



Advies nr 01/2010 van 13 januari 2010

Betreft: Advies uit eigen beweging betreffende het wetsontwerp 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

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer;

Gelet op de wet van 8 december 1992 *tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens* (hierna WVP), inzonderheid artikel 29;

Gelet op het verzoek om advies van de voorzitter ontvangen op 27 oktober 2009;

Gelet op het verslag van de heer De Schutter;

Brengt op 13 januari 2010 het volgend advies uit eigen beweging uit:

I. INLEIDING

In juli 2007 heeft de EU een opvolgende overeenkomst afgesloten met de VS inzake de verwerking en overdracht van persoonsgegevens van (onder meer) passagiers aan de Department of Homeland Security (hierna "DHS"). Deze overeenkomst werd afgesloten in het juridisch kader van de derde pijler¹ en heeft normaal een geldigheidsduur van zeven jaar². Zij wordt hierna gemakshalve de "PNR Overeenkomst 2007" genoemd, teneinde haar te onderscheiden van twee vroegere PNR overeenkomsten³.

Het akkoord werd vergezeld van zogenaamde unilaterale "verzekeringen" ("assurances") afgelegd namens DHS in een schrijven gericht aan het voorzitterschap van de EU, met kopie voor de Europese Commissie. Hierop volgden verklaringen namens de EU dat het door het DHS geboden niveau van gegevensbescherming in de Assurances adequaat⁴ geacht wordt voor de in de Overeenkomst bepaalde overdracht en verwerking van PNR-gegevens. Volgens de Memorie van Toelichting hebben deze verzekeringen een bindend karakter⁵.

1 Doelstellingen van het wetsontwerp

Het wetsontwerp⁶ dient in hoofdzaak tot goedkeuring van de PNR Overeenkomst 2007.

¹ Het idee dat de Europese Unie rust op drie pijlers werd in april 1991 ingevoerd onder het Luxemburgs voorzitterschap via de "non-paper" (Europe, doc nr. 1709/1710, 3 mei 1991). Deze drie pijlers zijn met name : 1° de bepalingen betreffende de gemeenschappen; 2° de bepalingen betreffende een gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid; en 3° de bepalingen betreffende de samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse zaken.

² Zie besluit 9 van de Overeenkomst.

³ Een eerste PNR overeenkomst gold van 28 mei 2004 tot oktober 2006. Een tweede (interim)overeenkomst van 19 oktober 2006 was aangenomen na het PNR arrest van het Hof van Justitie van 30 mei 2006 en verstreek op 31 juli 2007.

⁴ De Commissie neemt hiervan akte en wijst op het feit dat deze adequatieverklaring enkel betrekking heeft op de internationale transfers van PNR gegevens. Deze verklaring heeft niet de waarde van een (wederzijdse) evaluatie of onafhankelijke audit van de naleving van de rechten en beginselen onder artikel 8 EVRM, het Verdrag 108 en de (overige bepalingen van) de Richtlijn 95/46/EG.

⁵ Zie pagina 8 (bespreking van artikel 3) van de Memorie van Toelichting, Senaat, 4-1432/1.

⁶ Het wetsontwerp 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

Het wetsontwerp dient als instemming en opname in de Belgische rechtsorde, om aldus een passende voorzienbaarheid⁷ te verlenen aan de inmengingen in de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM). Tenslotte blijkt ook de wil aanwezig om de de facto situatie van informele informatieuitwisseling te regulariseren⁸, en rechtszekerheid te verschaffen voor de luchtvaartmaatschappijen.

2. Verwerkte gegevens

2.1. PNR gegevens: niet enkel (potentiële) vliegtuigpassagiers

De verwerkte persoonsgegevens betreffen wat men doorgaans PNR of "Passenger Name records" pleegt te noemen, hierna "PNR gegevens". Zoals reeds het geval was onder de vorige PNR Overeenkomst 2007 hebben PNR gegevens niet enkel betrekking op passagierslijsten in strikte zin van het woord met enkel identificatiegegevens van passagiers zoals voornaam, naam, adres, telefoonnummer, geboortedatum, nationaliteit, paspoortnummer en geslacht (zie punt 2.2. hierna). Anders dan vaak bericht gaat het evenmin enkel om vluchtgegevens van personen die effectief reiziger zijn. Het gaat bijvoorbeeld ook om personen die diensten boeken zoals treinreizen, hotels, huurauto's, veerboten, verzekeringen en andere gegevens die in CRS systemen⁹ worden opgenomen¹⁰. De gegevens van andere personen dan (mogelijke) reizigers worden opgenomen zoals de *"naam van de persoon die de tickets heeft betaald, creditcardgegevens, namen van vrienden, familieleden of collega's die dezelfde reis maken, en naam en contactgegevens van de reisagent."*¹¹

Amerika (PNR-Overeenkomst 2007), gedaan te Brussel op 23 juli 2007 en te Washington op 26 juli 2007, Senaat, 4-1432/1.

⁷ De zogenaamde "voorzienbaarheidsvereiste" waaraan de wet moet beantwoorden betekent volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat zij qua formulering voldoende precies is zodat elk individu in de gegeven omstandigheden in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien. Zie onder meer *EHRM, 26 maart 1987, Leander t. Zweden, § 51*

⁸ Pagina 20 in fine van de memorie van toelichting.

⁹ Computerized Reservation System, vaak afgekort tot "CRS". CRS zijn computersystemen voor de opslag, raadpleging en verspreiding van reisinformatie en het boeken van tickets. Vaak ook genoemd "Global Distribution Systems" of "GDS's"

¹⁰ Punt 3.6.1 van het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité, PB 2008/C 224/12.

¹¹ Punt 3.6.1. van het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité

2.2. De meer geavanceerde API informatie

De uiteindelijke lijst van 34 dataelementen die werden beschreven in vroegere eenzijdige verklaringen namens DHS van 2004 bevatten ook verdere passagiersinformatie, genaamd "Advance Passenger Information" (API). Deze gegevens betreffen onder meer de verblijfsadressen in het land van bestemming, de volledige beschrijving van de verplaatsingen, de contactpersonen en medische gegevens. Worden ook opgenomen: bancaire gegevens zoals de betalingswijze, nummer van kredietkaart en de voedingsgewoonten die mogelijk een indicator kunnen zijn voor een godsdienstige overtuiging. Men merke op dat deze lijst van 34 dataelementen ook verder gaat dan de Australische en Canadese PNR systemen (19 dataelementen).

De herschikking van 34 dataelementen naar 19 dataelementen onder de begeleidende brief van DHS bij de PNR Overeenkomst 2007 geeft op het eerste zicht de indruk dat de lijst van aanvullende gegevens uit 2004 werd ingeperkt (zie ook hierna). Deze herschikking verhinderde evenwel niet dat de dataelementen nog zijn uitgebreid¹². Onder deze lijst van aanvullende "EU PNR" gegevens die DHS vermeldde in haar schrijven staan onder meer: datum van reservatie of uitgifte van tickets, geplande reisdatum, beschikbare informatie over frequent flyers en voordeelinformatie, alle beschikbare contactinformatie, reisagent, algemene opmerkingen met inbegrip van "andere dienstinformatie"¹³, gedragsinformatie¹⁴, "elke verzamelde APIS informatie"¹⁵, en alle historische informatie aangaande deze velden.

2.3. Situatie in de praktijk

In realiteit kan evenwel niet worden besloten dat CRS en andere PNR databanken steeds alle officieel opgelijste PNR of API elementen zullen bevatten. Evenmin mag worden uitgesloten dat veel PNR databanken ook andere gegevens zouden bevatten. Voor de nodige verwarring zorgt wellicht ook het feit dat het Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) voor wetshandavingdoeleinden¹⁶ uitgaat van een andere definitie van PNR en API gegevens. API gegevens staan hierbij voor passagiersgegevens en PNR gegevens betreffen de meer profielgerichte informatie.

¹² Advies 05/2007 van de Groep 29 dd. 17 augustus 2007 (WP 138) verwijst op pagina 11 naar het uitbreidingsmechanisme onder artikel III Alinea 3 van de brief van het DHS. Deze brief werd gepubliceerd op Senaat, 4-1432/1, pagina 30.

¹³ Other service information (OSI)

¹⁴ Zogenaamde "SSI" en "SSR" informatie

¹⁵ Zie dienaangaande de bevraging in de schoot van de European Union Committee van de House Of Lords,

¹⁶ Europese Commissie, Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over het gebruik van persoonsgegevens (PNR-gegevens) voor wetshandavingdoeleinden, COM (2007), 654/F, 6 november 2007.

3. Gebrek aan verzoek om adviezen aan de Commissie en gebrek aan parlementair debat

De Commissie stelt vast dat zij de afgelopen jaren nooit eerder werd geraadpleegd door de bevoegde Belgische overheden met een vraag om advies in deze materie. Dit had moeten gebeuren op het moment dat de Belgische vertegenwoordiger betrokken werd bij de onderhandelingen van de PNR Overeenkomst 2007. De Commissie betreurt dat op dat moment haar advies niet werd ingewonnen.

Ter zake kan verwezen worden naar het advies van de Raad van State nummer 45.582/4 van 2 februari 2009, meer in het bijzonder naar wat onder 3. van de voorafgaande opmerkingen is geschreven : *"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 het advies 48/2003 (...) 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."*¹⁷

Als reden voor het niet verzoeken om advies wordt in de memorie van toelichting gesteld *"Zoals de Raad van State benadrukt, heeft Groep 29 op 17 augustus 2007 een advies 5/2007 aangenomen over het nieuw akkoord tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika betreffende de verwerking en overdracht van passagiersgegevens door Amerikaanse vervoerders aan het Amerikaans ministerie voor binnenlandse veiligheid, gesloten in juli 2007.*

*Aangezien onze Commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer deel uitmaakt van Groep 29, wordt bovenvermeld advies ook gedeeld door de Commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De Commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer om advies vragen over deze zaken zou betekenen dat deze tweemaal bevraagd wordt over hetzelfde onderwerp. Haar advies hoeft bijgevolg niet meer gevraagd te worden aangezien het reeds gegeven is."*¹⁸

¹⁷ Advies nr. 45.582 van 2 februari 2009, Senaat, 4-1432/1 – 2008/2009, 39 (nummer 3).

¹⁸ Pagina 17 van de Memorie van Toelichting.

De Commissie wijst er echter op dat zij een taak heeft die duidelijk onderscheiden is van deze van de Groep 29. Deze groep is een niet-permanente werkgroep die ingesteld is krachtens artikel 29 Richtlijn 95/46/EG. Zij vervangt niet de regels van "prior checking", noch de continue vereiste van onafhankelijk toezicht in de diverse lidstaten die ingesteld zijn krachtens de artikelen 20 en 28 van dezelfde Richtlijn, zoals uitgevoerd in de artikelen 17bis en 29 WVP. De interpretatie in de Memorie van Toelichting staat derhalve haaks op de verplichting van elke lidstaat om continue waakzaamheid en controle op het naleven van de beginselen inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in te stellen, zeker indien het gaat om verwerkingen die ontegensprekelijk specifieke risico's voor de persoonlijke rechten en vrijheden inhouden, zoals onder de uitvoering van de PNR Overeenkomst 2007.

De wetgever verwijst in de Memorie van Toelichting zelf op de uitzonderingsgrond "belangrijke redenen van publiek belang" (en "zwaarwegend algemeen belang") in de zin van de artikelen 6 en 7 WVP¹⁹. Deze bevestiging van het bestaan van een algemeen belang als uitzonderingsgrond maakt de vraag om toepassing van de "prior checking" en om advies aan de Commissie des te meer noodzakelijk.

De Belgische aanpak van dit dossier staat in contrast met onze buurlanden zoals Nederland²⁰ en UK²¹, waar wel sprake was van een uitgebreider rapport aan en bevraging door het nationale parlement over de PNR Overeenkomst 2007, en waarbij onder meer de betekenis van een aantal onduidelijke bepalingen in deze Overeenkomst werden bevraged.

II. CONTEXT VAN DE OVEREENKOMST

De Commissie stelt verder vast dat haar laatste advies in deze materie reeds dateert van 2003 en dat de Europese context (zie hierna onder rubriek II.) intussen geëvolueerd is.

¹⁹ Pagina 18 van de Memorie van Toelichting.

²⁰ Zie de briefwisseling tussen de Nederlandse Minister van Justitie en de tweede kamer, die gepaard ging met een parlementair debat inleidde. Zie de documenten op <http://parlis.nl>

²¹ Zie onder meer voor de UK het uitgebreide rapport van het European Union Committee van de House Of Lords, gepubliceerd op <http://www.statewatch.org/news/2008/jun/eu-pnr-uk-hol-report.pdf>

De Commissie wijst op het feit dat de diverse PNR overeenkomsten continu het voorwerp blijven uitmaken van kritische, onafhankelijke Europese beoordelingen in het licht van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (punt 3 hierna). Bovendien kan de PNR Overeenkomst 2007 niet enkel worden gezien in haar reglementaire context (punt 1), maar moet ook rekening worden gehouden met de gegevensbronnen (punt 2), en met recente evoluties en vaststellingen die dateren na juli 2007, datum van het ondertekenen van de PNR Overeenkomst 2007 (punt 4).

1. Reglementaire context

Er bestaan verschillende rechtsbronnen voor de verplichte doorgifte van passagiersgegevens. Buiten voorgelegde overeenkomst moet ook worden gewezen op het feit dat de doorgifte van passagiersgegevens ook wordt geregeld door de Richtlijn 2004/82/EG van 29 april 2004²², hierna "API-Richtlijn". Deze richtlijn werd omgezet bij Koninklijk besluit van 11 december 2006 betreffende de verplichting voor luchtvervoerders om passagiersgegevens door te geven²³. Bovendien kan worden verwezen naar het voormelde²⁴ ontwerp kaderbesluit van de Raad over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) voor wetshandavingsdoeleinden, die de regeling van een "Europees PNR systeem" beoogde. Het Zweedse voorzitterschap kondigde recent aan dat het werken aan een Europees PNR systeem wordt stopgezet tot de inwerkingtreding van het verdrag van Lissabon²⁵.

²² Richtlijn 2004/82/EG van de Raad van 29 april 2004 betreffende de verplichting voor vervoerders om passagiersgegevens door te geven, PB, 6 augustus 2004.

²³ B.S., 22 december 2006, 73824-73825.

²⁴ Zie punt 2.3 hiervoor

²⁵ Zie onder meer volgend persbericht van het Europees Parlement van 6 oktober 2009 : "EU Passenger Name Record talks on hold in Council until Lisbon Treaty is ratified", gepubliceerd op http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/019-61958-279-10-41-902-20091006IPR61955-06-10-2009-2009-false/default_nl.htm

Enkele vaststellingen zijn hierbij van belang, zoals onder meer aangehaald door de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming²⁶ en de Groep 29 :

- ondanks het opstarten van de transatlantische dialoog via de EU-VS Contactgroep²⁷ en het afsluiten van enkele transatlantische "ad hoc" overeenkomsten bestaat er nog geen allesomvattend kader voor transatlantische informatieuitwisselingen;
- het is voorlopig nog onduidelijk of een nieuw algemeen kader tussen EU en de VS de bestaande overeenkomsten zou aanvullen, dan wel deze onverlet laten;
- de PNR Overeenkomst 2007 dient te worden geïnterpreteerd in het licht van de evoluerende Europese rechtspraak²⁸ die een evenwicht zoekt tussen het nastreven van antiterrorismedoelinden en het naleven van mensenrechten, zeker gelet op het feit dat de PNR Overeenkomst 2007 globaal een verminderde bescherming biedt ten opzichte van vorige PNR overeenkomsten²⁹;
- enkele belangrijke garanties die werden gevraagd door de groep 29, de EDPS en het Europees Parlement werden vooralsnog niet gerealiseerd in het PNR dossier (push in plaats van pull systeem, effectieve rechterlijke bescherming, recht om gehoord te worden,...) (zie verder).

2. Gegevensbronnen : dataintegratie (CRS systemen) en boeken via internet (luchtvaartmaatschappijen)

Hoewel de API Richtlijn, formeel gesproken, een aparte instrument is ten opzichte van het wetsontwerp houdende instemming met de PNR Overeenkomst 2007, deze Richtlijn andere doeleinden nastreeft en gebaseerd is op een verschillende EU pijler, kan men niet voorbij gaan aan het feit dat in de praktijk sprake is van dataintegratie op het niveau van de reservatiesystemen, die aan een toenemend aantal PNR reglementeringen moeten voldoen. Belangrijk is hierbij dat veel luchtvaartmaatschappijen en reisagentschappen het beheer van hun PNR databank aan CRS-aanbieders hebben uitbesteed. Actueel zijn er wereldwijd slechts drie grote CRS ondernemingen³⁰,

²⁶ Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming over het eindverslag van de EU-VS-Contactgroep op hoog niveau inzake informatie-uitwisseling en privacy en bescherming van persoonsgegevens, PB C 128, 6 juni 2009.

²⁷ Zie het verslag dat werd gepubliceerd op 26 juni 2008 op http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/news/2008_en.htm

²⁸ Zie de hiervoor zaken "Kadi en Barakaat"

²⁹ Advies WP138, pagina 18 alinea 1.

³⁰ Deze zijn : AMADEUS, SABRE, Galileo / Apollo (Travelport) en Worldspan (Travelport). Zie punt 2.2.1 van het Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake een gedragscode voor geautomatiseerde boekingsystemen.

waarvan een na een fusie in 2007 nog twee onderscheiden platformen en merknamen hanteert, en waarvan slechts een³¹ gevestigd is in de EU. Daarnaast gebruiken een aantal maatschappijen het zogenaamde "Shares" systeem³². Sinds de komst van het internet kunnen vliegtickets echter ook op andere manieren worden geboekt dan met CRS. Omdat in de EU-lidstaten steeds meer mensen toegang krijgen tot het internet en de technologieën voor het online boeken van reizen via de online boekingsystemen van luchtvaartmaatschappijen steeds geavanceerder worden, zijn CRS steeds minder vaak de enige manier om toegang te krijgen tot reisinformatie³³.

3. Kritische beoordeling van de PNR Overeenkomst 2007 door de onafhankelijke Europese gegevensbeschermingsautoriteiten

3.1. Groep gegevensbescherming artikel 29

De problematiek van de doorgifte van (onder meer) passagiergegevens tussen EU en VS werd herhaaldelijk kritisch beoordeeld door de Groep 29. De Commissie verwijst naar de adviezen van de Groep 29 met nrs. 78³⁴, 132³⁵, 138³⁶ en 145³⁷.

³¹ Amadeus heeft vestigingen in Frankrijk (marketing, onderzoek en ontwikkeling) en Duitsland (datacenter)

³² Gebouwd en beheerd door de multinational EDS die in 2008 werd overgenomen door Hewlett Packard.

³³ Punt 2.32. van het Europees Economisch en Sociaal Comité.

³⁴ Advies 4/2003 over het in de VS voor de doorgifte van passagiersgegevens gewaarborgde beschermingsniveau, goedgekeurd op 13 juni 2003.

³⁵ Advies 2/2007 inzake informatieverstrekking aan passagiers over de doorgifte van PNR-gegevens aan de Amerikaanse overheid, goedgekeurd op 15 februari 2007.

³⁶ 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, goedgekeurd op 17 augustus 2007

³⁷ Gezamenlijk advies over het voorstel voor een kaderbesluit van de Raad over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) voor wetshandavingsdoeleinden, ingediend door de Commissie op 6 november 2007, vastgesteld op 5 december 2007 door de Groep artikel 29 en vastgesteld op 18 december 2007 door de Groep politie en justitie

3.2. Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (hierna "EDPS")

Ook de EDPS verleende verschillende adviezen in deze materie. De Commissie verwijst naar de adviezen van 20 december 2007³⁸ en 11 november 2008³⁹. Hoewel deze adviezen betrekking hebben op verwerkingen van persoonsgegevens op het niveau van de communautaire instellingen (toepassing van de Verordening nr. 45/2001), gelden zij echter ook als gezaghebbend in deze materie.

3.3. Europees Economisch en Sociaal Comité

Het Europees Sociaal en Sociaal Comité was bijzonder kritisch over de PNR akkoorden. In haar advies van 29 mei 2008 over het Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake een gedragscode voor geautomatiseerde boekingsystemen stelde zij *"De bestaande verdragen die de EU met de Verenigde Staten over gegevensbescherming heeft afgesloten, zijn slechts toezeggingen die niet te handhaven en ook niet juridisch bindend zijn"*⁴⁰.

4. Recente evoluties.

Recente evoluties, beoordelingen en discussies op Amerikaans en Europees vlak wijzen bovendien op een aantal problemen en evoluties waarmee zouden dienen rekening te worden gehouden, zoals:

- in voormeld advies van 29 mei 2008 van het Europees Sociaal en Sociaal Comité werd gewezen op de gebrekkige informatie van de reizigers *"De meeste mensen zijn (...) niet op de hoogte van het bestaan van CRS, laat staan van wat er met hun persoonsgegevens gebeurt die via CRS worden verwerkt. Zonder voorlichting hierover blijft het in de gedragscode genoemde recht van betrokkenen op toegang tot gegevens die op hen betrekking hebben, een dode letter. Het is onwaarschijnlijk dat een passagier een CRS-aanbieder ooit inzage heeft gevraagd in zijn persoonsgegevens, simpelweg omdat passagiers niet weten wat er met die gegevens gebeurt. Als ze dat wel zouden weten, dan zouden ze geen toestemming geven voor het gebruik ervan."*⁴¹ De

³⁸ Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming betreffende het voorstel voor een kaderbesluit van de Raad over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) voor wetshandavingsdoeleinden, PB C 110, 1 mei 2008.

³⁹ Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming over het eindverslag van de EU-VS-Contactgroep op hoog niveau inzake informatie-uitwisseling en privacy en bescherming van persoonsgegevens, PB C 128, 6 juni 2009.

⁴⁰ Randnummer 3.6.5 van het voormelde advies

⁴¹ Randnummer 4.6. van het advies

- Een publiek rapport van december 2008⁴² bevatte verschillende verklaringen van de privacyafdeling van DHS die wijzen op enkele ernstige problemen met het respecteren van de verzoeken om toegang en verhaal ("redress") tot persoonsgegevens, zoals nochtans beloofd in het DHS schrijven⁴³. Zo werd toegegeven dat
 1. Vragen om toegang tot PNR data typisch meer dan een jaar vergden om te worden beantwoord⁴⁴, veel langer dan gebruikelijk onder de Amerikaanse Privacy Act en de Richtlijn 95/46/EG. Ter referentie : de WVP voorziet in de artikelen 10 en 12 antwoordtermijnen van een maand en 45 dagen;
 2. Wanneer individuen hun inzagerecht uitoefenden ten opzichte van "alle gegevens" die over hen door DHS werden bijgehouden (dus zonder een gerichte zoekopdracht), werd vaak geen enkele van hun PNR gegevens meegedeeld onder het specifieke ATS⁴⁵ programma;
 3. Hierdoor werd bij de meerderheid van de aanvragers geen PNR gegevens verkregen waar dit normaal het geval zou moeten zijn (artikel IV van de verklaringen⁴⁶ en artikel 10 WVP);
 4. PNR gegevens werden op een inconsistente wijze gecensureerd of opgelijst voor vrijgave;
 5. Er bestaat na een jaar een grote berg aan onverwerkte aanvragen ("large backlog"), door onderbemanning⁴⁷.
- In tegenspraak met artikel 2 van de PNR Overeenkomst 2007 werd niet voor 1 januari 2008 overgestapt op het privacyvriendelijker push systeem. Het "pull" systeem is dus nog in voege voor PNR gegevens (zie hierna). Het "push" systeem is overigens reeds uitgesteld sinds de eerste PNR overeenkomst van mei 2004, tot "grote bezorgdheid" van de Groep 29⁴⁸.

⁴² Zie vnl. pagina 26 van het rapport gepubliceerd op http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/privacy/privacy_pnr_report_20081218.pdf, en bijhorende kritiek op <http://www.papersplease.org/wp/2008/12/24/dhs-admits-problems-in-disclosing-travel-surveillance-records/>

⁴³ Zie rubriek IV Toegang en verhaal, gepubliceerd in Senaat, 4-1432/1 – 2008/2009, 31. Hier werd besloten om de bescherming onder de Privacy Act uit te breiden tot de in de ATS verwerking opgeslagen PNR gegevens, ongeacht de nationaliteit of het land van vestiging van het datasubject.

⁴⁴ Pagina 26 van het rapport.

⁴⁵ Automated Targeting System. Dit is een gezamenlijk programma van DHS en CBP (Bureau of Customs and Border Protection).

⁴⁶ Waar vermeld staat "*Voorts worden de door of namens een persoon verstrekte PNR-gegevens aan de betrokkene meegedeeld overeenkomstig de Privacy Act en de Freedom of Information Act (FOIA) van de VS.*"

⁴⁷ Pagina 26 van het rapport.

⁴⁸ WP 138, pagina 18 alinea 3.

- In de praktijk is sprake van integratie van PNR en API data op wereldwijd vlak in een beperkt aantal CRS systemen en het "Shares" systeem. De meerderheid van deze databanken bevinden zich buiten het grondgebied van de EU, hoewel de gegevens van (onder meer) passagiers wel transiteren vanuit de EU via bijvoorbeeld reisagentschappen (zie hiervoor);
- Het feit dat een wereldwijd verdrag ontbreekt tot bescherming van de privacy en de persoonsgegevens;
- Het feit dat vooralsnog geen werk kon worden gemaakt van een formele evaluatie van de PNR Overeenkomst 2007 (zoals voorzien in artikel X van de verklaringen), en dat de PNR Overeenkomst 2007 hierover vaag blijft (er werd bvb geen deadline of gevolg bij niet-evaluatie afgesproken)⁴⁹. Dit terwijl België juist een officiële verklaring aflegde aangaande het belang dat zij hecht aan dergelijke evaluatie⁵⁰. Europese bronnen wijzen o.m. naar de wijziging in de Amerikaanse administratie. Amerikaanse officiële bronnen⁵¹ houden echter de Europese Commissie hiervoor verantwoordelijk;
- De ruime interpretatiemarge van de diverse betrokken overheden mbt de verwerkingen, zowel DHS als lidstaten bij de omzetting van de API-Richtlijn 2004/82/EG, in het bijzonder in verband met de middelen, de contactpunten om informatie door te geven, de verzochte dataelementen en de criteria om te bepalen welke vluchten worden onderworpen aan toezicht, en het feit dat deze reglementering zowel extra als intraeuropese vluchten omvat;

⁴⁹ WP 138, pagina 15, alinea 4. Artikel X. van de PNR overeenkomst vermeldt "op gezette tijden evalueren".

⁵⁰ Zie pagina 1 van de Memorie van Toelichting : *"Elle souligne néanmoins l'importance qu'elle attache à une évaluation efficace et régulière de la mise en oeuvre de cet accord, particulièrement en ce qui concerne les engagements américains relatifs à la protection des données privées qui sont décrits dans les Assurances. Elle demande que cet aspect soit inclus dans les modalités du processus de réexamen à déterminer entre l'UE et le DHS et que les États membres soient informés de ces modalités."*

⁵¹ Zie de reactie van de DHS Chief Privacy Officer op de website van DHS, link <http://www.dhs.gov/journal/leadership/2008/12/what-passenger-name-record-report.html>

- Meer en meer wordt de EU benaderd om haar PNR gegevens vrij te geven aan derde landen (zie de overeenkomsten met Canada⁵² en Australië⁵³ en formele verzoeken om onderhandelingen op te starten met Zuid Korea). Telkens dient het passende niveau van bescherming te worden beoordeeld;
- De impact van het verdrag van Lissabon, die onder meer een stand-still tot gevolg heeft op het Europese PNR schema. Het Verdrag van Lissabon zal een aantal juridische onzekerheden over de scheidingslijn tussen de EU pijlers wegnemen en zal de volledige betrokkenheid van het Europese Parlement en de rechterlijke toetsing door het Hof van Justitie verzekeren.

III. ALGEMEEN ONDERZOEK

1. Toegankelijkheid en voorzienbaarheid van de wettelijke basis (transparantie op het niveau van de norm)

Bij het algemeen onderzoek van de PNR Overeenkomst 2007 wijst de Commissie op de vereisten die voortvloeien uit artikel 8 EVRM. Artikel 8 van het EVRM is als volgt geredigeerd:

- «1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.*
- 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.»*

⁵² Besluit 2006/230/EG van de Raad van 18 juli 2005 betreffende de sluiting van de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de regering van Canada inzake de verwerking van API/PNR-gegevens, , PB L 82, 21 maart 2006, pagina

⁵³ Besluit 2008/651/GBVB/ JBZ van de Raad van 30 juni 2008 betreffende de ondertekening, namens de Europese Unie, van een overeenkomst tussen de Europese Unie en Australië inzake de verwerking en overdracht van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) uit de Europese Unie door luchtvaartmaatschappijen aan de Australische douane, PB L 213, 8 augustus 2008, pagina 49.

Uit de interpretatie van zowel het Grondwettelijk Hof⁵⁴, de Raad van State⁵⁵ als het EHRM⁵⁶ volgt dat artikel 8 EVRM zo dient te worden geïnterpreteerd dat de wettelijke basis voldoende voorzienbaarheid moet bieden om inmengingen in het recht op eerbiediging van het privé-leven te kunnen rechtvaardigen. Hierbij wordt in het bijzonder nagegaan of *“de wet waarborgen bieden tegen willekeurige aantastingen, door de openbare macht, van het recht op eerbiediging van het privéleven, namelijk door de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken overheden op voldoende duidelijke wijze af te bakenen, enerzijds, en door in een effectief juridictioneel toezicht te voorzien, anderzijds”*⁵⁷. De vereiste van een (effectieve) rechterlijke toetsing werd eveneens aangehaald door het Europees Parlement⁵⁸. In de analyses van de Groep 29 en de Raad van State⁵⁹ werd gesteld dat de PNR Overeenkomst 2007 onvoldoende waarborgen biedt tegen discretionaire invulling op het gebied van het evalueringsmechanisme⁶⁰ en de (onduidelijke) criteria of maatstaven voor aanvaardbaar gebruik van de gegevens. Het mechanisme voor gezamenlijke evaluatie voorziet niet in een afdoende betrokkenheid van onafhankelijke gegevensbeschermingsautoriteiten (waaronder dus ook de Commissie)⁶¹. Er bestaat nog steeds discussie over de vraag of en, zo ja, welke Europese gegevensbeschermingsautoriteiten zouden kunnen deelnemen aan een evaluatie van de PNR Overeenkomst 2007. Uit het advies van de Raad van State blijkt⁶² ook dat de uitwisseling van EU PNR gegevens in noodsituaties niet zozeer plaatsvindt op basis van vooraf bepaalde criteria, doch eerder op basis van “ad hoc” beoordelingen van de betrokken overheden. Opvallend is tenslotte dat de Amerikaanse overheid (DHS) zich het recht heeft voorbehouden om een aantal bepalingen uit de PNR Overeenkomst 2007 eenzijdig te interpreteren⁶³.

⁵⁴ Zie rubriek B.6.2. van het arrest nr. 151/2006 van 18 oktober 2006 *In zake* : de beroepen tot vernietiging van de wet van 3 mei 2005 houdende wijziging van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, en van de wet van 3 mei 2005 houdende wijziging van de wet van 11 december 1998 tot oprichting van een beroepsorgaan inzake veiligheidsmachtigingen, ingesteld door de VZW Ligue des droits de l’homme.

⁵⁵ Adviezen 37.748 en 37.749 van 23 november 2004 over voorontwerpen van wet «houdende wijziging van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen» (37.748/AV) en «houdende wijziging van de wet van 11 december 1998 tot oprichting van een beroepsorgaan inzake veiligheidsmachtigingen» (37.749/AV), randnummers 11 tem 18, gepubliceerd op <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/51/1598/51K1598001.pdf>

⁵⁶ EHRM, 26 maart 1987, *Leander t. Zweden*, § 51

⁵⁷ Citaat uit voormeld arrest van het Grondwettelijk Hof, dat ook verwijst naar “o.a. Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 4 mei 2000, *Rotaru t. Roemenië*, § 55; 6 juni 2006, *Segestedt-Wiberg t. Zweden*, § 76; 4 juli 2006, *Lupsa t. Roemenië*, § 34.”

⁵⁸ Resolutie “PNR/SWIFT” van het Europees Parlement over SWIFT, de PNR-overeenkomst en de transatlantische dialoog over deze kwesties, P6_TA(2007)0039, PB C 287 E/349 van 29 november 2007, overweging D in de aanhef.

⁵⁹ Advies nr. 45.582/4 van 2 februari 2009, Senaat, 4-1432/1 – 2008/2009, 42

⁶⁰ WP 138, pagina 16 alinea 2.

⁶¹ WP 138, pagina 2.

⁶² Pagina 42 Senaat, 4-1432/1.

⁶³ Zo *“kan de interpretatie door de Verenigde Staten van het begrip « dringend geval »*

2. Transparantie op het niveau van het doeleinde : gebrek aan definitie, gebruiksbeperking en tendens van finaliteitsvervaging

Een van de basisregels inzake gegevensbescherming is dat het doeleinde van de verwerking duidelijk dient te zijn geformuleerd. Deze vereiste vloeit zowel voort uit artikel 4 § 1, 2° WVP, artikel 22 Grondwet, als uit artikel 8 EVRM en artikel 5 b. van het Verdrag 108⁶⁴.

Het doeleinde van de verwerking van PRN gegevens wordt in artikel I van de verklaringen omschreven als "het voorkomen en bestrijden van "1) *terrorisme en daarmee samenhangende strafbare feiten*"; 2) *andere zware misdrijven, waaronder georganiseerde misdaad, die van grensoverschrijdende aard 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. Het DHS zal de Europese Commissie informeren over de goedkeuring van VS wetgeving waardoor de verklaringen in deze brief substantieel worden beïnvloed."*

Het gebrek aan duidelijke definiëring en limitering van de gebruiksdoeleinden van de diverse PNR verwerkingen werd bekritiseerd door de Groep 29⁶⁵ en door het Europees Parlement⁶⁶.

De PNR Overeenkomst 2007 bevat geen definitie van de begrippen "terrorisme" en "andere zware misdrijven"⁶⁷. Deze overeenkomst beperkt zich duidelijk niet tot het verwerken van informatie in de context van lopende gerechtelijke onderzoeken (artikel III). Het gaat duidelijk ook om informatie die wordt gebruikt door diverse rechtshandhavende autoriteiten. Zodoende wordt de verwerking beoogd van zowel identificerende informatie als profielgegevens.

onderzocht worden tijdens een periodiek onderzoek conform artikel 4 van het akkoord." (pagina 20 van de Memorie van Toelichting). Zie ook de interpretatie onder artikel III in fine van de verklaringen in verband met de ingekorte bewaringstermijn voor gevoelige gegevens.

⁶⁴ Verdrag tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, opgemaakt te Straatsburg op 28 januari 1981, goedgekeurd bij Wet van 17 juni 1991, B.S., 30 december 1993.

⁶⁵ WP 138, pagina 8 alinea 3.

⁶⁶ Zie pagina's 32 en volgende van de Handelingen , 20 oktober 2008, gepubliceerd op <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+CRE+20081020+SIT+DOC+PDF+V0//NL&language=NL>. Het MEP verklaart hierbij onder meer *"als je de kleine lettertjes leest van de PNR tussen de EU en Australië – en dit geldt ook voor de PNR tussen de EU en de VS – draait het niet alleen om de bestrijding van terrorisme en criminaliteit, maar ook om immigratie, risico's voor de openbare gezondheid, administratieve doelen, douane, immigratie, toezicht en verantwoordingsplicht van overheden. Dat heeft niets te maken met de strijd tegen terrorisme."*

⁶⁷ In tegenstelling tot het Ontwerp kaderbesluit van de Raad.

De grenzen van eventueel toegelaten gebruik (bvb dataverrijking) tussen diverse administraties, gerechtelijke diensten en inlichtingendiensten zijn niet precies afgebakend in artikel IX.

Volgens het Europees Economisch en Sociaal Comité schenden CRS-aanbieders stelselmatig de regels inzake gegevensbescherming uit een bestaande gedragscode indien zij door hen beheerde gegevens gebruiken voor andere doeleinden dan het uitvoeren van de boeking. Dit is onder de PNR Overeenkomst 2007 het geval wanneer luchtvaartmaatschappijen, CRS systemen,... worden verplicht PNR gegevens mede te delen aan DHS. De tendens van finaliteitsvervaging tussen "core business" en rechtshandhaving werd door de EDPS⁶⁸ als volgt treffend omschreven: *"van oudsher is er een duidelijke scheiding tussen wetshandhaving en activiteiten van de particuliere sector, waarbij wetshandhavingstaken door speciaal daarvoor bevoegde autoriteiten, met name de politiediensten, worden vervuld en particuliere actoren per geval wordt verzocht om persoonsgegevens te verstrekken aan deze handhavingsautoriteiten. Er is nu een tendens om systematisch samenwerking voor wetshandavingsdoeleinden op te leggen aan particuliere actoren"*.

Voormelde elementen zijn duidelijk problematisch in het licht van het finaliteitsbeginsel.

3. Proportionaliteitsbeginsel

3.1 Verhoging in plaats van stagnatie van het aantal opgeslagen en mededeelbare gegevens

Volgens artikel 4 § 1, 3° WVP dienen persoonsgegevens *"toereikend, terzake dienend en niet overmatig te zijn, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of waarvoor zij verder worden verwerkt"*.

De evolutie van het PNR dossier toont echter aan dat luchtvaartmaatschappijen onder invloed van de diverse PNR regels zich verplicht zagen om persoonsgegevens te verzamelen die normaal gesproken niet noodzakelijk zijn voor het uitbaten van de klassieke reservatiesystemen, maar eerder dienstig zijn voor de profilering van passagiers. Zo kan algemeen worden gesteld dat veel API gegevens geen specifiek commercieel doel voor luchtvaartmaatschappijen dienen.

⁶⁸ Zie in dit verband het advies van de EDPS van 20 december 2007 betreffende het voorstel voor een kaderbesluit van de Raad over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) voor wetshandavingsdoeleinden, PB C 110 van 1 mei 2008, pagina 1.

In de Memorie van toelichting wordt duidelijk gesteld⁶⁹ dat er "niet minder maar ook niet meer gegevens" worden verwerkt ten opzichte van vroeger. Er wordt vooral de nadruk gelegd op de evolutie van 34 naar 19 categorieën van data.

Dergelijke voorstelling van zaken is incorrect en misleidend. Onder punt 2.2. bleek reeds dat juist meer gegevens worden verwerkt, en dat onder artikel III in fine van de verklaringen zelfs sprake is van een uitbreidingsmechanisme op initiatief van DHS⁷⁰.

De Commissie betreurt dat sprake is van dergelijke uitbreiding, en dat hierover een incorrecte voorstelling van zaken wordt gegeven in de Memorie van Toelichting bij artikel III.

3.2. Verhoogde nadruk op profilering, inclusief gevoelige persoonsgegevens en gegevens niet beperkt tot effectieve reizigers

De aard van de gegevens die worden verwerkt onder de PNR Overeenkomst 2007 overstijgt hetgeen strikt nodig is om passagiers te identificeren of de commerciële dienstverlening te verzekeren (zie hiervoor). De nadruk ligt duidelijk ook op profielinformatie in plaats van het identificeren van passagiers. Een aantal API gegevens⁷¹ kan niet worden afgeleid uit een onderzoek van luchtvaarttickets of traditionele reisdocumenten onder normale bevoegdheden inzake grenscontrole, hoewel DHS in artikel III van de verklaringen juist stelde dat de meerderheid van de gegevens uit deze documenten kunnen worden afgeleid⁷². Bovendien worden onder de API data niet enkel passagiers/reizigersgegevens verwerkt (zie hiervoor). Ook worden gevoelige persoonsgegevens⁷³ in de zin van de artikelen 6 en 7 WVP verwerkt.

⁶⁹ Zie de bespreking van artikel III op pagina 12 van de memorie van Toelichting : "*— de soorten van PNR-gegevens : het betreft negentien categorieën van data. Dat zijn er vijftien minder dan in het oorspronkelijk en in het interimakkoord. Het betreft in de eerste plaats een rationalisering omdat de vorige vierendertig categorieën overlappende informatie bevatten (bijvoorbeeld « travel agent » en « travel agency » werden apart vermeld; ook worden nu een tiental gegevens gegroepeerd onder « frequent flyer »). In feite worden er dus niet minder gegevens opgevraagd, maar ook niet meer.*"

⁷⁰ Zie de bepaling "In een uitzonderlijk geval waarin het leven van een datasubject of van derden in gevaar zou kunnen zijn of ernstig zou worden beperkt, kunnen DHS-functionarissen zo nodig andere dan de hierboven genoemde EU-PNR-informatie, met inbegrip van gevoelige informatie, verlangen en gebruiken."

⁷¹ Bijvoorbeeld : facturatieadres, andere namen in PNR, frequent flyer informatie, e-mailadres, profielinformatie (OSI/SSI/SSR), identiteit van persoon die informatie heeft aangevraagd (zonder noodzakelijk de reiziger te zijn)

⁷² Senaat, 4-1432/1, pagina 29 in fine.

⁷³ Bijvoorbeeld : persoonlijke voorkeuren waaruit zijn geloof kan worden afgeleid (bijv. verzoek om een koosjer maaltijd). In de PNR's van zakenreizigers worden ook vaak codes opgenomen om vakbondslidmaatschap te vermelden of aan te geven welke afdeling of klant de reis betaalt.

Zowel het Amerikaanse Congres als het Europees Parlement⁷⁴ spraken reeds hun bezorgdheid uit over deze toenemende profilings- en „data mining“ tendens.

3.3. Sterk verhoogde dataretentietermijn en gevolgen hiervan

Meer algemeen dient men vast te stellen dat de laatste jaren meer en meer sprake is van een paradigmaverschuiving wanneer de verplichting van dataminimalisering⁷⁵ moet worden toegepast bij het bestrijden van criminaliteit. De nadruk op langer(re) dataretentie blijkt het meest verregaand onder de PNR Overeenkomst 2007, zeker indien men deze vergelijkt met de retentietermijnen onder de Dataretentierichtlijn 2006/24/EG en de derde witwasrichtlijn⁷⁶. Uiteraard kan verdedigd worden dat bij het bestrijden van ernstige vormen van criminaliteit een hogere dataretentietermijn noodzakelijk is in vergelijking met de dataretentietermijnen voor andere, private verwerkingen of verwerkingen met het oog op het bestrijden van minder zware vergrijpen, en dat lopende gerechtelijke onderzoeken moeten gevrijwaard blijven. Toch merkt de Commissie op dat sprake is van elementen die wijzen op een duidelijke toename bij de vastlegging van de dataretentieverplichtingen en/of een mogelijk gebrek aan een uniform en evenwichtig Europees beleid doorheen de diverse juridische instrumenten.

De PNR Overeenkomst 2007 voorziet een dataretentietermijn van 15 jaar (7 jaar in een „actieve database“ en 8 jaar in „slapende status“)⁷⁷. Weliswaar is een uitzondering voorzien voor de verwerking van gevoelige gegevens. Gevoelige persoonsgegevens worden volgens artikel III van de verklaringen hetzij onmiddellijk, hetzij binnen de 30 dagen⁷⁸ gewist door DHS. Deze 30 dagen worden evenwel pas toegepast van *„zodra het doel waarvoor zij toegankelijk zijn gemaakt is bereikt en de bewaring ervan niet door de wet wordt verlangd.“*

⁷⁴ Resolutie „PNR/SWIFT“ van het Europees Parlement (zie supra), randnummer 4.

⁷⁵ Het verwerken van persoonsgegevens moet in principe beperkt zijn tot persoonsgegevens die „toereikend, terzake dienen en niet overmatig zijn“ (artikel 4 § 1, 3° WVP). Bovendien mogen persoonsgegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk „in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkenen te identificeren“ (artikel 4 § 1, 5° WVP).

⁷⁶ Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, PB, 25 november 2005

⁷⁷ Artikel VII van de verklaringen.

⁷⁸ „In een uitzonderlijk geval waarin het leven van een datasubject of van derden in gevaar zou kunnen zijn of ernstig zou worden beperkt,“

De Commissie merkt op dat in de Memorie van toelichting sprake is van een bewaringstermijn van 7 dagen⁷⁹ (in plaats van 7 jaar). Dit is duidelijk een vergissing die moet worden gecorrigeerd.

Desondanks is de basistermijn een verdubbeling ten opzichte van het vorige akkoord (voor de actieve database). Deze termijn ligt ook minimaal drie keer hoger dan de andere Europese juridische instrumenten die de afgelopen jaren werden aangenomen met het oog op het bestrijden van terrorisme en/of zware criminaliteit. Zie de derde witwasrichtlijn⁸⁰ waar een dataretentiermijn is voorzien van 5 jaar, en de dataretentierichtlijn⁸¹ die een bewaringstermijn van telecommunicatiegegevens voorziet van "ten minste zes maanden en ten hoogste twee jaar vanaf de datum van de communicatie". Het is onduidelijk waarom de gegevens van passagiers (en andere personen) een veel langere dataretentiermijn noodzaken dan telecommunicatiegegevens en gegevens betreffende (verdachte) financiële transacties en gegevens van klanten en begunstigen van financiële en verzekeringsproducten.

Indien gegevens massaal worden gestockeerd, neemt het risico op profilering van de betrokkenen toe, net als het risico op finaliteitsafwending ("function creep"), dit is de potentiële uitdeining van het gegevensgebruik naar andere misdrijven waarover initieel geen (politiek) akkoord tot gegevensuitwisseling bestond. Artikel II van de verklaringen bevat weliswaar een gebruiksbeperking van de gegevens, gekoppeld aan een aantal algemene doeleinden⁸². Er dient uiteraard strikt over te worden gewaakt dat dit beginsel correct wordt toegepast. Gelet op de evolutie in andere dossiers (implementatie van de voormelde dataretentierichtlijn) bestaat evenwel steeds de bezorgdheid dat de vraag zou opduiken om de verkregen gegevens ook te gebruiken voor de afhandeling van civielrechtelijke geschillen zoals geschillen in verband met de arbeidsverhouding tussen werknemer en werkgever, echtscheidingen en dergelijke meer.

⁷⁹ Pagina 14 van de Memorie van Toelichting aangaande artikel VII.

⁸⁰ Artikel 30 Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, PB, 25 november 2005. Bij navraag bij de Belgische financiële toezichthouder blijkt deze termijn als een maximumtermijn te worden geïnterpreteerd.

⁸¹ Artikel 6 van Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG, PB, 13 april 2006.

⁸² "uitsluitend aan andere nationale overheden met taken op het gebied van wetshandhaving, openbare veiligheid of terrorismebestrijding, ter ondersteuning van met terrorismebestrijding, grensoverschrijdende misdaad en openbare veiligheid verband houdende gevallen (waaronder zorgwekkende bedreigingen, vluchten, personen en routes) die zij bestuderen of onderzoeken, overeenkomstig de wet, en ingevolge schriftelijke afspraken en VS-wetgeving over de uitwisseling van informatie tussen overheidsinstanties van de VS"

3.4. Gebrek aan implementatie van een "pull" mechanisme

Zowel de Groep 29 als de EDPS⁸³ hebben in de PNR zaak en meer recent het TFTP programma van de UST continu de noodzaak verdedigd van een (proportionele vorm van) een "push" in plaats van een "pull" systeem in de verhoudingen ten aanzien van de US en EU overheden, en luchtvaartmaatschappijen.

Tot op heden is echter nog geen werkend en proportioneel push mechanisme opgeleverd. De VS kunnen dus nog steeds persoonsgegevens ophalen, zodat in werkelijkheid sprake is van een disproportioneel "pull" systeem betreffende data uit de CRS systemen van de luchtvaartmaatschappijen. De afspraken dienaangaande in besluit n° 2 van de PNR Overeenkomst 2007 blijven dus dode letter.

3.5. Ontvangers van de gegevens

De gangbare interpretatie van artikel 22 Grondwet door de Raad van State⁸⁴ vereist dat de identiteit van de ontvangers / gebruikers van de gegevens wordt gedefinieerd door de wetgever.

De initiële (papieren) beperking uit het eerste PNR akkoord dat de PNR gegevens enkel kunnen worden geconsulteerd door de douanediens ten is duidelijk weggevallen. Bovendien blijken de mogelijke gebruikers (in de VS of elders) van de gegevens zeer algemeen te zijn omschreven in artikel II van de verklaringen als « *andere nationale overheden* » en "*andere overheidsinstanties in derde landen*". Deze omschrijving omvat zowel politie als gerechtelijke overheden als diensten die de openbare veiligheid verzekeren. Het ware aanbevelingswaardig en duidelijker om te beschikken over een exhaustieve lijst van de relevante overheidsdiensten.

⁸³ Zie § 98 van het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming betreffende het voorstel voor een kaderbesluit van de Raad over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) voor wetshandavingdoeleinden, PB, 1 mei 2008 : "

⁸⁴ Zie onder meer advies 27.289/4 van 27 februari 1998, advies 29.125 van 14 april 1999, pagina 7 advies 34.270/1 van 23 januari 2003, advies 37.765 van 4 november 2004, advies 27.289 van 25 februari 1998 en advies 45.070 van 27 augustus 2008,

4. De facto primauteit van de Amerikaanse administratieve beslissingen bij toepassing van de zogenaamde "watch lists" en "no fly lists" - geen toegang tot de rechter

Inmiddels blijkt dat de uitvoering van de PNR Overeenkomst 2007 de toepassing van Amerikaanse zwarte lijsten op Europese onderdanen impliceert. Hoewel de Groep 29 dienaangaande reeds in 2003 om verduidelijking verzocht⁸⁵, wordt stilaan duidelijk dat de Amerikaanse administratie arbitrair kan bepalen wie het vliegtuig kan nemen en wie zich kan verplaatsen, gelet op de administratieve beslissing tot plaatsing van personen op een "watch list" of een "no fly list". Dienaangaande deden zich reeds enkele incidenten voor waarover werd bericht in de Belgische media⁸⁶. Overigens verplichten de VS de luchtvaartmaatschappijen om de identiteit van de passagiers te verifiëren op basis van deze zwarte en grijze lijsten. De belofte dat een eind zou worden gemaakt aan deze verplichting in hoofde van de private sector is alsnog niet ingelost.

Het recht op (snelle en eenvoudige) toegang tot een onafhankelijke, Europese rechterlijke instantie of onafhankelijke toezichthouder⁸⁷ mbt de voormelde zwarte lijsten is niet expliciet voorzien of geregeld onder de PNR Overeenkomst 2007. Deze praktijk moet worden beoordeeld in het licht van de recente zaak Kadi en Barakaat voor het Hof van Justitie⁸⁸ aangaande terroristenlijsten. De eerbiediging van de mensenrechten is volgens het Hof een vereiste voor de wettigheid van communautaire maatregelen. De bij een internationale overeenkomst opgelegde verplichtingen kunnen dus geen afbreuk doen aan de constitutionele beginselen van het EG-Verdrag, die door het Hof dienen te worden gecontroleerd in het kader van het volledige stelsel van rechtsmiddelen dat door het Verdrag in het leven wordt geroepen. Het Hof oordeelde in casu dat de rechten van de verdediging, in het bijzonder het recht om te worden gehoord en het recht op een effectieve rechterlijke controle niet geëerbiedigd waren.

⁸⁵ WP 78, punt 6 (pagina 7)

⁸⁶ De incidenten betroffen o.m. een Columbiaanse journalist en een Belg met een politiek actief profiel. Er was geen indicatie dat een van beide personen op een officiële terroristenlijst stonden vermeld. Het betrof vluchten die niet dienden te landen in de VS, doch enkel het VS luchtruim aandeden (Parijs-Mexico vlucht van Air France). Zie DESPIC-POPOVIC, H., Journaliste fiché, avion dérouté, Lalibre, 25 april 2009, Zie ook de persberichten begin september 2009 betreffende de vlucht van 19 augustus 2009 over vlucht AF438. Hierin bevond zich een Belg die op de *no fly list* van de Amerikaanse veiligheidsdiensten stond. In het vluchtplan van AF438 was nergens sprake van een landing op Amerikaanse bodem.

⁸⁷ Los van nalevingsmechanismen onder Amerikaans recht opgenomen in artikel V.

⁸⁸ HvJ EG 3 september 2008 in samengevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi en Al Barakaat International stichting t Raad en Commissie*, punten 348-394.

5. Verantwoordelijke voor de verwerking

Sinds 1996 bestaan enkele precedents waarin zowel de Commissie⁸⁹ als de Franse privacycommissie⁹⁰ verdedigden dat bij CRS systemen de (gezamenlijke) verantwoordelijkheid van toepassing is (artikel 1 § 4 WVP). Reisbureaus, luchtvaartmaatschappijen, bedrijven (met eigen boekingsystemen), in de EU aanwezige CRS systemen zoals Amadeus en lokale overheden kunnen derhalve voor PNR verwerkingen (mede) verantwoordelijk worden gesteld in de mate zij het doel en de middelen van de verwerkingen bepalen. De Commissie treedt ook het standpunt van het voormelde Europees Economisch en Sociaal Comité bij dat stelde dat CRS aanbieders formeel zouden *"moeten worden erkend als „verantwoordelijken voor de verwerking”, niet alleen wat betreft gegevens over vluchten en treinreizen, maar ook wat betreft gegevens over hotels, huurauto's, veerboten, verzekeringen en andere gegevens die in hun systemen zijn opgenomen."*⁹¹ Weliswaar wijst zij op het feit dat deze beoordeling steeds een voorafgaande analyse van de feiten impliceert, en dat dus eerst afdoende zou moeten worden aangetoond of en in welke mate deze CRS aanbieders ook het doel en de middelen van de verwerking bepalen.

6. Beperkte mogelijkheden voor beroep, beperkt onafhankelijk toezicht en uitblijvende evaluatie

Hiervoor bleek dat een van de belangrijkste hangende kwesties deze is van de nog niet voorziene beroepsmogelijkheden onder Europees recht tegen administratieve "no fly" beslissingen van DHS. Dit dient te worden beoordeeld in het licht van voormelde zaak Kadi en Barakaat van het Hof van Justitie en voormelde kritiek van het Europees Parlement⁹².

De uitblijvende evaluatie van de PNR Overeenkomst 2007 is eveneens een hangende kwestie. Een belangrijk van deze evaluatie zou een nader onderzoek moeten zijn van de effectieve resultaten behaald in de materie van terrorismebestrijding en bestrijding van zware criminaliteit aan de hand van de PRN gegevens. Hierover werden reeds de meest uiteenlopende standpunten verkondigd.

⁸⁹ Zie conclusie III.1 van de aanbeveling nr. 01/98 van de Commissie inzake het "Geautomatiseerde boekingsstelsel" dd. 14 december 1998.

⁹⁰ Toelichting van de Franse privacycommissie (CNIL) op 11 september 1996, ter gelegenheid van de 18^e internationale conferentie aangaande de bescherming van privacy en persoonsgegevens.

⁹¹ Zie aanbeveling 1.10 van voormeld advies

⁹² Resolutie "PNR/SWIFT" van het Europees Parlement over SWIFT, de PNR-overeenkomst en de transatlantische dialoog over deze kwesties, P6_TA(2007)0039, PB C 287 E/349 van 29 november 2007, overweging D in de aanhef.

Volgens sommige bronnen van vnl. Angelsaksische origine⁹³ is de verwerking van PNR gegevens noodzakelijk en heeft deze verwerking reeds geleid tot oplossingen in enkele concrete casussen. Andere bronnen lijken dit te betwisten. Zo concludeerde een Amerikaanse instelling⁹⁴ dat data mining niet geschikt is voor het ontdekken van terroristen, en stelde een privacyverantwoordelijke van een Nederlandse luchtvaartmaatschappij⁹⁵ *"In ieder geval is tot dusverre nog nooit een persoon aangehouden op basis van louter PNR gegevens"*. Zolang er geen afdoende objectieve en sluitende gegevens voorhanden zijn op basis waarvan beleidsmakers op objectieve basis een beslissing kunnen nemen, past het afdoende voorzichtigheid aan de dag te leggen, en aan te dringen op een grondige en onafhankelijke evaluatie van de noodzaak van de gegevenstransfers.

De Commissie is van oordeel dat een evaluatie van de PNR Overeenkomst 2007 zich opdringt, en dat zowel het Europees parlement als de bestaande onafhankelijke gegevensbeschermingsautoriteiten bij dit evaluatieproces maximaal dienen te worden betrokken. Dit geldt ook voor de toekomstige heronderhandelingen van een nieuwe PNR overeenkomst tegen (ten laatste) 2014 en nadien bij de uitvoering van deze overeenkomst.

OM DEZE REDENEN,

Gelet op de duidelijke risico's voor de rechten en vrijheden van (onder meer) de betrokken passagiers en het zorgvuldigheidsbeginsel is de Commissie van oordeel dat in dit dossier de principes van voorafgaande controle en onafhankelijk toezicht in de zin van de artikelen 20 en 28 Richtlijn 95/46/EG (zoals uitgevoerd in de artikelen 17bis en 29 WVP) voluit toepassing moeten kunnen vinden bij de uitvoering of herziening van de PNR Overeenkomst 2007.

⁹³ Zie o.m. de verklaringen van Dhr. Michael Chertoff voor het comité LIBE van het Europees Parlement dd. 14 mei 2007, LIBE(2007)0514_1, gepubliceerd op http://www.dhs.gov/xnews/speeches/sp_1180627041914.shtm

⁹⁴ CATO instelling; JONES, J. en HARPER, J., "Effective counterterrorism and the limited Role of Predicative Data Mining", Analysis n° 584, 11 December 2006. Deze studie is gepubliceerd op www.cato.org en werd ook aangehaald in de Nederlandse rechtsleer (artikel Kuipers, F., Passagiersgegevens en terrorisme. Toegang tot reserveringsinformatie als wondermiddel om terroristen te weren, International Spectator, juni 2008, pagina 340.

⁹⁵ KUIPERS, F., l.c., pagina 341.

De Commissie stelt vast dat

- haar advies wordt gevraagd meer dan twee jaar na het einde van de onderhandeling van de PNR Overeenkomst 2007;
- Bij de goedkeuring van het Raadsbesluit op 23 juli 2007, België een officiële verklaring heeft afgelegd volgens dewelke België de voorlopige toepassing van de overeenkomst aanvaardt⁹⁶;
- de overeenkomst dan ook sedert meer dan twee jaar reeds in werking is;

De Commissie wijst bovendien op het tijdelijk karakter van de PNR Overeenkomst 2007, die beperkt werd tot 7 jaar (2007-2014).

De Commissie beslist derhalve om geen beoordeling te formuleren over het voorliggende wetsontwerp 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.

De Commissie wijst er op dat rekening zal moeten worden gehouden met het feit dat inzake de overdracht van PNR gegevens zowel op Europees vlak als met derde landen nog nadere onderhandelingen zullen plaatsvinden over de hernieuwing of afsluiting van dergelijke akkoorden, en/of de wijziging van het huidige reglementaire Europese kader.

In het licht van de analyses van de PNR Overeenkomst 2007 en van de ervaring van de afgelopen twee jaar, wenst de Commissie hierbij te attenderen op volgende punten die een essentieel onderdeel uitmaken van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, en onvoldoende beantwoord zijn in de voorliggende overeenkomst:

- het gebrek aan duidelijkheid op het gebied van
 - beperking op de omschrijving van de gebruiksdoeleinden;
 - de bepaling van de gegevensontvangers
 - regeling van het evaluatiemechanisme en toegang tot een onafhankelijke Europese rechterlijke instantie
- het gebrek aan onafhankelijke controle;

⁹⁶ Verklaring in overeenstemming met artikel 24 § 5 van het Verdrag over de Europese Unie (VEU). Zie pagina 1 van de Memorie van Toelichting voor de tekst van deze verklaring.

- de uitblijvende evaluatie van de PNR Overeenkomst 2007;
- de diverse inbreuken op het proportionaliteitsbeginsel, waaronder het verhoogde aantal mededeelbare gegevens, de sterk verhoogde dataretentietermijnen en het niet-geïmplementeerde push mechanisme.

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer behoudt zich hierbij het recht voor om verdere evaluaties in dit dossier te verrichten, wanneer zij zulks noodzakelijk acht. Zij wenst dat haar advies wordt gevraagd over elke verdere reglementaire wijziging, evaluatie en/of nationale uitvoeringsbepaling van de PNR Overeenkomst. Zij blijft zich ter beschikking houden voor eventueel verder overleg.

Voor de Administrateur m.v.,

De Voorzitter,

(get.) Patrick Van Wouwe

(get.) Willem Debeuckelaere