

Privacyrecht in de kering

De hervorming van het Europese recht persoonsgegevensverwerking: gewogen en te licht bevonden, wissel op de toekomst of dan toch geniaal op korte beentjes....?

Willem Debeuckelaere¹

Toen op 25 januari 2012 het voorstel van commissaris Viviane Reding voor een nieuw Europees privacyrecht bekend werd gemaakt was dat nu niet meteen groot nieuws. Toegegeven, de wereld van de data protection was in de loop van de maand december al danig opgeschroefd door het uitlekken van versie XXX²: het was toen al duidelijk dat het om een zeer ambitieus en grensverleggend voorstel zou gaan maar dat er toch meteen ook tal van problemen zouden opdoemen.

Het voorstel van de Europese Commissie

De keuze van het juridisch instrument, een verordening, meteen direct en zonder tussenkomst van de lidstaten van toepassing, was op zijn minst verrassend. Zeker voor wat buiten de harde kern, de ruggengraat van het Europese privacyrecht valt. Verrassend was ook de macht die de Europese Commissie zichzelf toeschoof. Het is allerm minst evident dat toch nog steeds uitvoerende macht orgaan de mogelijkheid te geven om beslissingen van privacycommissies, die behoren onafhankelijk te beslissen, te overrulen. Belangrijker was nog het feit dat diezelfde commissie instond voor een enorm pakket aan uitvoeringsbesluiten, de zogenaamde gedelegeerde handelingen. Het was meteen duidelijk dat de Europese Commissie hier niet alleen voor een gigantische uitvoeringstaak stond maar eigenlijk ook veelal de precieze contouren van het privacyrecht zou moeten uittekenen. De grootste verrassing evenwel, toch voor zij die een meer communautaire aanpak voorstonden, was evenwel dat er voor het overige zwaar werd ingezet op een nationale aanpak en niet op een gemeenschappelijke, communautaire, politiek werd gerekend. De opvolger van de Working Party (WP) 29, zo genoemd naar het artikel 29 van de Europese privacyrichtlijn, de vergadering van de verzamelde Europese landelijke privacycommissies en de EDPS (de privacycommissie voor de Europese instellingen), kreeg al bij al maar een bijzonder mager aangeklede opvolger. Het "Europees comité voor gegevensbescherming" kreeg eigenlijk geen echte beslissingsmacht. Ze werd integendeel onder de voogdij geplaatst van de Europese Commissie en moest vooral instaan om het zogenaamde coherentiemechanisme op het rechte spoor te zetten van de geoliede samenwerking.

Al die minder fraaie kantjes waren niet meteen duidelijk: de meeste aandacht ging naar de nieuwe elementen: bevoegdheidsregels, het recht op vergetelheid, toerekenbaarheid, genetische gegevens, datalekken en databescherming impact assessment, de afschaffing van de voorafgaande aangifteverplichting, het verbod op voorafgaandelijke vergunningsplicht van gegevens verwerkingen en vooral dan het unieke loket, de one-stop shop, en de afgevaardigde voor gegevensbescherming, de privacy officer. Merkwaardig maar wellicht tekenend is dat een aantal concepten moeilijk vertaalbaar zijn en overigens steevast met de Engelse roepnaam blijvend worden benoemd : privacy by design, privacy by default.

¹ Willem Debeuckelaere is voorzitter van de Belgische Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

² Versie 56 van 29/11/2011 werd na een 'lek' publiek gemaakt door State Watch, een ngo.

Toen dan uiteindelijk het voorstel op 25 januari 2012 publiek werd gemaakt bleken er al wat uitzonderingen bijgekomen te zijn en een aantal forse beschermingsmaatregelen en verplichtingen in hoofde van verwerkers afgezwakt: vooral de kleine en middelgrote bedrijven bleken plots bediend te zijn geworden met heel wat minder zware verplichtingen dan de grotere bedrijven en organisaties.

Maar het document bestond: voorstel voor een verordening van het Europees parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, kortweg: algemene verordening gegevensbescherming³. Al bij al een indrukwekkend werkstuk, 115 bladzijden, 91 artikelen. Het kleinere broertje, de richtlijn politie en justitie verscheen diezelfde dag onder de titel: voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens⁴. Het ganse pakket werd voorgesteld in het document “mededeling van de commissie aan het Europees parlement, de Raad, het Europees economisch en sociaal comité en het comité van de regio’s, privacy waarborgen in het online tijdperk. Een Europese gegevens beschermingskader voor de 21e eeuw”⁵.

De aanloop

Met de regelmaat van de klok werd de herziening van de richtlijn 95|46|EU 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 vrij verkeer van die gegevens aangekondigd. Maar de Commissie, met instemming van het Parlement, oordeelde dat er geen redenen waren om tot herziening over te gaan en dit op grond van het verslag van de Commissie van 15 mei 2003⁶. Dit standpunt werd nog bevestigd door de Commissie op 7 maart 2007⁷. Niet dat het allemaal perfectie troef was. Het was voor iedereen meer dan duidelijk dat in een zich steeds wijzigende wereld ook moderne wetgeving, die in de storm van die veranderingen staat, moest worden aangepast. De vergelijking met andere wetgevingen die vanuit technologische evoluties constant op de proefbank van effectiviteit worden gelegd is snel gemaakt. Denk maar aan de Belgische wet elektronische communicatie die reeds door talloze Europese wetgeving, bijna jaar na jaar nu, moet aangepast worden. De Commissie heeft in haar evaluatierapporten van 2003 en 2007 ook aangegeven dat de oorspronkelijke privacyrichtlijn van 1995 aan herziening toe was. Alleen werd er vanuit gegaan dat het om een selectieve wijzigingsprocedure zou moeten gaan, eerder volgens het model van de elektronische communicatie en via richtlijnen. Deze analyse heeft een aantal spelers, waaronder de Britse Information Commission ICO (de Britse toezichthouder privacy en informatie) niet belet om een groots opgezet onderzoek over het al dan niet hervormen van het privacyrecht, waaronder de richtlijn, door te zetten⁸. De ICO publiceerde een rapport onder de titel “Review of the

³ COM(2012)11.

⁴ COM(2012)10.

⁵ COM(2012)9.

⁶ COM(2003)265.

⁷ COM(2007)87.

⁸ Zie

http://ico.org.uk/about_us/research/~media/documents/library/Data_Protection/Detailed_specialist_guides/REVIEW_OF_EU_DP_DIRECTIVE.ashx

European Data Protection Directive” dat was opgemaakt door RAND⁹, een consultancy firma die zich wel presenteert als een NGO. Er moest maar eens grondig schoonschip gemaakt worden van de richtlijn 95/46/EU. Het rapport werd gepresenteerd op de spring conference, het klassieke congres van de Europese privacycommissies, toen in het Schotse Edinburgh. De toenmalige voorzitter van de WP29, Alex Türck, zag het ganse overnameverhaal met lede ogen aan. Hij waarschuwde ons toen in bijna profetische bewoordingen.

In Brussel achtte de bevoegde commissaris Bernier het toch ook nodig om een groep van wijzen, vier juristen, vrij mandaat te geven om het Europese privacyrecht te fileren. Toen kreeg Türck vrije baan om zijn landgenoot de wacht aan te zeggen. Die had de bal wel voor open doel gelegd door vier anglofiele experts, telkens associés van Amerikaanse law firms, aan te wijzen. Gefundenes fressen voor een Europese counter: de toen alreeds, in 2010, ontslagnemende Commissie hield een tweedaagse conferentie in Brussel om de noodzaak voor een hervorming te ondersteunen. Ondertussen zijn de vier experts afgevoerd en ligt de bal in het kamp van de Commissie. Viviane Reding komt eraan. Ondertussen is er een brede coalitie gevormd rond Peter Hustinx, EDPS voorzitter en Jacob Kohnstamm - opvolger van een (moegestreden ?) A. Türck als voorzitter van de WP 29 - om een spraakmakende hervorming van het privacyrecht door te voeren. Waar dat dan moet naartoe gaan, de opties en nieuwe concepten, wordt in indrukwekkende papers uitgesmeerd. Mij persoonlijk leek het vooral peptalk zonder juridische diepgang, niet gespeend van enige kennis en achtergrond over de werkelijke problemen. Maar het was een “schoon” document met voorwaar niets anders dan behartigenswaardige doelstellingen: rechten van betrokken personen verstevigen, de interne markt verbeteren, regels voor samenwerking politie en justitie herzien, globalisering, verstevigen van het institutionele kader....

Nood aan een hervorming: het zal wel...

En wel om deze drie redenen

Door Lissabon was de vroegere merkwaardige Drievuldigheid van de EU, de drie pijlers, afgeschaft en was er nood aan een nieuw institutioneel kader. Maar er waren twee nog veel meer dwingender redenen om de richtlijn 95/46/EU te herschrijven.

1. Verstevigen van het institutionele kader was nodig

Het Europese privacyrecht was met de aanvang van de 21e eeuw duidelijk aan een grondige facelift toe. Een belangrijke herziening van een aantal begrippen en mechanismen werd onvermijdelijk omdat minstens twee belangrijke evoluties de laatste decennia het informatie- en communicatielandschap grondig hebben veranderd.

De moederkoek van het privacyrecht is nog steeds Conventie 108¹⁰, de overeenkomst die in het kader van de Raad van Europa voor het eerst het privacyrecht een fundamentele tekst heeft gegeven. Belangrijk om weten is dat ook deze tekst onder herziening staat: de technische besprekingen zijn afgerond en thans gaat het om een politieke afronding in het brede spectrum van

⁹ Zie www.rand.org.

¹⁰ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28/01/1981.

de Raad van Europa. Maar ook daarbuiten: Uruguay is reeds toegetreden, Marokko rondt de procedure af, Canada staat in de wachtrij. Maar goed, dit is een ander politiek bedje.

Op grond van Conventie 108 zijn tal van nationale wetgevingen in Europa tot stand gekomen. Even zeer zo voor België die met de wet van 8 december 1992 de privacywetgeving gestalte gaf. Ondertussen waren op het vlak van de Europese Unie discussies lopende over de mogelijkheid, wenselijkheid en noodzaak voor een Europees privacyrecht. Vanuit de drive concurrentievervalsing kreeg privacy een Europese grondslag: men moest er toch voor zorgen dat er geen oneigenlijke ongewenste concurrentie ontstond tussen de verschillende landen alleen al op grond van de verschillende regelgevingen over de verwerking van persoonsgegevens. Het Europese Hof van Justitie heeft er nog problemen mee gehad - enige communautaire bevestigingen zijn nu eenmaal eigen aan het Hof - maar kon er uiteindelijk mee leven en heeft rechtgesproken waardoor privacywetgeving, een fundamenteel mensenrecht, volkomen compatibel bleek te zijn met het Europese primaire en institutionele recht.

2. De wereld van de mainframe die model stond voor Conventie 108 is onderuit gehaald

Reeds op het einde van de jaren '80 is het model van de grote rekencentra, met grote spoelen en bestanden opgeborgen in een koers, alleen toegankelijk voor de ingewijden, totaal voorbijgestoken door een nieuw concept: het netwerk. Maar van de piramide naar het netwerk, dat werd mogelijk gemaakt door de personal computer enerzijds en uiteraard door de interconnectie. En voor we het goed beseften was er zoiets als het wereldwijde web. Merkwaardige communicatiemiddelen, zoals e-mail, bleken plots binnen enkele dagen tot onze normaalste gebruiken te behoren. Plotseling ging er een wereld open via de opkomst van de zoekmachines. Medio 1995, het ogenblik waarop de Europese richtlijn privacybescherming van kracht werd. Toen alreeds technologisch achterhaald? Niet echt. Het is altijd de bedoeling geweest van de regelgeving om zoveel als mogelijk technologisch neutraal te zijn. En dat is in grote mate ook gelukt. De kritiek op de kwaliteit van de wet en regelgeving was veelal ingegeven door onaangepastheid aan nieuwe systemen maar de basisprincipes waren helder, duidelijk en niet mis te verstaan, althans voor wie wilde lezen wat er geschreven stond. Maar goed, het is voor eenieder ook duidelijk dat de wereld van de wolkjes, de Cloud, niet meteen deze is van de mainframes. Het idee van het meesterschap over de data wordt compleet onderuit gehaald. Het is overigens tekenend dat dergelijke technologische evoluties niet meer door klassieke juridische concepten kunnen geregeld worden.

3. Internationale verwerking van persoonsgegevens

Een tweede belangrijke drijfveer om de bestaande wet en regelgeving aan te passen, en zeker om nieuwe instrumenten te ontwikkelen, is het feit dat de verwerking van persoonsgegevens meer en meer geglobaliseerd wordt. Ook dit is een evolutie die zich vooral bij aanvang van de 21e eeuw heeft ingezet, maar thans blijkbaar een evidentie is geworden. Ook hier is het internet de blijvende kracht: daardoor zijn de noodzakelijke communicatiekanalen geopend. De Cloud zal dit uiteindelijk alleen maar versterken, al is het nog niet duidelijk of dit een rekenkundige dan wel een meetkundige reeks zal zijn. Het juridisch instrumentarium dat klassiek vanuit de natiestaat en internationale volkenbondelijke samenwerking wordt aangereikt slaagt er niet meteen in om deze fenomenen daadwerkelijk en effectief op te vangen. En laten we wel wezen. We weten ondertussen dat er heel wat grote spelers op de markt zijn die er alles aan doen om dergelijke samenwerking en concordantie te dwarsbomen. Enkel grote spelers zijn in staat om de nodige financiële en internationale

verbindingen waar te maken en zich voldoende te positioneren. De consument, de burger, staat eigenlijk in de kou. De klassieke juridische middelen die ter beschikking staan zijn dermate log en moeilijk effectief te hanteren waardoor een effectieve rechtsbescherming onmogelijk is. Probeer maar eens een procedure op te starten voor de rechtbank van eerste aanleg van Mountain View, de rechtbank die normaliter bevoegd is voor geschillen met Facebook, althans volgens hun terms and conditions. Daarnaast zijn er nog bijkomende problemen zoals deze van taal, toegang tot rechtshulp en het rechtssysteem en het feit dat tal van wetgeving niet voorziet dat buitenlanders, een beroep kunnen doen op de rule of law. Meer bepaald in de V.S. is dat voor Europeanen toch wel een merkwaardig probleem: het is alsof we niet bestaan. Tal van rechten staan niet open terwijl ook de concrete rechtsgang bijzonder duur en gecompliceerd is. Van het effectueren van reële rechtsbescherming komt er dus eigenlijk niets in huis.

Toen de Belgische autoriteit voor privacybescherming geconfronteerd werd met de SWIFT affaire was alvast een zaak duidelijk: procederen in de VS was een surrealistische onderneming. Het zal vandaag niet anders zijn. Reële rechtsbescherming moet komen vanuit de eigen wet en regelgeving.

De verlossende oplossing: van voorstel tot reglement

En dan komen we uiteindelijk tot het grote nieuwe Europese raamwerk privacybescherming. Er is vooreerst het voorstel van januari 2012. Vervolgens beginnen de politieke, commerciële en juridische besprekingen.

Voor een goed begrip moeten we weten dat er drie politieke fora zijn waarop de discussie wordt gevoerd over dit ontwerp. Er is uiteraard de Commissie. De officiële discussie is gebeurd begin 2012 en werd afgesloten met het voorstel van 25 januari. En dan is het aan de lidstaten: deze voeren discussie in het kader van wat gemeenzaam de DAPIX vergaderingen wordt genoemd. Dit is een zeer intensieve en grondige discussie. Bijna wekelijks wordt onder het voorzitterschap van de dan van dienst zijnde Nationale autoriteit grondig over alle artikelen, komma's en punten gediscussieerd. Straks Griekenland, nu Litouwen, voorheen Ierland. Elkeen met zijn eigen kwaliteiten en gebreken. Maar de commissie waakt. Deze is steeds aanwezig en verdedigt met verve en kracht het oorspronkelijke standpunt. Zo weze het ook. Alleen is het ontzettend belangrijk, zeker vanuit mensenrechtelijke visie, na te gaan of dit allemaal wel zo heerlijke wereld is. Ondertussen is eind oktober de commissie Li Be van het Europees Parlement tot een voorstel gekomen voor zowel een algemene regelgeving als voor politie en justitie. Politiek uiteraard belangrijk. Zeker wanneer ze stemmen: 50 tegen 2.

De procedure voorziet dat de drie spelers, Commissie, Raad en Parlement, in een triologue gaan, een discussie waarin de drie institutionele spelers verwacht worden tot een akkoord te komen. Dat is wat nu staat te gebeuren in de komende maanden en jaren. Om tot een vergelijk te kunnen komen zullen hoe dan ook standpunten moeten verlaten worden en compromissen gesloten moeten worden. Dat is reeds gebeurd om tot het gemeenschappelijk standpunt in de LIBE commissie van het Parlement te komen: een merkwaardige mix van geven en nemen tussen zeer sterk uiteenlopende standpunten. Het verzoenen van water en vuur.

De knelpunten

Een gruwelijk knelpunt is de problematiek van de one stop shop of het unieke loket. Eigenlijk is het vrij simpel (al wordt het anders beweert): wie beslist over wat? Is het de autoriteit die instaat voor de betrokkene, de burger, of is het de autoriteit die de main establishment van de verwerker of verantwoordelijke herbergt? Het gaat om een zeer belangrijk principe. Vivian Reding heeft zich daarover herhaaldelijk uitgesproken en kiest duidelijk voor de vestiging van de bedrijven, organisaties en administraties. Dus niet voor de woonplaats van de consument, de gebruiker of de persoon wiens persoonsgegevens worden verwerkt, de betrokkene of het data subject. Politiek gezien betreft dit een essentiële keuze tussen de burger of de verwerker. Gaat het om business of mensen en hun rechten? Het gaat helemaal niet om een symbolen strijd. Deze discussie is onwaarschijnlijk fundamenteel. Alleen al het artikel 13 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens staat hier op springen.

De problematiek van de one stop shop hangt ook nauw samen met de vraag hoe de administratieve afhandeling in de respectievelijke privacycommissies samenhangt met de verdere juridische verwerking door de klassieke hoven en rechtbanken of het administratieve contentieux. Het unieke loket gaat er van uit dat slechts één van de 28 privacycommissies beslist en deze handeling geldt voor de ganse E.U. Maar hoe kan de burger die beslissing in rechte aanvechten? Iedereen is het erover eens dat elke beslissing moet kunnen beoordeeld worden door een rechterlijke instantie. Is dat dan die van de autoriteit die de beslissing nam of deze van de rechtszoekende?

Zal ik, wanneer ik een klacht heb over Facebook, mij kunnen wenden tot de rechter die mijn grondwet en het EVRM mij toebedeelt, of wordt het de rechter die toeziet op die privacycommissie op grond van de one-stop shop, in casu Dublin, Ierland? De teksten geven geen oplossing en de discussies erover evenmin. Deze gordiaanse knoop is ook moeilijk te ontwarren omdat de keuze van het instrument, een verordening, ook niet toelaat om op het vlak van justitie te legifereren. Dit heeft enorm belangrijke consequenties voor de rechtshandhaving. Nu wordt door het voorstel van zowel Commissie als parlement, LIBE, zeer sterk ingezet op de administratieve afhandeling met monsterhoge boetes. Maar dat is allemaal administratief, buiten het gemeenrechtelijke. Op zich reeds een monster wanneer je het tegen het licht van de scheiding der machten houdt. Om het in ons Belgische jargon te benoemen: GAS boetes.

En dat hangt nauw samen met het derde knelpunt: het gemis aan subsidiariteit, nochtans een leidend concept voor de Europese regelgeving. Een mooi en handig principe: wat lokaal is wordt lokaal geregeld, zowel qua wet als qua handhaving en afhandeling. Maar dat botst met het centralistische idee van de besproken verordening. En zeker met die one stop shop. Daar is geen ruimte voor plaatselijke behandeling. Onnodig uit te leggen dat dit tot hilarische problemen aanleiding zal geven.

Terwijl het wel anders zou kunnen. Het vierde knelpunt is deze van de gemiste kans. De trein van wetwijzingen komt maar af en toe voorbij (vijftien jaar wordt geraamd als realistisch voor dergelijk gevoelig technologisch opgejaagd terrein). En we blijven in een nationalistische aanpak terwijl we nood hebben aan een sterke degelijke Europese, communautaire aanpak. Tegenover spelers zoals Google, Microsoft, Cisco, Facebook en ga maar door heb je een sterke toezichthouder nodig: een privacycommissie die kan spreken en handelen op het Europese niveau. En nu wordt die niet gecreëerd. Een gemiste kans van jewelste. Ook voor de vele, vooral dan kleinere privacycommissies,

die zich geen uitgebreide staf - juridisch en technisch uitgerust - kunnen veroorloven. Terwijl de problemen veelal, vooral op het technologische vlak, voor alle 28 landen dezelfde zijn.

De eindmeet

Of hoe geniaal een voorstel kan zijn.... Maar toch op te korte beentjes loopt en er nu al kan op inleggen om de sprint te verliezen.