

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 14 mars 1997, d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi "transposant la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil 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", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 15 décembre 1997, 5 janvier, 12 janvier, 26 janvier et 2 février 1998, a donné, à cette dernière date, l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 14 maart 1997 door de Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 15 december 1997, 5 januari, 12 januari, 26 januari en 2 februari 1998, op laatstvermelde datum, het volgende advies gegeven :

Observations générales

I. Méthode de légiférer et évaluation de la loi

Le projet de loi a pour objet principal d'adapter la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, à la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil 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.

Comme l'a relevé l'inspecteur des Finances dans son avis donné en application de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire, "en fait, il s'agit d'une réécriture de la loi, tant le nombre d'articles remplacés est important".

Il en résulte que les textes en projet sont difficilement intelligibles par eux-mêmes. Pour en restaurer la lisibilité sans revenir nécessairement sur le parti pris - au moment de la consultation de la section de législation - par les auteurs du projet de rédiger des dispositions modificatives plutôt que de concevoir un texte ou, à tout le moins, des chapitres entièrement nouveaux, il leur a été demandé d'établir un texte coordonné des articles de la loi du 8 décembre 1992, tel qu'il résulterait de l'adoption ne varietur des dispositions de l'avant-projet de loi, mis en rapport avec la loi en vigueur aujourd'hui.

.../...

Ce tableau synoptique, qui a été transmis au Conseil d'Etat, doit figurer sous la forme d'une annexe, dans le document parlementaire de dépôt du projet de loi, en raison de son utilité pour la compréhension globale de l'opération de transposition de la directive.

Il n'en demeure pas moins que compte tenu de l'importance des modifications apportées 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, la méthode n'est qu'un expédient; il serait de loin préférable de refondre ce texte dans un texte nouveau (1).

La vision globale des adaptations envisagées s'impose en tout cas d'autant mieux que la loi belge doit, dans son ensemble, former un tout cohérent, en ce compris dans les domaines échappant au champ d'application de la directive (notamment pour des raisons de compétence des institutions européennes) de sorte que des modifications complémentaires pourraient s'avérer nécessaires ou utiles.

La loi en projet se prête bien à la recherche de ces nouveaux équilibres. Elle vient se greffer sur une législation qui avait, à son origine, un caractère expérimental marqué, même si elle fut précédée de longs débats parlementaires.

(1) En s'inspirant, par exemple, de la loi sur les faillites du 8 août 1997 et de la loi relative au concordat judiciaire du 17 juillet 1997 parues toutes deux au Moniteur belge du 28 octobre 1997.

La transposition de la directive offre aux auteurs du projet et au législateur une occasion privilégiée de dresser un premier bilan de l'application de la loi du 8 décembre 1992, en vue d'éviter de nouveaux bouleversements législatifs - nuisibles à l'efficacité de la loi, comme le souligne l'exposé des motifs - qui résulteraient des conclusions d'une procédure d'évaluation systématique qui serait entreprise par la suite (1).

II. Méthode de transposition de la directive

La Belgique, dans son oeuvre de transposition de la directive, est liée par les résultats à atteindre; elle reste libre de déterminer la forme et la méthode pour y parvenir.

(1) Sur la nécessaire évaluation des législations, voyez entre autres le discours du président du Sénat lors de la séance plénière de rentrée du 14 octobre 1997, et les travaux qui y sont évoqués (C.R.A., 1997, pp. 1979-1980). L'exposé des motifs, l'avis n° 30/96 du 13 novembre 1996 de la Commission de la protection de la vie privée ainsi que ses rapports annuels, pourraient en constituer le point de départ (les rapports d'activité 1992-1993, 1994-1995 et 1996 sont disponibles; selon les informations communiquées au Conseil d'Etat par le président de la Commission, la publication des séries des avis, décisions et recommandations rendus pendant cette période, est imminente).

Comme l'a observé l'avis n° 30/96 du 13 novembre 1996 de la Commission de la protection de la vie privée,

"la directive du 24 octobre 1995 a pour but essentiel de promouvoir la libre circulation des données à caractère personnel dans la Communauté européenne et veut, à cet effet, offrir, dans tous les Etats membres de la Communauté, un niveau équivalent de protection des libertés et droits fondamentaux, de telle sorte que la libre circulation entre les Etats membres ne puisse plus être restreinte ou interdite pour des motifs relatifs à la protection de ces libertés et droits. Ce niveau de protection équivalent trouve sa concrétisation dans les différentes dispositions de la directive.

C'est cet objectif de protection équivalente en prévention des limitations à la libre circulation des données qu'il faut garder à l'esprit lors de la transposition de la directive dans le droit belge. Toutefois, ceci ne signifie aucunement qu'il soit absolument nécessaire de reprendre les textes littéralement, même dans les cas où les articles commencent par "Les Etats membres stipulent que ..." ou "Les Etats membres interdisent que ...". En revanche, il faut vérifier concrètement, pour chaque disposition de la directive, si la législation belge en vigueur poursuit le but mentionné de la protection équivalente et, si ce n'est pas le cas, comment on peut y remédier.

En outre, la directive européenne est parfois (probablement à dessein) assez vague, ce qui est normal au vu des objectifs qu'elle poursuit. Lors de la réalisation de l'objectif dans leur propre ordre juridique, on peut cependant s'attendre à ce que les Etats membres apportent davantage de précisions dans un certain nombre de cas, à défaut de quoi une insécurité juridique démesurée naîtra pour les sous-traitants des données. La Commission estime qu'il est parfaitement légitime, voire opportun, que ces précisions soient enracinées dans la tradition nationale basée sur des éléments culturels, sociaux et historiques et ce, dans les limites de la protection équivalente visée. Pour certains aspects de la protection de la vie privée, il n'existe en effet entre les différents Etats membres

.../...

aucune tradition constitutionnelle commune suffisante que pour pouvoir se reposer sans plus sur des normes européennes assez générales. Ces normes doivent être précisées au niveau national sur la base d'une pondération d'intérêts tenant compte des éléments mentionnés, au risque d'abaisser dans la pratique le niveau de protection. A ce propos, les objectifs de la directive européenne continuent à jouer le rôle d'ultime pierre de touche."

Transposer n'est pas recopier. Il peut arriver que le texte de la directive soit rédigé de telle manière que le législateur d'un Etat membre ne puisse mieux faire que d'en reproduire mot à mot les termes. Une telle méthode doit cependant rester une exception en vertu même de la définition de la directive qui, - faut-il le rappeler ? -, "lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre". Ce texte indique bien que seul le résultat doit être atteint, mais il indique aussi fermement que ce résultat doit être atteint. Il en résulte qu'il est indispensable que les autorités nationales compétentes prennent toutes les mesures nécessaires pour que s'accomplissent aussi sûrement que possible tous les objectifs formulés par les directives. Or, comme dans le système juridique de la Belgique, il ne suffit pas qu'une loi énonce un objectif général pour que celui-ci se réalise, le législateur qui doit veiller à cette réalisation doit indiquer les moyens que les diverses autorités auront à respecter pour y parvenir, ainsi que les règles que les sujets de droit auront à observer, à cette fin. Le défaut d'indiquer ces moyens et de définir ces règles constitue donc pour un Etat une carence coupable.

Telle est bien d'ailleurs la raison pour laquelle il se peut qu'une fidélité littérale au texte d'une direc-

tive constitue une transposition tout à fait incorrecte de celle-ci.

Ainsi par exemple, lorsque l'article 9 de la directive impose aux Etats de "prévoir" des dérogations à certaines règles pour atteindre un objectif qui est de concilier la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, il incombe à la loi de fixer ces dérogations; elle ne peut se borner à redire que des dérogations sont possibles et à quelle fin.

Ainsi encore, lorsque l'article 7 de la directive oblige les Etats membres à prévoir qu'un traitement de données peut être effectué quand il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement, il incombe aux Etats de préciser cette légitimité en indiquant, par exemple, les domaines de l'activité où elle est concevable.

Compte tenu de ces problèmes de méthode, il a été également demandé aux auteurs du projet d'établir un tableau mettant en regard, de façon systématique, le texte de la directive et celui de la loi belge, tel qu'il résulterait du vote ne varietur de l'avant-projet de loi.

Ce tableau comparatif, qui a été communiqué au Conseil d'Etat, doit être reproduit dans les documents parlementaires; il facilite la correction de l'oeuvre de transposition et permettra que le droit d'amendement consacré par la Constitution soit exercé en connaissance de cause - dans les limites variables que fixe la directive.

III. Droit international conventionnel

L'exposé des motifs rappelle justement l'existence de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel, approuvée par la loi du 17 juin 1991. En effet, aux termes du considérant (11) de la directive,

"les principes de protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, contenus dans la (...) directive précisent et amplifient ceux qui sont contenus dans la convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe."

L'étude collective consacrée à "La protection des données à caractère personnel en droit communautaire" (1), a procédé à la comparaison des deux instruments juridiques. Il y est fait référence.

L'importance de la Convention n° 108 ne saurait en tout cas être sous-estimée par le législateur : certaines de ces dispositions sont susceptibles de recevoir un effet direct (2); il est, dès lors, impératif d'éviter toute contradiction entre la convention et l'adaptation de la loi belge, à la directive.

*

(1) M.-H. BOULANGER, C. de TERWANGNE, Th. LEONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU ET Y. POULLET, J.T.D.E., 1997, pp. 121-127, 145-155 et 173-179.

(2) C.E. Fr., arrêt Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme, 18 novembre 1992, A.J.D.A., 20 mars 1993, pp. 213-218 et note R. LETTERON.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, clé de voûte en Belgique du système de protection des droits de l'homme, en raison, en particulier, de son invocabilité devant les tribunaux, même à l'encontre de la loi, ne saurait être perdue de vue et - spécialement - son article 8, suivant lequel :

"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."

IV. Constitution, article 22

Si les traités et la directive précités abandonnent aux Etats, jusqu'à un certain point, le choix des instruments normatifs qui satisferont aux obligations internationales qui leur incombent, depuis la modification de la Constitution du 31 janvier 1994 (Moniteur belge, 12 février 1994), ce choix n'est plus laissé à la discrétion des auteurs des textes en projet. En effet, l'ancien

.../...

article 24quater, devenu l'article 22 de la Constitution coordonnée, dispose que

"Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit."

Les modifications envisagées de la loi du 8 décembre 1992 ne peuvent donc faire abstraction de l'impossibilité constitutionnelle de "délégaliser" aujourd'hui la matière (1).

*

*

*

(1) Dans son avis L. 24.695/1/2/8 des 24 et 25 octobre 1995 sur un avant-projet de loi portant des dispositions sociales (Doc. parl., Chambre, 1995-1996, n° 207/1), le Conseil d'Etat avait déjà souligné que l'article 22 de la Constitution réserve au législateur la compétence d'apporter des restrictions au droit à la vie privée, de sorte que celui-ci ne pourrait abandonner au maître de fichier (demain, au responsable du traitement) la libre appréciation de la balance des intérêts fondamentaux de la personne concernée avec ses propres intérêts matériels.

Observations particulièresArticle 2 (du projet)Article 1er en projet

Il est proposé de rédiger comme suit la phrase liminaire et le début de la disposition en projet :

"Art. 2 L'article 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 est remplacé par la disposition suivante :

"Article 1er Pour l'application de la présente loi, on entend par ...".

Article 4 (du projet)Article 3, § 3, en projet

L'article 9 de la directive charge les Etats membres du soin de prévoir des exemptions et dérogations à certaines règles applicables aux traitements de données à caractère personnel lorsque ceux-ci sont effectués aux fins, notamment de journalisme, et dans la seule mesure où ces exceptions s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression.

Il est, implicitement mais non moins certainement, affirmé par cet article 9 que l'ensemble des limites apportées au traitement des données personnelles peuvent, si

.../...

elles sont appliquées à l'activité des journalistes par exemple, entraver indûment leur liberté d'expression. Corollairement, il résulte aussi de ce même article 9 que les règles qui, pour sauvegarder la liberté d'expression de certaines personnes, les libéreraient de l'obligation de respecter toutes les dispositions de la loi, forceront les citoyens ordinaires à subir certaines intrusions dans leur vie privée. Tel est d'ailleurs bien le sens que le considérant (37) attribue à cet article 9.

Ce texte impose donc au législateur transposant la directive de restreindre le droit au respect de la vie privée pour sauvegarder la liberté d'expression et, inversement, de limiter la liberté d'expression pour garantir le droit de chacun au respect par tous de sa vie privée.

C'est l'objectif poursuivi par l'article 3, § 3, du texte en projet, qui vise à mettre en oeuvre cet article 9. L'exposé des motifs explique à propos de cet article qu'il s'agit de procéder à une pondération entre "l'application (et ses conséquences) de la loi du 8 décembre 1992 d'un côté et la liberté d'expression de l'autre". Cette brève explication exprime parfaitement le devoir imposé aux Etats par la directive et le but qu'ils doivent poursuivre. Venant ensuite au moyen utilisé par la loi en projet pour effectuer cette opération délicate, le même exposé des motifs ajoute seulement, juste après la phrase qui vient d'être citée, que ce sera "la jurisprudence (qui) précisera la façon dont il faudra effectuer cette pondération et les critères dont il faudra tenir compte". Par ces mots, l'exposé des motifs reproduit encore fidèlement la teneur du texte de l'article 3, § 3, en projet. Celui-ci, en effet, ne porte, à proprement parler, aucune exemption, ni dérogation. Il indique seulement qu'il peut en exister et,

.../...

partant, que certaines des règles de la loi, qu'il énumère, ne s'appliquent pas aux traitements de données effectuées aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, "lorsque leur application est inconciliable avec les règles régissant la liberté d'expression". En se bornant ainsi à répéter, d'ailleurs à peu près dans les mêmes termes, le résultat que la directive confie aux Etats le soin d'atteindre, le texte en projet, loin d'exécuter cet objectif, le confie à son tour aux juges : selon les mots mêmes de l'exposé des motifs, c'est à la jurisprudence, donc au pouvoir judiciaire, qu'il incombera d'"effectuer la pondération" souhaitée et d'arrêter "les critères dont il faudra tenir compte".

En disposant ainsi, la loi en projet ne transpose pas correctement la directive européenne (A); elle ne respecte pas davantage la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier ses articles 8 et 10 (B); elle ne respecte pas non plus la Constitution, en particulier ses articles 12, alinéa 2 et 14 combinés, ainsi que son article 22 (C).

A. La Cour de justice des Communautés européennes a elle-même rappelé que "les directives doivent être transposées avec la précision et la clarté requises afin de satisfaire pleinement à l'exigence de sécurité juridique" (affaire 291/84, Rec. 1987, p. 3483). Or, l'exposé des motifs du texte en projet reconnaît lui-même que l'indétermination des termes utilisés par l'article 3, § 3, en projet, aura pour conséquence qu'il appartiendra à la

.../...

jurisprudence, c'est-à-dire aux juges, de préciser, au fur et à mesure des conflits soumis aux tribunaux, les cas dans lesquels la liberté d'expression garantie aux fins de journalisme, d'art ou de littérature justifie que les journalistes, artistes ou écrivains ne respectent pas, ou en tout cas pas entièrement, les règles ordinaires qui s'imposent en principe à tous et qui sont faites pour assurer le respect de la vie privée de chacun. A supposer qu'une jurisprudence ferme puisse un jour s'établir sur ces questions, il n'est pas douteux que pendant une période plus ou moins longue, la plus grande incertitude planera sur la question de la frontière entre les droits de ceux qui, d'une part, sont toujours très soucieux de faire valoir leur liberté d'expression, et de ceux qui, d'autre part, cherchent à protéger leur vie privée contre les intrusions des premiers. Cette incertitude est inhérente à la difficulté où l'on se trouve quand, dans un système juridique legaliste comme l'est le système belge, qui ignore la doctrine du précédent et du "stare decisis", il faut - pour déceler une jurisprudence - mesurer l'exakte portée de décisions judiciaires plus ou moins nombreuses et plus ou moins cohérentes.

Quand le devoir fait aux Etats par la directive est celui de "prévoir", c'est-à-dire d'organiser d'avance, de prendre les mesures nécessaires, pour parvenir à concilier deux libertés antagonistes, il ne suffit pas à la Belgique, pour s'acquitter de ce devoir, qu'une loi s'en remette au pouvoir judiciaire car, fatalement, celui-ci ne pourra jamais rien faire d'autre qu'exprimer, au fil du temps et au gré des litiges qui lui seront soumis, des jurisprudences

.../...

dégagées nécessairement a posteriori et qui peuvent s'avérer tout aussi incertaines que fluctuantes.

Or, la Cour de justice a souligné que l'exécution d'une directive ne peut être jugée satisfaisante tant que l'ambiguïté de sa législation y maintient un état d'incertitude (C.J.C.E., 3 mars 1988, aff. 116/86, Commission c. Italie).

Elle a aussi attiré l'attention sur le fait que cette certitude est particulièrement nécessaire lorsqu'une directive vise à créer des droits pour les individus, personnes privées, comme c'est le cas en l'espèce. Des règles précises et claires sont indispensables pour que les bénéficiaires soient en mesure de connaître la plénitude de leurs droits, et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales. Cette condition de clarté et de précision est encore plus particulièrement importante lorsque la directive en cause vise à accorder des droits aux ressortissants d'autres Etats membres, car ces ressortissants ne sont normalement pas en mesure d'apprécier exactement la portée de normes qui ne doivent leur existence qu'à une interprétation toujours aléatoire (C.J.C.E., 23 mai 1985, aff. 29/84, Commission C. Allemagne, voir aussi 25 mai 1992, aff. C. 190/90, Commission c. Pays-Bas, et 11 août 1995, aff. C. 433/93, Commission c. Allemagne).

B. La circonstance que le législateur belge transpose une directive européenne ne le dispense pas de respecter les autres normes qui s'imposent à lui, tant du

.../...

point de vue de la forme que doit prendre la norme belge que de la substance qu'elle doit avoir. Il s'agit, notamment, comme il a déjà été rappelé dans l'observation générale ci-dessus, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier ses articles 8 et 10.

Aucune ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée (article 8, § 2), comme d'ailleurs aucune restriction à l'exercice de la liberté d'expression (article 10, § 2) ne sont possibles si elles n'ont pas été "prévues par la loi". Cette condition imposée par l'article 8, § 2 pour le cas où l'ingérence est le fait d'une autorité publique est, en l'occurrence, d'autant plus nécessaire que c'est à une personne privée que le projet tend à conférer le droit de ne pas respecter, autant qu'il le faut normalement, la vie privée d'une autre personne.

De nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont fait application de ces textes; ils permettent de discerner la mesure exacte de leurs exigences.

Pour pouvoir être considérée comme "prévue par la loi", la base d'une ingérence doit, en principe, être constituée par du droit écrit législatif. Si, par son arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, la Cour a pu considérer comme une loi au sens de la Convention, une règle juridictionnellement créée, c'est parce que l'Etat en cause dans cette affaire était le Royaume-Uni et que dans le système juridique de celui-ci, qui, comme on le sait, repose sur le principe du précédent, l'autorité des décisions judiciaires

.../...

est telle que l'on peut affirmer qu'une règle judiciairement établie est "suffisamment accessible" et "énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite" (§ 49). C'est l'accessibilité de la "loi", norme écrite ou norme judiciaire, et la prévisibilité de ses effets qui sont essentielles. Cette prévisibilité même se mesure à la précision et à la clarté de la norme.

La Cour européenne a déjà admis que la norme en question puisse consister en un jugement, et elle a même admis que ce jugement puisse ne pas constituer un "précédent" au sens technique étroit que ce mot revêt dans un ordre juridique connaissant le principe "stare decisis". Mais il reste en tout cas nécessaire que la règle prévoyant l'ingérence, fût-elle d'origine judiciaire, ne soit ni douteuse, ni incertaine, au regard des modes normaux d'interprétation des jugements et arrêts dans le système juridique considéré (voir arrêt *Observer et Guardian*, du 26 novembre 1991, §§ 50 à 54).

Ces précisions quant à la portée de l'article 8, § 2, suffisent à convaincre que les termes de l'article 3, § 3, en projet sont insuffisants pour considérer qu'ils établiraient un régime d'exceptions aux libertés et aux droits individuels conforme aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Il manquerait sans doute, et pendant longtemps à un tel régime, la sécurité juridique requise pour que l'on puisse estimer que la Belgique est un "Etat de droit" quant aux rapports entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée. La Convention européenne ne considère, en effet,

.../...

comme tel qu'un Etat dans lequel chaque individu peut connaître avec une faible marge d'erreur quelles sont au juste les limites de chacune des libertés essentielles dont il bénéficie.

C'est précisément cette possibilité de connaître, avant d'arrêter une conduite, la règle qui la domine que l'article 3, § 3, en projet, ne procure pas, et que la jurisprudence qui mettrait en oeuvre un tel texte, ne pourrait pas non plus procurer avant longtemps. Rien ne détruit mieux ni plus sûrement la liberté d'un homme que l'incertitude dans laquelle on le laisse sur les conséquences de ses actes. Des sanctions judiciaires a posteriori ne suffisent pas à lever cette incertitude. Au contraire.

C. Il ne faut pas perdre de vue le fait que l'article 3, § 3, en projet doit concourir à l'application d'une règle de droit pénal et doit donc de ce fait être conforme aux traits que doit comporter aux termes de la Constitution toute loi pénale.

Cet article du projet permet, en effet, à une personne inculpée pour avoir enfreint l'une ou l'autre des règles imposées par la loi en projet, d'échapper à la condamnation prévue par l'article 38 de la loi du 8 décembre 1992 en alléguant qu'elle a estimé pouvoir commettre cette infraction pour sauvegarder sa liberté d'expression. On voit ainsi que les notions de journaliste, d'artiste, ou d'écrivain, celle aussi de liberté d'expression ou celle encore de conciliabilité entre cette liberté et le droit au respect de la vie privée sont autant de notions dont vont dépendre des condamnations ou des acquittements.

.../...

En effet, les articles 12, alinéa 2, et 14, de la Constitution selon lesquels, d'une part, "nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi" et, d'autre part, "nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi", donnent pour base du droit pénal belge le principe dit de "légalité".

Ce principe est écrit pour le pouvoir qui fait la loi autant que pour celui qui l'applique car il trace les domaines respectifs d'action de l'un et de l'autre en matière pénale. Le pouvoir législatif est tenu de faire les règles que le pouvoir judiciaire doit, pour sa part, appliquer en en respectant les termes. Le seul moyen de garantir cette rigoureuse répartition des pouvoirs - et, par suite, de conjurer tout risque d'arbitraire de la part des juges -, est de rédiger les lois pénales de la façon la plus précise possible. Le pouvoir législatif viderait de sa substance le principe constitutionnel de légalité s'il se bornait à énoncer des règles pénales ne donnant aux juges que de vagues directives, car il les obligerait ainsi du même coup à compléter les règles applicables pour les rendre susceptibles d'être effectivement appliquées. Une peine décidée par un juge dans ces conditions ne serait plus infligée en vertu de la loi mais en vertu de la loi et d'une autre règle que le juge aurait dû y ajouter pour arriver à appliquer la première.

Le principe de légalité emporte qu'en matière pénale, c'est, pour le pouvoir législatif, une obligation constitutionnelle, et non une simple obligation générale de prudence, de disposer par des règles précises.

.../...

Du reste, la Cour européenne des droits de l'homme a, pour sa part, jugé que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales établit implicitement par son article 7, un principe identique à celui consacré par les articles 12 et 14 de la Constitution belge, et lui a attribué la même conséquence quant à la nécessaire précision de l'énoncé légal en matière pénale. Elle a, en effet, considéré dans son arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, du 25 mai 1993 que cet article 7

"consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie; il en résulte - ajoute le même arrêt - qu'une infraction doit être clairement définie par la loi".

C'est donc autant pour respecter le principe constitutionnel des articles 12 et 14 que pour satisfaire aux engagements internationaux de la Belgique que le texte de l'article 3, § 3, en projet, doit être revu et complété car c'est à la loi qu'il appartient en tout cas de définir les éléments constitutifs des infractions ainsi que de déterminer les exceptions qui les assortissent. A cet égard, il est nécessaire que la loi précise notamment ce qui dans le contexte de traitement des données personnelles doit être considéré comme la liberté d'expression, et qu'elle précise aussi quelles activités peuvent être considérées comme du journalisme, de l'art ou de la littérature.

La notion de liberté d'"expression" en particulier mérite d'être précisée avec le plus grand soin. On remarque, en effet, que cette notion est parfois comprise de façon extensive; aussi, se pourrait-il que les tribunaux en

.../...

viennent à leur tour à considérer que la liberté d'expression inclut la liberté d'investiguer en vue de découvrir des faits qui, une fois mis à jour, pourront alors être librement exprimés. Il ne faut pas confondre ces deux libertés d'expression et d'investigation : elles sont bien distinctes.

Quiconque est libre d'exprimer ce qu'il sait ou ce qu'il pense ne doit pas pour autant avoir un libre accès à toutes les sources d'information et disposer du droit d'enquêter sans entrave sur toutes les affaires publiques ou privées et, finalement, sur la vie intime de chacun. Ni l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni les articles 19 et 25 de la Constitution, relatifs à la liberté d'opinion et à la liberté de la presse, ne peuvent être considérés comme favorisant une extension de ce type. Ils ne la favorisent pas puisque, précisément, les articles 8 de la Convention et 22 de la Constitution attribuent à chacun le droit au respect de la vie privée. Il appartient au législateur et à lui seul de disposer en manière telle que les tribunaux ne puissent pas méconnaître les limites de la liberté d'expression en l'étendant à l'excès pour en faire une liberté d'investigation qui met en cause bien d'autres valeurs que la première.

L'article 22 de la Constitution vient, en effet, renforcer encore cette conclusion : c'est à la loi, au décret, ou à la règle visée à l'article 134 qu'il appartient de garantir la protection du droit au respect de la vie privée et familiale. Il réserve au législateur la compétence d'apporter des restrictions au droit au respect de la vie privée, même lorsque celles-ci ne se présentent pas comme des exceptions à des règles pénalement sanctionnées.

En particulier, le législateur ne peut abandonner au maître du fichier, ou, dans le lexique de la directive et du projet, au responsable du traitement, la liberté d'apprécier ce qui dans les règles qui s'imposent à lui, est ou non conciliable avec sa liberté d'expression, pour l'autoriser ensuite à ne pas respecter les règles qu'il aurait estimées inconciliables avec cette liberté. Même si le soin de mesurer ainsi lui-même sa liberté ne lui est concédé que sous la surveillance du pouvoir judiciaire, il restera toujours que le législateur, désigné par la Constitution comme le gardien du respect du droit au respect de la vie privée, aurait, en choisissant cette manière de légiférer, renoncé à définir lui-même quelles sont les intrusions qui peuvent venir restreindre le droit dont il a la garde. L'article 22 de la Constitution lui interdit de faire ce choix.

*

*

*

Le considérant (37) déjà mentionné, après avoir précisé l'objectif qu'il incombe aux Etats de poursuivre, ajoute qu'il

"conviendrait également de conférer au moins à l'autorité de contrôle compétente en la matière certaines compétences a posteriori, consistant par exemple à publier périodiquement un rapport ou à saisir les autorités judiciaires".

Ainsi, pour éviter à la fois tout manque de transparence, voire d'effectivité, d'une législation qui doit fatalement intervenir vis-à-vis de procédés de traitement qui se modifient rapidement et dont la substance exacte et la portée ne sont donc pas toujours sûrement discernables, il est indispensable, pour respecter la directive

.../...

européenne, de mettre aussi en place un régime préventif. Il pourrait être envisagé que l'obligation de déclarer les traitements soit maintenue sous une forme adaptée - c'est-à-dire en en révisant le contenu (1) : les renseignements visés à l'article 17, § 3, 9° et 12°, en projet, ne seraient, par exemple, pas réclamés; en revanche, une treizième mention compléterait la déclaration en ce cas, à savoir l'exposé des raisons du caractère inconciliable des règles des articles 5, 6 à 10, 18, 21 et 22, avec les règles régissant la liberté d'expression, dans les limites qui auront été prédéterminées par le législateur, comme indiqué supra.

-
- (1) Un régime de déclaration - non pas de l'activité, mais du traitement de données - ne se confond pas avec un régime d'autorisation; il s'agirait d'une formalité à remplir, non d'une éventuelle barrière opposée à la volonté du déclarant (voyez la note H. MAISL, sous C.E. (France), 26 juillet 1996 et 6 janvier 1997, Dalloz, jur., 1997, pp. 219-222). La doctrine (voyez les auteurs cités, p. 153, note 137) concède que la formalité de la déclaration ou de la notification est lourde et que sa valeur informative peut être mise en doute, ajoutant néanmoins ceci. "Son principal (et unique ?) avantage est de devoir être adressée à une instance externe - l'autorité de contrôle. Elle constitue, dès lors, un incitant pour les responsables de traitement à se familiariser aux règles de protection de données, les amenant notamment à s'interroger sur la légitimité et la pertinence des traitements qu'ils mettent en oeuvre. La notification peut également former l'occasion privilégiée de nouer un dialogue entre les responsables des traitements (ou leurs organisations sectorielles) et les autorités de contrôle". Ces dernières considérations suffiraient à justifier le maintien du caractère obligatoire de la déclaration (adaptée). Quant à la valeur informative et pédagogique des explications formant la treizième mention, il ne faudrait pas la sous-estimer.

.../...

L'article 18 de la loi pourrait être adapté en conséquence, afin que la partie du registre réservée à ces déclarations spéciales ne soit pas accessible au public.

Comme la directive le suggère, le contrôle de ce système de déclarations serait assuré par le rapport annuel de la Commission de la protection de la vie privée, rédigé à cette fin dans une forme appropriée. Une attention particulière serait portée à la pertinence des justifications données sous la treizième mention qui a été suggérée ci-dessus. L'article 32, § 2, alinéa 2, de la loi serait à compléter en ce sens. Il appartiendrait encore au législateur, dans le contexte de ces modifications de l'avant-projet de loi, de décider si l'article 32, § 2, alinéa 1er, de la loi, doit être revu en vue de déterminer clairement si la Commission pourra ou non dénoncer les infractions dont elle aurait connaissance sur le vu uniquement de la déclaration spéciale sans perdre de vue l'article 29 du Code d'instruction criminelle.

Article 3, § 4, en projet

L'article 17bis de la loi ne sera pas applicable aux traitements visés à l'article 3, § 4. Cette exclusion n'enfreint pas la directive; elle y est même étrangère. Il faut toutefois penser au fait que l'exercice de l'accès indirect consacré par le paragraphe 4, in fine, pourrait révéler à la Commission de la protection de la vie privée l'utilité de suggérer que des arrêtés royaux fixent des conditions particulières garantissant les droits et libertés pour ces catégories de traitements qui ne sont pas anodins.

.../...

Dans l'état actuel de l'avant-projet de loi, pareille initiative est exclue; le Conseil d'Etat n'en aperçoit pas la raison d'autant que l'importance des dérogations accordées affaiblit sérieusement les garanties instaurées par la loi.

*

Dans le même ordre d'idée, pour contrebalancer l'affaiblissement des garanties susdites, il convient de préciser dans la loi que le rapport annuel prévu à l'article 32, § 2, alinéa 2, fera état des constatations et des observations de la Commission, déduites notamment mais pas exclusivement, de l'application de l'article 13.

*

La raison des deux observations qui précèdent est que, maintenant que la phase expérimentale de la loi du 8 décembre 1992 peut être considérée comme révolue, il importe que les privilèges reconnus à la puissance publique en vue de la sauvegarde de l'Etat dans le domaine des traitements de données à caractère personnel, soient articulés au mieux avec le respect des droits fondamentaux. Autrement dit, la loi doit instaurer des garanties de contrôle effectif, propres à un Etat démocratique, même en cas de mesures secrètes, la difficulté à surmonter étant de ne pas rendre celles-ci vaines, par l'effet du contrôle. A

.../...

cette fin, la Commission constituerait un observatoire permettant de concilier ces contradictions.

*

Dans ce même paragraphe 4, il y a lieu d'insérer une virgule après les mots "§§ 1er à 3" et de supprimer les mots "de la présente loi".

Article 3, § 5, en projet

Aux termes de l'avant-projet de loi, l'obligation d'information (article 9 de la loi), le droit d'accès (article 10 de la loi) et de rectification (article 12 de la loi) ne peuvent être mis en oeuvre s'ils portent "atteinte à la vie privée de la personne concernée ou des tiers" (paragraphe 5, 6°).

Selon l'exposé des motifs, dans le texte de l'avant-projet soumis pour avis à la Commission de la protection de la vie privée, cette exception était formulée d'une façon tellement vague qu'il pouvait être fait exception à l'exercice des droits mentionnés dans toutes les situations où le responsable du traitement jugerait que cet exercice pouvait nuire à la personne concernée ou à des tiers. La Commission a critiqué cette formulation à juste titre (avis n° 30/96, § 32). Dès lors, une formulation plus précise a été donnée à cette exception qui dorénavant ne vaut plus que si la vie privée - et pas les droits et les

.../...

intérêts en général - de la personne concernée ou d'un tiers est mise en péril. Ainsi, "on peut songer à des situations où il est patent que la personne concernée elle-même ne souhaite pas recevoir chez lui (lire : elle) un message rapportant le fait qu'elle a été enregistrée dans tel ou tel fichier. Il est également possible que dans certaines circonstances, le droit d'accès ne puisse être exercé totalement ou partiellement sans mettre en péril la vie privée d'une autre personne, par exemple lorsque l'information relative à la personne concernée est indissolublement liée à des informations relatives à un tiers".

Le texte du projet, dans sa version initiale comme dans sa version amendée, est évidemment inspiré de l'article 13, § 1er, g), de la directive, qui emprunte lui-même cette restriction à de nombreuses conventions internationales qui déterminent dans quelle mesure les Etats parties à ces conventions peuvent déroger aux droits que celles-ci consacrent.

La portée juridique de ces textes est d'offrir une faculté aux Etats parties à la convention, comme le fait la directive européenne, elle aussi, qui dispose que les Etats "peuvent" prendre des mesures législatives.

Mais, pour que lesdites mesures soient vraiment protectrices pour le titulaire des droits ainsi sacrifiés comme pour les droits et libertés des tiers, il importe que le législateur détermine avec une relative précision, les cas où cette protection s'impose, et quand elle s'oppose à l'exercice des droits normalement reconnus.

.../...

La simple reproduction, en droit interne, de la faculté reconnue aux Etats de légiférer en ce domaine, constitue en revanche une menace pour l'effectivité des droits garantis, puisqu'elle délègue, en fait, aux personnes tenues en principe au respect des obligations légales, l'appréciation des cas où elles en sont affranchies. Ce jugement doit être l'oeuvre du législateur, ainsi qu'il a été dit dans les observations relatives à l'article 3, § 3, en projet.

S'il est impossible de déterminer aujourd'hui avec un tant soit peu de précision, les mesures nécessaires, il n'y a qu'à s'abstenir, fût-ce provisoirement, de légiférer dans l'attente que les rapports annuels de la Commission en fassent apparaître la nécessité.

Au demeurant, et plus radicalement, il est permis de se demander si les difficultés esquissées dans l'exposé des motifs trouveront réellement leur source dans les droits et obligations inscrits aux articles 9 (obligation d'information), 10 (droit d'accès) et 12 (rectification) de la loi, ou plutôt dans le contenu des traitements eux-mêmes (1); auquel cas, cette atteinte au second degré, comme par ricochet, loin de justifier la mise à l'écart des techniques éprouvées de contrôle, en commanderait le maintien sans restrictions, de façon qu'il soit mis fin à d'éventuelles violations de la vie privée.

(1) Il a été donné au Conseil d'Etat, à titre d'exemple, le souhait des directeurs de casinos de tenir des traitements relatifs aux joueurs.

Prévoir un accès indirect, par l'intermédiaire de la Commission de la protection de la vie privée (comme au paragraphe 4, in fine), constituerait un correctif insuffisant, car lié à une mesure intrinsèquement inappropriée.

En conclusion, le 6° doit être omis.

*

D'un point de vue formel, l'accès indirect annoncé au paragraphe 4, par le renvoi à l'article 13 pour les traitements en matière de renseignements, devrait être annoncé en des termes similaires au paragraphe 5, concernant les traitements dans le domaine de la police, puisque l'accès indirect est également garanti en ce cas par le même article 13. La différence de rédaction n'est donc pas justifiée.

Ici aussi, les leçons à tirer de l'accès indirect pourraient être rendues publiques dans le rapport annuel de la Commission.

*

.../...

Dans ce même paragraphe 5, il convient d'insérer une virgule après les mots "articles ... 10, § 1er" et de supprimer les mots "de la présente loi".

Au point 2° du texte français de ce paragraphe, il serait plus correct d'écrire "loi du 18 juillet 1991 organique du contrôle des services ..." plutôt que "loi organique du 18 juillet 1991 des services ...".

Au point 3°, il convient d'écrire, en français, "d'autres autorités ... désignées".

Article 3bis (en projet)

Au 1°, on n'aperçoit pas la portée du mot "stable"; il doit être remplacé par un terme plus explicite.

Article 6 (du projet)

Il convient de supprimer les mots "CHAPITRE II -" entre les mots "l'intitulé suivant :" et les mots "Conditions générales".

La même observation vaut, mutatis mutandis, pour les articles 12, 22 et 28.

.../...

Article 7 (du projet)

Article 4 en projet

Il y a lieu de rappeler dans la phrase liminaire de cette disposition, la modification apportée à la loi du 8 décembre 1992 par la loi du 22 juillet 1993. Il est proposé de rédiger comme suit ce liminaire :

"Art. 7 L'article 4 de la même loi, modifié par la loi du 22 juillet 1993, est remplacé par la disposition suivante :

...".

Article 8 (du projet)

Article 5 en projet

Au point f), sont mis en balance l'intérêt du responsable du traitement ou du tiers destinataire des données, d'une part et de l'autre, l'intérêt et les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui appellent une protection au titre de la présente loi.

La Belgique, en ratifiant la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, s'est engagée aussi à en garantir le respect de la part de ses ressortissants.

.../...

Par ailleurs, le texte de l'article 1er, § 1er, de la directive prescrit aux Etats membres d'assurer la protection des libertés et des droits fondamentaux, et en particulier du droit à la vie privée.

Pour satisfaire pleinement à ses obligations internationales, l'Etat belge ne peut pas s'en remettre a priori aux lumières des responsables des traitements.

Il suffit pour s'en convaincre de lire le considérant de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 qui illustre l'article 7 de cette même directive et plus particulièrement le f). Le considérant (30) s'exprime sur ce point en ces termes :

"... que, en particulier, en vue d'assurer l'équilibre des intérêts en cause, tout en garantissant une concurrence effective, les Etats membres peuvent préciser les conditions dans lesquelles des données à caractère personnel peuvent être utilisées et communiquées à des tiers dans le cadre d'activités légitimes de gestion courante des entreprises et autres organismes; que, de même, ils peuvent préciser les conditions dans lesquelles la communication à des tiers de données à caractère personnel peut être effectuée à des fins de prospection commerciale, ou de prospection faite par une association à but caritatif ou par d'autres associations ou fondations, par exemple à caractère politique, dans le respect de dispositions visant à permettre aux personnes concernées de s'opposer sans devoir indiquer leurs motifs et sans frais au traitement des données les concernant;"

Il est manifeste qu'en se bornant à reproduire dans la loi le texte même de l'article 7, f), de la directive, l'auteur du projet ne répond pas à l'obligation qui est la

.../...

sienne de transposer la directive en donnant un contenu précis à la notion d'intérêt légitime visé au f).

*

Il est proposé de rédiger comme suit l'article 5 en projet :

"Art. 5 Le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que dans l'un des cas suivants :

- a) lorsque la personne ... son consentement;
- b) lorsque le traitement est nécessaire ... de celle-ci;
etc ...".

Au point b) de cette disposition, il est proposé de remplacer les mots "ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci" par les mots "ou à l'exécution des mesures préalables à la conclusion de ce contrat, prises à la demande de la personne concernée".

Article 9 (du projet)

Article 6, § 2, en projet

L'article 6 de la loi du 8 décembre 1992 ne prévoit pas que le traitement des données sensibles qui y sont énumérées - véritable catalogue des motifs de discrimination que le droit international conventionnel prohibe - puisse

.../...

être autorisé du fait du consentement explicite de la personne concernée (1).

Cette permission a été donnée par le Roi, à l'article 2, a), de l'arrêté royal n° 14 du 22 mai 1996.

(1) Parmi les textes fondamentaux en cette matière, voyez :

- pour les Nations Unies, spécialement l'article 2, § 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et l'article 2, § 1er, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques;
- pour le Conseil de l'Europe, entre autres l'article 24 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;
- pour l'Union européenne, entre autres l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne, qui prescrit ce qui suit : "Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle" (les modifications et la renumérotation résultant du traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997, prises en compte dans la présente citation, ne deviendront effectives qu'à la date d'entrée en vigueur du traité, conformément à l'article 14, paragraphe 2, de ce traité).

Dans ce contexte, la distinction commentée dans l'exposé des motifs, entre les données qui "se rapportent" à des informations sensibles et les données qui "révèlent seulement ...", est de peu de portée.

.../...

A l'avenir, sur la base de l'avant-projet de loi présentement examiné, c'est la loi elle-même qui réglerait la question, conformément à ce que prescrit l'article 22 de la Constitution.

C'est, en effet, au législateur qu'il revient de déterminer quels effets peuvent être attachés à ce consentement, mais sans perdre de vue la directive européenne.

Son article 8 interdit en principe le traitement de ces données, tout en admettant que le consentement puisse lever l'interdiction. Mais, la directive a pris soin de ne pas imposer aux Etats membres de prendre en considération pareil consentement (1).

Cela se comprend aisément : ces catégories de données sensibles constituent des critères de décisions qui se révèlent souvent discriminatoires; il est donc sage d'en restreindre la diffusion. Cette prudence se fonde aussi sur la difficulté fréquente de prouver que le critère de différenciation prohibé est bien celui qui est à la base de la mesure contestée.

Comme le neuvième considérant de la directive invite les Etats membres à améliorer la protection assurée actuellement par leur législation, lorsqu'ils précisent, dans leur législation nationale, les conditions générales de licéité du traitement des données, force est d'observer que

(1) Dans la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, il est prévu que ces données particulières ne seront traitées automatiquement qu'à la condition que le droit interne prévoie des "garanties appropriées".

le fait de prévoir à l'avenir dans la loi que le consentement individuel à un traitement de données sensibles rendra celui-ci juridiquement admissible, ne constituera pas une amélioration du droit matériel, au sens de la directive.

La modification envisagée - fût-elle la reproduction d'un arrêté royal - devrait donc faire l'objet dans l'exposé des motifs d'une justification spéciale qui ferait apparaître en quoi et au bénéfice de qui cette modification peut constituer une amélioration de la protection que la loi assure actuellement.

La modification appelle une seconde justification : le consentement doit être libre, spécifique et informé, en vertu de l'article 1er, § 8, de la loi (article 2, h), de la directive); c'est bien le moins. Mais, dans un certain nombre de cas, cette liberté sera-t-elle réelle, vu la nécessité dans laquelle se trouveront souvent les personnes concernées, de s'accorder avec le responsable du traitement, pour obtenir ce pourquoi elles sont en relation avec lui ? Ou cette liberté ne sera-t-elle qu'un leurre ? Ce doute devrait lui aussi conduire le pouvoir législatif à reconsidérer la levée de l'interdiction au gré du consentement obtenu.

Si l'interdiction est maintenue, le rapport annuel de la Commission pourrait informer les Chambres de l'utilité ou de la nécessité éventuelle de compléter l'énumération de l'article 6, § 2, b) à k), et § 3; dans ce système, l'énoncé d'autres situations où le traitement paraît devoir être autorisé, serait l'oeuvre du législateur, non la résultante du consentement de la personne concernée.

.../...

Si, néanmoins, le législateur estimait que le consentement de la personne concernée peut être pris en considération sans risque exagéré, il conviendrait alors que, conformément au vœu de la directive, et de la loi (article 1er, § 8, en projet) celle-ci soit réellement "informée".

A cette fin, il est suggéré que le législateur fixe, lui-même, les conditions de ce consentement informé, en rendant obligatoire, dans cette hypothèse, l'application de l'article 9, § 1er, d), de la loi en projet. Les informations supplémentaires qui y sont visées paraissent dans ce contexte véritablement "nécessaires"; il ne se justifierait pas d'abandonner l'appréciation de cette nécessité au responsable du traitement.

Enfin, la forme écrite du consentement, comme celle des informations à donner obligatoirement à la personne concernée, constituerait aussi une garantie; la loi pourrait utilement l'imposer (comme le fait, pour les données médicales, dans certains cas, l'article 7, § 1er, alinéa 1er, en projet).

*

Suite à une erreur de plume, le tableau de transposition de la directive européenne en droit belge qui a été transmis au Conseil d'Etat, omet, pour l'article 6, § 2, e), en projet, de citer le mot "rendues" (manifestement publi-

.../...

ques), qui figure à l'article 8, § 2, de la directive. L'omission doit être réparée. La formule exacte exprime, en effet, moins confusément le caractère intentionnel de la divulgation (ne pourraient être pris en considération, par exemple, la publication d'un faire-part, l'abonnement à un journal ou l'adhésion à une association, voire l'introduction d'un recours juridictionnel fondé sur l'allégation d'une discrimination déterminée ...).

*
* *

Sous le point j) du même paragraphe, il est prévu que le professionnel des soins de santé, ses préposés ou mandataires, sont soumis au "secret", qui est sanctionné pénalement, comme le souligne l'exposé des motifs (p. 77).

L'obligation du secret est trop grave et trop importante pour que l'on puisse se borner à la faire figurer dans une énumération dont l'intérêt essentiel est ailleurs.

Elle doit être mise en évidence dans un alinéa distinct. En effet si, pour certains praticiens, cette règle du secret résulte déjà d'autres textes; pour d'autres, il s'agit d'une règle autonome et nouvelle, sanctionnée en vertu de l'article 39, 3° en projet.

.../...

Article 6, § 3, en projet

Les organismes visés par le projet remplissent des missions dont on ne peut sous-estimer, ni les difficultés, ni les risques, qui peuvent évoluer dans le temps. C'est pourquoi, il conviendrait de compléter le projet afin que l'organisme "agréé" et "subventionné" doive faire l'objet de contrôles périodiques par l'autorité compétente, pour être admissible à ce régime d'autorisation "spéciale". L'appréciation "ex ante", si elle n'est pas suivie d'une évaluation "ex post", ne constituerait pas une garantie suffisante.

Le dispositif doit faire apparaître plus clairement qu'il s'agit bien d'autorisations individuelles, visant chaque fois un organisme particulier, responsable desdits traitements, comme les mots "autorisation spéciale" le laissent entendre. Une autorisation ayant cet objet ne saurait, en effet, être donnée in abstracto.

Quant à l'effectivité des mesures de sauvegarde prévues par le projet, mieux vaut la renforcer en prévoyant dans la loi elle-même qu'à défaut de transmission dans un délai déterminé (le cas échéant par le Roi), du rapport de contrôle de l'autorité compétente à la Commission de la protection de la vie privée, l'autorisation deviendrait caduque. Il devrait en aller, de même, en cas de rapport défavorable.

Par ailleurs, comme le texte a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée, les conditions de son applicabilité doivent être précisées dans le dispositif

.../...

lui-même. L'ingérence de la personne morale agréée, subventionnée - et contrôlée en vertu d'une modification explicite de l'avant-projet - dans la vie privée des personnes visées par le projet sera-t-elle limitée aux individus évalués, guidés et traités par la personne morale, ou pourra-t-elle s'étendre aux tiers mis en cause ?

Si pareille ingérence dans la vie privée de tiers peut se concevoir en cas de décisions judiciaires, en revanche, dans l'hypothèse d'une démarche spontanée et volontaire de l'intéressé, une telle ingérence est inadmissible.

Enfin, s'il est vrai que l'expression "comportement sexuel (pouvant) être qualifié d'infraction", est sûrement préférable à un emprunt aux classifications doctrinales de la criminologie pour délimiter le champ d'application du texte, il n'en reste pas moins que cette formule impersonnelle laisse incertaine la question de savoir si une autorité judiciaire est nécessairement amenée à procéder à ladite qualification du comportement, avant l'intervention de l'organisme.

Article 6, § 5, en projet

Comme la Constitution réserve à la loi le pouvoir de porter des atteintes au respect de la vie privée garanti en son article 22, le texte en projet appelle une réserve, puisqu'il délégalise la matière par une attribution de pouvoirs au Roi.

.../...

Si l'énumération des cas où il est dérogé à l'interdiction de principe de traiter des données sensibles, se révélait incomplète, il incombe au législateur, et à lui seul, en vertu de la Constitution (1), de compléter l'énumération, dans les limites fixées par la directive.

En conséquence, ce texte doit être omis (2).

*

Dans la phrase liminaire du texte français, il y aurait lieu de remplacer les mots "de la loi du 8 décembre 1992" par les mots "de la même loi".

-
- (1) C'est pourquoi, un régime de dérogations qui seraient arrêtées par le Roi, sur avis conforme de la Commission de la protection de la vie privée, bien que déjà plus proche d'une des hypothèses admises par la directive (à savoir la dérogation décidée par l'autorité de contrôle, mais normalement par elle seule, de façon autonome), susciterait une critique analogue. En plus de celle, usuelle, de l'impossibilité de conférer un pouvoir réglementaire à une autre autorité que le Roi, au regard de la Constitution.
- (2) Surabondamment, il est à noter que le texte français de la disposition en projet n'est pas en concordance avec le texte français de la directive, qui vise des "motifs d'intérêt public important", et non des "motifs sérieux d'intérêt général"; le glissement de sens irait au-delà de la marge d'appréciation laissée aux Etats destinataires de la directive s'il ne pouvait s'autoriser des termes de la version néerlandaise de la directive (moins protecteurs parce que moins restrictifs).

.../...

Le paragraphe 2 pourrait être rédigé comme suit :

"L'interdiction de traiter les données à caractère personnel visées au paragraphe précédent ne s'applique pas dans l'un des cas suivants :

- a) lorsque la personne ... par celle-ci;
- b) lorsque le traitement ... droit du travail;

etc ...

Dans le texte français de ce même paragraphe, au point i), il convient de remplacer les mots "de la loi du 4 juillet 1962 sur les investigations statistiques" par les mots "de la loi du 4 juillet 1962 relative à la statistique publique". En effet, l'intitulé de cette loi a été modifié par la loi du 1er août 1985.

Au point k), il est proposé de remplacer les mots "but statutaire" par les mots "objet social" et les mots "de ce but et que ce traitement est autorisé" par les mots "de cet objet, à condition que ce traitement soit autorisé".

Dans le paragraphe 5, il convient de remplacer les mots "mentionnés dans cet article, les données visées dans cet article" par les mots "mentionnés aux §§ 2 et 3, les données visées au § 1er". Il convient également d'écrire en français "des garanties appropriées".

.../...

Article 10 (du projet)

Article 7, § 1er, en projet

Afin d'éviter des répétitions, mieux vaut fondre les articles 6 et 7, en projet, en un seul article qui reproduirait, dans un paragraphe 1er, les conditions communes et dont les paragraphes suivants seraient consacrés aux conditions particulières au traitement des données visées à l'article 6, d'une part et à l'article 7, d'autre part.

Il est question, aux alinéas 1er et 2 du texte français, des "professionnels des soins de santé"; à l'alinéa 3, des "professionnels de la santé".

A l'article 6, en projet, il est question de "préposés" et de "mandataires" (point j); à l'article 7 en projet, de personnes "agissant pour le compte de ...".

Ces variations terminologiques doivent être justifiées ou supprimées.

§ 1er, alinéas 1er et 2 et § 3, g

L'expression "prévention d'un danger concret" est trop vague; la nature des dangers visés et le sens de la restriction apportée par l'adjectif "concret" devraient être clarifiés dans l'exposé des motifs, sur la base des intentions des auteurs du projet de la recommandation du Conseil

.../...

de l'Europe qui a inspiré ce texte (p. 76 de l'exposé des motifs).

Vise-t-on des mesures individuelles de protection de la santé de personnes déterminées, ou des mesures collectives de promotion de la santé publique (mesures prophylactiques diverses, inspirées par l'épidémiologie, etc.), ou la protection générale des personnes et des biens (la santé incluant la santé mentale ...) ?

*

A la fin de l'alinéa 2 du paragraphe 1er du texte français, mieux vaut écrire "pour l'application de la présente loi".

A l'alinéa 3 du même paragraphe, il est suggéré de remplacer les mots "dans cet article" par les mots "à l'alinéa 1er".

Il est proposé de rédiger comme suit le paragraphe 2, alinéa 2 :

"Elles ne peuvent être collectées auprès d'autres sources qu'à condition que la collecte soit conforme aux paragraphes 3 et 4 et qu'elle soit nécessaire aux fins ..." (la suite comme au projet).

.../...

Le paragraphe 3 pourrait être rédigé comme suit :

"§ 3 Le traitement de données à caractère personnel relatives à la santé est autorisé exclusivement dans un des cas suivants :

- a) lorsque la personne ... par celle-ci;
- b) lorsque le traitement ... droit du travail;
etc ...".

Dans ce même paragraphe, point d), afin d'adapter le texte français à la version néerlandaise, il convient d'insérer les mots "la promotion et à la protection de la" entre les mots "nécessaire à" et les mots "santé publique".

Dans le texte français du point e), il convient d'écrire "d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance".

Au point j), dans un souci de sécurité juridique, il est conseillé d'utiliser la même terminologie qu'à l'article 6, § 2, j), en projet, d'autant plus que cette terminologie est plus conforme à celle contenue dans l'article 8, point 3, de la directive européenne. De plus, la section de législation s'interroge sur ce qu'il faut entendre par les mots "parent de la lignée génétique" que la disposition en projet utilise.

.../...

Enfin, dans le texte français des points c), d) et k), il convient de remplacer les mots "effectués sous les conditions" par les mots "effectués conformément aux conditions".

Article 11 (du projet)

Article 8 en projet

Il ne se conçoit pas que les autorisations visées aux points a) à e) puissent être mises en oeuvre avant que le Roi ait déterminé les conditions spéciales prévues à l'alinéa 2. Il est, dès lors, superflu de prévoir à l'alinéa 1er, b, une attribution particulière de pouvoirs.

*

Alinéa 1er

Au point d), est exprimée une obligation de secret, dans une longue énumération. Il convient de la mettre en évidence et d'en définir le régime juridique, dans le dispositif, et de justifier, en même temps, pourquoi les personnes autres que celles visées sous le point d) (autres que les avocats et les conseils juridiques) n'y sont pas soumises en vertu du présent texte alors que celui-ci constitue néanmoins un doublet, en tout cas en ce qui concerne les avocats.

.../...

Au point e), il est prévu que le traitement des données judiciaires au sens large, est admissible s'il est nécessaire à la recherche scientifique.

Le caractère elliptique du point e) n'est pas compatible avec le respect de l'article 22 de la Constitution. Ce texte doit être revu (1).

*

La directive, en son article 8, § 5, prévoit qu'"un recueil des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique".

Selon les explications fournies au Conseil d'Etat par le fonctionnaire délégué, cette exclusivité résulte de l'article 8, en projet, combiné avec les arrêtés royaux n^{os} 8 du 7 février 1995 et 17 du 21 novembre 1996. Il est préférable que ce principe soit tout entier contenu dans la loi; la règle sera ainsi plus accessible, plus intelligible, et plus clairement intangible.

*

(1) La recherche scientifique n'est pas intrinsèquement plus neutre, du point de vue du respect de la vie privée, que la poursuite, par exemple, de "finalités légales". Les données collectées, fussent-elles agrégées et présentées sous une forme anonyme, pourront inspirer des comportements spécifiques à l'égard de catégories de personnes déterminées.

Dans le texte français de l'alinéa 1er, il y a lieu d'écrire "juridictions".

Dans le texte français du point b) du même alinéa, il est suggéré de remplacer les mots "dans un arrêté royal délibéré" par les mots "par arrêté délibéré".

Dans le texte français des points c) et d), il convient de supprimer le mot "ne".

L'alinéa 2 pourrait être rédigé comme suit :

"Le Roi détermine par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de la Commission de la protection de la vie privée, les conditions particulières auxquelles doit satisfaire le traitement des données à caractère personnel visées à l'alinéa 1er."

Article 13 (du projet)

Article 9, § 1er, en projet

L'article 10 de la directive impose aux Etats membres un seuil minimum d'informations à fournir à la personne concernée en cas de collecte de données auprès d'elle.

.../...

Cette obligation minimale inclut, à titre d'exemple, selon la directive, la divulgation des destinataires ou des catégories de destinataires des données, le fait de savoir si la réponse aux questions est obligatoire ou facultative, ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse, pour autant que ces informations supplémentaires soient nécessaires pour assurer un "traitement loyal" des données à l'égard de la personne concernée, compte tenu des circonstances particulières de la collecte desdites données (article 10, c).

Puisque la directive définit seulement un seuil minimum à respecter dans l'information de la personne concernée (dont l'existence justifie la libre circulation des données à caractère personnel entre Etats membres, et l'interdiction faite à ceux-ci de s'y opposer), il est permis au législateur belge de renforcer les obligations incombant en ce domaine au responsable du traitement, dans les limites du champ d'application de la loi belge bien évidemment.

Or, l'article 9, § 1er, en projet, exclut de façon automatique, l'application éventuelle des règles énoncées sous le point d) du même paragraphe, si la personne concernée a déjà connaissance de ces éléments d'appréciation. Dans l'hypothèse où elle les ignore, il ne serait pas déraisonnable que le législateur en impose la divulgation au responsable du traitement, au titre de la "loyauté". Ce faisant, il renforcera la cohérence interne de l'oeuvre de transposition, et sa crédibilité.

.../...

En effet, l'article 4, § 1er, 2°, en projet, ajoute au texte de l'article 6, § 1er, b, de la directive. Si cette dernière se borne à prescrire que les Etats membres interdisent les traitements des données incompatibles avec les finalités pour lesquelles elles ont été initialement collectées, en revanche, la loi belge ajoute que pour ces traitements ultérieurs, il sera tenu compte "de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de l'intéressé ...".

La personne concernée est sans doute un être doué de raison; encore faut-il que celle-ci soit éclairée. Les renseignements énumérés sous l'article 9, § 1er, d, en projet, peuvent se révéler à ce titre essentiels, pour éviter que l'article 4, § 1er, 2°, demeure une vue de l'esprit.

C'est pourquoi, il est suggéré de donner aux trois informations visées sous le point d), un caractère obligatoire, en supprimant les mots "toute information supplémentaire telle que", et de transformer le membre de phrase commençant par "dans la mesure où ...", pour en faire l'exception à la règle de base ("... sauf dans la mesure où ces informations ne sont pas nécessaires pour assurer ...").

Un nouveau littéra serait créé pour y viser "toute information supplémentaire (autre que celles déjà énumérées), que le responsable du traitement aurait à communiquer en raison des circonstances propres à l'espèce"; de la sorte, le caractère non limitatif de la disposition de la directive serait respecté au mieux.

.../...

Une observation semblable vaut pour l'article 9, § 2, en projet.

*

Dans le texte français des paragraphes 1er, c), et 2, alinéa 1er, c), il est proposé de reprendre la terminologie utilisée dans la version française de la directive et de remplacer les mots "marketing direct" par les mots "prospection commerciale".

La même observation vaut pour l'article 16, alinéa 2, du projet.

Article 14 (du projet)

Article 10, § 3, en projet

A l'alinéa 1er du texte français, sont utilisés les mots : "les praticiens des soins de santé"; à l'alinéa 2, "les professionnels des soins de santé". La divergence doit être supprimée, sans perdre de vue les termes de l'article 7, en projet, et l'observation du Conseil d'Etat au sujet de son paragraphe 1er.

L'alinéa 3 dispose comme suit :

"Lorsque les données relatives à la santé de la personne concernée sont traitées, aux fins de recherches médicales et scientifiques et qu'il est manifeste

.../...

qu'il n'existe aucun risque qu'il soit porté atteinte à la vie privée de cette personne, la communication peut, pour autant qu'elle soit susceptible de nuire gravement auxdites recherches, être différé(e) au plus tard jusqu'à l'achèvement des recherches."

Or, l'article 13, § 2, de la directive est conçu en ces termes :

"sous réserve de garanties légales appropriées, excluant notamment que les données puissent être utilisées aux fins de mesures ou de décisions se rapportant à des personnes précises, les Etats membres peuvent, dans le cas où il n'existe manifestement aucun risque d'atteinte à la vie privée de la personne concernée, limiter par une mesure législative les droits prévus à l'article 12 lorsque les données sont traitées exclusivement aux fins de la recherche scientifique ou sont stockées sous la forme de données à caractère personnel pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la seule finalité d'établissement de statistiques."

Le texte en projet doit préciser, comme le fait la directive, que la finalité de recherche scientifique revêt un caractère exclusif.

La finalité de la recherche médicale, que vise expressément l'avant-projet de loi, n'est pas citée dans la directive. A supposer qu'on puisse considérer celle-ci comme incluse dans le concept de recherche scientifique, encore faudrait-il établir que l'article 1er de la directive est bien respecté - en tant qu'il vise aussi les droits du patient. En d'autres termes, le médecin pourra-t-il opposer au patient le texte en projet, sur la base des recherches "médico-scientifiques" qu'il poursuit (selon les termes de

.../...

l'exposé des motifs), pour justifier son refus de communiquer au patient ou à son représentant qualifié, les données relatives à sa santé ?

Cette faculté de refus doit faire l'objet d'un consentement éclairé de la part du patient, donné a priori, de renoncer à l'accès aux données originelles relatives à sa santé, alors que le texte en projet semble, au contraire, impliquer ce régime de refus temporaire d'accès, (il pourrait être imposé de façon automatique sans que le consentement du patient ait été donné ...). Le texte doit être corrigé sur ce point.

Le texte en projet omet aussi de préciser, contrairement à ce qu'impose la directive, que toute mesure ou décision se rapportant à des "personnes précises" est exclue dans ce contexte; il y a lieu de le compléter en ce sens.

*

L'article 10 de la loi du 8 décembre 1992 contient trois paragraphes. Le texte en projet remplace les paragraphes 1er et 3 et abroge le paragraphe 2; cela revient à remplacer cette disposition.

.../...

Il convient, dès lors, de rédiger la phrase liminaire de cette disposition comme suit :

"Art. 14 L'article 10 de la même loi est remplacé par la disposition suivante :

§ 1er ...

§ 2 ... (reprendre le texte du paragraphe 3 en projet).".

Dans le paragraphe 1er, alinéa 1er, c), il convient de supprimer les mots "de la présente loi".

A l'alinéa 4, du même paragraphe, il est suggéré de remplacer les mots "dans cet article" par les mots "à l'alinéa 1er".

Dans le texte français du paragraphe 2 (ancien paragraphe 3), alinéa 2, il convient de remplacer les mots "Sur la demande" par les mots "A la demande".

Article 15 (du projet)

Article 11 en projet

Il convient de rédiger comme suit cette disposition :

.../...

"Art. 15 L'article 11 de la même loi, modifié par la loi du 22 juillet 1993, est abrogé."

Article 16 (du projet)

Article 12 en projet

Il convient de rédiger comme suit la phrase liminaire de cette disposition :

"Art. 16 A l'article 12 de la même loi, modifié par la loi du 22 juillet 1993, sont apportées les modifications suivantes : ...".

Par ailleurs, dans le texte français de l'alinéa 1er, de la disposition en projet reprise sous le point 1°, il convient d'écrire "les motifs visés".

L'article 14, a), de la directive consacre en principe, en faveur de la personne concernée, un droit d'opposition qui peut s'exercer à n'importe quel moment.

En ce qui concerne l'exception relative à l'article 5, a), visé par l'article 12 en projet, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la raison pour laquelle la personne concernée n'aurait pas un "droit de repentir" par rapport au consentement donné, qui serait justifié par des raisons sérieuses et légitimes tenant à une situation particulière.

Il est proposé d'apporter les modifications suivantes au point 4° de cette disposition :

.../...

"4° le paragraphe 3 est remplacé par la disposition suivante :

"§ 3 Dans le mois qui suit l'introduction de la requête conformément au paragraphe 2, le responsable ...".

A l'alinéa 2 du même point 4°, mieux vaut supprimer les mots "du présent article".

Article 17 (du projet)

Article 12bis en projet

Afin de mieux respecter la terminologie utilisée dans l'article 15 de la directive, il est proposé de rédiger comme suit cette disposition :

"Art. 12bis Une décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative, ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité, tels que son rendement professionnel, son crédit, sa fiabilité, son comportement, etc.

Sous réserve de l'application des autres dispositions de la présente loi, l'interdiction prévue à l'alinéa 1er ne s'applique pas lorsque :

1° la décision est prise dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, à condition que la demande

.../...

de conclusion ou d'exécution du contrat introduite par la personne concernée, ait été satisfaite ou que des mesures appropriées garantissent la sauvegarde de son intérêt légitime;

- 2° la décision est fondée sur une disposition prévue par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance qui précise les mesures garantissant la sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne concernée, telle que la possibilité de faire valoir son point de vue.".

Article 18 du projet

Article 13 en projet

Il est proposé de rédiger comme suit la phrase liminaire de cette disposition :

"Art. 18 A l'article 13 de la même loi, modifié par la loi du 22 juillet 1993, sont apportées les modifications suivantes :

- 1° l'alinéa 1er est remplacé par l'alinéa suivant : (...)
- 2° cet article est complété par l'alinéa suivant : (...).".

Au point 1°, il est également suggéré de supprimer les mots "de la présente loi" après les mots "droits visés aux articles 10 et 12".".

.../...

Article 19 (du projet)

Article 14 en projet

Il est proposé de rédiger comme suit cette disposition :

"Art. 19 A l'article 14 de la même loi, sont apportées les modifications suivantes :

- 1° dans le paragraphe 1er, in fine, les mots ", au traitement de laquelle la personne concernée s'est opposée" sont insérés entre les mots "sont interdits" et les mots "ou encore";
- 2° ... (la suite comme au projet)".

Article 21 (du projet)

Article 15bis en projet

Le texte de l'article 15bis, en projet, tend à transposer en droit interne, l'article 23 de la directive, qui dispose :

"1. Les Etats membres prévoient que toute personne ayant subi un dommage du fait d'un traitement illicite ou de toute action incompatible avec les dispositions nationales prises en application de la présente directive a le droit d'obtenir du responsable du traitement réparation du préjudice subi.

.../...

2. Le responsable du traitement peut être exonéré partiellement ou totalement de cette responsabilité s'il prouve que le fait qui a provoqué le dommage ne lui est pas imputable.".

Il résulte du texte de l'article 23 de la directive, ainsi que du considérant (55) qui le commente, que si une personne subit un dommage du fait d'un traitement illicite ou d'une action incompatible avec la loi prise en application de la directive, cette personne a le droit d'obtenir réparation du préjudice subi de la part du responsable du traitement.

La victime doit donc pour obtenir réparation établir son dommage, c'est-à-dire en prouver la réalité, démontrer le fait que ce dommage a été causé par un traitement de données, et enfin, que ce traitement était illicite. L'article 23 charge dans ce cas le responsable du traitement de la dette de réparation. Il se peut très bien que ce responsable n'ait personnellement commis aucune faute.

L'alinéa 2 de l'article 23 de la directive permet toutefois à ce responsable de s'exonérer de sa dette de réparation en prouvant que le fait qui a provoqué le dommage ne lui est pas imputable. Il doit donc prouver positivement, outre la réalité de ce fait, que le fait qu'il allègue est effectivement celui qui a provoqué le dommage, et aussi que ce fait ne lui est pas imputable.

Ce régime de responsabilité est analogue à celui que l'on connaît en droit français pour la réparation d'un dommage résultant de l'inexécution des obligations contractuelles dites "de résultat".

.../...

Si l'on peut considérer que l'article 15bis en projet, en ses deux premiers alinéas, transpose correctement le premier alinéa de l'article 23 de la directive, en revanche, l'article 15bis, alinéa 3, s'écarte indûment de son article 23, alinéa 2. La preuve faite par le responsable du traitement qu'il n'a pas commis de faute n'équivaut pas à la preuve positive du fait qui a provoqué le dommage. Dans le système du projet, si la cause du dommage reste inconnue, la victime n'obtiendra pas réparation; au contraire, dans le système de la directive, elle doit, dans la même hypothèse, en obtenir une.

L'article 15bis, alinéa 2, doit donc être fondamentalement revu pour être rendu conforme à la directive.

Article 23 (du projet)

Article 16 en projet

Afin de permettre une meilleure lisibilité du paragraphe 1er, en projet, il est suggéré d'inscrire dans deux articles les obligations qui pèsent sur le responsable du traitement en tant qu'il confie le traitement des données à un sous-traitant (1° à 3°), et les autres obligations prévues par cette disposition (4° à 7°).

Pour éviter toute confusion, il est suggéré de remplacer la numérotation 1°, 2°, 3° ..., de l'article 23 du projet, par la numérotation A), B), C), ...

.../...

Par ailleurs, le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée de certaines dispositions du paragraphe 1er en projet.

Au 1°, dans la mesure où le texte tend à régler la responsabilité contractuelle des parties, il est superflu et doit être omis; le droit commun des contrats s'applique en la matière.

Au 3°, si telle est bien l'intention des auteurs du projet, il y a lieu de remplacer les mots "sous une autre forme équivalente" par les mots "sur un support électronique".

Sous réserve de ces observations, l'article 23 pourrait être rédigé comme suit :

"Art. 23 A l'article 16 de la même loi, sont apportées les modifications suivantes :

A) les paragraphes 1er et 2 sont remplacés par les dispositions suivantes :

"§ 1er Lorsque le traitement est confié à un sous-traitant, le responsable du traitement ou, le cas échéant, son représentant en Belgique, doit :

1° choisir un sous-traitant qui apporte des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d'organisation relatives aux traitements;

.../...

- 2° veiller au respect de ces mesures notamment par la stipulation d'obligations contractuelles;
- 3° fixer dans le contrat la responsabilité du sous-traitant à l'égard du responsable du traitement;
- 4° convenir ... en application du paragraphe 3;
- 5° consigner par écrit ou sur un support électronique les éléments du contrat visés aux 3° et 4° relatifs à la protection des données et les exigences portant sur les mesures visées au paragraphe 3.

§ 2 Le responsable du traitement ou, le cas échéant, son représentant en Belgique, doit :

- 1° faire toute diligence ... articles 4 à 8;
- 2° veiller à ... besoins du service;
- 3° informer les personnes agissant sous son autorité des dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution ... caractère personnel;
- 4° s'assurer ... leur application.

§ 3 Toute personne ... sauf en cas d'obligation imposée par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance.".

.../...

B) dans le paragraphe 3 (devenant le paragraphe 4), ... la suite comme au projet).".

Article 24 (du projet)

Article 17 en projet

Paragraphe 3

Au sujet des déclarations de traitements faites par les journalistes et écrivains, il y a lieu de se reporter à l'observation faite sous l'article 3, § 3, en projet, in fine.

Paragraphe 8

La dispense de notification à l'autorité de contrôle du traitement est prévue par le projet de loi, notamment lorsque le responsable du traitement désigne un "préposé au traitement de données" chargé de contrôler, d'une manière indépendante, l'application de la loi.

Cette formule de dispense est offerte aux Etats membres, sous une forme restrictive, par l'article 18, § 2, de la directive; mais sa mise en oeuvre ne leur est pas imposée.

La doctrine insiste sur la nécessité pour la législation nationale de fixer le statut des "détachés à la protection des données", pour reprendre les termes de la

.../...

directive, en vue de garantir au mieux leur indépendance, parce qu'on ne peut totalement exclure que leur situation, notamment leur appartenance aux institutions où les traitements ont lieu, ne mette cette indépendance en péril (1).

Si les auteurs du projet ou, plus largement, le législateur, ne sont pas en mesure de déterminer, dès à présent, dans l'avant-projet de loi, quelles seront les garanties de cette indépendance effective, par l'énoncé de règles précises, le concept - et la faculté de dispense qui s'ensuit - doit être abandonné; en effet, confier au Roi, comme le fait très indirectement le projet, le soin de régler la matière, ne se conçoit pas, en raison de l'article 22, alinéa 2, de la Constitution, et parce qu'il serait anormal que le pouvoir exécutif trace les contours de cette indépendance, alors qu'il n'est pas exclu que celui-ci désigne en son sein des délégués, en sa qualité de responsable de nombreux traitements visés par la loi.

Lors de la révision fondamentale, nécessaire pour les raisons indiquées ci-dessus, il faut parler, comme le

(1) Etude citée, J.T.D.E., 1997, p. 153, n° 64 et les renvois 138 à 140. Les auteurs indiquent, notamment, ce qui suit à propos de l'expérience allemande en la matière : "Le délégué à la protection des données ("Datenschutzbeauftragter") bénéficie, en vertu de l'article 36 de la loi fédérale allemande du 20 décembre 1991, d'une protection particulière tendant à renforcer l'efficacité de la fonction. En particulier, dans l'exercice de ses compétences, en matière de protection des données, il ne reçoit d'instruction de personne. Il ne peut être désavantagé en raison de l'accomplissement de sa mission. L'organisation à laquelle il appartient doit l'assister dans l'accomplissement de sa mission et lui garantir l'accès nécessaire aux dossiers. Il est soumis au secret professionnel".

fait la directive, d'un "détaché à la protection des données", plutôt que d'un "préposé au traitement de données" (1).

Plus fondamentalement, la loi en projet charge le préposé, de "contrôler" l'application de la loi; la directive, dans son texte français, lui prescrit d'"assurer" celle-ci; cette expression, pour ce qu'elle implique de pouvoir d'initiative, d'autonomie et de responsabilité, doit être préférée à celle de l'avant-projet, et inspirer le législateur dans sa détermination du statut des détachés, au nom de l'efficacité de ce contrôle décentralisé (2).

*

Au même paragraphe, à supposer que l'alinéa 1er, 2°, soit maintenu moyennant sa réécriture, il convient de prévoir, à l'alinéa 2, un régime de communication des informations approprié pour les personnes visées à l'article 3, § 3, en projet (tel qu'il est proposé par le Conseil d'Etat).

(1) La version néerlandaise de la directive vise "een functionaris voor de gegevensbescherming".

(2) Il est vrai que le texte néerlandais de la directive parle de "toezicht uitoefent". Mais, réduite à cette modalité d'action, la mission du délégué perdrait de son intérêt.

.../...

Paragraphe 9

Il peut être pratique de permettre au Roi d'adapter le montant maximum de dix mille francs à l'évolution du coût de la vie.

Article 25 (du projet)

Article 17bis en projet

En vertu de l'article 20 de la directive, l'intervention du Roi s'imposera dès qu'il y a "risques particuliers" au regard des droits et libertés des personnes concernées. Il n'y a pas lieu d'ajouter, comme le fait le projet de loi, que ces risques doivent être "sérieux" pour être pris en considération. L'adjectif sera, dès lors, supprimé.

Bien que la directive en son article 20, § 3, dispose que :

"les Etats membres peuvent aussi procéder à un tel examen dans le cadre de l'élaboration soit d'une mesure du Parlement national, soit d'une mesure fondée sur une telle mesure législative, qui définisse la nature du traitement et fixe des garanties appropriées",

le pouvoir donné au Roi de déterminer les cas de traitements qui présentent des risques particuliers sérieux est contraire à l'article 22 de la Constitution qui réserve au législateur la protection du respect de la vie privée.

.../...

De plus, pour respecter la directive, ces mesures de protection doivent être promulguées avant le délai de transposition de la directive.

Article 26 (du projet)

Article 18 en projet

Il est renvoyé à l'observation faite sous l'article 3, § 3, en projet, in fine.

Selon l'exposé des motifs, l'alinéa 4 serait abrogé, parce qu'

"il n'apparaît pas clairement comment la simple numérotation (du traitement) peut fondamentalement favoriser la protection de la personne concernée.".

Cette information permet, néanmoins, à cette personne, de déterminer que le traitement a bien été déclaré, donc, que les prémisses du contrôle existent. Elle n'est, dès lors, pas superflue.

Il convient de maintenir l'alinéa 4 de l'article 18.

.../...

Article 27 (du projet)

Article 19 en projet

Il est proposé de rédiger comme suit cette disposition :

"Art. 27 A l'article 19 de la même loi, sont apportées les modifications suivantes :

- 1° les mots "fichiers manuels" ... (la suite comme au projet);
- 2° les mots "maître du fichier" ... (la suite comme au projet).".

Article 29 (du projet)

Article 21 en projet

Il est proposé la rédaction suivante pour cette disposition :

"Art. 29 L'article 21 de la même loi est remplacé par la disposition suivante :

"Art. 21, § 1er Le transfert de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement après leur transfert vers un pays non membre de l'Union 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 ... (la suite comme au projet).

§ 2 Après avis de la Commission de la protection de la vie privée et, conformément à l'article 25 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil 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, le Roi établit la liste des pays non membres de l'Union européenne qui n'assurent pas un niveau de protection adéquat au sens du paragraphe 1er, alinéa 2."".

Article 30 (du projet)

Article 22 en projet

La dernière phrase de la disposition en projet n'a qu'une portée explicative. Elle doit être omise.

Il est proposé de rédiger comme suit la disposition en projet :

"Art. 22 Par dérogation à l'article 21, un transfert ... peut être effectué dans un des cas suivants :

.../...

- 1° la personne concernée a ... transfert envisagé;
- 2° le transfert est nécessaire à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement ou des mesures préalables à la conclusion de ce contrat, prises à la demande de la personne concernée;
- 3° le transfert est nécessaire ... un tiers;
- 4° le transfert est nécessaire ... droit en justice;
- 5° le transfert est nécessaire ... personne concernée;
- 6° le transfert intervient ... cas particulier."

Sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent, ... droits correspondants."

Article 31 (du projet)

Article 23 en projet

Il y a lieu d'insérer, dans le texte français, les mots "de droit" entre les mots "de membres" et les mots "désignés par" et de remplacer le mot "abrogés" par le mot "supprimés".

.../...

Article 32 (du projet)Article 24 en projetParagraphe 1er

Le nouveau texte ne prévoit plus que la présidence de la Commission doit obligatoirement être assurée par un magistrat. Mais, l'article 26 (en particulier ses alinéas 3 et 5) reste inchangé. Selon les déclarations du délégué du ministre et du fonctionnaire délégué, l'intention est de maintenir le principe de cette présidence par un magistrat. Il convient de corriger le projet en ce sens.

Paragraphe 3

La loi belge, dans sa version actuelle, comme dans le texte en projet, dispose que les membres de la Commission de la protection de la vie privée "doivent offrir toutes les garanties leur permettant d'exercer leur mission avec indépendance" (§ 3).

Il est aussi précisé qu'"ils ne reçoivent d'instructions de personne", et qu'"ils ne peuvent être relevés de leur charge à l'occasion des opinions qu'ils émettent ou des actes qu'ils accomplissent pour remplir leurs fonctions" (§ 5). S'ils peuvent l'être, c'est par l'assemblée législative qui les a nommés, en cas de manquements à leurs devoirs ou d'atteinte à la dignité de leur fonction. Pour renforcer les garanties, ainsi requises et offertes par la loi, qui sont dans la ligne de l'article 28, § 1er, ali-

.../...

née 2, de la directive, en vertu duquel les autorités publiques de contrôle "exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies", il serait utile que la loi offre une garantie supplémentaire, en prévoyant que le mandat de six ans des membres en fonction puisse être renouvelé par la Chambre compétente sans nouvelle présentation du candidat par le Conseil des ministres.

*

Plus généralement, comme un grand nombre de responsables des traitements sont des autorités publiques dépendant du pouvoir exécutif, que les missions de la Commission relatives aux traitements visés à l'article 3, § 4, en projet, doivent être étendues de manière appropriée (voyez spécialement les articles 31 et 32, § 2, alinéa 2, de la loi), et qu'une intervention minimale de la Commission doit être prévue en ce qui concerne les traitements visés à l'article 3, § 3, en projet, ainsi que cela a été exposé, les auteurs du projet et, plus largement, le législateur devraient examiner si une partie au moins des membres de la Commission n'auraient pas à être élus à cette fonction en dehors de toute présentation par le Conseil des ministres (en dehors même de l'hypothèse du renouvellement de mandat).

.../...

En effet, ce droit exclusif de présentation conféré au pouvoir exécutif et la logique majoritaire qui le sous-tend, ne sont pas en parfaite harmonie avec la nature des missions précitées. On sait que, dans un ordre d'idées voisin, la Cour européenne des droits de l'homme, ayant à vérifier si la législation allemande relative aux interceptions téléphoniques, respectait les limites établies par l'article 8, § 2, de la Convention, a relevé que si le recours aux tribunaux était exclu, en revanche, deux organes de contrôle étaient nommés par le Parlement, où l'opposition était aussi représentée (1).

*

L'exposé des motifs pourrait également s'expliquer sur les moyens qui seront mis à la disposition de la Commission pour lui permettre de bien fonctionner, compte tenu de ses attributions.

(1) Arrêt KLASS c/R.F.A., du 6 septembre 1978.

Article 35 (du projet)Article 32 en projet

La phrase liminaire de cette disposition pourrait être rédigée comme suit :

"Art. 35 L'article 32, § 1er, alinéa 2, de la même loi est remplacé par l'alinéa suivant : ...".

*

Paragraphe 2

La directive prescrit en son article 28, § 5, que l'autorité de contrôle établit à intervalles réguliers un rapport sur son activité, qui est publié. En conséquence, il convient de compléter l'alinéa 2, en prévoyant expressément que le rapport annuel de la Commission communiqué aux Chambres a un caractère public.

Le même alinéa serait à compléter également sur le point de savoir si l'objet du rapport est expressément étendu aux questions soulevées par les traitements visés à l'article 3, §§ 3 et 4, de la loi, par l'application de l'article 13, ainsi que par l'application de l'article 17 (complété).

.../...

Ainsi conçu, le rapport annuel de la Commission deviendrait un outil précieux de l'analyse systématique des effets de l'application de la loi.

La Commission paraît, en effet, appelée à devenir plus que jamais l'observatoire et le régulateur de la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, compte tenu des termes dans lesquels la loi nouvelle est conçue.

Article 37 (du projet)

Article 39 en projet

Pour éviter toute confusion, il est suggéré de remplacer la numérotation 1°, 2°, 3° ..., de l'article 37 du projet, par la numérotation A), B), C), ...

Dès lors que plusieurs modifications sont apportées à l'une des énumérations de l'article 39, en projet, il est conseillé de remplacer entièrement le texte de l'article examiné.

Il est, dès lors, proposé la rédaction suivante :

"Art. 37 A l'article 39 de la même loi, sont apportées les modifications suivantes :

A) les 1° à 4° sont remplacés par le texte suivant :

"1° ... (la suite comme au projet);

.../...

- 2° ... (la suite comme au projet);
 - 3° le responsable du traitement, son représentant en Belgique, son préposé ou mandataire qui a traité des données en violation des articles 6, 7 ou 8;
 - 4° le responsable du traitement, son représentant en Belgique, son préposé ou mandataire qui n'a pas respecté les obligations prévues à l'article 9;"
- B) aux 5°, 7° et 8°, les mots "maître du fichier" sont remplacés par les mots "responsable du traitement";
- C) le 9° est abrogé;
- D) le 10° est remplacé par le texte suivant :
- "10° le responsable du traitement, son représentant en Belgique, son préposé ou mandataire qui a, en violation de l'article 19, refusé de communiquer à la Commission des informations relatives à un traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier;"
- E) le 11° est abrogé;
- F) le 12° est remplacé par le texte suivant :
- "12° quiconque a transféré, fait ou laissé transférer des données à caractère personnel vers un pays non membre de l'Union européenne qui figure sur la liste visée à l'article 21, § 2, sans qu'il ait été satisfait aux conditions de l'article 22;"

.../...

Article 39 (du projet)

Article 44 en projet

Alinéa 3

Comme l'a déjà observé l'avis de la Commission de la protection de la vie privée, il convient de remplacer les mots "sont conformes à l'exécution de la présente loi et de ses mesures d'exécution" par les mots "sont conformes à la présente loi et à ses arrêtés d'exécution".

Article 40 (du projet)

Cette disposition modifie l'article 25 de la loi relative à la police de la circulation routière.

Il est proposé de rédiger comme suit cette disposition :

"Art. 40 A l'article 25 de la loi relative à la police de la circulation routière, coordonnée le 16 mars 1968, abrogé par la loi du 9 juillet 1976, rétabli par la loi du 18 juillet 1990 et modifié par la loi du 8 décembre 1992, sont apportées les modifications suivantes :

- 1° le paragraphe 2 est abrogé;
- 2° dans les paragraphes 3, alinéa 1er, et 4, alinéas 1er et 2, 1°, les mots "maître du fichier" sont remplacés par les mots "responsable du traitement".

.../...

Article 41 (du projet)

Cette disposition abroge l'article 10 de la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques, qui n'a pas été modifié; il n'est pas nécessaire de viser les modifications subies par la loi du 8 août 1983 dans la phrase liminaire de l'article 41 du projet. Il est proposé de rédiger comme suit cette disposition :

"Art. 41 L'article 10 de la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques est abrogé.".

Article 42 (du projet)

Cette disposition modifie les articles 1er, 14° à 16°, 68 à 70, 72 et 101, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation.

Il est conseillé de consacrer un article distinct à chaque article de la loi du 12 juin 1991 à modifier et donc de regrouper :

- dans un article 42, les 1° à 3°, de l'article 42 du projet;
- dans un nouvel article 43, le 4°;
- dans un nouvel article 44, les 5° à 9°;
- dans un nouvel article 45, les 10° à 12°;

.../...

- dans un nouvel article 46, les 13° et 14° et;
- dans un nouvel article 47, le 15°.

Ces dispositions doivent être rédigées comme suit :

"Art. 42 L'article 1er, 14°, 15° et 16°, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, modifié par la loi du 6 juillet 1992, est remplacé par le texte suivant :

"14° ... (la suite comme au projet);

15° ... (la suite comme au projet);

16° ... (la suite comme au projet);".

Art. 43 L'article 68 de la même loi est remplacé par la disposition suivante :

"Art. 68 ... (la suite comme au projet).".

Art. 44 A l'article 69 de la même loi, modifié par les lois des 6 juillet 1992 et 4 août 1992, sont apportées les modifications suivantes :

- a) le paragraphe 2 est abrogé;

.../...

- b) dans les paragraphes 3, alinéa 1er, 4, alinéa 3, et 6, alinéas 1er, 3 et 4, les mots "maître du fichier" sont remplacés par les mots "responsable du traitement";
- c) le paragraphe 4, alinéa 1er, est complété comme suit :

"8° ... (la suite comme au projet);".

Art. 45 A l'article 70 de la même loi, modifié par les lois des 6 juillet 1992 et 8 décembre 1992, sont apportées les modifications suivantes :

- 1° le paragraphe 1er, alinéa 1er, est remplacé par l'alinéa suivant :

"... (la suite comme au projet).";
- 2° le paragraphe 2 est remplacé par la disposition suivante :

"§ 2 ... (la suite comme au projet).";
- 3° les paragraphes 3 et 4 sont abrogés.

Art. 46 A l'article 72 de la même loi, modifié par la loi du 8 décembre 1992, sont apportées les modifications suivantes :

- 1° le paragraphe 5 est remplacé par la disposition suivante :

.../...

"§ 5 ... (la suite comme au projet, sauf à remplacer dans le texte néerlandais de l'alinéa 4 le mot "modaliteiten" par les mots "nadere regelen")";

2° le paragraphe 18 est abrogé.

Art. 47 A l'article 101, § 4, de la même loi, les mots "l'article 70, §§ 2 à 4," sont remplacés par les mots "l'article 70, § 2, ".".

Article 43 (du projet)
(devenant l'article 48)

Cette disposition abroge les articles 4, 5 et 7 de l'arrêté royal n° 141 du 30 décembre 1982 créant une banque de données relatives aux membres du personnel du secteur public.

Il est proposé de rédiger comme suit cette disposition :

"Art. 48 Sont abrogés, dans l'arrêté royal n° 141 du 30 décembre 1982 créant une banque de données relatives aux membres du personnel du secteur public :

1° l'article 4, modifié par la loi du 22 juillet 1993;

2° les articles 5 et 7."

.../...

Article 44 (du projet)
(devenant les articles 49 et 50)

Cette disposition modifie les articles 44 et 45 de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale.

Il est conseillé de consacrer un article distinct à chacun de ces deux articles, dans la rédaction suivante :

"Art. 49 L'article 44 de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale, modifié par les lois des 8 décembre 1992 et 29 avril 1996, est remplacé par la disposition suivante :

"Art. 44 ... (la suite comme au projet)".

Art. 50 Dans l'article 45, alinéa 2, de la même loi, la dernière phrase est abrogée."

Article 45 (du projet)
(devenant l'article 51)

Pour éviter tout malentendu quant à l'étendue des pouvoirs du Roi, lié par les termes de l'article 32 de la directive, il convient de reprendre dans la loi, les échéances fixées par la directive ("... et au plus tard ..."), pour les deux situations visées par le texte.

.../...

Si le législateur devait considérer que certaines dispositions sont indissociables les unes des autres, il lui appartiendrait encore de le préciser dans l'attribution de pouvoir qu'il consent au Roi, pour que leur entrée en vigueur soit obligatoirement simultanée.

Algemene opmerkingen

I. Wijze van regelgeving en beoordeling van de wet

Het voornaamste doel van het wetsontwerp bestaat erin de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens aan te passen aan richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

Zoals de inspecteur van Financiën heeft opgemerkt in het advies dat hij met toepassing van het koninklijk besluit van 16 november 1994 betreffende de administratieve en begrotingscontrole heeft gegeven, "en fait, il s'agit d'une réécriture de la loi, tant le nombre d'articles remplacés est important".

Daaruit volgt dat de ontworpen teksten op zich moeilijk te begrijpen zijn. Om ze opnieuw leesbaar te maken zonder daarom terug te komen op het standpunt dat de stellers van het ontwerp - op het tijdstip waarop zij de afdeling wetgeving hebben geraadpleegd - hebben ingenomen, namelijk om veeleer wijzigingsbepalingen op te stellen dan een nieuwe tekst uit te werken, of toch minstens volledig nieuwe hoofdstukken, is hun verzocht een gecoördineerde tekst van de artikelen van de wet van 8 december 1992 te maken, zoals die eruit zou zien wanneer de bepalingen van het voorontwerp van wet ne varietur zouden worden goedgekeurd en zouden worden samengebracht met de thans geldende wet.

.../...

Die overzichtstabel die aan de Raad van State is overgezonden, moet als bijlage worden opgenomen in het parlementair stuk waarbij het wetsontwerp wordt ingediend, gezien het nut ervan om de procedure van de omzetting van de richtlijn in haar totaliteit te begrijpen.

Dat neemt niet weg dat deze werkwijze maar een noodoplossing is, aangezien het hier om ingrijpende wijzigingen van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens gaat; het zou heel wat beter zijn deze tekst in een nieuwe tekst te gieten (1).

Een totaalbeeld van de in het vooruitzicht gestelde aanpassingen is in ieder geval des te meer nodig daar de gezamenlijke Belgische wetgeving een coherent geheel moet vormen, ook wat betreft de materies die buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen (onder meer om redenen die te maken hebben met de bevoegdheid van de Europese instellingen), zodat bijkomende aanpassingen nodig of nuttig kunnen blijken.

De ontworpen wet kan perfect worden aangewend om naar die nieuwe evenwichten te zoeken. Zij is geënt op een wetgeving die oorspronkelijk een duidelijk experimenteel karakter had, ook al waren er uitvoerige parlementaire besprekingen aan voorafgegaan.

(1) Waarbij men zich bijvoorbeeld kan baseren op de faillissementswet van 8 augustus 1997 en op de wet betreffende het gerechtelijk akkoord van 17 juli 1997, die beide in het Belgisch Staatsblad van 28 oktober 1997 zijn verschenen.

De omzetting van de richtlijn biedt de stellers van het ontwerp en de wetgever een uitstekende gelegenheid om een eerste balans op te maken van de toepassing van de wet van 8 december 1992, en zo nieuwe ingrijpende wijzigingen van de wet te voorkomen, die zouden voortvloeien uit de conclusies van een latere procedure van systematische evaluatie en die, zoals in de memorie van toelichting wordt opgemerkt, de doeltreffendheid van de wet niet ten goede zouden komen (1).

II. Werkwijze voor de omzetting van de richtlijn

België is voor de omzetting van de richtlijn gebonden door de te bereiken resultaten; de vorm en de werkwijze daarentegen zijn vrij te bepalen.

(1) Over de noodzaak om wetten te evalueren, zie onder meer de toespraak van de voorzitter van de Senaat tijdens de plenaire openingsvergadering van 14 oktober 1997 en de werken waarnaar daarin wordt verwezen (Beknopt verslag, 1997, blz. 2013-2014). De memorie van toelichting, advies nr. 30/96 van 13 november 1996 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de jaarverslagen hiervan, kunnen als basis dienen (de activiteitenverslagen 1992-1993, 1994-1995 en 1996 zijn beschikbaar; volgens de informatie die de voorzitter van de Commissie aan de Raad van State heeft meegedeeld, worden de reeksen adviezen, beslissingen en aanbevelingen van die periode binnenkort gepubliceerd).

Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in advies nr. 30/96 van 13 november 1996 heeft opgemerkt,

"(heeft) de richtlijn van 24 oktober 1995 (...) in wezen tot doel het vrij verkeer van persoonsgegevens in de Europese Gemeenschap te bevorderen, en wil (zij) daartoe in alle Lid-Staten een gelijkwaardig niveau van bescherming van fundamentele rechten en vrijheden instellen, zodanig dat het vrij verkeer tussen Lid-Staten niet meer kan worden beperkt of verboden om redenen die met de bescherming van die rechten en vrijheden te maken hebben. Dat gelijkwaardig niveau van bescherming wordt geconcretiseerd in de onderscheiden bepalingen van de richtlijn.

Het is deze doelstelling van gelijkwaardige bescherming ter voorkoming van beperkingen aan het vrije gegevensverkeer die voor ogen moet worden gehouden bij de omzetting van de richtlijn in het Belgisch recht. Dit impliceert echter geenszins de absolute noodzaak van een letterlijke overname van teksten, ook niet in de gevallen waarin de artikelen beginnen met "De Lid-Staten bepalen dat ..." of "De Lid-Staten verbieden dat ...". Wel moet voor elke bepaling van de richtlijn concreet worden getoetst of de vigerende Belgische wetgeving voldoet aan het vermelde doel van gelijkwaardige bescherming, en, zo niet, worden nagegaan hoe hieraan tegemoetgekomen kan worden.

Overigens is de Europese richtlijn soms (allicht bewust) vrij vaag, wat normaal is gezien de doelstellingen die zij nastreeft. Bij de concretisering van de doelstelling in het eigen rechtsbestel, mag van de Lid-Staten echter worden verwacht dat in een aantal gevallen preciezere aanduidingen worden gegeven, zoniet wordt voor de verwerkers van gegevens een te grote rechtsonzekerheid gecreëerd. Het is volgens de Commissie volkomen wettig, en zelfs opportuun, dat, binnen de grenzen van de beoogde gelijkwaardige bescherming, deze preciseringen ingebed worden in de nationale traditie, die is gebaseerd op culturele, maatschappelijke en historische elementen. Inzake bepaalde

.../...

aspecten van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bestaat immers tussen de onderscheiden Lid-Staten geen voldoende gemeenschappelijke constitutionele traditie om zich zonder meer te kunnen verlaten op vrij algemene Europese normen. Deze normen dienen nationaal te worden gepreciseerd op basis van een belangenafweging die rekening houdt met de vermelde elementen, op het gevaar af het beschermingsniveau in concreto te verlagen. Uiteraard blijven de doelstellingen van de Europese richtlijn daarbij als ultieme toetssteen fungeren."

Omzetten is niet hetzelfde als kopiëren. Het kan gebeuren dat de tekst van de richtlijn zo gesteld is dat een woordelijke overname van de tekst het beste is wat de wetgever van een Lid-Staat kan doen. Zulk een werkwijze moet echter een uitzondering blijven op grond van de definitie zelf van de richtlijn, luidens welke - ten overvloede - een richtlijn "(...) verbindend (is) ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is". Uit deze tekst blijkt duidelijk dat alleen het resultaat bereikt moet worden, maar ook dat dat resultaat daadwerkelijk bereikt moet worden. Daaruit volgt dat de bevoegde nationale overheden noodzakelijkerwijs alle vereiste maatregelen moeten nemen opdat alle doelstellingen die in de richtlijnen worden genoemd met de grootst mogelijke zekerheid worden bereikt. Aangezien het in het Belgisch rechtssysteem niet voldoende is in een wet een algemene doelstelling te formuleren opdat die ook daadwerkelijk verwezenlijkt wordt, moet de wetgever die ervoor moet zorgen dat het doel bereikt wordt, zeggen met welke middelen de verschillende overheidsinstanties dat doel moeten bereiken, en welke regels de rechtssubjecten daartoe moeten naleven. Indien een Staat nalaat die middelen aan te geven en die regels vast te stellen, pleegt hij dus schuldig verzuim.

.../...

Dat is trouwens de reden waarom een letterlijke overname van de tekst van een richtlijn een compleet verkeerde omzetting daarvan kan zijn.

Zo bijvoorbeeld moet de wetgever, wanneer de Staten bij artikel 9 van de richtlijn wordt opgelegd in afwijkingen op een aantal regels te "voorzien" om een bepaalde doelstelling te bereiken, namelijk de vrijheid van meningsuiting verzoenen met het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, die afwijkingen ook vaststellen; hij kan zich er niet toe bepalen opnieuw te zeggen dat afwijkingen mogelijk zijn en voor welke doeleinden.

Zo ook moeten de Lid-Staten, wanneer artikel 7 van de richtlijn hen verplicht erin te voorzien dat gegevens verwerkt mogen worden wanneer het noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke voor de verwerking, dit gerechtvaardigd belang nader omschrijven door bijvoorbeeld aan te geven in welke deelgebieden van een bepaalde activiteit zulk een gerechtvaardigd belang mogelijk is.

Gezien deze problemen betreffende de werkwijze, is tevens aan de stellers van het ontwerp gevraagd om een tabel op te stellen, waarbij systematisch in de ene kolom de tekst van de richtlijn staat en daartegenover telkens de tekst van de Belgische wet, zoals die eruit zal zien nadat het voorontwerp ne varietur zal zijn goedgekeurd.

.../...

Die vergelijkende tabel, die aan de Raad van State is overgezonden, moet in de gedrukte stukken worden overgenomen; het maakt het gemakkelijker om het omzettingswerk te corrigeren en zorgt ervoor dat het in de Grondwet vastgelegde recht van amendering met kennis van zaken kan worden uitgeoefend, binnen de bewegingsruimte die in de richtlijn wordt gelaten.

III. Internationaal verdragsrecht

In de memorie van toelichting wordt terecht gewezen op het bestaan van Verdrag nr. 108 van de Raad van Europa van 28 januari 1981 betreffende de bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, goedgekeurd bij de wet van 17 juni 1991. In de considerans (11) van de richtlijn staat immers te lezen dat :

"de in (de) richtlijn vervatte beginselen met betrekking tot de bescherming van de rechten en de vrijheden van personen, inzonderheid van de persoonlijke levenssfeer, de beginselen van het Verdrag van de Raad van Europa van 28 januari 1981 (...) verduidelijken en versterken;"

In de collectieve studie gewijd aan "La protection des données à caractère personnel en droit communautaire" (1), is een vergelijking gemaakt tussen de twee regelgevende teksten. Daar wordt naar verwezen.

(1) M.-H. BOULANGER, C. de TERWANGNE, Th. LEONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU ET Y. POULLET, J.T.D.E., 1997, blz. 121-127, 145-155 en 173-179.

De wetgever mag de betekenis van Verdrag nr. 108 in ieder geval niet onderschatten : sommige bepalingen hiervan kunnen rechtstreekse gevolgen hebben (1); iedere strijdigheid tussen het verdrag en de aanpassing van de Belgische wet aan de richtlijn moet bijgevolg worden voorkomen.

*

Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat in België de hoeksteen is van het systeem voor de bescherming van de rechten van de mens, inzonderheid omdat het voor de rechtbanken kan worden aangevoerd, zelfs ter betwisting van een wet, mag niet uit het oog worden verloren, en meer bepaald artikel 8 ervan, waarin het volgende is bepaald :

"1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, 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 het 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."

(1) C.E. Fr., arrest "Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme", 18 november 1992, A.J.D.A., 20 maart 1993, blz. 213-218 en noot R. LETTERON.

IV. Grondwet, artikel 22

De genoemde verdragen en de genoemde richtlijn laten weliswaar tot op zekere hoogte de Staten de keuze met welke regelgevende middelen zij aan hun internationale verplichtingen voldoen, maar sedert de wijziging van de Grondwet van 31 januari 1994 (Belgisch Staatsblad, 12 februari 1994) wordt die keuze niet meer overgelaten aan de beoordeling van de stellers van de ontworpen teksten. In het vroegere artikel 24quater, dat artikel 22 van de gecoördineerde Grondwet is geworden, wordt immers het volgende bepaald :

"Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald. De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht."

Bij de in het vooruitzicht gestelde wijzigingen van de wet van 8 december 1992 kan dus niet over het hoofd worden gezien dat het grondwettelijk onmogelijk is de materie "niet bij wet te regelen" (1).

*

* *

(1) In advies L. 24.695/1/2/8 van 24 en 25 oktober 1995 over een voorontwerp van wet houdende sociale bepalingen (Gedr. St., Kamer, 1995-1996, nr. 207/1), had de Raad van State er reeds op gewezen dat artikel 22 van de Grondwet aan de wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om beperkingen te stellen op het recht op een privé-leven, zodat de wetgever dus de houder van het bestand (binnenkort, de verantwoordelijke voor de verwerking) niet vrij kan laten in het afwegen van de fundamentele belangen van de betrokken persoon tegen zijn eigen materiële belangen.

Bijzondere opmerkingen

Artikel 2 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 1

Er wordt voorgesteld de inleidende zin en het begin van de ontworpen bepaling te redigeren als volgt :

"Art. 2 Artikel 1 ... wordt vervangen als volgt :

"Artikel 1 Voor de toepassing van deze wet wordt onder "persoonsgegevens" iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon verstaan, hierna ...".

Artikel 4 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 3, § 3

Bij artikel 9 van de richtlijn wordt de Lid-Staten opgelegd te voorzien in uitzonderingen op en afwijkingen van sommige regels die van toepassing zijn op de verwerking van persoonsgegevens, wanneer deze verwerking voor onder meer journalistieke doeleinden geschiedt, en voor zover deze uitzonderingen nodig blijken om het recht op persoonlijke levenssfeer te verzoenen met de regels betreffende de vrijheid van meningsuiting.

.../...

Bij dit artikel 9 wordt impliciet, maar daarom niet minder duidelijk gezegd dat de gezamenlijke beperkingen die worden gesteld op de verwerking van persoonlijke gegevens, wanneer zij bijvoorbeeld worden toegepast op het werk van de journalisten, ten onrechte de vrijheid van meningsuiting van de journalisten kunnen belemmeren. Logischerwijze volgt uit ditzelfde artikel 9 ook dat met de regels, waarbij bepaalde personen zouden worden vrijgesteld van de verplichting om alle bepalingen van de wet na te leven om hun vrijheid van meningsuiting te vrijwaren, de gewone burgers in zekere mate worden blootgesteld aan inmenging in hun privé-leven. Dat is trouwens ook de betekenis die de considerans (37) aan dit artikel 9 toekent.

Bij deze tekst wordt de wetgever die de richtlijn omzet dus opgelegd het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer te beperken om de vrijheid van meningsuiting te vrijwaren en, omgekeerd, de vrijheid van meningsuiting te beperken om eenieder het recht te waarborgen dat zijn privé-leven door iedereen wordt geëerbiedigd.

Dat is de doelstelling die wordt nagestreefd met artikel 3, § 3, van de ontworpen tekst, dat ertoe strekt dit artikel 9 ten uitvoer te leggen. In de memorie van toelichting wordt over dit artikel gezegd dat een afweging moet worden gemaakt tussen "(de gevolgen van de) toepassing van de wet van 8 december 1992 aan de ene kant en de vrijheid van meningsuiting aan de andere kant." Met deze korte toelichting wordt perfect weergegeven welke taak bij de richtlijn aan de Staten wordt opgelegd en welk doel zij

.../...

moeten nastreven. Wanneer dezelfde memorie van toelichting het vervolgens heeft over het middel dat bij de ontworpen wet wordt gebruikt om deze delicate operatie door te voeren, wordt erin, juist na de zonet geciteerde zin, niet meer gezegd dan dat "(wellicht specifieke rechtspraak zal ontstaan) over de manier waarop die afweging moet gebeuren en over de criteria die daarbij gehanteerd moeten worden (...)". Met deze woorden wordt in de memorie van toelichting de inhoud van de ontworpen tekst van artikel 3, § 3, alweer getrouw weergegeven. Er staat immers strikt genomen geen enkele uitzondering of afwijking in dat artikel. Er staat alleen in dat er uitzonderingen of afwijkingen kunnen bestaan en dat sommige regels van de wet, die worden opgesomd, niet van toepassing zijn op de gegevensverwerking die voor uitsluitend journalistieke, artistieke of literaire doeleinden geschiedt, "indien hun toepassing onverzoenbaar is met de regels betreffende de vrijheid van meningsuiting". Door in de ontworpen tekst alleen maar, en overigens ongeveer in dezelfde bewoordingen, het resultaat te herhalen die de Staten volgens de richtlijn moeten proberen waar te maken, wordt de realisatie van die doelstelling, in plaats van dat ze met de ontworpen tekst geschiedt, doorgeschoven naar de rechters : luidens de memorie van toelichting zelf komt het toe aan de rechtspraak, dus aan de rechterlijke macht de wenselijke "afweging (te doen)" en "de criteria die daarbij gehanteerd moeten worden" vast te stellen.

Met deze bepalingen wordt de Europese richtlijn niet correct omgezet door de ontworpen wet (A); het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de

.../...

fundamentele vrijheden, inzonderheid de artikelen 8 en 10 ervan, wordt evenmin in acht genomen (B); ook de Grondwet, inzonderheid artikel 12, tweede lid, in samenhang met artikel 14, en artikel 22 ervan, wordt met de voeten getreden (C).

A. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft er zelf op gewezen dat "de richtlijnen moeten worden omgezet met de nauwkeurigheid en duidelijkheid die nodig zijn om volledig te voldoen aan het vereiste van rechtszekerheid" (zaak 291/84, Jur. H.v.J. 1987, blz. 3483). In de memorie van toelichting bij de ontworpen tekst zelf wordt erkend dat de vaagheid van de bewoordingen die in het ontworpen artikel 3, § 3, worden gebruikt, tot gevolg heeft dat de rechtspraak, dat wil zeggen de rechters, naarmate er bij de rechtbank rechtszaken worden aangespannen, de gevallen moeten bepalen waarin de vrijheid van meningsuiting die voor journalistieke, artistieke of literaire doeleinden gewaarborgd is, wettigt dat journalisten, artiesten of schrijvers de gewone regels die in beginsel voor iedereen gelden en die gemaakt zijn om eenieder te waarborgen dat zijn privé-leven geëerbiedigd wordt, niet of in ieder geval niet helemaal in acht nemen. Zelfs in de veronderstelling dat over die kwesties ooit een vaste rechtspraak kan ontstaan, lijdt het geen twijfel dat gedurende een kortere of langere periode, de grootste onzekerheid zal heersen over de vraag waar de grens ligt tussen de rechten van degenen die absoluut hun vrijheid van meningsuiting willen doen gelden enerzijds, en degenen die hun privé-leven proberen te beschermen tegen de inmenging van de eersten anderzijds. Die

.../...

onzekerheid hangt onvermijdelijk samen met het probleem dat rijst wanneer, in een legalistisch rechtssysteem als het Belgische, waarin geen rekening wordt gehouden met de rechtsleer van het precedent en van het "stare decisis", de juiste strekking van min of meer talrijke en min of meer samenhangende rechterlijke beslissingen moet worden nagegaan, om een bepaalde rechtspraak te ontwaren.

Wanneer de taak die de Staten bij de richtlijn wordt opgelegd, erin bestaat in de vereiste maatregelen "te voorzien", dat wil zeggen, die van tevoren uitwerken, ze uitvaardigen, om twee tegenstrijdige vrijheden met elkaar te verzoenen, is het niet voldoende dat België, om zich van die taak te kwijten, bij wet stelt dat het zich verlaat op de rechterlijke macht, want die zal onvermijdelijk altijd alleen maar mettertijd en naargelang van de geschillen die erbij aanhangig worden gemaakt, rechtspraak kunnen vestigen, die noodzakelijkerwijs pas na de feiten wordt ontwikkeld en die net zo onzeker als variabel kan blijken.

Het Hof van Justitie heeft er echter op gewezen dat niet geoordeeld kan worden dat een richtlijn genoegzaam ten uitvoer is gelegd, zolang de vaagheid van de regelgeving daaromtrent daarover onzekerheid laat bestaan (Hof van Justitie, 3 maart 1988, zaak 116/86, Commissie vs. Italië).

Het heeft er ook de aandacht op gevestigd dat die zekerheid inzonderheid nodig is wanneer een richtlijn ertoe strekt rechten in het leven te roepen voor individuen, particulieren, zoals hier het geval is. Het is absoluut nodig dat er nauwkeurige en duidelijke regels worden

.../...

vastgesteld opdat diegenen waarvoor die rechten gelden in staat zijn hun rechten ten volle te kennen en deze in voorkomend geval te doen gelden bij de nationale rechtbanken. Die voorwaarde inzake duidelijkheid en nauwkeurigheid is des te belangrijker wanneer de desbetreffende richtlijn ertoe strekt rechten toe te kennen aan onderdanen van andere Lid-Staten, want die onderdanen zijn normalerwijze niet in staat de juiste strekking te beoordelen van regels die maar ontstaan door een altijd willekeurige interpretatie (Hof van Justitie, 23 mei 1985, zaak 29/84, Commissie vs. Duitsland, zie ook 25 mei 1992, zaak C. 190/90, Commissie vs. Nederland, en 11 augustus 1995, zaak C. 433/93, Commissie vs. Duitsland).

B. Het is niet omdat de Belgische wetgever een Europese richtlijn omzet, dat hij de andere voor hem verplichte regels niet meer in acht moet nemen, zowel wat de vorm betreft waaraan de Belgische rechtsregels moeten beantwoorden als wat de inhoud betreft die zij moeten hebben. Zoals reeds is opgemerkt in de bovenstaande algemene opmerking, wordt met name het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden bedoeld, inzonderheid de artikelen 8 en 10.

Geen inmenging in de uitoefening van het recht op het privé-leven is toegestaan (artikel 8, lid 2), net zo min als enige beperking van de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting (artikel 10, lid 2), tenzij dit "bij de wet (is) voorzien". Die voorwaarde die bij artikel 8, lid 2, wordt opgelegd voor het geval waarbij die inmenging

.../...

geschiedt door een openbaar gezag, is in het onderhavige geval des te meer nodig daar het ontwerp ertoe strekt het recht om het privé-leven van een persoon niet in die mate te eerbiedigen als normaal moet, aan een particulier toe te kennen.

Het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft die teksten in tal van arresten toegepast; op basis van die arresten kan de juiste draagwijdte van de vereisten die in die teksten worden gesteld, worden nagegaan.

Om als "bij de wet voorzien" te kunnen worden beschouwd, moet de rechtsgrond van een inmenging in principe schriftelijk bij wet worden vastgesteld. Dat het Hof bij zijn arrest *Sunday Times* van 26 april 1979 een door de rechtspraak gevestigde regel heeft kunnen beschouwen als een wet in de zin van het Verdrag, komt doordat de betrokken Staat in deze zaak het Verenigd Koninkrijk was en dat in het rechtstelsel hiervan, dat zoals bekend berust op het beginsel van het precedent, de rechterlijke beslissingen een dermate groot gezag hebben dat geoordeeld kan worden dat een regel die ontstaan is door de rechtspraak "voldoende toegankelijk" en "voldoende duidelijk is gesteld opdat de burger zijn gedrag kan regelen" (§ 49) (vert.). De toegankelijkheid van de "wet", ongeacht of het om een geschreven rechtsregel of om een door de rechtspraak ontstane rechtsregel gaat, en de voorzienbaarheid van de gevolgen ervan zijn het belangrijkste. Die voorzienbaarheid zelf is afhankelijk van de nauwkeurigheid en de duidelijkheid van de rechtsregel.

.../...

Het Europese Hof heeft reeds gesteld dat de betrokken rechtsregel een vonnis kan zijn en heeft zelfs gesteld dat dat vonnis niet noodzakelijk een "precedent" is in de enge technische betekenis dat dat woord heeft in een rechtsorde waarin het beginsel "stare decisis" wordt gehanteerd. Het blijft in ieder geval zo dat de regel waarbij wordt voorzien in inmenging, ook al is hij in de rechtspraak ontstaan, twijfelachtig nog onzeker mag zijn vergeleken bij de wijze waarop vonnissen en arresten in het beschouwde rechtstelsel normaal worden uitgelegd (zie arrest Observer en Guardian, van 26 november 1991, §§ 50 tot 54).

Die preciseringen inzake de strekking van artikel 8, lid 2, tonen genoegzaam aan dat de woorden van het ontworpen artikel 3, § 3, niet voldoende zijn om te oordelen dat hiermee, overeenkomstig de vereisten van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, een regeling van uitzonderingen op de vrijheden en op de individuele rechten wordt vastgesteld. In zulk een regeling zal ongetwijfeld gedurende lange tijd de rechtszekerheid ontbreken die vereist is opdat geoordeeld kan worden dat België een "rechtsstaat" is op het vlak van de verhoudingen tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op de eerbiediging van het privé-leven. Een Staat wordt immers in het Europese Verdrag pas als dusdanig erkend wanneer ieder individu met een kleine foutenmarge kan weten wat juist de beperkingen zijn van elk van de fundamentele vrijheden die hij geniet.

.../...

Het is precies die mogelijkheid om, voordat een gedragsregel wordt voorgeschreven, te weten op welke regel die gebaseerd is, die het ontworpen artikel 3, § 3, niet biedt en die de rechtspraak, die aan zulk een tekst toepassing zou geven, evenmin binnen korte termijn zou kunnen bieden. Niets is zo doeltreffend om de vrijheid van een mens teniet te doen dan de onzekerheid waarin hij wordt gelaten over de gevolgen van zijn daden. Gerechtelijke sancties achteraf zijn niet voldoende om die onzekerheid weg te nemen. Integendeel.

C. Men mag niet uit het oog verliezen dat het ontworpen artikel 3, § 3, ertoe moet bijdragen dat een strafrechtelijke regel toegepast wordt en het dan ook de kenmerken dient te bezitten die elke strafwet krachtens de Grondwet moet vertonen.

Krachtens dat artikel van het ontwerp kan een persoon die ervan verdacht wordt deze of gene door de ontworpen wet opgelegde regel te hebben overtreden, ontsnappen aan de veroordeling waarin artikel 38 van de wet van 8 december 1992 voorziet, door te beweren dat hij ervan uit is gegaan dat hij die overtreding mocht begaan om zijn vrijheid van meningsuiting niet in het gedrang te brengen. Aldus blijkt dat de begrippen journalist, kunstenaar of schrijver, het begrip vrijheid van meningsuiting of het begrip samengaan van die vrijheid met het recht op eerbiediging van het privé-leven evenveel begrippen zijn waarvan veroordelingen of vrijspraken zullen afhangen.

.../...

De artikelen 12, tweede lid, en 14, van de Grondwet, volgens welke "niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt" en "geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet", maken van het zogeheten "wettigheidsbeginsel" immers de basis van het Belgisch strafrecht.

Dat beginsel is neergeschreven voor zowel de macht die de wet maakt als voor de macht die de wet toepast, aangezien het hun respectieve werkterrein op strafrechtelijk gebied vastlegt. De wetgevende macht heeft tot taak regels te maken die de rechterlijke macht moet toepassen met naleving van de bewoordingen ervan. De enige manier om deze strikte verdeling van de bevoegdheden te garanderen - en bijgevolg elk risico van willekeur vanwege de rechters af te wenden - bestaat erin de strafwetten zo precies mogelijk te stellen. De wetgevende macht zou het grondwettelijk wettigheidsbeginsel uithollen, mocht zij zich ertoe bepalen strafrechtelijke regels te formuleren waarin aan de rechters alleen vage richtlijnen worden gegeven, aangezien zij de rechters zodoende zou nopen de toepasselijke regels aan te vullen om ze daadwerkelijk toepasbaar te maken. Een straf waartoe een rechter in die omstandigheden zou besluiten, zou niet meer worden opgelegd krachtens de wet, maar krachtens de wet én een andere regel die de rechter aan de wet heeft moeten toevoegen om deze te kunnen toepassen.

Het wettigheidsbeginsel brengt met zich dat het voor de wetgevende macht in strafzaken een grondwettelijke verplichting en niet een loutere algemene verplichting van zorgvuldig beleid is met precieze regels te werken.

.../...

Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft zijnerzijds geoordeeld dat artikel 7 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden stilzwijgend een identiek beginsel huldigt als dat wat in de artikelen 12 en 14 van de Belgische Grondwet wordt gesteld en heeft daaraan dezelfde gevolgtrekking verbonden in verband met de noodzakelijke nauwkeurigheid van de wettelijke bepalingen in strafzaken. Het Hof heeft in zijn arrest Kokkinakis tegen Griekenland van 25 mei 1993 geoordeeld dat dat artikel 7

"ook meer in het algemeen het beginsel huldigt dat strafbare feiten en straffen bij de wet omschreven moeten zijn, alsook het beginsel dat de strafwet niet op uitbreidende wijze ten nadele van de beklaagde, inzonderheid bij analogie, mag worden toegepast. Steeds volgens dat arrest moet een strafbaar feit duidelijk in de wet worden bepaald".

De tekst van het ontworpen artikel 3, § 3, moet bijgevolg worden herzien en aangevuld, zowel ter voldoening aan het grondwettelijk beginsel van de artikelen 12 en 14 als aan de internationale verbintenissen van België, daar het aan de wetgever staat in elk geval te bepalen uit welke elementen een strafbaar feit bestaat en de daarbij horende uitzonderingen vast te stellen. In dat opzicht moet de wetgever inzonderheid verduidelijken wat in de context van de verwerking van persoonsgegevens onder vrijheid van meningsuiting moet worden verstaan en welke activiteiten als van journalistieke, artistieke of literaire aard kunnen worden beschouwd.

.../...

Het begrip vrijheid van "meningsuiting" dient inzonderheid met de grootste zorg te worden gepreciseerd. Men stelt immers vast dat dit begrip soms in uitbreidende zin wordt geïnterpreteerd; de rechtbanken zouden er aldus op hun beurt van uit kunnen gaan dat de vrijheid van meningsuiting de vrijheid van onderzoek inhoudt op basis waarvan feiten kunnen worden ontdekt, zodra ze aan het licht zijn gekomen, dan vrij kunnen worden uitgebracht. De vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van onderzoek mogen niet met elkaar worden verward : ze zijn zeer verschillend.

Het is niet omdat iemand vrij is te uiten wat hij weet of denkt, dat die persoon vrije toegang moet krijgen tot alle informatiebronnen en het recht moet krijgen om onbelemmerd onderzoek te doen naar alle openbare en privé-zaken en uiteindelijk naar het privé-leven van iedereen. Noch artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, noch de artikelen 19 en 25 van de Grondwet, die betrekking hebben op de vrijheid van mening en de persvrijheid, kunnen worden geacht zulk een uitbreiding van die vrijheid mogelijk te maken. Zij maken zulk een uitbreiding niet mogelijk omdat precies de artikelen 8 van het Verdrag en 22 van de Grondwet bepalen dat eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven. Het staat aan de wetgever en aan hem alleen maatregelen te nemen opdat de rechtbanken de vrijheid van mening niet al te sterk uitbreiden en daarvan geen vrijheid van onderzoek maken - waardoor nog vele andere waarden dan de eerste in het gedrang zouden komen - maar integendeel de grenzen van die vrijheid in acht nemen.

.../...

Door artikel 22 van de Grondwet wordt die conclusie immers nog scherper gesteld : het staat aan de wetgever, aan de decreetgever en aan de instantie die de in artikel 134 bedoelde regel uitvaardigt de bescherming van het recht op eerbiediging van eenieders privé-leven en gezinsleven te waarborgen. Krachtens dat grondwetsartikel is alleen de wetgever bevoegd om beperkingen in te stellen op het recht op eerbiediging van het privé-leven, zelfs als die beperkingen niet voorkomen als uitzonderingen op regels op de overtreding waarvan strafrechtelijke straffen staan.

In het bijzonder mag de wetgever de houder van het bestand of, volgens de terminologie van de richtlijn en van het ontwerp, de verantwoordelijke voor de verwerking niet vrij laten oordelen wat in de regels die op hem van toepassing zijn, al dan niet met de vrijheid van meningsuiting samengaat en hem evenmin toestaan vervolgens de regels die hij met die vrijheid onverenigbaar acht, niet na te leven. Ook al heeft de wetgever voorzien in toezicht vanwege de rechterlijke macht op de wijze waarop hij gebruik maakt van die mogelijkheid om aldus zelf de grenzen van zijn vrijheid te bepalen, dan nog zou diezelfde wetgever, die in de Grondwet is aangewezen als bewaker van het recht op eerbiediging van het privé-leven, door voor zulke manier van wetgevend optreden te kiezen, ervan afzien zelf te bepalen welke inmengingen het recht dat hij moet bewaken kunnen komen beknotten. Artikel 22 van de Grondwet verbiedt de wetgever die keuze te maken.

*

De voornoemde considerans (37) preciseert welke doelstelling de Lid-Staten moeten nastreven en stelt voorts

.../...

"dat ten minste aan de op dit gebied bevoegde toezichthoudende instantie tevens bepaalde bevoegdheden a posteriori moeten worden verleend, zoals het op gezette tijden indienen van een verslag of het in rechte optreden".

Om elk gebrek aan transparantie of zelfs aan efficiëntie te vermijden in een wet die noodzakelijkerwijs regels moet uitvaardigen ten aanzien van verwerkingsprocédés die snel wijzigen en waarvan de juiste inhoud en strekking niet altijd met zekerheid vast te stellen zijn, kan de Europese richtlijn alleen nageleefd worden als er ook een regeling ter voorkoming van misbruiken wordt ingevoerd. Men zou kunnen overwegen de verplichting om de verwerkingen aan te geven in een aangepaste vorm te behouden - dat wil zeggen door de inhoud ervan te herzien (1) : zo zouden de inlich-

-
- (1) Een regeling voor de aangifte - van de verwerking van gegevens en niet van de activiteit - is een andere zaak dan een vergunningenstelsel; het zou gaan om een te vervullen vormvereiste, niet om een eventuele hinderpaal voor de bedoeling van de persoon die aangeeft (zie de nota van H. MAISL, bij de arresten van de Franse Raad van State van 26 juli 1996 en 6 januari 1997, Dalloz, jur., 1997, blz. 219-222).

De rechtsleer (zie de auteurs naar wie op blz. 153, noot 137, wordt verwezen) geeft toe dat het vormvereiste van de aangifte of de kennisgeving omslachtig is en dat de informatieve waarde ervan in twijfel kan worden getrokken. Toch, 3° wordt verder gesteld, is het belangrijkste (en enige ?) voordeel ervan dat die aangifte of die kennisgeving dient te gebeuren bij een externe instantie - de toezichthoudende instantie. Bijgevolg is die aangifte of die kennisgeving een stimulans voor de verantwoordelijken voor de verwerking om vertrouwd te raken met de regels ter bescherming van de gegevens en worden zij er daardoor toe aangezet zich vragen te stellen over de wettigheid en de relevantie van de verwerkingen waaraan zij die gegevens onderwerpen. De kennisgeving kan ook een uitgelezen gelegenheid zijn voor het aanknopen van een dialoog tussen de verantwoordelijken voor de verwerking (of hun sectorale organisaties) en de toezichthoudende instanties.

Deze overwegingen zouden kunnen voldoende zijn om de verplichting tot het doen van een aangifte (in een aangepaste vorm) te behouden. De informatieve en pedagogische waarde van de uitleg die de dertiende vermelding vormt, mag niet worden onderschat.

tingen bedoeld in artikel 17, § 3, 9° en in datzelfde artikel 17, § 3, ontworpen onderdeel 12°, bij voorbeeld niet worden geëist; in dat geval zou op de aangifte echter tevens een dertiende vermelding moeten voorkomen, namelijk de uiteenzetting van de redenen waarom de regels van de artikelen 5, 6 tot 10, 18, 21 en 22 niet samengaan met de regels die van toepassing zijn op de vrijheid van meningsuiting binnen de grenzen die de wetgever vooraf heeft bepaald, zoals hiervoren is aangegeven.

Artikel 18 van de wet zou dienovereenkomstig kunnen worden aangepast om het publiek geen toegang te geven tot het deel van het register waarin die speciale aangiftes worden opgenomen.

Zoals in de richtlijn wordt voorgesteld, zou dat stelsel van aangiftes worden gecontroleerd door middel van het daartoe in een passende vorm opgestelde jaarverslag van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Daarbij zou speciale aandacht moeten worden besteed aan de relevantie van de redenen die worden opgegeven onder de dertiende vermelding waarvoor hierboven is gepleit. Artikel 32, § 2, tweede lid, van de wet behoort in die zin te worden aangevuld. Voorts zou de wetgever, in de context van die wijzigingen in het voorontwerp, moeten beslissen of artikel 32, § 2, eerste lid, van de wet, moet worden herzien om daarin duidelijk aan te geven of de Commissie, gelet op artikel 29 van het Wetboek van strafvordering, al dan niet aangifte kan doen van de strafbare feiten waarvan zij op basis van alleen de bijzondere aangifte kennis zou hebben.

Het ontworpen artikel 3, § 4

Artikel 17bis van de wet zal niet van toepassing zijn op de verwerkingen bedoeld in artikel 3, § 4. Zulks is

geen schending van de richtlijn; in de richtlijn is terzake zelfs niets bepaald. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij het uitoefenen van het recht op indirecte toegang dat vervat zit in paragraaf 4, in fine, zou kunnen vaststellen dat het raadzaam is voor te stellen in koninklijke besluiten bijzondere voorwaarden te bepalen ter bescherming van de rechten en vrijheden voor die categorieën van verwerkingen, die niet van de geringste zijn.

Bij de huidige stand van het voorontwerp van wet is zulk een initiatief uitgesloten; de Raad van State ziet daarvan de reden niet in, temeer daar de door de wet ingestelde garanties aanzienlijk worden afgezwakt door de ruime afwijkingen die worden toegestaan.

*

In dezelfde gedachtegang dient men, om de afzwakking van de voornoemde garanties te compenseren, in de wet te preciseren dat in het jaarverslag waarin artikel 32, § 2, tweede lid, voorziet, de bevindingen en de opmerkingen moeten voorkomen die de Commissie inzonderheid doch niet uitsluitend naar aanleiding van de toepassing van artikel 13 maakt.

*

De twee vorige opmerkingen zijn gemaakt omdat, nu de experimentele fase van de wet van 8 december 1992 als afgesloten kan worden beschouwd, het erop aan komt om de voorrechten die aan het openbaar gezag worden toegekend met

.../...

het oog op de bescherming van de Staat op het gebied van de verwerking van persoonsgegevens, zo goed mogelijk te laten aansluiten bij de eerbiediging van de fundamentele rechten. Met andere woorden moet de wet garanties voor een efficiënte controle instellen die bij een democratische Staat passen, zelfs wanneer het om geheime maatregelen gaat, waarbij de te overwinnen hinderpaal erin bestaat te voorkomen dat die geheime maatregelen door de controle zinloos worden. In dat verband zou de Commissie een observatiecentrum kunnen zijn dat het mogelijk kan maken die tegenstrijdige belangen te verzoenen.

*

In diezelfde paragraaf 4 dienen de woorden "§§ 1 tot 3" te worden gevolgd door een komma en dienen de woorden "van deze wet" te vervallen.

Ontworpen artikel 3, § 5

Luidens het voorontwerp van wet zijn de verplichting om informatie te verstrekken (artikel 9 van de wet), het recht op toegang tot de eigen persoonsgegevens (artikel 10 van de wet) en het recht om die gegevens te laten rechtzetten (artikel 12 van de wet) niet toepasselijk wanneer "de toepassing van deze bepalingen de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene zelf of van derden schendt (paragraaf 5, 6°).

Volgens de memorie van toelichting was deze uitzondering in de tekst van het voorontwerp die om advies aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke

.../...

levenssfeer werd voorgelegd, zo onduidelijk geformuleerd dat voor de bedoelde rechten een uitzondering kon worden gemaakt telkens wanneer degene die voor de verwerking verantwoordelijk is, oordeelde dat de uitoefening ervan nadelig kon zijn voor de betrokkene of voor derden. De Commissie had hierop terecht kritiek (advies 30/96, § 32). Daarom werd die uitzondering nauwkeuriger verwoord. Nu geldt ze enkel nog indien de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene of van derden - en niet de rechten of belangen in het algemeen - in het gedrang komt. "Zo zijn er situaties denkbaar waarin de betrokkene zelf er duidelijk geen prijs zal op stellen dat hem een bericht wordt gestuurd over het feit dat zijn gegevens in een verwerking zijn opgenomen. Ook is het mogelijk dat het inzagerecht in een aantal gevallen door een betrokkene niet of niet volledig kan worden uitgeoefend zonder de persoonlijke levenssfeer van iemand anders in het gedrang te brengen, bijv. omdat de informatie over de betrokkene onlosmakelijk verbonden is met de informatie over de derde persoon."

Zowel de oorspronkelijke als de gewijzigde versie van het ontwerp is uiteraard gebaseerd op artikel 13, § 1, g), van de richtlijn die deze beperking op haar beurt ontleent aan talrijke internationale verdragen die bepalen in hoeverre de overeenkomstsluitende Staten mogen afwijken van de rechten die daarin worden vastgelegd.

De juridische betekenis van die versies is dat ze de overeenkomstsluitende Staten een mogelijkheid bieden, net zoals de Europese richtlijn, die bepaalt dat de Staten wettelijke maatregelen "kunnen" treffen.

.../...

Die maatregelen kunnen de aldus bekrachtigde rechten van de betrokkene en de rechten en plichten van anderen echter pas echt beschermen als de wetgever vrij nauwkeurig bepaalt wanneer die bescherming noodzakelijk is en wanneer ze aan de uitoefening van de normaal erkende rechten in de weg staat.

Als de mogelijkheid die aan de Staten wordt verleend om dat wettelijk te regelen, gewoon in het intern recht wordt overgenomen, dan komt de werkzaamheid van de gewaarborgde rechten in het gedrang, aangezien de personen die in principe de wettelijke verplichtingen moeten naleven, aldus de bevoegdheid krijgen om te oordelen wanneer zij van die verplichtingen worden ontslagen. Zoals in de opmerkingen over het ontworpen artikel 3, § 3, wordt gezegd, komt die beoordelingsbevoegdheid aan de wetgever toe.

Indien het onmogelijk is om de noodzakelijke maatregelen thans ook maar enigszins nauwkeurig te bepalen, dan kunnen beter geen wettelijke regels worden uitgevaardigd, al was het maar voorlopig, tot uit de jaarverslagen van de Commissie blijkt dat dit echt noodzakelijk is.

Voorts rijst de fundamentele vraag of de moeilijkheden die in de memorie van toelichting worden geschetst wel hun oorsprong vinden in de rechten en plichten vervat in de artikelen 9 (verplichting om informatie te verstrekken), 10 (inzagerecht) en 12 (rechtzetting) van de wet, dan wel of ze niet veeleer uit de inhoud van de verwerkingen zelf

.../...

voortvloeien (1). In dat geval van indirecte schending mogen de beproefde controletechnieken zeker niet terzijde worden geschoven, maar moeten ze onverkort worden behouden om een einde te maken aan eventuele schendingen van de persoonlijke levenssfeer.

Een indirecte inzage, via de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (zoals in paragraaf 4, in fine) is geen afdoende oplossing omdat die samenhangt met een maatregel die van nature ongeschikt is.

De slotsom is dat 6° moet vervallen.

*

Wat de vorm betreft, wordt in paragraaf 4 verwezen naar artikel 13 en wordt aldus al aangegeven dat de betrokkene indirect toegang heeft tot zijn eigen persoonsgegevens als die door inlichtingendiensten worden verwerkt. Dat zou in soortgelijke bewoordingen moeten worden vermeld in paragraaf 5, betreffende de verwerking van gegevens in politiezaken, aangezien de indirecte toegang ook dan door hetzelfde artikel 13 wordt gewaarborgd. Het verschil in redactie is dus niet gewettigd.

Ook hier zouden de conclusies die uit de indirecte toegang tot gegevens moeten worden getrokken, openbaar kunnen worden gemaakt in het jaarverslag van de Commissie.

*

(1) Als voorbeeld verwijzen de stellers van het ontwerp naar de casinodirecteurs die de gegevens van hun spelers willen verwerken.

In diezelfde paragraaf 5 moet een komma worden geplaatst na de woorden "De artikelen 9, 10, § 1" en moeten de woorden "van deze wet" vervallen.

In de Franse tekst van 2° van die paragraaf zou "loi du 18 juillet 1991 organique du contrôle des services" correcter zijn dan "loi organique du 18 juillet 1991 des services ...".

In de Franse tekst van 3° schrijve men "d'autres autorités ... désignées".

(Ontworpen) artikel 3bis

In 1° is het niet duidelijk wat met het woord "vaste" wordt bedoeld. Het moet door een duidelijkere term worden vervangen.

Artikel 6 (van het ontwerp)

De woorden "HOOFDSTUK II" tussen de woorden "vervangen" en "- Algemene voorwaarden" moeten vervallen.

Die opmerking geldt mutatis mutandis ook voor de artikelen 12, 22 en 28.

Artikel 7 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 4

.../...

In de inleidende zin van die bepaling dient te worden verwezen naar de wijziging die de wet van 22 juli 1993 in de wet van 8 december 1992 heeft aangebracht. Er wordt voorgesteld die inleidende zin te redigeren als volgt :

"Art. 7 Artikel 4 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 22 juli 1993, wordt vervangen als volgt :

...".

Artikel 8 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 5

In punt f) wordt naar een evenwicht gezocht tussen enerzijds het belang van degene die verantwoordelijk is voor de verwerking of van degene voor wie de gegevens bestemd zijn en anderzijds het belang en de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, die door deze wet moeten worden beschermd.

Aangezien België het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens heeft bekrachtigd, heeft het zich ook ertoe verbonden ervoor te zorgen dat zijn onderdanen die rechten eerbiedigen.

Bovendien bepaalt artikel 1, § 1, van de richtlijn dat de Lid-Staten de bescherming van de fundamentele rechten

.../...

en vrijheden en inzonderheid van het recht op een persoonlijke levenssfeer moeten waarborgen.

Om volledig aan zijn internationale verplichtingen te voldoen, mag de Belgische Staat zich niet a priori verlaten op degenen die voor de verwerking verantwoordelijk zijn.

Daartoe is het voldoende de considerans bij artikel 7, inzonderheid bij f), van de richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 te lezen. De considerans (30) luidt op dat punt als volgt :

"...; dat de Lid-Staten, met name om het evenwicht tussen de in het geding zijnde belangen te verzekeren onder waarborging van een daadwerkelijke mededinging, de voorwaarden kunnen bepalen waaronder persoonsgegevens in het kader van wettige activiteiten zoals het dagelijks beheer van ondernemingen en andere organisaties kunnen worden gebruikt en aan derden verstrekt; dat zij evenzo de voorwaarden kunnen bepalen waaronder persoonsgegevens voor direct marketing of direct mail door een liefdadige instelling of door andere verenigingen of stichtingen, bij voorbeeld van politieke aard, aan derden mogen worden verstrekt, een en ander met inachtneming van de bepalingen waarbij aan de betrokkenen de mogelijkheid wordt geboden zich zonder opgave van redenen en zonder kosten tegen de verwerking van hen betreffende gegevens te verzetten;".

Het is duidelijk dat de steller van het ontwerp zijn verplichting om de richtlijn in het intern recht om te zetten en een precieze betekenis aan het in f) genoemde begrip "gerechtvaardigd belang" te geven, niet vervult door artikel 7, f), van de richtlijn gewoon over te nemen.

*

Er wordt voorgesteld het ontworpen artikel te redigeren als volgt :

.../...

"Art. 5 Persoonsgegevens mogen slechts verwerkt worden in één van de volgende gevallen :

- a) wanneer de betrokkene ... heeft verleend;
- b) wanneer de verwerking noodzakelijk is ... van de betrokkene;

enz. ...".

Wat punt b) van die bepaling betreft, wordt voorgesteld de woorden "of voor het nemen van precontractuele maatregelen naar aanleiding van een verzoek van de betrokkene" te vervangen door de woorden "of voor de uitvoering van de maatregelen die aan het sluiten van die overeenkomst voorafgaan en die op verzoek van de betrokkene zijn genomen".

Artikel 9 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 6, § 2

Artikel 6 van de wet van 8 december 1992 bepaalt niet dat de gevoelige gegevens die daarin worden opgesomd - een echte opsomming van de gronden waarop discriminatie door het internationaal verdragsrecht wordt verboden - mogen

.../...

worden verwerkt omdat de betrokkene daartoe uitdrukkelijk toestemming heeft verleend (1).

Die toestemming is door de Koning gegeven, in artikel 2, a), van het koninklijk besluit nr. 14 van 22 mei 1996.

(1) Grondregels terzake zijn :

- voor de Verenigde Naties, in het bijzonder artikel 2, lid 2, van het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten en artikel 2, lid 1, van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten;
- voor de Raad van Europa, onder meer artikel 24 van het Europees verdrag tot bescherming van de mens en de fundamentele vrijheden;
- voor de Europese Unie, onder meer artikel 13 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap dat het volgende bepaalt : "Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden" (de wijzigingen en de vernummering die voortvloeien uit het verdrag van Amsterdam, ondertekend op 2 oktober 1997, waarmee in dit citaat rekening is gehouden, worden pas van kracht op de dag van inwerkingtreding van het verdrag, overeenkomstig artikel 14, lid 2, van dat verdrag).

In die context heeft het onderscheid tussen de gegevens "die betrekking hebben op" gevoelige informatie en de gegevens "waaruit ... enkel blijkt" dat in de memorie van toelichting van commentaar wordt voorzien, weinig betekenis.

.../...

In de toekomst, op basis van het voorontwerp van wet dat thans wordt onderzocht, zal die aangelegenheid bij wet worden geregeld, zoals artikel 22 van de Grondwet voorschrijft.

Het is immers de wetgever die moet bepalen welke gevolgen aan die toestemming kunnen worden verbonden, zonder evenwel de Europese richtlijn uit het oog te verliezen.

Volgens artikel 8 van de Europese richtlijn mogen die gegevens in principe niet worden verwerkt, maar kan dit wel als de betrokkene daarmee instemt. In de richtlijn worden de Lid-Staten evenwel bewust niet verplicht om met een dergelijke toestemming rekening te houden (1).

Dat is heel begrijpelijk : die categorieën van gevoelige gegevens blijken vaak discriminerende beslissings-criteria te zijn. Het is dus verstandig om de verspreiding ervan te beperken. Die voorzichtigheid is ook ingegeven doordat het vaak moeilijk te bewijzen is dat de betwiste maatregel op basis van het verboden criterium van onderscheid is genomen.

Aangezien de Lid-Staten in de negende considerans van de richtlijn worden aangemoedigd om de momenteel door hun wetgeving geboden bescherming te verbeteren wanneer zij in hun nationale wetgeving bepalen onder welke algemene

(1) In Verdrag nr. 108 van de Raad van Europa wordt bepaald dat die bijzondere gegevens slechts automatisch worden verwerkt op voorwaarde dat het intern recht "passende voorwaarden" terzake biedt.

voorwaarden de verwerking van gegevens rechtmatig is, valt op te merken dat het geen verbetering van het materieel recht is, in de zin van de richtlijn, wanneer voortaan in de wet wordt bepaald dat de verwerking van gevoelige gegevens juridisch aanvaardbaar is wanneer de betrokkene daarmee instemt.

In de memorie van toelichting moet dus specifiek worden gewettigd hoe en voor wie de geplande wijziging - ook al beperkt die zich tot het overnemen van een koninklijk besluit - meer bescherming kan bieden dan de huidige wet.

Bij de wijziging hoort nog een tweede wettiging: de toestemming moet een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting zijn krachtens artikel 1, § 8, van de wet (artikel 2, h) van de richtlijn); dat is wel een minimum. Zullen de betrokkenen echter wel altijd echt vrij zijn, gelet op het feit dat zij vaak noodgedwongen met de verwerking zullen instemmen om datgene te verkrijgen waarvoor zij in contact staan met degene die voor de gegevensverwerking verantwoordelijk is ? Of zal die vrijheid slechts een illusie zijn ? Ook die twijfel zou de wetgevende macht ertoe moeten aanzetten om de opheffing van het verbod, naargelang de betrokkene al dan niet met de verwerking instemt, opnieuw te bekijken.

Als het verbod behouden blijft, zou de Commissie in haar jaarverslag de Kamers kunnen meedelen of het nuttig of eventueel noodzakelijk is om de opsomming in het ontworpen artikel 6, § 2, b) tot k) en § 3 aan te vullen; zo zou het van de wetgever en niet van de instemming van de betrokkene afhangen of andere gevallen worden opgesomd waarin de verwerking lijkt te moeten worden toegestaan.

.../...

Mocht de wetgever evenwel van oordeel zijn dat de toestemming van de betrokkene zonder al te veel risico in aanmerking kan worden genomen, dan moet die betrokkene overeenkomstig het oogmerk van de richtlijn en de wet (ontworpen artikel 1, § 8) echt worden ingelicht.

In dat verband wordt voorgesteld dat de wetgever zelf bepaalt onder welke voorwaarden die op informatie berustende toestemming wordt gegeven door de toepassing van het ontworpen artikel 9, § 1, d), van de ontworpen wet in dat geval verplicht te maken. De daarin bedoelde bijkomende informatie lijkt in die context echt "noodzakelijk". Het zou verkeerd zijn om de beslissing of die bijkomende informatie aan de betrokkene moet worden verstrekt, over te laten aan degene die verantwoordelijk is voor de verwerking.

Tot slot is een schriftelijke toestemming, zoals die voor de inlichtingen die aan de betrokkene moeten worden verstrekt, ook een waarborg; het zou nuttig zijn die schriftelijke toestemming bij wet op te leggen (zoals het ontworpen artikel 7, § 1, eerste lid, in bepaalde gevallen voor medische gegevens doet).

*

Door een schrijffout in de Franse tekst van de tabel die een overzicht geeft van de omzetting van de Europese richtlijn in het Belgisch recht en die aan de Raad van State is bezorgd, is in het ontworpen artikel 6, § 2, e), het woord "rendues" (manifestement publiques) vervallen, dat in artikel 8, § 2, van de richtlijn staat. Dat moet

.../...

worden rechtgezet. De exacte formulering geeft immers duidelijker de bedoeling van de verspreiding weer (volgende gegevens kunnen bijvoorbeeld niet in aanmerking worden genomen: de bekendmaking van een bericht, een kranten-abonnement of het lidmaatschap van een vereniging of zelfs het feit dat op grond van een bepaalde vorm van discriminatie rechterlijk beroep is ingesteld ...).

*

Onder de letter j) van dezelfde paragraaf staat dat de beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg en zijn aangestelden of gemachtigden tot "geheimhouding" zijn verplicht. In de memorie van toelichting (blz. 77) wordt onderstreept dat een straf op de niet-naleving van die verplichting staat.

De geheimhoudingsplicht is te gewichtig en te belangrijk om ze alleen maar in een opsomming op te nemen die eigenlijk voor iets anders bedoeld is.

De geheimhoudingsplicht moet in een afzonderlijk lid worden opgenomen. Voor sommige gezondheidswerkers vloeit die plicht weliswaar al uit andere teksten voort, maar voor andere is het een autonome en nieuwe regel die krachtens het ontworpen artikel 39, 3°, bevestigd wordt.

Ontworpen artikel 6, § 3

De in het ontwerp bedoelde instellingen vervullen opdrachten waarvan de moeilijkheden en de risico's, die mettertijd kunnen evolueren, niet mogen worden onderschat.

.../...

Daarom behoort het ontwerp te worden aangevuld met een bepaling dat de "erkende" en "gesubsidieerde" instellingen regelmatig door de bevoegde overheid moeten worden gecontroleerd om die "bijzondere machtiging" te kunnen krijgen. Als de beoordeling "ex ante" niet door een beoordeling "ex post" wordt gevolgd, is de beoordeling "ex ante" niet voldoende als waarborg.

Uit het dispositief moet duidelijker blijken dat het wel degelijk gaat om individuele machtigingen die telkens bedoeld zijn voor een specifieke instelling die voor de voornoemde verwerkingen verantwoordelijk is, zoals de woorden "bijzondere machtiging" doen vermoeden. Zulk een machtiging kan immers niet in abstracto worden gegeven.

Wat de in het ontwerp bepaalde beschermingsmaatregelen betreft, is het beter de werkzaamheid ervan te verhogen door in de wet zelf te bepalen dat de machtiging vervalt als het controleverslag van de bevoegde overheid niet binnen een bepaalde termijn (in voorkomend geval door de Koning) aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt bezorgd. Dat zou ook moeten gelden als het verslag ongunstig is.

Aangezien de tekst bovendien betrekking heeft op één van de meest intieme aspecten van de persoonlijke levenssfeer, moeten de voorwaarden inzake de toepassing van die tekst in het dispositief zelf worden gepreciseerd. Zal de inmenging van een gesubsidieerde, erkende rechtspersoon - die krachtens een expliciete wijziging van het voorontwerp wordt gecontroleerd - in het privé-leven van de in het

.../...

ontwerp bedoelde personen zich beperken tot de personen die door de rechtspersoon geëvalueerd, begeleid en behandeld worden of kan ze zich uitbreiden tot de betrokken derden ?

Een dergelijke inmenging in het privé-leven van derden is misschien denkbaar bij gerechtelijke beslissingen, maar is onaanvaardbaar wanneer de belanghebbende spontaan en vrijwillig stappen heeft ondernomen.

Tot slot mogen de bewoordingen "seksueel gedrag dat als een misdrijf kan worden gekwalificeerd" dan zeker te verkiezen zijn boven het volgen van de indelingen die de rechtsgeleerden in de criminologie maken om de werkingssfeer van het ontwerp af te bakenen, maar die onpersoonlijke formulering geeft wel geen uitsluitsel over de vraag of een gerechtelijke instantie het gedrag noodzakelijkerwijs zo moet kwalificeren alvorens de instelling tussenbeide komt.

Ontworpen artikel 6, § 5

Aangezien volgens artikel 22 van de Grondwet het recht op eerbiediging van het privé-leven alleen bij wet kan worden ingeperkt, moet enig voorbehoud worden gemaakt bij het ontworpen artikel 6, § 5, aangezien het die bevoegdheid aan de wet onttrekt door bevoegdheden ter zake aan de Koning op te dragen.

Als de opsomming van de gevallen waarin wordt afgeweken van het principiële verbod om gevoelige gegevens te verwerken, onvolledig blijkt te zijn, staat het krachtens

.../...

de Grondwet (1) aan de wetgever, en aan hem alleen, om die opsomming aan te vullen binnen de perken die door de richtlijn worden gesteld.

Die tekst moet bijgevolg vervallen (2).

*

In de inleidende zin van de Franse versie van artikel 9 van het ontwerp behoren de woorden "de la loi du 8 décembre 1992" te worden vervangen door de woorden "de la même loi".

Paragraaf 2 kan worden gesteld als volgt :

-
- (1) Daarom zou soortgelijke kritiek worden geleverd op een regeling waarbij de afwijkingen, na eensluidend advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, door de Koning worden bepaald hoewel een dergelijke regeling al nauwer aansluit bij één van de gevallen die door de richtlijn worden toegestaan (namelijk de afwijking waartoe de toezichthoudende overheid, maar normaal alleen zij, op autonome wijze, beslist). Daarnaast is er de gebruikelijke kritiek dat reglementaire bevoegdheid in het licht van de Grondwet aan geen andere overheid dan de Koning kan worden opgedragen.
- (2) Bovendien moet worden opgemerkt dat de Franse versie van de ontworpen bepaling niet in overeenstemming is met de Franse tekst van de richtlijn, waarin sprake is van "motifs d'intérêt public important" en niet van "motifs sérieux d'intérêt général". Als de betekenisverschuiving niet op de Nederlandse versie van de richtlijn (minder beschermend, want minder beperkend) steunde, zou ze verder reiken dan de beoordelingsvrijheid van de Staten waarvoor de richtlijn bestemd is.

.../...

"Het verbod om de in de vorige paragraaf bedoelde persoonsgegevens te verwerken, is niet van toepassing in één van de volgende gevallen :

- a) wanneer de betrokkene ... ingetrokken;
- b) wanneer de verwerking ... arbeidsrecht;

enz."

In de Franse tekst van diezelfde paragraaf, in punt i), behoren de woorden "de la loi du 4 juillet 1962 sur les investigations statistiques" te worden vervangen door de woorden "de la loi du 4 juillet 1962 relative à la statistique publique". Het opschrift van die wet is immers bij de wet van 1 augustus 1985 gewijzigd.

In punt k) wordt voorgesteld de woorden "hoofdzakelijke statutaire doelstelling" te vervangen door het woord "hoofddoel" en de woorden "van die statutaire doelstelling en voor de verwerking een machtiging is verleend" door de woorden "van dat doel, op voorwaarde dat voor die verwerking een machtiging is verleend".

In paragraaf 5 behoren de woorden "deze die in artikel zijn vermeld, de in dit artikel bedoelde persoonsgegevens" te worden vervangen door de woorden "deze die in de §§ 2 en 3 worden vermeld, de in § 1 bedoelde persoonsgegevens". In de Franse tekst schrijve men bovendien "garanties appropriées".

.../...

Artikel 10 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 7, § 1

Om herhalingen te voorkomen, zou het beter zijn de ontworpen artikelen 6 en 7 samen te brengen in één enkel artikel. De eerste paragraaf van dat nieuwe artikel zou dan de gemeenschappelijke voorwaarden bevatten en de volgende paragrafen zouden gewijd zijn aan de bijzondere voorwaarden die aan de verwerking van de gegevens bedoeld in artikel 6 enerzijds en in artikel 7 anderzijds worden verbonden.

In de Franse tekst is in het eerste en het tweede lid sprake van "professionnels des soins de santé" en in het derde lid van "professionnels de la santé".

In het ontworpen artikel 6 is sprake van "aangestelden" en "gemachtigden" (punt j); in het ontworpen artikel 7 is sprake van "personen die werken ten behoeve van beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg".

Die terminologische verschillen moeten worden gewettigd of weggewerkt.

Paragraaf 1, eerste en tweede lid, en paragraaf 3, g)

De woorden "voor het voorkomen van een dringend gevaar" zijn te vaag; de aard van het bedoelde gevaar en de betekenis van de beperking die het adjectief "dringend" inhoudt, moeten in de memorie van toelichting worden

.../...

verduidelijkt op basis van de bedoelingen van de stellers van de ontwerpaanbeveling van de Raad van Europa waarop deze tekst gebaseerd is (blz. 76 van de memorie van toelichting).

Verwijzen die woorden naar individuele maatregelen om de gezondheid van bepaalde personen te beschermen of naar collectieve maatregelen om de volksgezondheid te verbeteren (diverse profylactische maatregelen die op de epidemiologie steunen enz.) of naar de algemene bescherming van personen en goederen (waarbij het begrip "gezondheid" ook de geestelijke gezondheid omvat ...) ?

*

In de Franse tekst is het beter op het einde van het tweede lid van paragraaf 1 "pour l'application de la présente loi" te schrijven.

Wat het derde lid van diezelfde paragraaf betreft, wordt voorgesteld de woorden "de in dit artikel bedoelde" te vervangen door de woorden "de in het eerste lid bedoelde".

Er wordt voorgesteld paragraaf 2, tweede lid, te redigeren als volgt :

"Ze mogen slechts via andere bronnen worden ingezameld op voorwaarde dat die inzameling in overeenstemming is met de paragrafen 3 en 4 en noodzakelijk is voor de doeleinden van de verwerking of op voorwaarde dat de betrokkene niet is staat is om zelf de gegevens te bezorgen".

.../...

Paragraaf 3 kan worden gesteld als volgt :

"§ 3. De verwerking van persoonsgegevens betreffende de gezondheid is uitsluitend toegestaan in één van de volgende gevallen :

- a) wanneer de betrokkene ... ingetrokken;
- b) wanneer de verwerking ... arbeidsrecht;

enz. ".

Om de Franse tekst op de Nederlandse tekst af te stemmen, moeten in diezelfde paragraaf, punt d), de woorden "la promotion et à la protection de la" worden ingevoegd tussen de woorden "nécessaire à" en de woorden "santé publique".

In de Franse tekst van punt e) schrijve men "d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance".

Met het oog op de rechtszekerheid is het raadzaam om in punt j) dezelfde terminologie te gebruiken als in het ontworpen artikel 6, § 2, j), te meer daar die terminologie beter aansluit bij die van artikel 8, punt 3, van de Europese richtlijn. Bovendien vraagt de afdeling wetgeving zich af wat moet worden verstaan onder de woorden "genetisch verwant" die in het ontwerp worden gebruikt.

Tot slot, wat de Franse tekst van de punten c), d) en k) betreft, moeten de woorden "effectués sous les conditions" worden vervangen door de woorden "effectués conformément aux conditions".

.../...

Artikel 11 (van het ontwerp)Ontworpen artikel 8

Het is ondenkbaar dat de machtigingen die in de punten a) tot e) worden verleend, mogen worden benut voordat de Koning de in het tweede lid bedoelde speciale voorwaarden heeft vastgesteld. Het is dus overbodig om in het eerste lid, b), in een bijzondere opdracht van bevoegdheden te voorzien.

*

Eerste lid

In punt d) wordt een geheimhoudingsplicht opgelegd, in een lange opsomming. Op die geheimhoudingsplicht moet de aandacht worden gevestigd. Voorts moet in het dispositief worden bepaald onder welke rechtsregeling die valt en moet tevens worden verklaard waarom die bepaling niet van toepassing is op de personen bedoeld in de andere punten en alleen geldt voor de advocaten en de juridische raadgevers, terwijl die tekst een herhaling vormt, althans wat de advocaten betreft.

Punt e) bepaalt dat gerechtelijke gegevens, in de ruime zin van het woord, mogen worden verwerkt als zulks noodzakelijk is voor het wetenschappelijk onderzoek.

.../...

De elliptische formulering van punt e) is niet verenigbaar met de inachtneming van artikel 22 van de Grondwet. De tekst van punt e) moet worden herzien (1).

*

In artikel 8, § 5, van de richtlijn staat : "Een volledig register van strafrechtelijke veroordelingen mag alleen worden bijgehouden onder toezicht van de overheid".

Volgens de uitleg die de gemachtigde ambtenaar aan de Raad van State heeft verschaft, vloeit die exclusiviteit zowel voort uit het ontworpen artikel 8 als uit de koninklijke besluiten nrs. 8 van 7 februari 1995 en 17 van 21 november 1996. Het is beter dat dit beginsel volledig in de wet vervat zit. Zo zou die regel toegankelijker, begrijpelijker en duidelijker onaantastbaar zijn.

*

(1) Vanuit het oogpunt van de eerbiediging van het privé-leven is wetenschappelijk onderzoek op zich niet neutraler dan het nastreven van, bijvoorbeeld, "wettelijke doelstellingen". Zelfs als de verzamelde gegevens samengevoegd en anoniem gemaakt zijn, kunnen ze aanleiding geven tot specifieke gedragingen ten aanzien van bepaalde soorten van personen.

In de Franse tekst van het eerste lid schrijve men "juridictions".

In de Franse tekst van hetzelfde lid, punt b), wordt voorgesteld de woorden "dans un arrêté royal délibéré" te vervangen door de woorden "par arrêté délibéré".

In de Franse tekst van de punten c) en d) dient het woord "ne" te vervallen.

Het tweede lid kan worden gesteld als volgt :

"De Koning bepaalt bij een in de Ministerraad overlegd besluit, na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de bijzondere voorwaarden waaraan de verwerking van de in het eerste lid bedoelde persoonsgegevens moet voldoen.".

Artikel 13 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 9, § 1

Volgens artikel 10 van de richtlijn moeten de Lid-Staten bepalen welke informatie de persoon bij wie gegevens worden ingezameld die hemzelf betreffen, op zijn minst moet krijgen.

Zo moet volgens de richtlijn, bij wijze van voorbeeld, op zijn minst de volgende informatie worden verstrekt : de ontvangers of categorieën van ontvangers van de gegevens, het antwoord op de vraag of men al dan niet verplicht is om te antwoorden en de eventuele gevolgen van

.../...

niet-beantwoording, voor zover die bijkomende informatie, met inachtneming van de specifieke omstandigheden waaronder ze verkregen wordt, nodig is om tegenover de betrokkene een "eerlijke verwerking" te waarborgen (artikel 10, c).

Aangezien de richtlijn alleen bepaalt welke informatie op zijn minst aan de betrokkene moet worden verstrekt (wat het vrije verkeer van persoonsgegevens onder Lid-Staten en het feit dat die Lid-Staten zich daartegen niet kunnen verzetten, wettigt), mag de Belgische wetgever de verplichtingen terzake van degene die voor de verwerking verantwoordelijk is, versterken, uiteraard binnen de perken van de werkingssfeer van de Belgische wet.

Het ontworpen artikel 9, § 1, sluit evenwel automatisch uit dat de onder punt d) van dezelfde paragraaf vermelde regels eventueel worden toegepast, als de betrokkene reeds van die beoordelingsgegevens op de hoogte is. Wanneer hij daarvan nog niet op de hoogte is, zou het niet onredelijk zijn dat de wetgever degene die verantwoordelijk is voor de verwerking verplicht om die gegevens "eerlijkheidshalve" mee te delen. Aldus versterkt hij de interne samenhang en de geloofwaardigheid van de omzetting.

Het ontworpen artikel 4, § 1, 2°, voegt immers iets toe aan de tekst van artikel 6, § 1, b, van de richtlijn. Terwijl de richtlijn alleen voorschrijft dat de Lid-Staten bepalen dat gegevens niet mogen worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze oorspronkelijk zijn ingezameld, voegt de Belgische wet daarentegen eraan toe dat voor de verdere verwerkingen

.../...

rekening wordt gehouden "met alle relevante factoren, met name met de redelijke verwachtingen van de betrokkene ...".

De betrokkene is ongetwijfeld met rede begaafd, maar dan nog moet hij worden ingelicht. In dat opzicht kunnen de inlichtingen die in het ontworpen artikel 9, § 1, d), worden opgesomd, essentieel blijken om te voorkomen dat artikel 4, § 1, 2°, zuiver theoretisch blijft.

Daarom wordt voorgesteld de drie soorten van informatiegegevens bedoeld onder punt d) verplicht te stellen, waarbij de woorden "andere bijkomende informatie zoals" vervallen en het zinsdeel dat begint met "voor zover ..." tot een uitzondering op de regel wordt gemaakt ("... behalve voor zover die informatie niet noodzakelijk is om de betrokkene een eerlijke verwerking te waarborgen").

Voorts wordt voorgesteld een nieuwe letter toe te voegen om te verwijzen naar "alle andere bijkomende informatie" (met uitzondering van die welke reeds is opgesomd) die de verantwoordelijke voor de verwerking wegens de specifieke omstandigheden, zou moeten meedelen". Op die manier wordt het niet-exhaustieve karakter van de bepaling van de richtlijn het best geëerbiedigd.

Een soortgelijke opmerking geldt voor het ontworpen artikel 9, § 2.

*

.../...

Wat de Franse tekst van paragraaf 1, c), en paragraaf 2, c), betreft, wordt voorgesteld de terminologie van de Franse versie van de richtlijn te gebruiken en de woorden "marketing direct" te vervangen door de woorden "prospection commerciale".

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 16, tweede lid, van het ontwerp.

Artikel 14 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 10, § 3

In het eerste lid van de Franse tekst worden de woorden "praticien des soins de santé" gebruikt; in het tweede lid de woorden "professionnel des soins de santé". Dit verschil behoort te worden weggewerkt, zonder de bewoordingen van het ontworpen artikel 7 en de opmerking van de Raad van State over de eerste paragraaf ervan uit het oog te verliezen.

Het derde lid is gesteld als volgt :

"Indien er duidelijk geen gevaar is voor inbreuken op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene kan de kennisgeving ook worden uitgesteld indien de gezondheidsgegevens verwerkt worden voor medisch-wetenschappelijk onderzoek, doch slechts in de mate dat de kennisgeving het onderzoek op ernstige wijze zou schaden en uiterlijk tot op het moment van de beëindiging van het onderzoek.".

.../...

Artikel 13, lid 2, van de richtlijn is evenwel als volgt gesteld :

"Mits er passende wettelijke garanties worden geboden, met name dat de gegevens niet zullen worden gebruikt om maatregelen of besluiten te treffen ten aanzien van een individuele betrokkene, mogen de Lid-Staten ingeval er duidelijk geen gevaar bestaat dat inbreuk wordt gepleegd op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene, de in artikel 12 bedoelde rechten beperken wanneer de gegevens uitsluitend met het oog op wetenschappelijk onderzoek worden verwerkt of slechts gedurende de periode die nodig is voor het opstellen van statistieken in de vorm van persoonlijke gegevens worden bewaard.".

In de ontworpen tekst moet, evenals in de richtlijn, worden aangegeven dat wetenschappelijk onderzoek de enige doelstelling mag zijn.

De doelstelling van het medisch onderzoek, uitdrukkelijk genoemd in het voorontwerp van wet, wordt niet vermeld in de richtlijn. Gesteld dat mag worden aangenomen dat dat onderzoek vervat ligt in het begrip wetenschappelijk onderzoek, dan nog zou moeten worden aangetoond dat artikel 1 van de richtlijn werkelijk is nageleefd - in zoverre dat artikel ook betrekking heeft op de rechten van de patiënt. Met andere woorden, de vraag rijst of de geneesheer met het oog op het "medisch-wetenschappelijk" onderzoek dat hij verricht (om de bewoordingen van de memorie van toelichting te gebruiken), zich tegenover de patiënt zal kunnen beroepen op de ontworpen tekst ter rechtvaardiging van zijn weigering om aan de patiënt of diens daartoe gemachtigde vertegenwoordiger de gegevens betreffende diens gezondheid mede te delen.

.../...

Die weigering is pas mogelijk indien de patiënt vooraf uitdrukkelijk ermee instemt om geen toegang te hebben tot zijn primaire gezondheidsgegevens, terwijl de ontworpen tekst daarentegen deze mogelijkheid om tijdelijk de toegang tot die gegevens te weigeren lijkt in te houden, (die regeling zou automatisch kunnen worden opgelegd zonder dat de toestemming van de patiënt is gegeven ...). De tekst moet op dat punt worden aangepast.

In de ontworpen tekst wordt ook niet gepreciseerd, in tegenstelling tot wat de richtlijn oplegt, dat iedere maatregel of besluit ten aanzien van een "individuele betrokkene" in dat verband uitgesloten is; de tekst moet in die zin worden aangevuld.

*

Artikel 10 van de wet van 8 december 1992 bestaat uit drie paragrafen. In de ontworpen tekst worden de paragrafen 1 en 3 vervangen en wordt paragraaf 2 opgeheven; dat komt neer op een vervanging van die bepaling.

De inleidende zin van die bepaling behoort dan ook als volgt te worden gesteld :

"Art. 14 Artikel 10 van dezelfde wet wordt vervangen door de volgende bepaling :

.../...

§ 1 ...

§ 2 ... (de tekst van de ontworpen paragraaf 3 overnemen).".

In paragraaf 1, eerste lid, c), dienen de woorden "van deze wet" te worden weggelaten.

Voor het vierde lid van dezelfde paragraaf wordt voorgesteld de woorden "in dit artikel" te vervangen door de woorden "in het eerste lid", en het woord "modaliteiten" door de woorden "nadere regelen".

In paragraaf 2 (vroegere paragraaf 3), tweede lid, behoren in de Franse tekst de woorden "Sur la demande" te worden vervangen door de woorden "A la demande".

Artikel 15 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 11

Deze bepaling dient als volgt te worden gesteld :

"Art. 15 Artikel 11 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 22 juli 1993, wordt opgeheven.".

Artikel 16 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 12

De inleidende zin van deze bepaling behoort als volgt te worden gesteld :

.../...

"Art. 16 In artikel 12 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 22 juli 1993, worden de volgende wijzigingen aangebracht : ...".

Voor het overige dient in de Franse tekst in het eerste lid van de ontworpen bepaling onder 1° "les motifs visés" te worden geschreven.

In artikel 14, a), van de richtlijn wordt in principe aan de betrokkene het recht toegekend om zich te verzetten, welk recht te allen tijde mag worden uitgeoefend.

In verband met de uitzondering betreffende artikel 5, a), waarop het ontworpen artikel 12 doelt, ziet de Raad van State niet in om welke reden de betrokkene geen recht zou hebben om terug te komen op de gegeven toestemming, om ernstige en gerechtvaardigde redenen die verband houden met een bijzondere situatie.

Er wordt voorgesteld de volgende wijziging aan te brengen in punt 4° van die bepaling :

"4° paragraaf 3 wordt vervangen door de volgende bepaling :

"§ 3 Binnen een maand te rekenen van het tijdstip van indiening van het verzoek overeenkomstig § 2, deelt de verantwoordelijke ...".

In het tweede lid van hetzelfde punt 4° schrijven men : "... verzet, overeenkomstig § 1, tweede en derde lid, deelt de ...".

.../...

Artikel 17 (van het ontwerp)Ontworpen artikel 12bis

Om meer overeenstemming te bereiken met de terminologie van artikel 15 van de richtlijn, wordt voorgesteld die bepaling als volgt te redigeren :

"Art. 12bis Een besluit waaraan voor een persoon rechtsgevolgen verbonden zijn of dat hem in aanmerkelijke mate treft, mag niet louter worden genomen op grond van een geautomatiseerde gegevensverwerking die bestemd is om bepaalde aspecten van zijn persoonlijkheid, zoals beroepsprestatie, kredietwaardigheid, betrouwbaarheid of gedrag, enz. te evalueren.

Onverminderd de toepassing van de overige bepalingen van deze wet, geldt het in het eerste lid vastgestelde verbod niet indien :

- 1° het besluit wordt genomen in het kader van het sluiten of uitvoeren van een overeenkomst, mits aan het verzoek van de betrokkene om de overeenkomst te sluiten of uit te voeren, is voldaan of passende maatregelen zijn genomen ter bescherming van zijn gerechtvaardigde belang;
- 2° het besluit zijn grondslag vindt in een bepaling voorgeschreven door of krachtens een wet, decreet of ordonnantie waarin de maatregelen zijn omschreven die strekken tot bescherming van het gerechtvaardigde belang van de betrokkene, zoals de mogelijkheid zijn standpunt te doen gelden."

.../...

Artikel 18 van het ontwerp

Ontworpen artikel 13

Er wordt voorgesteld de inleidende zin van die bepaling te redigeren als volgt :

"Art. 18 In artikel 13 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 22 juli 1993, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

1° het eerste lid wordt vervangen door het volgende lid :
(...)

2° dit artikel wordt aangevuld met het volgende lid :
(...).".

Voor punt 1° wordt eveneens voorgesteld de woorden "van deze wet" te schrappen na de woorden "in de artikelen 10 en 12".

Artikel 19 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 14

Er wordt voorgesteld die bepaling te redigeren als volgt :

"Art. 19 In artikel 14 van dezelfde wet worden de volgende wijzigingen aangebracht :

.../...

- 1° in paragraaf 1, in fine, worden de woorden ", tegen de verwerking waarvan de betrokkene zich heeft verzet" ingevoegd tussen de woorden "verboden is" en de woorden "of die langer bewaard werden".
- 2° ... (verder zoals in het ontwerp).".

Artikel 21 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 15bis

De tekst van het ontworpen artikel 15bis strekt ertoe artikel 23 van de richtlijn om te zetten in intern recht, welk artikel het volgende bepaalt :

"1. De Lid-Staten bepalen dat een ieder die schade heeft geleden ten gevolge van een onrechtmatige verwerking of van enige andere daad die onverenigbaar is met de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen het recht heeft van de voor de verwerking verantwoordelijke vergoeding van de geleden schade te verkrijgen.

2. De voor de verwerking verantwoordelijke kan geheel of gedeeltelijk worden ontheven van deze aansprakelijkheid, indien hij bewijst dat de schade hem niet kan worden toegerekend.".

Uit de tekst van artikel 23 van de richtlijn, alsmede uit de considerans (nr. 55) waarin er commentaar wordt op gegeven, blijkt dat indien een persoon schade lijdt wegens een onrechtmatige verwerking of een daad die onverenigbaar is met de wet die vastgesteld is met toepassing

.../...

van de richtlijn, die persoon het recht heeft om door de verantwoordelijke voor de verwerking te worden vergoed voor de geleden schade.

Om aanspraak te kunnen maken op vergoeding, moet het slachtoffer dus aantonen dat het schade heeft geleden, namelijk door het bestaan ervan te bewijzen, dat die schade veroorzaakt is door een gegevensverwerking, en ten slotte, dat die verwerking onrechtmatig was. Artikel 23 bepaalt dat in dat geval de verantwoordelijke voor de verwerking de vergoeding moet betalen. Het is zeer goed mogelijk dat die verantwoordelijke persoonlijk geen enkele fout heeft begaan.

In het tweede lid van artikel 23 van de richtlijn wordt bepaald dat die verantwoordelijke evenwel kan worden ontheven van de verplichting om de vergoeding te betalen, indien hij bewijst dat de schade hem niet kan worden toegerekend. Hij moet dus niet alleen het stellige bewijs leveren dat dat feit reëel is, maar ook dat het feit dat hij aanvoert werkelijk de schade heeft veroorzaakt, en ook dat dat feit hem niet kan worden toegerekend.

Deze aansprakelijkheidsregeling is van dezelfde aard als die waarin het Franse recht voorziet voor de vergoeding van schade die het gevolg is van het niet uitvoeren van wat contractuele resultaatsverbintenissen worden genoemd.

Hoewel mag worden aangenomen dat in de eerste twee leden van het ontworpen artikel 15bis, lid 1 van artikel 23 van de richtlijn op een correcte wijze wordt omgezet, wordt

.../...

in het derde lid van artikel 15bis, daarentegen, onrechtmatig afgeweken van lid 2 van artikel 23 van de richtlijn. Het door de verantwoordelijke voor de verwerking geleverde bewijs dat hij geen fout heeft begaan, is wat anders dan het stellige bewijs van het feit dat de schade heeft veroorzaakt. Volgens het ontwerp wordt het slachtoffer niet vergoed indien de oorzaak van de schade onbekend blijft; volgens de richtlijn, daarentegen, moet het in hetzelfde geval wel degelijk vergoed worden.

Het tweede lid van artikel 15bis moet dus grondig worden herzien om het in overeenstemming te brengen met de richtlijn.

Artikel 23 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 16

Om de leesbaarheid van de ontworpen paragraaf 1 te verbeteren, wordt voorgesteld om de verplichtingen waaraan de verantwoordelijke voor de verwerking onderworpen is in zoverre hij de verwerking van de gegevens toevertrouwt aan een verwerker (1° tot 3°), en de andere verplichtingen waarin die bepaling voorziet (4° tot 7°), in twee artikelen vast te leggen.

Om verwarring te vermijden, wordt voorgesteld de nummering met 1°, 2°, 3° ..., in artikel 23 van het ontwerp, te vervangen door de nummering met A), B), C), ...

.../...

Bij de Raad van State rijzen voorts vragen over de strekking van sommige bepalingen van de ontworpen paragraaf 1.

De tekst van 1°, in zoverre de strekking ervan erin bestaat de contractuele aansprakelijkheid van de partijen te regelen, dient als overbodig te vervallen; het gemeen recht inzake overeenkomsten is in dezen van toepassing.

In 3° behoren, indien hier werkelijk de bedoeling van de stellers van het ontwerp wordt weergegeven, de woorden "in een gelijkwaardige vorm" te worden vervangen door de woorden "op een geautomatiseerde drager".

Onverminderd die opmerkingen, zou artikel 23 als volgt kunnen worden gesteld :

"Art. 23 In artikel 16 van dezelfde wet worden de volgende wijzigingen aangebracht :

A) de paragrafen 1 en 2 worden vervangen door de volgende bepalingen :

"§ 1 Indien de verwerking is toevertrouwd aan een verwerker, moet de verantwoordelijke voor de verwerking of, in voorkomend geval, zijn vertegenwoordiger in België :

1° een verwerker kiezen die voldoende waarborgen biedt ten aanzien van de technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen met betrekking tot de verwerking;

.../...

- 2° toezien op de naleving van die maatregelen, onder meer door contractuele verplichtingen te bedingen;
- 3° de aansprakelijkheid van de verwerker vastleggen in de overeenkomst die hem jegens de verantwoordelijke voor de verwerker bindt;
- 4° met de verwerker overeenkomen ... en dat de verwerker gehouden is tot dezelfde verplichtingen als die waartoe de verantwoordelijke voor de verwerking met toepassing van paragraaf 3 gehouden is;
- 5° schriftelijk of op een geautomatiseerde drager de in 3° en 4° bedoelde bestanddelen van de overeenkomst vastleggen die betrekking hebben op de bescherming van de gegevens en de vereisten van de in paragraaf 3 bedoelde maatregelen.

§ 2 De verantwoordelijke voor de verwerking of, in voorkomend geval, zijn vertegenwoordiger in België, moet :

- 1° er nauwlettend over waken ... verbeterd of verwijderd;
- 2° ervoor zorgen dat ... behoeften van de dienst;
- 3° de personen die onder zijn gezag handelen, in kennis stellen van de bepalingen van deze wet en van de uitvoeringsbesluiten ervan ... persoonsgegevens gelden;
- 4° zich ervan vergewissen of ... gebruik van wordt gemaakt.

.../...

§ 3 Eenieder ... behoudens op grond van een verplichting door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie."

B) in paragraaf 3 (die paragraaf 4 wordt), ... verder zoals in het ontwerp)."

Artikel 24 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 17

Paragraaf 3

Wat betreft de aangiften van verwerkingen gedaan door journalisten en schrijvers, dient te worden verwezen naar de opmerking gemaakt bij het ontworpen artikel 3, § 3, in fine.

Paragraaf 8

Het wetsontwerp voorziet in een vrijstelling van de aangifte bij de overheid die bevoegd is voor het toezicht op de verwerking, inzonderheid wanneer de verantwoordelijke voor de verwerking een aangestelde voor de gegevensverwerking aanwijst die op onafhankelijke wijze toezicht uitoefent op de toepassing van de wet.

Artikel 18, § 2, van de richtlijn biedt aan de Lid-Staten deze mogelijkheid van - restrictieve - vrijstelling; de toepassing ervan wordt hen evenwel niet opgelegd.

.../...

In de rechtsleer wordt er de nadruk op gelegd dat het noodzakelijk is in de nationale wetgeving de rechtspositie vast te leggen van de "functionarissen voor de gegevensbescherming", om de bewoordingen van de richtlijn te gebruiken, teneinde hun onafhankelijkheid zo goed mogelijk te waarborgen, omdat niet volledig kan worden uitgesloten dat hun situatie, inzonderheid het feit dat zij behoren tot instellingen waar de verwerkingen plaats hebben, die onafhankelijkheid in het gedrang kan brengen (1).

Indien de stellers van het ontwerp of, ruimer gezien, de wetgever, niet in staat zijn nu reeds in het voorontwerp van wet waarborgen voor die effectieve onafhankelijkheid vast te leggen, door precieze regels te bepalen, moeten het concept - en de mogelijkheid van vrijstelling die eruit volgt - worden opgegeven; de Koning machtigen om de materie te regelen, wat zeer onrechtstreeks gebeurt in het ontwerp, is immers niet denkbaar wegens artikel 22, tweede lid, van de Grondwet, en omdat het abnormaal zou zijn

(1) Geciteerde studie, J.T.D.E., 1997, blz. 153, nr. 64 en de verwijzingen 138 tot 140. De auteurs wijzen inzonderheid op het volgende in verband met de Duitse ervaring terzake : "Le délégué à la protection des données ("Datenschutzbeauftragter") bénéficie, en vertu de l'article 36 de la loi fédérale allemande du 20 décembre 1991, d'une protection particulière tendant à renforcer l'efficacité de la fonction. En particulier, dans l'exercice de ses compétences, en matière de protection des données, il ne reçoit d'instruction de personne. Il ne peut être désavantagé en raison de l'accomplissement de sa mission. L'organisation à laquelle il appartient doit l'assister dans l'accomplissement de sa mission et lui garantir l'accès nécessaire aux dossiers. Il est soumis au secret professionnel".

dat de uitvoerende macht de krijtlijnen van die onafhankelijkheid zou uittekenen, terwijl het niet uitgesloten is dat die macht, als verantwoordelijke voor talrijke verwerkingen in de zin van de wet, in haar midden gemachtigden aanwijst.

Bij die fundamentele herziening, die noodzakelijk is om de bovengenoemde redenen, moet, zoals in de richtlijn het geval is, de term "functionaris voor de gegevensbescherming" worden gebruikt, veeleer dan de term "aangestelde voor de gegevensverwerking" (1).

Meer fundamenteel wordt in het ontwerp bepaald dat de aangestelde "toezicht" moet "uitoefenen" op de toepassing van de wet; in de Franse tekst van de richtlijn staat : "assurer"; aan die uitdrukking moet, in zoverre ze recht van initiatief, onafhankelijkheid en aansprakelijkheid impliceert, de voorkeur worden gegeven boven die welke wordt gebruikt in het voorontwerp, en ze moet de wetgever leiden bij het bepalen van de rechtspositie van de functionarissen, met het oog op de doeltreffendheid van dat gedecentraliseerde toezicht (2).

*

(1) In de Franse versie van de richtlijn is er sprake van "le détaché à la protection des données".

(2) In de Nederlandse tekst van de richtlijn is inderdaad sprake van "toezicht uitoefenen". De opdracht van de gemachtigde zou echter aan belang inboeten indien ze beperkt zou zijn tot die wijze van optreden.

.../...

In het tweede lid van dezelfde paragraaf moet, gesteld dat het eerste lid, 2°, behouden blijft, mits het herschreven wordt, voorzien worden in een geschikte regeling inzake mededeling van gegevens voor de in het ontworpen artikel 3, § 3, bedoelde personen (zoals wordt voorgesteld door de Raad van State).

Paragraaf 9

Om praktische redenen behoort de Koning te worden gemachtigd het maximumbedrag van tienduizend frank aan te passen aan de stijging van de kosten van levensonderhoud.

Artikel 25 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 17bis

Krachtens artikel 20 van de richtlijn moet de Koning optreden zodra er "specifieke risico's" bestaan voor de persoonlijke rechten en vrijheden van de betrokkenen. Eraan toevoegen, zoals in het ontwerp geschiedt, dat die risico's "ernstig" moeten zijn om in aanmerking te worden genomen is niet nodig. Het adjectief moet dan ook worden weggelaten.

Hoewel in artikel 20, § 3, van de richtlijn wordt bepaald dat :

.../...

"de Lid-Staten een dergelijk onderzoek ook (kunnen) uitvoeren in het kader van de voorbereiding van een maatregel van het nationale parlement ofwel van een op een dergelijke wettelijke maatregel gebaseerde maatregel waarin de aard van de verwerking is omschreven en passende waarborgen zijn opgenomen",

is de machtiging die aan de Koning wordt verleend om de gevallen van verwerkingen te bepalen die specifieke en ernstige risico's inhouden in strijd met artikel 22 van de Grondwet, dat het aan de wetgever overlaat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer te waarborgen.

Om in overeenstemming te zijn met de richtlijn moeten die beschermingsmaatregelen bovendien uitgevaardigd worden vooraleer de termijn verstrijkt waarbinnen de richtlijn moet zijn omgezet.

Artikel 26 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 18

Er wordt verwezen naar de opmerking die gemaakt is in verband met het ontworpen artikel 3, § 3, in fine.

Volgens de memorie van toelichting zou het vierde lid moeten worden opgeheven, omdat

"het niet duidelijk is op welke wijze de loutere nummering (van de verwerking) op essentiële wijze de bescherming van de betrokkene zou kunnen bevorderen.".

.../...

Uit deze uitleg kan die betrokkene evenwel afleiden dat de verwerking werkelijk is aangegeven, dus dat de uitgangspunten van de controle bestaan. De informatie is dan ook niet overbodig.

Het vierde lid van artikel 18 behoort dan ook te worden gehandhaafd.

Artikel 27 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 19

Er wordt voorgesteld deze bepaling te redigeren als volgt :

"Art. 27 In artikel 19 van dezelfde wet worden de volgende wijzigingen aangebracht :

- 1° de woorden "manuele bestanden" worden vervangen door de woorden ... (voorts zoals in het ontwerp);
- 2° de woorden "houder van het bestand" worden vervangen door de woorden ... (voorts zoals in het ontwerp).".

Artikel 29 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 21

Er wordt voorgesteld deze bepaling te redigeren als volgt :

.../...

"Art. 29 Artikel 21 van dezelfde wet wordt vervangen door de volgende bepaling :

"Art. 21, § 1 Persoonsgegevens die aan een verwerking worden onderworpen na doorgifte ervan naar een land buiten de Europese Unie, 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 ... (voorts zoals in het ontwerp).

§ 2 De Koning stelt, na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en overeenkomstig artikel 25 van richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, de lijst vast van de landen buiten de Europese Unie die geen passend beschermingsniveau waarborgen in de zin van paragraaf 1, tweede lid."".

Artikel 30 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 22

De laatste zin van de ontworpen bepaling wordt uitsluitend ter verduidelijking vermeld. Hij dient te vervallen.

.../...

Er wordt voorgesteld de ontworpen bepaling te redigeren als volgt :

"Art. 22 In afwijking van artikel 21 mag een doorgifte ... passend beschermingsniveau plaatsvinden in één van de volgende gevallen :

- 1° de betrokkene heeft daarvoor zijn ondubbelzinnige toestemming gegeven;
- 2° de doorgifte is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en de verantwoordelijke voor de verwerking of van de op verzoek van de betrokkene genomen maatregelen die de totstandkoming van de overeenkomst voorafgaan;
- 3° de doorgifte is noodzakelijk ... overeenkomst;
- 4° de doorgifte is noodzakelijk of wettelijk verplicht vanwege ... in rechte;
- 5° de doorgifte is noodzakelijk ter vrijwaring ... van de betrokkene;
- 6° de doorgifte geschiedt ... voor raadpleging."

Onverminderd het bepaalde in het vorige lid, kan de Koning, na advies ... levenssfeer, machtiging verlenen voor een doorgifte ... de daaraan verbonden rechten."

.../...

Artikel 31 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 23

In de Franse tekst behoren de woorden "de droit" ingevoegd te worden tussen de woorden "de membres" en de woorden "désignés par" en behoort het woord "abrogés" te worden vervangen door het woord "supprimés".

Artikel 32 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 24

Paragraaf 1

In de nieuwe tekst wordt niet meer bepaald dat het voorzitterschap van de Commissie noodzakelijkerwijs door een magistraat moet worden waargenomen. Artikel 26 (inzonderheid het derde en het vijfde lid ervan) blijft echter ongewijzigd. Uit de verklaringen van de gemachtigde van de minister en van de gemachtigde ambtenaar blijkt dat het principe dat een magistraat het voorzitterschap waarneemt wordt behouden. Het ontwerp behoort dienovereenkomstig te worden aangepast.

Paragraaf 3

In de huidige versie van de Belgische wet en in de ontworpen tekst wordt gesteld dat de leden van de Commissie

.../...

voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer "alle waarborgen (moeten) bieden met het oog op een onafhankelijke uitoefening van hun opdracht (§ 3).

Er wordt ook bepaald dat zij "van niemand onder-richtingen (krijgen)", en dat "zij (niet) van hun mandaat (kunnen) worden ontheven voor meningen die zij uiten of daden die zij stellen bij het vervullen van hun functie" (§ 5). Ze kunnen er echter wel van worden ontheven door de wetgevende vergadering die hen heeft benoemd, indien zij hun ambtelijke plichten niet nakomen of de waardigheid van hun ambt schaden. Teneinde de aldus vereiste en bij de wet geboden waarborgen te verhogen, die in het verlengde liggen van artikel 28, lid 1, tweede alinea, van de richtlijn, krachtens hetwelk de toezichthoudende autoriteiten "de hun opgedragen taken in volledige onafhankelijkheid (vervullen)", zou het nuttig zijn, indien de wet in een aanvullende waarborg zou voorzien, door te bepalen dat het mandaat van zes jaar van de reeds in dienst zijnde leden door de bevoegde Kamer hernieuwd kan worden zonder nieuwe voordracht van de gegadigde door de Ministerraad.

*

Meer in het algemeen kan worden gesteld dat, aangezien een groot aantal verantwoordelijken voor de verwerking, openbare overheden zijn die afhangen van de uitvoerende macht, aangezien de opdrachten van de Commissie met betrekking tot de verwerkingen bedoeld in het ontworpen

.../...

artikel 3, § 4, op gepaste wijze dienen te worden verruimd (zie inzonderheid de artikelen 31 en 32, § 2, tweede lid, van de wet), en aangezien inzake de verwerkingen waarvan sprake in het ontworpen artikel 3, § 3, in een minimaal optreden vanwege de Commissie behoort te worden voorzien, de stellers van het ontwerp en, meer in het bijzonder, de wetgever, zoals reeds is te kennen gegeven, behoren te onderzoeken of niet ten minste een deel van de leden van de Commissie tot dat ambt zou moeten worden benoemd buiten elke voordracht om vanwege de Ministerraad (ongeacht zelfs het geval waarbij het mandaat wordt hernieuwd).

Dat exclusieve recht om voor te dragen dat aan de uitvoerende macht is toevertrouwd en de meerderheidslogica die eraan ten grondslag ligt, zijn immers niet in perfecte overeenstemming met de aard van de voornoemde opdrachten. Het is bekend dat in een soortgelijke context waarbij het Europees Hof voor de rechten van de mens diende na te gaan of de Duitse wetgeving betreffende het af luisteren van telefoongesprekken, de beperkingen opgelegd bij artikel 8, lid 2, van het Verdrag naleefde, dat Hof geoordeeld heeft dat hoewel het instellen van een beroep bij een rechtbank uitgesloten was, het Parlement daarentegen twee controle-instanties had ingesteld waarin ook de oppositie vertegenwoordigd was (1).

*

(1) Arrest KLASS t/B.R.D., van 6 september 1978.

In de memorie van toelichting behoort tevens uitleg te worden verstrekt over de middelen die de Commissie, gelet op de bevoegdheden die haar worden toegekend, ter beschikking zullen worden gesteld met het oog op een goede werking ervan.

Artikel 35 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 32

De inleidende zin van deze bepaling zou als volgt kunnen worden gesteld :

"Art. 35 Artikel 32, § 1, tweede lid, van dezelfde wet wordt vervangen door het volgende lid : ...".

*

Paragraaf 2

In artikel 28, lid 5, van de richtlijn wordt gesteld dat de toezichthoudende autoriteit op gezette tijden een verslag over haar activiteiten opstelt, en dat dit verslag gepubliceerd wordt. Bijgevolg behoort het tweede lid te worden aangevuld door uitdrukkelijk te stellen dat het jaarverslag van de Commissie, dat aan de Kamers wordt medegedeeld, openbaar is.

.../...

Hetzelfde lid zou tevens moeten worden aangevuld met betrekking tot de vraag of de inhoud van het verslag uitdrukkelijk wordt verruimd tot de aangelegenheden die aan de orde worden gesteld door de verwerkingen bedoeld in artikel 3, §§ 3 en 4, van de wet, ingevolge de toepassing van artikel 13, alsook ingevolge de toepassing van artikel 17 (aangevuld).

Het jaarverslag van de Commissie zou aldus als een waardevol werkinstrument kunnen dienen voor het systematisch onderzoek van de gevolgen van de toepassing van de wet.

Gelet op de bewoordingen waarin de nieuwe wet is gesteld, wordt de Commissie dus meer dan ooit tevoren geacht als waarnemingspost en als regulerende factor op te treden op het vlak van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens.

Artikel 37 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 39

Teneinde verwarring te vermijden, wordt voorgesteld de nummering met 1°, 2°, 3° ..., in artikel 37 van het ontwerp te vervangen door de nummering met A), B), C), ...

Aangezien in één van de opsommingen van het ontworpen artikel 39 verschillende wijzigingen worden aangebracht, wordt aanbevolen de gehele tekst van het onderzochte artikel te vervangen.

.../...

Derhalve wordt de volgende redactie voorgesteld :

"Art. 37 In artikel 39 van dezelfde wet worden de volgende wijzigingen aangebracht :

A) de onderdelen 1° tot 4° worden vervangen als volgt :

"1° ... (zoals in het ontwerp);

2° de verantwoordelijke ... buiten de in artikel 5 bepaalde gevallen;

3° de verantwoordelijke voor de verwerking, zijn vertegenwoordiger in België, zijn aangestelde of gemachtigde die gegevens verwerkt heeft in strijd met de artikelen 6, 7 of 8;

4° de verantwoordelijke voor de verwerking, zijn vertegenwoordiger in België, zijn aangestelde of gemachtigde die de in artikel 9 bepaalde verplichtingen niet is nagekomen;"

B) in de onderdelen 5°, 7° en 8° worden de woorden "houder van het bestand" vervangen door de woorden "verantwoordelijke voor de verwerking";

C) onderdeel 9° wordt opgeheven;

D) onderdeel 10° wordt vervangen als volgt :

.../...

"10° de verantwoordelijke voor de verwerking, zijn vertegenwoordiger in België, zijn aangestelde of zijn gemachtigde die, in strijd met artikel 19, weigert de Commissie inlichtingen te verstrekken over een niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of bestemd zijn om daarin te worden opgenomen;"

E) onderdeel 11° wordt opgeheven;

F) onderdeel 12° wordt vervangen als volgt :

"12° hij die persoonsgegevens doorgeeft, doet of laat doorgeven naar een land buiten de Europese Unie dat is opgenomen op de lijst bedoeld in artikel 21, § 2, zonder de in artikel 22 genoemde voorwaarden in acht te hebben genomen;"

Artikel 39 (van het ontwerp)

Ontworpen artikel 44

Derde lid

Zoals reeds is opgemerkt in het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, behoren de woorden "met deze wet en de in uitvoering ervan genomen besluiten" te worden vervangen door de woorden "met deze wet en met de ter uitvoering ervan genomen besluiten".

.../...

Artikel 40 (van het ontwerp)

Deze bepaling wijzigt artikel 25 van de wet betreffende de politie over het wegverkeer.

Er wordt voorgesteld deze bepaling te redigeren als volgt :

"Art. 40 In artikel 25 van de op 16 maart 1968 gecoördineerde wet betreffende de politie over het wegverkeer, opgeheven door de wet van 9 juli 1976, opnieuw opgenomen bij de wet van 18 juli 1990 en gewijzigd bij de wet van 8 december 1992, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

- 1° paragraaf 2 wordt opgeheven;
- 2° in paragraaf 3, eerste lid, en paragraaf 4, eerste en tweede lid, 1°, worden de woorden "houder van het bestand" vervangen door de woorden "verantwoordelijke voor de verwerking".

Artikel 41 (van het ontwerp)

Deze bepaling heft artikel 10 op van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen, dat niet is gewijzigd; in de inleidende zin van artikel 41 van het ontwerp hoeft niet te worden verwezen naar de wijzigingen die de wet van 8 augustus 1983 heeft ondergaan. Er wordt voorgesteld die bepaling te redigeren als volgt :

.../...

"Art. 41 Artikel 10 van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen wordt opgeheven.".

Artikel 42 (van het ontwerp)

Deze bepaling wijzigt de artikelen 1, 14° tot 16°, 68 tot 70, 72 en 101 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet.

Aanbevolen wordt een onderscheiden artikel te wijden aan elk te wijzigen artikel van de wet van 12 juni 1991 en dus de hierna vermelde onderdelen samen te brengen als volgt :

- in een artikel 42, de onderdelen 1° tot 3° van artikel 42 van het ontwerp;
- in een nieuw artikel 43, onderdeel 4°;
- in een nieuw artikel 44, de onderdelen 5° tot 9°;
- in een nieuw artikel 45, de onderdelen 10° tot 12°;
- in een nieuw artikel 46, de onderdelen 13° en 14° en;
- in een nieuw artikel 47, onderdeel 15°.

.../...

Die bepalingen dienen als volgt te worden gesteld :

"Art. 42 Artikel 1, 14°, 15° en 16°, van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, gewijzigd bij de wet van 6 juli 1992, wordt vervangen als volgt :

"14° ... (zoals in het ontwerp);

15° ... (zoals in het ontwerp);

16° ... (zoals in het ontwerp);".

Art. 43 Artikel 68 van dezelfde wet wordt vervangen als volgt :

"Art. 68 ... (zoals in het ontwerp).".

Art. 44 In artikel 69 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 6 juli 1992 en de wet van 4 augustus 1992, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

- a) paragraaf 2 wordt opgeheven;
- b) in de paragrafen 3, eerste lid, 4, derde lid en 6, eerste, derde en vierde lid, worden de woorden "houder van het bestand" vervangen door de woorden "verantwoordelijke voor de verwerking";
- c) paragraaf 4, eerste lid, wordt aangevuld als volgt :

"8° ... (zoals in het ontwerp);".

.../...

Art. 45 In artikel 70 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wetten van 6 juli 1992 en 8 december 1992, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

1° paragraaf 1, eerste lid, wordt vervangen als volgt :

"... (zoals in het ontwerp).";

2° paragraaf 2 wordt vervangen als volgt :

"§ 2 ... (zoals in het ontwerp, met dien verstande dat in het vierde lid het woord "modaliteiten" dient te worden vervangen door de woorden "nadere regelen")";

3° de paragrafen 3 en 4 worden opgeheven.

Art. 46 In artikel 72 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 8 december 1992, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

1° paragraaf 5 wordt vervangen als volgt :

"§ 5 ... (zoals in het ontwerp, met dien verstande dat in het vierde lid, het woord "modaliteiten" dient te worden vervangen door de woorden "nadere regelen")";

2° paragraaf 18 wordt opgeheven.

Art. 47 In artikel 101, § 4, van dezelfde wet, worden de woorden "artikel 70, §§ 2 tot 4," vervangen door de woorden "artikel 70, § 2, ".".

.../...

Artikel 43 (van het ontwerp)
(dat artikel 48 wordt)

Deze bepaling heft de artikelen 4, 5 en 7 op van koninklijk besluit nr. 141 van 30 december 1982 tot oprichting van een databank betreffende de personeelsleden van de overheidssector.

Er wordt voorgesteld deze bepaling te redigeren als volgt :

"Art. 48 In het koninklijk besluit nr. 141 van 30 december 1982 tot oprichting van een databank betreffende de personeelsleden van de overheidssector, worden opgeheven :

- 1° artikel 4, gewijzigd bij de wet van 22 juli 1993;
- 2° de artikelen 5 en 7."

Artikel 44 (van het ontwerp)
(dat de artikelen 49 en 50 wordt)

Deze bepaling wijzigt de artikelen 44 en 45 van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid.

Aanbevolen wordt een afzonderlijk artikel te wijden aan elk van beide artikelen, en die als volgt te redigeren :

.../...

"Art. 49 Artikel 44 van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid, gewijzigd bij de wetten van 8 december 1992 en 29 april 1996, wordt vervangen als volgt :

"Art. 44 ... (zoals in het ontwerp)".

Art. 50 In artikel 45, tweede lid, van dezelfde wet, wordt de laatste zin opgeheven."

Artikel 45 (van het ontwerp)
(dat artikel 51 wordt)

Teneinde elk mogelijk misverstand uit de weg te gaan inzake de omvang van de bevoegdheden van de Koning, die gebonden is door de bewoordingen van artikel 32 van de richtlijn, behoren ook in de wet de in de richtlijn gestelde termijnen te worden vermeld ("... uiterlijk ..."), voor de twee situaties waarop de tekst doelt.

Indien de wetgever oordeelt dat een aantal bepalingen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, dient hij er ook voor te zorgen dat dit duidelijk gesteld wordt in de opdracht van bevoegdheid aan de Koning, opdat de inwerking-treding ervan gelijktijdig kan geschieden.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren

président,
voorzitter,

Y. KREINS,
P. QUERTAINMONT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

P. GOTHOT,
J. van COMPERNOLLE,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

Madame B. VIGNERON,
Mevrouw

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme G. JOTTRAND, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur afdelingshoofd. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. G. JOTTRAND, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J.-J. STRYCKMANS.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J.-J. STRYCKMANS.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

J.-J. STRYCKMANS