

Modelcontracten als alternatief voor Safe Harbour?

Een analyse van de uitspraak Hof van Justitie van de EU van 6 oktober 2015, C-362/14 op de Commissiebeslissing over Modelcontracten van 5 februari 2010

Door: Frank van 't Geloof

Datum: 13 oktober 2015

SAMENVATTING

De beslissing van het Hof van Justitie van de EU dat de Safe Harbour regeling ongeldig is, heeft niet alleen effect op export van persoonsgegevens naar de Verenigde Staten onder de Safe Harbour principes. De verantwoordelijke voor de persoonsgegevens, bij export van persoonsgegevens naar de Verenigde Staten, kan volgens het Hof niet garanderen dat het fundamentele recht op eerbiediging van het privéleven van de belanghebbenden bij de data, gerespecteerd zal worden. En daartoe is een verantwoordelijke wel verplicht om modelcontracten te mogen gebruiken.

INLEIDING

Op grond van de Europese Richtlijn 93/46 (hierna de "Richtlijn") voor de bescherming van persoonsgegevens is het verboden persoonsgegevens door te geven naar landen waar het beschermingsniveau van persoonsgegevens niet hetzelfde niveau heeft als binnen de EU (art. 25 lid 1 van de Richtlijn). Op grond van lid 6 van datzelfde artikel mag de Europese Commissie beslissen dat een bepaald land voldoet aan het vereiste beschermingsniveau. De Commissie heeft in het jaar 2000 een dergelijke beslissing genomen ten aanzien van de Verenigde Staten (Beslissing 2000/520, hierna "Safe Harbour Beslissing"). Die beslissing hield niet in dat het beschermingsniveau in algemene zin voldoende was, maar alleen bij organisaties in de Verenigde Staten die zich vrijwillig onderwerpen aan een regime binnen de Verenigde Staten, wat aangeduid wordt met de "Safe Harbour" regels. Op basis van deze regeling worden dagelijks op zeer grote schaal persoonsgegevens naar de Verenigde Staten overgebracht. De regeling is als zodanig het fundament onder de organisatie van veel bedrijven die op grote schaal persoonsgegevens verwerken.

Het Hof van Justitie van de EU heeft op 6 oktober 2015 (C-362/14) bepaald dat de Safe Harbour Beslissing van de Commissie ongeldig is. Deze spectaculaire uitspraak van het Hof geniet grote belangstelling. De gevolgen zijn immers potentieel enorm, hoewel nog niet helemaal duidelijk is wat die gevolgen inhouden. Er wordt hoop gevestigd op gebruik van een andere commissiebeslissing, namelijk die van de modelcontracten uit 2010 (Beslissing 2010/87, genomen op basis van artikel 26 lid 2 van dezelfde Richtlijn 96/46. Hierna "Modelcontracten Beslissing"). Deze beslissing biedt standaard contractclausules aan die een verantwoordelijke (voor persoonsgegevens) met een verwerker (van persoonsgegevens) in een derde land kan aangaan om zo een voldoende beschermingsniveau te garanderen in

een land dat op zichzelf niet voldoende waarborgen biedt. Het is interessant na te gaan of de oordelen die het Hof over de Safe Harbour regeling heeft gegeven, wellicht ook op de beslissing van de Commissie over modelcontracten toepasselijk zijn. Want als dat zo is, dan worden de mogelijkheden om persoonsgegevens te delen met organisaties in de Verenigde Staten, wel heel beperkt.

DE UITSpraak

De prejudiciële vragen

De uitspraak is gedaan naar aanleiding van twee vragen van het Ierse hooggerechtshof, te weten:

‘(1) Whether in the course of determining a complaint which has been made to an independent office holder who has been vested by statute with the functions of administering and enforcing data protection legislation that personal data is being transferred to another third country (in this case, the United States of America) the laws and practices of which, it is claimed, do not contain adequate protections for the data subject, that office holder is absolutely bound by the Community finding to the contrary contained in [Decision 2000/520] having regard to Article 7, Article 8 and Article 47 of [the Charter], the provisions of Article 25(6) of Directive [95/46] notwithstanding?’

(2) Or, alternatively, may and/or must the office holder conduct his or her own investigation of the matter in the light of factual developments in the meantime since that Commission decision was first published?’

Samengevat:

1) Is een nationaal toezichthouder op de privacywetgeving gebonden aan de beperkingen die de Commissie beslissing 2000/520 hem oplegt?

Of:

2) Mag die toezichthouder de beslissing zelf alleen toetsen op feiten die zijn veranderd sinds de beslissing genomen is?

Om maar met de deur in huis te vallen, zegt het Hof op de eerste vraag: “Nee”, en dan hoeft de tweede vraag dus niet beantwoord te worden. Maar het interessantste volgt hierna pas.

De niet-prejudiciële vragen

Vervolgens stelt het Hof dat de klager, de heer Schrems, eraan twijfelt of de Safe Harbour Beslissing van de Europese Commissie op zichzelf wel geldig is, en gaat vervolgens die vraag beantwoorden. Het Ierse Hooggerechtshof heeft die vraag niet gesteld, maar het Hof van Justitie beantwoordt hem desondanks. Het gaat bij die beoordeling vooral om invulling van het begrip “passend beschermingsniveau”, zoals dat door artikel 25 lid 2 van de Richtlijn vereist wordt.

Het Hof gaat, na een inleiding, eerst beoordelen of lid 1 van artikel 1 wel voldoet aan de Richtlijn. Dat artikellid luidt:

Artikel 1.

Voor de toepassing van artikel 25, lid 2, van Richtlijn 95/46/EG geldt voor alle binnen de werkingssfeer van die Richtlijn vallende activiteiten, dat de Veiligheidsbeginselen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, hierna "de beginselen genoemd, zoals vermeld in bijlage I van deze beschikking, ten uitvoer gelegd overeenkomstig de richtsnoeren in de Vaak gestelde vragen, hierna "FAQ's genoemd, zoals vermeld in bijlage II van de beschikking, die op 21 juli 2000 door het ministerie van Handel van de Verenigde Staten zijn gepubliceerd, worden geacht een passend beschermingsniveau te waarborgen voor de doorgifte van persoonsgegevens van de Gemeenschap naar in de Verenigde Staten gevestigde organisaties, een en ander gelet op de volgende, door het ministerie van Handel van de Verenigde Staten gepubliceerde documenten ten uitvoer gelegd volgens de ter uitvoering van die beginselen gegeven richtsnoeren:

- a) een overzicht van de rechtshandhaving inzake de veilige haven, opgenomen in bijlage III;*
- b) een memorandum over schadevergoeding wegens inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en uitdrukkelijke machtigingen in de wetgeving van de Verenigde Staten, opgenomen in bijlage IV;*
- c) een schrijven van de Federal Trade Commission, opgenomen in bijlage V;*
- d) een schrijven van het ministerie van Vervoer van de Verenigde Staten, opgenomen in bijlage VI.*

Volgens het Hof is dit artikel strijdig met de vereisten die Richtlijn stelt, omdat de, in de annexen uiteengezette Amerikaanse regels, niet voldoen aan de Richtlijn en in bredere zin aan het Europese recht. Daarvoor geeft het Hof nogal wat redenen, en maakt zo een einde aan de commissiebeslissing de Amerikaanse Safe Harbour regeling als een afdoende regeling te bestempelen onder de Richtlijn. De redenen worden hieronder besproken.

De Safe Harbour regels gelden niet voor de Amerikaanse overheid

Organisaties die zich vrijwillig aan de Safe Harbour regels onderwerpen zijn weliswaar gebonden aan die regels, maar de Amerikaanse overheid is niet aan de betreffende regels gebonden. Dat is een probleem, omdat de artikel 25 van Richtlijn, waarop de beslissing is gebaseerd, eist dat juist de overheid in het ontvangende land de veiligheid van de data garandeert.

Geen adequate bescherming

De Richtlijn voorziet in een apparaat dat privacyrechten beschermt. De Amerikaanse Safe Harbour regels voorzien niet in regels waaronder de Amerikaanse overheid de te beschermen privacy garandeert. Artikel 25 van de Richtlijn eist echter dat dergelijke garanties bestaan in een land waar persoonsgegevens uit de EU naartoe gaan. Het Hof is daarnaast (in r.o. 91 – 94) van mening dat, en zij geeft aan dat het allerbelangrijkste te

vinden, export van persoonsgegevens naar de Verenigde Staten schending van het recht op eerbiediging van het privéleven (artikel 7 van het Handvest van de Grondrechten van de EU) inhoudt. De Verenigde Staten mogen alle rechten uit de Safe Harbour regeling om een keur van niet-gekwalificeerde redenen opzij zetten. Daarbij hoeft geen toetsing aan strijdende grondrechten plaats te vinden. Het Hof constateert dat dit tot gevolg heeft dat de Amerikaanse overheid zich feitelijk algemeen en niet-doelgebonden toegang kan verschaffen tot alle in Safe Harbour-organisaties ondergebrachte persoonsgegevens. Dat is in strijd met de essentie van wat de Richtlijn beoogt en met eerder genoemde grondrechten van EU burgers. Aangezien de beslissing uitsluitend ziet op export van gegevens naar de Verenigde Staten, schendt de beslissing dit grondrecht.

Geen adequate remedies

De Safe Harbour regels voorzien niet in remedies voor datasubjecten om gegevens in te zien, te corrigeren of te verwijderen, wat nu juist is wat de Richtlijn in het leven roept. Rechtswegen om die rechten af te dwingen ontbreken eveneens. Ook daarvoor zijn afdoende regels vereist in het ontvangende land, die in deze regeling ontbreken.

Beperking van de bevoegdheden van de nationale toezichhouders

Alsof de kritiek op artikel 1 nog niet genoeg is, gaat de Hof ook in op artikel 3 van de beslissing van de Commissie, namelijk:

Artikel 3

1. Onverminderd hun bevoegdheden om maatregelen te nemen in verband met de naleving van nationale bepalingen die op grond van andere bepalingen dan artikel 25 van Richtlijn 95/46/EG zijn vastgesteld, kunnen de bevoegde autoriteiten in de lidstaten van hun bestaande bevoegdheden gebruikmaken om gegevensstromen naar een organisatie die door zelfcertificering de overeenkomstig de FAQ's ten uitvoer gelegde beginselen heeft onderschreven, op te schorten, teneinde personen ten aanzien van de verwerking van hun persoonsgegevens te beschermen, wanneer:

a) de in bijlage VII genoemde overheidsinstantie van de Verenigde Staten of een onafhankelijk verhaalmechanisme als bedoeld onder a) van het handhavingsbeginsel zoals vermeld in bijlage I van deze beschikking, tot de conclusie is gekomen dat de organisatie de overeenkomstig de FAQ's ten uitvoer gelegde beginselen schendt, of

b) het zeer waarschijnlijk is dat de beginselen worden geschonden; er redelijkerwijs kan worden aangenomen dat het desbetreffende handhavingsmechanisme niet tijdig passende maatregelen neemt of zal nemen om het betrokken probleem op te lossen; zich een risico voordoet dat de betrokkenen ernstige schade wordt toegebracht wanneer verder gegevens worden doorgegeven; en de bevoegde autoriteiten in de lidstaat zich naar omstandigheden redelijke inspanningen hebben getroost om de organisatie van het probleem in kennis te stellen en de gelegenheid te geven te reageren. De opschorting wordt beëindigd zodra vaststaat dat de overeenkomstig de FAQ's ten uitvoer gelegde beginselen worden

nageleefd en de bevoegde autoriteiten in de Gemeenschap hiervan in kennis zijn gesteld.

Artikel 3 van de Safe Harbour Beslissing geeft de omstandigheden aan waarin de nationale toezichthouders mogen ingrijpen in datastromen naar Safe Harbours. Daarmee beperkt het artikel de bevoegdheden van de toezichthouders, terwijl de Richtlijn juist uitdrukkelijk bepaalt dat de toezichthouders naleving van de Richtlijn in volledige onafhankelijkheid moeten kunnen doen (artikel 28 lid 1 van de Richtlijn). De Commissie had daarom, aldus het Hof, geen bevoegdheid tot beperking van de bevoegdheden van de toezichthouders. Artikel 3 is dus ook geen geldige bepaling.

Met zowel artikel 1 als 3 van tafel, is de hele beslissing ongeldig, aldus het Hof.

BESCHOUWING MODELCONTRACTEN

Voor standaard contractclausules die transfer van persoonsgegevens naar derde landen faciliteren heeft de Europese Commissie in 2010 de Modelcontracten Beslissing (Beslissing 2010/87) genomen. Het is van belang te vermelden dat artikel 26 lid 2 Richtlijn de bevoegdheid om deze beslissing te nemen expliciet aan de Europese Commissie toekent. Deze bevoegdheid vereist uitdrukkelijk niet dat het ontvangende land zelf voldoende waarborgen biedt. De juridische basis voor de Commissiebeslissing over de modelcontracten is dus een andere dan die ten grondslag ligt aan de Safe Harbour Beslissing. Artikel 26 lid 1 bepaalt dat “waarborgen kunnen met name voortvloeien uit passende contractuele bepalingen”. Het lijkt erop dat dit de Commissie een redelijke discretionaire bevoegdheid geeft. Anderzijds kan het Hof toetsen wat “passend” is, zoals het dat ook gedaan heeft voor het begrip “passend” uit artikel 25 (wat niet noodzakelijkerwijs hetzelfde hoeft te zijn).

Interessant in dit verband is dat het Hof (in r.o. 91 - 94) van mening is dat de Safe Harbour Beslissing in strijd is met de fundamentele rechten van de belanghebbenden, en wel in het bijzonder hun recht op een privéleven (art. 7 Handvest van de Grondrechten van de EU). Hoewel de Commissie een ruimere bevoegdheid heeft om een beslissing te nemen over modelcontracten dan om iets zoals de Safe Harbour regeling vast te stellen, lijkt een zelfstandige toets op deze fundamentele rechten ook bij de modelcontractenbeslissing op zijn plaats.

Wat toetsing aan het recente Hof-arrest betreft, zijn twee artikelen vooral interessant. Omdat deze beslissing hetzelfde stramien volgt als de Safe Harbour Beslissing kan eerst artikel 1 tegen de kritiek van het Hof worden gehouden, en daarna artikel 4.

Artikel 1:

De in de bijlage opgenomen modelcontractbepalingen worden geacht voldoende waarborgen te bieden voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de fundamentele

rechten en vrijheden van personen, alsmede voor de uitoefening van de daaraan verbonden rechten in de zin van artikel 26, lid 2, van Richtlijn 95/46/EG.

Is de Amerikaanse Overheid aan de regels gebonden?

Uiteraard is de Amerikaanse overheid niet aan contractuele afspraken gebonden en gelden de inhoudelijke bezwaren die gelden ten aanzien van de Safe Harbour regels ook voor de Modelcontracten. Voor de bevoegdheid van de Commissie uit artikel 26 van de Richtlijn voor het opstellen van Modelcontracten is uitdrukkelijk niet vereist dat de ontvangende landen in een voldoende beschermingsniveau voorzien. De Beslissing zal dus niet ongeldig kunnen zijn op grond van het feit dat de overheid van het ontvangende land geen afdoende beschermingsniveau biedt en niet gebonden is aan de betreffende contractuele afspraken tussen verantwoordelijke en verwerker. Dit in tegenstelling met de Safe Harbour Beslissing.

Adequate bescherming van de gegevens?

In rechtsoverwegingen 82 tot en met 90 zet het Hof uiteen waarom export van persoonsgegevens naar de Verenigde Staten onder Safe Harbour Beslissing schending van de Richtlijn impliceert. Die schending is in het bijzonder gerelateerd aan artikel 25 en niet aan artikel 26 van de Richtlijn, waarop de Modelcontracten Beslissing is gebaseerd. In rechtsoverwegingen 91 tot en met 94 stelt het Hof dat export van gegevens naar de Verenigde Staten niet slechts schending van de Richtlijn inhoudt, maar, veel belangrijker (r.o. 92: “furthermore and above all”), ook schending van het recht op eerbiediging van het Privéleven zoals in artikel 7 van het Handvest van de Grondrechten van de EU is vastgelegd.

In de Annex (bepaling 4) van de Modelcontracten Beslissing staat onder andere als verplichting van de data-exporteur (verantwoordelijke) dat deze onder meer moet garanderen dat de dataverwerking in het derde-land geen van de beschermingsregels schendt van het (EU)land van waaruit wordt geëxporteerd. Het Hof heeft geconcludeerd dat niet bekend is dat de Verenigde Staten regels heeft om fundamentele rechten af te wegen bij het gebruik van persoonsgegevens door de Amerikaanse overheid. Persoonsgegevens staan daarom in de Verenigde Staten bloot aan (kort gezegd) willekeurig gebruik ervan door de Amerikaanse overheid. De conclusie lijkt op zijn plaats dat een verantwoordelijke, bij export van persoonsgegevens naar de Verenigde Staten, niet kan garanderen dat de beschermingsregels die in de EU op persoonsgegevens van toepassing zijn, zullen worden gerespecteerd. De standaardclausules lijken verantwoordelijken dus niet toe te staan persoonsgegevens onder de modelcontracten naar de Verenigde Staten te exporteren, als men ze leest in het licht van de Safe Harbour uitspraak.

Adequate Remedies?

Bepaling 3 van de annex bij de Modelcontracten Beslissing schrijft de remedies voor die Rechthebbenden als derde begunstigden van de overeenkomst tussen de verantwoordelijke en de verwerker hebben. Die komen overeen met de remedies die datasubjecten binnen de

EU hebben ten aanzien van verantwoordelijken. Dat lijkt goed aan te sluiten. Via de verantwoordelijke kunnen de beschikbare remedies geëffectueerd worden, en het is zelfs mogelijk om, als de verantwoordelijke wegvalt, als derdebegunstigde van de verwerkingsovereenkomst recht te halen bij de verwerker, mocht de verantwoordelijke er niet meer zijn. Valt de verantwoordelijke weg, dan valt echter wel de rol van de toezichthouder ook weg en kan een belanghebbende daar niet meer terecht om maatregelen te nemen. Een modelcontract kan de remedies van belanghebbenden dus niet in alle gevallen op dezelfde wijze voorzien, maar het komt een heel eind. Het is aannemelijk dat het Hof een dergelijk klein verschil nog wel als “passend” in de zin van artikel 26 lid 2 zal beoordelen.

Artikel 4

1. Onverminderd hun bevoegdheden om maatregelen te treffen ter waarborging van de naleving van de krachtens de hoofdstukken II, III, V en VI van Richtlijn 95/46/EG vastgestelde nationale bepalingen, kunnen de bevoegde autoriteiten in de lidstaten hun bestaande bevoegdheden gebruiken om gegevensstromen naar derde landen te verbieden of op te schorten teneinde natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens te beschermen, wanneer:

- a) wordt vastgesteld dat het recht waaraan de gegevensimporteur of een subverwerker is onderworpen, hem vereisten oplegt waarmee van het toepasselijke recht inzake gegevensbescherming moet worden afgeweken en die verder gaan dan de beperkingen die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn als bedoeld in artikel 13 van Richtlijn 95/46/EG, indien die vereisten in aanzienlijke mate afbreuk dreigen te doen aan de door het toepasselijke recht inzake gegevensbescherming en de modelcontractbepalingen geboden waarborgen,*
- b) een bevoegde autoriteit heeft vastgesteld dat de gegevensimporteur de in de bijlage opgenomen modelcontractbepalingen niet is nagekomen; of*
- c) het in aanzienlijke mate waarschijnlijk is dat de in de bijlage opgenomen modelcontractbepalingen niet worden of zullen worden nageleefd en bij verdere doorgifte het risico bestaat dat de betrokkenen ernstige schade wordt toegebracht.*

Beperking van de bevoegdheden van de nationale toezichthouders?

Dit artikel kan op dezelfde wijze als artikel 3 van de Safe Harbour Beslissing worden opgevat als een beperking van de bevoegdheden van de nationale toezichthouders op de bescherming persoonsgegevens. En dat mag de Commissie niet, aldus het Hof. Als de Commissie buiten zijn boekje is gegaan met artikel 3 van de Safe Harbour Beslissing, dan is hij dat in dit geval ook. In het bijzonder is dit, aldus het Hof, een schending van het bepaalde in artikel 28 lid 1 van de Richtlijn, namelijk: “Deze autoriteiten vervullen de hun opgedragen taken in volledige onafhankelijkheid.”

CONCLUSIE

De Safe Harbour Beslissing is van tafel omdat, hoewel de Commissie bevoegd is te bepalen dat een land voldoende waarborgen geeft, het Hof van mening is dat de Verenigde Staten die waarborgen niet geven. En dat is een vereiste voor een Commissie-beslissing onder artikel 25 van de Richtlijn. Omdat de beslissing alleen ziet op de Verenigde Staten, is de hele beslissing ongeldig.

Het is niet waarschijnlijk dat de hele beslissing over de modelcontracten zal sneuvelen bij een beoordeling door het Hof, want artikel 1 lijkt de toetsen van het Hof wel te kunnen doorstaan. Dat artikel 3 zal sneuvelen kunnen we aannemen, maar dat doet niet heel veel af aan de beslissing als geheel.

Wat echter veel belangrijker is, is dat het Hof van mening is dat export van gegevens naar de Verenigde Staten vooral op grote bezwaren stuit, omdat het schending van artikel 7 van het Handvest van de Grondrechten van de EU impliceert. Als dit, zoals het Hof stelt, het grootste bezwaar tegen export van persoonsgegevens naar de Verenigde Staten is, dan maakt het niet veel uit of die export gebaseerd is op de ene of de andere regeling. Export van persoonsgegevens naar de Verenigde Staten op basis van een modelcontract lijkt niet toegestaan, zolang de Amerikaanse overheid tamelijk willekeurig toegang houdt tot persoonsgegevens in de Verenigde Staten.

Kortom: De Modelcontracten Beslissing loopt niet veel risico op volledige ongeldigverklaring door het Hof zoals met de Safe Harbour Beslissing is gebeurd. Op basis van dezelfde uitspraak van het Hof laten modelcontracten het aan verantwoordelijken niet toe persoonsgegevens uit de EU naar de Verenigde Staten te exporteren.