

COLLEGE BESCHERMING PERSOONSgegevens

POSTADRES Postbus 93374, 2509 AJ Den Haag BEZOEKADRES Juliana van Stolberglaan 4-10
TEL 070 - 88 88 500 FAX 070 - 88 88 501 INTERNET www.cbpweb.nl www.mijnprivacy.nl

AAN De Minister van Veiligheid en Justitie
De heer mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

DATUM 23 maart 2012
ONS KENMERK z2011-00885
CONTACTPERSOON

UW BRIEF VAN 15 september 2011
UW KENMERK 5707451/11/6

ONDERWERP Advies PCSC-verdrag

Geachte heer Opstelten,

U heeft het College bescherming persoonsgegevens (CBP) ter advisering voorgelegd het conceptwetsvoorstel ter goedkeuring van het PCSC-verdrag, alsmede het ontwerpbesluit houdende aanpassing van het Besluit politiegegevens en het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken.

Het CBP voldoet met deze brief met bijlage aan uw verzoek.

Het *Preventing and Combating of Serious Crime* (PCSC)-verdrag is de op 19 november 2010 ondertekende overeenkomst tussen de regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de regering van de Verenigde Staten van Amerika (VS) inzake de verbetering van de samenwerking bij het voorkomen en bestrijden van ernstige criminaliteit. Het PCSC-verdrag houdt verband met het Visa Waiver Program van de Amerikaanse regering in die zin dat dit verdrag een door de VS gestelde voorwaarde is voor de vrijstelling van de visumplicht voor Nederlandse burgers bij toegang tot de VS.

Inhoud van het PCSC-verdrag

Een onderdeel van het PCSC-verdrag vormt de rechtstreekse toegang tot linkgegevens rond DNA-profielen en vingerafdrukken van de verdragsluitende partijen zodat deze kunnen worden vergeleken met DNA-profielen of vingerafdrukken die in eigen land beschikbaar zijn. Artikel 3 van het PCSC-verdrag bepaalt dat de geautomatiseerde bevraging uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van het voorkomen en onderzoeken van ernstige strafbare feiten wanneer specifieke omstandigheden aanleiding geven om na te gaan of de betrokkene(n) strafbare feiten zal/zullen plegen of heeft/hebben gepleegd. In het PCSC-verdrag wordt onder "ernstige strafbare feiten" gedragingen verstaan die strafbaar zijn gesteld met vrijheidsbeneming van meer dan één jaar of met een zwaardere straf. Als uit een vergelijking blijkt dat de gegevens overeenkomen kunnen de bijbehorende persoonsgegevens worden verstrekt op basis van een rechtshulpverzoek. Voorts voorziet het verdrag in de mogelijkheid tot spontane verstrekking van bepaalde persoonsgegevens ter voorkoming van ernstige strafbare en terroristische feiten.

Samenvatting en advies

Het voorgelegde conceptwetsvoorstel en de conceptbesluiten geven het CBP aanleiding tot de navolgende in de bijlage opgenomen adviezen.

DATUM 23 maart 2012
ONS KENMERK z2011-00885

Bezwaren heeft het CBP onder meer bij de invulling van de criteria voor de geautomatiseerde bevraging, zoals de invulling van het begrip "ernstige strafbare feiten" en de "specifieke omstandigheden" die een voorwaarde vormen voor de geautomatiseerde bevraging. Andere opmerkingen hebben betrekking op de soorten van gegevens, de doorverstrekking en de beveiliging van gegevens. Tevens is het vereiste van een rechtshulpverzoek een aandachtspunt, evenals de rechten van de betrokkene, het uitoefenen daarvan en het toezicht daarop.

Voor een overzicht van de adviezen verwijs ik naar de bijlage bij deze brief.

Het CBP adviseert u niet tot indiening van het wetsvoorstel over te gaan dan nadat met zijn advisering rekening is gehouden.

Hoogachtend,
Het College bescherming persoonsgegevens,
Voor het College,

mr. W.B.M. Tomesen
Lid van het College

Bijlage bij de brief van het College bescherming persoonsgegevens (CBP) inzake het advies van het CBP over het conceptwetsvoorstel ter goedkeuring van het PCSC-verdrag, alsmede het ontwerpbesluit tot aanpassing van het Besluit politiegegevens en het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken.

- *Inleiding*

Het *Preventing and Combating of Serious Crime*(PCSC)-verdrag is de op 19 november 2010 ondertekende overeenkomst tussen de regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de regering van de Verenigde Staten van Amerika (VS) inzake de verbetering van de samenwerking bij het voorkomen en bestrijden van ernstige criminaliteit (Trb. 2010, 231). Het PCSC-verdrag houdt verband met het Visa Waiver Program van de Amerikaanse regering in die zin dat dit verdrag een door de VS gestelde voorwaarde is voor de vrijstelling van de visumplicht voor Nederlandse burgers voor toegang tot de VS.

In de memorie van toelichting bij het PCSC-verdrag wordt opgemerkt dat het PCSC-verdrag is afgeleid van het Verdrag van Prüm inzake de intensivering van de grensoverschrijdende samenwerking, in het bijzonder ter bestrijding van het terrorisme, de grensoverschrijdende criminaliteit en de illegale immigratie, dat bij besluit van de Europese Raad van 23 juni 2008 (Raadsbesluit 2008/615/JBZ) onderdeel is geworden van het EU-acquis. Het Verdrag van Prüm bevat voor dit doel een specifieke regeling voor rechtstreekse geautomatiseerde verstrekking van dactyloscopische gegevens en DNA-profielen tussen landen binnen de Europese unie.

Soortgelijke overeenkomsten als het PCSC-verdrag zijn inmiddels ook tussen andere landen van de Europese Unie en de VS afgesloten. Tegelijkertijd worden door de Europese Commissie onderhandelingen met de VS gevoerd om te komen tot een eenduidige set van gegevensbeschermingsstandaarden die van toepassing zijn op de trans-Atlantische overdracht van persoonsgegevens ten behoeve van de rechtshandhaving.

- *Inhoud verdrag*

Het PCSC-verdrag strekt tot de verbetering van de samenwerking tussen Nederland en de VS bij het voorkomen en bestrijden van ernstige criminaliteit en terroristische strafbare feiten en heeft tot doel het bevorderen van de wederzijdse uitwisseling van dactyloscopische gegevens en gegevens ten aanzien van DNA-profielen ter voorkoming en onderzoek van ernstige criminaliteit en van andere persoonsgegevens ter voorkoming van ernstige en terroristische strafbare feiten.

In het PCSC-verdrag is de rechtstreekse toegang tot de linkgegevens rond DNA-profielen en vingerafdrukken van de verdragsluitende partijen geregeld zodat deze geautomatiseerd met elkaar kunnen worden vergeleken. Linkgegevens betreffen in dit kader een DNA-profiel en het bijbehorende kenmerk of dactyloscopische gegevens en het bijbehorende kenmerk. Deze linkgegevens bevatten geen gegevens op basis waarvan de betrokkene rechtstreeks kan worden geïdentificeerd. De linkgegevens kunnen vanuit nationale contactpunten langs geautomatiseerde

weg worden geraadpleegd. Als uit een vergelijking blijkt dat de DNA- of dactyloscopische gegevens overeenkomen kunnen de bijbehorende persoonsgegevens worden verstrekt op basis van een rechtshulpverzoek.

De geautomatiseerde bevraging van de linkgegevens wordt uitsluitend gebruikt ten behoeve van het voorkomen en onderzoeken van **ernstige strafbare feiten**, wanneer **specifieke omstandigheden aanleiding geven** na te gaan of betrokkene(n) bedoelde strafbare feiten zal plegen of heeft gepleegd. In het verdrag wordt het begrip "ernstige strafbare feiten" gedefinieerd als "gedragingen die strafbaar zijn gesteld met vrijheidsbeneming van meer dan één jaar of met een zwaardere straf". Het verdrag voorziet ook in de mogelijkheid tot spontane verstrekking van bepaalde persoonsgegevens ter voorkoming van ernstige en terroristische strafbare feiten.

De voorgestelde wijzigingen van het Besluit politiegegevens en het besluit DNA-onderzoek in strafzaken
Met het oog op de rechtstreekse geautomatiseerde verstrekking van dactyloscopische gegevens en DNA-profielen aan de VS, wordt zowel in het Besluit politiegegevens als in het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken een onderdeel toegevoegd dat in de mogelijkheid tot deze verstrekkingen voorziet.

- *Juridisch kader*

De Wet politiegegevens (Wpg) en het Besluit politiegegevens (Bpg) zijn van toepassing ten aanzien van de internationale verstrekking van politiegegevens. Artikel 17 Wpg bepaalt dat politiegegevens kunnen worden verstrekt aan autoriteiten in een ander land die zijn belast met de uitvoering van de politietaak, voor zover dit noodzakelijk is voor de goede uitvoering van de politietaak in het Europese deel van Nederland of de politietaak in het desbetreffende land, maar slechts indien bij de ontvangende instantie voldoende waarborgen aanwezig zijn voor een juist gebruik van de verstrekte gegevens en voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In artikel 5:1 Bpg zijn de voorwaarden uitgewerkt waaronder deze gegevens kunnen worden verstrekt en verder worden verwerkt.

De verwerking van persoonsgegevens met betrekking tot DNA-profielen valt onder de toepassing van het Wetboek van Strafvordering en het daarop gebaseerde Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, en tevens onder de bepalingen van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Artikel 76 Wbp bepaalt dat persoonsgegevens slechts naar een land buiten de Europese Unie kunnen worden doorgegeven indien dat land een passend beschermingsniveau waarborgt en geeft aan op welke wijze het passend karakter van het beschermingsniveau wordt beoordeeld. Artikel 77 Wbp geeft voorwaarden waaronder doorgifte van persoonsgegevens naar een derde land dat geen waarborgen biedt voor een passend beschermingsniveau, in afwijking van artikel 76 kan plaatsvinden.

Het Europese juridisch kader wordt gevormd door het EVRM (Europees Verdrag van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden), in het bijzonder artikel 8 EVRM, en daarnaast door Verdrag Nr. 108 van de Raad van Europa (Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, 28 januari 1981) en het aanvullende

Protocol daarop. Aanbeveling Nr. R(87)15 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (Aanbeveling inzake de regeling en het gebruik van persoonsgegevens binnen de politiesector, 17 september 1987) is van toepassing voor de verwerking van politiegegevens en deze regeling is bindend voor de Europese lidstaten.

Het Kaderbesluit 2008/977/JBZ (Kaderbesluit van 27 november 2008 over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken) is in dit verband alleen van toepassing waar het uitwisseling van gegevens met een derde staat betreft wanneer die gegevens van een andere lidstaat afkomstig zijn.

- *De beoordeling*

Het CBP heeft eerder bij brief van 1 april 2009 (z2009-00240) aan de Directie Europese en Internationale Aangelegenheden van het ministerie van Justitie desgevraagd advies en commentaar gegeven op de door de VS aan Nederland voorgelegde conceptovereenkomst PCSC, alvorens daarover onderhandelingen werden aangegaan. Het merendeel van de in die brief verwoorde aanbevelingen zijn thans bij de beoordeling van de ondertekende overeenkomst nog van toepassing. De onderhandelingen met de VS hebben geleid tot de ondertekening van het PCSC-verdrag op 19 november 2010.

Het voorgelegde conceptwetsvoorstel en conceptbesluit geven aanleiding tot de navolgende adviezen. Nadat hieronder eerst algemene opmerkingen zijn gemaakt, hebben de specifieke opmerkingen betrekking op:

1. het begrip "ernstige strafbare feiten" zoals omschreven in het PCSC-verdrag;
2. de voorwaarde van de "specifieke omstandigheden" voor de geautomatiseerde bevraging;
3. de gegevens die op eigen initiatief kunnen worden verstrekt;
4. de doorverstrekking van gegevens;
5. de gegevensvergelijking van DNA-profielen;
6. de rechten van de betrokkene, het uitoefenen daarvan en het toezicht daarop en de aansprakelijkheid;
7. de beveiliging van gegevens;
8. het vereiste rechtshulpverzoek;
9. de begripsomschrijvingen "persoonsgegevens" en "verwerking van persoonsgegevens";
10. het opnemen van het noodzakelijkheidsvereiste;
11. het kenbaarheidsvereiste wanneer DNA-uitwisseling van start zal gaan;
12. een aanvulling in de memorie van toelichting bij artikel 8 van het PCSC-verdrag;
13. een aanvulling in de nota van toelichting bij de aanpassing van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken.

Algemene opmerkingen

A. *In het kader van de nationale wetgeving*

Overeenkomstig artikel 17 Wpg kunnen politiegegevens worden verstrekt aan autoriteiten in een ander land die zijn belast met de uitvoering van de politietaken, voor zover dit noodzakelijk is voor

de goede uitvoering van de politietaak in het Europese deel van Nederland of de politietaak in het desbetreffende land, maar slechts indien bij de ontvangende instantie voldoende waarborgen aanwezig zijn voor een juist gebruik van de verstrekte gegevens en voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

De Wbp kent een soortgelijke bepaling ten aanzien van de doorgifte van persoonsgegevens aan een land buiten de Europese Unie. Artikel 76 Wbp bepaalt dat persoonsgegevens slechts kunnen worden doorgegeven indien dat land een passend beschermingsniveau waarborgt. De Europese Commissie heeft (nog) geen algemeen besluit genomen dat de VS over een passend beschermingsniveau beschikt. Op grond van artikel 77 Wbp is doorgifte van persoonsgegevens naar een derde land dat geen waarborgen biedt voor een passend beschermingsniveau toegelaten indien (eerste lid onder d.) de doorgifte noodzakelijk is vanwege een zwaarwegend algemeen belang. Het doel van het verdrag, te weten de samenwerking tussen de VS en Nederland bij het voorkomen en bestrijden van ernstige criminaliteit en terroristische strafbare feiten zou aangemerkt kunnen worden als een zwaarwegend algemeen belang. Als dit zo is kan de doorgifte aan de VS plaatsvinden mits uiteraard ook overigens is voldaan alle criteria die reeds voor het verkeer binnen de EU gelden (II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 194).

B. In het kader van de internationale wetgeving

Het PCSC-verdrag bevat bepalingen die een vergaande inbreuk inhouden op de persoonlijke levenssfeer in de vorm van de online verstrekking van persoonsgegevens aan de VS. Er is voorzien in rechtstreekse toegang tot en vergelijking van de nationale databanken met vingerafdruk- en DNA-gegevens over en weer. Wanneer sprake is van een match in de systemen kunnen de bijbehorende persoonsgegevens worden opgevraagd door middel van een rechtshulpverzoek, waarmee voorzien is in een toetsing van alle noodzakelijke elementen voordat de nadere persoonsgegevens worden verstrekt.

Ten aanzien van de online toegang tot de Nederlandse databases vereist artikel 5.4 van de Aanbeveling R(87)15 dat online doorgifte van persoonsgegevens aan een derde land zonder adequaat beschermingsniveau alleen toelaatbaar is wanneer is voorzien in voldoende waarborgen. Die waarborgen hebben betrekking op tal van essentiële gegevensbeschermingsvoorschriften zoals doelbinding, gegevensbeveiliging, rechten van de betrokkene, onafhankelijk toezicht en effectieve rechtsbescherming. Het voldoen aan die onderscheiden waarborgen vormt aldus een voorwaarde voor het online kunnen verstrekken van persoonsgegevens aan een derde land zonder passend beschermingsniveau.

Artikel 8 EVRM beschermt het recht op de persoonlijke levenssfeer. Inbreuken op dat recht zijn slechts geoorloofd voor zover dit bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Vooropgesteld dient te worden dat in de toelichting op het verdrag niet is aangetoond dat de daarin voorziene inbreuken op de persoonlijke levenssfeer noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Dit zou in de toelichting op het verdrag moeten worden onderbouwd. Inbreuken dienen tevens proportioneel te zijn in relatie tot het doel dat ermee gediend wordt. Wanneer als uitgangspunt wordt genomen het voorkomen en bestrijden van ernstige en terroristische strafbare feiten, lijkt daarbij niet te passen een uitbreiding van de reikwijdte van het begrip "ernstige strafbare feiten" tot die van een betrekkelijk geringe ernst immers reeds beginnend met een vrijheidsbeneming van meer dan één jaar, zoals hieronder in de bespreking nader is omschreven.

Blijkens de toelichting op het wetsvoorstel voorziet dit verdrag in een intensivering van de al bestaande samenwerking van Nederland met de VS bij de bestrijding van criminaliteit op basis van het Wederzijds rechtshulpverdrag in strafzaken tussen Nederland en de VS. Afgeleid van het in Europees verband geldende Verdrag van Prüm is middels het PCSC-Verdrag vorm gegeven aan de wens van de VS ten aanzien van aanvullende instrumenten ter uitwisseling van gegevens met betrekking tot veiligheid en rechtshandhaving. Het PCSC-verdrag is alleen van toepassing op het Europese deel van Nederland.

De VS heeft een soortgelijke regeling aan alle lidstaten van de EU ter tekening voorgelegd en de ondertekening daarvan mede verplicht gesteld voor deelname aan het zogeheten Visa Waiver System van de VS. Deelname aan dit systeem leidt tot vrijstelling van de visumplicht voor ingezetenen. Hiermee zijn aldus grote economische belangen voor de burgers van de betreffende landen gemoeid en uitsluiting van deelname hieraan zou tot aanzienlijke schade en kosten voor burgers en bedrijven leiden. Het Verdrag van Prüm is onderdeel van het EU-acquis en daarmee van een systeem van rechtswaarborgen voor de lidstaten, terwijl in de relatie van de individuele lidstaten met de VS een voorziening voor overeenkomstige waarborgen ontbreekt.

Ook is er uitzicht op het EU General Data Protection Agreement for the Police and Criminal Justice Cooperation. Dit betreft een verdrag tussen de EU en de VS over privacy en gegevensbescherming. Hierover wordt in de memorie van toelichting bij het PCSC-verdrag onder punt 2.6 vermeld dat het "in de lijn der verwachting ligt" dat de daar te bereiken set eenduidige gegevensbeschermingsstandaarden ook van invloed zal zijn op bilaterale overeenkomsten, waaronder het PCSC-verdrag. Hieruit volgt dat de totstandkoming van een algemene dataprotectieverdrag met de VS in dat geval van invloed kan zijn op de afspraken die in het PCSC-verdrag zijn gemaakt met de VS.

Specifieke opmerkingen

1) ten aanzien van de "ernstige strafbare feiten"

Het PCSC-verdrag heeft blijkens zijn titel betrekking op het voorkomen en bestrijden van ernstige criminaliteit. Hieronder wordt begrepen "ernstige en terroristische strafbare feiten". Het begrip "ernstige strafbare feiten" is in het verdrag gedefinieerd als "gedragingen die strafbaar zijn gesteld met vrijheidsbeneming van meer dan één jaar of een zwaardere straf". Deze definitie wijkt in aanzienlijke mate af van hetgeen op grond van de Nederlandse wettelijke systematiek wordt

aangemerkt als een ernstig strafbaar feit, te weten een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten overeenkomstig artikel 67 Wetboek van Strafvordering. Tevens kan aansluiting worden gezocht bij het in Europees verband geldende criterium voor ernstige strafbare feiten zoals omschreven in Kaderbesluit 2002/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten.

In het PCSC-verdrag is geregeld dat de geautomatiseerde bevraging uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van het voorkomen en onderzoeken van ernstige strafbare feiten, wanneer specifieke omstandigheden aanleiding geven na te gaan of betrokkene(n) bedoelde strafbare feiten zal plegen of heeft gepleegd. Tevens is in artikel 11, eerste lid onder c van het verdrag geregeld dat bepaalde persoonsgegevens ook spontaan verstrekt kunnen worden indien specifieke omstandigheden reden geven tot het vermoeden dat betrokkenen een ernstig strafbaar feit zal/zullen plegen of heeft/hebben gepleegd. In de begripsomschrijving van artikel 1 van het verdrag worden ernstige strafbare feiten omschreven als gedragingen die strafbaar zijn gesteld met vrijheidsbeneming van meer dan één jaar of een zwaardere straf.

Het begrip ernstig strafbaar feit wordt in de Nederlandse wetgeving niet als zodanig gebruikt. In de systematiek van het Wetboek van Strafvordering (Sv) is een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is (artikel 67, eerste lid, Sv) te beschouwen als een ernstig strafbaar feit. (*Eerste Kamer 2008–2009, 31 436, E 6*). Het definiëren van het begrip 'ernstige strafbare feiten' als 'gedragingen die strafbaar zijn gesteld met vrijheidsbeneming van meer dan één jaar of een zwaardere straf' zou tot gevolg hebben dat de VS op grond van het verdrag veel meer gegevens zou kunnen vergelijken met de gegevens die in Nederland zijn verzameld zijn dan op grond van dit begrip mag worden verondersteld.

Uit de toelichting bij het PCSC-verdrag blijkt dat in het belang van de VS gekozen is voor deze drempel van één jaar. Bovendien zouden met deze drempel delicten onder de reikwijdte van het PCSC-verdrag gebracht worden ten aanzien waarvan het van belang kan zijn om gegevens uit te wisselen. Dit betreft delicten als omkoping van ambtenaren of identiteitsdiefstal. Hoewel de toelichting betoogt dat deze lage drempel in verband met de wensen van de VS onontkoombaar is, kan gewezen worden op de thans in de ontwerpovereenkomst tussen de VS en de EU van 23 november 2011 inzake het gebruik en de doorgifte van PNR-gegevens (COM(2011) 807def) opgenomen omschrijving van misdrijven waarop de overeenkomst betrekking heeft. Die betreft naast terroristische misdrijven of aanverwante criminaliteit, in artikel 4, eerste lid onder b, "andere misdrijven waarop een gevangenisstraf van drie jaar of meer is gesteld en die een grensoverschrijdend karakter hebben". Niet valt in te zien waarom in het PCSC-verdrag voor een afwijkende omschrijving en een veel lagere drempel is gekozen.

In het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedure van overlevering tussen de lidstaten (2002/584/JBZ) wordt in artikel 2, tweede lid, omschreven voor welke (categorieën) misdrijven overlevering op grond van een Europees Aanhoudingsbevel mogelijk is. Het betreft daar een opsomming van ernstige strafbare feiten, voor zover daarop een vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel met een

maximum van tenminste drie jaar is gesteld. De eerder genoemde delicten als omkoping van ambtenaren of identiteitsdiefstal vallen onder deze opsomming. In Europees verband wordt voor de definiëring van ernstige strafbare feiten vaker aansluiting gezocht bij de omschrijving overeenkomstig dit Kaderbesluit, zoals ten aanzien van de bevoegdheid van Europol. Voor zover niet alsnog in het Verdrag de definitie voor "ernstige strafbare feiten" zal worden aangepast aan de omschrijving die overeenkomt met die naar Nederlands recht, is het CBP van oordeel dat daarbij in elk geval aansluiting dient te worden gezocht bij de in Kaderbesluit 2002/584/JBZ vastgelegde omschrijving.

Het CBP adviseert om de definitie van het begrip "ernstige strafbare feiten" te beperken tot misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, zoals bedoeld in artikel 67 Wetboek van Strafvordering, dan wel tot de misdrijven zoals bedoeld in artikel 2, tweede lid, van Kaderbesluit 2002/584/JBZ inzake het Europees Aanhoudingsbevel.

2) ten aanzien van de "specifieke omstandigheden"

Het CBP merkt op dat artikel 3 van het PCSC-verdrag de voorwaarde stelt dat een geautomatiseerde bevraging alleen is toegestaan indien specifieke omstandigheden hiertoe aanleiding geven. Wanneer sprake is van specifieke omstandigheden wordt niet nader ingevuld in de memorie van toelichting.

Uit artikel 1, vijfde lid, en artikel 3 van het verdrag volgt dat de geautomatiseerde bevraging uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van het voorkomen en onderzoeken van ernstige strafbare feiten, wanneer specifieke omstandigheden aanleiding geven om na te gaan of betrokkene(n) strafbare feiten zal/zullen plegen of heeft/hebben gepleegd, die strafbaar zijn gesteld met een gevangenisstraf van meer dan één jaar of met een zwaardere straf.

Het CBP begrijpt dit artikel als dat er aan twee voorwaarden moet zijn voldaan voor de geautomatiseerde bevraging. Ten eerste aan het criterium van ernstig strafbaar feit en aanvullend aan de voorwaarde dat er sprake dient te zijn van specifieke omstandigheden die aanleiding geven om na te gaan of betrokkene(n) strafbare feiten zal/zullen plegen of heeft/hebben gepleegd. De toelichting op artikel 3 van het verdrag vermeldt dat dit betekent dat de geautomatiseerde bevraging alleen kan worden gebruikt in geval van aanwijzingen van betrokkenheid bij strafbare feiten van een bepaalde ernst. De specifieke omstandigheden worden niet verder toegelicht.

Het CBP adviseert om in de memorie van toelichting de "specifieke omstandigheden" die de voorwaarde vormen voor de geautomatiseerde bevraging nader te omschrijven.

3) ten aanzien van de gegevens die op eigen initiatief kunnen worden verstrekt

Het CBP merkt op dat op grond van het PCSC-verdrag een groot aantal gegevens op eigen initiatief verstrekt kunnen worden. De noodzaak hiertoe blijkt niet uit de memorie van toelichting.

Artikel 11, tweede lid van het PCSC-verdrag regelt dat ter voorkoming van ernstige en terroristische strafbare feiten door partijen ook op eigen initiatief bepaalde gegevens mogen worden verstrekt. Naast gegevens als namen, voornamen, geboortedatum en geboorteplaats, mogen ook eerdere namen, overige namen, aliasen, geslacht, huidige nationaliteit en eerdere nationaliteit, paspoortnummer, nummers van andere identiteitsbewijzen en dactyloscopische gegevens op eigen initiatief worden verstrekt. De noodzaak om al deze gegevens op eigen initiatief te kunnen verstrekken wordt niet nader toegelicht.

Overigens mogen op grond van artikel 11 van het Verdrag van Prüm ook een aantal (soorten van) gegevens op eigen initiatief worden verstrekt. Waarbij op te merken valt dat deze verstrekking dan wel plaatsvindt binnen Europa en het daar bijbehorende beschermingsniveau, terwijl op grond van het PCSC-verdrag vergelijkenderwijs veel meer gegevens op eigen initiatief verstrekt mogen worden aan de VS waar niet een met Europa vergelijkbaar beschermingsniveau is gegarandeerd.

Het CBP adviseert om de noodzaak van de verstrekking “op eigen initiatief” van de in het verdrag opgesomde soorten gegevens aan te geven en per soort de noodzaak daarvoor toe te lichten in de memorie van toelichting.

4) ten aanzien van de doorverstrekking

Het CBP merkt op dat de passende waarborgen voor de verdere overdracht van persoonsgegevens niet zijn gespecificeerd en toegelicht.

Artikel 13, tweede lid van het PCSC-verdrag bepaalt dat de verdere overdracht van persoonsgegevens aan een derde Staat, internationaal orgaan of particulier entiteit is onderworpen aan passende waarborgen en aan toestemming van de partij die de gegevens heeft verstrekt. De benodigde passende waarborgen zijn echter niet verder uitgewerkt in het verdrag, noch nader toegelicht in de memorie van toelichting.

De verstrekking van gegevens op basis van dit verdrag mag uitsluitend plaatsvinden met het oog op de voorkoming, bestrijding en onderzoek van ernstige criminaliteit en terroristische strafbare feiten. De verdere verwerking van die gegevens ten behoeve van een strafzaak moet worden uitgevoerd in overeenstemming met de bepalingen van het Wederzijds Rechtshulpverdrag tussen Nederland en de VS. Deze doelbinding is vastgelegd in artikel 13, eerste lid van het verdrag. Een eventuele verdere overdracht van die gegevens aan derden is allereerst onderhevig aan de toestemming van de verstrekkeende partij. Daarbij zijn passende waarborgen noodzakelijk die voldoende tegemoetkomen aan de risico's die zijn verbonden aan verstrekking aan derden. In het bijzonder in geval van verstrekking aan derde Staten en aan een particuliere entiteit dient daarbij de uiterste behoedzaamheid te worden betracht.

Het CBP adviseert de “passende waarborgen” waaraan de verdere overdracht van persoonsgegevens aan een derde Staat, internationaal orgaan of particulier entiteit is

onderworpen nader te specificeren en bij voorkeur in een beide partijen bindende vorm vast te leggen, en voorts nader toe te lichten in de memorie van toelichting.

5) ten aanzien van de gegevensvergelijking van DNA-profielen

Het CBP merkt op dat artikel 7 van het PCSC-verdrag bepaalt dat de technische en procedurele details ten behoeve van bevestigingen met betrekking tot dactyloscopische gegevens in één of meer uitvoeringsafspraken of -regelingen zullen worden uitgewerkt. Dit moet nog gebeuren. Uit de toelichting bij artikel 7 blijkt wel dat dat naar het model van het Verdrag van Prüm zal zijn. Artikel 10 van het PCSC-verdrag kondigt met betrekking tot DNA-gegevens eveneens een uitwerking aan van de technische en procedurele details (waaraan dienen, kort gezegd, DNA-profielen te voldoen om over en weer onderwerp van geautomatiseerde vergelijking te kunnen zijn) in één of meer uitvoeringsafspraken of -regelingen, doch hier worden niet reeds "Prüm-conforme" afspraken in het vooruitzicht gesteld. Het doel van de regeling met betrekking tot vooruitwisseling in aanmerking komende DNA-profielen onder Prüm is om een zinvolle vergelijking te bevorderen en de kans op "vals-positieve" matches, ten gevolge waarvan ten onrechte een persoon een mogelijke verdachte wordt, te minimaliseren.

Het CBP adviseert om ten behoeve van de technische en procedurele details die van toepassing zijn bij de vergelijking van DNA-profielen aan te sluiten bij de regels die daarvoor gelden conform het Verdrag van Prüm.

6) ten aanzien van de rechten van de betrokkene, de rechtsbescherming, het toezicht op de gegevensverwerking en de aansprakelijkheid

Het CBP merkt op dat het PCSC-verdrag niet of in onvoldoende mate voorziet in de essentiële waarborgen ten aanzien van de uitoefening van de rechten van de betrokkene, de rechtsbescherming, het onafhankelijk toezicht op de gegevensbescherming en een voorziening ten aanzien van aansprakelijkheid en schadevergoeding.

Waar - zoals in dit geval - sprake is van toegang tot en doorgifte van gevoelige persoonsgegevens aan een derde land dat geen passend beschermingsniveau waarborgt, dan wel waar onvoldoende waarborgen aanwezig zijn voor een juist gebruik van de verstrekte gegevens en voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, dienen essentiële waarborgen voor de gegevensbescherming in het verdrag te zijn neergelegd. Dit volgt uit de eisen van de Wpg en Wbp, zoals reeds is toegelicht op pagina 6 onder A. Ook volgt uit artikel 5.4 van Aanbeveling R(87)15 dat online doorgifte van persoonsgegevens aan een derde land zonder adequaat beschermingsniveau alleen toelaatbaar is wanneer is voorzien in voldoende waarborgen.

Een regeling voor een effectief recht op kennisneming, verbetering en verwijdering van gegevens en de toegang tot effectieve rechtsbescherming in de VS voor wat betreft de verwerkingen die aldaar plaatsvinden is onontbeerlijk. Er is thans geen voorziening voor Nederlandse burgers, die niet in de VS wonen om een geschil ten aanzien van de gegevensverwerking in de VS aan een rechter in de VS voor te leggen. Tenslotte voorziet de Amerikaanse privacywetgeving ook niet in de uitoefening van onafhankelijk toezicht. Tevens is een voorziening voor aansprakelijkheid van

een verdragspartij in geval van inbreuk op de verdragsbepalingen voor zover daarvan schade voor een betrokkene het gevolg is en de mogelijkheid daartoe een schadevergoeding vast te stellen, wenselijk te achten.

De toelichting op het verdrag vermeldt dat een Nederlandse burger op basis van de Amerikaanse wetgeving beperkte mogelijkheden heeft om van de bevoegde Amerikaanse autoriteiten informatie te verkrijgen over de gegevensbestanden die op hem betrekking hebben, omdat de "Privacy Act" niet van toepassing is op niet-ingezetenen en de Freedom of Information Act (FOIA) uitgebreide uitzonderingen kent in verband met opsporing en vervolging van strafbare feiten. Betoogd wordt dat dit echter op basis van de Nederlandse regelgeving kan worden ondervangen. Hiermee wordt gedoeld op de mogelijkheid dat Nederlandse burgers in Nederland bij het KLPD dan wel het NFI kennisgeving of correctie van gegevens verzoeken die op grond van het verdrag aan de VS zijn verstrekt en dat vervolgens, indien dit verzoek heeft geleid tot correctie of verwijdering van gegevens, de Nederlandse autoriteiten aan de Amerikaanse autoriteiten zullen verzoeken de gegevens overeenkomstig aan te passen, waartoe zij op grond van artikel 14 van het verdrag verplicht zijn.

De hier gekozen constructie betekent dat het verdrag hiermee alleen een *indirect* recht op toegang en verbetering van gegevens biedt, namelijk via de autoriteiten van de lidstaten, die een eigen afweging maken omtrent opportuniteit van de eventueel gevraagde actie. Het is onvoldoende dat alleen in Nederland deze rechten kunnen worden ingeroepen en eventuele wijzigingen in de gegevens in Nederland moeten worden opgevolgd/ aangepast door de VS zonder dat aldaar de betreffende rechten geldend kunnen worden gemaakt. Dit is in strijd met het Nederlandse recht dat een directe toegang tot de eigen persoonsgegevens voorschrijft. Het is eveneens in strijd met de voorschriften van Aanbeveling R(87)15, waar in artikel 6.2 t/m 6.6 de rechten van de data subjecten zijn beschreven. In geval van bijvoorbeeld geweigerde toegang tot gegevens moet de betrokkene toegang hebben tot een beroep bij een toezichthoudende autoriteit of een ander onafhankelijk orgaan, dat zich ervan zal vergewissen dat de weigering gegrond/rechtmatig is.

De toelichting bij het verdrag vermeldt dat de uitoefening van de rechten van betrokkenen de mogelijke gang naar de rechter door de betrokkene is. Op pagina 7 van de toelichting wordt daartoe vermeld dat "Een Nederlandse burger die niet in de VS woont, (...) terecht kan bij de rechtbank in het district Columbia." Hiervan blijkt echter niet uit de tekst van het verdrag, ook niet uit artikel 17 waarnaar wordt verwezen. Hier is verheldering van verdrag en de toelichting daarop gewenst.

Waar de bepalingen van het verdrag en de toelichting daarop impliceren dat geen verdergaande voorzieningen mogelijk zijn die meer tegemoetkomen aan de Nederlandse eisen van gegevensbescherming in dit verband, merkt het CBP op dat in de hiervoor vermelde ontwerpovereenkomst tussen de VS en de EU inzake PNR-gegevens (COM (2011) 807def) een aantal bepalingen is opgenomen dat aan deze punten wel tegemoet komt. Het betreft dan de voorschriften die betrekking hebben op de rechten tot kennisneming, correctie, verwijdering en blokkering van gegevens en het aanwenden van rechtsmiddelen tegen hierop betrekking

hebbende beslissingen, op de uitoefening van onafhankelijk toezicht op de naleving van de vastgestelde waarborgen voor de gegevensbescherming en de mogelijkheden voor verhaal bij verwerking van persoonsgegevens die niet in overeenstemming is met de overeenkomst.

Het CBP adviseert in het verdrag bepalingen vast te leggen die ertoe leiden dat betrokkenen ook rechtstreeks in de VS hun rechten kunnen uitoefenen en daarbij rechtsbescherming kunnen inroepen en tevens wordt voorzien in zowel toezicht op de uitvoering van het verdrag door een voldoende onafhankelijke toezichthouder als in een regeling ten aanzien van aansprakelijkheid en schadevergoeding in geval van inbreuken die tot schade leiden.

7) ten aanzien van de beveiliging van gegevens

Het CBP merkt op dat een met het Europese ESTA-netwerk kwalitatief vergelijkbare verbinding niet alleen in de rede moet liggen, maar een vereiste dient te zijn om de gegevensbeveiliging te kunnen waarborgen.

Zowel artikel 4, derde lid Wpg als artikel 13 Wbp vereisen passende technische en organisatorische maatregelen om persoonsgegevens te beveiligen tegen verlies of tegen enige vorm van onrechtmatige verwerking. Deze maatregelen moeten een passend beschermingsniveau garanderen gelet op de risico's die de verwerking en de aard van te beschermen gegevens met zich meebrengen.

De beveiliging van de communicatielijn tussen Nederland en de VS moet voldoende zijn en passende waarborgen bieden. Bij het Raadsbesluit Prüm zijn gedetailleerde regels opgenomen over het gebruik van een gemeenschappelijk communicatienetwerk (ESTA). De toelichting bij het PCSC-verdrag vermeldt in dit verband dat het in de rede ligt dat de regels die gelden in het kader van het Verdrag van Prüm voor het gebruik van een gemeenschappelijk communicatienetwerk ook zullen worden toegepast voor de gegevensuitwisseling met de VS. Deze overweging biedt geen garantie dat de uiteindelijk te realiseren communicatielijn zal voldoen aan de daaraan te stellen eisen van gegevensbeveiliging. Het is dan ook noodzakelijk dat de hiertoe te realiseren verbinding tenminste hetzelfde niveau van beveiliging biedt als het ESTA in Europees verband.

Het CBP adviseert om voor de uitwisseling van de gegevens op grond van het verdrag een met het Europese ESTA-netwerk gelijkwaardige verbinding te vereisen.

8) ten aanzien van het vereiste rechtshulpverzoek

Het CBP is verheugd dat in de trans-Atlantische gegevensuitwisseling het vereiste van een rechtshulpverzoek ten behoeve van de verkrijging van nadere gegevens in geval van een hit is opgenomen.

Ook in Europees verband wordt in dit kader in het Besluit 2008/615/JBZ van de Raad inzake het Verdrag van Prüm bij overweging 17 en 18 het volgende vermeldt: "aangezien bij online toegang de lidstaat die het dossier beheert geen voorafgaande controle kan uitvoeren, moet er een systeem worden opgezet dat ervoor zorgt dat er achteraf controle plaatsvindt. Het hit no hit systeem biedt

een systeem voor de vergelijking van anonieme profielen, waarbij aanvullende persoonsgegevens pas na een hit worden uitgewisseld en het nationale recht, met inbegrip van de rechtshulpvoorschriften, bepalend is voor de verstrekking en ontvangst van die gegevens. Deze opzet waarborgt een adequaat systeem van gegevensbeveiliging”.

In dit kader merkt het CBP op dat de minister op 13 augustus 2010 in antwoord op Kamervragen heeft aangegeven dat de VS hebben gevraagd op dezelfde manier te worden behandeld als de EU-lidstaten als het vereiste van een rechtshulpverzoek tussen de lidstaten onderling zou worden losgelaten. Dit betekent dat een dergelijk vereiste dan ook niet meer van toepassing is voor de verstrekking van de persoonsgegevens aan de Verenigde Staten. Voor het gebruik van de verkregen persoonsgegevens als bewijs in een strafzaak in de Verenigde Staten blijft dan echter wel een rechtshulpverzoek aan Nederland vereist (TK 2009-2010, 32 123 VI, nr. 124, blz. 2).

Het CBP constateert dat deze wens om in de toekomst een verzoek tot rechtshulp voor het opvragen van nadere gegevens te laten vervallen niet blijkt uit de memorie van toelichting. Daarbij onderstreept het CBP dat de VS niet een met Europa vergelijkbaar beschermingsniveau heeft, waardoor een gelijke behandeling met Europese landen dan ook niet in de rede zou moeten liggen. Met het oog op de waarborgen van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is het laten vervallen van het vereiste van een rechtshulpverzoek voor de VS bij het opvragen van nader gegevens niet wenselijk. Hierdoor zou immers de toets wegvallen dat per afzonderlijk geval, overeenkomstig het Nederlands recht wordt beoordeeld of tot verstrekking van nadere gegevens kan worden overgegaan.

Het CBP adviseert te waarborgen dat ook in de toekomst het vereiste van een rechtshulpverzoek voor de verstrekking van nadere persoonsgegevens aan de VS gehandhaafd blijft.

9) ten aanzien van de begripsomschrijvingen persoonsgegevens en verwerking van persoonsgegevens

Het CBP merkt op dat de begripsomschrijving voor “persoonsgegevens” en “verwerking van persoonsgegevens” afwijkt van de omschrijvingen hiervan in de Wbp en de Wpg.

In het verdrag onder artikel 1 f is tussen haakjes toegevoegd “ de betrokkene”. Betrokkene is echter een apart begrip waaronder wordt verstaan degene op wie een persoonsgegeven betrekking heeft. Ook de begripsomschrijving van “verwerking van persoonsgegevens” zoals gehanteerd in het Verdrag is niet in overeenstemming met Richtlijn 95/46/EG, noch met de Wbp en de Wpg. Het CBP acht dit onwenselijk uit het oogpunt van rechtseenheid.

Het CBP adviseert de begripsomschrijvingen van “persoonsgegevens” en “verwerking van persoonsgegevens” in het Verdrag aan te passen en daarvoor aan te sluiten bij de begripsomschrijving zoals neergelegd in de Wbp en de Wpg.

10) ten aanzien van noodzakelijkheid voor de uitwisseling van gegevens

Het CBP merkt op dat artikel 12, tweede lid van het verdrag blijkens de toelichting op pagina 17 van de memorie van toelichting ziet op de "noodzakelijkheid en proportionaliteit".

In afwijking van hetgeen in het dataproctierecht gebruikelijk is wordt het vereiste van noodzakelijkheid voor de verwerking van persoonsgegevens op grond van het PCSC-verdrag in dit artikel echter niet als zodanig gesteld.

Het CBP adviseert om te bewerkstelligen dat het noodzakelijkheidsvereiste wordt toegevoegd aan artikel 12, tweede lid van het PCSC-verdrag.

11) ten aanzien van het kenbaarheidsvereiste wanneer DNA-uitwisseling van start zal gaan.

Het CBP merkt op dat uit de memorie van toelichting blijkt dat de VS voorlopig nog niet over de technische infrastructuur beschikken om DNA-informatie op grond van het PCSC-verdrag te kunnen uitwisselen ("op korte termijn zal er geen sprake zijn van rechtstreekse toegang"). Het CBP acht het op grond van de kenbaarheid wenselijk dat nader wordt gespecificeerd wanneer naar verwachting de DNA-uitwisseling wél van start zal gaan, zodat zowel de Nederlandse burger als de toezichthouder zich hier op kunnen voorbereiden.

Het CBP adviseert om te specificeren wanneer naar verwachting de DNA-uitwisseling met de VS van start zal gaan.

12) ten aanzien van de toelichting bij artikel 8 van het PCSC-verdrag

Het CBP merkt op dat de opsomming in de memorie van toelichting van de DNA-profielen die bevestigd kunnen worden een niet ingevulde bullet bevat.

In de memorie van toelichting bij artikel 8 zijn bij de opsomming van de DNA-profielen waarvoor de geautomatiseerde bevestiging kan plaatsvinden vijf bullets geplaatst, waarvan er een niet is ingevuld. In het huidige artikel 14, vierde lid onder b, c, d, en e van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken zijn alle categorieën DNA-gegevens van de DNA-databank in strafzaken genoemd. Bij de voorgestelde aanpassing van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken zijn de vier bullets correct ingevuld.

Het CBP adviseert om in de memorie van toelichting bij artikel 8 van het verdrag de opsomming van de DNA-profielen die geautomatiseerd bevestigd kunnen worden in overeenstemming te brengen met de opsomming van de profielen zoals genoemd in het huidige artikel 14, vierde lid onder b, c, d, en e van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken.

13) ten aanzien van de aanpassing van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken

Het CBP merkt met betrekking tot de voorgestelde aanpassing van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken op dat in de nota van toelichting bij de wijziging van het besluit DNA-onderzoek in strafzaken de passage ontbreekt die betrekking heeft op het rechtshulpverzoek dat nodig is voor het opvragen van de bij het profiel behorende persoonsgegevens indien er sprake is van een hit

DATUM 23 maart 2012
ONS KENMERK z2011-00885

met een DNA-profiel. Het CBP verwijst hiervoor naar de (soortgelijke) nota van toelichting van artikel I, onder B bij de wijziging van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken van 1 juli 2010 (Stb. 2010, 268) naar aanleiding van het Verdrag van Prüm.

Het CBP adviseert om in de nota van toelichting bij de wijziging van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken een passage op te nemen betreffende het vereiste van een rechtshulpverzoek voor het opvragen van de bij een DNA-profiel behorende persoonsgegevens.