

AAN De Minister van Justitie
dr. E.M.H. Hirsch Ballin
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

DATUM 7 februari 2008
ONS KENMERK z20007-01530
CONTACTPERSOON
070-8888500

UW BRIEF VAN 17 december 2007
UW KENMERK nr. 5521415/07

ONDERWERP Wijziging van de Wbp i.v.m. de PNR-
Overeenkomst 2007 tussen de EU en de VS

Geachte heer Hirsch Ballin,

Bij brief van 17 december 2007 heeft u het College bescherming persoonsgegevens (CBP) verzocht, ingevolge artikel 51, tweede lid, Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), te adviseren over het concept-wetsvoorstel tot wijziging van de Wbp. De voorgestelde wijziging houdt verband met de uitvoering van de op 26 juli 2007 te Washington tot stand gekomen PNR-Overeenkomst 2007 tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika inzake de verwerking van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) door luchtvaart-maatschappijen aan het Ministerie van Binnenlandse Veiligheid van de Verenigde Staten van Amerika (PNR-Overeenkomst 2007) met briefwisseling en verklaring (Trb. 2007, 129).

Het CBP voldoet hiermee aan uw verzoek.

Achtergrond

Het CBP heeft op 27 augustus 2007 (z2007-00993) geadviseerd over de Ontwerp-goedkeuringswet van de PNR-Overeenkomst 2007 tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten. Het CBP heeft in zijn advies aanmerkelijke kritiek op de Goedkeuringswet geleverd. Deze kritiek is (mede) aanleiding geweest de Memorie van Toelichting (MvT) bij de Goedkeuringswet volledig te herschrijven.

Bij nadere uitwerking van de MvT bij de Goedkeuringswet is, aldus de adviesaanvraag, de wenselijkheid gebleken in de Wbp een voorziening op te nemen die er toe strekt om, zonodig buiten toestemming van betrokkene, bijzondere persoonsgegevens door te geven aan de autoriteiten van een land buiten de EU ten behoeve van een zwaarwegend algemeen belang. De aanpassing van de Wbp dient een tweeledig doel, namelijk:

1. ter uitvoering van bovengenoemde PNR-Overeenkomst 2007;
2. de in het wetsvoorstel opgenomen voorziening zal ook voor de uitvoering van andere verdragen of bindende EU- of EG-besluiten met betrekking tot de doorgifte van gegevens buiten de Europese Unie bruikbaar zijn.

Het voorgestelde artikel 23a van de Wbp komt als volgt te luiden:

‘Onverminderd de artikelen 17 tot en met 23 en 76 tot en met 78 is het verbod om persoonsgegevens als bedoeld in artikel 16 te verwerken niet van toepassing voor zover deze verwerking:

- a. *uitsluitend de doorgifte van deze gegevens naar de autoriteiten van een land buiten de Europese Unie betreft ten behoeve van een zwaarwegend algemeen belang;*
- b. *de verantwoordelijke daartoe krachtens het recht van het desbetreffende land verplicht is, en,*

- c. *indien bij een bindend besluit van de Raad van de Europese Unie, van het Europese Parlement en de Raad gezamenlijk of van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, dan wel bij verdrag, de doeleinden voor de verwerking van deze gegevens, rekening houdend met het zwaarwegend algemeen belang, zijn vastgesteld, alsmede passende waarborgen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer worden geboden*'.

Het voorgestelde artikel 23a van de Wbp bevat drie cumulatieve voorwaarden op grond waarvan het verbod op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens kan worden doorbroken. Die voorwaarden hebben betrekking op de aard van de verwerking, de grond voor doorgifte van gegevens en de voorwaarden en beperkingen waaronder de verwerking mag plaatsvinden. Aan alle voorwaarden moet worden voldaan alvorens de verwerking van bijzondere persoonsgegevens rechtmatig is.

Hoofdpijnen van het advies

1. Het voorgestelde artikel 23a, onder c Wbp bepaalt: *'indien bij bindend besluit.....of van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (EC)....., rekening houdend met het zwaarwegend algemeen belang , zijn vastgesteld.....'*.
Wanneer het gaat om gegevens die onder de eerste pijler vallen heeft de EC de bevoegdheid, op grond van richtlijn nr. 95/46/EG, tot het doen van zogenaamde *'adequacy findings'*. *'Adequacy findings'* (het passend beschermingsniveau van het derde land) stellen echter geen doeleinden van verwerking vast en ook geen passende waarborgen voor betrokkenen. Doorgiften ten behoeve van politie en justitie vallen onder de derde pijler. Vooralsnog is niet voorzien in een procedure waarbij de EC in die situatie bindende besluiten kan nemen. Aangezien het bij de PNR-Overeenkomst 2007 gaat om persoonsgegevens die onder de derde pijler vallen, adviseert het CBP aanpassing van artikel 23a, onder c, Wbp in die zin dat de mogelijkheid van een bindend besluit door de EC wordt geschrapt.
2. In de MvT (p.4) wordt gesproken over het direct verwerken van bijzondere persoonsgegevens. Het gaat hier echter niet om het direct verwerken, maar om de verwerking van gegevens die op directe of indirecte wijze als bijzondere persoonsgegevens kunnen worden aangemerkt (uit de maaltijdwens kan bijvoorbeeld een bijzonder persoonsgegeven worden afgeleid, namelijk de godsdienst of levensovertuiging). Het CBP verzoekt u de MvT aan te passen.
3. In de MvT (p. 8) wordt opgemerkt dat ook voor een rechtmatige inbedding van de PNR-Overeenkomst 2007 het noodzakelijk blijft dat de Minister van Justitie (na goedkeuring van de overeenkomst) daartoe op grond van artikel 77, tweede lid, Wbp een regeling vaststelt (vergunningplicht). Dat zou dus betekenen dat alle luchtvaartmaatschappijen die op de VS vliegen een vergunning bij de Minister dienen aan te vragen, waarbij de Minister, na het horen van het CBP, een beslissing neemt.

Aangezien de EC en de Minister feitelijk al besloten hebben dat er sprake is van een adequaat beschermingsniveau, lijkt een apart vergunningentraject overbodig, zeker gelet op de administratieve lasten die een vergunningplicht voor de luchtvaartmaatschappijen met zich brengt. Naar het oordeel van het CBP kan de Minister gebruik maken van zijn bevoegdheid als geregeld in artikel 78, tweede lid, Wbp waarbij een regeling of beschikking van de Minister volstaat. Overigens verwijst het CBP in dit verband naar de brief van de Minister van Justitie

DATUM 7 februari 2008
ONS KENMERK z20007-01530

aan de Tweede Kamer (9 maart 2000, Kamerstuk: 27 043, nr. 1) waarin de
doorgifteproblematiek uitgebreid aan de orde komt.

Het volledige advies treft u in de bijlage aan. Het CBP adviseert u het wetsvoorstel indachtig de
opmerkingen aan te passen dan wel aan te vullen. Graag verneemt het CBP of en op welke wijze
u gevolg geeft aan het advies. Uiteraard is het CBP tot nadere toelichting bereid.

Hoogachtend,

Het College bescherming persoonsgegevens,
Voor het College,

mr. J. Kohnstamm
voorzitter

z2007-01530

Advies van het College bescherming persoonsgegevens (CBP) van 7 februari 2008 inzake de wijziging van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) in verband met de uitvoering van de op 26 juli 2007 te Washington tot stand gekomen PNR-Overeenkomst 2007 tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika inzake de verwerking van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) door luchtvaart-maatschappijen aan het Ministerie van Binnenlandse Veiligheid van de Verenigde Staten van Amerika (PNR-Overeenkomst 2007) met briefwisseling en verklaring (Trb. 2007, 129).

Achtergrond

Het CBP heeft op 27 augustus 2007 (z2007-0093) geadviseerd over de Ontwerp-goedkeuringswet van de PNR-Overeenkomst 2007 tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten. Het CBP heeft in zijn advies aanmerkelijke kritiek op de Goedkeuringswet geleverd. Deze kritiek is (mede) aanleiding geweest de Memorie van Toelichting (MvT) bij de Goedkeuringswet volledig te herschrijven.

Bij nadere uitwerking van de MvT bij de Goedkeuringswet is, aldus de adviesaanvraag, de wenselijkheid gebleken in de Wbp een voorziening op te nemen die er toe strekt om, zonodig buiten toestemming van betrokkene, bijzondere persoonsgegevens door te geven aan de autoriteiten van een land buiten de EU ten behoeve van een zwaarwegend algemeen belang, onder de voorwaarden dat daartoe op grond van buitenlands recht een verplichting daartoe bestaat en er bovendien op grond van een bindend EU- of EG-besluit, dan wel een verdrag de doeleinden van gegevensverwerking, alsmede passende waarborgen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer zijn vastgesteld.

De aanpassing van de Wbp dient een tweeledig doel, namelijk:

1. ter uitvoering van bovengenoemde PNR-Overeenkomst 2007;
2. de in het wetsvoorstel opgenomen voorziening zal ook voor de uitvoering van andere verdragen of bindende EU- of EG-besluiten met betrekking tot de doorgifte van gegevens buiten de Europese Unie bruikbaar zijn.

Het wetsvoorstel

Het voorgestelde artikel 23a van de Wbp komt als volgt komt te luiden:

‘Onverminderd de artikelen 17 tot en met 23 en 76 tot en met 78 is het verbod om persoonsgegevens als bedoeld in artikel 16 te verwerken niet van toepassing voor zover deze verwerking: uitsluitend de doorgifte van deze gegevens naar de autoriteiten van een land buiten de Europese Unie betreft ten behoeve van een zwaarwegend algemeen belang; de verantwoordelijke daartoe krachtens het recht van het desbetreffende land verplicht is, en, indien bij een bindend besluit van de Raad van de Europese Unie, van het Europese Parlement en de Raad gezamenlijk of van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, dan wel bij verdrag, de doeleinden voor de verwerking van deze gegevens, rekening houdend met het zwaarwegend algemeen belang, zijn vastgesteld, alsmede passende waarborgen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer worden geboden’.

Artikel 23a van de Wbp bevat drie cumulatieve voorwaarden waaronder het verbod op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens kan worden doorbroken. Die voorwaarden hebben betrekking op de aard van de verwerking, de grond voor doorgifte van gegevens en de voorwaarden en beperkingen waaronder de verwerking mag plaatsvinden. Aan alle voorwaarden moet worden voldaan alvorens de verwerking van bijzondere persoonsgegevens rechtmatig is.

Het wetsvoorstel doet geen afbreuk aan de bestaande artikelen 17 tot en met 23 Wbp. De gegevensdoorgifte mag uitsluitend plaatsvinden aan de autoriteiten, dat wil zeggen: de overheid van een derde land. Dat betekent dat de verstrekking aan particulieren, in welke hoedanigheid dan ook, is uitgesloten (MvT, p.6).

Het advies

1. Het voorgestelde artikel 23a, onder c Wbp bepaalt: *‘indien bij bindend besluit.....of van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (EC)....., rekening houdend met het zwaarwegend algemeen belang , zijn vastgesteld.....’*.

Wanneer het gaat om gegevens die onder de eerste pijler vallen heeft de EC de bevoegdheid, op grond van richtlijn nr. 95/46/EG, tot het doen van zogenaamde *‘adequacy findings’*. *‘Adequacy findings’* (het passend beschermingsniveau van het derde land) stellen echter geen doeleinden van verwerking vast en ook geen passende waarborgen voor betrokkenen. Doorgiften ten behoeve van politie en justitie vallen onder de derde pijler. Vooralsnog is niet voorzien in een procedure waarbij de EC in die situatie bindende besluiten kan nemen. Aangezien het bij de PNR-Overeenkomst 2007 gaat om persoonsgegevens die onder de derde pijler vallen, adviseert het CBP aanpassing van artikel 23a, onder c, Wbp in die zin dat de mogelijkheid van een bindend besluit door de EC wordt geschrapt.

2. In de Memorie van Toelichting (MvT, p. 4 e.v) wordt uitgebreid ingegaan op de reikwijdte van artikel 23, onder e, Wbp. Artikel 23, onder e, Wbp is te beschouwen als een restbepaling indien er geen grondslag voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens in de artikelen 17 tot en met 23, onder d, Wbp aanwezig is. Artikel 23, onder e, Wbp kan - onder strikte voorwaarden - uitkomst bieden: namelijk door middel van een ontheffing van het CBP of via regeling bij wet in formele zin.

Aangezien de PNR-Overeenkomst 2007 niet kan worden aangemerkt als een wet, moet worden gezien of artikel 23, onder e, Wbp uitkomst kan bieden. Van een ontheffing kan gelet op het structurele karakter van de PNR-Overeenkomst 2007 geen sprake zijn. Het had voor de hand gelegen deze doorgifte bij de Goedkeuringswet te regelen. Maar deze wijze van regeling kan niet voorzien in toekomstige overeenkomsten ter uitvoering van andere verdragen of bindende EU- of EG-besluiten met betrekking tot de doorgifte van gegevens buiten de Europese Unie, hetgeen het tweede doel is van de voorgenomen aanpassing van de Wbp.

3. In de MvT (p.4) wordt gesproken over het direct verwerken van bijzondere persoonsgegevens. Het gaat hier echter niet om het direct verwerken, maar om de verwerking van gegevens die op directe of indirecte wijze als bijzondere persoonsgegevens kunnen worden aangemerkt (uit de maaltijdwens kan bijvoorbeeld een bijzonder persoonsgegeven

worden afgeleid, namelijk de godsdienst of levensovertuiging). Het CBP verzoekt u de MvT aan te passen.

4. In de MvT (p. 8) wordt opgemerkt dat: 'Met het voorgestelde artikel 23a wordt geen afbreuk gedaan aan andere bepalingen in de Wbp die de voorwaarden regelen waaronder het verbod op het verwerken van bijzondere gegevens gerechtvaardigd is'. Naar het oordeel van het CBP gaat het er niet om dat het verbod niet gerechtvaardigd is, het gaat om de rechtvaardigingsgronden die het verbod tot het verwerken van bijzondere persoonsgegevens kunnen worden opheffen. Het CBP verzoekt de MvT in deze zin te wijzigingen.
5. In de MvT (p. 8) wordt opgemerkt dat ook voor een rechtmatige inbedding van de PNR-Overeenkomst 2007 het noodzakelijk blijft dat de Minister van Justitie (na goedkeuring van de overeenkomst) daartoe op grond van artikel 77, tweede lid, Wbp een regeling vaststelt (vergunningplicht). Dat zou dus betekenen dat alle luchtvaartmaatschappijen die op de VS vliegen een vergunning bij de Minister dienen aan te vragen, waarbij de Minister, na het horen van het CBP, een beslissing neemt.

Aangezien de EC en de Minister feitelijk al besloten hebben dat er sprake is van een adequaat beschermingsniveau, lijkt een apart vergunningentraject niet noodzakelijk, zeker gelet op de administratieve lasten die een vergunningplicht voor de luchtvaartmaatschappijen met zich brengt. Naar het oordeel van het CBP kan de Minister gebruik maken van zijn bevoegdheid als geregeld in artikel 78, tweede lid, Wbp waarbij een regeling of beschikking van de Minister kan volstaan.

Het CBP wijst in dit verband op de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer (9 maart 2000, 27043, nr. 1) betreffende de toepassing van artikel 25 en artikel 26 van Richtlijn 95/46/EG (gegevensverkeer tussen de EU en derde landen).

6. In de MvT (p. 10/11) wordt met betrekking tot de verwerking van bijzondere persoonsgegevens verwezen naar artikel 9, tweede lid, van het Dataprotectieverdrag (het Verdrag), dat is niet juist.

Artikel 9, tweede lid, Verdrag heeft zijn vertaling gevonden in artikel 43 van de Wbp: een aantal Wbp-bepalingen (waaronder de artikelen 9, 34 en 35 Wbp) kunnen buiten toepassing blijven wanneer bijvoorbeeld de veiligheid van de staat in het geding is of als het de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten en is in dit voorstel niet aan de orde. Artikel 6 van het Verdrag regelt het verbod, tenzij bij wet is voorzien in de noodzakelijke waarborgen, op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens: in de Wbp is dat in de artikelen 16 tot en met 23 vastgelegd. Het CBP verzoekt u de MvT op dit punt aan te passen.

DATUM 7 februari 2008
ONS KENMERK z20007-01530