5061/01/NL/def.
WP 47

Advies 7/2001

over de ontwerp-beschikking van de Commissie (versie van 31 augustus 2001) betreffende modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar in derde landen gevestigde verwerkers krachtens artikel 26, lid 4, van Richtlijn 95/46

Goedgekeurd op 13 september 2001

De Groep is opgericht op grond van artikel 29 van Richtlijn 95/46/EG. Zij is het onafhankelijke EU-adviesorgaan inzake gegevensbescherming en de persoonlijke levenssfeer. De taken van de Groep zijn omschreven in artikel 30 van Richtlijn 95/46/EG en in artikel 14 van Richtlijn 97/66/EG. Het secretariaat wordt verzorgd door:

Europese Commissie, DG Interne Markt, Directoraat Werking en effect van de interne markt, coördinatie, gegevensbescherming.
Wetstraat 200, B-1049 Brussel - België - Kantooradres: C100-6/136
Internetadres: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/index.htm

DE GROEP VOOR DE BESCHERMING VAN PERSONEN IN VERBAND MET DE VERWERKING VAN PERSOONSGEGEVENS,

Opgericht bij Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995[1],

Gelet op artikel 29 en artikel 30, lid 1, onder a), en lid 3, van deze richtlijn,
Gelet op haar reglement, en met name de artikelen 12 en 14,

heeft het volgende ADVIES goedgekeurd:

1. Inleiding

De Groep juicht de ontwerp-beschikking van de Commissie betreffende modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar in derde landen gevestigde verwerkers toe en herhaalt het door haar in haar eerdere advies 1/2001[2] ingenomen standpunt dat deze beschikking zo spoedig mogelijk moet worden aangenomen. De Groep dankt de subgroep voor de voorbereiding van dit advies[3] en benadrukt het belang van deze ontwerp-beschikking die tot doel heeft talrijke routinematige gegevensdoorgiften vanuit de Gemeenschap naar andere delen van de wereld te vergemakkelijken en tegelijkertijd voldoende waarborgen te bieden voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van natuurlijke personen bij de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen.

2. In de Gemeenschap gevestigde verwerkers en buiten de Gemeenschap gevestigde verwerkers

Allereerst zou de Groep in dit advies een duidelijk onderscheid willen maken tussen enerzijds de bepalingen van een contract in de zin van artikel 17 van de richtlijn en anderzijds de modelcontractbepalingen die het onderwerp van dit advies zijn.

Op het eerste gezicht lijken beide soorten gegevensdoorgiften inderdaad sterk op elkaar, aangezien de contractpartijen (de voor de verwerking verantwoordelijke en verwerker) en het doel van de doorgifte (de verwerking van persoonsgegevens) gelijk zijn. Overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG zijn de aard van de doorgifte (intracommunautaire doorgifte of internationale doorgifte) alsook de bepalingen inzake de inhoud van het contract (artikel 17 of artikel 26, lid 4) echter geheel anders, wanneer de verwerker buiten de Gemeenschap is gevestigd.

De Groep zou in dit verband willen benadrukken dat naleving van de op grond van artikel 17 van Richtlijn 95/46/EG vastgestelde nationale voorschriften door de voor de verwerking verantwoordelijke niet automatisch overeenkomt met een maatregel van artikel 26, lid 2, van de richtlijn, dat wil zeggen dat zij niet automatisch voldoende

[1] PB nr. L 281 van 23.11.1995, blz. 31, beschikbaar onder: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/index.htm
[2] Zie advies 1/2001, bladzijde drie, laatste alinea van hoofdstuk II.
[3] A, ES, FR, NL en UK.

waarborgen biedt waardoor een lidstaat toestemming kan geven voor een doorgifte of categorie doorgiften in de zin van artikel 26, lid 2, omdat deze contracten het gebrek aan een passende bescherming in het land van bestemming moeten compenseren, hetgeen niet het oogmerk van artikel 17 van Richtlijn 95/46/EG is.

Bovendien kunnen aan het uitbesteden van de verwerking van gegevens buiten de Gemeenschap in principe meer risico's voor de persoonlijke levenssfeer van natuurlijke personen kleven dan aan verwerkingscontracten binnen de Gemeenschap. Doordat de gegevens zich fysiek in derde landen bevinden, is het aanzienlijk moeilijker om naleving van het contract of van de beslissingen van de toezichthoudende autoriteiten af te dwingen.

Tot slot en zoals reeds door deze Groep in haar advies 1/2001 werd gesteld, bestaat altijd de mogelijkheid dat op verwerkers in derde landen openbare maatregelen van toepassing zijn die verder gaan dan hetgeen in een democratische samenleving noodzakelijk is.

3. De beveiligingsmaatregelen

De beveiliging is het gebied waarop de verschillen tussen deze twee soorten gegevensdoorgiften het duidelijkst zijn. Aangezien artikel 17 alleen van toepassing is op verwerkers die in een lidstaat zijn gevestigd[4], moet duidelijkheid worden verschaft over de vraag welke beveiligingsmaatregelen door de gegevensimporteur moeten worden getroffen en op de naleving van welke beveiligingsmaatregelen de gegevensexporteur moet toezien.

De Groep is van oordeel dat de gegevensimporteur de beveiligingsmaatregelen moet treffen die in de wetgeving van de lidstaat van vestiging van de gegevensexporteur zijn vastgesteld. Dat is in overeenstemming met het algemene principe dat de gegevensimporteur gebonden is door de wetgeving die voor de gegevensexporteur geldt, en ook met het feit dat de gegevensexporteur de gegevensimporteur overeenkomstig de bepalingen van de wetgeving van zijn eigen land instructies geeft.

De Groep begrijpt waarom de Commissie in haar ontwerp meer flexibiliteit ten aanzien van de beveiligingsmaatregelen wenst, met name wanneer de gegevensimporteur persoonsgegevens ontvangt van gegevensexporteurs die in verschillende lidstaten zijn gevestigd. De richtlijn laat op het ogenblik echter weinig speelruimte voor een dergelijke flexibiliteit. Derhalve beveelt de Groep de Commissie en het bij artikel 31 ingestelde comité aan om modelcontractbepalingen goed te keuren die enerzijds vereisen dat de beveiligingsmaatregelen nader worden omschreven en anderzijds dat op basis van het toepasselijke recht, dat het recht is van het land waar de gegevensexporteur is gevestigd, wordt beoordeeld of deze maatregelen voldoende waarborgen bieden. Dit moet in de tekst van de modelcontractbepalingen zelf duidelijk naar voren komen en ook overweging 11 van de beschikking moet in deze zin worden gewijzigd. Aangezien het bedrijfsleven groot belang hecht aan een flexibelere oplossing voor dit vraagstuk, zou de Commissie in de

---

[4] Artikel 17, lid 3, tweede streepje: "de in lid 1 bedoelde verplichtingen, zoals gedefinieerd door de wetgeving van de lidstaat waarin de verwerker is gevestigd, ...".

toekomst met gedetailleerde voorstellen hierover moeten komen en deze ter bestudering aan de Groep moeten voorleggen.

4. Het derdenbeding

De Groep erkent het belang van de bepalingen ten behoeve van derde rechthebbenden die in het ontwerp van de Commissie zijn opgenomen. Deze bepalingen zijn bijzonder nuttig en bieden de betrokkene de mogelijkheid om niet alleen naleving van zijn rechten krachtens de modelcontractbepalingen te vorderen, maar ook van die welke hem door de wetgeving van zijn eigen land worden verleend.

Er zijn verschillende redenen waarom Europese ondernemingen voor de gegevensverwerking dienstverleners buiten de Europese Unie gebruiken. Dat kan onder meer zijn omdat zij de verwerkingsvoorzieningen willen concentreren of omdat verwerking buiten de EU goedkoper is. Het is bijvoorbeeld bekend dat sommige multinationale organisaties (met name in de financiële sector) verwerkers op verschillende continenten gebruiken, zodat vierentwintig uur per dag gegevens kunnen worden verwerkt.

Dit algemene verschijnsel, waarbij de verwerking extern wordt uitgevoerd, zal in de toekomst waarschijnlijk nog meer ingang vinden. Afgezien van economische overwegingen is het praktisch resultaat hiervan dat grote afstanden en nationale grenzen de voor de verwerking verantwoordelijke in Europa scheiden van de verwerker die in een andere regio van de wereld is gevestigd en dat de handhavingsmaatregelen van toezichthoudende autoriteiten en nationale rechterlijke instanties weliswaar de in de Gemeenschap gevestigde voor de verwerking verantwoordelijke bereiken, maar dat de fysieke locatie van de gegevens een heus probleem kan zijn.

Wanneer de gegevensexporteur om wat voor reden ook de gegevensimporteur niet naar behoren instrueert (bv. als hij niet meer als rechtspersoon bestaat of failliet is), zou de betrokkene zich bovendien moeten kunnen beroepen op het derdenbeding in de modelcontractbepalingen, teneinde uitvoering van zijn fundamentele rechten op het gebied van de gegevensbescherming, zoals toegang tot zijn persoonsgegevens, verwijdering, correctie, bezwaar enz., af te dwingen.[5]

Als voorbeeld voor dit type bepaling kan clausule 4, onder e), worden genoemd, dat wil zeggen de verplichting van de gegevensexporteur om de gegevensimporteur in kennis te stellen van de vragen die de betrokkenen of de toezichthoudende autoriteit over de door hem uitgevoerde verwerking hebben gesteld. Hoewel men kan menen dat deze bepaling al door clausule 4, onder a), wordt gedekt (dat wil zeggen de algemene verplichtingen van de gegevensexporteur) staat vast dat een dergelijke clausule 4, onder e), het gemakkelijker kan maken om in de in de vorige alinea genoemde gevallen uitvoering te vorderen.

---

[5] Sommige delegaties (A, B, DE, EL, IRL en UK) waren van mening dat inroeping van het derdenbeding tegen de gegevensimporteur beperkt moet zijn tot gevallen waarin de gegevensexporteur niet in staat is de gegevensimporteur instructies te geven, dat wil zeggen wanneer hij als rechtspersoon niet meer bestaat of failliet is.

De Groep steunt de door de Commissie aangebrachte wijzigingen in de versie van 1 juli, waardoor de draagwijdte van het derdenbeding ten opzichte van de gegevensimporteur wordt verduidelijkt.

5. De verplichting om de betrokkenen in kennis te stellen van de doorgifte van bijzondere categorieën gegevens (clausule 4, onder d))

De Groep zet enige vraagtekens bij het voorstel van sommige bedrijfsorganisaties om deze clausule te schrappen. Hoewel dit tot de eenvoud van de doorgifte en de modelcontractbepalingen zou kunnen bijdragen, lijkt het tegenover de betrokkene billijk om hem met het oog op de bijzondere bescherming voor gevoelige gegevens ten minste in deze gevallen in kennis te stellen van het voornemen van de voor de verwerking verantwoordelijke om de verwerking te laten uitvoeren in een derde land dat geen passende bescherming biedt.

Gezien de bijzondere aard van de gevoelige gegevens en de specifieke risico's die met de verwerking van deze persoonsgegevens zijn verbonden, beveelt de Groep dus aan om clausule 4, onder d), niet te schrappen.

De Groep beveelt de Commissie aan om de verplichting van de gegevensexporteur om zich te houden aan de nationale bepalingen tot uitvoering van artikel 10, onder c), van de richtlijn, in de overwegingen van de beschikking van de Commissie (of in de clausules zelf) op te nemen.

6. Verdere doorgifte

De Groep steunt de aanbeveling van de subgroep (die in de ontwerp-beschikking is opgenomen) tot schrapping van clausule 5, onder c), die geacht werd een gedeeltelijk regeling van de verdere doorgiften te bevatten.

De Groep is van oordeel dat het (zoals bij Beschikking 497/2001) bijzonder moeilijk is om verdere doorgiften volledig bevredigend te definiëren. Er wordt dan ook voorgesteld om deze bepaling te schrappen, zodat verdere doorgiften aan derden alleen mogelijk zijn wanneer zij in overeenstemming zijn met het toepasselijke recht inzake gegevensbescherming, de clausules en de door de gegevensexporteur gegeven instructies. De Groep beveelt dan ook aan om dit in de formulering van overweging 14 van de beschikking van de Commissie tot uitdrukking te brengen.

7. Aansprakelijkheid

De Groep is voorstander van de uitzonderlijke aansprakelijkheid van de gegevensimporteur in de specifieke gevallen die in de modelcontractbepalingen zijn vermeld, namelijk wanneer de gegevensexporteur failliet is gegaan of niet meer als rechtspersoon bestaat en daarnaast wanneer de gegevensimporteur zijn verplichtingen overeenkomstig de clausules niet naar behoren is nagekomen waardoor de betrokkenen schade hebben geleden. Een verdergaande oplossing zou de

gegevensimporteur de verplichting opleggen om bij alle van de gegevensexporteur ontvangen instructies na te gaan of deze in overeenstemming zijn met het op hem toepasselijke recht inzake gegevensbescherming, maar dat lijkt niet gerechtvaardigd.

Voorts beveelt de Groep aan dat in de overwegingen van de beschikking van de Commissie op ondubbelzinnige wijze duidelijk wordt gemaakt dat een vordering tot uitvoering van de in het contract opgenomen rechten (van derde rechthebbenden) in de eerste plaats tegen de gegevensexporteur dienen te worden ingesteld en dat een vordering tegen de gegevensimporteur alleen in uitzonderlijke gevallen mogelijk is.

8. Controle

Zoals door deze Groep in een van haar eerste richtsnoeren en aanbevelingen betreffende de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen werd uiteengezet (WP 12), zijn de haalbaarheid en handhavingsmogelijkheden beslissende factoren bij de beoordeling van het beschermingsniveau dat door een systeem voor gegevensbescherming wordt geboden.

Wat contractuele oplossingen betreft, is het van fundamenteel belang dat de gegevensbeschermingsautoriteiten hun onderzoeksbevoegdheden kunnen uitoefenen.

Hoewel dergelijke controles van verwerkers in derde landen waarschijnlijk niet vaak zullen plaatshebben en vermoedelijk beperkt blijven tot werkelijk uitzonderlijke en ernstige gevallen waarin mogelijk aanzienlijke schade aan de fundamentele rechten van natuurlijke personen wordt toegebracht, zou de Groep er toch op willen wijzen dat de door de gegevensimporteur gegeven garantie overeenkomstig clausule 8, lid 2, volledig in overeenstemming is met het feit dat de gegevensimporteur onder het recht van het land van de gegevensexporteur valt en dat dit derhalve een zeer belangrijk bestanddeel is van de waarborgen die door de modelcontractbepalingen in de zin van artikel 26, lid 2), van de richtlijn worden geboden.

9. Conclusies

Onverminderd bovenstaande aanbevelingen brengt de Groep een gunstig advies uit over de ontwerp-beschikking van de Commissie betreffende modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar in derde landen gevestigde verwerkers. Zij verzoekt het bij artikel 31 ingestelde comité haast te maken met zijn werkzaamheden, zodat deze beschikking van de Commissie zo spoedig mogelijk in werking kan treden.

Gedaan te Brussel, 13 september 2001

Voor de Groep

De voorzitter

Stefano RODOTA