

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65264>

Please be advised that this information was generated on 2021-09-25 and may be subject to change.

WBP Perikelen

Prof. mr. J.M.A. Berkvens

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

Het raadsel van 95/46/EG

25-1. De Lid-Staten bepalen dat persoonsgegevens die aan een verwerking worden onderworpen of die bestemd zijn om na doorgifte te worden verwerkt, slechts naar een derde land mogen worden doorgegeven indien, onverminderd de naleving van de nationale bepalingen die zijn vastgesteld ter uitvoering van de andere bepalingen van deze richtlijn, dat land een *passend* beschermingsniveau waarborgt.

25-2. Het passend karakter van het door een derde land geboden beschermingsniveau wordt beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden die op de doorgifte van gegevens of op een categorie gegevensdoorgiften van invloed zijn; in het bijzonder wordt rekening gehouden met de aard van de gegevens, met het doeleinde en met de duur van de voorgenomen verwerking of verwerkingen, het land van herkomst en het land van eindbestemming, de algemene en sectoriële rechtsregels die in het betrokken derde land gelden, alsmede de beroeps-codes en de veiligheidsmaatregelen die in die landen worden nageleefd.

26-1 (uitzonderingen op het exportverbod o.a. bij toestemming betrokkene, uitvoering overeenkomst etc.)

26-2. Onverminderd het bepaalde in lid 1 kan een Lid-Staat toestemming geven voor een doorgifte of een categorie doorgiften van persoonsgegevens naar een derde land dat geen waarborgen voor een passend beschermingsniveau in de zin van artikel 25, lid 2, biedt, indien de voor de verwerking verantwoordelijke *voldoende waarborgen* biedt ten aanzien van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de fundamentele rechten en vrijheden van personen, alsmede ten aanzien van de uitoefening van de daaraan verbonden rechten; deze waarborgen kunnen met name voortvloeien uit *passende contractuele bepalingen*.

26-4. Wanneer de Commissie volgens de in artikel 31, lid 2, bedoelde procedure besluit dat bepaalde modelcontractbepalingen *voldoende waarborgen* bieden in de zin van lid 2, nemen de Lid-Staten de nodige maatregelen om zich naar het besluit van de Commissie te voegen.

Diverse auteurs¹ hebben reeds gewezen op een merkwaardige paradox in het buitenlandregime van Richtlijn nr. 95/46/EU. Export van persoonsgegevens naar een derde land is verboden indien het derde land geen passend beschermingsniveau biedt. In dat geval kan echter een exportvergunning worden verkregen. De exporteur kan een vergunning aanvragen onder gebruikmaking van door de Europese Commissie goedgekeurde modelcontracten voor gegevensexport. Die bieden een passend beschermingsniveau. *Waarom dan nog een vergunning aanvragen bij gebruik van de modelcontracten?*

¹ Zie onder meer Merkus, 'Toepassing van art. 76 en 77 lid 2 Wbp', P&I 2004/1. Zie ook van Puijenbroek, *Gegevensverkeer met landen buiten de Europese Unie, bundel Privacy Concerns, NVVIR 2003*.

1. Bij de uitleg van de richtlijn speelt de Artikel 29 werkgroep ('de Groep') een dominante rol. De Groep is ingesteld in art. 29 van de richtlijn. Ze is formeel onafhankelijk en is raadgevend van aard.² Ze is samengesteld uit toezichthouders van de lidstaten. Op grond van art. 30 van de Richtlijn heeft de Groep adviserende taken. Ze adviseert de Europese Commissie onder meer inzake het gegevensverkeer met derde landen. Ze stuurt haar adviezen en aanbevelingen naar de Europese Commissie. Daarnaast worden de adviezen van de Groep eveneens verstrekt aan het niet met de Groep te verwarren art. 31 Comité, dat bestaat uit vertegenwoordigers van de lidstaten zelf en dat tot taak heeft de Europese Commissie bij te staan. Het is van belang onder ogen te houden dat de adviezen niet bindend zijn. Een advies van de Groep over de uitleg van de richtlijn vormt derhalve slechts een referentiekader voorzover de Europese Commissie er geen opvolging aan heeft gegeven conform art. 30 lid 5 van de Richtlijn.

2. De vergunningsparadox vloeit voort uit de uitleg die met name door de Groep is gegeven aan art. 25 en 26. Art. 25 eist een passend beschermingsniveau als voorwaarde voor doorgifte. Art. 26 spreekt van voldoende waarborgen. De Groep schakelt beide niveaus gelijk. De Groep was al ruimschoots voor de vaststelling van de richtlijn bezig met het innemen van posities. In 1997 verscheen hun eerste discussiestuk.³ In 1998 werd de gelijkschakeling als volgt verwoord: (...) Het uitgangspunt voor de interpretatie van de uitdrukking 'voldoende waarborgen', zoals die in artikel 26, lid 2, is gebruikt, is het begrip 'passend beschermingsniveau' (...). Dit is gebaseerd op een aantal grondbeginselen inzake gegevensbescherming, waaraan bepaalde voorwaarden zijn verbonden om de doeltreffendheid ervan te garanderen.⁴ Een verdere onderbouwing ontbreekt. De stellingname van de Groep wordt overgenomen door onze Minister van Justitie.⁵ Hij is namelijk van mening dat alhoewel een advies van de Groep niet bindend is er wel de nodige aandacht aan moet worden besteed.⁶

3. De vraag is nu of de uitleg die de Groep heeft gegeven de enige waarheid vertegenwoordigt. Art. 25 en 26 zijn niet helemaal duidelijk geformuleerd.⁷ De preambules bij de richtlijn geven evenmin houvast. Een toelichting ontbreekt. Er is dus een bepaalde bandbreedte waarbinnen een waarheid moet liggen. Er zal langs interpretatieve weg moeten worden vastgesteld wat de bedoeling van de Europese wetgever is geweest. Bezien we art. 25 en 26 nu zonder de uitleg van de Groep erbij te betrekken.

4. Art. 25 lid 1 verbiedt de export van persoonsgegevens naar derde landen die geen passend beschermingsniveau bieden. In het tweede lid stuiten we vervolgens op een interpretatiekwestie. Er wordt namelijk gesteld dat het beschermingsniveau mede wordt beoordeeld in het licht van de bijzonderheden van de aan de orde zijnde doorgifte. De uitkomst kan dan zijn dat het in het algemeen geboden

² De prima facie onafhankelijkheid is betrekkelijk in de zin dat de Groep een vehikel vormt waarmee de eigen inzichten van de toezichhouders een gezaghebbende status kunnen verkrijgen.

³ Zie WP4 (5020/97) 'Eerste richtsnoeren voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen - Voorstel inzake een methode voor de beoordeling van het passend karakter van het beschermingsniveau', een discussiedocument dat op 26 juni 1997 door de Groep werd aangenomen.

⁴ WP12; Doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen: toepassing van art. 25 en 26 van de EU-richtlijn betreffende gegevensbescherming Goedgekeurd door de groep op 24 juli 1998.

⁵ Kamerstukken II 1999/00, 27 043 Toepassing van art. 25 en 26 van Richtlijn nr. 95/46/EG (gegevensverkeer tussen de EU en derde landen) Nr. 1 Brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal 's-Gravenhage 9 maart 2000; p. 12: 'In verband met de toepassing van artikel 26, vierde lid, is de vraag wat moet worden verstaan onder «voldoende waarborgen». Met de artikel 29-werkgroep zijn wij van oordeel dat het in de rede ligt om uit te gaan van vergelijkbare criteria als bij de bepaling van het passende beschermingsniveau in de context van artikel 25, zesde lid'.

⁶ Zie p. 7 van de brief. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van Richtlijn 95/46/EG heeft de op artikel 29 van deze richtlijn gebaseerde werkgroep, bestaande uit vertegenwoordigers van de nationale toezichthouders, uit eigen beweging op 24 juli 1998 een advies uitgebracht omtrent de invulling van de artikelen 25 en 26 (DG XV D/5025/98). Een van de hoofdelementen van het advies omvat de criteria op basis waarvan beoordeeld zou moeten worden in hoeverre een derde land beschikt over een passend beschermingsniveau in de zin van artikel 25, eerste lid. Noch de Commissie, noch de lidstaten hebben omtrent dit advies een officieel standpunt ingenomen. In de praktijk blijkt evenwel dat de in het advies geformuleerde maatstaven een belangrijk leidraad vormen.

⁷ Zie De evaluatie van Richtlijn 95/46/EG: position papers, Cuijpers, rubriek 'Berichten uit Brussel', P&I 2003/2, p. 113. Zie ook 'European Commission Data Protection Conference', Christopher Kuner, P&I 2002/6, p. 262. Zie tevens hoofdstuk 'Evaluatie van de privacyrichtlijn', Colette Cuijpers, in: Privacy Concerns, NVVIR 2003; Brussels, 15.5.2003, COM(2003) 265 final, Report from the Commission, First report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC); Analysis and impact study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States.

beschermingsniveau als niet passend moet worden beschouwd terwijl voor bepaalde groepen doorgiften wel sprake is van een passend beschermingsniveau.

5. In beginsel interpreteert de verantwoordelijke zelf of het beschermingsniveau in relatie tot de doorgifte passend is. Dat is althans het standpunt van de Nederlandse regering.⁸ De Commissie lijkt daar overigens anders over te denken.⁹

6. In de gevallen dat art. 25 doorgifte verbiedt kan vervolgens een beroep worden gedaan op art. 26 lid 1. In een groot aantal gevallen wordt doorgifte door deze bepaling alsnog mogelijk gemaakt. Bijvoorbeeld in het kader van de uitvoering van overeenkomsten. Er is uit oogpunt van het economische belang van het vrije gegevensverkeer iets voor te zeggen om dit artikel ruimhartig uit te leggen. De Groep neemt een minder ruimhartig standpunt in.¹⁰

7. Afhankelijk van een ruimere of strakkere uitleg van art. 26 lid 1 resteren de gevallen waarin doorgifte op grond van art. 25 of 26 lid 1 niet is toegestaan. Art. 26 lid 2 bepaalt vervolgens dat de doorgifte alsnog kan plaatsvinden indien de verantwoordelijke *voldoende waarborgen* biedt ten aanzien van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Dit ter beoordeling van de lidstaat. Opvallend is dat niet meer wordt gesproken over een *passend* beschermingsniveau, maar over *voldoende* waarborgen.

8. Dit kan worden uitgelegd als een bijzondere situatie die niet is afgedekt door de uitzonderingen van art. 26 lid 1 maar waar in redelijkheid geen goede grond bestaat om de doorgifte tegen te houden. Eventueel kunnen aan de vergunning voorwaarden worden verbonden zoals afspraken met de importeur door middel van '*passende contractuele bepalingen*'. Let wel: art. 26 lid 2 spreekt niet over *modelbepalingen*! Voorts kunnen dankzij de open formulering van art. 26 lid 2 kennelijk ook andere oplossingen dan contracten effectief zijn.

9. Deze lijn van denken volgend komen we op de uitleg van art. 26 lid 4. Daarin wordt aangegeven dat de Commissie kan besluiten dat modelbepalingen '*voldoende waarborgen*' bieden in de zin van art. 26 lid 2. Er staat dus niet dat de Commissie kan besluiten dat ten aanzien van doorgiften met behulp van goedgekeurde modelbepalingen altijd sprake is van het *passende* beschermingsniveau van art. 25 lid 2. De vraag is nu of de modelbepalingen die voldoende waarborgen bieden ook een *passend* beschermingsniveau bieden.

10. Indien we aannemen dat '*voldoende waarborgen*' minder bescherming bieden dan '*een passend beschermingsniveau*' betekent dit dat het exporterende land expliciet toestemming dient te geven. Dat hoeft overigens niet per definitie door een individuele vergunning af te geven. Ook kan gedacht worden aan block exemptions voor groepen van doorgiften die weinig risicovol zijn. In de Nederlandse wet is gekozen voor een vergunningensysteem. Er is geen vergunningsparadox meer.

11. We kunnen ook uitgaan van de veronderstelling dat de kwaliteit van de modelbepalingen het niveau van '*voldoende waarborgen*' bij doorgiften evenaart of overstijgt. Daarmee is deze kwaliteit dus equivalent aan het in art. 25 bedoelde *passende* beschermingsniveau. Als dat het geval is zou

8 Voor een overzicht van het verloop van de discussie tussen regering en parlement zie: Berkvens, 'Wet bescherming persoonsgegevens en grensoverschrijdend persoonsgegevensverkeer', *BJB* 2000/14, p. 138-139; anders: Merkus, 'Toepassing van art. 76 en 77 lid 2 Wbp', *P&I* 2004/1.

9 Brussels 15 mei 2003, COM(2003) 265 final, Report from the Commission, First report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC). Zie p. 18.

10 Doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen : toepassing van art. 25 en 26 van de EU-richtlijn betreffende gegevensbescherming. Goedgekeurd door de groep op 24 juli 1998; WP12: p. 26: 'Artikel 26, lid 1, van de richtlijn noemt een beperkt aantal situaties waarin een afwijking mogelijk is van de eis inzake passende bescherming voor doorgiften naar een derde land. Deze afwijkingen, die precies zijn omschreven, hebben meestal betrekking op gevallen waar de risico's voor de betrokkene vrij beperkt zijn of waar andere belangen (overheidsbelang of belang van de betrokkene zelf) belangrijker zijn dan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Als afwijkingen van een algemeen beginsel moeten zij restrictief worden geïnterpreteerd. Bovendien kunnen lidstaten in hun nationaal recht bepalen dat de afwijkingen in specifieke gevallen niet gelden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij bijzonder kwetsbare groepen personen, zoals werknemers of patiënten.'

steeds automatisch worden voldaan aan de eisen van art. 25 lid 2 en kan de aanvraag van een vergunning achterwege blijven. Dat geldt eventueel ook indien minder hoogwaardige bescherming wordt geboden door de modelbepalingen. Het gebruik van die voorwaarden, die dan als zodanig geen passend beschermingsniveau bieden, moet dan in combinatie met andere doorgiftespecifieke omstandigheden een passend beschermingsniveau bieden.

12. De systematiek van de richtlijn maakt het mogelijk om twee niveaus van modelbepalingen te onderscheiden. De eerste categorie is die van de goedgekeurde bepalingen onder art. 26 lid 4 en bieden tenminste 'voldoende waarborgen'. Er wordt niet geëxpliciteerd of er ook sprake is van een passend beschermingsniveau. Doorgifte vereist toestemming, eventueel door middel van een block exemption. Toestemming kan achterwege blijven indien de modelbepalingen of zichzelf of samen met andere omstandigheden een passend beschermingsniveau bieden.

13. De tweede categorie betreft modelbepalingen die mede geacht worden een passend beschermingsniveau te bieden. Alhoewel de tekst van de richtlijn niet daarop toegesneden geformuleerd is zou er iets voor te zeggen zijn dergelijke modelbepalingen onder te brengen in de systematiek van de artikelen 5 en 6. Bij de safe harbour onderhandelingen werden specifieke voorwaarden voor de uitwisseling van gegevens met de VS vastgesteld. Modelbepalingen met een passend beschermingsniveau zouden kunnen worden beschouwd als generieke voorwaarden voor de uitwisseling van gegevens onder art. 25 met meerdere onbekende landen.

14. Bezien we de twee sets modelbepalingen die inmiddels door de Commissie zijn vastgesteld dan valt op dat de Commissie daarin zorgvuldig vasthoudt aan de tekst van art. 26 lid 2. Zie bijvoorbeeld overweging 6 van de bewerkersovereenkomst: De werkingssfeer van deze beschikking beperkt zich ertoe vast te stellen dat de erin opgenomen modelcontractbepalingen door voor de gegevensverwerking verantwoordelijken die in de Gemeenschap zijn gevestigd, kunnen worden gebruikt om voldoende waarborgen in de zin van artikel 26, lid 2, van Richtlijn 95/46/EG te bieden voor de doorgifte van persoonsgegevens naar in een derde land gevestigde verwerkers. De modelbepalingen voor doorgifte naar een buitenlandse verantwoordelijke bevat een soortgelijke bepaling. Conclusie is dat de Commissie niet heeft beoogd de modelbepalingen op te hangen aan art. 25. Er wordt niet gerept van het bereiken van een passend beschermingsniveau door middel van art. 26 lid 2.

15. De overwegingen 1 en 2 bij de bewerkersovereenkomst lijken de stelling te onderschrijven dat het beschermingsniveau van art. 26 lid 2 lager is dan dat van art. 25. De overwegingen luiden als volgt: (1) Overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG moeten de lidstaten bepalen dat persoonsgegevens slechts naar een derde land mogen worden doorgegeven, indien dat land een passend niveau voor de bescherming van gegevens waarborgt en de wetgeving van de lidstaten ter uitvoering van de andere bepalingen van deze richtlijn al vóór de doorgifte wordt nageleefd. (2) Volgens artikel 26, lid 2, van Richtlijn 95/46/EG mogen de lidstaten *evenwel*, mits bepaalde waarborgen worden geboden, toestemming geven voor een doorgifte of een categorie doorgiften van persoonsgegevens naar een derde land dat geen waarborgen voor een passend beschermingsniveau biedt. Deze waarborgen kunnen met name voortvloeien uit passende contractuele bepalingen.

16. Concluderend houdt de Groep een restrictievere uitleg aan dan de tekst van de richtlijn vereist. Uit de formulering van de richtlijn valt af te leiden dat het beschermingsniveau van art. 26 lid 2 lager is dan dat van art. 25. De verantwoordelijke bepaalt, behoudens andersluidende wettelijke bepalingen, of het beschermingsniveau passend is. Bij gebruik van modelbepalingen is dat niet per definitie het geval. De verantwoordelijke zal dan naar de overige omstandigheden moeten kijken.