



Avis n° 11/2013 du 24 avril 2013

Objet : avis relatif au projet d'arrêté royal portant exécution de l'article 77 *decies* de la loi du 22 juillet 1953 *créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises*, coordonnée le 30 avril 2007, et aux projets de "Statement of Protocol" et d'accord sur l'échange de données avec le "Public Company Accounting Oversight Board" (ci-après le "PCAOB") (CO-A-2013-007)

La Commission de la protection de la vie privée (ci-après "la Commission") ;

Vu 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 la "LVP"), en particulier l'article 29 ;

Vu la demande d'avis de Monsieur le Ministre de l'Économie, reçue le 25/02/2013 ;

Vu le rapport de Monsieur Rudy Trogh ;

Émet, le 24 avril 2013, l'avis suivant :

I. INTRODUCTION

1. Le projet d'arrêté royal qui nous est soumis vise à exécuter l'article 77 *decies* de la loi du 22 juillet 1953 *créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises*, coordonnée le 30 avril 2007 (ci-après "la loi du 22 juillet 1953"), et à autoriser la Chambre de renvoi et de mise en état (ci-après la "CRME") à transmettre des données au "Public Company Accounting Oversight Board" (ci-après le "PCAOB").
2. Le projet de "Statement of Protocol" est un règlement non contraignant entre la CRME¹ et le PCAOB concernant les modalités de l'échange de données.
3. Le projet d'accord entre la CRME et le PCAOB vise à prévoir un accord contraignant relatif au transfert de données à caractère personnel au PCAOB.
4. Étant donné que le projet d'accord entend avoir des effets contraignants pour les parties, la Commission examine surtout ci-après le projet d'accord et n'accorde qu'une attention secondaire au projet de "Statement of Protocol".

II. CONTEXTE

1. Contexte réglementaire européen

5. La Directive 2006/43/CE² régit les contrôles légaux des comptes annuels (et des comptes consolidés). "*La complexité du contrôle légal des comptes des groupes internationaux exige une bonne coopération entre les autorités compétentes des États membres et celles des pays tiers*"³.
6. L'article 47 de la Directive 2006/43/CE régit la coopération avec les autorités compétentes de pays tiers. D'après cet article, *les États membres peuvent autoriser la communication aux autorités compétentes d'un pays tiers de documents d'audit ou d'autres documents détenus par des contrôleurs légaux des comptes ou des cabinets d'audit par eux agréés, pour autant que les autorités compétentes du pays tiers concerné soient déclarées adéquates*. Le but est de réaliser un contrôle de qualité des contrôles légaux (rapports publics d'audit). L'usage est de prévoir cela tous les trois ans.

¹ <http://www.oversight-audit-belgium.eu/chambre-de-renvoi-et-de-mise-en-etat.php>.

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

³ Considérant 28 de cette Directive.

7. Le 1^{er} septembre 2010, la Commission européenne (DG Marché intérieur et Services, DG MARKT) a promulgué une décision relative à l'adéquation⁴ concernant les États-Unis, conformément à la Directive 2006/43/CE. Cette décision confère aux autorités compétentes des États membres une base juridique pour échanger des données avec le régulateur des États-Unis, c'est-à-dire le "Public Company Accounting Oversight Board" ou, en abrégé, le "PCAOB"⁵. La principale base de travail du PCAOB est la Loi Sarbanes-Oxley. Le PCAOB fait partie de la Securities & Exchange Commission (SEC)⁶.

8. La décision dont il est question ci-dessus s'applique jusqu'au 31 juillet 2013. Renseignements pris auprès de la Commission européenne, on ne sait pas encore clairement, jusqu'à présent, si cette décision sera prolongée et sous quelles conditions cela se ferait éventuellement.

9. Toutefois, l'important est que le considérant 29 de la Directive 2006/43/CE stipule ce qui suit : "*La communication d'informations visée aux articles 36 et 47 devrait se faire dans le respect des dispositions relatives à la communication de données à caractère personnel à des pays tiers telles que prévues par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.*"

2. Contexte réglementaire belge

10. Sur le plan national, c'est surtout la loi du 22 juillet 1953 qui est pertinente. Cette loi a été coordonnée⁷ en 2007 et récemment revue⁸.

11. L'article 77*decies*⁹ de la loi du 22 juillet 1953 régit la coopération internationale avec des pays tiers via l'organe de supervision publique compétent.

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

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

⁶ <http://www.sec.gov/>.

⁷ Loi du 22 juillet 1953 *créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises*, coordonnée le 30 avril 2007.

⁸ Voir la communication 2012/06 de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (IRE) : <http://www.ibr-ire.be/fr/reglementation/doctrine/communications/Documents/2012%2006%20-%202012%2004%2019%20Communication%20Modifications%20à%20la%20loi%201953.pdf>.

⁹ "Article 77*decies*. § 1^{er}. *Tout organe de supervision publique compétent désigné par le Roi communique, sur requête d'une autorité compétente d'un pays tiers, des documents d'audit ou d'autres documents détenus par des réviseurs d'entreprises si toutes les conditions suivantes sont remplies et sous réserve du § 2 :*

1° ces documents d'audit ou autres documents sont relatifs aux contrôles légaux d'entreprises qui ont émis des effets dans le pays tiers concerné ou qui font partie d'un groupe soumis au contrôle des comptes consolidés dans ledit pays tiers ;

3. Point de vue des autorités européennes de protection des données

12. La "problématique du PCAOB" a été jugée de manière critique à plusieurs reprises par le Groupe 29. La Commission renvoie à l'avis WP 143 du Groupe 29 n° 10/2007 du 23 novembre 2007¹⁰. Le 13 décembre 2011, le Groupe 29 a également émis 12 recommandations¹¹. Un des problèmes est l'approche différente dans les États membres, notamment en raison de la pression dans le cadre des négociations venant du PCAOB afin de conclure des accords bilatéraux.

13. La Commission européenne n'a provisoirement pris aucune initiative à cet égard en vue d'harmoniser les diverses approches au sein des États membres. Dans l'état actuel des choses, on ne peut toutefois pas partir du principe que la Commission est d'accord avec la méthode des États membres en matière de transferts de données au PCAOB, ni que cette méthode est conforme au droit européen en matière de protection des données.

14. Selon le Groupe 29, le transfert de données concerne principalement les noms et informations relatives aux activités professionnelles des personnes individuelles qui étaient responsables ou qui ont participé aux missions de contrôle (accountants), ou des personnes qui jouent un rôle important dans la gestion de l'entreprise et le contrôle de qualité¹².

2° cette communication est nécessaire à l'accomplissement de la mission de supervision publique, d'instruction ou de contrôle qualité, déclarée équivalente conformément à l'article 46, § 2, de la Directive 2006/43, de l'autorité compétente de l'État tiers ;

3° cette autorité satisfait aux conditions déclarées adéquates par la Commission européenne, conformément à l'article 47, § 3, de la Directive 2006/43 ;

4° la transmission des données à caractère personnel s'effectue conformément à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel ;

5° l'autorité ou les personnes qui reçoivent l'information dans les pays tiers sont soumises à des garanties équivalentes en matière de protection du secret professionnel à celles applicables à l'organe de supervision publique compétent ;

6° un accord sur base de réciprocité reprenant les modalités de travail est conclu entre les organes désignés par le Roi et cette autorité.

§ 2. Les organes de supervision publique peuvent refuser la requête adressée par une autorité compétente d'un pays tiers lorsque :

1° la fourniture des documents visés au § 1^{er} est susceptible de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité nationale ou à l'ordre public belge ou des autres États membres de l'Union européenne ;

2° une procédure judiciaire, y compris pénale, ayant trait aux mêmes faits et à l'encontre des mêmes personnes que celles visées par la requête, a déjà été engagée en Belgique ;

3° une décision des autorités compétentes belges à l'encontre des mêmes personnes pour les mêmes faits que ceux visés dans la requête est coulée en force de chose jugée ;

4° les conditions préalables visées au § 1^{er} ne sont pas respectées.

§ 3. Le Roi détermine les modalités particulières de coopération avec les pays tiers."

¹⁰ Publié à l'adresse : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp143_fr.pdf.

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

¹² Formulation issue du projet d'accord du 10 mai 2011 d'un des États membres avec le PCAOB.

15. Le Groupe 29 est inquiet car les données à caractère personnel pertinentes concernent non seulement les rapports publics d'audit mais également les documents de contrôle non publics. Les documents de travail de l'audit sont de la documentation d'appui aux rapports publics d'audit. Leur contenu relève souvent de la réglementation nationale en matière de secret professionnel et contient peut-être des informations sensibles relatives aux entreprises contrôlées (c'est-à-dire des opérations éventuelles par le chef du département de la comptabilité X, dans la branche Y de l'entreprise Z). Le Groupe 29 donne comme exemple des problèmes (potentiels) d'activités illégales, suspectes ou frauduleuses concernant les fonctions individuelles au sein de la société contrôlée. De telles informations sensibles sont traitées dans les rapports d'inspection de la CRME.

III. EXAMEN DU PROJET D'ARRÊTÉ ROYAL

16. Le projet d'arrêté royal qui nous est soumis entend exécuter l'article 77 *decies*¹³ de la loi du 22 juillet 1953.

17. La CRME est ainsi désignée en tant qu'organe de supervision publique compétent (article 3 du projet d'arrêté royal).

18. Le Roi souhaite également régler quelques conditions pour la coopération avec des pays tiers, dont :

- le respect du secret professionnel (article 4 du projet d'arrêté royal) ;
- la définition de la finalité pour laquelle les données peuvent être utilisées. Ainsi, l'article 5 du projet d'arrêté royal stipule que "*Les documents d'audit ou autres documents transmis ne peuvent être utilisés que pour l'accomplissement par l'autorité requérante, d'une mission de supervision publique, d'instruction ou de contrôle de qualité, déclarée équivalente conformément à l'article 46, § 2, de la directive 2006/43/CE*". L'article 6 du projet d'arrêté royal dispose que "*l'échange de données à caractère personnel n'est autorisé que pour les finalités reprises dans l'accord, la finalité première est de permettre aux autorités compétentes d'exercer leurs missions respectives en matière de supervision publique, de contrôle de qualité et d'enquête des contrôleurs légaux des comptes*" ;
- la définition des éléments spécifiques en matière de protection des données qui doivent faire partie d'un accord de coopération avec un pays sans niveau de protection adéquat des données (article 6 du projet d'arrêté royal). Ces éléments concernent la prise des mesures de sécurité nécessaires (article 16 de la LVP), le renvoi à la LVP en ce qui concerne les aspects du principe de finalité (article 4, § 1, 2° de la LVP), le principe de proportionnalité

¹³ Voir la note de bas de page n° 9.

(article 4, § 1, 3° de la LVP), les droits d'accès, de rectification et de suppression (article 4, § 1, 4° et articles 10 et 12 de la LVP) et un délai de conservation limité (article 4, § 1, 5° de la LVP).

19. La Commission n'a pas de remarque particulière sur le projet d'arrêté royal qui, dans ses objectifs, est tout à fait conforme aux exigences de la LVP.

IV. EXAMEN DU PROJET D'ACCORD SUR L'ÉCHANGE DE CERTAINES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL AVEC LE PCAOB

1. Applicabilité de la LVP

20. On a déjà constaté précédemment¹⁴ que le transfert de données au PCAOB comportait trois éléments : les rapports publics d'audit, les documents de travail d'audit non publics (documentation d'appui) et les rapports d'inspection des autorités des États membres¹⁵. Tous ces documents contiennent des données à caractère personnel, de sorte que la LVP s'applique aux divers traitements de ces données à caractère personnel par la CRME (par exemple en cas de transfert de ces données à caractère personnel au PCAOB).

21. Le projet d'arrêté royal n'est pas contraignant pour l'organe destinataire dans le pays tiers (PCAOB) de sorte qu'il importe que le pays destinataire puisse offrir un niveau de protection adéquat des données via le projet d'accord. Le Groupe 29 a recommandé que chaque accord avec le PCAOB prévoie une clause claire relative au droit national (belge) et au droit européen applicables en matière de protection de la vie privée et des données et de règles de confidentialité, et ce en ce qui concerne tous les traitements de données à caractère personnel par la CRME, dont le transfert de données à caractère personnel au PCAOB.

22. Sans cette clause, on risque que le projet d'accord, nonobstant ce qui est précisé dans le projet d'arrêté royal (qui, comme cela a été mentionné précédemment, renvoie à la LVP), prenne pour point de départ un régime propre de protection des données, sans offrir aux personnes concernées le même niveau en matière de protection des données, tel que prévu par les législations belge et européenne relatives à la protection de la vie privée.

23. La Commission estime que les autorités belges telles que la CRME restent tenues de respecter la LVP, même si des accords ont été conclus dans leurs relations avec des pays étrangers.

¹⁴ Voir le point 14 ainsi que la page 5, point 3 du courrier du Groupe 29 du 13 décembre 2011.

¹⁵ La CRME a également des dossiers propres comportant des rapports et de la correspondance en la matière.

Pour éviter tout malentendu, elle demande que la clause susmentionnée relative à l'applicabilité des législations belge et européenne en matière de protection des données soit reprise dans le projet d'accord. Cela s'inscrit également dans le droit fil du projet d'arrêté royal qui renvoie à plusieurs reprises à la LVP et au considérant 29 susmentionné de la Directive 2006/43/CE.

2. Accessibilité et prévisibilité de la base légale (transparence au niveau de la norme)

24. Lors de l'examen général, la Commission attire l'attention sur quelques exigences de base qui découlent de l'article 8 de la CEDH¹⁶.

25. Il ressort de l'interprétation de la Cour constitutionnelle¹⁷, du Conseil d'État¹⁸ ainsi que de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹ que l'article 8 de la CEDH doit être interprété de manière telle que la base légale doive offrir suffisamment de prévisibilité pour pouvoir justifier des ingérences dans le droit au respect de la vie privée. L'on vérifie en particulier à cet égard si la loi offre "*des garanties contre les atteintes arbitraires de la puissance publique au droit au respect de la vie privée, à savoir en délimitant le pouvoir d'appréciation des autorités concernées avec une netteté suffisante, d'une part, et en prévoyant un contrôle juridictionnel effectif, d'autre part*"²⁰. L'exigence d'un contrôle juridique (effectif) a également été évoquée par le Parlement européen dans les flux de données PNR et SWIFT vers les États-Unis²¹.

3. Principe de finalité – Transparence au niveau de la finalité

26. Une des règles de base en matière de protection des données est que la finalité du traitement doit être formulée clairement. Cette exigence découle tant de l'article 4, § 1, 2^o de la LVP

¹⁶ L'article 8 de la CEDH est rédigé comme suit :

"1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

¹⁷ Voir la rubrique B.6.2. de l'arrêt n° 151/2006 du 18 octobre 2006 En cause : les recours en annulation de la loi du 3 mai 2005 modifiant la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations de sécurité et de la loi du 3 mai 2005 modifiant la loi du 11 décembre 1998 portant création d'un organe de recours en matière d'habilitations de sécurité, introduits par l'ASBL Ligue des droits de l'homme.

¹⁸ Avis 37.748 et 37.749 du 23 novembre 2004 relatifs à des avant-projets de loi "modifiant la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations de sécurité" (37.748/AG) et "modifiant la loi du 11 décembre 1998 portant création d'un organe de recours en matière d'habilitations de sécurité" (37.749/AG), points 11 à 18 inclus, publiés via le lien suivant : <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/51/1598/51K1598001.pdf>.

¹⁹ Cour européenne des droits de l'homme, 26 mars 1987, Affaire Leander c. Suède, § 51.

²⁰ Citation de l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle, qui se réfère aussi notamment à "*Cour européenne des Droits de l'Homme, 4 mai 2000, Rotaru c. Roumanie, § 55 ; 6 juin 2006, Segerstedt-Wiberg c. Suède, § 76 ; 4 juillet 2006, Lupsa c. Roumanie, § 34.*"

²¹ Résolution "PNR/SWIFT" du Parlement européen sur SWIFT, l'Accord PNR et le dialogue transatlantique sur ces questions, P6_TA(2007)0039, JO C 287 E/349 du 29 novembre 2007, considérant D de l'en-tête.

et de l'article 22 de la Constitution que de l'article 8 de la CEDH et de l'article 5 b. de la Convention 108²².

3.1. Finalités du transfert primaire de données

27. Il ressort des points 1 et 2, alinéa 2 du titre II du projet d'accord que les informations seront utilisées pour contrôler le respect de la législation américaine²³ par la société comptable enregistrée et les personnes qui lui sont associées.

28. La Commission constate que cela s'écarte de la définition (plus limitée) de la finalité dans le projet d'arrêté royal (voir ci-dessus).

29. L'absence d'une définition et d'une limitation claires des finalités d'utilisation dans des définitions analogues dans des accords du PCAOB avec d'autres États membres a déjà été critiquée par le Groupe 29²⁴.

30. Tout comme le Groupe 29, la Commission estime que de telles définitions très générales des finalités qui renvoient à la législation étrangère de la partie destinataire ne sont pas suffisamment précises pour répondre au principe de finalité. Selon le Groupe 29, de telles définitions générales permettent à la partie destinataire (ici le PCAOB) de juger de cet aspect de façon discrétionnaire en vertu de sa propre législation, alors que cela échappe complètement au contrôle de la partie qui fournit les données (ici la CRME).

31. La Commission suit la proposition du Groupe 29 qui consiste à prévoir trois éléments pouvant remédier au problème susmentionné, à savoir :

- les accords doivent uniquement ajouter des définitions de finalités claires (sans renvoi à des législations étrangères) ;
- un mécanisme d'évaluation et de contrôle prévu dans l'accord (voir ci-après) doit permettre à la CRME et à la Commission (en tant qu'autorité de contrôle indépendante) de vérifier que la partie destinataire s'abstiendra de toute utilisation qui serait contraire aux obligations

²² *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, faite à Strasbourg le 28 janvier 1981, approuvée par la loi du 17 juin 1991, M.B., 30 décembre 1993.

²³ La loi américaine Sarbanes-Oxley (ci-après la loi SOX), la législation relative à la préparation et à la publication de rapports d'audit, les règles du PCAOB, les règles de la SEC et les normes professionnelles pertinentes liées à l'exécution d'audits, à l'émission de rapports d'audit et aux affaires en rapport avec ceux qui émettent des titres, telles que définies dans la législation Sarbanes-Oxley (article 2 du projet d'accord).

²⁴ Voir les pages 7 et 8 du courrier du Groupe 29 du 13 décembre 2011, publié à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2011/20111213_pcaob_letter_to_dg Markt_en.pdf.

légales belges en matière de secret, de protection des données et de la vie privée et/ou contraire à la législation en matière de secret professionnel (ce qui est également prévu dans le projet d'arrêté royal) ;

- le consentement de l'autorité fournissant les données (en l'occurrence la CRME) doit être requis avant que ne soit autorisée toute autre utilisation ("onward transfers") par le PCAOB que celle autorisée au préalable. Ceci est conforme à une recommandation du Groupe 29, par analogie avec d'autres dossiers²⁵ de transfert international.

3.2. Finalités (indéterminées) des transferts de données ultérieurs ("onward transfers") par le PCAOB à divers services américains

32. Il est surprenant que les finalités des transferts de données ultérieurs par le PCAOB (ce qu'on appelle les "onward transfers") ne soient mentionnées nulle part alors que la possibilité de tels transferts est bel et bien prévue explicitement au point 7 du titre II du projet d'accord.

33. En d'autres termes, les définitions des finalités dans le projet d'accord et dans le projet de Statement of Protocol concernent uniquement les transferts primaires de données au PCAOB, alors que les finalités des transferts de données ultérieurs par le PCAOB à des tiers n'ont pas été définies.

34. La Commission rappelle que, compte tenu de l'article 8 de la CEDH, toutes les finalités de tous les traitements doivent être clairement et explicitement mentionnées.

4. Principe de proportionnalité

4.1. Le nombre de données communicables

35. En vertu de l'article 4, § 1, 3^o de la LVP, les données à caractère personnel doivent être "*adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement*".

36. Contrairement à d'autres dossiers (PNR, SWIFT), le nombre de données à caractère personnel potentiellement communicables au PCAOB semble, à première vue, relativement limité.

²⁵ Voir l'avis n° 14/2011 du Groupe 29 du 13 juin 2011 *sur les questions de protection des données relatives à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme*, portant le numéro WP 186, qui renvoie aux règles de l'échange de données entre services de renseignements financiers (FIUs, Financial Intelligence Units) : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp186_fr.pdf.

La Commission renvoie aux types de données. En outre, il est précisé²⁶ que les transferts de données seront évalués au cas par cas ("on a case by case basis") par la CRME.

37. Néanmoins, à défaut d'une quelconque évaluation et d'un mécanisme de rapport indépendant, il est impossible d'effectuer ici, *a priori*, une évaluation exacte et absolue de la nécessité de certains transferts de données et du nombre de données à caractère personnel qui seront communiquées.

38. Ainsi, le Groupe 29²⁷ a insisté sur la nécessité d'effectuer un contrôle de la proportionnalité différent selon les niveaux des données à caractère personnel (données à caractère personnel dans des rapports publics d'audit, dans des documents de travail et dans des rapports d'inspection).

39. La Commission n'est *a priori* pas en mesure de réaliser une telle vérification précise du principe de proportionnalité. Cela n'est possible que via un mécanisme de contrôle et d'évaluation spécifique ou une obligation de rapport de la CRME (voir ci-après).

4.2. Délai de conservation des données et conséquences y afférentes

40. Le dernier alinéa du point 2 du titre II du projet d'accord stipule que les données à caractère personnel doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, ou pour le temps requis en vertu des lois, règles et réglementations en vigueur.

41. Les délais de conservation dépendent dès lors de (facteurs qu'on ne connaît pas en vertu de) la législation américaine, et le projet d'accord ne contient aucun délai maximum clair ni de délai de conservation permettant de vérifier, dans un cas concret, la proportionnalité de la conservation de données à caractère personnel.

42. Par analogie avec le point de vue du Groupe 29²⁸, la Commission estime que le projet d'accord présente un risque inadmissible de conservation permanente (ce qu'on appelle la "evergreen data retention") et qu'il doit être bien plus précis concernant les délais de conservation et/ou les mécanismes de suppression des données à caractère personnel communiquées.

²⁶ Point 2, alinéa 3 du titre II du projet d'accord.

²⁷ Voir la recommandation n°3 du Groupe 29 dans l'annexe 2 du courrier du 13 décembre 2011.

²⁸ Voir la recommandation n° 27 à la page 22 de l'annexe de l'Avis 14/2011 mentionné en note de bas de page n° 25, publiée à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp186_en_annex.pdf.

4.3. Mécanisme "pull"

43. Tant le Groupe 29 que le Contrôleur européen de la protection des données (ci-après le "CEPD")²⁹ ont toujours défendu, dans l'affaire PNR et plus récemment dans le programme TFTP³⁰ de l'UST (département américain du Trésor), la nécessité (d'une forme proportionnelle) d'un système "push" au lieu de "pull" dans les relations à l'égard des autorités américaines et européennes. Vu qu'il est question d'une évaluation "au cas par cas" par la CRME, il semble s'agir d'un tel transfert de données "push".

4.4. Destinataires des données

44. L'interprétation courante de l'article 22 de la Constitution par le Conseil d'État³¹ requiert que l'identité des destinataires/utilisateurs des données soit définie par le législateur. En l'occurrence, ce n'est pas le cas (pour les "onward transfers").

5. Protection des données à caractère personnel sensibles (articles 6, 7 et 8 de la LVP)

45. Le projet d'accord contient une définition des données à caractère personnel sensibles qui correspond en grande partie à celle au sens des articles 6, 7 (données de santé) et 8 (données relatives à des litiges, des suspicions, des poursuites ou des condamnations) de la LVP. Le projet d'accord vise au point 6 du titre II le transfert de données à caractère personnel sensibles.

46. La LVP prévoit une interdiction de principe de tout traitement de données à caractère personnel sensibles, à moins qu'un des motifs d'exception soit d'application et que les conditions de la LVP soient respectées.

47. Le point 6 du titre II du projet d'accord stipule que les données à caractère personnel sensibles ne seront pas transmises au PCAOB, sauf consentement de la personne concernée.

48. Cette méthode n'est pas conforme à la LVP, tant au niveau formel que sur le plan du contenu. Le consentement de la personne concernée ne peut pas légitimer le traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 8 (données relatives à des litiges, des suspicions, des

²⁹ Voir le § 98 de l'avis du CEPD sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (Passenger Name Record — PNR) à des fins répressives, JO, 1^{er} mai 2008.

³⁰ Terrorist Finance Tracking Program.

³¹ Voir notamment l'avis 27.289/4 du 27 février 1998, l'avis 29.125 du 14 avril 1999, page 7 de l'avis 34.270/1 du 23 janvier 2003, l'avis 37.765 du 4 novembre 2004, l'avis 27.289 du 25 février 1998 et l'avis 45.070 du 27 août 2008.

poursuites ou des condamnations) de la LVP. En outre, il ne semble pas que le consentement de la personne concernée puisse être libre et rétractable (article 1, § 8 de la LVP), étant donné la possibilité de sanctions si des individus ne coopèrent pas lors d'inspections du PCAOB³².

49. Le Groupe 29 a affirmé à cet égard : "*Le consentement ne peut être valable que si la personne concernée est véritablement en mesure d'exercer un choix et s'il n'y a pas de risque de tromperie, d'intimidation, de coercition ou de conséquences négatives importantes si elle ne donne pas son consentement. Si les conséquences du consentement sapent la liberté de choix des personnes, le consentement n'est pas libre. La directive prévoit, à son article 8, paragraphe 2, point a), que, dans certains cas à déterminer par les États membres, l'interdiction du traitement de catégories particulières de données à caractère personnel ne peut être levée par le consentement de la personne concernée*"³³.

50. La Commission estime qu'il faut explicitement prévoir que la CRME ne peut transmettre aucune donnée à caractère personnel relevant des articles 6, 7 et 8 de la LVP et qu'il faut tenir compte du fait que l'obtention ou non du "consentement" de la personne concernée ne constitue pas une garantie suffisante pour légitimer des transferts de données à caractère personnel au PCAOB. Comme précisé ci-dessus, cela est également conforme à l'avis du Groupe 29 concernant la notion de "consentement".

6. Désignation du responsable du traitement

51. Le projet d'accord définit aussi bien la CRME que le PCAOB comme responsable du traitement ("Controller"). Cela a des conséquences concrètes en vertu de la LVP, étant donné que le responsable du traitement doit respecter plusieurs obligations, dont l'obligation d'information (article 9 de la LVP), les droits d'accès et de rectification, ...

52. Cette implication n'est toutefois pas établie dans le projet d'accord, puisqu'il n'est prévu nulle part que les personnes concernées peuvent directement s'adresser au PCAOB afin d'exercer leurs droits en vertu de la LVP (voir le point 55).

³² Voir le programme de contrôle du PCAOB en vertu de la législation SOX. "*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*", page 15 du rapport annuel 2011 du PCAOB.

³³ Voir l'Avis 15/2011 *sur la définition du consentement*, WP 187 du 13 juillet 2011, publié à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_fr.pdf.

7. Obligation d'information des responsables (article 9 de la LVP)

53. En vertu de l'article 9 de la LVP, le responsable du traitement doit fournir à la personne concernée les informations suivantes :

- "a) le nom et l'adresse du responsable du traitement et, le cas échéant, de son représentant ;*
- b) les finalités du traitement ;*
- c) l'existence d'un droit de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement de données à caractère personnel la concernant envisagé à des fins de direct marketing ;*
- d) d'autres informations supplémentaires, notamment :*
 - les destinataires ou les catégories de destinataires des données,*
 - le caractère obligatoire ou non de la réponse ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse,*
 - l'existence d'un droit d'accès et de rectification des données la concernant ;*
- sauf dans la mesure où, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles les données sont obtenues, ces informations supplémentaires ne sont pas nécessaires pour assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données ;*
- e) d'autres informations déterminées par le Roi en fonction du caractère spécifique du traitement, après avis de la Commission de la protection de la vie privée."*

54. Le point 3 du titre II du projet d'accord fait reposer l'obligation de satisfaire à l'obligation d'information uniquement sur la CRME, et non sur le PCAOB, ce qui n'est clairement pas conforme à la LVP, étant donné qu'en vertu de cette dernière, tout responsable du traitement est tenu, en principe, de respecter l'obligation d'information.

55. Vu qu'il est possible que les tâches soient réparties entre la CRME et le PCAOB, la Commission recommande de clairement stipuler au point 3 du titre II du projet d'accord que :

- la LVP, y compris toutes les modifications éventuelles à cette loi sur le plan belge ou européen, s'appliquent aux traitements de données à caractère personnel via l'accord entre la CRME et le PCAOB ;
- la CRME se charge d'exercer au mieux les obligations du PCAOB en vertu des articles 9, 10 et 12 de la LVP.

8. Droits d'accès, de rectification et de suppression (articles 10 et 12 de la LVP)

56. Selon le demandeur, les droits d'accès et de rectification des personnes concernées sont garantis.

57. Le point 5 du titre II du projet d'accord met toutefois l'accent sur le fait que ces droits peuvent être restreints par le PCAOB s'il estime que cela s'impose afin de sauvegarder sa possibilité d'exercer ses compétences à l'égard des sociétés d'audit et des personnes associées sous sa juridiction.

58. En dehors de la mention selon laquelle la personne concernée peut s'adresser à la CRME, les modalités concrètes de l'exercice des droits ne sont pas du tout définies. D'ailleurs, selon le projet d'accord, la CRME ne peut pas accorder d'accès à ces données mais peut uniquement vérifier auprès du PCAOB si les données sont complètes, exactes ou non obsolètes et si le traitement est conforme à l'accord.

59. La Commission constate que dans la formulation actuelle du projet d'accord, l'exercice des droits d'accès, de rectification et de suppression à l'égard de tous les responsables (PCAOB et CRME) risque de rester lettre morte.

60. Selon la LVP, il n'appartient ni à la CRME, ni au PCAOB de décider unilatéralement des modalités d'exercice des droits des personnes concernées. Seul le législateur peut limiter les droits des personnes concernées à l'égard des responsables du traitement.

61. Une solution possible, qui requiert toutefois une modification de la LVP, consiste à dispenser de l'application des articles 9, 10 et 12 de la LVP des traitements spécifiques en vertu de la loi du 22 juillet 1953.

62. Cette exception doit cependant être mise au point par le législateur, par analogie avec l'article 3, § 5 de la LVP ou l'article 11 de la loi du 3 août 2012³⁴ et exige une nécessité démontrable d'un intérêt public en vertu du droit belge (et non américain) pour exclure les droits des personnes concernées. En outre, l'article 13 de la LVP (accès indirect via la Commission) et les compétences d'investigation de la Commission en vertu des articles 31 et 32 de la LVP doivent être pleinement reconnus lors des traitements par la CRME.

³⁴ Loi du 3 août 2012 *portant dispositions relatives aux traitements de données à caractère personnel réalisés par le Service public fédéral Finances dans le cadre de ses missions*, M.B. du 24 août 2012.

9. Transfert international de données à caractère personnel

63. Le transfert de données à caractère personnel vers des pays qui ne sont pas membres de l'Union européenne (comme les États-Unis) est régi par les articles 21 et 22 de la LVP. Un transfert vers un pays tiers n'est en principe autorisé que si le pays destinataire peut offrir un niveau de protection adéquat ou en vertu d'une des exceptions énumérées à l'article 22 de la LVP.

64. Selon le demandeur, les transferts internationaux de données au PCAOB doivent s'appuyer sur l'article 26.1 (d) de la Directive 95/46/CE. Cet article correspond à l'article 22, § 1, 4° de la LVP : "*4° le transfert est nécessaire ou rendu juridiquement obligatoire pour la sauvegarde d'un intérêt public important, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice ;*"

65. Précédemment, dans son avis "PNR" n° 48/2003 du 18 décembre 2003³⁵, la Commission a affirmé que cette exception devait rester limitée. Concrètement, elle stipulait : "*Le transfert n'est pas non plus nécessaire ou rendu juridiquement obligatoire pour la sauvegarde d'un intérêt public important, dans la mesure où cette disposition doit être considérée comme visant un intérêt public important reconnu comme tel en Belgique, et non unilatéralement par les États-Unis.*"

66. La Commission a constaté ci-avant que la finalité des transferts de données reposait également sur l'exécution de la législation américaine Sarbanes-Oxley. Il y a une réutilisation (sous forme de "onward transfers") dont la finalité n'a pas été définie et n'est donc pas connue. Elle estime qu'il ne s'agit pas ici d'un *intérêt public important pouvant être connu et reconnu en tant que tel par la Belgique*, parce que dans la façon d'appliquer la législation, on va plus loin aux États-Unis qu'en Belgique.

67. Dans le courrier du Groupe 29 du 13 décembre 2011³⁶, concernant l'article 26.1. (d), il est fait référence à un point de vue antérieur analogue figurant dans le document de travail WP 114 du 25 novembre 2005³⁷. Sur ce point, les commissions vie privée adoptent une vision assez cohérente et la Commission ne voit aucune raison de s'en écarter.

³⁵ Avis concernant les plaintes relatives à la transmission de données à caractère personnel par certaines compagnies aériennes vers les États-Unis.

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

³⁷ Voir le point 2.4. et les points suivants (page 17 et suivantes) du *Document de travail relatif à une interprétation commune des dispositions de l'article 26, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995*, publié à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2005/wp114_fr.pdf.

10. Accès au juge ("Redress")

68. La LVP prévoit à l'article 14 un accès au juge pour les personnes concernées.

69. Toutefois, il n'y a pas de droit analogue d'accès à une instance judiciaire indépendante³⁸ prévu pour les personnes concernées, par exemple si elles souhaitent contester des décisions de la CRME et/ou du PCAOB à l'égard de (l'exclusion de) leurs droits d'accès, de rectification en vertu des articles 9, 10 et 12 de la LVP ou du point 5 du titre II du projet d'accord.

70. Selon la CEDH, un contrôle juridictionnel effectif doit toujours être garanti. Les obligations imposées par un accord international ne peuvent donc pas porter préjudice aux principes constitutionnels du Traité CE.

11. Pas de mécanisme commun de contrôle et d'évaluation concernant la future application des projets

71. Vu les diverses imprécisions dans le projet d'accord qui nous est soumis, les risques flagrants (de restrictions arbitraires) pour les droits et libertés (notamment) des personnes concernées par l'autorité destinataire et le principe de prudence, la Commission estime que dans ce dossier, les principes de contrôle préalable et de contrôle indépendant au sens des articles 20 et 28 de la Directive 95/46/CE (tels qu'exécutés dans les articles 17*bis* et 29 de la LVP) doivent pouvoir être intégralement appliqués.

72. De précédents transferts de données vers les États-Unis (SWIFT, PNR, ...) ont attiré l'attention particulière du Parlement au niveau européen et belge. La Commission souhaite être en mesure, le cas échéant, d'exercer sa tâche afin de pouvoir informer le Parlement efficacement.

73. Prévoir explicitement un mécanisme d'évaluation commun dans le projet d'accord, par analogie avec de précédents exemples (voir le mécanisme de "joint review" en vertu de l'article 13 de l'accord TFTP2 entre les États-Unis et l'Union européenne) constitue une possibilité qui peut avoir pour but de vérifier le respect d'un certain nombre d'obligations de base telles que :

- le mode d'application des accords non contraignants en matière d'anonymisation (Statement of Protocol) ;

³⁸ Le point 8 du titre II du projet d'accord contient bel et bien une clause relative au "redress" mais celle-ci n'est qu'une possibilité de notification en vertu de la réglementation américaine sur l'audit.

- la vérification de la nécessité des transferts de données à l'aide de chiffres et de cas concrets ;
- la future évaluation des nouvelles obligations de la CRME (notamment) en vertu du nouveau droit européen de protection des données. Parmi ces obligations figure l'obligation d'effectuer une analyse d'impact relative à la protection des données et, le cas échéant, de rendre des comptes à la Commission et au Parlement concernant les transferts de données vers les États-Unis (principe d' "accountability").

74. Une autre possibilité consiste à imposer une obligation particulière de rapport de la CRME au Parlement et à la Commission concernant les transferts de données vers les États-Unis, avec confirmation des compétences de contrôle confiées à la Commission par la LVP.

12. Fin de l'accord – pas de "sunset clause" (clause de résiliation)

75. La Commission insiste sur le fait que le présent projet d'accord qui lui est soumis ne peut offrir qu'une solution "*ad interim*", étant donné que la décision d'adéquation de la Commission européenne ne s'applique que jusqu'au 31 juillet 2013, que le projet de Statement of Protocol (non contraignant) viendra à échéance le 31 juillet 2013 et qu'il faudra de toute façon tenir compte de la modification attendue de l'actuel cadre réglementaire européen relatif aux contrôles légaux des comptes annuels et à la protection des données.

76. La Commission rejoint donc le Groupe 29 qui recommandait³⁹ d'intégrer une clause de résiliation dans le projet d'accord avec le PCAOB en cas de modification d'un des deux domaines juridiques.

PAR CES MOTIFS,

la Commission n'a pas de remarque particulière quant au projet d'arrêté royal et émet un avis favorable concernant cet arrêté.

La Commission constate toutefois que le projet d'accord n'est pas cohérent avec le projet d'arrêté royal, la LVP et les points de vue récents du Groupe 29. Le projet d'accord constitue un instrument juridique propre qui ne confirme pas l'applicabilité de la LVP à l'égard de la partie destinataire et qui donne une interprétation propre aux principes de base européens et belges en matière de finalité,

³⁹ Voir la note de bas de page n° 59 du courrier précédemment cité du Groupe 29 du 13 décembre 2011.

proportionnalité, droits d'accès, de rectification et de suppression, données à caractère personnel sensibles, etc. Il offre également moins de garanties que celles figurant dans d'autres accords avec les États-Unis et qui font partie de l' "acquis" Union européenne-États-Unis⁴⁰, dont des garanties comme le mécanisme commun d'évaluation (mécanismes "joint review" dans les dossiers PNR et SWIFT), la conservation des données (délai de conservation), la possibilité de recours ("redress"), ...

La Commission renvoie aux 12 recommandations du Groupe 29 du 13 décembre 2011. Elle s'interroge sur la nécessité de ne pas prévoir dans le projet d'accord (contraignant) un mécanisme de résiliation plus souple ("sunset clause") en cas de modification d'un des deux domaines juridiques concernant les contrôles légaux des comptes annuels et la protection des données.

Certains points n'ont pas été suffisamment réglés. Ainsi, les projets devaient être plus précis concernant :

- la limitation de la définition des finalités d'utilisation (transferts primaires et ultérieurs ("onward transfers")) ;
- la définition des destinataires de données ("onward transfers") ;
- la définition très vague des modalités de conservation.

Vu le nombre important et la nature des remarques formulées quant au projet d'accord, la Commission émet un avis défavorable concernant le projet d'accord susmentionné.

La Commission estime que la CRME ne peut pas être autorisée, en vertu du présent projet d'accord, à transmettre des données à caractère personnel au PCAOB sans violer la LVP.

La Commission souhaite que le projet d'accord et le projet de protocole y afférent soient explicitement validés par la Commission européenne quant à la cohérence avec le droit européen actuel et futur en matière de vie privée (*Directive 95/46/CE, ...*).

En outre, elle souhaite que le projet d'accord soit adapté de manière à être cohérent avec le projet d'arrêté royal et la LVP. Après cette adaptation, elle demande que le projet modifié lui soit à nouveau soumis pour avis.

La Commission se réserve le droit de procéder à d'autres évaluations et/ou d'entreprendre d'autres actions dans ce dossier lorsque son avis ne sera pas suivi ou lorsqu'elle l'estimera nécessaire.

⁴⁰ Voir les articles 6, 7, 13 et 18 de l'accord TFTP.

Elle souhaite que son avis soit demandé au sujet de toute modification réglementaire, évaluation et/ou disposition nationale d'exécution de l'accord. Elle reste à disposition pour une éventuelle concertation ultérieure.

L'Administrateur f.f.,

Le Président,

(sé) Patrick Van Wouwe

(sé) Willem Debeuckelaere