

# DE EUROPESE TOEZICHTHOUDER VOOR GEGEVENSBESCHERMING

## **Samenvatting van het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming inzake het ontwerpbesluit betreffende de gepastheid van de bescherming geboden door het EU-VS privacyschild**

*(De volledige tekst van dit advies is beschikbaar in het Engels, het Frans en het Duits op de EDPS-website [www.edps.europa.eu](http://www.edps.europa.eu))*

(2016/C 257/05)

Gegevensstromen gaan de hele wereld over. De EU is gebonden aan de Verdragen en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie die alle individuen in de EU beschermen. De EU is verplicht alle stappen te nemen die nodig zijn om te waarborgen dat het recht op privacy en het recht op de bescherming van persoonsgegevens tijdens alle verwerkingsprocessen, met inbegrip van doorgiften, worden gerespecteerd.

Sinds de onthullingen over de surveillanceactiviteiten in 2013 zijn de EU en haar strategische partner de Verenigde Staten aan het zoeken naar de definiëring van een nieuwe serie normen op basis van een zelfcertificeringssysteem voor de doorgifte van vanuit de EU verzonden gegevens naar de VS voor commerciële doeleinden. Net als de nationale gegevensbeschermingsautoriteiten in de EU erkent de EDPS het belang, in een tijdperk van wereldwijde, onmiddellijke en onvoorspelbare gegevensstromen, van een duurzaam wettelijk kader voor commerciële doorgiften van gegevens tussen de EU en de VS, dat het grootste handelspartnerschap ter wereld vormt. Dit kader moet de gedeelde democratische en op de rechten van individuen gestoelde waarden echter wel volledig weerspiegelen. Deze waarden zijn aan EU-zijde neergelegd in het Verdrag van Lissabon en het Handvest van de grondrechten en aan de Amerikaanse zijde in de Amerikaanse grondwet.

Het ontwerp van het privacyschild kan een stap in de goede richting zijn, maar in zijn huidige formulering omvat het naar ons oordeel niet op adequate wijze alle passende waarborgen ter bescherming van het recht op privacy en het recht op gegevensbescherming van het individu in de EU, ook niet ten aanzien van verhaal in rechte. Er zijn belangrijke verbeteringen nodig, mocht de Europese Commissie een beschikking inzake gepastheid willen aannemen. In het bijzonder geldt dat de EU extra waarborgen dient te verkrijgen in termen van noodzaak en proportionaliteit, en niet dat zij een routinematige toegang tot doorgegeven gegevens door de Amerikaanse autoriteiten legitimeert op basis van criteria die een wettelijke grondslag in het ontvangende land vinden, maar niet als zodanig in de EU, zoals bekrachtigd in de Verdragen, EU-uitspraken en constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben.

Bovendien geldt in een tijdperk van intensieve hyperconnectiviteit en verspreide netwerken dat zelfregulering door particuliere organisaties alsmede verklaringen en beloftes van overheidsfunctionarissen op de korte termijn een rol kunnen spelen, maar op de langere termijn niet afdoende zullen zijn om de rechten en belangen van individuen te beschermen en volledig te voorzien in de behoeften van een geglobaliseerde digitale wereld, waar veel landen nu uitgerust zijn met regels voor gegevensbescherming.

Derhalve zou in de trans-Atlantische dialoog een langetermijnoplossing welkom zijn, om ook in bindende federale wetgeving ten minste de hoofdbeginselen vast te leggen van de duidelijk en beknopt te identificeren rechten, net zoals het geval is met andere niet-EU-landen waarvan na een „strikte beoordeling” is vastgesteld dat zij een adequaat beschermingsniveau waarborgen, wat volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn uitspraak in de zaak-Schrems betekent dat het „in grote lijnen overeenkomt” met de naar het EU-recht geldende normen, en volgens de Groep van artikel 29 dat het „de essentie van de hoofdbeginselen voor gegevensbescherming” omvat.

Wij hebben met voldoening kennis genomen van de grotere transparantie die de Amerikaanse autoriteiten aan de dag hebben gelegd ten aanzien van de uitzondering op de beginselen van het privacyschild voor de doeleinden van de rechtshandhaving, de nationale veiligheid en het openbaar belang.

Hoewel het veiligheidsbesluit van 2000 de toegang met het oog op de nationale veiligheid formeel als uitzondering behandelde, blijkt uit de aandacht die in het ontwerpbesluit inzake het privacyschild is besteed aan de toegang tot en het filteren en analyseren van voor commerciële doeleinden doorgegeven persoonsgegevens door rechtshandavingsinstanties en inlichtingendiensten, dat de uitzondering misschien de regel is geworden. De EDPS maakt in het bijzonder uit het ontwerpbesluit en de bijlagen daarbij op dat ondanks de recente trends van ongedifferentieerde surveillance op algemene basis naar meer gerichte en selectieve benaderingen, de schaal van langs elektronische weg verworven inlichtingen en het volume van de vanuit de EU doorgegeven gegevens die kunnen worden verzameld en gebruikt zodra deze zijn doorgegeven, en met name wanneer deze „onderweg” zijn, nog steeds hoog kunnen zijn en dat hierbij dus vraagtekens kunnen worden geplaatst.

Hoewel deze praktijken zich ook kunnen voordoen bij inlichtingendiensten in andere landen en wij de transparantie van de Amerikaanse autoriteiten ten aanzien van deze nieuwe realiteit verwelkomen, kan het huidige ontwerpbesluit deze

routine legitimeren. Wij sporen daarom de Europese Commissie aan een sterker signaal te geven; gezien de verplichtingen van de EU onder het Verdrag van Lissabon mogen overheidsinstanties alleen toegang hebben tot en gebruik maken van voor commerciële doeleinden doorgegeven gegevens — ook wanneer deze „onderweg” zijn — in uitzonderlijke omstandigheden en wanneer dat onontbeerlijk is voor specifieke doeleinden van algemeen belang.

Voor wat betreft de bepalingen inzake doorgiften voor commerciële doeleinden, geldt dat van verwerkers niet verwacht mag worden dat zij hun nalevingsmodellen voortdurend aanpassen. En toch is het ontwerpbesluit gebaseerd op het huidige rechtskader van de EU, dat wordt vervangen door Verordening (EU) 2016/679 (algemene verordening gegevensbescherming — AVG) in mei 2018, minder dan één jaar na de volledige implementatie van het privacychild. De AVG creëert en versterkt verplichtingen voor verwerkers die verder gaan dan de negen in het privacychild ontwikkelde beginselen. Ongeacht eventuele laatste wijzigingen in het ontwerp bevelen wij de Europese Commissie aan om de toekomstperspectieven sinds haar eerste rapport uitgebreid te evalueren teneinde tijdig belangrijke stappen te identificeren voor langetermijnoplossingen om het eventuele privacychild te vervangen door robuustere en stabielere rechtskaders ter bevordering van de trans-Atlantische relaties.

De EDPS geeft derhalve specifieke aanbevelingen met betrekking tot het privacychild.

## I. Inleiding

Op 6 oktober 2015 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna „het HvJEU” genoemd) de beschikking betreffende de gepastheid van de bescherming geboden door de veiligheidsbeginselen<sup>(1)</sup> ongeldig verklaard<sup>(2)</sup>. De Europese Commissie heeft op 2 februari 2016 een politiek akkoord gesloten met de VS inzake een nieuw kader voor doorgiften van persoonsgegevens, genaamd „het EU-VS privacychild” (hierna het „privacychild” genoemd). Op 29 februari heeft de Europese Commissie een ontwerpbesluit inzake de gepastheid van de bescherming van dit nieuwe kader (hierna het „ontwerpbesluit” genoemd)<sup>(3)</sup> met de zeven bijlagen gepubliceerd, waaronder de beginselen van het privacychild en schriftelijke verklaringen en toezeggingen van Amerikaanse ambtenaren en autoriteiten. De EDPS heeft het ontwerpbesluit op 18 maart van dit jaar voor raadpleging ontvangen.

De EDPS heeft bij een aantal gelegenheden<sup>(4)</sup> zijn standpunt ten aanzien van doorgiften van persoonsgegevens tussen de EU en de VS kenbaar gemaakt en heeft als lid van van de Groep van artikel 29 (hierna „WP29” genoemd) bijgedragen aan het advies inzake het ontwerpbesluit<sup>(5)</sup>. WP29 heeft ernstige bezwaren geuit en de Europese Commissie gevraagd om oplossingen te identificeren voor het wegnemen daarvan. De leden van WP29 verwachten dat alle in haar advies verlangde verduidelijkingen worden gegeven<sup>(6)</sup>. Op 16 maart hebben 27 organisaties zonder winstoogmerk hun kritiek op het ontwerpbesluit geuit in een aan de Europese en Amerikaanse autoriteiten gerichte brief<sup>(7)</sup>. Op 26 mei heeft het Europees Parlement een resolutie over trans-Atlantische gegevensstromen aangenomen<sup>(8)</sup>, waarin de Commissie wordt opgeroepen om met de Amerikaanse regering te onderhandelen over verdere verbeteringen in de regeling van het privacychild in het licht van de huidige tekortkomingen<sup>(9)</sup>.

Als onafhankelijk adviesorgaan van de EU-wetgevers op grond van Verordening (EG) nr. 45/2001 geeft de EDPS nu aanbevelingen aan de bij het proces betrokken partijen, in het bijzonder aan de Commissie. Dit advies is bedoeld om zowel principieel als pragmatisch te zijn om de EU proactief te helpen met de verwezenlijking van haar doelstellingen door middel van adequate maatregelen. Het advies vormt een aanvulling op en onderstreping van sommige, maar niet alle, aanbevelingen uit het advies van WP29.

<sup>(1)</sup> C-362/14, Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner, 6 oktober 2015 (hierna „Schrems” genoemd).

<sup>(2)</sup> Beschikking 2000/520/EG van de Commissie van 26 juli 2000 overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad, betreffende de gepastheid van de bescherming geboden door de veiligheidsbeginselen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de daarmee verband houdende vaak gestelde vragen, die door het ministerie van Handel van de Verenigde Staten zijn gepubliceerd (Kennisgeving geschied onder nummer C(2000) 2441) (PB L 215 van 25.8.2000, blz. 7).

<sup>(3)</sup> Uitvoeringsbesluit XXX van de Commissie ingevolge Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad, betreffende de gepastheid van de bescherming geboden door het EU-VS privacychild, beschikbaar op [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/privacy-shield-adequacy-decision\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/privacy-shield-adequacy-decision_en.pdf)

<sup>(4)</sup> Zie het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming betreffende de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad inzake het „herstel van vertrouwen in de gegevensstromen tussen de EU en de VS” en de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende de werking van de veiligheidsregeling („Safe Harbour”) uit het oogpunt van EU-burgers en in de EU gevestigde ondernemingen van 20 februari 2014, en het pleidooi van de EDPS tijdens de hoorzitting van het HvJEU in de zaak-Schrems, die beschikbaar is via [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Court/2015/15-03-24\\_EDPS\\_Pleading\\_Schrems\\_vs\\_Data\\_Commissioner\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Court/2015/15-03-24_EDPS_Pleading_Schrems_vs_Data_Commissioner_EN.pdf)

<sup>(5)</sup> Groep van artikel 29 in Advies 01/2016 over het besluit betreffende de gepastheid van de bescherming geboden door het EU-VS privacychild (WP238), beschikbaar op [http://ec.europa.eu/jus.tice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2016/wp238\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/jus.tice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2016/wp238_en.pdf)

<sup>(6)</sup> Zie ook de programmareden van de Britse Information Commissioner Christopher Graham tijdens de „IAPP Europe Data Protection Intensive 2016 Conference” in Londen. Deze programmareden (video) is beschikbaar op <https://iapp.org/news/video/iapp-europe-data-protection-intensive-2016-christopher-graham-keynote/>

<sup>(7)</sup> Brief aan de Groep van artikel 29 en andere instellingen, getekend door Access Now en 26 andere ngo's.

<sup>(8)</sup> Resolutie van het Europees Parlement van 26 mei 2016 over trans-Atlantische gegevensstromen (2016/2727(RSP)).

<sup>(9)</sup> Idem, punt 14.

Het ontwerpbesluit bevat een aantal verbeteringen ten opzichte van de veilighavenbeschikking, in het bijzonder met betrekking tot de beginselen voor de verwerking van persoonsgegevens voor commerciële doeleinden. Voor wat betreft de toegang tot de op grond van het privacychild doorgegeven gegevens door overheidsinstanties, verwelkomen wij ook de betrokkenheid, voor de eerste keer, van het Amerikaanse ministerie van Justitie, het Amerikaanse ministerie van Buitenlandse Zaken en de directeur van de Amerikaanse Nationale Inlichtingendienst bij de onderhandelingen. De voortgang vergeleken met de eerdere veilighavenbeschikking is echter op zichzelf onvoldoende. Het juiste ijkpunt is niet een eerder ongeldig verklaarde beschikking, aangezien het adequaatheidsbesluit moet worden gebaseerd op het huidige EU-rechtskader (in het bijzonder de richtlijn zelf, artikel 16 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie alsmede artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, zoals geïnterpreteerd door het HvJEU). Artikel 45 van de algemene verordening gegevensbescherming van de EU (hierna „de AVG” genoemd) <sup>(1)</sup> zal nieuwe eisen stellen aan doorgiften van gegevens op basis van een adequaatheidsbesluit.

Vorig jaar heeft het HvJEU bevestigd dat als beoordelingsdrempel moet gelden dat een gepaste bescherming „in grote lijnen overeenkomt” en heeft het een strenge toetsing tegen deze hoge norm verlangd <sup>(2)</sup>. Gepastheid vereist niet dat een kader wordt vastgesteld dat identiek is aan het in de EU bestaande kader, maar dat het privacychild en het Amerikaans rechtssysteem als geheel genomen alle belangrijke elementen van het gegevensbeschermingskader van de EU moeten bestrijken. Dit vereist zowel een algemene beoordeling van het rechtssysteem als een onderzoek van de belangrijkste elementen van het gegevensbeschermingskader van de EU <sup>(3)</sup>. Wij gaan ervan uit dat deze beoordeling globaal moet plaatsvinden, echter met inachtneming van de essentie van deze elementen. Bovendien moeten wegens het Verdrag en het Handvest specifieke elementen zoals onafhankelijk toezicht en verhaal in overweging worden genomen.

In dit verband is de EDPS zich ervan bewust dat veel organisaties aan beide zijden van de Atlantische Oceaan wachten op de uitkomst van het adequaatheidsbesluit. De gevolgen van een nieuwe ongeldigverklaring door het HvJEU in termen van de rechtsonzekerheid voor de betrokkenen en de last, met name voor het midden- en kleinbedrijf, kunnen echter verstrekkend zijn. Daarnaast geldt dat wanneer het ontwerpbesluit wordt aangenomen en vervolgens door het HvJEU ongeldig wordt verklaard, een eventuele nieuwe adequaatheidsregeling onder de AVG tot stand moet komen. Daarom adviseren wij een toekomstgerichte aanpak, gelet op de naderende datum van de volledige toepassing van de AVG over twee jaar, gerekend vanaf nu.

Het ontwerpbesluit is belangrijk voor de betrekkingen tussen de EU en de VS, op een tijdstip waarop de partijen ook handels- en investeringsonderhandelingen met elkaar voeren. Daarnaast zijn veel van de in ons advies aan de orde gestelde elementen indirect van belang voor zowel het privacychild als voor andere instrumenten voor gegevensdoorgifte, zoals de bindende bedrijfsvoorschriften (Binding Corporate Rules) en modelcontractbepalingen (Standard Contract Clauses). Het besluit is ook mondiaal relevant, aangezien veel derde landen deze nauwgezet zullen volgen tegen de achtergrond van het nieuwe gegevensbeschermingskader van de EU.

Derhalve zouden wij een algemene oplossing voor doorgiften tussen de EU en de VS verwelkomen, op voorwaarde dat deze allesomvattend en voldoende solide is. Hiervoor zijn robuuste verbeteringen nodig om duurzaam respect voor onze grondrechten en fundamentele vrijheden op de lange termijn te waarborgen. Wanneer het besluit wordt vastgesteld, moet deze bij de eerste evaluatie door de Europese Commissie tijdig worden beoordeeld teneinde belangrijke stappen te identificeren voor langetermijnoplossingen om een eventueel privacychild te vervangen door een robuuster en stabielere rechtskader ter bevordering van de trans-Atlantische relaties.

De EDPS maakt ook uit het ontwerpbesluit en de bijlagen daarbij op dat ondanks de recente trends van ongedifferentieerde surveillance op algemene basis naar gerichtere en selectievere benaderingen, de schaal van de langs elektronische weg verkregen inlichtingen en het volume van de vanuit de EU doorgegeven gegevens die verzameld kunnen worden zodra deze doorgegeven zijn, en met name wanneer deze „onderweg” zijn, waarschijnlijk hoog zullen blijven en dat hierbij dus vraagtekens kunnen worden geplaatst.

Hoewel deze praktijken zich ook kunnen voordoen bij inlichtingendiensten in andere landen en wij de transparantie van de Amerikaanse autoriteiten ten aanzien van deze nieuwe realiteit verwelkomen, kan het huidige ontwerpbesluit worden uitgelegd als legitimatie van deze routine. Deze kwestie moet aan een serieuze publieke en democratische controle worden onderworpen. Wij sporen daarom de Europese Commissie aan een sterker signaal te geven; gezien de verplichtingen van de EU op grond van het Verdrag van Lissabon mogen overheidsinstanties alleen toegang hebben tot en gebruik maken van voor commerciële doeleinden doorgegeven gegevens — ook wanneer deze „onderweg” zijn — in uitzonderlijke omstandigheden en wanneer dat onontbeerlijk is voor specifieke doeleinden van openbaar belang.

Bovendien merken wij op dat wezenlijke verklaringen die belangrijk zijn voor de persoonlijke levenssfeer van individuele personen in de EU, op belangrijke detailpunten alleen lijken te zijn uitgewerkt in interne brieven aan de Amerikaanse autoriteiten (bijvoorbeeld verklaringen inzake inlichtingenverzameling langs elektronische weg via eventuele

<sup>(1)</sup> 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 (algemene verordening gegevensbescherming) (PB L 119 van 4.5.2016, blz. 1).

<sup>(2)</sup> Schrems, punten 71, 73, 74 en 96.

<sup>(3)</sup> Deze benadering is reeds in overweging genomen in een van de eerste stukken van de Groep van artikel 29 over het onderwerp gegevensdoorgiften (WP12: „Werkdocument inzake doorgiften van persoonsgegevens aan derde landen: toepassing van artikelen 25 en 26 van de gegevensbeschermingsrichtlijn van de EU”, 24 juli 1998).

trans-Atlantische kabels) <sup>(1)</sup>. Hoewel wij de autoriteit van de gerespecteerde schrijvers daarvan niet in twijfel trekken en begrijpen dat deze verklaringen na bekendmaking in het Publicatieblad en het Federale Register als „schriftelijke waarborgen” zullen gelden op basis waarvan de evaluatie door de EU plaatsvindt, merken wij in zijn algemeenheid op dat het belang van sommige daarvan een iets hogere juridische waarde zou verdienen.

Naast een wijziging in de wetgeving en internationale overeenkomsten <sup>(2)</sup> kunnen ook aanvullende praktische oplossingen worden verkend. Ons advies probeert in dit opzicht pragmatisch te zijn.

#### IV. Conclusie

De EDPS verwelkomt de door de partijen aan de dag gelegde inspanningen om tot een oplossing te komen voor doorgiften van persoonsgegevens van de EU naar de VS voor commerciële doeleinden op grond van een systeem van zelfcertificering. Er zijn echter robuuste verbeteringen nodig om tot een solide kader te komen dat op de lange termijn stabiel is.

Gedaan te Brussel, 30 mei 2016.

Giovanni BUTTARELLI

*Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming*

---

<sup>(1)</sup> Zie bijvoorbeeld de verduidelijking in Bijlage VI.1. a) dat PPD28 zou gelden voor gegevens die via trans-Atlantische kabels worden verzameld door de Amerikaanse inlichtingendiensten.

<sup>(2)</sup> Tijdens de hoorzitting van het HvJEU in de zaak-Schrems verklaarde de EDPS dat „de enige effectieve oplossing bestaat uit de sluiting van een internationale overeenkomst die passende bescherming biedt tegen ongedifferentieerde surveillance, met inbegrip van verplichtingen inzake toezicht, transparantie, verhaal en gegevensbeschermingsrechten”, pleidooi van de EDPS tijdens de hoorzitting van het Hof van Justitie op 24 maart 2015 in zaak C-362/14 (Schrems/Data Protection Commissioner).