RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 52.513/3
van 23 januari 2013

over

een voorontwerp van wet ‘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’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 52.513/3
du 23 janvier 2013

sur

un avant-projet de loi ‘portant assentiment à l’Accord entre le Royaume de Belgique et les États-Unis d’Amérique sur le renforcement de la coopération dans la prévention et la lutte contre la criminalité grave, etabli à Bruxelles le 20 septembre 2011’

Op 6 december 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Buitenlandse Zaken verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 21 januari 2013, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet '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'.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 15 januari 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Dries VAN EECKHOUTTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jo BAERT, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 23 januari 2013.

*

Le 6 décembre 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Affaires étrangères à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 21 janvier 2013, sur un avant-projet de loi 'portant assentiment à l'Accord entre le Royaume de Belgique et les États-Unis d'Amérique sur le renforcement de la coopération dans la prévention et la lutte contre la criminalité grave, etabli à Bruxelles le 20 septembre 2011'.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 15 janvier 2013. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Bruno SEUTIN, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Dries VAN EECKHOUTTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jo BAERT, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 23 janvier 2013.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond[1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

## STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe instemming te verlenen 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 (hierna: de overeenkomst).[2]

Bij de overeenkomst waarborgen de partijen elkaar de beschikbaarheid van linkgegevens uit het bestand voor de nationale geautomatiseerde dactyloscopische identificatiesystemen die zijn opgezet ter voorkoming en onderzoek van strafbare feiten (artikel 3 van de overeenkomst). Er wordt toegang verleend tot de linkgegevens van het geautomatiseerde dactyloscopische identificatiesysteem, met de bevoegdheid om deze geautomatiseerd te bevragen (artikel 4, paragraaf 1). Indien toegestaan op grond van het nationale recht van beide partijen en op basis van wederkerigheid kunnen de partijen elkaar toegang verlenen tot de linkgegevens van hun DNA-analysebestanden, om deze geautomatiseerd te bevragen (artikel 7, paragraaf 1). Indien wordt vastgesteld dat de dactyloscopische gegevens of de DNA-profielen overeenkomen, is het nationale recht van de aangezochte partij van toepassing op de verstrekking van nadere persoonsgegevens en overige informatie (artikelen 5 en 8).

De overeenkomst bevat voorts onder meer een regeling inzake het verstrekken van persoonsgegevens ter voorkoming van zware strafbare feiten en terroristische misdrijven (artikel 10), en regelingen inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en gegevensbescherming (artikelen 11, 12 en 13).

---

[1] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

[2] In de marge van de overeenkomst zijn ook een aantal uitvoeringsovereenkomsten gesloten of wordt het sluiten ervan in het vooruitzicht gesteld (zie inzonderheid de artikelen 6, paragraaf 2, 9, paragraaf 2, 10, paragraaf 3, en 16, paragraaf 2, van de overeenkomst). Hierom gevraagd, bezorgde de gemachtigde een nog niet ondertekend ontwerp van memorandum van overeenstemming 'tussen de Regering van de Verenigde Staten van Amerika en de Regering van het Koninkrijk België inzake de uitwisseling van terrorisme-screening informatie'. Een hierbij horend uitvoeringsakkoord kon echter niet aan de afdeling Wetgeving worden medegedeeld, omdat dat door de adviesaanvrager als 'vertrouwelijk' wordt beschouwd. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft zich voor zijn advies dan ook uitsluitend moeten baseren op de overeenkomst zelf. Gelet daarop heeft de Raad van State niet kunnen beoordelen of de gesloten uitvoeringsovereenkomsten al of niet beantwoorden aan de kwalificatie van 'verdrag' waarvoor de instemming van het parlement vereist is.

## ALGEMENE OPMERKINGEN

### I. LOYALE SAMENWERKING BINNEN DE EUROPESE UNIE

1. De door de overeenkomst geregelde aangelegenheid vormt het voorwerp van een recent wetgevend initiatief van de Europese Commissie dat aan de Raad en het Parlement werd voorgelegd, en momenteel het voorwerp uitmaakt van bespreking.[3]

Dezelfde aangelegenheid maakt sinds maart 2011 eveneens het voorwerp uit van onderhandelingen tussen de Europese Unie (hierna ook: EU) en de Verenigde Staten. Over de onderhandelingen is de volgende verklaring afgelegd naar aanleiding van de *EU-US Justice and Home Affairs Ministerial meeting* in Kopenhagen op 20 en 21 juni 2012:

> "We reiterate our determination to finalize negotiations on a comprehensive EU-U.S. data privacy and protection agreement that provides a high level of privacy protection for all individuals and thereby facilitates the exchange of data needed to fight crime and terrorism, as announced at the November 2011 summit by our Presidents. Such an agreement will allow for even closer transatlantic cooperation in the fight against crime and terrorism, through the mutual recognition of a high level of protection afforded equally to citizens of both the United States and the European Union, and will thus facilitate any subsequent agreements concerning the sharing of a specific set of personal data.
>
> Negotiations have taken place at a steady rhythm since they began in March 2011 and progress has been achieved on a number of provisions. These include important principles such as data security, transparency of data processing or use, accountability, maintaining the quality and integrity of information and the existence of effective authorities ensuring data protection oversight. We are likewise continuing our work on a number of domains such as purpose limitation, retention of personal data, and effective administrative and judicial redress.
>
> In view of our common objective to achieve mutual recognition, we will continue to make all efforts to come to a conclusion on these key points. To this end, we agree to take stock of progress during the EU-U.S. Justice and Home Affairs Ministerial meeting in 2013, and to consider next steps to ensure the continued rapid advancement of the negotiations."[4]

---

[3] Zie het voorstel van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad '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' (COM(2012) 10 final, van 25 januari 2012: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0010:FIN:NL:PDF).

[4] MEMO/12/474 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-474_en.htm).

De lidstaten zijn dan ook gebonden door de verplichting tot loyale samenwerking,[5] zoals die volgt uit artikel 4, lid 3, van het verdrag 'betreffende de Europese Unie' (VEU):

> "Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.
>
> De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.
>
> De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen."

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld dat in het kader van het extern optreden van de Unie

> "de lidstaten bijzondere positieve en negatieve verplichtingen hebben in een situatie waarin de Commissie bij de Raad voorstellen heeft ingediend die weliswaar niet zijn aanvaard, maar die toch het uitgangspunt vormen van een gezamenlijke [EU-]actie (…). Het Hof heeft ook geoordeeld dat de vaststelling van een besluit tot machtiging van de Commissie om namens de [Unie] over een multilaterale overeenkomst te onderhandelen, het begin aangeeft van een gezamenlijke [EU] internationale actie en daarom met zich brengt dat de lidstaten, zo zij al niet van optreden dienen af te zien, ten minste de verplichting hebben om nauw samen te werken met de gemeenschapsinstellingen, ter vergemakkelijking van de vervulling van de taak van de [Unie] en ter verzekering van de eenheid en de samenhang van het internationale optreden en de internationale vertegenwoordiging van de [Unie]".[6]

De vraag van de Commissie voor een onderhandelingsmandaat zou zijn ingewilligd,[7] zodat er thans gewag kan worden gemaakt van een gezamenlijk extern optreden van de EU, wat overigens bevestigd wordt door de hiervoor geciteerde gemeenschappelijke verklaring. België is in het kader hiervan dan ook gehouden om nauw samen te werken met de gemeenschapsinstellingen, ter vergemakkelijking van de vervulling van de taak van de Unie en ter verzekering van de eenheid en de samenhang van het internationale optreden en de internationale vertegenwoordiging van de Unie. België zal zich ook moeten onthouden van enige actie die het externe optreden van de EU in gevaar zou kunnen brengen. Om zich hiervan te vergewissen, dienen de Commissie en de Raad op de hoogte gesteld te worden van de overeenkomst.

---

[5] K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union* Law, Londen, Sweet & Maxwell, 2011, 1045-1046.

[6] HvJ 20 april 2010, C-246/07, *Commissie v. Zweden*, punten 74-75. Zie ook: G. DE BAERE, " 'O, Where is Faith? O, Where is Loyalty?' Some Thoughts on the Duty of Loyal Co-operation and the Union's External Environmental Competences in the light of the PFOS Case", *ELR* 2011, 405-419.

[7] Zie MEMO/12/459 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-459_en.htm).

II. BESCHERMING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER

2. De overeenkomst heeft betrekking op het (gevoelige) domein van de verwerking en de uitwisseling van persoonsgegevens in een strafrechtelijke context. De overeenkomst dient dan ook in overeenstemming te zijn met onder meer artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (hierna: EVRM) en met de artikelen 12 en 22 van de Grondwet.[8]

3. In artikel 11, paragraaf 3, van de overeenkomst wordt bevestigd dat "[o]nafhankelijk van deze overeenkomst bestaande rechten van individuele personen (…) onverlet [blijven]". De overeenkomst kan dan ook geacht worden geen afbreuk te doen aan bestaande rechten voor individuen onder het Belgische recht, inbegrepen de waarborgen en beperkingen van het Belgische recht inzake de verwerking van persoonsgegevens in het licht van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Gelet op dit uitgangspunt, blijft het evenwel de vraag of de overeenkomst afdoende waarborgen biedt voor een voldoende concrete en effectieve rechtsbescherming bij de verwerking van de persoonsgegevens die worden bezorgd aan de verdragspartner, teneinde te voorkomen dat de bescherming van de grondrechten zou worden uitgehold. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat overeenkomstig vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, "les Etats demeurent responsables au regard de la Convention des mesures qu'ils prennent en exécution d'obligations juridiques internationales".[9]

In dit verband dient te worden gewezen op artikel 21, § 1, van de wet van 8 december 1992 'tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens' (hierna: Privacywet). Die paragraaf luidt:

> "Persoonsgegevens die aan een verwerking worden onderworpen na doorgifte ervan naar een land buiten de Europese Gemeenschap, mogen slechts worden doorgegeven indien dat land een passend beschermingsniveau waarborgt en de andere bepalingen van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan worden nageleefd.
>
> De vraag of het beschermingsniveau passend is, wordt beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden die op de doorgifte van gegevens of op een categorie gegevensdoorgiften van invloed zijn; in het bijzonder wordt rekening gehouden met de aard van de gegevens, met het doeleinde en met de duur van de voorgenomen verwerking of verwerkingen, het land van herkomst en het land van eindbestemming, de algemene en sectoriële rechtsregels die in het betrokken land gelden, alsmede de beroepscodes en de veiligheidsmaatregelen die in die landen worden nageleefd."

[8] Zie ook artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, en het verdrag 'pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel', gedaan te Straatsburg op 28 januari 1981. In de mate met de overeenkomst ook recht van de Europese Unie ten uitvoer gebracht zou worden, dient eveneens artikel 8 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie nageleefd te worden.

[9] *Cf.* bv. EHRM 6 december 2012, *Michaud v. France*, § 102.

Vraag is bijgevolg of de Verenigde Staten, met de aanvullende waarborgen die worden geboden ter uitvoering van de thans voorliggende overeenkomst, een gelijkwaardige[10] rechtsbescherming bieden, wat de verwerking van de betrokken persoonsgegeven betreft.

4. Uit het aan de Raad van State voorgelegde dossier blijkt dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (hierna: "Privacycommissie") over het ontwerp van overeenkomst een advies heeft uitgebracht.[11] De Privacycommissie formuleerde een gunstig advies bij het ontwerp van overeenkomst, mits "strikte eerbiediging" van een reeks in het advies geformuleerde opmerkingen.

In de memorie van toelichting licht de adviesaanvrager toe welke door de Privacycommissie gevraagde garanties in de overeenkomst werden geïntegreerd. Inzake de opmerkingen van de Privacycommissie waarop niet is ingegaan, licht de adviesaanvrager toe hoe gelijkwaardige waarborgen alsnog zouden kunnen worden gegarandeerd in de praktische toepassing van de overeenkomst, middels de huidige administratieve praktijk en het algemene kader inzake jurisdictioneel toezicht in de Verenigde Staten.[12] De herwerkte tekst van de overeenkomst, zoals ondertekend door de partijen op 20 september 2011, is niet meer voor advies aan de Privacycommissie voorgelegd.

5. Vraag is evenwel of, gelet op de doorgevoerde wijzigingen en de verantwoording geboden in de memorie van toelichting, wel een gelijkwaardige rechtsbescherming of een passend beschermingsniveau voorhanden is.

a. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de waarborgen vervat in de overeenkomst niet door een particulier zullen kunnen worden ingeroepen. Artikel 11, paragraaf 3, van de overeenkomst bepaalt immers:

> "Uit deze Overeenkomst vloeien geen rechten voort voor individuele personen, (…)."

b. Bovendien lijkt de overeenkomst opgesteld vanuit het uitgangspunt om een zo ruim mogelijke uitwisseling van gegevens toe te laten, wat blijkt uit artikel 20 van de overeenkomst:

> "Niets in deze Overeenkomst zal zodanig worden uitgelegd dat het beperkingen stelt of afbreuk doet aan de bepalingen van enig ander verdrag, overeenkomst, operationeel rechtshandhavingsverband, of het nationaal recht, die de uitwisseling van informatie tussen de Verenigde Staten en België toestaat."[13]

---

[10] *Ibid.*, § 103: "[U]ne protection à tout le moins équivalente – c'est-à-dire non pas identique mais « comparable » – à celle assurée par la Convention".

[11] Privacycommissie, advies nr. 27/2010 van 24 november 2010.

[12] Zie de bladzijden 9, 10 en 12 van de memorie van toelichting.

[13] De regeling die voorziet in de meest ruime uitwisseling van gegevens gaat derhalve voor, terwijl bepalingen in de overeenkomst die in beperkingen en waarborgen voorzien, niet kunnen worden tegengeworpen in het kader van andere regelingen.

c. Bepaalde waarborgen die door de verdragspartner aan België worden verleend in het kader van de overeenkomst worden overigens ondergeschikt gemaakt aan de voorwaarde dat er geen andersluidende bepalingen van nationaal recht gelden. En een waarborg verleend in de overeenkomst is slechts geldig indien en voor zover deze bevestigd wordt door gelijkluidende bepalingen van nationaal recht. Dit is bijvoorbeeld het geval met betrekking tot de procedure bepaald in artikel 14 van de overeenkomst om tot corrigeren, afschermen en wissen van gegevens over te gaan (cursivering toegevoegd):

> "Op verzoek van de verstrekkende Partij is de ontvangende Partij verplicht ingevolge de Overeenkomst ontvangen gegevens te corrigeren, af te schermen of te wissen, *conform haar nationale re*cht, indien deze onjuist of onvolledig zijn of indien de verzameling of verdere verwerking daarvan in strijd is met deze Overeenkomst of met de regels die voor de verstrekkende Partij gelden."

Volgens de memorie van toelichting zou deze indirecte procedure een alternatief bieden voor een individueel recht van de betrokkene op toegang, correctie en wissen van de gegevens. In het licht van het voorgaande kan dan ook niet zonder meer worden aangenomen dat artikel 14 van de overeenkomst in overeenstemming zou zijn met artikel 4, § 1, 4°, van de Privacywet, zoals in de memorie van toelichting wordt beweerd.

Overigens behoudt artikel 22, eerste lid, van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voor om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven, en waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Anders dan in artikel 8 van het EVRM waarin de wet in de materiële zin is bedoeld, wijst het woord 'wet' in artikel 22, eerste lid, van de Grondwet op een formeel wettelijke norm.[14] Uit die grondwetsbepaling volgt derhalve ook dat in deze materie de regels door de Belgische federale wetgever dienen te worden bepaald, en dat dit niet kan worden overgelaten aan buitenlandse overheden.

d. Wat de toegang tot de rechter betreft, wordt in de memorie van toelichting erkend "dat het recht op correctie niet via een direct gerechtelijk beroep kan afgedwongen worden"[15], en wordt de bedenking van de Privacycommissie dat "de Amerikaanse *Privacy Act* niet *de jure* van toepassing is op de Europese burgers"[16], niet tegengesproken. De mogelijkheden van een administratief beroep blijken volgens de toelichting in bepaalde gevallen af te hangen van de politiek van het agentschap dat de gegevens bijhoudt, zodat het veeleer om een willig beroep lijkt te gaan.[17]

e. Er rijzen echter nog verschillende andere vragen. Zo onder meer de vraag of er in de overeenkomst afdoende waarborgen zijn opgenomen met betrekking tot de verwerking van de

---

[14] Zie o.m. GwH 21 december 2004, nr. 202/2004, B.6.3, en GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.10.2.

[15] Zie bladzijde 8 van de memorie van toelichting.

[16] Privacycommissie, advies nr. 27/2010 van 24 november 2010, p. 13, nr. 51.

[17] Zie bladzijde 8 van de memorie van toelichting (cursivering toegevoegd): "Het « Department of Homeland Security » heeft een gelijkaardige *politiek* aangenomen (…)" (in de Franse versie: "le « Department of Homeland Security » (…) a adopté une *politique* similaire (…)").

verkregen gegevens voor "alle overige doeleinden" (artikel 13, paragraaf 1, d, van de overeenkomst) en bij overdracht van die gegevens aan derde staten (artikel 13, paragraaf 2, van de overeenkomst). Elk van die vraagpunten vereisen een onderzoek van het thans toepasselijke recht in de Verenigde Staten, om na te gaan of dit de in de overeenkomst opgenomen waarborgen ondersteunt, dan wel beperkt. Binnen de relatief korte termijn die hem voor zijn onderzoek is gelaten, heeft de Raad van State dit doorgedreven onderzoek niet kunnen verrichten.[18]

6. Ook ingeval de conclusie van het Parlement luidt dat de in de overeenkomst vervatte regeling een passend beschermingsniveau waarborgt en bijgevolg geen probleem stelt in het licht van – in het bijzonder – artikel 8 van het EVRM en de artikelen 12 en 22 van de Grondwet, is daarmee het laatste woord niet gezegd. Telkens zal de toestand immers moeten worden herbeoordeeld, bijvoorbeeld naar aanleiding van latere wijzigingen die worden aangebracht in het nationale rechtskader van de partijen of in geval van manifeste tekortkomingen bij de concrete toepassing van de overeenkomst:

> "(…) (étant entendu qu'un constat de « protection équivalente » de ce type n'est pas définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux). (…) Par ailleurs, [la] présomption [que les Etats respectent les exigences de la Convention] peut être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste."[19]

*

[18] Het zou nuttig zijn om ook over de finale versie van de overeenkomst, waarover het Parlement zich zal moeten uitspreken, het advies in te winnen van de Privacycommissie. Gelet op het technische karakter van de materie, is de Commissie immers beter geplaatst dan de Raad van State om de bepalingen ervan te toetsen aan de beginselen inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

[19] EHRM 6 december 2012, *Michaud v. France*, § 103. Dit wordt overigens uitdrukkelijk erkend, onder meer in artikel 11, § 1, van de overeenkomst.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique [1] et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

## PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis vise à porter assentiment à l'accord 'entre le Royaume de Belgique et les États-Unis d'Amérique sur le renforcement de la coopération dans la prévention et la lutte contre la criminalité grave', établi à Bruxelles le 20 septembre 2011 (ci-après : l'accord) [2].

Aux termes de l'accord, les parties veillent à la disponibilité des données indexées provenant du fichier regroupant les systèmes automatisés nationaux d'identification par empreintes digitales, créés en vue de la prévention et des enquêtes en matière d'infractions pénales (article 3 de l'accord). Il est permis d'accéder aux données indexées du système automatisé d'identification par empreintes digitales, avec attribution du pouvoir de procéder à des consultations automatisées (article 4, paragraphe 1). Si le droit national de chacune des parties l'autorise et sur la base du principe de réciprocité, chaque partie peut autoriser l'accès aux données indexées de ses fichiers d'analyse ADN pour procéder à des consultations automatisées (article 7, paragraphe 1). S'il est constaté que les données dactyloscopiques ou les profils ADN concordent, la transmission d'autres données à caractère personnel et d'autres informations est régie par le droit national de la partie requise (articles 5 et 8).

En outre, l'accord règle notamment la transmission de données à caractère personnel aux fins de prévention d'infractions pénales et terroristes graves (article 10), ainsi que la protection de la vie privée et la protection des données (articles 11, 12 et 13).

[1] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

[2] Un certain nombre d'accords d'exécution sont également conclus ou envisagés en marge de l'accord (voir notamment les articles 6, paragraphe 2, 9, paragraphe 2, 10, paragraphe 3, et 16, paragraphe 2, de l'accord). Ayant reçu une demande en ce sens, le délégué a transmis un projet, pas encore signé, de protocole d'accord 'entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Royaume de Belgique pour l'échange de données destinées à la détection du terrorisme'. Un accord d'exécution y afférent n'a toutefois pas pu être communiqué à la section de législation, l'auteur de la demande d'avis invoquant la 'confidentialité'. Pour donner son avis, le Conseil d'État, section de législation, a dès lors dû se baser exclusivement sur l'accord proprement dit. Par conséquent, le Conseil d'État n'a pas pu apprécier si les accords d'exécution conclus répondent ou non à la qualification de 'traité', qui requiert l'assentiment du parlement.

## OBSERVATIONS GÉNÉRALES

### I. COOPÉRATION LOYALE AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

1. La matière régie par l'accord fait l'objet d'une initiative législative récente de la Commission européenne qui a été soumise au Conseil et au Parlement et qui, pour l'heure, est à l'examen [3].

La même matière fait également l'objet depuis mars 2011 de négociations entre l'Union européenne (ci-après également : l'UE) et les États-Unis. Ces négociations ont donné lieu à la déclaration suivante prononcée à l'occasion du *EU-US Justice and Home Affairs Ministerial meeting* à Copenhague les 20 et 21 juin 2012 :

> « We reiterate our determination to finalize negotiations on a comprehensive EU-U.S. data privacy and protection agreement that provides a high level of privacy protection for all individuals and thereby facilitates the exchange of data needed to fight crime and terrorism, as announced at the November 2011 summit by our Presidents. Such an agreement will allow for even closer transatlantic cooperation in the fight against crime and terrorism, through the mutual recognition of a high level of protection afforded equally to citizens of both the United States and the European Union, and will thus facilitate any subsequent agreements concerning the sharing of a specific set of personal data.
>
> Negotiations have taken place at a steady rhythm since they began in March 2011 and progress has been achieved on a number of provisions. These include important principles such as data security, transparency of data processing or use, accountability, maintaining the quality and integrity of information and the existence of effective authorities ensuring data protection oversight. We are likewise continuing our work on a number of domains such as purpose limitation, retention of personal data, and effective administrative and judicial redress.
>
> In view of our common objective to achieve mutual recognition, we will continue to make all efforts to come to a conclusion on these key points. To this end, we agree to take stock of progress during the EU-U.S. Justice and Home Affairs Ministerial meeting in 2013, and to consider next steps to ensure the continued rapid advancement of the negotiations » [4].

---

[3] Voir la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données' (COM(2012) 10 final, du 25 janvier 2012 : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0010:FIN:FR:PDF).

[4] MEMO/12/474 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-474_en.htm).

Les États membres sont dès lors liés par l'obligation de coopération loyale [5], telle qu'elle résulte de l'article 4, paragraphe 3, du traité 'sur l'Union européenne' (TUE) :

> « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.
>
> Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.
>
> Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

La Cour de Justice de l'Union européenne a jugé dans le cadre de l'action extérieure de l'Union

> « que les États membres sont tenus à des devoirs particuliers d'action et d'abstention dans une situation où la Commission a soumis au Conseil des propositions qui, bien qu'elles n'aient pas été adoptées par celui-ci, constituent le point de départ d'une action concertée [de l'UE] […]. La Cour a, de même, jugé que l'adoption d'une décision autorisant la Commission à négocier un accord multilatéral au nom de [l'Union] marque le début d'une action concertée [de l'UE] sur le plan international et implique, à ce titre, sinon un devoir d'abstention dans le chef des États membres, à tout le moins une obligation de coopération étroite entre ces derniers et les institutions communautaires de manière à faciliter l'accomplissement de la mission de [l'Union] ainsi qu'à garantir l'unité et la cohérence de l'action et de la représentation internationale de cette dernière » [6].

La demande de la Commission de disposer d'un mandat de négociation aurait été accueillie [7], si bien qu'on peut faire mention actuellement d'une action extérieure concertée de l'UE, ce que confirme au demeurant la déclaration commune citée ci-dessus. Dans ce cadre, la Belgique est dès lors tenue de coopérer étroitement avec les institutions communautaires de manière à faciliter l'accomplissement de la mission de l'Union ainsi qu'à garantir l'unité et la cohérence de l'action et de la représentation internationales de cette dernière. La Belgique devra également s'abstenir de toute mesure pouvant mettre en péril l'action extérieure de l'UE. Pour s'en assurer, la Commission et le Conseil doivent avoir connaissance de l'accord.

## II. PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

2. L'accord concerne la question (sensible) du traitement et de l'échange des données à caractère personnel dans le contexte pénal. L'accord doit dès lors être conforme, entre autres, à

[5] K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *European Union* Law, Londres, Sweet & Maxwell, 2011, 1045-1046.

[6] C.J.U.E. 20 avril 2010, C-246/07, *Commission c. Suède*, points 74-75. Voy. également : G. DE BAERE, " 'O, Where is Faith? O, Where is Loyalty?' Some Thoughts on the Duty of Loyal Co-operation and the Union's External Environmental Competences in the light of the PFOS Case", *ELR* 2011, 405-419.

[7] Voy. MEMO/12/459 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-459_en.htm).

l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH) et aux articles 12 et 22 de la Constitution [8].

3. L'article 11, paragraphe 3, de l'accord confirme que « [l]es droits des individus qui existent indépendamment du présent Accord ne sont pas affectés ». On peut considérer par conséquent que l'accord ne porte pas atteinte aux droits existants des individus soumis au droit belge, en ce compris les garanties et limitations du droit belge en matière de traitement des données à caractère personnel au regard de la protection de la vie privée.

Compte tenu de ce principe, la question se pose cependant de savoir si l'accord offre des garanties suffisantes pour une protection juridique suffisamment concrète et effective lors du traitement des données à caractère personnel qui sont transmises à la partie contractante, afin d'éviter que la protection des droits fondamentaux ne soit vidée de sa substance. À ce propos, il faut garder à l'esprit que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, « les États demeurent responsables au regard de la Convention des mesures qu'ils prennent en exécution d'obligations juridiques internationales »[9].

Il convient, à cet égard, de rappeler l'article 21, § 1er, de la loi du 8 décembre 1992 'relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel' (ci-après : loi relative à la protection de la vie privée). Ce paragraphe dispose :

> « Le transfert de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement après leur transfert vers un pays non membre de la Communauté européenne, ne peut avoir lieu que si le pays en question assure un niveau de protection adéquat et moyennant le respect des autres dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution.
>
> Le caractère adéquat du niveau de protection s'apprécie au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert de données ou à une catégorie de transferts de données; il est notamment tenu compte de la nature des données, de la finalité et de la durée du ou des traitements envisagés, des pays d'origine et de destination finale, des règles de droit, générales et sectorielles, en vigueur dans le pays en cause, ainsi que des règles professionnelles et des mesures de sécurité qui y sont respectées ».

La question se pose dès lors de savoir si les États-Unis, par les garanties supplémentaires fournis en exécution de l'accord à l'examen, offrent une protection juridique équivalente [10] en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel concernées.

4. Il ressort du dossier soumis au Conseil d'État que la Commission de la protection de la vie privée (ci-après : « Commission de la vie privée ») a émis un avis sur le projet

---

[8] Voy. également l'article 17 du Pacte international 'relatif aux droits civils et politiques', et la Convention 'pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel', faite à Strasbourg le 28 janvier 1981. Dans la mesure où l'accord pourvoirait également à l'exécution du droit de l'Union européenne, l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne devrait également être respecté.

[9] Voy. par ex., Cour eur. D.H., 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, § 102.

[10] *Ibid.*, § 103 : « [U]ne protection à tout le moins équivalente – c'est-à-dire non pas identique mais « comparable » – à celle assurée par la Convention ».

d'accord [11]. Elle a émis un avis favorable sur le projet d'accord, « moyennant le strict respect » d'une série d'observations formulées dans l'avis.

Dans l'exposé des motifs, l'auteur de la demande d'avis précise quelles garanties demandées par la Commission de la vie privée ont été intégrées dans l'accord. Pour ce qui est des observations de la Commission de la vie privée qui n'ont pas été prises en compte, l'auteur de la demande d'avis explique comment des garanties équivalentes pourraient encore être fournies à l'égard de la mise en oeuvre de l'accord, par la pratique administrative actuelle et dans le cadre général du contrôle juridictionnel aux États-Unis [12]. La version remaniée de l'accord, telle qu'elle a été signée par les parties le 20 septembre 2011, n'a plus été soumise à l'avis de la Commission de la vie privée.

5. La question se pose cependant de savoir si, compte tenu des modifications apportées et de la justification donnée dans l'exposé des motifs, il existe effectivement une protection juridique équivalente ou un niveau de protection adéquat.

a. Force est tout d'abord de constater que les garanties inscrites dans l'accord ne pourront pas être invoquées par un particulier. L'article 11, paragraphe 3, de l'accord énonce en effet :

> « [l]e présent Accord ne confère aucun droit à un particulier […] ».

b. En outre, l'accord paraît avoir été rédigé dans la perspective de permettre un échange aussi large que possible des données, ce qui ressort de l'article 20 de l'accord :

> « Aucune des dispositions du présent Accord ne sera considérée comme limitant ou portant atteinte aux dispositions de tout arrêté, accord, relation d'application de la loi en vigueur ou loi nationale permettant le partage d'informations entre les États-Unis et la Belgique » [13].

c. Au demeurant, certaines garanties qui sont offertes à la Belgique par la partie contractante dans le cadre de l'accord sont subordonnées à la condition que des dispositions contraires du droit interne ne soient pas applicables. De plus, une garantie octroyée par l'accord n'est valable que si et dans la mesure où elle est confirmée par des dispositions conformes du droit national. Tel est par exemple le cas de la procédure définie à l'article 14 de l'accord qui permet de corriger, verrouiller ou supprimer des données (italiques ajoutés) :

> « À la demande de la Partie qui transmet les données, la Partie destinataire est tenue de corriger, verrouiller ou supprimer, *conformément à son droit national*, les données transmises dans le cadre du présent Accord si elles s'avèrent inexactes ou incomplètes. Il en va de même si la collecte ou le traitement ultérieur des données viole le présent Accord ou les règles applicables à la Partie qui fournit les données ».

---

[11] Commission de la vie privée, avis n° 27/2010 du 24 novembre 2010.

[12] Voy. les pages 9, 10 et 12 de l'exposé des motifs.

[13] La règle prévoyant l'échange de données le plus large possible prime dès lors, tandis que les dispositions de l'accord prévoyant des restrictions et garanties ne peuvent être opposées dans le cadre d'autres dispositifs.

Selon l'exposé des motifs, cette procédure indirecte constituerait une alternative au droit individuel de l'intéressé d'accéder aux données, de les corriger et de les effacer. Compte tenu de ce qui précède, on ne peut dès lors considérer sans plus que l'article 14 de l'accord serait conforme à l'article 4, § 1er, 4°, de la loi relative à la vie privée, comme l'indique l'exposé des motifs.

Au demeurant, l'article 22, alinéa 1er, de la Constitution réserve au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale et garantit à tout citoyen qu'aucune immixtion dans ce droit ne pourra avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. À la différence de l'article 8 de la CEDH, qui vise la loi dans son sens matériel, le terme 'loi' de l'article 22, alinéa 1er, de la Constitution renvoie à une norme législative au sens formel du terme [14]. Dès lors, il résulte également de cette disposition constitutionnelle qu'en cette matière les règles doivent être fixées par le législateur fédéral belge et que l'on ne peut laisser aux autorités étrangères le soin de le faire.

d. En ce qui concerne l'accès à la justice, l'exposé des motifs reconnaît « que le droit de correction ne peut pas faire l'objet d'un recours judiciaire direct »[15], et l'observation de la Commission de la vie privée selon laquelle « le *Privacy Act* américain ne s'applique pas *de jure* aux citoyens européens » [16] n'est pas démentie. Selon l'exposé des motifs, les possibilités d'un recours administratif paraissent dépendre, dans certains cas, de la politique de l'agence qui détient les informations, si bien qu'il paraît plutôt s'agir d'un recours gracieux[17].

e. Toutefois, diverses autres questions se posent encore. Ainsi, entre autres, celle de savoir si l'accord comporte des garanties suffisantes concernant le traitement des données obtenues « pour toute autre finalité » (article 13, paragraphe 1, d, de l'accord) et lors de la transmission de ces données à des États tiers (article 13, paragraphe 2, de l'accord). Chacune de ces questions requiert un examen du droit actuellement en vigueur aux États-Unis afin de vérifier s'il appuie ou restreint les garanties inscrites dans l'accord. Dans le délai relativement court qui lui a été imparti pour examiner le projet, le Conseil d'État n'a pas pu procéder à cet examen approfondi [18].

6. Même si le Parlement arrive à la conclusion que le dispositif inscrit dans l'accord garantit un niveau de protection adéquat et, dès lors, ne pose pas de problème – plus particulièrement – au regard de l'article 8 de la CEDH et des articles 12 et 22 de la Constitution, tout n'est pas résolu pour autant. Il faudra en effet réévaluer chaque fois la situation, par exemple

---

[14] Voy. entre autres C.C. 21 décembre 2004, n° 202/2004, B.6.3, et C.C. 18 mars 2010, n° 29/2010, B.10.2.

[15] Voy. page 8 de l'exposé des motifs.

[16] Commission de la vie privée, avis n° 27/2010 du 24 novembre 2010, p. 13, n° 51.

[17] Voy. page 8 de l'exposé des motifs (italiques ajoutés) : "le « Department of Homeland Security » (…) a adopté une *politique* similaire (…)" (dans la version néerlandaise : "Het « Department of Homeland Security » heeft een gelijkaardige *politiek* aangenomen (…)").

[18] Il serait utile de recueillir également l'avis de la Commission de la vie privée sur la version finale de l'accord, à propos de laquelle le Parlement devra se prononcer. En effet, compte tenu du caractère technique de la matière, la Commission est mieux placée que le Conseil d'État pour confronter les dispositions de l'accord aux principes qui régissent la protection de la vie privée.

à l'occasion de modifications apportées ultérieurement au cadre juridique national des parties ou en cas de manquements manifestes dans l'application concrète de l'accord :

> « […] (étant entendu qu'un constat de « protection équivalente » de ce type n'est pas définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux). […] Par ailleurs, [la] présomption [que les Etats respectent les exigences de la Convention] peut être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste » [19].

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES Jo BAERT

[19] Cour eur. D.H. 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, § 103. Au demeurant, cette nécessité est reconnue formellement, notamment à l'article 11, § 1, de l'accord.