

Advies van de EDPB (artikel 64)



Advies 22/2024 over bepaalde verplichtingen die van toepassing zijn wanneer een beroep wordt gedaan op verwerkers en subverwerkers

Vastgesteld op 7 oktober 2024

Translations proofread by EDPB Members.

This language version has not yet been proofread.

Samenvatting

De Deense toezichthoudende autoriteit heeft het Europees Comité voor gegevensbescherming (hierna “het Comité” of “EDPB” genoemd) verzocht een advies uit te brengen over aangelegenheden van algemene strekking op grond van artikel 64, lid 2, AVG. Het advies draagt bij tot een geharmoniseerde interpretatie door de nationale toezichthoudende autoriteiten van bepaalde aspecten van artikel 28 AVG, in voorkomend geval in samenhang met hoofdstuk V AVG. In het advies wordt met name ingegaan op vragen over de interpretatie van bepaalde verplichtingen van verwerkingsverantwoordelijken die een beroep doen op verwerkers en subverwerkers, die met name voortvloeien uit artikel 28 AVG, alsook op de formulering van overeenkomsten tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers. Deze vragen gaan zowel over de verwerking van persoonsgegevens in de EER als over de verwerking na een doorgifte naar een derde land.

Het Comité concludeert in dit advies dat verwerkingsverantwoordelijken de informatie over de identiteit (d.w.z. naam, adres, contactpersoon) van alle verwerkers, subverwerkers enz. te allen tijde beschikbaar moeten hebben, zodat zij hun verplichtingen op grond van artikel 28 AVG zo goed mogelijk kunnen nakomen, ongeacht het risico dat aan de verwerkingsactiviteit is verbonden. Daartoe moet de verwerker de verwerkingsverantwoordelijke proactief al deze informatie verstrekken en deze te allen tijde actueel houden.

In artikel 28, lid 1, AVG is bepaald dat verwerkingsverantwoordelijken verplicht zijn een beroep te doen op verwerkers die “afdoende garanties” bieden om “passende” maatregelen op zodanige wijze toe te passen dat de verwerking aan de vereisten van de AVG voldoet en de bescherming van de rechten van de betrokkenen waarborgt. Het Comité is in het advies van mening dat bij de beoordeling van de naleving van deze verplichting door de verwerkingsverantwoordelijken en van het verantwoordingsbeginsel (artikel 24, lid 1, AVG), de toezichthoudende autoriteiten in overweging moeten nemen dat de inschakeling van verwerkers het beschermingsniveau voor de rechten van de betrokkenen niet mag verlagen. De *verplichting* van de verwerkingsverantwoordelijke om na te gaan of de (sub)verwerkers “afdoende garanties” bieden om de door de verwerkingsverantwoordelijke vastgestelde passende maatregelen uit te voeren, moet van toepassing zijn ongeacht het risico voor de rechten en vrijheden van betrokkenen. De *omvang* van een dergelijke verificatie varieert in de praktijk echter afhankelijk van de aard van deze technische en organisatorische maatregelen, die strenger of uitgebreider kunnen zijn afhankelijk van de mate van risico.

Het Comité specificeert verder in het advies dat de eerste verwerker er weliswaar voor moet zorgen dat hij subverwerkers voorstelt die afdoende garanties bieden, maar dat het uiteindelijke besluit over het al dan niet inschakelen van een specifieke subverwerker en de bijbehorende verantwoordelijkheid, onder meer met betrekking tot het verifiëren van de garanties, bij de verwerkingsverantwoordelijke blijft berusten. De toezichthoudende autoriteiten moeten beoordelen of de verwerkingsverantwoordelijke kan aantonen dat de verificatie van de toereikendheid van de door zijn (sub)verwerkers verstrekte garanties tot tevredenheid van de verwerkingsverantwoordelijke heeft plaatsgevonden. De verwerkingsverantwoordelijke kan ervoor kiezen om op de informatie die hij ontvangt van zijn verwerker te vertrouwen en deze indien nodig te verdiepen (bijvoorbeeld wanneer die informatie onvolledig of onjuist lijkt of vragen oproept). Meer in het bijzonder moet de verwerkingsverantwoordelijke voor verwerkingsactiviteiten die een hoog risico voor de rechten en

vrijheden van betrokkenen met zich meebrengen, zijn mate van verificatie wat betreft de controle van de verstrekte informatie verhogen. In dit verband is het Comité van mening dat de verwerkingsverantwoordelijke op grond van de AVG niet de plicht heeft om systematisch naar de subverwerkingsovereenkomsten te vragen om te controleren of de gegevensbeschermingsverplichtingen die in de oorspronkelijke overeenkomst zijn vastgelegd, in de verwerkingsketen zijn doorgegeven. De verwerkingsverantwoordelijke moet per geval beoordelen of het nodig is een kopie van dergelijke overeenkomsten op te vragen of om deze op enig moment te beoordelen om de naleving te kunnen aantonen in het licht van het verantwoordingsbeginsel.

Wanneer doorgiften van persoonsgegevens buiten de EER plaatsvinden tussen twee (sub)verwerkers, in overeenstemming met de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, is de verwerkingsverantwoordelijke nog steeds onderworpen aan de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 28, lid 1, AVG inzake “afdoende garanties”, naast de verplichting van artikel 44 om ervoor te zorgen dat het door de AVG gewaarborgde beschermingsniveau niet wordt ondermijnd door doorgiften van persoonsgegevens. De verwerker/exporteur moet de relevante documentatie opstellen, in overeenstemming met de jurisprudentie en zoals toegelicht in de EDPB-aanbevelingen 01/2020. De verwerkingsverantwoordelijke moet dergelijke documentatie beoordelen en aan de bevoegde toezichthoudende autoriteit kunnen tonen. De verwerkingsverantwoordelijke kan zich baseren op de documentatie of informatie die hij van de verwerker/exporteur heeft ontvangen en deze zo nodig verdiepen. De omvang en aard van de plicht van de verwerkingsverantwoordelijke om deze documentatie te beoordelen kan afhangen van de grond die voor de doorgifte wordt gebruikt en of de doorgifte een eerste of verdere doorgifte is.

Het Comité is in het advies ook ingegaan op een vraag over de formulering van overeenkomsten tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers. Een basiselement in dit verband is dat de verwerker verplicht is om persoonsgegevens uitsluitend te verwerken op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, tenzij “een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht” (artikel 28, lid 3, punt a), AVG), waarbij wordt herinnerd aan het algemene beginsel dat overeenkomsten niet boven de wet kunnen gaan. In het licht van de contractuele vrijheid die de partijen wordt geboden om hun overeenkomst tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker aan te passen aan hun omstandigheden, zij het binnen de grenzen van artikel 28, lid 3, AVG, is het Comité van mening dat het opnemen van de woorden “tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht” (letterlijk of in zeer vergelijkbare bewoordingen) sterk wordt aanbevolen, maar niet verplicht is.

Met betrekking tot varianten die lijken op “tenzij dit vereist is op grond van de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie” is het Comité van oordeel dat dit binnen de contractuele vrijheid van de partijen valt en niet noodzakelijkerwijs in strijd is met artikel 28, lid 3, punt a), AVG. Tegelijkertijd wijst het Comité in zijn advies op een aantal punten, aangezien een dergelijke clause de verwerker niet vrijstelt van de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de AVG.

Voor persoonsgegevens die buiten de EER worden doorgegeven, acht het Comité het onwaarschijnlijk dat de formulering “tenzij dit vereist is op grond van de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie” op zichzelf volstaat om te voldoen aan artikel 28, lid 3, punt a), AVG in samenhang met het bepaalde in hoofdstuk V. Zoals wordt geïllustreerd door de aanbevelingen van de Europese

Commissie inzake modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte en bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijkheden, vormt artikel 28, lid 3, punt a), AVG, in beginsel, geen beletsel om in de overeenkomst bepalingen op te nemen die betrekking hebben op de wettelijke vereisten van derde landen om doorgegeven persoonsgegevens te verwerken. Net als in deze documenten moet er echter een onderscheid worden gemaakt tussen wetgeving van derde landen die het door de AVG gewaarborgde beschermingsniveau zou ondermijnen en wetgeving van derde landen die dat niet zou doen. Tot slot herinnert het Comité eraan dat de mogelijkheid dat wetgeving van een derde land de naleving van de AVG in de weg staat, een factor is die door de partijen in overweging moet worden genomen voordat de overeenkomst wordt gesloten (tussen verwerkingsverantwoordelijke en verwerker of tussen verwerker en subverwerker).

Als de verwerker persoonsgegevens binnen de EER verwerkt, kan hij onder bepaalde omstandigheden nog steeds te maken krijgen met wetgeving van een derde land. Het Comité benadrukt dat de toevoeging in de overeenkomst van een formulering die vergelijkbaar is met “tenzij dit vereist is op grond van de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie” de verwerker niet ontslaat van zijn verplichtingen op grond van de AVG.

Tot slot is het Comité van mening dat het opnemen van de formulering “tenzij dit vereist is op grond van de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie” (ofwel letterlijk of in zeer vergelijkbare bewoordingen) na de toezegging van de verwerker om persoonsgegevens alleen op basis van schriftelijke instructies te verwerken, niet kan worden opgevat als een schriftelijke instructie van de verwerkingsverantwoordelijke.

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	5
1.1	Overzicht van de feiten	5
1.2	Ontvankelijkheid van het verzoek om een advies op grond van artikel 64, lid 2, AVG	7
2	Over de gegrondheid van het verzoek.....	8
2.1	Over de interpretatie van artikel 28, leden 1, 2 en 4, AVG in samenhang met artikel 5, lid 2, en artikel 24, lid 1 (vragen 1.1 en 1.3)	8
2.1.1	Identificatie van de actoren in de verwerkingsketen	9
2.1.2	Verificatie en documentatie door de verwerkingsverantwoordelijke van de afdoendheid van de door alle verwerkers in de verwerkingsketen verstrekte garanties.....	13
2.1.3	Verificatie van de overeenkomst tussen de eerste verwerker en de verdere verwerkers	19
2.2	Over de interpretatie van artikel 28, lid 1, AVG in samenhang met artikel 44 AVG (doorgiften in de verwerkingsketen – vragen 1.2 en 1.3).....	23
2.3	Over de interpretatie van artikel 28, lid 3, punt a), AVG (vraag 2)	31

Het Europees Comité voor gegevensbescherming,

Gezien artikel 63 en artikel 64, lid 2, van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (hierna “AVG” genoemd),

Gezien de EER-overeenkomst en met name bijlage XI en protocol 37 daarbij, zoals gewijzigd bij Besluit nr. 154/2018 van het Gemengd Comité van de EER van 6 juli 2018¹,

Gezien de artikelen 11 en 22 van zijn reglement van orde,

Overwegende hetgeen volgt:

(1) De voornaamste taak van het Europees Comité voor gegevensbescherming (hierna “het Comité” of “EDPB” genoemd) is het waarborgen van de consistente toepassing van de AVG binnen de gehele Europese Economische Ruimte (EER). Op grond van artikel 64, lid 2, AVG kunnen een toezichthoudende autoriteit, de voorzitter van het Comité of de Commissie elk verzoeken dat aangelegenheden van algemene strekking of met rechtsgevolgen in meer dan één lidstaat van de EER worden onderzocht door het Comité teneinde een advies te verkrijgen. Dit advies heeft als doel een aangelegenheid van algemene strekking of met rechtsgevolgen in meer dan één lidstaat van de EER te onderzoeken.

(2) Het advies van het Comité wordt overeenkomstig artikel 64, lid 3, AVG, in samenhang met artikel 10, lid 2, van het reglement van orde van het Comité, vastgesteld binnen acht weken nadat de voorzitter en de bevoegde toezichthoudende autoriteit hebben besloten dat het dossier volledig is. De voorzitter kan besluiten deze termijn met zes weken te verlengen, rekening houdend met de complexiteit van de aangelegenheid.

BRENGT HET VOLGENDE ADVIES UIT:

1 INLEIDING

1.1 Overzicht van de feiten

1. Op 5 juli 2024 heeft de Deense toezichthoudende autoriteit een verzoek tot het Europees Comité voor gegevensbescherming (hierna het “Comité” genoemd) gericht om advies uit te brengen over de verantwoordingsverplichtingen van verwerkingsverantwoordelijken met betrekking tot de verwerkingsketen en de relatie tussen verwerkingsverantwoordelijken en hun (sub)verwerkers (hierna “het verzoek” genoemd).

¹ Alle verwijzingen in dit advies naar “lidstaten” moeten worden gelezen als verwijzingen naar “EER-lidstaten”. Alle verwijzingen in dit advies naar de “Unie” moeten worden gelezen als verwijzingen naar de “EER”.

2. De Deense toezichthoudende autoriteit heeft het dossier op 8 juli 2024 volledig verklaard. De voorzitter van het Comité heeft het dossier op 9 juli 2024 als volledig beschouwd. Op dezelfde datum is het dossier door het secretariaat van het Comité uitgezonden. Gezien de complexiteit van de zaak heeft de voorzitter besloten de wettelijke termijn te verlengen overeenkomstig artikel 64, lid 3, AVG en artikel 10, lid 4, van het reglement van orde.
3. De Deense toezichthoudende autoriteit verwijst in haar verzoek ook naar het verslag over de bevindingen van haar eerste gecoördineerde handhavingsactie² binnen het gecoördineerd handhavingskader (GHK)³, dat in januari 2023 door het Comité is goedgekeurd. Deze gecoördineerde actie richtte zich op het gebruik van cloudgebaseerde diensten door de publieke sector. In het verslag van het Comité hebben de toezichthoudende autoriteiten die aan de gecoördineerde actie deelnamen, acht uitdagingen vastgesteld, met name in verband met het gebruik van clouddiensten door overheidsinstanties, en een lijst met aandachtspunten opgesteld waarmee de relevante belanghebbenden rekening kunnen houden bij het beoordelen van clouddiensten en bij het contact met aanbieders van clouddiensten⁴. Hoewel voor de meeste van deze punten de omvang van de in de AVG opgelegde verplichtingen duidelijk is voor zowel verwerkingsverantwoordelijken als verwerkers, blijft de precieze omvang van bepaalde verplichtingen uit hoofde van de AVG volgens de Deense toezichthoudende autoriteit onduidelijk⁵.

De Deense toezichthoudende autoriteit stelde de volgende vragen:

4. Vraag 1.1: Moet de verwerkingsverantwoordelijke, gezien artikel 5, lid 2, en artikel 24, lid 1, AVG, wanneer een beroep wordt gedaan op een verwerker om verwerkingen uit te voeren namens de verwerkingsverantwoordelijke, om de naleving van onder meer artikel 28, leden 1 en 2, (waaronder bij het overleggen van documentatie aan de toezichthoudende autoriteit bij een inspectie) schriftelijk vast te leggen:
 - a. alle subverwerkers van de verwerker, hun subverwerkers enz. in de gehele verwerkingsketen identificeren, of alleen de eerste lijn van subverwerkers identificeren die de verwerker in dienst neemt?
 - b. In welke mate en hoe gedetailleerd moet de verwerkingsverantwoordelijke in het genoemde geval het volgende verifiëren en documenteren:
 - i. de afdoendheid van de waarborgen die worden geboden door verwerkers, hun subverwerkers enz.;
 - ii. de inhoud van de overeenkomsten tussen de eerste verwerker en de verdere verwerkers om na te gaan of dezelfde verplichtingen zijn opgelegd aan de verdere verwerkers overeenkomstig artikel 28, lid 4, AVG; en
 - iii. of de verwerkers, hun subverwerkers enz. voldoen aan de vereisten van de verwerkingsverantwoordelijke krachtens artikel 28, lid 1?
5. Vraag 1.2: In geval van doorgifte of verdere doorgifte van een (sub)verwerker aan een andere (sub)verwerker in overeenstemming met de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke: in

² Verslag over de gecoördineerde handhavingsactie 2022 – Gebruik van cloudgebaseerde diensten door de publieke sector, 17 januari 2023 (hierna “GHK-verslag over clouddiensten” genoemd).

³ Het gecoördineerde handhavingskader is in oktober 2020 door het Comité opgezet met het oog op het stroomlijnen van de handhaving en de samenwerking tussen de toezichthoudende autoriteiten. Zie EDPB-document over een gecoördineerd handhavingskader op grond van Verordening (EU) 2016/679, vastgesteld op 20 oktober 2020, versie 1.1.

⁴ GHK-verslag over clouddiensten, blz. 10-20.

⁵ Verzoek, blz. 1.

hoeverre moet de verwerkingsverantwoordelijke in het kader van zijn verplichting uit hoofde van artikel 28, lid 1, AVG, in samenhang met artikel 44 van de AVG, documentatie van (sub)verwerkers beoordelen en kunnen overleggen waaruit blijkt dat het beschermingsniveau voor persoonsgegevens niet wordt ondermijnd door de (verdere) doorgiften?

6. Vraag 1.3: Verschilt de omvang van de verplichtingen uit hoofde van artikel 28, leden 1 en 2, AVG gelezen in samenhang met artikel 5, lid 2, en artikel 24 AVG, zoals beantwoord in vraag 1.1 en vraag 1.2, afhankelijk van het risico dat verbonden is aan de verwerkingsactiviteit? Zo ja, wat is de reikwijdte van dergelijke verplichtingen voor verwerkingsactiviteiten met een laag risico en wat is de reikwijdte voor verwerkingsactiviteiten met een hoog risico?
7. Vraag 2: Moet een overeenkomst of andere rechtshandeling krachtens het Unierecht of het lidstatelijke recht overeenkomstig artikel 28, lid 3, AVG de in artikel 28, lid 3, punt a), voorziene uitzondering “tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht” (letterlijk of in zeer vergelijkbare bewoordingen) bevatten om in overeenstemming te zijn met de AVG?
8. Vraag 2a: als het antwoord op vraag 2 “nee” is, en wanneer een overeenkomst of andere rechtshandeling krachtens het Unierecht of het lidstatelijke recht de uitzondering van artikel 28, lid 3, punt a), AVG uitbreidt zodat het ook het recht van derde landen in het algemeen omvat (bv. “tenzij dit krachtens de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie vereist is”), is dit op zichzelf al een inbreuk op artikel 28, lid 3, punt a), AVG?
9. Vraag 2b: Als het antwoord op vraag 2a “Nee” luidt, moet een dergelijke bredere uitzondering in plaats daarvan worden uitgelegd als een schriftelijke instructie van de verwerkingsverantwoordelijke in de zin van artikel 28, lid 3, punt a), AVG?

1.2 Ontvankelijkheid van het verzoek om een advies op grond van artikel 64, lid 2, AVG

10. Op grond van artikel 64, lid 2, AVG kan, in het bijzonder, een toezichthoudende autoriteit verzoeken dat aangelegenheden van algemene strekking of met rechtsgevolgen in meer dan één lidstaat worden onderzocht door het Comité teneinde een advies te verkrijgen.
11. De eerste vragen van de Deense toezichthoudende autoriteit hebben betrekking op de verantwoordingsplicht van verwerkingsverantwoordelijken uit hoofde van artikel 28 AVG (vragen 1.1, 1.2 en 1.3), terwijl de laatste betrekking heeft op de specifieke inhoud van de overeenkomst tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker of rechtshandeling op grond van artikel 28, lid 3, punt a), AVG (vraag 2).
12. Het Comité is van mening dat deze vragen verband houden met de interpretatie van de AVG, in het bijzonder met betrekking tot de relatie tussen de verwerkingsverantwoordelijke en zijn (sub)verwerkers en met de interpretatie van artikel 5, lid 2, en de artikelen 24 en 28 AVG. Het verzoek houdt verband met, enerzijds, de verantwoordingsverplichtingen van verwerkingsverantwoordelijken en de omvang van de documentatie die de toezichthoudende autoriteiten mogen verwachten van verwerkingsverantwoordelijken die (sub)verwerkers in dienst nemen om namens hen verwerkingsactiviteiten uit te voeren, en, anderzijds, de inhoud van de overeenkomsten tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker of rechtshandelingen. Daarom betreft dit verzoek een “aangelegenheid van algemene strekking” in de zin van artikel 64, lid 2, AVG.

13. Bovendien is het Comité van mening dat het verzoek van de Deense toezichthoudende autoriteit gemotiveerd is in overeenstemming met artikel 10, lid 3, van het reglement van orde van het Comité, aangezien de Deense toezichthoudende autoriteit argumenten heeft aangevoerd ten gunste van de noodzaak van een consistente interpretatie van de in het verzoek aan de orde gestelde vragen.
14. Overeenkomstig artikel 64, lid 3, AVG brengt het Comité geen advies uit indien het over de aangelegenheid reeds een advies heeft uitgebracht⁶. Het Comité heeft nog geen antwoord gegeven op de vragen die voortvloeien uit het verzoek van de Deense toezichthoudende autoriteit. Voorts bieden de beschikbare EDPB-richtsnoeren, met name de EDPB-richtsnoeren 07/2020 over de begrippen “verwerkingsverantwoordelijke” en “verwerker”⁷ (hierna “EDPB-richtsnoeren 07/2020” genoemd), enige aanwijzingen over de mate waarin de verwerkingsverantwoordelijke op grond van artikel 28 AVG aan zijn verantwoordingsplicht moet voldoen, maar de bestaande richtsnoeren gaan niet volledig in op alle in het verzoek gestelde vragen⁸. Meer in het bijzonder wordt in de beschikbare richtsnoeren met betrekking tot artikel 28, lid 3, punt a), AVG niet specifiek ingegaan op de vraag in het verzoek van de Deense toezichthoudende autoriteit of de formulering “tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht” moeten worden opgenomen in de overeenkomsten tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker of in rechtshandelingen.
15. Om deze redenen is het Comité van mening dat het verzoek van de Deense toezichthoudende autoriteit ontvankelijk is en dat de vragen die voortvloeien uit het verzoek van de Deense toezichthoudende autoriteit moeten worden geanalyseerd in een advies dat wordt vastgesteld overeenkomstig artikel 64, lid 2, AVG.

2 OVER DE GEGRONDHEID VAN HET VERZOEK

2.1 Over de interpretatie van artikel 28, leden 1, 2 en 4, AVG in samenhang met artikel 5, lid 2, en artikel 24, lid 1 (vragen 1.1 en 1.3)

16. In deze afdeling wordt ingegaan op de vragen 1.1 en 1.3 die aan het Comité zijn gesteld, zoals weergegeven in de afdeling “Ontvankelijkheid” hierboven.
17. In artikel 28 AVG wordt de verhouding geregeld tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker en worden directe verplichtingen opgelegd aan verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers. Als inleidende opmerking moet worden opgemerkt dat in de AVG “verwerker” op een algemene manier wordt gedefinieerd in artikel 4, punt 8, en deze definitie omvat zowel de eerste verwerker die rechtstreeks door de verwerkingsverantwoordelijke wordt ingeschakeld als de verwerker van de verwerker, enzovoort, in de verwerkingsketen.
18. Het Comité benadrukt dat de beoordeling van de rol van de partijen (en of ze optreden als enige of gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken of als verwerkers) buiten de reikwijdte van het verzoek valt. Het Comité herinnert eraan dat het in de eerste plaats aan de partijen is om hun daadwerkelijke

⁶ Artikel 64, lid 3, AVG en artikel 10, lid 4, van het reglement van orde van het Comité.

⁷ EDPB-richtsnoeren 7/2020 over de begrippen “verwerkingsverantwoordelijke” en “verwerker” in de AVG, versie 2.1, vastgesteld op 7 juli 2021.

⁸ Zie met name EDPB-richtsnoeren 07/2020, afdeling 1.1 “Keuze van de verwerker” op bladzijde 36, afdeling 1.3.4 “De verwerker voldoet aan de voorwaarden van artikel 28, lid 2, en artikel 28, lid 4 om een andere verwerker in dienst te nemen (artikel 28, lid 3, onder d) van de AVG)” op bladzijde 44, en afdeling 1.6 “Subverwerkers”, op bladzijde 50.

rol te beoordelen, afhankelijk van feitelijke elementen of omstandigheden van het geval⁹, zonder afbreuk te doen aan de bevoegdheid van de toezichthoudende autoriteit om na te gaan of hun beoordeling juist is.

19. In het licht van de bovenstaande vragen heeft dit advies uitsluitend betrekking op de reikwijdte en omvang van de verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke uit hoofde van artikel 28, lid 1, AVG om na te gaan of de (sub)verwerkers “afdoende garanties” bieden uit hoofde van artikel 28, lid 2, en de daarmee verband houdende verantwoordingsverplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke uit hoofde van artikel 5, lid 2, en artikel 24, lid 1, AVG¹⁰.
20. Daarnaast merkt het Comité op dat de bovenstaande vragen geen betrekking hebben op de aansprakelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijke jegens betrokkenen voor de verwerkingsactiviteiten die namens hem worden uitgevoerd, bijvoorbeeld met betrekking tot het recht van betrokkenen op schadevergoeding op grond van artikel 82 AVG. In deze afdeling wordt daarom de nadruk gelegd op het verschaffen van verduidelijkingen aan de toezichthoudende autoriteiten over de interpretatie van artikel 28, leden 1 en 2, AVG in samenhang met artikel 5, lid 2, en artikel 24 AVG met betrekking tot bepaalde verplichtingen die voortvloeien uit het feit dat een beroep wordt gedaan op verwerkers en subverwerkers. Om deze vragen te beantwoorden, zal het Comité een analyse uitvoeren die gericht is op situaties waarin er geen sprake is van doorgifte van persoonsgegevens buiten de EER. In de afdeling hierna over vraag 1.2 worden daarentegen situaties beoordeeld waarin er doorgiften plaatsvinden in de verwerkingsketen.

2.1.1 Identificatie van de actoren in de verwerkingsketen

21. Met betrekking tot de vraag of de verwerkingsverantwoordelijke in wezen alle subverwerkers van de verwerker, hun subverwerkers enz. in de gehele verwerkingsketen moet identificeren, dan wel alleen de eerste lijn van de door de verwerker in dienst genomen subverwerkers moet identificeren, herinnert het EDPB er in de eerste plaats aan dat “[h]oewel de keten vrij lang kan zijn, de verwerkingsverantwoordelijke zijn centrale rol [behoudt] bij het bepalen van het doel en de middelen van de verwerking”¹¹.
22. Het Comité verstaat onder de termen “identificeren” en “informatie over de identiteit” in het kader van de beantwoording van de vraag de naam, het adres, de contactpersoon (naam, functie, contactgegevens) van de verwerker en de beschrijving van de verwerking (met inbegrip van een duidelijke afbakening van de verantwoordelijkheden ingeval er toestemming is voor uitbesteding aan meerdere subverwerkers)¹².

⁹ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 12.

¹⁰ Deze vraag staat los van eventuele andere verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke (of (sub)verwerkers) om naleving van de AVG te waarborgen, bv. van de verplichtingen inzake het beginsel van rechtmatigheid, artikel 32 of hoofdstuk V AVG. De verwerkingsverantwoordelijke kan nog steeds verantwoordelijk zijn voor de verwerking in het kader van zijn verwerkingsverantwoordelijkheid die niet in overeenstemming is met dergelijke bepalingen van de AVG, zelfs indien hij heeft voldaan aan de verplichtingen om zijn (sub)verwerkers te verifiëren overeenkomstig artikel 28, lid 1, AVG, zoals uiteengezet in dit advies, en in dit advies wordt niet ingegaan op de verantwoordelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijke voor de naleving van andere bepalingen van de AVG dan artikel 24, lid 1, en artikel 28, leden 1 en 2, AVG.

¹¹ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 152.

¹² Dit komt overeen met de informatie die vereist is voor de identificatie van verwerkers in bijlage IV bij de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers van de Europese Commissie (Uitvoeringsbesluit (EU) 2021/915 van de Commissie van 4 juni 2021) en bijlage III bij de modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen van de Europese Commissie (Uitvoeringsbesluit (EU) 2021/914 van de Commissie van 4 juni 2021).

23. Met betrekking tot de keuze voor de verwerkers, moeten de verwerkingsverantwoordelijken zich in een positie bevinden die hen in staat stelt om daadwerkelijk de doelstellingen en middelen van de verwerking vast te stellen overeenkomstig artikel 4, punt 7, AVG. In dat opzicht wordt het vaststellen van de ontvangers (met inbegrip van verwerkers) beschouwd als een “wezenlijk middel” van de verwerking, waarover de verwerkingsverantwoordelijke beslist¹³.
24. Daartoe is, met betrekking tot het in dienst nemen van **verdere verwerkers** door de eerste verwerker, de voorafgaande specifieke of algemene schriftelijke toestemming van de verwerkingsverantwoordelijke vereist krachtens artikel 28, lid 2, AVG. In EDPB-richtsnoeren 07/2020 wordt verduidelijkt dat de verplichtingen waarin artikel 28, lid 2, voorziet “in werking treden wanneer een (sub)verwerker een andere speler wil betrekken, waardoor een andere schakel aan de keten wordt toegevoegd, door hem activiteiten toe te vertrouwen die de verwerking van persoonsgegevens vereisen”¹⁴.
25. Wanneer de verwerkingsverantwoordelijke bij de ondertekening van de overeenkomst beslist bepaalde subverwerkers te aanvaarden, dient een lijst van erkende subverwerkers in de overeenkomst of een bijlage daarbij te worden opgenomen. De lijst dient dan te worden bijgewerkt overeenkomstig de door de verwerkingsverantwoordelijke gegeven algemene of specifieke toestemming¹⁵.
26. Wat het in dienst nemen van subverwerkers betreft, voorziet de AVG in de mogelijkheid van een algemene of specifieke toestemming. **In het geval van een specifieke toestemming** dient de verwerkingsverantwoordelijke schriftelijk te specificeren op welke subverwerker en voor welke specifieke verwerkingsactiviteit op een specifiek tijdstip¹⁶. Als het verzoek van de verwerker om een specifieke toestemming niet binnen de gestelde termijn wordt beantwoord, dient het als afgewezen te worden beschouwd¹⁷.
27. **In het geval van een algemene toestemming** moet de verwerker de verwerkingsverantwoordelijke de mogelijkheid bieden om een lijst met subverwerkers goed te keuren op het moment dat de algemene toestemming wordt ondertekend en de mogelijkheid — met inbegrip van een toereikende termijn — om bezwaar aan te tekenen tegen latere wijzigingen in de subverwerkers¹⁸. Het Comité herinnert

¹³ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 40.

¹⁴ Punt 151 van de EDPB-richtsnoeren 07/2020 luidt als volgt: “Gegevensverwerkingsactiviteiten worden vaak uitgevoerd door een groot aantal partijen en de onderaannemingsketens worden steeds complexer. In de AVG zijn specifieke regels ingevoerd die in werking treden wanneer een (sub)verwerker een andere speler wil betrekken, waardoor een andere schakel aan de keten wordt toegevoegd, door hem activiteiten toe te vertrouwen die de verwerking van persoonsgegevens vereisen. De analyse van de vraag of de dienstverlener als subverwerker optreedt, dient te worden uitgevoerd in overeenstemming met hetgeen hierboven met betrekking tot het begrip verwerker is beschreven”.

¹⁵ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 154.

¹⁶ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punten 153 en 155. Op grond van bepaling 7.7, optie 1, van de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers van de Europese Commissie dient de lijst van door de verwerkingsverantwoordelijke erkende subverwerkers te worden opgenomen in bijlage IV en steeds te zijn bijgewerkt.

¹⁷ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 155.

¹⁸ Zie ook EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 156: “De verwerkingsverantwoordelijke kan ook zijn algemene toestemming verlenen opdat een beroep wordt gedaan op subverwerkers (in de overeenkomst, met inbegrip van een lijst met dergelijke subverwerkers in een bijlage) [...]”. In dit verband is ook relevant EDPB-advies 14/2019 over het door de Deense toezichthoudende autoriteit voorgelegde ontwerp van modelcontractbepalingen (artikel 28, lid 8, AVG). Krachtens bepaling 7.7, optie 2, van de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers van de Europese Commissie heeft de verwerker de algemene toestemming van de verwerkingsverantwoordelijke om subverwerkers in dienst

eraan dat het aan de eerste **verwerker moet zijn om proactief bepaalde informatie te verstrekken** aan de verwerkingsverantwoordelijke en dat “de verplichting van de verwerker om de verwerkingsverantwoordelijke in kennis te stellen van een wijziging van subverwerker inhoudt dat de verwerker dergelijke wijzigingen **actief** aan de verwerkingsverantwoordelijke meldt of markeert”¹⁹.

28. Dit betekent dat de informatie met betrekking tot de identificatie van alle subverwerkers van de verwerker gemakkelijk toegankelijk dient te zijn voor de verwerkingsverantwoordelijke. De identificatie van die actoren is van bijzonder belang voor de verwerkingsverantwoordelijke om controle te kunnen uitoefenen over de verwerkingsactiviteiten waarvoor hij verantwoordelijk is en waarvoor hij in geval van een schending van de AVG ter verantwoording kan worden geroepen.
29. De verwerker dient daarom alle informatie te verstrekken over de wijze waarop de verwerkingsactiviteit namens de verwerkingsverantwoordelijke zal worden uitgevoerd, met inbegrip van informatie over de subverwerker waarop een beroep wordt gedaan²⁰ en een beschrijving van de verwerking die aan de subverwerker is toevertrouwd²¹.
30. Andere rechtsgronden rechtvaardigen dat de verwerkingsverantwoordelijke alle verwerkers en subverwerkers moet identificeren. Verwerkers aan wie gegevens worden verstrekt of doorgegeven, worden beschouwd als “ontvangers”²².
 - Om te voldoen aan de transparantievereisten uit hoofde van artikel 13, lid 1, punt e), en artikel 14, lid 1, punt e), AVG, moeten verwerkingsverantwoordelijken betrokkenen zo specifiek en concreet mogelijk informeren over de ontvangers of categorieën van ontvangers van de gegevens²³. Informatie over de “categorieën van

te nemen die op een overeengekomen lijst staan en dient hij de verwerkingsverantwoordelijke vooraf schriftelijk in kennis te stellen van voorgenomen wijzigingen van die lijst door toevoeging of vervanging van subverwerkers.

¹⁹ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 128 (nadruk toegevoegd door het Comité). Zie ook voetnoot 14.

²⁰ EDPB-richtsnoeren 7/2020, punt 143.

²¹ Zie bijvoorbeeld bijlage IV bij de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers van de Europese Commissie en bijlage II bij de modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen van de Europese Commissie.

²² Artikel 4, punt 9, AVG; Groep gegevensbescherming artikel 29, Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, goedgekeurd op 29 november 2017, laatstelijk herzien en goedgekeurd op 11 april 2018 (WP260 rev.01), bekrachtigd door het Comité (hierna “WP29-transparantierichtsnoeren” genoemd), blz. 43.

²³ WP29-transparantierichtsnoeren, blz. 43 (“In overeenstemming met het behoorlijkheidsbeginsel moeten verwerkingsverantwoordelijken informatie over de ontvangers verstrekken die voor de betrokkenen het meest betekenisvol is. In de praktijk zullen dit doorgaans met name genoemde ontvangers zijn, zodat betrokkenen precies weten wie hun persoonsgegevens heeft. Indien verwerkingsverantwoordelijken ervoor kiezen om de categorieën van ontvangers te verstrekken, dient de informatie zo specifiek mogelijk te zijn door aanduiding van het type ontvangers (d.w.z. door vermelding van de activiteiten die die ontvangers verrichten) en de industrie, de sector, de subsector en de locatie van de ontvangers”); EDPB-richtsnoeren 01/2022 over de rechten van betrokkenen – Recht van inzage, versie 2.1, vastgesteld op 28 maart 2023, (hierna “EDPB-richtsnoeren 01/2022 (recht van inzage)” genoemd), punt 117 (“[...] informatie over de ontvangers of categorieën van ontvangers [moet] reeds op grond van de artikelen 13 en 14 AVG zo concreet mogelijk zijn met betrekking tot de beginselen van transparantie en behoorlijkheid”); zie Hof van Justitie van de Europese Unie, arrest van 12 januari 2023, RW/Österreichische Post AG, C-154/21, punt 36 (“[...] de artikelen 13 en 14 AVG, op grond waarvan de verwerkingsverantwoordelijke verplicht is om de betrokkene informatie te verstrekken over de categorieën van ontvangers of de concrete ontvangers van de hem betreffende persoonsgegevens, en dit zowel wanneer deze informatie bij de betrokkene wordt verzameld als wanneer dat niet het geval is [...]”); conclusie van de advocaat-generaal in zaak C-154/21, punt 21.

ontvangers” moet ook worden opgenomen in het register van de verwerkingsactiviteiten (artikel 30, lid 1, punt d)).

- In artikel 15 AVG is voorzien in het recht van inzage van, onder andere, informatie over de ontvangers of categorieën van ontvangers aan wie de persoonsgegevens zijn of zullen worden verstrekt²⁴. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna “Hof” genoemd) heeft verduidelijkt dat deze bepaling voor de verwerkingsverantwoordelijke de verplichting inhoudt om de betrokkene de daadwerkelijke identiteit van de ontvangers mee te delen²⁵. Behalve in de gevallen waarin de verwerkingsverantwoordelijke de betrokkene mogelijk alleen de categorieën van ontvangers kan verstrekken, moet het in beginsel altijd mogelijk zijn voor de verwerkingsverantwoordelijke om de namen van de ontvangers te achterhalen en de noodzakelijke informatie zonder onnodige vertraging aan de betrokkenen te verstrekken.
- In artikel 19 AVG is bepaald dat de verwerkingsverantwoordelijke elke ontvanger aan wie de persoonsgegevens zijn verstrekt in kennis stelt van elke rectificatie of wissing van persoonsgegevens of beperking van de verwerking meedeelt, tenzij dit onmogelijk blijkt of onevenredig veel inspanning vergt. Het Hof heeft verduidelijkt dat de tweede zin van artikel 19 de betrokkene uitdrukkelijk het recht verleent om te worden geïnformeerd over de specifieke ontvangers²⁶.

31. Hoewel dit in deze bepalingen niet expliciet naar voren komt, is het Comité van mening dat verwerkingsverantwoordelijken voor de toepassing van artikel 28, leden 1 en 2, AVG te allen tijde over de informatie over de identiteit van alle verwerkers, subverwerkers enz. moeten beschikken²⁷, zodat zij hun verplichtingen uit hoofde van de bovengenoemde bepalingen optimaal kunnen nakomen. Een dergelijke beschikbaarheid is ook noodzakelijk om verwerkingsverantwoordelijken in staat te stellen alle informatie te verzamelen en te beoordelen die nodig is om aan de vereisten uit hoofde van de AVG te voldoen, onder meer zodat zij zonder onnodige vertraging kunnen antwoorden op verzoeken om inzage uit hoofde van artikel 15 AVG en snel kunnen reageren op gegevensinbreuken die zich in de verwerkingsketen voordoen. Dit zou gelden ongeacht het risico dat aan de verwerkingsactiviteit verbonden is.

²⁴ Artikel 15, lid 1, punt c), AVG. EDPB-richtsnoeren 01/2022 (recht van inzage), punten 116 en 117.

²⁵ Arrest van het Hof van 12 januari 2023, RW/Österreichische Post AG, C-154/21, punt 51: “[...] artikel 15, lid 1, onder c), AVG [moet] aldus worden uitgelegd dat het in die bepaling bedoelde recht van de betrokkene om inzage te verkrijgen van de hem betreffende persoonsgegevens, meebrengt dat de verwerkingsverantwoordelijke, wanneer die gegevens aan ontvangers zijn of zullen worden verstrekt, verplicht is om aan de betrokkene de identiteit van deze ontvangers mee te delen, tenzij het onmogelijk is om die ontvangers te identificeren of wanneer de verwerkingsverantwoordelijke aantoont dat de verzoeken om inzage van de betrokkene kennelijk ongegrond of buitensporig van aard zijn in de zin van artikel 12, lid 5, AVG, in welke gevallen de verwerkingsverantwoordelijke alleen de categorieën van de betreffende ontvangers hoeft mee te delen aan die betrokkene”.

Het Hof erkende dat de betrokkene ook “ervoor kan kiezen om louter informatie betreffende de categorieën van ontvangers op te vragen”. Arrest van het Hof van 12 januari 2023, RW/Österreichische Post AG, C-154/21, punt 43.

EDPB-richtsnoeren 01/2022 (recht van inzage), punt 117.

²⁶ Arrest van het Hof van 12 januari 2023, RW/Österreichische Post AG, C-154/21, punt 41.

²⁷ Deze informatie is noodzakelijk voor de verwerkingsverantwoordelijke om aan zijn verplichtingen te kunnen voldoen, ook als de keten van subverwerkingen wordt verbroken omdat een (sub)verwerker onbereikbaar, onwillig of insolvent is en er contact moet worden opgenomen met een andere (sub)verwerker.

32. Daartoe dient de verwerker de verwerkingsverantwoordelijke proactief alle informatie over de identiteit van alle verwerkers, subverwerkers enz. die namens de verwerkingsverantwoordelijke verwerkingsactiviteiten verrichten, te verstrekken²⁸ en dient hij deze informatie over alle betrokken subverwerkers te allen tijde actueel te houden. De verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker kunnen in de overeenkomst nadere details opnemen over hoe en in welk formaat de verwerker deze informatie moet verstrekken, aangezien de verwerkingsverantwoordelijke mogelijk een specifiek formaat wil gebruiken waarmee het voor de verwerkingsverantwoordelijke gemakkelijker is om de informatie te vinden en te organiseren.

2.1.2 Verificatie en documentatie door de verwerkingsverantwoordelijke van de afdoendheid van de door alle verwerkers in de verwerkingsketen verstrekte garanties

33. In de vragen 1.1.b.i, 1.1.b.iii en 1.3 wordt verzocht om verduidelijking van de mate en met welk niveau van detail de verwerkingsverantwoordelijke de afdoendheid van de door alle verwerkers in de verwerkingsketen geboden garanties moet verifiëren en documenteren en in welke mate de verplichtingen uit hoofde van artikel 28, leden 1 en 2, AVG gelezen in samenhang met artikel 5, lid 2, en artikel 24 AVG variëren afhankelijk van het aan de verwerkingsactiviteit verbonden risico. Met betrekking tot deze vragen onderstreept het Comité de volgende elementen.
34. In artikel 5, lid 2, AVG is het verantwoordingsbeginsel vastgelegd door de verwerkingsverantwoordelijke verantwoordelijk te maken voor de naleving van de gegevensbeschermingsbeginselen van artikel 5, lid 1, AVG en voor het kunnen aantonen van deze naleving. Artikel 5, lid 2, AVG is van toepassing op alle in artikel 5, lid 1, AVG genoemde algemene beginselen.
35. Artikel 24, lid 1, AVG omvat de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke om aan te tonen dat de verwerking in overeenstemming met de AVG wordt uitgevoerd, maar ontwikkelt een van de taken waarop het verantwoordingsbeginsel van toepassing is verder, namelijk het treffen van “passende technische en organisatorische maatregelen”²⁹. In artikel 24, lid 1, AVG wordt verwezen naar het begrip “risico”³⁰ als zijnde relevant voor de toepassing ervan, aangezien dit een van de criteria is waarmee de verwerkingsverantwoordelijke rekening moet houden bij de beoordeling van de

²⁸ Om te voldoen aan artikel 28, lid 2, AVG om de verwerkingsverantwoordelijke in staat te stellen te beslissen over de toevoeging van subverwerkers en om te voldoen aan artikel 28, lid 1, AVG, zodat de verwerkingsverantwoordelijke kan verifiëren of de (sub)verwerkers afdoende garanties bieden om de technische en organisatorische maatregelen uit te voeren.

²⁹ Arrest van 25 januari 2024, BL/MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH, C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72, punt 36: “Artikel 24 AVG voorziet in een algemene verplichting voor de verantwoordelijke voor de verwerking van persoonsgegevens teneinde passende technische en organisatorische maatregelen te treffen om te waarborgen en te kunnen aantonen dat die verwerking in overeenstemming met deze verordening wordt uitgevoerd”.

³⁰ In overweging 75 van de AVG worden enkele voorbeelden van risico's genoemd: “[...] de verwerking kan leiden tot discriminatie, identiteitsdiefstal of -fraude, financiële verliezen, reputatieschade, verlies van vertrouwelijkheid van door het beroepsgeheim beschermde persoonsgegevens, ongeoorloofde ongedaanmaking van pseudonimisering, of enig ander aanzienlijk economisch of maatschappelijk nadeel [...]”; in overweging 76 wordt het volgende gespecificeerd: “De waarschijnlijkheid en de ernst van het risico voor de rechten en vrijheden van de betrokkene moeten worden bepaald onder verwijzing naar de aard, het toepassingsgebied, de context en de doeleinden van de verwerking. Het risico moet worden bepaald op basis van een objectieve beoordeling en vastgesteld moet worden of de verwerking gepaard gaat met een risico of een hoog risico”. Het Hof heeft dit als volgt samengevat: “[...] in overweging 76 van deze verordening [staat] te lezen dat de waarschijnlijkheid en de ernst van het risico afhangen van de specifieke kenmerken van de betrokken verwerking en dat dit risico moet worden bepaald op basis van een objectieve beoordeling” (arrest van het Hof van 14 december 2023, Natsionalna agentsia za prihodite, C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986, punt 36).

passendheid van dergelijke maatregelen³¹. In artikel 24, lid 1, AVG wordt tevens toegevoegd dat deze maatregelen moeten worden geëvalueerd en indien nodig geactualiseerd.

36. Zoals het Hof verklaart: “[...] artikel 5, lid 2, en artikel 24 AVG [leggen] algemene verantwoordingsplichten en nalevingsvereisten op aan verantwoordelijken voor de verwerking van persoonsgegevens. Meer bepaald vereisen deze bepalingen van verwerkingsverantwoordelijken dat zij passende maatregelen nemen om eventuele schendingen van de regels van de AVG te voorkomen om het recht op gegevensbescherming te waarborgen”³².
37. Het verantwoordingsbeginsel is gericht tot de verwerkingsverantwoordelijke, ook wanneer de verwerkingsverantwoordelijke verwerkers of subverwerkers namens hem de verwerking van persoonsgegevens heeft toevertrouwd.
38. Wanneer een verwerkingsverantwoordelijke een verwerker in dienst neemt om namens hem persoonsgegevens te verwerken, mag de verwerkingsverantwoordelijke op grond van artikel 28, lid 1, AVG alleen een beroep doen “op verwerkers die afdoende garanties met betrekking tot het toepassen van passende technische en organisatorische maatregelen bieden, zodat de verwerking voldoet aan de vereisten van de AVG [...] en de bescherming van de rechten van de betrokkenen wordt gewaarborgd”³³. Zoals aangegeven in EDPB-richtsnoeren 07/2020, komt het verantwoordingsbeginsel ook tot uiting in artikel 28 AVG³⁴.
39. In dit verband benadrukt het Comité dat voor de beoordeling van de naleving van artikel 24, lid 1, en artikel 28, lid 1, AVG, nationale toezichthoudende autoriteiten in overweging moeten nemen dat **het in dienst nemen van verwerkers het beschermingsniveau voor de rechten van betrokkenen niet mag verlagen** in vergelijking met een situatie waarin de verwerking rechtstreeks door de verwerkingsverantwoordelijke wordt uitgevoerd. Dit verwijst naar het in dienst nemen van de eerste verwerker, maar ook naar het in dienst nemen van verdere verwerkers in de hele verwerkingsketen, bv. subverwerkers en sub-subverwerkers. Artikel 24, lid 1, en artikel 28, lid 1, AVG moeten zo worden geïnterpreteerd dat de verwerkingsverantwoordelijke ervoor moet zorgen dat de verwerkingsketen alleen bestaat uit verwerkers, subverwerkers, sub-subverwerkers (enz.) die “afdoende garanties met betrekking tot het toepassen van passende technische en organisatorische maatregelen bieden”.

³¹ Zoals het Hof heeft verklaard, wordt in “artikel 24 AVG in lid 1 een aantal criteria [opgesomd] waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling of dergelijke maatregelen passend zijn, namelijk de aard, de omvang, de context en het doel van de verwerking, alsook de qua waarschijnlijkheid en ernst uiteenlopende risico’s voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen”, arrest van 14 december 2023, Natsionalna agentsia za prihodite, C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986, punt 25. In hetzelfde arrest heeft het Hof gespecificeerd dat “[d]e vraag of dergelijke maatregelen passend zijn, moet concreet worden beoordeeld door te onderzoeken of deze verantwoordelijke bij de uitvoering van die maatregelen rekening heeft gehouden met de verschillende in die artikelen genoemde criteria en de behoeften van gegevensbescherming die specifiek inherent zijn aan de betrokken verwerking en de risico’s daarvan”, punt 30; ook aangehaald in het arrest van 25 januari 2024, BL/MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH, C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72, punt 38: “Uit de bewoordingen van de artikelen 24 en 32 AVG blijkt dat het passend karakter van de door de verwerkingsverantwoordelijke getroffen maatregelen concreet moet worden beoordeeld, rekening houdend met de verschillende in die artikelen genoemde criteria en de behoeften van gegevensbescherming die specifiek inherent zijn aan de betrokken verwerking en de risico’s daarvan, temeer daar de verantwoordelijke moet kunnen aantonen dat die maatregelen in overeenstemming zijn met deze verordening. Deze mogelijkheid zou hem worden ontnomen indien een onweerlegbaar vermoeden zou worden aanvaard”. Er moet worden opgemerkt dat de analyse van het Hof ook betrekking heeft op artikel 32 AVG.

³² Arrest van 27 oktober 2022, Proximus NV/Gegevensbeschermingsautoriteit, C-129/21, ECLI:EU:C:2022:833, punt 81. Zie ook EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 9.

³³ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 94.

³⁴ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 8.

Daarnaast moet de verwerkingsverantwoordelijke kunnen aantonen dat hij alle in de AVG vermelde elementen ernstig in overweging heeft genomen³⁵. Deze overwegingen gelden zelfs als de verwerkingsketen lang en complex is met verschillende verwerkers, subverwerkers enz. die betrokken zijn bij verschillende stadia van de verwerkingsactiviteiten. De verwerkingsverantwoordelijke moet de nodige zorgvuldigheid betrachten bij de selectie van en het toezicht op de verwerkers.

40. Met betrekking tot de keuze van de **eerste verwerker** dient de verwerkingsverantwoordelijke de afdoendheid van de geboden garanties per geval te verifiëren, rekening houdend met de aard, de reikwijdte, de context en de doeleinden van de verwerking, alsook met de risico's voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen, op basis van het soort verwerking dat aan de verwerker is toevertrouwd³⁶. Overeenkomstig artikel 28, lid 5, AVG kan het aansluiten van een verwerker bij een goedgekeurde gedragscode overeenkomstig artikel 40 AVG of een goedgekeurd certificeringsmechanisme overeenkomstig artikel 42 AVG worden gebruikt als element om afdoende garanties aan te tonen.
41. Zoals eerder is vermeld door het Comité, moet de verwerkingsverantwoordelijke rekening houden met verschillende elementen bij het controleren van de door de verwerkers geboden garanties³⁷, en vaak zal een uitwisseling van ter zake dienende documentatie vereist zijn³⁸. In elk geval zijn "[d]e door de verwerker "geboden" garanties [...] die welke de verwerker ten genoegen van de verwerkingsverantwoordelijke kan aantonen, aangezien deze de enige zijn waarmee de verwerkingsverantwoordelijke daadwerkelijk rekening kan houden bij de beoordeling van de naleving van zijn verplichtingen"³⁹. Noch artikel 28, lid 1, AVG zelf, noch eerdere EDPB-documenten bevatten een uitputtende lijst van de documenten of handelingen die de verwerker moet laten zien of aantonen, aangezien dit grotendeels afhangt van de specifieke omstandigheden van de verwerking⁴⁰. De verwerkingsverantwoordelijke kan er bijvoorbeeld voor kiezen een vragenlijst op te stellen als middel om informatie van zijn verwerker te verzamelen om de relevante garanties te controleren, de ter zake dienende documentatie op te vragen, zich te baseren op openbaar beschikbare informatie en/of certificeringen of auditverslagen van betrouwbare derden en/of audits ter plaatse uit te voeren.
42. Het Comité heeft al gespecificeerd dat de verplichting om uitsluitend een beroep te doen op verwerkers "die [afdoende] garanties bieden" als bedoeld in artikel 28, lid 1, AVG, een doorlopende verplichting is, en dat de verwerkingsverantwoordelijke met passende tussenpozen de garanties van de verwerker dient te verifiëren⁴¹.

³⁵ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 94.

³⁶ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 96.

³⁷ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punten 97 en 98 (waar wordt verwezen naar de deskundigheid, de betrouwbaarheid en de middelen van de verwerker, evenals naar de reputatie van de verwerker op de markt en naar de aansluiting bij een goedgekeurde gedragscode of een goedgekeurd certificeringsmechanisme).

³⁸ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 95 (waar enkele voorbeelden worden genoemd: privacybeleid, dienstverleningsvoorwaarden, register van de verwerkingsactiviteiten, beleid inzake gegevensbeheer, informatieveiligheidsbeleid, verslagen van externe gegevensbeschermingsaudits, erkende internationale certificeringen, zoals de ISO 27000-serie).

³⁹ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 95.

⁴⁰ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 96 ("De beoordeling door de verwerkingsverantwoordelijke van de vraag of de garanties toereikend zijn, is een vorm van risicobeoordeling, die in hoge mate zal afhangen van het soort verwerking dat aan de verwerker is toevertrouwd en dat per geval moet worden uitgevoerd, rekening houdend met de aard, de reikwijdte, de context en de doeleinden van de verwerking, alsook met de risico's voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen. Bijgevolg kan het EDPB geen uitputtende lijst verstrekken van de documenten of acties die de verwerker in een bepaald scenario moet tonen of aantonen, aangezien dit grotendeels afhangt van de specifieke omstandigheden van de verwerking").

⁴¹ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 99: "onder meer door middel van audits en inspecties, waar passend".

43. In het licht van vraag 1.3 die de Deense toezichthoudende autoriteit in haar verzoek heeft gesteld over het aan de verwerking verbonden risico, benadrukt het Comité dat het begrip “risico” een belangrijke rol speelt in een aantal bepalingen van de AVG, met name die welke betrekking hebben op hoofdstuk IV AVG⁴².
44. Het is belangrijk te benadrukken dat de verwijzing naar “risico” in artikel 24, lid 1, en overweging 74 AVG niet aldus mag worden uitgelegd dat de verwerkingsverantwoordelijke kan voorbijgaan aan of afwijken van zijn verplichtingen in de AVG louter op grond van het feit dat hij het risico voor de rechten en vrijheden van betrokkenen als “laag” beschouwt. De verplichting om “passende technische en organisatorische maatregelen” te treffen om naleving van de AVG te waarborgen overeenkomstig artikel 24, lid 1, AVG is altijd van toepassing, maar de maatregelen die nodig zijn om dit resultaat te bereiken kunnen variëren afhankelijk van het risico⁴³.
45. Hoewel in artikel 28, lid 1, AVG niet specifiek wordt verwezen naar het “risico”, impliceert het artikel wel dat rekening moet worden gehouden met de omvang van het risico voor de rechten en vrijheden van betrokkenen. Het vereiste in artikel 28, lid 1, om alleen verwerkers in te schakelen die “afdoende garanties” bieden voor de uitvoering van “passende technische en organisatorische maatregelen”, moet zo worden uitgelegd dat moet worden nagegaan of de verwerkers afdoende garanties bieden voor de uitvoering van dergelijke maatregelen in het licht van de risico’s van de verwerking, aangezien bijvoorbeeld het niveau van de uit te voeren beveiligingsmaatregelen ook afhangt van de risico’s.
46. Het aan de verwerkingsactiviteit verbonden risico speelt een belangrijke rol bij het bepalen van de passendheid van de technische en organisatorische maatregelen, samen met de andere criteria die in artikel 24, lid 1, AVG worden genoemd⁴⁴. Afhankelijk van de omvang van het risico dat aan de verwerkingsactiviteit verbonden is (bijvoorbeeld wanneer bijzondere categorieën persoonsgegevens worden verwerkt), kan de verwerkingsverantwoordelijke strengere of uitgebreidere technische en organisatorische maatregelen vaststellen. Elke verwerker moet daarom afdoende garanties bieden om de door de verwerkingsverantwoordelijke vastgestelde “passende” maatregelen op doeltreffende wijze uit te voeren.
47. Het Comité is van mening dat **de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke om na te gaan of de (sub)verwerkers afdoende garanties bieden om de door de verwerkingsverantwoordelijke vastgestelde maatregelen uit te voeren, van toepassing moet zijn ongeacht het risico voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen.**
48. **De omvang van een dergelijke verificatie zal in de praktijk echter variëren afhankelijk van de aard van deze organisatorische en technische maatregelen die door de verwerkingsverantwoordelijke worden vastgesteld op basis van, onder andere, het risico dat met de verwerking gepaard gaat.** Wanneer de verwerkingsactiviteiten bijvoorbeeld een kleiner risico vormen voor de rechten en vrijheden van betrokkenen, zullen de overeenkomstige “passende maatregelen” minder streng zijn.

⁴² Naar de term “risico” wordt verwezen in de artikelen 24, 25, 27, 30, 32, 33, 34, 35, 36 en 39 AVG.

⁴³ Arrest van het Hof van 14 december 2023, Natsionalna agentsia za prihodite, C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986, punt 35: “[...] in overweging 74 AVG [wordt] benadrukt dat de verwerkingsverantwoordelijke dient te worden verplicht passende en effectieve maatregelen uit te voeren en te kunnen aantonen dat elke verwerkingsactiviteit overeenkomstig deze verordening geschiedt, ook wat betreft de doeltreffendheid van de maatregelen, en dat bij die maatregelen rekening moet worden gehouden met de criteria die verband houden met de kenmerken van de betrokken verwerking en het daarmee gepaard gaande risico, die ook in de artikelen 24 en 32 AVG zijn opgenomen”.

⁴⁴ In artikel 24, lid 1, wordt verwezen naar “de aard, de omvang, de context en het doel van de verwerking, alsook [...] de qua waarschijnlijkheid en ernst uiteenlopende risico’s voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen”.

Daarom kan de omvang van de verificatie door de verwerkingsverantwoordelijke in de praktijk minder uitgebreid zijn. Omgekeerd kan het verificatieniveau van de verwerkingsverantwoordelijke in het geval van hogere risico's als gevolg van de betrokken verwerking belangrijker zijn wat betreft de controle van de afdoende garanties die door de gehele verwerkingsketen worden geboden, aangezien de uit te voeren "passende maatregelen" uitgebreider en robuuster zijn om de risico's voor betrokkenen aan te pakken.

49. In dit verband kan de verwerkingsverantwoordelijke, afhankelijk van de omvang van het aan de verwerkingsactiviteit verbonden risico, het niveau van zijn verificatie verhogen door de subverwerkingsovereenkomsten zelf te verifiëren en/of de eerste verwerker ook te verplichten tot een uitgebreide verificatie en documentatie.
50. In overeenstemming met het verantwoordingsbeginsel moet elke maatregel die noodzakelijk wordt geacht om te voldoen aan de AVG, mede op basis van het risico dat de verwerking met zich meebrengt, op passende wijze worden gedocumenteerd door de verwerkingsverantwoordelijke⁴⁵. Deze taak wordt vergemakkelijkt door, enerzijds, de **bijstands- en auditverplichtingen** die aan de verwerkers worden opgelegd en, anderzijds, de **informatie die door de eerste verwerker wordt verstrekt** aan de verwerkingsverantwoordelijke voordat verdere verwerkers in dienst worden genomen.
51. Ten eerste merkt het Comité op dat verwerkers de plicht hebben de verwerkingsverantwoordelijke bij te staan bij de naleving van bepaalde vereisten van de AVG (op grond van artikel 28, lid 3, punten e) en f))⁴⁶. Meer in het algemeen heeft de verwerker de plicht om de verwerkingsverantwoordelijke alle informatie ter beschikking te stellen die nodig is om aan te tonen dat aan artikel 28 is voldaan (artikel 28, lid 3, punt h))⁴⁷. De verwerkingsverantwoordelijke dient volledig te worden geïnformeerd over de details van de verwerking die relevant zijn om aan te tonen dat aan de verplichtingen uit hoofde van artikel 28 AVG is voldaan, en de verwerker dient alle informatie te verstrekken over de wijze waarop de verwerkingsactiviteit namens de verwerkingsverantwoordelijke wordt uitgevoerd⁴⁸. In de overeenkomst moet worden gespecificeerd hoe vaak en hoe deze informatiestroom moet plaatsvinden⁴⁹.
52. De verwerkingsverantwoordelijke kan zich derhalve baseren op de informatie die de verwerker op grond van artikel 28, lid 3, punt h), AVG heeft verstrekt om te voldoen aan zijn verplichting om de

⁴⁵ Zie met betrekking tot de bewijslast van de verwerkingsverantwoordelijke, het arrest van het Hof van 14 december 2023, Natsionalna agentsia za prihodite, C-340/21, EU:C:2023:986, punt 52: "Uit de bewoordingen van artikel 5, lid 2, artikel 24, lid 1, en artikel 32, lid 1, AVG blijkt ondubbelzinnig dat het aan de verwerkingsverantwoordelijke staat om te bewijzen dat de persoonsgegevens op een dusdanige manier worden verwerkt dat een passende beveiliging ervan in de zin van artikel 5, lid 1, onder f), en artikel 32 van deze verordening gewaarborgd is"; zie ook het arrest van het Hof van 25 januari 2024, BL/MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH, C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72, punt 42: "In dit verband is het belangrijk te benadrukken dat uit een gecombineerde lezing van de artikelen 5, 24 en 32 AVG, gelezen in het licht van overweging 74 ervan, volgt dat in het kader van een vordering tot schadevergoeding op grond van artikel 82 van die verordening, blijkt dat het aan de verwerkingsverantwoordelijke staat om te bewijzen dat de persoonsgegevens op een dusdanige manier worden verwerkt dat een passende beveiliging ervan in de zin van artikel 5, lid 1, onder f), en artikel 32 van deze verordening gewaarborgd is. Een dergelijke verdeling van de bewijslast moedigt de verantwoordelijken voor de verwerking van die gegevens niet alleen aan om de door de AVG vereiste beveiligingsmaatregelen te treffen, maar ook om de doeltreffendheid van het in artikel 82 van die verordening bedoelde recht op schadevergoeding te waarborgen en om de in overweging 11 ervan genoemde bedoelingen van de Uniewetgever na te leven".

⁴⁶ Zie EDPB-richtsnoeren 07/2020, punten 130-138.

⁴⁷ Zie EDPB-richtsnoeren 07/2020, punten 143 en 145.

⁴⁸ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 143.

⁴⁹ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 143.

genomen maatregelen schriftelijk vast te leggen, op voorwaarde dat de door de verwerker verstrekte informatie daadwerkelijk aantoont dat aan deze verplichting is voldaan. Aangezien de verwerker de aangewezen is om op de hoogte te zijn van de details van de verwerking die hij uitvoert en van de verwerking die door de subverwerkers wordt uitgevoerd, moet hij proactief alle relevante informatie ter beschikking stellen aan de verwerkingsverantwoordelijke⁵⁰.

53. Het bovenstaande is ook van toepassing op subverwerkers. Verwerkers zijn immers verplicht om de bijstandsverplichtingen in de verwerkingsketen door te geven (artikel 28, lid 4, AVG).
54. Ten tweede is **het in dienst nemen van subverwerkers**, zoals hierboven vermeld, alleen mogelijk met voorafgaande schriftelijke toestemming van de verwerkingsverantwoordelijke, die specifiek of algemeen kan zijn. Als de verwerkingsverantwoordelijke ervoor kiest zijn algemene toestemming te geven, dient deze “te worden aangevuld met criteria om de keuze van de verwerker te sturen (bv. garanties op het gebied van technische en organisatorische maatregelen, deskundigheid, betrouwbaarheid en middelen)”⁵¹.
55. Zoals is toegelicht door het Comité geldt dat “[m]et het oog op de beoordeling en de beslissing om al dan niet onderaanneming toe te staan, de verwerker de verwerkingsverantwoordelijke een lijst van beoogde subverwerkers [moet] bezorgen (met voor elke subverwerker: hun locatie, wat zij zullen doen en bewijzen, welke waarborgen zijn toegepast)”⁵². Deze informatie is nodig om ervoor te zorgen dat de verwerkingsverantwoordelijke kan voldoen aan het verantwoordingsbeginsel van artikel 5, lid 2, en artikel 24 en aan de bepalingen van artikel 28 lid 1, artikel 32 en hoofdstuk V AVG⁵³. Met betrekking tot doorgiften van persoonsgegevens buiten de EER verwijst het Comité naar het hieronder op vraag 1.2 van de Deense toezichthoudende autoriteit gegeven antwoord.
56. Zoals het Comité in herinnering heeft gebracht, moet de eerste verwerker ervoor zorgen dat hij subverwerkers voorstelt die afdoende garanties bieden⁵⁴. Uit de noodzaak voor de oorspronkelijke verwerker om de bovengenoemde informatie te verstrekken, blijkt dat de **verwerker een rol moet spelen bij de keuze van de subverwerkers en bij de verificatie van de garanties die zij bieden, en de verwerkingsverantwoordelijke voldoende informatie moet verstrekken**. Dit is ook in lijn met het feit dat, ongeacht de criteria die de verwerkingsverantwoordelijke aangeeft om verdere verwerkers te kiezen, de eerste verwerker volledig aansprakelijk blijft ten aanzien van de verwerkingsverantwoordelijke voor de uitvoering van de verplichtingen van de subverwerkers (artikel 28, lid 4, AVG).

⁵⁰ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 143, waarin wordt verwezen naar artikel 28, lid 3, punt h): “Zo kunnen de ter zake dienende delen van het register van de verwerkingsactiviteiten van de verwerker met de verwerkingsverantwoordelijke worden gedeeld. De verwerker dient alle informatie te verstrekken over de wijze waarop de verwerkingsactiviteit namens de verwerkingsverantwoordelijke zal worden uitgevoerd. In deze informatie dient uitleg te zijn opgenomen over de werking van de gebruikte systemen, de veiligheidsmaatregelen, de wijze waarop aan de vereisten voor gegevensbewaring wordt voldaan, de locatie van de gegevens, de doorgifte van gegevens, wie toegang heeft tot gegevens en wie de ontvangers van de gegevens zijn, de subverwerkers waarop een beroep wordt gedaan, enz.”. De mogelijkheid voor de verwerkingsverantwoordelijke om een audit uit te voeren is ook gespecificeerd in punt 144: “Het doel van een dergelijke audit is ervoor te zorgen dat de verwerkingsverantwoordelijke over alle informatie beschikt over de namens hem verrichte verwerkingsactiviteit en over de door de verwerker geboden garanties”.

⁵¹ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 156.

⁵² EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 152.

⁵³ EDPB-richtsnoeren 07/2020, voetnoot 69.

⁵⁴ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 159.

57. Hoewel de verwerker die een subverwerker in dienst neemt, overeenkomstig artikel 28, lid 4, AVG, rechtstreeks verantwoordelijk is om ervoor te zorgen dat dezelfde gegevensbeschermingsverplichtingen als die welke in de oorspronkelijke overeenkomst tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker zijn vastgesteld, aan die andere verwerker worden opgelegd, doet dit niet af aan de verantwoordelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijke om ervoor te zorgen dat de vereisten van artikel 28, lid 1, en artikel 24, lid 1, AVG worden nageleefd en om deze naleving aan te tonen.
58. **De uiteindelijke beslissing over het al dan niet in dienst nemen van een specifieke sub(-sub)verwerker en de bijbehorende verantwoordelijkheid, onder meer met betrekking tot het verifiëren van de afdoendheid van de door de (sub)verwerker geboden garanties, blijft bij de verwerkingsverantwoordelijke.** Zoals reeds vermeld, is het in geval van algemene of specifieke toestemming altijd aan de verwerkingsverantwoordelijke om te beslissen of hij akkoord gaat met het in dienst nemen van deze subverwerker of dat hij hiertegen bezwaar aantekent.
59. Bij het beoordelen van de naleving van artikel 24, lid 1, en artikel 28, lid 1, AVG moeten de toezichthoudende autoriteiten beoordelen of de verwerkingsverantwoordelijke kan aantonen dat de verificatie van de afdoendheid van de door zijn subverwerkers verstrekte garanties naar tevredenheid van de verwerkingsverantwoordelijke heeft plaatsgevonden. Dit houdt in dat de verwerkingsverantwoordelijke ervoor kan kiezen om te vertrouwen op de informatie die hij van zijn verwerker ontvangt en daar zo nodig op voort te bouwen. Wanneer bijvoorbeeld de informatie die de verwerkingsverantwoordelijke heeft ontvangen, onvolledig of onjuist lijkt of vragen oproept, of wanneer dit passend is op grond van de omstandigheden van het geval, met inbegrip van het aan de verwerking verbonden risico, dient de verwerkingsverantwoordelijke om aanvullende informatie te vragen en/of de informatie te verifiëren en zo nodig aan te vullen/te corrigeren.
60. Meer in het bijzonder moet de verwerkingsverantwoordelijke voor verwerkingsactiviteiten die een hoog risico voor de rechten en vrijheden van betrokkenen met zich meebrengen, zijn niveau van verificatie op het gebied van de controle van de verstrekte informatie verhogen met betrekking tot de door de verschillende verwerkers in de verwerkingsketen geboden garanties.

2.1.3 Verificatie van de overeenkomst tussen de eerste verwerker en de verdere verwerkers

61. De Deense toezichthoudende autoriteit vraagt in wezen of en in hoeverre de verwerkingsverantwoordelijke verplicht is te verifiëren en te schriftelijk vast te leggen dat de subverwerkingsovereenkomsten dezelfde verplichtingen opleggen aan de verdere verwerkers.
62. In artikel 28, lid 4⁵⁵, wordt aan verwerkers in dit verband een rechtstreekse verplichting opgelegd. Bovendien wordt in artikel 28, lid 3, punt d), vereist dat de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker in hun overeenkomst de verplichting “bepalen” voor de verwerker om de in artikel 28, lid 4, bedoelde voorwaarden in acht te nemen, waardoor dit vereiste een contractuele verplichting wordt die aan de verwerker wordt opgelegd. Met andere woorden: **de eerste verwerker is wettelijk en**

⁵⁵ Artikel 28, lid 4, AVG: “Wanneer een verwerker een andere verwerker in dienst neemt om ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke specifieke verwerkingsactiviteiten te verrichten, worden aan deze andere verwerker bij een overeenkomst of een andere rechtshandeling krachtens Unierecht of lidstatelijke recht dezelfde verplichtingen inzake gegevensbescherming opgelegd als die welke in de in lid 3 bedoelde overeenkomst of andere rechtshandeling tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker zijn opgenomen, met name de verplichting afdoende garanties met betrekking tot het toepassen van passende technische en organisatorische maatregelen te bieden opdat de verwerking aan het bepaalde in deze verordening voldoet”.

contractueel verplicht om dezelfde gegevensbeschermingsverplichtingen op te nemen in de subverwerkingsovereenkomsten die hij met verdere verwerkers sluit.

63. Evenzo zullen de verdere verwerkers contractueel verplicht zijn (door de eerste verwerker) om dezelfde gegevensbeschermingsverplichtingen op te leggen aan hun eigen verwerkers, enzovoort in de hele verwerkingsketen⁵⁶. Het is geen vereiste dat de subverwerkingsovereenkomst qua formulering identiek is aan de met de eerste verwerker gesloten gegevensverwerkingsovereenkomst⁵⁷.
64. Het Comité herinnert eraan dat indien een subverwerker zijn verplichtingen niet nakomt, de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de verplichtingen van die andere subverwerker bij de verwerkingsverantwoordelijke berust. De eerste verwerker blijft echter aansprakelijk jegens de verwerkingsverantwoordelijke, zodat de verwerkingsverantwoordelijke een contractuele vordering kan instellen tegen zijn eerste verwerker indien deze nalaat dezelfde gegevensbeschermingsverplichtingen op te nemen in de subverwerkingsovereenkomsten.
65. Verwerkers hebben de plicht om aan de verwerkingsverantwoordelijke alle informatie ter beschikking te stellen die nodig is om aan te tonen dat aan artikel 28, lid 3, punt h), AVG wordt voldaan. Daarom zal de eerste verwerker op verzoek van de verwerkingsverantwoordelijke de subverwerkingsovereenkomsten tussen de eerste verwerker en de verdere verwerkers moeten verstrekken.
66. In dat opzicht bieden de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers⁵⁸ en de modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen⁵⁹ van de Europese Commissie de verwerkingsverantwoordelijke de mogelijkheid om te

⁵⁶ In Gezamenlijk advies nr. 2/2021 van het EDPB en de EDPS inzake het uitvoeringsbesluit van de Europese Commissie betreffende modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen werd door het Comité en de EDPS benadrukt dat het vereiste van artikel 28, lid 4, AVG in aanmerking moest worden genomen door de partijen in een relatie tussen twee verwerkers (punt 66).

⁵⁷ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 160: "Het vereiste om "dezelfde" verplichtingen op te leggen dient functioneel en niet formeel te worden opgevat: het is niet noodzakelijk dat in de overeenkomst exact dezelfde woorden worden opgenomen als die welke in de overeenkomst tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker worden gebruikt, maar er dient voor te worden gezorgd dat de verplichtingen in wezen dezelfde zijn". Het Comité merkt ook op dat wanneer twee verwerkers een beroep doen op module drie (tussen twee verwerkers) van de modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen van de Europese Commissie, de eerste verwerker een aanvullende garantstelling verstrekt. Krachtens bepaling 8.1, punt d), van de modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen van de Europese Commissie garandeert de gegevensexporteur (de eerste verwerker) dat hij dezelfde verplichtingen inzake gegevensbescherming heeft opgelegd aan de gegevensimporteur (subverwerker) als die welke zijn vastgelegd in de overeenkomst of andere rechtshandeling krachtens Unierecht of lidstatelijk recht tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de gegevensexporteur.

⁵⁸ In bepaling 7 over het gebruik van subverwerkers wordt in bepaling 7.7, punt c), van de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers van de Europese Commissie het volgende bepaald: "Op verzoek van de verwerkingsverantwoordelijke verstrekt de verwerker de verwerkingsverantwoordelijke een kopie van een dergelijke subverwerkingsovereenkomst en van alle latere wijzigingen daarvan. Voor zover nodig ter bescherming van bedrijfsgeheimen of andere vertrouwelijke informatie, met inbegrip van persoonsgegevens, kan de verwerker de tekst van de overeenkomst bewerken alvorens de kopie te delen". Uitvoeringsbesluit (EU) 2021/915 van de Commissie van 4 juni 2021 betreffende standaardcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers uit hoofde van artikel 28, lid 7, van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad en artikel 29, lid 7, van Verordening (EU) 2018/1725 van het Europees Parlement en de Raad (hierna "modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers van de Europese Commissie" genoemd).

⁵⁹ In module twee (tussen verwerkingsverantwoordelijke en verwerker), bepaling 9, punt c), van de modelcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen van de Europese Commissie is het volgende bepaald: "De gegevensimporteur verstrekt op verzoek van de gegevensexporteur een kopie van die overeenkomst met de subverwerker en van eventuele daaropvolgende wijzigingen aan de

verzoeken om een kopie van de subverwerkingsovereenkomst tussen de eerste verwerker en de verdere verwerkers. In deze mogelijkheid is ook voorzien door drie door de toezichthoudende autoriteiten vastgestelde modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers⁶⁰. Deze mogelijkheid is een uitdrukking van het auditrecht van de verwerkingsverantwoordelijke op grond van artikel 28, lid 3, punt h), AVG. Op verzoek van de verwerkingsverantwoordelijke dient de verwerker een dergelijke kopie te verstrekken.

67. Niettemin merkt het Comité op dat in de modelcontractbepalingen niet wordt geregeld of een verwerkingsverantwoordelijke *moet* verzoeken om een dergelijke kopie om te voldoen aan artikel 28, lid 1, AVG.
68. In die geest kan de vraag of de verwerkingsverantwoordelijke er al dan niet voor kiest om te verzoeken om een dergelijke kopie, niet bepalend zijn voor de verantwoordelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijke. De verwerker draagt in elk geval ook wettelijke en contractuele verplichtingen op grond waarvan hij dezelfde gegevensbeschermingsverplichtingen moet opleggen als in de oorspronkelijke overeenkomst.
69. Dit gezegd hebbende, **heeft de verwerkingsverantwoordelijke niet de plicht om systematisch naar de subverwerkingsovereenkomsten te vragen om te controleren of de gegevensbeschermingsverplichtingen die in de oorspronkelijke overeenkomst zijn vastgelegd, zijn doorgegeven in de verwerkingsketen**. De verwerkingsverantwoordelijke moet per geval beoordelen of het nodig is een kopie van dergelijke overeenkomsten op te vragen of om deze op enig moment te beoordelen om de naleving te kunnen aantonen in het licht van het verantwoordingsbeginsel. In het kader van de uitoefening van zijn auditrecht uit hoofde van artikel 28, lid 3, punt h), dient de verwerkingsverantwoordelijke een proces te hebben ingevoerd om auditcampagnes uit te voeren om steekproefsgewijs te controleren of de overeenkomsten met zijn subverwerkers de nodige gegevensbeschermingsverplichtingen bevatten.
70. De noodzaak om te verzoeken om een kopie van de subverwerkingsovereenkomst hangt daarom af van de omstandigheden van het geval. In geval van twijfel over de naleving door de verwerker of subverwerker van de vereisten van artikel 28, leden 1 en 4, of op verzoek van de toezichthoudende autoriteit, moet de verwerkingsverantwoordelijke bijvoorbeeld om de overeenkomst verzoeken ten behoeve van zijn beoordeling (bv. indien de verdere verwerker getroffen wordt door een inbreuk in verband met persoonsgegevens, of in het geval van andere openbaar beschikbare informatie of andere informatie waarover de verwerkingsverantwoordelijke beschikt), bijvoorbeeld als er modellen van de

gegevensexporteur. Voor zover dit noodzakelijk is om bedrijfsgeheimen of andere vertrouwelijke informatie, waaronder persoonsgegevens, te beschermen, mag de gegevensimporteur de tekst van de overeenkomst redigeren voordat hij een kopie deelt". Daarnaast is in module drie (tussen twee verwerkers) het volgende bepaald: "De gegevensimporteur verstrekt op verzoek van de gegevensexporteur of van de verwerkingsverantwoordelijke een kopie van die overeenkomst met de subverwerker en van eventuele daaropvolgende wijzigingen. Voor zover dit noodzakelijk is om bedrijfsgeheimen of andere vertrouwelijke informatie, waaronder persoonsgegevens, te beschermen, mag de gegevensimporteur de tekst van de overeenkomst redigeren voordat hij een kopie deelt". Uitvoeringsbesluit (EU) 2021/914 van de Commissie van 4 juni 2021 betreffende standaardcontractbepalingen voor de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad (hierna "modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie" genoemd).

⁶⁰ Modelcontractbepalingen van de Deense toezichthoudende autoriteit met het oog op de naleving van artikel 28 AVG, met name bepaling 7.5; modelcontractbepalingen van de Litouwse toezichthoudende autoriteit met het oog op de naleving van artikel 28 AVG, met name bepaling 18; modelcontractbepalingen van de Sloveense toezichthoudende autoriteit met het oog op de naleving van artikel 28 AVG, met name bepaling 6.5.

gegevensverwerkingsovereenkomst van de subverwerker zijn die niet voldoen aan de vereisten van artikel 28, lid 3, AVG.

71. Om de naleving van artikel 28, lid 1, in het licht van het verantwoordingsbeginsel te waarborgen, kan een kopie van de subverwerkingsovereenkomsten de verwerkingsverantwoordelijke helpen aantonen dat zijn verwerkers en subverwerkers afdoende garanties bieden, met inbegrip van het feit dat de verwerker voldoet aan artikel 28, lid 4, AVG. Het Comité merkt op dat een verwerkingsverantwoordelijke mogelijk niet in staat is te beoordelen of de met betrekking tot een subverwerker geboden garanties al dan niet afdoende zijn zonder toegang te hebben gehad tot de inhoud van de subverwerkingsovereenkomst en deze te hebben beoordeeld. Hoewel garanties schriftelijk in de overeenkomst kunnen worden vastgelegd, kunnen contractbepalingen op zichzelf niet aantonen dat de partijen bij de overeenkomst de afdoende garanties daadwerkelijk hebben ingevoerd.

2.2 Over de interpretatie van artikel 28, lid 1, AVG in samenhang met artikel 44 AVG (doorgiften in de verwerkingsketen – vragen 1.2 en 1.3)

72. Met vraag 1.2 van het verzoek wordt beoogd verduidelijking te krijgen in gevallen van doorgiften of verdere doorgiften van een (sub)verwerker aan een andere (sub)verwerker, namelijk in hoeverre de verwerkingsverantwoordelijke, in het kader van zijn verplichting uit hoofde van artikel 28, lid 1, AVG in samenhang met artikel 44 AVG, de documentatie van (sub)verwerkers moet beoordelen die aantoont dat het beschermingsniveau voor persoonsgegevens niet wordt ondermijnd door de eerste of verdere doorgiften.
73. Met vraag 1.3 wordt beoogd verduidelijking te krijgen of de omvang van de verplichtingen uit hoofde van artikel 28, lid 1, AVG gelezen in samenhang met artikel 5, lid 2, en artikel 24 AVG, zoals beantwoord in vraag 1.2, varieert afhankelijk van het risico dat verbonden is aan de verwerkingsactiviteit. Indien dat zo zou zijn, wil de Deense toezichthoudende autoriteit weten in welke mate dergelijke verplichtingen van toepassing zijn op verwerkingsactiviteiten met een “laag risico” en met een “hoog risico”.

Inleidende verduidelijkingen

74. Voor een beter begrip worden in het kader van dit advies enkele inleidende verduidelijkingen met betrekking tot deze vragen gegeven.
75. Ten eerste verstaat het Comité onder de term “doorgifte” de betekenis die daaraan wordt gegeven in de EDPB-richtsnoeren 05/2021 over de wisselwerking tussen artikel 3 en hoofdstuk V AVG⁶¹ (hierna “EDPB-richtsnoeren 05/2021 (wisselwerking)” genoemd), waarin ook wordt verwezen naar de EDPB-richtsnoeren 3/2018 over het territoriale toepassingsgebied van de AVG⁶². Zoals eerder door het Comité is benadrukt, vormt toegang op afstand vanuit een derde land een doorgifte indien aan de criteria van EDPB-richtsnoeren 05/2021 (wisselwerking) wordt voldaan⁶³. Hoe dan ook leidt het bestaan van een doorgifte tot de toepassing van hoofdstuk V van de AVG.
76. Ten tweede, aangezien vraag 1.2 betrekking heeft op een situatie waarin een (sub)verwerker een eerste of verdere doorgifte aan een andere (sub)verwerker verricht, is de verwerkingsverantwoordelijke niet de gegevensexporteur, maar is de gegevensexporteur een verwerker die de persoonsgegevens namens de verwerkingsverantwoordelijke doorgeeft aan een andere verwerker in de keten, en niet aan een afzonderlijke verwerkingsverantwoordelijke. Persoonsgegevens die worden doorgegeven aan afzonderlijke verwerkingsverantwoordelijken, met inbegrip van rechterlijke instanties of administratieve autoriteiten van derde landen, zijn derhalve uitgesloten. Daarom valt de interpretatie van artikel 48 AVG niet binnen het toepassingsgebied van deze vragen.
77. Ten derde merkt het Comité op dat vraag 1.2 verwijst naar doorgiften die plaatsvinden in de verwerkingsketen in overeenstemming met de schriftelijk vastgelegde instructies van de verwerkingsverantwoordelijke uit hoofde van artikel 28, lid 3, punt a), AVG. Het is de moeite waard om te benadrukken dat het aan de verwerkingsverantwoordelijke is om te beslissen of een doorgifte van persoonsgegevens buiten de EER mogelijk is als onderdeel van de verwerkingsactiviteiten die aan de (sub)verwerkers zijn toevertrouwd. De verwerker dient zich te onthouden van het verrichten van enige eerste of verdere doorgifte buiten de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke⁶⁴. De schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot de eerste of verdere doorgifte van persoonsgegevens moeten worden doorgegeven in de verwerkingsketen⁶⁵.
78. Ten vierde verduidelijkt het Comité dat het begrip “risico” waarnaar in vraag 1.3 wordt verwezen, moet worden begrepen als het risico voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen wier persoonsgegevens worden verwerkt, in de zin van overwegingen 75 en 76 AVG (zoals vermeld in punt 35 hierboven).

⁶¹ EDPB-richtsnoeren 05/2021 over de wisselwerking tussen de toepassing van artikel 3 en de bepalingen inzake internationale doorgiften overeenkomstig hoofdstuk V van de AVG, versie 2.0, vastgesteld op 14 februari 2023, waarbij punt 9 de drie cumulatieve criteria bevat om een verwerking als doorgifte aan te merken en meer in het algemeen in afdeling 2 deze criteria worden uiteengezet.

⁶² EDPB-richtsnoeren 05/2021 (wisselwerking), punt 12, waarin wordt verwezen naar EDPB-richtsnoeren 3/2018 over het territoriale toepassingsgebied van de AVG, versie 2.0, vastgesteld op 12 november 2019, blz. 5 en de afdelingen 1-3. Zie in het bijzonder afdeling 2, “d) Niet in de Unie gevestigde verwerker”.

⁶³ EDPB-richtsnoeren 05/2021 (wisselwerking), punt 16.

⁶⁴ Artikel 29 AVG. Het Comité herinnert hieraan als volgt: “In de overeenkomst dienen de vereisten voor doorgifte aan derde landen of internationale organisaties te worden gespecificeerd, rekening houdend met de bepalingen van hoofdstuk V van de AVG” (EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 119). De verwerkingsverantwoordelijke kan er bijvoorbeeld voor kiezen om doorgiften te verbieden of alleen naar specifieke landen toe te staan.

⁶⁵ Artikel 28, lid 4, AVG.

De verantwoordelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijke geldt ook als de (sub)verwerkers de eerste of verdere doorgifte uitvoeren

79. Wat de inhoud van het verzoek betreft, heeft het Comité al gespecificeerd dat “[e]r [...] sprake [is] van een doorgiftesituatie wanneer een verwerker (op grond van artikel 3, lid 1, of artikel 3, lid 2, voor een bepaalde verwerking, [...]) in opdracht van zijn verwerkingsverantwoordelijke gegevens naar een andere verwerker of zelfs naar een verwerkingsverantwoordelijke in een derde land zendt. In die gevallen treedt de verwerker namens de verwerkingsverantwoordelijke op als gegevensexporteur en moet hij ervoor zorgen dat de bepalingen van hoofdstuk V bij de doorgifte in kwestie volgens de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke worden nageleefd, met inbegrip van het gebruik van een geschikt doorgifte-instrument. Aangezien de doorgifte een verwerkingsactiviteit is die namens de verwerkingsverantwoordelijke wordt uitgevoerd, **is de verwerkingsverantwoordelijke ook verantwoordelijk en mogelijk aansprakelijk op grond van hoofdstuk V, en moet hij er ook voor zorgen dat de verwerker voldoende waarborgen overeenkomstig artikel 28 biedt**”⁶⁶.
80. Met andere woorden, zelfs wanneer een doorgifte niet rechtstreeks door de verwerkingsverantwoordelijke wordt uitgevoerd maar door een verwerker namens de verwerkingsverantwoordelijke, zijn op de verwerkingsverantwoordelijke nog steeds de verplichtingen die voortvloeien uit zowel artikel 44 AVG als artikel 28, lid 1, AVG van toepassing^{67,68}.

Verantwoordelijkheid die voortvloeit uit artikel 44 AVG

81. De verplichtingen van artikel 44 AVG⁶⁹ zijn gericht tot zowel verwerkers (die in het kader van dit advies optreden als gegevensexporteurs) als verwerkingsverantwoordelijken⁷⁰. Verwerkers en verwerkingsverantwoordelijken moeten er daarom beide voor zorgen dat het beschermingsniveau van de persoonsgegevens niet wordt ondermijnd door de eerste of verdere doorgifte, ongeacht de grond op basis waarvan de doorgifte plaatsvindt⁷¹. Zo blijven bijvoorbeeld zowel de verwerkingsverantwoordelijke als de verwerker in beginsel verantwoordelijk op grond van hoofdstuk V AVG voor een onrechtmatige eerste of verdere doorgifte⁷² en kunnen zij dus beide en individueel aansprakelijk worden gesteld in geval van een inbreuk.

Verantwoordelijkheid die voortvloeit uit artikel 28, lid 1, AVG

⁶⁶ EDPB-richtsnoeren 05/2021 (wisselwerking), punt 19, nadruk toegevoegd door het Comité.

⁶⁷ Het is ook relevant om aan te geven dat in artikel 28, lid 1, AVG wordt verwezen naar het voldoen aan de vereisten van de AVG, en dus moet worden geïnterpreteerd als omvattende de bepalingen van hoofdstuk V met betrekking tot de eerste of verdere doorgifte van persoonsgegevens aan derde landen. Dit heeft betrekking op zowel eerste als verdere doorgiften, zie artikel 44 AVG.

⁶⁸ In het kader van dit deel van het advies komen de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 44 en artikel 28, lid 1, AVG aan bod, met dien verstande dat op de verwerkingsverantwoordelijke nog steeds alle verplichtingen van toepassing zijn die krachtens de AVG voor hem gelden.

⁶⁹ In artikel 44 AVG wordt verwezen naar de bepalingen van hoofdstuk V AVG.

⁷⁰ Artikel 44 AVG heeft betrekking op “de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker” in verband met de naleving van hoofdstuk V; zie ook overweging 101. Om die reden zijn de op 18 juni 2021 vastgestelde EDPB-aanbevelingen 01/2020 inzake maatregelen ter aanvulling op doorgifte-instrumenten teneinde naleving van het beschermingsniveau van persoonsgegevens in de Unie te waarborgen, versie 2.0 (hierna “EDPB-aanbevelingen 01/2020” genoemd), van toepassing op “gegevensexporteurs” (ongeacht of zij verwerkingsverantwoordelijken of (sub)verwerkers zijn die persoonsgegevens verwerken).

⁷¹ Arrest van het Hof van 16 juli 2020, Data Protection Commissioner/Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems, zaak C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (hierna “arrest Schrems II” genoemd), punt 92.

⁷² De verwerkingsverantwoordelijke kan op zijn verwerker een schadevergoeding verhalen die overeenkomt met zijn deel van de verantwoordelijkheid, mits aan de voorwaarden van artikel 82, lid 5, AVG is voldaan.

82. Op grond van het verantwoordingsbeginsel moeten verwerkingsverantwoordelijken “passende maatregelen” nemen om eventuele schendingen van de regels van de AVG te voorkomen, teneinde het recht op gegevensbescherming te waarborgen⁷³ en dit omvat ook het voorkomen van schendingen van hoofdstuk V AVG. Deze verantwoordelijkheid geldt voordat de doorgifte begint en zolang de doorgegeven persoonsgegevens in het derde land worden verwerkt.
83. Zoals hierboven in de punten 47 en 48 is uiteengezet, moet de *verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke* om na te gaan of de (sub)verwerkers afdoende garanties bieden voor de uitvoering van de door de verwerkingsverantwoordelijke vastgestelde maatregelen uit hoofde van artikel 28, lid 1, AVG⁷⁴ van toepassing zijn, ongeacht het risico voor de rechten en vrijheden van betrokkenen. De *omvang* van een dergelijke verificatie zal in de praktijk echter variëren afhankelijk van de aard van de organisatorische en technische maatregelen die door de verwerkingsverantwoordelijke worden vastgesteld op basis van, onder andere, het risico dat met de verwerking gepaard gaat⁷⁵. In dat opzicht kan het bestaan van een eerste of verdere doorgifte naar derde landen in de verwerkingsketen de risico’s die voortvloeien uit de verwerking vergroten en dit heeft daarom gevolgen voor de “passende” maatregelen die door de verwerkingsverantwoordelijke zijn vastgesteld⁷⁶.
84. Op verzoek moet de verwerkingsverantwoordelijke, bijgestaan door de verwerker en subverwerkers, aan de bevoegde toezichthoudende autoriteit kunnen aantonen dat hij voldoet aan de vereisten van artikel 28, lid 1, AVG. De passende documentatie kan, onder meer, worden gebaseerd op de informatie die van de verwerkers is ontvangen in het kader van het in dienst nemen van (sub)verwerkers⁷⁷ (zie de punten 54 tot en met 56), maar ook zijn gebaseerd op de bijstand van zijn verwerkers, overeenkomstig artikel 28, lid 3, punt h), AVG (zie de punten 51 en 52).

⁷³ Zie de afdeling hierboven over artikel 5, lid 2, en artikel 24, lid 1, in samenhang met artikel 28, lid 1, AVG.

⁷⁴ Ter voorkoming van twijfel moet worden verduidelijkt dat de “passende technische en organisatorische maatregelen” als bedoeld in artikel 24, lid 1, en artikel 28, lid 1, AVG niet mogen worden verward met de “aanvullende maatregelen”, die worden genoemd in EDPB-aanbevelingen 01/2020 (punt 50: “Aanvullende maatregelen” zijn per definitie een aanvulling op de waarborgen waarin het doorgifte-instrument van artikel 46 van de AVG reeds voorziet en op alle andere toepasselijke beveiligingsvereisten (bv. technische beveiligingsmaatregelen) die in de AVG zijn vastgesteld”, waarin wordt verwezen naar overweging 109 van de AVG en arrest Schrems II, punt 133).

⁷⁵ Zie de definitie van “risico”, zoals toegelicht in de punten 35 en 78.

⁷⁶ Overweging 116 AVG luidt als volgt: “Bij grensoverschrijdend verkeer van persoonsgegevens naar landen buiten de Unie kan het voor natuurlijke personen moeilijker worden hun gegevensbeschermingsrechten uit te oefenen, met name teneinde zich te beschermen tegen onrechtmatig gebruik of onrechtmatige openbaarmaking van die informatie.”

⁷⁷ Zie ook bepaling 9, punt a), van module drie (tussen twee verwerkers) en bepaling 9, punt a), van module twee (tussen verwerkingsverantwoordelijke en verwerker) van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie en bijlage III daarbij; zie voorts bepaling 7.7, punt a), van de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers van de Europese Commissie en bijlage IV “Lijst van subverwerkers” daarbij. Zowel bijlage III bij de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie als bijlage IV bij de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers van de Europese Commissie moeten worden ingevuld met de volgende informatie over de subverwerkers in geval van een specifieke toestemming van de verwerkingsverantwoordelijke: naam; adres; naam, functie en contactgegevens van de contactpersoon; en een omschrijving van de verwerking. Daarnaast staat in bijlage I bij de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie, onder deel B (“Beschrijving van doorgifte”) tevens “Voor doorgiften aan (sub-)verwerkers ook het onderwerp, de aard en de duur van de verwerking opgeven”. Evenzo bevat bijlage II bij de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers de zin “Voor verwerking door (sub)verwerkers, ook het voorwerp, de aard en de duur van de verwerking vermelden”.

85. De verwerkingsverantwoordelijke heeft ook alle relevante informatie nodig om de vereiste instructies te kunnen geven voor de doorgifte van de persoonsgegevens naar de respectieve derde landen en om te kunnen voldoen aan het verantwoordingsbeginsel in artikel 5, lid 2, en artikel 24 AVG, en aan de bepalingen van artikel 28, lid 1, artikel 32 en hoofdstuk V AVG⁷⁸. De verwerkingsverantwoordelijke kan op basis van de ontvangen informatie bezwaar aantekenen tegen of geen toestemming geven voor het in dienst nemen van een verdere verwerker wanneer dit zou leiden tot een doorgifte van persoonsgegevens van de eerste verwerker (als een exporteur) naar de beoogde verdere verwerker (als een importeur).
86. In overeenstemming met punt 58 hierboven is de verwerkingsverantwoordelijke uiteindelijk verantwoordelijk voor elke schending van artikel 28, lid 1, AVG wanneer het gaat om het gebruik van (sub)verwerkers en kan hij hiervoor aansprakelijk worden gesteld. Het Comité benadrukt dat praktische moeilijkheden die verwerkingsverantwoordelijken aanvoeren met betrekking tot de controle op het in dienst nemen van subverwerkers door hun verwerker — waardoor het voor hen moeilijk kan zijn om de “afdoende garanties” te verifiëren, met name wat betreft doorgifte naar derde landen — de verwerkingsverantwoordelijke niet ontslaan van zijn verantwoordelijkheden in het kader van de verwerking⁷⁹.
87. Hieronder worden niet-uitputtende voorbeelden beschreven van de documentatie die de verwerkingsverantwoordelijke moet beoordelen en aan de bevoegde toezichthoudende autoriteit moet kunnen overleggen — in kaart brengen van doorgiften, gebruikte grond voor doorgiften en, in voorkomend geval, “doorgifte-effectbeoordelingen” en aanvullende maatregelen.

In kaart brengen van doorgiften:

88. De verwerkingsverantwoordelijke moet als eerste stap, wanneer persoonsgegevens worden doorgegeven aan derde landen in verband met het gebruik van (sub)verwerkers, documentatie met betrekking tot het in kaart brengen van de doorgifte beoordelen en kunnen overleggen⁸⁰. De verwerkingsverantwoordelijke moet ervoor zorgen dat de exporteur (die namens hem persoonsgegevens verwerkt) de doorgifte in kaart brengt, waarbij wordt aangegeven welke persoonsgegevens worden doorgegeven (met inbegrip van toegang op afstand), waar en voor welke doeleinden⁸¹. De verwerkingsverantwoordelijke kan zich op deze inventarisatie beroepen en zo nodig daarop voortbouwen. Wanneer de door de verwerkingsverantwoordelijke ontvangen inventarisatie bijvoorbeeld onvolledig⁸² of onjuist lijkt of vragen oproept, moet de verwerkingsverantwoordelijke om aanvullende informatie vragen, de informatie verifiëren en deze zo nodig aanvullen/corrigeren.
89. De verwerkingsverantwoordelijke moet deze informatie ontvangen⁸³ voordat een verdere verwerker in dienst wordt genomen. Er zij ook aan herinnerd dat de verwerkingsverantwoordelijke moet voldoen aan specifieke transparantievereisten met betrekking tot doorgiften aan derde landen op grond van artikel 13, lid 1, punt f), artikel 14, lid 1, punt f), artikel 15, lid 1, punt c), en artikel 15, lid 2, AVG en aan

⁷⁸ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 152 en voetnoot 69.

⁷⁹ GHK-verslag over clouddiensten, blz. 16.

⁸⁰ Met “in kaart brengen” en “inventarisatie” wordt verwezen naar de eerste stap (“Bekendheid met uw doorgifte”) van EDPB-aanbevelingen 01/2020, afdeling 2.1, “Stap 1: Bekendheid met uw doorgiften”. Deze eerste stap is van toepassing ongeacht de grond voor de doorgifte.

⁸¹ Er moet worden gespecificeerd dat de doeleinden worden vastgesteld door de verwerkingsverantwoordelijke, samen met de “wezenlijke middelen” van de verwerking (zie EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 40).

⁸² Als bijvoorbeeld de locatie van de subverwerkers niet in de inventarisatie wordt gespecificeerd, of als doorgiften in de vorm van toegang op afstand niet in de inventarisatie worden vermeld terwijl ze wel plaatsvinden.

⁸³ Zoals hierboven toegelicht in de punten 54 tot en met 56.

de verplichting om een register van verwerkingsactiviteiten bij te houden op grond van artikel 30, lid 1, punten d) en e), AVG. Om aan deze vereisten te voldoen, moet de verwerkingsverantwoordelijke weten waar de subverwerkers zich bevinden en waar de doorgiften — met inbegrip van toegang op afstand — plaatsvinden⁸⁴.

Gebruikte grond voor de doorgifte en, indien van toepassing, de “doorgifte-effectbeoordeling” en aanvullende maatregelen:

90. De verwerkingsverantwoordelijke moet de documentatie beoordelen en kunnen overleggen met betrekking tot de grond voor de doorgifte⁸⁵ waarop de exporteur zich overeenkomstig de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke baseert⁸⁶. Dit betekent dat de verwerkingsverantwoordelijke deze informatie van de (sub)verwerkers/exporteurs moet ontvangen voordat de doorgiften plaatsvinden. Het Comité herinnerde er in dit verband aan dat de verwerkingsverantwoordelijke moet voldoen aan specifieke transparantievereisten met betrekking tot “of er al dan niet een adequaatheidsbesluit [...] bestaat” uit hoofde van artikel 45 AVG of “passende waarborgen” die worden geboden in overeenstemming met artikel 46 AVG (artikel 13, lid 1, punt f), artikel 14, lid 1, punt f), en artikel 15, lid 2, AVG⁸⁷).
91. De omvang van de plicht van de verwerkingsverantwoordelijke om deze documentatie te beoordelen, hangt af van het soort grond dat wordt gebruikt voor de eerste of verdere doorgifte door de (sub)verwerkers (als gegevensexporteur)⁸⁸:
92. Doorgiften kunnen plaatsvinden op basis van een **adequaathheidsbesluit** indien de Commissie krachtens artikel 45 AVG heeft besloten dat een derde land, een gebied of één of meerdere nader bepaalde sectoren in dat derde land, of dat een internationale organisatie een passend beschermingsniveau waarborgt. Om te beoordelen of het beschermingsniveau passend is, houdt de Commissie — naast met andere criteria — rekening met de regels voor de verdere doorgifte van persoonsgegevens naar een ander derde land of een andere internationale organisatie die in dat land of die internationale organisatie worden nageleefd, met de jurisprudentie, en tevens met effectieve en afdwingbare rechten van betrokkenen en daadwerkelijke mogelijkheden om administratief beroep of beroep in rechte in te stellen voor betrokkenen wier persoonsgegevens worden doorgegeven⁸⁹.

⁸⁴ Een dergelijke inventarisatie is ook noodzakelijk wanneer de partijen de relevante bijlagen van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie en de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers van de Europese Commissie invullen (zie voetnoot 80 hierboven).

⁸⁵ EDPB-aanbevelingen 01/2020, afdeling 2.2. “Stap 2: Bepaal welk doorgifte-instrumenten u gebruikt”.

⁸⁶ Artikel 28, lid 3, punt a), AVG.

⁸⁷ EDPB-richtsnoeren 01/2022 (recht van inzage), punt 122.

⁸⁸ In overeenstemming met de schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot doorgiften van persoonsgegevens in de verwerkingsketen.

⁸⁹ Zie artikel 45 AVG en Groep gegevensbescherming artikel 29, adequaatheidsreferentie, vastgesteld op 28 november 2017, WP 254, goedgekeurd door het Comité op 25 mei 2018, blz. 8: “Verdere doorgifte van de persoonsgegevens door de eerste ontvanger van de oorspronkelijke gegevensdoorgifte mag alleen worden toegestaan wanneer a) de latere ontvanger — dat wil zeggen de ontvanger van de verdere doorgifte — eveneens is onderworpen aan voorschriften (met inbegrip van contractuele bepalingen) die een passend beschermingsniveau opleveren en b) deze ontvanger de relevante instructies opvolgt wanneer hij/zij namens de verwerkingsverantwoordelijke gegevens verwerkt. Het beschermingsniveau van natuurlijke personen wier gegevens worden doorgegeven, mag niet worden ondermijnd door de verdere doorgifte. De eerste ontvanger van de gegevens die vanuit de EU worden doorgegeven, heeft de verantwoordelijkheid om bij ontstentenis van een adequaatheidsbesluit toe te zien op passende waarborgen voor verdere doorgifte van gegevens. Verdere

93. Gelet op het voorgaande geldt dat, wanneer een doorgifte wordt uitgevoerd door een (sub)verwerker (namens de verwerkingsverantwoordelijke) op basis van een adequaatheidsbesluit krachtens artikel 45 AVG, de omvang van de verificatie die de verwerkingsverantwoordelijke krachtens artikel 28, lid 1, AVG dient uit te voeren om na te gaan of de (sub)verwerker afdoende garanties biedt ten aanzien van de naleving van hoofdstuk V AVG, de volgende elementen te omvatten:
- of het adequaatheidsbesluit geldig is⁹⁰;
 - en of de namens de verwerkingsverantwoordelijke uitgevoerde doorgiften onder het toepassingsgebied van een dergelijk besluit vallen (bv. categorieën van persoonsgegevens of sectoren die binnen het toepassingsgebied vallen)⁹¹.
94. Wanneer persoonsgegevens die door een (sub)verwerker (namens de verwerkingsverantwoordelijke) zijn doorgegeven op grond van een adequaatheidsbesluit het voorwerp worden van een **verdere doorgifte** vanuit dit derde land, mag het door de AVG gewaarborgde beschermingsniveau van natuurlijke personen voor een dergelijke verdere doorgifte evenmin worden ondermijnd⁹². In dit verband heeft elk adequaatheidsbesluit van de Europese Commissie, overeenkomstig artikel 45, lid 2, punt a), AVG onder meer betrekking op de regels van derde landen inzake verdere doorgiften. Op grond van artikel 44 AVG hoeft de verwerkingsverantwoordelijke deze vereisten dus niet zelf te controleren.
95. Wat de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke uit hoofde van artikel 28, lid 1, AVG betreft, betekent dit dat de verwerkingsverantwoordelijke ervoor dient te zorgen dat de (sub)verwerker “afdoende garanties” biedt, ook met betrekking tot verdere doorgiften die door een (sub)verwerker uit een adequaat land worden verricht.
96. Indien er geen adequaatheidsbesluit is, kunnen doorgiften plaatsvinden wanneer wordt voldaan aan de bepaling van “**passende waarborgen**” overeenkomstig **artikel 46 AVG**. In dat geval moet de verwerkingsverantwoordelijke de geboden passende waarborgen beoordelen en aandacht besteden aan eventuele problematische wetgeving die de subverwerker zou kunnen beletten de in zijn overeenkomst met de eerste verwerker vastgestelde verplichtingen na te komen⁹³. Meer in het bijzonder moet de verwerkingsverantwoordelijke ervoor zorgen dat een dergelijke “doorgifte-effectbeoordeling”⁹⁴ wordt uitgevoerd, in overeenstemming met de jurisprudentie⁹⁵ en zoals toegelicht in EDPB-aanbevelingen 01/2020. De documentatie met betrekking tot de geboden

doorgiften van gegevens mogen alleen plaatsvinden voor beperkte en welbepaalde doeleinden en voor zover er een rechtsgrondslag voor de verwerking is”.

⁹⁰ EDPB-aanbevelingen 01/2020, punt 19: “Als u [de gegevensexporteur] persoonsgegevens doorgeeft naar derde landen, regio's of sectoren waarover de Commissie een adequaatheidsbesluit heeft genomen (voor zover van toepassing), hoeft u de volgende stappen in deze aanbevelingen niet uit te voeren. U moet echter wel blijven controleren of de voor uw doorgiften relevante adequaatheidsbesluiten worden ingetrokken of ongeldig verklaard”.

⁹¹ EDPB-aanbevelingen 01/2020, punt 19.

⁹² Zie artikel 44 AVG: “[...] indien [...] aan de in dit hoofdstuk neergelegde voorwaarden [wordt] voldaan; dit geldt ook voor verdere doorgiften van persoonsgegevens vanuit het derde land of een internationale organisatie aan een ander derde land of een andere internationale organisatie”.

⁹³ Zie in dat verband het arrest Schrems II, punten 132 en 133, waarin het contractuele karakter van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie wordt benadrukt door het Hof.

⁹⁴ Deze beoordeling wordt nader toegelicht in de EDPB-aanbevelingen 01/2020, stap 3, getiteld “Beoordeel of het door u gebruikte doorgifte-instrument van artikel 46 van de AVG doeltreffend is in het licht van alle omstandigheden van de doorgifte”.

⁹⁵ Arrest Schrems II, punt 134.

passende waarborgen, de “doorgifte-effectbeoordeling” en de mogelijke aanvullende maatregelen moeten door de verwerker/exporteur worden overgelegd⁹⁶ (in voorkomend geval in samenwerking met de verwerker/importeur⁹⁷). De verwerkingsverantwoordelijke kan zich baseren op de door de (sub)verwerker opgestelde beoordeling en daarop indien nodig voortbouwen. Wanneer de door de verwerkingsverantwoordelijke ontvangen beoordeling bijvoorbeeld onvolledig of onjuist lijkt of vragen oproept, moet de verwerkingsverantwoordelijke om aanvullende informatie vragen, de informatie verifiëren en deze zo nodig aanvullen/corrigeren, rekening houdend met het feit dat de beoordeling in overeenstemming moet zijn met EDPB-aanbevelingen 01/2020 en de daarin beschreven stappen⁹⁸. Dit omvat het identificeren van wetgeving en praktijken die relevant zijn in het licht van alle omstandigheden van de doorgifte⁹⁹ en het identificeren van passende aanvullende maatregelen indien nodig¹⁰⁰. In dit verband dient de verwerkingsverantwoordelijke er in het bijzonder op te letten of de gegevensexporteur, d.w.z. de verwerker of subverwerker, heeft beoordeeld of er iets in de wetgeving en/of de praktijken in het derde land is dat afbreuk kan doen aan de doeltreffendheid van de passende waarborgen van de grond voor de doorgifte waarop de exporteur zich beroept¹⁰¹, met name als gevolg van de wetgeving en praktijken betreffende de toegang tot de doorgegeven persoonsgegevens door de overheidsinstanties van het derde land¹⁰².

97. Bovendien en naar analogie van de doorgiften op basis van een adequaatheidsbesluit (artikel 45 AVG, zie hierboven in de punten 94 en 95), geldt, wanneer persoonsgegevens worden doorgegeven door een (sub)verwerker op basis van passende waarborgen uit hoofde van artikel 46 AVG, de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke uit hoofde van artikel 28, lid 1, AVG ook om zich ervan te vergewissen dat de (sub)verwerker afdoende garanties biedt met betrekking tot **verdere doorgiften**. Passende waarborgen uit hoofde van artikel 46 AVG omvatten gewoonlijk bepalingen tot vaststelling van regels die van toepassing zullen zijn op verdere doorgiften¹⁰³. Dit betekent dat

⁹⁶ EDPB-aanbevelingen 1/2022 inzake aanvragen tot goedkeuring alsmede de elementen en beginselen die moeten worden opgenomen in bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijken (artikel 47 AVG), vastgesteld op 20 juni 2023, versie 2.1, punt 10: “[...] het [is] bijvoorbeeld ook de verantwoordelijkheid van elke gegevensexporteur om voor elke doorgifte per geval te beoordelen of er aanvullende maatregelen moeten worden genomen om een beschermingsniveau te kunnen bieden dat in wezen gelijkwaardig is aan de door de AVG geboden bescherming”.

⁹⁷ In het arrest Schrems II, punt 134, merkte het Hof op dat een dergelijke verificatie in voorkomend geval in samenwerking met de importeur kan worden uitgevoerd. Zie ook EDPB-aanbevelingen 01/2020, afdeling 4.

⁹⁸ Zie in het bijzonder “Stap 3: Beoordeel of het door u gebruikte doorgifte-instrument van artikel 46 van de AVG doeltreffend is in het licht van alle omstandigheden van de doorgifte”, “Stap 4: Aanvullende maatregelen aannemen” en “Stap 6: Op gezette tijden opnieuw evalueren”, zoals toegelicht in EDPB-aanbevelingen 01/2020.

⁹⁹ Arrest Schrems II, punt 126. Zie ook EDPB-aanbevelingen 01/2020, afdeling 2.3. “Stap 3: Beoordeel of het door u gebruikte doorgifte-instrument van artikel 46 van de AVG doeltreffend is in het licht van alle omstandigheden van de doorgifte” en in het bijzonder punt 33. In het arrest Schrems II, punt 134, heeft het Hof opgemerkt dat een dergelijke verificatie in voorkomend geval in samenwerking met de importeur kan worden uitgevoerd (zie ook EDPB-aanbevelingen 01/2020, punt 30).

¹⁰⁰ Volgens de rechtspraak staat het aan de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker om van geval tot geval en eventueel in samenwerking met de ontvanger van de doorgifte na te gaan of het recht van het derde land van bestemming vanuit het oogpunt van het Unierecht een passende bescherming waarborgt voor persoonsgegevens die zijn doorgegeven op basis van standaardbepalingen inzake gegevensbescherming, en om zo nodig aanvullende waarborgen te bieden naast de door die bepalingen geboden waarborgen (arrest Schrems II, punt 134). Zie ook EDPB-aanbevelingen 01/2020, afdeling 2.4, “Stap 4: Aanvullende maatregelen aannemen”.

¹⁰¹ Zie EDPB-aanbevelingen 01/2020, afdeling 2.3 (“Stap 3”).

¹⁰² Zie EDPB-aanbevelingen 01/2020, punt 41 e.v.

¹⁰³ Zie bv. bepaling 8.7 (module één), respectievelijk bepaling 8.8 (modules twee en drie) van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie (Uitvoeringsbesluit (EU) 2021/914 van de Commissie van 4 juni 2021).

verwerkingsverantwoordelijken niet hoeven na te gaan of deze regels als zodanig in overeenstemming zijn met de vereisten van hoofdstuk V AVG. Verwerkingsverantwoordelijken moeten echter documentatie met betrekking tot dergelijke verdere doorgiften kunnen overleggen. Dit betekent dat de verwerkingsverantwoordelijke deze informatie moet ontvangen van de (sub)verwerkers/exporteurs, waaruit blijkt dat de importeurs daadwerkelijk voldoen aan de vereisten voor verdere doorgifte zoals vastgelegd in het instrument met passende waarborgen.

2.3 Over de interpretatie van artikel 28, lid 3, punt a), AVG (vraag 2)

98. Om te zorgen voor een transparante verdeling van verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden, zowel intern (tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers) als extern ten opzichte van betrokkenen en toezichthouders, moet volgens artikel 28, lid 3, AVG elke verwerking van persoonsgegevens door een verwerker worden geregeld in een overeenkomst of andere rechtshandeling krachtens het Unierecht of het lidstatelijke recht¹⁰⁴ tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker. In overeenstemming met artikel 28, lid 3, punt a), AVG bepaalt de overeenkomst met name dat de verwerker “de persoonsgegevens uitsluitend verwerkt op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, onder meer met betrekking tot doorgiften van persoonsgegevens aan een derde land of een internationale organisatie, tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht”. Tevens is hierin bepaald dat “in dat geval de verwerker de verwerkingsverantwoordelijke, voorafgaand aan de verwerking, in kennis [stelt] van dat wettelijk voorschrift, tenzij die wetgeving deze kennisgeving om gewichtige redenen van algemeen belang verbiedt”.
99. Het verzoek heeft betrekking op het bestaan van overeenkomsten die een verbintenis omvatten om persoonsgegevens alleen te verwerken op instructie van de verwerkingsverantwoordelijke “tenzij dit vereist is op grond van de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie” (waarin de verwijzing naar het Unierecht of het lidstatelijke recht is weggelaten). In dit verband zijn verschillende vragen aan het Comité voorgelegd, die in de volgende afdeling gezamenlijk aan bod komen:
- 2 Moet een overeenkomst of andere rechtshandeling krachtens het Unierecht of het lidstatelijke recht overeenkomstig artikel 28, lid 3, AVG de in artikel 28, lid 3, punt a), voorziene uitzondering “tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht” (letterlijk of in zeer vergelijkbare bewoordingen) bevatten om in overeenstemming te zijn met de AVG?
- 2a Als het antwoord op vraag 2 “nee” is, en wanneer een overeenkomst of andere rechtshandeling krachtens het Unierecht of het lidstatelijke recht de uitzondering van artikel 28, lid 3, punt a), AVG uitbreidt zodat het ook het recht van derde landen in omvat (bv. “tenzij dit krachtens de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie vereist is”), is dit op zichzelf al een inbreuk op artikel 28, lid 3, punt a), AVG?
100. In EDPB-richtsnoeren 07/2020 wordt herinnerd aan “het belang van het zorgvuldig onderhandelen over en het opstellen van overeenkomsten inzake gegevensverwerking” met betrekking tot alle wettelijke vereisten van de EU of de lidstaten die op de verwerker van toepassing zijn¹⁰⁵. Met betrekking tot de inhoud, wordt in EDPB-richtsnoeren 07/2020 opgemerkt dat een overeenkomst “tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker moet voldoen aan de vereisten van

¹⁰⁴ Hierna zal de term “overeenkomst” worden gebruikt om te verwijzen naar “een overeenkomst of andere rechtshandeling krachtens het Unierecht of het lidstatelijke recht”.

¹⁰⁵ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 121.

artikel 28 van de AVG om ervoor te zorgen dat de verwerker persoonsgegevens verwerkt in overeenstemming met de AVG. In een dergelijke overeenkomst dient rekening te worden gehouden met de specifieke verantwoordelijkheden van verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers. Hoewel artikel 28 een lijst bevat van punten die in elke overeenkomst betreffende de relatie tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers moeten worden behandeld, laat het ruimte voor onderhandelingen tussen de partijen bij dergelijke overeenkomsten”¹⁰⁶. De onderhandelingsruimte wordt beperkt door de vereisten van artikel 28, lid 3, AVG.

¹⁰⁶ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 109.

101. In de eerste plaats is de verbintenis van de verwerker om alleen persoonsgegevens te verwerken op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, een kernelement van de overeenkomst.
102. Zoals erkend in artikel 28, lid 3, punt a), AVG, mogen verwerkers echter op rechtmatige wijze persoonsgegevens verwerken — anders dan op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke — om te voldoen aan wettelijke verplichtingen op grond van het Unierecht of het lidstatelijke recht (hierna: “**wettelijk voorschrift van de EU of een lidstaat**” genoemd). In dezelfde bepaling wordt tevens de toezegging vereist van de verwerker om de verwerkingsverantwoordelijke — voorafgaand — te informeren wanneer een wettelijk voorschrift van de EU of een lidstaat om persoonsgegevens te verwerken/door te geven aan een derde land of een internationale organisatie van toepassing is, tenzij die wetgeving dergelijke informatie om gewichtige redenen van algemeen belang verbiedt. Deze verbintenis is met een formulering die sterk lijkt op die van artikel 28, lid 3, punt a), AVG uitdrukkelijk opgenomen in de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers van de Europese Commissie¹⁰⁷ en in verschillende modelcontractbepalingen, met name de door de Deense¹⁰⁸, Sloveense¹⁰⁹ en Litouwse¹¹⁰

¹⁰⁷ Zie met name bepaling 7.1, punt a), en bepaling 7.8, punt a):

— Bepaling 7.1, punt a: “De verwerker verwerkt persoonsgegevens uitsluitend op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht. In dat geval stelt de verwerker de verwerkingsverantwoordelijke, voorafgaand aan de verwerking, in kennis van dat wettelijk voorschrift, tenzij de wetgeving dit om gewichtige redenen van algemeen belang verbiedt. De verwerkingsverantwoordelijke kan ook tijdens de verwerking van persoonsgegevens steeds verdere instructies geven. Deze instructies worden altijd schriftelijk vastgelegd” (onderstreping toegevoegd). In hun gezamenlijk advies over de ontwerp-modelcontractbepalingen van de Europese Commissie hebben het Comité en de EDPS aanbevolen om de volledige tekst van artikel 28, lid 3, punt a), op te nemen (en dus een verwijzing toe te voegen naar de verplichting voor de verwerker om de verwerkingsverantwoordelijke in kennis te stellen van het wettelijke voorschrift) teneinde de consistentie te verbeteren. Gezamenlijk advies nr. 1/2021 van de EDPB en de EDPS over het uitvoeringsbesluit van de Commissie betreffende standaardcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers voor de aangelegenheden als bedoeld in artikel 28, lid 7, van Verordening (EU) 2016/679 en artikel 29, lid 7, van Verordening (EU) 2018/1725, punt 38. De formulering “tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht” was reeds aanwezig in de ontwerp-modelcontractbepalingen.

— Bepaling 7.8, punt a: “Doorgifte van gegevens aan een derde land of een internationale organisatie door de verwerker geschiedt uitsluitend op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke of om te voldoen aan een specifieke eis uit hoofde van het Unierecht of het lidstatelijke recht waaraan de verwerker is onderworpen, en vindt plaats in overeenstemming met hoofdstuk V van Verordening (EU) 2016/679 of Verordening (EU) 2018/1725”. Met betrekking tot bepaling 7.8, punt a), hebben het Comité en de EDPS aanbevolen een verwijzing op te nemen naar de mogelijkheid voor de verwerker om doorgiften te verrichten op basis van een specifieke eis uit hoofde van het Unierecht of het lidstatelijke recht waaraan de verwerker is onderworpen, die aanvankelijk niet was gespecificeerd in de ontwerp-modelcontractbepalingen. Bijlage 2 bij Gezamenlijk advies 1/2021 van het EDPB en de EDPS, opmerkingen over bepaling 7.7, punt a).

¹⁰⁸ Modelcontractbepalingen van de Deense toezichthoudende autoriteit met het oog op de naleving van artikel 28 AVG, en met name bepalingen 4.1 en 8.2. In EDPB-advies 14/2019 over het door de Deense toezichthoudende autoriteit voorgelegde ontwerp voor standaardcontractbepalingen (artikel 28, lid 8 van de AVG) heeft het Comité aanbevolen de formulering van artikel 28, lid 3, punt a), op te nemen om de rechtszekerheid te waarborgen.

¹⁰⁹ Modelcontractbepalingen van de Sloveense toezichthoudende autoriteit met het oog op de naleving van artikel 28 AVG, en met name bepalingen 3.1 en 7.2.

¹¹⁰ Modelcontractbepalingen van de Litouwse toezichthoudende autoriteit met het oog op de naleving van artikel 28 AVG, en met name bepalingen 4.1, 22 en 23.

toezichthoudende autoriteiten vastgestelde modelcontractbepalingen met het oog op de naleving van artikel 28 AVG.

103. Afgezien van een verbintenis om alleen te verwerken op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, bevat artikel 28, lid 3, punt a), AVG dus drie belangrijke elementen: a) een regel die van toepassing is op situaties waarin een wettelijk voorschrift de verwerker verplicht persoonsgegevens te verwerken zonder dat dit gebeurt op instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, en dus niet namens de verwerkingsverantwoordelijke, b) de noodzaak voor de verwerker om de verwerkingsverantwoordelijke te informeren¹¹¹ en c) de verwijzing dat een dergelijk wettelijk voorschrift voortvloeit uit het Unierecht of het lidstatelijke recht.
104. In deze context herinnert het Comité eraan dat, als algemeen beginsel, overeenkomsten niet boven de wet kunnen gaan. Dit betekent dat, ongeacht of de clause van artikel 28, lid 3, punt a), AVG (“tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht”) in een overeenkomst is opgenomen, deze niet kan voorkomen dat wettelijke voorschriften van toepassing zijn naast of, in sommige gevallen, in strijd met de contractuele vereisten. Bovendien kan een overeenkomst, overeenkomstig het algemene beginsel dat een overeenkomst geen verplichtingen jegens derden schept, niet bindend zijn voor bijvoorbeeld de overheidsinstanties van een lidstaat of een derde land¹¹².
105. In alle overeenkomsten tussen een verwerkingsverantwoordelijke en een verwerker moeten situaties aan bod komen waarin de verwerker op grond van wetgeving kan worden verplicht om persoonsgegevens te verwerken op een andere wijze dan op basis van de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke. Bovendien is de verplichting van de verwerker om de verwerkingsverantwoordelijke te informeren alvorens een verwerking uit te voeren die niet op zijn instructies is gebaseerd, ook een kernelement van de overeenkomst, dat ook moet worden opgenomen¹¹³.
106. Voor persoonsgegevens die buiten de EER worden verwerkt, is de verwijzing naar het Unierecht of het lidstatelijke recht mogelijk niet erg zinvol, aangezien een verwerker buiten de EER slechts bij wijze van uitzondering onderworpen zal zijn aan wettelijke voorschriften van de EU of de lidstaten. In dit verband merkt het Comité op dat de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie, die bedoeld zijn om, naast aan de vereisten van artikel 46, lid 1, en artikel 46, lid 2, punt d),

¹¹¹ In artikel 28, lid 3, punt a), AVG is bepaald dat indien de verwerker uit hoofde van het Unierecht of het lidstatelijke recht verplicht is persoonsgegevens te verwerken, “de verwerker de verwerkingsverantwoordelijke, voorafgaand aan de verwerking, in kennis [stelt] van dat wettelijk voorschrift, tenzij die wetgeving deze kennisgeving om gewichtige redenen van algemeen belang verbiedt”.

¹¹² Daarom bevatten de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie verschillende waarborgen die de exporteur en de importeur verplichten om de verplichte eisen van de wetgeving van een derde land te beoordelen alvorens de gegevens door te geven, om ervoor te zorgen dat zij niet verder gaan dan wat in een democratische samenleving noodzakelijk is (bepaling 14, punten a) tot en met d)), dat de importeur de exporteur in kennis stelt van wijzigingen en dat de laatste dienovereenkomstig handelt (bepaling 14, punten e) en f)), en dat de importeur verplichtingen oplegt in geval van toegang door overheidsinstanties (bepaling 15). Zie het arrest Schrems II, punten 125 en 141.

¹¹³ In EDPB-advies 18/2021 van het EDPB over het door de Litouwse toezichthoudende autoriteit ingediende ontwerp voor modelcontractbepalingen (artikel 28, lid 8, AVG) heeft het Comité aanbevolen het laatste element van artikel 28, lid 3, punt a), (d.w.z. de verplichting voor de verwerker om de verwerkingsverantwoordelijke in kennis te stellen van het toepasselijke wettelijke voorschrift) op te nemen in de modelcontractbepalingen (EDPB-advies 18/2021, punt 19).

AVG, ook te voldoen aan de vereisten van artikel 28, leden 3 en 4, AVG¹¹⁴, geen formulering bevatten die vergelijkbaar is met de “tenzij”-clausule in artikel 28, lid 3, punt a), AVG. Het vereiste om persoonsgegevens alleen te verwerken op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, tenzij dit vereist is op grond van het Unierecht of het lidstatelijke recht, komt echter al indirect aan bod in bepaling 8.1, van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie¹¹⁵. Bovendien betekent dit niet dat de informatieverplichting van artikel 28, lid 3, punt a), AVG niet aan bod komt, aangezien in de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie uitdrukkelijk is bepaald dat de gegevensimporteur de gegevensexporteur moet informeren indien hij de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke niet kan opvolgen¹¹⁶. Bijgevolg volgt de verbintenis van de verwerker om de verwerkingsverantwoordelijke in kennis te stellen wanneer een wettelijk voorschrift van toepassing is (ongeacht of dit voortvloeit uit het Unierecht of lidstatelijke recht dan wel uit het recht van een derde land) uit de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie zonder de exacte formulering “tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht” van artikel 28, lid 3, punt a), AVG (element c) hierboven) te gebruiken.

¹¹⁴ Zie overweging 9 van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie: “Wanneer de verwerking gegevensdoorgiften betreft van verwerkingsverantwoordelijken die onder Verordening (EU) 2016/679 vallen aan verwerkers buiten het territoriale toepassingsgebied ervan of van verwerkers die onder Verordening (EU) 2016/679 vallen aan subverwerkers buiten het territoriale toepassingsgebied ervan, zouden de in de bijlage bij dit besluit opgenomen standaardcontractbepalingen het ook mogelijk moeten maken om aan de vereisten in artikel 28, leden 3 en 4, van Verordening (EU) 2016/679 te voldoen”.

¹¹⁵ In bepaling 8 over waarborgen inzake gegevensbescherming (module twee: Doorgifte tussen verwerkingsverantwoordelijke en verwerker) staat in afdeling 8.1 “Instructies”:

“a) De gegevensimporteur verwerkt de persoonsgegevens uitsluitend op basis van schriftelijke instructies van de gegevensexporteur. De gegevensexporteur mag dergelijke instructies geven gedurende de duur van de overeenkomst.

b) De gegevensimporteur stelt de gegevensexporteur onmiddellijk in kennis indien hij niet in staat is deze instructies op te volgen”.

Evenzo staat in module drie (Doorgifte tussen twee verwerkers) in bepaling 8 over waarborgen inzake gegevensbescherming in bepaling 8.1 “Instructies”:

“a) De gegevensexporteur heeft de gegevensimporteur ervan in kennis gesteld dat hij als verwerker optreedt op basis van instructies van zijn verwerkingsverantwoordelijke(n), die de gegevensexporteur voorafgaand aan de verwerking ter beschikking zal stellen van de gegevensimporteur.

b) De gegevensimporteur verwerkt de persoonsgegevens uitsluitend op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, zoals door de gegevensexporteur meegedeeld aan de gegevensimporteur, en van eventuele bijkomende schriftelijke instructies van de gegevensexporteur. Dergelijke bijkomende instructies zijn niet in tegenspraak met de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke. De verwerkingsverantwoordelijke of de gegevensexporteur kan gedurende de duur van de overeenkomst verdere schriftelijke instructies met betrekking tot de gegevensverwerking geven.

c) De gegevensimporteur stelt de gegevensexporteur onmiddellijk in kennis indien hij niet in staat is deze instructies op te volgen. Indien de gegevensimporteur niet in staat is de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke te volgen, stelt de gegevensexporteur de verwerkingsverantwoordelijke daarvan onverwijld in kennis”.

¹¹⁶ In aanvulling op bepaling 8.1 (zie vorige voetnoot) staat in bepaling 14 onder punt e) dat: “De gegevensimporteur stemt ermee in de gegevensexporteur onverwijld in kennis te stellen indien hij, na deze bepalingen te zijn overeengekomen en voor de duur van de overeenkomst, redenen heeft om aan te nemen dat hij onder wetten of praktijken valt of is komen te vallen die niet overeenstemmen met de vereisten uit hoofde van punt a), onder meer ingevolge een wijziging van de wetten in het derde land of een maatregel (zoals een verzoek om verstrekking) die duidt op een toepassing van die wetten in de praktijk die niet overeenstemt met de vereisten in punt a). [Voor module drie: De gegevensexporteur zendt de kennisgeving door aan de verwerkingsverantwoordelijke.]”.

107. Dit is in overeenstemming met de doelstelling van artikel 28, lid 3, punt a), AVG om te waarborgen dat de verwerkingsverantwoordelijke in kennis wordt gesteld wanneer de verwerker wettelijk verplicht is om persoonsgegevens te verwerken anders dan volgens de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke.
108. In het licht van de bovenstaande analyse is het Comité van mening dat het opnemen in een overeenkomst tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker¹¹⁷ van de uitzondering van artikel 28, lid 3, punt a), AVG “tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht” (letterlijk of in zeer vergelijkbare bewoordingen) sterk wordt aanbevolen, maar niet strikt vereist is om in overeenstemming te zijn met artikel 28, lid 3, punt a), AVG. Dit standpunt doet geen afbreuk aan de noodzaak van een contractuele verplichting om de verwerkingsverantwoordelijke in kennis te stellen wanneer de verwerker wettelijk verplicht is om persoonsgegevens te verwerken op andere wijze dan volgens de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, zoals bepaald in artikel 28, lid 3, punt a), AVG. Wanneer duidelijk is dat wettelijke voorschriften van de EU of een lidstaat relevant zijn voor de verwerking, zou het gebruik van de formulering van artikel 28, lid 3, punt a), AVG helpen om de naleving aan te tonen.
109. Het Comité gaat nu in op de vraag of een overeenkomst die een bredere uitzondering bevat die ook het recht van derde landen omvat, zoals een uitzondering op de verbintenis om de persoonsgegevens alleen te verwerken op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke “tenzij dit krachtens de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie vereist is”, op zich een schending vormt van artikel 28, lid 3, punt a), AVG.
110. Deze formulering kan, als deze niet vergezeld gaat van nadere specificaties, betrekking hebben op twee verschillende situaties die afzonderlijk moeten worden geanalyseerd in het licht van de juridische context:
- het beoogde wettelijke voorschrift of de bindende aanwijzing volgt uit het Unierecht of het recht van een (EER-)lidstaat;
 - het beoogde wettelijke voorschrift of de bindende aanwijzing volgt uit andere wetgeving dan het Unierecht of het recht van een (EER-)lidstaat.

¹¹⁷ Met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker een beroep doen op hun eigen verwerkingsovereenkomst, in plaats van op de modelcontractbepalingen tussen verwerkingsverantwoordelijke en verwerker van de Europese Commissie, op door toezichthoudende autoriteiten vastgestelde modelcontractbepalingen met het oog op de naleving van artikel 28 AVG of de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie. Zie ook overweging 109 en artikel 28, lid 6, van Verordening (EU) 2016/679.

111. De eerste situatie valt onder de uitdrukkelijke bepalingen van artikel 28, lid 3, punt a), AVG, waarin een contractuele verbintenis voor de verwerker is opgenomen om de verwerking alleen te verrichten op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke “tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht”. Dit is het geval ongeacht of de verwerking van persoonsgegevens binnen of buiten de EER plaatsvindt.
112. Het Unierecht, met inbegrip van de AVG en de wettelijke voorschriften van de lidstaten, maakt deel uit van dezelfde constitutionele traditie als de AVG, waarin de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens als grondrecht is vastgelegd, krachtens artikel 16, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna “VWEU” genoemd) en artikel 8, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna “Handvest” genoemd)¹¹⁸.
113. Wanneer de partijen op basis van andere elementen van hun overeenkomst(en) kunnen aantonen dat alleen deze eerste situatie wordt bestreken door de woorden “tenzij dit krachtens de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie vereist is”, dan heeft deze formulering geen invloed op de garanties die worden geboden door artikel 28, lid 3, punt a), AVG.
114. Er zullen gevallen zijn waarin de overeenkomst(en) van de partijen verder gaan dan deze eerste situatie, wat betekent dat een verwijzing naar “de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie” wettelijke voorschriften/bindende aanwijzingen omvat die voortvloeien uit andere wetgeving dan het Unierecht of de wetgeving van een (EER-)lidstaat (tweede situatie).
115. Het Comité merkt op dat vereisten om gegevens te verwerken op basis van andere wetgeving dan het Unierecht of het recht van een (EER-)lidstaat die de constitutionele traditie niet noodzakelijkerwijs delen, en niet automatisch op dezelfde manier kunnen worden beschouwd als vereisten binnen de rechtsorde van de EU (in het licht van artikel 44 AVG). In dit verband herinnert het Comité eraan dat krachtens artikel 6 AVG de termen “wettelijke verplichting”, “algemeen belang” en “openbaar gezag” verwijzen naar het Unierecht of het recht van de lidstaten¹¹⁹. Evenzo merkt het Comité op dat in artikel 29 AVG over verwerking onder gezag van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker is bepaald dat “[d]e verwerker en eenieder die onder het gezag van de verwerkingsverantwoordelijke of van de verwerker handelt en toegang heeft tot persoonsgegevens, verwerkt deze uitsluitend in opdracht van de verwerkingsverantwoordelijke, tenzij hij Unierechtelijk of lidstaatrechtelijk tot de verwerking gehouden is” (onderstreping toegevoegd).

¹¹⁸ In overweging 1 van de AVG wordt verwezen naar artikel 16, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en artikel 8, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het “Handvest”). In artikel 52, lid 1, van het Handvest staat het volgende: “Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.”

¹¹⁹ In artikel 6, lid 3, AVG is bepaald dat wanneer de rechtsgrondslag voor de verwerking “wettelijke verplichting” (artikel 6, lid 1, punt c), AVG) of “taak van algemeen belang of [...] taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen” (artikel 6, lid 1, punt e), AVG) is, dit verwijst naar bepalingen van het Unierecht of het lidstatelijke recht waaraan de verwerkingsverantwoordelijke is onderworpen. In verband met artikel 6 AVG wordt in overweging 40 AVG toegelicht dat wanneer de rechtsgrondslag voor verwerking in de wet is voorzien, dit betekent “hetzij in deze verordening, hetzij in andere Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepalingen als bedoeld in deze verordening”. In artikel 49, lid 4, AVG is bepaald dat alleen openbare belangen die zijn erkend in een Unierechtelijke of nationaalrechtelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is, kunnen leiden tot de toepassing van deze afwijking.

116. In het kader van doorgiften is het voorzienbaar dat wettelijke voorschriften ook kunnen voortvloeien uit andere wetgeving dan het Unierecht of het lidstatelijke recht. Wanneer er sprake is van een doorgifte, herinnert het Comité eraan dat hoofdstuk V AVG van toepassing is in aanvulling op artikel 28 AVG. Het Comité is van mening dat, met betrekking tot persoonsgegevens die buiten de EER worden verwerkt, artikel 28, lid 3, punt a), AVG — in beginsel — niet belet dat in de overeenkomst bepalingen worden opgenomen die betrekking hebben op de wettelijke voorschriften van derde landen om doorgegeven persoonsgegevens te verwerken. Dergelijke bepalingen kunnen met name worden opgenomen om te voldoen aan hoofdstuk V AVG, maar het is zeer onwaarschijnlijk dat louter het opnemen van de woorden “tenzij dit krachtens de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie vereist is” volstaat.
117. In dit verband merkt het Comité op dat in de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie in bepaling 14 specifiek wordt ingegaan op “Lokale wetten en praktijken met gevolgen voor de naleving van de bepalingen” en in bepaling 15 op “Verplichtingen van de gegevensimporteur in geval van toegang door overheidsinstanties”. Alvorens modelcontractbepalingen te ondertekenen, moeten de partijen beoordelen of er lokale wetten en praktijken zijn die van invloed zijn op de naleving van de bepalingen (bepaling 14 van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie). In bepaling 14 worden de partijen verplicht te garanderen dat zij niet op de hoogte zijn van de wetten en praktijken in het derde land waar de importeur is gevestigd die hem zouden beletten zijn verplichtingen uit hoofde van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte na te komen, nadat de importeur dergelijke wetten en praktijken heeft beoordeeld, en wordt de importeur verplicht om de exporteur onverwijld in kennis te stellen van elke wijziging, in welk geval de exporteur passende maatregelen vaststelt om de situatie aan te pakken, of bepaling 14 hem toestaat de doorgifte op te schorten en zelfs de overeenkomst te beëindigen. In bepaling 15 worden bepaalde verplichtingen opgelegd aan de gegevensimporteur in geval van toegang door overheidsinstanties van derde landen. De bepaling bevat een aantal stappen die de gegevensimporteur moet nemen wanneer hij (op verzoek of rechtstreeks) te maken krijgt met toegang door de overheid van een derde land, om (uiteindelijk) ervoor te zorgen dat de verwerkingsverantwoordelijke in kennis wordt gesteld. Naast de verplichting om de gegevensexporteur in kennis te stellen, heeft de importeur onder andere de verplichting om de wettigheid van het verzoek om toegang te toetsen en deze juridische beoordeling te documenteren, en de plicht om het verzoek in bepaalde gevallen te betwisten. De gegevensexporteur zal — in overleg met de verwerkingsverantwoordelijke wanneer de gegevensexporteur niet de verwerkingsverantwoordelijke is — vervolgens in staat zijn de nodige maatregelen te nemen, waaronder een mogelijke opschorting van de doorgifte of beëindiging van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie. Of (verdere) doorgiften aan de overheid van een derde land in overeenstemming zijn met de AVG, zal afhangen van een analyse per geval (onder meer op basis van de rechtsgrondslag, de verantwoordelijkheid voor de verwerking en de naleving van hoofdstuk V AVG). Op grond van module drie van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgiften (tussen twee verwerkers) is de importeur/verwerker verplicht om de juridische beoordeling beschikbaar te stellen aan de exporteur. In dit verband verwijst het Comité ook naar de punten 88, 89 en 106 hierboven.
118. Bovendien zijn zowel de exporteur als de importeur krachtens de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie verplicht zich ervan te vergewissen dat de wetgeving van het derde land van bestemming de importeur in staat stelt te voldoen aan de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie alvorens

persoonsgegevens naar dat derde land door te geven¹²⁰. Wanneer de verwerker persoonsgegevens namens de verwerkingsverantwoordelijke uitvoert, rust die verplichting ook op de verwerkingsverantwoordelijke (zie ook punt 79 en volgende hierboven).

119. De aanbevelingen inzake bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijkheden en de referenties met betrekking tot bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijken bevatten ook een reeks verplichtingen voor het geval dat een lid van de bindende bedrijfsvoorschriften te maken krijgt met een conflict tussen zijn lokale wetgeving en de bindende bedrijfsvoorschriften¹²¹, en/of een verzoek om openbaarmaking ontvangt van een wetshandavingsinstantie of staatsveiligheidsinstantie¹²². Meer in het bijzonder wordt in de EDPB-aanbevelingen 1/2022¹²³ aangegeven dat bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijken bepalingen moeten bevatten die betrekking hebben op lokale wetten en praktijken die van invloed zijn op de naleving van het bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijken (criterium 5.4.1) en op verplichtingen van de gegevensimporteur in het geval van verzoeken om toegang van de overheid (criterium 5.4.2). Bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijken kunnen dienen als doorgiftemechanisme voor doorgiften aan verwerkers binnen de groep.
120. In gevallen waarin de doorgiften onder adequaatheidsbesluiten vallen, is de wetgeving inzake “de toegang van overheidsinstanties tot persoonsgegevens, evenals de tenuitvoerlegging van die wetgeving” een van de elementen waarmee de Europese Commissie rekening moet houden bij de beoordeling van de adequaatheid van het beschermingsniveau, overeenkomstig artikel 45, lid 2, punt a), AVG¹²⁴.

¹²⁰ Arrest Schrems II, punt 141. Zie ook bepaling 14, punten a) tot en met d), van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie.

¹²¹ Criterium 5.4.1 “Lokale wetten en praktijken met gevolgen voor de naleving van de bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijken”, EDPB-aanbevelingen 1/2022 inzake aanvragen tot goedkeuring alsmede de elementen en beginselen die moeten worden opgenomen in bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijken (artikel 47 AVG). Criterium 6.3 “De noodzaak van transparantie wanneer nationale wetgeving de groepering belet de bindende bedrijfsvoorschriften na te leven” in het werkdokument van de Groep gegevensbescherming artikel 29 met een overzicht van de elementen en beginselen voorkomend in bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkers, WP 257 rev.01, goedgekeurd door het Comité op 25 mei 2018.

¹²² Criterium 5.4.2 “Verplichtingen van de gegevensimporteur in geval van verzoeken om toegang van de overheid”, EDPB-aanbevelingen 1/2022 inzake aanvragen tot goedkeuring alsmede de elementen en beginselen die moeten worden opgenomen in bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijken (artikel 47 AVG); zie ook criterium 6.3 “De noodzaak van transparantie wanneer nationale wetgeving de groepering belet de bindende bedrijfsvoorschriften na te leven” in het werkdokument van de Groep gegevensbescherming artikel 29 met een overzicht van de elementen en beginselen voorkomend in bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkers, WP 257 rev.01.

¹²³ EDPB-aanbevelingen 1/2022 inzake aanvragen tot goedkeuring alsmede de elementen en beginselen die moeten worden opgenomen in bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijken (artikel 47 AVG).

¹²⁴ Het Hof heeft dit element behandeld in zijn arresten Schrems I en Schrems II. Arrest van het Hof van 6 oktober 2015, Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner, zaak C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (hierna “arrest Schrems I” genoemd), punt 91 e.v. Arrest Schrems II, punten 141, 174-177, 187-189.

121. Wat de adequaatheidsbesluiten¹²⁵, de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie¹²⁶ en de aanbevelingen en referenties in het kader van de bindende bedrijfsvoorschriften¹²⁷ met elkaar gemeen hebben, is de opvatting dat wetten en praktijken van een derde land die de wezenlijke inhoud van de in het VWEU, het Handvest en de AVG verankerde grondrechten en fundamentele vrijheden eerbiedigen en niet verder gaan dan wat in een democratische samenleving noodzakelijk en evenredig is om een van de in artikel 23, lid 1, AVG vermelde doelstellingen te waarborgen, het door de AVG gewaarborgde beschermingsniveau niet zullen ondermijnen¹²⁸. Om deze reden bevatten de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie¹²⁹ en de aanbevelingen en referenties in het kader van bindende bedrijfsvoorschriften¹³⁰ bepalingen die verschillende gevolgen aan wetten en praktijken verbinden, afhankelijk van de vraag of zij het door de AVG gewaarborgde beschermingsniveau ondermijnen. Ad-hocovereenkomsten op basis van artikel 46, lid 3, punt a), AVG moeten ook soortgelijke bepalingen bevatten¹³¹.
122. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat, wanneer wetgeving van het derde land de verwerker verplichten om persoonsgegevens te verwerken op een andere manier dan overeenkomstig de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, het beschermingsniveau dat is vastgelegd in de AVG alleen zal worden gerespecteerd als deze wetgeving voldoet aan de bovenstaande voorwaarden. De verwerker moet hoe dan ook aanvullende maatregelen nemen indien niet aan die voorwaarden is voldaan en in de overeenkomst moet worden gewaarborgd dat aan deze voorwaarden wordt voldaan.
123. Wanneer de verwerker binnen de EER persoonsgegevens verwerkt, kan hij in bepaalde omstandigheden nog steeds worden geconfronteerd met wetgeving van een derde land. Het Comité

¹²⁵ Zie artikel 45, lid 2, punt a), AVG waarin is bepaald dat de Europese Commissie rekening houdt met “de rechtsstatelijkheid, de eerbiediging van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden, de toepasselijke algemene en sectorale wetgeving, onder meer inzake openbare veiligheid, defensie, nationale veiligheid en strafrecht en de toegang van overheidsinstanties tot persoonsgegevens, evenals de tenuitvoerlegging van die wetgeving, gegevensbeschermingsregels, beroepsregels en veiligheidsmaatregelen, met inbegrip van regels voor de verdere doorgifte van persoonsgegevens aan een ander derde land of een andere internationale organisatie die in dat land of die internationale organisatie worden nageleefd, precedenten in de rechtspraak, alsmede het bestaan van effectieve en afdwingbare rechten van betrokkenen en effectieve mogelijkheden om administratief beroep of beroep in rechte in te stellen voor betrokkenen wier persoonsgegevens worden doorgegeven”. Zie ook de adequaatheidsreferentie van de Groep gegevensbescherming artikel 29, WP 254 rev.01, vastgesteld op 6 februari 2018, goedgekeurd door het Comité op 25 mei 2018. Het begrip “passend beschermingsniveau” is verder uitgewerkt door het Hof in zijn arresten Schrems I (punten 73 en 74) en Schrems II (punt 94).

¹²⁶ Bepaling 14, punt a), van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie.

¹²⁷ Dit is uitdrukkelijk vastgelegd in de EDPB-aanbevelingen 1/2022 (de aanbevelingen in het kader van de bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkingsverantwoordelijken), versie 2.1, onder 5.4.1 en 5.4.2. Dezelfde opvatting ligt impliciet ten grondslag aan criterium 6.3 “De noodzaak van transparantie wanneer nationale wetgeving de groepering belet de bindende bedrijfsvoorschriften na te leven” in het werkdokument van de Groep gegevensbescherming artikel 29 met een overzicht van de elementen en beginselen voorkomend in bindende bedrijfsvoorschriften voor verwerkers, WP 257 rev.01, goedgekeurd door het Comité op 25 mei 2018.

¹²⁸ Zie EDPB-aanbevelingen 01/2020 inzake maatregelen ter aanvulling op doorgifte-instrumenten teneinde naleving van het beschermingsniveau van persoonsgegevens in de Unie te waarborgen en EDPB-aanbevelingen 02/2020 over de Europese essentiële garanties voor surveillancemaatregelen, punten 22 en 24.

¹²⁹ Bepaling 14 van de modelcontractbepalingen voor internationale doorgifte van de Europese Commissie.

¹³⁰ Zie voetnoot 127.

¹³¹ EDPB-aanbevelingen 01/2020 inzake maatregelen ter aanvulling op doorgifte-instrumenten teneinde naleving van het beschermingsniveau van persoonsgegevens in de Unie te waarborgen, versie 2.0, punt 66.

benadrukt dat de toevoeging in de overeenkomst van een verwijzing naar wetgeving van een derde land de verwerker niet ontslaat van zijn verplichtingen op grond van de AVG.

124. Gelet op de voorgaande analyse is het Comité van mening dat het opnemen van een formulering die lijkt op “tenzij dit vereist is op grond van de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie” binnen de contractuele vrijheid van de partijen valt en niet noodzakelijkerwijs in strijd is met artikel 28, lid 3, punt a), AVG. Dit doet geen afbreuk aan de verplichting om te voldoen aan de AVG telkens wanneer persoonsgegevens worden verwerkt. Bovendien ontslaat een dergelijke clausule de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker niet van de verplichting om te voldoen aan hun verplichtingen op grond van de AVG, in het bijzonder die met betrekking tot de informatie die aan de verwerkingsverantwoordelijke moet worden verstrekt en — indien van toepassing — de voorwaarden voor internationale doorgiften van de persoonsgegevens die namens de verwerkingsverantwoordelijke worden verwerkt¹³².
125. Ten slotte wordt in het verzoek een vervolgvraag gesteld:
- Als het antwoord op vraag 2a “Nee” luidt, moet een dergelijke bredere uitzondering in plaats daarvan worden uitgelegd als een schriftelijke instructie van de verwerkingsverantwoordelijke in de zin van artikel 28, lid 3, punt a), AVG?
126. In het licht van het bovenstaande antwoord begrijpt het Comité dat de resterende vraag is of partijen kunnen aanvoeren dat de formulering “tenzij dit vereist is op grond van de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie” (letterlijk of in zeer vergelijkbare bewoordingen) in hun overeenkomst moet worden opgevat als een schriftelijke instructie van de verwerkingsverantwoordelijke in de zin van artikel 28, lid 3, punt a), AVG.
127. Het Comité gaat in de eerste plaats na of dit argument houdbaar is wanneer het wettelijke voorschrift of de bindende aanwijzing voortvloeit uit het Unierecht of het recht van een (EER-)lidstaat.
128. Het Comité merkt op dat het begrip “instructies” zoals gebruikt in artikel 28, lid 3, punt a), AVG specifiek betrekking heeft op het feit dat de verwerkingsverantwoordelijke bepaalt welke gegevensverwerking de verwerker namens hem moet uitvoeren en op welke wijze¹³³. Elke bepaling die de verwerkingsverantwoordelijke opneemt in de overeenkomst met zijn dienstverlener/verwerker die niet bestaat uit een verzoek om de verwerking van persoonsgegevens namens de verwerkingsverantwoordelijke uit te voeren, geldt ook niet als instructie in de zin van artikel 28, lid 3, punt a), AVG. Bovendien zouden de instructies van de verwerkingsverantwoordelijke voldoende nauwkeurig moeten zijn om betrekking te hebben op een specifieke verwerking van persoonsgegevens, wat niet het geval is bij de betreffende formulering. Daarnaast zou de verwerkingsverantwoordelijke altijd in staat (moeten) zijn — en wettelijk verplicht zijn voor zover een instructie om namens de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens te verwerken in strijd zou zijn met de AVG — om een dergelijke instructie in te trekken. De verwerker moet dan voldoen aan de intrekking van de instructie door de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerking staken.
129. Door instructies te geven aan de verwerker brengt de verwerkingsverantwoordelijke zijn vaststelling van doeleinden en middelen van gegevensverwerking in de praktijk, met name door invloed uit te

¹³² Met name de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke om ervoor te zorgen dat, met betrekking tot verwerking buiten de EER, alleen wetgeving van derde landen die een in wezen gelijkwaardig beschermingsniveau waarborgt, verwerking door de verwerker kan vereisen. Zie ook de punten 116 tot en met 122 hierboven.

¹³³ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 116.

oefenen op de belangrijkste elementen van de verwerking¹³⁴. In beginsel houdt de invloed van de verwerkingsverantwoordelijke op de verwerking van persoonsgegevens op wanneer het Unierecht of het recht van een lidstaat eisen stelt aan de verwerker om een verwerking van persoonsgegevens uit te voeren die de verwerkingsverantwoordelijke niet kan sturen of tegenhouden¹³⁵. Hoewel de verwerkingsverantwoordelijke de verwerker eraan kan herinneren het Unierecht of het lidstatelijke recht na te leven, kan dit niet worden opgevat als een instructie in de zin van artikel 28, lid 3, punt a), AVG¹³⁶. In de AVG zelf wordt deze stand van zaken erkend, juist door erop te wijzen dat de verwerker alleen mag verwerken op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke, tenzij een op de verwerker van toepassing zijnde Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling hem tot verwerking verplicht (artikel 28, lid 3, punt a), AVG), en de verwerkingsverantwoordelijke onmiddellijk in kennis moet stellen als een instructie inbreuk maakt op de AVG (artikel 28, lid 3, laatste alinea, AVG).

130. Het Comité is van mening dat de bovenstaande redenering ook van toepassing is wanneer het wettelijke voorschrift of de bindende aanwijzing voortvloeit uit de wetgeving van een derde land. In deze situatie beperkt het desbetreffende recht de invloed die de verwerkingsverantwoordelijke op de gegevensverwerking kan uitoefenen.
131. In aanvulling op het bovenstaande geeft een bepaling waarbij een verwerker zich ertoe verbindt persoonsgegevens alleen te verwerken op basis van schriftelijke instructies van de verwerkingsverantwoordelijke “tenzij dit vereist is op grond van de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie” op zichzelf al aan dat verwerking op basis van instructies van de verwerkingsverantwoordelijke de regel is, terwijl de uitzondering juist bestaat voor verwerking niet op basis van instructies van de verwerkingsverantwoordelijke (zoals blijkt uit het woord “tenzij”). Voorts is het nog steeds de beslissing van de verwerker of hij voldoet aan het wettelijke verzoek of de bindende aanwijzing waaraan hij is onderworpen, dan wel of hij wordt geconfronteerd met de juridische gevolgen van het niet doen.
132. Op basis hiervan concludeert het Comité dat de formulering “tenzij dit vereist is op grond van de wet of een bindende aanwijzing van een overheidsinstantie” (letterlijk of in zeer vergelijkbare bewoordingen) niet kan worden uitgelegd als een schriftelijke instructie van de verwerkingsverantwoordelijke. De verwerkingsverantwoordelijke blijft verantwoordelijk wanneer hij er niet voor heeft gezorgd dat de (sub)verwerker persoonsgegevens alleen volgens zijn schriftelijke instructies verwerkt. Dit is echter niet van toepassing wanneer de verwerking wordt vereist door het Unierecht of de wetgeving van een lidstaat, of voor verwerking buiten de EER, die wordt vereist door wetgeving van een derde land waaraan de (sub)verwerker is onderworpen en die wetgeving een in wezen gelijkwaardig beschermingsniveau waarborgt.

Voor het Europees Comité voor gegevensbescherming

¹³⁴ EDPB-richtsnoeren 07/2020, punt 20.

¹³⁵ In dit opzicht zou er dan sprake kunnen zijn van een situatie als bedoeld in artikel 4, punt 7, AVG, waarin staat dat wanneer de doelstellingen van en de middelen voor deze verwerking in het Unierecht of het lidstatelijke recht worden vastgesteld, daarin kan worden bepaald wie de verwerkingsverantwoordelijke is of volgens welke criteria deze wordt aangewezen. Zie arrest van het Hof van 11 januari 2024, Belgische Staat (Données traitées par un journal officiel), zaak C-231/22, ECLI:EU:C:2024:7, punten 28-30, 35 en 39; EDPB-richtsnoeren 07/2020, punten 22-24.

¹³⁶ Een dergelijke herinnering zal eerder worden beschouwd als de verwerkingsverantwoordelijke die contractuele waarborgen inbouwt om ervoor te zorgen dat de verwerking namens de verwerkingsverantwoordelijke zal voldoen aan alle vereisten van de AVG en de bescherming van de rechten van de betrokkene zal waarborgen.

De voorzitter

(Anu Talus)