

Google en de extraterritoriale effecten van de AVG

Citation for published version (APA):

Kranenborg, H. (2020). Google en de extraterritoriale effecten van de AVG. *Nederlands Juristenblad*, 95(22), 1580-1586. Article 1384.

Document status and date:

Published: 05/06/2020

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Google en de extraterritoriale effecten van de AVG

Herke Kranenborg¹

De AVG is als zodanig niet de wereldwijde standaard voor gegevensbescherming. Het leidt echter geen twijfel dat de Europese gegevensbeschermingsregels een grote rol spelen in de mondiale ontwikkeling van het recht op gegevensbescherming. Niet alleen als algemene inspiratiebron, maar ook doordat ondernemingen in derde landen rechtstreeks aan de regels gebonden kunnen zijn en gegevens alleen naar een derde land kunnen worden doorgegeven als aan bepaalde vereisten is voldaan. Deze laatste twee aspecten van de AVG kennen wel bepaalde grenzen als internet en de wereldwijde vrijheid van meningsuiting in het geding zijn zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie over Google en het recht om vergeten te worden.

1. Inleiding

De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) werd aangekondigd als de nieuwe wereldwijde standaard voor gegevensbescherming.² Hiermee werd voornamelijk bedoeld op de inspirerende werking die uit zou moeten gaan van deze meest up-to-date internationale regels over gegevensbescherming. Maar de AVG heeft ook daadwerkelijk effect buiten de Europese Unie. Bedrijven die buiten de EU zijn gevestigd, kunnen rechtstreeks aan de AVG gebonden zijn en de regels in de AVG voor doorgifte van persoonsgegevens aan landen buiten de Unie of aan internationale organisaties (hierna tezamen: 'derde landen') hebben een duidelijke invloed op de gegevensbeschermingsstandaarden buiten de EU.³

De extraterritoriale effecten van de Europese gegevensbeschermingsregels kunnen op gespannen voet komen te staan met wetgeving in derde landen. Het EU Hof van Justitie werd met die situatie geconfronteerd toen het de vraag kreeg voorgelegd of Google zoekresultaten die betrekking hebben op individuen alleen binnen de Europese Unie of wereldwijd moest verwijderen (de zaak *Google LLC*).⁴ Het Hof koos voor een terughoudende uitleg, en beperkte de verwijderingsverplichting tot zoekopdrachten die worden verricht vanaf het grondgebied van de Unie.

De uitspraak van het Hof vormt aanleiding voor een bredere constatering dat juist de activiteiten van een internetzoekmachine als Google de grenzen van de extraterritoriale aspecten van de AVG blootleggen. Onder de vlag van de vrijheid van meningsuiting zijn in de EU op internet geplaatste persoonsgegevens beschikbaar in der-

de landen, wat vragen oproept over de toepasselijkheid van de regels over doorgifte naar derde landen. Als er vervolgens een gegevensbeschermingsrechtelijk probleem ontstaat, is het effect van de eventuele handhaving van de gegevensbeschermingsrechten alleen merkbaar in de EU.

In deze bijdrage wordt deze constatering nader uitgediept. Dit zal gebeuren aan de hand van een toelichting op de extraterritoriale effecten die volgen uit de territoriale werkingssfeer van de AVG (par. 2) en uit de regels voor doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen (par. 4 en 5). Ten aanzien van beide aspecten zal de situatie van Google worden besproken (par. 3 en 6).

2. De territoriale werkingssfeer van de AVG⁵

Als hoofdregel geldt dat voor de toepassing van de AVG de vestigingsplaats van degene die verantwoordelijk is voor

Als hoofdregel geldt dat voor de toepassing van de AVG de vestigingsplaats van degene die verantwoordelijk is voor de gegevensverwerking bepalend is

de gegevensverwerking (hierna: 'de verwerkingsverantwoordelijke') bepalend is.⁶ Worden persoonsgegevens verwerkt in het kader van de activiteiten van een vestiging in de Unie dan is de AVG van toepassing. Het maakt niet uit of de *feitelijke verwerking* van de persoonsgegevens in de Unie plaatsvindt. Ook in de voormalige gegevensbeschermingsregels – in Nederland de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) – was een vestiging in de EU het voornaamste aanknopingspunt voor de toepasselijkheid van de regels. Het bestaan van een vestiging veronderstelt 'het effectief en daadwerkelijk uitoefenen van activiteiten via bestendige verhoudingen'.⁷ De rechtsvorm van dergelijke verhoudingen, of het gaat om een bijkantoor of om een dochteronderneming met rechtspersoonlijkheid, is daarbij niet doorslaggevend.

In de eerste uitspraak van het EU Hof van Justitie over Google, uit 2014 (*Google Spain SL*), gaf het Hof een brede uitleg aan de voorwaarde dat de verwerking plaats moest vinden 'in het kader van' de activiteiten van een vestiging in de Unie.⁸ Hoewel het hoofdkantoor, Google Inc., zich in Amerika bevond, en de vestiging in Spanje zich alleen bezighield met het promoten en de verkoop van advertentieruimte en niet met de verwerking van persoonsgegevens in de zoekfunctie van Google, oordeelde het Hof dat Google als exploitant van de zoekmachine onder de (voormalige) Europese gegevensbeschermingsregels viel. De activiteiten van Google Inc. en die van de Spaanse vestiging waren onlosmakelijk met elkaar verbonden omdat de advertentieactiviteiten het middel vormden om de betrokken zoekmachine economisch rendabel te maken en de zoekmachine tegelijkertijd het middel was waardoor deze activiteiten konden worden verricht.⁹ Ook onder de AVG is Google om deze reden gebonden aan de Europese gegevensbeschermingsregels.

Nieuw ten opzichte van de regels zoals die in de Wbp waren neergelegd is dat in aanvulling op de hoofdregel de AVG ook van toepassing is als de verwerkingsverantwoor-

delijke *niet* in de Unie is gevestigd maar wel gegevens verwerkt van natuurlijke personen (ongeacht nationaliteit) die zich in de Unie bevinden en deze verwerking verband houdt met:

- a. het aanbieden van goederen of diensten aan deze betrokkenen in de Unie, ongeacht of een betaling door de betrokkenen is vereist; of
- b. het monitoren van hun gedrag, voor zover dit gedrag in de Unie plaatsvindt.¹⁰

Voor onderdeel a moet per geval worden nagegaan of de verantwoordelijke 'klaarblijkelijk voornemens is' goederen of diensten aan te bieden aan betrokkenen in één of meer lidstaten.¹¹ Dat de website, het e-mailadres en contactgegevens in de Unie toegankelijk zijn, en er een toegankelijk taal (bijv. Engels) wordt gebruikt die in het betreffende land buiten de Unie (bijvoorbeeld de Verenigde Staten) de voertaal is, is niet per se doorslaggevend. Normaal gesproken zijn andere factoren nodig, zoals het gebruik van een munteenheid die in één of meer lidstaten algemeen wordt gebruikt, of de mogelijkheid om in de landstaal goederen en diensten te bestellen, of de expliciete adressering van klanten of gebruikers in de Unie.¹²

Om uit te maken of een verwerking kan worden beschouwd als controle van het gedrag van betrokkenen in de Unie (onderdeel b) moet worden vastgesteld of natuurlijke personen op het internet worden gevolgd, en onder meer of in dat verband een profiel wordt opgesteld van een individu en dit profiel wordt gebruikt om besluiten ten aanzien van deze persoon te nemen of om persoonlijke voorkeuren, gedragingen en attitudes te analyseren of te voorspellen.¹³

De plek waarop de activiteit is gericht en de plaats waar de personen zich bevinden vormen de aanknopingspunten voor de wetgevingsbevoegdheid van de Unie. In *Google LLC* overwoog het Hof van Justitie dat in 'een geglo-

Auteur

1. Prof. mr. H.R. Kranenborg is lid van de Juridische Dienst van de Europese Commissie en Hoogleraar European Data Protection and Privacy Law aan de Universiteit Maastricht. In een aantal van de besproken zaken voor het Hof van Justitie trad de auteur op namens de Europese Commissie. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven. Met dank aan Hielke Hijmans voor zijn commentaar op een eerdere versie.

Noten

2. Zie de persverklaring van Eurocommissaris Vera Jourová op de dag dat de AVG van toepassing werd (25 mei 2018): http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-3889_en.htm. Zie hierover ook C. Reyngaert & M. Taylor, 'The GDPR as Global Data Protection Regulation?', *AJIL Unbound* 2020, p. 5-9.
3. Lichtenstein, Noorwegen en IJsland zijn

via de EER-Overeenkomst gebonden aan de AVG en worden in dit artikel niet als derde landen aangemerkt. Zie Besluit 154/2018 van het Gemengd Comité van de EER van 6 juli 2018, *PbEU* 19 juli 2018, L 183/23. Zie over doorgifte van gegevens naar internationale organisaties, C. Kuner, 'International Organisations and the EU General Data Protection Regulation: Exploring the interaction between EU law and International law', *International Organisations Law Review* 2019, p. 158-191.

4. HvJ EU 24 september 2019, *Google LLC*, C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772.
5. Zie voor een uitgebreidere bespreking H.R. Kranenborg & L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Wolters Kluwer 2018, par. 5.5. In deze bijdrage wordt niet ingegaan op de territoriale werkkingsfeer, binnen de Europese, Unie van de verschillende nationale wetgeving ter uitvoering van de AVG, zoals in Neder-

land de Uitvoeringswet AVG (UAVG). Zie hierover H. Hijmans, 'De AVG en de UAVG', *NJB* 2018/356, afl. 7, p. 472-478.

6. Art. 3 lid 1 AVG. De territoriale werkkingsfeer van de AVG is door het Europees Comité voor Gegevensbescherming toegelicht in Richtsnoeren 3/2018 van 12 november 2019, te vinden op: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/publication-type/guidelines_en. Wat hier geldt voor de verwerkingsverantwoordelijke geldt ook voor de zgn. 'verwerker', i.e. degene die namens de verwerkingsverantwoordelijke de persoonsgegevens verwerkt.
7. Zie overweging 22 AVG.
8. HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain SL*).
9. *Ibid.*, punt 56.
10. Art. 3 lid 2 AVG.
11. Zie overweging 23 AVG.
12. Aansluiting kan worden gezocht bij de ontwikkelingen in het consumentenrecht. Zie bijv. HvJ EU 7 december 2010, gevoeg-

de zaken C-585/08 en C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 (*Pammer e.a.*), r.o. 69, 80-84. Zie voor een uitleg van de territoriale reikwijdte van de AVG Richtsnoeren 3/2018 van het Europees Comité voor Gegevensbescherming van 16 november 2018, te vinden op: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_en.pdf. Zie ook M. Gömann, 'The new territorial scope of EU data protection law: deconstructing a revolutionary achievement', *CMLRev.* 2017, p. 567-590.

13. Zie overweging 24 AVG. De AVG is overigens ook van toepassing op verwerking van persoonsgegevens door een verwerkingsverantwoordelijke die niet in de Unie is gevestigd, als uit hoofde van het internationale publiekrecht het recht van de lidstaten van toepassing is (art. 3 lid 3 AVG). Gedacht moet worden aan een diplomatieke vertegenwoordiging of een consulaire post, zie overweging 25 AVG.



De plek waarop de activiteit is gericht en de plaats waar de personen zich bevinden vormen de aanknopingspunten voor de wetgevingsbevoegdheid van de Unie

baliseerde wereld' de Uniewetgever in beginsel de bevoegdheid heeft om aan bedrijven verplichtingen op te leggen die tot buiten de Unie reiken als dit de bescherming dient van personen wiens centrum van belangen zich in de Unie bevindt en voor wie de gegevensverwerking onmiddellijke en aanzienlijke gevolgen heeft binnen de Unie zelf.¹⁴

3. Het invoeren van rechten tegenover bedrijven in derde landen: bij Google net even anders?

Door de rechtstreekse toepassing van de AVG op alleen buiten de Unie gevestigde ondernemingen, maar ook door de toepassing van de AVG op ondernemingen die weliswaar in de Unie zijn gevestigd, maar die in het kader van hun activiteiten persoonsgegevens verwerken in vestigingen buiten de Unie, heeft de AVG een zekere extraterritoriale werking.

Het betekent dat betrokken personen in de Unie tegenover deze ondernemingen hun rechten kunnen

inroepen. Om handhaving van de regels te verzekeren ten opzichte van een louter buiten de Unie gevestigde verwerkingsverantwoordelijke is in artikel 27 AVG neergelegd dat deze een vertegenwoordiger in de Unie moeten aanwijken.¹⁵ De vertegenwoordiger kan samen met of namens de verwerkingsverantwoordelijke worden benaderd door betrokken personen in de Unie of door de gegevensbeschermingsautoriteit van een EU-lidstaat.

Het lijkt vanzelfsprekend dat bij een gegrond verzoek om, bijvoorbeeld, inzage in persoonsgegevens of de correctie ervan, een onderneming volledig gevolg moet geven aan het ingeroepen recht, ook al vindt de verwerking uiteindelijk in het derde land plaats. Toch stelde het Hof van Justitie in *Google LLC* met betrekking tot Google een grens aan het territoriale effect van de uitoefening van een recht uit de AVG.

De verschillende uitspraken van het Hof van Justitie over Google zijn vooral bekend vanwege het recht om vergeten te worden, een recht dat met zoveel woorden is terug te vinden in artikel 17 AVG. In de eerste, eerdergenoemde, uitspraak in *Google Spain* eiste een in Spanje wonende Spanjaard dat Google Spain SL en het moederbedrijf Google Inc. twee links naar oude krantenartikelen uit zoekresultaten zouden verwijderen wanneer op zijn naam werd gezocht. Het ging om artikelen waarin onder vermelding van zijn naam een verkoop per opbod van gebouwen werd aangekondigd in het kader van een beslag tot terugvordering van sociale-zekerheidsschulden.

De *Google Spain* uitspraak leidde tot nieuwe vragen voor het Hof van Justitie, onder meer ten aanzien van het territoriale effect van het recht op vergetelheid. In *Google LLC* was de vraag of een succesvol beroep op het recht tot verwijdering door Google wereldwijd moest

In Google LLC was de vraag of een succesvol beroep op het recht tot verwijdering door Google wereldwijd moest worden uitgevoerd, of alleen binnen de Europese Unie

worden uitgevoerd, of alleen binnen de Europese Unie, bijvoorbeeld op alle Europese extensies (.fr, .nl etc.) van de zoekmachine.

Volgens het Hof van Justitie in *Google LLC* zou de wereldwijde verwijdering van een link ten volle voldoen aan het algemene doel van de gegevensbeschermingsregels namelijk het waarborgen van een hoog niveau van bescherming.¹⁴ Het Hof wees er echter op dat tal van derde landen het recht op verwijdering niet kennen en dat het evenwicht tussen het recht op bescherming van persoonsgegevens enerzijds en de vrijheid van informatie van internetgebruikers anderzijds wereldwijd aanzienlijk kan variëren.¹⁵

Het Hof overwoog uiteindelijk dat, hoewel de Uniewetgever gelet op de eerdergenoemde aanknopingspunten bevoegd is wereldwijde verwijdering op te leggen, de wetgever daar in de AVG geen gebruik van heeft gemaakt.¹⁶ Het Hof concludeerde daarom dat het recht op verwijdering, na een afweging van de verschillende belangen, alleen moet worden uitgevoerd ten aanzien van zoekopdrachten die afkomstig zijn van het grondgebied van de lidstaten.¹⁷ Bij de belangenafweging beperkte het Hof het belang bij toegang tot informatie tot het belang van 'het gehele publiek van de lidstaten'.¹⁸

De overweging dat de Uniewetgever geen extraterritoriaal effect heeft willen geven aan de uitoefening van het recht op verwijdering is moeilijk te rijmen met de versterkte territoriale werkingssfeer van de AVG. Het leidt geen twijfel dat de Uniewetgever het mogelijk wilde maken betrokkenen in de Unie middelen te geven om zich te weren tegen onrechtmatige verwerking door bedrijven die zich buiten de Unie bevinden. Ook als de persoonsgegevens uiteindelijk in het derde land worden verwerkt, zal de verwerkingsverantwoordelijke een correctie moeten uitvoeren of, normaal gesproken, de gegevens op een gerechtvaardigd verzoek volledig moeten verwijderen.

De terughoudende interpretatie van het Hof in *Google LLC* lijkt ingegeven door de bijzondere positie van Google die in de exploitatie van de zoekmachine op het

wereldwijde web een faciliterende rol speelt in het vinden van informatie die in het mondiale publieke domein al beschikbaar is. Het recht op verwijdering raakt daarmee wereldwijd de vrijheid van meningsuiting (informatievergaring) in al zijn soorten en maten. In dit specifieke geval, waarbij een duidelijke *conflict of laws* situatie kan ontstaan, hanteert het Hof kennelijk de benadering dat de Uniewetgeving alleen extraterritoriale werking heeft als dit expliciet uit de wetgeving blijkt.¹⁹

4. De regels voor doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen: de lat ligt hoog

Naast de zojuist beschreven rechtstreekse toepasselijkheid van de AVG op ondernemingen en gegevensverwerking in derde landen, hebben de Europese gegevensbeschermingsregels op nog een andere manier invloed op de bescherming van persoonsgegevens buiten de EU. Het betreft de speciale, bijkomende regels die gelden in geval een verwerkingsverantwoordelijke in de EU persoonsgegevens wil doorgeven naar een ontvanger in een derde land.

Volgens het Hof van Justitie vereist het recht op bescherming van persoonsgegevens in artikel 8 van het Handvest dat het door het Unierecht gewaarborgde hoge beschermingsniveau behouden blijft als persoonsgegevens van de Unie naar een derde land worden doorgegeven.²⁰ De middelen waarmee dit beschermingsniveau wordt gewaarborgd mogen anders zijn dan die welke binnen de Unie worden ingezet, maar moeten in de praktijk wel doeltreffend genoeg zijn om een bescherming te bieden die in grote lijnen overeenkomt met die welke binnen de Unie wordt gewaarborgd.²¹

In Hoofdstuk V van de AVG zijn globaal genomen drie manieren neergelegd waarop doorgifte van persoonsgegevens naar een derde land of een internationale organisatie is toegestaan.²² Deze regels gelden onverminderd de overige vereisten uit de AVG.

De eerste en meest verstrekkende is dat de Europese Commissie een zogenaamd 'adequaateitsbesluit' aanneemt waarin zij vaststelt dat een bepaald derde land als zodanig een passend beschermingsniveau biedt. Het beschermingsniveau in het derde land moet daarvoor in grote lijnen gelijk zijn aan het niveau in de Unie.²³ Is een derde land onderwerp van een adequaateitsbesluit dan kunnen gegevens binnen de materiële reikwijdte van het besluit naar dit derde land worden doorgegeven alsof het een lidstaat is. Een adequaateitsbesluit wordt voorafgegaan door een grondige analyse van de Europese Commissie. In artikel 45 AVG is een lange lijst elementen opgenomen die de Commissie bij haar analyse in acht moet nemen. Hieronder vallen onder meer de rechtsstatelijkheid van het derde land, de eerbiediging van mensenrechten en fundamentele vrijheden, het wettelijk kader voor toegang tot gegevens voor strafrechtelijke doeleinden en

14. HvJ EU, *Google LLC*, punten 57-58.

15. Dit geldt niet voor overheidsinstanties, of als sprake is van incidentele verwerking die geen gevoelige persoonsgegevens betreft. Zie art. 27 lid 2 onderdeel a AVG.

16. HvJ EU, *Google LLC*, punt 55.

17. *Ibid.*, punt 59-60.

18. *Ibid.*, punt 57-58 en 61.

19. *Ibid.*, punt 66, 69-71.

20. *Ibid.*, punt 69.

21. Zie in die zin Y. Miadzevskaya & G. Van Calster, 'Google at the Kirchberg Dock. On Delisting Requests, and on the Territorial Reach of the EU's GDPR', *EDPL*

2020, p. 151.

22. HvJ EU 26 juli 2017, Advies 1/15, ECLI:EU:C:2017:592, punten 133-134.

23. *Ibid.*, punt 134.

24. Zie voor een uitgebreidere bespreking van de verschillende mogelijkheden de Mededeling van de Europese Commissie

van 10 januari 2017, COM(2017)7.

25. Zie HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, (*Maximilian Schrems*), pt. 73.

ationale veiligheid en de regels die in het derde land gelden voor verdere doorgifte van gegevens naar andere derde landen. Het aantal landen dat door de Europese Commissie 'adequaats' is bevonden, is dan ook niet erg groot.²⁶

In afwezigheid van een adequaatheidsbesluit, is doorgifte in de tweede plaats mogelijk als de verwerkingsverantwoordelijke verzekert dat de doorgifte omgeven is met 'passende waarborgen'.²⁷ Het gaat hier niet om het beschermingsniveau in het derde land als zodanig, maar om de waarborgen waarmee de voorgenomen doorgifte zelf is omgeven. Dergelijke waarborgen kunnen zijn neergelegd in een contract tussen de onderneming in de EU en de onderneming in het derde land die de gegevens ontvangt. De Europese Commissie heeft voor dat doel standaardclausules aangenomen die integraal door partijen in een contract kunnen worden opgenomen.²⁸ Passende waarborgen kunnen ook zijn neergelegd in bindende bedrijfsvoorschriften (beter bekend als *Binding Corporate Rules*, BCRs) die binnen een concern van kracht zijn en door een nationale toezichthouder zijn goedgekeurd.²⁹ Voor de publieke sector geldt veelal dat passende waarborgen in internationale overeenkomsten zijn neergelegd. Het kan daarbij gaan om overeenkomsten tussen landen of meer specifiek op administratief niveau tussen publieke autoriteiten.

Ten derde is in afwezigheid van een adequaatheidsbesluit of van passende waarborgen doorgifte mogelijk in bepaalde specifieke situaties.³⁰ Bijvoorbeeld op basis van de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene of voor gewichtige redenen van algemeen belang. In beginsel vormen deze uitzonderingssituaties geen basis voor een structurele doorgifte van gegevens naar een derde land.³¹

Het Hof van Justitie heeft laten blijken dat voor doorgifte van persoonsgegevens naar landen buiten de EU de lat hoog ligt. Dit werd voor het eerst duidelijk in de zaak *Schrems* uit 2015, waarin een Oostenrijkse student opkwam tegen de doorgifte van persoonsgegevens door Facebook Ireland naar Facebook Inc. in de VS. Deze doorgifte was gebaseerd op het *Safe Harbor* Besluit van de Europese Commissie, een specifiek en afwijkend adequaatheidsbesluit dat uitging van een zelf-certificeringsmechanisme waarbij bedrijven in de VS zich verbonden aan een lijst beginselen en zich onderwierpen aan toezicht door bepaalde Amerikaanse instanties. Na de ontzettingen van Edward Snowden, waaruit bleek dat de Amerikaanse veiligheidsdiensten op grote schaal toegang hadden tot, onder meer, gegevens die op basis van het *Safe Harbor* Besluit naar de VS waren doorgegeven, voerde Schrems aan dat het *Safe Harbor* Besluit ten onrechte aannam dat er sprake was van een adequaat beschermingsniveau. Het Hof van Justitie gaf hem gelijk en verklaarde het *Safe Harbor* Besluit ongeldig.³²

Daarnaast vaardigde het Hof van Justitie in 2017 een kritisch en gedetailleerd advies uit over een voorgenomen overeenkomst tussen de EU en Canada over de doorgifte van passagiersgegevens waarin passende waarborgen voor gegevensbescherming waren neergelegd.³³ Als gevolg van het advies moest de overeenkomst heronderhandeld worden.

Twee nieuwe zaken over doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen waren op het moment van schrijven nog aanhangig bij het Hof in Luxemburg. Het *EU-US Privacy Shield*, de verbeterde opvolger van het *Safe Harbor*

De uitspraak wordt met spanning afgewacht, omdat deze een grote impact kan hebben op de doorgifte van persoonsgegevens vanuit de Unie naar derde landen, en Amerika in het bijzonder

Besluit, ligt ter beoordeling van geldigheid voor aan het Gerecht.³⁴ En daarnaast ligt er wederom een vraag voor aan het Hof in de zaak die Schrems tegen Facebook was gestart. Na de ongeldigverklaring van het *Safe Harbor* Besluit in 2015, baseerde Facebook zich voor de doorgifte naar het moederkantoor in de VS op de eerdergenoemde standaardclausules van de Europese Commissie. Schrems betwistte wederom de rechtmatigheid van deze doorgifte, wat uiteindelijk leidde tot een vraag over de geldigheid van deze standaardclausules voor het Hof van Justitie.³⁵ Het Hof zal in deze laatste zaak op 16 juli uitspraak doen. Dit wordt met spanning afgewacht, omdat de uitspraak een grote impact kan hebben op de doorgifte van persoonsgegevens vanuit de Unie naar derde landen, en Amerika in het bijzonder.

5. De extraterritoriale invloed van de regels voor doorgifte naar derde landen

De bijkomende regels voor doorgifte in hoofdstuk V van de AVG hebben geen rechtstreekse werking in derde landen. De effecten van deze regels kunnen in derde landen echter wel gevoeld worden in de zin dat doorgifte van persoonsgegevens niet altijd kan plaatsvinden. Dit leidt ertoe dat derde landen aanpassingen of toezeggingen doen om aan de standaarden te kunnen voldoen en doorgifte te bewerkstelligen.

Sommige derde landen streven daarbij naar een adequaatheidsbesluit omdat dat verreweg de makkelijkste manier is om een onbelemmerde doorgifte van persoonsgegevens naar het derde land te verzekeren. In de gesprekken die voorafgaan aan een dergelijk besluit komt het regelmatig voor dat bepaalde geconstateerde lacunes in het beschermingsniveau van het derde land via wetswijzigingen of via bepaalde bindende verklaringen worden weggenomen. Het meest recente adequaatheidsbesluit ten aanzien van Japan werd bijvoorbeeld aangenomen nadat Japan aanvullende regels had aangenomen die alleen van toepassing zijn op gegevens die vanuit de EU naar Japan worden doorgegeven.³⁶ Ook het eerdergenoemde *EU-US Privacy Shield* bevat een groot aantal bijlagen waarin de Amerikaanse overheid onder meer toezegt een speciale Ombudspersoon in te stellen voor klachten over het mogelijke gebruik van gegevens door Amerikaanse veiligheidsdiensten.³⁷

Maar ook doorgifte op basis van passende waarborgen, via contracten, administratieve regelingen of internationale overeenkomsten kunnen in het derde land leiden

tot aanpassing in de nationale wetgeving of in de rechtspraktijk. Zo verbindt, bij gebruik van de eerdergenoemde standaardclausules, de importeur van de gegevens in het derde land zich ertoe de Europese gegevensbeschermingsregels na te leven en verbindt een derde land zich aan bepaalde waarborgen als het een internationale overeenkomst met de EU sluit, zoals de verschillende overeenkomsten over de doorgifte van passagiersgegevens.³⁸

6. Google en de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen

Het Hof was terughoudend in het toekennen van extraterritoriale werking aan de uitoefening van het recht op verwijdering in het geval van Google als exploitant van een internetzoekmachine. Dit leek te zijn ingegeven door de botsing met wetgeving in derde landen die anders zou kunnen ontstaan. Immers, de vrijheid van meningsuiting in derde landen komt in het geding als Google niet langer bepaalde zoekresultaten mag laten zien.

Na de uitleg van de regels voor doorgifte van gegevens naar derde landen kan de vraag gesteld worden wat de relevantie is van deze regels voor de situatie van Google. Als in Amerika met gebruik van Google's zoekmachine gezocht wordt op iemands naam kunnen er links verschijnen naar websites met persoonsgegevens die in de Unie zijn gepubliceerd. Uiteindelijk is dus sprake van een doorgifte van deze persoonsgegevens naar een derde land. Zoals uitgelegd, mogen persoonsgegevens alleen naar een derde land worden doorgegeven als een hoog beschermingsniveau gewaarborgd blijft. Toch heeft de betrokken persoon, als het gaat om het inroepen van het recht op verwijdering ten opzichte van een zoekmachine als Google buiten de EU minder bescherming dan binnen de EU zoals blijkt uit de *Google LLC*-uitspraak. Zouden de doorgiferegels dan niet *a priori* in de weg moeten staan aan de vindbaarheid van de gegevens in derde landen?

Dit roept dan weer de vraag op wie in deze situatie precies verantwoordelijk is voor de doorgifte van persoonsgegevens en de naleving van de regels uit hoofdstuk V van de AVG. Aangevoerd kan worden dat de websitehouder verantwoordelijk is omdat deze de informatie over de betrokken persoon op internet plaatst, waarmee de informatie ook beschikbaar wordt in derde landen. In de *Lindqvist* zaak uit 2003 oordeelde het Hof van Justitie echter al dat in dat geval geen sprake is van doorgifte van persoonsgegevens naar een derde land door de website-

houder.³⁹ Het Hof overwoog dat de persoonsgegevens die afkomstig zijn van een persoon die ze op een website heeft geplaatst, en die op de computer van een persoon in een derde land verschijnen, *niet rechtstreeks* tussen die twee personen zijn doorgegeven, maar via de informatica-infrastructuur van de hosting provider waarbij de pagina is opgeslagen.⁴⁰

Hier komt bij dat een websitehouder, of degene die de gegevens op internet plaatst, zich veelal kan beroepen op de uitzonderingsregels ter bescherming van de vrijheid van meningsuiting. In de nationale wetgeving moeten lidstaten voorzien in beperkingen van een groot deel van de bepalingen van de AVG, inclusief van de regels over doorgifte naar derde landen, voor zover dit nodig is om de gegevensbeschermingsregels in overeenstemming te brengen met de vrijheid van meningsuiting.⁴¹ Het Hof heeft deze bepaling een ruime materiële reikwijdte gegeven, waardoor veel activiteiten ('de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën') onder de uitzonderingsregels vallen.⁴²

Ook al bouwt Google voort op activiteiten die beschermd worden door de vrijheid van meningsuiting, de verwerking van gegevens door Google in de exploitatie van de zoekmachine valt niet onder deze uitzonderingsregels, zoals het Hof in *Google Spain SL* duidelijk maakte.⁴³ De activiteit van Google moet los van de activiteit van de websitehouder worden beoordeeld. In de belangenafweging die volgt op een verzoek tot verwijdering moet Google wél het belang meewegen van de vrijheid van meningsuiting (het recht op informatievergaring) van de gebruikers van de zoekmachine (in de EU).

Of Google bij de exploitatie van de zoekmachine eventueel verantwoordelijk kan worden gehouden voor de doorgifte van de gegevens naar derde landen, is niet duidelijk. De verantwoordelijkheid van bedrijven die een rol spelen als 'tussenpersoon' voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen is door het Hof tot nu toe niet beoordeeld. In *Lindqvist* liet het Hof in het midden of de hosting provider verantwoordelijk kon worden gehouden voor de naleving van de regels voor doorgifte, omdat de nationale rechter deze vraag niet had gesteld.⁴⁴

Dit alles leidt tot een wat onbevredigende situatie. Onder de vlag van de vrijheid van meningsuiting zijn in de EU op internet geplaatste gegevens beschikbaar in derde landen zonder dat aan de regels voor doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen is getoetst. Als er

26. Zie voor een overzicht https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en.

27. Zie art. 46 AVG en daarin de verschillende manieren waarop passende waarborgen geboden kunnen worden.

28. Zie bijv. Besluit 2010/87/EU van de Commissie van 5 februari 2010, *PbEU* 12 februari 2010, L 39/5.

29. Dit instrument is uitgewerkt in art. 47 AVG.

30. Art. 49 AVG.

31. Zie uitgebreid Richtsnoeren 2/2018 van

het Europees Comité voor Gegevensbescherming van 25 mei 2018, te vinden op: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/publication-type/guidelines_en.

32. HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Maximillian Schrems*).

33. HvJ EU 27 juli 2017, Advies 1/15, ECLI:EU:C:2016:656, en daarover uitgebreid H. Hijmans, 'PNR Agreement EU-Canada Scrutinised: CJEU Gives Very Precise Guidance to Negotiators', *EDPL* 2017, p. 406-412.

34. Zie Gerecht EU, T-738/16, *La Quadrature du Net*, .

35. HvJ EU, C-311/18, *Maximillian Schrems en Facebook*.

36. Zie Uitvoeringsbesluit 2019/419 van de Europese Commissie van 23 januari 2019, *PbEU* 19.3.2019, L 76/1.

37. Zie Uitvoeringsbesluit 2016/1250 van de Europese Commissie van 12 juli 2016, *PbEU* 1.8.2016, L 207/1, bijlage III.

38. De EU heeft overeenkomsten over de doorgifte door vliegmaatschappijen van passagiersgegevens (zogenaamde *Passenger Name Records*, PNR) gesloten met

Australië en de Verenigde Staten. Deze overeenkomsten bevatten verschillende bepalingen over de bescherming van deze gegevens waaraan de derde landen gebonden zijn.

39. HvJ EU 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Bodil Lindqvist*).

40. *Ibid.*, punt 61.

41. Zie art. 85 AVG.

42. Bijv. HvJ EU 14 februari 2019, C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 (*Sergejs Burvids*), punt 53.

43. HvJ EU, *Google Spain SL*, punt 85.

44. HvJ EU, *Bodil Lindqvist*, punt 62.

Onder de vlag van de vrijheid van meningsuiting zijn in de EU op internet geplaatste gegevens beschikbaar in derde landen zonder dat aan de regels voor doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen is getoetst

vervolgens een gegevensbeschermingsrechtelijk probleem ontstaat, is het effect van de eventuele handhaving van de gegevensbeschermingsrechten, zoals volgt uit de *Google LLC*-uitspraak, alleen merkbaar in de EU. De vrijheid van meningsuiting en de bescherming van persoonsgegevens zouden meer in evenwicht zijn als het effect van de uitoefening van rechten niet tot het 'publiek van de lidstaten' wordt beperkt, maar zich uitstrekt tot het wereldwijde publiek op internet.

Dat hiermee rechten in derde landen worden ingeperkt zou meegenomen moeten worden in de belangenafweging die hoe dan ook gemaakt moet worden na een concreet verzoek tot verwijdering. In dat opzicht kan ook een rol spelen dat de verwijdering uit de zoekresultaten bij het zoeken op iemands naam, niet betekent dat de website waarnaar een link verwijst niet meer op internet beschikbaar is. Overigens sloot het Hof in de *Google LLC*-uitspraak niet uit dat de nationale toezichthouders en rechters op basis van nationale regels nu al tot wereldwijde verwijdering beslissen.⁴⁵ Voor een uniforme Europese benadering legt het Hof de bal bij de Uniewetgever.

7. Conclusie

De AVG is als zodanig uiteraard niet de wereldwijde standaard voor gegevensbescherming. Het leidt echter geen twijfel dat de Europese gegevensbeschermingsregels een

grote rol spelen in de mondiale ontwikkeling van het recht op gegevensbescherming. Niet alleen als algemene inspiratiebron, maar ook doordat ondernemingen in derde landen rechtstreeks aan de regels gebonden kunnen zijn en gegevens alleen naar een derde land kunnen worden doorgegeven als aan bepaalde vereisten is voldaan.

Deze laatste twee aspecten van de AVG kennen wel bepaalde grenzen als internet en de wereldwijde vrijheid van meningsuiting in het geding zijn zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie over Google en het recht om vergeten te worden. Met name waar de Europese gegevensbeschermingsvereisten op gespannen voet komen te staan met regels over vrijheid van meningsuiting in derde landen, stelt het Hof zich terughoudend op.

Voor een geharmoniseerde aanpak ten aanzien van het eventueel wereldwijde effect van een verplichting tot verwijdering van zoekresultaten zal de AVG moeten worden aangepast. De Europese Commissie heeft op dit specifieke punt vooralsnog echter geen voornemens uitgesproken. •

⁴⁵ HvJ EU, *Google LLC*, punt 72 en daarover de annotatie bij deze uitspraak van J. Baas in *JBP* 2020, p. 14-32. De Franse Raad van State oordeelde op 27 maart 2020 dat Google niet tot wereldwijde verwijdering

over hoeft te gaan, zie www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/decision_du_conseil_detat_-_dereferencement_-_27_mars_2020.pdf.