



The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information

Paul M. Schwartz
Berkeley Law School

Daniel J. Solove

George Washington University Law School Senior Policy Advisor, Hogan Lovells Founder, TeachPrivacy

THE PII PROBLEM: PRIVACY AND A NEW CONCEPT OF PERSONALLY IDENTIFIABLE INFORMATION

Paul M. Schwartz† & Daniel J. Solove‡

Personally identifiable information (PII) is one of the most central concepts in information privacy regulation. The scope of privacy laws typically turns on whether PII is involved. The basic assumption behind the applicable laws is that if PII is not involved, then there can be no privacy harm. At the same time, there is no uniform definition of PII in information privacy law. Moreover, computer science has shown that in many circumstances non-PII can be linked to individuals, and that de-identified data can be re-identified. PII and non-PII are thus not immutable categories, and there is a risk that information deemed non-PII at one time can be transformed into PII at a later juncture. Due to the malleable nature of what constitutes PII, some commentators have even suggested that PII be abandoned as the mechanism by which to define the boundaries of privacy law.

In this Article, we argue that although the current approaches to PII are flawed, the concept of PII should not be abandoned. We develop a new approach called "PII 2.0," which accounts for PII's malleability. Based upon a standard rather than a rule, PII 2.0 utilizes a continuum of risk of identification. PII 2.0 regulates information that relates to either an "identified" or "identifiable" individual, and it estab

"Personenbezogene Daten" aus internationaler Perspektive

as Datenschutzrecht beruht in erster Linie auf dem Konzept der "personenbezogenen Daten." Informationen innerhalb dieser Kategorie sind geschützt, Informationen außerhalb sind es nicht. Angesichts der zentralen Bedeutung des Konzepts der personenbezogenen Daten erscheint es überraschend, dass es keine weltweit übereinstimmende Definition dieses Begriffs gibt.

Der Mangel an Einheitlichkeit hinsichtlich eines so grundsätzlichen Konzepts hat erhebliche Auswirkung im Zeitalter der globalen Datenübertragung. Informationen, die in Deutschland als personenbezogene Daten angesehen werden, unterfallen möglicherweise keinerlei Datenschutzbestimmungen in den Vereinigten Staaten.

Darüber hinaus führt die weltweite Entwicklung der Informationstechnologie zu einer Verschiebung der Grenze zwischen personenbezogenen und sonstigen Daten. In vielen Fällen ist es daher schwierig bereits im Vorfeld zu entscheiden, ob bestimmte Informationen personenbezogene Daten sind oder nicht. Aus diesen Gründen sollte den unterschiedlichen nationalen Definitionen des Begriffs der personenbezogenen Daten sowie dem Erfordernis der Bemühungen um eine globale Harmonisierung in Zukunft größere Bedeutung beigemessen werden.

"Personenbezogene Daten" im Recht der Europäischen Union und nach deutschem Recht

Sowohl das Recht der Europäischen Union als auch das deutsche Recht folgen bei der Definition des Konzepts der persönlichen Daten einem extensiven Ansatz Demzufolge definiert die ELL Da

Als Auslegungshilfe nennt die Richtlinie in Erwägungsgrund Nr. 26 außerdem, dass "(b)ei der Entscheidung, ob eine Person bestimmbar ist, … alle Mittel berücksichtigt werden (sollten), die vernünftigerweise entweder von dem Verantwortlichen für die Verarbeitung oder von einem Dritten eingesetzt werden könnten, um die betreffende Person zu bestimmen" (a.a.O., Erwägungsgrund 26).

Mithin werden nach EU-Recht Informationen über eine "bestimmbare" Person genauso behandelt wie Informationen, die sich auf eine "bestimmte" Person beziehen. Dieses Konzept der Gleichstellung von "bestimmten" und "bestimmbaren" Personen ist als deutsche Innovation im Bereich des Datenschutzrechts anzusehen. Die Berücksichtigung potenzieller Gefahren

ausgehend von Daten über "bestimmbare" Personen fand bereits in der ersten Fassung des Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) von 1977 Ausdruck. Zu dieser Zeit bestand die Befürchtung, dass die zunehmende Verwendung von Computern in Kombination mit den neuen Möglichkeiten des Datenverarbeitungsmanagements zu einer Re-Individualisierung von Daten führen könnte.

Entsprechend definiert das BDSG auch heute "personenbezogene Daten" sowohl als Informationen über "bestimmte" als auch über "bestimmbare" Personen. Die entscheidende Regelung findet sich in § 3 Abs. 1 BDSG, in welchem "personenbezogene Daten" als "Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener)" definiert sind.

Die Gleichstellung von "bestimmten" und "be-



Prof. Paul M. Schwartz lehrt an der Berkeley Law School, ist Direktor des Berkeley Center for Law & Technology und Mitglied des Wissenschaftsbeirats der ZD.

Bloomberg BNA

Privacy and Security Law Report®

Reproduced with permission from Privacy & Security Law Report, 11 PVLR 142, 11/23/2012. Copyright © 2012 by The Bureau of National Affairs, Inc. (800-372-1033) http://www.bna.com

Consumer Privacy

Personally Identifiable Information

There is no uniform definition of "Personally Identifiable Information," or PII, in the United States, the authors say. For privacy law to remain effective in the future, they have reconceptualized PII as "PII 2.0," a model that categorizes PII as "identified" or "identifiable" and further recognizes a category of "non-identifiable" information.

PII 2.0: Privacy and a New Approach to Personal Information

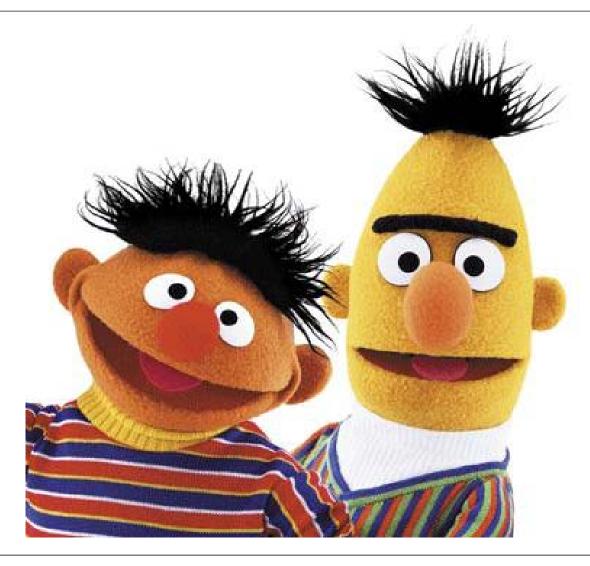




statutes turn on this distinction. Similarly, many state statutes also rely on PII as a jurisdictional trigger. These laws all share the same basic assumption—that in the absence of PII, there is no privacy harm. Thus, privacy regulation focuses on the collection, use, and disclosure of PII, and leaves non-PII unregulated.

Given PII's importance, it is surprising that information privacy law in the United States lacks a uniform definition of the term. In addition, computer science has shown that the very concept of PII is far from straightforward. Increasingly, technologists can take informa-

Schwartz and Solove



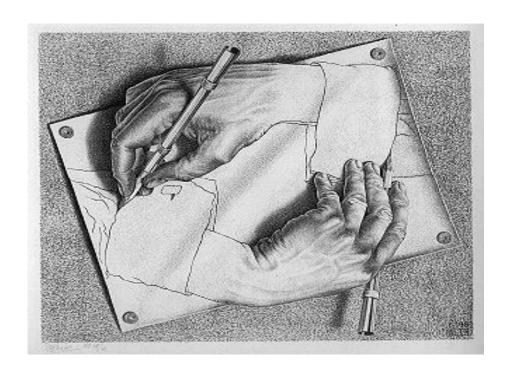


Changes in Technology and the Meaning of PII



Three Approaches to PII in US Law

- I. TautologicalApproach
- 2. Non-Public Approach
- 3. Specific Types
 Approach



No uniform international definition of PII

- PIPEDA uses term "identifiable" data
- Tendency is for broad definition of PII: PIPEDA reflects EU perspective



EU approach to PII

Broad definition:

"information relating to an identified or identifiable person"



Identifiable = identified

Personal data if "the reference person is identifiable"

Dammann, Kommentar zum BDSG, (Simitis, ed., 2011)



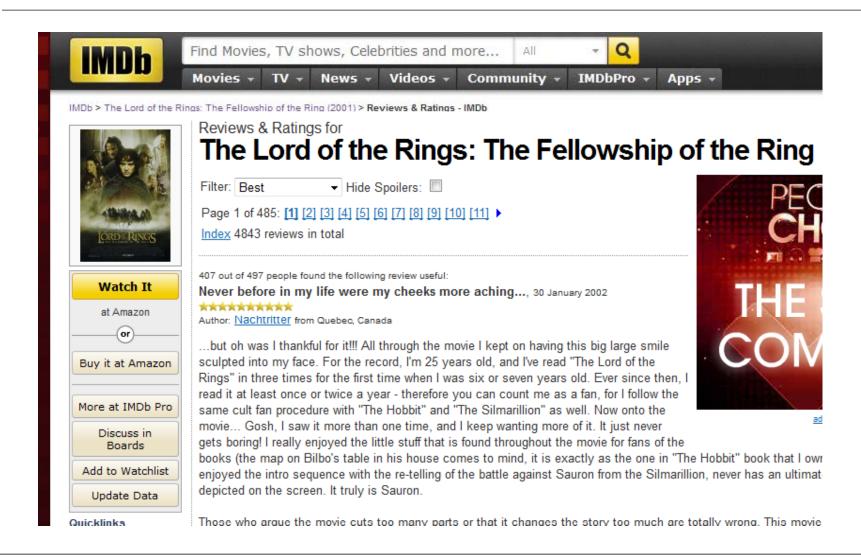


Problems of De-Identification





Internet Movie Database





PII and non-PII-- not a fixed line

Impact of technology developments and social practices



Abandon PII?



Abandon PII?



Keep PII? Abandon PII as Regulatory Concept?



Just regulate data?

PII 2.0

- Identifiablity is a continuum of risk.
- A standard not a rule
- Not a hard "off-on" switch, but tailored Fair Information Practices

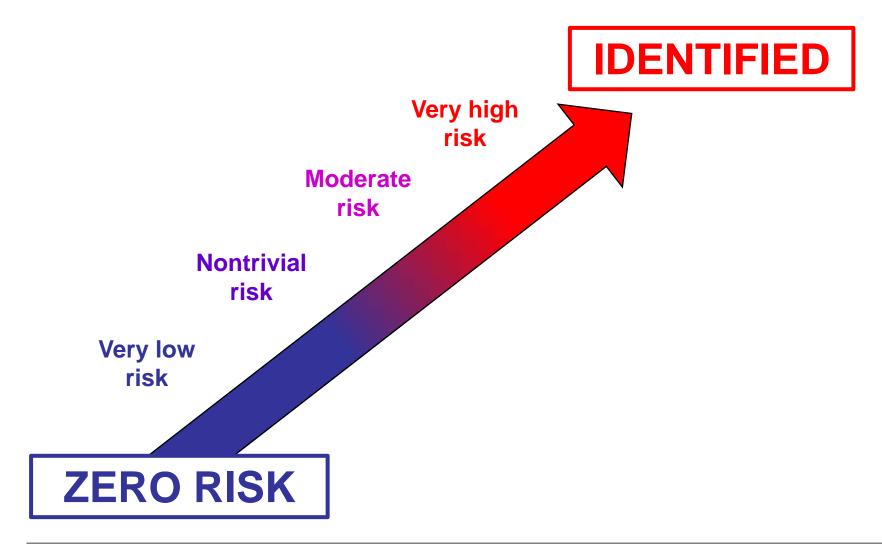


Identified Identifiable Non-Identifiable





Risk of Identification





PII 2.0: Three categories

Identified

 plus identifiable data when significant probability of linkage to specific person

Identifiable Non-Identifiable



PII 2.0 -- Dangers of "Release and Forget"

Need for:

Track-and-audit approach

Risk assessments



PII 2.0 = compatible with "privacy by design"





Privacy protection embedded in technological design and business practices

Takeaway

- Great legal uncertainty about concept of PII— and on worldwide basis
- Hard to predict impact of privacy law on businesses: a source of risk



Thank you!

