

I

(Resoluties, aanbevelingen en adviezen)

ADVIEZEN

DE EUROPESE TOEZICHTHOUDER VOOR GEGEVENSBECHERMING

Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming over het voorstel voor een besluit van de Raad inzake de sluiting van de Overeenkomst tussen de Europese Unie en Australië inzake de verwerking en doorgifte van persoonsgegevens van passagiers (Passenger Name Record — PNR) door luchtvaartmaatschappijen aan de Australische dienst Douane en grensbescherming

(2011/C 322/01)

DE EUROPESE TOEZICHTHOUDER VOOR GEGEVENSBECHERMING,

Gelet op het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name op artikel 16 daarvan,

Gelet op het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, en met name op de artikelen 7 en 8 daarvan,

Gelet op Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens ⁽¹⁾,

Gelet op artikel 41 van Verordening (EG) nr. 45/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de communautaire instellingen en organen en betreffende het vrije verkeer van die gegevens ⁽²⁾,

BRENGT HET VOLGENDE ADVIES UIT

1. INLEIDING

1.1. Raadpleging van de EDPS

- Op 19 mei 2011 heeft de Commissie een voorstel goedgekeurd voor de sluiting van een Overeenkomst tussen de

Europese Unie en Australië inzake de verwerking en doorgifte van persoonsgegevens (PNR) door luchtvaartmaatschappijen aan de Australische dienst Douane en grensbescherming ⁽³⁾. Het voorstel werd op 23 mei naar de EDPS gestuurd.

- De EDPS is in de loop van mei 2011, in het kader van een versnelde procedure, informeel geraadpleegd over het voorstel inzake een overeenkomst tussen de Europese Unie en Australië inzake de verwerking en doorgifte van PNR-gegevens.
- In overweging nemende dat zijn opmerkingen ten aanzien van de inhoud van het door de Commissie goedgekeurde en aan de Raad en het Parlement voorgelegde voorstel nog steeds van toepassing zijn, heeft de EDPS besloten zijn opmerkingen ruimer beschikbaar te maken in de vorm van een openbaar advies. Op deze manier kan met de opmerkingen rekening worden gehouden bij de verdere debatten over het voorstel.
- De EDPS maakt van deze gelegenheid gebruik om enkele andere kwesties aan de orde te stellen en moedigt de Raad en het Parlement aan met deze opvattingen rekening te houden wanneer zij krachtens artikel 218 VWEU een besluit nemen over het voorstel.

1.2. De context van het voorstel

- De overeenkomst tussen de EU en Australië inzake PNR-gegevens is een volgende stap op de EU-agenda, en voorziet onder andere in algemene PNR-richtsnoeren, instelling van een PNR-regeling in de EU en onderhandelingen over overeenkomsten met derde landen ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ PB L 281 van 23.11.1995, blz. 31.

⁽²⁾ PB L 8 van 12.1.2001, blz. 1.

⁽³⁾ COM(2011) 281 definitief.

⁽⁴⁾ Zie met name de mededeling van de Commissie van 21 september 2010 over de algemene aanpak van de doorgifte van passagiersgegevens (PNR) aan derde landen, COM(2010) 492 definitief.

6. De EDPS heeft de ontwikkeling op het gebied van PNR nauwlettend gevolgd en heeft onlangs twee adviezen uitgebracht over het „PNR-pakket” van de Commissie en over het voorstel voor een richtlijn betreffende PNR in de EU ⁽¹⁾. De opvattingen van de EDPS over PNR-regelingen bieden een aanvulling bij en zijn grotendeels in overeenstemming met die van de Groep voor gegevensbescherming artikel 29 ⁽²⁾, maar ook met andere recente documenten waaronder het advies van het Economisch en Sociaal Comité ⁽³⁾ en het advies van het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten ⁽⁴⁾.
7. Zoals hieronder wordt uiteengezet, is de aanpak van de EDPS er altijd consequent op gericht het doel van PNR-regelingen af te zetten tegen de fundamentele vereisten van noodzakelijkheid en evenredigheid en de bijzonderheden van de bepalingen in de tweede fase te analyseren om zo nodig verbeteringen te kunnen voorstellen.

1.3. Inleidende opmerkingen

8. De EDPS verwelkomt de algemene aanpak die gericht is op harmonisatie van de waarborgen met betrekking tot gegevensbescherming in de diverse PNR-overeenkomsten met derde landen. Er moeten echter nog enkele opmerkingen worden gemaakt.
9. Een opmerking die in adviezen van de EDPS en in adviezen van de Groep voor gegevensbescherming artikel 29 telkens terugkomt en die evenzeer van toepassing is op het Australische PNR-voorstel, is dat de noodzakelijkheid en evenredigheid van PNR-regelingen moeten worden aangetoond.
10. Deze twee fundamentele vereisten zijn essentiële aspecten van de wetgeving inzake gegevensbescherming, krachtens de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten en artikel 16 VWEU. De EU moet ervoor zorgen dat aan de

⁽¹⁾ — Advies van de EDPS van 25 maart 2011 over het voorstel van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gebruik van persoonsgegevens van passagiers voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en zware criminaliteit.

— Advies van de EDPS van 19 oktober 2010 over de algemene aanpak van de doorgifte van passagiersgegevens (PNR) aan derde landen.

Beide adviezen zijn beschikbaar op <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/cache/off/Consultation>

⁽²⁾ WP29 Advies 10/2011 van 5 april 2011 over het voorstel van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gebruik van persoonsgegevens van passagiers voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en zware criminaliteit: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/wpdocs/2011_en.htm

⁽³⁾ Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité van 5 mei 2011 over het voorstel van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gebruik van persoonsgegevens van passagiers voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en zware criminaliteit COM(2011) 32 definitief.

⁽⁴⁾ Advies van het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten van 14 juni 2011 over het voorstel van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gebruik van persoonsgegevens van passagiers voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en zware criminaliteit (COM(2011) 32 definitief).

vereisten van EU-wetgeving inzake gegevensbescherming wordt voldaan, ook in gevallen waarbij gegevens van Europese burgers worden verwerkt en doorgegeven van EU-grondgebied naar een derde land. In dergelijke gevallen moeten de noodzakelijkheid en evenredigheid worden beoordeeld en vastgesteld voordat er een overeenkomst kan worden getekend. Naast onderdelen die de noodzakelijkheid van de PNR-regeling ondersteunen, vergt evenredigheid een adequaat evenwicht tussen het gevolgde doel en de verwerking van grote hoeveelheden gegevens die een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van mensen tot gevolg heeft.

11. De PNR-regelingen hebben tot doel terrorisme en ernstige (transnationale) criminaliteit te bestrijden, waarbij gebruik gemaakt wordt van de verzameling van enorme hoeveelheden gegevens met betrekking tot alle passagiers om risico-beoordelingen van deze passagiers te kunnen verrichten. Tot nu toe kan de EDPS geen overtuigende onderdelen vinden in de onderbouwingen zoals die worden gepresenteerd voor bestaande PNR-regelingen of voor regelingen die voor de toekomst zijn voorzien, zoals de PNR-regeling in de EU die hij in zijn advies van maart 2011 ⁽⁵⁾ uitvoerig heeft geanalyseerd.
12. De EDPS benadrukt bovendien dat, mocht de noodzakelijkheid worden vastgesteld, de evenredigheidstoetsing ook nog moet worden doorstaan. Hij plaatst vraagtekens bij het evenwicht tussen de grootschalige verwerking van persoonsgegevens en het nagestreefde doel, vooral met het oog op het uiteenlopend aantal misdrijven dat binnen de werkingssfeer van de ontwerpovereenkomst valt. Hij houdt rekening met het feit dat voor de bestrijding van terrorisme en ernstige misdrijven andere doeltreffende instrumenten beschikbaar zijn.
13. De onderstaande specifieke opmerkingen doen geen afbreuk aan deze inleidende en fundamentele opmerking. De EDPS verwelkomt de bepalingen die voorzien in specifieke garanties zoals gegevensbeveiliging, handhaving en toezicht, alsook de bepalingen inzake verdere doorgifte. Tegelijkertijd drukt hij, naast zijn bezorgdheid over de noodzakelijkheid en evenredigheid van de regeling, zijn bezorgdheid uit over de werkingssfeer van de definities en de voorwaarden inzake het bewaren van gegevens.

2. ANALYSE VAN HET VOORSTEL

2.1. Rechtsgrondslag

14. De EDPS wijst erop dat de overeenkomst is gebaseerd op artikel 82, lid 2, onder d), artikel 87, lid 2, onder a) en artikel 218, lid 6, onder a) van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Hij wijst er nogmaals op dat de keuze van de rechtsgrondslag moet berusten op objectieve gegevens, waartoe met name het doel en de inhoud

⁽⁵⁾ Advies van de EDPS van 25 maart 2011 over het voorstel van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gebruik van persoonsgegevens van passagiers voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en zware criminaliteit; zie ook het hierboven genoemde advies van de Groep voor gegevensbescherming artikel 29.

- van de handeling behoren ⁽¹⁾. Indien bij onderzoek van een gemeenschapshandeling blijkt dat deze twee doeleinden heeft of dat sprake is van twee componenten, waarvan er een kan worden gezien als hoofddoel of voornaamste component, terwijl het andere doel of de andere component slechts bijkomend is, moet de handeling op één rechtsgrondslag worden gebaseerd, te weten die welke vereist is gezien het hoofddoel of de voornaamste component ⁽²⁾. Indien wordt aangetoond dat de handeling tegelijkertijd verschillende doeleinden heeft die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, zonder dat de ene secundair en indirect is ten opzichte van de andere, zal die handeling bij wijze van uitzondering op de verschillende overeenkomstige rechtsgrondslagen moeten worden gebaseerd ⁽³⁾.
15. Tegen de achtergrond van de vaste rechtspraak, zoals kort samengevat, en afgezien van artikel 218, lid 6, onder a), redeneert de EDPS dat de overeenkomst niet moet worden gebaseerd op artikel 82, lid 1, onder d) en artikel 87, lid 2, onder a), maar op artikel 16 VWEU.
16. Met betrekking tot het doel moet er nogmaals op worden gewezen dat de PNR-overeenkomsten waarover de EU onderhandelingen voert, alle zijn ingegeven door de behoefte om de verplichting van luchtvaartmaatschappijen om PNR-gegevens aan de autoriteiten in derde landen ter beschikking te stellen in overeenstemming te brengen met het fundamentele recht op gegevensbescherming ⁽⁴⁾. Bovendien wordt in de tekst van het voorstel meermalen verwezen naar het doel van de bescherming van persoonsgegevens ⁽⁵⁾.
17. Wat de inhoud betreft: de overheersende rol van bepalingen inzake gegevensbescherming spreekt voor zich. Afgezien van de artikelen 3, 4 en 6, lijkt gegevensbescherming in nagenoeg alle bepalingen van de overeenkomst een rol te spelen. Dit komt duidelijk naar voren in artikel 1 (doel),
- artikel 2 (definities), artikel 5 (adequaatheid) en de artikelen 7 t/m 19 (waarborgen betreffende de verwerking van PNR-gegevens).
18. Wanneer het gaat om de waarborgen (de artikelen 7 t/m 19), moet worden opgemerkt dat deze waarborgen bepalingen bevatten die kenmerkend zijn voor wetgeving inzake gegevensbescherming ⁽⁶⁾. Het feit dat een handeling bepalingen bevat die kenmerkend zijn voor een specifiek onderdeel van het recht, werd door het Hof geacht een element te zijn dat één specifieke rechtsgrondslag rechtvaardigt ⁽⁷⁾.
19. Kortom, de EDPS is van mening dat het doel van de overeenkomst niet zozeer het verbeteren van de samenwerking op politieel gebied is, maar eerder een mandaat en machtiging te verlenen voor de doorgifte van persoonsgegevens door particuliere exploitanten in verband met het verzoek van een derde land. Hoewel een dergelijke doorgifte aan een derde land op grond van de communautaire wetgeving in beginsel niet mogelijk is, is de PNR-overeenkomst erop gericht de doorgifte van persoonsgegevens in overeenstemming met de vereisten inzake gegevensbescherming van de EU mogelijk te maken via de aanneming van specifieke waarborgen.
20. Om deze redenen is de EDPS van mening dat de overeenkomst — in ieder geval in eerste instantie — gebaseerd moet zijn op artikel 16 VWEU ⁽⁸⁾.

2.2. Doel en definities

21. De EDPS wijst op het feit dat de doeleinden waarvoor PNR-gegevens kunnen worden verwerkt, nauwkeurig zijn gedefinieerd in artikel 3 van het voorstel. Hij betreurt echter dat de huidige definities ruimer zijn dan de definities van het voorstel voor een richtlijn betreffende PNR in de EU, die zelf ook nog verder hadden moeten worden beperkt, vooral op het gebied van minder ernstige misdrijven.
22. In het voorstel inzake PNR in de EU zijn de gevolgen van activiteiten die worden gedefinieerd als „terroristisch”, zoals concrete schade toegebracht aan personen of regeringen (overlijden, ernstige schending van de lichamelijke integriteit, vernieling van vervoerssystemen of infrastructurele voorzieningen, enz.), ook in de definities opgenomen, maar het huidige voorstel is minder specifiek en meer gericht op het doel wanneer wordt verwezen naar intimidatie van personen of regeringen of het ernstig ontwrichten van politieke of economische basisstructuren.

⁽¹⁾ Zaak C-491/01, *British American Tobacco*, met name alinea's 92-93.

⁽²⁾ Zaak C-42/97 *Parlement v Raad*, alinea's 39 en 40.

⁽³⁾ Zie in die zin zaak C-491/01, *British American Tobacco*, alinea's 92-93, zaak C-42/97 *Parlement v Raad*, alinea 38.

⁽⁴⁾ Dit wordt erkend door het Hof in het feitelijk deel van de PNR-arresten, gevoegde zaken C-317/04 en C-318/04, alinea 33.

⁽⁵⁾ — In de toelichting wordt erkend dat EU-wetgeving inzake gegevensbescherming niet toestaat dat luchtvaartmaatschappijen PNR-gegevens doorgeven aan landen zonder dat passende waarborgen worden gegeven. Er is dus „een regeling nodig die een wettelijke grondslag biedt voor de doorgifte [...] wil men [...] eerbiediging van het recht van individuele burgers op bescherming van [...] hun persoonsgegevens [...] waarborgen”.

— Het doel om het recht op bescherming van persoonsgegevens te waarborgen komt ook duidelijk naar voren in de preambule, namelijk in de overweging waarin artikel 6 VEU, artikel 16 VWEU, artikel 8 EVRM, Conventie 108, enz. worden aangehaald.

— In de preambule worden ook de relevante bepalingen van de Australische wetgeving inzake gegevensbescherming aangehaald, waarbij wordt erkend dat deze voorzien in gegevensbescherming, in het recht op toegang, verhaal, correctie en commentaar, alsmede in rechtsmiddelen en sancties bij misbruik van persoonsgegevens.

— In artikel 1 van de overeenkomst — genaamd „Doel van de overeenkomst” — staat dat de overeenkomst voorziet in de doorgifte van PNR-gegevens. Daar wordt aan toegevoegd dat de overeenkomst de voorwaarden bepaalt „waaronder die gegevens kunnen worden doorgegeven en gebruikt, alsmede de wijze waarop de gegevens moeten worden beschermd” (cursivering toegevoegd).

⁽⁶⁾ Zoals bepalingen inzake gevoelige gegevens, gegevensbeveiliging, verantwoordingsplicht, transparantie, het recht op toegang, verhaal, correctie en verwijdering van gegevens, geautomatiseerde verwerking, enz.

⁽⁷⁾ Advies 2/2000, *Cartagena Protocol*, alinea 33.

⁽⁸⁾ In dit verband moet ook worden verwezen naar de aan het Verdrag van Lissabon gehechte Verklaring nr. 21 „over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken”. De duidelijke formulering van Verklaring nr. 21 bevestigt dat, zelfs in gevallen waarbij sprake is van enige vorm van politieke samenwerking, een gegevensbeschermingsinstrument op dit gebied nog steeds op artikel 16 VWEU moet zijn gebaseerd (zo nodig in combinatie met andere bepalingen). Deze analyse zou op geen enkele wijze afbreuk doen aan de taakverdeling binnen de Europese Commissie.

23. De EDPS is van mening dat er meer nauwkeurigheid moet worden betracht als het gaat om de begrippen „intimidatie, dwang en dreiging” en de „politieke, constitutionele, economische of (vooral) sociale basisstructuren van een land of een internationale organisatie”. Hierdoor wordt voorkomen dat de PNR-regeling wordt toegepast in gevallen waarvoor deze sowieso niet is bedoeld, zoals legitieme activiteiten (bijvoorbeeld vreedzame demonstraties) in een sociale, culturele of politieke context ⁽¹⁾.
24. De mogelijkheid om gegevens in andere uitzonderlijke gevallen te verwerken roept bijkomende vragen op, met name wat betreft „bedreiging voor de gezondheid”. De EDPS is van mening dat een dergelijke uitbreiding van de doeleinden onevenredig is, vooral omdat er waar nodig per geval alternatieve en meer specifieke procedures beschikbaar zijn om belangrijke bedreigingen voor de gezondheid het hoofd te kunnen bieden. Bovendien zijn PNR-gegevens niet het meest geschikte instrument om passagiers te identificeren: er bestaan betrouwbaardere gegevens, met name API-gegevens.
25. De EDPS wijst er ook op dat de aan het voorstel gehechte lijst van PNR-gegevens verder gaat dan wat gegevensbeschermingsautoriteiten in adviezen van de Groep voor gegevensbescherming artikel 29 als evenredig beschouwen ⁽²⁾. Deze lijst moet worden ingekort. Met name het tekstveld „algemene opmerkingen”, dat irrelevante — en mogelijk gevoelige — gegevens kan bevatten, is ten onrechte in de lijst opgenomen en dient te worden geschrapt.

2.3. Gevoelige gegevens

26. De EDPS verwelkomt de uitsluiting van de verwerking van gevoelige gegevens uit de werkingssfeer, zoals beschreven in artikel 8 van het voorstel. Uit de formulering van deze bepaling kan echter worden opgemaakt dat gevoelige gegevens kunnen worden „verwerkt”. De bepaling laat toe dat deze gegevens in eerste instantie door de luchtvaartmaatschappijen worden verstuurd om vervolgens in tweede instantie door de overheid te worden gewist. Het versturen van de gegevens door de luchtvaartmaatschappijen is een vorm van verwerken. De EDPS is van mening dat luchtvaartmaatschappijen verplicht moeten worden gevoelige gegevens aan de bron van de verwerking weg te filteren.

2.4. Gegevensbeveiliging

27. In artikel 9 van het voorstel is een uitgebreide bepaling inzake gegevensbeveiliging en -integriteit opgenomen, wat wordt toegejuicht. De EDPS staat vooral achter de verplichting om elke inbreuk op de gegevensbeveiliging te rapporteren aan de dienst van de Australische Information Commissioner (commissaris voor informatiebeheer). Wat het doorsturen van informatie naar de Europese Commissie betreft, is verdere uitleg over de te volgen procedure nodig.

⁽¹⁾ In dit opzicht moet bijvoorbeeld het grondrecht van vrijheid van vereniging en vergadering (artikel 12 van het Handvest van de grondrechten) niet worden verzwakt door een te ruime formulering.

⁽²⁾ Advies van 23 juni 2003 over het in de Verenigde Staten voor de doorgifte van passagiersgegevens gewaarborgde beschermingsniveau, WP78.

Daarnaast is de EDPS van mening dat gegevensbeschermingsautoriteiten ook relevante ontvangers van dergelijke informatie zijn en uitdrukkelijk in het voorstel moeten worden genoemd.

2.5. Toezicht en handhaving

28. Het systeem van toezicht, waaronder maatregelen op het gebied van toezicht en de verantwoordingsplicht vallen en met de nadruk op non-discriminatie op grond van nationaliteit of verblijfplaats, wordt toegejuicht. De EDPS is ook groot voorstander van het grondrecht van iedere persoon op administratieve beroepsmogelijkheden en doeltreffende rechterlijke bescherming. Hij beschouwt de rol van de dienst van de Australische Information Commissioner als belangrijke waarborg voor zover het beroepsmogelijkheden en de rechten van betrokkenen betreft.

2.6. Geautomatiseerde individuele besluiten

29. Volgens artikel 15, *a contrario* uitgelegd, kunnen geautomatiseerde besluiten die voor een passagier geen „ingrijpende gevolgen of een negatief juridisch effect” hebben, wel worden genomen op grond van een geautomatiseerde verwerking van gegevens. De waarborgen gelden alleen wanneer een besluit voor een passagier ingrijpende gevolgen heeft. Gezien de brede werkingssfeer van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in de PNR-regeling is voorzien, is de EDPS van mening dat deze beperking betwistbaar is. Om flexibele interpretatie van deze bepaling te vermijden, beveelt hij aan om het woord „ingrijpende” te schrappen en ervoor te zorgen dat geautomatiseerde besluiten die een negatief effect voor een persoon hebben, nooit zijn toegestaan.

2.7. Bewaren van gegevens

30. De EDPS beschouwt de duur van de bewaringstermijn zoals voorzien in artikel 16 als een van de grote bezwaren tegen het voorstel. Een bewaringstermijn van vijf en een half jaar, inclusief drie jaar zonder enige afscherming van gegevens, is duidelijk onevenredig, vooral als deze bewaringstermijn wordt vergeleken met de vorige Australische PNR-regeling die uitsluitend voorzorg in de opslag van gegevens per geval ⁽³⁾. Er dient een uitvoerige onderbouwing te worden gegeven van het feit er zo'n lange bewaringstermijn, die in de eerste Australische PNR-regeling niet nodig werd geacht, is voorzien.
31. Overeenkomstig het standpunt dat hij verdedigt in zijn advies over het voorstel voor een richtlijn betreffende PNR in de EU, is de EDPS van mening dat volledige (d.w.z. onomkeerbare) anonimisering van alle gegevens dient plaats te vinden, zo niet onmiddellijk na de analyse dan na maximaal 30 dagen.

⁽³⁾ Zie in dit verband het positieve advies van de Groep voor gegevensbescherming artikel 29: advies 1/2004 van 16 januari 2004 over het beschermingsniveau dat in Australië wordt gewaarborgd bij de doorgifte van PNR-gegevens van luchtvaartmaatschappijen, WP85. In het advies wordt er rekening mee gehouden dat „de douanediens ten algemeen beleid van niet-bewaren van deze gegevens hebben. De PNR-gegevens van de 0,05 % tot 0,1 % passagiers die voor verdere evaluatie naar de douanediens worden doorverwezen, worden tijdelijk bijgehouden, maar niet opgeslagen, in afwachting van de beëindiging van de grenscontrole. Daarna worden deze PNR-gegevens uit de computer van de betrokken „PAU”-douanebeambte gewist en niet in Australische gegevensbanken opgenomen”.

2.8. Verdere doorgifte

32. De waarborgen waarin de artikelen 18 en 19 voorzien, worden toegejuicht, vooral omdat zij voorzien in een lijst van ontvangers van binnen Australië doorgegeven gegevens, in doorgifte per geval en een beoordeling van de noodzakelijkheid per geval. De EDPS wijst er echter op dat deze bepaling kan worden omzeild door middel van de uitzondering genoemd in artikel 18, lid 1, onder c), waarin wordt voorzien in het uitwisselen van geanonimiseerde gegevens, zelfs al is dat niet geval per geval. Anonimisering betekent echter niet dat onderdelen die identificatie mogelijk maken, worden gewist maar alleen dat ze worden afgeschermd, terwijl volledige toegang tot gegevens mogelijk blijft. Om deze reden beveelt de EDPS aan dat geen uitzonderingen op het beginsel doorgifte „geval per geval” wordt toegestaan. Als aanvullende waarborg stelt de EDPS voor de doorgifte eerder te beperken tot instanties die „het bestrijden van terrorisme en grensoverschrijdende criminaliteit” als taak hebben dan tot instanties waarvan de taken „rechtstreeks verband houden met het voorkomen van (deze) criminaliteit”.
33. Het feit dat op doorgifte naar derde landen de voorwaarde van toepassing is dat ze „dezelfde” waarborgen bieden als de oorspronkelijke overeenkomst, wordt gesteund. Gezien het feit dat verdere doorgifte niettemin een verlies van controle over de manier waarop gegevens kunnen worden verwerkt, met zich meebrengt, en gezien het ontbreken van een internationale overeenkomst die een doeltreffende toepassing van de waarborgen door deze nieuwe ontvangers garandeert, stelt de EDPS bovendien voor dat voor deze doorgifte voorafgaande toestemming van de rechter nodig is.
34. Het voorstel voorziet erin dat wanneer gegevens van een onderdaan van een EU-lidstaat aan een derde land worden doorgegeven terwijl de Australische dienst Douane en grensbescherming van deze situatie op de hoogte is, de betrokken lidstaat hiervan op de hoogte moet worden gesteld (artikel 19, lid 1, onder f)). De EDPS is van mening dat verdere bijzonderheden moeten worden opgenomen om het doel van een dergelijke doorgifte aan een lidstaat toe te lichten. Indien een dergelijke doorgifte van informatie van invloed is op de betrokkene, moeten een aanvullende onderbouwing en waarborgen worden opgenomen.
35. Tot slot, met betrekking tot doorgifte binnen Australië en aan derde landen, voorzien zowel artikel 18 als 19 in een algemene bepaling volgens welke niets de openbaarmaking van PNR-gegevens waar nodig voor de toepassing van artikel 3, lid 4⁽¹⁾, mag verhinderen, met andere woorden in geval van uitzonderlijke omstandigheden met het oog op de bescherming van vitale belangen van een persoon, waaronder het risico op overlijden. De EDPS heeft al vraagtekens geplaatst bij het risico van een ruime interpretatie van

deze uitzondering. Bovendien ziet hij niet waarom doorgifte in uitzonderlijke gevallen niet zou moeten voldoen aan de waarborgen zoals voorzien in artikel 18 en artikel 19, vooral wat doelbinding en gegevensminimalisering betreft alsook met betrekking tot de bescherming van de identiteit van de ontvangers en het beschermingsniveau van persoonsgegevens.

2.9. Doorgifte door luchtvaartmaatschappijen

36. Volgens artikel 21, lid 3 kan doorgifte van PNR-gegevens aan autoriteiten in uitzonderlijke gevallen, in geval van een specifieke dreiging, meer dan vijf maal per vlucht plaatsvinden. Om de rechtszekerheid te vergroten moeten de voorwaarden voor dergelijke aanvullende doorgiften verder worden uitgewerkt en moet met name de aanvullende vereiste van een onmiddellijke bedreiging worden opgenomen.

2.10. Evaluatie van de overeenkomst

37. De EDPS is van mening dat de voorwaarden voor de evaluatie op verschillende punten verder moeten worden uitgewerkt. De frequentie van de evaluaties na de eerste evaluatie moet worden bepaald. Bovendien moeten gegevensbeschermingsautoriteiten uitdrukkelijk in het evaluatieteam worden opgenomen en niet slechts op voorwaardelijke basis.
38. De EDPS stelt voor dat de evaluatie zich ook toespitst op de beoordeling van de noodzakelijkheid en evenredigheid van de maatregelen door statistische gegevens te verzamelen over het aantal personen dat erbij betrokken is en daadwerkelijk is veroordeeld op basis van PNR-gegevens en over de daadwerkelijke uitoefening van de rechten van de betrokkenen: als onderdeel van de beoordeling zou moeten worden gecontroleerd hoe de verzoeken van de betrokkenen in de praktijk worden verwerkt, met name als er geen directe toegang is toegestaan.

3. CONCLUSIE

39. De EDPS is ingenomen met de waarborgen die in het voorstel worden voorzien, vooral ten aanzien van de concrete tenuitvoerlegging van de overeenkomst. Met name gegevensbeveiligingsaspecten en bepalingen inzake toezicht en handhaving worden op bevredigende wijze ontwikkeld. De EDPS benadrukt dat iedereen toegang heeft tot de Australische gegevensbeschermingsautoriteiten en de Australische justitiële autoriteiten. Deze maken onderdeel uit van de essentiële waarborgen waarin de voorstellen voorzien.
40. De EDPS heeft echter ook vastgesteld dat er sprake is van een duidelijke marge voor verbetering, vooral ten aanzien van de werkingssfeer van de overeenkomst, de definitie van terrorisme en de opneming van enkele uitzonderlijke doeleinden en de bewaringstermijn voor PNR-gegevens. Ten opzicht van de vorige Australische PNR-regeling en het voorstel voor PNR in de EU is deze bewaringstermijn onevenredig.

⁽¹⁾ Alsook voor de toepassing van artikel 10 wanneer de gegevens binnen Australië worden doorgegeven.

41. De rechtsgrondslag voor de overeenkomst moet opnieuw worden overwogen. Tegen de achtergrond van de vaste rechtspraak en afgezien van artikel 218, lid 6, onder a), is de EDPS van mening dat de overeenkomst — in ieder geval in eerste instantie — moet worden gebaseerd op artikel 16 VWEU en niet op artikel 82, lid 1, onder d) en artikel 87, lid 2, onder a) VWEU. Dit is volledig in overeenstemming met de aan het Verdrag van Lissabon gehechte Verklaring nr. 21.
42. Deze opmerkingen moeten worden gelezen in de bredere context van de rechtmatigheid van iedere PNR-regeling en worden gezien als de systematische verzameling van persoonsgegevens van passagiers gericht op risicobeoordeling. Alleen als in de regeling de fundamentele vereisten van noodzakelijkheid en evenredigheid krachtens de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten en artikel 16 VWEU worden geëerbiedigd, kan een voorstel voldoen aan de andere vereisten van het kader voor gegevensbescherming.
43. De EDPS concludeert derhalve dat er bij de evalueaties die aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaan, meer aandacht moet worden besteed aan deze fundamentele vereisten.

Gedaan te Brussel, 15 juli 2011.

Peter HUSTINX

Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming
