

Breaking news: Safe Harbor regeling ongeldig verklaard

ArbeidsRecht 2015/52

In het vorige nummer (Arbeidsrecht 2015/51) schreef ik nog dat er niet veel breaking news was in de rechtspraak op het gebied van privacy. Een dag nadat dit artikel naar de drukker was gegaan, verscheen echter de uitspraak van het Europees Hof van Justitie waarin het besluit van de Europese Commissie ten aanzien van de Safe Harbor regeling ongeldig werd verklaard. Deze uitspraak heeft heel wat stof doen opwaaien. In dit artikel zal ik deze uitspraak behandelen en ingaan op de gevolgen.

1. De uitspraak

Maximilian Schrems, een Oostenrijkse student, heeft in 2013 een klacht ingediend over Facebook bij de Ierse toezichthouder met het verzoek Facebook te verbieden zijn persoonsgegevens naar de Verenigde Staten door te geven. De reden dat Schrems bij de toezichthouder in Ierland uitkwam is dat Facebook-gebruikers binnen de Europese Unie bij hun inschrijving een overeenkomst moeten ondertekenen met Facebook Ireland, een dochteronderneming van het in de Verenigde Staten gevestigde Facebook Inc. Op basis van deze overeenkomst worden de persoonsgegevens van de gebruikers van Facebook doorgegeven naar de servers van Facebook Inc. Nadat de toezichthouder de klacht heeft afgewezen, heeft Schrems beroep ingesteld bij de 'High Court' in Ierland. De High Court concludeert dat Schrems feitelijk met zijn beroep opkomt tegen de rechtmatigheid van de zogeheten Safe Harbor regeling,² al zegt hij dat niet met zoveel woorden. De High Court heeft vervolgens prejudiciële vragen gesteld aan het Europees Hof. Kort gezegd zien de vragen op de rol van de toezichthoudende autoriteiten, zoals in Nederland het College bescherming persoonsgegevens, en de vraag of een beschikking als de Safe Harbor regeling in de weg staat aan een eigen onderzoek door een toezichthoudende autoriteit van een verzoek van een persoon die aanvoert dat een bepaald land geen waarborgen voor een passend beschermingsniveau biedt. Alvorens ik zal ingaan op de beantwoording van de prejudiciële vragen door het Europees Hof, zal ik eerst het juridisch kader van de Safe Harbor regeling schetsen.

2. Wat is de achtergrond van de Safe Harbor regeling?

In hoofdstuk 11 van de Wet bescherming persoonsgegevens ('WBP') is het gegevensverkeer met landen buiten de Europese Unie geregeld. Voor gegevensverkeer binnen de

Europese Unie geldt als uitgangspunt dat dit mogelijk is aangezien alle landen binnen de Europese Unie de Richtlijn Gegevensbescherming³ hebben geïmplementeerd en dus een vergelijkbaar beschermingsniveau bieden. Vanzelfsprekend moeten de bepalingen uit de WBP ook bij doorgifte naar het buitenland in acht worden genomen. Voor de landen buiten de EU geldt dat persoonsgegevens slechts naar een land buiten de EU mogen worden doorgegeven indien – onverminderd de naleving van de WBP – dat land een passend beschermingsniveau waarborgt. Ook binnen concernverband geldt dit uitgangspunt. Door de organisatie die voornemens is gegevens naar een land buiten de EU door te geven, dient zelf te worden beoordeeld of een dergelijk passend beschermingsniveau aanwezig is. Dit kan bijvoorbeeld door te onderzoeken of de Europese Commissie dan wel de Minister van Justitie een oordeel heeft gegeven over het beschermingsniveau van een dergelijke 'derde land'.⁴

In de Verenigde Staten bestaat geen algemene wetgeving ter bescherming van persoonsgegevens zodat moeilijk kan worden beoordeeld of een passend beschermingsniveau aanwezig is. Over het algemeen wordt aangenomen dat de Verenigde Staten niet voldoende waarborgen bieden voor een adequaat beschermingsniveau. Echter, omdat de Verenigde Staten belangrijke handelspartners zijn van de landen in de Europese Unie, heeft men getracht een oplossing te vinden. De Europese Commissie heeft hiertoe in 2000 de zogenaamde 'Safe Harbor Privacy Principles' goedgekeurd. Bedrijven in de Verenigde Staten konden verklaren dat zij zich aan de in dit besluit genoemde privacyregels zouden houden. Deze bedrijven dienden zich vervolgens aan te melden bij het Amerikaanse Department of Commerce om op de openbare lijst te worden vermeld van de bedrijven die de Safe Harbor Privacy Principles naleven. Europese bedrijven die voornemens waren gegevens te verstrekken aan bedrijven in de Verenigde Staten konden deze lijst raadplegen. Wanneer een Amerikaans bedrijf op deze lijst vermeld stond, mocht ervan uit worden gegaan dat er bij het betreffende bedrijf sprake is van een passend beschermingsniveau als bedoeld in artikel 76 WBP. Aan deze werkwijze is door de uitspraak van het Hof een einde gemaakt. Ik kom hier later op terug.

Als er door de minister noch door de Europese Commissie een oordeel is gegeven over de vraag of er sprake is van een passend beschermingsniveau, dient door de werkgever aan de hand van de in artikel 76 lid 3 WBP genoemde criteria te worden beoordeeld of er sprake is van een passend beschermingsniveau.

In artikel 77 WBP is geregeld dat ook in het geval een derde land geen passend beschermingsniveau biedt, er onder

1 Mr. I.J. de Laat is advocaat bij Rutgers & Posch te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2 Beschikking van de Commissie van 26 juli 2000 overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad (2000/520/EG).

3 Richtlijn 95/46/EG.

4 De Europese Commissie heeft over de volgende landen een besluit genomen over de passendheid van het geboden beschermingsniveau: Guernsey, Isle of Man, Argentinië, Canada en Zwitserland. Ook landen behorend tot de Europese Economische Ruimte (Noorwegen, Liechtenstein en IJsland) worden geacht een passend beschermingsniveau te waarborgen.

voorwaarden persoonsgegevens kunnen worden doorgegeven. Deze voorwaarden zijn in artikel 77 lid 1 WBP opgesomd. Daarbij moet er voldaan worden aan de algemene vereisten van de WBP. Sinds de wetwijziging van februari 2012 van artikel 77 WBP kan een doorgifte van persoonsgegevens naar een derde land zonder passend beschermingsniveau plaatsvinden wanneer gebruik wordt gemaakt van een modelcontract dat is goedgekeurd door de Europese Commissie. Het modelcontract moet wel ongewijzigd worden overgenomen.

Indien het derde land geen passend beschermingsniveau biedt én indien geen van de in artikel 77 lid 1 WBP genoemde uitzonderingen van toepassing zijn, dan kan op grond artikel 77 lid 2 WBP een vergunning aan de Minister van Justitie worden gevraagd om alsnog tot doorgifte te kunnen overgaan. De minister kan nadere voorwaarden verbinden aan de vergunning.

Binnen concerns worden dagelijks op grote schaal persoonsgegevens uitgewisseld. Aangezien de multinationals door de bestaande wettelijke regelingen te veel werden beperkt, heeft de Artikel 29-werkgroep de zogeheten 'binding corporate rules' geïntroduceerd. Door middel van de binding corporate rules kunnen multinationals binnen hun onderneming wereldwijd een passend beschermingsniveau creëren. Deze binding corporate rules dienen aan strikte eisen te voldoen om de belangen van de betrokkenen te waarborgen. Allereerst dienen in een interne gedragscode de binnen het concern geldende regels voor omgang met persoonsgegevens te zijn neergelegd. Deze regels moeten vertaald zijn in praktische richtlijnen voor werknemers. Ten tweede moeten er voorschriften ontwikkeld worden die de effectieve naleving van de regels binnen de organisatie garanderen.

3. Hoe oordeelde het Europese Hof?

Het Hof is van oordeel dat het wel degelijk aan de toezichthoudende autoriteit is om een verzoek van een persoon zoals Schrems, die in feite bestrijdt dat de Safe Harbor regeling verenigbaar is met de bescherming van het privéleven en de grondrechten en fundamentele vrijheden van personen, met de nodige voortvarendheid en zorgvuldigheid te onderzoeken. Indien de toezichthoudende autoriteit van mening is dat een dergelijk verzoek gegrond is, moet de autoriteit in rechte kunnen optreden en de grieven die zij gegrond acht aan de nationale rechter kunnen voorleggen, aldus het Hof. Deze nationale rechter kan vervolgens zo nodig prejudiciële vragen stellen. Wel benadrukt het Hof dat hij als enige bevoegd is een beschikking zoals de Safe Harbor regeling ongeldig te verklaren.

Ten aanzien van de geldigheid van de Safe Harbor regeling, deelt het Hof de mening van Schrems dat de Safe Harbor regeling ongeldig is.

Het Hof betreft de volgende aspecten bij zijn oordeel. Op grond van de regeling zijn de beginselen die moeten worden nageleefd om onder de Safe Harbor regeling te vallen en-

kel van toepassing op de organisaties die zo in aanmerking komen voor de 'Safe Harbor'-status. De Amerikaanse overheidsinstanties worden niet tot naleving van deze beginselen verplicht. Voorts worden in de Safe Harbor regeling geen eisen gesteld aan de maatregelen waarmee de Verenigde Staten op grond van hun nationale wetgeving waarborgen voor een passend beschermingsniveau bieden. Daar komt nog bij dat de toepasselijkheid van de Safe Harbor beginselen – onder meer – kan worden beperkt 'voor zover dit nodig is om aan de eisen van de nationale veiligheid, het algemeen belang en rechtshandhaving te voldoen'. Met andere woorden, de organisaties die 'Safe Harbor'-status hebben, zijn verplicht om zonder beperking af te wijken van de Safe Harbor beginselen wanneer deze onverenigbaar zijn met de eisen van de nationale veiligheid, het algemeen belang en de rechtshandhaving.

4. Wat betekent deze uitspraak nu voor de praktijk?

Voor de organisaties die persoonsgegevens doorgeven naar de Verenigde Staten gebaseerd op de Safe Harbor regeling heeft deze uitspraak directe consequenties. Immers, dit is niet meer toegestaan zodat deze doorgifte gestopt moet worden, dan wel alternatieven gezocht moeten worden voor de doorgifte. Zoals hiervoor omschreven is gegevensoverdracht naar de Verenigde Staten ook mogelijk door gebruik van de Europese modelcontracten of de binding corporate rules. Vice-voorzitter van de Europese Commissie Frans Timmermans bevestigde op de dag van de uitspraak dat het doorgeven van gegevens naar de Verenigde Staten nog steeds kan plaatsvinden door gebruik te maken van deze andere mogelijkheden die de Europese privacywetgeving biedt. Ook de Europese privacytoezichthouders bevestigen dat de Europese modelcontracten of de binding corporate rules (voorlopig) nog steeds gebruikt kunnen worden. Zij benadrukken daarbij dat organisaties hun huidige werkwijze voor de doorgifte van persoonsgegevens aan de Verenigde Staten onder de loep moeten nemen en mogelijke privacyrisico's moeten wegnemen.⁵

Een ander alternatief voor de Safe Harbor regeling is de doorgifte met ondubbelzinnige toestemming. Artikel 77 lid 1 onder a WBP biedt deze mogelijkheid tot doorgifte naar een land buiten de Europese Unie dat geen waarborgen biedt voor een passend beschermingsniveau. Binnen de arbeidsverhouding is in dit kader van belang dat in nationaal en internationaal verband de vraag of een werknemer – gezien de gezagsrelatie met zijn werkgever – wel in vrijheid toestemming zou kunnen geven, over het algemeen ontkenkend wordt beantwoord.⁶ Anders gezegd, het is als werkge-

5 Statement of the article 29 Working Party, Brussels 15 October 2015: https://cbpweb.nl/sites/default/files/atoms/files/20151016_wp29_statement_on_schrems_judgement.pdf.

6 Zie F.C. van der Jagt, 'Als ja misschien toch nee is: de toestemming van de werknemer voor de verwerking van persoonsgegevens', *TAP* 2013, p. 148-152.

ver niet aan te raden doorgifte te baseren op de ondubbelzinnige toestemming van de werknemers.

Voor de toekomst is verder van belang dat de Europese privacytoezichthouders de EU-lidstaten en de Europese instellingen hebben opgeroepen snel te starten met onderhandelingen met de Verenigde Staten over een rechtmatige doorgifte van persoonsgegevens. De toezichthouders zullen in de tussentijd de impact van de uitspraak van het Hof op de alternatieve instrumenten onderzoeken. Zij benadrukken dat – afhankelijk van de uitkomst van dit onderzoek – zij zullen optreden als eind januari 2016 geen (politieke) oplossing is gevonden voor de doorgifte naar de Verenigde Staten.

To be continued...