5146/99/NL/def.
WP 27

Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens

Advies 7/99

over het niveau van gegevensbescherming dat door de "veilige haven"-beginselen wordt geboden, die samen met de vaak gestelde vragen (FAQ's) en andere documenten op 15 en 16 november 1999 door het ministerie van Handel van de VS zijn gepubliceerd

Goedgekeurd op 3 december 1999

De Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens

Opgericht bij Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995[1],

Gelet op artikel 29 en artikel 30, sub b, van de richtlijn,

Gelet op haar reglement en met name op artikel 12 en artikel 14 daarvan

Heeft het volgende advies goedgekeurd:

Inleiding

De Groep bevestigt nogmaals haar beleid inzake de methode voor de beoordeling van de gepastheid van de gegevensbescherming in een derde land, welk beleid is samengevat in het werkdocument van 24 juli 1998 (WP 12: "Doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen: toepassing van de artikelen 25 en 26 van de EU-richtlijn betreffende gegevensbescherming"[2]).

De Groep heeft de besprekingen van de Commissie met het ministerie van Handel van de VS nauwkeurig gevolgd en hecht er veel belang aan; de Groep acht de "veilige haven"-benadering nuttig. Zij wil graag een bijdrage leveren om ervoor te zorgen dat de besprekingen een succes worden en is van oordeel dat een positief resultaat afhankelijk is van een aantal fundamentele kwesties die moeten worden opgelost.

In dit verband herinnert de Groep eraan dat de vorige versies van de "veilige haven"-beginselen en de vaak gestelde vragen (FAQ's) in de volgende werkdocumenten zijn behandeld:

1. Advies 1/99 van 26 januari 1999 (WP 15);
2. Advies 2/99 van 19 april 1999 (WP 19);
3. Advies 4/99 van 7 juni 1999 (WP 21) en een werkdocument van 7 september 1999 betreffende sommige FAQ's (niet openbaar);
4. Werkdocument van 7 juli 1999 (WP 23).

Dit advies heeft betrekking op de laatste versie van de "veilige haven"-beginselen, de FAQ's en de daarmee verband houdende documenten die op 15 en 16 november 1999

[1] PB L 281 van 23 november 1995, blz. 31, beschikbaar op het volgende adres: http://europa.eu.int/comm/dg15/en/media/dataprot/index.htm

[2] WP 12 (5025/98): werkdocument over de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen: toepassing van de artikelen 25 en 26 van de EU-richtlijn betreffende gegevensbescherming, goedgekeurd op 24 juli 1998 (11 talen), beschikbaar op het in voetnoot 1 vermelde adres.

zijn gepubliceerd.[3] De Groep vindt het jammer dat zij slechts weinig tijd heeft gehad om over een dergelijk belangrijk vraagstuk een standpunt in te nemen. Zij wijst erop dat geen enkele tekst "definitief" is en daarom maakt zij een voorbehoud bij haar standpunt in verband met eventuele verdere ontwikkelingen van de teksten.

De Groep is van oordeel dat er vorderingen zijn gemaakt maar betreurt het dat in de laatste versies van de VS-documenten eigenlijk geen rekening is gehouden met de opmerkingen die zij in de vorige adviezen heeft gemaakt. De Groep vindt dit een zorgwekkende situatie.

Met het oog op een mogelijke vaststelling van gepastheid, en rekening houdende met het bijzondere effect dat een dergelijke positieve vaststelling zou hebben als referentiepunt voor andere derde landen, is de Groep van mening dat de "veilige haven" niet alleen juridische zekerheid moet bieden aan organisaties in de VS maar ook aan de belanghebbende partijen in de EU (gegevensbeheerders die gegevens willen doorgeven aan de VS, personen van wie de gegevens worden doorgegeven, gegevensbeschermende autoriteiten). Vanaf de goedkeuring van haar Advies 1/99 is de Groep steeds van mening geweest dat, wat de inhoud betreft, "elke aanvaardbare set "veilige haven"-beginselen als minimumvereiste alle beginselen moet omvatten die in de privacyrichtsnoeren van de OESO zijn opgenomen" (onder meer goedgekeurd door de Verenigde Staten en onlangs nogmaals bevestigd tijdens de conferentie van de OESO in Ottawa in oktober 1998).

Toepassingsgebied en structuur

De Groep is van mening dat de "veilige haven"-beginselen bedoeld zijn om de verwerking van gegevens te regelen die door een gegevensbeheerder in de EU aan de VS worden doorgegeven. Wat het verzamelen van persoonsgegevens in de EU betreft, herinnert de Groep eraan dat de nationale bepalingen voor de uitvoering van de richtlijn normaal van toepassing zijn. De Groep wijst erop dat elke vaststelling van gepastheid uit hoofde van artikel 25, lid 6, van de richtlijn alleen betrekking kan hebben op de bescherming van personen met betrekking tot de verwerking van gegevens in het desbetreffende derde land en geen invloed kan hebben op de toepasselijke wetgeving uit hoofde van artikel 4, sub c, van de richtlijn.

Het toepassingsgebied van de "veilige haven"-beginselen moet volgens de Groep duidelijk worden gedefinieerd, zowel wat de begunstigden als wat de categorieën van gegevensdoorgiften betreft.

Volgens de vierde alinea van de beginselen "gelden de voordelen van de "veilige haven" vanaf de datum waarop de organisatie die hiervoor in aanmerking wil komen, aan het ministerie van Handel of een door het ministerie aangewezen instantie verklaart (zelfcertificering) dat zij de beginselen naleeft". Volgens FAQ 6 moeten

[3] 15 november 1999 (FAQ's 1 tot 15), samenvatting van het besluit uit hoofde van artikel 25, lid 6, brief van David Aaron aan John Mogg over de "veilige haven"-beginselen en FAQ's enz. - 16 november 19999, brief van John Mogg aan David Aaron over het besluit uit hoofde van artikel 25, lid 6 enz. - 16 november 1999.
Beschikbaar op: http://www.ita.doc.gov/td/ecom/menu.htm

dergelijke zelfcertificeringsbrieven minstens een keer per jaar worden ingediend; het ministerie van Handel (of een door dit ministerie aangewezen instantie) zal "een lijst bijhouden van alle organisaties die dergelijke verklaringen indienen, waarbij de beschikking over de "veilige haven"-voordelen wordt gegarandeerd, en deze lijst bijwerken aan de hand van de jaarlijkse verklaringen" en kennisgevingen inzake vaststellingen van niet-naleving van de beginselen. Volgens FAQ 11 zullen negatieve vaststellingen tegen "veilige haven"-deelnemers in de lijst worden opgenomen. In dit verband wijst de Groep erop dat:

1. het ministerie van Handel vooraf niet heeft nagegaan of een organisatie werkelijk aan de criteria voldoet om voor de "veilige haven" in aanmerking te komen (privacybeleid volgens de beginselen, jurisdictie van de FTC of een andere overheidsinstantie wegens misleidende praktijken);
2. de jaarlijkse zelfcertificering bedoeld is om de betrouwbaarheid van de lijst te verbeteren; maar aangezien het vernieuwen van de zelfcertificering niet verplicht is, kan een organisatie zich gedurende een jaar aan de beginselen houden en zich daarna uit de "veilige haven" terugtrekken; het kan gebeuren dat niet-geïdentificeerde bedriegers pas van de lijst verdwijnen na een lange periode waarin persoonsgegevens normaal zijn doorgegeven;
3. fusies en overnames in het bedrijfsleven en met name in de telecommunicatiesector steeds meer voorkomen. Een organisatie die zich aan de beginselen houdt kan worden overgenomen door of samengaan met een organisatie die voor de "veilige haven" niet in aanmerking kan of wil komen.

Organisaties in de VS kunnen nu op vrijwillige basis tot de "veilige haven" toetreden door zelfcertificering (FAQ 6) en zelfbeoordeling (FAQ 7); beide instrumenten worden ondersteund door wettelijke bepalingen in geval van onjuiste voorstellingen en misleidende praktijken. Dit betekent dat, tenzij en totdat een klacht is ingediend en onderzocht, een organisatie in de VS die de voordelen van de "veilige haven" heeft gevraagd, persoonsgegevens uit de EU kan ontvangen. In het licht van bovengenoemde voorbeelden dringt de Groep er bij de Commissie op aan maatregelen in overweging te nemen om de blijvende bescherming van persoonsgegevens te garanderen die kunnen worden doorgegeven aan:

1. organisaties die nooit op de lijst hadden mogen staan omdat zij niet aan de kwalificatiecriteria voldoen;
2. organisaties die weliswaar op de lijst staan maar zich niet aan de beginselen houden;
3. organisaties die, nadat zij 1 jaar op de lijst hebben gestaan, het volgende jaar van de lijst zouden verdwijnen, omdat zij hun zelfcertificering niet vernieuwen of omdat zij niet meer in aanmerking komen voor de "veilige haven";
4. organisaties die, nadat zij in de lijst zijn opgenomen, door een bedrijf zijn overgenomen dat niet in aanmerking komt voor de "veilige haven" (omdat het bedrijf niet kan of wil voldoen aan de beginselen).

Teneinde blijvende bescherming te garanderen verzoekt de Groep de Commissie het wissen of schrappen van de gegevens in overweging te nemen die aan een organisatie die tot een van de hierboven genoemde categorieën behoort, zijn doorgegeven. De Groep zou ook graag meer duidelijkheid willen over de mogelijke blijvende

toepasbaarheid van de bepalingen van de Federal Trade Commission Act betreffende misleidende praktijken.

Voor de rechtszekerheid wijst de Groep er nogmaals op dat de lijst van begunstigden volledig betrouwbaar moet zijn, bijgewerkt en gemakkelijk toegankelijk voor het publiek.

In haar werkdocument van 7 juli 1999 heeft de Groep reeds om opheldering gevraagd betreffende twee specifieke punten:

a) sectoren die van het toepassingsgebied van de "veilige haven" zijn uitgesloten omdat zij niet onder de jurisdictie van een overheidsinstantie van het FTC-type vallen (bv. gegevens over werknemers, non-profitsector);

b) activiteiten die door de organisatie die voor de "veilige haven" in aanmerking wil komen, zelf worden uitgesloten.

Wat punt **a)** betreft, hecht de Groep heel veel belang aan de brieven van de voorzitter van de FTC van 23 september 1998 en 1 november 1999; volgens deze brieven is het duidelijk dat de jurisdictie van de FTC alleen geldt voor oneerlijke en misleidende daden indien deze de handel nadelig beïnvloeden. De meeste gegevens die verwerkt worden in verband met een arbeidsverhouding (FAQ 9) alsmede de gegevens die zonder commerciële doeleinden worden verwerkt (bv. non-profit, onderzoek) lijken hiermee uitgesloten. De Groep beveelt daarom aan dat deze categorieën van gegevensdoorgifte uitdrukkelijk van de "veilige haven" worden uitgesloten.

Wat punt **b)** betreft, wijst de Groep erop dat in FAQ 6 organisaties wordt gevraagd een beschrijving te geven van de "activiteiten van de organisatie die onder haar "veilige haven"-verbintenis vallen". Dit betekent dat dezelfde organisatie met een voet in de "veilige haven" kan staan en met de andere voet erbuiten. De Groep dat hiermee afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid (met name met betrekking tot gegevens die in een organisatie over verschillende personen zijn verdeeld) en vraagt daarom "activiteiten" te specificeren.

Uitzonderingen en vrijstellingen

De Groep geeft opnieuw uiting aan haar bezorgdheid dat de naleving van de beginselen kan worden beperkt door "wetten, overheidsregulering of jurisprudentie" (alinea 5, sub b), van de beginselen). En dit schijnt zowel in de staten als op federaal niveau te gebeuren. Om rechtszekerheid te garanderen en ervoor te zorgen dat er geen discriminatie ontstaat ten opzichte van andere vaststellingen van gepastheid pleit de Groep ervoor, dat wat de uitzonderingen en beperkingen betreft, nauwkeuriger criteria worden vastgesteld en concrete voorbeelden worden gegeven en dat er meer aandacht wordt besteed aan de gevolgen van deze uitzonderingen en vrijstellingen. Wat nauwkeuriger criteria betreft wil de Groep dat er een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen mogelijkheden en verplichtingen: naleving van de beginselen kan alleen worden beperkt indien men wettelijke verplichtingen of andere voorschriften moet nakomen (die sowieso op de beginselen prevaleren), maar niet als resultaat van

mogelijkheden die uit de VS-wetgeving zouden voortvloeien, aangezien dit de beginselen ernstig zou afzwakken.

Ter wille van de transparantie en de rechtszekerheid acht de Groep het van essentieel belang dat de Commissie op de hoogte wordt gebracht van elke wet of overheidsregeling die afbreuk kan doen aan de naleving van de beginselen.

Wat alinea 5, punt c) betreft, is de Groep van mening dat men zich moet beperken tot de uitzonderingen waarin de richtlijn voorziet, omdat alle toegestane uitzonderingen in de wetgeving van de lidstaten hieronder vallen. De Groep is in ieder geval van mening dat uitzonderingen niet kunnen worden ingeroepen buiten hun specifieke context en dat elke uitzondering alleen voor haar specifiek doel kan worden gebruikt.

De Groep is het er niet mee eens dat naast de hierboven vermelde uitzonderingen, ook de FAQ's in een lange lijst van uitzonderingen voorzien die in sommige gevallen ertoe leiden dat gehele categorieën van gegevens worden vrijgesteld: dit geldt met name voor de ruime categorie van "openbaar beschikbare gegevens" die inderdaad "openbaar beschikbaar" kunnen zijn ongeacht de vraag of de verwerking rechtmatig is gebeurd en of de gegevens juist zijn. De Groep wijst erop dat de richtsnoeren van de OESO niet in een dergelijke vrijstelling voorzien en zij is van mening dat het aanvaarden van een dergelijke vrijstelling de gegevensbescherming zo lek als een zeef zal maken.

Kennisgeving

De Groep blijft bij haar in al haar vorige adviezen bevestigde standpunt dat de "veilige haven"-regeling (en elke vaststelling van gepastheid) alleen betrekking kan hebben op de verwerking van gegevens die door een in de EU gevestigde gegevensbeheerder aan een derde land worden doorgegeven: gegevensbeheerders in de EU vallen onder de nationale bepalingen ter uitvoering van de richtlijn, en hetzelfde is normaal van toepassing wanneer persoonsgegevens direct bij personen in de EU worden verzameld door een organisatie in de VS die gebruikmaakt van middelen die zich op het grondgebied van een lidstaat bevinden (artikel 4 van de richtlijn).

Dit wordt door de VS nu erkend in vraag 1 van FAQ 14 in verband met farmaceutische en medische producten en in FAQ 9 in verband met gegevens over menselijk potentieel. Nu staat in het kennisgevingsbeginsel echter:

"de kennisgeving moet in duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen worden gedaan als de personen voor de eerste keer wordt gevraagd de organisatie persoonlijke informatie te verstrekken of zo spoedig mogelijk daarna".

Door deze zin zou men tot de opvatting kunnen komen dat het verzamelen van gegevens van personen in de EU door organisaties in de VS geregeld wordt door de "veilige haven"-beginselen en niet door de nationale bepalingen ter uitvoering van de

richtlijn. De gevolgen ervan zouden veel verder kunnen gaan dat het kennisgevingsbeginsel.

De Groep is van mening dat dit strijdig is met de richtlijn (artikel 4). Zij beveelt dan ook aan deze zin te schrappen en te vervangen door een andere waarin duidelijk het volgende wordt aangegeven:

1. wanneer een organisatie in de VS persoonsgegevens direct bij personen in de EU wil verzamelen, moet de organisatie de geldende nationale bepalingen ter uitvoering van de richtlijn naleven (bv. artikel 6, 7, 10, 14 en, indien van toepassing, artikel 8);
2. indien persoonsgegevens aan een organisatie in de VS worden doorgegeven door een gegevensbeheerder in de EU, dient eerstgenoemde aan de tweede te vragen voor welke doeleinden de gegevens oorspronkelijk zijn verzameld (dit is essentieel om na te gaan of na de doorgifte het doel verandert, waarmee de keuze- en kennisgevingsbeginselen worden toegepast, en het kan bovendien bijdragen aan de vaststelling van de risico's en de aansprakelijkheid).

De Groep stelt voor beide punten in een nieuwe FAQ te behandelen om het kennisgevingsbeginsel te verduidelijken.

De Groep vindt ook dat het kennisgevingsbeginsel zodanig moet worden gewijzigd dat gegarandeerd wordt dat kennisgeving plaatsvindt wanneer gegevens door een andere organisatie worden gebruikt.

Wat FAQ 4 betreft, vindt de Groep dat er voor headhunters geen enkele reden is om gegevens te verwerken zonder de toestemming van de betrokkene. Ook is er sprake van "andere omstandigheden waarin de toepassing van de "veilige haven"-beginselen de legitieme belangen van de organisatie zou schaden" en dit is volgens de Groep een veel te ruime ontsnappingsmogelijkheid.

De Groep wijst erop dat FAQ 14 over farmaceutische en medische producten pas onlangs is ontvangen en dat de huidige tekst nog vele vragen doet rijzen, met name het gebruik van gegevens voor doeleinden die niet verenigbaar zijn met die van het wetenschappelijk onderzoek.

Keuze

De Groep blijft bij haar standpunt dat zij in het werkdocument van 7 juli 1999 tot uitdrukking heeft gebracht: aangezien in de beginselen geen criteria zijn opgenomen voor de rechtmatigheid van de verwerking, moet het keuzebeginsel worden versterkt. In de huidige versie biedt de combinatie van keuze en kennisgeving de mogelijkheid om gegevens te gebruiken voor een ander doel dan dat wat aan de betrokkene in de kennisgeving is medegedeeld zonder de mogelijkheid van keuze te bieden (tenzij het doel onverenigbaar is of de gegevens gevoelig zijn) en dit gaat minder ver dan de richtsnoeren van de OESO ("beginsel van beperking van het gebruik")[4] . De Groep

[4] "Persoonsgegevens mogen niet ter beschikking worden gesteld of anderszins worden gebruikt voor andere doeleinden dan die welke in overeenstemming met lid 9 zijn gespecificeerd (specificatie van het doel) tenzij

vindt dat keuze moet worden geboden wanneer gegevens worden gebruikt voor een doel dat weliswaar compatibel is maar verschillend.

De Groep deelt de standpunten van de Commissie zoals die in de voetnoot bij het keuzebeginsel zijn geformuleerd. Volgens haar moet de definitie van gevoelige gegevens in overeenstemming worden gebracht met de richtlijn (artikel 8) en zij vindt dat keuze alleen een basis voor een rechtmatige verwerking kan zijn indien gebaseerd op passende informatie.

Verdere doorgifte

De Groep wijst met enige bezorgdheid op de laatste zin in dit beginsel die organisaties helemaal vrijstelt van aansprakelijkheid wanneer informatie aan sommige derde partijen wordt doorgegeven. De betrokkene heeft misschien geen pasklaar rechtsmiddel om hier wat tegen te doen, behalve dan tegen degene die de informatie heeft doorgegeven en dit misschien onachtzaam heeft gedaan. De Groep vindt dan ook dat er maatregelen moeten worden genomen om deze vrijstelling van aansprakelijkheid te beperken, om ervoor te zorgen dat de doorgevende instantie aansprakelijk blijft in geval van onachtzaamheid en onvoorzichtigheid, en om ervoor te zorgen dat de doorgevende instantie de betrokkene bijstaat om over een rechtsmiddel te kunnen beschikken.

Beveiliging

De Groep vindt dat in FAQ 10 de passage waarin staat dat beveiligingsmaatregelen in het contract niet nodig zijn, moet worden geschrapt, aangezien de wetgeving van verschillende lidstaten dergelijke bepalingen vereist, zelfs in contracten voor verwerking van gegevens in de lidstaat zelf.

Integratie van gegevens

De Groep herinnert eraan dat volgens paragraaf 8 van de OESO-richtsnoeren "gegevens relevant moeten zijn voor de doeleinden waarvoor zij moeten worden gebruikt en in de mate waarin dit noodzakelijk is voor deze doeleinden ook nauwkeurig, volledig en bijgewerkt". Dit zou ook moeten worden opgenomen in de "veilige haven"-regeling.

Toegang

De Groep herinnert eraan dat toegang een fundamenteel beginsel is van elk zinvol gegevensbeschermingsstelsel, omdat toegang het middel is waarmee de betrokkene al zijn rechten kan uitoefenen; uitzonderingen op dit fundamentele beginsel mogen volgens de Groep alleen worden toegestaan in uitzonderlijke omstandigheden; net zoals in al haar vorige adviezen geeft de Groep uiting aan haar bezorgdheid ten aanzien van het verreikende en niet-vastomlijnde karakter van de uitzonderingen en

---

a) de betrokkene hiervoor toestemming heeft gegeven, of
b) de wet hierin voorziet."

de voorwaarden die de VS aan de uitoefening van dit fundamentele recht hebben verbonden.

De Groep bevestigt nogmaals haar standpunt dat kostenoverwegingen weliswaar belangrijk zijn om de voorwaarden te bepalen waaronder dit recht kan worden uitgeoefend, maar geen voorwaarde voor het recht zelf kunnen vormen.

Anders dan in de OESO-richtsnoeren[5] wordt in de "veilige haven"-beginselen het individuele recht om informatie in een gemakkelijk te begrijpen vorm "te ontvangen", niet erkend. Voorts beperkt het toegangsbeginsel het recht om informatie te verwijderen tot gevallen waarin gegevens onjuist zijn (hetgeen vanzelfsprekend is); in Advies 2/99 heeft de Groep reeds het standpunt geformuleerd dat het pas zinvol is als het recht om informatie te verwijderen geldt voor alle gevallen van onrechtmatige verwerking en dat dit in de beginselen moet worden opgenomen en niet in een FAQ.

In FAQ 8 is een lange lijst van uitzonderingen op het toegangsprincipe opgenomen; de Groep verheugt zich erover dat sommige uitzonderingen in vergelijking met de vorige versie van de FAQ beter zijn gespecificeerd. Toch blijft volgens de Groep de indruk bestaan dat deze FAQ het toegangsprincipe eerder afzwakt dan de toepassing ervan verduidelijkt. Met name blijft de Groep bezwaar maken tegen V2 (onduidelijk) en V7. Wat V5 betreft, wijst de Groep nogmaals op haar standpunt dat de omstandigheden om toegang te ontzeggen te ruim en te vrij zijn en dat de tekst impliceert dat dergelijke overwegingen automatisch het recht op toegang terzijde schuiven. De Groep vreest dat dit een ernstige verzwakking van het algemene niveau van de gegevensbescherming tot gevolg zal hebben.

Wat V6 betreft, is de Groep van mening dat de tweede alinea verkeerd is geformuleerd en beveelt zij aan deze alinea ofwel te schrappen ofwel nauwkeuriger te definiëren om mogelijk misbruik van het recht op toegang uit te sluiten.

De Groep bevestigt nogmaals haar bezwaar tegen V8, om dezelfde redenen als die welke reeds in het werkdocument van 7 september 1999 zijn geformuleerd; het feit dat informatie openbaar beschikbaar is, ontneemt de betrokkene niet zijn recht tot toegang.

Rechtshandhaving

De Groep verheugt zich over de uitvoerige informatie die de VS tijdens de laatste weken van de besprekingen heeft verstrekt (met name de FTC-brief, vergelijking van de mechanismen voor geschillenafhandeling in verband met privacybescherming in de particuliere sector in de VS, FAQ 11, memorandum inzake de Fair Credit Reporting Act). Dergelijke informatie is nuttig en heeft de Groep de mogelijkheid gegeven zich een beeld te vormen van de rechtshandhavingsvoorzieningen waarover de personen van wie de gegevens worden doorgegeven, kunnen beschikken. Na bestudering van de hierboven vermelde informatie wenst de Groep op het volgende te wijzen:

[5] "Beginsel van individuele deelneming", punt a) iv.

1. de bestaande mechanismen in de particuliere sector gelden alleen voor on-line-activiteiten: BBB Online; Web Trust; TRUSTe: (onderstreept om nadruk te leggen)[6];

2. hetzelfde kan gezegd worden van de brief van de FTC-voorzitter van 1 november 1999 (tweede alinea: "online privacy", "Internet environment"; derde alinea: online marketplace, survey of web sites; vierde alinea: "online privacy policies" enz.; (onderstreept om nadruk te leggen)[7].

3. Volgens de vierde alinea van de beginselen kunnen "veilige haven"-voordelen ook worden toegekend aan organisaties waarop *"wet- en regelgeving, inclusief het administratief recht of een ander recht (of de regelgeving van nationale effectenbeurzen, organisaties voor effecten op naam, ingeschreven clearingvennootschappen of gemeentelijke regelgeving voor effecten) van toepassing is die persoonsgegevens in feite beschermt"*. Er wordt echter geen informatie gegeven betreffende de overheidsinstanties die de rechtshandhaving van een dergelijk groot aantal verschillende wettelijk erkende bronnen beschermt.

Onder deze omstandigheden is de Groep van mening dat het toepassingsgebied van elke vaststelling van gepastheid uitdrukkelijk moet beperkt worden tot die sectoren waarvoor voldoende en duidelijke informatie is verzameld en beoordeeld in verband met het bestaan van handhavingsmechanismen. Uitbreiding van het toepassingsgebied van een vaststelling inzake gepastheid zou aanleiding kunnen geven tot juridische procedures en dat komt geen van de belanghebbende partijen ten goede.

Het handhavingsbeginsel is volgens de Groep pas zinvol als daarin schadeloosstelling wordt opgenomen voor elke schade die personen ten gevolge van een schending van de beginselen hebben geleden: dit is een algemeen standpunt van de Groep en dat geldt voor elk derde land (werkdocument over de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen: WP 12 van 24 juli 1998, bladzijde 14: "passende schadeloosstelling"). Indien de geldende wetgeving in de VS niet in schadeloosstelling voorziet, dient de particuliere organisatie deze mogelijkheid te bieden als voorwaarde om voor de "veilige haven" in aanmerking te komen.

In FAQ 11 (afhandeling van geschillen en handhaving) zijn de aspecten die daarin worden behandeld dermate belangrijk dat zij beter in het handhavingsbeginsel zelf kunnen worden opgenomen. Teneinde tussen de verschillende handhavingsniveaus een verbinding tot stand te brengen is het van belang dat geschillenafhandelings-instanties niet-opgeloste zaken altijd naar de FTC doorverwijzen. De vereisten dat geschillenafhandelingsmechanismen transparant en snel moeten zijn, kunnen misschien ook in het beginsel worden opgenomen.

Volgens FAQ 11 kunnen geschillenafhandelingsinstanties criteria invoeren voor de aanvaardbaarheid van klachten. De Groep is van oordeel dat dergelijke criteria duidelijk, objectief en redelijk moeten zijn. Ook weigeringen om klachten verder te behandelen moeten naar behoren worden gemotiveerd.

---

[6] Zoals reeds vermeld kunnen on-line-activiteiten onder de EU-wetgeving vallen wanneer zij betrekking hebben op het verzamelen van persoonsgegevens direct bij de persoon zelf in de EU (zie hierboven Toepassingsgebied en structuur, Kennisgeving).
[7] Zelfde opmerking als in voetnoot 6.

In het algemeen wijst de Groep erop dat de handhavingsregelingen in de VS een zeer onduidelijk beeld opleveren waarin de rechten van de burger in geval van schending van de beginselen zeer moeilijk kunnen worden teruggevonden. FAQ 11 geeft gewoon een aantal aanbevelingen die tot een versnipperde en ongelijke tenuitvoerlegging kunnen leiden.

FAQ 5 - Rol van de gegevensbeschermingsautoriteiten

De Groep heeft de door de VS voorgestelde tekst van FAQ 5 bestudeerd en is tot de conclusie gekomen dat de in deze tekst beschreven rol voor de gegevensbeschermingsautoriteiten juridisch of praktisch niet uitvoerbaar is. De Groep wijst er met name op dat de nationale wetgeving nationale autoriteiten geen bevoegdheid verleent om klachten over schending van gegevensbeschermingsregels buiten hun rechtsgebied te behandelen.

Anderzijds wijst de Groep op de bereidheid van de nationale autoriteiten tot samenwerking in de vorm van informatie- en adviesverstrekking, op voorwaarde dat dit nuttig is in het kader van de "veilige haven". De Groep heeft namelijk begrepen dat de VS voorstander was van een dergelijke samenwerking gedurende een beperkte periode na de invoering van de "veilige haven".

In dit verband vraagt de Groep de Commissie na te gaan of dit aanbod om informatie en advies te verstrekken, gecombineerd met een eenzijdige belofte door de VS-organisatie om het advies van de nationale autoriteiten na te leven - een belofte die, indien zij niet wordt nagekomen, FTC-maatregelen tot gevolg zou hebben wegens bedrog - van belang kan zijn om aan de eisen van deel (a) van het handhavingsbeginsel van de "veilige haven" te voldoen. Zo ja, dan zijn de nationale autoriteiten misschien bereid om op die manier samen te werken voor een eerste periode van drie jaar. De Groep wijst er voorts op dat de nationale autoriteiten deze regeling vóór het einde van die periode zouden kunnen herzien, indien het aantal VS-organisaties die voor deze mogelijkheid hebben gekozen, van dien aard was dat het duidelijk was dat deze regeling werd aangegrepen als vervanging van passende handhavingsregelingen in de VS, in plaats van een tijdelijke regeling bedoeld om een beperkte lacune aan te vullen.[8]

Voorts verzoekt de Groep de Commissie na te gaan wat voor rol een mechanisme op Europees niveau zou kunnen spelen dat onder meer een forum zou kunnen zijn om een gecoördineerde en een geharmoniseerde aanpak te helpen bevorderen.

De ontwerp-beschikking van de Commissie (van 24 november 1999)

De Groep wil de aandacht van de Commissie op het volgende vestigen:

1. Er wordt niet verwezen naar het werk dat de Groep heeft uitgevoerd om criteria vast te stellen voor de beoordeling van de gepastheid in derde landen (WP 12). De

[8] Sommige delegaties maken bij de alinea nog voorbehoud.

Groep is van mening dat de beoordeling van de gepastheid aan de hand van deze criteria moet worden uitgevoerd teneinde een evenwichtige en objectieve benadering voor alle derde landen te garanderen - ongeacht het feit of die landen een wettelijke of alleen maar regulerende benadering van de gegevensbescherming hanteren. Voorts zou volgens de Groep specifiek moeten verwezen worden naar de adviezen die de Groep over de "veilige haven" in de VS heeft gepubliceerd.

2. Wat de inhoud van de beschikking betreft, wijst de Groep erop dat de criteria om tot de "veilige haven" toe te treden in de teksten van de VS en in de ontwerp-beschikking niet dezelfde zijn. Volgens de inleidende alinea's 3 en 4 van de VS-beginselen kunnen organisaties tot de "veilige haven" toetreden door:

   "a) deel te nemen aan een zelfregulerend privacyprogramma dat de beginselen naleeft,
   b) door een eigen zelfregulerend privacybeleid te ontwikkelen dat zij met de beginselen in overeenstemming brengen,
   c) onderworpen te zijn aan wet- en regelgeving, inclusief het administratief recht of een ander recht, die de privacy werkelijk beschermt."

   Volgens artikel 1 van de ontwerp-beschikking van de Commissie wordt ervan uitgegaan dat de organisaties tot de "veilige haven" behoren als zij:

   "zich in het openbaar ertoe verbinden dat zij zich aan de beginselen houden en onderworpen zijn aan het wettelijk gezag van een publiekrechtelijke instantie die de bevoegdheid heeft klachten te onderzoeken en bij oneerlijke en misleidende praktijken schadeloosstelling te verkrijgen".

   De beginselen moeten met de beschikking in overeenstemming worden gebracht.

3. De Groep wijst er ook op dat in overweging 8 staat dat op de bevoegdheden van de Federal Trade Commission een aantal wettelijke uitzonderingen van toepassing zijn. Er wordt echter niet precies aangegeven welke sectoren zijn uitgezonderd noch of voor alle uitgezonderde sectoren een andere publiekrechtelijke instantie bevoegd is. Evenzo moet verwezen worden naar de desbetreffende bepalingen op grond waarvan de bevoegdheden om tegen misleidende praktijken of onjuiste voorstellingen op te treden aan de hier vermelde enkele publiekrechtelijke instanties worden verleend.

   Aangezien het onder de jurisdictie vallen van een publiekrechtelijke instantie die de bevoegdheid heeft om tegen oneerlijke of misleidende praktijken op te treden, voor organisaties die tot de "veilige haven" willen toetreden, een *conditio sino qua non* is, acht de Groep het van fundamenteel belang dat op dit punt meer duidelijkheid wordt gegeven en dat de "veilige haven" wordt beperkt tot sectoren die onder een dergelijke publiekrechtelijke instantie vallen.

4. In de ontwerp-beschikking van de Commissie wordt niets gezegd over de manier waarop organisaties de "veilige haven"-voordelen kwijtraken - of om het eenvoudiger te zeggen, er staan geen procedures in om van de door het ministerie van Handel bijgehouden lijst te worden geschrapt.

Alleen in de VS-teksten staat dat *"indien het ministerie er door een zelfregulerende, geschillenafhandelings- en/of overheidsinstantie van in kennis wordt gesteld dat een "veilige haven"-organisatie de "veilige haven"-beginselen op permanente wijze niet naleeft of zich niet aan de uitspraak van een dergelijke instantie conformeert, dit moet worden gemeld, evenwel met dien verstande dat de betrokken organisatie daarvan eerst op de hoogte wordt gesteld en haar een termijn van (30) dagen wordt gegund om erop te kunnen reageren".(FAQ 11)*

Volgens de ontwerp-beschikking kunnen negatieve vermeldingen door het ministerie van Handel van de VS alleen tot een onderbreking van de gegevensstroom komen overeenkomstig artikel 2, lid 2, sub a). En zelfs indien de gegevensstroom naar een organisatie wordt onderbroken op grond van artikel 2, lid 2, sub a), zou dit in de lijst niet terug te vinden zijn omdat de VS-lijst geen negatieve conclusies die in de EU zijn genomen vermeldt. Er moet dus voor gezorgd worden dat EU-organisaties op de lijst kunnen vertrouwen.

Bovendien is de Groep van mening dat de in artikel 2, lid 2[9], genoemde voorwaarden voor onderbreking van de gegevensstroom in de praktijk waarschijnlijk zeer moeilijk te handhaven zijn, hetgeen onaanvaardbaar zou zijn als individuele rechten zijn geschonden. De term "onherstelbare schade" in artikel 2, lid 2, zou vervangen moeten worden door "ernstige en dreigende schade".

5. De Groep wijst erop dat in artikel 1, lid 3, de VS de volgende tekst voorstelt *"Naleving van de US Fair Credit Reporting Act or the US Financial Modernization Act wordt beschouwd als een garantie voor een passend beschermingsniveau voor zover de activiteiten van een organisatie onder die wetten vallen"*. Wat deze VS-wetten betreft wil de Groep de aandacht van de Commissie vestigen op het feit dat een analyse van de FCRA op de agenda stond van de 17e vergadering van 7 juni, maar dat er jammer genoeg niet voldoende tijd was om deze wet of de gepastheid ervan te bespreken. En over de Financial Modernization Act heeft de Groep pas onlangs een tekst ontvangen.

---

[9] Artikel 2.2: "De bevoegde autoriteiten in lidstaten kunnen bovendien gebruik maken van hun bestaande bevoegdheid om gegevensstromen naar een organisatie die de beginselen onderschrijft, te onderbreken om personen bij de verwerking van hun persoonlijke gegevens te beschermen in de gevallen waarin:

a) de in artikel 1, lid 1, sub b) genoemde publiekrechtelijke instantie of een onafhankelijk verhaalmechanisme in de VS als bedoeld in punt a) van het Handhavingsbeginsel tot de conclusie is gekomen dat de beginselen zijn geschonden, of
b) redelijkerwijs mag worden aangenomen dat het handhavingsmechanisme in de VS niet tijdig passende stappen onderneemt of zal ondernemen om het aan de orde zijnde probleem op te lossen, het zeer waarschijnlijk is dat de beginselen zijn geschonden, en de bevoegde autoriteiten in de lidstaat voldoende inspanningen hebben geleverd om de organisatie in kennis te stellen en de gelegenheid te geven te reageren,
c) en de voortzetting van de doorgifte van de persoonsgegevens onherstelbare schade aan de betrokkenen berokkent.

De opschortende maatregel blijft zolang van kracht totdat vaststaat dat de beginselen worden nageleefd."

De Groep kan pas een advies over de gepastheid van het beschermingsniveau van deze twee wetten uitbrengen als zij daar uitvoerig over heeft kunnen beraadslagen. Zolang er geen vaststelling van gepastheid van deze wetten is, moet elke verwijzing ernaar in de beschikking worden weggelaten.

6. De Groep is ook van mening dat artikel 2, lid 1, als volgt moet worden gewijzigd:

   "Artikel 1 doet geen afbreuk aan de bevoegdheden van de bevoegde autoriteiten in de lidstaten om stappen te ondernemen om ervoor te zorgen dat de nationale bepalingen die zijn goedgekeurd conform andere bepalingen dan artikel 25 en 26 van de richtlijn, worden nageleefd".

Briefuitwisseling

(niet gedateerd maar op de website geplaatst op 15 november)

De Groep wil de aandacht van de Commissie op het volgende vestigen:

1. ***De zogenaamde periode van uitstel of datum van inwerkingtreding:*** zowel in de ontwerp-brief van de VS en het ontwerp-antwoord van de Commissie staat dat de Commissie en de lidstaten de flexibiliteit van artikel 26 zullen gebruiken om onderbreking van de gegevensstromen naar organisaties in de VS te voorkomen gedurende een bepaalde periode volgend op het besluit over de "veilige haven"-regeling als bedoeld in artikel 25, lid 6. Dit geeft organisaties in de VS de gelegenheid te besluiten of zij tot de "veilige haven" willen toetreden en (zo nodig) hun informatiebeleid aan de vereisten van de "veilige haven" aan te passen.

   Aangezien op grond van de richtlijn de Commissie met betrekking tot gegevensdoorgiften naar derde landen pas kan optreden wanneer a) een derde land niet het passende beschermingsniveau biedt en de Commissie onderhandelingen aangaat om deze situatie te verhelpen - artikel 25, lid 4, 5 en 6, of b) wanneer de Commissie besluit dat bepaalde modelcontractbepalingen voldoende waarborgen bieden - artikel 26, lid 4, vraagt de Groep zich af op welke gronden de Commissie van plan is de flexibiliteit van artikel 26 van de richtlijn te gebruiken om VS-organisaties voldoende tijd te geven te besluiten of zij al dan niet tot de "veilige haven" willen toetreden.

2. ***Gebruik van contracten – besluit uit hoofde van artikel 26****:* in de ontwerp-brief van de EU staat dat *"De Commissie en de lidstaten van mening zijn dat de beginselen (VS "veilige haven") in dergelijke contracten mogen worden gebruikt voor de essentiële bepalingen over gegevensbescherming... In het kader van het artikel 31-Comité zijn de Commissie en de lidstaten al besprekingen begonnen ... met het oog op de goedkeuring van een besluit uit hoofde van artikel 26, lid 4, dat modelcontracten toestaat..."*

   De Groep is steeds van mening geweest dat voor de analyse van de gepastheid van contractuele oplossingen veel meer vraagstukken moeten worden bestudeerd dan die welke in een bepaald kader worden behandeld en dat daarom het optreden van de Commissie veel te vroeg komt. Het spreekt vanzelf dat de "veilige

haven"-beginselen eerst moeten worden verbeterd en als passend moeten worden beschouwd voordat zij eventueel deel kunnen uitmaken van modelcontracten.

Conclusies

De Groep concludeert dat, in het licht van deze overwegingen en aanbevelingen, de voorgestelde "veilige haven"-regeling zoals die in de huidige versies van de verschillende documenten is beschreven, niet voldoet. De Groep verzoekt de Commissie er bij de VS op aan te dringen een aantal belangrijke verbeteringen aan te brengen, met name:

- om het toepassingsgebied van de "veilige haven" duidelijker te omschrijven en met name om elk mogelijk misverstand uit de weg te ruimen dat de VS-organisaties de keuze hebben zich te verlaten op de "veilige haven"-beginselen in omstandigheden waarin de richtlijn zelf van toepassing is;
- om de regelingen betrouwbaarder te maken zodat de deelnemers aan de "veilige haven" met zekerheid kunnen worden geïdentificeerd en om het risico te vermijden dat de "veilige haven"-voordelen verder worden toegekend nadat de "veilige haven"-status om de een of andere reden is weggenomen;
- om absoluut duidelijk te maken dat er rechtshandhaving is voor alle deelnemers aan de "veilige haven" door een daartoe bevoegd overheidsorgaan;
- om te garanderen dat geschillenafhandelingsinstanties in de particuliere sector niet-opgeloste klachten naar een dergelijke overheidsinstantie doorverwijzen;
- om de toegestane uitzonderingen en vrijstellingen minder verreikend en minder vrij te maken zodat uitzonderingen precies dat zijn wat zij behoren te zijn - namelijk dat zij alleen worden toegepast waar en in de mate waarin zij noodzakelijk zijn en dat zij niet aanzetten tot het ter zijde schuiven van de beginselen; dit is met name belangrijk voor het recht op toegang;
- om het keuzebeginsel, dat de hoeksteen vormt van de VS-benadering, te versterken.

Deze punten zijn in dit advies uitvoeriger behandeld en de Groep zou graag willen dat er rekening mee wordt gehouden.

Voorts vraagt de Groep de Commissie om artikel 2 van de ontwerp-beschikking te herzien om ervoor te zorgen dat de beschikking geen afbreuk doet aan de handhavingsbevoegdheden van de nationale autoriteiten met betrekking tot de nationale wetgeving voor de tenuitvoerlegging van andere bepalingen van de richtlijn dan artikel 25 en 26; en om te kunnen ingrijpen overeenkomstig artikel 2, lid 2, in geval van "ernstige en dreigende" schade voor de betrokkene.

Ten slotte wijst de Groep erop dat men meer vaart moet zetten achter het opstellen van modelcontractbepalingen om tot een besluit of besluiten te komen als bedoeld in artikel 26, lid 4, teneinde de waarborgen die noodzakelijk zijn om de doorgiften van gegevens naar gebieden waar een passend beschermingsniveau niet is gegarandeerd, te vereenvoudigen en transparanter te maken.

Gedaan te Brussel, 3 december 1999

Voor de Groep

De voorzitter

Peter J. HUSTINX