

Deze bijdrage werd gepubliceerd als opinie in Privacy & Informatie 2022-2 (april):

Bronverwijzing: S.E.A. Vermeer-de Jongh & W.Y.J.L. Olieslagers, 'Wie is verplicht om te voldoen aan de Schrems II-uitspraak?', *Privacy & Informatie 2022/2*, <https://www.uitgeverijparis.nl/reader/211025/1001618023>.

64

Wie is verplicht om te voldoen aan de *Schrems II*-uitspraak?

Mr. S.E.A. (Saskia) Vermeer-de Jongh, advocaat / partner bij HVG Law LLP

Mr. W.Y.J.L. (Wout) Olieslagers, advocaat bij HVG Law LLP

Het Hof van Justitie EU en de European Data Protection Board ('EDPB') richten zich in hun uitspraak en publicaties tot de gegevensexporteur. Hoewel deze rol niet verankerd is in de AVG, kan worden vastgesteld dat de gegevensexporteur zowel een verwerkingsverantwoordelijke in de EU kan zijn als een (sub)verwerker in de EU die persoonsgegevens verder in de keten doorgeeft. Er lijken voldoende juridische aanknopingspunten om te stellen dat waar de (sub)verwerker feitelijk de persoonsgegevens doorgeeft, die partij op basis van de AVG verplicht is om aan de verplichtingen uit hoofdstuk V AVG te voldoen, waaronder het uitvoeren van een 6-stappenplan. Vooral in situaties waar die (sub)verwerker doorgeeft namens meerdere verwerkingsverantwoordelijken, is dit ook vanuit praktisch oogpunt wenselijk aangezien de (sub)verwerker doorgaans meer kennis heeft van de doorgifte en vaak ook contractspartij is van de gegevensimporteur. Dit ontslaat in onze ogen echter de verwerkingsverwerkingsverantwoordelijke niet van de verplichting om de nodige afspraken te maken met de (sub)verwerker en daar controle op uitoefent.

Met de *Schrems II*-uitspraak¹ en daaropvolgende publicaties van de EDPB² heeft het legitimeren van doorgiften van persoonsgegevens aan derde landen een hoge prioriteit

¹ HvJ EU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*).

² Aanbevelingen van de EDPB (18 juni 2021) *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*.

gekregen.³ Veel organisaties binnen de EU zijn afhankelijk van dergelijke doorgiften voor bedrijfskritische processen. Hierbij is vaak sprake van een complexe keten van doorgiften aan derde landen, waarbij meerdere (sub)verwerkers persoonsgegevens verwerken in meerdere (derde) landen. Een voorbeeld is een Nederlandse IT-leverancier met veel klanten in de EU, die gebruikmaakt van servers in de VS of technisch beheer laat uitvoeren in lagelonenlanden buiten de EU.

Om gegevensbescherming in deze gehele keten te waarborgen naar aanleiding van de *Schrems II*-uitspraak en de genoemde publicaties gelden strengere eisen bij naleving van de verplichtingen omtrent de doorgifte van persoonsgegevens aan derde landen – zoals neergelegd in hoofdstuk V van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Zo moet er onder andere een 6-stappenplan worden uitgevoerd door de *gegevensexporteur* waarbij een *data transfer impact assessment* (DTIA) verplicht is indien een beroep wordt gedaan op één van de passende waarborgen uit artikel 46 AVG. Onder meer tijdens het jaarlijkse toonaangevende International Association of Privacy Professionals (IAPP) congres in Brussel eind 2021 bleek dat er onder privacyspecialisten geen consensus bestaat over de vraag wie verantwoordelijk is om dit stappenplan uit te voeren en wie als exporteur kwalificeert. Dat kan kortgezegd de verwerkingsverantwoordelijke zijn of de (sub)verwerker die de persoonsgegevens doorgeeft.

Onduidelijkheid over wie in welke situaties het stappenplan moet volgen heeft tot gevolg dat de markt een afwachtende houding aanneemt. Dat lijkt met de naderende deadline van 22 december 2022 voor het sluiten van nieuwe *standaardmodelbepalingen*⁴ (waarmee een

³ Zie onder andere Mr. Ö. Zivali & mw. mr. dr. E.P.M. Thole, ‘*Schrems II*: geen verrassende uitkomst, wel verstrekkende gevolgen’, *P&I* 2021, afl. 1, p. 27-36; prof. mr. G.J. Zwenne & mr. B.D.P. van der Eijk, ‘*Schrems II*: déjà vu all over again’, *IR* 2021, afl. 1, p. 13-17.

⁴ Zoals gepubliceerd op ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc/standard-contractual-clauses-international-transfers_en.

doorgifte naar een derde land kan worden gerechtvaardigd) en het zorgdragen van de bescherming van individuen niet wenselijk, zeker nu het stappenplan een kostbare en tijdrovende aangelegenheid kan zijn.

Naar onze inschatting kan deze onduidelijkheid worden weggenomen door bij complexe doorgiftes de (sub)verwerker, indien die gegevensexporteur is, een centrale rol te laten spelen bij het uitvoeren van het 6-stappenplan en niet per definitie de verwerkingsverantwoordelijke. In deze rol zou de gegevensexporteur de uitvoering van de stappen op zich moeten nemen en de nodige afstemming dienen te zoeken met zowel de verwerkingsverantwoordelijke als eventuele (sub)verwerkers in de keten. Van de eventueel overige betrokken partijen (subverwerkers) kan verwacht worden dat zij alle redelijke assistentie verlenen aan de gegevensexporteur, zodat de gegevensexporteur kan voldoen aan de strengere eisen. Wij zien daar ook voldoende aanknopingspunten voor in zowel de AVG, de *Schrems II*-uitspraak als EDPB-publicaties. In hoeverre er naast de (sub)verwerker ook nog verplichtingen rusten op de verwerkingsverantwoordelijke zal afhangen van de onderling gemaakte afspraken en hoe ver het aantoonbaarheidsbeginsel (*accountability*) reikt.

Hebben de AVG-wetgever en het Hof van Justitie EU in *Schrems II* zich hier niet over uitgelaten?

De AVG – verwerkingsverantwoordelijke en/of verwerker

De *Schrems II*-uitspraak is een nadere uitleg van hoofdstuk V AVG. Hoofdstuk V biedt echter geen duidelijkheid over wie verantwoordelijk is voor de naleving van de verplichtingen omtrent doorgiften naar derde landen. In artikel 44 AVG staat namelijk eerst dat de verwerkingsverantwoordelijke *en* de verwerker hoofdstuk V moeten naleven, gevolgd door artikel 46 AVG waar wordt gesproken over de verwerkingsverantwoordelijke *of* de verwerker. Hoewel artikel 44 AVG algemener van aard is dan artikel 46 AVG, zien wij geen directe verklaring voor het verschil in het gebruik van ‘*en*’ en ‘*of*’ – waarmee de tekst van hoofdstuk V AVG op zichzelf geen uitsluitel geeft.

Ook uit andere AVG-artikelen volgt geen eenduidig antwoord op deze vraag. Het is bijvoorbeeld niet direct duidelijk of hoofdstuk V AVG een concrete uitwerking is van (één van) de gegevensbeschermingsbeginselen uit artikel 5 AVG. Waar in de literatuur veelvuldig beschreven is dat bijvoorbeeld artikel 6 AVG een uitwerking is van het eerste beginsel uit artikel 5 lid 1 AVG, wordt hoofdstuk V AVG niet concreet genoemd als dergelijke uitwerking van een beginsel. Hieruit kan worden afgeleid dat het aantoonbaarheidsbeginsel (accountability) – waar (enkel) de verwerkingsverantwoordelijke aan moet voldoen – hierop niet van toepassing zou zijn. Het lijkt ons echter niet waarschijnlijk dat het de bedoeling van de AVG-wetgever is geweest dat de verwerkingsverantwoordelijke in het geheel geen zorgplicht heeft omtrent het legitimeren van gegevensdoorgiften en daarop niet zou kunnen worden aangesproken als uiteindelijke verantwoordelijke in de keten van doorgiften.

Daarnaast is niet geregeld hoe de verwerkingsverantwoordelijke en verwerker samen moeten omgaan met de verplichtingen uit hoofdstuk V AVG, anders dan voor bijvoorbeeld de beveiligingsverplichting uit artikel 32 AVG. In dat artikel wordt net als in hoofdstuk V AVG zowel de verwerkingsverantwoordelijke als verwerker geadresseerd, nu in artikel 32 AVG gelijk aan artikel 44 AVG het woord ‘en’ wordt gebruikt. Voor de beveiligingsverplichting is echter expliciet in artikel 28 AVG geregeld hoe partijen dit onderling moeten regelen. Het is, voor zover wij kunnen nagaan, niet duidelijk of het een bewuste keuze is geweest van de AVG-wetgever om partijen niet te verplichten om de verantwoordelijkheden uit hoofdstuk V AVG onderling te regelen. Had de wetgever dat wel gedaan, zoals bijvoorbeeld de EU Commissie heeft gedaan in de standaardmodelbepalingen, zou gesteld kunnen worden dat de verwerkingsverantwoordelijke de verantwoordelijkheden contractueel kan ‘doorleggen’ aan de verwerker.

[Uitspraak Hof van Justitie EU en richtsnoeren EDPB – gegevensexporteur](#)

De uitspraak van het Hof van Justitie EU (Hof) en daarop volgende publicaties van de EDPB hadden zich er uitstekend voor kunnen lenen om de hiervoor genoemde onduidelijkheid op te helderen.

Hierin is echter ook geen sluitend antwoord gegeven. Het Hof en de EDPB lijken er wel op te sturen dat enkel de geveensexporteur wettelijk verantwoordelijk is voor naleving van hoofdstuk V AVG – ook als dat niet de verwerkingsverantwoordelijke is. Zo wordt in de *Schrems II*-uitspraak en EDPB-publicaties consequent gesproken over de *geveensexporteur* die de verplichtingen moet naleven.⁵ Volgens de EDPB kan dit een verwerkingsverantwoordelijke of verwerker zijn.⁶

De rol van geveensexporteur is echter niet gedefinieerd in de AVG, *Schrems II*-uitspraak en EDPB-publicaties, waarmee moet worden geïnterpreteerd welke partij hier is bedoeld en wat haar taken en verantwoordelijkheden zijn. Daarnaast doet het Hof een aantal uitlatingen die twijfel zaaien. Zo wordt overwogen dat ‘...de verwerkingsverantwoordelijke, en *waar relevant*, de verwerker, maatregelen moet nemen (...)’⁷. Wat wordt bedoeld met ‘waar relevant’ is niet verder toegelicht. De EDPB geeft het volgende aan: ‘*Verwerkingsverantwoordelijken* moeten mogelijk sommige of alle hier beschreven maatregelen toepassen (...) Met andere woorden, van *geveensexporteurs* kan worden verlangd dat zij de maatregelen toepassen (...)’.⁸ De EDPB lijkt (in ieder geval met voorgaande zin) geveensexporteurs gelijk te stellen met verwerkingsverantwoordelijken. Deze (lichte) twijfel neemt niet weg dat zowel het Hof als de EDPB het standpunt lijken in te

⁵ HvJ EU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, r.o. 134 (*Schrems II*); Concl. A-G Saugmandsgaard Øe bij HvJ EU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, r.o. 126.

⁶ Zie onder andere: overweging 5; p. 3; rn. 5, 6, en 49 van de aanbevelingen van de EDPB, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data EDPB*, 18 juni 2021.

⁷ Aanbevelingen van de EDPB, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data EDPB*, 18 juni 2021, rn. 131.

⁸ Aanbevelingen van de EDPB, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data EDPB*, 18 juni 2021, rn. 83.

nemen dat de gegevensexporteur zowel de – en niet verwerkingsverantwoordelijke als de verwerker kan zijn.

Uit publicaties,⁹ onderzoeken¹⁰ en handhaving¹¹ van toezichthoudende autoriteiten blijkt dat zij de geïdentificeerde onduidelijkheden (nog) niet expliciet adresseren. Hoewel zowel de Franse CNIL¹² als de ICO in het Verenigd Koninkrijk alleen de

⁹ Zie onder andere: Autoriteit Persoonsgegevens, *Duidelijkheid over regels bij import van data uit de EU*, 30 november 2021, laatst geraadpleegd op 19 januari 2022); Data Protection Commissioner, *Transfers of Personal data to Third Countries or International Organisations*, dataprotection.ie/en/organisations/international-transfers/transfers-personal-data-third-countries-or-international-organisations, laatst geraadpleegd op 19 januari 2022.

¹⁰ EDPB, *Coordinated German investigation of international data transfers*, 14 juli 2021, edpb.europa.eu/news/national-news/2021/coordinated-german-investigation-international-data-transfers_en, laatst geraadpleegd op 19 januari 2022.

¹¹ Zie onder andere: EDPB, *Bavarian DPA (BayLDA) calls for German company to cease the use of 'Mailchimp' tool*, 31 maart 2021, edpb.europa.eu/news/national-news/2021/bavarian-dpa-baylda-calls-german-company-cease-use-mailchimp-tool_en; EDPB, *Census 2021: Portuguese DPA (CNPd) suspended data flows to the USA*, 30 april 2021, edpb.europa.eu/news/national-news/2021/census-2021-portuguese-dpa-cnpd-suspended-data-flows-usa_en, laatst geraadpleegd op 19 januari 2022.

¹² CNIL, *Controllers: how to identify and process data transfers outside the EU?*, 23 juni 2021, cnil.fr/fr/responsables-de-traitement-comment-identifier-et-traiter-des-transferts-de-donnees-hors-ue, laatst geraadpleegd op 19 januari 2022.

verwerkingsverantwoordelijken noemen in hun (concept)aanbevelingen¹³ lijkt dit niet een erg bewuste (met argumenten onderbouwde) keuze.

Wat zou een passende oplossing zijn?

Een toezichthouder zal bij een doorgifte allereerst beoordelen of de verplichtingen uit hoofdstuk V AVG zijn nagekomen. Als een exporterende (sub)verwerker een DTIA naar behoren heeft uitgevoerd en de verwerkingsverantwoordelijke niet, lijkt het onwaarschijnlijk dat de toezichthouder die laatste enkel op basis van het niet uitvoeren van een DTIA een boete zal opleggen. De situatie wordt uiteraard interessant als geen van partijen een DTIA heeft uitgevoerd.

Gezien de nadruk van het Hof en de EDPB op de gegevensexporteur, lijkt een verwerkingsverantwoordelijke in beginsel te kunnen stellen dat de in de EU gevestigde (sub)verwerker hoofdstuk V AVG moet naleven – indien die verwerker de persoonsgegevens feitelijk naar een derde land doorgeeft, of daar toegang vanuit een derde land tot verschaft, waarbij de specifieke doorgifte niet expliciet door de verwerkingsverantwoordelijke is voorgeschreven. Hier is vanuit praktisch oogpunt ook het nodige voor te zeggen. De exporterende (sub)verwerker kent vaak de details beter en is contractspartij van de gegevensimporteur, wat noodzakelijk is voor het afdwingen van eventuele aanvullende maatregelen. Ook geeft een exporterende (sub)verwerker vaak persoonsgegevens van meer verwerkingsverantwoordelijken door naar dezelfde gegevensimporteur. Het lijkt inefficiënt en onnodig dat al deze verwerkingsverantwoordelijken individueel een DTIA uitvoeren op dezelfde gegevensstroom – in plaats van dat de exporterende (sub)verwerker dit namens alle verwerkingsverantwoordelijken doet.

¹³ ICO, Draft International transfer risk assessment and tool, augustus 2021, ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2620397/intl-transfer-risk-assessment-tool-20210804.pdf, laatst geraadpleegd op 19 januari 2022.

Het ligt dan wel op de weg van deze verwerkingsverantwoordelijken om – hoewel niet expliciet verplicht op basis van artikel 28 AVG – in de verwerkersovereenkomst de exporterende verwerker te verplichten om zorg te dragen voor naleving van hoofdstuk V AVG, eventueel met een (voorafgaand) controlerecht. Zonder dergelijke afspraken zou naleving van hoofdstuk V AVG anders alsnog tussen wal en schip kunnen geraken. Ook voor de betwisting van een bepaalde mate van verwijtbaarheid in een bestuursrechtelijke procedure kan het maken van deze afspraken van belang zijn.

Onder meer gezien de naderende deadline van 22 december 2022 dient er snel duidelijkheid te komen over (i) de rol van zowel de verwerkingsverantwoordelijke als de verwerker, (ii) op wie de verplichtingen uit hoofdstuk V AVG rusten en (iii) hoe ver de *accountability* van de verwerkingsverantwoordelijke reikt. Allocatie van wettelijke verplichtingen, waar de toezichthouder richting aan kan geven, is immers een cruciale aanjager voor het nemen van verantwoordelijkheid in ketens van doorgiften en om uiteindelijk te voldoen aan *de Schrems II*-uitspraak.