

BREXIT: UITWISSELING PERSOONSgegevens PROBLEMATISCH

Zelfs met een handelsverdrag
is het moeilijk

**3 INTERESSANTE
UITZONDERINGS-
MOGELIJKHEDEN**

OP 1 JANUARI IS HET VERENIGD KONINKRIJK UIT DE EER GETREDEN. VOOR DE UITWISSELING VAN PERSOONSgegevens VALT HET VERENIGD KONINKRIJK DAARMEE IN BEGINSSEL ONDER HETZELFDE REGIME ALS BIJVOORBEELD DE VS, CHINA OF IRAN, ZIJ HET DAT ER EEN EXTRA OVERGANGSPERIODE IS INGELAST VAN MAXIMAAL ZES MAANDEN. DE SCHREMS-JURISPRUDENTIE WORDT DAARMEE OOK RELEVANT VOOR WIE GEGEVENS MET PARTIJEN IN HET VERENIGD KONINKRIJK UITWISSELT. WALTER VAN HOLST LEGT DE ONTSTANE SITUATIE UIT EN WELKE RECENTE ONTWIKKELINGEN IN DE RECHTSpraak UIT DE TWEDE HELFT VAN 2020 DIT ONDERWERP VERDER COMPLICEREN.

door Walter van Holst beeld ANP/Sander Koning

Het idee achter de AVG is om vrijheid van gegevensverkeer binnen de interne markt van de Europese Unie (EU) mogelijk te maken door een gelijk beschermingsniveau van persoonsgegevens te realiseren. Om te voorkomen dat dit ontweken zou worden door verwerkingen naar landen buiten de EU (zogenaamde derde landen), zijn de AVG-garanties voor het beschermingsniveau in die derde landen vereist als voorwaarde voor de rechtmatigheid van dergelijke 'transfers'. Deze vereisten hoeven voor het Verenigd Koninkrijk nog niet vervuld te worden nu in het nieuwe handelsverdrag tussen de EU en

het Verenigd Koninkrijk een aanvullende transitieperiode is overeengekomen, de 'specified period'. Tenzij er een zogenaamd adequaatheidsbesluit wordt genomen, of het Verenigd Koninkrijk in die periode fors van de AVG gaat afwijken, loopt de specified period eind april af, met een verlengingsmogelijkheid van twee maanden.

UITZONDERINGS- MOGELIJKHEDEN

De AVG zou de AVG niet zijn als een verbodsbepaling geen uitzonderingen kent. In het geval van transfers naar derde landen is er een hele waslijst

van uitzonderingen. Toch zijn in de praktijk maar drie uitzonderingen echt interessant:

- binding corporate rules
- adequaatheidsbesluiten
- standaard contractuele clausules van de Europese Commissie (SCC's).

Binding corporate rules zijn waarborgen in de corporate governance van met name groepsmaatschappijen, al dan niet aangevuld met onderlinge contracten. De hele groep gedraagt zich daarbij alsof die onder de AVG valt en dus niet in derde landen opereert. Die waarborgen en contracten moeten goedgekeurd worden door de lead DPA, een privacytoezichthouder naar keuze in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte (EER). Dit is een langdurig proces, met een doorlooptijd van enkele jaren, wat dit voor de korte termijn geen praktische optie maakt voor datatransfers met het Verenigd Koninkrijk.

ADEQUAATHEIDS-BESLUITEN

De tweede optie, adequaatheidsbesluiten, betreft besluiten van de Europese Commissie waarin de bescherming van persoonsgegevens in een land tot "essentieel equivalent" aan de EER wordt verklaard. Deze besluiten worden op aanvraag van het desbetreffende derde land genomen. Het Verenigd Koninkrijk heeft vorig jaar zo'n besluit aangevraagd. In februari heeft de Europese Commissie aangegeven dat zij dit wil goedkeuren. Daarvoor moeten nog een aantal formaliteiten worden doorlopen, zoals consultatie van de Europese privacytoezichthouder, de European Data Protection Supervisor. Juridisch minder relevant maar politiek wel relevant is dat het Europees Parlement (dat hier niet direct over gaat) het standpunt heeft ingenomen dat het Verenigd Koninkrijk geen adequaat beschermingsniveau heeft en daarmee een voorkeur heeft voor het

niet voortzetten van een vrij verkeer van persoonsgegevens met het Verenigd Koninkrijk. Voor de dagelijkse praktijk is het relevanter dat een eventueel adequaatheidsbesluit nog geen zekerheid biedt dat transfers naar het Verenigd Koninkrijk 'veilig' zijn in de zin dat ze boven discussie verheven zijn. Juist in de Schrems I- en II-zaken heeft de hoogste rechter van de EU – het Hof van Justitie van de Europese Unie – bepaald dat die bevoegdheid door zowel rechters als nationale privacytoezichthouders getoetst kan worden aan het Handvest van de Europese Unie én dat, naar Europese maatstaven, bovenmatig ruime bevoegdheden van inlichtingendiensten in het derde land aanleiding kunnen zijn om zo'n adequaatheidsbesluit te vernietigen. Voor het Verenigd Koninkrijk geldt, net als voor de Verenigde Staten, dat er aanleiding is voor activisten zoals Max Schrems om hierover te gaan procederen of bij toezichthouders te klagen.

Europese Commissie komt zeer binnenkort met nieuwe sjabloonteksten voor de SCC's

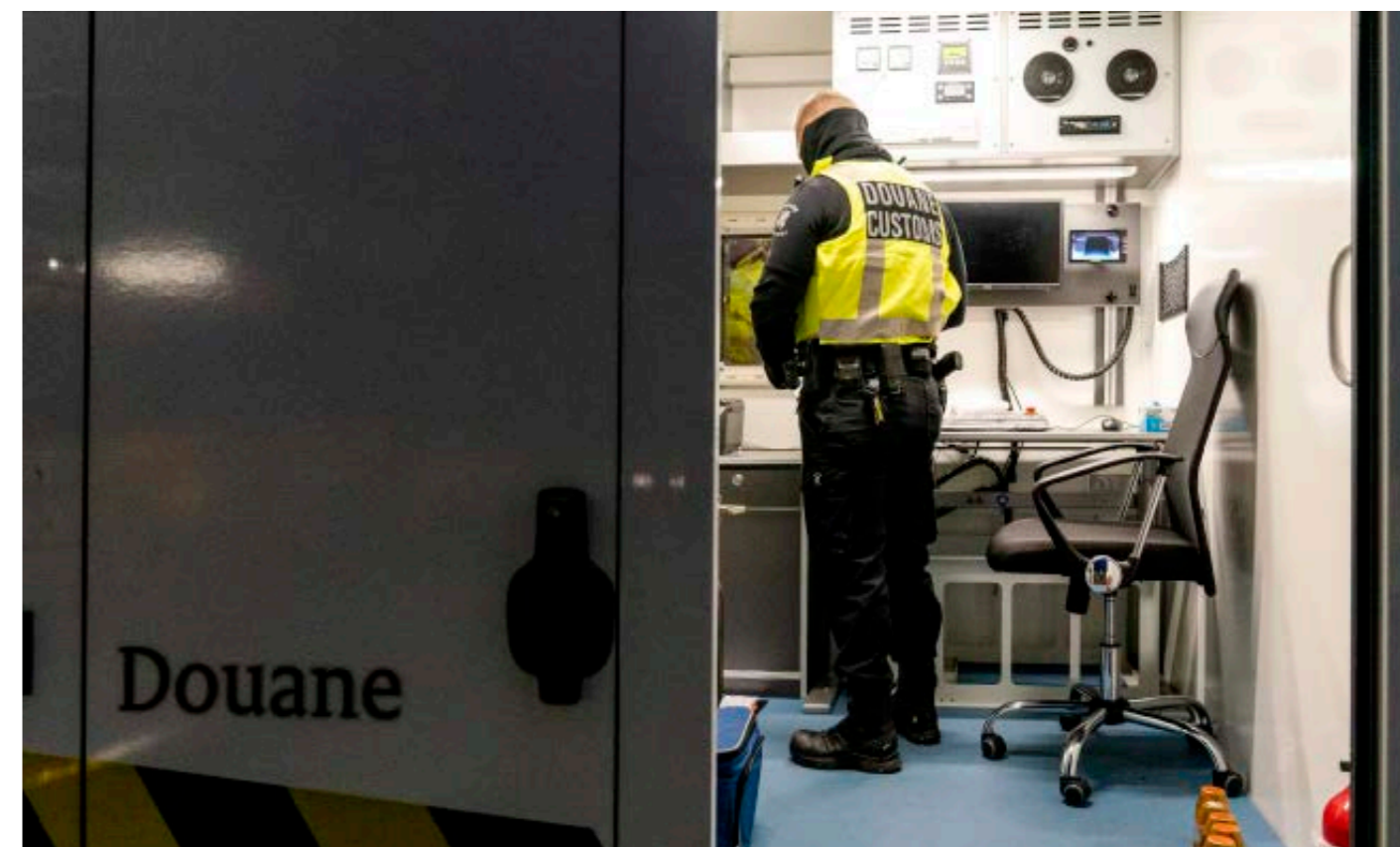
STANDARD CONTRACTUAL CLAUSES

De derde optie is nog iets ingewikkelder. Die is bedoeld voor een situatie waarin er geen adequaatheidsbesluit is ten aanzien van het derde land. Dat zijn de zogenaamde standard contractual clauses (SCC's). Dit zijn weinig meer dan een aantal gestandaardiseerde, vrij uitgebreide verwerkersovereenkomsten. Voor de SCC's geldt dat een Europese partij die van dit juridisch instrument gebruik maakt een eigen verantwoordelijkheid heeft om een afweging te maken over de kwaliteit van de privacybescherming in

WAT IS RIPA EN WAAROM IS HET NU OPEENS EEN PROBLEEM?

RIPA staat voor de Regulation of Investigative Powers Act en is een beetje het Britse zusje van onze Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017). Deze wet regelt de bevoegdheden van de Britse inlichtingen- en veiligheidsdiensten. RIPA bevat net als de Wiv 2017 faciliteiten voor het onderscheppen van telecommunicatie en verkeersgegevens in bulk. Uiteraard is dit een vergelijking die deels mank gaat. RIPA bevat nauwelijks waarborgen. Hierover is geprocedeerd door burgerrechtenorganisatie Privacy International, in samenwerking met anderen. De laatste procedure was voor het Hof van Justitie van de Europese Unie, over strijdigheid van deze bulkbevoegdheid in RIPA met de e-privacyrichtlijn en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het Hof heeft hierover geoordeeld op 6 oktober 2020. De eerste hoofdvraag, of dit wel onder het Europees Unierecht viel, werd bevestigend beantwoord nu er sprake was van een verstrekingsplicht voor partijen die onder het Europees Unierecht vallen (inlichtingendiensten vallen daar zelf niet onder). De tweede hoofdvraag was of een algemene verstrekkingsplicht verenigbaar is met het Europees Unierecht. En die werd ontkennend beantwoord door het Hof, dat relevante bepalingen uit de zogenaamde e-privacyrichtlijn en het Handvest opsomde en het standpunt innam dat dit: "... aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan een overheidsorgaan ten behoeve van de bescherming van de nationale veiligheid aan aanbieders van elektronische communicatiediensten een verplichting tot algemene en ongedifferentieerde doorzending van verkeers- en locatiegegevens aan de veiligheids- en inlichtingendiensten kan opleggen." Dat wordt nu een probleem, want het Hof van Justitie is niet bevoegd om datatransfers binnen de EER te verbieden, maar het Verenigd Koninkrijk bevindt zich niet meer in die EER. Daarmee kan het Hof van Justitie opeens wel wat vinden van de praktijken van de inlichtingendiensten in het Verenigd Koninkrijk. Datzelfde Hof van Justitie kan overigens ook nog geraadpleegd worden door het Europees Parlement tijdens de ratificatie van een akkoord, die nog moet plaatsvinden.

kingsplicht verenigbaar is met het Europees Unierecht. En die werd ontkennend beantwoord door het Hof, dat relevante bepalingen uit de zogenaamde e-privacyrichtlijn en het Handvest opsomde en het standpunt innam dat dit: "... aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan een overheidsorgaan ten behoeve van de bescherming van de nationale veiligheid aan aanbieders van elektronische communicatiediensten een verplichting tot algemene en ongedifferentieerde doorzending van verkeers- en locatiegegevens aan de veiligheids- en inlichtingendiensten kan opleggen." Dat wordt nu een probleem, want het Hof van Justitie is niet bevoegd om datatransfers binnen de EER te verbieden, maar het Verenigd Koninkrijk bevindt zich niet meer in die EER. Daarmee kan het Hof van Justitie opeens wel wat vinden van de praktijken van de inlichtingendiensten in het Verenigd Koninkrijk. Datzelfde Hof van Justitie kan overigens ook nog geraadpleegd worden door het Europees Parlement tijdens de ratificatie van een akkoord, die nog moet plaatsvinden.



REACTIES EN BIJDAGEN

Voor reacties en nieuwe bijdragen van IT-experts:
 Tanja de Vrede
 020-2356415
 t.d.vrede@agconnect.nl

De AVG zou de AVG niet zijn als een verbodsbepaling geen uitzonderingen kent

het derde land, met inbegrip van eventuele bevoegdheden en praktijken van inlichtingendiensten, en of de daarmee gepaard gaande risico's voldoende worden afgedekt door deze SCC's. Daarmee moet die partij voor zichzelf ook de vraag stellen of het geheel dan nog 'adequaat' is.

Daar zit meteen ook een uitvoerbaarheidsprobleem. Het is al lastig genoeg om wet- en regelgeving in eigen land bij te benen, inclusief de jurisprudentie, en dan moet je dat eigenlijk ook gaan doen voor het Verenigd Koninkrijk, als je daarmee op basis van een SCC wilt uitwisselen. Daarbovenop kan een nationale toezichthouder zoals de Nederlandse Autoriteit Persoonsgegevens nog eens een streep door een SCC halen. Voor met name kleine en middelgrote organisaties zal dit snel te bewerkelijk blijken, zeker op de langere termijn. SCC's zijn vooral bruikbaar als tussenoplossing, bijvoorbeeld als noodoplossing als een adequaatheidsbesluit voor het Verenigd Koninkrijk ongeldig

wordt verklaard, om zo tijd te scheppen voor een transitie van de dienstverlening naar de EER. Relevant is ook om op te merken dat de Europese Commissie zeer binnenkort met nieuwe sjabloonteksten voor de SCC's zal komen.

Daarbij is het aanbevelenswaardig om de aanbevelingen van de European Data Protection Board (EDPB) in acht te nemen voor het gebruik van SCC's mét aanvullende maatregelen. Die kunnen technisch, organisatorisch of juridisch van aard zijn (of combinaties daarvan), waarbij de EDPB een voorkeur heeft voor technische maatregelen (lees: versleuteling). Ook deze aanvullende maatregelen moeten periodiek geëvalueerd worden. De kneep zit er voor de praktijk wel in dat de verwerkingen waar met name de technische maatregelen het effectiefst kunnen zijn, precies de verwerkingen zijn die het eenvoudigst uit het Verenigd Koninkrijk weg te verhuizen zijn. Wat qua vermindering van hoofdpijn uiteindelijk misschien nog de meest verkieslijke oplossing is. 🌐

AUTEUR

WALTER VAN HOLST
 is senior consultant bij
 Hooghiemstra & Partners
 (walter@hooghiemstra-en-
 partners.nl).

SCHREMS I EN II; WAT IS ADEQUAAT?

Zowel in (Maximiliaan) Schrems I als II waren zogenaamde adequaatheidsbesluiten van de Europese Commissie onderwerp van het geschil. Adequaatheidsbesluiten zijn een van de condities waaronder transfers naar derde landen kunnen plaatsvinden. In Schrems I werd vanwege de vergaande bevoegdheden van Amerikaanse geheime diensten om telecommunicatiegegevens op te eisen, het zogenaamde Safe Harbor-regime – een adequaatheidsbesluit van de Europese Commissie – door het Hof van Justitie van de Europese Unie per direct ongeldig verklaard. In die uitspraak werd een aantal overwegingen genoemd waarom de Verenigde Staten niet als een land met een adequaat beschermingsniveau voor persoonsgegevens erkend had mogen worden, omdat daarvoor

is vereist dat in het derde land (in casu de Verenigde Staten):

1. wet- en regelgeving duidelijke waarborgen scheppen die de vertrouwelijkheid van persoonsgegevens waarborgt;
2. er sprake moet zijn van doelbinding en proportionaliteit voor de verwerking van persoonsgegevens;
3. er rechtsmiddelen moeten openstaan voor de betrokkenen om de verwerking aan te vechten;
4. er sprake moet zijn van onafhankelijk toezicht op desbetreffende verwerkingen.

De Verenigde Staten voldoen aan geen van deze vier voorwaarden. Bij het Verenigd Koninkrijk kan ter discussie worden gesteld of wel aan criteria 1 en 2 wordt voldaan.