



Advies nr 03/2017 van 11 januari 2017

Betreft: Ontwerp van een Memorandum of Understanding tussen de VS en België om een rechtstreekse toegang te organiseren tot nationale systemen van vingerafdrukgegevens en dit in het kader van de preventie van terrorisme en de strijd tegen illegale immigratie (CO-A-2016-071).

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 Minister van Binnenlandse Zaken, ontvangen op 16/11/2016;

Gelet op het verslag van de heer G. Vermeulen;

Brengt op 11 januari 2017 het volgend advies uit:

VOORAFGAANDE OPMERKING

De Commissie vestigt er de aandacht op dat er recent nieuwe Europese regelgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens werd uitgevaardigd: de algemene Verordening betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en de Richtlijn voor Politie en Justitie. Deze teksten verschenen in het Europese Publicatieblad van 4 mei 2016^[1].

De verordening, meestal GDPR (general data protection regulation) genaamd, is van kracht geworden twintig dagen na publicatie, nl. op 24 mei 2016 en wordt, twee jaar later, automatisch van toepassing: 25 mei 2018. De Richtlijn voor politie en justitie moet via nationale wetgeving omgezet worden tegen uiterlijk 6 mei 2018.

Voor de Verordening betekent dit dat vanaf 24 mei 2016, en gedurende de termijn van twee jaar voor de tenuitvoerlegging, op de lidstaten enerzijds een positieve verplichting rust om alle nodige uitvoeringsbepalingen te nemen en anderzijds ook een negatieve verplichting, de zogenaamde "onthoudingsplicht". Laatstgenoemde plicht houdt in dat er geen nationale wetgeving mag worden uitgevaardigd die het door de Verordening beoogde resultaat ernstig in gevaar zou brengen. Ook voor de Richtlijn gelden gelijkaardige principes.

Het verdient dan ook aanbeveling om desgevallend nu reeds op deze teksten te anticiperen. En het is in de eerste plaats aan de adviesaanvrager(s) om hier rekening mee te houden in zijn (hun) voorstellen of ontwerpen. De Commissie heeft in onderhavig advies, in de mate van het mogelijke en onder voorbehoud van mogelijke bijkomende toekomstige standpunten, alvast gewaakt over de hoger geschetste negatieve verplichting.

I. Onderwerp en context van de adviesaanvraag

1. De heer Jan Jambon, Minister van Binnenlandse Zaken (hierna "de aanvrager"), heeft op 16 november 2016 aan de Commissie gevraagd een advies te verstrekken over een ontwerp van

^[1] Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)

Richtlijn (EU) van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=OJ%3AL%3A2016%3A119%3ATOC>

Memorandum of Understanding between the Government of the United States of America and the Government of Belgium on enhancing cooperation to prevent terrorist travel and to Combat Illegal Immigration (hierna "de MOU"). De aanvrager verzoekt niet alleen advies omtrent de MOU en de operationele gegevensuitwisselingen die er ingevolge dit instrument zouden plaatsvinden, maar ook omtrent een voorafgaandelijke testfase die zou uitgevoerd worden op basis van vingerafdrukgegevens die de laatste drie maanden in België zijn afgenomen.

2. De MOU heeft tot doel om tussen de VS en ons land een wederzijdse, rechtstreekse toegang mogelijk te maken tot nationale systemen van vingerafdrukgegevens en dit voor meerdere finaliteiten, waaronder de toepassing van migratiewetgeving en terrorismebestrijding. In de adviesaanvraag wordt concreet melding gemaakt van een toegang tot:

- a. De AFIS-databank van de Federale politie¹;
- b. De databank van de Dienst Printrak²;
- c. De Visanet-databank³;

3. De MOU is kennelijk geïnspireerd op de Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Verenigde Staten van Amerika *inzake de bevordering van de samenwerking bij het voorkomen en bestrijden van ernstige criminaliteit* (hierna "het Prüm-like akkoord"), waaromtrent de Commissie op 24 november 2010 haar advies nr. 27/2010 verleende en die bij wet van 8 mei 2014 werd goedgekeurd door het Belgisch parlement⁴. De MOU zou echter op meerdere punten een stuk verder gaan dan het Prüm-like akkoord, in het bijzonder omdat de nieuwe regeling veel ruimere finaliteiten zou hebben en omdat er ook veel meer gegevens op een geautomatiseerde wijze zouden uitgewisseld worden.

¹ De Centrale directie van de technische en wetenschappelijke politie van de Federale politie omvat zes diensten, waaronder de Dienst Gerechtelijke Identificatie. Deze dienst beheert de nationale gegevensbank van de gerechtelijke vingerafdrukken. Zij staat in voor de verzameling, verwerking en exploitatie van de dactyloscopische fiches via een geautomatiseerd identificatiesysteem van vingerafdrukken (AFIS), en verwerkt en vergelijkt de vingersporen opgenomen op de plaats van misdaden en wanbedrijven.

(<http://www.politie.be/fed/nl/over-ons/centrale-directies/centrale-directie-van-technische-en-wetenschappelijke-politie>)

² De Dienst Printrak werd opgericht in 1993 binnen de Dienst Vreemdelingenzaken en had als doel het vermijden van meervoudige asielaanvragen door het afnemen en vergelijken van vingerafdrukken. Geleidelijk aan werd het takenpakket uitgebreid en werden eveneens vingerafdrukken voor politiediensten, in het kader van identificatie, genomen. Ook de Centra voor illegalen bleken al gauw een belangrijke leverancier van vingerafdrukken. In januari 2003 werd Eurodac opgestart. Deze Europese databank voor vingerafdrukken van asielzoekers dient als technisch hulpmiddel bij het uitvoeren van de Dublin-akkoorden. De Dienst Printrak is het enige Belgische toegangspunt tot deze databank. In 2007 werden de eerste stappen gezet om een bijkomende databank aan het vingerafdrukstelsel toe te voegen, namelijk de databank "Illegalen". Deze databank werd in gebruik genomen op 1 januari 2008.

(https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/NL/Documents/2013_NL.pdf#search=dienst%20printrak)

³ De FOD Binnenlandse Zaken, met name de Dienst Vreemdelingenzaken, is de bevoegde overheid voor het afleveren van visa voor toegang tot de Schengenruimte, of het nu gaat voor een kort verblijf, een doorreis dan wel een lang verblijf. Deze Dienst wordt overigens vermeld als verantwoordelijke voor de verwerking in de op zijn website beschikbare aanvragen voor visa van het "Schengentype" of "lang verblijf". (zie randnummers 9 t.e.m. 16 van Advies nr. 32/2016)

⁴ Wet van 8 mei 2014 houdende instemming met de Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Verenigde Staten van Amerika inzake de bevordering van de samenwerking bij het voorkomen en bestrijden van ernstige criminaliteit, gedaan te Brussel op 20 september 2011.

4. De MOU is ook gelieerd aan de discussie die al jaren gevoerd wordt tussen de VS en de EU omtrent het zogenaamde "Umbrella-akkoord"⁵. Dit akkoord zal, wanneer het in werking treedt, regelen hoe Amerikaanse en Europese justitiële en politieke autoriteiten in strafzaken moeten omgaan met persoonsgegevens wanneer ze die bv. uitwisselen tijdens een onderzoek naar terrorisme of andere misdrijven. De discussies omtrent dit akkoord zijn in een finale fase aanbeland, aangezien zowel het Europees Parlement als de Europese Raad, respectievelijk op 1 december 2016 en op 2 december 2016 instemden met de onderhandelde tekst ervan. Het Umbrella-akkoord zal uitwerking krijgen van zodra ook de VS heeft laten weten er formeel mee in te stemmen⁶. Hoewel het akkoord dus juridisch nog niet van kracht is, is de kans groot dat dit in de zeer nabije toekomst het geval zal zijn. In onderhavig advies toetst de Commissie de MOU alvast aan sommige bepalingen uit het akkoord zoals dit door de EU werd goedgekeurd⁷ (hierna "het Umbrella-akkoord")⁸.

II. Ten gronde

A. Basisstandpunt van de Commissie: noodzaak aan een solide wettelijke basis

a) Inleiding

5. De Commissie stelt vast dat de Verenigde Staten niet voor komen op de door de Europese Commissie opgestelde lijst van landen die een passende bescherming bieden inzake persoonsgegevens. In onderhavige context kan aldus geen toepassing gemaakt worden van de rechtsgrondslag voor internationale gegevenstransfers die wordt voorzien in artikel 21 WVP. Van de andere mogelijke grondslagen voor een doorgifte van persoonsgegevens aan derde-landen meent de Commissie dat enkel artikel 22, 4°, WVP ("*de doorgifte is noodzakelijk of wettelijk verplicht vanwege een zwaarwegend algemeen belang (...)*") nader dient te worden geanalyseerd, aangezien de overige grondslagen die in artikel 22 WVP worden opgesomd, klaarblijkelijk niet van toepassing zijn.

⁵ Agreement between the United States of America and the European Union on the protection of personal information relating to the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offenses.

⁶ <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/12/02-umbrella-agreement/>

⁷ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/dp-umbrella-agreement_en.pdf

⁸ De Commissie merkt op dat niet alle gegevensverwerkingen die in de MOU worden voorzien onder het toepassingsgebied van het Umbrella-Akkoord vallen. Het toepassingsgebied van het Umbrella-akkoord (Artikel 3, punt2) omvat bijvoorbeeld geen nationale veiligheidskwesties, terwijl deze wel onder de werkingssfeer van de MOU (punt 3) vallen. Aangezien het grootste deel van de in de MOU beoogde verwerkingen weldegelijk onder het Umbrella-akkoord vallen, zal de Commissie de MOU ook in het licht van dit akkoord onderzoeken.

6. De Commissie is van oordeel dat voornoemd artikel 22, 4°, WVP – en meer specifiek de volgende passage: *“de doorgifte is (...) wettelijk verplicht vanwege een zwaarwegend algemeen belang (...)”* – samen moet gelezen worden met artikel 22 GW, dat een formele wettelijke basis vereist voor elke inmenging in het privéleven. De gegevensverwerkingen die in de MOU worden geschetst en de gegevensverwerkingen die noodzakelijk zijn om de nationale gegevensbanken (cf. supra randnummer 2) te voeden die in het kader van de MOU zouden bevroegd worden, vormen immers – gelet op de aard en de hoeveelheid verwerkte gegevens, de context en de vooropgestelde doeleinden – een belangrijke inmenging in het privéleven. De beoogde verwerkingen hebben potentieel een impact op de betrokkenen, in die zin dat de raadpleging en terbeschikkingstelling van gegevens negatieve gevolgen kunnen hebben. De Commissie is daarom van oordeel dat onderhavige gegevensverwerkingen moeten gedekt zijn door een specifieke wettelijke basis of door een bilateraal of multilateraal akkoord dat goedgekeurd wordt door het Belgisch parlement. Bij gebreke van een dergelijke expliciete rechtsbasis is het aldus de Commissie ook niet relevant om nader te analyseren of toepassing zou kunnen gemaakt worden van de andere grondslag die in artikel 22, 4°, WVP vervat ligt (*“de doorgifte is noodzakelijk (...) vanwege een zwaarwegend algemeen belang (...)”*), aangezien de Commissie van oordeel is dat deze grondslag op zich niet volstaat om de onderhavige massale, geautomatiseerde doorgifte van gevoelige persoonsgegevens te kunnen rechtvaardigen. De Commissie meent immers dat dit luik van artikel 22, 4°, WVP, enkel kan ingeroepen worden bij punctuele gegevensuitwisselingen⁹ ¹⁰.

7. In de toekomst, na de omzetting in Belgisch recht van de hoger geciteerde, nieuwe Richtlijn inzake politie en justitie, zal het belang van een solide rechtsbasis voor onderhavig type van gegevensverwerkingen overigens alleen maar toenemen, aangezien artikel 10 van deze richtlijn het volgende stipuleert: *“(...) verwerking van (...) biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een natuurlijke persoon zijn slechts toegelaten wanneer de verwerking strikt noodzakelijk is, geschiedt met inachtneming van passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van de betrokkene, en: a) bij het Unierecht of het lidstatelijke recht is toegestaan; (...)”*¹¹

⁹ De Commissie verwijst in deze ook naar het standpunt dat de Groep 29 heeft ingenomen en dat er samengevat op neer komt dat:

- uitzonderingen op de algemene regel restrictief moeten geïnterpreteerde worden;
- het niet wenselijk is dat persoonsgegevens op een massale, herhaaldelijke of structurele schaal zouden uitgewisseld worden, louter op basis van een uitzonderingsregel.

(Zie p. 14 van Opinion 4/2009 van de Groep 29)

¹⁰ Zie ook randnummer 16, voor wat de punctuele bevragingen betreft.

¹¹ Niet alle verwerkingen die in de MOU aan bod komen, zullen onder het toepassingsgebied van de nieuwe richtlijn inzake politie en Justitie vallen. Verwerkingen in het kader van de immigratiewetgeving vallen bv. onder de AVG (ingevolge artikel 9, punt 2, van de richtlijn inzake politie en justitie), maar ook in dit instrument is een gelijkaardige bepaling – met name artikel 9 AVG – voorzien als in de richtlijn politie in Justitie.

b) De MOU als mogelijke wettelijke basis

8. Gelet op de aard van het gekozen instrument (een memorandum of understanding), gaat de Commissie er van uit dat de MOU na de ondertekening niet meer ter goedkeuring aan het Belgisch parlement zal voorgelegd worden en zij **concludeert dan ook dat de MOU op zich geen afdoende wettelijke basis vormt om de beoogde, geautomatiseerde doorgifte van persoonsgegevens te kunnen rechtvaardigen**. Ter staving van dit standpunt, wijst de Commissie ook op twee andere elementen:

- a. De MOU voorziet in punt 22, b, in een wijzigingsmechanisme dat impliceert dat aanpassingen aan de MOU heel soepel zouden kunnen doorgevoerd worden, opnieuw zonder enige tussenkomst van het parlement.
- b. Ook de manier waarop de tekst van de MOU is opgesteld (Bv: veelvuldig gebruik van de zinsnede *"Participants intend to"* in plaats van bijvoorbeeld *"Participants shall"*) geeft sterk de indruk dat dit instrument weinig engagementen bevat die juridisch afdwingbaar zijn.

9. Aangezien de MOU op zich niet volstaat als rechtsbasis in het licht van de artikelen 22 GW en 22, 4°, WVP, analyseert de Commissie hierna in hoeverre de MOU zou kunnen samengelezen worden met andere nationale en/of internationale instrumenten opdat de beoogde gegevensverwerkingen desgevallend toch nog (ten dele) aan de vereisten van een formele wettelijke basis zouden kunnen voldoen.

c) Andere internationale instrumenten als mogelijke wettelijke basis

10. Artikel 1, punt 3, van het Umbrella-akkoord stipuleert het volgende: *"This Agreement in and of itself shall not be the legal basis for any transfers of personal information. A legal basis for such transfers shall always be required."* Met andere woorden: het Umbrella-akkoord bevestigt wel dat een wettelijke basis onontbeerlijk is, maar het stelt eveneens dat het zelf niet als wettelijke basis kan fungeren. Dit akkoord kan dan ook geen steun bieden om het gebrek aan formele rechtsbasis op te vangen.

11. Het Prüm-like akkoord – dat zoals hoger gezegd is goedgekeurd door het Belgisch Parlement – bevat wel op meerdere punten een duidelijke en solide rechtsbasis voor welbepaalde gegevensverwerkingen, maar aangezien de MOU nog een grote stap verder gaat dan de gegevensuitwisselingen die in het Prüm-like akkoord worden voorzien, biedt laatstgenoemd akkoord evident geen rechtsbasis voor de verwerkingen die enkel in de MOU worden voorzien en die niet het voorwerp van het Prüm-like akkoord uitmaken.

12. Verder zijn er ook nog drie Europese Verordeningen die in deze context mogelijk¹² een invloed zouden kunnen hebben, maar deze Verordeningen voorzien in een principieel verbod om bepaalde persoonsgegevens die potentieel geïmporteerd worden in de MOU door te geven aan derde landen¹³. Deze Europese instrumenten kunnen voor de in de MOU geïmporteerde gegevensverwerkingen dan ook evenmin als wettelijke basis fungeren.

d) Nationale instrumenten als mogelijke wettelijke basis

13. Op nationaal niveau dient rekening gehouden te worden met een aantal regelgevende instrumenten:

a. Voor wat de toegang tot de AFIS-databank betreft:

i. De Wet op het Politieambt voorziet louter in een aantal algemene principes betreffende de doorgifte van persoonsgegevens aan welbepaalde buitenlandse instellingen:

“Art. 44/11/13. § 1. De persoonsgegevens en informatie kunnen meegedeeld worden aan de buitenlandse politiediensten, aan de internationale organisaties voor gerechtelijke en politionele samenwerking en aan de internationale rechtshandhavingdiensten onder de voorwaarden bepaald in een internationale rechtsregel die België verbindt of bedoeld in de artikelen 21 en 22 van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens. (...)

§ 2. De herhaalde of volumineuze mededeling van persoonsgegevens of informatie aan een in § 1 bedoelde dienst of organisatie is enkel mogelijk

¹² Met name in de mate dat sommige verwerkingen die in de MOU geschetst worden, (ten dele) binnen het toepassingsgebied van die respectievelijke Verordeningen zouden kunnen vallen.

¹³ 1) Artikel 39 van Verordening (EG) nr. 1987/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 betreffende de instelling, de werking en het gebruik van het Schengeninformatiesysteem van de tweede generatie (SIS II);

2) Artikel 35 en overweging 41 van Verordening (EU) nr. 603/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de instelling van “Eurodac” voor de vergelijking van vingerafdrukken ten behoeve van een doeltreffende toepassing van Verordening (EU) nr. 604/2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend en betreffende verzoeken van rechtshandavingsinstanties van de lidstaten en Europol om vergelijkingen van Eurodac-gegevens ten behoeve van rechtshandhaving, en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1077/2011 tot oprichting van een Europees Agentschap voor het operationeel beheer van grootschalige IT-systemen op het gebied van vrijheid, veiligheid en recht (herschikking);

3) Artikel 31 van Verordening (EG) nr. 767/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 betreffende het Visuminformatiesysteem (VIS) en de uitwisseling tussen de lidstaten van gegevens op het gebied van visa voor kort verblijf (VIS-Verordening).

onder de voorwaarden die bepaald worden in een internationale rechtsregel die België verbindt (...).

§ 4. Een rechtstreekse toegang tot alle of een gedeelte van de gegevens en informatie van de A.N.G. of een rechtstreekse bevraging van alle of een gedeelte van deze gegevens en informatie wordt enkel toegekend aan een in § 1 bedoelde dienst of organisatie onder de voorwaarden bepaald door een internationale rechtsregel die België verbindt.

§ 5. Dit artikel is van toepassing onverminderd de regels die van toepassing zijn op de gerechtelijke samenwerking in strafzaken."

De wet op het Politieambt kan dan ook op zich niet als wettelijke basis fungeren voor de in de MOU voorziene doorgifte van persoonsgegevens.

- ii. De verwerking van biometrische gegevens, zoals vingerafdrukken, wordt niet expliciet geregeld in de politiewetgeving. Er bestaat wel een omzendbrief van het college van Procureurs-generaal (omzendbrief nr. 20/2010) waarin deze verwerkingen aan bod komen, maar een dergelijk instrument kan evident niet als een wettelijke basis worden beschouwd in de zin van artikel 22 GW¹⁴.
 - iii. Aangezien in de MOU ook sprake is van de doorgifte van DNA-gegevens (zie punt 6, b, MOU), dient ook rekening te worden gehouden met de DNA-wet¹⁵. Artikel 8 van deze wet voorziet effectief in de mogelijkheid om dergelijke gegevens uit te wisselen met andere landen, maar dit enkel in het kader van een onderzoek in strafzaken en enkel "*in individuele gevallen*"¹⁶, met andere woorden enkel bij individuele rechtshulpverzoeken. De DNA-wet kan dan ook niet als wettelijke basis fungeren voor de in de MOU voorziene doorgifte van DNA-gegevens.
- b. Voor wat de toegang tot de databank van de Dienst Printrak en tot de Visanet-databank betreft:

¹⁴ De Commissie maakt ook van de gelegenheid gebruik om er op te wijzen dat deze omzendbrief ook meer in het algemeen en zeker naar de toekomst toe (cf. implementatie van de richtlijn politie en justitie) een ontoereikende rechtsbasis vormt. Zij pleit ter zake voor een wettelijk kader.

¹⁵ Wet van 22 maart 1999 *betreffende de identificatieprocedure via DNA-analyse in strafzaken*.

¹⁶ Artikel 8, §2, eerste lid, DNA-wet.

- i. De Vreemdelingenwet¹⁷ bepaalt uitdrukkelijk dat biometrische gegevens die bv. naar aanleiding van een visumaanvraag worden afgenomen "*slechts mogen worden gebruikt in de mate dat zij nodig zijn om : 1° de identiteit van de vreemdeling vast te stellen en/of te verifiëren; 2° na te gaan of de betrokken vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid; 3° de verplichtingen na te komen neergelegd in de Europese verordeningen en richtlijnen getroffen door de Raad van de Europese Unie*". (artikel 30bis § 4 van de Vreemdelingenwet).

Enkel de eerste twee geciteerde doeleinden lijken *prima facie* deels in lijn te liggen met de doeleinden die in de MOU worden geschetst¹⁸. Aangezien in de Vreemdelingenwet evenwel nergens expliciet wordt aangegeven dat de kwetsieuzere gegevens voor deze doeleinden ook kunnen doorgegeven worden aan andere landen, meent de Commissie dat deze wet geen afdoende wettelijke basis vormt om de in de MOU voorziene doorgiften te kunnen rechtvaardigen.

- ii. Uit het Consulair Wetboek en de paspoortenwet¹⁹ blijkt dat de biometrische gegevens die door de FOD Buitenlandse Zaken worden verzameld in het kader van de aanmaak van paspoorten, enkel mogen worden verwerkt en meegedeeld aan andere Belgische autoriteiten (dus *a fortiori* niet aan buitenlandse) op basis van een specifieke wetgeving. Een dergelijke wetgeving tot uitbreiding van de verwerkingsmogelijkheden van de gegevens van paspoorten en reisdocumenten – de samenwerking met derde landen inbegrepen – is op het moment van het opstellen/afmaken van onderhavig advies echter niet beschikbaar²⁰.

14. De Commissie concludeert dat de in randnummer 13 geschetste nationale instrumenten evenmin als wettelijke basis voor de in de MOU geïmplementeerde gegevensverwerkingen kunnen fungeren.

¹⁷ Wet van 15 december 1980 *betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen*.

¹⁸ In randnummer 12 werd reeds aangetoond dat er in de context van de MOU geen sprake kan zijn van het derde doeleinde dat in artikel 30bis § 4 van de Vreemdelingenwet wordt geschetst.

¹⁹ Wet van 10 februari 2015 *met betrekking tot geautomatiseerde verwerkingen van persoonsgegevens die noodzakelijk zijn voor de Belgische paspoorten en reisdocumenten*.

²⁰ Zie randnummers 36-42 van Advies nr. 32/2016.

e) Conclusie

15. Gelet op wat voorafgaat, besluit de Commissie dat er vandaag – en voor zover zij dit kon nagaan – noch op nationaal vlak, noch op internationaal vlak (behalve in beperkte mate het Prüm-like akkoord) rechtsinstrumenten voorhanden zijn die het in randnummer 8 geschetste gebrek aan wettelijke basis zouden kunnen opvangen. **Rekening houdend met deze context en gelet op het samenspel tussen artikel 22, 4°, WVP en artikel 22 GW, adviseert zij ongunstig ten aanzien van het voorstel om de kwestieuze doorgiften van persoonsgegevens op een “*memorandum of understanding*” te baseren, daar dit geen afdoende rechtsgrondslag biedt.** Dit standpunt geldt zowel voor de in de MOU beoogde operationele gegevensuitwisselingen, als voor de voorgestelde testfase (in de mate dat deze tests met reële persoonsgegevens zouden uitgevoerd worden).

16. Volledigheidshalve wijst de Commissie er op dat deze negatieve beoordeling niet impliceert dat de kwestieuze gegevens in geen enkele mate of onder geen enkel beding zouden kunnen doorgegeven worden aan de VS. Op vandaag kan een deel van deze gegevens, zoals hoger uitgelegd, al uitgewisseld worden in het kader van het Prüm-like akkoord, en zijn er evident ook uitwisselingen mogelijk in het kader van individuele verzoeken tot rechtshulp²¹. Naar de toekomst toe kan desgewenst een verdergaande, meer systematische of geautomatiseerde uitwisseling van kwestieuze gegevens voor welomlijnde en degelijk van elkaar onderscheiden doeleinden mogelijk worden gebaseerd op bijvoorbeeld een bilateraal akkoord met de VS, goedgekeurd door het Belgisch parlement.

B. Opmerkingen op de inhoud van de MOU

17. Naast haar onder punt A geschetst fundamenteel bezwaar inzake de wettelijke basis, heeft de Commissie – in subsidiaire orde – ook reeds een aantal inhoudelijke opmerkingen op de tekst van de MOU.

18. Ten eerste meent de Commissie dat de tekst van de MOU één van de basisprincipes van het gegevensbeschermingsrecht, met name het finaliteitsbeginsel, uit het oog lijkt te verliezen. Dit principe wordt niet alleen voorzien in de WVP, het wordt ook herhaald in artikel 6 van het Umbrella-Akkoord. In de MOU is minstens sprake van drie verschillende, volkomen door elkaar lopende finaliteiten, en wordt zelfs gebruik voor om het even welk ander doeleinde opengelaten²²:

²¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld ook randnummer 41 van advies nr. 32/2016 en randnummers 23 e.v. van advies nr. 27/2010.

²² Zie punten 3 en 4, b, iv, van de MOU.

- a. Terrorismebestrijding en misdaadbestrijding in het algemeen;
- b. Voorkomen van bedreigingen voor de nationale veiligheid;
- c. Naleving immigratiewetgeving en afhandeling van asielaanvragen;
- d. Om het even welk doeleinde, mits toestemming van de staat die de gegevens heeft aangeleverd²³.

De Commissie is van oordeel dat deze doeleinden elk op zich veel te vaag en te algemeen zijn omschreven²⁴ en bovendien volkomen door elkaar vloeien of met elkaar verstrengeld worden. Zij besluit dat de tekst van de MOU ter zake in strijd is met artikel 4, §1, 2°, WVP.

19. Ten tweede meent de Commissie dat ook het proportionaliteitsbeginsel niet wordt gerespecteerd, in het bijzonder omdat

- a. niet alleen "hit/no hit" informatie zou worden doorgegeven (eventueel aangevuld met een aantal referentiedata), maar dat meteen ook alle achterliggende persoonsgegevens zouden worden uitgewisseld;
- b. de achterliggende gegevens niet limitatief worden opgesomd in de MOU, maar dat integendeel de deur wijd wordt opengezet voor de uitwisseling van om het even welke (biometrische) gegevens²⁵.

Ter vergelijking en ter illustratie verwijst de Commissie naar het Prüm-like akkoord²⁶ en naar de DNA-wet²⁷, waarin de achterliggende gegevens niet automatisch en slechts onder een aantal strikte voorwaarden²⁸ kunnen worden verstrekt aan het verzoekende land. De Commissie mist een vergelijkbaar beschermingsmechanisme bij de MOU.

20. Ten derde bevat de MOU weinig of geen regels over de bewaartermijn van de uitgewisselde gegevens, terwijl dit nochtans verplicht is op basis van artikel 12, lid 2, van het Umbrella-Akkoord. De enige sporen van bewaartermijnen die in de MOU terug te vinden zijn, zijn de volgende:

²³ Punt 12, a, v, van de MOU.

²⁴ Zie in dezelfde zin randnummers 39-41 van advies nr. 27/2010.

²⁵ Punt 4, b, iv, en Punt 4, c, van de MOU:

"b. An automated query is intended to include the following without human intervention: (...)

(v) provision of appropriate Personal Data and Encounter Information which may include, subject to availability and practicality, information such as surname, first names, former names, other names, aliases, alternative spelling of names, sex, date and place of birth, photographs, current and former nationalities, passport data, numbers from other identity documents, immigration history and descriptions of past enforcement actions.

c. Where applicable and mutually decided by the Participants, queries, comparisons and further analysis may also be made concerning other biometric data."

²⁶ Artikelen 5, 8 en 10 van het Prüm-like Akkoord.

²⁷ Artikel 8 DNA-wet.

²⁸ Bv. Individueel rechtshulpverzoek & Respect voor het nationaal recht van de staat die de gegevens aanlevert.

- a. Punt 12, in fine, MOU: Uitgewisselde gegevens die niet tot een match leiden, moeten onmiddellijk vernietigd worden, tenzij
- i. verdere verwerkingen noodzakelijk zijn omdat er twijfels zijn over de accuraatheid van de uitgewisselde gegevens of
 - ii. de twee staten er in individuele gevallen mee instemmen om deze gegevens toch te bewaren.

De Commissie meent dat elke uitzondering op de algemene regel – met name vernietiging wanneer er geen match is – heel zorgvuldig moet verantwoord worden. Vooral voor de onder punt ii geciteerde uitzondering ziet zij *prima facie* alvast geen objectieve verantwoording.

- b. Punt 14, MOU: Beide staten moeten informatie bewaren omtrent *“transmission and receipt of data (...) under this MOU”* en omtrent *“information on the data supplied, the date of supply, the recipient of the data (...) and any applicable reference data”*. De staten hebben de intentie om deze informatie gedurende twee jaar te bewaren, *“(...) unless doing so is inconsistent with laws of the Participant (...)”*

De Commissie merkt vooreerst op dat deze bepaling enkel over welbepaalde gegevensverwerkingen lijkt te handelen, die verband houden met de beveiliging van de gegevensfluxen. Deze regel lijkt dus niet van toepassing te zijn op alle andere verwerkingen die in het kader van de MOU zullen plaatsvinden. Bovendien is deze bewaartermijn ook niet op een stringente wijze geformuleerd (*“parties intend to keep (...) such data for two years”*), waardoor de juridische waarde ervan beperkt is. De Commissie kan dan ook alleen maar vaststellen dat er (voor de meeste gegevensverwerkingen) geen bindende expliciete bewaartermijn voorzien is, wat zoals hoger aangehaald in strijd is met het Umbrella-akkoord en wat ook op gespannen voet staat met artikel 4, §1, 5°, WVP.

In subsidiaire orde heeft de Commissie ook bedenkingen bij de voorziene uitzondering op de tweejarige bewaartermijn, waarbij een verwijzing wordt gemaakt naar het nationaal recht. Een dergelijke uitzondering zou de voorziene bewaartermijn in de praktijk immers kunnen uithollen (Bv. in de hypothese dat het recht van de VS in een veel langere bewaartermijn zou voorzien).

21. Ten vierde stelt de Commissie vast dat in punt 16, a, van de MOU een aantal waarborgen worden ingebouwd opdat de gegevensverwerkingen op een transparante wijze en met respect voor de rechten van de betrokkenen zouden verwerkt worden. In punt 16, b, van de MOU worden tegelijk drie ruime uitzonderingsgronden voorzien:

“Such information may be denied (...) if providing this information may jeopardize:

(a) The purposes of the processing;

- (b) *Investigations or prosecutions conducted by the competent authorities; or*
 (c) *The rights and freedoms of third parties.*"

Vooral de eerste uitzondering wordt niet gunstig onthaald door de Commissie omdat ze de waarborgen die in punt 16, a, van de MOU worden voorzien, in belangrijke mate dreigt te ondergraven²⁹.

22. Tot slot acht de Commissie het in algemeen ook van primordiaal belang dat indien zou worden overwogen de MoU te vervangen door bijvoorbeeld een (in voorkomend geval door het Belgisch parlement goed te keuren en naderhand te ratificeren) bilateraal akkoord met de VS, de tekst daarvan integraal zou afgetoetst worden aan het Umbrella-Akkoord zoals dat uiteindelijk van kracht wordt,³⁰ aangezien het grootste deel van de in de MoU beoogde gegevensverwerkingen onder het toepassingsgebied van dit Akkoord vallen (cf. supra voetnoot 8). Voor wat de verwerkingen betreft die strikt genomen niet binnen de werkingssfeer van het Umbrella-akkoord vallen (onder voorwaarde uiteraard dat ze er naar finaliteit verenigbaar mee zijn, wat de Commissie alvast betwijfelt wanneer het gaat om verwerkingen controle en handhaving inzake illegale immigratie, afhandeling van asiolverzoeken, en bescherming van de nationale veiligheid), dringt de Commissie er op aan om desgevallend – via een specifieke clausule in de tekst van een eventueel rechtsinstrument ter vervanging van de MOU – toch alle waarborgen en voorwaarden vervat in dit akkoord op hen van toepassing te verklaren³¹.

C. Algemeen besluit

23. De Commissie is van oordeel dat onderhavige gegevensverwerkingen niet louter op basis van een *memorandum of understanding* kunnen plaatsvinden, omdat een dergelijk instrument geen afdoende wettelijke basis in de zin van artikel 22 GW vormt (zie hoger punt A).

24. In de hypothese dat de aanvrager de tekst van de MOU als uitgangspunt zou gebruiken om met de VS een ander instrument te onderhandelen, met de bedoeling om voor de kwetsieuzere gegevensverwerkingen alsnog een degelijke wettelijke basis uit te bouwen – bijvoorbeeld onder de vorm van een overeenkomst zoals het Prüm-like Akkoord – adviseert de Commissie om bij de redactie van de nieuwe tekst alvast rekening te houden met de bemerkingen onder punt B. Tegelijk verzoekt zij om in dat geval – gelet op de gevoeligheid van de desbetreffende

²⁹ Bovendien lijkt vooral de eerste uitzondering niet te stroken met artikel 20 (*iuncto* artikel 16, 2) van het Umbrella-akkoord.

³⁰ Cf. supra randnummer 4.

³¹ In punt 18, in fine, van de MOU wordt al een poging in die zin ondernomen, maar de Commissie meent dat de bewoordingen van deze bepaling nog te vrijblijvend zijn en ze dringt aan op een meer stringente formulering.

gegevensverwerkingen – opnieuw gevat te worden voor een adviesaanvraag omtrent de herwerkte tekst.

25. Gelet op bovenstaande fundamentele bezwaren, kan de Commissie ook niet instemmen met het verzoek van de aanvrager om in een soort van testfase reeds alle vingerafdrukgegevens door te geven van de drie betrokken Belgische databanken die de laatste drie maanden werden afgenomen (zie randnummer 1). De Commissie meent dat een dergelijke test enkel mag plaatsvinden indien hierbij geen gebruik gemaakt wordt van reële persoonsgegevens.

OM DEZE REDENEN

Is de Commissie van oordeel dat:

- een “memorandum of understanding” in onderhavige context niet als een afdoende rechtsbasis geldt om de in de MOU voorziene gegevensuitwisselingen met de VS te kunnen uitvoeren (zie punt A). Zij adviseert dan ook ongunstig voor wat het gekozen instrument betreft.
- er ook substantiële verbeteringen nodig zijn aan de tekst van de MOU opdat zij in de toekomst een gunstige beoordeling zou kunnen overwegen van de inhoud van een eventueel op de tekst ervan geënt voorstel van rechtsinstrument dat een afdoende rechtsbasis biedt (zoals bijvoorbeeld een in voorkomend geval door het Belgisch parlement goed te keuren en naderhand te ratificeren bilateraal akkoord met de VS) (zie punt B).
De Commissie behoudt zich het recht voor om desgevallend in een later stadium een bijkomend advies te mogen verlenen op een eventueel herwerkt voorstel zoals hiervoor bedoeld.
- De door de aanvrager voorgestelde test intussen enkel kan uitgevoerd worden indien deze niet op basis van reële persoonsgegevens wordt verricht (zie randnummer 25);

De Wnd. Administrateur,

De Voorzitter,

(get.) An Machtens

(get.) Willem Debeuckelaere