplichting om onderzoeks- en andere maatregelen te coördineren die de lidstaten moeten nemen om de inbreuk te beëindigen.¹⁷⁴ De bevoegde instanties in de lidstaten die de inbreuk betreft, zijn verplicht deel te nemen aan een gemeenschappelijke actie. Er zijn echter omstandigheden waaronder bevoegde instanties mogen weigeren om deel te nemen aan de gemeenschappelijke actie.¹⁷⁵ Voor het overige komt de procedure in grote lijnen overeen met die van de ‘normale’ wijdverspreide inbreuk.

Hoewel de Commissie bij wijdverspreide inbreuken niet opereert als supranationale toezichthouder, bemoeit zij zich bij dit soort inbreuken wel nadrukkelijk met de handhaving van de Europese consumentenregels. Het verzamelen van de benodigde informatie (het bewijsmateriaal) gebeurt nog steeds door de bevoegde instanties van de betreffende lidstaten en ook de handhaving vindt plaats door één of meerdere bevoegde instanties; alleen de volledige coördinatie van de acties ligt (in ieder geval voor wijdverspreide inbreuken met een Unie-dimensie) bij de Commissie. Een vorm van toezicht en handhaving dus waarbij de Commissie gedeeltelijk de controle over de bevoegde instanties overneemt om een inbreuk te beëindigen. Voor de aanpak van inbreuken met een Unie-dimensie is een dergelijke aanpak hoogstwaarschijnlijk effectiever dan de minder strak gecoördineerde aanpak op grond van de huidige verordening. De Commissie lijkt hier een soort tussenvorm te hebben gekozen, waarbij de Commissie niet zelf handhavend kan optreden zoals zij dat wel doet in mededingingszaken, maar de handhaving ook niet volledig aan de lidstaten wil overlaten. Wij zijn benieuwd of deze nieuwe vorm kan rekenen op steun van de lidstaten en in de praktijk een effectief instrument zal blijken te zijn.

168 Zie art. 16 van COM(2016) 283 final.

169 Zie art. 17, derde lid van COM(2016) 283 final.

170 Zie art. 18, derde lid van COM(2016) 283 final.

171 Zie art. 18, vierde lid van COM(2016) 283 final.

172 Zie art. 21, eerste lid van COM(2016) 283 final.

173 Zie art. 21, tweede lid van COM(2016) 283 final.

174 Zie art. 21, vijfde lid van COM(2016) 283 final.

175 Zie art. 21, derde lid van COM(2016) 283 final.

4 Conclusies

In dit tweede deel van ons preadvies hebben wij twee stelsels voor de grensoverschrijdende handhaving van (Europese) regels onder de loep genomen. In het mededingingsrecht en het consumentenrecht is voor verschillende systemen gekozen, maar er zijn ook belangrijke overeenkomsten. Hierna wordt eerst op de verschillen ingegaan, daarna op de overeenkomsten. Daarna volgen enkele aanbevelingen die kunnen bijdragen aan de verbetering van deze stelsels.

Een eerste verschil is dat de regels ter bescherming van de consument vooral zijn vastgelegd in richtlijnen, die vervolgens zijn omgezet in de nationale wetgeving van de lidstaten. Afhankelijk of de richtlijn minimum- of maximumharmonisatie voorschrijft, kunnen de geïmplementeerde normen in de lidstaten verschillen. In het mededingingsrecht is daar geen sprake van: het gaat om supranationale wetgeving met directe werking. Waar iedere lidstaat hetzelfde artikel 101 of 102 VWEU toepast, kan de materiële norm in het consumentenrecht dus nog weleens verschillen. Dat kan terughoudendheid opleveren wanneer een bevoegde instantie wordt gevraagd om op te treden tegen een intracommunautaire inbreuk die zijn oorsprong vindt op haar grondgebied. De onbekendheid met het recht van een andere lidstaat, kan de bereidheid om handhavend op te treden verminderen.

Een tweede verschil is dat naast de lidstaten de Commissie is belast met het toezicht op het Europese mededingingsrecht. In het consumentenrecht speelt de Commissie (ook wanneer de voorstellen tot aanpassing van Verordening 2006/2004 worden aangenomen) slechts een coördinerende rol. Inbreuken die in grote delen van de EU plaatsvinden, vragen om een gecoördineerde aanpak. In mededingingszaken zal de Commissie een dergelijke zaak zelf oppakken en voor het verzamelen van informatie (controles op locatie) vaak de hulp en expertise van nationale mededingingsautoriteiten inschakelen. Het voordeel daarvan is dat de gehele inbreuk in één keer op dezelfde wijze wordt aangepakt en er geen plaats is voor uiteenlopende (juridische) interpretatie en kwalificatie van de feiten. Uit de evaluatie van Verordening 2006/2004 en het voorstel tot herziening van de verordening blijkt dat de Commissie het gebrek aan coördinatie bij inbreuken met een Unie-dimensie ziet als een belangrijk manco van de huidige Verordening 2006/2004. De Commissie gaat niet zover om bij dergelijke inbreuken zelf de handschoen op te nemen, maar trekt de coördinatie van de handhaving wel naar zich toe. De vraag is of deze coördinatie voldoende is of dat dergelijke inbreuken vragen om handhaving door de Commissie zelf. De praktijk zal dat moeten uitwijzen. Wij constateren echter wel dat het systeem van decentrale handhaving door de mededingingsautoriteiten van de verschillende lidstaten, naast de handhaving door de Commissie, goed werkt.

Ten slotte brengt in het mededingingsrecht de handhaving door de Commissie met zich dat er een grote hoeveelheid jurisprudentie van het Hof is over de uitleg van de artikelen 101 en 102 VWEU. Het consumentenrecht, met een veelheid van normen en een kortere historie, heeft veel minder jurisprudentie bij het Hof voortgebracht. Deze jurisprudentie moet tot stand komen door de beantwoording van prejudiciële vragen die opkomen bij de handhaving door nationale bevoegde instanties. Minder duidelijkheid over de uitleg van de materiële normen kan terughoudendheid tot gevolg hebben bij de handhavende instanties.

Hoewel er verschillen zijn, zijn er ook duidelijke overeenkomsten. Beide stelsels voorzien in de mogelijkheid voor bevoegde instanties om informatie voor elkaar te verzamelen en uit te wisselen. Beide stelsels hebben geleid tot de oprichting van netwerken van bevoegde instanties (ECN en CPC) waarin kennis wordt uitgewisseld en de handhaving wordt gestroomlijnd. Een belangrijke tekortkoming in beide stelsels is volgens ons dat de tenuitvoerlegging van sancties en dan met name de inning van boetes niet is geregeld. Dit geldt overigens niet alleen voor deze twee stelsels, maar breder voor vrijwel alle bestuursrechtelijke sancties.

5 Aanbevelingen

Aanbeveling I: expliciteren territoriale reikwijdte van normen

Dat een norm verder reikt dan het grondgebied van de regelgevende staat, moet blijken uit de norm zelf of uit de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever.¹⁷⁶ Wanneer dat niet blijkt uit de norm of de toelichting, wordt aangenomen dat de norm zich niet uitstrekt tot gedragingen buiten het territoir van de regelgevende staat. Wanneer de wetgever beoogt om ook gedrag onder een regeling te vatten dat (gedeeltelijk) buiten het eigen territoir plaatsvindt, dient de wetgever dat expliciet in de betreffende regeling te benoemen.

Dat geldt ook voor het Europese mededingingsrecht, waar we zien dat de effectenbenadering, anders dan in Amerika, nog niet volledig is ingedaald. In beschikkingen van de Europese Commissie wordt deze vaak samen met de implementatiebenadering gebruikt om rechtsmacht te construeren (zie ook *Intel en LCD's*, hiervoor beschreven). Om toekomstige discussies over de bevoegdheid van nationale autoriteiten te vermijden dient wettelijk te worden verankerd dat het recht van toepassing is op gedragingen die plaatsvinden buiten het grondgebied van Nederland (of buiten het grondgebied van de EU in het kader van art. 101 en 102 VWEU) wanneer die gedragingen nadelige gevolgen hebben voor de Nederlandse (of Europese) economie of consument.

Aanbeveling II: belangrijke Europese wetgeving moet worden vergezeld van een regeling voor de grensoverschrijdende handhaving van deze wetgeving

In het mededingingsrecht en het consumentenrecht zijn stelsels in het leven geroepen om te voorzien in de aanpak van grensoverschrijdende inbreuken. Wij menen dat deze stelsels als voorbeeld kunnen dienen voor andere rechtsgebieden waarbij dergelijke stelsels ontbreken. Onze verwachting is dat inbreuken vaker een grensoverschrijdend karakter zullen hebben. Een stelsel voor de aanpak van grensoverschrijdende inbreuken zal voor de effectieve handhaving van uit Europa afkomstige regels dan ook belangrijker worden. Wanneer de Europese wetgever

¹⁷⁶ Zie onder meer de Amerikaanse doctrine inzake de presumptie tegen extraterritorialiteit, die mooi verwoord is in de zaak *Aramco* ('It is a longstanding principle of American law 'that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States'), maar ook de uitleg die het CBB heeft gegeven aan de reikwijdte van de Telecommunicatiewet in zijn uitspraak van CBB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716.

nieuwe regels in het leven roept, zal er steeds aandacht moeten zijn voor de mogelijkheid om extraterritoriale inbreuken op deze regels effectief te handhaven. De basis van een dergelijk stelsel zal moeten bestaan uit de bevoegdheid om informatie te verzamelen voor een bevoegde instantie uit een andere lidstaat en deze informatie uit te wisselen met deze buitenlandse instantie. Daarnaast zal de bevoegdheid aanwezig moeten zijn om handhavend op te treden tegen inbreuken die hun oorsprong vinden in de ene lidstaat, maar schade veroorzaken in een andere lidstaat. Een dergelijke bevoegdheid maakt het mogelijk om op verzoek van de lidstaat waar de schade wordt veroorzaakt, effectief op te treden tegen een inbreukmakende onderneming die gevestigd is in een andere lidstaat. Om deze handhaving op verzoek soepel te laten te verlopen, adviseren wij tevens om een systeem voor de toedeling van zaken of de handhaving op verzoek op te stellen. Om de effectieve handhaving te complementeren dient er steeds een systeem te bestaan voor de effectuering van sancties (zie aanbeveling IV hierna).

Aanbeveling III: kader voor informatie-uitwisseling bij inbreuk op nationale wetgeving

Bij grensoverschrijdende inbreuken van de nationale wetgeving op het gebied van consumentenbescherming die niet onder Verordening 2006/2004 vallen, kan logischerwijs geen gebruik worden gemaakt van het systeem van de verordening. Ook voor kartelinbreuken die geen effect hebben op de handel tussen lidstaten ('nationale' kartels), geldt dat het kader van Verordening 1/2003 niet van toepassing is. In dergelijke gevallen zal de bevoegde autoriteit voor het verzamelen van informatie over inbreuken die worden begaan door een onderneming in een andere lidstaat, afhankelijk zijn van nationale wetgeving of bilaterale verdragen.¹⁷⁷ Wij stellen voor om een verdergaande verplichting voor bevoegde instanties in lidstaten in het leven te roepen om op verzoek van bevoegde instanties in andere lidstaten informatie uit te wisselen. In sommige lidstaten zal de nationale wetgeving al een bevoegdheid bevatten om informatie uit te wisselen met bevoegde instanties in het buitenland (voor ACM is deze bevoegdheid bijvoorbeeld vastgelegd in art. 7, derde lid, onder b, Instellingswet ACM), in andere lidstaten zal deze bevoegdheid nog ontbreken.

Ten aanzien van strafrechtelijke samenwerking bestaan er diverse voorbeelden van verplichtingen om informatie uit te wisselen voor het opsporen en onderzoeken van strafbare feiten.¹⁷⁸ De grondslag voor deze strafrechtelijke samenwerking is thans gelegen in artikel 87 VWEU. Voor zover het gaat om samenwerking ten aanzien van de bestuursrechtelijke handhaving van normen, ontbreekt een der-

¹⁷⁷ Het moet dan gaan om gedrag dat enkel en alleen gevolgen heeft voor de mededinging op de Nederlandse markt (of een deel daarvan).

¹⁷⁸ Zie bijvoorbeeld de Overeenkomst, door de Raad vastgesteld overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie en het kaderbesluit 2006/960/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 18 december 2006 betreffende de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de rechtshandhavingdiensten van de lidstaten van de Europese Unie (PbEU L 386).

gelijk kader. Wij vragen ons af of deze strafrechtelijke samenwerking niet zou moeten worden uitgebreid naar inbreuken die in sommige landen strafrechtelijk worden gehandhaafd en in andere landen bestuursrechtelijk, zoals inbreuken op het mededingingsrecht, consumentenrecht of financiële wetgeving.

Aanbeveling IV: een stelsel voor de grensoverschrijdende inning van boetes

Voor een effectieve handhaving van regels is essentieel dat opgelegde sancties ook daadwerkelijk kunnen worden geëffectueerd. Een stelsel voor de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes is daarvoor noodzakelijk. Een dergelijk stelsel kan op verschillende manieren worden vormgegeven. Er bestaat reeds een stelsel voor strafrechtelijke rechtshulp bij het innen van boetes; dit stelsel zou kunnen worden uitgebreid met bepaalde categorieën van bestuurlijke boetes. Een andere optie is om stelsels voor wederzijdse administratieve bijstand bij het innen van bestuurlijke boetes in het leven te roepen.¹⁷⁹ Wij gaan hierna in op deze twee opties.

Uitbreiden stelsel van strafrechtelijke rechtshulp

Het Kaderbesluit biedt een systeem voor de wederzijdse erkenning van geldelijke sancties.¹⁸⁰ Het Kaderbesluit is (zonder de toepassing van het vereiste van dubbele strafbaarheid) van toepassing op de in artikel 5 van dit besluit genoemde ‘strafbare feiten’. Het Hof heeft reeds vastgesteld dat ook bestuurlijke boetes die zijn opgelegd naar aanleiding van een in artikel 5 Kaderbesluit genoemd strafbaar feit (of overtreding), binnen de werkingssfeer van het Kaderbesluit kunnen vallen.¹⁸¹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kwam vervolgens tot de conclusie dat de Nederlandse bestuursrechter kwalificeert als een ‘met name in strafzaken bevoegde rechter’ in de zin van het Kaderbesluit.¹⁸² Hiermee is de deur voor het invorderen van bestuursrechtelijke boetes via het systeem van het Kaderbesluit op een kier gezet. Deze deur zou verder kunnen worden opengezet door inbreuken op de mededingingsregels (art. 101 en 102 VWEU) en inbreuken op de regels ter bescherming van de consument (intracommunautaire inbreuken in de zin van Verordening 2006/2004) aan de lijst in artikel 5 Kaderbesluit toe te voegen. Daarmee zou de grensoverschrijdende invordering van bestuurlijke boetes op deze rechtsgebieden worden veiliggesteld. Hoewel het Kaderbesluit onmiskenbaar een strafrechtelijk karakter heeft,¹⁸³ zouden grove inbreuken op het mededingingsrecht en het consumentenrecht volgens ons niet misstaan op deze lijst. Te meer omdat overtredingen van de mededingingsregels en de regels ter bescherming van

¹⁷⁹ Zie in dit verband ook: A.J. Metselaar & P.C. Adriaanse, *Grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes: Een verkennend onderzoek naar ervaringen in België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk en mogelijkheden voor internationale samenwerking*, WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2014, p. 109.

¹⁸⁰ Kaderbesluit nr. 2005/214/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties (PbEG L 76).

¹⁸¹ HvJ EU 14 november 2013, zaak C-60/12 (Baláz).

¹⁸² ABRvS 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4346, r.o. 5.2.

¹⁸³ Kaderbesluit nr. 2005/214/JBZ is vastgesteld op basis van art. 31, sub a, VEU en art. 34, tweede lid, sub b, VEU, in het kader van de justitiële samenwerking in strafzaken.

de consument in sommige lidstaten ook daadwerkelijk via het strafrecht worden gesanctioneerd.

Uitbreiding van de reikwijdte van het Kaderbesluit hoeft geen complexe aanlegenschap te zijn. De Raad van de EU kan op grond van artikel 5, tweede lid, Kaderbesluit de in het eerste lid genoemde lijst met strafbare feiten te allen tijde uitbreiden. Het is echter maar zeer de vraag of er politiek draagvlak bestaat om daartoe over te gaan. Het openen van deze deur kan er immers ook toe leiden dat het bestuursrecht bij het strafrecht ‘met de deur in huis valt’.

Creëren van nieuwe zelfstandige EU-instrumenten

In plaats van gebruik te maken van een reeds bestaand (strafrechtelijk) systeem kan echter ook worden gedacht aan nieuwe systemen voor de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van bestuurlijke boetes.

Voor specifieke toezichtsterreinen bestaan al regelingen voor de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes. Metselaar en Adriaanse noemen als voorbeelden Richtlijn 2010/24 inzake de invordering van geldschulden die voortvloeien uit belastingen en Richtlijn 2014/67 inzake de handhaving van de Detacheringsrichtlijn.¹⁸⁴ Eenzelfde regeling zou aan Verordening 1/2003 respectievelijk Verordening 2006/2004 kunnen worden toegevoegd. Dergelijke specifieke regelingen kunnen een opmaat zijn voor een overkoepelend systeem voor de grensoverschrijdende invordering van bestuurlijke boetes, naar voorbeeld van het Kaderbesluit. Een eerste vereiste voor een dergelijk overkoepelend systeem is wederzijds vertrouwen tussen lidstaten. Lidstaten moeten erop kunnen vertrouwen dat een bestuurlijke boete rechtmatig is opgelegd, maar ook dat bij de procedure tot boeteoplegging geen mensenrechten (fair trial) of andere rechtsbeginselen (bijvoorbeeld *ne bis in idem*) zijn geschonden. Wij menen dat dit vertrouwen tussen lidstaten geen obstakel zou moeten vormen voor een overkoepelend systeem voor grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes. Alle lidstaten zijn immers gebonden aan het EVRM en, wanneer het gaat om het ten uitvoer brengen van EU-recht, tevens aan het Handvest.¹⁸⁵ Als dit nog niet voldoende vertrouwen biedt, kunnen voor de ten uitvoer leggende staat ook weigeringsgronden in een overkoepelend systeem voor de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes worden ingebouwd.¹⁸⁶

Aanbeveling V: wereldwijde samenwerking versterken

In de huidige geglobaliseerde economie hoeft de plaats waar bepaalde gedragingen plaatsvinden, niet samen te vallen met de effecten van dat gedrag. Nog sterker, gedrag kan in de huidige samenleving op veel plekken ter wereld effect hebben. Dat

¹⁸⁴ A.J. Metselaar & P.C. Adriaanse, *Grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes: Een verkennend onderzoek naar ervaringen in België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk en mogelijkheden voor internationale samenwerking*, WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2014, p. 117-118.

¹⁸⁵ Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome, 4 november 1950, en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2016/C 202/02).

¹⁸⁶ Vergelijk art. 7, tweede en derde lid, en art. 20, derde lid, Kaderbesluit nr. 2005/214/JBZ.

heeft ons inziens ook gevolgen voor de vraag in welke mate autoriteiten handhavend dienen op te treden tegen extraterritoriaal gedrag. Enige terughoudendheid lijkt gepast wanneer internationaal gezien meerdere toezichthouders bevoegd zijn. Tijdens het schrijven van dit preadvies is in de *Intel*-zaak (par. 2.1.3) door Advocaat-Generaal Wahl een conclusie uitgebracht die dit treffend verwoordt:¹⁸⁷

'I consider it to be particularly important that jurisdiction is asserted with restraint in relation to behaviour that has not, strictly speaking, taken place within the territory of the European Union. Indeed, to comply with a certain form of comity and, by the same token, to ensure that undertakings can operate in a foreseeable legal environment, it is only with a great deal of caution that the effect of the conduct complained of can be used as the yardstick for asserting jurisdiction. That is all the more important today. There are over 100 national or supranational authorities worldwide that claim jurisdiction over anticompetitive practices.'

Die terughoudendheid, die wij onderstrepen, vraagt ons inziens wel om een geïntensiveerde samenwerking tussen autoriteiten op internationaal niveau. Deze samenwerking dient verder te gaan dan het uitwisselen van *best practices* binnen ICN of het *International Consumer Protection and Enforcement Network*¹⁸⁸ (netwerk van samenwerkende consumentenautoriteiten). Net als op Europees niveau dienen naar onze mening op internationaal niveau kaders te worden ontworpen voor een zaakallocatiesysteem, het uitwisselen van informatie zonder toestemming van degene van wie die informatie afkomstig is en het op verzoek van een ander land verrichten van onderzoek.

187 Conclusie van A-G Wahl, 20 oktober 2016, C-413/14 P (*Intel*), r.o. 300.

188 Voor meer informatie: www.icpen.org.

6 Stellingen

1. In de huidige gedigitaliseerde samenleving is het steeds minder duidelijk waar gedragingen plaatsvinden. Daarom is voor de bevoegdheid om handhavend op te treden slechts van belang waar de schade veroorzaakt door een gedraging zich voordoet. Het is niet langer relevant waar de gedraging zelf plaatsvindt.
2. Grensoverschrijdende inbreuken schreeuwen om ‘grensoverschrijdend’ toezicht. Internationaal moet verdragsrechtelijk worden geregeld dat Nederlandse toezichthouders hun bevoegdheden overal ter wereld kunnen inzetten.
3. Zonder een Europese regeling voor het invorderen van bestuurlijke boetes zijn grensoverschrijdende bevoegdheden nutteloos.

Maakt grenzeloos machteloos?

De veranderende rechtsmacht van de privacytoezichthouder binnen het nationale en Europese privacyrecht

Mr. F.C. van der Jagt*

1	Inleiding	101
2	Een korte schets van het huidige privacyrechtelijke kader	103
2.1	Internationaalrechtelijk kader	103
2.2	Europeesrechtelijk kader	103
2.2.1	Richtlijnen en verordeningen	103
2.2.2	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en EU-Grondrechtenhandvest	105
2.3	Nationaalrechtelijk kader	105
3	Toepasselijk recht en toezicht	107
3.1	Materiële en territoriale werkingssfeer van de Privacyrichtlijn en de Wbp	107
3.1.1	Algemeen	107
3.1.2	Materiële werkingssfeer	108
3.1.3	Territoriale werkingssfeer	109
3.2	Toezicht	120
4	Rechtsmacht in de praktijk	123
4.1	Google Spain	123
4.2	Weltimmo	125
4.3	Facebook en WhatsApp	128
4.4	Facebook/Belgische Privacycommissie	129

* Friederike van der Jagt is Senior Legal Counsel Privacy bij Avast. Zij schrijft dit preadvies op persoonlijke titel. Dit preadvies is afgerond op 24 november 2016. Zij is bijzonder grote dank verschuldigd aan mr. M.P. Vink van Rutgers & Posch advocaten, voor zijn commentaren op eerdere versies van dit preadvies.

5	De nabije toekomst: rechtsmacht onder de Europese Privacyverordening	I33
5.1	Materiële en territoriale werkingssfeer	I33
5.1.1	Algemeen	I33
5.1.2	Materiële werkingssfeer	I33
5.1.3	Territoriale werkingssfeer	I34
5.2	Toezicht	I36
6	Conclusies en stellingen	I4I

I Inleiding

6.30 uur, uw smartphone wekt u en in de verte hoort u het kofffiezetapparaat al automatisch aangaan. In huis is het aangenaam warm, uw 'Toon' heeft zijn werk weer gedaan. Handig, al die smart toepassingen! U werkt wat appjes weg, checkt nog even Facebook en accepteert nog snel een LinkedIn-verzoek. Nu moet u echt uit bed, want u moet nog langs de huisarts. Misschien kunt u hem dan meteen vragen of u uw bloeddrukgegevens voortaan via uw smartphone kunt doorgeven, dat scheelt toch weer een bezoekje. Nu maar hopen dat de huisarts deze keer wel de weg in uw elektronische patiëntendossier weet te vinden, een aardige man hoor, maar wat een digibeet. Toen u de vorige keer aanbood om uw Fitbit-gegevens met hem te delen, keek hij u alleen maar glazig aan ... Daarna snel door naar het werk, met de trein want volgens Flitsmeister staan er vanochtend veel files op uw vaste route. OV-chipkaart paraat en even op de tablet een krantje lezen. Kan iemand iets doen aan die irritante cookie-melding die u steeds krijgt? Alleen om de melding op de site van de HEMA kunt u wel lachen; daar gebruikt men stroopwafels als cookies ... Ja, zelfs juristen kunnen grappig zijn! Op kantoor aangekomen snel de laptop open en via Skype inbellen bij die belangrijke vergadering. Een van uw collega's begint een lange monoloog, het signaal om snel de mute-stand aan te zetten en te kijken of u op Instagram en Twitter nog iets gemist heeft. Uw dochter wil dat u eindelijk ook iets gaat doen met Snapchat ... volgens haar is Facebook allang passé. En terwijl u vorig weekend nog Pokemons stond te vangen, schijnt dat ook alweer uit te zijn. U zult blij zijn als deze dag voorbij is, dan kunt u vanavond eindelijk weer eens trainen voor die halve marathon. Volgens uw Nike+ Run Club-app is er nog heel wat werk aan de winkel. En dan daarna welverdiend het laatste seizoen van Narcos op uw nieuwe smart-tv bekijken ...

Het bovenstaande zal menigeen bekend in de oren klinken. Internet, social media en de smartphone zijn onlosmakelijk met ons leven verbonden. Dit betekent eveneens dat, om gebruik te kunnen maken van alle voordelen die de technologische ontwikkelingen met zich brengen, we steeds meer informatie moeten delen. Want online is bijna niets echt gratis: u betaalt meestal met uw persoonsgegevens. Ook staan uw persoonsgegevens vaak niet meer lokaal opgeslagen, zoals vroeger bij uw huisarts in uw papieren dossier. Tegenwoordig wordt veelal gebruikgemaakt van wereldwijde cloud-toepassingen. U 'doet zaken' met, en bent steeds meer afhankelijk van, grote internationale spelers zoals Google en Facebook. Dit roept de vraag op, op welke wijze de Nederlandse privacytoezichthouder, de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), ervoor kan zorgen dat uw privacy goed beschermd wordt. Of bestaat de Nederlandse rechtsmacht in het huidige tijdperk alleen nog maar op papier?

Met het begrip ‘rechtsmacht van de toezichthouder’ bedoel ik in dit preadvies de mogelijkheid van de nationale toezichthouder, meer in het bijzonder de AP, om toezichthoudende bevoegdheden, waaronder het handhavend kunnen optreden, uit te kunnen oefenen. De rechtsmacht van de AP is nauw verweven met het toepasselijke recht: de AP mag op het Nederlandse grondgebied toezicht uitoefenen op de verwerking van persoonsgegevens overeenkomstig hetgeen bij en krachtens de wet is bepaald (art. 51, eerste lid jo. art. 61 Wet bescherming persoonsgegevens jo. art. 5:11 Algemene wet bestuursrecht). Om te bepalen of de AP rechtsmacht heeft, is het daarom steeds van belang om vast te stellen of de Nederlandse privacywetgeving van toepassing is. Daarom zal, na een korte uiteenzetting van het huidige privacyrechtelijke kader, aandacht worden besteed aan de problematiek omtrent de bepaling van het toepasselijke nationale recht. Hieruit zal blijken dat de AP ook rechtsmacht kan hebben over gegevensverwerkingen die feitelijk buiten het Nederlandse grondgebied plaatsvinden. Daarna zal worden gekeken welke vraagstukken het bepalen van de rechtsmacht in de praktijk oproept. Want hoe ver kan de territoriale reikwijdte van de Privacyrichtlijn, en daarmee de rechtsmacht van de nationale toezichthouders, worden opgerekt? En welke mogelijkheden heeft een nationale toezichthouder om op te treden tegen privacyschendingen op zijn grondgebied, als zijn nationale recht niet van toepassing is?

Tot slot wordt gezien of de nieuwe Europese Privacyverordening gevolgen heeft voor de rechtsmacht van de verschillende nationale privacytoezichthouders en worden twee stellingen geponeerd.

2 Een korte schets van het huidige privacyrechtelijke kader

2.1 Internationaalrechtelijk kader

Het recht op privéleven, ofwel het recht op privacy, is een klassiek vrijheidsrecht dat uitgaat van de bescherming van het individu op inbreuken van buitenaf op zijn privéleven.¹ Het omvat de bescherming van het gezinsleven (*relationele privacy*), de bescherming van iemands woning (*ruimtelijke privacy*) en de bescherming van persoonsgegevens (*informatieele privacy*). Dit preadvies richt zich op de rechtsmacht van de nationale toezichthouders in het kader van de informatiele privacy.

Het fundamentele recht op privacy is internationaal verankerd in artikel 12 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en artikel 17 van het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.

Daarnaast is het recht op informatiele privacy uitgewerkt in het Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens uit 1981 (ook wel het Verdrag van Straatsburg of Conventie 108 genoemd, hierna: ‘Verdrag van Straatsburg’), dat door Nederland in 1993 is geratificeerd.² Het aanvullende protocol³ bij dit verdrag verplicht verdragspartijen een onafhankelijke toezichthoudende autoriteit in te stellen. In Nederland is dit de AP.

2.2 Europeesrechtelijk kader

2.2.1 Richtlijnen en verordeningen

Het recht op informatiele privacy is in diverse wetgevende instrumenten neergelegd. De Europese Privacyrichtlijn⁴ van 1995 vormt het belangrijkste startpunt. De Privacyrichtlijn is een interne markt richtlijn en beoogt dan ook om het

1 Par. 2 is gebaseerd op een eerdere bijdrage van de auteur in J.H. Gerards e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 163-183.

2 Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, Raad van Europa, 28 januari 1981, Trb. 1988, 7.

3 Aanvullend Protocol bij het Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens inzake toezichthoudende autoriteiten en grensoverschrijdend verkeer van gegevens, Straatsburg 8 november 2001, Trb. 2003, 122.

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

vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Europese Unie te waarborgen.⁵ Daarnaast heeft de Privacyrichtlijn ten doel het fundamentele recht op informati-
onele privacy te beschermen en te versterken, onder meer door de verduidelijking
van het Verdrag van Straatsburg.⁶ Door de snelle technologische ontwikkelingen
(de Privacyrichtlijn dateert van voor de opkomst van het internet en social media)
sloot de Privacyrichtlijn niet langer aan op onze huidige *data-driven* samenleving.
Na een lange wetgevingsprocedure is dit voorjaar de Europese Privacyverordening⁷
aangenomen, die de Privacyrichtlijn zal gaan vervangen. De Privacyverordening
zal vanaf 25 mei 2018 rechtstreeks van toepassing zijn: in tegenstelling tot een
richtlijn hoeven de rechten en verplichtingen van een verordening niet te wor-
den omgezet in nationale wetgeving, maar gelden zij rechtstreeks. In het ver-
volg van dit preadvies zal nader worden ingegaan op de gevolgen die de nieuwe
Privacyverordening heeft voor de rechtsmacht van nationale privacytoezichthou-
ders, en in het bijzonder de AP, binnen het privacyrecht.

Naast de algemene Privacyrichtlijn geldt een specifieke en aanvullende richtlijn
voor het verwerken van persoonsgegevens met betrekking tot elektronische com-
municatie, de ePrivacyrichtlijn.⁸ De ePrivacyrichtlijn bevat regels over onder meer
het gebruik van *cookies* en het verzenden van spam. In Nederland is de ePrivacy-
richtlijn geïmplementeerd in de Telecommunicatiewet. Onlangs heeft de Europese
Commissie een publieke consultatie voor de herziening van de ePrivacyrichtlijn
afgerond en het herzieningsvoorstel wordt begin 2017 verwacht.⁹

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de Europese instellingen, organen en instan-
ties buiten de reikwijdte van de Europese Privacyrichtlijn vallen.¹⁰ Om te garan-
deren dat ook de communautaire instellingen de informatiele privacy waarbor-
gen, zijn zij onderworpen aan Verordening 45/2001.¹¹

5 Zie art. 1 Privacyrichtlijn.

6 Zie overweging 3, 10 en 11 Privacyrichtlijn. Hierbij zij opgemerkt dat de Privacyrichtlijn een
ruimer toepassingsbereik kent dan het Verdrag van Straatsburg, omdat onder bepaalde omstan-
digheden ook de niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens binnen de reikwijdte
van de Privacyrichtlijn valt.

7 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende
de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens
en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EC (alge-
mene verordening gegevensbescherming), (PbEU 2016, L 119/1).

8 Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van
de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (PbEG 2002, L 201/37), aan-
gepast door Richtlijn 2009/136 tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst
en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten,
Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming
van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG)
nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk
zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (PbEU 2009, L 337/11).

9 Zie voor de laatste stand van zaken: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-privacy>.

10 Zie art. 3, tweede lid, Privacyrichtlijn.

11 Verordening (EG) nr. 45/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000
betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun
persoonsgegevens door de communautaire instellingen en organen betreffende het vrije verkeer
van die gegevens (PbEG 2001, L 8/1).

Gelet op de reikwijdte van dit preadvies zullen de ePrivacyrichtlijn en de nationale uitwerking daarvan in de Telecommunicatiewet, alsmede Verordening 45/2001, buiten beschouwing worden gelaten.¹²

2.2.2 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en EU-Grondrechtenhandvest

Op Europees niveau is het fundamentele recht op privacy terug te vinden in artikel 8 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens. In 2007 is een algemene Europeesrechtelijke basis voor de bescherming van persoonsgegevens gelegd door aanpassing van artikel 16 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.¹³ Ook de verplichting tot het aanstellen van een onafhankelijke toezichthouder is hierin opgenomen. Het recht op informationele privacy is eveneens als een separaat recht – naast het algemene recht op privacy – opgenomen in artikel 8 van het EU-Grondrechtenhandvest.

2.3 Nationaalrechtelijk kader

Sinds 1983 is het recht op privacy verankerd in artikel 10 van de Grondwet. Daarin is eveneens een verplichting voor de wetgever opgenomen om de informationele privacy verder wettelijk te verankeren. Dit is nader uitgewerkt in onder meer de Wet persoonsregistraties,¹⁴ de voorloper van de huidige Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).¹⁵ De Wbp vormt de implementatie van de Europese Privacyrichtlijn. Naast de algemene Wbp zijn er diverse sectorspecifieke privacywetten, zoals de Wet basisregistratie personen en de Wet politiegegevens. Deze sectorspecifieke wetgeving wordt in dit preadvies buiten beschouwing gelaten.¹⁶

¹² Voor de grensoverschrijdende verwerking van politieke en justitiële persoonsgegevens geldt een specifiek aanvullend Kaderbesluit (Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad van 27 november 2008 over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, (PbEU 2008 L 350/60)). Dit Kaderbesluit wordt per 6 mei 2018 vervangen door de nieuwe Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016, betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende de vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad (PbEU 2016, L 119/89). Naast het Kaderbesluit zijn nog diverse specifieke regelingen op het verwerken van persoonsgegevens door politie en justitie van toepassing, zoals de Schengenuitvoeringsovereenkomst.

¹³ Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, Lissabon, 13 december 2007 (PbEU 2007, C 306/1).

¹⁴ Wet van 28 december 1988, houdende regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties (Wet persoonsregistraties), Stb. 1988, 665.

¹⁵ Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens (Wet bescherming persoonsgegevens), Stb. 2000, 302.

¹⁶ Volledigheidshalve zij opgemerkt dat op de BES-eilanden een aangepaste Wbp geldt, de Wbp BES, welke in dit preadvies buiten beschouwing wordt gelaten.

3 Toepasselijk recht en toezicht

3.1 Materiële en territoriale werkingssfeer van de Privacyrichtlijn en de Wbp

3.1.1 Algemeen

Voor een goed begrip van de Europese en nationale privacyrechtelijke bepalingen is het van belang om allereerst een aantal belangrijke privacyrechtelijke begrippen nader onder de loep te nemen. Gelet op het feit dat de Wbp de Nederlandse implementatie vormt van de Europese Privacyrichtlijn, zullen beide hierna gezamenlijk worden behandeld.

Kernbegrippen in de Privacyrichtlijn en de Wbp zijn ‘persoonsgegevens’, ‘verwerken’, ‘verantwoordelijke’, ‘betrokkene’ en ‘bewerker’.

Het begrip ‘persoonsgegevens’ dient ruim te worden uitgelegd.¹⁷ Het gaat om elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare levende natuurlijke persoon (zie art. 2, onder a, Privacyrichtlijn en art. 1, onder a, Wbp). Bij sommige gegevens ligt het voor de hand dat zij als persoonsgegevens worden aangemerkt, zoals iemands naam of mobiele telefoonnummer. Maar ook andere gegevens, zoals het MAC-adres (een uniek identificatienummer) van een mobiele telefoon of tablet, een IP-adres,¹⁸ WiFi-gegevens en *cookies*¹⁹ kunnen, indien zij herleidbaar zijn tot een natuurlijke persoon, worden aangemerkt als persoonsgegevens. Ook het verwerkingsbegrip wordt ruim uitgelegd: het gaat daarbij om elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot de persoonsgegevens (zie art. 2, onder b, Privacyrichtlijn en art. 1, onder b, Wbp). Hierbij kan worden gedacht aan

17 Voor een uitgebreide analyse van het begrip ‘persoonsgegevens’ zie: Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegevens, WP 136.

18 IP staat voor Internet Protocol. Versimpeld gezegd is een IP-adres het telefoonnummer van een computer, dat zichtbaar is voor andere computers op het internet. Recentelijk is bepaald dat ook dynamische IP-adressen, dat zijn IP-adressen die bij elke nieuwe verbinding met het internet wijzigen, onder bepaalde omstandigheden als persoonsgegevens kunnen worden aangemerkt, zie HvJ EU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (Breyer).

19 WiFi-gegevens zijn gegevens over en afkomstig uit draadloze netwerken. Cookies zijn kleine tekstbestandjes die door een webserver naar een browser worden gestuurd die toegang tot die server zoekt. De browser bewaart deze bestandjes en communiceert ze automatisch aan de oorspronkelijke webserver wanneer de browser toegang zoekt tot de webserver. Met behulp van tracking cookies kan het surfgedrag van een gebruiker worden gevolgd en is het mogelijk om aan gebruikers gepersonaliseerde advertenties te tonen. Art. 11.7a, vierde lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) creëert een rechtsvermoeden voor het verwerken van persoonsgegevens bij het gebruik van tracking cookies en bepaalde analytische cookies in de zin van art. 11.7a, eerste lid, Tw.

het verzamelen, opslaan, bewaren of verspreiden van persoonsgegevens, maar ook aan het vernietigen of afschermen daarvan.

De meeste verplichtingen van de Privacyrichtlijn en de Wbp rusten op de ‘verantwoordelijke’: degene die alleen of tezamen met anderen het doel van en de middelen voor de gegevensverwerking vaststelt (art. 2, onder d, Privacyrichtlijn en art. 1, onder d, Wbp). De verantwoordelijke verzamelt persoonsgegevens van de ‘betrokkene’, ofwel degene op wie een persoonsgegeven betrekking heeft (art. 2, onder a, Privacyrichtlijn en art. 1, onder f, Wbp). De verantwoordelijke kan een derde partij inschakelen om hem te helpen bij de gegevensverwerking, bijvoorbeeld bij de opslag van persoonsgegevens – denk aan een cloudprovider zoals Amazon of Microsoft. Deze derde partij heeft geen zeggenschap over de persoonsgegevens: hij handelt in opdracht van de verantwoordelijke en mag de persoonsgegevens niet voor eigen doeleinden gebruiken. Een dergelijke partij wordt aangemerkt als ‘verwerker’ of ‘bewerker’ (art. 2, onder e, Privacyrichtlijn en art. 1, onder e, Wbp).

3.1.2 Materiële werkingssfeer

De Privacyrichtlijn en de Wbp zijn van toepassing wanneer er sprake is van de *geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking* van persoonsgegevens. Ook de niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of bedoeld zijn om in een bestand te worden opgenomen, valt binnen de reikwijdte van de Privacyrichtlijn en de Wbp (zie art. 3, eerste lid, Privacyrichtlijn en art. 2, eerste lid, Wbp). Bij een bestand moet het gaan om een gestructureerd geheel van persoonsgegevens dat betrekking heeft op meerdere personen en dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is (zie art. 2, onder c, Privacyrichtlijn en art. 1, onder c, Wbp). Gedacht kan worden aan een geordende papieren administratie van patiëntendossiers.²⁰

De materiële werkingssfeer van Privacyrichtlijn wordt verder beperkt door de toepassingsfeer van het Gemeenschapsrecht: activiteiten met betrekking tot openbare veiligheid, defensie en staatsveiligheid, alsmede activiteiten op het gebied van het strafrecht vallen niet onder de toepassingsfeer van het Gemeenschapsrecht en derhalve ook niet onder de Privacyrichtlijn (zie overweging 13 en art. 3, tweede lid, Privacyrichtlijn). Dit is in de Wbp vertaald in artikel 2, tweede lid, onder b t/m f, Wbp: de Wbp is niet van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens (1) door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, (2) door de politie, voor zover het gaat om de uitvoering van de politietaak, (3) bij of krachtens de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens, (4) ten behoeve van de uitvoering van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens, en (5) ten behoeve van de uitvoering van de Kieswet.

Daarnaast valt de verwerking van persoonsgegevens door een natuurlijke persoon voor uitsluitend persoonlijke of huishoudelijke doeleinden niet onder de werkingssfeer van de Privacyrichtlijn en de Wbp (art. 3, tweede lid, Privacyrichtlijn en

²⁰ Kamerstukken II 1998/99, 25892, 13, p. 2 en 3.

art. 2, tweede lid, onder a, Wbp).²¹ Een voorbeeld hiervan is het bijhouden van een adressenbestand van vrienden en kennissen. Ook de verwerking van persoonsgegevens door een gebruiker van social media kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, onder deze exceptie vallen.²²

Tot slot geldt dat de materiële werkingssfeer van bepaalde delen van de Privacyrichtlijn door de lidstaten beperkt kan worden voor de verwerking van persoonsgegevens voor uitsluitend journalistieke, artistieke of literaire doeleinden, indien dit, simplistisch gesteld, nodig is om het recht op vrijheid van meningsuiting te kunnen waarborgen (zie art. 9 Privacyrichtlijn). In de Wbp is dit terug te vinden in artikel 3, eerste lid, Wbp: de Wbp is slechts deels van toepassing op voornoemde verwerkingen.²³

3.1.3 Territoriale werkingssfeer

Vestiging op het grondgebied van een lidstaat

Artikel 4 Privacyrichtlijn en artikel 4 Wbp geven de territoriale werkingssfeer weer. In de eerste plaats geldt het nationale recht van een lidstaat wanneer een persoonsgegevensverwerking wordt verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging van de verantwoordelijke op het grondgebied van een lidstaat (art. 4, eerste lid, onder a, Privacyrichtlijn).

Een ‘vestiging’ is ieder centrum van economische activiteit. De rechtsvorm van een vestiging doet er niet toe: er kan sprake zijn van een bijkantoor zonder rechtspersoonlijkheid maar ook van een dochteronderneming met rechtspersoonlijkheid. Doorslaggevend is of er effectief en daadwerkelijk activiteiten worden uitgeoefend voor een onbepaalde periode.²⁴

²¹ Zie voor de reikwijdte van deze begrippen onder meer: HvJ EG 6 november 2003, zaak C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (Lindqvist) en HvJ EU 11 december 2014, C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 (Ryneš).

²² Een aanbieder van social media is niet als een natuurlijke persoon aan te merken en kan derhalve alleen al vanwege dat gegeven geen beroep op voornoemde uitzondering doen. Een gebruiker kan berichten posten waarbij hij persoonsgegevens van zichzelf en anderen deelt, zoals foto's van of locaties waar hij en zijn vrienden zich bevinden. Veelal zal hij hiermee binnen de reikwijdte van de genoemde uitzondering blijven. Dit kan anders zijn wanneer hij er bijvoorbeeld voor kiest om zijn ‘persoonlijke’ Facebookprofiel in te zetten voor zakelijke doeleinden. Zie onder meer: Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 5/2009 over online sociale netwerken, WP 163, p. 5 en 6.

²³ Met name de algemene zorgvuldigheidsnormen voor het verwerken van persoonsgegevens gelden onverkort. Ook zijn de regels omtrent gedragscodes en aansprakelijkheid van toepassing, omdat deze op grond van de Privacyrichtlijn niet mogen worden uitgezonderd.

²⁴ Kamerstukken II 1998/99, 25892, 3, p. 75 (MvT) en overweging 19 Privacyrichtlijn. Voor de interpretatie kan eveneens aansluiting worden gezocht bij de uitleg die het Hof van Justitie EU aan het begrip vestiging geeft in het kader van de vrijheid van vestiging krachtens art. 50 VWEU: er is sprake van een vaste vestiging indien deze ‘duurzaam over het personeel en de technische middelen beschikt die voor bepaalde diensten noodzakelijk zijn’, zie HvJ EG 4 juli 1985, C-168/84, ECLI:EU:C:1985:299 (Günter Berkholz), r.o. 18 en 19 en HvJ EG 7 mei 1998, C-390/96, ECLI:EU:C:1998:206 (Lease Plan Luxemburg/Belgische Staat), r.o. 19.

Voor de toepasselijkheid van het recht op grond van artikel 4, eerste lid, Wbp is evenmin van belang waar persoonsgegevens zich bevinden c.q. waar de gegevensverwerkingen (activiteiten) plaatsvinden: dit kan in de cloud zijn, op servers buiten Europa of op lokale servers. Gelet op de snelle technologische ontwikkelingen is ervoor gekozen om toepassing van de Privacyrichtlijn niet te laten afhangen van de plaats waar een gegevensbestand zich bevindt. De plaats van vestiging van de verantwoordelijke vormt het aanknopingspunt voor jurisdictie.²⁵ In de praktijk betekent dit dat wanneer een verantwoordelijke geen vestiging heeft in Nederland, maar wel in een van de andere landen van de Europese Unie, zoals Duitsland, dit ertoe leidt dat Duits recht moet worden toegepast op gegevensverwerkingen die zien op persoonsgegevens van Nederlandse burgers. Hoewel het Duitse en Nederlandse privacyrecht een implementatie vormen van dezelfde Privacyrichtlijn, zijn er, binnen de speelruimte die de Privacyrichtlijn biedt, wel onderlinge verschillen, zoals in de sanctionering van privacyovertredingen.

Artikel 4 Privacyrichtlijn beoogt te voorkomen dat op één en dezelfde gegevensverwerking het recht van meer dan een lidstaat van toepassing is. Gelet op het niveau van harmonisatie hebben lidstaten de verplichting tot wederzijds vertrouwen. Deze verplichting betekent dat één en dezelfde verwerking niet in verschillende lidstaten aan het toezicht van verschillende toezichthouders moet worden onderworpen, omdat dat het vrije verkeer van deze gegevens zou verhinderen.²⁶ De Privacyrichtlijn is immers een interne markt richtlijn en artikel 4 Wbp is een van de belangrijkste bepalingen voor het bewerkstelligen van deze interne markt.²⁷ Tegelijkertijd moet worden gewaarborgd dat op elke gegevensverwerking binnen de Europese Unie het recht van één van de lidstaten van toepassing is: voorkomen moet immers worden dat iemand van de bescherming van de Privacyrichtlijn wordt uitgesloten.²⁸

In de literatuur heeft een uitgebreide discussie plaatsgevonden over de uitleg van artikel 4, eerste lid, Wbp in internationale situaties waarin een verantwoordelijke vestigingen in meerdere plaatsen in of buiten de Europese Unie heeft.²⁹ Kernvraag daarbij was of voor de toepassing van de Wbp de verantwoordelijke zelf al dan niet in Nederland gevestigd moest zijn. De AP, bij monde van Fontein, nam in deze discussie het standpunt in dat wanneer een verantwoordelijke in een ander land is gevestigd en in Nederland slechts een bijkantoor of een branch heeft, het recht van dat andere land op gegevensverwerkingen door deze vestiging van toepassing

25 European Commission, Analysis and impact study on the implementation of Directive 95/46 in Member States, behorend bij het Eerste verslag over de toepassing van de Richtlijn gegevensbescherming (95/46/EG), COM(2003), 265, p. 6 en Kamerstukken II 1997/98, 25892, 3, p. 75.

26 Mededeling van de Commissie betreffende de bescherming van personen in verband met de behandeling van persoonsgegevens in de Gemeenschap en betreffende de beveiliging van informatiesystemen, COM(90) 314 def., p. 17.

27 Eerste verslag over de toepassing van de Richtlijn gegevensbescherming (95/46/EG), COM(2003), 265, p. 19.

28 Zie overweging 18 Privacyrichtlijn.

29 E.M.L. Moerel, 'Back to basics: wanneer is de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing?', *Computerrecht* 2008/61, p. 81-91.

was.³⁰ Alleen indien de verantwoordelijke zelf in Nederland was gevestigd, was volgens de AP de Wbp van toepassing. Hiermee werd een beperkte uitleg aan de reikwijdte van artikel 4, eerste lid, onder a, Privacyrichtlijn gegeven om cumulatie van nationale wetgeving zoveel mogelijk te voorkomen. Ter illustratie: een bedrijf is gevestigd in Duitsland en heeft een bijkantoor in Nederland. Indien de beperkte uitleg van de AP gevolgd zou worden, zou op verwerkingen door het Nederlandse bijkantoor alleen Duits recht van toepassing zijn. Maar strookte deze uitleg wel met artikel 4, eerste lid, onder a, Privacyrichtlijn? Dit artikel luidt als volgt:

Artikel 4 Privacyrichtlijn

Toepasselijk nationaal recht

1. Elke Lid-Staat past zijn nationale, ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde bepalingen toe op de verwerking van persoonsgegevens indien:

a) die wordt verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging op het grondgebied van de Lid-Staat van de voor de verwerking verantwoordelijke; 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; (...)

Overweging 19 Privacyrichtlijn geeft de volgende toelichting:

‘Overwegende (...) dat, wanneer een en dezelfde voor de verwerking verantwoordelijke gevestigd is op het grondgebied van verscheidene Lid-Staten (eigen cursivering), met name door middel van een dochteronderneming, hij dient te waarborgen, in het bijzonder om elke vorm van wetsontduiking te voorkomen, dat elk van de vestigingen voldoet aan de verplichtingen die het nationale recht aan de activiteiten stelt (eigen cursivering); (...)

In de Wbp is artikel 4, eerste lid, onder a, Privacyrichtlijn als volgt geïmplementeerd:

Artikel 4 Wbp

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

Noch uit artikel 4, eerste lid, onder a, Privacyrichtlijn, noch uit artikel 4, eerste lid, Wbp kan worden afgeleid dat de verantwoordelijke zelf in de lidstaat gevestigd moet zijn om het nationale recht van die lidstaat van toepassing te laten zijn: de aanwezigheid van een vestiging die in het kader van de activiteiten van die vestiging persoonsgegevens verwerkt in een bepaalde lidstaat, *triggert* reeds de toepasselijkheid van het recht van die lidstaat. Of de verantwoordelijke zelf dan in die lidstaat gevestigd is of in een andere lidstaat en aldaar aan het geldende nationale recht

³⁰ M.A.H. Fontein-Bijnsdorp, “Art. 4 Wbp revisited”: enkele opmerkingen inzake de toepasselijkheid van de Wet bescherming persoonsgegevens, *Computerrecht* 2008/168, p. 288. Moerel heeft in een vervolgartikel haar eigen standpunten nogmaals onderbouwd: E.M.L. Moerel, “Art. 4 Wbp revisited”; naschrift De Nieuwe WP Opinie inzake Search Engines, *Computerrecht* 2008/169, p. 290-298.

is onderworpen, doet niet ter zake. De Wbp kan dan van toepassing zijn als een verantwoordelijke in Duitsland gevestigd is en een bijkantoor heeft in Nederland, waarbij persoonsgegevens worden verwerkt in het kader van de activiteiten van de Nederlandse vestiging.

In de Privacyrichtlijn is namelijk niet gekozen voor een *land-van-oorsprongbeginsel* waarbij alleen de wet van het (oorspronkelijke) land waar de verantwoordelijke is gevestigd geldt: als de verantwoordelijke zich via meerdere vestigingen ook vestigt in andere landen en gegevensverwerkingen vinden plaats in het kader van de activiteiten van de vestigingen in die lidstaten, dan zal het nationale privacyrecht van die lidstaten ook van toepassing zijn.³¹

Een beperkte uitleg van artikel 4, eerste lid, onder a, Privacyrichtlijn, waarbij de verantwoordelijke zelf in een lidstaat gevestigd zou moeten zijn om het recht van die lidstaat van toepassing te laten zijn, kan tot lacunes in de rechtsbescherming leiden. Zo zou een Amerikaanse bedrijf met één of meerdere vestigingen die in Europa persoonsgegevens van Europese burgers verwerken, niet aan het nationale recht van een van de lidstaten zijn onderworpen, omdat de verantwoordelijke zelf buiten de Europese Unie gevestigd is. Ook kan geen beroep worden gedaan op artikel 4, eerste lid, onder c, Privacyrichtlijn. Dit artikel zal hierna uitgebreider uiteen worden gezet, maar komt er kort gezegd op neer dat wanneer een verantwoordelijke *geen* vestiging heeft in de Europese Unie, maar hier wel gebruikmaakt van middelen voor de gegevensverwerking, alsnog het nationale recht van het land waar deze middelen zich bevinden, van toepassing is.

Sinds december 2010 lijkt de AP ook van de ruimere territoriale werkingssfeer van artikel 4, eerste lid, Wbp uit te gaan: de Wbp is van toepassing als persoonsgegevens worden verwerkt in het kader van de activiteiten van een vestiging van de verantwoordelijke in Nederland. Dit vermoeden volgt uit het feit dat de AP betrokken is geweest bij de totstandkoming van een Europees advies over toepasselijk recht dat uitgaat van de ruime territoriale werkingssfeer van de Privacyrichtlijn.³² Dit advies, dat verderop in dit preadvies uitgebreider besproken zal worden, is opgesteld door de Groep Gegevensbescherming Artikel 29 (ook wel de 'Artikel 29 Werkgroep' genoemd), het onafhankelijke adviesorgaan van de Europese Commissie inzake gegevensbescherming en de persoonlijke levenssfeer. De Artikel 29 Werkgroep bestaat uit vertegenwoordigers van de nationale toezichthouders, een vertegenwoordiger van de Europese Commissie en de European Data Protection Supervisor, die toezicht houdt op de verwerking van persoonsgegevens door de communautaire instellingen. De Artikel 29 Werkgroep werd op dat moment voorgezeten door de toenmalige voorzitter van de AP, Jacob Kohnstamm. Dit impliceert dat de AP haar standpunt dat de verantwoordelijke zelf in Nederland gevestigd moet zijn om de Wbp op een gegevensverwerking van toepassing te verklaren, in december 2010 heeft verlaten. Een bevestiging van het vermoeden dat de

31 G.J. Zwenne & G.C.J. Erents, 'Reikwijdte Wbp: enige opmerkingen over de uitleg van art. 4, eerste lid, Wbp', *Privacy & Informatie* 2009/2, p. 65.

32 Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 8/2010 over toepasselijk recht, goedgekeurd op 16 december 2010, *WP* 179, p. 20.

AP inderdaad inmiddels van deze ruimere uitleg uitgaat, is terug te vinden in een onderzoek naar Google Inc. uit november 2013.³³ In deze zaak onderzocht de AP de gewijzigde privacyvoorwaarden van Google Inc. waarin Google Inc. aankondigde de persoonsgegevens die zij van gebruikers van verschillende Google-diensten verzamelde, te gaan combineren en te gebruiken voor andere diensten.³⁴ Hieronder vielen ook de gegevens die Google Inc. verzamelde wanneer websitehouders gebruikmaken van bepaalde cookies van Google Inc., zoals Google Analytics. Google Inc. verschaftte hierover geen adequate informatie en vroeg evenmin toestemming aan internetgebruikers. Google Inc. verzamelt en combineert de gegevens onder meer voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties.

Google Inc. heeft een vestiging in Nederland, Google Netherlands B.V. Google Inc. biedt haar diensten veelal gratis aan en is daarom afhankelijk van reclameinkomsten. Google Netherlands B.V. houdt zich met name bezig met het verkopen van advertenties aan Nederlandse adverteerders en ook is er een Nederlandse website. De Nederlandse vestiging vormt een essentiële schakel naar de Nederlandse advertentiemarkt. Simpel gezegd: door de gegevensverwerking kan Google Netherlands B.V. meer advertenties verkopen. De AP meent daarom dat de gegevensverwerking – het verzamelen en combineren van persoonsgegevens door Google Inc. – plaatsvond in het kader van de activiteiten van Google Netherlands B.V. en dat de Wbp derhalve van toepassing is.³⁵ Naar aanleiding van de uitkomsten van dit onderzoek heeft de AP besloten om tot handhaving over te gaan en legt zij Google Inc. in november 2014 een last onder dwangsom op.³⁶ Tussen de publicatie van het onderzoek en het moment waarop de last werd opgelegd, had het Hof van Justitie EU inmiddels uitspraak gedaan in een soortgelijke Spaanse zaak, bekend als het *Google Spain*-arrest, waarin de ruime uitleg van de territoriale werkingssfeer eveneens is bevestigd.³⁷ Deze zaak wordt uitgebreid besproken in paragraaf 4.1. Recentelijk maakte de AP bekend dat Google Inc. inmiddels alle geconstateerde overtredingen heeft beëindigd.³⁸

Dat de AP haar rechtsmacht erkent, ook wanneer de verantwoordelijke niet zelf in Nederland is gevestigd, is uiteraard een goede zaak, omdat mogelijke lacunes in de rechtsbescherming hierdoor worden ondervangen. Inmiddels is deze lijn voortgezet in een nog lopend onderzoek dat de AP in december 2014 is gestart naar de gewijzigde privacyvoorwaarden van Facebook Inc.³⁹ en in een onlangs afgerond

33 College bescherming persoonsgegevens, Onderzoek naar het verwerken van persoonsgegevens door Google, november 2013, z2013-00194.

34 Dit onderzoek was een vervolgstap op een gezamenlijk onderzoek van de Artikel 29 Werkgroep in 2012 naar deze voorwaarden, zie de brief aan Google Inc. van de Artikel 29 Werkgroep d.d. 16 oktober 2012, te raadplegen via: www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/20121016-letter_google-article_29-FINAL.pdf.

35 Zie noot 33, p. 39-41.

36 College bescherming persoonsgegevens, Last onder dwangsom Google Inc., 17 november 2014, z2014-00038.

37 HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain/Costeja*). De AP refereert in randnummer 18 van de last onder dwangsom aan dit arrest.

38 Autoriteit Persoonsgegevens, Overtredingen Google beëindigd na optreden Autoriteit Persoonsgegevens, persbericht 14 juni 2016, te raadplegen via: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/overtredingen-google-be%C3%ABindigd-na-optreden-autoriteit-persoonsgegevens>.

39 College bescherming persoonsgegevens, Cbp onderzoekt nieuwe privacyvoorwaarden Facebook, persbericht 16 december 2014, te raadplegen via: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/cbp-onderzoekt-nieuwe-privacyvoorwaarden-facebook>.

onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens door Nike Inc. in het kader van de Nike+ Run Club-app.⁴⁰ In beide zaken wordt nadrukkelijk verwezen naar het Google Spain-arrest om bevoegdheid voor de AP te creëren.⁴¹ Het is een gemiste kans dat de AP voor 2013 geen gebruik heeft gemaakt van de rechtsmacht die haar is toegekend. Een kritische kanttekening die hierbij kan worden geplaatst, is dat de AP haar standpuntswijziging niet duidelijk heeft gecommuniceerd, maar dat dit uit onderzoeken en een persbericht⁴² over het advies van de Artikel 29 Werkgroep moet worden afgeleid. Op de website van de AP wordt in de ‘Wbp-naslag’⁴³, de officiële tekst en commentaar bij de Wbp, geen duidelijkheid verschaft. Daarnaast staat op de website (nog altijd) het artikel van Fontein gepubliceerd.⁴⁴ Het zou de rechtszekerheid ten goede komen wanneer de AP het artikel van haar website verwijderd en de ‘Wbp-naslag’ op dit punt verduidelijkt. Ook in diverse richtsnoeren die door de AP zijn uitgegeven, die vaak schema’s bevatten om te bepalen of de Wbp van toepassing is, is meer toelichting wenselijk. Dit temeer omdat, zoals ook uit de hierna in paragraaf 4 behandelde Europese arresten blijkt, het bepalen van de rechtsmacht een complexe aangelegenheid is.

Volledigheidshalve dient nog te worden opgemerkt dat er nog een situatie is waarin meer dan één nationaal recht van toepassing kan zijn op een gegevensverwerking. Indien een verantwoordelijke in Nederland een bewerker in Duitsland inschakelt, dient de verantwoordelijke er op grond van artikel 17, derde lid, Privacyrichtlijn jo. artikel 14, vierde lid, Wbp op toe te zien dat de bewerker voldoet aan de beveiligingsverplichtingen en de eisen die er op grond van een mogelijke meldplicht aangaande datalekken gelden onder de Duitse privacywetgeving. Deze specifieke situatie zal in het vervolg van dit preadvies buiten beschouwing worden gelaten.

Het gebruikmaken van middelen op het grondgebied van een lidstaat

In de tweede plaats kan rechtsmacht ontstaan indien de verantwoordelijke geen vestiging heeft binnen de Europese Unie, maar voor de verwerking van persoonsgegevens gebruikmaakt van al dan niet geautomatiseerde middelen die zich op het grondgebied van een lidstaat bevinden. De feitelijke gegevensverwerking vindt dan in de Europese Unie plaats. Bij middelen kan worden gedacht aan servers en telecommunicatieapparatuur, maar ook aan het verzamelen van persoonsgegevens door middel van cookies of javascripts die zich op smartphones of tablets bevinden.⁴⁵ De middelen hoeven derhalve niet in het bezit te zijn van de verantwoordelijke maar kunnen ook aan een betrokkene toebehoren. Het criterium ‘middelen’ wordt ruim uitgelegd: het feit dat een persoon enquêtes of vragenlijsten afneemt,

40 College bescherming persoonsgegevens, Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de Nike+ Running-app door Nike Inc., 22014-00859.

41 Zie noot 39 en zie noot 40, p. 39-41.

42 College bescherming persoonsgegevens, Privacytoezichthouders verhelderen regels voor toepasselijk Privacyrecht, nieuwsbericht 7 januari 2011, te raadplegen via: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/privacytoezichthouders-verhelderen-regels-voor-toepasselijk-privacyrecht>.

43 Te raadplegen via: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/over-privacy/wetten/wbp-naslag>.

44 Zie: https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/downloads/th_dossier/285-289.pdf.

45 Zie noot 32, p. 20.

kan worden aangemerkt als het gebruik van een middel.⁴⁶ Bij het gebruik van middelen op het grondgebied van een lidstaat is het recht van die lidstaat van toepassing, tenzij deze middelen slechts voor doorvoer worden gebruikt, bijvoorbeeld omdat de gegevens nu eenmaal door een internetkabel op het grondgebied lopen (art. 4, eerste lid, onder c, Privacyrichtlijn en art. 4, tweede lid, Wbp). Indien de verantwoordelijke gebruikmaakt van al dan niet geautomatiseerde middelen in een lidstaat, dient hij een vertegenwoordiger op het grondgebied van de lidstaat aan te stellen (art. 4, eerste lid, onder c, Privacyrichtlijn). Dit is terug te vinden in artikel 4, derde lid, Wbp, waarin is bepaald dat het voor een verantwoordelijke verboden is om persoonsgegevens te verwerken, indien hij geen vertegenwoordiger aanstelt.⁴⁷ Deze vertegenwoordiger kan een persoon of een instantie zijn en handelt namens de verantwoordelijke in overeenstemming met de Wbp. Voor de toepassing van de Wbp wordt de vertegenwoordiger aangemerkt als de verantwoordelijke. Dit laat overigens onverlet dat rechtsvorderingen ook tegen de verantwoordelijke zelf kunnen worden ingesteld.

De toepasselijkheid van de Nederlandse Wbp op grond van artikel 4, tweede lid, Wbp kan worden geïllustreerd aan de hand van twee onderzoeken van de AP.

In 2013 startte de AP een onderzoek naar vermoedelijke privacyschendingen door WhatsApp Inc., de aanbieder van de populaire instant messaging app whatsapp.^{48,49} Het bleek namelijk dat gebruikers om whatsapp te kunnen gebruiken, WhatsApp Inc. toegang dienden te geven tot hun volledige adresboek. Op die manier kon WhatsApp Inc. zien welke contacten al whatsapp gebruikten en welke niet. Ook de gegevens van niet-gebruikers werden door WhatsApp Inc. opgeslagen. Dit was niet nodig om te kunnen whatsappen en de gegevens van talloze niet-gebruikers kwamen zo zonder hun medeweten in handen van WhatsApp Inc. Tevens werden de whatsappberichtjes onversleuteld verzonden, waardoor zij door anderen konden worden onderschept. Bovendien was de methode waarop WhatsApp Inc. wachtwoorden aanmaakte, niet veilig en werden de persoonsgegevens van whatsapp-gebruikers te lang bewaard.

Duidelijk was dat WhatsApp Inc. op grote schaal persoonsgegevens verwerkte van miljoenen Nederlandse gebruikers én niet-gebruikers, zoals telefoonnummers, de inhoud van whatsappberichtjes (foto's, locatiegegevens e.d.) en statusberichten e.d. De vraag was echter of de AP ter zake rechtsmacht toekwam. WhatsApp Inc. had ten tijde van het onderzoek geen kantoren buiten de Verenigde Staten. De AP diende aan te tonen dat de verwerking van persoonsgegevens door WhatsApp Inc. toch binnen het toepassingsbereik van het Nederlandse privacyrecht viel. De AP

⁴⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁷ Het niet aanwijzen van een vertegenwoordiger is een van de twee bepalingen die op grond van art. 75 Wbp strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd.

⁴⁸ College bescherming persoonsgegevens, Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de mobiele applicatie whatsapp door WhatsApp Inc., 28 januari 2013, 22011-00987.

⁴⁹ Dit onderzoek naar WhatsApp Inc. is bijzonder omdat het het eerste onderzoek is waarbij op trans-Atlantisch niveau is samengewerkt. Het onderzoek werd namelijk uitgevoerd samen met de Canadese privacytoezichthouder, de Office of the Privacy Commissioner of Canada.

redeneerde als volgt. WhatsApp Inc. gebruikt de smartphones van Nederlandse whatsapp-gebruikers als middel voor de verwerking van persoonsgegevens via de app. De middelen worden niet slechts voor de doorvoer van persoonsgegevens gebruikt: WhatsApp Inc. richt zich (mede) op Nederlandse gebruikers. Dit is af te leiden uit de Nederlandse dialoogboxen (zoals instellingsschermen) en overige informatie die in het Nederlands beschikbaar is.⁵⁰ Hiermee is volgens de AP de toepasselijkheid van de Wbp gegeven. Het feit dat WhatsApp Inc. via haar voorwaarden en Privacy Notice contractueel de toepassing van een ander recht dan het recht van Californië uitsloot, doet niets af aan de toepasselijkheid van de Wbp. De Wbp is dwingend recht; de toepasselijkheid kan niet via een eenzijdige verklaring of contractueel worden uitgesloten.

Ondanks het feit dat WhatsApp Inc. gedurende het gehele onderzoek de bevoegdheid van de AP is blijven betwisten, heeft zij inmiddels meerdere maatregelen genomen om de geconstateerde overtredingen te beëindigen. Eén overtreding is echter nog altijd niet beëindigd: Whatsapp Inc. had, bij gebrek aan een vestiging in de Europese Unie, in Nederland een vertegenwoordiger moeten aanwijzen. De AP besloot daarom een last onder dwangsom op te leggen van € 10.000 per dag met een maximum van € 1.000.000.⁵¹ Whatsapp Inc. heeft hiertegen bezwaar gemaakt en nadat dit bezwaar is afgewezen, beroep ingesteld, maar ook dat beroep is recentelijk ongegrond verklaard.⁵² In beroep voerde Whatsapp Inc. onder meer aan dat het in de praktijk onmogelijk is om een vertegenwoordiger te vinden, omdat deze aansprakelijkheid op zich moet nemen voor boetes en dwangsommen die Whatsapp Inc. kan oplopen, terwijl de lokale vertegenwoordiger geen enkele invloed heeft op de activiteiten van Whatsapp Inc. De rechter heeft evenwel geoordeeld dat partijen dit contractueel kunnen afdichten (zie r.o. 5.3 en 11). Whatsapp Inc. ontkomt er dus niet aan om een vertegenwoordiger in Nederland aan te stellen.

Een ander voorbeeld is het onderzoek van de AP naar de verzameling van allerlei persoonsgegevens door Google Inc.⁵³ voor de dienst *Google Street View*. Via *Google Street View* kunt u precies zien of het huis waarover uw collega zo opschept een rijtjeshuis is of, zoals hij zegt: ‘een luxueuze schakelvilla’. Ook is het uiteraard handig om van tevoren op te kunnen zoeken hoe een adres dat u moet bezoeken er aan de buitenkant uitziet. Om Nederland in kaart te brengen liet Google Inc. gedurende twee jaar speciaal daartoe met camera’s uitgeruste Street View auto’s door de Nederlandse straten rijden. Naast camera’s hadden de auto’s ook apparatuur aan boord om draadloos internetverkeer op te vangen. Met deze apparatuur werd gedurende twee jaar informatie verzameld, waaronder MAC-adressen van 3,6 miljoen routers die aanstonden op het moment dat de Street View auto

50 Zie voor de link met de toepasselijkheid van art. 11.7a Tw en de daarin opgenomen verplichting om toestemming te verkrijgen van de niet-gebruikers van whatsapp paragraaf 3.6 van het onderzoek.

51 College bescherming persoonsgegevens, Last onder dwangsom WhatsApp Inc., 22 juli 2014, niet gepubliceerd.

52 Rb. Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14088.

53 College bescherming persoonsgegevens, Onderzoek naar de verzameling van Wifi-gegevens met Street View auto’s door Google, 7 december 2010, 22010-00582.

langsreed. Simplistisch gezegd kon Google Inc. hierdoor de foto's aan een exacte locatie koppelen. Ook werden inhoudelijke communicatiegegevens van onbeveiligde draadloze WiFi-netwerken opgevangen. Google Inc. had de eigenaren van de routers hier niet over geïnformeerd en had ook geen grondslag (zoals toestemming of een gerechtvaardigd belang in de zin van art. 8 Wbp) voor deze gegevensverwerking. Ook op andere punten voldeed Google Inc. niet aan de Wbp. De AP besloot dan ook op te treden en stelde zich op het standpunt dat de Wbp van toepassing was, omdat Google Inc. 'middelen', namelijk de met apparatuur uitgeruste Street View auto's, inzette om persoonsgegevens te verwerken.⁵⁴ Over het feit dat Google Inc. wel een vestiging heeft in Nederland ten tijde van het onderzoek, te weten Google Netherlands B.V., merkt de AP in deze zaak slechts op dat dit de lokale vertegenwoordiger is van Google Inc. Een nadere uitleg van diens activiteiten of het vaststellen dat dit een 'irrelevante' vestiging betreft waardoor een beroep op artikel 4, tweede lid, Wbp mogelijk is, blijft achterwege. Uiteindelijk legde de AP Google Inc. een last onder dwangsom van € 1 miljoen op.⁵⁵

Advies 8/2010 inzake toepasselijk recht

Niet alleen in Nederland, maar ook in de andere lidstaten werd geworsteld met de uitleg van artikel 4 van de Richtlijn. Zoals hierboven reeds kort is aangehaald, publiceerde de Artikel 29 Werkgroep in december 2010 een uitgebreid advies gericht op de uitleg van de territoriale werkingssfeer van de Privacyrichtlijn en de gevolgen daarvan voor de toepassing van nationale privacywetgeving.⁵⁶

De Artikel 29 Werkgroep gaat uit van een ruime territoriale werkingssfeer van de Privacyrichtlijn, die niet alleen tot het Europese territoir beperkt is. Indien persoonsgegevens buiten de Europese Unie worden verwerkt in het kader van de activiteiten van een vestiging van een verantwoordelijke in de Europese Unie, is de Privacyrichtlijn van toepassing. De plaats van de gegevensverwerking is immers niet doorslaggevend. Dit is temeer van belang nu deze plaats mede door technologische ontwikkelingen, zoals *cloud computing*, steeds moeilijker te bepalen is.⁵⁷ Indien een verantwoordelijke buiten de Europese Unie gevestigd is, maar middelen voor het verwerken van persoonsgegevens gebruikt die zich binnen de Europese Unie bevinden, is de Privacyrichtlijn eveneens van toepassing.⁵⁸ De nationaliteit, de verblijfplaats van de betrokkenen en de fysieke locatie van de persoonsgegevens spelen geen rol.⁵⁹

Voor de toepassing van artikel 4, eerste lid, onder a, Privacyrichtlijn kiest de Artikel 29 Werkgroep voor de ruime uitleg: de aanwezigheid van een vestiging van de voor de verwerking verantwoordelijke in een lidstaat leidt in beginsel tot

54 Over het feit dat Google Inc. wel een vestiging heeft in Nederland ten tijde van het onderzoek, te weten Google Netherlands B.V., merkt de AP slechts op dat dit de lokale vertegenwoordiger is van Google Inc. Een nadere uitleg van diens activiteiten of het vaststellen dat dit een 'irrelevante' vestiging betreft waardoor een beroep op art. 4, tweede lid, Wbp mogelijk is, blijft achterwege.

55 College bescherming persoonsgegevens, Last onder dwangsom, 23 maart 2011, 22010-01467.

56 Zie noot 32.

57 *Ibid.*, p. 7.

58 *Ibid.*, p. 9.

59 *Ibid.*, p. 9 en 10.

de toepassing van het recht van die lidstaat. De aanwezigheid van vestigingen in andere lidstaten kan dus tot gevolg hebben dat ook het nationale recht van die andere lidstaten van toepassing is. Om te bepalen welk nationale recht van toepassing is, is de invulling van het begrip ‘in het kader van de activiteiten’ van de vestiging doorslaggevend, waarbij de vestiging de gegevens niet zelf hoeft te verwerken. Beoordeeld moet worden of de vestiging betrokken is bij activiteiten die verband houden met de gegevensverwerking. Elementen die daarbij een rol spelen zijn (1) de mate van betrokkenheid bij de activiteiten in het kader waarvan persoonsgegevens worden verwerkt; (2) de aard van de activiteiten; en (3) de noodzaak om een doeltreffende gegevensverwerking te waarborgen. De rechtsvorm van de vestiging is niet doorslaggevend: zelfs de aanwezigheid van een agent in een lidstaat kan als een relevante vestiging van een verantwoordelijke worden beschouwd indien zijn aanwezigheid voldoende duurzaam is.⁶⁰ De Artikel 29 Werkgroep vat het als volgt samen:

‘De doorslaggevende factoren zijn de aard en plaats van de gewone activiteiten die worden verricht en die het “kader” vormen waarin de verwerking wordt verricht.’⁶¹

Ten aanzien van artikel 4 eerste lid, onder c, Privacyrichtlijn legt de Artikel 29 Werkgroep uit dat de Privacyrichtlijn de cumulatieve toepassing van artikel 4, eerste lid, onder a, en artikel 4, eerste lid, onder c, Privacyrichtlijn uitsluit.⁶² Indien een verantwoordelijke een vestiging heeft in de Europese Unie en een gegevensverwerking plaatsvindt in het kader van de activiteiten van die vestiging, is het nationale recht van het land van die vestiging van toepassing. Het feit dat zich in andere landen ook middelen voor het verwerken van persoonsgegevens bevinden, is irrelevant. De verwerkingen worden immers verricht in het kader van de activiteiten van de vestiging.

Maar wat nu als een verantwoordelijke *wel* een vestiging heeft binnen de Europese Unie, maar deze vestiging niet betrokken is bij de gegevensverwerking en de verantwoordelijke *wel* middelen gebruikt in de Europese Unie om persoonsgegevens te verzamelen? In dat geval moet men doen alsof er geen vestiging is binnen de Europese Unie en kan artikel 4, eerste lid, onder c, Privacyrichtlijn worden toegepast, teneinde een lacune in de rechtsbescherming te voorkomen.⁶³ De Artikel 29 Werkgroep licht toe dat de ruime uitleg van het criterium ‘middelen’ als ongewenst bijeffect heeft dat de Privacyrichtlijn van toepassing is op gegevensverwerkingen die nauwelijks een band met de EU hebben. Een Amerikaanse partij die gegevens van Amerikanen verwerkt via de servers van een bewerker in Frankrijk, wordt in dat geval immers onderworpen aan Frans privacyrecht.⁶⁴

Ook merkt de Artikel 29 Werkgroep op dat het toepasselijke recht niet altijd samen hoeft te vallen met de bevoegdheid van een nationale rechter. De Richtlijn

60 *Ibid.*, p. 14 en 22. Zie ook: Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 1/2008 over gegevensbescherming en zoekmachines, goedgekeurd op 4 april 2008, WP 148, p. 10 en 11.

61 Zie noot 32, p. 18.

62 *Ibid.*, p. 33 en 34.

63 *Ibid.*, p. 23.

64 *Ibid.*, p. 24.

laat de nationale bepalingen omtrent de rechterlijke bevoegdheid onverlet. Dat het niet adequaat regelen daarvan in de praktijk grote consequenties kan hebben ten aanzien van de mogelijkheden om een partij in rechte aan te spreken, wordt nader uitgewerkt in paragraaf 4.4.

De belangrijkste conclusies van de Artikel 29 Werkgroep zijn dan ook niet verrassend: de tekst van artikel 4 Privacyrichtlijn zou duidelijker kunnen, onder meer door te verduidelijken wat er bedoeld wordt met ‘in het kader van de activiteiten van een vestiging’ en door aan te geven dat indien er geen ‘relevante’ vestiging is binnen de EU, een beroep op artikel 4, eerste lid, onder c, Privacyrichtlijn mogelijk is. Om de cumulatie van nationale wetgeving te voorkomen, zou kunnen worden overwogen om terug te keren naar het *land-van-oorsprong-beginsel*, waarbij het recht van het land waar de hoofdvestiging van de verantwoordelijke zich bevindt, zou gelden voor alle vestigingen, ongeacht waar die zich bevinden. Daarvoor is het echter noodzakelijk dat de nationale privacywetgeving verder wordt geharmoniseerd. Zo lopen momenteel de sancties per lidstaat enorm uiteen. Het overkort toepassen van het *land-van-oorsprong-beginsel* zou dan kunnen leiden tot *forum shopping*, waarbij verantwoordelijken zich vestigen in landen waar minder strikt tegen schendingen van de nationale privacywetgeving wordt opgetreden.⁶⁵ De AP heeft in het verleden aangegeven dat zij een *land-van-oorsprong-beginsel* afwijst. Zij meent dat, hoewel er vanuit het oogpunt van lastenverlichting en het vrije verkeer van persoonsgegevens iets voor te zeggen is, toepassing van dit beginsel nadelig is voor de betrokkene, omdat het voor hem moeilijker wordt om de bescherming van zijn privacy af te dwingen.⁶⁶

De Artikel 29 Werkgroep geeft tevens aan dat, indien de verantwoordelijke buiten de EU gevestigd is, maar er wel een evidente band is met de EU, er gekeken moet worden of het Europese recht ook van toepassing kan zijn als een verantwoordelijke duidelijk zijn diensten richt op personen in de EU, bijvoorbeeld door informatie in bepaalde talen op zijn website aan te bieden of door producten te versturen naar de EU.⁶⁷ Deze norm kennen we uit het consumentenrecht.⁶⁸ Een kanttekening die ik hierbij wil maken, is de volgende. Deze aanbeveling lijkt haaks te staan op de ruime uitleg van het begrip ‘middelen’ die door de Artikel 29 Werkgroep gepropageerd wordt. Zou men immers niet al kunnen zeggen dat wanneer een bedrijf een webshop heeft, de gegevensverwerking plaatsvindt via computers of smartphones die zich in een lidstaat bevinden, zoals door de AP in de WhatsApp-zaak wordt betoogd? De Artikel 29 Werkgroep lijkt deze discrepantie ook te zien: artikel 4, eerste lid, onder c, Privacyrichtlijn zou alleen nog als restbepaling dienen te worden gehanteerd, voor de gevallen waarin de verantwoordelijke geen vestiging in de EU heeft en ook onvoldoende kan worden aangetoond dat de verantwoordelijke zich op de EU richt.

65 *Ibid.*, p. 35.

66 Zie noot 30, p. 289.

67 Zie noot 32, p. 36.

68 HvJ EU 7 december 2010, gevoegde zaken C-585/08 (Pammer) en C-144/09 (Hotel Alpenhof). Zie hierover eveneens het preadvies van R.E. Tak en R. Klein, Over de grens gaan: grensoverschrijdende handhaving van het mededingings- en consumentenrecht.

Verderop in dit preadvies zal worden gezien in hoeverre de conclusies en aanbevelingen van de Artikel 29 Werkgroep zijn overgenomen in de nieuwe Europese Privacyverordening.

Overige aandachtspunten

Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat het ook zo kan zijn dat de verantwoordelijke niet op het grondgebied van de lidstaat gevestigd is, maar op een plaats waar de nationale wet op grond van het internationale publiekrecht van toepassing is (art. 4, eerste lid, onder b, Privacyrichtlijn). Zo is Nederlands recht van toepassing op Nederlandse schepen, vliegtuigen en op Nederlandse ambassades en diplomatieke vertegenwoordigingen. Tot slot dient te worden vermeld dat de Privacyrichtlijn de territorialiteitsregels inzake het strafrecht onverlet laat.⁶⁹

3.2 Toezicht

Op grond van artikel 28 Privacyrichtlijn dient elke lidstaat een of meer onafhankelijke autoriteiten te belasten met het toezicht op de naleving van de Privacyrichtlijn. Deze autoriteiten behoren te worden geraadpleegd bij het opstellen van privacyrechtelijke wet- en regelgeving (zie art. 28, tweede lid, Privacyrichtlijn jo. art. 51, tweede lid, Wbp). De autoriteiten dienen te beschikken over onderzoeksbevoegdheden en effectieve handhavingsbevoegdheden. Ook moeten zij de bevoegdheid hebben om in rechte te kunnen optreden bij inbreuken op nationale wetgeving (waarin de Privacyrichtlijn is geïmplementeerd) of om deze inbreuken onder de aandacht van de rechterlijke instanties te brengen (zie art. 28, derde lid, Privacyrichtlijn jo. m.n. art. 60 en 61 Wbp). In Nederland is dit toezicht bij de AP belegd (zie art. 51, eerste lid jo. art. 61, eerste lid, Wbp).

Deze bevoegdheden mogen door elke toezichthouder worden uitgeoefend op het eigen grondgebied, *ongeacht welk recht van toepassing is* (zie art. 28, zesde lid, Privacyrichtlijn jo. art. 51, eerste lid, tweede zin, Wbp). Toepasselijk recht en toezichtsbevoegdheid vallen derhalve niet altijd samen. Bij toezicht op 'vreemd' recht gelden echter wel beperkingen, welke in paragraaf 4.2 nader worden toegelicht.

De autoriteiten kunnen elkaar ook verzoeken hun bevoegdheden uit te oefenen. Zij zijn verplicht om samen te werken als dat nodig is ter uitvoering van hun taken, bijvoorbeeld via het verstrekken van inlichtingen (zie art. 61, zesde lid, Wbp). Hiertoe zijn zij ook op grond van het beginsel van loyale samenwerking ex artikel 4, derde lid van het Verdrag betreffende de Europese Unie verplicht. Dit betekent echter niet dat de ene lidstaat de andere lidstaat kan dwingen tot het starten van een onderzoek naar een gegevensverwerking door een verantwoordelijke die vanuit een vestiging op het grondgebied van laatstgenoemde lidstaat plaatsvindt.

In de praktijk betekent dit dat ondernemingen de *verantwoordelijkheid* voor een bepaalde gegevensverwerking kunnen overhevelen naar een entiteit in een andere

69 Zie overweging 21 Privacyrichtlijn.

lidstaat, om zo aan het privacyrecht en het sanctionerende toezicht in een bepaalde lidstaat te ‘ontsnappen’. Dit werd pijnlijk duidelijk in een recent onderzoek van de AP. De AP startte in 2011 een onderzoek naar YD Display Advertising Benelux B.V. (YD).⁷⁰ YD plaatste zogenoemde *tracking cookies*,⁷¹ waarmee ze het surfgedrag van internetgebruikers op websites van haar adverteerders kon volgen en vervolgens op andere websites die de gebruiker bezocht, advertenties van haar adverteerders kon tonen. Versimpeld: u zoekt een uurtje naar nieuwe schoenen op Zalando en als u vervolgens op nu.nl het nieuws leest, ziet u overal aanbiedingen van precies die zwarte schoenen die u vaak heeft aangeklikt. Voor het plaatsen van dergelijke cookies is naar Nederlands recht ondubbelzinnige geïnformeerde toestemming van de internetgebruikers nodig, bijvoorbeeld via een *cookie banner* waarin informatie wordt verschaft en waarin u moet aanklikken dat u akkoord gaat met het plaatsen en uitlezen van deze cookies. De AP besloot om aan YD een last onder dwangsom op te leggen. YD had echter intussen de verantwoordelijkheid voor de verwerking van de persoonsgegevens verplaatst naar haar vestiging in het Verenigd Koninkrijk. De AP heeft geen rechtsmacht in het Verenigd Koninkrijk, omdat op de gegevensverwerking Engels recht van toepassing is geworden. De AP heeft daarop contact gezocht met de Engelse privacytoezichthouder, maar die heeft aangegeven dat hij, gelet op de verschillen tussen het Engelse en Nederlandse privacyrecht, geen mogelijkheid ziet om op te treden.

Momenteel zijn diverse prejudiciële vragen bij het Hof van Justitie van de EU aanhangig waarin wordt verzocht om meer duidelijkheid over de toezichtsbevoegdheden en de samenwerkingsverplichtingen bij toezicht op multinationals met meerdere vestigingen in de Europese Unie.⁷² Met name de situatie waarin een concern in de Europese Unie meerdere vestigingen met verschillende taken heeft, roept vragen op. Wat zijn bijvoorbeeld de rollen van de verschillende toezichthouders indien een concern in lidstaat A een verantwoordelijke heeft die volgens het concernbeleid exclusief verantwoordelijk is voor de verwerking van persoonsgegevens in de hele Europese Unie, maar ook een vestiging heeft in lidstaat B die activiteiten verricht die zich specifiek op lidstaat B richten? Ongeacht welk recht van toepassing is, mag een toezichthouder immers ook de bevoegdheden die hij op grond van artikel 28, derde lid, Privacyrichtlijn heeft, uitoefenen binnen zijn grondgebied (zie art. 28, zesde lid, Privacyrichtlijn). Mag de toezichthouder in lidstaat B autonoom optreden tegen de verantwoordelijke in lidstaat A? Of is hij verplicht om eerst de toezichthouder in lidstaat A te vragen om op te treden? Het zal interessant zijn om te zien of het Hof de samenwerkingsverplichting van de toezichthoudende autoriteiten al dan niet verder specificeert.

⁷⁰ College bescherming persoonsgegevens, Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens door YD voor behavioural targeting, 27 maart 2011, gecorrigeerd op 29 april 2014, [22012-00811](https://www.ccbp.nl/onderzoek-naar-de-verwerking-van-persoonsgegevens-door-yd-voor-behavioural-targeting) en College bescherming persoonsgegevens, Last onder dwangsom, 17 april 2015, gepubliceerd op 19 januari 2016, [22014-00387](https://www.ccbp.nl/last-onder-dwangsom).

⁷¹ Zie noot 19.

⁷² Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Bundesverwaltungsgericht (Duitsland) op 14 april 2016 – Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein/Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, C-210/16, te raadplegen via <http://curia.europa.eu>.

Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat momenteel in het algemeen geldt dat in de situatie waarin een nationale privacytoezichthouder wel rechtsmacht heeft en besluit een bestuurlijke boete op te leggen aan een partij die in een andere lidstaat of buiten de EU is gevestigd, hij veelal weinig mogelijkheden heeft om daadwerkelijk tot inning van een dergelijke boete over te gaan.⁷³

73 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van deze problematiek in het WODC-rapport van A.J. Metselaar en P.C. Adriaanse, *Grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes. Een verkennend onderzoek naar ervaringen in België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk en mogelijkheden voor internationale samenwerking*, 10 juni 2014, te raadplegen via: www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2305-grensoverschrijdende-inning-van-bestuurlijke-boetes.aspx. Zie hierover eveneens het preadvies van R.E. Tak en R. Klein, *Over de grens gaan: grensoverschrijdende handhaving van het mededingings- en consumentenrecht*.

4 Rechtsmacht in de praktijk

In de praktijk verwerken momenteel met name grote Amerikaanse spelers zoals Google Inc. en Facebook Inc. grote hoeveelheden persoonsgegevens van Europese burgers. Om deze partijen binnen de reikwijdte van de Privacyrichtlijn te brengen, zien we een tendens om de territoriale reikwijdte van de Privacyrichtlijn, en daarmee de bevoegdheden van de nationale privacytoezichthouders, steeds verder op te rekken. Met name het vestigingsbegrip uit de Privacyrichtlijn is meerdere keren onderwerp geweest van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU. Twee van de belangrijkste arresten worden hierna kort besproken. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de (on)mogelijkheid voor een nationale toezichthouder om sancties op te leggen indien een verantwoordelijke persoonsgegevens van de onderdanen van een lidstaat verwerkt, maar niet aan het nationale recht van die lidstaat onderworpen is, bijvoorbeeld omdat de verantwoordelijke in een andere lidstaat gevestigd is. Daarnaast wordt gekeken naar een actuele zaak waarin rechtsmacht een belangrijke rol speelt, te weten het delen van persoonsgegevens van gebruikers van whatsapp met Facebook Inc. en haar groepsmaatschappijen als gevolg van de overname van WhatsApp Inc. door Facebook Inc.

Tot slot wordt kort stilgestaan bij de rol van de burgerlijke rechter. Het verkrijgen van bestuurlijke rechtsmacht betekent namelijk niet dat hiermee ook de rechtsmacht van de nationale burgerlijke rechter vaststaat. Dit blijkt onder meer uit een kort geding dat is aangespannen door de Belgische privacytoezichthouder tegen Facebook en dat hierna uitgebreider wordt toegelicht.

4.1 Google Spain

De *Google Spain*-zaak⁷⁴ is met name bekend vanwege het feit dat het Hof van Justitie EU in deze zaak het ‘recht om vergeten te worden’ erkent. Maar deze zaak is ook vanuit het oogpunt van het bepalen van het toepasselijke recht zeer interessant. Hier volgen in het kort de feiten op een rij. De heer Costeja González (‘Costeja’) had eind jaren negentig socialezekerheidsschulden. Nadat beslag werd gelegd op een aantal onroerende zaken, vond er een openbare executoriale veiling plaats. Deze veiling werd meerdere malen in een lokaal dagblad aangekondigd. Op een gegeven moment digitaliseert de krant en is het archief van het dagblad online beschikbaar en daardoor indexeerbaar voor de zoekmachine Google Search. Via Google Search worden wereldwijd websites geïndexeerd, waaronder in Spanje.

74 Zie noot 37.

Google Inc. gebruikt de verzamelde informatie om met zoektermen verbonden advertenties te tonen wanneer iemand Google Search gebruikt.

Wanneer iemand de voor- en achternaam van Costeja in de zoekmachine Google invoert, verschijnen er links naar de voornoemde dagbladpublicaties. Costeja wil deze links verwijderd zien, aangezien hij meent dat deze niet meer relevant zijn. Nadat hij bij Google Spain SL en Google Inc. bot vangt, dient hij een klacht in bij de Spaanse toezichthouder, de Agencia Española de Protección de Datos ('AEPD'). De AEPD beveelt daarop Google Spain SL en Google Inc. om de gegevens van Costeja uit hun index te verwijderen, zodat in de toekomst niet meer naar de dagbladpublicaties gelinkt wordt. Google Spain SL en Google Inc. stappen vervolgens naar de rechter om het oordeel van de AEPD nietig te laten verklaren. De nationale rechter besluit diverse prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU te stellen, waarbij ik mij hierna alleen zal richten op de vragen omtrent de materiële en territoriale werkingssfeer van de Privacyrichtlijn.

Voor wat betreft de materiële werkingssfeer van de Privacyrichtlijn, vraagt de rechter zich af of het indexeren van informatie door zoekmachines kan worden aangemerkt als het verwerken van persoonsgegevens en als dat zo is, of de exploitant van een zoekmachine als verantwoordelijke (i.c. Google Inc.) kan worden aangewezen. Deze vragen worden bevestigend beantwoord (zie r.o. 28 e.v.).⁷⁵

Om de territoriale werkingssfeer van de Privacyrichtlijn vast te kunnen stellen, wil de nationale rechter vernemen of Google Spain SL kan worden aangemerkt als 'vestiging' van Google Inc. Dat dit voor de Spaanse rechter niet vanzelfsprekend was, blijkt uit een andere prejudiciële vraag: hij wil weten of het gebruik van spiders en robots (computerprogramma's die geautomatiseerd en methodisch het internet doorzoeken) is aan te merken als het gebruik van 'middelen' voor de verwerking van persoonsgegevens (ofwel: geen vestiging maar wel middelen die tot toepassing van het nationale recht kunnen leiden). Hetzelfde wil hij vernemen ten aanzien van het gebruik van een nationale domeinnaam, het sturen van zoekopdrachten en resultaten in de taal van de desbetreffende lidstaat, en de tijdelijke opslag van geïndexeerde informatie. Saillant detail is dat Google Inc. uit concurrentieoverwegingen weigert de plaats aan te geven waar de indexen worden opgeslagen.

Google Spain SL promoot en verkoopt advertentieruimte ten behoeve van Google Search. Zij richt zich hierbij op Spaanse inwoners. Google Spain SL oefent via een vaste vestiging daadwerkelijk economische activiteiten uit (zie r.o. 48). Maar is daarbij sprake van het verwerken van persoonsgegevens in het kader van de activiteiten van een vestiging van Google Inc. in Spanje? Het indexeren van persoonsgegevens voor Google Search wordt gedaan door Google Inc. Google Spain SL verricht alleen reclameactiviteiten. Artikel 4, eerste lid, onder a, Privacyrichtlijn eist echter niet dat Google Spain SL zelf de gegevensverwerking uitvoert, maar dat de gegevensverwerking plaatsvindt in het kader van de activiteiten van Google Spain SL. Het Hof komt tot de conclusie dat de activiteiten van Google Inc. en die van Google Spain SL onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden: zonder advertenties is

⁷⁵ In deze zaak stond niet ter discussie dat geïndexeerde zoekresultaten persoonsgegevens bevatten (zie r.o. 27).

de zoekmachine niet economisch rendabel en zonder de zoekmachine hoeven er geen advertenties te worden verkocht (zie r.o. 56). De weergave van de zoekresultaten vormt een gegevensverwerking en op het moment dat de zoekresultaten getoond worden, worden op dezelfde webpagina de daarmee verbonden advertenties getoond. Dit betekent volgens het Hof dat de verwerking wordt verricht in het kader van de reclame- en handelsactiviteiten van Google Spain SL en dat daarmee wordt voldaan aan de eisen van artikel 4, eerste lid, onder a, Privacyrichtlijn. De vragen omtrent het al dan niet aanwezig zijn van middelen voor de verwerking van persoonsgegevens op het grondgebied van een lidstaat van de Europese Unie, in dit specifieke geval Spanje, hoeven derhalve niet meer te worden beantwoord: de toepasselijkheid van de Privacyrichtlijn staat immers vast.

Om te bepalen of een gegevensverwerking plaatsvindt in het kader van de activiteiten van een vestiging van een verantwoordelijke en of aldus het nationale recht van de lidstaat van die vestiging van toepassing is, wordt door het Hof een nieuw element toegevoegd, namelijk de ‘onlosmakelijke verbondenheid van activiteiten’ (*‘inextricably linked’*) van een vestiging van de verantwoordelijke met de gegevensverwerking door de verantwoordelijke zelf. De uitspraak in deze zaak leidde ertoe dat de Artikel 29 Werkgroep zich genoodzaakt zag haar advies inzake het toepasselijk recht aan te passen.⁷⁶ Deze uitbreiding van de territoriale reikwijdte van de Privacyrichtlijn kan tot gevolg hebben dat een gegevensverwerking door een verantwoordelijke van buiten de EU – die dacht dat hij geen relevante vestigingen voor een bepaalde gegevensverwerking had binnen de EU – toch binnen het toepassingsbereik van de Privacyrichtlijn wordt gebracht.

4.2 Weltimmo

Ook in de zaak *Weltimmo*⁷⁷ bleek dat de uitleg van het begrip ‘vestiging’, ruim twintig jaar na publicatie van de Privacyrichtlijn, nog steeds vragen oproept. Het in Slowakije geregistreerde bedrijf *Weltimmo s.r.o.* (*‘Weltimmo’*) heeft een vastgoedwebsite waarop advertenties kunnen worden geplaatst voor onroerend goed in Hongarije. Advertenties zijn de eerste maand gratis. Een grote groep adverteerders meldt zich na een maand af bij *Weltimmo*. *Weltimmo* negeert deze afmeldingen. Als adverteerders weigeren te betalen, stuurt *Weltimmo* een incassobureau op de adverteerders af. De adverteerders hebben hierover een klacht ingediend bij de Hongaarse privacytoezichthouder, die aan *Weltimmo* een boete van ongeveer € 32.000 heeft opgelegd. *Weltimmo* gaat hiertegen in beroep, omdat zij meent dat de Hongaarse toezichthouder geen bevoegdheid toekomt, nu *Weltimmo* geen vestiging heeft in Hongarije en de server waarop de website gehost wordt, zich niet in Hongarije bevindt.

76 Article 29 Data Protection Working Party, Update of Opinion 8/2010 on applicable law in light of the CJEU Judgement in *Google Spain*, adopted on 16 December 2015, WP 179 (nog niet in het Nederlands beschikbaar).

77 HvJ EU 1 oktober 2015, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 (*Weltimmo*).

Uiteindelijk leidt een en ander tot prejudiciële vragen bij het Hof van Justitie EU. De verwijzende rechter vraagt zich allereerst af of het Hongaarse recht van toepassing is op een verantwoordelijke (Weltimmo) die uitsluitend in een andere lidstaat is gevestigd (Slowakije), terwijl op de door hem beheerde vastgoedwebsite (ook) advertenties voor in Hongarije gelegen onroerend goed staan, waarbij de persoonsgegevens van de adverteerders vanaf Hongaars grondgebied worden gestuurd naar en worden opgeslagen en bewerkt op een server van de verantwoordelijke (Weltimmo) die weer in een andere lidstaat staat.

Tegelijkertijd wil de rechter weten of bovenstaande feiten ertoe leiden dat artikel 28, eerste lid, Privacyrichtlijn (de aanwijzing van een toezichthouder op het grondgebied van een lidstaat), zo moet worden uitgelegd dat Hongaars recht juist wel of niet kan worden toegepast. Ook wil de rechter vernemen of het voor het bepalen van het toepasselijke nationale recht relevant is dat de website zich op Hongarije richt, de persoonsgegevens vanuit Hongarije zijn ingevoerd op de website, het persoonsgegevens van Hongaarse burgers betreft, en de eigenaren van Weltimmo in Slowakije wonen.

Bij de beantwoording van de vragen maakt het Hof meteen duidelijk dat het de vragen van de verwijzende rechter aldus interpreteert dat het niet duidelijk is of Weltimmo uitsluitend in Slowakije is gevestigd. Ook stelt het Hof voorop dat voor de bepaling van het toepasselijke nationale recht artikel 28 Privacyrichtlijn geen rol speelt.

Voor de uitleg van het begrip ‘vestiging’ verwijst het Hof naar de uitleg die daarin is gegeven in het *Google Spain*-arrest: het begrip ‘vestiging’ moet ruim worden geïnterpreteerd, maar dat betekent niet dat het enkele feit dat Weltimmo geregistreerd staat in Slowakije, zou betekenen dat zij daar gevestigd is (zie r.o. 28 en 29). Van belang zijn de mate van duurzaamheid van de vestiging in Hongarije en het daadwerkelijke uitoefenen van activiteiten in Hongarije. Hierbij moet ook worden gekeken naar de specifieke aard van de bedrijfsuitoefening en de dienstverlening, in het bijzonder wanneer diensten uitsluitend via het internet worden aangeboden (zie r.o. 29). Het Hof concludeert dan ook dat, gelet op de doelstellingen van de Privacyrichtlijn (het voorkomen van wetsontduiking en het bieden van een doeltreffende en volledige bescherming van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer), er onder bepaalde omstandigheden al sprake kan zijn van een duurzame vestiging – zelfs indien er maar één vertegenwoordiger is – indien ‘diegene optreedt met een voldoende mate van duurzaamheid en met behulp van de nodige middelen voor de verlening van de betrokken concrete diensten in de desbetreffende lidstaat’ (zie r.o. 30). Het begrip ‘vestiging’ heeft volgens het Hof betrekking op ‘iedere vorm van reële en daadwerkelijke activiteit, zelfs geringe, die via een duurzame vestiging wordt uitgeoefend’ (r.o. 31).⁷⁸

⁷⁸ Uit het enkele feit dat een website van een bedrijf in een land toegankelijk is en daardoor zijn activiteiten mede op dat land gericht, kan niet worden afgeleid dat een bedrijf in dat land een vestiging heeft. Zie HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (VfK/Amazon).

De exploitatie van de Hongaarse vastgoedwebsites door Weltimmo kan worden aangemerkt als een reële en daadwerkelijke activiteit in Hongarije (r.o. 32). Weltimmo heeft een bankrekening en een brievenbus in Hongarije en een vertegenwoordiger die in Hongarije woonachtig is. De vennootschap bestaat waarschijnlijk maar uit een of twee personen. De vertegenwoordiger treedt op als contactpersoon in bestuurlijke en juridische procedures en treft met klanten betalingsregelingen. Deze elementen tonen aan dat er sprake is van een ‘vestiging’ (zie r.o. 33). Hetzelfde geldt voor het feit dat de activiteiten hoofdzakelijk op Hongarije zijn gericht (zie r.o. 41, tweede gedachtestreepje).

De verwerking van persoonsgegevens – het plaatsen van persoonsgegevens van adverteerders op internet – door Weltimmo vindt plaats ‘in het kader van de activiteiten’ van deze vestiging in Hongarije. Hongaars recht is derhalve op deze gegevensverwerking van toepassing (zie r.o. 39). De nationaliteit van de betrokkenen (degenen die de advertenties plaatsen) speelt geen rol bij de bepaling van het nationale recht.

Vervolgens gaat het Hof in op de bevoegdheden van de Hongaarse toezichthouder om op het eigen grondgebied op te treden in de – in deze zaak fictieve – situatie dat niet het Hongaarse maar het Slowaakse recht van toepassing zou zijn. Mag de toezichthouder dan de boetebevoegdheden uitoefenen die hij op grond van het Hongaarse recht heeft?

Het Hof bevestigt dat de Hongaarse toezichthouder op grond van artikel 28, zesde lid, Privacyrichtlijn bevoegd is om, ongeacht welk nationale recht van toepassing is, op zijn eigen grondgebied onderzoek te verrichten, waarbij hij een beroep kan doen op alle bevoegdheden die hem op grond van het Hongaarse recht als implementatie van artikel 28, derde lid, Privacyrichtlijn zijn toebedeeld. De Hongaarse toezichthouder kan echter geen sancties opleggen die hem krachtens het Hongaarse recht zijn toegekend, indien het Slowaakse recht van toepassing is. Hij zou dan immers zijn nationaalrechtelijke bepalingen toepassen buiten zijn grondgebied (zie r.o. 55 e.v.).

Het Hof volgt de Advocaat-Generaal (A-G), die dit punt in zijn conclusie duidelijk uitwerkt.⁷⁹ De A-G verwijst allereerst naar overweging 21 van de Privacyrichtlijn, waarin is opgenomen dat de Privacyrichtlijn de territorialiteitsregels inzake het strafrecht onverlet laat (zie r.o. 50 met de verwijzing naar voetnoot 30 bij de conclusie). Hij meent dat dit ook geldt voor administratieve sancties. Het opleggen van een administratieve sanctie door Hongarije zou strijd opleveren met de territoriale soevereiniteit van Slowakije: staten mogen in beginsel geen publiek gezag uitoefenen buiten hun eigen grondgebied. Ook zou dit strijdig zijn met het legaliteitsbeginsel: het overheidshandelen moet gebaseerd zijn op een vooraf aanwezige wettelijke bepaling. De privacytoezichthouder kan zijn sanctiebevoegdheden niet uitoefenen buiten de wettelijke grenzen waarin hij op grond van zijn nationale recht bevoegd is om op te treden. Hiervan kan alleen worden afgeweken als er een specifieke wettelijke grondslag is die de toepassing van het Hongaarse

79 Conclusie A-G P. Cruz Villalón 25 juni 2015, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:426 (Weltimmo).

publiekrecht in Slowakije toestaat en afbakent. Deze bepaling moet voldoende gedetailleerd en duidelijk zijn zodat rechtssubjecten weten dat ze aan dit recht zijn onderworpen en wat de consequenties hiervan kunnen zijn (zie r.o. 50). Oftewel: het moet op voorhand duidelijk zijn dat door een buitenlandse toezichthouder een boete voor bepaald handelen kan worden opgelegd.

Volgens de A-G voldoet de samenwerkingsverplichting zoals neergelegd in artikel 28, zesde lid, Privacyrichtlijn niet aan deze eisen. Er wordt immers niets bepaald over het toepassingsgebied, de werkingssfeer en de waarborgen die nodig zijn voor de toepassing van boetebepalingen van de ene lidstaat in het territoir van de andere lidstaat. De A-G meent dan ook dat in een situatie waarin er een scheiding is tussen het toepasselijke recht en de bevoegde autoriteit, een toezichthouder het opleggen van sancties dient over te laten aan de toezichthouder die op grond van het nationale recht bevoegd is om over de inhoudelijke aspecten van de naleving van de nationale wetgeving te oordelen.⁸⁰

Ter illustratie nogmaals op een rij: Een privacytoezichthouder in land A kan derhalve, als op een gegevensverwerking door een partij het nationale recht van lidstaat B van toepassing is, wel onderzoek verrichten op zijn eigen grondgebied naar mogelijke privacy-schendingen door deze partij, maar bij constatering van een dergelijke schending niet de sancties opleggen die hem op grond van het recht van lidstaat A toekomen. Hij kan wel aan de privacytoezichthouder in land B vragen de zaak te onderzoeken en te bezien of er ook in strijd met het nationale recht van land B wordt gehandeld. Als dat het geval is, hangt het ervan af of de nationale wetgeving in land B het toestaat deze schending te sanctioneren. De privacytoezichthouder van land B kan bij zijn eigen onderzoek dan gebruikmaken van de informatie die hij van de privacytoezichthouder in land A heeft ontvangen.

4.3 Facebook en WhatsApp

Facebook Inc. heeft in januari 2014 de chatdienst WhatsApp Inc. overgenomen. Destijds garandeerde zowel Facebook Inc. als WhatsApp Inc. dat zij geen persoonsgegevens van gebruikers zouden gaan uitwisselen. Deze belofte bleek van korte duur: op 25 augustus 2016 kondigde WhatsApp Inc. aan haar gebruikersvoorwaarden en privacybeleid per 25 september 2016 aan te passen. WhatsApp Inc. zou vanaf dat moment accountinformatie van gebruikers gaan delen met Facebook Inc. en haar groepsmaatschappijen (Facebook), onder meer om spam te bestrijden maar vooral ook om relevante aanbiedingen en advertenties te kunnen tonen. Welke data nu wel of niet met Facebook gedeeld zouden worden, is uit het privacybeleid niet af te leiden. Indien gebruikers niet met deze voorwaarden akkoord gingen, konden ze na 25 september 2016 niet meer whatsappen. Nadat een gebruiker akkoord ging met de voorwaarden, had hij dertig dagen de tijd om via de instellingen van zijn smartphone het datadelen met Facebook uit te schakelen. Daarna konden de instellingen niet meer worden aangepast. Een en ander leidde

⁸⁰ Zie ook: Article 29 Data Protection Working Party, Advice paper on the practical implementation of the Article 28(6) of the Directive 95/46/EC, Ref. Ares (2011)444105 - 20/04/2011.

tot veel ophef en de privacytoezichthouder van de Duitse deelstaat Hamburg vaardigde op 27 september 2016 een administratief bevel uit, waarin hij Facebook heeft verboden om accountinformatie van Duitse whatsapp-gebruikers te verzamelen en alle informatie die al was verzameld, te vernietigen:

‘It is clear that Facebook must respect German data protection law after the ECJ confirmed in its ruling from July,⁸¹ that national data protection laws are applicable if a company processes data in connection with a national subsidiary. Facebook is doing this through its subsidiary in Hamburg, which is responsible for the operation of the marketing business in German speaking regions.’⁸²

Facebook heeft inmiddels beroep tegen dit bevel ingesteld en stelt zich ook in deze zaak op het standpunt dat de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking Facebook Ireland Ltd. is, waardoor zij niet aan Duits maar aan Iers privacyrecht zou zijn onderworpen. Inmiddels is ook de Britse toezichthouder een onderzoek naar zowel Whatsapp Inc. als Facebook Inc. gestart. Dit onderzoek heeft erin geresulteerd dat Facebook Inc. heeft toegezegd om voorlopig geen accountinformatie van Britse whatsapp-gebruikers voor advertentiedoeleinden en productverbetering te gebruiken.⁸³ In dezelfde periode heeft de Artikel 29 Werkgroep in een open brief aan WhatsApp Inc. ook haar zorgen geuit.⁸⁴ Facebook Inc. besloot daarop deze ‘pauze’ voor de gehele Europese Unie van toepassing te laten zijn en met de Artikel 29 Werkgroep in gesprek te gaan. Het is nu afwachten welke gevolgen een en ander heeft voor mogelijke juridische procedures in de verschillende lidstaten.

4.4 Facebook/Belgische Privacycommissie

Met de uitspraken in *Google Spain* en *Weltimmo* in de hand probeerde de Belgische Privacycommissie Facebook aan te pakken in een *civiele* procedure.⁸⁵ Kort samengevat registreerde Facebook door middel van zogenoemde *social plug-ins*⁸⁶ en specifieke *cookies* welke websites werden bezocht door Belgische internetgebruikers die geen Facebook-account hebben. Hierdoor kon Facebook het individuele surfgedrag van deze personen volgen, waaruit gevoelige informatie kan worden afgeleid.

81 Zie noot 78.

82 The Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information, Press release: Administrative order against the mass synchronization of data between Facebook and WhatsApp, 27 september 2016, te raadplegen via: www.datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Press_Release_2016-09-27_Adminstrative_Order_Facebook_WhatsApp.pdf.

83 Information Commissioner’s Office, Information Commissioner updates on WhatsApp/Facebook investigation, blogpost 8 november 2016, te raadplegen via: <https://iconewsblog.wordpress.com/2016/11/07/information-commissioner-updates-on-whatsapp-facebook-investigation>.

84 Article 29 Data Protection Working Party, Letter from the Art. 29 WP regarding WhatsApp updated Terms of Service and Privacy Policy, 27 oktober 2016, te raadplegen via: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-ocument/files/2016/20161027__letter_of_the_chair_of_the_art_29_wp_whatsapp_en.pdf.

85 Rb. Brussel 9 november 2015, nr. 222/2015.

86 Een *plug-in* is een stukje content dat een website-eigenaar kan inbouwen op zijn webpagina waarmee een functionaliteit van een website van een derde partij wordt aangeboden. Een *social plug-in* is een *plug-in* die verwijst naar sociale media. Voorbeelden van *social plug-ins* zijn de ‘Vind-ik-leuk’-knop en de knop ‘Delen’ van Facebook.

Het feit dat iemand bepaalde webpagina's bezoekt, kan bijvoorbeeld indiceren dat iemand aan een ernstige ziekte lijdt of dat hij een bepaalde seksuele voorkeur heeft. Facebook verkreeg voor het plaatsen van deze cookies geen geïnformeerde toestemming van de niet-gebruikers van Facebook. De Belgische Privacycommissie startte een kort geding tegen Facebook Inc., Facebook Ireland Ltd. en Facebook BVBA om deze flagrante schending van het, volgens haar Belgische, privacyrecht aan te pakken. De privacy van een enorme groep Belgische internetgebruikers wordt immers geschonden, nu miljoenen websites gebruikmaken van *social plug-ins*, waardoor ontsnappen aan de lange arm van Facebook eigenlijk onmogelijk is.

Facebook wordt in de EU – en dus ook in België – aangeboden door de Ierse vennootschap, Facebook Ireland Ltd. Facebook heeft ook een vestiging in België, Facebook Belgium BVBA. Facebook Belgium BVBA is opgericht toen Facebook al ruim 4 miljoen leden had in België, om de relaties met de overheid te onderhouden en om te lobbyen. Facebook stelt dat Facebook Ireland Ltd. als de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking moet worden aangemerkt. Derhalve is volgens Facebook het Ierse en niet het Belgische privacyrecht van toepassing en kan alleen de Ierse privacytoezichthouder optreden. Daarnaast komt de Belgische civiele rechter volgens Facebook ten aanzien van deze zaak geen rechtsmacht toe om zich over deze zaak uit te laten.

De Belgische Privacycommissie stelt zich op het standpunt dat het Belgische privacyrecht van toepassing is en dat de Belgische rechter bevoegd is. De rechtbank volgt dit standpunt. Het doet er volgens haar niet toe of nu Facebook Inc. of Facebook Ireland de verantwoordelijke is voor de gegevensverwerking. Facebook Ireland Ltd. maakt deel uit van het Facebook-concern. Facebook Belgium BVBA is een vestiging van de verantwoordelijke in België. De hoofdactiviteit van Facebook Belgium BVBA is het bieden van ondersteuning aan het publieke beleid, de verkoop en de levering van marketingdiensten ten behoeve van het Facebook-concern. Volgens de Belgische Privacycommissie betekent dit dat de activiteiten van Facebook Belgium BVBA, in lijn met de uitspraak van het Hof van Justitie EU in de *Google Spain*-zaak, onlosmakelijk verbonden zijn met de activiteiten van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke. De gegevensverwerking hoeft immers niet 'door' Facebook Belgium BVBA te worden verricht, maar slechts 'in het kader van de activiteiten' van deze vestiging. Het verzamelen van de informatie over het surfgedrag vindt volgens de Privacycommissie plaats in het kader van de reclame- en handelsactiviteiten van Facebook Belgium BVBA. Ook het lobbywerk en het onderhouden van relaties met de overheid zijn activiteiten die Facebook rendabel moeten maken en zijn daarom onlosmakelijk met de verantwoordelijke verbonden (zie par. 3.1 van de uitspraak). Nu het gaat over het toepassen van Belgische wetgeving op Belgisch grondgebied en Facebook Belgium BVBA een vestiging van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke is, zou de Belgische rechter (civiele (!)) rechtsmacht bezitten. De rechtbank besluit dan ook Facebook Inc., Facebook Ireland Ltd. en Facebook Belgium BVBA te gelasten om binnen 48 uur na betekening van haar beschikking op last van een dwangsom van € 250.000 per dag te stoppen met het plaatsen van de cookies bij niet-gebruikers van Facebook, alsmede het uitlezen daarvan via *social plug-ins* op websites van derden.

In hoger beroep oordeelt het Hof anders.⁸⁷ Facebook betwist dat de Belgische rechter civiele rechtsmacht toekomt ten aanzien van Facebook Ireland Ltd. en Facebook Inc. Voordat het toepasselijke privacyrecht wordt vastgesteld, dient eerst een oordeel geveld te worden over de civiele rechtsmacht van de Belgische rechter. Volgens de Belgische Privacycommissie heeft de Belgische rechter rechtsmacht op grond van artikel 28 Privacyrichtlijn, waarin – zoals eerder uiteengezet – is opgenomen dat iedere lidstaat een toezichthouder kan aanwijzen die belast is met het toezicht op de toepassing van de Privacyrichtlijn op het grondgebied van de desbetreffende lidstaat (zie r.o. 15 e.v.). In België is dit de Belgische Privacycommissie, die op grond van artikel 32, derde paragraaf van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens (WVP)⁸⁸ bevoegd is om ieder geschil aangaande de toepassing van WVP aan de rechter voor te leggen. Daarmee wordt echter geen *civiele* rechtsmacht over Facebook Ireland Ltd. en Facebook Inc. gecreëerd, aldus het Hof. Het beroep op *Google Spain* en *Weltimmo* helpt de Privacycommissie niet. In *Google Spain* waren Google Spain SL en Google Inc. zelf de eisende partijen, die door het starten van een procedure bij de Spaanse rechtbank de civiele rechtsmacht van de Spaanse rechter hadden aanvaard, aldus het Hof. In *Weltimmo* wordt geen uitspraak gedaan over de *civiele* rechtsmacht, maar wordt de vraag beantwoord of de Hongaarse toezichthouder bevoegdheid had om op te treden. Het Slowaakse *Weltimmo* had zelf een vordering bij de Hongaarse rechtbank ingesteld en daarmee de civiele rechtsmacht van de Hongaarse rechter aanvaard. Dat in *Weltimmo* wordt gesteld dat de toezichthoudende autoriteiten hun bevoegdheden moeten uitoefenen in overeenstemming met het procedurele recht van hun eigen lidstaten (zie r.o. 50 *Weltimmo*), betekent niet dat de Belgische rechter rechtsmacht heeft over alle geschillen in België. Dat zou volgens het Hof een onjuiste lezing zijn van de reikwijdte van het arrest (zie r.o. 25). Een beroep op artikel 4, eerste lid, onder a, Privacyrichtlijn biedt evenmin soelaas: dat artikel heeft enkel betrekking op de bepaling van het toepasselijke privacyrecht. De Privacyrichtlijn heeft niet ten doel een harmonisatie tot stand te brengen ten aanzien van de civiele rechtsmacht of de bevoegdheid van de rechters van de lidstaten (zie r.o. 28). Een beroep op het ontnemen van civiele rechtsmacht aan de Brussel Ibis-Verordening⁸⁹ slaagt evenmin, omdat het een geschil tussen een vennootschap en overheid betreft, waarbij de overheid handelt in de uitoefening van haar overheidstaak, hetgeen buiten het materiële toepassingsbereik van de Verordening valt (zie r.o. 39 en 40). De Belgische Privacycommissie zal daarom moeten aantonen dat de Belgische rechter bevoegdheid toekomt op grond van de Belgische wet (zie r.o. 32-35 en r.o. 44-46). Omdat Facebook Belgium BVBA in België gevestigd is, is de Belgische rechter op grond van haar nationale wetgeving bevoegd om kennis te nemen van tegen deze entiteit ingestelde vorderingen. Dat geldt echter niet voor Facebook Inc. en Facebook Ireland Ltd.

87 Hof Brussel 29 juni 2016, nr. 5747/2016.

88 Wet van 8 december 1992 voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, B.S. 18 maart 1993.

89 Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, (PbEU 2012, L351/1).

Hoewel de Belgische rechter zich derhalve bevoegd achtte om kennis te nemen van de tegen Facebook Belgium BVBA ingestelde vordering, schiet de Belgische Privacycommissie daar uiteindelijk weinig mee op. Omdat het een kortgedingprocedure betreft, moet 'hoogdringendheid' (vergelijkbaar met het naar Nederlands recht geldende vereiste dat sprake moet zijn van 'spoedeisend belang') van de vorderingen worden aangetoond door de Belgische Privacycommissie. Facebook plaatst deze cookies al sinds 2011. Nu deze schending al sinds jaar en dag geschiedt, wordt aan de eis van hoogdringendheid niet voldaan (zie r.o. 57-59). Zo staat de Belgische Privacycommissie uiteindelijk met lege handen.

5 De nabije toekomst: rechtsmacht onder de Europese Privacyverordening

5.1 Materiële en territoriale werkingsfeer

5.1.1 Algemeen

De implementatie van de Privacyrichtlijn binnen de Europese Unie heeft niet geleid tot volledige harmonisatie van het privacyrecht in de lidstaten. Met name op het gebied van sanctieoplegging bestaan grote verschillen. Ook wordt middels kunstgrepen (er is *wel* een vestiging, maar *geen* relevante vestiging, maar *wel* middelen, dus *toch* rechtsmacht ...) nationaal recht van toepassing verklaard. Een en ander komt de rechtszekerheid en de rechtsbescherming niet ten goede. Ook kan dit leiden tot een belemmering van het vrije verkeer van persoonsgegevens en kan dit de mededinging verstoren (zie overweging 9 Privacyverordening). De Europese wetgever heeft er daarom voor gekozen de Privacyrichtlijn te vervangen door een Privacyverordening. Nu een verordening rechtstreekse werking heeft, en derhalve niet hoeft te worden omgezet in nationale wetgeving, kan de privacywetgeving in de Europese Unie op een coherente manier worden toegepast. Dit moet rechtszekerheid bieden en maakt het mogelijk om consistent toezicht uit te oefenen. Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat de lidstaten eerst hun huidige wetgeving dienen 'op te ruimen', hetgeen heel wat voeten in de aarde kan hebben. Sommige wetgeving zal niet meer relevant zijn en komen te vervallen, andere wetgeving dient te worden aangepast op de Privacyverordening, en op bepaalde gebieden staat het lidstaten vrij om nadere regels vast te stellen, zoals bij gegevensverwerking in het kader van arbeidsverhoudingen. Dit betekent derhalve dat volledige harmonisatie van de privacywetgeving in de EU niet zal worden bereikt. In Nederland wordt momenteel gewerkt aan een specifieke uitvoeringswet voor de Privacyverordening, die de Wbp zal gaan vervangen.

5.1.2 Materiële werkingsfeer

De materiële werkingsfeer van de Privacyverordening is niet wezenlijk anders dan die van de Privacyrichtlijn, zie artikel 2 Privacyverordening. Wat opvalt, is dat nadrukkelijk wordt benoemd dat voor de instellingen, organen en instanties van de Europese Unie, Verordening 45/2001 blijft gelden. Op dit punt vindt evenmin harmonisatie plaats. Wel zal Verordening 45/2001 waar nodig worden aangepast (zie overweging 17 Privacyverordening). Verder is van belang om op te merken dat de

definitie van het begrip ‘persoonsgegevens’ aanzienlijk is uitgebreid, zie artikel 4, eerste lid, Privacyverordening. Hoewel uit de jurisprudentie al bleek dat dit begrip ruim dient te worden geïnterpreteerd, is nu onder meer expliciet opgenomen dat *online identifiers*, zoals *cookies* en IP-adressen, als persoonsgegevens kunnen kwalificeren. Daarnaast legt de Privacyverordening niet alleen verplichtingen op aan de verantwoordelijke, maar ook direct aan de verwerker (zie bijv. art. 28 en 33, tweede lid, Privacyverordening).⁹⁰

5.1.3 Territoriale werkingssfeer

Vestiging van een verantwoordelijke of verwerker in de Europese Unie

De territoriale werkingssfeer is aanzienlijk gewijzigd en we zien verschillende elementen uit de Europese jurisprudentie terugkomen. De Privacyverordening is allereerst van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de activiteiten van een vestiging van een verwerkingsverantwoordelijke of verwerker (eigen onderstreping) in de Europese Unie, *ongeacht of de verwerking al dan niet in de Unie plaatsvindt* (eigen cursivering) (art. 3, eerste lid, Privacyverordening). De toevoeging van de verwerker in deze bepaling roept meteen een vraag op. Betekent dit dat als een verantwoordelijke die buiten de Europese Unie is gevestigd, een Europese verwerker inschakelt, daardoor de Privacyverordening indirect ook op de verantwoordelijke van toepassing wordt voor de specifieke gegevensverwerking die hij door de verwerker laat verrichten? Dat zou de commerciële positie van Europese verwerkers niet ten goede komen. Maar gelet op de huidige Privacyrichtlijn, waarin het gebruik van middelen in de Europese Unie tot toepasselijkheid van het recht van één van de lidstaten kan leiden, zou een dergelijke uitleg niet bevreemdend zijn. Dit zou echter kunnen betekenen dat de Privacyverordening op gegevensverwerkingen die nauwelijks of zelfs geen band hebben met de Europese Unie, van toepassing zou kunnen zijn. De Artikel 29 Werkgroep noemde dit eerder een ongewenst bijeffect in het kader van het bepalen van de territoriale werkingssfeer in het licht van de Privacyrichtlijn.⁹¹ Zolang deze bepaling niet nader wordt toegelicht of uitgelegd, lijkt dit risico onder de Privacyverordening ook te bestaan.

Aanbieden van goederen of diensten of monitoren van gedrag

De Privacyverordening is eveneens van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens van betrokkenen die zich in de Unie bevinden, door een niet in de Europese Unie gevestigde verantwoordelijke of verwerker, wanneer de verwerking verband houdt met: (a) het aanbieden van goederen of diensten aan deze betrokkenen in de Europese Unie, ongeacht of een betaling door de betrokkenen is vereist, en (b) het monitoren van hun gedrag, voor zover dit gedrag in de Europese Unie plaatsvindt (art. 3, tweede lid, Privacyverordening). In dat geval dient de verantwoordelijke of de verwerker schriftelijk een vertegenwoordiger aan te wijzen (art. 27, eerste lid, Privacyverordening). Er gelden uitzonderingen voor incidentele

⁹⁰ In de Wbp was het begrip ‘verwerker’ uit de Privacyrichtlijn geïmplementeerd als ‘bewerker’. In de Nederlandse vertaling van de Privacyverordening wordt wederom gesproken over de ‘verwerker’.

⁹¹ Zie noot 64.

verwerkingen van persoonsgegevens waarbij er een laag risico is voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen, alsmede voor overheidsinstanties en -organen (zie art. 27, tweede lid, Privacyverordening). De vertegenwoordiger moet gevestigd zijn in één van de lidstaten waar de betrokkenen waarvan persoonsgegevens worden verwerkt (om hen te monitoren of aan hen producten of diensten aan te bieden) zich bevinden (zie art. 27, derde lid, Privacyverordening).

Voordeel van deze bepaling is dat de discussie over en het oprekken van de notie ‘middelen voor de gegevensverwerking in de Europese Unie’ tot het verleden behoort. Indien er wel een vestiging is, maar die niet bij de gegevensverwerking betrokken is, dan hoeft niet meer te worden bepaald of deze vestiging als irrelevant kan worden aangemerkt en er alsnog toepasselijkheid van het Europese privacyrecht via het aanwezig zijn van ‘middelen’ in de lidstaten kan worden geconstrueerd.

Als we kijken naar het eerder besproken voorbeeld van Whatsapp Inc. (zie par. 3.1), dan volstaat onder de Privacyverordening dat wordt aangetoond dat Whatsapp Inc. een dienst aanbiedt aan betrokkenen in de Europese Unie. Hetzelfde geldt voor de toepasselijkheid van Europees privacyrecht op Google Inc., Facebook Inc. e.d. Er zijn geen ingewikkelde constructies meer nodig om de activiteiten van de ene vestiging onlosmakelijk verbonden te laten zijn met de gegevensverwerking door de verantwoordelijke; voortaan kan ‘simpelweg’ de vraag worden beantwoord of een partij persoonsgegevens in het kader van het aanbieden van zijn goederen of diensten aan betrokkenen in de Europese Unie verwerkt. In de overwegingen bij de Privacyverordening wordt hierover opgemerkt dat bepaald moet worden of een verantwoordelijke of verwerker ‘klaarblijkelijk voornemens’ is om diensten of goederen aan te bieden aan betrokkenen in een of meer lidstaten van de Europese Unie. Het gegeven dat een website, e-mailadres of andere contactgegevens in de Europese Unie toegankelijk zijn, is onvoldoende om dit aan te nemen. Ook het feit dat een website bijvoorbeeld in het Engels is opgesteld, is niet doorslaggevend. Aanknopingspunten voor toepasselijkheid van de Privacyverordening kunnen worden gevonden in het gegeven dat er andere talen van de lidstaten worden gebruikt en producten of diensten ook in die taal kunnen worden besteld, dat het mogelijk is om in euro’s of andere Europese valuta te betalen of dat een website melding maakt van Europese klanten (zie overweging 23 Privacyverordening). Dit zijn elementen die we kennen uit het consumentenrecht. Ik verwacht dat de uitleg van deze bepaling in de praktijk weer tot een stroom van jurisprudentie zal leiden, want wat moet worden verstaan onder ‘klaarblijkelijk voornemens’? Kan dit objectief worden uitgelegd? En wellicht is een partij helemaal niet van plan om zich te richten op de Europese Unie, maar heeft zijn Engelstalige website, waar met een creditcard betaald kan worden voor een online dienst, wel veel Europese klanten. Moet hij dan, om onder de reikwijdte van de Privacyverordening uit te komen, via technische middelen zijn website ontoegankelijk maken voor betrokkenen in de Europese Unie?

Het element ‘ongeacht of de betrokkenen hiervoor moeten betalen’ is van belang omdat juist bij gratis diensten vaak geen geldelijke betaling, maar een betaling in persoonsgegevens plaatsvindt. Sommige diensten kunnen bijvoorbeeld alleen maar gratis zijn doordat zij gepersonaliseerde advertenties aan de betrokkene

aanbieden, waarvoor het surfgedrag en/of andere gedragingen van de betrokkene moeten worden gevolgd.

De notie ‘monitoren van gedrag van betrokkenen in de Europese Unie’ verdient enige toelichting. Het gaat erom of een verantwoordelijke of verwerker iemands gedrag binnen de Europese Unie controleert, bijvoorbeeld door hem met behulp van *tracking cookies* of andere technieken te volgen op het internet (zie overweging 24 Privacyverordening). Om te kunnen vaststellen of er sprake is van controle, dient ook te worden gekeken of daarbij een profiel wordt opgesteld van de betrokkenen waardoor de persoonlijke voorkeuren en het gedrag van de betrokkenen kunnen worden geanalyseerd of voorspeld, of waardoor er bepaalde besluiten over hem genomen kunnen worden (bijvoorbeeld of hij bepaalde aanbiedingen wel of niet te zien krijgt of voor een product meer of minder betaalt dan een ander).

Een andere gedachte die achter de brede territoriale reikwijdte schuilt, is niet zozeer het beschermen van de privacy, maar het creëren van eerlijke concurrentie in een geglobaliseerde wereld via een gelijk *level playing field* tussen Europese en niet-Europese partijen.⁹² Nu is het immers zo dat partijen die in Europa gevestigd zijn, aan het Europese privacyrecht onderworpen zijn, terwijl er niet-Europese partijen bestaan die zonder de beperkingen die de Europese wetgeving aan hun dienstverlening stelt, persoonsgegevens van Europese burgers kunnen verwerken en vercommercialiseren. Deze doelstelling is in de literatuur bekritiseerd. Zo merkt Svantesson op dat de Privacyverordening dusdanig zware lasten en verplichtingen voor het midden- en kleinbedrijf met zich brengt, dat het de vraag is of het toetreden tot de Europese markt niet alleen is voorbehouden aan grote multinationals die het zich kunnen veroorloven om zich aan de Europese wetgeving te houden en aan bedrijven die überhaupt niet van plan zijn om de wetgeving na te leven.⁹³

De bepaling aangaande de toepasselijkheid van de Privacyverordening op grond van de plaats waar een verantwoordelijke krachtens het internationale publiekrecht gevestigd is, is ongewijzigd ten opzichte van de Privacyrichtlijn (art. 3, derde lid, Privacyverordening).

5.2 Toezicht

Op grond van artikel 51 Privacyverordening moeten de lidstaten een onafhankelijke toezichthouder aanwijzen. Deze toezichthouder heeft rechtsmacht op het grondgebied van zijn lidstaat, in de zin dat hij de taken en bevoegdheden (zie art. 57 en 58 Privacyverordening) die hij op grond van de Privacyverordening heeft, in zijn lidstaat kan uitvoeren en uitoefenen (zie art. 55, eerste lid, Privacyverordening).

92 Zie speech van Eurocommissaris Reding, ‘The EU Data Protection Regulation: Promoting Technological Innovation and Safeguarding Citizen’s Rights, Brussel 4 maart 2014, te raadplegen via: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-175_en.htm.

93 D.J.B. Svantesson, ‘Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the Regulation’, *International Data Privacy Law* 2015, Vol. 5, nr. 4, p. 230.

Voor de AP betekent dit dat wanneer een gegevensverwerking plaatsvindt in het kader van activiteiten van een vestiging van een verantwoordelijke of een verwerker in Nederland, zij in beginsel rechtsmacht heeft. Ook komt de AP rechtsmacht toe wanneer een verantwoordelijke of een verwerker niet in de EU gevestigd is, maar persoonsgegevens verwerkt omdat er goederen of diensten worden aangeboden aan betrokkenen in Nederland of wanneer hun gedrag wordt gemonitord, voor zover dit gedrag in Nederland plaatsvindt.

Alle toezichthouders hebben door de Privacyverordening dezelfde onderzoeks- en handhavingsbevoegdheden, waaronder het opleggen van substantiële boetes (zie art. 83 Privacyverordening). Wel dienen deze bevoegdheden conform het lidstatelijke procesrecht te worden uitgevoerd.

Ook onder de nieuwe Privacyverordening zullen zich vele situaties kunnen voordoen waarin verantwoordelijken en verwerkers in verschillende lidstaten van de Europese Unie gevestigd zijn, goederen en diensten worden aangeboden in verschillende lidstaten en/of gedrag van betrokkenen in bepaalde lidstaten of zelfs de gehele Europese Unie wordt gemonitord. Welke toezichthouders zijn dan bevoegd om op te treden?

Onder de nieuwe Privacyverordening kunnen meerdere toezichthouders tegelijkertijd bevoegd zijn wanneer er sprake is van een *grensoverschrijdende* verwerking. Volgens artikel 4, onder 24, Privacyverordening is hiervan allereerst sprake indien een gegevensverwerking plaatsvindt in het kader van de activiteiten van meerdere vestigingen van een verantwoordelijke of een verwerker in de Europese Unie. Een voorbeeld hiervan is een centrale HR-database voor de Europese entiteiten van een verantwoordelijke waarbij de gegevens in één centraal datacenter worden opgeslagen. Er kan ook sprake zijn van grensoverschrijdende gegevensverwerkingen wanneer betrokkenen in meerdere lidstaten wezenlijke gevolgen ondervinden of waarschijnlijk zullen ondervinden van een gegevensverwerking die in het kader van de activiteiten van één vestiging van een verantwoordelijke of een verwerker plaatsvindt. Een voorbeeld hiervan is de huidige werkwijze van Facebook Inc. waarbij vanuit Facebook Ireland Ltd. de Europese Unie bediend wordt. De notie ‘wezenlijke gevolgen’ is niet nader in de Privacyverordening uitgewerkt.

In dergelijke gevallen treedt een soort *land-van-oorsprongstelsel* in werking. De autoriteit van het land waar de verantwoordelijke of de verwerker zijn hoofdvestiging of enige vestiging heeft (art. 56, eerste lid, Privacyverordening), treedt op als leidende toezichthoudende autoriteit. In overweging 36 van de Privacyverordening is een en ander nader uitgewerkt. De hoofdvestiging van een verantwoordelijke is de plaats van zijn centrale administratie, tenzij het doel en de middelen van de gegevensverwerking door een andere vestiging in de Europese Unie worden bepaald, zie artikel 4, onder 16, onder a, Privacyverordening. In dat geval wordt deze vestiging als hoofdvestiging aangewezen. Voor de bepaling van de hoofdvestiging is niet van belang of de persoonsgegevens al dan niet op de locatie van de hoofdvestiging worden verwerkt. Voor een verwerker geldt eveneens de plaats van de centrale administratie als leidraad voor het bepalen van de hoofdvestiging, zie artikel 4, onder 16, onder b, Privacyverordening. Indien een centrale administratie ontbreekt, geldt als hoofdvestiging de plaats waar de voornaamste verwerkingsactiviteiten in

de Europese Unie plaatsvinden. Indien zowel een verantwoordelijke als een verwerker bij een gegevensverwerking betrokken is, is de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat waar de verantwoordelijke zijn hoofdvestiging heeft, de leidende toezichthoudende autoriteit. Bij een gegevensverwerking door een concern geldt dat de hoofdvestiging van de zeggenschap uitoefenende onderneming als de hoofdvestiging van het concern wordt beschouwd, tenzij het doel van en de middelen voor de verwerking door een andere onderneming worden bepaald.

Wat betekent dit voor de rechtsmacht van de AP? Kan zij nog optreden tegen privacyschendingen bij grensoverschrijdende verwerkingen waarbij zij niet als leidende toezichthoudende autoriteit wordt aangemerkt? In de Privacyverordening is voor dergelijke gevallen voorzien in een samenwerkingsprocedure. De leidende toezichthoudende autoriteit moet samenwerken met de andere bevoegde toezichthouders, de zogenaamde 'betrokken toezichthoudende autoriteiten'. De wijze van samenwerking is gedetailleerd uitgewerkt in de artikelen 60 tot en met 62 Privacyverordening. Zo zijn toezichthouders onder meer verplicht relevante informatie uit te wisselen en elkaar wederzijdse bijstand te verlenen. Ook kunnen zij gezamenlijk onderzoek uitvoeren, onder bepaalde voorwaarden ook op elkaars grondgebied (art. 62, derde lid, Privacyverordening). De leidende toezichthoudende autoriteit dient haar ontwerpbesluit eerst voor te leggen aan de andere toezichthouders en rekening te houden met hun standpunten. Doel is het bereiken van consensus. Ook is er een procedure opgetuigd om geschillen tussen toezichthouders te beslechten (zie art. 65 Privacyverordening). Tevens bestaat er een spoedprocedure die het mogelijk maakt dat toezichthouders, ook als zij niet als de leidende toezichthoudende autoriteit kwalificeren, op het eigen grondgebied kortstondig maatregelen kunnen nemen om de privacy van de betrokkenen op hun grondgebied te beschermen (zie art. 66 Privacyverordening).

Daarnaast behoudt de AP haar rechtsmacht bij gegevensverwerkingen die plaatsvinden op grond van een nationale wettelijke verplichting of ter uitvoering van een nationale publiekrechtelijke taak (zie art. 55, tweede lid, Privacyverordening). Ook mag de AP, in afwijking van de hoofdregel, een bij haar ingediende klacht of een inbreuk op de Privacyverordening behandelen indien het onderwerp van de zaak alleen verband houdt met een vestiging van een verantwoordelijke of verwerker in Nederland of alleen in Nederland wezenlijke gevolgen heeft (zie art. 56, tweede lid, Privacyverordening). Zoals reeds is opgemerkt, blijft de AP bevoegd om op het Nederlandse grondgebied de taken uit te voeren en de bevoegdheden uit te oefenen die de Privacyverordening haar toekent (art. 55 Privacyverordening).

Voor verantwoordelijken en verwerkers heeft het nieuwe systeem het voordeel dat zij bij grensoverschrijdende gegevensverwerkingen met één toezichthouder te maken hebben: een *one-stop-shop* (zie art. 56, zesde lid, Privacyverordening). Het voordeel voor betrokkenen is dat zij bij elke toezichthoudende autoriteit een klacht mogen indienen, indien de betrokkene meent dat een verwerking inbreuk maakt op de Privacyverordening (zie art. 77, eerste lid, Privacyverordening). De eerder

door de AP geuite zorgen dat een *land-van-oorsprongstelsel* het voor de betrokkene moeilijker zou maken om zijn recht te halen, lijken hiermee te zijn weggenomen.⁹⁴

Wat ik echter mis in de Privacyverordening, is een competentiebepaling voor die gevallen waarin een verantwoordelijke of verwerker *niet* in de Europese Unie gevestigd is, maar op grond van artikel 3, tweede lid, Privacyverordening *wel* binnen de territoriale reikwijdte van de Privacyverordening valt. Vaak zullen goederen of diensten worden aangeboden (en vindt er een daaraan gerelateerde gegevensverwerking plaats) in meerdere lidstaten en zal derhalve sprake zijn van grensoverschrijdende verwerkingen. Ook het online volgen van betrokkenen zal veelal niet beperkt zijn tot een lidstaat. Hoe wordt dan bepaald welke toezichthouder de leidende toezichthoudende autoriteit is? Dient dan te worden aangehaakt bij het land waar de vertegenwoordiger van de verantwoordelijke of de verwerker gevestigd is? Artikel 27, derde lid, Privacyverordening geeft niet aan in welke lidstaat een vertegenwoordiger gevestigd moet zijn. Kan dit wellicht tot gevolg hebben dat partijen een vertegenwoordiger aanwijzen in een land waar men weet dat de handhavingscapaciteit van de nationale toezichthouder beperkt is en derhalve het risico om aangesproken te worden op niet-naleving van de bepalingen van de Privacyverordening minder aannemelijk lijkt? Of kan in dit geval geen beroep worden gedaan op de *one-stop-shop* en moet in dergelijke gevallen met verschillende toezichthouders rekening worden gehouden? Verduidelijking van de criteria is wenselijk, niet alleen om te voorkomen dat de rechtsbescherming van de betrokkenen wordt aangetast, maar ook om ervoor te zorgen dat niet-Europese verantwoordelijken en verwerkers weten aan wie zij verantwoording verschuldigd zijn.

94 Zie noot 30, p. 289.

6 Conclusies en stellingen

U heeft het volgehouden om dit preadvies uit te lezen, chapeau! Want als er één ding duidelijk is geworden, is het wel dat de bepaling van de rechtsmacht van de toezichthouders, zowel onder de huidige Europese Privacyrichtlijn, als onder de nieuwe Privacyverordening, een bijzonder complex onderwerp is. Via kunstgrepen is in de Europese jurisprudentie de territoriale reikwijdte van de Europese Privacyrichtlijn steeds verder uitgebreid. Het komt de rechtszekerheid ten goede dat deze uitbreidingen in gemeenschapsrecht zijn omgezet door codificering in de nieuwe Privacyverordening. Of de Privacyverordening echt een einde maakt aan de rechtsonzekerheid, waag ik echter te betwijfelen. Ook de nieuwe bepalingen roepen namelijk tal van vragen op. Daarnaast is het de vraag of de Privacyverordening adequaat gehandhaafd kan worden wanneer de betrokken partijen gevestigd zijn buiten de Europese Unie. Hierbij speelt eveneens het gegeven dat er geen internationale afspraken zijn over de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes, hetgeen de daadwerkelijke rechtsmacht van de privacytoezichthouders ondermijnt.

Voor bedrijven en betrokkenen is het bijzonder prettig dat zij vaak nog maar met één toezichthouder te maken hebben. Wel dient het voor bedrijven die niet in de Europese Unie gevestigd zijn, maar waarop de Privacyverordening wel van toepassing is, duidelijk te zijn welke toezichthouder(s) dat is/zijn. Hier ligt dan ook een taak voor de Artikel 29 Werkgroep om een en ander uit te werken, zodat definitieve richtsnoeren hierover door haar opvolger, het Europees Comité voor gegevensbescherming, kunnen worden aangenomen.

Voor toezichthouders betekent de nieuwe Privacyverordening dat zij hun rechtsmacht bij grensoverschrijdende gegevensverwerkingen moeten delen met andere toezichthouders en daarbij niet altijd in *charge* zullen zijn. De AP krijgt een duidelijke set bevoegdheden binnen het Nederlandse grondgebied. Zij zal in bepaalde gevallen als leidende toezichthoudende autoriteit of, in het kader van gezamenlijke onderzoeken, als één van de toezichthouders deze bevoegdheden kunnen uitoefenen in samenwerking met andere toezichthouders. Maar het hebben van rechtsmacht betekent mijns inziens ook dat je daar als toezichthouder gebruik van dient te maken. Voorkomen moet worden dat onduidelijkheden over de interpretatie van de rechtsmacht van de nationale toezichthouders kunnen leiden tot lacunes in de rechtsbescherming, zoals in Nederland in het verleden het geval is geweest. Zowel onder de huidige als onder de toekomstige regelgeving geldt daarom voor de AP dat grenzeloos zeker niet machteloos maakt, maar de AP deze macht wel moet grijpen. Ik ben mij er daarbij terdege van bewust dat budgettaire beperkingen hierbij eveneens een rol kunnen spelen.

Om tot een afronding te komen poneer ik de volgende stellingen:

1. De gewenste extraterritoriale werking en de daarmee gepaard gaande privacybescherming van Europese burgers die de Privacyverordening nastreeft, kan alleen worden bereikt indien het Europees Comité voor gegevensbescherming de voorwaarden voor de toepasselijkheid van de Privacyverordening op gegevensverwerkingen door een niet in de Europese Unie gevestigde verantwoordelijke of verwerker, nader specificceert.
2. Zolang er geen internationale afspraken worden gemaakt over het invorderen van bestuurlijke boetes, biedt de rechtsmacht die door de extraterritoriale werking van de Privacyverordening wordt gecreëerd, geen effectieve rechtsbescherming.

Grensoverschrijdende informatie- vergaring in belastingzaken

Mr. M.B. Weijers*

1	Inleiding en afbakening	145
2	Grensoverschrijdende informatievergaring	147
2.1	Het belastingrecht als onderdeel van het bestuursrecht	147
2.2	De aangifteverplichting	147
2.3	Bijkomende verplichtingen	148
2.4	Beperkingen aan de verplichtingen	150
2.5	Algemene onderzoeksbevoegdheid	152
2.6	Afsluitend	152
3	Internationale bijstand bij grensoverschrijdende informatievergaring	155
3.1	Een plaatsbepaling	155
3.2	Vormen van grensoverschrijdende fiscale heffingsbijstand	157
3.2.1	Uitwisseling van informatie op verzoek	157
3.2.2	Automatische uitwisseling van informatie	160
3.2.3	Spontane uitwisseling van informatie	161
3.3	Grondslagen voor grensoverschrijdende bijstand	162
3.4	De verhouding tussen de verschillende grondslagen	165
3.5	Nationaalrechtelijk uitvoeringskader	166
3.6	De positie van de burger	168
3.7	Afsluitend	170
4	Conclusies en stellingen	171

* Martijn Weijers is werkzaam bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en UvA/ACTL. Deze bijdrage is op persoonlijke titel en is bijgewerkt tot medio november 2016.

I Inleiding en afbakening

Belastingheffing is in principe een nationale aangelegenheid. Met betrekking tot de directe belastingen (waaronder de inkomsten- en vennootschapsbelasting)¹ is tot op heden slechts zeer beperkt sprake van harmonisering of uniformering. Het staat staten dan ook vrij om eigen directe-belastingregels te stellen ter zake van grensoverschrijdende belastingheffing (belasting over buitenlands inkomen van inwoners en over binnenlands inkomen van niet-inwoners). De wetgeving van staten sluit in de praktijk aan bij heffingsbeginselen zoals de nationaliteit van de belastingplichtige of diens woon- of vestigingsplaats (persoonlijke heffingsbeginselen) of de bron of oorsprong van het te belasten inkomen (objectieve heffingsbeginselen).² Afhankelijk van het soort heffingsbeginsel leidt dat in beginsel tot een onbeperkte (bij persoonlijke beginselen) of beperkte (bij objectieve beginselen) belastingplicht in de betreffende staat.³ Toch kan de nationale heffingsbevoegdheid niet langer op zichzelf worden gezien. In de huidige internationale samenleving is niet zelden sprake van een feitencomplex dat zich over meerdere staten uitstrekt. Factoren die daarbij een rol spelen, zijn onder meer de toenemende globalisering, de totstandkoming van de Europese Unie, de komst van multinationals en de digitalisering van markten. Staten zijn meer dan voorheen van elkaar afhankelijk om belastingheffing te effectueren, niet alleen op het gebied van handhaving, maar ook op dat van materiële regelgeving en informatievergaring. Een behandeling van alle ontwikkelingen op het gebied van het internationale belastingrecht zou de omvang van dit preadvies te buiten gaan. Ik beperk mij tot de grensoverschrijdende informatievergaring. Waar mogelijk of opportuun zal een koppeling worden gemaakt met ontwikkelingen in andere deelgebieden van het internationale belastingrecht.

In de volgende paragrafen zal de fiscale grensoverschrijdende informatievergaring worden belicht. Dat gebeurt allereerst vanuit nationaal perspectief in paragraaf 2. Vervolgens zal in paragraaf 3 het internationale kader worden behandeld. Dit preadvies wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 4.

1 'Direct taxes on income are levied by public authorities at regular intervals, except social contributions, on income from employment, property, capital gains or any other source. Real estate and land taxes are included if they are merely an administrative procedure for the assessment and collection of income tax', aldus de OESO (<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=628>).

2 C. van Raad, *Cursus Belastingrecht*, IBR 1.2.1.a. Algemeen. Zie ook I.J.J. Burgers (red.), *Wegwijz in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Den Haag: Sdu 2015, p. 5.

3 R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law* (diss.), Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers 1989, p. 182-184 en C. van Raad, *Cursus Belastingrecht*, IBR 1.2.1.a. Algemeen.

2 Grensoverschrijdende informatievergaring

2.1 Het belastingrecht als onderdeel van het bestuursrecht

Het belastingrecht is een onderdeel van het bestuursrecht. Hoewel de Algemene wet bestuursrecht (Awb) hierop (deels) van toepassing is, onderscheidt het belastingrecht zich van het reguliere bestuursrecht doordat in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) een aantal afwijkingen en aanvullingen is opgenomen. Voor het onderhavige preadvies is relevant dat voor ingevolge de ‘belastingwet’ genomen besluiten een gesloten stelsel van rechtsbescherming geldt; op grond van artikel 26 AWR staat in afwijking van artikel 8:1 Awb slechts beroep (en op grond van art. 7:1 Awb: bezwaar) open tegen een belastingaanslag of een (in de wet als zodanig aangewezen) voor bezwaar vatbare beschikking.⁴ Daarnaast geldt op grond van artikel 1, derde lid, AWR dat titel 5.2 Awb bij de heffing van belastingen buiten toepassing blijft. Dat heeft tot gevolg dat de bepalingen omtrent het toezicht op naleving (waaronder o.a. de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen en de verplichting tot medewerking) niet kunnen worden ingeroepen. Reden voor de ‘uitschakeling’ van titel 5.2 Awb is dat de AWR een groot aantal informatie- en meewerkverplichtingen kent die specifiek op de belastingheffing zijn toegesneden. Hierna zullen vanuit een grensoverschrijdend perspectief de meest relevante informatieverplichtingen worden besproken.

2.2 De aangifteverplichting

Op het moment dat de inspecteur vermoedt dat een (rechts)persoon belasting- of inhoudingsplichtig is, kan hij diegene uitnodigen tot het doen van aangifte. Door het invullen van de vragen op een (digitaal) aangifteformulier wordt de inspecteur in veel gevallen voorzien van de informatie die hij nodig heeft om in voorkomende gevallen de belastingschuld vast te stellen. De AWR gaat ervan uit dat de uitnodiging tot het doen van aangifte leidt tot een aangifteplicht,⁵ ook wel de ‘hoofdverplichting’ genoemd. Het niet nakomen van die verplichting kan leiden tot een processuele consequentie (bestaande uit een omkering en verzwaring van de bewijslast in de procedure tegen een eventuele aanslag), alsmede tot bestuurlijke

4 Ingevolge art. 26, tweede lid, AWR wordt de voldoening of afdracht op aangifte, dan wel de inhouding door een inhoudingsplichtige gelijkgesteld met een voor bezwaar vatbare beschikking. Ook daartegen kan dus bezwaar en beroep worden ingesteld.

5 Art. 6, eerste lid, jo. 8, eerste lid, AWR.

boetes of strafrechtelijke sancties. De enige materiële eis die voor het ontstaan van de aangifteverplichting (vanuit nationaalrechtelijk oogpunt) wordt gesteld, is dat sprake moet zijn van een vermoeden van (gedeeltelijke) belastingplicht in Nederland. Dat vermoeden moet op enige (objectieve) feitelijke aanwijzingen zijn gebaseerd.⁶ Daarvan kan ook sprake zijn als een belastingplichtige in het buitenland woonachtig/gevestigd is.⁷ Bijvoorbeeld omdat een in Nederland opgerichte, maar in het buitenland gevestigde vennootschap bij wijze van wetsfictie geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd.⁸ Degene die een aangiftebiljet ontvangt, kan het (onderbouwde) standpunt innemen dat de inspecteur hem niet had mogen uitnodigen omdat van een belastingplicht geen sprake is. Als de inspecteur dat standpunt vervolgens (gemotiveerd) verwerpt, is degene die is uitgenodigd alsnog verplicht zijn aangifte te doen. Tegen een dergelijke uitnodiging staat, als gevolg van het gesloten stelsel, geen rechtsmiddel open, hoewel aan die uitnodiging het rechtsgevolg verbonden is dat daardoor de verplichting tot het doen van aangifte ontstaat. Slechts tegen de daaropvolgende (al dan niet als gevolg van het uitblijven van een aangifte, ambtshalve vastgestelde) aanslag staat beroep open, zij het dat daarvoor (bij het uitblijven van een aangifte) mogelijk de omkering van de bewijslast geldt.

2.3 Bijkomende verplichtingen

Naast de aangifteverplichting kent de AWR ook een aantal ‘bijkomende verplichtingen’. Voor het onderhavige preadvies is met name relevant de verplichting om desgevraagd informatie te verstrekken ten aanzien van de eigen belastingheffing en (in sommige gevallen) die van een ander, alsmede de verplichting om onder omstandigheden een administratie te voeren en die desgevraagd ter inzage te verstrekken. Net als bij de aangifte het geval is, kan het niet nakomen van deze verplichtingen leiden tot processuele gevolgen (met name: omkering en verzwaring van de bewijslast), alsmede tot boetes en strafrechtelijke sancties. Alvorens de bijkomende verplichtingen vanuit grensoverschrijdend perspectief te behandelen, moet worden opgemerkt dat in binnenlandse situaties ook veel informatie automatisch aan de inspecteur wordt verstrekt door bijvoorbeeld banken (bijvoorbeeld saldi en hypotheekgegevens), werkgevers (bijvoorbeeld loongegevens) en gemeenten (bijvoorbeeld WOZ-gegevens).

Op grond van artikel 47, eerste lid, AWR is ‘eenieder’ gehouden desgevraagd informatie te verstrekken over de feiten die voor de belastingheffing te zijnen aanzien van belang kunnen zijn. Deze bepaling valt uiteen in een verplichting om gegevens en inlichtingen te verstrekken (de actieve informatieverplichting) en de verplichting om bepaalde boeken, bescheiden en gegevensdragers voor raadpleging beschikbaar te stellen (de passieve informatieverplichting). Onder belastingheffing moet worden verstaan de heffing van rijksbelastingen in ruime zin. Kortom: er moet

6 De Blicke e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2015, p. 108.

7 HR 26 augustus 1998, nr. 33.687, ECLI:NL:HR:1998:AA2529, BNB 1998/350, m.nt. Van Leijenhorst.

8 Art. 2, vierde lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

sprake zijn van een verzoek om verstrekking of overlegging van bepaalde informatie die van belang kan zijn voor de Nederlandse belastingheffing.⁹ Daarvan kan ook sprake zijn als de 'bevraagde' zich in het buitenland bevindt, bijvoorbeeld als een buitenlandse onderneming in Nederland actief is. In dat geval kan een belang voor de Nederlandse belastingheffing immers bestaan in het onderzoek naar de vraag of sprake is van een Nederlandse belastingplicht¹⁰ of een vaste bedrijfsinrichting hier te lande.¹¹ Voldoende is dat het gevraagde 'op zichzelf beschouwd van belang kan zijn voor de [Nederlandse] belastingheffing van de betrokken [vermoedelijke] belastingplichtige'.¹² Dat wordt over het algemeen aangenomen als de inspecteur zich op basis van de hem ter beschikking staande informatie in redelijkheid op dat standpunt kan stellen.¹³ Het betreft dus een lagere bewijsstandaard dan voor het intreden van de aangifteverplichting.¹⁴ Anderzijds kan met artikel 47 AWR ook worden bewerkstelligd dat de inspecteur via een ingezetene de beschikking krijgt over gegevens die zich feitelijk buiten de landsgrens bevinden, bijvoorbeeld de bankafschriften van een buitenlandse bankrekening. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt namelijk dat artikel 47 AWR zich niet alleen uitstrekt tot informatie waarover de bevraagde beschikt, maar ook informatie waarover hij of zij kan beschikken.¹⁵ In dat kader mag enige inspanning worden verwacht om de gevraagde informatie in het buitenland op te vragen,¹⁶ bijvoorbeeld door de buitenlandse bank aan te schrijven of daar langs te gaan. Het niet-voldoen aan artikel 47 AWR blijft zonder nadelige gevolgen voor de belastingplichtige indien het niet-naleven van het voorschrift hem niet kan worden aangerekend.¹⁷

Op grond van artikel 47a AWR is artikel 47 AWR van overeenkomstige toepassing op de situatie waarin een Nederlandse vennootschap als dochter deel uitmaakt van een internationaal concern. In dat geval is de verplichting van artikel 47, eerste lid, AWR ook op de Nederlandse vennootschap van toepassing ter zake van gegevens en inlichtingen, alsmede gegevensdragers die in het bezit zijn van moeder- en zustervenootschappen c.q. grootaandeelhouders/natuurlijke personen en die van belang zijn voor de belastingheffing van de Nederlandse (dochter)vennootschap. Er moet dan bij de moeder/aandeelhouder wel sprake zijn van minstens 50 procent zeggenschap in de Nederlandse (dochter)vennootschap (en eventuele zustervenootschappen). In de omgekeerde situatie (de Nederlandse vennootschap is moeder) is artikel 47a AWR in principe niet nodig: in dat geval zal de Nederlandse vennootschap reeds op grond van artikel 47 AWR gehouden zijn de gevraagde informatie (mits van belang voor de Nederlandse belastingheffing) op

9 Zie HR 8 januari 1986, nr. 23.034, ECLI:NL:HR:AW8125, BNB 1986/128.

10 HR 18 december 2015, nr. 15/00040, ECLI:NL:HR:2015:3603, BNB 2016/48, m.nt. E.B. Pechler.

11 HR 18 april 2003, nr. 38.122, ECLI:NL:HR:2003:AF7498, BNB 2003/268, m.nt. E. Aardema

12 HR 8 januari 1986, nr. 23.034, ECLI:NL:HR:1986:AW8125, BNB 1986/128, m.nt. J. Hoogendoorn.

13 HR 12 februari 1992, nr. 27.677, ECLI:NL:HR:1992:ZC4885, BNB 1992/148; HR 18 april 2003, nr. 38.122, ECLI:NL:HR:2003:AF7498, BNB 2003/268, m.nt. E. Aardema; HR 18 december 2015, nr. 15/00040, ECLI:NL:HR:2015:3603, BNB 2016/48, m.nt. E.B. Pechler.

14 Zie over het redelijke vermoeden in verhouding tot het in redelijkheid ingenomen standpunt: E. Poelmann, 'De reikwijdte van artikel 47 AWR: de Hoge Raad is nooit omgegaan', TFB 2016/03.

15 HR 25 januari 2002, nr. 36.063, ECLI:NL:HR:2002:AD8475, BNB 2002/136.

16 Zie o.a. M.W.C. Feteris, *Fiscale handboeken formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 272, M.J. Pelinck in *Hoofdzaken formeel belastingrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 132 en M.B. Weijers in *(fiscale) inlichtingenvplichtingen*, Amsterdam: De Bont Advocaten 2013, p. 71 e.v.

17 HR 13 november 2015, nr. 15/00014, ECLI:NL:HR:2015:3273, BNB 2016/71, m.nt. P.G.M. Jansen.

te vragen en aan de inspecteur te verstrekken.¹⁸ Het belang van artikel 47a AWR is vanuit Nederlands perspectief gelegen in de mogelijkheid voor de inspecteur om zicht te krijgen op de groepsstructuur, de financiering daarvan of de wijze van verantwoording van onderlinge transacties.¹⁹ In de literatuur is bij de totstandkoming van artikel 47a AWR kritiek geuit op het gemak waarmee vennootschappen in internationale verhoudingen verplicht zouden kunnen worden tot informatieverstrekking.²⁰ Zoals hierna zal blijken (zie par. 3.3), valt daarop inmiddels het een en ander af te dingen. Dat is onder meer het gevolg van de omstandigheid dat uit artikel 47a, derde en vierde lid, AWR volgt dat de verplichting niet geldt indien de informatie ook kan worden verkregen op basis van een wederkerige regeling die voorziet in inlichtingenuitwisseling met betrekking tot de betreffende belasting.

De artikelen 47 en 47a AWR zien dus op informatie die van belang kan zijn voor de ‘eigen [Nederlandse] belastingheffing’. Artikel 53 AWR bepaalt dat die verplichting onder omstandigheden ook geldt voor informatie die van belang kan zijn voor de belastingheffing van derden. Artikel 53 AWR is van toepassing op ‘administratieplichtigen’, waaronder in ieder geval kunnen worden begrepen: lichamen, inhoudingsplichtigen (voor de loonbelasting, de dividendbelasting of de kansspelbelasting), ondernemers en ‘resultaatsgenieters’ (zelfstandigen die geen ondernemer zijn). Een ondernemer kan dus worden verplicht om informatie te verstrekken (bijvoorbeeld informatie over aantallen en prijzen van ingekochte producten) die van belang kan zijn voor de Nederlandse belastingheffing van een ander. Daar staat niet aan in de weg dat de inspecteur ten tijde van dat verzoek nog niet weet of die informatie daadwerkelijk van belang is voor de belastingheffing van een specifieke derde.²¹ Het gaat er – net als bij artikel 47 AWR – om dat de inspecteur zich in redelijkheid op het standpunt kan stellen dat die informatie op zichzelf beschouwd van belang kan zijn voor de Nederlandse belastingheffing (van een derde, zoals klanten, afnemers, werknemers, opdrachtgevers, opdrachtnemers, etc.). Die verplichting kan dus ook van toepassing zijn op grensoverschrijdende situaties, bijvoorbeeld bij verzoeken om informatie over een in het buitenland woonachtig persoon ter zake van wie de inspecteur zich in redelijkheid op het standpunt kan stellen dat die in Nederland belastingplichtig is.

2.4 Beperkingen aan de verplichtingen

De informatieverplichtingen zijn niet absoluut. Los van de omstandigheid dat sprake moet zijn van een vermoeden van belasting- of inhoudingsplicht (voor de aangifteverplichting) of een mogelijk belang voor de belastingheffing (voor de

18 Kamerstukken II 1988/89, 21034, 3, p. 2 en de resolutie van de Staatssecretaris van Financiën van 12 augustus 1985, BNB 1985/298.

19 M.J. Pelinck in *Hoofdzaken formeel belastingrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 137.

20 O.a. P.J. Wattel, ‘Drie onvriendelijke opmerkingen over het voorstel uitbreiding informatieverplichtingen in internationale verhoudingen (artikel 47a AWR)’, *WFR* 1989/5865 en A. Pleijssier, *Internationale fiscale informatie-verplichtingen en gegevensuitwisseling*, AFB 3, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 42.

21 HR 22 september 2006, nr. 41.770, ECLI:NL:HR:2006:AY8656, BNB 2007/45, m.nt. Van Bijl. Zie ook de aantekening van Vakstudie Nieuws bij de zaak SMS parking, V-N 2014/43.6.

informatie- en inzageverplichting), welke beperking in de norm besloten ligt, wordt het handelen van de inspecteur beperkt door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²² Het gaat onder meer om het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod van détournement de pouvoir (misbruik van bevoegdheid) en het evenredigheidsbeginsel. Specifiek kan nog worden genoemd het ‘fair-playbeginsel’,²³ op grond waarvan het de inspecteur niet is toegestaan de informatieverplichtingen in te roepen teneinde adviezen en rapporten in te zien waarin de fiscale positie van de belastingplichtige wordt belicht. Hieruit wordt ook wel een informeel verschoningsrecht van de belastingadviseur afgeleid. Dat informele verschoningsrecht moet overigens worden onderscheiden van het wettelijk verschoningsrecht van geestelijken, notarissen, advocaten, artsen en apothekers: zij hebben op grond van artikel 53a AWR een wettelijk verankerde mogelijkheid om te weigeren informatie over een derde te verstrekken voor zover zij uit hoofde van hun stand, ambt of beroep tot geheimhouding daarvan verplicht zijn. Dat verschoningsrecht geldt niet voor zover informatie of inzage gevraagd wordt ten aanzien van de eigen belasting- of inhoudingsplicht van de verschoningsgerechtigde.

Zodra een procedure ten overstaan van de rechter wordt gevoerd, brengen de algemene beginselen van behoorlijk procesrecht met zich dat partijen als gelijken tegenover elkaar staan en dat het toezicht op de procesorde en de taak van de waarheidsvinding zijn toevertrouwd aan de rechter.²⁴ Dit betekent dat het de inspecteur vanaf dat moment niet is toegestaan om de belastingplichtige te verplichten – op straffe van bewijslastomkering – aan de bewijsvoering in die procedure mee te werken door informatie of inzage te eisen. De eenzijdig in te roepen verplichtingen waartegen alleen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (en de procedure van de ‘informatiebeschikking’; art. 52a AWR)²⁵ beschermen, gaan vanaf het instellen van beroep over op de rechter, die de beginselen van een goede procesorde en de gelijkwaardigheid van procespartijen moet waarborgen. Eenzelfde beperking voor zaken die onder de rechter zijn, lijkt op te gaan voor de verplichting van artikel 47a AWR.²⁶ Als het gaat om informatie die ziet op andere aanslagen of belastingjaren dan waarop de procedure voor de rechter betrekking heeft, is ten aanzien van die aanslagen/jaren overigens geen sprake van een beperking voor de inspecteur.²⁷ Vrijwillige medewerking door de belastingplichtige blijft niettemin mogelijk.²⁸ Ook kan de inspecteur de informatieverplichting van artikel 53 AWR ter zake van informatie over derden blijven inroepen, nu niet-naleving daarvan

22 O.a. HR 8 januari 1986, nr. 23.034, ECLI:NL:HR:1986:AW8125, BNB 1986/128, m.nt. Hoogendoorn; HR 4 november 1992, 28.115, ECLI:NL:HR1992:ZC5152, BNB 1993/90, m.nt. Simons.

23 HR 23 september 2005, nr. 38.810, ECLI:NL:HR:2005:AU3140, BNB 2006/21, m.nt. De Bont.

24 HR 10 februari 1988, nr. 23.925, ECLI:NL:HR:1988:ZC3761, BNB 1988/160, m.nt. Hofstra

25 Met ingang van 1 juli 2011 is voorzien in een aparte procedure waarin de omvang van de bijkomende verplichting aan de orde kan worden gesteld. In het systeem zoals dat nu geldt, kan de omkering en verzwaring van de bewijslast wegens het niet-voldoen aan de bijkomende verplichtingen pas intreden als dat in een (voor bezwaar vatbare) informatiebeschikking is vastgesteld en die beschikking onherroepelijk is komen vast te staan.

26 Zie ook: De Bleeck e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2015, p. 151.

27 HR 24 april 2015, nrs. 14/02416 en 14/02866, ECLI:NL:HR:2015:1130, NJ 2015/265, m.nt. Zwemer.

28 O.a. HR 6 december 2000, nr. 35.681, ECLI:NL:HR:AA8860, BNB 2001/53, m.nt. Snoijink en HR 7 februari 2003, nr. 37.625, ECLI:NL:HR:2003:AF4117, BNB 2003/127.

geen omkering van bewijslast kan meebrengen en geen invloed heeft op de procespositie van de bevraagde in zijn eigen belastingaangelegenheden.²⁹

2.5 Algemene onderzoeksbevoegdheid

In het algemeen wordt aangenomen dat de inspecteur, in aanvulling op de wettelijke verplichtingen die hij ten aanzien van een ander kan inroepen, ook zelfstandig informatie kan vergaren.³⁰ Het gaat om een algemene onderzoeksbevoegdheid. Dit kan worden afgeleid uit de parlementaire toelichting bij de Wet aanpassing van administratieve verplichtingen en HR 27 september 2002, BNB 2003/13, waarin de Hoge Raad de mogelijkheid tot een dergelijke buitenwettelijke informatievergaring impliciet erkende.³¹ Bij de uitoefening van die bevoegdheid moet gedacht worden aan raadpleging van openbaar toegankelijke bronnen³² of eigen waarneming van de inspecteur.³³ Aangezien het een algemene ‘onderzoeksbevoegdheid’ betreft, is geen wettelijke norm gegeven. Zij is echter niet onbegrensd. Het handelen van de inspecteur is bijvoorbeeld toetsbaar aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.³⁴

2.6 Afsluitend

Zoals hiervoor bleek, kan op basis van nationaal recht in grensoverschrijdende gevallen informatie worden verkregen door een aangiftebiljet uit te reiken of door concreet om gegevens of inlichtingen, althans inzage in boeken, bescheiden of andere gegevensdragers te verzoeken. Aangezien de aangifteverplichting zich richt tot een vermoedelijk belastingplichtige en de bijkomende verplichtingen (voor zover het betreft de eigen belastingheffing) tot ‘eenieder’ worden deze bepalingen niet door de landsgrenzen beperkt. Anders gezegd: er is in beginsel sprake van een extraterritoriale reikwijdte. Aangezien sprake moet zijn van een ‘link’ met de Nederlandse belastingheffing, lijkt het beter om te spreken van regelgeving met een territoriale extensie.

29 O.a. HR 23 september 1992, nr. 28.388, ECLI:NL:HR:1992:BH8551, BNB 1992/387, m.nt. P. den Boer.

30 Zie bijvoorbeeld recentelijk A-G Niessen in de gemeenschappelijk bijlage bij zijn conclusie van 16 augustus 2016, nrs. 15/05826; 02068; 02069, ECLI:NL:PHR:2016:885, onderdeel 3B en R.H.M.J. Offermans, ‘Verslag van het symposium: “Informatie van over de grens”’, WFR 2015/541, onderdeel 4.

31 HR 27 september 2002, nr. 36 676, ECLI:NL:HR:2002:AD8780, BNB 2003/13, m.nt. Feteris, onder verwijzing naar Kamerstukken II, 21287, nr. 3 (MvT), p. 18.

32 Zo schijnt er een landelijk Internet Research and Investigation Network (iRN) te bestaan waarin onder meer door de Belastingdienst op internet onderzoek wordt uitgevoerd, zie: L.J.A. Pieterse, ‘Internationale uitwisseling van informatie’, WFR 2015/979.

33 Zie ook Feteris in zijn noot onder BNB 2003/13. Momenteel ligt bij de Hoge Raad een zaak voor waarin de Belastingdienst zelfstandig gebruik zou hebben gemaakt van het ANPR (Automatic Number Plate Recognition) netwerk van het Korps Landelijke Politiediensten. Zie de conclusie van A-G Niessen van 16 augustus 2016, ECLI:NL:PHR:2016:885.

34 A-G Niessen in de gemeenschappelijk bijlage bij zijn conclusie van 16 augustus 2016, nrs. 15/05826, 02068, 02069, ECLI:NL:PHR:2016:885, Feteris in zijn noot onder BNB 2003/13 en onder verwijzing naar HR 19 december 1995, nr. 101269, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, NJ 1996, 249, m.nt. Schalken.

De inspecteur zal de aangifte- en/of informatieverplichting in de praktijk pas invoeren als hij daar een aanleiding toe ziet. Teneinde de verplichting ook te kunnen afdwingen, zal hij die aanleiding moeten kunnen omzetten in een begin van bewijs. Een vermoeden van belastingplicht (bij de aangifte) of een mogelijk belang voor de Nederlandse belastingheffing (bij de informatieverplichting) is in principe voldoende. Het enkele bestaan van een verplichting wil echter niet betekenen dat daadwerkelijk informatie wordt verkregen. Het kan zijn dat de belastingplichtige daar niet over kan beschikken of weigert mee te werken, bijvoorbeeld omdat hij iets probeert te verbergen. In de praktijk leidt de nationale informatieverplichting in grensoverschrijdende situaties niet steeds tot het gewenste resultaat.³⁵ Met de invoering van artikel 47a AWR is voorzien in een uitbreiding naar informatie die zich bij gelieerde vennootschappen of aandeelhouders bevindt, maar de werking daarvan is beperkt tot de gevallen waarin geen sprake is van een internationale regeling ter uitwisseling van informatie, omdat als wél zo'n regeling geldt, de fiscus daarvan gebruik kan maken.

35 Zie bijvoorbeeld het grote aantal informatieprocedures www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2013/04/08/belastingdienst-spant-kort-geding-aan-tegen-vermeende-zwartsparenders en recentelijk de bevindingen van de Coördinatiegroep Constructiebestrijding (CCB) van de Belastingdienst, Brief Staatssecretaris van Financiën van 26 augustus 2016, nr. 2016-0000134221, V-N 2016/44.15.

3 Internationale bijstand bij grensoverschrijdende informatievergaring

3.1 Een plaatsbepaling

Teneinde in grensoverschrijdende situaties over de benodigde informatie te kunnen beschikken, wordt door staten samengewerkt. Aanvankelijk werd daar op bilateraal niveau in voorzien door in verdragen ter voorkoming van dubbele belasting een bepaling over de uitwisseling van informatie op te nemen.³⁶ Deze praktijk werd gangbaarder met de introductie van het Modelverdrag van 1963 van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO, of – in het Engels – OECD), waarin een standaardbepaling voor uitwisseling van informatie was opgenomen. Nadien is ook op EU-niveau en multilateraal voorzien in grensoverschrijdende gegevensuitwisseling. Het gaat met name om Richtlijn 77/799/EG (die inmiddels is vervangen door Richtlijn 2011/16/EU) en het WABB-verdrag (zie par. 3.3 hierna).

Toch is grensoverschrijdende fiscale gegevensuitwisseling pas recent in een stroomversnelling geraakt.³⁷ Een eerste aanzet werd gedaan in 2000 toen een beperkt aantal staten zich verenigde in een multilateraal overlegorgaan van de OESO: ‘the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes’ (het Global Forum), met als doel een internationaal *level playing field* voor de uitwisseling van informatie te creëren. Dat doel is als gevolg van de financiële crisis en berichten over belastingontwijking en -ontduiking hoger op de internationale agenda komen te staan. In de periode 2008/2009 sprak zowel de G8 als de G20 zich expliciet tegen schadelijke belastingpraktijken uit.³⁸ Transparantie moest de norm worden. Daarbij werden zogenoemde *tax havens* niet ontzien; zij werden voor de keuze gesteld hun bankgeheim op te geven en in de ontwikkelingen mee te gaan of de gevolgen van hun keuze te aanvaarden (zij kwamen dan op een zwarte lijst van de OESO-leden). Economische maatregelen zouden in het laatste geval

³⁶ Kamerstukken II 1984/85, 18852, 1-3, p. 8.

³⁷ Zie over de ontwikkelingen op dit gebied ook: G.O. Teijeiro, The new context of fiscal transparency, http://kluwertaxblog.com/2016/10/27/new-context-fiscal-transparency/#_ftn4, 27 oktober 2016 (online geraadpleegd op 6 november 2016) en R.E.C.M. Niessen, ‘Internationale fiscale informatie-uitwisseling in een stroomversnelling’, *FTV* 2016/2.

³⁸ O.a. ‘the statement of the G-8 Finance Ministers Meeting Osaka Japan, 14 juni 2008’, onder 14 en ‘the Declaration of the G20 on strengthening the financial system, London Summit, 2 april 2009’, p. 4-5.

niet worden geschuwd. Staten waarvan men tot kort daarvoor niet verwachtte dat zij zich aan de nieuwe norm zouden committeren, hebben zich als gevolg van deze internationale druk toch bereid getoond daartoe over te gaan. Dit heeft ertoe geleid dat het Global Forum thans is uitgegroeid tot een (daadwerkelijk wereldwijd) forum met 137 deelnemers, waaronder bijvoorbeeld ook Zwitserland, Panama, de Kaaimeiland en de Britse Maagdeneilanden.³⁹ Het Global Forum ziet toe op implementatie van een algemene standaard voor uitwisseling van informatie voor belastingdoeleinden. Het (commentaar op het) OESO-Modelverdrag is daarbij als uitgangspunt genomen. Teneinde te controleren of elk land zich aan die algemene standaard houdt en effectieve uitwisseling mogelijk te maken, voert het Global Forum zogenoemde *peer reviews* uit. Er wordt onder meer gekeken naar de beschikbaarheid en betrouwbaarheid van eventueel uit te wisselen informatie in de betreffende staat, de mogelijkheid om die informatie op verzoek te achterhalen, de effectiviteit van de nationale uitwisselingsprocedure, en de aanwezigheid van een fiscale geheimhoudingsverplichting. De resultaten van de sinds 2010 uitgevoerde reviews zijn online te raadplegen.⁴⁰ Nederland was 'largely compliant'. De verbeterpunten waren met name gelegen op het gebied van toegang tot informatie en de effectiviteit van de nationale uitwisselingsprocedure. Een tweede ronde *peer reviews* staat gepland voor de periode van 2016 tot en met 2020.

Niet alleen het aantal landen waartussen, de mate waarin en het niveau waarop gegevens worden uitgewisseld, is toegenomen. Ook de wijze waarop fiscale gegevens worden uitgewisseld, is uitgebreid en efficiënter geworden. Er is een duidelijke verschuiving van gegevensuitwisseling op verzoek naar automatische gegevensuitwisseling.⁴¹ De voordelen die aan een dergelijke vorm van gegevensuitwisseling worden toegedicht,⁴² zijn onder meer dat (1) de informatie tijdig en volledig beschikbaar komt, (2) informatie beschikbaar komt waarvan het bestaan bij de ontvangende autoriteiten wellicht onbekend was en waar zij dus niet om zouden hebben verzocht (3) automatische gegevensuitwisseling een positief effect heeft op 'compliance' door de burger omdat het om in beginsel volledige dekking gaat (uitwijken naar andere jurisdicties heeft geen zin), (4) automatische gegevensuitwisseling leidt tot een eerlijker verdeling van de belastingdruk, en (5) de automatische uitgewisselde gegevens in sommige landen reeds in de voor-ingevulde aangifte kunnen worden opgenomen. Het is de bedoeling dat vanaf 2020 sprake is van een wereldwijde standaard van automatische gegevensuitwisseling.

39 www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/members/ (online geraadpleegd op 6 november 2016).

40 www.oecd.org/tax/transparency/GFratings.pdf.

41 Communiqué Meeting of Finance Ministers [van de G20] and Central Bank Governors Moscow, 19-20 juli 2013 en de Declaration on automatic exchange of information in tax matters, 6 mei 2014 (www.oecd.org/mcm/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf), online geraadpleegd op 25 september 2016.

42 Automatic Exchange of Financial Account Information, background information brief, januari 2016 (www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Automatic-Exchange-Financial-Account-Information-Brief.pdf), p. 7, online geraadpleegd op 25 september 2016.

3.2 Vormen van grensoverschrijdende fiscale heffingsbijstand

Binnen de internationale juridische instrumenten van de grensoverschrijdende bijstand bij de heffing van belastingen (zie par. 3.3) kunnen thans in hoofdlijnen vijf vormen worden onderscheiden, namelijk:

- *uitwisseling op verzoek*: uitwisseling naar aanleiding van een verzoek om specifieke informatie door een andere staat. Wordt een staat verzocht om uitwisseling van informatie, dan is hij niet alleen gehouden de informatie te verstrekken waarover hij reeds beschikt, maar zal hij in beginsel⁴³ ook informatie moeten verstrekken die hij op grond van zijn nationale recht kan verkrijgen. Dit betekent dat zo nodig informatie bij een belasting- of administratieplichtige moet worden opgevraagd of een boekenonderzoek moet worden ingesteld;
- *automatische uitwisseling*: (digitale) uitwisseling van bulkgegevens (in beginsel alle gegevens) over vooraf omschreven grensoverschrijdende inkomensstromen zoals met name die ter zake van rente-inkomsten, dividendinkomsten, royalty's, artiesten- en sportersbeloningen en commissarissenbeloningen. Door deze vorm van uitwisseling wordt bereikt dat de inspecteur niet vooraf bekend hoeft te zijn met het bestaan van de informatie. Slechts de relevantie moet bij het formuleren van het uitwisselingskader bekend zijn. Staten zijn verplicht die informatie automatisch en periodiek uit te wisselen;
- *spontane uitwisseling*: uitwisseling van gegevens zonder dat daartoe een verzoek is gedaan door de ontvangende staat. In sommige gevallen is voorzien in vooraf beschreven situaties waarin informatie spontaan zal worden uitgewisseld. Anders dan bij de automatische gegevensuitwisseling is dat minder expliciet omschreven en is sprake van enige beoordelingsvrijheid bij de uitwisselende staat.
- *aanwezigheid bij een controleonderzoek*: in een dergelijk geval kunnen ambtenaren van de ene staat worden toegelaten in de andere staat om daar bij het controleonderzoek aanwezig te zijn; en
- *gelijktijdige boekenonderzoeken*: hiervan is sprake als staten tegelijkertijd, en ieder in hun eigen staat, een onderzoek ten aanzien van een bepaalde transactie of belastingplichtige uitvoeren.

De toepasselijke vorm van bijstand is mede afhankelijk van de afspraken tussen staten. Gezien de uniformering die binnen de OESO en EU gaande is, zijn de afwijkende gevallen met name terug te vinden in (veelal op oudere modelverdragen gebaseerde) bilaterale verdragen met niet-EU of OESO-leden.

3.2.1 Uitwisseling van informatie op verzoek

Zoals hiervoor is opgemerkt, is onder de algemene standaard voor uitwisseling van informatie aansluiting gezocht bij het OESO-Modelverdrag. Het gaat om de *Tax Information Exchange Agreements* (TIEA's) en artikel 26 OESO-Modelverdrag (zie daarover par. 3.3). Tot 2005 volgde uit het OESO-Modelverdrag dat informatie

43 Een uitzondering is bijvoorbeeld opgenomen in het bilaterale verdrag Nederland-Israël.

moest worden uitgewisseld als die informatie noodzakelijk ('necessary') was voor de uitvoering van het verdrag of de nationale belastingwet. Aangezien dit tot discussie kon leiden, is de tekst vanaf 2005 verduidelijkt, in die zin dat het moet gaan om informatie die voorzienbaar relevant ('*foreseeably relevant*') is voor de uitvoering van het verdrag of de nationale belastingwetgeving. Een inhoudelijke wijziging is niet beoogd. Uit het commentaar bij het OESO-Modelverdrag volgt dat met de toevoeging '*foreseeably relevant*' is getracht tot uitdrukking te brengen dat staten gehouden zijn om op verzoek informatie uit te wisselen, maar dat die verplichting niet zo ver gaat dat mee moet worden gewerkt aan bijvoorbeeld *fishing expeditions*⁴⁴ (i.e. speculatieve verzoeken) of verzoeken om uitwisseling van informatie waarvan onwaarschijnlijk is dat deze kunnen bijdragen aan de belastingheffing.⁴⁵ Het moet gaan om informatie die op het moment van het verzoek redelijkerwijs relevant kan zijn, ook als het informatie betreft van personen die geen inwoner zijn van de aangezochte staat. Of de informatie achteraf ook daadwerkelijk relevant is gebleken, doet niet ter zake. Een recent voorbeeld waarin de grenzen van de uitwisselingsbepaling werden opgezocht, betreft een zogenoemd 'groepsverzoek' dat de Nederlandse autoriteiten op grond van het Verdrag Nederland-Zwitserland deden. Daarin werd om de namen en bankgegevens van Nederlanders gevraagd die een rekening bij de UBS in Zwitserland aanhielden maar daar geen 'tax conformity'-verklaring hadden overgelegd (een verklaring dat in de woonstaat aan de fiscale verplichtingen wordt voldaan). De Belastingdienst wist dus niet precies wie dat waren. In de procedure die in Zwitserland door de belanghebbenden (de personen op wie de informatie betrekking had) tegen uitwisseling van informatie werd aangespannen, lag de vraag voor of het verzoek voldoende concreet was. Nadat de lagere rechter het verzoek van de Nederlandse autoriteiten als *fishing expedition* kwalificeerde, oordeelde het Bundesgerichtshof (de Zwitserse Hoge Raad) dat het verzoek om informatie geen naam en adres van de betrokken belastingplichtigen hoeft te bevatten indien het verzoek anderszins voldoende informatie bevat om die personen te identificeren. Nu daarvan sprake was, achtte het Bundesgerichtshof dat geen sprake was van een *fishing expedition* en stond hij inwilliging van het verzoek wel toe.⁴⁶

De verplichting om informatie uit te wisselen onder belastingverdragen en de EU-richtlijn is niet absoluut. Zo hoeft de aangezochte staat uiteraard geen maatregelen te nemen die verder gaan dan hem op basis van het nationale recht en de administratieve praktijk is toegestaan. De enkele omstandigheid dat voor het inroepen van de informatieverplichtingen uit de AWR in nationale situaties een belang voor de (Nederlandse) belastingheffing is vereist (zie par. 2.2 en 2.3), geldt niet als beperking.⁴⁷ Het gaat erom dat als informatie in nationale situaties niet

44 Zie daarover E. Poelmann, 'De fiscale fishing expedition', TFB 2016/07. In nationale verhoudingen stelt de Hoge Raad in civiele dwangsomprocedures overigens ook een dergelijke beperking aan de informatieverplichting: HR 24 april 2015, nr. 14/02414, ECLI:NL:HR:2015:1129, RvdW 2015/606.

45 Zie [www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20\(2\).pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20(2).pdf).

46 Zie www.bger.ch/press-news-2c_276_2016-t.pdf.

47 Zie art. 26, vierde lid, OESO-Modelverdrag en het commentaar in par. 19.6-19.8 (na update 17 juli 2012; te raadplegen via [www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20\(2\).pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20(2).pdf)).

zou kunnen worden verkregen, die informatie ook in grensoverschrijdende gevallen niet hoeft te worden opgevraagd. Zoals hiervoor (zie par. 3.1) is opgemerkt, wordt dit aspect in de *peer review* betrokken. In dat kader is door het Global Forum opgemerkt dat de uitwisseling op verzoek alleen effectief zal kunnen zijn als de informatie ook daadwerkelijk in de aangezochte lidstaat voorhanden is of daar kan worden verkregen.⁴⁸ Daarvoor is bijvoorbeeld vereist dat staten registers bijhouden over aandeelhouders, dat er een verplichting tot verslaglegging van financiële gegevens is en dat daarvoor een bewaarplicht bestaat. Gezien het doel daarvan (een internationaal *level playing field*), komt het mij voor dat het in de praktijk niet snel (meer) zal voorkomen dat een beroep wordt gedaan op de hiervoor genoemde uitzondering. Hetzelfde geldt voor de omgekeerde situatie: als het nationale recht van de verzoekende staat op geen enkele manier voorziet in de mogelijkheid om bepaalde informatie op te vragen, dan hoeft ook de aangezochte staat daar niet toe over te gaan. Ook als het nationale recht van laatstgenoemde die mogelijkheid wel laat. Dit wordt ook wel het reciprociteitsbeginsel genoemd. De gedachte daarachter is dat met de grensoverschrijdende uitwisseling van informatie niet is beoogd staten een ruimere bevoegdheid tot informatievergaring te bieden dan overeenkomstig hun nationale recht mogelijk is.⁴⁹ Met deze beperking wordt terughoudend omgegaan. Dit volgt bijvoorbeeld uit de omstandigheid dat er in beginsel van mag worden uitgegaan dat de verzoekende staat zelf de bevoegdheid heeft om toepassing waarvan hij de andere staat verzoekt.⁵⁰ Op EU-niveau wordt de voorwaarde van reciprociteit overigens niet meer gesteld. De enkele omstandigheid dat de informatie onder een nationaalrechtelijk bankgeheim valt, kan bovendien niet langer een beperking van de verplichting tot uitwisseling van informatie rechtvaardigen.⁵¹

Van uitwisseling van informatie mag – ondanks de mogelijkheid daartoe – worden afgezien indien de openbare orde zich daartegen verzet of de verstrekking in strijd zou komen met algemeen aanvaarde beginselen van belastingheffing of andere begrenzingen die voortvloeien uit de van toepassing zijnde bepalingen van internationaal en interregionaal recht. Het gaat met name om gevallen waarin informatie wordt verzocht voor een fiscaal onderzoek dat is ingegeven door politieke of andere niet-fiscale motieven, dat kan leiden tot resultaten die de aangezochte staat in strijd acht met mensenrechtenverdragen, belastingverdragen of andere internationale verplichtingen of waarin een staatsgeheim speelt.⁵² Ook hoeft geen informatie te worden uitgewisseld indien daarmee een commercieel, industrieel of beroepsgeheim zou worden onthuld. Het is geen absolute uitzondering. Het is aan de aangezochte staat om een afweging te maken tussen de te beschermen belangen van degene die de informatie geheim wenst te houden en de noodzaak

48 2016 Terms of reference to monitor and review progress towards transparency and exchange of information on request for tax purposes (online geraadpleegd op 13 november 2016; www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/publications/terms-of-reference.pdf).

49 Zie art. 26, derde lid, OESO-Modelverdrag en het commentaar in par.15 (versie update 17 juli 2012).

50 Zie art. 26, derde lid, OESO-Modelverdrag en het commentaar in par. 18.1 (versie update 17 juli 2012).

51 Zie art. 26, vijfde lid, OESO-Modelverdrag (versie update 17 juli 2012).

52 Zie art. 26, derde lid, OESO-Modelverdrag en het commentaar in par. 19.5 (versie update 17 juli 2012).

tot uitwisseling van die informatie. Daarbij is niet zonder betekenis dat ook de verzoekende staat geacht wordt een geheimhoudingsverplichting te hebben. Anders is dat mijns inziens bij informatie die valt onder het beroepsgeheim van verschoningsgerechtigden (zie par. 2.4). Hier bestaat naar mijn mening nagenoeg geen afwegingsruimte. Dat moet overigens niet worden verward met het informele verschoningsrecht van bijvoorbeeld belastingadviseurs. Die informatie mag in nationale gevallen niet worden afgedwongen als gevolg van het *fair-play*-beginsel. Dat Nederland die informatie niet met het buitenland hoeft uit te wisselen, is dus niet het gevolg van een beroepsgeheim maar enkel van de omstandigheid dat die informatie op basis van nationaal recht niet kan worden verkregen.

3.2.2 Automatische uitwisseling van informatie

Bij belastingontwijking en (met name) -ontduiking wordt veelal gebruikgemaakt van jurisdicties met een bankgeheim zoals (voorheen) Zwitserland, Liechtenstein en Luxemburg. Zoals hiervoor is opgemerkt, heeft de inzet van het Global Forum ertoe geleid dat het bankgeheim in internationale verhoudingen niet langer kan worden tegengeworpen. Nadat de Verenigde Staten met hun *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA)⁵³ voorzagen in automatische uitwisseling van financiële gegevens van Amerikanen, is ook vanuit de G8/G20 aangestuurd op automatische gegevensuitwisseling. Dit heeft ertoe geleid dat de *Common Reporting Standard* (CRS) tot stand is gekomen.⁵⁴ Met de CRS wordt beoogd belastingontwijking te voorkomen door automatische uitwisseling van financiële gegevens mogelijk te maken. Dit leidt enerzijds tot een verhoogde kans op ontdekking van belastingfraude. Anderzijds leidt de toegenomen kans tot ontdekking tot verhoogde compliance bij de belastingplichtigen. Voor een effectieve werking is vereist dat de standaard zoveel mogelijk globaal wordt geïmplementeerd; anders verplaatst het probleem zich naar andere (niet-participerende) jurisdicties.⁵⁵ Nederland zal naar verwachting in 2017 met ruim vijftig andere staten als een van de koplopers tot deze vorm van automatische informatie-uitwisseling overgaan.⁵⁶

De standaard bestaat uit twee onderdelen, namelijk (1) de *Model Competent Authority Agreement* (MCAA) en (2) de *Common Reporting Standard* (CRS). Met de MCAA wordt bereikt dat op bi- of multilateraal niveau een grondslag bestaat voor de automatische uitwisseling van informatie. In de MCAA zijn onder meer bepalingen op-

53 De 'Foreign Account Tax Compliance Act' die financiële instellingen wereldwijd verplicht financiële gegevens over Amerikaanse belastingplichtigen aan de IRS te verstrekken. In veel gevallen heeft de VS met andere Staten een bilateraal verdrag gesloten op basis waarvan de betreffende Staat de gegevens van de financiële instellingen uit zijn eigen Staat opvraagt om die vervolgens automatisch uit te wisselen met de VS.

54 Zie daarover meer uitgebreid: V.L. Meijerman, 'Common Reporting Standard: What's new!?', *FTV* 2016/25.

55 OECD Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, OECD 2014, p. 13, online geraadpleegd op 13 november 2016 (www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-for-tax-matters_9789264216525-en).

56 Volgens de laatste stand van zaken zal dat gaan plaatsvinden vanaf september 2017: www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/MCAA-Signatories.pdf (online geraadpleegd op 21 oktober 2016).

genomen over het type informatie, de frequentie en manier van uitwisseling en de vertrouwelijkheid en databescherming van de uitgewisselde informatie. Het systeem is erop gericht dat de verdragsstaten informatie uitwisselen die zij van financiële instellingen binnen hun jurisdictie hebben ontvangen. De grondslag voor de CRS is in Nederland neergelegd in de Wet op de internationale bijstandsverlening bij heffing van belastingen (WIB). Het begrip ‘financiële instellingen’ wordt ruim uitgelegd en omvat onder meer banken, beleggingsinstellingen en bepaalde verzekeringsmaatschappijen. De informatie die moet worden uitgewisseld, ziet op vermogen en ‘all types of investment income’. Onder dit laatste worden onder meer begrepen rente, dividenden en vergelijkbare inkomsten.

Ook binnen de EU is sprake van een beweging naar automatische gegevensuitwisseling. Dat begon met de Spaarrenterichtlijn⁵⁷ (die vanaf juli 2005 voorzag in automatische uitwisseling van informatie over rentebetalingen tussen lidstaten of inhouding van een bronbelasting, zij het dat de financiële instellingen daarvoor verantwoordelijk waren). Bij de invoering van Richtlijn 2011/16/EU is voorts uitwisseling van informatie over bepaalde inkomenscategorieën mogelijk gemaakt. Die mogelijkheid is inmiddels uitgebreid met de CRS en andere informatie die van belang is om grensoverschrijdende belastingontwijking te voorkomen (zie par. 3.3). In EU-verband hoeft daarvoor geen MCAA te worden gesloten. De Spaarrenterichtlijn is als gevolg van de implementatie van de CRS komen te vervallen.

Bij automatische uitwisseling van gegevens bestaat geen ruimte een uitzondering in te roepen c.q. een belangenafweging te maken.

3.2.3 Spontane uitwisseling van informatie

Tot slot kan nog worden stilgestaan bij de spontane uitwisseling van informatie. Het gaat om de uitwisseling van informatie die weliswaar voorzienbaar relevant kan zijn voor de belastingheffing in een andere staat, maar om uitwisseling waarvan die staat niet heeft verzocht. Het enkele tonen van interesse voor bepaalde informatie kan volgens de Hoge Raad niet als een verzoek worden aangemerkt.⁵⁸ Er moet voor de verstreckende staat dus aanleiding zijn die informatie uit te wisselen, bijvoorbeeld het vermoeden dat in een andere staat geen belasting over een bepaald vermogensbestanddeel is betaald. Daarin is meteen ook de toegevoegde waarde van de spontane uitwisseling gelegen: het betreft veelal zeer relevante informatie. In EU-verhoudingen is uitwisseling van informatie in dergelijke gevallen overigens verplicht gesteld.

De mogelijkheid tot spontane uitwisseling van informatie is de afgelopen jaren effectief gebleken. Zo is veel informatie spontaan aan Nederland verstrekt. Het betreft veelal informatie die door tipgevers aan het licht is gebracht. Genoemd kunnen worden de microfiches met gegevens van rekeninghouders van KB-

57 Richtlijn 2003/48/EG van de Raad van 3 juni 2003, PbEU 2003, L 157.

58 HR 5 februari 2016, nr. 15/00008, ECLI:NL:HR:2016:183, BNB 2016/84, m.nt. Van Eijsden.

Lux (Kredietbank Luxembourgeoise), de USB-stick met rekeninggegevens van LGT (Liechtenstein Global Trust), de data van de HSBC-bank, de tipgeverszaak (Rabobank Luxemburg) en – zeer recent – de gegevens die Nederland ontving met betrekking tot rekeninghouders bij de Luxemburgse BCEE-bank.

3.3 Grondslagen voor grensoverschrijdende bijstand

Er bestaan thans meerdere regelingen naast elkaar voor grensoverschrijdende bijstand bij belastingheffing.⁵⁹ Zoals hiervoor is opgemerkt, is op bilateraal niveau een groot aantal verdragen gesloten waarin afspraken zijn gemaakt over het voorkomen van dubbele belasting. Bij de verdragsonderhandelingen wordt het Modelbelastingverdrag zoals opgesteld door de OESO of VN in de regel als uitgangspunt genomen. In deze modelverdragen is ook een informatie-uitwisselingsbepaling opgenomen.⁶⁰ Aangezien de relevante bepaling in het VN Modelverdrag is opgesteld langs de lijnen van het OESO-modelverdrag,⁶¹ beperk ik mij tot de behandeling van laatstgenoemde.

De informatie-uitwisselingsbepaling is opgenomen in artikel 26 van het OESO-Modelverdrag. De bepaling zag aanvankelijk op uitwisseling op verzoek, maar biedt thans ook de mogelijkheid om alternatieve vormen van uitwisseling af te spreken. Naar aanleiding van ontwikkelingen in de praktijk wordt de inhoud van het OESO-Modelverdrag met enige regelmaat aangepast, laatstelijk in 2014.⁶² Reeds in het eerste Modelverdrag (1963) was een bepaling opgenomen die voorzag in uitwisseling van informatie. Latere regelingen zijn veelal op die bepaling gebaseerd. Aangezien het gaat om een modelverdrag, staat het verdragsluitende staten vrij om daarvan af te wijken. Die aanpassingen hebben tot gevolg dat de uiteindelijke inhoud van bilaterale verdragen op onderdelen kan verschillen, afhankelijk van de specifieke wensen van de verdragspartijen (is het modelverdrag gebruikt en, zo ja, op welke punten is van het model afgeweken) en het moment waarop het is gesloten (welk model is gehanteerd). Een latere wijziging van het modelverdrag heeft geen gevolgen voor een reeds gesloten bilateraal verdrag.

Met ingang van 2002 heeft het Global Forum ook voorzien in zogenoemde Tax Information Exchange Agreements (TIEA's). Het betreft zowel een multi- als bilateraal modelverdrag dat in hoofdlijnen overeenstemt met artikel 26 OESO-Modelverdrag, met dien verstande dat de TIEA ook standaard voorziet in de mogelijkheid tot toelating van ambtenaren van de andere staat. Ook is sinds juni 2015 voorzien in een Model Protocol met behulp waarvan bestaande TIEA's kunnen worden uitgebreid tot automatische en spontane uitwisseling van informatie. Het

59 Zie hierover ook: R.E.C.M. Niessen, 'Internationale uitwisseling van fiscale gegevens en andere bijstandsvormen', TFB 2016/02.

60 Sinds 2003 kent het OESO-Modelverdrag in art. 27 overigens ook een bepaling voor bijstand bij invordering. Ik laat dat hier verder buiten beschouwing.

61 Zie par. 18 van de inleiding bij het VN Modelverdrag 2011, online geraadpleegd op 2 november 2016 (www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf).

62 Zie daarover o.a. P. Kavelaars, 'Herziening OESO-Modelverdrag 2014 (1) en (2)', NTFR-B 2014/46 en 2015/4.

TIEA-Modelverdrag biedt de mogelijkheid tot uitwisseling van informatie over belastingen naar inkomen, winst en vermogen en indirecte belastingen. Het bevat echter geen bepalingen over de verdeling van heffingsrechten. De TIEA's zijn daarom met name bedoeld als grondslag voor grensoverschrijdende informatie-uitwisseling met zogenoemde belastingparadijzen. Het gebruik van TIEA's heeft een vlucht genomen onder eerdergenoemde internationale druk. Nederland heeft thans TIEA's gesloten met 29 jurisdicties,⁶³ naast de meer dan 100 volledige belastingverdragen.

Het verdrag inzake Wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (WABB-verdrag) is een multilateraal verdrag dat niet alleen voorziet in bijstand bij de heffing van belastingen, maar ook in bijstand bij invordering. Het WABB-verdrag is in 1988 gesloten door leden van de Raad van Europa en de lidstaten van de OESO. Op dat moment kende het WABB-verdrag een ruimere werkingssfeer dan het OESO-Modelverdrag. Als gevolg van de periodieke aanpassingen van laatstgenoemd modelverdrag dreigde het WABB-verdrag echter achterop te raken. In juni 2011 is het verdrag daarom gewijzigd teneinde het in overeenstemming te brengen met de huidige internationale standaard. Vanaf dat moment is deelname aan het verdrag ook voor andere staten opengesteld. De toegevoegde waarde ten opzichte van bilaterale verdragen is met name gelegen in de mogelijkheid (voor ontwikkelingslanden) om op een kostenefficiënte manier betrokken te worden bij, en onderdeel te zijn van het mondiale netwerk van informatie-uitwisseling.⁶⁴ Het aantal deelnemers is als gevolg daarvan uitgegroeid tot ruim honderd. Ook hier kan het effect van de eerdergenoemde internationale druk (zie par. 3.1) niet worden onderschat. Het WABB-verdrag voorziet in principe in alle vormen van informatie-uitwisseling (op verzoek, spontaan en automatisch). Wel moeten voor automatische uitwisseling aanvullende afspraken worden gemaakt met de betreffende verdragspartner (zie daarover bijvoorbeeld de MCAA bij de CRS). Los van de uitwisseling van informatie voorziet het WABB-verdrag ook in een internationale grondslag voor simultane onderzoeken en de toelating van ambtenaren van andere lidstaten. Ook biedt het WABB-verdrag de mogelijkheid van bezorging van documenten. Hierbij kan worden gedacht aan de betekening van rechterlijke beslissingen of justitiële documenten.

Voor EU-lidstaten geldt Richtlijn 2011/16/EU.⁶⁵ Deze richtlijn, die in Nederland is geïmplementeerd met de WIB (zie par. 3.5), regelt de administratieve bijstand tussen lidstaten ten behoeve van de belastingheffing. Ook wel bekend als de bijstandsrichtlijn. Net als bij het WABB-verdrag en het (huidige) OESO-Modelverdrag betreft het alle vormen van gegevensuitwisseling. De voorwaarden voor uitwisseling van informatie zijn in beginsel ook hier hetzelfde, zij het dat de Richtlijn een categorie van verplichte spontane en verdergaande automatische uitwisseling kent. Het gaat bij de verplichte spontane uitwisseling (dus zonder voorafgaand verzoek) om ge-

63 Zie <http://eoi-tax.org/jurisdictions/NL#agreements> (98 Verdragen ter voorkoming van dubbele belasting en 29 TIEA's).

64 Brief Minister van Buitenlandse zaken aan de vaste commissie voor Financiën, d.d. 8 maart 2012, Kamerstukken II, 2011/12, 33174, 4, p. 5.

65 Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011, PbEU 2011, L 64.

vallen waarin het vermoeden bestaat dat belasting wordt ontweken of ontdoken. Deze inlichtingen moeten zo snel mogelijk, maar in ieder geval binnen een maand nadat zij beschikbaar zijn gekomen, worden verstrekt. Richtlijn 2011/16/EU voorzigt sinds de inwerkingtreding in 2011 al in automatische gegevensuitwisseling inzake arbeidsinkomen, directievergoedingen, bepaalde levensverzekeringsproducten, pensioenen en eigendom van en inkomsten uit onroerende zaken, zij het dat de daadwerkelijke uitwisseling later is gaan plaatsvinden. Met inwerkingtreding van wijzigingsrichtlijn 2014/107/EU⁶⁶ is de verplichting in Richtlijn 2011/16/EU uitgebreid tot de hiervoor genoemde *Common Reporting Standard*. Anders dan bij het WABB-verdrag het geval is, behoeft daarvoor geen aanvullende bilaterale overeenkomst te worden gesloten, zodat die informatie vanaf 1 januari 2017 zal worden uitgewisseld. Omdat nu ook rentegegevens automatisch worden uitgewisseld, is de EU-Spaarrenterichtlijn ingetrokken (zie par. 3.2.2). Onlangs is bovendien een wijzigingsrichtlijn aangenomen die ook automatische uitwisseling van grensoverschrijdende *Advance Tax Rulings* (ATR's) en verrekenprijfsafspraken (*Advance Pricing Agreements*, APA's) verplicht stelt.⁶⁷ Daarmee wordt in het kader van BEPS⁶⁸ getracht de transparantie over grensoverschrijdende afspraken tussen belastingautoriteiten van EU-lidstaten en belastingplichtigen te vergroten. Op die manier wordt beoogd om 'dubbele niet-belasting' van multinationals in grensoverschrijdende gevallen te voorkomen. De uitwisseling van rulings bestaat erin dat een set basisinlichtingen (een samenvatting die niet geweigerd kan worden met een beroep op bescherming van bedrijfsgeheimen) eerst automatisch wordt uitgewisseld, waarna het aan de ontvangende lidstaten is om te verzoeken om nadere informatie, waarbij de aangezochte staat wél kan weigeren details te verstrekken die bedrijfsgeheimen in gevaar brengen. Het is de bedoeling dat voor de automatische uitwisseling gebruik zal worden gemaakt van een database waarin de betreffende informatie kan worden opgeslagen.⁶⁹ Die database is dan voor de belastingautoriteiten van alle aangesloten staten – en deels de Europese Commissie – raadpleegbaar. Het is de bedoeling dat uitwisseling van gelijksoortige informatie in OESO-verband zal gaan plaatsvinden op basis van het eerdergenoemde WABB-verdrag, een bilateraal belastingverdrag of TIEA.⁷⁰ De Richtlijn voorziet verder – net als het WABB-verdrag⁷¹ – in de mogelijkheid tot simultaan onderzoek, de toelating van ambtenaren van andere lidstaten en de bezorging van documenten.⁷²

66 Richtlijn 2014/107/EU van de Raad van 9 december 2014, PbEU 2014, L 359.

67 Richtlijn 2015/2376/EU van de Raad van 8 december 2015, PbEU 2015, L 332/1.

68 De onvolkomenheden in, en verschillen tussen, belastingssystemen maken het voor multinationals mogelijk om in grensoverschrijdende situaties (binnen het kader van de wet) belasting te ontwijken. In het internationale belastingrecht wordt dit ook wel aangeduid met de strijd tegen *Base erosion and profit shifting* (BEPS).

69 Kamerstukken II 2015/16, 34527, 3, p. 5.

70 Kamerstukken II 2015/16, 34527, 3, p. 2. De Redactie van *Vakstudie Nieuws* (V-N 2016/45.4) zet vraagtekens bij de houdbaarheid van de uitlating dat de bestaande regelingen voldoende basis zou bieden.

71 En de toelichting bij het OESO-Modelverdrag.

72 De bijstand bij invordering is niet geregeld in Richtlijn 2011/16/EU, maar in Richtlijn 2010/24/EU. Deze Richtlijn is geïmplementeerd met de Wet wederzijdse bijstand in de Europese Unie bij de invordering van belastingsschulden en enkele andere schuldvorderingen 2012. De toegevoegde waarde van Richtlijn 2010/24/EU is gelegen in de introductie van een uniforme titel, die de basis vormt voor (conservatoire en executoriale) invorderingsmaatregelen in de aangezochte staat, zonder dat daarvoor een aanvulling, erkenning of vervanging naar diens nationaal recht is vereist.

Tot slot is op OESO- en EU-niveau nog het initiatief genomen van *country-by-country reporting*. Het gaat om documentatieverplichtingen voor multinationals met een minimumomzet van € 750 miljoen, over onder meer verrekenprijzen die zij binnen hun concern hanteren. Daarmee wordt inzichtelijk hoe de kosten en winsten per jurisdictie bij interne concerntransacties zijn vastgesteld, hoeveel winst in elke jurisdictie wordt verantwoord en hoeveel belasting daar betaald wordt. Dit in het kader van bestrijding van belastingontwijking door middel van *profit shifting* in het kader van BEPS. De OESO heeft voorzien in een aantal standaardbepalingen die in de nationale wetgeving kunnen worden opgenomen, en – net als bij CRS – in een MCAA waarmee automatische uitwisseling van die informatie op grond van het WABB-verdrag, een bilateraal verdrag of TIEA mogelijk wordt. Als gevolg van de aanpassing van Richtlijn 2011/16/EU hoeft in EU-verband geen MCAA te worden gebruikt.

3.4 De verhouding tussen de verschillende grondslagen

Uit het vorenstaande volgt dat op het gebied van grensoverschrijdende bijstand bij belastingheffing meerdere grondslagen naast elkaar bestaan. Deze regelingen overlappen elkaar niet zelden. Het is bijvoorbeeld goed denkbaar dat een informatieverzoek aan een andere staat kan worden gestoeld op zowel een bilaterale verdragsbepaling of TIEA, als op het WABB-verdrag of Richtlijn 2011/16/EU. Het is dan de vraag hoe die grondslagen zich tot elkaar verhouden. In (het commentaar op) de verschillende regelingen is veelal een bepaling opgenomen die erop neerkomt dat de bepalingen uit de betreffende regeling niet kunnen worden beperkt door andere regelingen, terwijl daaraan wordt toegevoegd dat de betreffende regeling evenmin een beperking creëert voor mogelijkheden tot uitwisseling op basis van andere regelingen.⁷³ Dat betekent dat de bedoeling is dat steeds de meest vergaande grondslag gebruikt kan worden.⁷⁴ In geval van conflict (dat zich dus niet snel zal voordoen, nu de verschillende regelingen zeggen dat zij elkaar niet beperken) gaan tussen de EU-lidstaten steeds de bepalingen van Richtlijn 2011/16/EU voor. Voor de EU-lidstaten doet zich bovendien de bijzonderheid voor dat in die Richtlijn is bepaald dat als een lidstaat met een ‘derde land’ een vergaande samenwerking aangaat, die lidstaat een dergelijke samenwerking niet mag weigeren aan een andere lidstaat die eenzelfde vorm van samenwerking wenst aan te gaan.⁷⁵ Dit is een meestbegunstigingsclausule.⁷⁶ Een voorbeeld daarvan betreft het bankgeheim van Luxemburg. Aangezien Luxemburg bij de totstandkoming

73 Zie art. 12 TIEA-Modelverdrag, art. 27 WABB-verdrag, Art. 1(3) Richtlijn 2011/16/EU en par. 5.5 van het commentaar bij het OESO-Modelverdrag 2014.

74 Een situatie waarin zich dat kan voordoen is bijvoorbeeld als een verzoek om informatie zowel onder een bilateraal verdrag als de Richtlijn 2011/16/EU valt. In het laatste geval is voorzien in termijnen waarbinnen de bijstand moet worden geleverd. Uitwisseling op grond van de Richtlijn ligt dan voor de hand. Niettemin streeft Nederland ernaar ook in andere gevallen de termijnen uit de Richtlijn te handhaven *Kamerstukken II 2011/12, 33246, 3, p. 4*. Zie voorts Brief Minister van Buitenlandse zaken aan de vaste commissie voor Financiën, d.d. 8 maart 2012, *Kamerstukken II 2011/12, 33174, 4, p. 6*. Zie voorts EHRM 16 juni 2015, 75292/10 (*Othymia Investments BV*), onderdeel 39.

75 Art. 19 Richtlijn 2011/16/EU zoals geïmplementeerd in art. 18 WIB.

76 G.H. Sjobbema, NDFR Commentaar bij art. 18 WIBB, par. 1, online geraadpleegd op 9 oktober 2016 (bijgewerkt tot 13 juli 2016).

van de FATCA-regelgeving zijn bankgeheim jegens de VS opgaf, moest hij dat ook binnen de EU doen. Tussen EU-lidstaten lijkt aldus steeds de meest verstrekkende regeling te kunnen worden toegepast, ongeacht of die regeling ook daadwerkelijk tussen die lidstaten is overeengekomen, als maar minstens één van hen die verder strekkende regeling met een derde Staat is overeengekomen.

3.5 Nationaalrechtelijk uitvoeringskader

Zoals hiervoor (par. 2.2 en 2.3) is opgemerkt, zien de verplichtingen in de AWR op informatie die van belang is voor de Nederlandse belastingheffing. Belastingplichtigen kunnen op grond van de AWR dus niet worden verplicht informatie te verstrekken ten behoeve van grensoverschrijdende informatie-uitwisseling. Ook ziet de geheimhoudingsverplichting van artikel 67 AWR alleen op informatie die is verkregen bij de uitvoering van 'de belastingwet'. Dat wil zeggen wetten betreffende de heffing van (Nederlandse) rijksbelastingen in ruime zin.⁷⁷ Daarvan is bij de enkele informatievergaring ten behoeve van een andere staat geen sprake. Dit leidde tot problemen bij de uitvoering van de eerdergenoemde verdragsrechtelijke verplichtingen tot gegevensuitwisseling. Teneinde aan de verdragsrechtelijke verplichting tot gegevensuitwisseling te kunnen voldoen en een duidelijker nationaalrechtelijk kader te geven, is in 1986 de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIB) ingevoerd.⁷⁸ De bepalingen van de WIB strekken thans tot uitvoering van de richtlijnen van de Raad van de Europese Unie (waaronder de hiervoor genoemde Richtlijn 2011/16/EU en diens voorganger 77/799/EEG)⁷⁹ en de overige regelingen van internationaal en interregionaal recht tot het verlenen van bijstand bij de heffing van belastingen. De WIB schept dus geen grondslag voor internationale bijstandsverlening maar geeft slechts de nationaalrechtelijke uitvoeringsinstrumenten daarvoor. Als gevolg van de ontwikkelingen die zich de laatste jaren hebben voorgedaan (zie 3.1), is de WIB een aantal maal aangepast. De meest relevante wijzigingen zijn het vervallen van de kennisgeving-vooraf⁸⁰ en de implementatie van automatische gegevensuitwisseling.⁸¹

Tot 1 januari 2014 voorzag de WIB in de mogelijkheid om tegen een voorgenomen uitwisseling van informatie op te komen. Degene van wie de informatie afkomstig was, werd daarvan in kennis gesteld (de kennisgeving-vooraf). Op grond van artikel 5, tweede lid (en art. 7, tweede lid voor spontane uitwisseling) WIB (oud) bestond dan de mogelijkheid om tegen het besluit in bezwaar en beroep te komen. De belanghebbende in die procedure was degene van wie de informatie afkomstig is, niet degene op wie die informatie betrekking heeft.⁸² In de procedure tegen dat besluit kon de belanghebbende zich beroepen op de (on)rechtma-

77 Art. 2, eerste lid, sub a, jo. 1, eerste lid, AWR.

78 Wet van 24 april 1986, Stb. 1986, 249.

79 Kamerstukken II 1984/85, 18852, 1-3, p. II.

80 Wet van 18 december 2013 tot wijziging van enkele belastingwetten en andere wetten (Overige fiscale maatregelen 2014), Stb. 2013, 566.

81 Wet van 27 september 2012 tot wijziging van de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen, Stb. 2012, 453.

82 Handelingen II 1985/86, 18852, p. 3462-3463.

tigheid van de voorgenomen uitwisseling (zie daarover par. 3.2.1). De uitwisseling werd in geval van bezwaar in beginsel opgeschort met tien dagen, zodat voor de belanghebbende de mogelijkheid bestond om binnen die termijn een voorlopige voorziening te vragen.

Met ingang van 1 januari 2014 is de kennisgeving-vooraf komen te vervallen. Reden daarvoor is dat Richtlijn noch verdrag tot een dergelijke kennisgeving nopen.⁸³ Bovendien was kennisgeving-vooraf in de wet opgenomen om de privacy en rechtsbescherming zeker te stellen. Aangezien met de invoering van de wereldwijde standaard (en het toezicht daarop door het Global Forum) sprake zou zijn van eenzelfde niveau van gegevensbescherming, achtte de wetgever die bescherming niet langer nodig. Hiermee gaf de wetgever bovendien gevolg aan een suggestie die het Global Forum deed in het kader van de *peer review* van Nederland, namelijk om de lange doorlooptijd die ontstond als gevolg van de kennisgeving-vooraf terug te brengen.⁸⁴ De juistheid van de verstrekte inlichtingen kan volgens de wetgever aan de orde worden gesteld in de procedure tegen de (buitenlandse) aanslag waarvoor de inlichtingen zijn gebruikt. In dat geval is degene op wie de informatie betrekking heeft – dus degene aan wie de aanslag is opgelegd – de belanghebbende. Verder zullen betrokkenen in voorkomende gevallen veelal alleen achteraf naar de rechter kunnen stappen.

Bij de wijziging van de WIB als gevolg van de implementatie van de CRS is uitgebreid stilgestaan bij de gevolgen van automatische gegevensuitwisseling en de daarmee samenhangende verwerking van persoonsgegevens. Met name werd de vraag gesteld in hoeverre die verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is voor het doel dat ermee wordt nagestreefd.⁸⁵ Volgens de wetgever is voldaan aan de voorwaarden van proportionaliteit en subsidiariteit.⁸⁶ Daarnaast moet wat betreft de grensoverschrijdende gegevensstroom een onderscheid worden gemaakt tussen uitwisseling op basis van Richtlijn 2011/16/EU (i.e. tussen lidstaten) en de uitwisseling op grond van het WABB-verdrag en het aanvullende MCAA. De eerste situatie valt namelijk volledig onder de waarborgen van de Privacyrichtlijn,⁸⁷ terwijl in de tweede situatie de verdragsluitende staten ook in hun nationale wetgeving moeten hebben voorzien in een adequaat gegevensbeschermingsniveau.⁸⁸

In deze paragraaf moet ten slotte nog kort worden gewezen op de implementatie van het eerdergenoemde *country-by-country reporting*. De OESO heeft voorzien in een implementatiepakket waarin modelwetgeving is opgenomen die de rapportage door multinationals in nationale wetgeving verplicht stelt. De EU heeft zich daar zoveel mogelijk bij aangesloten. In Nederland is de verplichting voor multina-

83 Kamerstukken II 2013/14, 33753, 3, p. 10-11.

84 Kamerstukken II 2011/12, 25087, 28.

85 Kamerstukken II 2014/15, 34276, 3, p. 9.

86 Kamerstukken II 2014/15, 34276, 3, p. 13-14. Overigens wordt daar in de literatuur ook wel anders tegenaan gekeken. Zie o.a. D. van Sprundel & I. Leenders, 'Automatische gegevensuitwisseling een niet te onderschatten toekomstrend', *Taxlive* 25 juni 2013 en A. Brodzka, 'Automatic Exchange of Tax Information in the European Union – The Standard for the Future', *European Taxation*, januari 2016.

87 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995, *PbEU* 1995, L 281.

88 Kamerstukken II 2014/15, 34276, 3, p. 3 en 12.

tionals opgenomen in hoofdstuk VIIA van de Wet op de Venootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb).

3.6 De positie van de burger

In de paragrafen hiervoor is de mogelijkheid tot grensoverschrijdende informatievergarig met name belicht vanuit de positie van de staten. Dat is op zich niet verwonderlijk, aangezien het een interstatelijke aangelegenheid is. Een belastingplichtige die informatie uit het buitenland wenst te verkrijgen, kan dat (in ieder geval in EU-verhoudingen) niet afdwingen met een beroep op de mogelijkheid voor staten om die informatie uit te wisselen.⁸⁹

In de Modelverdragen, het WABB-verdrag en de Richtlijn zijn geen bepalingen opgenomen die de positie van de burger betreffen. Er is evenmin op een andere manier voorzien in afspraken over rechtsbescherming. In (het commentaar op) de verschillende regelingen is slechts bepaald dat de rechtsbescherming een nationale aangelegenheid is; het staat de verdragsstaten bijvoorbeeld vrij hun onderdanen van een (voorgenomen) uitwisseling van gegevens in kennis te stellen.⁹⁰ Niettemin wordt daaraan de restrictie verbonden dat die rechtsbescherming niet ten koste moet gaan van de effectiviteit van de grensoverschrijdende gegevensuitwisseling. Dit heeft tot gevolg gehad dat de mogelijkheden tot rechtsbescherming zijn uitgekleeft ten gunste van een effectievere wijze van gegevensuitwisseling.⁹¹ In meerdere staten is sprake van afschaffing of (vergaande) inperking van de mogelijkheden tot rechtsbescherming.⁹² Ook Nederland heeft zich daaraan overgegeven door de kennisgeving-vooraf uit de WIB te halen. Voor degene van wie informatie afkomstig is (al dan niet de belastingplichtige), bestaan feitelijk maar weinig mogelijkheden voor effectieve rechtsbescherming. (De aankondiging van) een onderzoek ten behoeve van informatie-uitwisseling voor de belastingheffing van een derde is in de WIB immers expliciet van beroep uitgesloten.⁹³ Niettemin lijkt mij dat in de praktijk gepoogd zou kunnen worden om naar aanleiding van (de aankondiging van) een onderzoek juridische stappen te ondernemen tegen (een te nemen) besluit tot uitwisseling.⁹⁴

89 HvJ EU 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (Haribo Lakritzen Hans Riegel), ECLI:EU:C:2011:61, Jur. 2011, p. I-305, conclusie Kokott, V-N 2011/16.15, NTFR 2011/909 met commentaar Smit, onderdeel 100-104.

90 Zie art. 26, vierde lid, OESO-Modelverdrag 2014 en het commentaar in par. 14.1, en art. 4, derde lid, WABB-verdrag.

91 O.a. N. Diepvens & F. Debelva, 'The Evolution of the exchange of information in Direct Tax Matters: The Taxpayer's Right under pressure', *EC Tax Review* 2015/4.

92 P. Baker & P. Pistone, 'General report', in: *The practical protection of taxpayers' fundamental rights*, Den Haag: Sdu 2015, p. 51.

93 Zie voordien ook: ABRvS 15 juli 2009, nr. 200901098/1/H3, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2662. Zie voor een overzicht van de rechtsbescherming tot 2007: A.C.M. Schenk-Geers, *Internationale fiscale gegevensuitwisseling en de rechtsbescherming van de belastingplichtige* (FM 120), Deventer: Kluwer 2007.

94 Bijvoorbeeld een civiel kort geding of (prematuur) bezwaarschrift met een verzoek om een voorlopige voorziening.

Ook andere regelingen zoals het EVRM, het Handvest en de Privacyrichtlijn eisen niet dat steeds sprake moet zijn van een kennisgeving-vooraf.⁹⁵ Zo oordeelde het Hof van Justitie EU in de zaak *Sabou* dat hoewel staten daartoe de mogelijkheid hebben, het verdedigingsrecht niet met zich brengt dat een belastingplichtige reeds in de onderzoeksfase in kennis moet worden gesteld van een (voorgenomen) uitwisseling van informatie.⁹⁶ Aangezien op internationaal niveau niet is voorzien in de mogelijkheid om de juistheid van de informatie te betwisten, dient die volgens het HvJ EU op basis van nationaal recht te worden beoordeeld. Het EHRM kwam in de zaak *Othymia Investments BV* op andere gronden tot eenzelfde uitkomst. Het Europese Hof zag weliswaar geen aanleiding voor het onderscheid tussen de onderzoeks- en aanslagfase, maar overwoog niettemin dat er een belang kan zijn om onderzoeken buiten weten van de betrokken belastingplichtige uit te voeren. Artikel 8 EVRM noopt er dan niet toe dat steeds aan alle mogelijk betrokken personen een voorafgaande kennisgeving wordt gestuurd van een controleonderzoek of verzoek om gegevensuitwisseling.⁹⁷

In de literatuur is de nodige kritiek geuit op het gebrek aan adequate rechtsbescherming.⁹⁸ Zeker daar waar sprake is van een toename aan mogelijkheden tot uitwisseling van informatie, zou men verwachten dat ook (het niveau van) de rechtsbescherming omhoog zou gaan.⁹⁹

De rechtsbescherming voor de belastingplichtige op wie de informatie ziet, moet thans in de procedure tegen de aanslag worden gevonden.¹⁰⁰ Een dergelijke procedure biedt in Nederland echter weinig mogelijkheden. De praktijk leert dat procedurele schendingen in de staat waar de informatie van afkomstig is, niet snel tot het domein van de nationale rechter worden gerekend.¹⁰¹ Zolang de informatie niet onjuist is of het bestuursorgaan (de inspecteur) niet zélf iets fout heeft gedaan,

95 Opgemerkt moet worden dat in beide gevallen sprake was van uitwisseling op basis van Richtlijn 77/799/EG (de voorganger van Richtlijn 2011/16/EU) en het dus een EU situatie betrof. Ik zie daarin echter niet direct een aanleiding om aan te nemen dat anders zou worden geoordeeld bij uitwisseling op basis van bijvoorbeeld het WABB-verdrag. Zie mogelijk anders: L. Neve, 'Kennisgeving informatie uitwisseling, plicht en fundamenteel recht', *NTFR-A* 2013/27, onderdeel 4e.

96 HvJ EU 22 oktober 2013, C-276/12 (*Sabou*), onderdeel 40-46. Weliswaar was het Handvest in het onderhavige tijdvak nog niet in werking getreden, maar daarin zie ik geen aanleiding om te veronderstellen dat de uitkomst nu anders zou zijn. Het Handvest is slechts een codificatie van het algemene verdedigingsbeginsel. Zie daarover ook N. Diepvens & F. Debelva, 'The Evolution of the exchange of information in Direct Tax Matters: The Taxpayer's Right under pressure', *EC Tax Review* 2015/4, p. 218 onder verwijzing naar de aan *Sabou* voorafgaande conclusie d.d. 6 juni 2013 van A-G Kokott.

97 EHRM 16 juni 2015, 75292/10 (*Othymia Investments BV*), onderdeel 44-45.

98 Zie o.a. N. Diepvens & F. Debelva, 'The Evolution of the exchange of information in Direct Tax Matters: The Taxpayer's Right under pressure', *EC Tax Review* 2015/4; P. Baker & P. Pistone, 'General report', in: *The practical protection of taxpayers' fundamental rights*, Den Haag: Sdu 2015; L. Neve, 'Kennisgeving informatie uitwisseling, plicht en fundamenteel recht', *NTFR-A* 2013/27; U. Isik, 'Internationale informatie-uitwisseling zonder kennisgeving-vooraf', *Forfaitair* 2013/238.

99 P. Pistone, 'Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law', *World Tax Journal*, februari 2014, p. 3.

100 Neve (MBB 2016/7-8) ziet nog een mogelijkheid om via het verzet op grond van de Wbp een rechtsingang te creëren. Daarvoor is wel van belang dat de belanghebbende op de hoogte is van de verwerking van op hem betrekking hebbende gegevens. Het is de vraag of dat in de praktijk tot succes zal leiden.

101 Zie daarover L. Neve, 'Kennisgeving informatie uitwisseling, plicht en fundamenteel recht', *NTFR-A* 2013/27, onderdeel 6.

heeft dat niet snel gevolgen voor de aanslag.¹⁰² Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de zogenoemde KB-Lux-affaire. Daarin draaide het om gegevens van rekeninghouders van de Kredietbank Luxemburg, die door ex-medewerkers van die bank waren meegenomen. De gegevens zijn in handen gekomen van de Belgische overheid, die deze gegevens – voor zover daarin in Nederland wonende rekeninghouders werden genoemd – op enig moment spontaan aan de Nederlandse belastingdienst had verstrekt. In de procedures tegen de Nederlandse aanslagen is door verschillende belanghebbenden een beroep gedaan op de onrechtmatigheid van de handelwijze van de Belgische ambtenaren, onder meer onder verwijzing naar Belgische rechtspraak. Tot op heden tevergeefs.¹⁰³

3.7 Afsluitend

Op internationaal niveau is voorzien in een groot aantal grondslagen voor informatie-uitwisseling. Daar waar de grondslag voor die samenwerking in eerste instantie kon worden gevonden in bilaterale afspraken tussen staten, is nadien ook voorzien in multilaterale en EU-rechtelijke regelingen. Met de vorming van het Global Forum wordt een internationaal *level playing field* nagestreefd. Thans is sprake van een verschuiving naar automatische gegevensuitwisseling als nieuwe standaard. De informatie die wordt uitgewisseld, betreft onder meer gegevens over bepaalde inkomensbronnen (in EU-verband), financiële gegevens (op basis van de CRS) en *rulings*. Na de *Panama Papers* zal de nadruk mogelijk meer komen te liggen op de uitwisseling van gegevens van de uiteindelijk gerechtigden achter een bepaalde structuur (de *Ultimate Beneficial owner*: UBO).¹⁰⁴ In de regelingen op het gebied van gegevensuitwisseling is echter nagenoeg niets geregeld over de positie van de burger. Dit wordt aan de nationale wetgeving van de verschillende staten overgelaten. Die bescherming lijkt echter tekort te schieten.

¹⁰² HR 20 maart 2015, nr. 13/03959, ECLI:NL:HR:2015:643, na conclusie Wattel, BNB 2015/173, m.nt. De Bont.

¹⁰³ In HR 21 maart 2008, nr. 43.050, ECLI:NL:HR:2008:BA8179, na conclusie Wattel, BNB 2008/159, m.nt. Albert, bestonden er onvoldoende aanwijzingen van onrechtmatig handelen. Onlangs heeft het Hof 's-Hertogenbosch (7 oktober 2016, nr. 15/00080, ECLI:NL:GHSHE:2016:4448) in de ontwikkelingen en Belgische rechtspraak van latere datum geen aanleiding gezien tot een ander oordeel. Deze zaak ligt momenteel voor aan de Hoge Raad.

¹⁰⁴ Daarom is voorgesteld om op EU-niveau aansluiting te zoeken bij de vierde Anti-witwasrichtlijn: Voorstel tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU, d.d. 5 juli 2016, 2016/0209/CNS.

4 Conclusies en stellingen

Op grond van nationale wetgeving beschikt de inspecteur over vergaande mogelijkheden om informatie te verkrijgen, zowel op verzoek als automatisch (renseingering). Deze verplichtingen werken in beperkte mate grensoverschrijdend, omdat er steeds een link moet bestaan met de (eigen) Nederlandse belastingheffing. De nationale wetgeving voorziet weliswaar in een bepaling die de informatieverplichting uitbreidt naar informatie die zich bij buitenlandse concernvennootschappen bevindt, maar die bepaling lijkt grotendeels te zijn ingehaald door de recente ontwikkelingen op het terrein van de internationale gegevensuitwisseling. Voor het inroepen van de nationale informatieverplichtingen zal een aanleiding moeten bestaan. Bovendien is de inspecteur afhankelijk van medewerking door de bevrageerde. Zeker in grensoverschrijdende situaties kan dat tot problemen leiden. Een mogelijk informatietekort lijkt in dergelijke situaties echter niet op nationaal niveau te kunnen worden opgelost. In zoverre behoeft de nationale wet geen aanpassing.¹⁰⁵

De oplossing wordt in het fiscale domein gevonden in grensoverschrijdende samenwerking. Die samenwerking heeft de afgelopen jaren een enorme ontwikkeling doorgemaakt als gevolg van de financiële crisis en alarmerende berichten over belastingontwijking en -ontduiking. Daar waar grensoverschrijdende samenwerking in eerste instantie werd bepaald door bilaterale afspraken, is thans sprake van een situatie waarin op multilateraal niveau binnen een gemeenschappelijk forum afspraken zijn gemaakt over de minimumeisen voor grensoverschrijdende samenwerking. Gesteld zou kunnen worden dat staten een deel van hun verordenende bevoegdheid hebben afgestaan teneinde op multilateraal niveau tot een effectieve handhaving van hun heffingsrecht te kunnen komen.¹⁰⁶ Het is de vraag of de wijze van multilaterale totstandkoming binnen het Global Forum de aangewezen weg is.¹⁰⁷ Er is immers sprake van initiatieven die zijn ingezet door een relatief klein aantal landen, terwijl staten die zich daar eigenlijk niet bij wensten aan te sluiten, onder druk van het collectief worden verplicht dat toch te doen. Van een democratisch proces is slechts beperkt sprake. De mogelijkheid die staten hadden om bij het sluiten van bilaterale verdragen hun eigen positie te bepalen en daarover te onderhandelen, is hen (grotendeels) afgenomen. Een vergelijkbare ontwikkeling naar multilaterale samenwerking en besluitvorming doet zich voor

¹⁰⁵ Zo ook: M. Hendriks, 'Panama Papers: hete soep of met een korreltje zout?', *NTFR* 2016/1386.

¹⁰⁶ Conference report, 10th GREIT Annual Conference on EU BEPS; fiscal Transparency, Protection of Taxpayer Rights and State Aid and 7th GREIT Summer Course on Tax Evasion, Tax Avoidance & Aggressive Tax Planning, *Intertax* 2016, 44, p. 72.

¹⁰⁷ P. Pistone, 'Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law', *World Tax Journal*, feb. 2014, p. 4.

bij de totstandkoming van een gecoördineerde aanpak van belastingontwijking en grondslaguitholling in grensoverschrijdende situaties: BEPS. Die ontwikkeling kan niet worden losgezien van de noodzaak tot fiscale transparantie.¹⁰⁸ Voor het slagen van BEPS is het immers essentieel dat staten tijdig beschikken over de juiste informatie.¹⁰⁹ Een groot deel van deze initiatieven is in samenwerking met, c.q. op het niveau van, de EU uitgevoerd.

Door de verschillende niveaus waarop regelingen voor gegevensuitwisseling tot stand komen, bestaan er meerdere grondslagen naast elkaar en is meer dan eens sprake van overlap. Alle regelingen bevatten de bepaling dat zij verdergaande regeling laten voorgaan. Voor EU-leden gaat in geval van conflict altijd het EU-recht voor, terwijl op grond van Richtlijn 2011/16/EU de meestbegunstiging-bepaling moet worden toegepast.

Bij de ontwikkeling van de internationale standaard voor gegevensuitwisseling is de positie van de burger op de achtergrond komen te staan. Op internationaal niveau is daar niets over geregeld. Degene van wie de informatie afkomstig is, heeft vanaf 2014 in Nederland geen adequate mogelijkheid meer om (een voorgenomen) uitwisseling aan te vechten. Hij kan dat pas achteraf. De belastingplichtige hoeft bovendien in beginsel evenmin in kennis te worden gesteld van de voorgenomen uitwisseling. De rechtsbescherming komt pas later in de procedure aan de orde, namelijk na het opleggen van de (buitenlandse) aanslag. Het is de vraag of die rechtsbescherming wel adequaat is. In Nederland zijn in ieder geval voorbeelden te vinden waarbij de fiscale rechter de gang van zaken tot aan de uitwisseling slechts zeer marginaal in zijn oordeelsvorming betreft.

Dat leidt tot de volgende stellingen:

- De fiscale informatiebepalingen in de AWR hoeven niet te worden aangepast aan de ontwikkelingen als gevolg van de internationalisering van de samenleving: eventuele problemen bij grensoverschrijdende informatievergaring moeten op internationaal niveau worden opgelost.
- De hoeveelheid aan grondslagen voor internationale informatie-uitwisseling en de overlap tussen die grondslagen brengen met zich dat het aantal grondslagen kan worden teruggebracht.
- Als de regelgeving voor grensoverschrijdende informatie-uitwisseling op internationaal niveau tot stand komt, moeten ook de positie en rechtsbescherming van de burger/belastingplichtige op dat niveau worden geregeld: daarom is er op dit moment sprake van een gebrek in de rechtsbescherming van de burger/belastingplichtige.

¹⁰⁸ Zie ook M.V. Lambooi, 'Het post-BEPS fiscale transparantieregime', TFO 2016/147.4.

¹⁰⁹ Zie BEPS actiepunten 5 en 13. Zie ook OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, p. 13 (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>).

Verlag bijeenkomst Jonge VAR op 25 november 2016 over grensoverschrijdend bestuursrecht

D.R. Pinxter*

Op 25 november 2016 vond de vergadering van de Jonge VAR plaats in de grote zaal van de Hoge Raad der Nederlanden in Den Haag. De preadviezen, met als thema grensoverschrijdend bestuursrecht, werden gepresenteerd door de preadviseurs Friederike van der Jagt, Raoul Klein, Ralph Tak en Martijn Weijers. De vergadering werd voorgezeten, en de discussie geleid, door Ben Schueler, voorzitter van de VAR. Na afloop van de vergadering werd de middag feestelijk afgesloten met een borrel in de foyer, waar overigens een bezienswaardig kunstwerk van Helen Verhoeven hangt. Dit verslag bevat een impressie van de middag, de presentaties en de discussies als gevolg daarvan.

Welkomstwoord

De vicepresident van de Hoge Raad der Nederlanden, Robert Jan Koopman, verwelkomde alle aanwezigen van de VAR met een voordracht over het belastingrecht als een uithoek van het bestuursrecht, zoals het Zuid-Limburg van het bestuursrecht. Maar net als Zuid-Limburg heeft het belastingrecht veel mooie kanten. Het belastingrecht grenst nauw aan veel andere gebieden. Er zijn raakvlakken met het strafrecht en het civiele recht en juist op die grensvlakken is het goed dat we bij de Hoge Raad het strafrecht, civiele recht en bestuursrecht in huis hebben. Het is daarom de perfecte locatie om over grensoverschrijdende rechtsmacht te kunnen spreken. In het nieuws is er veel te doen over de rechtsmacht, waarbij de nationale overheden tegen de grenzen van die rechtsmacht aanlopen. De vicepresident wenst de aanwezigen een nuttige en aangename middag en hoopt dat we nog vaak in aanraking met het belastingrecht zullen komen. Maar dan niet op persoonlijke titel.

Na het welkomstwoord door de vicepresident van de Hoge Raad heet Ben Schueler de aanwezigen namens de VAR welkom bij de bijeenkomst van de Jonge VAR.

* Daniël Pinxter volgde ten tijde van het schrijven van dit verslag de master Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam en was student-stagiair bij Stibbe.

Rechtsmacht over de grens of rechtsmacht begrensd?

Ralph Tak en **Raoul Klein** zijn werkzaam als senior juridisch medewerker bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en hebben samen twee preadviezen geschreven. In de preadviezen wordt ingegaan op vragen over de toepasselijkheid en de territoriale reikwijdte van de normen waarvan nationale bestuursorganen met het toezicht op de naleving zijn belast. Dat staten een verordenende jurisdictie hebben over gedrag dat plaatsvindt op hun territoir en ook over gedrag van hun onderdanen, is algemeen geaccepteerd. De vraag die centraal staat, is of staten ook jurisdictie hebben over gedrag dat plaatsvindt buiten de grenzen van een staat. Deze vragen zijn steeds actueler geworden als gevolg van globalisering en digitalisering. De bevoegdheid van een staat om op te treden tegen gedrag dat buiten die staat plaatsvindt, hebben de auteurs in het preadvies ‘captive jurisdiction’ genoemd: gedrag dat buiten een staat plaatsvindt, maar wordt gevangen door de jurisdictie van die staat. Dit begrip valt uiteen in verordenende jurisdictie en handhavingsjurisdictie. In het eerste deel van de presentatie behandelde Raoul Klein de verordenende jurisdictie. Ralph Tak ging vervolgens in op de handhavingsjurisdictie.

Om te laten zien dat er een tegenstelling bestaat tussen de acceptatie van extraterritoriaal gedrag (de facto extraterritorialiteit) en het accepteren van extraterritoriale regels (de jure extraterritorialiteit) werd een passage uit de serie *Narcos* getoond. In deze serie worden in Colombia grote hoeveelheden drugs geproduceerd en vervolgens getransporteerd naar Amerika. Specifiek werd de volgende zin aangehaald: ‘The narcotics pulling in 5 billion dollars a year, and that, America couldn’t take.’ Dit illustreert volgens de preadviseurs dat Amerika tot op een bepaalde hoogte het extraterritoriale gedrag vanuit Colombia kan accepteren. Maar wanneer het effect in Amerika zo groot wordt, en Colombia besluit niet te handhaven, dan zal Amerika op een gegeven moment moeten overgaan tot het stellen van extraterritoriale regels om de import van drugs tegen te gaan. In het licht van deze situatie wordt door de preadviseurs gewezen op de effectbenadering, een benadering die bijvoorbeeld in het mededingingsrecht veel wordt gehanteerd. Wanneer bepaald gedrag in een andere staat effect heeft op de Nederlandse markt, wordt daarmee de rechtsmacht bevestigd. **Ralph Tak** ging vervolgens in op de vraag of, als er sprake is van rechtsmacht, een bestuursorgaan dan ook een norm kan handhaven. Handhaving gaat altijd gepaard met de inzet van bevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarbij als uitgangspunt geldt dat die kunnen worden ingezet op het eigen grondgebied. Indien die bevoegdheden buiten het grondgebied worden ingezet, wordt er een inbreuk gemaakt op de soevereiniteit van een andere staat, tenzij er verdragsrechtelijke afspraken zijn gemaakt of expliciet toestemming voor de handeling is gegeven. Volgens de preadviseurs is dit één van de grote mankementen aan het huidige systeem waarbij een algemene regel over het gebruik van handhavingsbevoegdheden buiten het grondgebied ontbreekt.

Naar aanleiding van de presentatie ontstaat er een interessante discussie over extraterritoriale rechtsmacht. **Guido Roth** vraagt zich af waarom er in het preadvies een onderscheid is aangebracht tussen vorderingen die steunen op de artikelen 5:15 en 5:17 Awb en daarnaast artikel 5:16 Awb. Bij de artikelen 5:15 en 5:17 Awb wordt opgemerkt dat de toezichthouder geen bevoegdheid toekomt als de

desbetreffende partij buiten het grondgebied is gevestigd en er geen sprake is van toestemming van die staat. Ten aanzien van artikel 5:16 Awb wordt verwezen naar een tweetal uitspraken van de Rechtbank Rotterdam waarbij de vraag of een toezichthouder wel de bevoegdheid heeft om inlichtingen te vorderen bij een persoon die zijn zetel buiten Nederland heeft, nog niet definitief lijkt te zijn beantwoord.¹ Roth vraagt zich af waarom er een verschil is tussen de uitoefening van die diverse bevoegdheden. **Raoul Klein** antwoordt dat een dergelijk onderscheid wellicht voortkomt uit het gevoel dat het veel logischer is dat je als ambtenaar niet, zonder toestemming, fysiek de grens over kan gaan om vervolgens elke plaats te betreden en inzage te vorderen, terwijl een dergelijke barrière bij het sturen van een schriftelijke inlichtingenvordering veel minder voor de hand ligt. **Ralph Tak** herkent de verwondering en vindt het onderscheid dat in de twee uitspraken van de Rechtbank Rotterdam is gemaakt lastig te verklaren. Hij merkt op dat het soevereiniteitsbeginsel onverkort zou moeten gelden. **Guido Roth** denkt wel te begrijpen waar het onderscheid vandaan komt. Indien artikel 5:16 Awb ook geen bevoegdheid zou bieden, zou er wat betreft toezicht een enorme lacune kunnen ontstaan. De oplossing, of de manier waarop het ook zou kunnen, is door middel van verdragen, maar zou het bijvoorbeeld ook kunnen door het sluiten van een memorandum of understanding (MoU)? **Ralph Tak** vraagt zich af of dergelijke MoU's zo ver kunnen gaan, maar stelt voorop dat het maken van afspraken van belang is om situaties zoals die tussen de centrale bank van Suriname en die van Nederland te vermijden. **Jolize Lautenbach** vindt het sluiten van MoU's een gevaarlijke suggestie, omdat dat suggereert dat toezichthouders allerlei bevoegdheden met elkaar kunnen uitwisselen. Een dergelijke horizontale, niet interstatelijke overeenkomst kan toch nooit een oplossing bieden voor de executiefase van toezicht en handhaving? **Raoul Klein** is het daarmee eens en verwijst naar de praktijk van de ACM. De bevoegdheid om gegevens te delen met andere autoriteiten, ook uit derde landen, is in de wet verankerd. Hieruit blijkt dat de wetgever dergelijke bevoegdheden wettelijk beoogt te regelen en dat enkel afspraken tussen toezichthouders onderling onvoldoende zijn. **Fokke Jan van der Tol** ziet dat dit in de praktijk toch anders uitpakt. Juridisch gezien kan niet adequaat worden gereageerd op de problemen die als gevolg van globalisering zijn ontstaan. Onder verwijzing naar een wetsvoorstel waarbij de politie hackbevoegdheden krijgt buiten Nederland, zonder dat er gebruikgemaakt hoeft te worden van een rechtshulpverdrag, vraagt hij zich af wat de preadviseurs vinden van het oprekken van dergelijke bevoegdheden buiten het territoire, zonder dat de conventionele middelen daarvoor worden ingezet. **Ralph Tak** acht het onwenselijk wanneer de waarborgen, die bij rechtshulpverdragen en wettelijke bepalingen zijn opgenomen, niet in acht hoeven te worden genomen. **Marleen Botman** merkt vervolgens op dat in het kader van de evaluatie van de Awb ten opzichte van het Unierecht is gesignaleerd dat artikel 5:11 Awb tekort zou schieten omdat het niet zou zien op de handhaving van wettelijke voorschriften uit andere landen. Als een lidstaat een verzoek doet voor toezicht in Nederland, is daar dan überhaupt wel een bevoegdheid voor? **Ralph Tak** verwacht niet dat het mogelijk is om, zonder nadere regels die een bevoegdheid scheppen, zelfstandig onderzoek te verrichten en toezichtsbevoegdheden aan te wenden.

1 Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:109, r.o. 3.3 en Rb. Rotterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6829, r.o. 5.2.

Maakt grenzeloos machteloos?

Friederike van der Jagt is als Senior Legal Counsel Privacy werkzaam bij Avast en staat in haar preadvies stil bij de vragen die rijzen op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens. Zij begint haar presentatie met de volgende stelling:

- Privacybescherming is ‘overrated’: ik heb niets te verbergen!

Van de 61 stemmers was 64% het oneens met deze stelling. De preadviseur reageert op die uitslag door logo’s van bedrijven als Google, Facebook en WhatsApp te tonen. Bedrijven die hun diensten in Nederland aanbieden, waar een groot deel van de samenleving gebruik van maakt, maar die van oudsher geen vestiging in Nederland hebben. Indien dergelijke bedrijven privacyschendingen begaan, rijst de vraag of de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) rechtsmacht heeft om op te treden. De persoonsgegevens die worden verzameld, worden immers veelal opgeslagen in de (wereldwijde) cloud en daarmee buiten de traditionele landsgrenzen. De preadviseur neemt de aanwezigen op een enthousiaste wijze mee door de meest recente ontwikkelingen op het gebied van rechtsmacht bij persoonsgegevens die zich niet meer binnen het Nederlandse grondgebied bevinden of die worden verwerkt door niet-Europese partijen die al dan niet een vestiging op het Nederlandse grondgebied hebben.

De territoriale werkingssfeer van artikel 4 Wet bescherming persoonsgegevens blijkt in de afgelopen jaren, middels kunstgrepen, fors opgerekt om te kunnen reageren op digitale en technologische ontwikkelingen. De Europese wetgever heeft daarom besloten om de bestaande Privacyrichtlijn te vervangen door een Privacyverordening (Verordening (EU) 2016/679), die in werking zal treden op 25 mei 2018. Omdat een verordening rechtstreekse werking heeft, kan de privacywetgeving in de Europese Unie zo – enkele uitzonderingen daargelaten – op een uniforme wijze worden toegepast. Met de Privacyverordening worden hoge boetes geïntroduceerd, maar de vraag is wie die gaat opleggen en of het makkelijker wordt om rechtsmacht uit te oefenen over buitenlandse partijen die niet in Nederland of Europa zijn gevestigd, maar wel persoonsgegevens van Nederlandse burgers verwerken.

In de Privacyverordening blijkt de territoriale werkingssfeer aanzienlijk gewijzigd en komen verschillende elementen uit de Europese jurisprudentie terug. Zo is de Privacyverordening van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens van betrokkenen die zich in de Europese Unie bevinden, wanneer de verwerking verband houdt met het aanbieden van goederen of diensten in de Europese Unie. Door het hanteren van deze benadering kunnen meerdere Europese lidstaten de bevoegdheid hebben om op te treden, en daarom is het ‘one-stop-shop’-principe ingevoerd. De leidende toezichthouder is, ingevolge artikel 56, eerste lid, Privacyverordening, de toezichthouder van het land waar de verantwoordelijke of de verwerker zijn hoofdvestiging of enige vestiging heeft. Dit principe werd middels een stelling voorgelegd aan de aanwezigen:

- De invoering van het ‘one-stop-shop’-principe bij toezicht op grensoverschrijdende gegevensverwerking doet afbreuk aan de rechtsmacht van de AP en komt de privacybescherming niet ten goede.

Van de 55 uitgebrachte stemmen bleek 62% het niet eens te zijn met de stelling. De preadviseur is het er ook niet mee eens. Middels dit principe wordt één toezicht houder aangewezen die de leiding in het onderzoek neemt, wat de duidelijkheid en efficiëntie ten goede komt. Er is een uitgebreide samenwerkingsprocedure met als uiteindelijke doel het bereiken van consensus. Bij onenigheid tussen de toezicht houders is er, in artikel 65 Privacyverordening, voorzien in een geschillenbeslechtsprocedure bij het Europees Comité. Wel kan het zo zijn dat de samenwerkingsprocedure vertragend werkt, aangezien er diverse mogelijkheden zijn om af te wijken van de termijnen. Voor spoedsituaties is echter voorzien in een spoedprocedure, waardoor de rechten en vrijheden van betrokkenen in buitengewone omstandigheden toch adequaat kunnen worden beschermd. Als eindconclusie stelt de preadviseur dat men nog even rustig moet wachten omdat het beste nog komt. Het is een kwestie van rechtsmacht hebben, maar vooral ook rechtsmacht pakken. Goede samenwerking met de andere toezichthoudende autoriteiten is daarbij van belang om daadwerkelijk een vuist te kunnen maken en de extraterritoriale werking ook in de praktijk toe te passen.

Jacobine van den Brink vraagt zich af of er een verschil zit tussen het beschermingsbereik van de Privacyrichtlijn en dat van de Privacyverordening. **Friederike van der Jagt** antwoordt dat er qua materiële werkingssfeer eigenlijk niets wijzigt ten opzichte van de richtlijn; het is de territoriale werkingssfeer die reeds was opgerekt in de jurisprudentie die nu wordt gecodificeerd en nog wat verder uitgebreid. De grootste verandering is dat de verwerker nu ook onder de territoriale werkingssfeer valt, terwijl deze er eerder buiten viel.

Grensoverschrijdend fiscaal bestuursrecht

Martijn Weijers is als wetenschappelijk medewerker werkzaam bij de Hoge Raad der Nederlanden en presenteert zijn preadvies over rechtsmacht in het fiscale bestuursrecht. Grensoverschrijdende samenwerking is uitermate belangrijk om belastingfraude en belastingontduiking tegen te gaan. Allereerst wordt opgemerkt dat de benadering in het fiscale bestuursrecht enigszins anders is dan in het reguliere bestuursrecht, in zoverre dat het niet alleen om handhavingstoezicht maar ook om uitvoeringstoezicht gaat. Vervolgens wordt de volgende stelling voorgelegd:

- Problemen die in grensoverschrijdende situaties ontstaan, moeten ook grensoverschrijdend worden opgelost: de nationale (fiscale) wetgeving behoeft geen aanpassing.

Ronald van der Wal is het eens met de stelling en stelt dat de nationale wetgeving volgens hem niet hoeft te worden gewijzigd nu hem geen knelpunten zijn opgevallen. **Saskia Nuijten** is het niet eens met de stelling en denkt dat er aanpassing

nodig is. Als je de Nederlandse wet buiten de grenzen van Nederland toepast, oefen je dwang uit op de soevereiniteit van een andere staat, zonder dat daarvoor specifieke internationale normen zijn vastgesteld. **Martijn Weijers** reageert door te stellen dat afdeling 5.2 Awb in belastingzaken niet van toepassing is. De inspecteur heeft op grond van de AWR namelijk zijn eigen bevoegdheden waarmee informatie van belasting- of administratieplichtigen kan worden verkregen. Zowel in nationale als (in beperkte mate) grensoverschrijdende situaties. Die informatie is niet enkel noodzakelijk om toe te zien op de naleving van de wet, maar ook om een belastingaanslag vast te kunnen stellen. Daarnaast wordt op internationaal niveau samengewerkt om in grensoverschrijdende situaties informatie uit te wisselen. De mogelijkheden daartoe zijn als gevolg van de financiële crisis in een stroomversnelling geraakt. Er zijn drie vormen van informatie-uitwisseling te onderscheiden: op verzoek, spontaan en automatisch. Op internationaal niveau is een verschuiving gaande naar automatische uitwisseling. De positie van de burger lijkt in deze ontwikkelingen echter achter te blijven. Als gevolg van deze ontwikkeling wordt de volgende stelling voorgedragen:

- Er moet op dat grensoverschrijdend niveau ook worden voorzien in bepaalde rechtsbescherming voor de burger.

Arjen van Driel Kluit plaatst zijn vraagtekens bij het feit dat burgers in beroep kunnen gaan, aangezien het betalen van verschuldigde belasting zo kan worden uitgesteld. Het is dus van belang om een goede balans te vinden tussen rechtsbescherming enerzijds en effectieve controle en uitvoering anderzijds. **Fokke Jan van der Tol** stelt dat gegevensuitwisseling buiten de Europese Unie enkel mogelijk zou moeten zijn indien er ook een adequaat beschermingsniveau is, en dat is er vaak niet in de landen waar gegevens worden opgevraagd. **Martijn Weijers** geeft aan dat de regelgeving die in de afgelopen jaren is ontstaan, en de systemen die nu gangbaar zijn, voornamelijk zijn ingegeven door gebeurtenissen als de financiële crisis, maar ook door het feit dat tipgevers grote hoeveelheden gegevens naar buiten brachten over mensen die kennelijk niet aan hun fiscale verplichtingen voldeden. Bij de totstandkoming van die regelgeving is de positie van de burger achtergebleven. In de toelichting bij de verschillende regelingen is slechts opgemerkt dat staten rechtsbescherming kunnen bieden, maar dat het niet ten koste mag gaan van de effectiviteit van de gegevensuitwisseling. Uit de zaal komt de opmerking dat rechtsbescherming zou moeten plaatsvinden in het land waar de informatie wordt gebruikt, en niet in het land waar de informatie vandaan komt. **Martijn Weijers** denkt dat zo'n situatie, onder verwijzing naar de Kredietbank Luxemburg-procedures, onvoldoende rechtsbescherming kan bieden. In die procedures zijn in Nederland belastingaanslagen opgelegd op basis van microfiches die België aan Nederland had verstrekt. In België is op enig moment komen vast te staan dat die informatie onrechtmatig is verkregen. In Nederland lijkt daar weinig oog voor te zijn. Er wordt veelal gekeken of de inspecteur op goede gronden een belastingaanslag heeft opgelegd. De primaire verkrijging van die informatie wordt slechts marginaal getoetst. Adequate rechtsbescherming lijkt in de huidige structuur te ontbreken. Dit laat volgens de preadviseur zien dat er weliswaar meer mogelijkheden zijn om op internationaal niveau informatie uit te wisselen, maar dat de positie van de burger nog steeds op nationaal niveau wordt gewaarborgd. Het is

misschien tijd om ook dat naar een hoger, internationaal, niveau te tillen. Dat is een trend die de preadviseur echter nog niet heeft waargenomen.

Over de grens gaan: grensoverschrijdende handhaving van het mededingings- en consumentenrecht

In het tweede deel van het preadvies hebben **Ralph Tak** en **Raoul Klein** onderzocht hoe grensoverschrijdende handhaving is geregeld in twee specifieke rechtsgebieden. Het mededingingsrecht en consumentenrecht. Aan de hand van een casus en diverse aanbevelingen wordt het preadvies behandeld. De eerste aanbeveling luidt:

- De wetgever zou moeten expliciteren dat bepaalde normen verder reiken dan het grondgebied van de regelgevende staat.

Diana Comijs vraagt zich af of een dergelijke aanbeveling voldoende resultaat zou bieden. **Ralph Tak** denkt dat het de rechtszekerheid ten goede komt wanneer de wetgever zou expliciteren, dat op het moment dat er gedrag plaatsvindt buiten de Europese Unie of Nederland maar dat wel effecten heeft op de Europese of Nederlandse markt, je onder de reikwijdte van die wet valt. **Jolize Lautenbach** merkt op dat het wellicht rechtszekerheid biedt, maar vraagt zich af of het ook een bevoegdheidsgrondslag biedt. **Ralph Tak** begrijpt het punt en nuanceert dat het in die zin dan de duidelijkheid ten goede komt, dat dergelijke effecten in ieder geval meetellen in de handhaving van bevoegdheden over de grens. **Oswald Jansen** denkt dat het antwoord redelijk eenvoudig is. Een wetgever op nationaal niveau kan altijd extraterritoriale werking toekennen aan zijn nationale regels, dus het kan altijd een bevoegdheidsgrondslag bieden. De vervolgvraag is echter of het dan niet in strijd komt met het internationale recht. Een dergelijke botsing zou dan kunnen worden opgelost middels een verdrag. **Raoul Klein** verwijst in dit verband naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarin is opgenomen dat de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen strekt tot eenieder; in beginsel mag je die bevoegdheid dus ook inzetten buiten de landsgrenzen, maar op dat moment kom je in botsing met de soevereiniteit van de staat waar je een bevoegdheid inzet. Dit kan inderdaad, in lijn met hetgeen Oswald Jansen zei, worden weggenomen door het sluiten van verdragen. De tweede en de vierde aanbeveling werden gecombineerd behandeld, waarbij voornamelijk werd ingegaan op de inning van boetes:

- Belangrijke Europese wetgeving moet worden vergezeld van een regeling voor de grensoverschrijdende handhaving van deze wetgeving, zoals in het mededingingsrecht en consumentenrecht is opgenomen.
- Een stelsel voor de grensoverschrijdende inning van boetes.

Zo is er in het preadvies gesignaleerd dat er geen Europees stelsel bestaat voor de tenuitvoerlegging van bestuursrechtelijke boetes en vinden de preadviseurs dat een dergelijk stelsel er wel zou moeten zijn. **Sonja Teuwen** vraagt zich af of de preadviseurs zich daarbij hebben bedacht dat andere landen niet echt een afgescheiden bestuursrechtelijk stelsel hebben. Zij heeft het idee dat bijvoorbeeld herstelsancties iets typisch Nederlands is. **Raoul Klein** verwijst in dit verband naar

een arrest van het Hof van Justitie.² In het strafrecht bestaat er reeds een stelsel, een kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie, voor strafrechtelijke rechts-hulp bij het innen van boetes (Kaderbesluit).³ Dat stelsel zou uitgebreid kunnen worden met bepaalde categorieën van bestuurlijke boetes. Het Kaderbesluit is van toepassing op de in artikel 5 van dit besluit genoemde ‘strafbare feiten’. Het Hof heeft in het eerdergenoemde arrest vastgesteld dat ook bestuurlijke boetes die zijn opgelegd naar aanleiding van een dergelijk strafbaar feit (of overtreding), binnen de werkingssfeer van het Kaderbesluit kunnen vallen. Zo is de deur op een kier gezet voor het invorderen van bestuursrechtelijke boetes via het systeem van het Kaderbesluit. Op die manier kan de handhaving van een strafbaar feit of over-treding worden geharmoniseerd, ongeacht of er in een lidstaat via het bestuurs-recht of strafrecht wordt gehandhaafd. **Jolize Lautenbach** stelt dat de problema-tiek ruimer is dan het enkel willen invorderen van bestuurlijke sancties, want ook lasten onder dwangsom en bestuursdwang zou je eventueel grensoverschrijdend willen invorderen. Zij denkt daarom aan een instrument, zoals de Europese EEX-Verordening, die voorziet in een internationale toetsing van civielrechtelijke vor-deringen, om op die manier internationaal rechtelijk de invordering mogelijk te maken. Dat zou dan bestuursrechtelijk breder kunnen worden getrokken dan enkel voor punitieve sancties. **Raoul Klein** vindt dat een mooi streven maar vraagt zich af of er voldoende politiek draagvlak zou zijn om binnen Europa een der-gelijke uitbreiding te realiseren.

Ter afsluiting worden er enkele stellingen voorgedragen.

- In de huidige gedigitaliseerde samenleving is het steeds minder duidelijk waar gedragingen plaatsvinden. Daarom is voor de bevoegdheid om handhavend op te treden slechts van belang waar de schade veroorzaakt door een gedraging zich voordoet. Het is niet langer relevant waar de gedraging zelf plaatsvindt.
- Grensoverschrijdende inbreuken schreeuwen om ‘grensoverschrijdend’ toe-zicht. Internationaal moet verdragsrechtelijk worden geregeld dat Nederlandse toezichthouders hun bevoegdheden overal ter wereld kunnen inzetten.
- Zonder een Europese regeling voor het invorderen van bestuurlijke boetes zijn grensoverschrijdende bevoegdheden nutteloos.

De discussie spitst zich toe op de eerste stelling. **Remco Rodenijs** is het oneens met deze stelling en stelt een nuancering voor omdat hij niet denkt dat het nodig is om enkel zo’n digitale benadering te hanteren. De effectbenadering zou aan-vullend moeten worden gebruikt op de bestaande benaderingen. **Sonja Teuwen** vraagt zich bij de effectbenadering af of Nederland zich dan zou moeten onthou-den van handelingen, indien in Nederland kartelafspraken zijn gemaakt en de effecten louter merkbaar zijn in Azië. **Ralph Tak** vraagt zich af of de Nederlandse autoriteit dan bevoegd is. Dit zijn wel de voorbeelden waarbij je op mondiaal ni-veau, in een bepaald gestructureerd systeem, om bijstand wil kunnen verzoeken. Een dergelijk bijstandsverzoek heeft zijn voorkeur boven de situatie dat Nederland

² HvJ EU 14 november 2013, C-60/12 (Baláž).

³ Kaderbesluit nr. 2005/214/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties (PbEG L 76).

op eigen initiatief actie zou ondernemen terwijl de gevolgen enkel elders plaatsvinden. **Monique van Oers** heeft sympathie voor de gedachte dat je ook in het land waar de gedraging plaatsvindt, de overtreding zou aanpakken. Het probleem is dat je dan misschien de bevoegdheid van het land waar de effecten optreden ontnemt. In een dergelijke situatie zou de staat waar de schade wordt geleden, de eerste kans moeten hebben om het aan te pakken. **Ralph Tak** vindt dat een goede gedachte. Een dergelijk systeem is in het mededingingsrecht, aan de hand van geschiktheidscriteria, wel opgesteld. De eerste vraag daarbij is: welke lidstaat ondervindt de meeste gevolgen? Die is in beginsel aan zet om te gaan handhaven. **Ben van Hoek** stelt de situatie voor waarbij de staat waar de gedraging plaatsvindt, het onderzoek verricht en vervolgens een pakket met resultaten overdraagt aan de staat waar de effecten optreden. Gezamenlijk kan dan worden besloten wie gaat handhaven. **Rianne Jacobs** vraagt zich, naar aanleiding van het getoonde filmpje van de serie *Narcos*, af of een overleg tussen twee staten in een dergelijk geval vruchtbaar zal zijn. **Raoul Klein** denkt dat het dan voornamelijk van belang is dat de autoriteit die het effect voelt, ook daadwerkelijk informatie kan verzamelen om handhavend op te treden. Er zal dus een bepaalde samenwerking tot stand moeten komen om het onderzoek in die staat te kunnen uitvoeren en die gegevens te gebruiken bij de handhaving. Als een staat weigert, dan kan er echter weinig worden gedaan. **Jessica Hoitink** vraagt zich af of het in een dergelijke situatie voorstelbaar is dat Amerika op het grondgebied van Colombia handhavend zou optreden. **Raoul Klein** acht een dergelijke situatie in de praktijk wel voorstelbaar. Op een gegeven moment zal de staat waar het effect optreedt, en indien dat effect zo ernstig is, overgaan tot het stellen van extraterritoriale regels en die proberen te handhaven.

Ter afsluiting was er de mogelijkheid om enkele resterende vragen te stellen aan alle preadviseurs. **Fokke Jan van der Tol** heeft een opmerking over het fiscale deel van de preadviezen. Hij stelt dat mensen rekening houden met wat er nationaal en internationaal is afgesproken. Dan is het niet wenselijk om achteraf de extraterritoriale reikwijdte uit te breiden zonder dat de internationale verdragen worden aangepast en de nationale bepalingen zijn voorzien van een adequaat beschermingsregime. **Martijn Weijers** stelt dat we zien dat er in de internationale belastingpraktijk wordt ingespeeld op de verschillen in belastingwetgeving. Als dat onwenselijk wordt geacht, zal er op internationaal niveau moeten worden samengewerkt om te komen tot een systeem waarin staten hun eigen belastingregels kunnen vaststellen, zonder dat ze het gevaar lopen dat mensen gebruikmaken van die verschillen. **Ben Schueler** vindt het een mooie slotvraag: 'Wie zijn wij om te zeggen dat dit niet mag?' **Martijn Weijers** merkt op dat het uiteindelijk de staten zijn die eventuele tekortkomingen zullen moeten aanpakken. De bedoeling daarvan is dat eenieder zijn 'fair share' bijdraagt. Er wordt daarom op EU- en OESO-niveau gezocht naar een mogelijkheid om op het niveau van heffingen tot een 'level playing field' te komen. Het zijn de laatste afsluitende opmerkingen van de vergadering. **Ben Schueler** sluit de middag af met een dankwoord aan de preadviseurs en verwacht dat het onderwerp van deze vergadering nu maar ook zeker in de verdere toekomst een belangrijk onderwerp van discussie zal zijn.

