

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

DATUM 23 oktober 2008
ONS KENMERK z2008-01125
CONTACTPERSOON
070 - 8888500

UW BRIEF VAN 10 september
UW KENMERK nr. 5562243/08/6

ONDERWERP Advies wetsvoorstel tot Goedkeuring van de
PNR Overeenkomst tussen de EU en Australië

Geachte heer Hirsch Ballin,

U heeft bij brief van 10 september 2008 het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) gevraagd, conform het gestelde in artikel 51, tweede lid van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), te adviseren over het wetsvoorstel tot Goedkeuring van de overeenkomst tussen de Europese Unie en Australië inzake de verwerking en overdracht van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) door luchtvaartmaatschappijen aan de Australische douane.

Inleiding

Het CBP ziet toe op de verwerking van persoonsgegevens, inclusief doorgifte van persoonsgegevens naar landen buiten de EU, onder andere door luchtvaartmaatschappijen die in Nederland zijn gevestigd. De overeenkomst tussen de Europese Unie en Australië biedt een wettelijke grondslag voor de overdracht van passagiersgegevens aan de Australische douane.

Het advies van het CBP heeft betrekking op de vraag in hoeverre de overeenkomst tussen de Europese Unie en Australië over de overdracht van passagiersgegevens¹, voldoet aan de eisen die worden gesteld aan wettelijke inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en meer in het bijzonder, of de overeenkomst voldoende waarborgen bevat voor een zorgvuldige gegevensverwerking.

Advies

1. Grondslag

In de Memorie van Toelichting (MvT) wordt gesteld dat het besef is gerezen dat de analyse van passagiersgegevens die door luchtvaartmaatschappijen worden verwerkt een belangrijke aanvulling *kan* vormen op de eigen informatiebronnen en dat de vergaring en analyse van deze gegevens een belangrijke bijdrage *kan* leveren aan de strijd tegen het terrorisme en andere vormen van ernstige criminaliteit². Het CBP stelt vast dat, ondanks het feit dat in de MvT aandacht wordt besteed aan de redenen voor de totstandkoming van de overeenkomst, de noodzaak van de doorgifte van passagiersgegevens aan de Australische douane noch in de MvT, noch in de

¹ sinds 30 juni 2008 op voorlopige basis toegepast.

² MvT, blz. 1

overeenkomst zelf voldoende wordt onderbouwd. Evenmin bevatten de MvT en de overeenkomst bewijzen van het nut van het gebruik van de PNR-gegevens. Ook een onderbouwing van de proportionaliteit van het gebruik ten opzichte van de te verwachten toename in de veiligheid ontbreekt. Als gevolg van het vorenstaande is het CBP van oordeel dat nut en noodzaak van de in de overeenkomst opgenomen wederkerigheid niet is aangetoond.

Het feit dat de EU en Australië een overeenkomst hebben gesloten ontslaat de Nederlandse wetgever niet van zijn taak om zelfstandig de noodzaak en proportionaliteit van de voorgestelde maatregel aan te tonen. Het CBP verwijst in dit kader naar zijn advies inzake de overeenkomst tussen de EU en de VS.³

Het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken kan alleen opzij gezet worden indien er sprake is van een zwaarwegend algemeen belang, er passende waarborgen worden geboden en indien dit bij wet wordt bepaald. Daartoe dient in elk geval de voorgestelde wijziging van de Wbp⁴ waarover het CBP eerder heeft geadviseerd⁵ te worden doorgevoerd. Het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken kan in de specifieke context van de verplichte verstrekking van persoonsgegevens aan de luchtvaartmaatschappij niet door uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene worden doorbroken, aangezien een dergelijke toestemming de facto niet geweigerd kan worden. Het valt niet in te zien op welke wijze in de praktijk de betrokkene bijvoorbeeld toestemming van doorgifte van bijzondere gegevens kan weigeren bij verzoeken om medische assistentie of rolstoelgebruik. Het CBP merkt dan ook op dat het gestelde in de MvT *“voor zover er bij de verwerking van passagiersgegevens verwerking van bijzondere gegevens plaatsvindt, wordt het verwerkingsverbod van artikel 16 van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) in vrijwel alle gevallen doorbroken door de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene daartoe”*⁶ onjuist is.

2. Doeleinden waarvoor de PNR-gegevens worden gebruikt

De Australische douane gebruikt de Europese PNR-gegevens blijkens artikel 5 van de overeenkomst met het oog op preventie en de bestrijding van terrorisme en daarmee samenhangende strafbare feiten, ernstige misdrijven, waaronder georganiseerde misdaad van grensoverschrijdende aard en het zich onttrekken aan gerechtelijke bevelen of hechtenis voor bovengenoemde misdrijven. Artikel 5, tweede en derde lid van de overeenkomst bepaalt dat de gegevens ook *per geval* kunnen worden verwerkt *waar nodig* met het oog op de bescherming van de vitale belangen van de betrokkene of andere personen, een aanzienlijk risico voor de volksgezondheid, en bij rechterlijk bevel of op grond van Australische wetgeving die daar

³ Advies Ontwerp-goedkeuringswet van de overeenkomst tussen de EU en de VS (z2007-0093) van 27 augustus 2007.

⁴ Voorstel van wet houdende de wijziging van de Wet bescherming persoonsgegevens in verband met de uitvoering van de op 26 juli 2007 te Washington tot stand gekomen Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika inzake de verwerking en overdracht van persoonsgegevens van passagiers door luchtvaartmaatschappijen

⁵ Advies wijziging van de Wbp ivm de PNR-Overeenkomst 2007 tussen de EU en de VS (z2007-01530) van 7 februari 2008.

⁶ MvT, blz 19

uitdrukkelijk om verzoekt in het kader van toezicht op en de verantwoordingsplicht van overheidsinstanties.

Onverlet het feit dat de doeleinden van de gegevensverwerking ruim zijn geformuleerd, constateert het CBP met genoegen dat in artikel 1, onder j een definitie van een ernstig misdrijf is opgenomen.

3. Bewaartermijn

In de bijlage bij de overeenkomst⁷ wordt gesteld dat de Australische douane de gegevens voor een periode van maximaal drie en een half jaar bewaart, waarna de gegevens voor een periode van twee jaar gearchiveerd kunnen worden. Gearchiveerde PNR gegevens zijn alleen per geval en voor onderzoeksdoeleinden toegankelijk. In de MvT wordt geen nadere uitleg gegeven waarom de opgenomen bewaartermijn van vijf en een half jaar proportioneel zou zijn in het licht van de doeleinden van de overeenkomst⁸. De noodzaak van een bewaartermijn van vijf en een half jaar wordt niet afdoende aangetoond. In het algemeen acht het CBP het noodzakelijk dat de gekozen bewaartermijn wordt afgewogen tegen het risico dat de gegevens, door het verstrijken van de tijd, onjuist worden. Het CBP acht een nadere onderbouwing van de voorgestelde bewaartermijn in de MvT dan ook noodzakelijk.

4. Soorten gegevens

Luchtvaartmaatschappijen dienen vrijwel alle informatie uit hun reserveringssystemen over te dragen aan de Australische douane, inclusief bijzondere persoonsgegevens zoals die kunnen blijken uit maaltijdvoorkeur of behoefte aan medische hulpmiddelen. Het aantal en het soort gegevens die door de Australische douane worden geëist zijn dezelfde die in het kader van de overeenkomst tussen de EU en de VS worden geëist. Het CBP herhaalt zijn eerdere oordeel⁹ dat deze gegevens (34 stuks in 19 categorieën onderverdeeld) disproportioneel zijn in relatie tot de gestelde gebruiksdoeleinden.

Uit paragraaf 10 van de bijlage bij de overeenkomst blijkt dat de Australische douane geen behoefte heeft aan bijzondere persoonsgegevens. Dergelijke persoonsgegevens zullen dan ook worden gefilterd. Het CBP merkt op dat de verantwoordelijkheid voor het filteren van deze gegevens thans aan de Australische douane autoriteiten wordt overgelaten, terwijl dit naar het oordeel van het CBP een verantwoordelijkheid van de vliegtuigmaatschappijen is.

Uit de MvT kan het CBP niet opmaken wat er precies met “analytische gegevens” wordt bedoeld¹⁰. In de MvT dient een nadere omschrijving van analytische gegevens te worden opgenomen alsmede te worden aangegeven op welke wettelijke grondslag deze gegevens met andere autoriteiten gedeeld kunnen worden.

⁷ Paragrafen 12-15

⁸ MvT, blz 11 en 12

⁹ Advies Ontwerp-goedkeuringswet van de overeenkomst tussen de EU en de VS (z2007-0093) van 27 augustus 2007

¹⁰ MvT, blz. 8

5. Rechten betrokkenen en informatie

Zoals uit artikel 7 van de overeenkomst blijkt, zijn krachtens de Australische Privacy Act van 1988, het recht van kennisname en correctie gewaarborgd ten aanzien van iedere persoon, ongeacht diens nationaliteit of land van verblijf. Bovendien voorziet de Australische Privacy Act in onafhankelijk toezicht door de Australische Privacy Commissioner. Uit verschillende paragrafen uit de bijlage bij de overeenkomst blijkt dat deze Privacy Commissioner de bevoegdheid heeft alle aspecten van het gebruik en de behandeling van de gegevens, het beleid en de procedures met betrekking tot de toegang daartoe regelmatig aan een formele audit te onderwerpen.

Uit artikel 8 van de overeenkomst blijkt dat de Australische douane zal zorgdragen voor de bekendmaking van de verwerking en doorgifte van de gegevens (met inbegrip van het doel van de verwerking, de bescherming van de gegevens, de wijze waarop beroep kan worden aangetekend en de mate waarin de gegevens mogen worden verstrekt).

In de MvT wordt vermeld dat de overeenkomst geen verplichtingen voor luchtvaartmaatschappijen bevat en dat daartoe geen genoegzame grondslag zou bestaan, maar dat het niettemin wenselijk is dat ook luchtvaartmaatschappijen zelfstandig hun passagiers informeren¹¹. Het CBP stelt vast dat zulks niet alleen wenselijk is, maar dat op grond van artikel 33 Wbp de verantwoordelijke (hier: de vliegtuigmaatschappij) verplicht is om betrokkenen (hier: de passagiers) te informeren. Het CBP wijst in dit verband op de verschillende aanbevelingen ten aanzien van de informatieverplichtingen voor luchtvaartmaatschappijen die de Artikel 29 Werkgroep van Gegevensbeschermings autoriteiten heeft gedaan.¹² De MvT dient ook op dit onderdeel te worden aangepast.

6. Doorgifte

Het CBP verwelkomt het feit dat in principe de Australische douane de enige ontvanger is van gegevens, dat er voor de verdere overdracht binnen de Australische overheid heldere voorwaarden bestaan (gebruik voor dezelfde oorspronkelijke doeleinden, alleen in afzonderlijke gevallen en alleen aan een limitatieve lijst van Australische overheidsdiensten) en dat er op de Australische douane een protocolplicht rust.

7. Technische wijze van doorgifte

Volgens artikel 4 van de overeenkomst en punt 11 van de bijlage van de overeenkomst schakelt de Australische douane binnen twee jaar over op een systeem waarbij de gegevens door de luchtvaartmaatschappijen worden gestuurd ('push'). Het CBP is verheugd dat ook Nederland heeft vastgehouden aan het uitgangspunt dat passagiersgegevens uitsluitend met de push methode mogen worden overgedragen en is verheugd dat in de MvT uitdrukking is gegeven aan het belang van de overschakeling van 'pull' naar 'push'. Het CBP meent dat de oplossing die tijdens de overgangsfase is voorzien (real time en online toegang van de Australische douane, waarbij slechts die gegevens die verband houden met een onderzoek bij aankomst op de

¹¹ MvT, blz. 11

¹² Opinie 8/2004 (WP97) en Opinie 2/2007 (WP132), zoals op 24 juni 2008 gewijzigd.

luchthaven of met een misdrijf dat reeds is gepleegd worden opgeslagen) toereikend is . Het CBP dringt er evenwel, mede tegen de achtergrond van het niet nakomen van vergelijkbare afspraken in de overeenkomst tussen de EU en de VS , bij de Minister op aan om erop toe te zien dat de overgang naar 'push' binnen de gestelde termijn daadwerkelijk gerealiseerd wordt.

8. Evaluatie

Artikel 9 van de overeenkomst voorziet in een periodieke gezamenlijke evaluatie van de uitvoering van de overeenkomst. Het CBP merkt op dat heldere afspraken ontbreken rondom het tijdstip, de frequentie maar ook de voorwaarden waaronder deze evaluatie zal plaatsvinden, met name met betrekking tot onafhankelijkheid. Het CBP dringt er bij de Minister op aan om over deze voorwaarden en het tijdstip van de eerste evaluatie helderheid te verschaffen.

9. Opschortingsrecht, taak van het CBP

In artikel 12 van de overeenkomst wordt een opschortingsmechanisme in het leven geroepen. Met instemming is kennis genomen van de aanwijzing van het CBP als bevoegde autoriteit in artikel 2 van het wetsvoorstel tot Goedkeuring van de overeenkomst.

Teneinde over eventuele opschorting te kunnen oordelen dient het CBP daartoe telkens een kopie te ontvangen van de resultaten van de formele audit die regelmatig door de Australische Privacy Commissioner zal worden gehouden.

Conclusie

Het CBP adviseert u niet eerder tot indiening van het wetsvoorstel over te gaan dan nadat met het vorenstaande rekening is gehouden. Ik verneem graag op welke wijze u gevolg gaat geven aan het advies.

Bovendien vraagt het CBP uw aandacht voor het feit dat er thans aanzienlijke verschillen bestaan tussen reeds geldende overeenkomsten over de verwerking en doorgifte van passagiersgegevens . Ook vragen steeds meer landen dergelijke gegevens. In deze tijden van globalisering is het voor passagiers en vliegtuigmaatschappijen onaanvaardbaar dat het niveau van gegevensbescherming en de technische maatregelen per land verschillen.

Het CBP roept de Minister dan ook op in Europees verband te bepleiten dat er mondiale visie komt over deze kwestie, en daarbij in het bijzonder de discussie over de noodzaak en effectiviteit van dergelijke verwerkingen en doorgiften niet uit de weg te gaan.

Hoogachtend,

mr. J. Kohnstamm
Voorzitter