

Op zoek naar een definitie van de doorgifte van persoonsgegevens

IS DIT EEN DOORGIFTE?

Een heel hoofdstuk in de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) is gewijd aan internationale doorgiften van persoonsgegevens. Veel uitwisseling van data gaat uiteraard over het internet. Maar wat is eigenlijk een 'doorgifte van persoonsgegevens' in de context van het netwerk der netwerken, vraagt Jeroen van Helden zich af. Is dat publicatie op het world wide web, het versturen van een e-mail, of data-invoer in een SaaS-applicatie? En hoe zit het met routing en hacks?

door Jeroen van Helden illustratie Marc Kolle

ONDER DE AVG KUNNEN PERSOONSgegevens BINNEN DE EUROPESE UNIE IN BEGINSSEL VRIJ CIRCULEREN. De doorgifte van persoonsgegevens aan een internationale organisatie of aan een landterritoir buiten de rechtsmacht van een van de lidstaten van de Europese Unie (een derde land), is echter alleen toegestaan als aan strenge eisen wordt voldaan. De Europese wetgever wil daarmee voorkomen dat het rechtsbeschermingsniveau dat de AVG beoogt te garanderen, eenvoudig omzeild zou kunnen worden door dataverwerking te verplaatsen naar het buitenland. In de AVG zoekt men tevergeefs naar een definitie van het begrip 'doorgifte van persoonsgegevens', ondanks het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (hierna: EDPS) om zo'n definitie wel op te nemen.^[1]

Voor een afbakening van het begrip moet men dus kijken naar rechtspraak en naar opinies en richtlijnen van toezichthouders.

PUBLICATIE

Stel je plaatst persoonsgegevens op een vrij toegankelijke website die wordt gehost in de Europese Unie. Iedereen ter wereld kan die persoonsgegevens vervolgens raadplegen, eenvoudigweg door de URL in te typen en op enter te klikken. De server die de website host zal de persoonsgegevens doorgeven aan de computer die de website opvraagt, ongeacht waar die computer zich bevindt. Is er door publicatie sprake geweest van een doorgifte van persoonsgegevens aan een derde land?

Precies die vraag beantwoordde het Hof van Justitie van de Europese Unie (hier-

WANNEER IS EEN DOORGIFTE AAN EEN DERDE LAND ONDER DE AVG TOEGESTAAN?

EER-landen

Op grond van de EER-overeenkomst is de AVG ook verbindend in landen die wel lid zijn van de Europese Economische Ruimte en geen EU-lidstaat zijn (Noorwegen, IJsland en Liechtenstein). Daarom wordt voor deze landen een algemene uitzondering gemaakt.

Adequaatheidsbesluiten

De Europese Commissie kan oordelen dat een derde land in algemene zin een passend beschermingsniveau waarborgt voor persoonsgegevens. De bescherming moet in grote lijnen overeenkomen met de bescher-

ming die binnen de Unie wordt geboden.^[1] Zulke besluiten zijn afgegeven voor Andorra, Argentinië, Canada (alleen bedrijven), Faeröer Eilanden, Guernsey, Israël, Isle of Man, Japan, Nieuw-Zeeland, Zwitserland, Uruguay en de Verenigde Staten (alleen Privacy Shield-gecertificeerd).

Passende waarborgen

Betrokken partijen kunnen zorgdragen voor passende waarborgen, zodat de personen waarvan persoonsgegevens worden doorgegeven beschikken over afdwingbare rechten en doeltreffende rechts-

middelen. Dit kan via verschillende instrumenten, zoals een bindend overheidsinstrument, bindende bedrijfsvoorschriften (BCR's), standaardcontractbepalingen (SCC's)^[2], een gedragscode of een certificeringsmechanisme.

Specifieke situaties

Ten slotte bestaat er een restcategorie met uitzonderingen voor specifieke situaties, zoals een doorgifte die plaatsvindt met de nadrukkelijke instemming van de betrokkene of een doorgifte die noodzakelijk is wegens gewichtige redenen van algemeen belang.

AUTEUR



JEROEN VAN HELDEN is advocaat IT, IE & Privacy bij De Clercq Advocaten Notariaat te Leiden. Dagelijks adviseert en procedeert hij op het gebied van (internationale) privacy- en dataprotectievraagstukken en IT-projecten, waaronder implementatie van ERP-systemen en ontwikkeling van maatwerksoftware.

na: Europees Hof) in 2003 ontkennend in de zaak-Lindqvist.^[2] Mevrouw Lindqvist had thuis op haar eigen computer enkele internetpagina's aangemaakt voor de Zweedse kerkgemeente waarvan zij lid was. Op die pagina's had zij persoonsgegevens gepubliceerd van haarzelf en van enkele van haar collega's. Na een klacht daarover besloot het Zweedse openbaar ministerie Lindqvist te vervolgen voor overtreding van de Zweedse privacyregels, waaronder het zonder toestemming doorgeven van persoonsgegevens aan derde landen (via publicatie). Het Europees Hof meent echter dat het uploaden van persoonsgegevens op een algemeen toegankelijke website als zodanig niet als een doorgifte van persoonsgegevens kan worden aangemerkt, ook al worden de gegevens daarmee in beginsel wereldwijd toegankelijk gemaakt.^[3]

E-MAILS

Het verzenden van een e-mail met daarin persoonsgegevens aan een persoon of een organisatie buiten de Unie lijkt op het eerste gezicht een duidelijk voorbeeld te zijn van een doorgifte van persoonsgegevens aan een derde land. In de praktijk is het echter nog niet zo eenvoudig deze maatstaf toe te passen. Een postadres is naar de aard van de zaak verbonden aan een fysieke locatie ergens ter wereld. Een telefoonnummer heeft een vaste structuur die wordt voorafgegaan door een internationale toegangscode (00 in Nederland) en een landnummer (31 voor Nederland). Een e-mailadres daarentegen geeft veel minder informatie prijs over de verblijfplaats van de gebruiker en/of de hostinglocatie van het account. Een e-mailadres bestaat uit een (zelfgekozen) gebruikersnaam,

het @-teken, een server- of ISP-naam en het topleveldomein. Als het account is toegekend door een lokale ISP (@kpn.nl, @xs4all.nl), heb je wel enige aanwijzing over de locatie waar het account waarschijnlijk zal worden uitgelezen en zal worden gehost. Maar als het gaat om een account van een webmaildienst (@yahoo.com, @outlook.com, @gmail.com), is vaak op voorhand niet duidelijk waar je het bericht precies naartoe stuurt. Onduidelijk is vooralsnog in hoeverre op de verzender een verplichting rust hier onderzoek naar te doen.

CLOUD

Sinds de jaren 10 is veel computerkracht en dataverwerking verplaatst van lokale pc's naar centrale servers van IT-dienstverleners. Voorheen was dat niet mogelijk omdat browsers niet krachtig genoeg waren en er onvoldoende bandbreedte beschikbaar was voor snelle en betrouwbare communicatie tussen client en server. Er bestaat weinig twijfel over dat datatransmissies van en naar deze serverboerderijen van Microsoft, Google, Amazon, Tencent et cetera kunnen kwalificeren als doorgiften van persoonsgegevens. Het belang van de regeling over doorgifte van persoonsgegevens aan derde landen is door cloudcomputing dan ook flink toegenomen.

Als een in Nederland gevestigd bedrijf gebruikmaakt van een clouddienst, is er iedere keer wanneer dat bedrijf persoonsgegevens toevoegt of wijzigt in die applicaties of virtuele omgevingen, sprake van een doorgifte van persoonsgegevens naar deze dienstverleners. De gemakkelijkste oplossing om ervoor te zorgen dat zulke doorgiften zijn toegestaan, is door overeen te komen dat de dienstverlener de data alleen zal opslaan en verwerken in datacenters binnen de Europese Unie. Dataopslag binnen de Europese Unie is echter niet altijd mogelijk of zelfs maar toereikend. Als een concern bijvoorbeeld gebruikmaakt van een centraal hr-systeem dat gehost wordt in de Unie, is er iedere keer wanneer een groepsmaatschappij van buiten de Unie informatie

Een e-mailadres geeft veel minder informatie prijs over de verblijfplaats van de gebruiker

uit zo'n systeem ophaalt, sprake van een doorgifte van persoonsgegevens aan een derde land. Een concern kan deze doorgiften in overeenstemming brengen met de AVG door bijvoorbeeld gebruik te maken van bindende bedrijfsvoorschriften.

ROUTERING

Data over het internet worden verzonden in packets. Een packet bevat een string bits en bytes die zijn opgemaakt in een specifiek formaat. Een IP-packet kan ongeveer 65 KB aan data bevatten. Een langer bericht moet dus worden opgeknipt in meerdere packets, die afzonderlijk worden verzonden. Ieder van die packets reist door meerdere netwerken, verbonden door gateways of routers, naar hun

eindbestemming. Eenmaal aangekomen, worden de packets in de juiste volgorde gezet zodat het oorspronkelijke bericht kan worden bezorgd.

Het is heel goed mogelijk dat als je een bericht over het internet stuurt vanaf een Nederlandse server naar bijvoorbeeld een Portugese server, dit bericht – of enkele packets daarvan – een omweg aflegt door derde landen. Zo zouden enkele packets gerouteerd kunnen worden door een van de trans-Atlantische kabels naar de Verenigde Staten, van daaruit door lokale netwerken naar Brazilië en vanuit Brazilië via de Atlantis-2-kabel naar Portugal. Een deel van het bericht, inclusief de persoonsgegevens daarin, is dan door verschillende niet-EU-landen gegaan. Is daarmee sprake geweest van een doorgifte van persoonsgegevens aan derde landen? Volgens de EDPS is dat niet het geval. De EDPS meent dat met het begrip 'doorgifte' wordt bedoeld op het intentioneel of welbewust ter kennis brengen of beschikbaar maken van persoonsgegevens aan een persoon in een derde land. Omdat er bij routing binnen en tussen netwerken geen sprake zou zijn van het welbewust ter kennis brengen van data aan personen in derde landen, valt dit volgens de toezichthouder niet onder het begrip 'doorgifte'.^[4]

HACKING

Stel je bedrijfsnetwerk wordt gehackt door Russische cybercriminelen die gevoelige klantdata stelen. Uiteraard maak je je dan zorgen om de gevolgen voor je klanten en de reputatie van je bedrijf. Wellicht ook over een mogelijke boete van de Autoriteit Persoonsgegevens wegens het niet treffen van passende technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen. Is het nodig om je daarnaast ook nog eens zorgen te maken over een boete wegens een onrechtmatige doorgifte van persoonsgegevens aan een derde land, hier te weten Rusland? Als het aan de EDPS ligt, is dat laatste in ieder geval niet nodig. Net als met routing van internetverkeer, is er in geval van hacking volgens de EDPS namelijk geen



sprake van een opzettelijke of welbewuste doorgifte van persoonsgegevens en is er daarom geen sprake van een doorgifte in de betekenis van de AVG.^[5]

TEN SLOTTE

De wetgever is er tot dusver voor teruggebleven het begrip 'doorgifte' te definiëren. De reden daarvoor zal duidelijk zijn. Het is namelijk nog niet zo eenvoudig een eenduidige definitie van deze term te formuleren. Het Europees Hof en de EDPS hebben inmiddels de eerste aanzetten

gedaan. Een logische vervolgstap is dat de gezamenlijke privacytoezichthouders, verenigd in het Europees Comité voor gegevensbescherming (EDPB), nu de volgende stap zouden zetten. Dit door richtlijnen op te stellen voor nadere afbakening van dit kernbegrip in de Europese privacywetgeving. 🌐

REFERENTIES

De referentielijst bij dit artikel vindt u op: www.agconnect.nl/artikel/dit-een-doorgifte.

REACTIES EN BIJDAGEN

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