

Audience de la Cour dans les affaires C-317/04 et C-318/04 (18 octobre 2005)

Plaidoirie du CEPD

M. le président, Mmes et MM les Juges, M. l'avocat-général,

C'est avec plaisir que je représente le Contrôleur européen de la protection des données qui intervient pour la première fois devant la Cour. De toute évidence, la possibilité d'intervenir dans des affaires devant la Cour contribue effectivement à la réalisation de notre mission, à savoir garantir un haut niveau de protection des droits fondamentaux dans le domaine de la protection des données, et ce dans toutes les politiques de la Communauté.

Dans cette plaidoirie nous voudrions souligner certains points de notre intervention écrite et surtout réagir aux observations de la Commission et du Conseil à propos de notre intervention.

Incidence des décisions attaquées sur la directive 95/46

Nous sommes convaincus que l'accord avec les États-Unis porte atteinte au niveau de protection des données dans la *Communauté* et dès lors modifie l'effet utile de la directive, les transporteurs ne pouvant plus respecter leurs obligations résultant de la directive. Ce point est essentiel pour la résolution de la présente affaire.

Au point 6 de ces observations à propos de notre intervention, le Conseil attire notre attention sur l'article 8 de l'accord avec les États-Unis dans lequel il est stipulé que ledit accord n'a pas pour objet de déroger à la législation des parties ni de la modifier. Dès lors, selon le Conseil, cet accord n'a donc ni pour but ni pour effet de soustraire les transporteurs aux obligations de la directive. La position du Conseil ne nous a pas convaincu.

Selon nous - dans le système "pull" et c'est bien le système dont il est question aujourd'hui - les transporteurs aériens sont obligés de donner accès au *Customs and Borders Protection Agency* (CBP) et ne peuvent pas garantir que les dispositions de la directive soient observées. À notre avis, toute autre interprétation des obligations des compagnies affaiblirait l'effet utile de l'accord.

Pourrions-nous imaginer une situation dans laquelle le transporteur européen soit en mesure de refuser l'accès au CBP ?

1. Il n'est pas permis aux transporteurs aériens de refuser l'accès aux autorités américaines au motif que les dispositions de la directive ne sont pas respectées. Un tel refus serait contraire à l'obligation du transporteur en vertu de l'article 2 de l'accord. En effet, cet article oblige les transporteurs à respecter la législation américaine (par contre, l'accord ne mentionne pas le respect de la directive!).

2. Les transporteurs ne sont pas en mesure de contrôler le respect des dispositions de la directive, puisque les autorités américaines ont un accès direct à leurs bases de données. Le système ne comprend pas de garanties pour les transporteurs leur permettant de contrôler l'exercice par le CBP du pouvoir qui lui a été conféré. Ils ne sont même pas en mesure de contrôler si l'accès se limite aux 34 catégories de données mentionnées dans l'annexe. En plus, une évaluation de l'accès effectué par le CBP n'est pas faite. En effet, il y a bien eu récemment une 'Joint Review', mais cette review ne portait pas sur le traitement des données effectué au sein des bases des données des transporteurs.

3. Les compagnies aériennes se voient donc dans l'impossibilité de respecter leurs obligations au titre de la directive et en particulier sur les points suivants. Je mentionne :

- article 6.b de la directive : elles ne peuvent pas garantir que les données, soient traitées de manière compatible avec les finalités originelles;
- article 6.c : elles ne peuvent pas garantir que les données traitées ne sont pas excessives, et il n'y a même pas de garantie que l'accès se limite aux 34 catégories de données;
- article 8 de la directive: elles ne peuvent pas garantir que les données sensibles ne sont pas consultées et traitées ultérieurement.
- En outre, le Conseil se réfère à l'article 7 de la directive, qui énumère les cas dans lesquels le traitement des données est légitime. Il mentionne deux points de l'article 7 qui - selon nous - ne peuvent servir de base dans le cas d'espèce. Le point b) fait référence à l'exécution du contrat. Cette disposition n'est pas pertinente: dans le cas d'espèce, l'obligation découle de l'accord et n'a rien à voir avec le contrat de voyage lui-même. Le point c) n'est pas non plus pertinent, parce que le traitement par le CBP n'est pas

nécessaire au respect d'une obligation légale. En effet, l'obligation n'est pas licite parce qu'elle ne respecte pas l'article 8 de la CEDH.

4. J'attire votre attention sur le système 'pull', mis en place comme système transitoire:

- "Pull" est largement reconnu comme non satisfaisant, même pour une période transitoire;
- Or, il n'y a pas de garanties que système pull soit effectivement remplacé par un système push.

Quant à l'article 8 de l'accord selon lequel l'accord ne produit aucun effet dérogatoire, nous estimons que cet article est sans effet dans la pratique.

Les dérogations à la directive sont tellement évidentes qu'elles ne peuvent être neutralisées par l'inclusion dans l'accord d'une disposition déclarant de manière purement théorique que cette dérogation ne se produit pas.

En outre, une interprétation littérale de l'article 8 conduirait à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. Dans un tel cas on ne peut pas interpréter une disposition d'un accord international littéralement, ce qui est reconnu dans l'article 32 de la Convention de Vienne sur les traités.

Dès lors, il est démontré que l'accord attaqué a une incidence effective sur la directive, ce qui devrait conduire à l'annulation de l'accord.

À la fin de ma plaidoirie sur le deuxième moyen du Parlement, je soulève 3 points additionnels.

Premier point additionnel: Dans nos observations écrites, nous avons souligné le caractère non contraignant des engagements du CBP. Ceci est contesté par le Conseil. Je rappelle que les engagements ne sont pas annexés à l'accord avec les États-Unis, mais à la décision déclaratoire de la Commission.

Or, c'est l'engagement 47 lui-même qui précise que "la présente déclaration d'engagement ne crée ni ne confère aucun droit ni aucun avantage". On ne saurait être plus clair.

Le deuxième point additionnel porte sur la source de l'obligation des transporteurs.

Dans le point 5 de ses observations à propos de notre intervention, le Conseil prétend que l'obligation de donner accès au CBP ne découle pas du droit américain, mais de la décision de la Commission.

Notre réaction sur cette observation du Conseil est brève et concise: il n'est pas pertinent de connaître la source de cette obligation, car ainsi que je viens de démontrer, c'est le contenu de l'obligation qui ne respecte pas la directive.

Néanmoins, cette observation me permet de clarifier la nature de la décision de la Commission qui est de caractère déclaratoire. Elle comporte l'opinion de la Commission sur l'état du droit dans un pays tiers, mais une telle décision ne peut en aucun cas mener à une obligation pour un responsable du traitement dans l'Union de transférer des données vers un pays tiers.

Le troisième point additionnel porte sur l'article 4 de la *directive*. Selon nous, il est évident que - dans le système 'pull' - c'est le transporteur qui est le responsable du traitement et c'est lui qui doit effectivement garantir que toutes les dispositions de la directive soient respectées. Une autre interprétation dans laquelle le CBP lui-même est le seul responsable n'est pas valable.

L'application de la notion d'un responsable non établi sur le territoire de la CE aux institutions nationales des pays tiers soulèverait d'immenses difficultés dans la pratique, ne serait-ce que pour la raison qu'une autorité d'un État tiers ne peut pas être poursuivie devant un juge d'un État membre pas plus qu'il ne peut désigner un 'représentant'.

En tout cas, le CBP ne remplit pas les conditions de l'article 4 (2) de la directive.

Violation des droits fondamentaux

Dans nos observations écrites, nous avons démontré que le traitement des données demandées par le CBP implique une ingérence dans la vie privée des passagers. Je me limite donc à un point spécifique, relatif à une observation du Conseil.

En ce qui concerne les données dans les champs ouverts, le Conseil fait savoir que le CBP s'est engagé à ne pas utiliser les données sensibles. Il est vrai que cet argument du Conseil est corroboré des résultats de la Joint Review. Les États-Unis ont apparemment mis en place un système de filtrage. Cependant, la mise en place de système n'affecte pas nos conclusions:

- il n'en reste pas moins vrai que de telles données sensibles sont en effet *transférées* aux États-Unis.
- on ne peut être sûr que ce système de filtrage s'applique dans tous les cas.

- en tout cas, le système permet l'accès à d'autres autorités américaines, comme le FBI, qui n'ont pas signé les engagements.

Je me permets une deuxième remarque: dans l'affaire C-318/04, la Commission et le gouvernement du Royaume Uni se réfèrent à l'arrêt *Soering* c/ RU de la Cour des Droits de l'homme. Selon cet arrêt, la coopération avec les EU est permise, sauf en cas de violation flagrante des normes de la CEDH.

Selon le CEPD, l'analogie avec l'affaire *Soering* n'est pas pertinente. Dans la présente affaire, il ne s'agit pas de la question de savoir si aux États-Unis la protection de la vie privée est violée, mais bien si l'accord que la CE a conclu - et qui fait par conséquent partie de l'acquis communautaire - respecte les droits fondamentaux. À cet égard, je me réfère à l'article 6, par. 2, du Traité de l'Union européenne, lequel va bien au-delà de la prévention des violations flagrantes.

Interprétation de la marge d'appréciation de la Commission prévue à l'article 25

La Commission a réagi à nos observations, mais interprète notre position à tort. Je souligne une fois de plus que, contrairement à ce que dit la Commission, selon nous la notion de niveau de protection adéquat ne demande pas que dans un pays tiers le niveau de protection devrait être 'équivalent' au niveau exigé au territoire de la Communauté.

Le mécanisme prévu à l'article 25.2 présente une relative flexibilité dans la mesure où il laisse une certaine liberté d'appréciation. Cela ne signifie pas pour autant que la compétence de la Commission soit exempte de toute limite ce qui découle déjà de l'inclusion des critères de fond dans l'article 25.2 elle-même. De plus:

- L'appréciation s'effectue toujours dans le cadre du respect des droits fondamentaux.

Les critères de fond ont été explicités de manière concrète par le groupe 29, et par ailleurs repris par la Commission dans l'adoption des autres décisions d'adéquation (et mentionnées même dans la présente décision dans les considérants 15 à 22).

La Commission rappelle qu'elle dispose d'une marge d'appréciation dans les affaires complexes. A cet égard, l'intervention du Royaume Unie fait référence aux affaires *Rau* (279, 280, 285 et 286/84) et *Fedesa* (331/88), dans le secteur de l'agriculture. Nous reconnaissons certes que la Commission dispose ici d'une marge d'appréciation.

Cependant, contrairement à certains règlements relatifs à la politique agricole, l'article 25 pose des limites clairement définies.

Exercice de la compétence de la Commission

Nous sommes d'avis que la Commission a dès lors outrepassé sa compétence!

Ici je me limiterai à quelques points spécifiques à l'appui de notre position.

1. Selon la Commission les données PNR seraient envoyées vers un système fermé propre au CBP et distinct du système américain.

Or et c'est bien là le problème : le système n'est pas fermé et n'est pas distinct du système américain, surtout parce qu'un transfert ultérieur aux autres autorités américaines n'est certainement pas exclu. De toute façon, l'administration américaine n'est pas liée par les engagements.

2. Le nombre de données concernées est excessif.

3. La durée de stockage des données paraît exagérée, beaucoup plus longue que par exemple les délais prévus dans les propositions sur la conservation de données des télécommunications actuellement discuté au sein du Parlement et du Conseil.

4. Le 'haut responsable' (ou bien le "Chief Privacy Officer") jouit d'une certaine indépendance et rapporte directement au Congrès. Néanmoins, son indépendance n'est pas suffisante au regard des exigences de la directive, en particulier parce qu'il fait partie de l'exécutif et est subordonné au Département de la Sécurité intérieure.

5. Absences de voies de recours : l'engagement 42 prévoit la possibilité d'un recours administratif auprès du CBP, mais non d'un recours judiciaire indépendant. Ceci ne satisfait pas à l'exigence de mettre à disposition de la personne concernée des voies de recours judiciaires effectives et indépendantes.

Dès lors, nous confirmons nos conclusions présentées dans nos observations écrites, selon lesquelles les deux décisions attaquées doivent être annulées.

M. le Président, Mmes et MM les Juges, M. l'avocat-général, je vous remercie de m'avoir donné l'opportunité d'exprimer l'opinion du Contrôleur européen de la protection des données.

Hielke HIJMANS

Agent du Contrôleur européen de la protection des données