

## **L'échange d'information dans les accords PNR conclus par l'UE avec des Etats tiers**

Josiane AUVRET-FINCK, Professeur de droit à l'Université de Nice Sophia Antipolis

---

### **Résumé :**

Les accords PNR constituent un dispositif à forte valeur ajoutée pour faire face aux menaces communes pesant sur la sécurité, dans le contexte de la mondialisation. Ils jettent les fondements d'une coopération visant à prévenir et à réprimer la criminalité internationale, notamment le terrorisme. La lutte contre ce fléau est directement à l'origine des premiers accords signés par la Communauté européenne avec les Etats-Unis et le Canada.

Les données PNR sont des informations non vérifiées fournies par les passagers et recueillies par les transporteurs aux fins de la réservation et de la procédure d'enregistrement. Ces informations constituent le dossier de voyage de chaque passager, conservé dans les systèmes de réservation et de contrôle des départs des transporteurs. Elles portent, par exemple, sur les dates de voyage et l'itinéraire, les informations relatives aux billets, les coordonnées telles que l'adresse et les numéros de téléphone, l'agence de voyage, les informations relatives au paiement, le numéro de siège et les informations relatives aux bagages.

A la différence des données API (informations préalables sur les passagers), qui servent essentiellement à effectuer des contrôles d'identité dans le cadre des contrôles aux frontières et de la gestion des frontières, les PNR sont un outil de renseignement sur les activités criminelles intéressant au plus haut point les autorités répressives, destinataires de ces données. La possibilité de les exploiter de manière réactive, en temps réel ou de façon proactive leur confère un intérêt particulier.

Le fait que des partenaires stratégiques de l'UE utilisent ces données à des fins répressives et qu'un nombre croissant d'Etats leur emboîte le pas souligne la portée pratique des échanges d'information dans le cadre des accords PNR. Cette question a, par ailleurs, nourri un important débat portant, entre autres, sur la base juridique de ces accords et leur compatibilité au regard des droits fondamentaux parmi lesquels les droits à la protection des données, au respect de la vie privée et à l'égalité, envisagée sous le prisme du principe de non-discrimination. L'intensification des échanges de données au niveau mondial, la révélation, en 2013, de l'existence de programmes de collecte massive de renseignements aux Etats-Unis, les mutations techniques affectant le transfert et le traitement des données personnelles ainsi que les modifications de l'environnement juridique, qui s'y rapportent, confèrent un haut degré de fluidité à l'encadrement conventionnel des échanges de données PNR. La recrudescence des activités terroristes menées au nom de Daech sont de nature Deux accords PNR sont actuellement en vigueur dans les relations entre l'UE et des Etats tiers : l'accord signé le 24 septembre 2011 entre l'Union européenne et l'Australie et l'accord signé le 14 décembre 2011 entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique. La procédure de conclusion a été mise en œuvre pour l'élaboration de

deux nouveaux accords : un accord a été signé le 25 juin 2014 entre le Canada et l'Union européenne et un accord entre l'Union européenne et le Mexique est au stade des négociations, formellement ouvertes le 14 juillet 2015.

Afin de restituer une vision d'ensemble des accords PNR conclus par l'UE, il importe de se situer dans une perspective évolutive qui mettra en lumière la difficile conciliation entre, d'une part, les exigences juridiques et les considérations diplomatique et, d'autre part, les impératifs de sécurité et le respect des droits fondamentaux. Divers acteurs au sein de l'UE veillent tout particulièrement à la prise en compte équilibrée de ces différents paramètres : la Commission, le Parlement européen, la Cour de justice, le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) et le groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par l'article 29 de la directive 95/46/.

### **I. Le banc d'essai des accords bilatéraux de la première génération : le primat de la sécurité dans un esprit « d'entente cordiale »**

Sont concernés : l'accord PNR signé avec les Etats-Unis le 28 mai 2004 et qui est immédiatement entré en vigueur ; l'accord avec le Canada signé le 3 octobre 2005 et entré en vigueur le 22 mars 2006; l'accord avec les Etats-Unis signé le 23 juillet 2007 et mis en application provisoire le 26 juillet 2007 ; l'accord avec l'Australie signé le 30 juin 2008 et appliqué à titre provisoire à compter de la date de la signature.

#### **A. Des régimes juridiques plus ou moins insatisfaisants**

L'accord de 2004 avec les Etats-Unis, conclu dans le sillage des attentats de New-York, accuse un déséquilibre patent en défaveur de la Communauté et ne présente guère de garanties en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux des citoyens européens. Le Parlement européen, soutenu par le Contrôleur européen des données a saisi la Cour d'un recours en annulation dirigé contre le Conseil, soutenu par la Commission et le Royaume-Uni tendant à obtenir l'annulation de la décision de conclusion de cet accord. Le Parlement a avancé six moyens d'annulation, tirés du choix erroné de l'article 95 du TCE comme base juridique de la décision contestée et de la violation, respectivement, de l'article 300, §3, al. 2 du TCE, de l'article 8 de la CEDH, du principe de proportionnalité, de l'exigence de motivation et du principe de coopération loyale. Par économie de procédure, la Cour ne se prononce que sur le premier moyen. La décision de conclusion est annulée, le juge ayant constaté qu'elle ne pouvait être valablement fondée sur l'article 95 du TCE car portant sur un domaine qui relève du troisième pilier.

Tirant les conséquences de l'arrêt de la Cour, le Conseil et la Commission ont dénoncé l'Accord avec effet au 30 septembre 2006.

Si l'accord signé avec les Etats-Unis, le 23 juillet 2007, comporte des dispositions positives telles la réduction du nombre de champs de données, qui passent de 34 à 19, l'annonce de l'extension

par la voie administrative du bénéfice de la loi américaine sur la protection de la vie privée aux citoyens de l'Union européenne ou celle du recours au « système push » à la place du « système pull », il demeure critiquable à plusieurs égards.

L'accord avec le Canada bénéficie d'un système législatif de protection des données beaucoup plus développé que celui des Etats-Unis, offrant une protection à la personne concernée, y compris un contrôle par un commissaire indépendant à la protection de la vie privée. Néanmoins, la législation canadienne n'offre pas une totale protection aux citoyens de l'Union européenne. Les engagements pris par les autorités canadiennes visent à combler cette lacune. Prenant acte de ces réalités juridiques, le CEPD a approuvé les principaux éléments de l'accord proposé.

L'accord avec l'Australie prévoit que la loi australienne sur la protection de la vie privée s'appliquera intégralement aux citoyens de l'Union. Toutefois, il existe des exceptions et des exemptions qui risquent de n'accorder aux citoyens de l'Union qu'une protection juridique incomplète. Un mécanisme de résolution des conflits en cas de différend entre les parties à l'accord est prévu et les autorités compétentes de l'Union européenne en matière de protection des données peuvent exercer les pouvoirs dont elles disposent pour suspendre les transferts de données afin de protéger les personnes physiques en ce qui concerne le traitement de leurs données à caractère personnel lorsqu'il existe une forte probabilité que les dispositions de l'accord ne sont pas respectées. Le cadre juridique mis en place est le plus favorable en ce qui concerne le traitement des données sensibles. En effet, le service des douanes australien a expressément déclaré ne pas avoir besoin ni souhaiter de données sensibles à l'instar du constat déjà établi pour l'accord avec les Etats-Unis de 2007. La période de conservation des données qui est de cinq ans et demi, période plus courte que celle prévue dans l'accord avec les Etats-Unis de 2007, a été jugée disproportionnée dans la mesure où les finalités pour lesquelles les données concernant les voyageurs sont conservées ne sont pas suffisamment précisées.

Des critiques supplémentaires ont pu être adressées non pas aux dispositions de ces accords mais à la manière dont ils ont été mis en œuvre. On a pu constater que les autorités répressives des Etats parties n'ont pas toujours été soucieuses d'assurer la réciprocité, la transparence et le respect des procédures prévues par ces accords.

## **B. La réaction de la Commission au nom de la cohérence : l'élaboration d'une démarche globale en matière de transfert des données des dossiers passagers (PNR) aux pays tiers**

C'est dans sa communication du 21 septembre 2010, que la Commission expose, pour la première fois, un ensemble de critères généraux qui servirait de base aux futures négociations relatives aux accords PNR à conclure avec les pays tiers. « L'UE pourra ainsi mieux répondre aux tendances actuelles et expliquer aux pays tiers, aux États membres et aux citoyens comment la Commission européenne souhaite définir sa politique extérieure relative aux dossiers passagers ».

Après avoir rappelé les tendances internationales relatives aux données passagers, la Commission détaille les raisons motivant sa révision de la démarche globale explicitée

dans sa communication du 16 décembre 2003. Elle insiste sur trois lignes directrices : l'existence d'un intérêt partagé pour la sécurité, un niveau adéquat de protection des données à caractère personnel, la prise en considération de la globalité de la relation extérieure de l'UE avec le pays tiers concerné.

Sont énoncés, ensuite les principes de base que les Etats tiers demandeurs devront respecter

En ce qui concerne les modalités de transmission, la Commission préconise de les simplifier et de les uniformiser afin de réduire leurs coûts pour les transporteurs. Elles doivent également être conçues de manière à assurer la sécurité juridique.

Enfin, la Commission expose les concepts généraux devant sous-tendre la coopération avec les Etats tiers.

Des considérations politiques et d'ordre commercial vont mettre en exergue la relativité des préconisations figurant dans la communication de la Commission, comme en témoigne le contenu des accords PNR de la deuxième génération signés avec les Etats-Unis et le Canada.

## **II. La résistance persistante à une protection adéquate des données et les perspectives d'évolution des accords PNR**

Alors que le traité de Lisbonne a supprimé la structure en pilier et soumis l'ELSJ à la procédure institutionnelle, qu'il consacre des dispositions spécifiques à la protection des données (art. 16 du TFUE et déclaration n° 21), qu'il reconnaît au Parlement européen le droit d'approuver les accords internationaux relatifs à la protection des données (art. 16, §2 combiné avec l'article 218, §6 v) et qu'il reconnaît à la Charte des droits fondamentaux de l'UE (art. 8, §1 du TUE), qui consacre dans son article 8 « le droit de toute personne à la protection des données personnelles la concernant », la même valeur juridique qu'aux traités constitutifs, des accords PNR signés ou conclus par l'UE avec des Etats tiers, à partir de 2011, se révèlent décevants au regard des garanties que l'ordre juridique de l'Union est censé offrir à toute personne.

Cette situation paradoxale se vérifie, en ce qui concerne l'accord signé avec les Etats-Unis le 14 décembre 2011 et celui signé avec le Canada le 25 juin 2014. De toute évidence, la Commission n'a pu obtenir de ces deux pays ce qu'elle avait réussi à négocier avec l'Australie, dans le respect des exigences posées par le Parlement européen et en conformité avec les principes inspirant sa démarche globale, telle qu'explicitée dans sa communication de 2010.

### **A. La contestation de la compatibilité avec les droits fondamentaux des accords UE-Etats-Unis et UE-Canada**

La phase qui a précédé l'approbation de l'accord UE-Etats-Unis par le Parlement a été marquée par une mise en cause de diverses dispositions du projet d'accord au regard du droit à la protection des données. Le service juridique de la Commission a tiré la sonnette d'alarme dès le 16 mai 2011 à l'adresse de la Direction générale des Affaires intérieures. Le CEPD et le « groupe de l'article 29 » ont considéré qu'un certain nombre de stipulations ne répondaient pas, en l'état, aux exigences de la Charte des droits fondamentaux dont le respect intégral s'impose aux

institutions de l'UE. Au sein même du Parlement européen, de fortes dissensions ont surgi. Ainsi, Mme Sophie In't Veld, rapporteure de la Commission LIBE et qui s'était prononcée en faveur du rejet du projet d'accord sans être suivie par ladite Commission, s'est dissociée de la résolution législative approuvant le projet d'accord. Enfin, les ONG, dont l'Association européenne pour la défense des droits de l'homme, se sont fortement mobilisées contre l'accord envisagé et ont réclamé son rejet par le Parlement européen. Mais rien n'y fit. Une majorité de députés européens, sensibles au plaidoyer sécuritaire du Congrès américain et à l'argumentaire commercial en faveur de l'interopérabilité des systèmes informatiques dans les relations transatlantiques, a approuvé le projet d'accord, le 19 avril 2012, par 409 voix contre 226 et 33 abstentions.

Avant même sa signature, l'accord entre l'UE et le Canada du 25 juin 2014 avait suscité des réserves sur sa compatibilité avec les traités et la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Ainsi, dans son avis du 30 septembre 2013, le CEPD s'interrogeait sur la nécessité et la proportionnalité des systèmes PNR et du transfert massif de données PNR vers des pays tiers. En outre, il mettait en doute le choix de la base juridique matérielle et faisait part de diverses observations et propositions quant aux différentes dispositions de l'accord envisagé. Cet avis n'entraînera aucune modification du texte du projet l'accord présenté à la signature. Sollicité par le Conseil pour approuver la conclusion de l'Accord, le Parlement européen, qui tenait à se prononcer en connaissance de cause, a présenté, le 30 janvier 2015, une demande d'avis au titre de l'article 218, § 11 du TFUE.

Les questions de compatibilité de ce projet d'accord avec les traités constitutif portent à la fois sur la base juridique et sur le respect des 7, 8 et 52, §1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. C'est la première fois que la CJUE est appelée à se prononcer sur la compatibilité d'un accord envisagé avec la Charte.

Le Conseil avait retenu comme base juridique de l'accord envisagé l'article 82, paragraphe 1, sous d), et l'article 87, paragraphe 2, sous a), TFUE, lus en combinaison avec l'article 218, paragraphe 6, sous a), v), TFUE. Dans ses conclusions l'avocat général, M. Mengozzi, se prononce en faveur d'une pluralité de bases juridiques relevant à la fois de l'ELSJ et des dispositions d'application générale du TFUE : l'article 87, paragraphe 2, sous a) et l'article 16, paragraphe 2, premier alinéa, dont la Cour serait amenée, pour la première fois, à préciser la portée, lus en combinaison avec l'article 218, paragraphe 6, sous a), v), TFUE. En effet, l'examen de la finalité et du contenu de l'accord envisagé mettrait en évidence que celui-ci poursuit, d'une part, un objectif de lutte contre le terrorisme et d'autres formes graves de criminalité transnationale et, d'autre part, du respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel. Cette dualité d'objectifs se double d'une dualité de composantes de l'accord « sans que, globalement, ni ces deux objectifs ni ces différentes composantes puissent être hiérarchisées et dissociées.

Pour apprécier la compatibilité de l'accord avec la Charte, qui constitue un exercice inédit, l'avocat général a pris le soin d'informer préalablement sur la logique sous-jacente à son analyse et qui devrait s'imposer en la matière. Il se positionne clairement en faveur d'un « contrôle strict » du respect des exigences posées par les articles 7, 8 et l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, tels qu'interprétés à la lumière des arrêts du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland e.a.* et du

6 octobre 2015, Schrems. Cependant, cette démarche devra composer avec les contraintes liées à la coopération internationale.

Partant, l'avocat général considère que certaines dispositions de l'accord envisagé sont compatibles sous condition et que d'autres sont incompatibles.

En ce qui concerne la compatibilité sous condition, elle porte sur onze points. Des améliorations sont préconisées principalement sous l'angle de la transparence, de la confidentialité de la sécurité juridique. Par ailleurs, des modifications sont jugées nécessaires en ce qui concerne la conservation des données, leur partage entre les autorités publiques canadiennes ou avec des Etats tiers, les modalités de garantie du respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel des passagers dont les données des dossiers passagers sont traitées.

L'incompatibilité de l'accord envisagée avec les articles 7, 8 et l'article 52, paragraphe 1, de la Charte résulterait de 5 dispositions. La méconnaissance des principes de nécessité et de proportionnalité en matière d'ingérence dans le droit au respect des données, du droit à ne pas être discriminé, du droit à ce que les données soient traitées loyalement et à des fins déterminées sur la base du fondement légitime prévu par l'accord c'est-à-dire la lutte contre le terrorisme et les formes graves de criminalité internationale.

## **B. Les perspectives d'évolution des régimes relatifs aux transferts de données passagers**

Le contexte juridique semble particulièrement propice à un déplacement du curseur vers une protection accrue de la protection des données transférées et traitées dans le cadre des accords PNR conclus par l'UE avec des Etats tiers.

Cette orientation est encouragée à la fois par l'évolution récente du droit de l'UE, du droit conventionnel bilatéral et multilatéral ainsi que de la législation de certains Etats tiers.

En ce qui concerne la réforme de la protection des données dans l'UE, il faut mentionner le règlement 2016/679, la directive 2016/680 (directive sur la police) et la directive 2016/681/ (PNR européen). Dans la mesure où ces actes assurent un niveau cohérent et élevé de protection dans l'ordre interne, ils confortent la position de l'UE dans les négociations internationales et devraient faciliter à l'avenir la substitution d'accords PNR conclus par l'UE aux nombreux accords bilatéraux PNR en vigueur entre les Etats membres de l'UE et des tiers.

Outre le droit dérivé, la prise de position attendue de la Cour dans l'avis 1/2015 ne sera pas limitée à l'accord UE-Canada mais aura une portée beaucoup plus large. Elle aura des répercussions notamment sur les accords PNR en vigueur et ceux qui seront conclus à l'avenir

Pour ce qui est des échanges de données PNR avec les Etats-Unis, les insuffisances de l'accord PNR du 14 décembre 2011 seront comblées sur des points importants par l'entrée en vigueur avec effet rétroactif de l'accord-cadre UE-Etats-Unis signé le 2 juin 2016. Comme le souligne la Commission dans sa communication du 29 février 2016. « L'accord-cadre consacrera, pour la toute première fois, un ensemble harmonisé et complet de mesures de protection des données qui s'appliqueront à tous les échanges transatlantiques entre les autorités compétentes dans le

domaine répressif. C'est, en réalité, un accord en matière de droits fondamentaux qui fixe une norme élevée de protection, à l'aune de laquelle tous les échanges de données prévus dans les accords présents et futurs devront être mesurés».

L'accord-cadre illustre également l'apport de l'évolution législative des Etats tiers au renforcement de la protection des données personnelles faisant l'objet de transferts internationaux. Ainsi le droit à un recours juridictionnel en cas de refus d'accès, de refus de rectification et de divulgation illicite n'a pu être consacré que grâce à l'adoption par le Congrès américain, le 10 février 2016 du « Judicial Redress Act » qui étendra aux citoyens de l'UE trois voies de recours majeures réservées jusqu'ici aux seuls citoyens américains, en application du Privacy Act de 1974.

Enfin le régime des PNR fait l'objet de travaux dans diverses organisations internationales. L'OACI collabore étroitement avec l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et l'Association du transport aérien international (IATA) pour élaborer des éléments indicatifs et faire connaître les normes internationales adoptées par les institutions compétentes de l'ONU. Si on a assisté, depuis les années 2000, à la consolidation du cadre multilatéral pour le transfert des données PNR au sein de l'OACI, l'initiative européenne, annoncée dans la communication du 16 décembre 2003 tendant à l'élaboration d'un accord multilatéral sur le transfert des données PNR au sein de l'Organisation, n'a pas connu de suites positives à ce jour.

Ces évolutions favorables à une protection renforcées des données dans les accords PNR actuels ou futurs conclus par l'UE avec les tiers ne sont pas irréversibles. Elles sont très largement dépendantes des paramètres sécuritaires et, plus exactement, de l'appréciation des impératifs de sécurité par les parties contractantes. D'où la nécessité pour l'Union européenne de se monter exigeante en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux tout en restant attentive aux prétentions des tiers. Mieux vaut un accord imparfait sur certains aspects concernant les droits des personnes que l'application d'une législation nationale offrant des garanties moindres.