

AAN De leden van de vaste commissie voor Veiligheid
en Justitie en van de vaste commissie voor
Binnenlandse Zaken en van de vaste commissie
voor Europese Zaken en van de Algemene
Commissie
voor Immigratie, Integratie en Asiel
Tweede Kamer der Staten-Generaal
Per email aan: cie.vj@tweedekamer.nl

DATUM 4 juni 2012
ONS KENMERK z2011-01054/z2012-00164
CONTACTPERSOON Koosje Verhaar
070 8888 500
k.verhaar@cbpweb.nl
UW BRIEF VAN
UW KENMERK

ONDERWERP EU voorstel herziening EU-wetgeving, reactie
CBP op brief van de minister van Veiligheid en
Justitie van 27 april jl.

Geachte leden,

Hierbij reageer ik namens het College bescherming persoonsgegevens (CBP) op de door de minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer gestuurde brief van 27 april 2012 (kenmerk 248750), waarin de minister reageert op de brief van het CBP van 2 maart 2012 over het voorstel van de Europese Commissie voor een nieuw wettelijk kader voor gegevensbescherming in de EU. Het voorstel van de Commissie bestaat uit een conceptverordening ter vervanging van de huidige richtlijn 95/46/EG en een conceptrichtlijn die een specifieke regeling bevat voor gegevensbescherming in de rechtshandavingssector.

Het CBP is verheugd dat de minister net als het CBP in zijn algemeenheid een positief oordeel geeft over de voorstellen van de Commissie. Het is tevens goed te lezen dat de minister op een aantal punten de zienswijze van het CBP deelt, waaronder de punten over de rol van de Commissie in individuele casusposities, ex ante activiteiten voor toezichthouders, uitzonderingen voor verplichtingen voor bedrijven met minder dan 250 fte en de noodzaak van één toezichthouder voor de verordening en de richtlijn. Voorts is het CBP verheugd dat de regering het belang onderschrijft van een brede toepassing van de richtlijn, op verwerkingen in zowel een strikt nationale context als verwerkingen met een grensoverschrijdend karakter.

De minister geeft in zijn brief van 27 april jl. aan op een aantal voor de bescherming van grondrechten essentiële punten met het CBP van mening te verschillen.

Bij motie van 20 maart 2012 heeft uw Kamer de regering verzocht “de huidige wetgeving in Nederland als ondergrens leidend te laten zijn bij de inzet van de Nederlandse onderhandelingen, of deze nu op ambtelijk niveau, op politiek niveau of op andere wijze plaatsvinden” (motie Elissen, Kamerstuk vergaderjaar 2011-2012, 32 761, nr. 19). Het CBP constateert dat de inzet van de minister ertoe kan leiden dat het niveau van bescherming van de verordening lager uitvalt dan de bescherming op basis van de huidige Nederlandse wetgeving.

De minister stelt in zijn brief dat hij het op prijs zou stellen om in een Algemeen Overleg te kunnen vaststellen of de inzet van de regering op voldoende steun kan rekenen in uw Kamer.

Het CBP bepleit dat u uw instemming met de inzet van de regering niet geeft voordat de hieronder uiteengezette punten op dusdanige wijze zijn geadresseerd, dat het behoud van rechten en het huidige niveau van gegevensbescherming in Nederland uitgangspunten zijn bij de inzet van de Nederlandse regering in de onderhandelingen over het nieuwe wettelijke kader voor gegevensbescherming in de EU.

1 Conceptverordening

1.1 Definitie persoonsgegevens

De minister stelt in zijn brief van 27 april jl. dat het CBP “verbreding van de definitie van persoonsgegevens” bepleit. Dit is onjuist. In zijn brief van 2 maart jl. heeft het CBP ervoor gepleit dat de bestaande toepassing en interpretatie van de definitie van persoonsgegevens wordt bestendig en verhelderd in de verordening, door deze toepassing expliciet in de toelichting op te nemen. Kern van deze toepassing is dat ook gegevens die het mogelijk maken om een persoon van anderen te onderscheiden, onder het bereik van de bescherming van persoonsgegevens (blijven) vallen.

Ook als het niet mogelijk is naam, adres of woonplaats te verbinden aan gegevens over een betrokkene (identificatie in de klassieke betekenis uit de off-line wereld) kan het verwerken van gegevens over een *geïndividualiseerd* persoon (waarbij hij wordt *onderscheiden* van anderen, ‘singled out’), wat vooral van toepassing is op internet, vergaande gevolgen hebben. In het licht van de huidige en toekomstige technologische ontwikkelingen brengt de individualiseerbaarheid mee dat er op basis van die gegevens beslissingen over een persoon kunnen worden genomen die hem raken in het maatschappelijk verkeer. Door de voortschrijding van de techniek volstaan unieke nummers en gegevens die herleidbaar zijn tot een computer of een apparaat immers om iemand te kunnen onderscheiden van anderen.

Derhalve heeft de Artikel 29-werkgroep reeds in zijn opinie van 20 juni 2007 aangegeven dat ook sprake is van identificeerbaarheid van een natuurlijk persoon indien op grond van gegevens een *individu* kan worden *onderscheiden* van anderen (WP136, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, 01248/07, 20 June 2007). Om alle onduidelijkheid hierover weg te nemen hebben zowel het CBP als de Artikel 29-werkgroep ervoor gepleit om dit expliciet in de toelichting van de verordening op te nemen. In de toelichting moet ook worden opgenomen dat gegevens die het mogelijk maken een persoon van anderen te onderscheiden, persoonsgegevens zijn als deze persoon op basis daarvan in het maatschappelijk verkeer anders kan worden behandeld of beoordeeld.

Ook de Amerikaanse Federal Trade Commission heeft in zijn recente rapport over de toekomst van privacybescherming gekozen voor een zo mogelijk nog ruimer toepassingsbereik van haar toezichtskader: “*The framework applies to all commercial entities that collect or use consumer data that can be reasonably linked to a specific consumer, computer, or other device*”¹ (Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change, pagina vii, March 2012).

¹ Het bereik van het toezichtskader wordt als volgt beperkt: “unless the entity collects only nonsensitive data from fewer than 5,000 consumers per year and does not share the data with third parties.” Deze uitzonderingen hebben echter enkel betrekking op het bereik van het toezichtskader, maar niet op de definitie van persoonsgegevens als zodanig.

De regering geeft aan op dit punt terughoudend te zijn. Als de regering de bestaande toepassing en interpretatie van de definitie niet zou ondersteunen, zou dit tot gevolg kunnen hebben dat de reikwijdte van de verordening wordt ingeperkt ten opzichte van de huidige situatie, wat vooral online risico's voor de bescherming van rechten van individuen met zich mee zal brengen. Het CBP verzoekt u daarom dringend om de minister te bewegen het voorstel van het CBP op dit punt over te nemen in zijn inzet voor de onderhandelingen over de ontwerpverordening.

1.2 Doelbinding

De minister is het met het CBP eens dat het principe van doelbinding één van de hoekstenen van het privacyrecht vormt. Tegelijkertijd stelt de minister dat het beginsel van doelbinding "dynamisch moet worden toegepast" en derhalve schaart hij de in de conceptverordening gedane voorstellen met betrekking tot de doelbinding "onder de belangrijkste vernieuwingen die de ontwerpverordening biedt"; "[h]etgeen de verordening op dit gebied voorstelt, kan dan ook in beginsel op de instemming van de regering rekenen".

Het principe van doelbinding wordt vastgelegd in artikel 5, tweede lid van de ontwerpverordening, waarin staat dat persoonsgegevens mogen worden verzameld voor een specifiek, expliciet en legitiem doel en dat ze niet verder mogen worden verwerkt voor onverenigbare doeleinden. Artikel 6, vierde lid van de ontwerpverordening doorbreekt echter het principe van doelbinding, door verder gebruik bij onverenigbaarheid met het eerdere doel waarvoor de gegevens zijn verzameld, mogelijk te maken als er een andere dan de oorspronkelijke grondslag kan worden gevonden in de noodzakelijkheid voor de uitvoering van een overeenkomst, wetgeving, vitaal belang, of de uitvoering van een taak in het publieke belang.

Het CBP ziet hierin alsook in de beschrijving van de minister over het "dynamisch toepassen van het beginsel van doelbinding" een ernstig risico op het ondermijnen van de kern van het doelbindingsprincipe en daarmee op het verlagen van het niveau van gegevensbescherming van individuen, zowel in de publieke als in de private sector. Het voorstel in de conceptverordening is ook strijdig met Conventie 108 van de Raad van Europa. De Staatscommissie Grondwet (2010/2011) adviseerde daarom zelfs om in een grondwettelijke bepaling over het recht op bescherming van persoonsgegevens dit doelbindingsprincipe vast te leggen.

Het CBP schaart zich in dezen volledig achter het standpunt van de Europese Data Protectie Toezichthouder (EDPS). In zijn opinie van 7 maart 2012 geeft hij het volgende aan: "The EDPS has strong reservations with regard to this new provision, which has broad practical consequences and changes the spirit of the purpose limitation principle as we currently know it. It gives broad possibilities for re-use of personal data in particular in the public sector (...). Also in the case of processing of data for an incompatible purpose in the context of a contract with the data subject, this provision is unwelcome. (...) The EDPS recalls that the requirement of compatible use and the requirement of lawfulness are two cumulative locks which aim at ensuring a compliant processing of personal data. The requirement of compatibility cannot be lifted simply by referring to a condition of lawfulness of the processing. This would also be contrary to Article 5 of Council of Europe Convention

108. It is rather Article 21 which should ensure that a change of purpose is done only under strict conditions. Therefore, the EDPS recommends maintaining the logic of Directive 95/46/EC, and not weakening the purpose limitation principle” (Opinion of the European Data Protection Supervisor on the data protection reform package, 7 March 2012).

Het CBP geeft u derhalve ook op dit punt in overweging om de minister te bewegen het huidige niveau van bescherming niet te verlagen en derhalve niet in te stemmen met de verruiming van de regeling voor het verdere gebruik van persoonsgegevens, zoals neergelegd in artikel 6, vierde lid, van de conceptverordening.

1.3 Overheid

Eén van de redenen van de Commissie voor de herziening van het wettelijk kader voor gegevensbescherming was om alomvattendheid te garanderen. Op verschillende plaatsen in de ontwerpverordening zijn echter voor de overheid afwijkende bepalingen opgenomen, die niet gerechtvaardigd lijken te zijn. Dit komt onder meer tot uiting in de bepalingen met betrekking tot het bovengenoemde principe van doelbinding, maar ook met betrekking tot het gebruik van bijzondere persoonsgegevens, het uitvoeren van privacy impact assessments en de mogelijkheid van de overheid om beperkingen aan te brengen op de principes en rechten voor bepaalde belangen.

De minister stelt in zijn brief van 27 april jl. dat de regering van oordeel is dat de Europese Commissie er voldoende in is geslaagd een alomvattend kader te presenteren van onderling samenhangende regels. Tevens stelt de minister dat het noodzakelijk is dat er in sommige van die regels afwijkende voorschriften gelden voor de overheid, zoals dat in het huidige recht ook al het geval is. Het CBP is het met dit laatste punt in beginsel eens. Echter, zonder een alomvattend wettelijk kader voor gegevensbescherming ontstaat onzekerheid voor burgers en verantwoordelijken over de vraag welke normen waarom in welke situaties voor hen van toepassing zijn. Dit is onwenselijk. Het CBP wijst in dit verband ook op de volledige steun voor een alomvattende benadering uitgesproken door het Europees Parlement (European Parliament Resolution of 6 July 2011, 2011/2025(INI), en op de Raadsconclusies van 24 en 25 februari 2011, die spreken van het nieuwe juridische kader, gebaseerd op de alomvattende benadering (Council conclusions of the 3071st Justice and Home Affairs Council meeting of 24 and 25 February 2011). Het CBP gaat ervan uit dat de minister deze conclusies nog steeds kan onderschrijven.

De minister geeft voorts in zijn brief aan dat het voorzien in een behoorlijke wettelijke grondslag, parlementaire controle, toezicht door het CBP en de werking van het bestuursrecht en toezicht door de ombudsman de afwijkende positie van de overheid voldoende rechtvaardigen en waarborgen. Een wettelijke grondslag alleen, in combinatie met democratische en rechtstatelijke controles achteraf, is niet voldoende. Inperking van grondrechten door de overheid moet worden getoetst aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en wetgeving die een inbreuk op grondrechten tot gevolg heeft mag slechts ontwikkeld worden indien voldaan is aan de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Juist vanwege haar machtspositie ten opzichte van burgers moet de overheid grote terughoudendheid betrachten ten aanzien van het inperken van grondrechten van burgers. Bij gebreke daarvan zou de private sector wel geacht zijn grondrechten na te leven, en zouden diezelfde grondrechten niet of in mindere mate voor de publieke sector gelden.

1.4 Extraterritoriale werking van buitenlandse regelgeving

De regelgeving van sommige landen buiten de EU leidt er soms toe dat Europese verantwoordelijken gedwongen worden om persoonsgegevens te verstrekken aan de autoriteiten van deze landen, in strijd met het EU-grondrecht op bescherming van persoonsgegevens.

Uw Kamer heeft zijn zorg hierover reeds geuit. In de motie Elissen c.s. overweegt de Kamer dat de conceptverordening “momenteel te weinig waarborgen bevat met betrekking tot het verstrekken van persoonsgegevens van Europese burgers aan buitenlandse overheidsdiensten” en “dat door het ontbreken van dergelijke regels inbreuk kan worden gemaakt (door buitenlandse overheidsdiensten) op het in Europa geldende fundamentele recht op de bescherming van persoonsgegevens”, en is de regering verzocht “de bescherming van persoonsgegevens van Nederlandse burgers zodanig te waarborgen dat de doorgifte van persoonsgegevens naar andere lidstaten en naar derde landen slechts dan zal plaatsvinden wanneer de doeleinden daarvoor in de wet, in een bindend EU-besluit of in een verdrag rekening houdend met het zwaarwegend algemeen belang zijn vastgesteld, alsmede passende waarborgen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer worden geboden” (Kamerstukken 2011-2012, 32761, nr. 18).

In zijn brief van 27 april jl. geeft de minister aan dat de regering meent dat uit de ontwerpverordening voldoende blijkt dat de Europese Commissie zich terdege realiseert dat het probleem van de toepassing van vreemd recht in de verordening en in overleg met de desbetreffende derde landen moet worden opgelost, en dat de uitwerking nog vragen oproept. De oplossing die het CBP voorstaat acht de regering niet op voorhand een gegeven.

Bij gebreke van een bepaling die verstrekking aan autoriteiten van derde landen slechts toestaat op basis van een rechtshulpverdrag, kunnen Europese persoonsgegevens echter niet afdoende worden beschermd. Een eerdere – openbaar geworden – conceptversie van de verordening bevatte een bepaling die waarborgen bood, in artikel 42: *“No judgment of a court or tribunal and no decision of an administrative authority of a third country requiring a controller or processor to disclose personal data shall be recognized or be enforceable in any matter, without prejudice to a mutual assistance treaty or an international agreement in force between the requesting third country and the Union or a Member State”*. Het CBP acht het wenselijk dat uw Kamer er bij de minister op aandringt dat een dergelijke bepaling alsnog in de tekst van de verordening wordt opgenomen. Dit kan ook voorkomen dat Nederlandse bedrijven klem gezet worden tussen de vereisten van derde landen – inclusief dreigende (economische) sancties – en hun verplichtingen op grond van het Europese recht op gegevensbescherming.

1.5 Budget

Van een andere orde is het punt van de verwachte toename van de kosten van de toezichthoudende autoriteiten onder het regime van de verordening. Bij brief van 4 april 2012 heeft de Artikel 29 Werkgroep, het onafhankelijke advies- en overlegorgaan van Europese (nationale) privacytoezichthouders, aan de Europese Commissie gevraagd een diepgravende onafhankelijke studie te doen verrichten naar de toename van de kosten voor de toezichthoudende autoriteiten. Een adequate financiering van de autoriteiten is immers een *conditio sine qua non* om effectief onafhankelijk toezicht op de bescherming van persoonsgegevens te garanderen. We zijn vooralsnog in afwachting van dit onderzoek.

2 Conceptrichtlijn

2.1 Onderscheid in categorieën en op basis van juistheid gegevens

Het CBP wil benadrukken dat het de keuze van de Europese Commissie om een onderscheid te maken bij de verwerking van gegevens op grond van de positie van de betrokkene (verdachte, slachtoffer, veroordeelde, etc.) en op grond van de kwaliteit van de gegevens (harde en zachte gegevens) ten zeerste onderschrijft. Ondanks enkele kritiepunten op de betreffende artikelen, met name de beperkingen die aan dit onderscheid zijn gesteld door de toevoeging van de zinsnede 'voor zover mogelijk' in artikel 5, eerste lid en artikel 6, eerste en tweede lid, verwelkomt het CBP het feit dat onderscheid gemaakt dient te worden en bepleit daarom dit onveranderd te laten in de richtlijn.

De regering stelt in haar brief ten onrechte dat een nadere categorisering van gegevens niet te rechtvaardigen zou zijn. Het is juist relevant om gegevens over bepaalde categorieën personen te onderscheiden, aangezien dit onder meer van invloed is op de rechten van betrokkenen. De inzage- en correctierechten voor verdachten zullen uiteraard zeer beperkt zijn. Voor getuigen en slachtoffers is het daarentegen wenselijk wanneer een ruimer regime kan gelden. Ook ten aanzien van de zogeheten harde en zachte gegevens is het van belang het door de Commissie verlangde onderscheid te maken, om te voorkomen dat vermoedens of verdenkingen en feiten met elkaar worden verward. Zeker in het belang van doorgifte van gegevens aan andere rechtshandhavingsdiensten dient voor de ontvanger duidelijk te zijn hoe betrouwbaar de verkregen gegevens zijn, zodat deze optimaal kunnen worden benut in onderzoeken en bij strafrechtelijke handhaving.

2.2 Verwerkingsverbod van gevoelige gegevens

In tegenstelling tot de regering, heeft het CBP met instemming kennis genomen van het algemeen verwerkingsverbod voor gevoelige gegevens (artikel 8 van de conceptrichtlijn). Het CBP erkent zonder meer dat er situaties zijn waarin het juist nodig kan zijn voor rechtshandhavingsautoriteiten om gevoelige gegevens te verwerken. Het CBP is echter van mening dat een algemeen verwerkingsverbod voor gevoelige gegevens, met de mogelijkheid tot beperkte uitzonderingen in specifieke gevallen, het uitgangspunt van de richtlijn moet zijn. De mogelijkheid een algemene uitzondering te creëren, mits voldoende waarborgen bij wet worden vastgelegd, zoals nu opgenomen in artikel 8 lid 2 sub a, gaat naar het oordeel van het CBP een stap te ver. Dit zou niet alleen betekenen dat het uitgangspunt van het verwerkingsverbod teniet wordt gedaan (mits er voldoende waarborgen zijn, kunnen gevoelige gegevens dan ongeacht het geval wél worden verwerkt), maar ook niet bevorderlijk zijn voor een Europees gelijk speelveld. De waarborgen worden immers op nationaal niveau vastgesteld waardoor deze van lidstaat tot lidstaat kunnen verschillen.

Daarnaast is het CBP van mening dat het niet geoorloofd zou mogen zijn om gevoelige gegevens die door betrokkenen actief openbaar worden gemaakt ondanks het verwerkingsverbod door de rechtshandhavingsautoriteiten mogen worden verwerkt op grond van artikel 8 lid 2 sub c. Het enkele feit dat iemand zelf gegevens over bijvoorbeeld seksuele of politieke voorkeur openbaar maakt, betekent nog niet dat deze ook zonder meer door politie en justitie verwerkt zouden mogen worden. Het CBP adviseert dan ook deze bepaling aan te vullen met een noodzaakscriterium, door de toevoeging van de zinsnede '*and the processing is necessary for the performance of a task carried out by a competent authority for the purposes set out in article 1(1)*'.

2.3 Recht op informatie

Het recht op informatie voor betrokkenen is een belangrijk kernbegrip in het dataproctierecht en dient zoveel mogelijk onaangetast te blijven. Het CBP erkent dat er in de politie- en justitiesector een gerechtvaardigd belang kan zijn om onder voorwaarden dit recht op informatie te beperken, bijvoorbeeld om lopende onderzoeken of operaties niet in gevaar te brengen. De regering is het hier niet mee eens en stelt zich in haar brief op het standpunt dat een informatieplicht voor de rechtshandhavingsdiensten niet werkbaar zou zijn, gelet op de aard van het werk ten aanzien van bijvoorbeeld heimelijke opsporing. Het werk van de rechtshandhavingsdiensten – en met name van de politie – is echter veel breder dan enkel heimelijke opsporing. Juist in het geval de politie als handhaver van de openbare orde optreedt, zoals ook in de brief van de regering wordt aangehaald, is het naar de mening van het CBP wel degelijk mogelijk de betrokkenen van informatie te voorzien over de verwerking van persoonsgegevens, bijvoorbeeld door middel van een algemene melding op de website(s) van de politie of het verstrekken van een (standaard-)folder bij of na arrestatie.

Het CBP hecht er dan ook sterk aan te benadrukken dat de richtlijn zou moeten voorzien in de verplichting van een zaakspecifieke afweging door de verantwoordelijke en/of bewerker in het geval van mogelijke beperkingen op het recht op informatie. Dit in tegenstelling tot de nu in artikel 11 opgenomen mogelijkheid om algemene uitzonderingen op de informatieplicht vast te stellen. Een beperking zou dan bovendien alleen moeten zien op die informatie die lopende onderzoeken of operaties kan ondermijnen en niet op alle informatie over de betrokkene. Juist omdat er sprake is van inbreuken op een grondrecht dienen algemene beperkingen en uitzonderingen te worden vermeden.

Voor de uitgebreide reactie van het CBP op het voorstel van de Europese Commissie voor herziening van de EU-wetgeving verwijs ik u graag naar de bijlage.

Voor nadere informatie kunt u zich te allen tijde tot ons wenden.

Hoogachtend,

Mr. J. Kohnstamm
Voorzitter College bescherming persoonsgegevens

Cc
De Minister van Veiligheid en Justitie, mr. I.W. Opstelten
De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, mr. F. Teeven

Bijlage
'Hoofdpunten voorlopig CBP-standpunt t.a.v voorstel van de Europese Commissie voor herziening EU-wetgeving bescherming persoonsgegevens COM (2012) 10 en COM (2012) 11' d.d. 2 maart 2012.

DATUM 4 juni 2012
ONS KENMERK z2011-01054/z2012-00164