

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.582/4
DU 2 FÉVRIER 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre des Affaires étrangères, le 2 décembre 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé d'un mois ^(*), sur un avant-projet de loi "portant assentiment à l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au Ministère américain de la sécurité intérieure (DHS) (Accord PNR 2007), fait à Bruxelles le 23 juillet 2007 et à Washington le 26 juillet 2007", a donné l'avis suivant :

(*) Par courriel du 18 décembre 2008.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations préalables

1. Le groupe de travail "Article 29" sur la protection des données ⁽¹⁾ a adopté le 17 août 2007 l'avis 5/2007 concernant le nouvel accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au Ministère américain de la sécurité intérieure (DHS), conclu en juillet 2007 ⁽²⁾.

Cet avis mériterait d'être annexé à l'avant-projet de loi portant assentiment à l'accord, car il met celui-ci en perspective et constitue un complément utile à l'exposé des motifs et au présent avis.

⁽¹⁾ Le groupe de travail a été établi par l'article 29 de la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Il est l'organe consultatif indépendant de l'Union européenne sur la protection des données et de la vie privée.

⁽²⁾ http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp138_fr.pdf.

2. Pour les mêmes raisons, l'avis du 25 octobre 2007 du service juridique du Parlement européen relatif à l'Accord ⁽³⁾ ⁽⁴⁾ mériterait lui-aussi d'être joint au document parlementaire ⁽⁵⁾.

3. L'avis de la Commission de la protection de la vie privée mériterait d'être recueilli sur les questions de droit examinées ci-après; elle dispose en effet d'une connaissance des pratiques en vigueur de nature à faciliter la résolution des difficultés que suscite le présent dossier, comme l'a montré son avis n/ 48/2003/ANO du 18 décembre 2003, donné sur des plaintes relatives à la transmission de données à caractère personnel par certaines compagnies aériennes vers les États-Unis, avis qui reste d'actualité quant aux principes y énoncés.

Objet de la loi d'assentiment et publications au Moniteur belge

L'accord PNR 2007 (Passenger Name Record) se fonde, en sa première clause, "sur les assurances données dans la lettre d'explication du DHS" (Department of Homeland Security) pour stipuler que l'Union européenne veillera à ce que les transporteurs aériens assurant un service de transport international de passagers à destination ou au départ des États-Unis rendent disponibles les données PNR stockées dans leurs systèmes de réservation comme l'exige le DHS. La clause 3 de l'accord renvoie à la lettre du DHS quant aux garanties prévues. La clause 8 envisage la révocation de ladite lettre.

⁽³⁾ Legal Service, SJ-0634/07 - D(2007)65222.

⁽⁴⁾ Cité par l'Interim Report on the EU Approach to the Commercial Collection of Personal Data for Security Purposes : The Special Case of Hotel Guest Registration Data, January 16, 2009 (<http://www.dhs.gov>).

⁽⁵⁾ http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/pnr_sj0634_2007_legal_opinion_25_10_07/PNR_SJ0634_2007_legal_opinion_25_10_07en.pdf.

La lettre, publiée au Journal officiel des Communautés européennes, est annexée au dossier transmis au Conseil d'État; il y aura lieu de la joindre au document parlementaire qui sera déposé au Sénat ⁽⁶⁾.

Il en va de même de la lettre de l'Union européenne aux États-Unis en réponse à la lettre du DHS ⁽⁷⁾.

Invités à préciser si la loi d'assentiment devait se rapporter uniquement à l'accord ou également à la lettre du DHS, les fonctionnaires délégués ont fait valoir ce qui suit :

"La lettre des USA fait partie intégrante de l'accord dans la mesure où le point 1 de l'accord s'y réfère explicitement (...). Néanmoins, cette lettre constitue un engagement unilatéral de l'administration américaine, susceptible d'être modifié unilatéralement. Il n'appartient pas à la loi belge de modifier l'accord et le caractère unilatéral de cet engagement en le cadénassant dans une loi. Si les États-Unis devaient modifier leurs engagements de telle manière qu'ils n'offrent plus de garanties suffisantes, la Belgique pourrait en revanche demander à l'UE de dénoncer l'accord, conformément au point 8 de celui-ci. Par ailleurs, si la lettre devait être couverte par la loi d'assentiment, toute modification unilatérale à la lettre - même formelle - par l'administration américaine amènerait à rendre caduc l'assentiment donné par le Parlement".

L'impératif de prévisibilité d'éventuelles atteintes au droit au respect de la vie privée, implique que les lettres ainsi échangées soient également publiées au Moniteur belge, en même temps que l'accord. En effet, la connaissance de la lettre du DHS est indispensable pour mesurer la portée exacte de l'accord.

Conformité de l'accord et de la lettre du DHS à l'ordonnancement juridique

L'accord stipule, en son avant-dernier alinéa, qu'il "n'a pas pour objet de déroger à la législation des États-Unis d'Amérique ou de l'Union européenne ou de ses États membres, ni de la modifier. Il ne crée ni ne confère aucun droit ou avantage sur toute autre personne ou entité, privée ou publique".

⁽⁶⁾ <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/pnr-2007agreement-usltrtoeu.pdf> (2/2/2009).

⁽⁷⁾ <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/pnr-2007agreement-eultrtous.pdf> (2/2/2009).

Cette stipulation de l'accord institue une règle d'interprétation de celui-ci, dont la spécificité est de tempérer le devoir qu'a le juge d'écarter, en principe, l'application des dispositions du droit interne qui sont contraires aux dispositions d'un traité, selon les termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1971 ⁽⁸⁾. Pour donner un effet utile à cette stipulation, on ne peut que rechercher prioritairement une interprétation du traité qui se concilie avec l'ordre juridique interne. En conséquence, il serait vain d'identifier parmi les clauses du traité, celles qui seraient susceptibles d'avoir des effets directs dans l'ordre interne, c'est-à-dire celles qui sont suffisamment complètes et précises que pour être génératrices de droits ou d'obligations qui peuvent être invoqués par des sujets de droit, voire leur être imposés.

De ce point de vue, l'accord et la lettre du DHS appellent en tout cas cinq observations principales.

a) Au paragraphe III des assurances données dans la lettre du DHS, il est précisé ce qui suit à l'alinéa 3 :

"Dans la mesure où les données PNR de l'UE sensibles (à savoir les données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que les données relatives à la santé ou à la vie sexuelle de la personne), telles que précisées par les codes et les termes PNR que le DHS a déterminés en consultation avec la Commission européenne, sont incluses dans les types susmentionnés de données PNR de l'UE, le DHS a recours à un système automatisé qui filtre ces codes et termes PNR sensibles et n'utilise pas ces informations. A moins que l'accès à ces données ne relève d'un cas exceptionnel décrit à l'alinéa suivant, le DHS supprime les données PNR de l'UE sensibles dans les meilleurs délais" (traduction).

Selon les explications fournies au Conseil d'État par les fonctionnaires délégués, ces données sont visées au point 17 de la liste des données figurant au paragraphe III, sous la rubrique "Remarques générales, y compris les données OSI, SSI et SSR" ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ J.T., 1971, pp. 471 et sv.

⁽⁹⁾ Ces abréviations devraient être explicitées dans l'exposé des motifs, de même que les informations APIS, visées au point 18.

Les fonctionnaires délégués ont précisé que

"Ce point 17 est un champ informatique ouvert, à remplir librement, notamment avec des données relatives aux préférences alimentaires religieuses, telles que les repas hallal ou casher, ou des données médicales, si le passager nécessite des soins particuliers. La possibilité que les données PNR contiennent d'autres types de données sensibles, telles que les données relatives à la vie sexuelle, à la race, aux convictions politiques ou à l'appartenance syndicale est donc faible."

Ainsi précisés quant à leur portée, l'accord et la lettre du DHS ne sauraient avoir pour effet d'autoriser, à eux seuls, les transporteurs aériens à "stocker" des données PNR dans leurs systèmes de réservation, qu'ils ne pourraient collecter ou enregistrer sans enfreindre les articles 6, paragraphes 1^{er} et 2 ou 7, paragraphes 1^{er} et 2, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

Afin, d'une part, de ne pas placer dans une impasse juridique les transporteurs aériens appelés à respecter tant la législation européenne que la législation américaine applicable en la matière, et d'autre part, afin de donner un effet utile aux engagements internationaux contenus dans le traité et ses annexes, la seule solution qui s'ouvre au législateur consiste à recourir à l'une des exceptions énoncées aux paragraphes 2 des articles 6 et 7, précités, et de justifier ce recours dans l'exposé des motifs.

b) Le paragraphe I de la lettre du DHS se lit comme suit :

"Le DHS utilise les données PNR de l'UE uniquement aux fins : (1) de prévenir et de combattre le terrorisme et les délits qui y sont liés; (2) de prévenir et de combattre d'autres délits graves de nature transnationale, y compris la criminalité organisée; et (3) d'empêcher que des personnes se soustraient aux mandats et aux mesures de détention provisoire émis à leur encontre concernant les infractions décrites ci-dessus. Les données PNR peuvent être utilisées, le cas échéant, pour la protection des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'autres personnes, ou dans le cadre d'une procédure pénale ou de toute autre manière requise par la loi (...)" (traduction).

Aux termes de l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992, précitée, qui exprime un des principaux critères qui gouvernent le traitement des données, "les données à caractère personnel doivent être (...) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités, compte tenu de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de l'intéressé et des dispositions légales et réglementaires applicables (...)".

Le paragraphe 2 du même article dispose qu'"[i]l incombe au responsable du traitement d'assurer le respect du paragraphe 1^{er}".

Il en résulte que la phrase figurant au point 1 de la lettre du DHS "les données PNR peuvent être utilisées, le cas échéant, pour la protection des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'autres personnes, ou dans le cadre d'une procédure pénale ou de toute autre manière requise par la loi" (traduction) ne peut se rapporter pour être conforme avec le droit belge qu'à des procédures en rapport avec les finalités énumérées plus haut dans ledit paragraphe 1^{er} de façon limitative. Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par le préambule du Traité lui-même.

c) La lettre du DHS, en son paragraphe II, alinéa 3, se lit comme suit :

"Les données PNR de l'UE ne sont échangées avec d'autres autorités gouvernementales de pays tiers qu'après examen de l'utilisation ou des utilisations prévues par le destinataire et de sa capacité à assurer la protection des informations. En dehors des cas d'urgence, ces échanges de données se font en vertu d'engagements exprès entre les parties qui comprennent des dispositions de protection des données à caractère personnel comparables à celles qu'applique le DHS aux données PNR de l'UE visées au deuxième alinéa du présent point." (traduction).

Il en résulte que, dans les cas d'urgence, le "partage de données PNR" à l'initiative du DHS vers des autorités gouvernementales de pays tiers, nécessite seulement un examen des utilisations prévues et de la capacité d'assurer la protection des informations, et non la constatation du caractère admissible de ladite utilisation, selon des critères prédéterminés.

Or, en vertu de l'article 22 de la loi du 8 décembre 1992, précitée, un transfert de données dans ces circonstances n'est possible que dans des cas limitativement énumérés, entre autres "pour la sauvegarde d'un intérêt public important".

.../...

Le transfert des données PNR collectées et enregistrées en Belgique par le DHS ne peut au regard du droit interne se concevoir qu'à la condition qu'un intérêt public important doive être sauvegardé ⁽¹⁰⁾.

Dans l'état actuel du dossier soumis à la section de législation, il y a lieu de constater que ni l'accord ni la lettre du DHS n'apportent une telle garantie; la section de législation ne dispose par ailleurs pas d'autres informations qui permettraient de considérer qu'une telle garantie est rencontrée par la législation américaine applicable en la matière ⁽¹¹⁾.

d) La lettre du DHS, en son paragraphe IX, expose que "le DHS compte que l'union européenne et ses États membres encourageront de même leurs autorités compétentes à fournir des informations analytiques provenant des données PNR au DHS et aux autres autorités américaines concernées" (traduction).

Il convient d'indiquer dans l'exposé des motifs :

- d'une part, ce qu'il y a lieu d'entendre par "informations analytiques", notion qui n'est par ailleurs définie ni dans l'accord ni dans la lettre du DHS ⁽¹²⁾;
- d'autre part, les raisons pour lesquelles il peut être considéré que cette mention du paragraphe 9 de la lettre du DHS telle que sa portée aura ainsi été précisée, satisfait aux conditions d'admissibilité des ingérences dans le droit au respect de la vie privée, telles qu'elles sont définies à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de

⁽¹⁰⁾ Voir dans le même sens, le protocole additionnel n/ 181 du 8 novembre 2001, à la Convention n/ 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, contient une prescription analogue en son article 2, § 2, a, 2^e tiret. Il a été signé par la Belgique le 30 avril 2002.

⁽¹¹⁾ Comparer à cet égard avec les points 58 à 65 de l'avis juridique du 25 octobre 2007, précité.

⁽¹²⁾ Sur l'imprécision de cette notion et les problèmes potentiels que cela peut poser, voir le point 6 de l'avis 5/2007 du groupe de travail "Article 29", précité.

l'homme et des libertés fondamentales, en particulier du point de vue de sa prévisibilité ⁽¹³⁾.

e) La loi du 8 décembre 1992, précitée, dispose en son article 4 que les données à caractère personnel doivent être "conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont obtenues ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement".

À cet égard, le paragraphe 7 de la lettre du DHS fait état d'un double délai de conservation des données PNR de l'union européenne, à savoir : un premier délai de conservation active de ces données durant sept ans et un second délai de conservation inactive de ces données pendant huit ans.

Il convient de dûment justifier dans l'exposé des motifs ces délais au regard des exigences de l'article 4 de la loi du 8 décembre 1992, précitée.

La section de législation observe, par ailleurs, que le paragraphe 7 de la lettre du DHS laisse ouverte la question de savoir "si et quand il convient de détruire les données PNR collectées" et qu'il est simplement renvoyé sur ce point à une période d'observation de sept ans à l'issue de laquelle, les parties examineront cette double question ⁽¹⁴⁾.

Application à titre provisoire de l'accord

Selon la clause 9 de l'accord, celui-ci "s'appliquera à titre provisoire à compter de la date de sa signature". L'exposé des motifs devrait s'en expliquer.

⁽¹³⁾ Concernant l'exigence de prévisibilité, voir entre autres C.E.D.H., arrêt du 16 février 2000, *Amann c/Suisse*.

⁽¹⁴⁾ Voir V. Bazzocchi, *L'Accord entre l'Union européenne et les États Unis sur les données PNR*, 2007
<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=45> (2/2/2009).

Observations finales

1. La publication au Journal officiel des Communautés européennes⁽¹⁵⁾ du traité auquel l'avant-projet de loi entend procurer assentiment est précédée de l'avertissement suivant :

"Avis aux lecteurs. «À l'exception de la version en langue anglaise, les versions linguistiques de l'accord n'ont pas encore été approuvées par les parties. Une fois qu'elles auront été approuvées, toutes les versions feront également foi.»."

La publication du traité en langue française est précédée d'ailleurs du mot "traduction".

Conformément aux consignes du Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, il y a lieu de déposer au Sénat la version linguistique qui actuellement a valeur authentique, à savoir la version en langue anglaise⁽¹⁶⁾. Les textes du traité en langues française et néerlandaise seront déposés, précédés respectivement des mots "traduction" et "vertaling".

2. De même⁽¹⁷⁾, l'échange de lettres entre le DHS et l'UE s'est fait en anglais de sorte que les textes en langues française et néerlandaise doivent être précédés respectivement des mots "traduction" et "vertaling". Il convient aussi d'assurer la publication de l'original en langue anglaise tant lors du dépôt du projet de loi d'assentiment que lors de la publication de la loi dans le Moniteur belge.

⁽¹⁵⁾ JO L 204 du 4.8.2007, pp. 18-20.

⁽¹⁶⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandation n° 209, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative", (26/01/2008).

⁽¹⁷⁾ JO L 204 du 4.8.2007, pp. 21-25.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Ph. HANSE

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.582/4
VAN 2 FEBRUARI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 2 december 2008 door de Minister van Buitenlandse Zaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd met een maand ^(*), van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende instemming met de Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika inzake de verwerking en overdracht van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) door luchtvaartmaatschappijen aan het Ministerie van Binnenlandse veiligheid van de Verenigde Staten van Amerika (PNR-Overeenkomst 2007), gedaan te Brussel op 23 juli 2007 en te Washington op 26 juli 2007", heeft het volgende advies gegeven :

^(*) Bij e-mail van 18 december 2008.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Voorafgaande opmerkingen

1. De groep gegevensbescherming artikel 29 ⁽¹⁾ heeft op 17 augustus 2007 zijn goedkeuring gehecht aan advies 5/2007 over de follow-upovereenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika inzake de verwerking en overdracht van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) door luchtvaartmaatschappijen aan het ministerie van Binnenlandse Veiligheid van de Verenigde Staten van Amerika, gesloten in juli 2007 ⁽²⁾.

Dat advies zou als een bijlage moeten worden gevoegd bij het voorontwerp van wet houdende instemming met de overeenkomst, aangezien dat advies dit voorontwerp in perspectief plaatst en een nuttige aanvulling vormt van de memorie van toelichting en dit advies.

⁽¹⁾ Deze groep is opgericht bij artikel 29 van richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens. De groep is het onafhankelijke adviesorgaan van de Europese Unie ter zake van gegevensbescherming en bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

⁽²⁾ http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp138_nl.pdf.

2. Om dezelfde redenen zou ook het advies d.d. 25 oktober 2007 van de Juridische Dienst van het Europees Parlement betreffende de Overeenkomst ⁽³⁾ ⁽⁴⁾ als bijlage bij het parlementair stuk gevoegd moeten worden ⁽⁵⁾.

3. Het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zou moeten worden ingewonnen over de rechtskwesties die hierna zullen worden onderzocht : ze is immers op de hoogte van hetgeen gangbaar is om het oplossen van de moeilijkheden die dit dossier doet rijzen te vergemakkelijken, zoals gebleken is uit advies nr. 48/2003/ANO van 18 december 2003 dat ze heeft gegeven over klachten met betrekking tot de overdracht van persoonsgegevens aan de Verenigde Staten door sommige luchtvaartmaatschappijen, welk advies nog steeds geldt wat de daarin vervatte beginselen betreft.

Doel van de wet houdende instemming
en bekendmakingen in het Belgisch Staatsblad

In de eerste bepaling van de PNR-Overeenkomst 2007 (Passenger Name Record Overeenkomst), die steunt "op de verzekeringen in de brief van het DHS" (Department of Homeland Security), wordt overeengekomen dat de Europese Unie ervoor zal zorgen dat luchtvaartmaatschappijen die internationale passagiersvluchten van of naar de Verenigde Staten uitvoeren de PNR-gegevens uit hun boekingsystemen beschikbaar stellen zoals gevraagd door het DHS. In bepaling 3 van de overeenkomst wordt naar de brief van het DHS verwezen voor wat betreft de waarborgen waarin voorzien wordt. In bepaling 8 wordt de mogelijkheid opengelaten dat de voornoemde brief wordt herroepen.

⁽³⁾ Juridische Dienst, SJ-0634/07 - D(2007)65222.

⁽⁴⁾ Geciteerd in het Interim Report on the EU A proach to the Commercial Collection of Personal Data for Security Purposes : The Special Case of Hotel Guest Registration Data January 16, 2009 (<http://www.dhs.gov>).

⁽⁵⁾ http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/pnr_sj0634_2007_legal_opinion_25_10_07/PNR_SJ0634_2007_legal_opinion_25_10_07en.pdf.

Die brief, die in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen is bekendgemaakt, maakt deel uit van het dossier dat aan de Raad van State is overgezonden; die brief zou moeten worden gevoegd bij het parlementair stuk dat bij de Senaat zal worden ingediend ⁽⁶⁾.

Hetzelfde geldt voor de brief van de Europese Unie aan de Verenigde Staten in antwoord op de brief van het DHS ⁽⁷⁾.

Naar aanleiding van het verzoek om aan te geven of de wet houdende instemming alleen betrekking moet hebben op de overeenkomst of ook op de brief van het DHS, hebben de gemachtigde ambtenaren het volgende aangevoerd :

"La lettre des USA fait partie intégrante de l'accord dans la mesure où le point 1 de l'accord s'y réfère explicitement (...). Néanmoins, cette lettre constitue un engagement unilatéral de l'administration américaine, susceptible d'être modifié unilatéralement. Il n'appartient pas à la loi belge de modifier l'accord et le caractère unilatéral de cet engagement en le cadennassant dans une loi. Si les États-Unis devaient modifier leurs engagements de telle manière qu'ils n'offrent plus de garanties suffisantes, la Belgique pourrait en revanche demander à l'UE de dénoncer l'accord, conformément au point 8 de celui-ci. Par ailleurs, si la lettre devait être couverte par la loi d'assentiment, toute modification unilatérale à la lettre - même formelle - par l'administration américaine amènerait à rendre caduc l'assentiment donné par le Parlement".

Het vereiste dat eventuele aantastingen van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer voorzienbaar moeten zijn, impliceert dat de aldus uitgewisselde brieven eveneens in het Belgisch Staatsblad moeten worden bekendgemaakt samen met de overeenkomst. Men moet immers op de hoogte zijn van de brief van het DHS om de juiste reikwijdte van de overeenkomst te kunnen inschatten.

⁽⁶⁾ <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/pnr-2007agreement-usltrtoeu.pdf> (2/2/2009).

⁽⁷⁾ <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/pnr-2007agreement-eultrtous.pdf> (2/2/2009).

Overeenstemming van de overeenkomst
en van de brief van het DHS met de rechtsordening

De voorlaatste alinea van de overeenkomst luidt als volgt : "Deze overeenkomst heeft niet ten doel van de wetgeving van de Verenigde Staten of de Europese Unie of haar lidstaten af te wijken of deze wetgeving te wijzigen. Deze overeenkomst schept of verleent geen rechten of voordelen voor enige andere particuliere of openbare persoon of entiteit."

Bij deze bepaling van de overeenkomst wordt een regel ingevoerd voor de interpretatie ervan, waarvan het specifieke kenmerk is dat hij de verplichting voor de rechter om in principe te weigeren toepassing te maken van internrechtelijke bepalingen die strijdig zijn met de bepalingen van een overeenkomst, volgens de bewoordingen van het arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 1971 ⁽⁸⁾, lichter maakt. Teneinde aan deze bepaling een nuttig effect te geven, kan alleen bij voorrang worden gezocht naar een interpretatie van het verdrag die bestaanbaar is met de interne rechtsorde. Bijgevolg zou het vergeefse moeite zijn om onder de bepalingen van het verdrag bepalingen aan te wijzen die rechtstreekse gevolgen kunnen hebben in de interne rechtsorde, dat wil zeggen die volledig en precies genoeg zijn om rechten of verplichtingen te doen ontstaan die door rechtssubjecten kunnen worden aangevoerd of zelfs aan hen kunnen worden opgelegd.

In dit opzicht geven de overeenkomst en de brief van het DHS hoe dan ook aanleiding tot vijf grote opmerkingen.

a) In paragraaf III van de verzekeringen die in de brief van het DHS worden gegeven, staat de volgende derde alinea :

"Voor zover de bovengenoemde soorten gegevens gevoelige EU-PNR-gegevens bevatten (d.w.z. persoonlijke gegevens met betrekking tot ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, vakbondslidmaatschap, en gegevens betreffende de gezondheid of het seksuele leven van de betrokkene), zoals gespecificeerd in de PNR-codes en -termen die het DHS in overleg met de Europese Commissie heeft vastgesteld, past het DHS een geautomatiseerd systeem toe dat die gevoelige PNR-codes en -termen filtert en gebruikt het deze informatie niet. Tenzij de gegevens in een uitzonderlijk geval worden gebruikt, wist het DHS de gevoelige EU-PNR-gegevens onmiddellijk." (vertaling).

⁽⁸⁾ Arresten van het Hof van Cassatie, 1971 (p. 959).

Volgens de uitleg die de gemachtigde ambtenaren aan de Raad van State hebben verstrekt, worden die gegevens bedoeld in punt 17 van de lijst met gegevens die vermeld staat in paragraaf III, in de rubriek "Algemene opmerkingen, waaronder OSI-, SSI- en SSR-informatie" ⁽⁹⁾.

De gemachtigde ambtenaren hebben het volgende opgemerkt :

"Ce point 17 est un champ informatique ouvert, à remplir librement, notamment avec des données relatives aux préférences alimentaires religieuses, telles que les repas hallal ou casher, ou des données médicales, si le passager nécessite des soins particuliers. La possibilité que les données PNR contiennent d'autres types de données sensibles, telles que les données relatives à la vie sexuelle, à la race, aux convictions politiques ou à l'appartenance syndicale est donc faible."

Gelet op die preciseringen betreffende de reikwijdte van de overeenkomst en de brief van het DHS, kunnen die overeenkomst en die brief op zich niet tot gevolg hebben dat de luchtvaartmaatschappijen gemachtigd worden om in hun boekingsystemen PNR-gegevens "op te slaan" die ze niet zouden kunnen inwinnen of invoeren zonder schending van de artikelen 6, paragrafen 1 en 2, of 7, paragrafen 1 en 2, van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens.

Teneinde, enerzijds, te voorkomen dat de luchtvaartmaatschappijen die zowel de ter zake toepasselijke Europese wetgeving als de dito Amerikaanse wetgeving dienen toe te passen, in een juridische impasse geraken en teneinde, anderzijds, een nuttig effect te geven aan de internationale verbintenissen die vervat zijn in het verdrag en de bijlagen ervan, bestaat de enige oplossing die voor de wetgever nog openstaat erin gebruik te maken van een van de uitzonderingen vermeld in de tweede paragraaf van de voormelde artikelen 6 en 7 en in de memorie van toelichting het gebruik ervan te rechtvaardigen.

b) Paragraaf I van de brief van het DHS luidt als volgt :

"Het DHS gebruikt de EU-PNR uitsluitend ter voorkoming en bestrijding van : 1) terrorisme en daarmee samenhangende strafbare feiten; 2) andere zware misdrijven, waaronder georganiseerde misdaad, die van grensoverschrijdende aard

⁽⁹⁾ In de memorie van toelichting zouden die afkortingen nader toegelicht moeten worden, net als de APIS-informatie waarvan sprake is in punt 18.

zijn, en 3) het zich onttrekken aan aanhoudingsbevelen of arrestatie voor de bovengenoemde strafbare feiten. PNR-gegevens kunnen waar nodig worden gebruikt voor de bescherming van de vitale belangen van de betrokkene of anderen, of bij strafrechtelijke procedures of in andere wettelijk voorgeschreven gevallen (...)" (vertaling).

Luidens artikel 4, § 1, van de voormelde wet van 8 december 1992, dat een van de belangrijkste criteria weergeeft die de verwerking van gegevens regelen, "(dienen) persoonsgegevens (...) voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden te worden verkregen en niet verder te worden verwerkt op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren, met name met de redelijke verwachtingen van de betrokkene en met de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, onverenigbaar is met die doeleinden".

Paragraaf 2 van hetzelfde artikel bepaalt dat "op de verantwoordelijke voor de verwerking (...) de plicht (rust) om voor de naleving van het bepaalde in § 1 zorg te dragen".

Hieruit volgt dat de zin in punt 1 van de brief van het DHS, namelijk "PNR-gegevens kunnen waar nodig worden gebruikt voor de bescherming van de vitale belangen van de betrokkene of anderen, of bij strafrechtelijke procedures of in andere wettelijk voorgeschreven gevallen" (vertaling), om met het Belgische recht in overeenstemming te zijn, alleen betrekking kan hebben op procedures die verband houden met de doeleinden die tevoren in de genoemde paragraaf 1 limitatief opgesomd zijn. Deze interpretatie wordt trouwens bevestigd door de aanhef van het Verdrag zelf.

c) De brief van het DHS, paragraaf II, derde alinea, luidt als volgt :

"De EU-PNR-gegevens worden uitsluitend met andere overheidsinstanties in derde landen uitgewisseld na beoordeling van het voorgenomen gebruik ervan en de mogelijkheid van bescherming van de gegevens door de ontvanger. Afgezien van noodsituaties vindt een dergelijke uitwisseling van gegevens plaats op grond van uitdrukkelijke afspraken tussen de partijen, die gegevensbeschermingsbepalingen bevatten die vergelijkbaar zijn met die welke het DHS op de EU-PNR toepast, zoals beschreven in de tweede alinea van dit punt." (vertaling).

Hieruit volgt dat, in noodsituaties, de "uitwisseling van PNR" op initiatief van het DHS met overheidsinstanties in derde landen, alleen een beoordeling vergt van het voorgenomen gebruik en van de mogelijkheid tot bescherming van de gegevens, en niet de vaststelling dat dit gebruik aanvaardbaar is, volgens vooraf bepaalde criteria.

Welnu, krachtens artikel 22 van de voornoemde wet van 8 december 1992 kunnen gegevens in deze omstandigheden alleen worden overgedragen in limitatief opgesomde gevallen, onder andere "vanwege een zwaarwegend algemeen belang".

De overdracht van PNR-gegevens die door het DHS in België verkregen en verwerkt zijn, kan ten aanzien van het interne recht alleen op voorwaarde dat een zwaarwegend algemeen belang veilig moet worden gesteld ⁽¹⁰⁾.

Bij de huidige stand van het aan de afdeling wetgeving voorgelegde dossier moet worden geconstateerd dat noch de overeenkomst, noch de brief van het DHS zo'n waarborg bieden; de afdeling wetgeving beschikt bovendien niet over andere informatie op basis waarvan zou kunnen worden gesteld dat de Amerikaanse wetgeving die ter zake van toepassing is, zo'n waarborg biedt ⁽¹¹⁾.

d) In paragraaf IX van de brief van het DHS staat dat "het DHS verwacht dat de EU en haar lidstaten eveneens hun bevoegde autoriteiten zullen aanmoedigen om uit de PNR-gegevens voortvloeiende analytische informatie aan het DHS en andere betrokken VS-autoriteiten te verstrekken" (vertaling).

In de memorie van toelichting dient te worden aangegeven :

- enerzijds, wat moet worden verstaan onder "analytische informatie", een begrip dat daarenboven niet is omschreven, noch in de overeenkomst, noch in de brief van het DHS ⁽¹²⁾;
- anderzijds, om welke redenen ervan uit kan worden gegaan dat deze vermelding in paragraaf 9 van de brief van het DHS, zoals de strekking ervan aldus zal zijn

⁽¹⁰⁾ Zie in dezelfde zin het aanvullende protocol nr. 181 van 8 november 2001 bij het Verdrag nr. 108 tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, betreffende toezichthoudende autoriteiten en grensoverschrijdend verkeer van gegevens, dat een soortgelijk voorschrift bevat in zijn artikel 2, lid 2, a, 2^e streepje. Het is op 30 april 2002 door België ondertekend.

⁽¹¹⁾ Vergelijk in dit opzicht met de punten 58 tot 65 van het voornoemde juridisch advies van 25 oktober 2007.

⁽¹²⁾ Over de onduidelijkheid van dit begrip en de problemen die dit kan doen rijzen, zie punt 6 van advies 5/2007 van de voormelde groep "Artikel 29".

verduidelijkt, voldoet aan de aanvaardbaarheidsvoorwaarden voor inmengingen in het recht op eerbiediging van het privé-leven, zoals deze voorwaarden omschreven zijn in artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, inzonderheid uit het oogpunt van de voorzienbaarheid ervan ⁽¹³⁾.

e) Artikel 4 van de voormelde wet van 8 december 1992 bepaalt dat de persoonsgegevens "in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkenen te identificeren, niet langer (dienen) te worden bewaard dan voor de verwezenlijking van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of verder worden verwerkt, noodzakelijk is".

In dit opzicht is in paragraaf 7 van de brief van het DHS sprake van een dubbele bewaringsperiode voor de EU-PNR-gegevens, namelijk : een eerste termijn van actieve bewaring van die gegevens gedurende zeven jaar en een tweede termijn waarin deze gegevens gedurende acht jaar in een slapende status worden bewaard.

Deze termijnen moeten in de memorie van toelichting behoorlijk worden gerechtvaardigd in het licht van de vereisten van artikel 4 van de voornoemde wet van 8 december 1992.

De afdeling wetgeving wijst er bovendien op dat paragraaf 7 van de brief van het DHS de vraag "of en wanneer de verzamelde PNR-gegevens moeten worden vernietigd" onbeantwoord laat en dat op dit punt gewoon sprake is van een bewaringsperiode van zeven jaar, na afloop waarvan de partijen deze dubbele vraag zullen onderzoeken ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Inzake het vereiste van voorzienbaarheid, zie onder andere EHRM, arrest van 16 februari 2000, Amann tegen Zwitserland.

⁽¹⁴⁾ Zie V. Bazzocchi, L'Accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur les données PNR, 2007
<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=45> (2/2/2009).

Voorlopige toepassing van de overeenkomst

Volgens bepaling (9) van de overeenkomst "wordt (ze) vanaf de datum van ondertekening voorlopig toegepast". De memorie van toelichting zou hierover nadere uitleg moeten verschaffen.

Slotopmerkingen

1. De publicatie in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen⁽¹⁵⁾ van de overeenkomst waarmee het voorontwerp van wet beoogt instemming te verlenen wordt voorafgegaan door de volgende vermelding :

"Bericht aan de lezer: De andere taalversies van de overeenkomst dan de Engelse zijn nog niet door de partijen goedgekeurd. Zodra deze andere taalversies zijn goedgekeurd, zijn zij gelijkelijk authentiek."

De publicatie van het verdrag in het Nederlands wordt trouwens voorafgegaan door het woord "vertaling".

Overeenkomstig de voorschriften van de Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, moet bij de Senaat de taalversie worden ingediend die tegenwoordig authentieke waarde heeft, namelijk de Engelse versie⁽¹⁶⁾. De teksten van het verdrag in het Nederlands en het Frans worden ingediend, voorafgegaan door respectievelijk de woorden "vertaling" en "traduction".

⁽¹⁵⁾ PB L 204 van 4 augustus 2007, blz. 18-20.

⁽¹⁶⁾ Zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, 2008, aanbeveling nr. 209, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", (26 januari 2008).

2. Evenzo ⁽¹⁷⁾ is de briefwisseling tussen het DHS en de EU in het Engels geschied, zodat de teksten in het Nederlands en het Frans moeten worden voorafgegaan door respectievelijk de woorden "vertaling" en "traduction". Er moet ook worden gezorgd voor publicatie van het Engelse origineel, zowel bij de indiening van het ontwerp van instemmingswet als bij de bekendmaking van de wet in het Belgisch Staatsblad.

⁽¹⁷⁾ PB L 204 van 4 augustus 2007, blz. 21-25.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Ph. HANSE,	kamervoorzitter,
	P. LIÉNARDY,	staatsraden,
	J. JAUMOTTE,	
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Ph. HANSE