

Doorgifte persoonsgegevens naar derde landen

Inleiding

Privacyregelgeving is er voornamelijk ter bescherming van het individu. Immers, het individuele belang van bescherming van de anonimiteit en persoonlijke integriteit kan vrij eenvoudig geschaad raken – bijvoorbeeld ingegeven door commerciële belangen van derden – zonder dat het individu zich daartegen goed kan verweren. Europese privacyregelgeving beoogt dan ook het individu te beschermen. De regelgeving bestaat enerzijds uit een regime van normen dat geldt voor de verwerking van persoonsgegevens binnen de Europese Unie, en anderzijds uit vereisten waaraan moet zijn voldaan alvorens persoonsgegevens mogen worden uitgevoerd naar en verwerkt in landen waar het Europese, interne beschermingsregime niet van toepassing is.

De keerzijde van de medaille is echter dat het bedrijfsleven de privacyregelgeving vaak als hinderlijk ervaart. Het moeten voldoen aan de regelgeving brengt bovendien extra kosten mee. Ook op Europees niveau dringt dit besef steeds meer door. De aandacht van de Europese Commissie richt zich in toenemende mate op Europese multinationals die te maken hebben met het exporteren van persoonsgegevens naar landen buiten de Europese Unie en daarbij worden geconfronteerd met de Europese vereisten die gelden voor een dergelijke doorgifte. Denk bijvoorbeeld aan het uitvoeren van een internationale betalingsopdracht waarbij persoonsgegevens worden verstuurd, luchtvaartmaatschappijen die passagiersgegevens doorgeven aan een bagage-afhandelaar in het land van bestemming of het versturen van personeelsdossiers naar een centrale database. Zonder afbreuk te doen aan de kracht van de Europese privacyregelgeving tracht de Commissie door middel van optionele, faciliterende regelgeving zo veel mogelijk nodeloze belemmeringen weg te nemen. In dit kader heeft de Commissie op 27 december 2004 bij beschikking een nieuw modelcontract goedgekeurd.¹ Het betreft regelgeving die naar vrije keuze kan worden toegepast door zogenoemde gegevens-exporteurs.

Deze bijdrage gaat in op de inhoud van het nieuwe modelcontract en de betekenis van modelcontracten in het algemeen binnen het systeem van de Nederlandse privacywetgeving.²

1. Het nieuwe modelcontract werd goedgekeurd door middel van: Beschikking nr. 2004/915/EG van de Commissie tot wijziging van Beschikking nr. 2001/497/EG betreffende de invoering van alternatieve modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen.

2. Zie voor de in deze bijdrage genoemde wet- en regelgeving de volgende websites: <http://www.cbpreweb.nl/> en http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/index_en.htm.

Modelcontracten algemeen

Een modelcontract vormt een praktisch middel voor gegevens exporterende bedrijven om op vereenvoudigde wijze te voldoen aan de waarborgverplichtingen uit de Europese Privacyrichtlijn.³ Op grond van die verplichtingen, die in Nederland zijn verankerd in de artikelen 76 e.v. van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: WBP), mogen persoonsgegevens slechts worden doorgegeven naar een land buiten de Europese Unie als dat land een passend beschermingsniveau waarborgt. Bij gebruik van een modelcontract wordt het vereiste beschermingsniveau gecreëerd door het over en weer aangaan van in het model beschreven verplichtingen tussen een gegevensexporteur en een gegevensimporteur.

De daadwerkelijke beschermende werking van een modelcontract ligt besloten in de werking ervan ten opzichte van derden. In de Privacyrichtlijn worden deze derden aangeduid met de term 'betrokkene'. De Engelse term '*data subject*' geeft evenwel een beter beeld van de derden in kwestie. Het betreft namelijk de personen van wie persoonsgegevens door de gegevensexporteur worden verwerkt. Deze derden kunnen zo nodig op grond van het derdenbeding, dat besloten ligt in de verschillende modelcontracten, een beroep doen op de nakoming door de gegevensexporteur en importeur van hun verplichtingen.

Kenmerken nieuw modelcontract

Het nieuwe modelcontract kan sinds 1 april 2005 worden gebruikt. Het is niet de eerste set modelbepalingen die de Commissie in het kader van de waarborgverplichtingen goedkeurt. Al in 2001 stemde zij in met een modelcontract.⁴ Echter, in tegenstelling tot deze eerdere modelbepalingen is het nieuwe modelcontract eerst voorgelegd aan een groep van organisaties uit het bedrijfsleven die een afspiegeling vormen van verschillende marktsegmenten. De groep, opererend onder leiding van de International Chamber of Commerce, heeft gedurende een periode van drie jaar onderhandelingen gevoerd met de Commissie over het modelcontract. De groep heeft daarbij ook eigen tekstvoorstellen kunnen indienen. Naar aanleiding van de wijze van totstandkoming ervan typeert de Europese Commissie het nieuwe modelcontract als bedrijfsvriendelijk. Dit geldt volgens haar in het bijzonder voor de procesrechtelijke modelbepalingen en de bepalingen die toezien op een verantwoordelijkheidsverdeling tussen de gegevensexporteur en -importeur, alsook voor de bepalingen die auditverplichtingen bevatten.

3. Richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

4. Het eerdere modelcontract werd goedgekeurd door middel van: Beschikking 2001/497/EG van de Commissie betreffende modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen.

Het nieuwe modelcontract treedt niet in de plaats van de eerdere modelbepalingen, maar neemt ten opzichte daarvan een zelfstandige, aanvullende positie in. Gegevensexporteurs kunnen dus kiezen welk modelcontract zij het beste vinden aansluiten bij hun persoonlijke belangen. Vanuit dat oogpunt is het interessant om enkele verschillen te bezien tussen het nieuwe modelcontract en de eerdere modelbepalingen.

Met betrekking tot de eerdere modelbepalingen heeft de Commissie de nationale en Europese gegevensbeschermingsautoriteiten de discretionaire bevoegdheid gegeven om de doorgifte van persoonsgegevens alsnog te verbieden nadat het modelcontract is gesloten. Voorwaarde voor een dergelijk verbod is dat sprake dient te zijn van één van de drie door de Commissie genoemde omstandigheden. Een verbod is bijvoorbeeld mogelijk als een bevoegde gegevensbeschermingsautoriteit vaststelt dat de gegevensimporteur de bepalingen van het modelcontract niet heeft nageleefd. Voor het nieuwe modelcontract heeft de Commissie twee additionele gronden benoemd die een verbod op doorgifte mogelijk maken.

Een ander belangrijk verschil tussen beide modelcontracten betreft het nieuw geïntroduceerde concept van *due diligence*, ofwel 'nodige zorgvuldigheid'. Daar waar het bestaande modelcontract voorziet in een aansprakelijkheidsregime dat is gebaseerd op hoofdelijke aansprakelijkheid van de gegevensexporteur en -importeur jegens de betrokkene, is de aansprakelijkheid in het nieuwe modelcontract gebaseerd op het concept van *due diligence*. Op grond van het nieuwe modelcontract is slechts de partij die haar verplichtingen niet nakomt, aansprakelijk jegens de betrokkene. Hier staat tegenover dat op grond van het nieuwe modelcontract de gegevensexporteur een grotere betrokkenheid is toegemeten bij het verhelpen van klachten die een betrokkene jegens de gegevensimporteur heeft. De gegevensexporteur moet contact met de gegevensimporteur opnemen over de tekortkoming in de naleving van zijn verplichtingen. Zo nodig moet de exporteur de importeur dwingen zich binnen een termijn van een maand aan de bepalingen van het modelcontract te houden.

De rol van de exporteur is met het nieuwe modelcontract dus gegroeid ten opzichte van de eerdere modelbepalingen. Een dergelijke vergroting van de rol van de exporteur ligt voor de hand. Immers, de betrokkene kan op basis van de eerdere modelbepalingen gewoon de exporteur aanspreken als de importeur een fout heeft gemaakt. De eerdere modelbepalingen zijn namelijk gebaseerd op hoofdelijke aansprakelijkheid. Dat is handig voor de betrokkene, omdat de importeur vaak in een ander land is gevestigd dan de woonplaats van de betrokkene. Onder het nieuwe modelcontract is deze mogelijkheid afgesloten. Een betrokkene kan op grond van het nieuwe modelcontract slechts de importeur zelf aanspreken als deze een fout heeft gemaakt, maar dient dan wel de vaak grote afstand tussen de woonplaats van de

betrokkene en de vestigingsplaats van de importeur te overbruggen. Enige compensatie voor de betrokkene was daarom gewenst.

Nederlandse privacywetgeving

De plaats van het modelcontract in de Nederlandse privacywetgeving laat zich het beste illustreren aan de hand van een korte uitleg van de hiervoor al aangehaalde artikelen 76 e.v. WBP.

In het verlengde van de Europese Privacyrichtlijn is doorgifte van persoonsgegevens op grond van de WBP toegestaan indien deze geschiedt naar landen met een passend beschermingsniveau. Of hiervan sprake is, kan veelal worden opgemaakt uit door de Minister van Justitie of de Europese Commissie opgestelde lijsten. Als de lijsten geen uitsluitel bieden, zal de gegevensexporteur zelf moeten bepalen of is voldaan aan het vereiste van een passend beschermingsniveau. De WBP bevat hiertoe een opsomming van nadere criteria.

Indien een land geen passend beschermingsniveau heeft, komen de volgende twee mogelijkheden in beeld. Export van gegevens naar derde landen is alsnog mogelijk indien sprake is van een in de WBP genoemde uitzondering. De betrokkene kan bijvoorbeeld ondubbelzinnig zijn toestemming hebben gegeven voor de doorgifte van de persoonsgegevens. Of wellicht is de doorgifte noodzakelijk ter uitvoering van een overeenkomst tussen de exporteur en de betrokkene, waarbij men kan denken aan een werknemer die bij een multinational werkt en wereldwijd wordt ingezet bij groepsmaatschappijen. Ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst kan het nodig zijn om de gegevens van de werknemer naar de desbetreffende groepsmaatschappijen te sturen.

Ten slotte is er de mogelijkheid om een vergunning aan te vragen bij de Minister van Justitie. Aan het verstrekken van de vergunning kunnen voorwaarden worden verbonden, zodat alsnog voldoende waarborgen ontstaan. De Europese modelcontracten vormen een dergelijke passende waarborg. Desalniettemin – en dit stuit vaak op onbegrip – vormt het gebruik van een modelcontract geen garantie tot het verkrijgen van een vergunning. Het College bescherming persoonsgegevens (hierna: CBP), de Nederlandse gegevensbeschermingsautoriteit, zal namelijk willen controleren of aan het gebruikte modelcontract geen bepalingen zijn toegevoegd die de essentie van de in het model neergelegde standaardbepalingen ondermijnen. Dit zou namelijk de verstrekking van een vergunning kunnen tegenhouden. Bovendien zal het CBP toetsen of de omstandigheden die gepaard gaan met de doorgifte van de persoonsgegevens, niet alsnog een schending van de WBP opleveren. Denk in dit verband aan de hiervoor genoemde gronden om alsnog een verbod tot doorgifte op te leggen, ondanks het gebruik van een modelcontract.

Vennootschap & Onderneming

Conclusie

Het nieuwe Europese modelcontract biedt een praktisch hulpmiddel voor bedrijven die te maken hebben met het exporteren van persoonsgegevens naar landen buiten de Europese Unie en die zich daarbij geconfronteerd zien met de huidige Europese privacyregelgeving. Of het modelcontract daadwerkelijk zo bedrijfsvriendelijk is, zoals de Commissie wil doen geloven, zal nog moeten blijken uit het verdere gebruik van de modelbepalingen. Het gebruik van een modelcontract biedt naar Nederlands recht geen garantie dat de Minister van Justitie onverkort een vergunning tot doorgifte verstrekt of dat later niet alsnog een verbod tot export van persoonsgegevens wordt opgelegd. De gehele aanvraagprocedure wordt desondanks aanzienlijk versneld indien een modelcontract wordt gebruikt.

*Mr. C.G.A.J. van Seeters
Stibbe*