

I

(Beslutninger og resolutioner, henstillinger og udtalelser)

UDTALELSER

DEN EUROPÆISKE TILSYNSFØRENDE FOR
DATABESKYTTELSE**Udtalelse fra Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse om den endelige rapport fra EU-USA-Kontaktgruppen på Højt Plan om Informationsdeling og Beskyttelse af Privatlivets Fred og Personoplysninger**

(2009/C 128/01)

DEN EUROPÆISKE TILSYNSFØRENDE FOR DATABESKYTTELSE,

som henviser til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, særlig artikel 286,

som henviser til Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, særlig artikel 8,

som henviser til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger,

som henviser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 45/2001 af 18. december 2000 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger, særlig artikel 41,

HAR VEDTAGET FØLGENDE UDTALELSE:

I. INDLEDNING — UDTALELSENS KONTEKST

- Den 28. maj 2008 underrettede formandskabet for Rådet for Den Europæiske Union Coreper med henblik på EU-topmødet den 12. juni 2008 om, at EU-USA-Kontaktgruppen på Højt Plan om Informationsdeling og Beskyttelse af Privatlivets Fred og Personoplysninger (i det følgende benævnt kontaktgruppen på højt plan) havde afsluttet sin rapport. Denne rapport blev offentliggjort den 26. juni 2008 ⁽¹⁾.
- Rapporten tilstræber at udpege fælles principper for beskyttelse af privatlivets fred og databeskyttelse som første skridt

hen imod udveksling af oplysninger med USA for at bekæmpe terrorisme og grov grænseoverskridende kriminalitet.

- I sin meddelelse sagde formandskabet for Rådet, at det ville hilse alle idéer med hensyn til opfølgning af denne rapport velkommen, navnlig reaktioner på de henstillinger om vejen frem, der findes i rapporten. Den tilsynsførende imødekommer denne opfordring ved at udarbejde følgende udtalelse, der bygger på den offentliggjorte status over situationen, og som ikke foregriber en eventuel senere holdning, han måtte indtage i betragtning af udviklingen i sagen.
- Den tilsynsførende noterer sig, at arbejdet i kontaktgruppen på højt plan har fundet sted i en kontekst, der navnlig siden 11. september 2001 har været præget af udviklingen i dataudveksling mellem USA og EU gennem internationale aftaler eller andre typer instrumenter. Blandt dem er Europols og Eurojusts aftaler med USA og PNR-aftalerne og SWIFT-sagen, der førte til en udveksling af skrivelser mellem tjenestemænd i EU og USA for at fastsætte minimumsdatabeskyttelsesgarantier ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Rådsk dokument nr. 9831/08 tilgængeligt på: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/news/index_en.htm

⁽²⁾ — Aftale mellem Amerikas Forenede Stater og Den Europæiske Politienhed af 6. december 2001 og tillægsaftale mellem Europol og USA om udveksling af personoplysninger og hermed forbundne oplysninger, der er offentliggjort på Europols hjemmeside
 — Aftale mellem Amerikas Forenede Stater og Eurojust om retligt samarbejde, 6. november 2006, der er offentliggjort på Eurojusts hjemmeside
 — Aftale mellem Den Europæiske Union og Amerikas Forenede Stater om luftfartsselskabers behandling og overførsel af passagerliste (PNR)-oplysninger til United States Department of Homeland Security (DHS) (PNR-aftale 2007) undertegnet i Bruxelles den 23. juli 2007 og i Washington den 26. juli 2007, EUT L 204 af 4.8.2007, s. 18.
 — Udveksling af skrivelser mellem USA's og EU's myndigheder om programmet til sporing af finansiering af terrorisme, 28. juni 2007.

5. EU forhandler og tilslutter sig desuden lignende instrumenter om udveksling af personoplysninger med andre tredjelande. Et nyligt eksempel er aftalen mellem Den Europæiske Union og Australien om luftfartsselskabers behandling og overførsel af passagerliste (PNR)-oplysninger med oprindelse i Den Europæiske Union til det australske toldvæsen ⁽³⁾.
6. Det fremgår af denne sammenhæng, at antallet af anmodninger fra tredjelandes retshåndhævende myndigheder om personoplysninger bliver stadig større, og at den række af traditionelle statslige databaser til andre typer filer, navnlig datafiler indsamlet af den private sektor.
7. Som et vigtigt baggrundselement minder den tilsynsførende også om, at spørgsmålet om videregivelse af personoplysninger til tredjelande inden for rammerne af politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager omhandles i Rådets rammeafgørelse om beskyttelse af personoplysninger i forbindelse med politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager ⁽⁴⁾, der forventes vedtaget inden udgangen af 2008.
8. Denne transatlantiske udveksling af oplysninger kan kun forventes at vokse og berøre flere sektorer, hvor der behandles personoplysninger. I en sådan sammenhæng er en dialog om »transatlantisk retshåndhævelse« på samme tid velkommen og følsom. Den er velkommen i den forstand, at den kan give en klarere ramme for de udvekslinger af oplysninger, der finder sted eller vil finde sted. Den er også følsom, fordi en sådan ramme kan legitimere massive dataoverførsler på et område — retshåndhævelse — hvor virkningerne for de enkelte borgere er særlig alvorlige, og hvor der derfor er endnu mere behov for strenge og pålidelige sikkerhedsforanstaltninger og garantier ⁽⁵⁾.
9. Denne udtalelse vil i kapitel II omhandle den nuværende situation og mulige veje frem. Kapitel III vil fokusere på anvendelsesområdet for og arten af et instrument, der giver mulighed for informationsdeling. I kapitel IV vil udtalelsen generelt analysere juridiske spørgsmål i forbindelse med indholdet af en mulig aftale. Den vil tage spørgsmål op som betingelserne for vurdering af beskyttelsesniveauet i USA og drøfte spørgsmålet om anvendelsen af EU's regelsæt som et benchmark til at vurdere dette beskyttelsesniveau. Dette kapitel vil også anføre de grundlæggende krav, der skal indgå i en sådan aftale. Endelig vil udtalelsen i kapitel V indeholde en analyse af de principper til beskyttelse af privatlivets fred, der er knyttet til rapporten.

⁽³⁾ EUT L 213 af 8.8.2008, s. 49.

⁽⁴⁾ Rådets rammeafgørelse om beskyttelse af personoplysninger i forbindelse med politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager, udgave af 24. juni 2008 tilgængelig på http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=193371

⁽⁵⁾ Med hensyn til nødvendigheden af en klar retlig ramme, jf. kapitel III og IV i denne udtalelse.

II. DEN NUVÆRENDE SITUATION OG MULIGE VEJE FREM

10. Den tilsynsførende vurderer den nuværende situation som følger. Der er gjort nogle fremskridt med hensyn til definitionen af fælles standarder for informationsdeling og beskyttelse af privatlivets fred og personoplysninger.
11. Det forberedende arbejde for en aftale mellem EU og USA er dog endnu ikke afsluttet. Der skal gøres en yderligere indsats. Rapporten fra kontaktgruppen på højt plan nævner en række udestående spørgsmål, hvoraf »klagemuligheder« er det vigtigste. Der er uenighed om domstolsprøvelsens nødvendige omfang ⁽⁶⁾. Der er udpeget fem andre udestående spørgsmål i kapitel 3 i rapporten. Det fremgår endvidere af denne udtalelse, at der er mange andre spørgsmål, der endnu ikke er løst, f.eks. om anvendelsesområdet for og arten af et instrument for informationsdeling.
12. Eftersom rapportens foretrukne mulighed er en bindende aftale — som den tilsynsførende også foretrækker — er der desto mere behov for forsigtighed. Yderligere omhyggelige og tilbunds gående forberedelser er nødvendige, før der kan opnås enighed.
13. Endelig indgås en aftale efter den tilsynsførendes mening bedst under Lissabontraktaten, naturligvis afhængig af dens ikrafttræden. Under Lissabontraktaten vil der ikke opstå nogen juridisk uklarhed om skillelinjen mellem EU's søjler. Der vil endvidere være garanteret fuld inddragelse af Europa-Parlamentet samt juridisk kontrol ved Domstolen.
14. Under disse omstændigheder vil den bedste vej frem være at udarbejde en køreplan hen imod en mulig aftale på et senere stadium. En sådan køreplan kan indeholde følgende:
 - Vejledning for det videre arbejde i kontaktgruppen på højt plan (eller enhver anden gruppe) samt en tidslinje.
 - På et tidligt tidspunkt drøftelse og eventuel enighed om grundlæggende spørgsmål som aftalens anvendelsesområde og art.
 - På basis af en fælles forståelse af disse grundlæggende spørgsmål videre udarbejdelse af principperne for data-beskyttelse.
 - Inddragelse af interessenter på forskellige stadier af proceduren.
 - Fra europæisk side skal der arbejdes med de institutionelle restriktioner.

⁽⁶⁾ Side 5 i rapporten, under C.

III. ANVENDELSESOMRÅDE FOR OG ART AF ET INSTRUMENT FOR INFORMATIONSDDELING

15. Det er efter den tilsynsførendes mening afgørende, at anvendelsesområdet for og arten af et eventuelt instrument, der omfatter principperne for databeskyttelse, er klart defineret som et første skridt i den videre udvikling af et sådant instrument.
16. Med hensyn til anvendelsesområdet er de vigtige spørgsmål, der skal besvares:
- hvem er de involverede aktører inden for og uden for retshåndhævelsesområdet?
 - hvad er meningen med »med henblik på retshåndhævelse« i forhold til andre formål som f.eks. national sikkerhed og mere specifikt grænsekontrol og folkesundhed?
 - hvordan passer instrumentet ind i forbindelse med et globalt transatlantisk sikkerhedsområde?
17. Definitionen af arten skal klarlægge følgende spørgsmål:
- hvis det er relevant, under hvilken søjle instrumentet skal forhandles
 - hvorvidt instrumentet skal være bindende for EU og USA
 - hvorvidt det skal indebære umiddelbar anvendelighed i den forstand, at det indeholder rettigheder og forpligtelser for de enkelte borgere, der kan håndhæves ved en judiciel myndighed
 - hvorvidt instrumentet selv skal give mulighed for udveksling af oplysninger eller fastsætte en minimumsstandard for udveksling af oplysninger, der skal suppleres af særlige aftaler
 - hvordan instrumentet skal hænge sammen med eksisterende instrumenter: skal det overholde, erstatte eller supplere dem?

III. 1. Instrumentets anvendelsesområde

Involverede aktører

18. Selv om der ikke er nogen klar angivelse i rapporten fra kontaktgruppen på højt plan af det nøjagtige anvendelsesområde for det fremtidige instrument, kan det udledes af de principper, der er nævnt deri, at det påtænkes at dække overførsler både mellem private og offentlige aktører ⁽⁷⁾ og mellem offentlige myndigheder.

⁽⁷⁾ Jf. navnlig kapitel 3 i rapporten, Udestående spørgsmål af relevans for transatlantiske forbindelser, punkt 1: Sammenhæng i private enheders forpligtelser under dataoverførsler.

— Mellem private og offentlige aktører:

19. Den tilsynsførende ser logikken i at anvende et fremtidigt instrument på overførsler mellem private og offentlige aktører. Udviklingen af et sådant instrument finder sted på baggrund af anmodninger fra USA om oplysninger fra private parter i de senere år. Den tilsynsførende noterer sig således, at private aktører er ved at blive en systematisk kilde til oplysninger i forbindelse med retshåndhævelse, hvad enten det er på EU-plan eller på internationalt plan ⁽⁸⁾. SWIFT-sagen var en afgørende præcedens, hvor en privat virksomhed blev anmodet om systematisk at overføre bulkdata til retshåndhævelsesmyndigheder i en tredjestat ⁽⁹⁾. Indsamling af PNR-data fra luftfartsselskaber følger samme logik. I sin udtalelse om et udkast til rammeafgørelse om et europæisk PNR-system har den tilsynsførende allerede stillet spørgsmålstejn ved lovligheden i denne tendens ⁽¹⁰⁾.
20. Der er to andre grunde til at være modvillig med hensyn til inddragelsen af overførsler mellem private og offentlige aktører i et fremtidigt instruments anvendelsesområde.
21. For det første kan inddragelsen få en uønsket virkning på EU's eget område. Den tilsynsførende er alvorligt betænkelig for, at hvis data fra private virksomheder (som finansielle institutioner) principielt kan overføres til tredjelande, kan dette fremkalde et stærkt pres for at gøre samme type data tilsvarende tilgængelige inden for EU for retshåndhævelsesmyndigheder. PNR-ordningen er et eksempel på en sådan uheldig udvikling, der startede med USA's bulkindsamling af passageroplysninger, som derefter blev overført til den interne europæiske kontekst ⁽¹¹⁾, uden at systemets nødvendighed og proportionalitet er blevet klart påvist.
22. For det andet har den tilsynsførende i sin udtalelse om Kommissionens forslag om EU-PNR også rejst spørgsmålet om databeskyttelsesrammer (første eller tredje søjle), der finder anvendelse på betingelserne for samarbejdet mellem offentlige og private aktører: bør reglerne baseres på kvaliteten i forbindelse med den dataansvarlige (den private sektor) eller på det tilstræbte formål (retshåndhævelse)? Skillelinjen mellem første og tredje søjle er langt fra klar i situationer, hvor der pålægges private aktører forpligtelser til at behandle personoplysninger med henblik på

⁽⁸⁾ Jf. i den forbindelse den tilsynsførendes udtalelse af 20. december 2007 om udkastet til forslag til Rådets rammeafgørelse om anvendelse af passagerlister (PNR-oplysninger) med henblik på retshåndhævelse, EUT C 110 af 1.5.2008, s. 1. »Der har traditionelt været en klar adskillelse mellem retshåndhævelsesaktiviteter og den private sektors aktiviteter, således at retshåndhævelsesopgaver er blevet udført af særlige myndigheder, især politiet, og den private sektor fra sag til sag er blevet anmodet om at videregive personoplysninger til disse håndhævelsesmyndigheder. Der er nu en tendens til systematisk at pålægge private aktører samarbejde med henblik på retshåndhævelse«.

⁽⁹⁾ Jf. Artikel 29-Gruppens udtalelse 10/2006 af 22. november 2006 om behandling af personoplysninger af Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), WP 128.

⁽¹⁰⁾ Udtalelse af 20. december 2007, op.cit.

⁽¹¹⁾ Jf. forslag til Rådets rammeafgørelse om anvendelse af passagerlister (PNR-oplysninger) med henblik på retshåndhævelse nævnt i fodnote 8, som i øjeblikket drøftes i Rådet.

retshåndhævelse. Det er i denne sammenhæng betydningsfuldt, at generaladvokat Bot i sin nylige afgørelse i sagen om lagring af data⁽¹²⁾ foreslår en afgrænsning for disse situationer, men tilføjer: »Denne afgrænsning kan ganske vist kritiseres og kan i visse henseender synes kunstig.« Den tilsynsførende noterer sig også, at Domstolens PNR-dom⁽¹³⁾ ikke fuldt ud besvarer spørgsmålet om den gældende retlige ramme. For eksempel betyder det forhold, at visse aktiviteter ikke er dækket af direktiv 95/46/EF, ikke automatisk, at disse aktiviteter kan reguleres under tredje søjle. Som et resultat efterlader det muligvis et smuthul med hensyn til den lov, der skal anvendes, og fører under alle omstændigheder til retsikkerhed med hensyn til de retlige garantier, der findes for de registrerede.

23. I denne sammenhæng understreger den tilsynsførende, at det må sikres, at et fremtidigt instrument med almindelige databeskyttelsesprincipper ikke som sådan kan legitimere transatlantisk overførsel af personoplysninger mellem private og offentlige parter. Denne overførsel kan kun indgå i et fremtidigt instrument forudsat at:

— det fremtidige instrument præciserer, at overførslen kun er tilladt, hvis det har vist sig, at den er strengt nødvendig for et specifikt formål, hvilket skal afgøres i hvert enkelt tilfælde.

— overførslen selv er omgivet af sikkerhedsgarantier for høj databeskyttelse (som beskrevet i denne udtalelse).

Den tilsynsførende noterer sig desuden usikkerheden med hensyn til de gældende databeskyttelsesrammer og ønsker derfor under alle omstændigheder ikke at inddrage overførsel af personoplysninger mellem private og offentlige parter under den aktuelle EU-lovgivning.

— Mellem offentlige myndigheder:

24. Det nøjagtige sigte med informationsudvekslingen er uklart. Som et første skridt i det videre arbejde hen imod et fælles instrument skal det påtænkte anvendelsesområde

for et sådant instrument præciseres. Det er stadig et spørgsmål, hvorvidt

— instrumentet for så vidt angår databaser i EU skal tage sigte på centraliserede databaser, der (delvis) forvaltes af EU, f.eks. Europols og Eurojusts databaser, eller decentraliserede databaser, der forvaltes af medlemsstaterne, eller begge

— instrumentets anvendelsesområde udvides til sammenkoblede net, dvs. hvorvidt de påtænkte garantier vil dække data, der udveksles mellem medlemsstater eller agenturer i EU såvel som i USA

— instrumentet kun vil dække udveksling mellem databaser på retshåndhævelsesområdet (politi, retsvæsen, eventuel told) eller også andre databaser som f.eks. skattedatabaser

— instrumentet også vil berøre nationale sikkerhedsmyndigheders databaser eller vil tillade disse myndigheder adgang til retshåndhævelsesdatabaser på den anden kontraherende parts område (EU til USA og omvendt)

— instrumentet i hvert enkelt tilfælde vil dække overførsel af oplysninger eller permanent adgang til eksisterende databaser. Denne sidste hypotese vil ganske givet rejse proportionalitetsspørgsmål som uddybet i kapitel V under punkt 3.

Retshåndhævelsesformål

25. Definitionen af formålet med en mulig aftale giver også plads til usikkerhed. Retshåndhævelsesformålene er klart angivet i indledningen samt i første princip, der er knyttet til rapporten, og vil blive yderligere analyseret i kapitel IV i denne udtalelse. Den tilsynsførende noterer sig allerede, at det fremgår af disse erklæringer, at udvekslingen af oplysninger vil fokusere på spørgsmål under tredje søjle, men man kan overveje, om dette blot er et første skridt i retning af bredere informationsudveksling. Det forekommer klart, at formål vedrørende offentlig sikkerhed som nævnt i rapporten omfatter bekæmpelse af terrorisme, organiseret kriminalitet og anden kriminalitet. Men skal det også give mulighed for udveksling af oplysninger af anden offentlig interesse såsom eventuelt risici for folkesundheden?

26. Den tilsynsførende anbefaler at begrænse formålet til præcist defineret databehandling og at begrunde de politiske valg, der fører til en sådan definition af formålet.

⁽¹²⁾ Afgørelse fra generaladvokat Bot fremsat den 14. oktober 2008, Irland mod Europa-Parlamentet og Rådet (Sag C-301/06), præmis 108.

⁽¹³⁾ Domstolens dom af 30. maj 2006, Europa-Parlamentet mod Rådet for Den Europæiske Union (C-317/04) og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber (C-318/04), forenede sager C-317/04 og C-318/04, Sml. 2006, s. I-4721.

Et globalt transatlantisk sikkerhedsområde

27. Denne rapport's brede sigte skal ses i perspektivet af det globale transatlantiske sikkerhedsområde, der drøftes i den såkaldte »Fremtidsgruppe«⁽¹⁴⁾. Denne gruppes rapport, der blev fremlagt i juni 2008, sætter fokus på den eksterne dimension af politikken vedrørende indre anliggender. Den taler for, at EU »senest i 2014 bør træffe beslutning med hensyn til det politiske mål om at oprette et Euro-atlantisk samarbejdsområde med De Forenede Stater vedrørende frihed, sikkerhed og retfærdighed«. Et sådant samarbejde vil række ud over sikkerhed i ordets egentlige forstand og vil mindst inddrage de emner, der behandles i det nuværende afsnit IV i EF-traktaten, f.eks. immigration, visum og asyl og samarbejde om civilretlige spørgsmål. Der bør sættes spørgsmålstegn ved, i hvor stort omfang en aftale om grundlæggende databeskyttelsesprincipper som dem, der nævnes i rapporten fra kontaktgruppen på højt plan, kan og skal danne grundlag for udveksling af oplysninger på så bredt et område.
28. Normalt vil søjlestrukturen ikke findes længere i 2014, og der vil være ét retsgrundlag for databeskyttelse inden for EU (under Lissabontraktaten, artikel 16 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde). Det forhold, at der er harmonisering på EU-niveau med hensyn til regulering af databeskyttelse, betyder imidlertid ikke, at enhver aftale med et tredjeland giver mulighed for overførsel af alle personoplysninger uanset formålet. Afhængigt af sammenhængen og betingelserne for behandling kan der blive behov for tilpassede databeskyttelsesgarantier for visse områder som f.eks. retshåndhævelse. Den tilsynsførende anbefaler at tage konsekvenserne af disse forskellige perspektiver i betragtning i forbindelse med udarbejdelsen af en fremtidig aftale.

III.2. Aftalens art

De europæiske institutionelle rammer

29. I hvert fald på kort sigt er det vigtigt at fastslå, under hvilken søjle ordningen skal forhandles. Dette er særlig nødvendigt på grund af de interne rammebestemmelser for databeskyttelse, der vil blive påvirket af en sådan aftale. Vil rammen blive første søjle — især direktiv 95/46/EF med dets specifikke ordning for overførsel af oplysninger til tredjelande — eller vil det blive tredje søjle med en mindre stigende ordning for overførsler til tredjelande?⁽¹⁵⁾
30. Selv om retshåndhævelsesformålene er fremherskende, nævner rapporten fra kontaktgruppen på højt plan ikke desto mindre indsamling af oplysninger fra private aktører, og formålene kan også fortolkes bredt, så de rækker ud over ren sikkerhed, herunder f.eks. indvandrings-

og grænsekontrollspørgsmål, men eventuelt også folkesundhed. I betragtning af disse usikkerhedsfaktorer vil det absolut være at foretrække at vente på harmoniseringen af søjlerne under EU-lovgivningen som fastsat i Lissabontraktaten for klart at fastlægge retsgrundlaget for forhandlingerne og den præcise rolle, som de europæiske institutioner, navnlig Europa-Parlamentet og Kommissionen, skal spille.

Instrumentets bindende karakter

31. Det bør gøres klart, hvorvidt konklusionerne på drøftelserne skal føre til et memorandum eller et andet ikke-bindende instrument, eller om der skal være tale om en bindende international aftale.
32. Den tilsynsførende foretrækker ligesom rapporten en bindende aftale. En officiel bindende aftale er efter den tilsynsførendes mening en uomgængelig forudsætning for enhver dataoverførsel uden for EU, uanset formålet med at overføre oplysningerne. Der kan ikke finde overførsel af oplysninger til et tredjeland sted uden passende betingelser og sikkerhedsgarantier, der indgår i en specifik (og bindende) retlig ramme. Med andre ord kan et memorandum eller et andet ikke-bindende instrument være nyttigt som vejledning for forhandlinger om yderligere bindende aftaler, men kan aldrig erstatte behovet for en bindende aftale.

Direkte virkning

33. Instrumentets bestemmelser skal være bindende både for USA og for EU og dets medlemsstater.
34. Det bør endvidere sikres, at personer er i stand til at udøve deres rettigheder og navnlig opnå erstatning på grundlag af de vedtagne principper. Efter den tilsynsførendes mening kan dette resultat bedst opnås, hvis instrumentets vigtige bestemmelser formuleres på en sådan måde, at de får direkte virkning for personer, der opholder sig i EU, og kan påberåbes ved en domstol. Den direkte virkning af bestemmelserne i den internationale aftale samt bestemmelserne for dens indarbejdelse i intern europæisk og national lovgivning for at sikre foranstaltningernes effektivitet skal derfor præciseres i instrumentet.

Forholdet til andre instrumenter

35. Det er også et grundlæggende spørgsmål, i hvilken grad aftalen står alene eller skal suppleres i hvert enkelt tilfælde af yderligere aftaler om specifikke udvekslinger af oplysninger. Det er i høj grad diskutabelt, om en enkelt aftale på en relevant måde med et enkelt sæt standarder kan dække de mange specifiteter ved databeskyttelse under tredje søjle. Det er endnu mere tvivlsomt, om den uden yderligere drøftelser og sikkerhedsgarantier kan give

⁽¹⁴⁾ Rapport fra Den Uformelle Rådgivende Højniveaugruppe om Fremtiden for den Europæiske Politik vedrørende Indre Anliggender, »Frihed, sikkerhed, privatlivets fred — europæiske indre anliggender i en åben verden«, juni 2008, tilgængelig på register.consilium.europa.eu

⁽¹⁵⁾ Jf. artikel 11 og 13 i rammeafgåelsen om databeskyttelse, der er nævnt i punkt 7 i denne udtalelse.

mulighed for en blankogodkendelse af enhver overførsel af personoplysninger uanset formålet med og arten af de pågældende oplysninger. Aftaler med tredjelande er i øvrigt ikke nødvendigvis permanente, eftersom de kan knyttes til specifikke trusler, underkastes revision og gøres til genstand for »sunset clauses«. På den anden side kan fælles minimumsstandarder, der er anerkendt i et bindende instrument, lette alle yderligere drøftelser om overførsel af personoplysninger i forbindelse med en specifik database eller databehandling.

36. Den tilsynsførende vil derfor gå ind for udviklingen af et sæt minimumskriterier for databeskyttelse, der i hvert enkelt tilfælde suppleres med yderligere specifikke bestemmelser som nævnt i rapporten fra kontaktgruppen på højt plan, snarere end for alternativet med en enkeltstående aftale. Disse supplerende specifikke bestemmelser er en forudsætning for at muliggøre overførsel af oplysninger i et specifikt tilfælde. Dette vil befordre en harmoniseret tilgang for så vidt angår databeskyttelse.

Anvendelse i forhold til eksisterende instrumenter

37. Det bør også undersøges, hvordan en eventuel overordnet aftale kan kombineres med allerede eksisterende aftaler, der er indgået mellem EU og USA. Det bør noteres, at disse eksisterende aftaler ikke har samme bindende karakter: i særlig grad skal nævnes PNR-aftalen (det er den, der indebærer den største retssikkerhed), Europol- og Eurojustaftalerne eller udvekslingen af skrivelser vedrørende SWIFT⁽¹⁶⁾. Vil en ny overordnet ramme supplere disse eksisterende instrumenter, eller vil de forblive urørte ved, at den nye ramme kun finder anvendelse på andre fremtidige udvekslinger af personoplysninger? Efter den tilsynsførendes mening kræver juridisk kohærens et harmoniseret sæt regler, der gælder for og supplerer både eksisterende og fremtidige bindende aftaler om overførsler af oplysninger.
38. Anvendelsen af den overordnede aftale på eksisterende instrumenter vil have den fordel, at deres bindende karakter bliver styrket. Dette vil især være særlig velkomment med hensyn til instrumenter, der ikke er retligt bindende, f.eks. udvekslingen af skrivelser vedrørende SWIFT, eftersom det i det mindste vil pålægge overholdelse af en række generelle principper til beskyttelse af privatlivets fred.

IV. GENEREL JURIDISK EVALUERING

39. I dette kapitel ses der på, hvordan en specifik rammes eller et specifikt instruments beskyttelsesniveau skal vurderes, herunder spørgsmålet om de benchmarks, der skal anvendes, og de nødvendige grundlæggende krav.

Passende beskyttelsesniveau

40. Efter den tilsynsførendes opfattelse skal det stå klart, at et af de vigtigste resultater af et fremtidigt instrument vil være, at overførsel af personoplysninger til USA kun kan finde sted i det omfang, de amerikanske myndigheder garanterer et passende beskyttelsesniveau (og omvendt).
41. Den tilsynsførende mener, at kun en virkelig test af et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau kan give tilstrækkelige garantier med hensyn til niveauet for beskyttelse af personoplysninger. Han mener, at en overordnet rammeaftale med et anvendelsesområde så bredt som det, kontaktgruppen på højt plan opererer med i sin rapport, vil få vanskeligheder med som sådan at bestå en virkelig tilstrækkelighedstest. Den overordnede aftales tilstrækkelige beskyttelsesniveau kan kun anerkendes, hvis det kombineres med tilstrækkelige beskyttelsesniveauer i specifikke aftaler, der er indgået i hvert enkelt tilfælde.
42. Vurderingen af beskyttelsesniveauet i tredjelande er ikke en usædvanlig øvelse, navnlig ikke for Europa-Kommissionen: et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau er under første søjle et krav for overførsel. Det er blevet målt ved flere lejligheder i henhold til artikel 25 i direktiv 95/46 på grundlag af specifikke kriterier og bekræftet ved afgørelser truffet af Europa-Kommissionen⁽¹⁷⁾. Under tredje søjle er der ikke udtrykkeligt forudset et sådant system: målingen af et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau foreskrives kun i den specifikke situation, der er omhandlet i artikel 11 og 13 i den — endnu ikke vedtagne — rammeafgørelse om databeskyttelse⁽¹⁸⁾, og overlades til medlemsstaterne.
43. I dette tilfælde berører øvelsen retshåndhævelsesformål, og drøftelserne føres af Kommissionen under Rådets tilsyn. Konteksten er forskellig fra evalueringen af safe harbor-principperne eller den canadiske lovgivnings tilstrækkelige beskyttelsesniveau og har flere forbindelser med de seneste PNR-forhandlinger med USA og Australien, som fandt sted i en retlig ramme under tredje søjle. Kontaktgruppen på højt plans principper er imidlertid også blevet nævnt i forbindelse med visumfritagelsesprogrammet, der vedrører grænse og indvandring og dermed spørgsmål under første søjle.
44. Den tilsynsførende anbefaler, at enhver konstatering vedrørende et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau under et fremtidigt instrument bør bygge på erfaringer på disse forskellige

⁽¹⁶⁾ Jf. fodnote 2.

⁽¹⁷⁾ Kommissionens afgørelser om tilstrækkeligheden af beskyttelsen af personoplysninger i tredjelande, herunder Argentina, Canada, Schweiz, De Forenede Stater, Guernsey, Isle of Man og Jersey, er tilgængelige på http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/thridcountries/index_en.htm

⁽¹⁸⁾ Begrænset til en medlemsstats overførsel til et tredjeland eller en international instans af oplysninger modtaget fra en kompetent myndighed i en anden medlemsstat.

områder. Han anbefaler videreudvikling af begrebet »tilstrækkeligt beskyttelsesniveau« i forbindelse med et fremtidigt instrument på grundlag af lignende kriterier som anvendt i tidligere konstateringer af et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau.

Gensidig anerkendelse — gensidighed

45. Et andet element i forbindelse med beskyttelsesniveauet vedrører gensidig anerkendelse af EU's og USA's systemer. Rapporten fra kontaktgruppen på højt plan nævner i den forbindelse, at målet vil være at opnå anerkendelse af effektiviteten i hinandens systemer om beskyttelse af privatlivets fred og databeskyttelse på de områder, der er dækket af disse principper⁽¹⁹⁾, og at nå tilsvarende og gensidig anvendelse af lovgivning om beskyttelse af privatlivets fred og personoplysninger.

46. Den tilsynsførende finder det indlysende, at gensidig anerkendelse (eller gensidighed) kun er mulig, hvis der sikres et passende beskyttelsesniveau. Med andre ord bør det fremtidige instrument harmonisere et minimumsbeskyttelsesniveau (ved en konstatering af et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau under hensyntagen til behovet for specifikke aftaler i hvert enkelt tilfælde). Kun hvis denne forhåndsbetingelse er opfyldt, kan gensidigheden blive anerkendt.

47. Det første element, der skal tages i betragtning, er gensidigheden i materielle bestemmelser om databeskyttelse. Efter den tilsynsførendes mening bør en aftale omhandle begrebet gensidighed for så vidt angår materielle bestemmelser om databeskyttelse på en måde, der på den ene side sikrer, at databehandling på EU's område (og USA) fuldt ud overholder national lovgivning om databeskyttelse, og på den anden side, at behandling uden for oplysningernes oprindelsesland og inden for aftalens anvendelsesområde overholder principperne om databeskyttelse som fastlagt i aftalen.

48. Det andet element er gensidighed i klageprocedurerne. Det bør sikres, at europæiske borgere har passende klagemuligheder, når oplysninger om dem bliver behandlet i USA (uanset den lovgivning, der gælder for denne behandling), men også at Den Europæiske Union og dets medlemsstater giver tilsvarende rettigheder til amerikanske borgere.

49. Det tredje element er gensidighed i forbindelse med retshåndhævelsesmyndigheders adgang til personoplysninger. Hvis et instrument giver de amerikanske myndigheder adgang til oplysninger med oprindelse i Den Europæiske Union, vil gensidigheden medføre, at samme adgang skal gives til EU's myndigheder i forbindelse med oplysninger med oprindelse i USA. Gensidigheden må ikke skade effektiviteten af beskyttelsen af den registrerede. Dette er en forudsætning for at tillade »transatlantisk« adgang for rets-

håndhævelsesmyndighederne. Dette betyder helt konkret følgende:

— Amerikanske myndigheders direkte adgang til oplysninger på EU's område (og omvendt) skal ikke være tilladt. Adgang gives kun på et indirekte grundlag under et push-system.

— Denne adgang skal finde sted under kontrol fra databeskyttelsesmyndigheder og retslige myndigheder i det land, hvor databehandlingen finder sted.

— Amerikanske myndigheders adgang til databaser i EU skal overholde de materielle bestemmelser om databeskyttelse (se ovenfor) og sikre fuld klagemulighed for den registrerede.

Instrumentets præcision

50. Specifikationen af betingelserne for vurderingen (konstatering vedrørende tilstrækkeligt beskyttelsesniveau, ækvivalens, gensidig anerkendelse) er meget vigtig, eftersom den fastlægger indholdet for så vidt angår præcision, retssikkerhed og beskyttelsens effektivitet. Indholdet af et fremtidigt instrument skal være præcist og nøjagtigt.

51. Det bør desuden være klart, at enhver specifik aftale, der indgås på et senere trin, stadig skal indeholde detaljerede og fuldstændige databeskyttelsesgarantier i forhold til genstanden for den påtænkte udveksling af oplysninger. Kun et sådant dobbelt niveau af konkrete databeskyttelsesprincipper kan sikre den nødvendige »tætte forbindelse« mellem den overordnede aftale og specifikke aftaler, som det allerede er anført i punkt 35 og 36 i denne udtalelse.

Udvikle en model for andre tredjelande

52. Det omfang, i hvilket en aftale med USA kan blive en model for andre tredjelande, fortjener særlig opmærksomhed. Den tilsynsførende noterer sig, at ovennævnte rapport fra Fremtidsgruppen foruden USA også nævner Rusland som en strategisk partner for EU. For så vidt principperne er neutrale og i overensstemmelse med grundlæggende EU-sikkerhedsgarantier, kan de udgøre en nyttig præcedens. Specificiteter i forbindelse med f.eks. modtagerlandets retlige ramme eller formålet med overførslen vil forhindre ren overtagelse af aftalen. Tilsvarende afgørende vil tredjelandes demokratiske situation være: det bør sikres, at de principper, der er opnået enighed om, vil blive effektivt garanteret og gennemført i modtagerlandet.

Hvilke benchmarks bruges til at vurdere beskyttelsesniveauet?

53. En implicit eller eksplicit konstatering vedrørende et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau skal under alle omstændigheder overholde internationale og europæiske retlige

⁽¹⁹⁾ Kapitel A. Bindende international aftale, s. 8.

rammer og navnlig de i fællesskab vedtagne databeskyttelsesikkerhedsgarantier. Disse er sikret i FN's retningslinjer, i Europarådets konvention 108 og dens tillægsprotokol, i OECD's retningslinjer og i udkastet til rammeafgørelse om databeskyttelse samt for aspekter vedrørende første søjle i direktiv 95/46/EF⁽²⁰⁾. Alle disse instrumenter indeholder lignende principper, der er mere bredt anerkendt som kernen i beskyttelsen af personoplysninger.

54. Det er således meget vigtigt, at der bliver taget behørigt hensyn til ovennævnte principper i betragtning af virkningerne af en potentiel aftale som den, der er omtalt i rapporten fra kontaktgruppen på højt plan. Med et instrument, der vedrører hele *håndhævelsesområdet* i et tredjeland, vil der virkelig foreligge en situation uden fortilfælde. Eksisterende afgørelser om konstatering vedrørende et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau i første søjle og aftaler indgået med tredjelande under EU's tredje søjle (Europol, Eurojust) har altid været knyttet til en specifik overførsel af oplysninger, mens overførsler med et meget bredere omfang her vil kunne blive mulige i betragtning af det brede formål, der tilstræbes (bekæmpelse af lovovertrædelser, national og offentlig sikkerhed, græsehåndhævelse) og det ukendte antal berørte databaser.

Grundlæggende krav

55. De betingelser, der skal opfyldes i forbindelse med overførsel af personoplysninger til tredjelande, er blevet fastlagt i et arbejdsdokument fra Artikel 29-Gruppen⁽²¹⁾. Enhver aftale om minimumsprincipper for privatlivets fred skal gennem en test, der skal vise, at den opfylder kravene og sikrer effektiviteten af databeskyttelsesikkerhedsgarantierne.

- Om substansen: databeskyttelsesprincipperne bør sikre et højt beskyttelsesniveau og opfylde standarderne i

⁽²⁰⁾ — De Forenede Nationers retningslinjer vedrørende edb-databaser med personoplysninger, vedtaget af Generalforsamlingen den 14. december 1990, tilgængelige på www.unhchr.ch/html/menu3/b/71.htm

— Europarådets konvention om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger af 28. januar 1981, tilgængelig på <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/108.htm>

— OECD: Retningslinjer for beskyttelse af privatlivets fred og overførsel af personoplysninger mellem landene vedtaget den 23. september 1980, tilgængelige på www.oecd.org/document/20/0,3343,en_2649_34255_15589524_1_1_1_1,00.html

— Udkast til Rådets rammeafgørelse om beskyttelse af personoplysninger i forbindelse med politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager, tilgængeligt på http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=193371

— Europa-Parlamentets og Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, EFT L 281 af 23.11.1995, s. 31.

⁽²¹⁾ Arbejdsdokument af 24. juli 1998 om overførsel af personoplysninger til tredjelande: Anvendelse af artikel 25 og 26 i EU's databeskyttelsesdirektiv; WP12.

overensstemmelse med EU-principperne. De 12 principper, der indgår i rapporten for kontaktgruppen på højt plan, vil i den forbindelse blive yderligere analyseret i kapitel V i denne udtalelse.

- Om specificitet: afhængigt af aftalens art, og navnlig hvis den udgør en officiel international aftale, skal reglerne og procedurerne være tilstrækkeligt detaljerede til at muliggøre en effektiv gennemførelse

- Om tilsyn: for at sikre overholdelse af de vedtagne regler skal der indføres kontrolmekanismer, både internt (audit) og eksternt (revision). Disse mekanismer skal være tilgængelige for begge parter i aftalen. Tilsyn omfatter mekanismer til at sikre overholdelse på makroniveau, f.eks. fælles revisionsmekanismer, samt overholdelse på mikroniveau, f.eks. individuelle klage-muligheder.

56. Ud over disse tre grundlæggende krav skal der lægges særlig vægt på de specifikke forhold i forbindelse med behandling af personoplysninger i en retshåndhævelseskontekst. Dette er nemlig et område, hvor grundlæggende rettigheder kan udsættes for begrænsninger. Der skal derfor vedtages sikkerhedsgarantier for at kompensere for personers rettigheder, navnlig med hensyn til følgende aspekter i betragtning af virkningerne for personen:

- Gennemsigtighed: information og adgang til personoplysninger kan begrænses i en retshåndhævelseskontekst, f.eks. af hensyn til diskrete undersøgelser. Mens der inden for EU traditionelt anvendes supplerende mekanismer for at kompensere for denne begrænsning af grundlæggende rettigheder (der ofte involverer uafhængige databeskyttelsesmyndigheder), må det sikres, at lignende kompensationsmekanismer er til rådighed, når oplysningerne overføres til et tredjeland.

- Klageadgang: af ovennævnte årsager skal enkeltpersoner nyde godt af alternative muligheder til at få forsvaret deres rettigheder, navnlig gennem en uafhængig tilsynsmyndighed og for en domstol.

- Opbevaring af data: begrundelsen for perioden for opbevaring af data er muligvis ikke gennemsigtig. Der må træffes foranstaltninger, således at dette ikke forhindrer de registreredes eller tilsynsmyndighedernes effektive udøvelse af rettigheder.

— Retshåndhævelsesmyndigheders klare ansvarsforhold: hvis der ikke er effektiv gennemsigtighed, kan enkeltpersoners eller institutionelle interessenters kontrolmekanismer på ingen måde blive omfattende. Det vil stadig være yderst vigtigt, at der etableres en sådan kontrol i betragtning af oplysningernes følsomhed og de tvangsforanstaltninger, der kan træffes over for enkeltpersoner på grundlag af databehandlingen. Klare ansvarsforhold er et afgørende spørgsmål for så vidt angår nationale kontrolmekanismer i modtagerlandet, men også for så vidt angår revisionsmuligheder for oplysningernes oprindelsesland eller -region. Sådanne revisionsmekanismer er fastsat i specifikke aftaler som f.eks. PNR-aftalen, og den tilsynsførende anbefaler kraftigt, at de ligeledes medtages i det overordnede instrument.

V. ANALYSE AF PRINCIPPERNE

Indledning

57. I dette kapitel analyseres de 12 principper, der er omhandlet i dokumentet fra kontaktgruppen på højt plan ud fra følgende synsvinkel:

- Disse principper viser, at USA og EU har nogle fælles synspunkter for så vidt angår principperne, ligesom der kan noteres ligheder med principperne i konvention 108.
- Enighed om principperne er dog ikke nok. Et retligt instrument skal være stærkt nok til at sikre overensstemmelse.
- Den tilsynsførende beklager, at principperne ikke ledsages af en begrundelse.
- Det bør stå klart, inden principperne beskrives, at begge parter har samme forståelse af det ordvalg, der anvendes f.eks. med hensyn til personoplysninger eller beskyttede personer. Definitioner heraf vil være velkomne.

1. Specifikation af formål

58. Det første princip, der er anført i bilaget til rapporten fra kontaktgruppen på højt plan, går ud på, at personoplysninger skal behandles som led i retshåndhævelse. Som nævnt ovenfor refererer dette for Den Europæiske Union til forebyggelse, afsløring, efterforskning og retsforfølgning af strafbare handlinger. For USA går fortolkningen af retshåndhævelse dog ud over strafbare handlinger og omfatter »grænseoverskridende retshåndhævelse, offentlig sikkerhed og nationale sikkerhedsbehov«. Følgerne af sådanne uoverensstemmelser mellem EU's og USA's erklærede formål er ikke klare. Mens rapporten nævner, at formålene i praksis i vidt omfang kan være sammenfaldende, er det dog stadig afgørende at vide, præcist i hvilket omfang de ikke er

sammenfaldende. På retshåndhævelsesområdet skal princippet om begrænsning af formålet overholdes strengt i betragtning af de følger, de trufne foranstaltninger har for enkeltpersoner, og de erklærede formål skal være klare og afgrænsede. Under hensyn til den i rapporten nævnte gensidighed forekommer tilnærmelsen af disse formål også meget vigtig. Kort sagt er der behov for en præcisering af opfattelsen af dette princip.

2. Oplysningernes integritet/pålidelighed

59. Den tilsynsførende ser med tilfredshed på bestemmelsen, ifølge hvilken nøjagtige, relevante, rettidige og fuldstændige personoplysninger som nødvendige for lovlig behandling. Et sådant princip er en grundlæggende betingelse for al effektiv databehandling.

3. Nødvendighed/proportionalitet

60. Princippet etablerer en klar forbindelse mellem indsamlede oplysninger og nødvendigheden af disse oplysninger for at gennemføre et retshåndhævelsesformål, der er fastlagt i loven. Dette krav om et retligt grundlag er et positivt element med henblik på at fastslå behandlingens lovlighed. Den tilsynsførende noterer sig imidlertid, at selv om dette styrker retssikkerheden i behandlingen, udgøres retsgrundlaget for en sådan behandling af en lov i et tredjeland. En lov i et tredjeland kan ikke i sig selv udgøre et legitimt grundlag for en overførsel af personoplysninger⁽²²⁾. I forbindelse med rapporten fra kontaktgruppen på højt plan antages det, at lovligheden af loven i et tredjeland, dvs. USA, principielt anerkendes. Der erindres om, at hvis dette ræsonnement kan være berettiget her ud fra den betragtning, at USA er en demokratisk stat, vil samme ordning ikke kunne gælde for eller overføres på forbindelserne med andre tredjelande.

61. Enhver overførsel af personoplysninger skal være relevant, nødvendig og hensigtsmæssig ifølge bilaget til rapporten fra kontaktgruppen på højt plan. Den tilsynsførende understreger, at behandlingen for at stå i rimeligt forhold til formålet ikke må være uberettiget forstyrrende, og de nærmere bestemmelser for behandlingen skal være afbalancerede og tage hensyn til de registrerede personers rettigheder og interesser.

62. Derfor skal der gives adgang til oplysninger fra sag til sag afhængig af praktiske behov i forbindelse med en specifik undersøgelse. Permanent adgang for tredjelandes retshåndhævelsesmyndigheder til databaser i EU vil anses for ude af proportion og utilstrækkeligt begrundet. Den tilsynsførende minder om, at selv i forbindelse med eksisterende aftaler om udveksling af oplysninger, f.eks. PNR-aftalen,

⁽²²⁾ Jf. direktiv 95/46/EF, særlig artikel 7, litra c) og e). I sin udtalelse nr. 6/2002 af 24. oktober 2002 om videregivelse af passagerlisteplysninger og andre oplysninger fra luftfartsselskaber til USA anførte Artikel 29-Gruppen, at det ikke forekommer acceptabelt, at en ensidig afgørelse truffet af et tredjeland af hensyn til dets egne offentlige interesser skal føre til rutinemæssig overførsel i stor mængde af oplysninger, der er beskyttet i henhold til direktivet.

er udvekslingen af oplysninger baseret på specifikke omstændigheder og afsluttes efter en begrænset periode⁽²³⁾.

63. Ud fra samme tankegang bør perioden for opbevaring af data reguleres: data skal kun opbevares, så længe de er nødvendige i betragtning af det specifikke formål, der følges. Hvis de ikke længere er relevante i forhold til det fastlagte formål, skal de slettes. Den tilsynsførende er stærkt imod oprettelsen af datavarehuse, hvor oplysninger om ikke-mistænkte personer lagres med henblik på et eventuelt senere behov.

4. Informationssikkerhed

64. Foranstaltninger og procedurer for at sikre oplysninger mod misbrug, ændringer og andre risici er angivet i principperne såvel som en bestemmelse om begrænsning af adgangen til autoriserede personer. Den tilsynsførende finder dette tilfredsstillende.
65. Princippet kan desuden suppleres med en bestemmelse om, at der bør føres log over dem, der får adgang til oplysningerne. Det vil styrke sikkerhedsgarantiernes effektivitet at begrænse adgang og forhindre misbrug af oplysningerne.
66. Gensidig underretning bør desuden forudses i tilfælde af sikkerhedsbrud: modtagere i USA såvel som i EU vil være ansvarlige for at underrette deres modparter, hvis oplysninger, de modtager, har været genstand for uretmæssig videregivelse. Dette vil bidrage til at øge ansvaret for en sikker databehandling.

5. Særlige kategorier af personoplysninger

67. Princippet om forbud mod behandling af følsomme oplysninger er efter den tilsynsførendes mening kraftigt svækket af den undtagelse, der tillader behandling af følsomme oplysninger, for hvilke national lov giver »passende sikkerhed«. Netop på grund af oplysningernes følsomme karakter skal enhver fravigelse af forbudsprincippet begrundes passende og præcist med en liste over formål og omstændigheder, under hvilke en udpeget type følsomme oplysninger kan behandles, samt med en angivelse af, hvilke registeransvarlige der kan behandle denne type oplysninger. Blandt de beskyttelsesgarantier, der skal vedtages, finder den tilsynsførende, at følsomme oplysninger ikke skal udgøre et sådant element, der kan udløse en undersøgelse. De kan være til rådighed under specifikke omstændigheder, men kun som supplerende information vedrørende en registreret, der allerede er

genstand for undersøgelse. Disse beskyttelsesgarantier og betingelser skal specificeres på en begrænsende måde i affattelsen af princippet.

6. Klare ansvarsforhold

68. Som omhandlet i punkt 55-56 i denne udtalelse skal klare ansvarsforhold effektivt sikres for offentlige enheder, der behandler personoplysninger, og der skal i aftalen gives garanti for den måde, hvorpå disse ansvarsforhold sikres. Dette er særligt vigtigt i betragtning af den mangel på gennemsigtighed, der traditionelt forbindes med behandlingen af personoplysninger i en retshåndhævelseskontekst. På denne baggrund er det ikke en tilfredsstillende garanti at nævne — som det er tilfældet nu i bilaget — at offentlige enheder skal være ansvarlige uden at give yderligere forklaring på de nærmere retningslinjer for og følgerne af et sådant ansvarsforhold. Den tilsynsførende anbefaler, at der gives en sådan forklaring i teksten til instrumentet.

7. Uafhængigt og effektivt tilsyn

69. Den tilsynsførende støtter fuldt ud medtagelsen af en bestemmelse om uafhængigt og effektivt tilsyn fra en eller flere offentlige tilsynsmyndigheder. Han mener, at det bør gøres klart, hvordan uafhængighed fortolkes, navnlig hvem disse myndigheder er uafhængige af, og hvem de refererer til. Der er behov for kriterier herfor, der skal tage hensyn til institutionel og funktionel uafhængighed i forhold til de udøvende og lovgivende instanser. Den tilsynsførende minder om, at dette er et vigtigt element for at sikre effektiv overholdelse af de vedtagne principper. Disse myndigheders interventions- og håndhævelsesbeføjelser er også yderst vigtige i forbindelse med spørgsmålet om klare ansvarsforhold for de offentlige enheder, der behandler personoplysninger som nævnt ovenfor. Deres eksistens og beføjelser bør gøres klart synlige for de registrerede, så disse får mulighed for at udøve deres rettigheder, navnlig hvis flere myndigheder er kompetente afhængig af behandlingens kontekst.

70. Den tilsynsførende anbefaler desuden, at en fremtidig aftale også skal omfatte mekanismer for samarbejde mellem tilsynsmyndighederne.

8. Individuel adgang og berigtigelse

71. Der er behov for specifikke garantier, når det drejer sig om adgang og berigtigelse i en retshåndhævelsessammenhæng. I den forbindelse ser den tilsynsførende med tilfredshed på princippet om, at personer skal/bør have adgang og midler til at søge »berigtigelse og/eller sletning af deres personoplysninger«. Der er dog stadig en vis usikkerhed med hensyn til definitionen af personer (alle registrerede bør være beskyttede og ikke kun borgere i det pågældende land) og betingelserne for, at personer kan gøre indsigelse mod behandlingen af deres oplysninger. Det skal præciseres, i hvilke »relevante tilfælde« der kan gøres indsigelse eller ikke. Det bør være klart for de registrerede, under hvilke omstændigheder — afhængig f.eks. af typen af

⁽²³⁾ Denne aftale udløber og ophører med at gælde syv år fra datoen for undertegnelsen, medmindre begge parter er enige om at erstatte den med en anden.

myndighed, typen af undersøgelse eller andre kriterier — de vil være i stand til at udøve deres rettigheder.

72. Hvis der ikke er nogen direkte mulighed for at gøre indsigt mod en behandling af berettigede grunde, bør der i øvrigt være mulighed for en indirekte efterprøvning gennem den uafhængige myndighed, der er ansvarlig for tilsynet med behandlingen.

9. Gennemsigtighed og meddelelse

73. Den tilsynsførende understreger endnu en gang betydningen af effektiv gennemsigtighed for at give personer mulighed for at udøve deres rettigheder og bidrage til overordnede klare ansvarsforhold for offentlige myndigheder, der behandler personoplysninger. Han støtter principperne i rapporten og insisterer navnlig på behovet for en generel og en individuel meddelelse til den pågældende person. Dette afspejles i princippet i punkt 9 i bilaget til rapporten.

74. Rapporten nævner imidlertid i kapitel 2, del A B (Godkendte principper), at gennemsigtighed i USA kan omfatte individuel eller kombineret offentliggørelse i Federal Register, individuel meddelelse og offentliggørelse i retten. Det skal være klart, at offentliggørelse i en lovtidende ikke er tilstrækkeligt i sig selv til at sikre passende orientering af den registrerede. Ud over behovet for individuel meddelelse minder den tilsynsførende om, at oplysninger skal gives i en form og på et sprog, der let kan forstås af den registrerede.

10. Klageadgang

75. For at sikre effektiv udøvelse af enkeltpersoners rettigheder skal de kunne indgive klage for en uafhængig databeskyttelsesmyndighed samt have et retsmiddel ved en uafhængig og upartisk domstol. Begge klagemuligheder bør være lige tilgængelige.

76. Adgang til en uafhængig databeskyttelsesmyndighed er nødvendig, eftersom det giver en fleksibel og mindre kostbar bistand i en sammenhæng — retshåndhævelse — der kan være temmelig uigennemsigtig for personerne. Databeskyttelsesmyndighederne kan også yde bistand ved at udøve adgangsrettigheder på vegne af registrerede, hvor undtagelser forhindrer sidstnævnte i at få direkte adgang til deres personoplysninger.

77. Adgang til retsvæsenet er en yderligere og central garanti for, at registrerede kan søge klageadgang til en myndighed, der tilhører en gren af det demokratiske system, der er

adskilt fra de offentlige institutioner, der faktisk behandler deres oplysninger. De Europæiske Fællesskabers Domstol⁽²⁴⁾ har anset et sådant effektivt retsmiddel ved en domstol for at være af afgørende betydning for at sikre den enkelte en effektiv retsbeskyttelse. Det er udtryk for et almindeligt fællesskabsretligt princip, der ligger til grund for medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner, og som har fundet udtryk i artiklerne 6 og 13 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder. Eksistensen af et retsmiddel er også eksplicit fastsat i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og i artikel 22 i direktiv (EF) 95/46 uden at foregribe nogen administrativ klageadgang.

11. Edb-baserede individuelle afgørelser

78. Den tilsynsførende ser med tilfredshed på bestemmelsen om passende beskyttelse i tilfælde af edb-baseret behandling af personoplysninger. Han noterer sig, at en fælles forståelse af, hvad der betragtes som en betydelig negativ handling vedrørende enkeltpersonens relevante interesser, vil præcisere betingelserne for anvendelse af dette princip.

12. Videreformidling

79. Betingelserne for videreformidling er uklare for nogles vedkommende. Navnlig når videreformidlingen skal overholde internationale ordninger og aftaler mellem afsenderland og modtagerland, bør det præciseres, om dette henviser til aftaler mellem de to lande, der har indledt den første overførsel, eller de to lande, der er involveret i videreformidlingen. Ifølge den tilsynsførende er der i hvert tilfælde behov for aftaler mellem de to lande, der har indledt den første overførsel.

80. Den tilsynsførende noterer sig en meget bred definition af »legitime offentlige interesser«, der giver mulighed for videreformidling. Omfanget af den offentlige sikkerhed er fortsat uklart, og udvidelsen af overførsler i tilfælde af et etisk brud eller lovregulerede erhverv synes uberettiget og overdreven i forbindelse med retshåndhævelse.

VI. KONKLUSION

81. Den tilsynsførende hilser det fælles arbejde velkommen, som EU's og USA's myndigheder har udført på retshåndhævelsesområdet, hvor databeskyttelse er afgørende. Han ønsker dog at insistere på det forhold, at spørgsmålet er komplekst, navnlig med hensyn til det præcise anvendelsesområde og arten, og at det derfor fortjener en omhyggelig og tilbunds gående analyse. Virkningen af et transatlantisk databeskyttelsesinstrument bør nøje overvejes i

⁽²⁴⁾ Sag 222/84, *Johnston* [1986] Sml. 1651; Sag 222/86, *Heylens* [1987] Sml. 4097; Sag C-97/91, *Borelli* [1992] Sml. I-6313.

forhold til den eksisterende retlige ramme og følgerne for borgerne.

82. Den tilsynsførende ønsker mere klarhed og konkrete bestemmelser, navnlig om følgende aspekter:

- præcisering af arten af instrumentet, der bør være retligt bindende for at give tilstrækkelig retssikkerhed
- en grundig konstatering af et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau baseret på vigtige krav vedrørende substansen, specificiteten og tilsynsaspekterne i ordningen Den tilsynsførende mener, at den generelle aftales tilstrækkelige beskyttelsesniveau kun kan anerkendes, hvis den kombineres med et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau ved specifikke aftaler, der indgås i hvert enkelt tilfælde
- et begrænset anvendelsesområde med en klar fælles definition af de retshåndhævelsesformål, der er på spil
- præcisering af de nærmere bestemmelser, ifølge hvilke private enheder kan deltage i dataoverførselsordninger
- overholdelse af proportionalitetsprincippet, der indebærer udveksling af oplysninger fra sag til sag, når der er et konkret behov for det
- stærke tilsynsmekanismer og mekanismer for klageadgang for registrerede, herunder administrativ klageadgang og retsmidler

— effektive foranstaltninger, der garanterer alle registrerede uanset nationalitet udøvelse af deres rettigheder

— inddragelse af uafhængige databeskyttelsesmyndigheder, navnlig i forbindelse med tilsyn og bistand til registrerede.

83. Den tilsynsførende insisterer på det forhold, at hastværk i forbindelse med udarbejdelsen af principperne bør undgås, da det bare vil føre til utilfredsstillende løsninger med de modsatte virkninger af de tilsigtede med hensyn til databeskyttelse. Den bedste vej frem vil derfor på dette stadium være udarbejdelsen af en køreplan med henblik på en mulig aftale på et senere tidspunkt.

84. Den tilsynsførende udbeder sig også mere gennemsigtighed i processen med udarbejdelse af principperne for databeskyttelse. Kun hvis alle interessenter, herunder Europa-Parlamentet, bliver inddraget, kan instrumentet drage fordel af en demokratisk debat og få den nødvendige støtte og anerkendelse.

Udfærdiget i Bruxelles, den 11. november 2008.

Peter HUSTINX
Den Europæiske Tilsynsførende for
Databeskyttelse