

Bij Kabinetsmissive van 19 juli 2017, no.2017001229, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels ter implementatie van richtlijn (EU) 2016/681 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en ernstige criminaliteit (PbEU 2016, L 119) (Wet gebruik van passagiersgegevens voor de bestrijding van terroristische en ernstige misdrijven), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in een implementatie van Richtlijn 2016/681/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 (PNR-richtlijn)¹ over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (passagiersgegevens) voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven² en ernstige criminaliteit.³

Nadat het wetsvoorstel aan de Afdeling advisering van de Raad van State is voorgelegd, heeft het Hof van Justitie EU (Hof van Justitie) een bindend advies uitgebracht over de PNR-overeenkomst tussen de EU en Canada (PNR-overeenkomst).⁴ Het Hof van Justitie achtte de PNR-overeenkomst op onderdelen onverenigbaar met de door het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (het Handvest) gewaarborgde grondrechten op eerbiediging van het privéleven en bescherming van persoonsgegevens. De PNR-richtlijn en het wetsvoorstel bevatten op belangrijke punten vrijwel identieke bepalingen als de PNR-overeenkomst.

De implicaties van het advies van het Hof van Justitie voor de PNR-richtlijn enerzijds en de verplichting tot implementatie anderzijds plaatst de regering voor een dilemma. De Afdeling kan zich verenigen met het standpunt van de regering dat de implementatie doorgang moet vinden, nu de PNR-richtlijn niet door het Hof van Justitie ongeldig is verklaard. Tegelijk constateert de Afdeling dat de PNR-richtlijn in het licht van het advies van het Hof van Justitie in haar huidige vorm op een aantal onderdelen in strijd is met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten. Daarom kan volgens de Afdeling niet worden volstaan met de implementatie zoals die voorligt; er dienen stappen te worden gezet met het doel de PNR-richtlijn in overeenstemming te brengen met het Handvest.

De Afdeling adviseert in de toelichting inzichtelijk te maken hoe de gekozen wijze van implementatie van de PNR-richtlijn, met name ten aanzien van de gesignaleerde knelpunten, zich verhoudt tot de plicht tot eerbiediging van de door het Handvest gewaarborgde grondrechten. De Afdeling adviseert in de memorie van toelichting

¹ PB 2016, L 119/132.

² Misdrijven opgesomd in artikel 83 en 83b van het Wetboek van Strafrecht.

³ Dit betreft categorieën strafbare feiten genoemd in Bijlage 2 bij het wetsvoorstel (gelijkluidend aan Bijlage II bij de PNR-richtlijn), zoals deelneming aan een criminele organisatie, mensenhandel, seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, illegale handel in drugs en wapens, witwassen, corruptie, fraude en computercriminaliteit.

⁴ HvJEU 26 juli 2017, advies 1/15, ECLI:EU:C:2017:592.

uiteen te zetten welke stappen de regering reeds in Brussel heeft gezet of binnen afzienbare termijn zal zetten om de PNR-richtlijn in lijn met het Handvest te brengen.

1. Het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel vormt een nauwgezette omzetting van de PNR-richtlijn. De luchtvaartmaatschappijen zijn ingevolge het wetsvoorstel verplicht passagiersgegevens te verstrekken aan de nieuw op te richten passagiersinformatie-eenheid (PIU of Pi-NL). De Pi-NL heeft tot taak de door de luchtvaartmaatschappijen verstrekte passagiersgegevens te beoordelen en het resultaat van die verwerking zo nodig door te geven aan bevoegde instanties⁵ die nader onderzoek kunnen verrichten. Voorts kan de Pi-NL de gegevens uitwisselen met de PIU's van andere lidstaten en doorgeven aan Europol en derde landen.⁶

Het wetsvoorstel is van toepassing op vluchten naar en vanuit derde landen, alsmede op vluchten binnen de Europese Unie,⁷ en de passagiersgegevens van deze vluchten.

a. *passagiersgegevens*

Onder passagiersgegevens worden PNR- en API-gegevens begrepen. PNR-gegevens (Passenger Name Record) zijn de gegevens die passagiers op verzoek verstrekken aan luchtvaartmaatschappijen bij de reserveringen voor vluchten. Deze gegevens geven inzicht in gereserveerde en eerder gevolgde reisroutes, medepassagiers, bagage, contact- en betalingsgegevens. API-gegevens (Advance Passenger Information) zijn gegevens over een identiteitsdocument, nationaliteit, naam, geboortedatum en vluchtgegevens van de individuele passagier.⁸

b. *taken van de passagiersinformatie-eenheid (Pi-NL)*

De Pi-NL beoordeelt passagiers voor hun geplande aankomst in of gepland vertrek uit Nederland teneinde te bepalen welke personen moeten worden onderworpen aan een nader onderzoek door de bevoegde instanties of Europol, omdat zij betrokken zouden kunnen zijn bij een terroristisch misdrijf of ernstige criminaliteit. Daartoe worden de door de luchtvaartmaatschappijen aangeleverde gegevens vergeleken met gegevens in databanken van gesignaleerde personen dan wel getoetst aan vooraf vastgestelde risico-criteria.⁹ Bij een positieve overeenkomst na een geautomatiseerde vergelijking van de gegevens kan de Pi-NL het resultaat aan een bevoegde instantie, Europol of aan de PIU van een andere lidstaat doorgeven. De positieve overeenkomst wordt door menselijke tussenkomst gecontroleerd teneinde te bepalen of een bevoegde instantie maatregelen moet treffen of nader onderzoek moet doen.

De Pi-NL behandelt voorts vorderingen tot gegevensverstrekking van de bevoegde instanties, verzoeken van PIU's van andere lidstaten, Europol of van derde landen. De overeenkomstig het wetsvoorstel verzamelde gegevens mogen door de Pi-NL en de bevoegde instanties uitsluitend worden verwerkt om terroristische misdrijven en bepaalde vormen van ernstige criminaliteit te voorkomen, op te sporen, te onderzoeken

⁵ Hieronder vallen het openbaar ministerie, de politie, de bijzondere opsporingsdiensten, de Koninklijke marechaussee en de Rijksrecherche.

⁶ Artikel 5 van het wetsvoorstel.

⁷ Met het wetsvoorstel wordt dus gebruik gemaakt van de lidstaatoptie van artikel 2, eerste lid om de PNR-richtlijn, die enkel van toepassing is op vluchten naar of vanuit derde landen (artikel 1, eerste lid onder a), ook toe te passen op alle vluchten binnen de Unie.

⁸ Zie Bijlage 1 bij het wetsvoorstel, gelijkloidend aan Bijlage I bij de PNR-richtlijn.

⁹ Artikel 6 van het wetsvoorstel.

of te vervolgen.¹⁰ Dit laatste geldt ook voor de uitwisseling van passagiersgegevens met andere lidstaten en Europol en voor de doorgifte van deze gegevens aan derde landen.¹¹

c. *gegevensbescherming*

Het wetsvoorstel bevat regels over de gegevensbescherming, zoals bewaartermijnen voor de passagiersgegevens (vijf jaar met een depersonalisering na zes maanden¹²) en de benoeming van een functionaris voor de gegevensbescherming die belast is met de controle op de verwerking van de persoonsgegevens door de passagiersinformatie-eenheid.¹³ Het verwerken van bijzondere persoonsgegevens¹⁴ is op grond van de PNR-richtlijn en het wetsvoorstel niet toegestaan.¹⁵ Op de verwerking van de passagiersgegevens door de Pi-NL zijn de bepalingen van de Wet politiegegevens (Wpg) inzake de rechten van betrokkene en het toezicht van toepassing.¹⁶

2. Implicaties van het advies van het Hof van Justitie EU inzake de PNR-overeenkomst tussen de EU en Canada

a. *advies van het Hof van Justitie*

Het Hof van Justitie heeft op 26 juli 2017 een advies uitgebracht over de voorgenomen PNR-overeenkomst tussen de Europese Unie en Canada over de doorgifte van passagiersgegevens door luchtvaartmaatschappijen.¹⁷ Volgens het Hof van Justitie is de PNR-overeenkomst op belangrijke onderdelen, zoals de opslag en het gebruik van de bewaarde passagiersgegevens, slechts met inachtneming van de door het Hof van Justitie geformuleerde nadere voorwaarden verenigbaar met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten op eerbiediging van het privéleven en bescherming van persoonsgegevens.¹⁸ Het advies heeft een bindend karakter. Omdat het Hof van Justitie afwijzend heeft geadviseerd, kan de voorgenomen PNR-overeenkomst niet in werking treden, behoudens in geval van wijziging daarvan of herziening van de Verdragen.¹⁹

¹⁰ Artikel 2 van het wetsvoorstel.

¹¹ Artikelen 10-13 van het wetsvoorstel.

¹² Dit betekent dat de passagiersgegevens waaruit rechtstreeks de identiteit van een persoon kan worden afgeleid, zes maanden na ontvangst ervan worden afgeschermd. Na deze termijn kunnen deze gegevens worden doorgegeven met toestemming van de officier van justitie en na kennisgeving aan de functionaris gegevensbescherming. Artikel 20, eerste lid, onder d, van het wetsvoorstel.

¹³ De functionaris voor de gegevensbescherming is belast met de controle op de verwerking van de persoonsgegevens door de Passagiersinformatie-eenheid en met de uitvoering van de desbetreffende waarborgen voor de gegevensbescherming. Voorts is hij voor een betrokkene het contactpunt voor alle aangelegenheden in verband met de verwerking van de persoonsgegevens van die betrokkene door de verantwoordelijke. Zie artikel 18 van het wetsvoorstel.

¹⁴ Dit betreft persoonsgegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras of etnische afkomst, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven of geaardheid of lidmaatschap van een vakvereniging.

¹⁵ Artikelen 6, derde lid, 7, derde lid, en 19 van het wetsvoorstel.

¹⁶ Artikel 17 van het wetsvoorstel.

¹⁷ HvJEU 26 juli 2017, advies 1/15, ECLI:EU:C:2017:592. Het advies is uitgebracht op verzoek van het Europees Parlement op grond van artikel 218, elfde lid, VWEU.

¹⁸ Artikelen 7, 8 en 52, eerste lid, van het Handvest. Voor zover de PNR-overeenkomst niet uitsluit dat gevoelige gegevens aan Canada worden doorgegeven, gebruikt en bewaard, is de PNR-overeenkomst volgens het Hof van Justitie niet met de grondrechten uit het Handvest verenigbaar. Advies 1/15, punten 164-167. Overigens wijkt de PNR-overeenkomst op dit punt af van de PNR-richtlijn, waarin doorgifte van gevoelige gegevens is uitgesloten.

¹⁹ Artikel 218, elfde lid, VWEU.

De PNR-richtlijn en de PNR-overeenkomst bevatten op belangrijke onderdelen vrijwel identieke bepalingen. Analyse van de PNR-richtlijn in het licht van het advies van het Hof brengt een aantal knelpunten aan het licht, die ertoe leiden dat de PNR-richtlijn, net als de PNR-overeenkomst, op onderdelen in strijd is met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten. Deze knelpunten betreffen de afbakening van de PNR-gegevens die moeten worden doorgegeven,²⁰ de eisen die aan de modellen en criteria voor de geautomatiseerde verwerking van PNR-gegevens moeten worden gesteld,²¹ de bewaring en gebruik van de passagiersgegevens,²² de nadere uitwerking van de categorie ernstige misdrijven met het oog waarop passagiersgegevens mogen worden verwerkt,²³ de doorgifte van PNR-gegevens aan andere landen²⁴ en het recht van passagiers op informatie over de doorgifte van hun PNR-gegevens.²⁵

Gelet op de inhoudelijke overeenkomsten tussen de PNR-richtlijn en de PNR-overeenkomst roept dit over het wetsvoorstel dat een omzetting vormt van de PNR-richtlijn vergelijkbare vragen op omtrent de verenigbaarheid daarvan met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten.

b. *memorie van toelichting*

Het advies van het Hof is uitgebracht nadat het wetsvoorstel aan de Afdeling advisering is voorgelegd. In de memorie van toelichting kon er inhoudelijk dus nog niet op worden ingegaan. Wel wordt naar aanleiding van een opmerking van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) over het door het Hof van Justitie (op dat moment nog uit te brengen) advies het volgende vermeld:

“Verder mist de AP in het conceptwetsvoorstel een overweging die aangeeft op welke wijze rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat de aanstaande uitspraak²⁶ van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak PNR EU-Canada maakt dat het huidige wetsvoorstel niet in stand kan blijven.

Een dergelijke overweging is naar mijn opvatting niet nodig, omdat de betreffende Hof van Justitie zaak geen directe betrekking heeft op de PNR-

²⁰ De regeling dient duidelijk en nauwkeurig te bepalen welke PNR-gegevens de luchtvaartmaatschappijen moeten doorgeven. Advies 1/15, punt 154 en 155.

²¹ De vooraf vastgestelde modellen en criteria moeten ten eerste specifiek en betrouwbaar zijn en mogen zij ten tweede niet discrimineren. Evenzo dient te worden gepreciseerd dat de databases waarmee de PNR-gegevens worden vergeleken, betrouwbaar en up-to-date moeten zijn en dat het enkel mag gaan om databases die worden gebruikt met het oog op de strijd tegen terrorisme en ernstige criminaliteit. Advies 1/15, punt 172.

²² Het Hof formuleert in advies 1/15 (punten 190-211) nadere voorwaarden voor het bewaren en het gebruik van passagiersgegevens, waaronder een voorafgaande controle door hetzij een rechterlijke instantie, hetzij een onafhankelijke bestuurlijke entiteit, naar aanleiding van een gemotiveerd verzoek van de autoriteiten. Voorts overweegt het Hof dat de persoonsgegevens van een luchtreiziger na diens vertrek enkel mogen worden bewaard indien op grond van objectieve gegevens kan worden aangenomen dat deze luchtreiziger een risico kan opleveren in het kader van de strijd tegen terrorisme en ernstige criminaliteit (punt 207).

²³ Bij het beoordelen van de passagiers is de Pi-NL bevoegd de passagiersgegevens te verwerken met het oog op het voorkomen, opsporen, onderzoeken of vervolgen van terroristische of ernstige misdrijven. Volgens het Hof dient duidelijk en nauwkeurig te worden bepaald welke misdrijven hieronder vallen, door verwijzing naar welomschreven strafbare feiten (advies 1/15, punt 176-177).

²⁴ Advies 1/15, punt 212.

²⁵ Advies 1/15, punten 218-225.

²⁶ Bedoeld wordt advies in plaats van uitspraak.

richtlijn. De PNR-richtlijn behoudt, ongeacht de uitspraak van het Hof van Justitie, zijn rechtsgeldigheid en verplicht tot implementatie ervan in de nationale wetgeving. Dat wordt alleen anders in het geval dat het Hof van Justitie in een zaak met betrekking tot uitvoering van de PNR-richtlijn deze richtlijn onverbindend zou verklaren of als de Europese wetgever de richtlijn zou wijzigen of intrekken. Een overweging zoals door de AP verzocht wordt om die reden niet nodig geacht.²⁷

c. *implementatieverplichting*

Gegeven is dat de PNR-richtlijn vooralsnog rechtsgeldig is en tot implementatie ervan in de nationale wetgeving verplicht, tenzij het Hof van Justitie de PNR-richtlijn onverbindend verklaart of de Europese wetgever de richtlijn zou wijzigen of intrekken. Dit is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie.²⁸ Ook op basis van het beginsel van Unietrouw moet Nederland alle maatregelen treffen om de nakoming van de uit de PNR-richtlijn voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.²⁹

Tegenover deze verplichting tot implementatie staat echter ook dat “een richtlijn³⁰, doordat zij een regeling treft in verband met de verwerking van persoonsgegevens die afbreuk kan doen aan de fundamentele vrijheden, en inzonderheid aan het recht op eerbiediging van het privéleven, noodzakelijkerwijs [moet] worden uitgelegd op basis van de grondrechten die door het Handvest worden gewaarborgd.”³¹ De rechtspraak en het advies van het Hof van Justitie bieden belangrijke handvatten voor de nadere invulling van de reikwijdte van deze grondrechten.³² Een implementatie van de PNR-richtlijn in overeenstemming met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten zoals nader uitgelegd door het Hof, zou echter op belangrijke onderdelen³³ verder strekken dan de PNR-richtlijn toelaat, hetgeen op juridische bezwaren stuit.³⁴ Gelet daarop rust op de instellingen en de lidstaten de verplichting om stil te staan bij de vraag welke gevolgen het advies van het Hof dient te hebben voor de PNR-richtlijn en zo nodig volgens de daartoe geldende procedures in EU-verband actie te

²⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 8. Advies en consultatie.

²⁸ Volgens het Hof van Justitie worden “handelingen van de instellingen van de Unie in beginsel vermoed rechtmatig te zijn en dus rechtsgevolgen in het leven te roepen, zolang zij niet zijn ingetrokken, in het kader van een beroep tot nietigverklaring nietig zijn verklaard of ten gevolge van een prejudiciële verwijzing of een exceptie van onwettigheid ongeldig zijn verklaard.” Zie HvJEU 6 oktober 2015, Schrems, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, punt 52 met verwijzing naar HvJEU 5 oktober 2004, Commissie/Griekenland, C-475/01, ECLI:EU:C:2004:585, punt 18. Van een juridisch non-existente handeling als bedoeld in laatstgenoemd arrest, is wat betreft de PNR-richtlijn geen sprake.

²⁹ Artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

³⁰ In die zaak richtlijn 95/46.

³¹ HvJEU 6 oktober 2015, Schrems, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, punt 38 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

³² Zie in dit verband ook overweging 22 van de considerans van de PNR-richtlijn: “Gelet op de in recente relevante rechtspraak van het Hof van Justitie van Justitie van de Europese Unie uiteengezette beginselen moet bij de toepassing van deze richtlijn worden gezorgd voor volledige eerbiediging van de grondrechten, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het evenredigheidsbeginsel.”

³³ Dit betreft in het bijzonder de nadere eisen die het Hof stelt aan het bewaren en het gebruik van de passagiersgegevens.

³⁴ Uit het arrest van het Hof van Justitie in bovenvermelde zaak Schrems (punt 52) volgt dat zolang een handeling van de Unie niet door het Hof ongeldig is verklaard, de lidstaten geen maatregelen mogen treffen die met de PNR-richtlijn in strijd zijn.

ondernemen.³⁵ Dat dit advies van het Hof geen betrekking heeft op de PNR-richtlijn maar op de PNR-overeenkomst tussen de EU en Canada, maakt het voorgaande niet anders; beide instrumenten bevatten op belangrijke onderdelen immers vrijwel identieke bepalingen.

³⁵ Het beginsel van Unietrouw brengt mee dat een lidstaat in overleg treedt met de Europese Commissie indien hij op onvoorziene en onvoorzienbare problemen stuit bij de uitvoering van een handeling van de Unie. Zie K. Lenaerts en P. van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union* (Sweet & Maxwell, 2004), alsmede HvJEU 5 oktober 2006, Commissie/Duitsland, C-105/02, ECLI:EU:C:2006:637, punt 87 en, naar analogie, HvJEU 2 juli 2002, Commissie/Spanje, C-499/99, ECLI:EU:C:2002:408, punt 24.

d. *conclusie*

De implicaties van het advies van het Hof van Justitie voor de PNR-richtlijn enerzijds en de verplichting tot implementatie anderzijds plaatst de regering voor een dilemma. De Afdeling kan zich verenigen met het standpunt van de regering dat de implementatie doorgang moet vinden, nu de PNR-richtlijn niet door het Hof ongeldig is verklaard. Tegelijk constateert de Afdeling dat de PNR-richtlijn in het licht van het advies van het Hof van Justitie in haar huidige vorm gelet op de hiervoor geschetste grondrechtelijke knelpunten op een aantal onderdelen in strijd is met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten. Het advies van het Hof vormt dan ook een duidelijk signaal over de toekomstbestendigheid van de PNR-richtlijn in haar huidige vorm. Daarom kan niet worden volstaan met enkel de voortzetting van de implementatie zoals die voorligt; er dienen daarnaast stappen te worden gezet met het doel de PNR-richtlijn in overeenstemming met het Handvest te brengen. Het ligt in de rede dat de regering dit probleem op grond van de eigen verantwoordelijkheid en gezien de uit het EU-recht voortvloeiende verplichting tot loyale samenwerking aan de orde zal stellen in de JBZ-Raad en bij de Europese Commissie.

De Afdeling adviseert in de toelichting inzichtelijk te maken hoe de gekozen wijze van implementatie van de PNR-richtlijn, met name ten aanzien van de gesignaleerde knelpunten, zich verhoudt tot de plicht tot eerbiediging van de door het Handvest gewaarborgde grondrechten zoals nader uitgelegd door het Hof in advies 1/15. De Afdeling adviseert in de memorie van toelichting uiteen te zetten welke stappen de regering reeds in Brussel heeft gezet of binnen afzienbare termijn zal zetten teneinde de PNR-richtlijn in overeenstemming met het Handvest te brengen.

3. Doorgifte passagiersgegevens aan derde landen

De taken van de Pi-NL zijn in artikel 5 van het wetsvoorstel opgenomen, waaronder het verwerken en opslaan van de PNR-gegevens en de doorgifte van die gegevens aan de informatie-eenheden van andere lidstaten, de bevoegde instanties en Europol.³⁶ Het verstrekken van passagiersgegevens aan derde landen als bedoeld in artikel 11 van de PNR-richtlijn ontbreekt echter in artikel 5 van het wetsvoorstel.

De Afdeling adviseert artikel 5 van het wetsvoorstel aan te vullen met de doorgifte van passagiersgegevens aan derde landen.

³⁶ Doorgifte aan deze instanties is nader uitgewerkt in artikelen 10, 11 en 12 van het wetsvoorstel.

4. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.17.0224/II

- De transponeringstabel aanvullen conform Aanwijzing 338, eerste en derde lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving, nu niet bij alle afzonderlijke artikelonderdelen van de Richtlijn 2016/681 is vermeld of en zo ja op welke wijze deze zijn geïmplementeerd.