



Advies nr 11/2013 van 24 april 2013

Betreft: Advies betreffende het ontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van artikel 77*decies* van de wet van 22 juli 1953 *houdende oprichting van een instituut van de bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor*, gecoördineerd op 30 april 2007 en de ontwerpen van "Statement of Protocol" en akkoord over de uitwisseling van gegevens met de "Public Company Accounting Oversight Board" (hierna "PCAOB") (CO-A-2013-007).

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, hierna "de Commissie";

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 heer Minister van Economie ontvangen op 25 februari 2013;

Gelet op het verslag van de heer Rudy Trogh;

Brengt op 24 april 2013 het volgend advies uit:

I. INLEIDING

1. Het voorliggende ontwerp van koninklijk besluit heeft tot doel om artikel 77 *decies* van de wet van 22 juli 1953 uit te voeren, "houdende oprichting van een instituut van de bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor" (hierna "de wet van 22 juli 1953"), en de kamer van Verwijzing en Instaatstelling (hierna de "KVI") te machtigen om gegevens door te geven aan de "Public Company Accounting Oversight Board" (hierna "PCAOB").

2. Het ontwerp van "Statement of Protocol" is een niet bindende regeling tussen de KVI¹ en de PCAOB over de modaliteiten van de gegevensuitwisseling.

3. Het ontwerp van overeenkomst tussen de KVI en de PCAOB beoogt een bindende overeenkomst te voorzien betreffende de doorgifte van persoonsgegevens aan de PCAOB.

4. Doordat het ontwerp van overeenkomst de bedoeling heeft bindend effect te hebben voor de partijen onderzoekt de Commissie hierna vooral het ontwerp van overeenkomst, en schenkt zij slechts secundair aandacht aan het ontwerp van "Statement of Protocol".

II. CONTEXT

1. Europese reglementaire context

5. De Richtlijn 2006/43/EG² regelt de wettelijke controles van (geconsolideerde) jaarrekeningen. *"Gezien de complexiteit van controles van de jaarrekeningen bij internationale groepen is een goede samenwerking vereist tussen de bevoegde autoriteiten van de lidstaten en de overheden van derde landen"*³.

6. Artikel 47 van de Richtlijn 2006/43/EG regelt de samenwerking met de bevoegde autoriteiten van derde landen. Volgens dit artikel *"mogen de lidstaten toestaan dat controle- of andere documenten die in het bezit zijn van wettelijke auditors of auditkantoren die door hen zijn toegelaten, aan de bevoegde autoriteiten van een derde land worden overgedragen, op voorwaarde dat de bevoegde autoriteiten van het betrokken derde land"* adequaat zijn verklaard. De bedoeling is

¹ <http://www.oversight-audit-belgium.eu/kamer-van-verwijzing-en-instaatstelling.php>.

² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:157:0087:0107:NL:PDF>.

³ Overweging 28 van deze Richtlijn.

om een kwaliteitscontrole van de wettelijke controles (publieke auditrapporten) te verrichten. Het is gebruikelijk om dit elke drie jaar te voorzien.

7. De Europese Commissie (DG MARKT) vaardigde op 1 september 2010 een adequaatheidsbeslissing⁴ uit betreffende de VS overeenkomstig Richtlijn 2006/43/EG. Deze beslissing verleent de bevoegde autoriteiten van de lidstaten een rechtsbasis om gegevens uit te wisselen met de regulator van de VS, zijnde de "Public Company Accounting Oversight Board" of kortweg "PCAOB"⁵. De PCAOB heeft de Sarbanes Oxley Act als voornaamste werkbasis. De PCAOB is een onderdeel van de Securities & Exchange Commission (SEC)⁶.

8. Voormelde beslissing geldt tot 31 juli 2013. Na navraag bij de Europese Commissie is er tot op heden nog geen duidelijkheid over de verlenging, en onder welke voorwaarden dit eventueel zou gebeuren.

9. Wel is van belang dat overweging 29 van de Richtlijn 2006/43/EG stelt *"Het verstrekken van inlichtingen als bedoeld in de artikelen 36 en 47 dient te geschieden overeenkomstig de voorschriften voor de overdracht van persoonsgegevens aan derde landen, die zijn opgenomen in Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens."*

2. Belgische reglementaire context

10. Op nationaal vlak is vooral de wet van 22 juli 1953 relevant. Deze wet is in 2007 gecoördineerd⁷ en recent herzien⁸.

11. Het artikel 77*decies*⁹ van de wet van 22 juli 1953 regelt de internationale samenwerking met derde landen via de bevoegde organen van publiek toezicht.

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:240:0006:0009:NL:PDF>.

⁵ <http://pcaobus.org/Pages/default.aspx>.

⁶ <http://www.sec.gov/>.

⁷ Wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, gecoördineerd op 30 april 2007.

⁸ Zie de mededeling 2012/06 van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren ("IBR") <http://www.ibr-ire.be/nl/regelgeving/rechtsleer/mededelingen/Documents/2012%2006%20-%202012%2004%2019%20Mededeling%20wijzigingen%20wet%201953.pdf>.

⁹ Art. 77*decies*. § 1. Ieder bevoegd orgaan van publiek toezicht aangewezen door de Koning, maakt op verzoek van een bevoegde autoriteit van een derde land, controle- of andere documenten die in het bezit zijn van bedrijfsrevisoren over indien alle volgende voorwaarden vervuld zijn en onder voorbehoud van § 2 :

1° deze controle- of andere documenten hebben betrekking op wettelijke controles bij ondernemingen die effecten hebben uitgegeven in het betrokken derde land of die onderdeel uitmaken van een groep die is onderworpen aan een controle van geconsolideerde jaarrekeningen in dat derde land;

2° deze overdracht is noodzakelijk voor de vervulling van de opdracht van publiek toezicht, onderzoeken of kwaliteitscontrole die gelijkwaardig verklaard zijn overeenkomstig artikel 46, § 2, van de Richtlijn 2006/43 van de bevoegde autoriteit van het derde land;

3. Standpunt Europese gegevensbeschermingsautoriteiten

12. De "PCAOB problematiek" werd herhaaldelijk kritisch beoordeeld door de Groep 29. De Commissie verwijst naar het advies WP 143 van de Groep 29 nr 10/2007 van 23 november 2007¹⁰. De Groep 29 vaardigde op 13 december 2011 ook 12 aanbevelingen uit¹¹. Een van de problemen is de verschillende aanpak in de lidstaten, mede ingevolge de onderhandelingsdruk van de PCAOB om bilaterale akkoorden af te sluiten.

13. De Europese Commissie nam dienaangaande voorlopig geen enkel initiatief om de diverse vormen van aanpak in de lidstaten te harmoniseren. In de huidige stand van zaken kan er evenwel niet van worden uitgegaan dat de Europese Commissie akkoord gaat met de werkwijze van de lidstaten inzake gegevenstransfers aan de PCAOB, noch dat deze werkwijze gebeurt conform het Europees recht inzake gegevensbescherming.

14. Volgens de Groep 29 betreft de primaire focus van de gegevensoverdracht de namen en informatie over de professionele activiteiten van de individuele personen die verantwoordelijk waren of die hebben deelgenomen aan de controleopdrachten (accountants), of de personen die een belangrijke rol spelen in het beheer van het bedrijf en de kwaliteitscontrole¹².

15. De Groep 29 is bezorgd omdat de relevante persoonsgegevens niet enkel de openbare auditverslagen betreffen, maar ook de niet-openbare controledocumenten. De audit werkdocumenten zijn ondersteunende documentatie voor de publieke auditverslagen. De inhoud daarvan valt vaak onder nationale reglementering inzake beroepsgeheim en bevat mogelijk gevoelige informatie met betrekking tot de gecontroleerde ondernemingen (dwz eventuele handelingen door het hoofd van de boekhouding dept. X, in tak Y, van het bedrijf Z). De Groep 29

3° deze autoriteit voldoet aan eisen die de Europese Commissie adequaat heeft verklaard, overeenkomstig artikel 47, § 3, van de Richtlijn 2006/43;

4° de overdracht van persoonsgegevens geschiedt overeenkomstig de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens;
5° de autoriteit of de personen die de informatie ontvangen in het derde land zijn onderworpen aan gelijkwaardige waarborgen inzake het beroepsgeheim als deze van toepassing op het bevoegde orgaan van publiek toezicht;
6° een overeenkomst op basis van wederkerigheid inzake de werkregelingen is gesloten tussen de door de Koning aangewezen organen en deze autoriteit.

§ 2. De organen van publiek toezicht kunnen het verzoek weigeren van de bevoegde autoriteit van een derde land, indien :
1° de verstrekking van de documenten bedoeld in § 1 vatbaar is voor het aantasten van de soevereiniteit, de nationale veiligheid of de openbare orde van België of van de andere lidstaten van de Europese Unie;
2° in België met betrekking tot dezelfde handelingen en tegen dezelfde personen als deze bedoeld in het verzoek, reeds een gerechtelijke procedure, inclusief een strafrechtelijke, is ingeleid;
3° een beslissing van de Belgische bevoegde autoriteiten voor dezelfde handelingen en tegen dezelfde personen als deze bedoeld in het verzoek in kracht van gewijsde is gegaan;
4° de bovenvermelde voorwaarden bedoeld in § 1 niet zijn gerespecteerd.

§ 3. De Koning bepaalt de specifieke voorwaarden van samenwerking met de derde landen".

¹⁰ Gepubliceerd op http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp143_nl.pdf.

¹¹ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2011/20111213_pcaob_letter_to_dg Markt_en.pdf.

¹² Bewoording uit het ontwerp van overeenkomst van 10 mei 2011 van een van de lidstaten met de PCAOB.

geeft als voorbeeld (potentiële) problemen van illegale, verdachte of frauduleuze activiteiten met betrekking tot de individuele functies binnen de gecontroleerde vennootschap. Soortgelijke gevoelige informatie wordt behandeld in de inspectieverslagen van de KVI.

III. ONDERZOEK VAN HET ONTWERP VAN KONINKLIJK BESLUIT

16. Het voorliggend ontwerp van koninklijk besluit wenst uitvoering te geven aan het artikel 77 *decies*¹³ van de wet van 22 juli 1953.

17. Zo wordt de KVI aangeduid als het bevoegd orgaan van publiek toezicht (artikel 3 van het ontwerp van koninklijk besluit).

18. Tevens wenst de Koning enkele voorwaarden voor de samenwerking met derde landen te regelen, waaronder

- het respect voor het zakengeheim (artikel 4 van het ontwerp van koninklijk besluit);
- het bepalen van de doelstelling waarvoor de gegevens kunnen worden gebruikt. Zo stelt artikel 5 van het ontwerp van koninklijk besluit dat de overgedragen controle- of andere documenten alleen mogen worden gebruikt "*door de verzoekende autoriteit voor de uitoefening van de opdrachten van publiek toezicht, kwaliteitscontrole en onderzoek die gelijkwaardig zijn verklaard overeenkomstig artikel 46 § 2, van de richtlijn 2006/43/EG*". Artikel 6 van het ontwerp van K.B. stelt dat "*de uitwisseling van persoonsgegevens enkel (...) toegelaten (is) voor de doeleinden opgenomen in het akkoord; het eerste doel is om bevoegde autoriteiten toe te laten hun respectieve taken uit te oefenen inzake publiek toezicht, kwaliteitscontrole en onderzoeken van wettelijke auditors.*";
- het bepalen van de specifieke elementen op het gebied van gegevensbescherming die deel dienen uit te maken van een samenwerkingsakkoord met een land zonder passend niveau van gegevensbescherming (artikel 6 van het ontwerp van koninklijk besluit). Deze elementen betreffen het nemen van de nodige veiligheidsmaatregelen (artikel 16 WVP), de verwijzing naar de WVP wat betreft aspecten van het finaliteitsbeginsel (artikel 4, § 1, 2° WVP), het proportionaliteitsbeginsel (artikel 4, § 1, 3° WVP), de rechten van toegang, verbetering en schrapping (artikelen 4, § 1, 4°, 10 en 12 WVP) en beperkte bewaringstermijn (artikel 4, § 1, 5° WVP).

¹³ Zie voetnoot 9.

19. De Commissie heeft geen bijzondere opmerkingen op het ontwerp van koninklijk besluit, dat qua opzet geheel in de lijn ligt met de vereisten van de WVP.

IV. ONDERZOEK VAN HET ONTWERP VAN OVEREENKOMST OVER DE UITWISSELING VAN BEPAALDE PERSOONSgegevens MET DE PCAOB

1. Toepasselijkheid WVP

20. Er bleek eerder¹⁴ dat de overdracht van gegevens aan de PCAOB bestaat uit drie elementen: de openbare auditverslagen, de niet-openbare auditwerkdocumenten (ondersteunende documentatie) en de inspectieverslagen van de autoriteiten van de lidstaten¹⁵. Al deze documenten bevatten persoonsgegevens, zodat de WVP toepasselijk is op de diverse verwerkingen van deze persoonsgegevens door de KVI (bijvoorbeeld bij doorgifte van deze persoonsgegevens aan de PCAOB).

21. Het ontwerp van koninklijk besluit bindt niet het ontvangende orgaan in het derde land (PCAOB), zodat het van belang is dat het ontvangende land via het ontwerp van overeenkomst een passend niveau van gegevensbescherming kan aanbieden. De Groep 29 gaf de aanbeveling dat elke overeenkomst met de PCAOB een duidelijke clause zou bevatten aangaande het toepasselijke nationale (Belgische) en Europese recht inzake privacy- en gegevensbescherming en confidentialiteitsregels, en dit m.b.t. alle verwerkingen van persoonsgegevens door de KVI, waaronder de doorgifte van persoonsgegevens aan de PCAOB.

22. Zonder deze clause bestaat het risico dat het ontwerp van overeenkomst, niettegenstaande wat bepaald is in het ontwerp van koninklijk besluit (dat zoals eerder vermeld verwijst naar de WVP), uitgaat van een eigen regime inzake gegevensbescherming. Dit zonder de betrokkenen hetzelfde niveau te geven qua gegevensbescherming zoals voorzien door de Belgische en Europese privacywetgeving.

23. De Commissie is van oordeel dat Belgische overheden zoals de KVI gehouden blijven de WVP na te leven, ook indien in hun betrekkingen met vreemde landen akkoorden worden afgesloten. Voor alle duidelijkheid verzoekt zij om voormelde clause aangaande de toepasselijkheid van de Belgische en Europese gegevensbeschermingswetgeving op te nemen in het ontwerp van overeenkomst. Dit ligt ook in de lijn van het ontwerp van koninklijk besluit, dat herhaaldelijk verwijst naar de WVP en voormelde overweging 29 van de Richtlijn 2006/43/EG.

¹⁴ Zie randnummer 14 en pagina 5 punt 3. Van het schrijven van de Groep 29 van 13 december 2011.

¹⁵ De KVI heeft ook eigen dossiers met verslagen en briefwisseling in deze materie.

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

24. Bij het algemeen onderzoek wijst de Commissie op enkele basisvereisten die voortvloeien uit artikel 8 EVRM¹⁶.

25. Uit de interpretatie van zowel het Grondwettelijk Hof¹⁷, de Raad van State¹⁸ als het EHRM¹⁹ volgt dat artikel 8 EVRM zo dient te worden geïnterpreteerd dat de wettelijke basis voldoende voorzienbaarheid moet bieden om inmengingen in het recht op eerbiediging van het privé-leven te kunnen rechtvaardigen. Hierbij wordt in het bijzonder nagegaan of *“de wet waarborgen bieden tegen willekeurige aantastingen, door de openbare macht, van het recht op eerbiediging van het privéleven, namelijk door de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken overheden op voldoende duidelijke wijze af te bakenen, enerzijds, en door in een effectief jurisdictioneel toezicht te voorzien, anderzijds”*²⁰. De vereiste van een (effectieve) rechterlijke toetsing werd eveneens aangehaald door het Europees Parlement in de PNR en SWIFT gegevensstromen naar de VS²¹.

3. Finaliteitsbeginsel - Transparantie op het niveau van het doeleinde

26. Een van de basisregels inzake gegevensbescherming is dat het doeleinde van de verwerking duidelijk dient te zijn geformuleerd. Deze vereiste vloeit zowel voort uit artikel 4, § 1, 2° WVP, artikel 22 Grondwet, als uit artikel 8 EVRM en artikel 5 b. van het Verdrag 108²².

3.1. Doelstellingen van de primaire gegevensoverdracht

¹⁶ Artikel 8 van het EVRM is als volgt geredigeerd:

“1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

¹⁷ Zie rubriek B.6.2. van het arrest nr. 151/2006 van 18 oktober 2006 *In zake* : de beroepen tot vernietiging van de wet van 3 mei 2005 [houdende wijziging van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen], en van de wet van 3 mei 2005 [houdende wijziging van de wet van 11 december 1998 tot oprichting van een beroepsorgaan inzake veiligheidsmachtigingen], ingesteld door de VZW Ligue des droits de l'homme.

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

¹⁹ EHRM, 26 maart 1987, *Leander t. Zweden*, § 51.

²⁰ Citaat uit voormeld arrest van het Grondwettelijk Hof, dat ook verwijst naar "o.a. Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 4 mei 2000, *Rotaru t. Roemenië*, § 55; 6 juni 2006, *Segerstedt-Wiberg t. Zweden*, § 76; 4 juli 2006, *Lupsa t. Roemenië*, § 34."

²¹ Resolutie "PNR/SWIFT" van het Europees Parlement over SWIFT, de PNR-overeenkomst en de transatlantische dialoog over deze kwesties, P6_TA(2007)0039, PB C 287 E/349 van 29 november 2007, overweging D in de aanhef.

²² Verdrag tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, opgesteld te Straatsburg op 28 januari 1981, goedgekeurd bij Wet van 17 juni 1991, B.S., 30 december 1993.

27. Uit de punten 1 en 2 al. 2 titel II van het ontwerp van overeenkomst blijkt dat de informatie zal worden gebruikt om de naleving van de Amerikaanse wetgeving²³ te controleren door de geregistreerde boekhoudingsfirma en haar geassocieerde personen.

28. De Commissie stelt vast dat dit afwijkt van de (beperkttere) finaliteitsomschrijving in het ontwerp van koninklijk besluit (zie hiervoor).

29. Het gebrek aan duidelijke definiëring en limitering van de gebruiksdoeleinden bij analoge omschrijvingen in overeenkomsten van de PCAOB met andere lidstaten werd reeds bekritiseerd door de Groep 29²⁴.

30. De Commissie is, net zoals de Groep 29 van oordeel dat dergelijke zeer algemene finaliteitsomschrijvingen die verwijzen naar de vreemde wetgeving van de ontvangende partij onvoldoende precies zijn om te voldoen aan het finaliteitsbeginsel. Dergelijke algemene omschrijvingen laten volgens de Groep 29 toe aan de ontvangende partij (hier de PCAOB) om dit discretionair te beoordelen onder haar eigen wetgeving, terwijl dit volledig ontsnapt aan de controle van de partij die de gegevens verstrekt (hier de KVI).

31. De Commissie volgt het voorstel van de Groep 29 om drie elementen te voorzien die voormeld probleem kunnen verhelpen, namelijk :

- de overeenkomsten dienen enkel duidelijke finaliteitsomschrijvingen toe te voegen (zonder verwijzing naar vreemde wetgevingen);
- de KVI en de Commissie (als onafhankelijke toezichthoudende autoriteit) dienen door een evaluatie- en controlemechanisme in de overeenkomst (zie hierna) in staat te worden gesteld om na te gaan dat de ontvangende partij zich zal onthouden van gebruik dat zou conflicteren met de Belgische wettelijke verplichtingen inzake geheimhouding, gegevens- en privacybescherming en/of de wetgeving betreffende zakengeheimen (hetgeen ook is voorzien in het ontwerp van koninklijk besluit);
- de toestemming van de verstreckende autoriteit (in casu KVI) dient te worden vereist vooraleer enig ander gebruik door de PCAOB dan vooraf overeengekomen

²³ de Amerikaanse Sarbanes Oxley wetgeving (hierna de "SOX wetgeving"), de wetgeving over de voorbereiding en de uitgifte van auditrapporten, de regels van de PCAOB, de regels van de SEC en de relevante professionele standaarden in verband met de uitvoering van audits, de uitgifte van auditrapporten en zaken in verband met de uitgevers van waardepapier, zoals bepaald in de Sarbanes Oxley wetgeving (artikel 2 van het ontwerp van overeenkomst).

²⁴ Zie pagina's 7 en 8 van het schrijven van de Groep 29 van 13 december 2011, gepubliceerd op http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2011/20111213_pcaob_letter_to_dg Markt en.pdf.

("onward transfers") wordt toegelaten. Dit is conform een aanbeveling van de Groep 29, naar analogie met andere dossiers²⁵ van internationale doorgifte.

3.2. (Onbepaalde) Doelstellingen van de opvolgende gegevensoverdrachten ("onward transfers") door de PCAOB aan diverse Amerikaanse diensten

32. Opvallend is dat de doelstellingen voor de opvolgende gegevensoverdrachten door de PCAOB (zogenaamde "onward transfers") nergens worden vermeld terwijl de mogelijkheid van dergelijke "onward transfers" wel expliciet wordt voorzien in punt 7 titel II van het ontwerp van overeenkomst.

33. De finaliteitsomschrijvingen in het ontwerp van overeenkomst en in het ontwerp van Statement of Protocol hebben met andere woorden enkel betrekking op de primaire gegevenstransfers aan de PCAOB, terwijl de finaliteiten van de verdere gegevenstransfers door de PCAOB aan derden niet zijn bepaald.

34. De Commissie herhaalt dat, gelet op artikel 8 EVRM, alle finaliteiten van alle verwerkingen duidelijk en expliciet dienen te worden vermeld.

4. Proportionaliteitsbeginsel

4.1 Het aantal mededeelbare gegevens

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

36. In tegenstelling tot andere dossiers (PNR, SWIFT), lijkt het aantal persoonsgegevens dat potentieel mededeelbaar is aan de PCAOB op het eerste zicht relatief beperkt. De Commissie verwijst naar de gegevenstypes. Bovendien wordt bepaald²⁶ dat de gegevenstransfers geval per geval ("on a case by case basis") zullen worden beoordeeld door de KVI.

37. Nochtans, is, bij gebrek aan enige evaluatie en onafhankelijk rapporteringsmechanisme het onmogelijk om hier a priori een exacte en absolute beoordeling te maken over de noodzakelijkheid van bepaalde gegevenstransfers en het aantal persoonsgegevens dat zal worden meegedeeld.

²⁵ Zie het advies 14/2011 met nr. WP 186 van de Groep 29 *over gegevensbeschermingskwesaties die verband houden met het voorkomen van het witwassen van geld en van het financieren van terrorisme*. Dit advies verwijst naar de regels voor de gegevensuitwisseling tussen financiële inlichtingendiensten (FIUs).

²⁶ Punt 2 alinea 3 titel II van het ontwerp van overeenkomst.

38. Zo wees de Groep 29²⁷ op de noodzaak om een verschillende proportionaliteitstoets te verrichten naargelang de verschillende niveaus van de persoonsgegevens (persoonsgegevens in publieke auditrapporten, in werkdocumenten en in inspectierapporten).

39. De Commissie is niet a priori in staat om dergelijke precieze verificatie van het proportionaliteitsbeginsel te verrichten. Dit kan enkel via een specifiek controle- en evaluatiemechanisme of een rapporteringsverplichting van de KVI (zie hierna).

4.2. Dataretentietermijn en gevolgen hiervan

40. Het laatste lid van punt 2 titel II van het ontwerp van overeenkomst stelt dat de persoonsgegevens moeten worden bewaard in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkenen te identificeren, niet langer dan noodzakelijk voor de doeleinden waarvoor de data zijn verzameld of waarvoor zij vervolgens worden verwerkt, of voor de tijd die anders vereist is door de van toepassing zijnde wetten, regels of regelgeving.

41. De bewaringstermijnen hangen derhalve af van (ongekende factoren onder) Amerikaanse wetgeving, en het ontwerp van overeenkomst bevat geen enkele duidelijke maximumtermijn noch een bewaringstermijn aan de hand waarvan de proportionaliteit van het bewaren van persoonsgegevens in een concreet geval kan worden nagegaan.

42. Naar analogie met het standpunt van de Groep 29²⁸ is de Commissie van oordeel dat het ontwerp van overeenkomst een ontoelaatbaar risico op eeuwigdurende bewaring (zgn. "evergreen data retention") bevat, en dat het ontwerp van overeenkomst veel preciezer moet zijn aangaande de bewaringstermijnen en/of mechanismes voor het verwijderen van de meegedeelde persoonsgegevens.

²⁷ Zie aanbeveling nr. 3 van de Groep 29 in bijlage 2 bij het schrijven van 13 december 2011.

²⁸ Zie aanbeveling 27 op pagina 22 van de bijlage bij in voetnoot nr. 25 vermeld advies 14/2011 van de Groep 29, gepubliceerd op http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp186_en_annex.pdf.

4.3. "Pull" mechanisme

43. Zowel de Groep 29 als de European Data Protection Supervisor ("EDPS")²⁹ hebben in de PNR zaak en meer recent het TFTP³⁰ programma van de UST continu de noodzaak verdedigd van een (proportionele vorm van) een "push" in plaats van een "pull" systeem in de verhoudingen ten aanzien van de US en EU overheden. Gezien sprake is van "geval per geval" beoordeling door de KVI, lijkt sprake te zijn van dergelijke "push" gegevensoverdracht.

4.4. Ontvangers van de gegevens

44. De gangbare interpretatie van artikel 22 Grondwet door de Raad van State³¹ vereist dat de identiteit van de ontvangers / gebruikers van de gegevens wordt gedefinieerd door de wetgever. In casu is dit (voor de onward transfers) niet het geval.

5. Bescherming van gevoelige persoonsgegevens (artikelen 6, 7 en 8 WVP)

45. Het ontwerp van overeenkomst bevat een definitie van gevoelige persoonsgegevens die grotendeels overeenstemt met gevoelige persoonsgegevens in de zin van de artikelen 6, 7 (gezondheidsgegevens) en 8 (gegevens betreffende geschillen, verdenkingen, vervolgingen of veroordelingen) van de WVP. Het ontwerp van overeenkomst beoogt in punt 6, titel II de doorgifte van gevoelige persoonsgegevens.

46. De WVP voorziet een principieel verbod van verwerking van gevoelige persoonsgegevens, tenzij een van de uitzonderingsgronden van toepassing zijn en de voorwaarden in de WVP worden gerespecteerd.

47. Punt 6, titel II van het ontwerp van overeenkomst stelt dat gevoelige persoonsgegevens niet zullen worden overgedragen naar de PCAOB tenzij met toestemming van de betrokkene.

48. Deze werkwijze is noch formeel, noch inhoudelijk conform de WVP. De toestemming van de betrokkene kan niet de verwerking van persoonsgegevens in de zin van artikel 8 (gegevens betreffende geschillen, verdenkingen, vervolgingen of veroordelingen) van de WVP

²⁹ Zie § 98 van het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming betreffende het voorstel voor een kaderbesluit van de Raad over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) voor wetshandhavingsdoeleinden, PB, 1 mei 2008.

³⁰ Terrorist Finance Tracking Program.

³¹ Zie onder meer het advies 27.289/4 van 27 februari 1998, advies 29.125 van 14 april 1999, pagina 7 advies 34.270/1 van 23 januari 2003, advies 37.765 van 4 november 2004, advies 27.289 van 25 februari 1998 en advies 45.070 van 27 augustus 2008.

legitimeren. Bovendien blijkt niet dat de toestemming van de betrokkene vrij en herroepbaar kan zijn (artikel 1, § 8 WVP), nu sancties mogelijk zijn bij gebrek aan medewerking door individuen met inspecties van de PCAOB³².

49. De Groep 29 stelde dienaangaande *"Een "toestemming" kan alleen rechtsgeldig zijn als de betrokkene een werkelijke keuze heeft en er geen sprake is van bedrog, intimidatie of dwang en de betrokkene ook niet het risico van aanzienlijke negatieve gevolgen loopt wanneer hij niet toestemt. Wanneer de gevolgen van toestemming de keuzevrijheid van de betrokkene beperken, kan er geen sprake zijn "vrije" toestemming. De richtlijn zelf voorziet in artikel 8, lid 2, onder a), dat in sommige gevallen, die worden bepaald door de lidstaten, het verbod op de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens niet door toestemming van de betrokkene ongedaan kan worden gemaakt."*³³

50. De Commissie is van oordeel dat expliciet dient te worden voorzien dat de KVI geen persoonsgegevens kan doorgeven die vallen onder de artikelen 6, 7 en 8 van de WVP, en dat rekening moet worden gehouden met het feit dat het al dan niet "toestemmen" van de betrokkene geen afdoende garantie is om doorgiften van persoonsgegevens aan de PCAOB te legitimeren. Dit strookt zoals hiervoor gezegd ook met de opvatting van de Groep 29 over het begrip "toestemming".

6. Aanduiding van de verantwoordelijke voor de verwerking

51. Het ontwerp van overeenkomst definieert zowel de KVI als de PCAOB als de verantwoordelijke voor de verwerking ("Controller"). Dit heeft concrete gevolgen onder de WVP, daar de verantwoordelijke voor de verwerking een aantal verplichtingen dient na te leven, waaronder de informatieverplichting (artikel 9 WVP), de rechten van toegang en verbetering,...

52. Deze consequentie wordt in het ontwerp van overeenkomst evenwel niet gemaakt, daar nergens wordt voorzien dat de betrokkenen de PCAOB rechtstreeks kunnen aanschrijven teneinde hun rechten onder de WVP uit te oefenen (zie randnummer 55).

³² Zie het PCAOB handhavingsprogramma onder de SOX wetgeving. ("The Sarbanes-Oxley Act authorizes the PCAOB to impose sanctions on registered public accounting firms and their supervisory personnel for failing to reasonably supervise associated persons"), pagina 15 jaarverslag 2011 van de PCAOB.

³³ Zie de opinie WP 187 van 13 juli 2011, gepubliceerd op http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_nl.pdf.

7. Informatieverplichting van de verantwoordelijken (artikel 9 WVP)

53. Volgens artikel 9 WVP dient de verantwoordelijke voor de verwerking aan de betrokkene de volgende informatie te verstrekken :

- a) de naam en het adres van de verantwoordelijke voor de verwerking en, in voorkomend geval, van diens vertegenwoordiger;*
- b) de doeleinden van de verwerking;*
- c) het bestaan van een recht om zich op verzoek en kosteloos tegen de voorgenomen verwerking van hem betreffende persoonsgegevens te verzetten, indien de verwerking verricht wordt met het oog op direct marketing;*
- d) andere bijkomende informatie, met name :*
 - de ontvangers of de categorieën ontvangers van de gegevens,*
 - het al dan niet verplichte karakter van het antwoord en de eventuele gevolgen van niet-beantwoording,*
 - het bestaan van een recht op toegang en op verbetering van de persoonsgegevens die op hem betrekking hebben;*
 - behalve indien die verdere informatie, met inachtneming van de specifieke omstandigheden waaronder de persoonsgegevens verkregen worden, niet nodig is om tegenover de betrokkene een eerlijke verwerking te waarborgen;*
- e) andere informatie afhankelijk van de specifieke aard van de verwerking, die wordt opgelegd door de Koning na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer”.*

54. Punt 3, titel II van het ontwerp van overeenkomst legt de verplichting om te voldoen aan de informatieplicht enkel bij de KVI, en niet bij de PCAOB. Dit is duidelijk niet in overeenstemming met de WVP, daar elke verantwoordelijke voor de verwerking onder de WVP in principe drager is van de informatieverplichting.

55. Gezien een taakverdeling wel mogelijk is tussen de KVI en de PCAOB, adviseert de Commissie duidelijk te bepalen in punt 3, titel II van het ontwerp van overeenkomst dat

- de WVP, inclusief alle eventuele wijzigingen aan deze wet op Belgisch of Europees vlak, van toepassing is op de verwerkingen van persoonsgegevens via de overeenkomst tussen de KVI en de PCAOB;.
- de KVI de taak op zich neemt om de uitoefening van de verplichtingen van de PCAOB onder de artikelen 9, 10 en 12 WVP naar best vermogen uit te voeren.

8. Rechten van toegang, verbetering en schrapping (artikelen 10 en 12 WVP)

56. Volgens de aanvrager worden de rechten van toegang en verbetering van de betrokkenen gegarandeerd.

57. Punt 5 , titel II van het ontwerp van overeenkomst legt evenwel de nadruk op het feit dat deze rechten kunnen worden ingeperkt door de PCAOB indien zij van oordeel is dat dit past om haar mogelijkheid veilig te stellen om haar bevoegdheden uit te oefenen ten aanzien van auditfirma's en de geassocieerde personen onder haar jurisdictie.

58. Buiten de melding dat de betrokkene zich kan richten tot de KVI zijn de concrete modaliteiten van het uitoefenen van de rechten helemaal niet bepaald. De KVI kan overigens volgens het ontwerp van overeenkomst geen toegang verlenen tot deze gegevens maar kan enkel nagaan bij de PCAOB of de gegevens volledig, juist of niet verouderd zijn, en of de verwerking in overeenstemming met de overeenkomst is.

59. De Commissie stelt vast dat in de huidige bewoording van het ontwerp van overeenkomst de uitoefening van de rechten van toegang, verbetering en schrapping ten aanzien van alle verantwoordelijken (PCAOB en KVI) dode letter dreigt te blijven.

60. Het komt volgens de WVP noch aan de KVI, noch aan de PCAOB toe om eenzijdig te beslissen over de modaliteiten voor het uitoefenen van de rechten van de betrokkenen. Enkel de wetgever kan de rechten van de betrokkenen beperken ten aanzien van de verantwoordelijken voor de verwerking.

61. Een mogelijk oplossing, die evenwel een wijziging van de WVP vereist, is om specifieke verwerkingen onder de wet van 22 juli 1953, vrij te stellen van de toepassing van de artikelen 9, 10 en 12 WVP.

62. Deze uitzondering dient evenwel door de wetgever te worden uitgewerkt naar analogie met artikel 3, § 5 WVP of artikel 11 van de wet van 3 augustus 2012³⁴ en vereist een aantoonbare noodzaak in het algemeen belang onder Belgisch recht (niet dat van de VS) om de rechten van de betrokkenen uit te sluiten. Bovendien dienen alsdan artikel 13 WVP (indirecte toegang via de Commissie) en de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie onder de artikelen 31 en 32 WVP ten volle te worden erkend bij de verwerkingen door de KVI.

³⁴ Wet van 3 augustus 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de Federale Overheidsdienst Financiën in het kader van zijn opdrachten, B.S. 24 augustus 2012.

9. Internationale transfer van persoonsgegevens

63. De doorgifte van persoonsgegevens naar landen die geen lid zijn van de Europese Unie (zoals de VS) wordt geregeld door de artikelen 21 en 22 van de WVP. Een doorgifte naar een derde land kan in principe enkel indien het land van bestemming een adequaat beschermingsniveau kan aanbieden, of, krachtens één van de opgesomde uitzonderingen in artikel 22 van de WVP.

64. De internationale gegevenstransfers aan de PCAOB dienen volgens de aanvrager te worden gesteund op artikel 26.1 (d) van de Richtlijn 95/46/EG. Dit artikel correspondeert met artikel 22, § 1, 4° WVP :

"4° de doorgifte is noodzakelijk of wettelijk verplicht vanwege een zwaarwegend algemeen belang of voor de vaststelling, de uitoefening of de verdediging van een recht in rechte;".

65. De Commissie stelde eerder in haar "PNR" advies nr. 48/2003 van 18 december 2003³⁵ dat deze uitzondering beperkt dient te blijven. Concreet stelde zij *"De doorgifte is eveneens niet noodzakelijk of wettelijk verplicht vanwege een zwaarwegend algemeen belang, voor zover deze beschikking een zwaarwegend algemeen belang zou betreffen, die niet enkel unilateraal door de Verenigde staten maar eveneens door België als zodanig zou erkend worden."*

66. De Commissie stelde hiervoor vast dat de finaliteit van de gegevenstransfers mede gesteund is op de uitvoering van Amerikaanse Sarbanes Oxley wetgeving. Er is hergebruik (onder "onward transfers") waarvan de doelstelling niet gedefinieerd en dus ongekend is. Zij is van oordeel dat hier geen sprake is van een *zwaarwegend algemeen belang, dat als dusdanig door België gekend en erkend kan worden*, mede omdat in de wijze van toepassing van de wetgeving verder wordt gegaan in de VS dan in België.

67. In het schrijven van de Groep 29 van 13 december 2011³⁶ werd aangaande artikel 26.1. (d) verwezen naar een analoog, eerder standpunt in het werkdocument WP 114 van de Groep 29 van 25 november 2005³⁷. De privacycommissies hanteren op dit punt een vrij consistente visie, en de Commissie ziet geen reden om hiervan af te wijken.

³⁵ Advies betreffende de Klachten met betrekking tot de overdracht van persoonsgegevens aan de Verenigde Staten door sommige luchtvaartmaatschappijen.

³⁶ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2011/20111213_pcaob_letter_to_dg Markt en.pdf.

³⁷ Zie punt 2.4. en volgende (pagina 16 en volgende) van het Werkdocument over een gemeenschappelijke interpretatie van artikel 26, lid 1, van Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995, gepubliceerd op http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2005/wp114_nl.pdf.

10. Toegang tot de rechter ("Redress")

68. De WVP voorziet in artikel 14 toegang tot de rechter voor de betrokkenen.

69. Er is evenwel geen analoog recht van toegang tot een onafhankelijke rechterlijke instantie³⁸ voorzien voor de betrokkenen, bijvoorbeeld indien zij beslissingen van de KVI en/of de PCAOB ten aanzien van (de uitsluiting van) hun rechten van toegang, verbetering wensen aan te vechten onder de artikelen 9, 10 en 12 WVP of punt 5 titel II van het ontwerp van overeenkomst.

70. Effectief juridictioneel toezicht dient volgens het EVRM steeds gevrijwaard te zijn. De bij een internationale overeenkomst opgelegde verplichtingen kunnen dus geen afbreuk doen aan de constitutionele beginselen van het EG-Verdrag.

11. Geen gezamenlijk controle- en evaluatiemechanisme mbt de toekomstige toepassing van de ontwerpen.

71. Gelet op de diverse vaagheden in het voorliggende ontwerp van overeenkomst, de duidelijke risico's voor (arbitraire inperkingen van) de rechten en vrijheden van (onder meer) de betrokken personen door de ontvangende autoriteit, en het zorgvuldigheidsbeginsel is de Commissie van oordeel dat in dit dossier de principes van voorafgaande controle en onafhankelijk toezicht in de zin van de artikelen 20 en 28 Richtlijn 95/46/EG (zoals uitgevoerd in de artikelen 17*bis* en 29 WVP) voluit toepassing moeten kunnen vinden.

72. Eerdere gegevenstransfers naar de VS (SWIFT, PNR,...) bleken bijzondere aandacht te krijgen van het parlement op Europees en Belgisch vlak. De Commissie wenst in staat te worden gesteld om desgevallend haar taak te kunnen uitoefenen teneinde het parlement afdoende te kunnen te woord staan.

73. Het expliciet voorzien van een gezamenlijk evaluatiemechanisme in het ontwerp van overeenkomst, naar analogie met eerdere voorbeelden (zie het "joint review" mechanisme onder artikel 13 van de TFTP2 overeenkomst tussen de VS en de EU) is een mogelijkheid die tot doel kan hebben om het naleven van een aantal basisverplichtingen na te gaan zoals :

- de wijze van toepassing van de niet-bindende afspraken inzake anonimisering (Statement of Protocol);

³⁸ Punt 8, titel II van het ontwerp van overeenkomst bevat wel een clause aangaande "redress", maar deze clause is enkel een meldingsmogelijkheid onder de Amerikaanse auditreglementering.

- de verificatie van de noodzaak van de gegevenstransfers aan de hand van concrete cijfers en gevallen;
- de toekomstige beoordeling van de nieuwe verplichtingen van (onder meer) de KVI onder het nieuwe Europese gegevensbeschermingsrecht. Hieronder valt de plicht om een privacyeffectbeoordeling te verrichten en desgevallend rekenschap af te leggen aan de Commissie en het parlement aangaande de gegevenstransfers naar de VS toe (beginsel van "accountability").

74. Een andere mogelijkheid is het opleggen van een bijzondere rapporteringsverplichting van de KVI naar het parlement en de Commissie aangaande de gegevenstransfers naar de VS, met bevestiging van de controlebevoegdheden die de Commissie ontleent aan de WVP.

12. Beëindiging van de overeenkomst - geen "sunset" clause

75. De Commissie wijst op het feit dat het voorliggende ontwerp van overeenkomst slechts een "ad interim" oplossing kan bieden, nu de adequaatheidsbeslissing van de Europese Commissie slechts geldt tot 31 juli 2013, het ontwerp van (niet bindende) "Statement of Protocol" zal vervallen op 31 juli 2013, en sowieso rekening zal moeten worden gehouden met de verwachte wijziging van het huidige reglementaire Europese kader betreffende de wettelijke controles van de jaarrekeningen en betreffende de gegevensbescherming.

76. De Commissie treedt dan ook de Groep 29 bij, die adviseerde³⁹ om een beëindigingsclausule op te nemen in het ontwerp van overeenkomst met de PCAOB in geval van wijziging van een van beide juridische domeinen.

OM DEZE REDENEN,

De Commissie heeft geen bijzondere opmerkingen op het ontwerp van koninklijk besluit en verleent een gunstig advies aangaande dit besluit.

De Commissie stelt evenwel vast dat het ontwerp van overeenkomst niet consistent is met het ontwerp van koninklijk besluit, de WVP en de recente standpunten van de Groep 29. Het ontwerp van overeenkomst is een eigen juridisch instrument dat ten aanzien van de ontvangende partij niet de toepasselijkheid van de WVP bevestigt, en een eigen interpretatie geeft aan de Europese en Belgische basisbeginselen inzake finaliteit, proportionaliteit, de rechten van toegang, verbetering en schrapping, gevoelige persoonsgegevens edm.... Er is ook sprake van minder garanties die wel werden voorzien in andere overeenkomsten met de VS en die stilaan tot het EU-VS "acquis"

³⁹ Zie voetnoot 59 van voormeld schrijven van de Groep 29 dd. 13 december 2011.

behoren⁴⁰, waaronder garanties zoals het gezamenlijk evaluatiemechanisme ("joint review" mechanismes in PNR en SWIFT dossiers), dataretentie (bewaringstermijn), verhaalsmogelijkheid ("redress"),...

De Commissie verwijst naar de 12 aanbevelingen van de Groep 29 van 13 december 2011. Zij stelt zich vragen over de noodzaak om in het (bindende) ontwerp van overeenkomst geen soepeler beëindigingsmechanisme ("sunset clause") te voorzien in geval van wijziging van een van beide juridische domeinen betreffende de wettelijke controles van de jaarrekeningen en betreffende de gegevensbescherming.

Enkele punten zijn nog onvoldoende geregeld. Zo dienden de ontwerpen meer duidelijkheid te geven op het gebied van

- beperking op de omschrijving van de gebruiksdoeleinden (primaire en "onward transfers");
- de bepaling van de gegevensontvangers ("onward transfers")
- de zeer vaag omschreven bewaringsmodaliteiten.

Gelet op het grote aantal en de aard van voormelde opmerkingen op het ontwerp van overeenkomst verleent de Commissie een ongunstig advies over voormeld ontwerp overeenkomst.

De Commissie is van oordeel dat de KVI onder het voorliggende ontwerp van overeenkomst niet kan worden gemachtigd om persoonsgegevens door te geven aan de PCAOB zonder de WVP te schenden.

De Commissie wenst dat het ontwerp van overeenkomst en het bijhorend ontwerp protocol expliciet worden gevalideerd door de Europese Commissie op consistentie met het actuele en toekomstige Europese Privacyrecht (*Richtlijn 95/46/EG ...*).

Bovendien wenst zij dat het ontwerp van overeenkomst zodanig wordt aangepast dat het consistent is met het ontwerp van koninklijk besluit en de WVP, waarna zij verzoekt dat het gewijzigde ontwerp opnieuw ter advies wordt voorgelegd.

⁴⁰ Zie de artikelen 6, 7, 13 en 18 van de TFTP overeenkomst.

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

De Wnd. Administrateur,

De Voorzitter,

(get.) Patrick Van Wouwe

(get.) Willem Debeuckelaere