



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 61.267/2/AG
du 27 juin 2017

sur

un avant-projet de loi
‘réformant la Commission de
la protection de la vie privée’

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 61.267/2/AV
van 27 juni 2017

over

een voorontwerp van wet ‘tot
hervorming van de Commissie
voor de bescherming van de
persoonlijke levenssfeer’

Le 31 mars 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État à la Lutte contre la fraude sociale, à la Protection de la vie privée et à la Mer du Nord, adjoint à la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé à quarante cinq jours ^(*) et prorogé jusqu'au 29 mai 2017 ^(**), sur un avant projet de loi 'réformant la Commission de la protection de la vie privée'. Par un courriel du 19 mai 2017, le Secrétaire d'État a été avisé de ce que le présent avis lui serait communiqué au plus tard le 30 juin 2017.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 17 mai 2017, le 15 juin 2017 et le 27 juin 2017. À ces deux dernières dates, la chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

L'avant-projet a été examiné par l'assemblée générale le 15 juin 2017. L'assemblée générale était composée de Yves KREINS, premier président du Conseil d'État, Marnix VAN DAMME, Pierre LIÉNARDY, Jo BAERT, Pierre VANDERNOOT, présidents de chambre, Jan SMETS, Martine BAGUET, Wilfried VAN VAERENBERGH, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc DETROUX, Bernard BLERO, Wouter PAS, Wanda VOGEL et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Marc RIGAUX, Michel TISON, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT, Jacques ENGLEBERT et Johan PUT, assesseurs, et Gregory DELANNAY, greffier en chef.

Les rapports ont été présentés par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section, et Tim CORTHAUT, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 juin 2017.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

^(*) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

^(**) Par un courriel du 4 avril 2017.

Op 31 maart 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Bestrijding van de sociale fraude, Privacy en Noordzee, toegevoegd aan de Minister van Sociale Zaken et Volksgezondheid verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen ^(*), verlengd tot 29 mei 2017 ^(**), een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot hervorming van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer'. Bij een e-mail van 19 mei 2017 is de Staatssecretaris ervan op de hoogte gebracht dat dit advies hem uiterlijk op 30 juni 2017 bezorgd zou worden.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 17 mei 2017, 15 juni 2017 en 27 juni 2017. Op beide laatstgenoemde datums was de kamer samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Wanda VOGEL, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Charles-Henri VAN HOVE, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het voorontwerp is door de algemene vergadering onderzocht op 15 juni 2017. De algemene vergadering was samengesteld uit Yves KREINS, eerste voorzitter van de Raad van State, Marnix VAN DAMME, Pierre LIÉNARDY, Jo BAERT, Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitters, Jan SMETS, Martine BAGUET, Wilfried VAN VAERENBERGH, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc DETROUX, Bernard BLERO, Wouter PAS, Wanda VOGEL et Koen MUYLLE, staatsraden, Marc RIGAUX, Michel TISON, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT, Jacques ENGLEBERT en Johan PUT, assessoren, en Gregory DELANNAY, hoofdgriffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd, en Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 juni 2017.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

^(**) Bij e-mail van 4 april 2017.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet ^(*), à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

LA PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

La demande d'avis porte sur un avant-projet de loi 'réformant la Commission de la protection de la vie privée', qui tend en réalité à remplacer cet organisme, en exécution du règlement (EU) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE' (ci-après : le règlement n° 2016/679), par une « Autorité de contrôle des traitements de données à caractère personnel », également appelée dans l'avant-projet de loi, comme dans le présent avis, « Autorité de protection des données ».

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Section I. La compatibilité de l'avant-projet avec les règles de répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions ¹

I. Le contexte européen

Le règlement n° 2016/679 remplacera à partir du 25 mai 2018 ² la directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données'.

Le chapitre VI (articles 51 à 59) de ce règlement est consacré aux « autorités de contrôle indépendantes » que les États membres doivent instituer. Son chapitre VII (articles 60 à 76) porte sur la coopération entre les autorités de contrôle des États membres et sur la cohérence dans l'application du règlement dans l'ensemble de l'Union, l'article 68 prévoyant la création d'un Comité européen de la protection des données.

L'article 51, paragraphes 1 à 3, porte ce qui suit :

« 1. Chaque État membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques indépendantes sont chargées de surveiller l'application du présent règlement, afin de

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

¹ Lorsqu'il est question des communautés et des régions, cela concernera également la Commission communautaire commune et la Commission communautaire française.

² Articles 94, paragraphe 1, et 99, paragraphe 2, du règlement (EU) 2016/679.

protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard du traitement et de faciliter le libre flux des données à caractère personnel au sein de l'Union (ci-après dénommée 'autorité de contrôle').

2. Chaque autorité de contrôle contribue à l'application cohérente du présent règlement dans l'ensemble de l'Union. À cette fin, les autorités de contrôle coopèrent entre elles et avec la Commission conformément au chapitre VII.

3. Lorsqu'un État membre institue plusieurs autorités de contrôle, il désigne celle qui représente ces autorités au comité [européen de la protection des données] et définit le mécanisme permettant de s'assurer du respect, par les autres autorités, des règles relatives au mécanisme de contrôle de la cohérence visé à l'article 63 ».

Le chapitre VI comprend des dispositions directement applicables portant sur leur indépendance, les conditions générales applicables à leurs membres, l'établissement de ces autorités, leurs compétences, la notion et les prérogatives de « l'autorité de contrôle chef de file »³, les missions des autorités de contrôle, leurs pouvoirs et l'obligation d'établir un rapport annuel.

Plusieurs de ces dispositions prévoyant l'intervention des États membres en vue de leur mise en œuvre⁴, les textes directement applicables du règlement devront se combiner avec les textes nationaux pertinents.

II. Les données constitutionnelles dans le contexte du fédéralisme belge

A. La création par le législateur fédéral d'une Autorité de protection des données compétente à l'égard de l'ensemble des opérateurs concernés, indépendamment de la matière traitée

1. L'avant-projet de loi institue une Autorité de protection des données, compétente à l'égard de l'ensemble des opérateurs concernés, indépendamment de la matière traitée ou de l'autorité publique concernée, même si celles-ci relèvent des communautés ou des régions.

2. L'avant-projet devenu la loi du 8 décembre 1992 'relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel' a fait l'objet d'un avis n° 19.679/AG donné le 28 novembre 1990 par l'assemblée générale de la section de législation

³ En vertu de l'article 56, paragraphe 1, du règlement,

« [...] l'autorité de contrôle de l'établissement principal ou de l'établissement unique du responsable du traitement ou du sous-traitant est compétente pour agir en tant qu'autorité de contrôle chef de file concernant le traitement transfrontalier effectué par ce responsable du traitement ou ce sous-traitant, conformément à la procédure prévue à l'article 60 ».

Le « responsable du traitement » et le « sous-traitant » sont définis comme suit par l'article 4, points 7 et 8, du règlement :

« 7) 'responsable du traitement', la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement ; lorsque les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, le responsable du traitement peut être désigné ou les critères spécifiques applicables à sa désignation peuvent être prévus par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre » ;

8) 'sous-traitant', la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement ».

⁴ Voir par exemple les articles 53, paragraphe 1, et 54, paragraphe 1, du règlement n° 2016/679.

du Conseil d'État, antérieurement à l'insertion, le 31 janvier 1994, d'un article 24^{quater} dans la Constitution, devenu l'article 22, portant notamment sur le droit au respect de la vie privée.

S'interrogeant « sur la manière d'articuler la préoccupation de protéger la vie privée et la nécessité de respecter les règles de répartition des compétences entre les pouvoirs publics », l'assemblée générale y a considéré ce qui suit ⁵ :

« Sauf disposition constitutionnelle expresse, les droits et libertés sont placés par la Constitution sous la protection de la loi nationale. Soit qu'une disposition de la Constitution le précise de manière non équivoque et indique notamment que les restrictions au régime des libertés ne peuvent être apportées que dans les cas, les formes ou les conditions prescrits par la loi. Soit que les règles de distribution des compétences réservent la matière au législateur national et ce au titre des compétences résiduelles.

Il est permis de considérer que le principe de la protection, sous toutes ses formes, du droit de la personne physique au respect de la vie privée est implicitement mais indubitablement consacré par la Constitution belge, lorsque celle-ci assure la protection de certains de ses aspects (inviolabilité du domicile privé et inviolabilité du secret des lettres).

Indépendamment des articles 10 et 22 de la Constitution, il faut aussi admettre que l'économie générale et l'esprit de la Constitution veulent que les libertés individuelles profitent indistinctement à tous les 'Belges', fassent l'objet d'une interprétation et d'une mise en œuvre uniformes et, pour ce motif, soient placées sous la protection du législateur national.

Au surplus, il faut observer que, contrairement à ce qui a été fait en matière d'enseignement ou d'emploi des langues, ni la Constitution, ni les lois spéciales de réformes institutionnelles n'ont eu pour objet, ni direct ni indirect, d'ôter tout ou partie des responsabilités du législateur national en matière de protection des droits et libertés ; cette matière est restée nationale.

Il revient donc au législateur national de décider, en toutes matières, y compris celles qui ressortissent à la compétence des Communautés et des Régions, de toutes les mesures qu'il juge nécessaires, voire simplement utiles à la protection de la vie privée contre les atteintes qui y seraient portées par le traitement de données à caractère personnel » ⁶.

3. Ces considérations ne peuvent plus, aujourd'hui, fonder, en elles-mêmes, la compétence du seul législateur fédéral de créer une institution de contrôle des données à caractère personnel au regard du droit au respect de la vie privée, ainsi qu'il résulte des développements qui suivent.

Comme l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État l'a rappelé dans son avis n° 40.689/AG donné le 11 juillet 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 10 mai 2007 'modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le

⁵ Les articles 10 et 22 de la Constitution mentionnés dans cet extrait d'avis correspondent aujourd'hui à ses articles 15 et 29, relatifs à la protection respective du domicile et du secret des lettres, dont on déduisait, avant l'adoption en 1994 de l'article 24^{quater} devenu l'article 22 le consacrant explicitement, le principe de la protection de la vie privée (K. LEMMENS, « Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité », in M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), *Les droits constitutionnels de la Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 910).

⁶ Avis n° 19.679/AG, 28 novembre 1990, *Doc. parl.*, Chambre, 1990-1991, n° 1610/1, pp. 50 et 51.

racisme et la xénophobie', les droits de l'homme ne sont plus considérés comme une matière en soi relevant de la compétence de l'autorité fédérale. La Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État jugent désormais qu'il appartient

« à chaque législateur, dans la limite de ses compétences, de concrétiser les droits fondamentaux définis par des normes supérieures⁷, dans les matières qui lui ont été attribuées »⁸.

Dans son avis n° 48.858/AG du 7 décembre 2010 sur une proposition de loi 'créant une Commission fédérale des droits de l'homme', l'assemblée générale constate ce qui suit :

« Outre les missions de la Commission fédérale des droits de l'homme restant dans le cadre fédéral, la proposition tend à lui confier des compétences relevant des entités fédérées.

Plus spécialement :

– la Commission dispose d'une compétence consultative au profit des 'gouvernements des entités fédérées' et des 'assemblées parlementaires [...] fédérées'⁹ ;

– elle 'veill[e] à l'harmonisation' non seulement des 'lois' mais aussi des 'décrets et ordonnances, des règlements et des pratiques administratives', sans que ces règlements et pratiques soient limités à ceux restant dans l'orbite fédérale, 'avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, auxquels l'État belge est partie, et à leur mise en œuvre effective'¹⁰ ;

– elle 'communique chaque année [...] aux assemblées parlementaires des entités fédérées un rapport sur ses activités'¹¹ »¹².

⁷ Note de bas de page 18 dans l'avis 40.689/AG : Cour d'arbitrage, n° 54/96, 3 octobre 1996, B.9 ; Cour d'arbitrage, n° 124/99, 25 novembre 1999, B.4.4 ; Cour d'arbitrage, n° 124/2000, 29 novembre 2000, B.4.2 ; pour les avis du Conseil d'État, voir notamment l'avis 25.131/VR des 18 novembre [1996] et 13 mai 1997 sur une proposition de décret 'garantissant le droit à la liberté d'information et à la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs' (Doc. parl., Parl. fl., S.E. 1995, n° 82/2) ; avis 28.197/1 donné le 16 février 1999 sur un avant-projet, devenu la loi du 7 mai 1999 'sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale' (Doc. parl., Chambre, 1998-1999, n°s 2057/1 et 2058/1) ; avis 30.462/2, donné le 16 novembre 2000 sur l'avant-projet devenu la loi du 25 février 2003 'tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme' (Doc. parl., Sénat, 1998-1999, n° 1341/1) ; avis 40.469/VR donné le 22 juin 2006 sur un avant-projet de loi 'visant à autoriser l'accès des chiens d'assistance aux lieux ouverts au public' et sur un accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française 'concernant l'accès des chiens d'assistance aux lieux ouverts au public' ; avis 40.620/VR et 40.621/VR donné à la même date sur un avant-projet de décret de la Région wallonne 'relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public' et un avant-projet de décret 'relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public dans les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution'.

⁸ Doc. parl., Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/1, § 8.1, pp. 84 et 85.

⁹ Note de bas de page 24 de l'avis cité : Article 3, a), de la proposition.

¹⁰ Note de bas de page 25 de l'avis cité : Article 3, c), de la proposition.

¹¹ Note de bas de page 26 de l'avis cité : Article 12 de la proposition.

¹² Doc. parl., Chambre, 2010-2011, n° 53-418/2, p. 8.

Se fondant notamment sur son avis n° 40.689/AG précité, l'assemblée générale de la section de législation en a déduit ce qui suit :

« Il n'appartient en conséquence pas au législateur fédéral de créer et d'organiser une institution ayant vocation à interférer, fût-ce partiellement, dans les compétences des entités fédérées.

La section de législation du Conseil d'État a admis – il est vrai – qu'un niveau de pouvoir peut créer des organes consultatifs ne s'inscrivant pas entièrement dans ses compétences, notamment 'sur des aspects présentant à tout le moins des points de convergence avec la compétence d['autres niveaux de pouvoir]', compte tenu du fait qu'il est alors difficile de faire abstraction de la politique menée par ces niveaux de pouvoir dans ces domaines¹³ : '[d]onner un avis n'implique en effet pas l'exercice d'une compétence normative, tandis que, pour exercer ses propres compétences, il peut être utile que l'autorité qui a institué l'organe consultatif soit informée sur certains aspects de matières qui, bien que relevant d'autres autorités, se rapportent néanmoins à des matières ou des aspects de celles-ci qui sont effectivement de sa compétence'.

En l'espèce, la Commission fédérale des droits de l'homme aurait une compétence bien plus large, tendant à influencer l'exercice des compétences fédérales mais aussi de celles des entités fédérées. Ainsi conçue, la proposition porte atteinte à l'autonomie des entités fédérées¹⁴ »¹⁵.

Cette observation a été réitérée dans l'avis n° 52.676/VR donné le 11 février 2013 par les chambres réunies de la section de législation sur un avant-projet devenu la loi du 17 août 2013 'adaptant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en vue de le transformer en un Centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, la protection des droits fondamentaux des étrangers et la lutte contre la traite des êtres humains'¹⁶.

4.1. Les considérations qui précèdent ne signifient pas nécessairement que la création et l'organisation d'une Autorité de protection des données dont les missions s'exerceraient en dehors des seules matières qui ressortissent de la compétence de l'autorité fédérale, échapperaient à la compétence du législateur fédéral.

4.2. Il y a en effet lieu de tenir compte de l'article 22 (ancien article 24^{quater}, inséré le 31 janvier 1994, après l'avis n° 19.679/AG précité du 28 novembre 1990 sur l'avant-projet devenu la loi du 8 décembre 1992) de la Constitution et de l'interprétation qui lui a été donnée par la Cour constitutionnelle quant aux compétences respectives, en la matière, de l'autorité fédérale, des communautés et des régions.

¹³ Note de bas de page 30 de l'avis cité : Avis portant les n°s 39.847/VR et 39.848/VR donné le 8 février 2006 sur des propositions de loi portant création d'un Conseil consultatif fédéral des seniors et instituant un Comité consultatif fédérale pour le secteur des seniors (*Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1027/3, n° 3, p. 2).

¹⁴ Note de bas de page 31 de l'avis cité : En ce sens : l'avis n° 48.892/AG donné ce jour par l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État sur une proposition de loi visant à créer un Centre de promotion de la diversité linguistique (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 435/1).

¹⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-418/2.

¹⁶ *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2859/1, pp. 10 et 11. L'avis a été pris en compte. L'exposé des motifs du projet de loi précise en effet : « le Centre a comme mission de veiller au respect des droits fondamentaux des étrangers, à l'analyse des flux migratoires et à la lutte contre la traite des êtres humains dans les limites des compétences fédérales » (*ibid.*, p. 5).

L'article 22 de la Constitution dispose comme suit :

« 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 ».

L'article 24^{quater}, devenu l'article 22, a été inséré dans la Constitution en 1994, après l'attribution aux communautés du pouvoir d'adopter des décrets et aux régions d'adopter des « règles visées à l'article 134 » de la Constitution, à savoir, selon le cas, des décrets ou des ordonnances. Il s'en déduit que le terme « loi », à l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution, doit être lu comme visant la loi fédérale, et ce d'autant plus si on rapproche cet alinéa 1^{er} de l'alinéa suivant où il est expressément question de « la loi, [du] décret ou [de] la règle visée à l'article 134 ».

4.3. La Cour constitutionnelle est venue préciser l'interprétation de l'article 22 quant à la répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions.

Dans ses arrêts n^{os} 50/2003 et 51/2003 du 30 avril 2003, la Cour a jugé comme suit :

« Sans doute découle-t-il de l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution que seul le législateur fédéral peut déterminer dans quels cas et à quelles conditions le droit au respect de la vie privée et familiale peut être limité, mais cette compétence ne peut raisonnablement concerner que les restrictions générales à ce droit, applicables dans n'importe quelle matière.

En juger autrement signifierait que certaines compétences des communautés et des régions seraient vidées de leur substance. La circonstance qu'une ingérence dans la vie privée et familiale soit la conséquence de la réglementation d'une matière déterminée attribuée au législateur décentral n'affecte pas la compétence de celui-ci »¹⁷.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit :

« [...] Publier des données personnelles d'une manière aussi générale constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 22 de la Constitution et par les dispositions conventionnelles susmentionnées.

Pour qu'une telle ingérence soit admissible, il est requis qu'elle soit nécessaire en vue d'atteindre un but légitime déterminé, ce qui implique notamment qu'un lien raisonnable de proportionnalité doive exister entre les conséquences de la mesure pour la personne concernée et les intérêts de la collectivité.

[...] En outre, le législateur décentral doit avoir égard à l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution, en vertu duquel seul le législateur fédéral peut déterminer dans quels cas et à quelles conditions le droit au respect de la vie privée et familiale peut être limité.

Une ingérence dans la vie privée qui s'inscrit dans la réglementation d'une matière déterminée relève certes du législateur compétent pour régler cette matière, mais le législateur décentral est tenu de respecter la réglementation fédérale générale, qui a valeur de réglementation minimale pour toute matière. En tant que la disposition entreprise vise

¹⁷ C.C., n^o 50/2003, 30 avril 2003, B.8.10 ; n^o 51/2003, 30 avril 2003, B.4.12.

la publication de données personnelles, elle implique que le législateur décréte est tenu par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel »¹⁸.

4.4. La section de législation du Conseil d'État considère de manière générale, indépendamment des questions de répartition des compétences entre les différents niveaux de pouvoir, que la loi du 8 décembre 1992 doit être considérée comme étant la législation de base en matière de protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et que les législations spécifiques en la matière sont tenues de respecter ce cadre.

Ainsi, dans un avis n° 33.285/1 donné le 2 mai 2002 sur un avant-projet devenu la loi du 16 janvier 2003 'portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions', la section de législation du Conseil d'État a émis les considérations suivantes :

« 4.1. Les données visées dans le projet peuvent avoir trait à des personnes physiques. Se pose, dès lors, la question du rapport entre la réglementation en projet et la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 11 décembre 1998, qui a transposé dans le droit interne la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 [...].

La question se pose notamment de savoir si, dans les cas où la Banque-Carrefour des Entreprises enregistre des données relatives à des personnes physiques, l'intention est, le cas échéant, de déroger implicitement aux principes fondamentaux inscrits dans la loi du 8 décembre 1992 susvisée.

En ce qui concerne la relation entre la réglementation en projet et celle contenue dans la loi du 8 décembre 1992, le Conseil d'État, section de législation, attire l'attention sur le fait que la dernière loi a recherché un équilibre, voulu tant par l'article 22 de la Constitution que par un certain nombre de conventions internationales (voyez à cet égard notamment l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

En outre, il peut être déduit des travaux parlementaires relatifs à la loi du 8 décembre 1992 que le législateur d'alors avait une opinion tranchée quant à la relation qui devait exister entre les principes fondamentaux de la future loi du 8 décembre 1992 et d'autres réglementations spécifiques. Ainsi, le ministre de la Justice a-t-il déclaré devant la commission compétente de la Chambre des représentants :

'Le projet pose les principes généraux en matière de protection de la vie privée qui s'imposeront à toutes les banques de données tant du secteur privé que du secteur public [...].

Aussi, cette réglementation pourra-t-elle être encore complétée par des dispositions spécifiques qui ne pourront cependant pas s'écarter de cette législation de base.

Les lois précitées sur la Banque-Carrefour de la sécurité sociale, sur le Registre national, sur le crédit à la consommation en sont des exemples' [...].

¹⁸ C.C., n° 162/2004, 20 octobre 2004, B.5.1 et B.5.2 ; n° 16/2005, 19 janvier 2005, B.5.1 et B.5.2. Dans le même sens, C.C., n° 15/2008, 14 février 2008, B.21.

Dans l'exposé des motifs de la même loi, la question avait déjà été esquissée, en ces termes :

‘Il va de soi toutefois que si les données relatives à des personnes morales contiennent des informations relatives à des personnes physiques (par exemple les noms des administrateurs d'une société, ou des membres d'une association sans but lucratif), ces dernières bénéficieront, à l'égard des données qui les concernent, de la totalité de la protection donnée par la loi' [...] »¹⁹.

Appliquée à l'articulation entre l'organisation du traitement de données à caractère personnel par une entité fédérée et la législation fédérale trouvant sa source dans la loi du 8 décembre 1992, ces considérations ont été transposées comme suit par la section de législation du Conseil d'État, par exemple dans l'avis n° 45.850/3, donné le 10 février 2009 sur un projet devenu l'arrêté du 23 avril 2009 de la Commission communautaire commune ‘relatif à la prophylaxie des maladies transmissibles’ :

« 5. Les articles 4 et 5 du projet, relatifs au traitement de données à caractère personnel, comportent une restriction du droit au respect de la vie privée garanti, notamment, par l'article 22 de la Constitution, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [...]. La répartition des compétences en matière de restrictions du droit au respect de la vie privée est inscrite à l'article 22 de la Constitution. Il ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle²⁰ concernant cet article que le législateur fédéral est compétent pour déterminer les règles générales en matière de restrictions du droit au respect de la vie privée et que dans une matière entrant dans leurs compétences, les communautés et les régions (en l'espèce, la Commission communautaire commune qui exerce ses compétences par voie d'ordonnances) peuvent régler le droit au respect de la vie privée, en tenant compte des règles fixées par le législateur fédéral.

Cela signifie en l'espèce que si la Commission communautaire commune est compétente, sur la base de sa compétence matérielle en matière de politique de santé, pour adopter des dispositions spéciales en ce qui concerne les données à caractère personnel visées dans le projet, elle est toutefois liée, à cet égard, par les dispositions générales de la loi du 8 décembre 1992. Au demeurant, les dispositions de cette loi s'appliquent directement au traitement de données à caractère personnel visé dans le projet, ce qui n'empêche pas que la Commission communautaire commune puisse les remplacer par des règles plus concrètes ou plus strictes²¹.

Il est à noter que la disposition selon laquelle seul le médecin inspecteur d'hygiène ou le professionnel de la santé qu'il désigne peuvent traiter les données à caractère personnel contenues dans les déclarations (article 5, § 1^{er}, alinéa 3, du projet), réitère une règle inscrite à l'article 7, § 4, de la loi du 8 décembre 1992 qui prévoit, toutefois, quelques exceptions (‘sauf dans le cas d'un consentement écrit de la personne concernée ou lorsque le traitement est nécessaire pour la prévention d'un danger concret ou la répression d'une infraction pénale déterminée’). Si l'intention est d'édicter une règle plus

¹⁹ *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 50-2058/001, pp. 104 et 105.

²⁰ *Note de bas de page 2 de l'avis cité* : Cour constitutionnelle, n° 50/2003, 30 avril 2003, B.8.10 ; Cour constitutionnelle, n° 51/2003, 30 avril 2003, B.4.12.

²¹ *Note de bas de page 3 de l'avis cité* : Avis 37.288/3 du 15 juillet 2004 sur un avant-projet devenu le décret du 16 juin 2006 ‘betreffende het gezondheidsinformatiesysteem’ (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2005-2006, n° 531/1, p. 153 et s.).

stricte, la disposition peut être maintenue. S'il s'agit uniquement de paraphraser la règle de la loi du 8 décembre 1992, la disposition doit être omise »²².

5. L'avis donné le 15 juillet 2004 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 16 juin 2006 'betreffende het gezondheidsinformatiesysteem' applique un raisonnement identique s'agissant spécifiquement des compétences dévolues à la Commission de la protection de la vie privée²³. Cet avis a émis en effet les considérations suivantes :

« Terecht gaan de stellers van het ontwerp ervan uit dat de decreetgever geen afbreuk kan doen aan de bevoegdheden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, opgericht bij de wet van 8 december 1992. Ter uitvoering van de richtlijn heeft de federale wetgever een toezichtsorgaan in het leven kunnen roepen, dat een algemene bevoegdheid heeft over alle verwerkingen van persoonsgegevens, ook die welke plaatsvinden in aangelegenheden waarvoor de gemeenschappen en de gewesten bevoegd zijn. Overigens moet opgemerkt worden dat de Commissie uitwisselingen van persoonsgegevens als bedoeld in het ontworpen decreet zal kunnen toetsen aan de bepalingen van dat decreet, al was het maar om te kunnen verifiëren of de gegevens 'rechtmatig' worden verwerkt, in de zin van artikel 4, § 1, 1°, van de wet.

De in het ontwerp bedoelde toezichtscommissie is dus een orgaan dat gedeeltelijk dezelfde bevoegdheden zal uitoefenen als de federale Commissie. Of de bevoegdheden van de toezichtscommissie in alle opzichten beantwoorden aan de vereisten van artikel 28 van de richtlijn, hoeft niet nader onderzocht te worden. Voor de naleving van de richtlijn is het immers voldoende dat de Commissie, die een algemene bevoegdheid heeft, aan die vereisten beantwoordt »²⁴.

6. À la lumière de ces données constitutionnelles et jurisprudentielles et compte tenu des missions dévolues par le règlement n° 2016/679 à l'autorité de contrôle, dans le cadre desquelles la limitation et la garantie du droit au respect de la vie privée sont indissociables, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État estime pouvoir conclure qu'il appartient à l'autorité fédérale, en vertu de sa compétence relative à la réglementation générale portant sur la limitation du droit au respect de la vie privée, d'édicter les règles concernant l'autorité de contrôle chargée de veiller au respect de cette réglementation générale. Ainsi qu'il apparaîtra ci-après, pareille réglementation n'affecte pas la compétence des communautés et des régions.

7.1. Si les entités fédérées, chacune pour ce qui la concerne, adoptent des dispositions pour le traitement des données dans le cadre d'activités qui relèvent de leurs compétences – sachant que les articles 6, paragraphes 2 et 3, 9, paragraphe 4, et 23 du règlement n° 2016/679 permettent l'adoption de dispositifs spécifiques –, elles sont habilitées à créer des autorités de contrôle de ces règles spécifiques.

²² M.B., 3 août 2009, p. 51846.

²³ Cet avis est d'ailleurs cité, à l'appui du raisonnement, dans l'avis n° 45.850/3 du 10 février 2009 reproduit par extrait ci-avant.

²⁴ Avis n° 37.288/3 donné le 15 juillet 2004 sur un avant-projet devenu le décret du 16 juin 2006 'betreffende het gezondheidsinformatiesysteem' (Doc. parl., Parl. fl., 2005-2006, n° 531/1, pp. 153 et s.).

Le règlement n° 2016/679 ne fait en effet pas obstacle à l'existence de plusieurs autorités de contrôle au sein d'un même État membre, ainsi que le confirme en particulier son article 51, paragraphe 1^{er}.

Il est renvoyé sur ce point à ce qui est exposé au point C des présentes observations générales II.

7.2. L'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, de l'avant-projet, dans la mesure où il affirme que l'autorité fédérale de protection des données à caractère personnel « exerce [s]es compétences, missions et pouvoirs indépendamment du droit national applicable au traitement concerné, sur l'ensemble du territoire du Royaume », doit en tout cas être adapté afin de ne pas donner l'impression qu'il est porté atteinte à la compétence des entités fédérées de se doter d'autorités de protection des données à caractère personnel à compétence spécifique, tel qu'indiqué au point 7.1, ci-avant.

Il en va de même de l'article 22, § 1^{er}, 1°, de l'avant-projet, aux termes duquel le centre de connaissances émet des avis sur « toute » question relative aux traitements de données à caractère personnel, et de l'article 34, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, qui dispose que le conseil de réflexion émet des avis sur « tous » sujets relatifs à la protection des données à caractère personnel. Indépendamment de la question de la consultation de l'Autorité de protection des données par les communautés et les régions (voir ci-dessous, point B), cette compétence d'avis peut uniquement porter sur les règles générales relatives à la protection des données à caractère personnel qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale.

8. Les considérations qui précèdent se situent dans la perspective, qui est celle envisagée par l'auteur de l'avant-projet, d'une adoption par le législateur fédéral du dispositif permettant d'assurer le respect de la réglementation générale qu'il peut édicter dans le domaine du traitement de données à caractère personnel.

Compte tenu des considérations qui précèdent quant à la compétence spécifique et complémentaire pouvant être exercée par les entités fédérées en la matière, il est également loisible à l'ensemble des niveaux de pouvoir de conclure sur ces questions un accord de coopération sur la base de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

Dès lors que les dispositions arrêtées dans le cadre d'un tel accord de coopération sont susceptibles d'avoir des effets sur le contenu du dispositif en projet, ainsi que sur les éventuelles initiatives normatives des communautés et des régions en exécution du règlement n° 2016/679, les discussions en vue de la conclusion de cet accord de coopération devraient alors être entamées dans les plus brefs délais, le règlement entrant en application le 25 mai 2018.

B. La consultation de l'Autorité de protection des données par les communautés et les régions

1. En vertu de l'article 22, § 1^{er}, de l'avant-projet,

« [l]e centre de connaissances²⁵ émet soit d'initiative, soit sur demande du Gouvernement, des Chambres législatives, des Gouvernements de communauté ou de région, des Parlements de communauté ou de région, du Collège réuni ou de l'Assemblée réunie [...] :

1° des avis sur toute question relative aux traitements de données à caractère personnel ;

2° des recommandations relatives aux développements sociaux, économiques et technologiques qui peuvent avoir une incidence sur les traitements de données à caractère personnel ».

L'avis est remis en principe dans les soixante jours de la communication à l'Autorité de protection des données des informations nécessaires à cet effet (article 25, § 1^{er}, alinéa 2, de l'avant-projet).

Il résulte de l'article 25, §§ 1^{er}, alinéa 2, seconde phrase, et 2, que cet avis peut être « requis par ou en vertu [notamment] d'un décret ou d'une ordonnance ».

Dans ce cas, ces dispositions prévoient :

– que le délai peut être abrégé par le directeur du centre de connaissances à quinze jours en cas d'urgence spécialement motivée ;

– qu'en cas du non-respect de ces délais, il peut être passé outre à l'exigence de l'avis.

Aux termes de l'article 26, §§ 1^{er}, alinéa 3, et 2, de l'avant-projet,

« § 1^{er}. [...] »

[alinéa 3 :] Le ministre de la Justice et le membre du gouvernement ayant la protection de la vie privée dans ses attributions reçoivent une copie électronique de chaque avis et recommandation.

§ 2. Dans les cas où l'avis de l'Autorité de protection des données est requis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, l'avis doit être publié au Moniteur belge en même temps que l'acte réglementaire auquel il se rapporte.

Les avis et recommandations [de l'Autorité de protection des données] sont publiés sur [son] site internet [...] ».

En vertu de l'article 53 de l'avant-projet,

« [l]e président de l'Autorité de protection des données, ou le cas échéant un des autres membres du comité de direction peut être entendu par les commissions compétentes des Chambres législatives, des Parlements de communauté ou de région, du Collège réuni ou de l'Assemblée réunie [...], à la demande de celles-ci ou de sa propre initiative ».

²⁵ Le centre de connaissances est l'un des cinq « organes » de l'Autorité de protection des données (article 7, 3°, et chapitre II, section 3, comprenant les articles 22 à 26 de l'avant-projet).

2. La question se pose de savoir si ces dispositions sont compatibles avec le principe d'autonomie qui s'applique tant à l'autorité fédérale qu'aux entités fédérées.

3. Dès lors que, conformément à ce qui a été exposé ci-dessus, au point A des présentes observations générales II, l'autorité fédérale est bien compétente pour édicter, sur le plan matériel comme sur le plan procédural, les règles générales relatives aux restrictions admissibles au droit au respect de la vie privée, applicables notamment aux communautés et aux régions et dans les matières qu'elles règlent, il est cohérent de reconnaître la même compétence de l'autorité fédérale pour adopter le dispositif portant sur les fonctions consultatives de l'Autorité de protection des données.

C'est en des termes analogues que l'on peut admettre la possibilité, offerte par l'article 53 de l'avant-projet, à certains organes des entités fédérées d'entendre le président de l'Autorité de protection des données.

4.1. Une autre question concerne les effets des procédures consultatives ouvertes après de l'Autorité de protection des données.

4.2. Elle concerne en premier lieu la publication des avis et des recommandations.

S'agissant de la publication, l'article 26, § 2, énonce ce qui suit :

« Dans les cas où l'avis de l'Autorité de protection des données est requis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, l'avis doit être publié au Moniteur belge en même temps que l'acte réglementaire auquel il se rapporte.

Les avis et les recommandations sont publiés sur le site internet de l'Autorité de protection des données ».

Sur la compatibilité de cette disposition avec l'autonomie organique des communautés et des régions, la question est analogue à celle qui s'est posée pour ce qui concerne la publication des avis donnés par la section de législation du Conseil d'État aux autorités des entités fédérées.

Sur ce point, dès son avis n° 45.646/AG donné le 13 janvier 2009 sur un projet de loi adopté par le Sénat 'modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue de la publication des avis de la section de législation'²⁶, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a exposé ce qui suit :

« [...] nonobstant le fait que les règles relatives à la consultation du Conseil d'État affectent dans une certaine mesure le fonctionnement des organes des communautés et des régions, de même que le législateur fédéral, agissant à la majorité ordinaire, est compétent pour prévoir les cas dans lesquels la section de législation du Conseil d'État doit être consultée et pour organiser le fonctionnement du Conseil d'État²⁷, c'est au même

²⁶ Ce projet de loi était issu d'une proposition de loi 'modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue de la publication des avis de la section de législation' (*Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 4-247/1). Il avait été adopté par le Sénat le 27 novembre 2008 (*Ann.*, Sénat, 27 novembre 2008, n° 4-50, p. 43) et transmis à la Chambre des représentants (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-1630/001).

²⁷ *Note de bas de page 4 de l'avis cité* : Ainsi par exemple, il a déjà été relevé qu'un législateur régional n'est pas compétent pour imposer à son gouvernement l'obligation de consulter la section de législation dans des cas où

législateur, agissant à la même majorité, qu'il revient de régler l'ensemble des questions touchant à la consultation de la section de législation (par exemple les conditions de sa saisine, les délais, les modalités de fonctionnement de la section de législation, etc.), en ce compris l'énoncé de la règle de la publicité des avis émis et des conditions dans lesquelles cette publicité est assurée, même lorsque l'autorité qui consulte la section de législation est une autorité d'une communauté ou d'une région »²⁸.

Ces considérations, reproduites dans l'avis n° 57.689/AG donné le 6 octobre 2015, toujours par l'assemblée générale de la section de législation, sur une proposition devenue la loi du 16 août 2016 'modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue de la publication des avis de la section de législation', ont été confirmées à cette occasion²⁹.

Elles valent également, *mutatis mutandis*, pour l'article 26, § 2, de l'avant-projet à l'examen, qui ne suscite donc aucune objection de compétence.

4.3. Il résulte également de ce qui précède et notamment des avis n°s 45.646/AG et 57.689/AG mentionnés ci-avant que les autres questions touchant à la consultation de l'autorité de protection des données, comme par exemple les conditions de sa saisine ou les délais, relèvent en principe également de l'autorité fédérale.

En conséquence, les dispositions de l'article 25 de l'avant-projet relatives aux délais dans lesquels l'avis doit être donné par l'autorité de protection des données sont admissibles, même lorsque ces délais s'appliquent aux consultations sollicitées par les entités fédérées. Ces dispositions sont le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, première phrase (délai de principe de soixante jours), de l'article 25, la seconde phrase de cet alinéa (possibilité de réduction du délai à quinze jours dans les cas d'urgence spécialement motivés lorsque l'avis est requis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance) et le paragraphe 2 de l'article 25 (possibilité de passer outre à l'exigence d'avis lorsque le délai n'a pas été respecté), cette dernière disposition contribuant même à une correcte articulation entre la compétence fédérale d'organiser l'Autorité de protection des données et celles des entités fédérées dans les matières pour lesquelles l'avis de cette Autorité est sollicité.

l'urgence visée à l'article 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État est établie, ou pour régler l'étendue de la saisine de la section de législation, ces questions relevant de la compétence exclusive du législateur fédéral (avis n° 37.741/2/4, donné les 10 et 16 novembre 2004 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 3 février 2005 de relance économique et de simplification administrative, *Doc. parl.*, Parl. wall., 2004-2005, n° 74/1, p. 71).

²⁸ Avis n° 45.646/AG donné le 13 janvier 2009 par l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État sur un projet de loi 'modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue de la publication des avis de la section de législation' (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-1630/002, p. 4 et 5).

²⁹ *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-682/2, § 7, pp. 6 et 7. L'assemblée générale de la section de législation a même admis dans cet avis « pouvoir conclure de manière plus certaine à la compétence du législateur fédéral agissant à la majorité ordinaire [note n° 21 de l'avis cité : Dès lors que, dans la matière considérée, l'article 160 de la Constitution ne requiert pas de majorité spéciale pour sa mise en œuvre], au titre de sa compétence exclusive de régler la compétence, l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'État conformément à l'article 160 de la Constitution, pour régler la publicité intégrale des textes des communautés et régions sur lesquels ont été donnés des avis eux-mêmes destinés à être publiés, dès lors toutefois que cette publicité intégrale ne concerne que les textes législatifs déposés à l'état de projet ou de proposition devant le Parlement et les textes réglementaires adoptés et publiés au *Moniteur belge* [Note de bas de page 22 de l'avis cité : À savoir les textes dits 'aboutis' (voir l'observation 16)] » (*ibid.*, § 11, pp. 13 et 14).

4.4. Quant à la communication systématique d'« une copie électronique de chaque avis et recommandation » au « ministre de la Justice et [au] membre du gouvernement ayant la protection de la vie privée dans ses attributions », exigée par l'article 26, § 1^{er}, alinéa 3, de l'avant-projet, elle ne paraît pas compatible avec l'autonomie des entités fédérées.

Il n'appartient en effet pas à l'autorité fédérale d'imposer la communication de tout avis et recommandation donnés à une entité fédérée non seulement au membre du Gouvernement de cette entité qui a la protection de la vie privée dans ses attributions mais aussi au ministre fédéral de la Justice.

Même si cette disposition est lue comme ne prescrivant la communication en question qu'au ministre du Gouvernement concerné qui a la protection de la vie privée dans ses attributions (c'est-à-dire respectivement au seul ministre fédéral de la Justice lorsque l'avis est donné à une autorité fédérale et au seul ministre ayant, dans chaque gouvernement d'entité fédérée, la protection de la vie privée dans ses attributions lorsque l'avis est donné à une autorité relevant de cette entité fédérée), il y a également lieu de conclure à un excès de compétence, la loi fédérale n'ayant pas à régler, même sur ce point, l'organisation des gouvernements des entités fédérées et les attributions de leurs membres.

Il conviendrait en tout état de cause de clarifier la rédaction de l'article 26, § 1^{er}, alinéa 3, de l'avant-projet de manière à en écarter toute difficulté d'interprétation quant à sa portée.

C. L'articulation des missions de l'Autorité de protection des données avec celles d'organismes analogues constitués au sein des communautés et des régions

Il résulte de l'article 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet que ce sont l'ensemble des « compétences, missions et pouvoirs dévol[us] à l'autorité de contrôle par le Règlement 2016/679 » qui sont octroyés à l'autorité de protection des données.

Toutefois, ainsi qu'il a été exposé plus haut, dans la partie II, A, des présentes observations générales, la compétence fédérale en la matière présente un caractère général sans toutefois faire obstacle à ce qu'à titre spécifique et complémentaire, des autorités de contrôle au sens du règlement n° 2016/679 soient créées aux niveaux communautaire et régional dans le cadre des restrictions que les entités fédérées apportent au droit au respect de la vie privée.

Le règlement ne s'oppose pas à l'éventuelle coexistence d'autorités de contrôle au sein d'un même État, son article 51, paragraphe 1, prenant en compte cette hypothèse mais sous la réserve du respect des conditions émises par les paragraphes 2 et 3 de ce même article 51, ainsi rédigés :

« 2. Chaque autorité de contrôle contribue à l'application cohérente du présent règlement dans l'ensemble de l'Union. À cette fin, les autorités de contrôle coopèrent entre elles et avec la Commission conformément au chapitre VII.

3. Lorsqu'un État membre institue plusieurs autorités de contrôle, il désigne celle qui représente ces autorités au comité [européen de la protection des données] et définit le

mécanisme permettant de s'assurer du respect, par les autres autorités, des règles relatives au mécanisme de contrôle de la cohérence visé à l'article 63 ».

Dans le même ordre d'idées, les articles 57, paragraphe 1^{er}, g), et 61, paragraphe 1^{er}, du règlement n° 2016/679 disposent ce qui suit :

Art. 57, paragraphe 1, g) : « Sans préjudice des autres missions prévues au titre du présent règlement, chaque autorité de contrôle, sur son territoire :

[...]

g) coopère avec d'autres autorités de contrôle, y compris en partageant des informations, et fournit une assistance mutuelle dans ce cadre en vue d'assurer une application cohérente du présent règlement et des mesures prises pour en assurer le respect ».

Art. 61, paragraphe 1 : « Les autorités de contrôle se communiquent les informations utiles et se prêtent mutuellement assistance en vue de mettre en œuvre et d'appliquer le présent règlement de façon cohérente, et mettent en place des mesures pour coopérer efficacement ».

Sur ces questions, le considérant 119 du préambule du règlement expose que,

« [l]orsqu'un État membre met en place plusieurs autorités de contrôle, il devrait établir par la loi des dispositifs garantissant la participation effective de ces autorités au mécanisme de contrôle de la cohérence. Il devrait en particulier désigner l'autorité qui sert de point de contact unique ».

En conclusion sur ce point, dans l'hypothèse où des autorités de contrôle au sens du règlement n° 2016/679 sont créées aux niveaux communautaire et régional, les mécanismes de coopération requis par le droit européen, tendant notamment à l'organisation de la cohérence voulue, devraient être mis en œuvre par un accord de coopération conclu entre les différents niveaux de pouvoir concernés sur la base de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980.

Il est également renvoyé à ce sujet au point A, 8, des présentes observations générales (section I, II).

Section II. La nature – juridictionnelle ou non – de la « chambre contentieuse »

1. L'un des cinq organes que comprend l'Autorité de Protection des Données établie par le dispositif en projet est la « chambre contentieuse » (article 7, 5°, de l'avant-projet).

La question se pose de la nature – juridictionnelle ou non – de l'organe ainsi créé.

2. La jurisprudence convergente de la Cour de cassation³⁰, du Conseil d'État³¹ et de la Cour constitutionnelle³² conduit à devoir trancher cette question en prenant prioritairement en

³⁰ Cass., 11 janvier 2011, C000721F, précédé des conclusions de l'Avocat général Henkes.

³¹ J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, vol. 2, pp. 1390 et s. Voir ainsi, s'agissant de la qualification de la Commission de recours contre les refus d'inscription instituée au sein de l'ARES par l'article 97 du décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement supérieur et

considération la volonté clairement exprimée par le législateur – dans le dispositif lui-même ou dans ses travaux préparatoires – quant à la nature de l'organe concerné.

À défaut que ce critère puisse conduire à l'une ou l'autre conclusion, la nature juridictionnelle ou non de cet organe sera alors déduite de la mise en œuvre combinée de critères organiques, matériels et formels tenant aux garanties d'indépendance et d'impartialité ménagées au profit de ceux qui y siègent, à la mission qui leur est confiée, à la procédure menée devant eux (caractère contradictoire des débats, obligation spécifique de motivation, etc.) ou encore à l'autorité particulière des décisions rendues et à la nature des recours ouverts à leur rencontre.

3. L'examen de l'avant-projet et de l'exposé des motifs y attenant ne révèle pas en toute clarté l'intention de son auteur quant à la question de savoir si la « chambre contentieuse » instituée au sein de l'Autorité de protection des données devrait être considérée comme une autorité administrative ou une juridiction administrative.

L'article 31 de l'avant-projet qualifie en effet la chambre contentieuse d'« organe juridique administratif de l'Autorité de protection des données » (« administratief rechtsorgaan van de Gegevensbeschermingsautoriteit »). Ainsi que le relève la Commission de la protection de la vie privée dans son avis n° 21/2017 donné le 3 mai 2017 sur l'avant-projet, cette qualification est peu claire³³, étant en l'occurrence susceptible de désigner équivalement une « juridiction administrative » ou une « autorité administrative ».

L'exposé des motifs opère un rapprochement entre la « chambre contentieuse » ainsi instituée et ce qu'il qualifie d'« autorités administratives indépendantes », citant notamment le « Collège de la concurrence » institué par la loi du 3 avril 2013³⁴. L'auteur de l'avant-projet, au-delà de ce rapprochement, ne qualifie cependant jamais expressément la « chambre contentieuse » elle-même d'« autorité administrative ». Au demeurant, le dispositif de l'avant-projet utilise, pour mettre en place cette chambre et en décrire les pouvoirs et le fonctionnement, un vocabulaire emprunté au droit processuel. Les membres de cette chambre reçoivent l'appellation très explicite de « juges » (article 32, §§ 1^{er} et 2, de l'avant-projet). Il est également question de « greffe » (article 33 de l'avant-projet), de « comparution des parties » (article 92, alinéa 2, de l'avant-projet), de « conclusions » (article 100, § 1^{er}, de l'avant-projet), de « non-lieu » (article 102, 2°, de l'avant-projet), d'« astreintes » (article 102, 13°, de l'avant-projet) ou encore de décision « exécutoire par provision » (article 110, alinéa 2, de l'avant-projet). L'article 102, 14°, de l'avant-projet prévoit par contre que la chambre contentieuse peut infliger des « amendes administratives », ce qui supposerait par définition qu'elle soit elle-même une autorité administrative.

Il appartient par conséquent à l'auteur de l'avant-projet de clarifier son intention et d'adapter celui-ci de manière à le rendre parfaitement congruent vis-à-vis de la nature

l'organisation académique des études' (avant sa modification par décret du 16 juin 2016), C.E., n° 233.840, 16 février 2016.

³² Voir par exemple, C.C., n° 81/2008, 27 mai 2008, B.18.3.

³³ Paragraphe 48.

³⁴ Exposé des motifs, p. 5, *sub art.* 3 ; p. 10, *sub art.* 7 ; p. 21, *sub art.* 31 ; p. 48, *sub art.* 95 ; p. 49, *sub art.* 99.

– juridictionnelle ou non – qu'il décidera d'assigner à la chambre contentieuse ainsi créée. Ainsi s'indiquera-t-il par exemple, si la nature d'« autorité administrative » est finalement retenue, de ne plus désigner les membres de cette chambre sous la qualification trompeuse de « juges » et de clarifier en conséquence l'applicabilité auxdits membres des dispositifs de l'avant-projet qui concernent les autres personnes appelées à composer l'Autorité de protection des données.

4. La section de législation du Conseil d'État constate que, dans l'optique du règlement n° 2016/679, l'Autorité de protection des données à mettre en place semble davantage relever de la catégorie des « autorités administratives »³⁵ et s'accommoderait plus difficilement du statut de « juridiction ». Celui-ci commanderait de surcroît, eu égard aux exigences de la Constitution³⁶ et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, que de très substantielles modifications soient apportées à la conception générale de l'avant-projet³⁷.

5. À supposer que soit privilégiée l'option consistant à faire de la chambre contentieuse une « autorité administrative », l'avant-projet devra encore prévoir, au-delà des adaptations nécessaires pour en assurer l'univocité et la cohérence, les deux modifications suivantes.

La première modification concerne les recours ouverts à l'encontre des décisions prises par le service d'inspection.

L'article 68 de l'avant-projet donne en effet à ce service la compétence de prendre toute une série de mesures provisoires, telle la suspension, la limitation ou le gel temporaire de traitement des données. L'article 88 lui confère, quant à lui, le pouvoir d'ordonner la mise sous scellés ou la saisie d'objets, de documents ou de supports pendant 72 heures au maximum sans autorisation d'un juge d'instruction. Les articles 69 et 89 de l'avant-projet ouvrent un recours contre ces mesures limitatives de droits et libertés devant la chambre contentieuse. S'il doit être conclu que cette chambre contentieuse n'est pas une juridiction, mais une autorité administrative,

³⁵ Les articles 58, paragraphe 4, et 83 du règlement n° 2016/679 partent du postulat que l'autorité à mettre en place est une autorité administrative, raison pour laquelle ils prévoient que ses décisions doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. La nature juridictionnelle de l'autorité nationale de contrôle s'accommoderait mal, par ailleurs, des obligations de coopération mise à sa charge par l'article 60 du règlement.

³⁶ Eu égard à son caractère à ce stade hypothétique, la section de législation du Conseil d'État ne se prononcera pas sur la question de savoir si les compétences que le projet entend confier à la chambre contentieuse relèvent pour partie du contentieux portant sur des « droits civils », en sorte que, conformément à l'article 144, alinéa 1^{er}, de la Constitution, les seules juridictions susceptibles d'en connaître seraient les cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire.

³⁷ Si la chambre contentieuse devait être finalement considérée comme une « juridiction », il ne serait pas conforme aux articles 146 de la Constitution et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme de déléguer à l'Autorité de protection des données elle-même le soin de régler des aspects essentiels de son fonctionnement (comp. pourtant avec les articles 11 et 32, § 3, de l'avant-projet), qui devraient en effet être réglés par la loi elle-même : voir en effet l'avis n° 51.130/AV donné les 19 avril et 22 mai 2012 sur une proposition devenue le décret de la Région flamande du 6 juillet 2012 'houdende wijziging van diverse bepalingen van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, wat de Raad voor Vergunningsbetwistingen betreft', observation 6.2, ainsi que l'avis n° 53.000/AG donné le 22 avril 2013 sur un avant-projet devenu la loi du 1^{er} décembre 2013 'modifiant les arrondissements judiciaires', observation 6.2 et références citées. Il n'est par ailleurs pas conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'un juge puisse être révoqué sans que cette décision ne puisse faire l'objet d'un contrôle par une autorité indépendante des pouvoirs exécutif et législatif (comp. pourtant avec l'article 44, § 1^{er}, alinéa 1^{er} du projet) : voir en effet Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Baka c. Hongrie* du 23 juin 2016, § 121.

se pose alors la question de la conformité du système mis en place avec ce qu'exige l'article 58, paragraphe 4, du règlement n° 2016/679. Celui-ci, en effet, prévoit que

« [l']exercice des pouvoirs conférés à l'autorité de contrôle en application du présent article est subordonné à des garanties appropriées, y compris le droit à un recours juridictionnel effectif et à une procédure régulière [...] ».

L'article 110 de l'avant-projet prévoit certes un recours contre les décisions de la chambre contentieuse devant la Cour des Marchés mais ne précise pas si les « décisions » dont question sont uniquement celles que visent les articles 102 et 103 de l'avant-projet ou incluent également celles que la chambre contentieuse est appelée à prendre sur la base des articles 69 et 89 précités dans le cadre d'un « recours » contre les mesures ordonnées par le service d'inspection. L'avant-projet doit être clarifié sur ce point. Il s'impose par ailleurs de veiller à ce que le recours juridictionnel ainsi offert présente les garanties d'une célérité de traitement suffisante, faute de quoi, compte tenu de la nature des mesures en cause, il ne pourra être considéré comme « effectif ».

La seconde modification à opérer est celle que commande la mise en œuvre des principes dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Schrems*³⁸. La Cour de justice étant seule compétente pour se prononcer sur la validité des instruments de l'Union, elle exige que, si, lors de l'examen d'une plainte, l'autorité de contrôle a des doutes quant à la validité de décisions d'adéquation de la Commission européenne³⁹, cette question puisse être soumise rapidement à la Cour, écartant ainsi l'autonomie procédurale dont jouissent normalement les États membres dans la mise en œuvre du droit européen :

« 59. Une demande, au sens de l'article 28, paragraphe 4, de la directive 95/46, par laquelle une personne dont les données à caractère personnel ont été ou pourraient être transférées vers un pays tiers fait valoir, comme dans l'affaire au principal, que le droit et les pratiques de ce pays n'assurent pas, nonobstant ce qu'a constaté la Commission dans une décision adoptée au titre de l'article 25, paragraphe 6, de cette directive, un niveau de protection adéquat, doit être comprise comme portant, en substance, sur la compatibilité de cette décision avec la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes.

60. À cet égard, il convient de rappeler la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle l'Union est une Union de droit dans laquelle tout acte de ses institutions est soumis au contrôle de la conformité avec, notamment, les traités, les principes généraux du droit ainsi que les droits fondamentaux (voir, en ce sens, arrêts Commission e.a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, EU:C:2013:518, point 66 ; Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil, C-583/11 P, EU:C:2013:625, point 91, ainsi que Telefónica/Commission, C-274/12 P, EU:C:2013:852, point 56). Les décisions de la Commission adoptées au titre de l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46 ne sauraient donc échapper à un tel contrôle.

61. Cela étant, la Cour est seule compétente pour constater l'invalidité d'un acte de l'Union, tel qu'une décision de la Commission adoptée au titre de l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46, le caractère exclusif de cette compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de

³⁸ C.J.U.E., C-362/14, 6 octobre 2015.

³⁹ Voir l'article 45 du règlement n° 2016/679.

l'Union (voir arrêts Melki et Abdeli, C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363, point 54, ainsi que CIVAD, C-533/10, EU:C:2012:347, point 40).

62. Si les juridictions nationales sont, certes, en droit d'examiner la validité d'un acte de l'Union, tel qu'une décision de la Commission adoptée au titre de l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46, elles ne sont toutefois pas dotées de la compétence pour constater elles-mêmes l'invalidité d'un tel acte (voir, en ce sens, arrêts Foto-Frost, 314/85, EU:C:1987:452, points 15 à 20, ainsi que IATA et ELFAA, C-344/04, EU:C:2006:10, point 27). *A fortiori*, lors de l'examen d'une demande, au sens de l'article 28, paragraphe 4, de cette directive, portant sur la compatibilité d'une décision de la Commission adoptée au titre de l'article 25, paragraphe 6, de ladite directive avec la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, les autorités nationales de contrôle ne sont pas en droit de constater elles-mêmes l'invalidité d'une telle décision.

63. Eu égard à ces considérations, lorsqu'une personne, dont les données à caractère personnel ont été ou pourraient être transférées vers un pays tiers ayant fait l'objet d'une décision de la Commission au titre de l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46, saisit une autorité nationale de contrôle d'une demande relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de ces données et conteste, à l'occasion de cette demande, comme dans l'affaire au principal, la compatibilité de cette décision avec la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, il incombe à cette autorité d'examiner ladite demande avec toute la diligence requise.

64. Dans l'hypothèse où ladite autorité parvient à la conclusion que les éléments avancés au soutien d'une telle demande sont dépourvus de fondement et rejette, de ce fait, cette dernière, la personne ayant introduit ladite demande doit, ainsi qu'il résulte de l'article 28, paragraphe 3, second alinéa, de la directive 95/46, lu à la lumière de l'article 47 de la Charte, avoir accès aux voies de recours juridictionnelles lui permettant de contester une telle décision lui faisant grief devant les juridictions nationales. Eu égard à la jurisprudence citée aux points 61 et 62 du présent arrêt, ces juridictions sont tenues de surseoir à statuer et de saisir la Cour d'une procédure de renvoi préjudiciel en appréciation de validité lorsqu'elles considèrent qu'un ou plusieurs moyens d'invalidité avancés par les parties ou, le cas échéant, soulevés d'office sont fondés (voir, en ce sens, arrêt T & L Sugars et Sidul Açúcares/Commission, C-456/13 P, EU:C:2015:284, point 48 et jurisprudence citée).

65. Dans l'hypothèse contraire, où ladite autorité estime fondés les griefs avancés par la personne l'ayant saisie d'une demande relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de ses données à caractère personnel, cette même autorité doit, conformément à l'article 28, paragraphe 3, premier alinéa, troisième tiret, de la directive 95/46, lu à la lumière notamment de l'article 8, paragraphe 3, de la Charte, pouvoir ester en justice. À cet égard, il incombe au législateur national de prévoir des voies de recours permettant à l'autorité nationale de contrôle concernée de faire valoir les griefs qu'elle estime fondés devant les juridictions nationales afin que ces dernières procèdent, si elles partagent les doutes de cette autorité quant à la validité de la décision de la Commission, à un renvoi préjudiciel aux fins de l'examen de la validité de cette décision »⁴⁰.

S'il est conclu que la chambre contentieuse ne constitue pas une « juridiction », mais bien une autorité administrative, il ne lui sera pas possible de soumettre elle-même une

⁴⁰ C.J.U.E., *Schrems*, C-362/14, 6 octobre 2015.

question préjudicielle en validité à la Cour de justice sur le fondement de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴¹. Il s'imposerait alors d'instaurer une autre procédure s'inscrivant dans le prolongement du point 65 de l'arrêt *Schrems* précité, « afin que [les juridictions concernées] procèdent, si elles partagent les doutes de cette autorité quant à la validité de la décision de la Commission, à un renvoi préjudiciel aux fins de l'examen de la validité de cette décision ».

Section III. Les difficultés posées par l'avant-projet quant à son insertion dans la législation existante et quant aux garanties à apporter en matière de droit au respect de la vie privée

1. L'article 4 de l'avant-projet prévoit que l'« Autorité de protection des données » « assume les compétences, missions et pouvoirs dévol[u]s à l'autorité de contrôle par le Règlement 2016/679 ».

Quant à l'article 111 de l'avant-projet, il tend à abroger les chapitres VII et VIIbis de la loi du 8 décembre 1992, à savoir les dispositions tendant à instituer respectivement la Commission de la protection de la vie privée et les comités sectoriels. Enfin l'article 114, alinéa 2, érige l'« Autorité de protection des données » « en tant que successeur en droit de la Commission de la protection de la vie privée » et prévoit que cette Autorité « peut [...] poursuivre le traitement des plaintes ou demandes selon la procédure applicable avant l'entrée en vigueur de la présente loi ».

Le règlement n° 2016/679 a toutefois un champ d'application matériel plus étroit que celui de la loi du 8 décembre 1992. L'article 2, paragraphes 1 et 2, du règlement définit en effet son champ d'application matériel comme suit :

« 1. Le présent règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier.

2. Le présent règlement ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel effectué :

a) dans le cadre d'une activité qui ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union ;

b) par les États membres dans le cadre d'activités qui relèvent du champ d'application du chapitre 2 du titre V du traité sur l'Union européenne ;

c) par une personne physique dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique ;

d) par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre des menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces ».

⁴¹ Pour un aperçu de la jurisprudence de la Cour de Justice relative à la notion de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE et le raisonnement sous-jacent, voir K. LENAERTS, I. MASELIS, et K. GUTMAN ; J.T. Nowak (éd.), *EU Procedural Law*, Oxford, OUP, 2014, 3.08 et s.

2. Mise à part l'exclusion d'application reprise sous le paragraphe 2, c), ci-dessus, la loi du 8 décembre 1992, même si elle prévoit que certaines dispositions matérielles ne sont pas applicables à certains traitements de données visés, en tout ou en partie, sous le paragraphe 2, b) et d), n'exclut en tout cas pas de la compétence de la Commission de la protection de la vie privée, les traitements de données à caractère personnel visés sous le paragraphe 2, a) ⁴², b) et d).

Interrogée sur la question de savoir s'il ne faudrait pas étendre les compétences de l'« Autorité de protection des données » aux matières qui relèvent de la loi du 8 décembre 1992 sans relever du règlement, ainsi que le permet l'article 58, paragraphe 6, du règlement ⁴³, la déléguée du Secrétaire d'État a répondu ce qui suit :

« Ce projet de loi ne vise que de réformer la Commission vie privée pour pouvoir répondre aux exigences du GDPR. Le champ d'application de la loi vie privée actuelle et plus particulièrement son article 3 sera traité dans le cadre d'une prochaine initiative législative. En effet, nous sommes en train de rédiger un projet de loi-cadre qui devra substituer la loi vie privée afin de pouvoir y intégrer le champ d'application non-prévu par le GDPR ainsi que de transposer la directive 2016/680. Dans ce contexte les compétences de l'Autorité de protection de données seront encore étendues pour couvrir certaines parties de ce champ d'application ».

3. Il ne se justifie pas de séparer dans deux projets distincts des dispositions qui sont intrinsèquement liées. En effet, même pour les seuls traitements de données entrant dans le champ d'application du règlement n° 2016/679, la substitution de l'« Autorité de protection des données » à la Commission de la protection de la vie privée ne peut se concevoir en l'absence de modifications concomitantes d'autres dispositions de la loi du 8 décembre 1992 qui font également référence à la Commission de la protection de la vie privée (par exemple l'article 13) ou confèrent à d'autres autorités des pouvoirs et compétences en tout ou partie identiques à ceux dont sera investie l'Autorité de protection des données. Ainsi en va-t-il particulièrement s'agissant du président du tribunal de première instance statuant dans le cadre de l'action en cessation visée par l'article 14 de la loi du 8 décembre 1992.

⁴² Il est vrai que la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données' excluait également de son champ d'application les traitements de données effectués pour l'exercice d'activités qui ne relevaient pas du champ d'application du droit communautaire, mais dans son arrêt *Lindqvist* (C-101/01 du 6 novembre 2003), la Cour de justice de l'Union européenne a donné une interprétation particulièrement restrictive de la notion d'« activités ne relevant pas du champ d'application du droit communautaire » (voir spécialement les paragraphes 37 à 45 de cet arrêt). Même si, malgré le changement de fondement juridique de la législation européenne (l'article 114 TFUE pour la directive 95/46/CE et l'article 16 TFUE pour le règlement n° 2016/679), la Cour de justice devait donner une interprétation tout aussi restrictive de l'article 2, paragraphe 2, a), il subsistera malgré tout des traitements de données effectués en dehors du champ d'application de ce règlement, et pour lequel il appartient au législateur de prévoir des dispositions matérielles, procédurales et institutionnelles de réglementation de ces traitements de données qui constituent des restrictions au droit au respect de la vie privée consacré par l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁴³ Voir également l'article 41, paragraphe 3, de la directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil', qui dispose : « 3. Les États membres peuvent prévoir qu'une autorité de contrôle instituée au titre du règlement (UE) 2016/679 est l'autorité de contrôle visée dans la présente directive et prend en charge les missions de l'autorité de contrôle devant être instituée en vertu du paragraphe 1 du présent article ».

La méthode suivie, à supposer même que les deux projets de loi soient déposés simultanément à la Chambre des représentants en vue de leur examen conjoint et que les lois finalement adoptées prévoient une entrée en vigueur simultanée ⁴⁴, prive en tout cas la section de législation du Conseil d'État de la possibilité d'apprécier la cohérence et la complétude de la législation envisagée pour assurer à la fois l'application du règlement n° 2016/679 et la prise en compte correcte du droit au respect de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel qui échappent au champ d'application de ce règlement.

La loi en projet doit également modifier les dispositions qui, dans d'autres législations que la loi du 8 décembre 1992, confient actuellement des missions à la Commission de la protection de la vie privée.

* * *

Ainsi que le révèle notamment la lecture de l'avis n° 21/2017 donné d'initiative le 3 mai 2017 par la Commission de la protection de la vie privée sur l'avant-projet à l'examen, celui-ci soulève, outre les questions traitées dans les observations générales qui précèdent, de nombreuses autres difficultés, portant notamment sur sa compatibilité et son articulation avec le règlement n° 2016/679, sur la clarté du dispositif, sur l'indépendance de l'organisme, sur la prise en considération de l'interdiction de principe de reproduire des règles figurant déjà dans le règlement européen en raison de son caractère directement applicable, sur l'intégration des impératifs européens de coopération internationale, sur la confusion, à tout le moins partielle, des rôles des autorités de « poursuite » et de « jugement » que sont respectivement le service d'inspection et la chambre contentieuse constitués au sein de l'Autorité de protection des données, sur la fonction du « médiateur », etc.

⁴⁴ Dès lors que la loi en projet supprime la Commission de la protection de la vie privée sans confier les missions qu'elle exerçait et qui ne se situent pas dans le champ d'application du règlement 2016/679 à l'Autorité de protection des données instituée par le présent avant-projet et sans modifier les autres dispositions de la loi du 8 décembre 1992 dont l'application nécessite l'intervention de la Commission, un vide juridique surgirait au cas où la loi en projet entrerait en vigueur avant l'autre initiative législative évoquée par la déléguée. Ce vide juridique, privant de la protection de leur vie privée les personnes dont le traitement de données à caractère personnel n'entrerait pas dans le champ d'application du règlement européen se heurterait à l'obligation positive déduite de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme de garantir à chacun le droit à la protection de sa vie privée.

Ainsi, par exemple, précisément sur le rôle du médiateur dans les procédures envisagées par l'avant-projet, les questions suivantes méritent des éclaircissements. Si l'article 7 de l'avant-projet n'en fait pas un organe à part entière de l'Autorité de protection des données, l'article 12 précise néanmoins que le Comité de direction est composé « *du* médiateur de la protection des données », et non « *d'un* médiateur de la protection des données », ce qui laisserait entendre que ce dernier jouit d'un statut particulier qui le distingue des autres commissaires répertoriés par cette disposition ⁴⁵, et l'article 21 lui confère une fonction de direction quoiqu'il n'ait pas le statut d'organe. Ainsi que le souligne la Commission de la protection de la vie privée dans son avis n° 21/2017, le médiateur se trouve ainsi dans une position qui n'est pas claire, et exerce une fonction hybride.

* * *

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de revoir fondamentalement le texte et de le compléter substantiellement à la lumière des importantes observations générales qui précèdent, ce qui lui permettra de prendre également en considération celles formulées par la Commission de la protection de la vie privée, après quoi, afin de permettre à la section de législation du Conseil d'État de lui consacrer un examen complet et pertinent, il devra à nouveau lui être soumis.

L'examen de l'avant-projet ne sera pas poursuivi plus avant.

*

⁴⁵ Selon le commentaire de l'article 12, le médiateur institué par l'avant-projet « n'appartient pas au collège des médiateurs fédéraux créé par la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux ».

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,^(*) de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

De adviesaanvraag betreft een voorontwerp van wet ‘tot hervorming van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer’ dat er in feite toe strekt die instelling ter uitvoering van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG’ (hierna: “verordening 2016/679”) te vervangen door een “Toezichthoudende autoriteit voor de verwerking van persoonsgegevens” die zowel in het voorontwerp van wet als in dit advies ook “Gegevensbeschermingsautoriteit” genoemd wordt.

^(*) Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

ALGEMENE OPMERKINGEN

Afdeling I. De verenigbaarheid van het voorontwerp met de regels inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten¹

I. De Europese context

Verordening 2016/679 zal vanaf 25 mei 2018² richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens’ vervangen.

Hoofdstuk VI (artikelen 51 tot 59) van die verordening heeft betrekking op de “onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten” die de lidstaten moeten instellen. Hoofdstuk VII ervan (artikelen 60 tot 76) betreft de samenwerking tussen de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten en de consequente toepassing van deze verordening in de gehele Unie, en artikel 68 voorziet in de instelling van een Europees Comité voor gegevensbescherming.

Artikel 51, lid 1 tot 3, luidt als volgt:

“1. Elke lidstaat bepaalt dat één of meer onafhankelijke overheidsinstanties verantwoordelijk zijn voor het toezicht op de toepassing van deze verordening, teneinde de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens te beschermen en het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Unie te vergemakkelijken (‘toezichthoudende autoriteit’).

2. Elke toezichthoudende autoriteit draagt bij tot de consequente toepassing van deze verordening in de hele Unie. Daartoe werken de toezichthoudende autoriteiten onderling en met de Commissie samen overeenkomstig hoofdstuk VII.

3. Wanneer er in een lidstaat meer dan één toezichthoudende autoriteit is gevestigd, wijst die lidstaat de toezichthoudende autoriteit aan die die autoriteiten in het Comité moet vertegenwoordigen en stelt hij de procedure vast om ervoor te zorgen dat de andere autoriteiten de regels in verband met het in artikel 63 bedoelde coherentiemechanisme naleven.”

Hoofdstuk VI bevat rechtstreeks toepasselijke bepalingen die betrekking hebben op hun onafhankelijkheid, de “algemene voorwaarden” voor hun leden, “de oprichting” van die autoriteiten, hun “competentie”, het begrip “de leidende toezichthoudende autoriteit” en de prerogatieven ervan,³ de “taken” van de toezichthoudende autoriteiten, hun bevoegdheden en de verplichting om een jaarverslag op te stellen.

¹ Wanneer er sprake is van de gemeenschappen en de gewesten, heeft dat ook betrekking op de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en op de Franse Gemeenschapscommissie.

² Artikelen 94, lid 1, en 99, lid 2, van verordening (EU) 2016/679.

³ Krachtens artikel 56, lid 1, van de verordening,

“(…) is de toezichthoudende autoriteit van de hoofdvestiging of de enige vestiging van de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker competent op te treden als leidende toezichthoudende autoriteit voor de grensoverschrijdende verwerking door die verwerkingsverantwoordelijke of verwerker overeenkomstig de procedure van artikel 60.”

Aangezien voor de uitvoering van verscheidene van die bepalingen een rol is weggelegd voor de lidstaten,⁴ moeten de rechtstreeks toepasselijke teksten van de verordening in overeenstemming worden gebracht met de relevante nationale teksten.

II. De grondwettelijke aspecten in de context van het Belgische federalisme

A. Oprichting door de federale wetgever van een Gegevensbeschermingsautoriteit die bevoegd is ten aanzien van alle betrokken operatoren, ongeacht de behandelde aangelegenheid

1. Het voorontwerp van wet richt een Gegevensbeschermingsautoriteit op die bevoegd is voor alle betrokken operatoren, ongeacht de behandelde aangelegenheid of de betrokken overheidsinstantie, ook als die ressorteren onder de gemeenschappen of de gewesten.

2. Over het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 8 december 1992 ‘tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens’, heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State op 28 november 1990 advies 19.679/AV verstrekt, dit is vóór de invoering op 31 januari 1994 in de Grondwet van een artikel 24^{quater} dat artikel 22 geworden is en dat met name betrekking heeft op het recht op eerbiediging van het privéleven.

Over “de vraag naar de manier waarop uiting moet worden gegeven aan het streven om de persoonlijke levenssfeer te beschermen en aan de noodzaak om de voorschriften na te leven inzake de verdeling van de bevoegdheden over de openbare overheden”, heeft de algemene vergadering in dat advies het volgende gesteld:⁵

“Behoudens een uitdrukkelijke grondwetsbepaling worden de rechten en vrijheden door de Grondwet onder de bescherming van de nationale wet geplaatst. Ofwel zegt een bepaling van de Grondwet dat op ondubbelzinnige wijze en bepaalt ze in het bijzonder dat aan de regeling van de vrijheden slechts beperkingen kunnen worden gesteld in de gevallen, in de vorm of onder de voorwaarden voorgeschreven door de wet. Ofwel bestemmen de voorschriften inzake bevoegdheidsverdeling de aangelegenheid voor de nationale wetgever, in het kader van de restbevoegdheden.

De “verwerkingsverantwoordelijke” en de “verwerker” zijn in artikel 4, punten 7 en 8, van de verordening als volgt gedefinieerd:

“7) ‘verwerkingsverantwoordelijke’: een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt; wanneer de doelstellingen van en de middelen voor deze verwerking in het Unierecht of het lidstatelijke recht worden vastgesteld, kan daarin worden bepaald wie de verwerkingsverantwoordelijke is of volgens welke criteria deze wordt aangewezen;

8) ‘verwerker’: een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt”.

⁴ Zie bijvoorbeeld de artikelen 53, lid 1, en 54, lid 1, van verordening (EU) 2016/679.

⁵ De artikelen 10 en 22 van de Grondwet, waarvan sprake is in deze passage van het advies, stemmen thans overeen met de artikelen 15 en 29 ervan. Deze laatste artikelen betreffen de onschendbaarheid van respectievelijk de woning en het briefgeheim waaruit, vóór de vaststelling in 1994 van artikel 24^{quater} dat artikel 22 geworden is en waarbij die onschendbaarheid expliciet verankerd is, het beginsel van de bescherming van het privéleven afgeleid is (LEMMENS, K., *Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité*, in M. Verdussen en N. Bonbled (ed.), *Les droits constitutionnels de la Belgique*, deel 2, Brussel, Bruylant, 2011, 910).

Er kan van worden uitgegaan dat het beginsel van de bescherming, in al haar vormen, van het recht van elke natuurlijke persoon op de eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, stilzwijgend maar ontegensprekelijk wordt gehuldigd door de Belgische Grondwet, wanneer die de bescherming verzekert van sommige aspecten van die persoonlijke levenssfeer (onschendbaarheid van de particuliere woning en onschendbaarheid van het briefgeheim).

Afgezien van de artikelen 10 en 22 van de Grondwet, moet ook worden aangenomen dat de algemene economie en de geest van de Grondwet willen dat de individuele vrijheden zonder onderscheid aan alle 'Belgen' ten goede komen, op eenvormige wijze worden uitgelegd en toegepast en om die reden onder de bescherming van de nationale wetgever worden geplaatst.

Bovendien zij opgemerkt dat in tegenstelling tot wat is gebeurd met het onderwijs of het gebruik van de talen in bestuurszaken, noch de Grondwet, noch de bijzondere wetten tot hervorming der instellingen rechtstreeks of onrechtstreeks tot doel hebben gehad de nationale wetgever zijn taken inzake bescherming van de rechten en vrijheden geheel of gedeeltelijk te ontnemen; die aangelegenheid is nationaal gebleven.

Het is dus de taak van de nationale wetgever om in alle aangelegenheden, ook die welke tot de bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten behoren, alle maatregelen te nemen die hij noodzakelijk of gewoon nuttig acht voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen de inbreuken die erop zouden worden gemaakt door de verwerking van persoonsgegevens.”⁶

3. Thans kunnen die overwegingen op zich geen grondslag meer opleveren voor de exclusieve bevoegdheid van de federale wetgever om een instelling voor toezicht inzake de persoonsgegevens op te richten in het licht van het recht op eerbiediging van het privéleven, zoals blijkt uit de hiernavolgende uiteenzetting.

Zoals de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State opgemerkt heeft in haar advies 40.689/AV, gegeven op 11 juli 2006 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 10 mei 2007 'tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden', worden de rechten van de mens niet meer beschouwd als een aangelegenheid op zich die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort. Zowel het Grondwettelijk Hof als de afdeling Wetgeving van de Raad van State zijn voortaan van oordeel dat:

“het elke wetgever, binnen de eigen bevoegdheidssfeer, toekomt om door hogere rechtsnormen omschreven grondrechten met betrekking tot de hem toevertrouwde aangelegenheden te concretiseren.”⁷⁻⁸

⁶ Advies 19.679/AV, 28 november 1990, *Parl.St.* Kamer, 1990-91, nr. 1610/1, 50 en 51.

⁷ Voetnoot 18 van advies 40.689/AV: Arbitragehof, nr. 54/96, 3 oktober 1996, B.9; Arbitragehof, nr. 124/99, 25 november 1999, B.4.4; Arbitragehof, nr. 124/2000, 29 november 2000, B.4.2; voor adviezen van de Raad van State, zie onder meer advies 25.131/VR van 18 november [1996] en 13 mei 1997 over een voorstel van decreet 'houdende regeling van het recht op vrije nieuwsgaring en de uitzending van korte berichten door de omroepen' (*Parl.St.* VI. Parl., B.Z. 1995, nr. 82/2); advies 28.197/1 over een voorontwerp van wet gegeven op 16 februari 1999 dat heeft geleid tot de wet van 7 mei 1999 'op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid' (*Parl.St.* Kamer, 1998-1999, nrs. 2057/1 en 2058/1); advies 30.462/2, gegeven op 16 november 2000 over een voorontwerp, dat heeft geleid tot de wet van 25 februari 2003, 'ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting

In haar advies 48.858/AV van 7 december 2010 over een voorstel van wet 'tot instelling van een Federale Mensenrechtencommissie' merkt de algemene vergadering het volgende op:

“Het voorstel strekt ertoe aan de Federale Mensenrechtencommissie taken op te dragen die in het federale kader blijven, en daarnaast bevoegdheden op te dragen die tot de deelgebieden behoren.

Meer bepaald:

– beschikt de Commissie over een adviserende bevoegdheid ten behoeve van de ‘regeringen van de deelgebieden’ en van de ‘parlementaire assemblees (...) van de deelgebieden’⁹;

– ziet ze ‘erop toe (...) dat niet alleen de wetten, maar ook de decreten en ordonnances, verordeningen en administratieve praktijken’, zonder dat deze verordeningen en praktijken beperkt zijn tot die welke binnen de federale sfeer blijven, ‘sporen met de internationale mensenrechtinstrumenten die de Belgische Staat heeft bekrachtigd, en daadwerkelijk tot uitvoering worden gebracht’¹⁰;

– ‘bezorgt’ [ze] (...) de parlementaire assemblees van de deelgebieden jaarlijks een activiteitenverslag¹¹.¹²

Met name op basis van haar voornoemde advies 40.689/AV heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving daaruit het volgende afgeleid:

“Het komt bijgevolg niet aan de federale wetgever toe om een instelling op te richten en te organiseren die bedoeld is om, zij het gedeeltelijk, zich te mengen in de bevoegdheden van de deelgebieden.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State is er weliswaar van uitgegaan dat een bevoegdheidsniveau adviserende organen kan oprichten die niet volledig in zijn bevoegdheden passen, inzonderheid ‘over aspecten die minstens raakvlakken vertonen met de bevoegdheid van [andere bevoegdheidsniveaus]’, gelet op het feit dat het in dat geval moeilijk is het beleid dat door deze bevoegdheidsniveaus in deze domeinen wordt gevoerd buiten beschouwing te laten:¹³ ‘door het verlenen van een advies wordt immers

van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding’ (*Parl.St.* Senaat, 1998-1999, nr. 1341/1); advies 40.469/VR gegeven op 22 juni 2006 over een voorontwerp van wet ‘houdende toelating van de assistentiehonden tot de voor het publiek toegankelijke plaatsen’ en een samenwerkingsakkoord tussen de federale Staat, de Vlaamse gemeenschap, het Waals Gewest, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie ‘betreffende de toegang van assistentiehonden tot de voor het publiek toegankelijke plaatsen’; adviezen 40.620/VR en 40.621/VR gegeven op dezelfde datum over een voorontwerp van decreet van het Waals Gewest ‘relatif à l’accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d’assistance des établissements et installations destinés au public’ en een voorontwerp van decreet ‘relatif à l’accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d’assistance des établissements et installations destinés au public dans les matières réglées en vertu de l’article 138 de la Constitution’.

⁸ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, § 8.1, 84 en 85.

⁹ Voetnoot 24 van het geciteerde advies: Artikel 3, a), van het voorstel.

¹⁰ Voetnoot 25 van het geciteerde advies: Artikel 3, c), van het voorstel.

¹¹ Voetnoot 26 van het geciteerde advies: Artikel 12 van het voorstel.

¹² *Parl.St.* Kamer, 2010-11, nr. 53-418/2, 8.

¹³ Voetnoot 30 van het geciteerde advies: Advies met de nrs. 39.847/VR en 39.848/VR gegeven op 8 februari 2006 over wetsvoorstellen tot oprichting van een Federale Adviesraad voor Senioren en tot oprichting van een Federale Adviesraad voor de sector van de senioren (*Parl.St.* Senaat 2005-2006, nr.3–1027/3, nr. 3, blz. 2).

geen normatieve bevoegdheid uitgeoefend, terwijl het voor het uitoefenen van de bevoegdheden van de overheid die het adviesorgaan heeft ingesteld, nuttig kan zijn om voorgelicht te worden omtrent bepaalde aspecten van aangelegenheden waarvoor weliswaar andere overheden bevoegd zijn, maar die toch verband houden met aangelegenheden of aspecten van aangelegenheden waarvoor die overheid wel bevoegd is.’

In casu zou de Federale Mensenrechtencommissie een ruimere bevoegdheid hebben, die ertoe strekt de uitoefening van de federale bevoegdheden, maar ook die van de deelgebieden te beïnvloeden. Met het aldus opgevatte voorstel wordt inbreuk gepleegd op de autonomie van de deelgebieden¹⁴.¹⁵

Die opmerking is herhaald in advies 52.676/VR, gegeven op 11 februari 2013 door de verenigde kamers van de afdeling Wetgeving over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 17 augustus 2013 ‘tot aanpassing van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding met het oog op de omvorming ervan tot een federaal Centrum voor de analyse van de migratiestromen, de bescherming van de grondrechten van de vreemdelingen en de strijd tegen de mensenhandel’.¹⁶

4.1. De voorgaande overwegingen betekenen niet noodzakelijk dat het oprichten en organiseren van een Gegevensbeschermingsautoriteit, waarvan de taken uitgevoerd zouden worden buiten het kader van de enige aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren, buiten de bevoegdheid van de federale wetgever zouden vallen.

4.2. Er moet immers rekening gehouden worden met artikel 22 (het vroegere artikel 24*quater* dat op 31 januari 1994 ingevoegd is, d.i. na het voornoemde advies 19.679/AV van 28 november 1990 over het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 8 december 1992) van de Grondwet en met de uitlegging die het Grondwettelijk Hof ervan gegeven heeft wat betreft de respectieve bevoegdheden die de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten ter zake hebben.

Artikel 22 van de Grondwet luidt als volgt:

“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.”

Artikel 24*quater*, dat artikel 22 geworden is, is in de Grondwet ingevoegd in 1994, nadat de gemeenschappen de bevoegdheid was opgedragen om decreten aan te nemen, en de gewesten om “in artikel 134” van de Grondwet “bedoelde regels” - zijnde, naargelang van het

¹⁴ Voetnoot 31 van het geciteerde advies: In deze zin: advies nr. 48.892/AV heden uitgebracht door de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State over een wetsvoorstel tot oprichting van een Centrum ter bevordering van de taalverscheidenheid (*Parl.St.* Kamer, 2010-2011, nr. 435/1).

¹⁵ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-418/2.

¹⁶ *Parl.St.* Kamer, 2012-13, nr. 53-2859/1, 10 en 11. Met dit advies is rekening gehouden. In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp wordt immers gepreciseerd dat “het Centrum als opdracht [heeft] te waken over het respect van de grondrechten van vreemdelingen, de analyse van migratiestromen en de strijd tegen de mensenhandel binnen de grenzen van de federale bevoegdheden” (*ibid.*, 5).

geval, decreten of ordonnances - aan te nemen. Hieruit volgt dat de term “wet” in artikel 22, eerste lid, van de Grondwet, aldus opgevat moet worden dat daarmee de federale wet bedoeld wordt, temeer wanneer men dat eerste lid vergelijkt met het volgende lid waarin er uitdrukkelijk sprake is van “[d]e wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel.”

4.3. Het Grondwettelijk Hof heeft de uitlegging van artikel 22 met betrekking tot de verdeling van de bevoegdheden tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten nader toegelicht.

In zijn arresten nr. 50/2003 en 51/2003 van 30 april 2003, heeft het Hof het volgende geoordeeld:

“Weliswaar vloeit uit artikel 22, eerste lid, van de Grondwet voort dat enkel de federale wetgever kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden het recht op de eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven kan worden beperkt, maar die bevoegdheid kan redelijkerwijze slechts betrekking hebben op de algemene beperkingen van dit recht, die van toepassing zijn op welke aangelegenheid ook.

Daarover anders oordelen zou betekenen dat bepaalde bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten zouden worden uitgehold. De omstandigheid dat een inmenging in het privé-leven en het gezinsleven het gevolg is van de regeling van een welbepaalde aan de decreetgever toegewezen aangelegenheid doet geen afbreuk aan diens bevoegdheid.¹⁷”

In het verlengde van die rechtspraak heeft het Grondwettelijk Hof het volgende geoordeeld:

“(…) De bekendmaking van persoonsgegevens op een dergelijke algemene wijze houdt een inmenging in van het recht op eerbiediging van het privé-leven zoals gewaarborgd bij artikel 22 van de Grondwet en bij de voormelde verdragsbepalingen.

Opdat een dergelijke inmenging toelaatbaar is, is vereist dat ze noodzakelijk is om een bepaald wettig doel te bereiken, hetgeen onder meer inhoudt dat een redelijk verband van evenredigheid moet bestaan tussen de gevolgen van de maatregel voor de betrokken persoon en de belangen van de gemeenschap.

(…) Bovendien dient de decreetgever rekening te houden met artikel 22, eerste lid, van de Grondwet, volgens hetwelk enkel de federale wetgever kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden het recht op eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven kan worden beperkt.

Weliswaar doet de omstandigheid dat een inmenging in het privé-leven het gevolg is van de regeling van een welbepaalde aan de decreetgever toegewezen aangelegenheid geen afbreuk aan diens bevoegdheid, maar de decreetgever is gehouden door de algemene federale regelgeving die als minimumregeling geldt in welke aangelegenheid ook. In zoverre de bestreden bepaling de publicatie beoogt van persoonsgegevens, impliceert dit dat de decreetgever gehouden is door de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens.¹⁸”

¹⁷ GwH 30 april 2003, nr. 50/2003, B.8.10; 30 april 2003, nr. 51/2003, B.4.12.

¹⁸ GwH. 20 oktober 2004, nr. 162/2004, B.5.1. en B.5.2.; 19 januari 2005, nr. 16/2005, B.5.1 en B.5.2. In dezelfde zin, GwH 14 februari 2008, nr. 15/2008, B.21.

4.4. Los van de kwesties van de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende bevoegdheidsniveaus, oordeelt de afdeling Wetgeving van de Raad van State in het algemeen dat de wet van 8 december 1992 beschouwd moet worden als de basiswetgeving inzake de bescherming van natuurlijke personen ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, en dat de specifieke regelingen ter zake in dat kader moeten passen.

Zo heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State in advies 33.285/1, op 2 mei 2002 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 16 januari 2003 'tot oprichting van een Kruispuntbank van Ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen' de volgende overwegingen geformuleerd:

"4.1. De gegevens die in het ontwerp worden beoogd kunnen betrekking hebben op natuurlijke personen. De vraag rijst derhalve welke de verhouding is tussen de ontworpen regeling en de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, zoals gewijzigd bij de wet van 11 december 1998, die richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 (...) in het interne recht heeft omgezet.

Met name rijst de vraag of, in de gevallen dat in de Kruispuntbank van Ondernemingen gegevens worden opgenomen met betrekking tot natuurlijke personen, het de bedoeling is om in voorkomend geval impliciet af te wijken van de grondbeginselen die zijn vastgelegd in de genoemde wet van 8 december 1992.

De Raad van State, afdeling wetgeving, mag er in verband met de verhouding tussen de ontworpen regeling en die welke is vervat in de wet van 8 december 1992 op wijzen dat in de laatstgenoemde wet naar een evenwicht is gezocht, zoals dat wordt vereist door zowel artikel 22 van de Grondwet, als door een aantal internationale verdragen (zie in dat verband onder meer artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden).

Daarenboven kan uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 8 december 1992 worden afgeleid dat de toenmalige wetgever een uitgesproken mening had omtrent de verhouding welke diende te bestaan tussen de basisbeginselen van de latere wet van 8 december 1992 en andere, specifieke regelingen. Zo verklaarde de Minister van Justitie voor de bevoegde commissie van de Kamer van volksvertegenwoordigers:

'Het ontwerp legt de algemene beginselen inzake bescherming vast, die zullen gelden voor alle gegevensbanken, ongeacht of ze de particuliere dan wel de publieke sector betreffen (...).

Deze reglementering kan aldus nog worden aangevuld met specifieke bepalingen die evenwel niet van deze basiswet mogen afwijken.

De voormelde wetten op de Kruispuntbank van de sociale zekerheid, op het Rijksregister, op het consumentenkrediet zijn voorbeelden' (...).

In de memorie van toelichting bij dezelfde wet was de problematiek reeds geschetst in de volgende bewoordingen :

'Het spreekt uiteraard vanzelf dat wanneer gegevens in verband met rechtspersonen informatie bevat [lees : bevatten] omtrent natuurlijke personen (bijvoorbeeld de namen van de bestuurders van een vennootschap of de leden van een vereniging zonder winstoogmerk), deze laatsten met betrekking tot de

gegevens die hen betreffen, de volledige bescherming genieten die ter zake door de wet is gewaarborgd' (...).”¹⁹

Toegepast op de samenhang van de regeling voor de verwerking van persoonsgegevens door een deelstaat met de federale wetgeving, die uitgaat van de wet van 8 december 1992, zijn die overwegingen als volgt door de afdeling Wetgeving van de Raad van State getransponeerd, bijvoorbeeld in advies 45.850/3, op 10 februari 2009 gegeven over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 23 april 2009 ‘betreffende de profylaxe tegen overdraagbare ziekten’:

“5. De artikelen 4 en 5 van het ontwerp, die de verwerking van persoonsgegevens betreffen, houden een beperking in van het recht op eerbiediging van het privéleven, dat onder meer is gewaarborgd bij artikel 22 van de Grondwet, artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (...) en artikel 17 van het Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten (...). Artikel 22 van de Grondwet bevat de bevoegdheidsverdeling inzake de beperkingen van het recht op eerbiediging van het privéleven. Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof²⁰ over dit artikel blijkt dat de federale wetgever bevoegd is voor de algemene regels inzake de beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven en dat de gemeenschappen en de gewesten (*in casu* de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie die zijn bevoegdheden uitoefent bij wege van ordonnanties), in een aangelegenheid die tot hun bevoegdheid behoort, het recht op eerbiediging van het privéleven nader kunnen regelen, rekening houdend met de door de federale wetgever vastgestelde regels.

Dat betekent te dezen dat de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie op grond van haar materiële bevoegdheid inzake het gezondheidsbeleid bevoegd is om bijzondere bepalingen met betrekking tot de in het ontwerp bedoelde persoonsgegevens aan te nemen, maar dat zij daarbij gebonden is door de algemene bepalingen van de wet van 8 december 1992. De bepalingen van die wet zijn overigens rechtstreeks van toepassing op de in het ontwerp geregelde verwerking van persoonsgegevens, wat niet belet dat de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie ze zou kunnen vervangen door concreter geformuleerde regels of door strengere regels²¹.

Er weze opgemerkt dat de bepaling op grond waarvan de in de aangiftes vervatte persoonsgegevens, alleen mogen worden verwerkt door de geneesheer-gezondheidsinspecteur of de beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg die hij aanstelt (artikel 5, § 1, derde lid, van het ontwerp), een regel herneemt die is vervat in artikel 7, § 4, van de wet van 8 december 1992, waar evenwel is voorzien in uitzonderingen (‘behoudens schriftelijke toestemming van de betrokkene of wanneer de verwerking noodzakelijk is voor het voorkomen van een dringend gevaar of voor de beteugeling van een bepaalde strafrechtelijke inbreuk’). Indien het de bedoeling is een strengere regel uit te vaardigen, kan de bepaling behouden blijven. Indien het enkel de

¹⁹ *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 50-2058/001, 104 en 105.

²⁰ *Voetnoot 2 van het geciteerde advies*: Grondwettelijk Hof, nr. 50/2003, 30 april 2003, B.8.10 en Grondwettelijk Hof, nr. 51/2003, 30 april 2003, B.4.12.

²¹ *Voetnoot 3 van het geciteerde advies*: Advies 37.288/3 van 15 juli 2004 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 16 juni 2006 betreffende het gezondheidsinformatiesysteem (*Parl. St.*, VI. Parl., 2005-2006, nr. 531/1, p. 153 e.v.).

bedoeling is de regel uit de wet van 8 december 1992 te parafraseren, dient de bepaling te worden weggelaten.”²²

5. Het advies van 15 juli 2004 over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 16 juni 2006 ‘betreffende het gezondheidsinformatiesysteem’ volgt een identieke redenering in verband met specifiek de bevoegdheden die aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer worden toegekend.²³ Dat advies bevat namelijk de volgende overwegingen:

“Terecht gaan de stellers van het ontwerp ervan uit dat de decreetgever geen afbreuk kan doen aan de bevoegdheden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, opgericht bij de wet van 8 december 1992. Ter uitvoering van de richtlijn heeft de federale wetgever een toezichtsorgaan in het leven kunnen roepen, dat een algemene bevoegdheid heeft over alle verwerkingen van persoonsgegevens, ook die welke plaatsvinden in aangelegenheden waarvoor de gemeenschappen en de gewesten bevoegd zijn. Overigens moet opgemerkt worden dat de Commissie uitwisselingen van persoonsgegevens als bedoeld in het ontworpen decreet zal kunnen toetsen aan de bepalingen van dat decreet, al was het maar om te kunnen verifiëren of de gegevens ‘rechtmatig’ worden verwerkt, in de zin van artikel 4, § 1, 1°, van de wet.

De in het ontwerp bedoelde toezichtscommissie is dus een orgaan dat gedeeltelijk dezelfde bevoegdheden zal uitoefenen als de federale Commissie. Of de bevoegdheden van de toezichtscommissie in alle opzichten beantwoorden aan de vereisten van artikel 28 van de richtlijn, hoeft niet nader onderzocht te worden. Voor de naleving van de richtlijn is het immers voldoende dat de Commissie, die een algemene bevoegdheid heeft, aan die vereisten beantwoordt.”²⁴

6. In het licht van die grondwettelijke en jurisprudentiële gegevens, gelet op de taken die bij verordening 2016/679 worden opgedragen aan de toezichthoudende autoriteit, waarin het beperken en het waarborgen van het recht op eerbiediging van het privéleven niet van elkaar kunnen worden gescheiden, meent de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State te kunnen besluiten dat de federale overheid op grond van zijn bevoegdheid voor de algemene regels inzake de beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven, bevoegd is een regeling vast te stellen inzake de toezichthoudende autoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van die algemene regels. Een dergelijke regeling doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de gemeenschappen en gewesten, zoals blijkt uit wat volgt.

7.1. Indien de deelstaten, elk wat hem betreft, bepalingen vaststellen voor de gegevensverwerking in het kader van activiteiten die onder hun bevoegdheid vallen – in de wetenschap dat de artikelen 6, lid 2 en 3, 9, lid 4, en 23 van verordening 2016/679 het mogelijk maken dat specifieke bepalingen worden vastgesteld – zijn ze gemachtigd om autoriteiten op te richten die op die specifieke regels toezicht houden.

²² B.S. 3 augustus 2009, 51846.

²³ Dat advies wordt overigens ter staving van de redenering geciteerd in advies 45.850/3 van 10 februari 2009, waarvan *supra* een uittreksel is overgenomen.

²⁴ Advies 37.288/3, op 15 juli 2004 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van 16 juni 2006 ‘betreffende het gezondheidsinformatiesysteem’ (*Parl.St.* VI.Parl. 2005-06, nr. 531/1, 153 e.v.).

Verordening 2016/679 staat er immers niet aan in de weg dat er in eenzelfde lidstaat meerdere toezichthoudende autoriteiten bestaan, zoals in het bijzonder wordt bevestigd in artikel 51, lid 1, van die verordening.

Wat dat betreft, wordt verwezen naar de toelichting in punt C van deze algemene opmerkingen II.

7.2. In zoverre artikel 4, § 1, tweede lid, van het voorontwerp stelt dat de federale Gegevensbeschermingsautoriteit “[haar] competenties, taken en bevoegdheden, ongeacht welk nationaal recht op de betrokken verwerking van toepassing is, op het grondgebied van het hele Koninkrijk uit[oefent]”, moet het in elk geval worden aangepast om niet de indruk te wekken dat afbreuk wordt gedaan aan de bevoegdheid van de deelstaten om zelf gegevensbeschermingsautoriteiten met een specifieke bevoegdheid op te richten, zoals *supra* in punt 7.1 is vermeld.

Hetzelfde geldt voor artikel 22, § 1, 1°, van het voorontwerp, dat stelt dat het kenniscentrum adviezen verstrekt over “elke” aangelegenheid met betrekking tot de verwerkingen van de persoonsgegevens, en voor artikel 34, eerste lid, van het voorontwerp, waarin wordt bepaald dat de reflectieraad adviezen verstrekt over “alle” onderwerpen met betrekking tot de bescherming van de persoonsgegevens. Los van de kwestie van de raadpleging van de Gegevensbeschermingsautoriteit door de gemeenschappen en de gewesten (zie hieronder, punt B), kan die adviesbevoegdheid enkel betrekking hebben op de algemene regels inzake de bescherming van de persoonsgegevens, die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren.

8. De voorgaande overwegingen passen in de zienswijze van de steller van het voorontwerp, waarin de federale wetgever de tekst goedkeurt die de naleving van de algemene regelgeving waarborgt die hij inzake de verwerking van persoonsgegevens kan uitvaardigen.

Gelet op de voorgaande overwegingen over de specifieke en extra bevoegdheid die de deelstaten ter zake kunnen uitoefenen, staat het alle bevoegdheidsniveaus ook vrij om over die kwesties een samenwerkingsakkoord te sluiten op basis van artikel 92*bis* van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

Aangezien de afspraken in een dergelijk samenwerkingsakkoord gevolgen kunnen hebben voor de inhoud van de ontworpen regeling, alsook voor de eventuele regelgevende initiatieven van de gemeenschappen en gewesten ter uitvoering van verordening 2016/679, en aangezien de verordening vanaf 25 mei 2018 van toepassing is, zouden de besprekingen met het oog op dat samenwerkingsakkoord dan ten spoedigste moeten worden aangevat.

B. Raadpleging van de Gegevensbeschermingsautoriteit door de gemeenschappen en de gewesten

1. Artikel 22, § 1, van het voorontwerp luidt als volgt:

“Het kenniscentrum²⁵ verstrekt, hetzij uit eigen beweging, hetzij op verzoek van de Regering, van de Wetgevende Kamers, van de Gemeenschaps- of Gewestregeringen, van

²⁵ Het kenniscentrum is een van de vijf “organen” van de Gegevensbeschermingsautoriteit (artikel 7, 3°, en hoofdstuk II, afdeling 3, dat de artikelen 22 tot 26 van het voorontwerp bevat).

de Gemeenschaps-of Gewestparlementen, van het Verenigd College of van de Verenigde Vergadering (...):

1° adviezen omtrent elke aangelegenheid met betrekking tot de verwerkingen van persoonsgegevens;

2° aanbevelingen met betrekking tot de maatschappelijke, economische en technologische ontwikkelingen die een weerslag kunnen hebben op de verwerkingen van persoonsgegevens.”

Het advies wordt in principe verstrekt binnen zestig dagen nadat de daartoe noodzakelijke gegevens aan de Gegevensbeschermingsautoriteit zijn medegedeeld (artikel 25, § 1, tweede lid, van het voorontwerp).

Uit artikel 25, §§ 1, tweede lid, tweede zin, en 2, blijkt dat dat advies “door of krachtens [in het bijzonder] een decreet of een ordonnantie vereist” kan zijn.

Voor dat geval wordt in die bepalingen het volgende gesteld:

– in een spoedeisend geval dat met bijzondere redenen is omkleed, kan de directeur van het kenniscentrum de termijn tot vijftien dagen inkorten;

– wanneer die termijnen niet in acht worden genomen, kan aan het adviesvereiste voorbijgegaan worden.

In artikel 26, §§ 1, derde lid, en 2, van het voorontwerp staat het volgende:

“§ 1. (...)

[derde lid:] De minister van Justitie en het regeringslid tot wiens bevoegdheid de bescherming van de persoonlijke levenssfeer behoort, ontvangen een elektronisch afschrift van elk advies en van elke aanbeveling.

§ 2. In de gevallen waarin het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie vereist is, moet het advies samen met de reglementsbepaling waarop het betrekking heeft, in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt.

De adviezen en de aanbevelingen [van de Gegevensbeschermingsautoriteit] worden op [haar] website (...) bekendgemaakt.”

Artikel 53 van het voorontwerp luidt als volgt:

“De voorzitter van de Gegevensbeschermingsautoriteit of in voorkomend geval een van de andere leden van het directiecomité kan worden gehoord door de bevoegde commissies van de Wetgevende Kamers, van de Gemeenschaps- of Gewestparlementen, van het Verenigd College of van de Verenigde Vergadering (...), zulks op hun verzoek of uit eigen beweging.”

2. De vraag rijst of die bepalingen verenigbaar zijn met het autonomiebeginsel dat zowel voor de federale overheid als voor de deelstaten geldt.

3. Aangezien, zoals hierboven in punt A van deze algemene opmerkingen II is uiteengezet, de federale overheid bevoegd is om zowel de materiële als procedurele algemene regels inzake de aanvaardbare beperkingen van het recht op de eerbiediging van het privéleven vast te stellen, die in het bijzonder gelden voor de gemeenschappen en de gewesten en in de aangelegenheden die door hen worden geregeld, is het logisch te erkennen dat de federale overheid dezelfde bevoegdheid heeft om de tekst over de raadgevende functie van de Gegevensbeschermingsautoriteit goed te keuren.

Zo ook is het aanvaardbaar dat, zoals artikel 53 van het voorontwerp bepaalt, bepaalde organen van de deelstaten de mogelijkheid krijgen de voorzitter van de Gegevensbeschermingsautoriteit te horen.

4.1. Een andere kwestie betreft de gevolgen van de adviesprocedures die bij de Gegevensbeschermingsautoriteit lopen.

4.2. Het betreft in de eerste plaats de bekendmaking van de adviezen en de aanbevelingen.

Over de bekendmaking bepaalt artikel 26, § 2, het volgende:

“In de gevallen waarin het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie vereist is, moet het advies samen met de reglementsbeplanning waarop het betrekking heeft, in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt.

De adviezen en de aanbevelingen worden op de website van de Gegevensbeschermingsautoriteit bekendgemaakt.”

De vraag of die bepaling verenigbaar is met de organieke autonomie van de gemeenschappen en de gewesten, is analoog met de vraag die gerezen is in verband met de bekendmaking van de adviezen die de afdeling Wetgeving van de Raad van State aan de overheden van de deelstaten heeft verleend.

Op dat punt heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State reeds in haar advies 45.646/AV, dat ze op 13 januari 2009 verstrekt heeft over een door de Senaat aangenomen wetsontwerp ‘tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, met het oog de bekendmaking van de adviezen van de afdeling wetgeving’,²⁶ uiteengezet wat volgt:

“[...] niettegenstaande het feit dat de regels betreffende de raadpleging van de Raad van State tot op zekere hoogte invloed hebben op de werking van de gemeenschaps- en gewestorganen, en dat de federale wetgever, optredend met een gewone meerderheid, bevoegd is om te bepalen in welke gevallen de afdeling wetgeving van de Raad van State

²⁶ Dat wetsontwerp vloeide voort uit een wetsvoorstel ‘tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, met het oog op de bekendmaking van de adviezen van de afdeling wetgeving’ (*Parl.St.* Senaat 2007-08, nr. 4-247/1). Het is aangenomen door de Senaat op 27 november 2008 (*Hand.* Senaat 27 november 2008, nr. 4-50, 43) en overgezonden aan de Kamer van volksvertegenwoordigers (*Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-1630/001).

moet worden geraadpleegd en om de werking van de Raad van State te regelen,²⁷ staat het aan diezelfde wetgever, optredend met dezelfde meerderheid, om alle aangelegenheden te regelen die verband houden met de raadpleging van de afdeling wetgeving (bijvoorbeeld de voorwaarden voor adiëring van de Raad van State, de termijnen, de werkwijze van de afdeling wetgeving, enz.), met inbegrip van het geven van het voorschrift van bekendmaking van de uitgebrachte adviezen en van het bepalen van de voorwaarden waaronder voor deze bekendmaking gezorgd wordt, zelfs wanneer de overheid die de afdeling wetgeving raadpleegt een gemeenschaps- of gewestoverheid is.”²⁸

Die overwegingen, die overgenomen zijn in advies 57.689/AV van 6 oktober 2015, dat eveneens door de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving gegeven is over een voorstel dat geleid heeft tot de wet van 16 augustus 2016 ‘tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, met het oog op de bekendmaking van de adviezen van de afdeling wetgeving’, zijn bij die gelegenheid bevestigd.²⁹

Die overwegingen gelden *mutatis mutandis* eveneens voor artikel 26, § 2, van het voorliggende voorontwerp, dat dus geen enkel bevoegdheidsbezwaar oplevert.

4.3. Uit wat voorafgaat, en inzonderheid uit de voormelde adviezen 45.646/AV en 57.689/AV, volgt eveneens dat de andere kwesties in verband met de adviesverlening door de Gegevensbeschermingsautoriteit, zoals bijvoorbeeld de aanhangigmakingsvoorwaarden of de termijnen, in principe onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen.

Bijgevolg zijn de bepalingen van artikel 25 van het voorontwerp met betrekking tot de termijnen waarbinnen het advies door de Gegevensbeschermingsautoriteit gegeven dient te worden aanvaardbaar, zelfs wanneer die termijnen van toepassing zijn op de adviezen die door de deelstaten aangevraagd worden. Die bepalingen zijn paragraaf 1, tweede lid, eerste zin van artikel 25 (een termijn van in principe zestig dagen), de tweede zin van dat lid (mogelijkheid om die termijn terug te brengen tot vijftien dagen in speciaal gemotiveerde dringende gevallen

²⁷ Voetnoot 4 van het geciteerde advies: Zo bijvoorbeeld is er reeds op gewezen dat een gewestwetgever niet bevoegd is om zijn regering te verplichten de afdeling wetgeving te raadplegen in gevallen waarin de dringende noodzakelijkheid waarvan sprake is in artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State aangetoond is, of om de omvang van de adiëring van de afdeling Wetgeving te regelen, aangezien deze aangelegenheden uitsluitend vallen onder de bevoegdheid van de federale wetgeving (advies nr. 37.741/2/4, gegeven op 10 en 16 november 2004 over een voorontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot het programmadecreet van het Waals Gewest van 3 februari 2005 betreffende de economische heropleving en de administratieve vereenvoudiging, *Gedr. St., Parl. Wall.*, 2004-2005, nr. 74/1, blz. 71).

²⁸ Advies 45.646/AV, dat op 13 januari 2009 verstrekt is door de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State over een wetsontwerp ‘tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, met het oog op de bekendmaking van de adviezen van de afdeling wetgeving’ (*Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-1630/002, 4 en 5).

²⁹ *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-682/2, punt 7, 6 en 7. De algemene vergadering van de afdeling Wetgeving heeft in dat advies zelfs aangegeven “met meer zekerheid te kunnen concluderen tot de bevoegdheid van de federale wetgever met een gewone meerderheid [voetnoot 21 van het geciteerde advies: Aangezien, wat de betrokken materie betreft, de uitvoering van artikel 160 van de Grondwet geen bijzondere meerderheid vereist], op grond van zijn exclusieve bevoegdheid inzake de regeling van de bevoegdheid, de organisatie en de werking van de Raad van State, overeenkomstig artikel 160 van de Grondwet, om de volledige bekendmaking te regelen van de teksten van de gemeenschappen en de gewesten waarover adviezen zijn gegeven die zelf ook worden bekendgemaakt, evenwel in zoverre die volledige bekendmaking slechts betrekking heeft op wetgevende teksten die in het stadium van ontwerp of van voorstel aan het parlement zijn voorgelegd en op reglementaire teksten die aangenomen zijn en bekendgemaakt zijn in het Belgisch Staatsblad [Voetnoot 22 van het geciteerde advies: Namelijk de zogenaamde teksten ‘die doorgang hebben gevonden’ (zie opmerking 16).]” (*ibid.*, punt 11, 13 en 14).

wanneer het advies door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie vereist is) en paragraaf 2 van artikel 25 (mogelijkheid om aan het vereiste van een advies voorbij te gaan wanneer de termijn niet nageleefd is), waarbij deze laatste bepaling zelfs bijdraagt tot een correcte afstemming tussen de federale bevoegdheid om de Gegevensbeschermingsautoriteit te organiseren en de bevoegdheid van de deelstaten inzake de aangelegenheden waarvoor om het advies van die Autoriteit wordt verzocht.

4.4. Het systematisch bezorgen van “een elektronisch afschrift van elk advies en van elke aanbeveling” aan de “minister van Justitie en [aan] het regeringslid tot wiens bevoegdheid de bescherming van de persoonlijke levenssfeer behoort”, zoals vereist wordt bij artikel 26, § 1, derde lid, van het voorontwerp, lijkt daarentegen niet verenigbaar met de autonomie van de deelstaten.

Het staat immers niet aan de federale overheid te eisen dat alle adviezen en aanbevelingen die aan een deelstaat worden verstrekt, niet alleen worden medegedeeld aan het regeringslid van die deelstaat tot wiens bevoegdheid de bescherming van de persoonlijke levenssfeer behoort maar ook aan de federale minister van Justitie.

Zelfs indien die bepaling aldus gelezen wordt dat daarbij voorgeschreven wordt dat niet alleen meegedeeld dienen te worden aan de minister van de Regering in kwestie die bevoegd is inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (te weten respectievelijk alleen aan de federale minister van Justitie wanneer het advies wordt verstrekt aan een federale overheid en alleen aan de minister die, in elke deelstaatregering afzonderlijk, bevoegd is inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wanneer het advies wordt verstrekt aan een overheid die onder die deelstaat ressorteert), moet eveneens geconcludeerd worden dat er sprake is van een bevoegdheidsoverschrijding, aangezien de federale wetgever zich, zelfs op dat punt, niet mag mengen in de organisatie van de regeringen van de deelstaten, noch in de bevoegdheden van de leden ervan.

Het lijkt hoe dan ook raadzaam om de tekst van artikel 26, § 1, derde lid, van het voorontwerp aldus te verduidelijken dat elke moeilijkheid met betrekking tot interpretatie van de strekking ervan daaruit weggehaald wordt.

C. De afstemming van de opdrachten van de Gegevensbeschermingsautoriteit op die van binnen de gemeenschappen en de gewesten opgerichte analoge instellingen

Uit de artikel 4, § 1, eerste lid, van het voorontwerp blijkt dat alle “competenties, taken en bevoegdheden (...) die aan de toezichthoudende autoriteit worden toegekend door (...) [v]erordening 2016/679” aan Gegevensbeschermingsautoriteit toegewezen worden.

Zoals hierboven, in deel II, A, van deze algemene opmerkingen uiteengezet is, is de federale bevoegdheid ter zake van algemene aard maar verhindert ze evenwel niet dat, op specifieke en complementaire wijze, toezichthoudende autoriteiten in de zin van verordening 2016/679 opgericht worden op het niveau van de gemeenschappen en de gewesten in het kader van de beperkingen die de deelstaten opleggen aan het recht op eerbiediging van het privéleven.

De verordening verzet zich niet tegen het eventuele naast elkaar bestaan van toezichthoudende autoriteiten binnen eenzelfde Staat, aangezien in artikel 51, lid 1, ervan met dat geval rekening wordt gehouden maar dan wel onder voorbehoud van de naleving van voorwaarden die opgesomd zijn in lid 2 en lid 3 van datzelfde artikel, die als volgt luiden:

“2. Elke toezichthoudende autoriteit draagt bij tot de consequente toepassing van deze verordening in de hele Unie. Daartoe werken de toezichthoudende autoriteiten onderling en met de Commissie samen overeenkomstig hoofdstuk VII.

3. Wanneer er in een lidstaat meer dan één toezichthoudende autoriteit is gevestigd, wijst die lidstaat de toezichthoudende autoriteit aan die die autoriteiten in het [Europees] Comité [voor gegevensbescherming] moet vertegenwoordigen en stelt hij de procedure vast om ervoor te zorgen dat de andere autoriteiten de regels in verband met het in artikel 63 bedoelde coherentiemechanisme naleven.”

In dezelfde gedachtegang wordt in de artikelen 57, lid 1, g), en 61, lid 1, van verordening 2016/679 het volgende bepaald:

Art. 57, lid 1, g): “Onverminderd andere uit hoofde van deze verordening vastgestelde taken, verricht elke toezichthoudende autoriteit op haar grondgebied de volgende taken:

(...)

g) zij werkt samen met andere toezichthoudende autoriteiten, onder meer door informatie te delen en wederzijdse bijstand te bieden, teneinde de samenhang in de toepassing en de handhaving van deze verordening te waarborgen.”

Art. 61, lid 1: “De toezichthoudende autoriteiten verstrekken elkaar relevante informatie en wederzijdse bijstand om deze verordening op een consequente manier ten uitvoer te leggen en toe te passen, en nemen maatregelen om doeltreffend met elkaar samen te werken.”

In verband met die kwesties wordt in overweging 119 van de preambule van de verordening het volgende gesteld:

“Wanneer een lidstaat meerdere toezichthoudende autoriteiten instelt, dient die lidstaat bij wet mechanismen in te stellen om ervoor te zorgen dat de toezichthoudende autoriteiten effectief deelnemen aan het coherentiemechanisme. De lidstaat in kwestie dient met name de toezichthoudende autoriteit aan te wijzen die optreedt als enig contactpunt.”

Samenvattend kan in verband met dat punt worden gesteld dat, in het geval dat die toezichthoudende autoriteiten in de zin van verordening 2016/679 op communautair en regionaal vlak opgericht worden, de door het Europees recht vereiste samenwerkingsmechanismen, die in het bijzonder strekken tot de organisatie van de gewenste coherentie, ingevoerd zouden moeten worden middels een samenwerkingsakkoord tussen de onderscheiden betrokken bevoegdheidsniveaus, op basis van artikel 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

In dit verband wordt eveneens verwezen naar punt A, 8, van deze algemene opmerkingen (afdeling I, II).

Afdeling II. De – al dan niet jurisdictionele – aard van de “geschillenkamer”

1. Eén van de vijf organen waaruit de bij het ontworpen dispositief opgerichte Gegevensbeschermingsautoriteit is samengesteld, is de “geschillenkamer” (artikel 7, 5°, van het voorontwerp).

De vraag rijst of het aldus opgerichte orgaan al dan niet van jurisdictionele aard is.

2. Op grond van de op dat stuk gelijklopende rechtspraak van het Hof van Cassatie,³⁰ de Raad van State³¹ en het Grondwettelijk Hof³² dient deze kwestie beslecht te worden door prioritair rekening te houden met de duidelijk door de wetgever – in het dispositief zelf of in de parlementaire voorbereiding – uitgedrukte wens met betrekking tot de aard van het orgaan in kwestie.

Als dat criterium niet tot deze of gene conclusie kan leiden, dan zal de al dan niet jurisdictionele aard van dat orgaan afgeleid moeten worden uit de gecombineerde implementatie van organieke, materiële en formele criteria in verband met de garanties inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid die geboden worden aan hen die daarin zitting hebben, met de opdracht die aan hen toevertrouwd wordt, met de vóór hen gevolgde procedure (tegensprekelijke aard van de debatten, specifieke motiveringsplicht, enzovoort) of nog met het bijzondere gezag van de genomen beslissingen en met de aard van de daartegen ingestelde beroepen.

3. Uit het onderzoek van het voorontwerp en van de bijhorende memorie van toelichting komt niet heel duidelijk de bedoeling van de steller naar voren betreffende de vraag of de binnen de Gegevensbeschermingsautoriteit ingestelde “geschillenkamer” beschouwd zou moeten worden als een administratieve overheid dan wel als een administratief rechtscollege.

In artikel 31 van het voorontwerp wordt de geschillenkamer immers omschreven als het “administratief rechtsorgaan van de Gegevensbeschermingsautoriteit” (“organe juridique administratif de l’Autorité de protection des données”). Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft opgemerkt in haar advies nr. 21/2017, gegeven op 3 mei 2017 over het voorontwerp, is die omschrijving niet erg duidelijk³³ aangezien daarmee *in casu* zowel een “administratief rechtscollege” als een “administratieve overheid” aangeduid kan worden.

In de memorie van toelichting wordt een parallel getrokken tussen de aldus ingestelde “geschillenkamer” en wat in de memorie wordt omschreven als de “onafhankelijke administratieve autoriteiten”, waarbij inzonderheid verwezen wordt naar het bij de wet van

³⁰ Cass. 11 januari 2011, C.00.0721.F, voorafgegaan door de conclusies van advocaat-generaal Henkes.

³¹ J. SALMON, J. JAUMOTTE en É. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Brussel, Bruylant, 2012, deel 2, 1390 e.v. Zie in dat verband, waar het gaat om de kwalificatie van de Commissie van beroep inzake weigering en tot inschrijving, ingesteld binnen de ARES bij artikel 97 van het decreet van 7 november 2013 ‘tot bepaling van het hogeronderwijslandschap en de academische organisatie van de studies’ (vóór de wijziging ervan bij het decreet van 16 juni 2016), RvS 16 februari 2016, nr. 233.840.

³² Zie bijvoorbeeld: GwH 27 mei 2008, nr. 81/2008, B.18.3.

³³ Punt 48.

3 april 2013³⁴ ingestelde “Mededingingscollege”. De steller van het voorontwerp gaat echter niet verder dan het trekken van die parallel en omschrijft de “geschillenkamer” zelf nooit uitdrukkelijk als “administratieve overheid”. Voorts wordt in het dispositief van het voorontwerp voor de beschrijving van de inrichting, de bevoegdheden en de werking van die kamer een terminologie gebruikt die aan het procesrecht ontleend is. De leden van die kamer krijgen de zeer expliciete benaming “rechters” (artikel 32, §§ 1 en 2, van het voorontwerp). Er is eveneens sprake van de “griffie” (artikel 33 van het voorontwerp), het “verschijnen van de partijen” (artikel 92, tweede lid, van het voorontwerp), de “conclusies” (artikel 100, § 1, van het voorontwerp), de “buitenvervolginstelling” (artikel 102, 2°, van het voorontwerp), “dwangsommen” (artikel 102, 13°, van het voorontwerp) of nog van beslissingen die “bij voorraad” uitvoerbaar zijn (artikel 110, tweede lid, van het voorontwerp). Artikel 102, 14°, van het voorontwerp bepaalt daarentegen dat de geschillenkamer “administratieve geldboeten” kan opleggen, wat er *de facto* op zou neerkomen dat zij zelf een administratieve overheid is.

De steller van het voorontwerp dient bijgevolg zijn bedoeling te verduidelijken en het voorontwerp aldus aan te passen dat het volledig strookt met de – al dan niet jurisdictionele – aard die de aldus ingestelde geschillenkamer volgens zijn beslissing bezit. Zo verdient het bijvoorbeeld aanbeveling om, als uiteindelijk voor de aard van “administratieve overheid” gekozen wordt, de leden van die kamer niet langer aan te duiden met de misleidende benaming “rechters” en om dientengevolge te verduidelijken op welke wijze de bepalingen van het voorontwerp met betrekking tot de overige personen die geacht worden de Gegevensbeschermingsautoriteit te vormen, op die leden toepasselijk zijn.

4. De afdeling Wetgeving van de Raad van State stelt vast dat, in de optiek van verordening 2016/679, de in te stellen Gegevensbeschermingsautoriteit meer lijkt te behoren tot de categorie van de “administratieve overheden”³⁵ en moeilijker in overeenstemming te brengen zou zijn met het statuut van “rechtscollege”. Dat laatste statuut zou, gelet op de vereisten van de Grondwet³⁶ en van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, bovendien meebrengen dat de algemene opzet van het voorontwerp zeer grondig gewijzigd zou moeten worden.³⁷

³⁴ Memorie van toelichting, 5, *sub art.* 3 ; 10, *sub art.* 7 ; 21, *sub art.* 31 ; 48, *sub art.* 95 ; 49, *sub art.* 99.

³⁵ De artikelen 58, lid 4, en 83 van verordening 2016/679 gaan uit van het postulaat dat de in te stellen instantie een administratieve overheid is en om die reden wordt in die artikelen bepaald dat de beslissingen van die instantie aan rechterlijke toetsing onderworpen moeten kunnen worden. De jurisdictionele aard van de nationale toezichthoudende autoriteit zou, overigens, moeilijk bestaandbaar zijn met de verplichtingen qua samenwerking die aan haar worden opgelegd bij artikel 60 van de verordening.

³⁶ Gelet op de in deze fase hypothetische aard van het ontwerp zal de afdeling Wetgeving van de Raad van State zich niet uitspreken over de vraag of bevoegdheden die bij het ontwerp aan de geschillenkamer worden toegekend, ten dele ressorteren onder de geschillenbeslechting betreffende “burgerlijke rechten”, in welk geval, overeenkomstig artikel 144, eerste lid, van de Grondwet, de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde de enige rechtscolleges zouden zijn die daarvan kennis zouden mogen nemen.

³⁷ Als de geschillenkamer uiteindelijk beschouwd zou worden als een “rechtscollege”, zou het niet in overeenstemming zijn met artikel 146 van de Grondwet en artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens om het aan Gegevensbeschermingsautoriteit zelf over te laten essentiële aspecten van haar eigen werking te regelen (vgl. evenwel met de artikelen 11 en 32, § 3, van het voorontwerp), die immers geregeld zouden moeten worden bij de wet zelf: zie inzonderheid advies 51.130/AV, dat op 19 april en 22 mei 2012 verstrekt is over een voorstel dat geleid heeft tot het decreet van het Vlaams Gewest van 6 juli 2012 ‘houdende wijziging van diverse bepalingen van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, wat de Raad voor Vergunningsbetwistingen betreft’.

5. In de veronderstelling dat de voorkeur wordt gegeven aan de optie om van de geschillenkamer een “administratieve overheid” te maken, zullen in het voorontwerp, bovenop de aanpassingen die nodig zijn om de eenduidigheid en de samenhang ervan te waarborgen, de twee volgende wijzigingen aangebracht moeten worden.

De eerste wijziging betreft de beroepen tegen de beslissingen van de inspectiedienst.

Bij artikel 68 van het voorontwerp wordt aan die dienst immers de bevoegdheid toegekend een hele reeks voorlopige maatregelen te treffen, zoals de voorlopige opschorting, beperking of bevrozing van de verwerking van gegevens. Bij artikel 88 wordt aan die dienst dan weer de bevoegdheid toegekend om de verzegeling of de inbeslagneming te bevelen van voorwerpen, documenten of informatiedragers gedurende maximaal 72 uur zonder de machtiging van een onderzoeksrechter. De artikelen 69 en 89 van het voorontwerp bieden de mogelijkheid om bij de geschillenkamer beroep in te stellen tegen die maatregelen waarbij de rechten en vrijheden ingeperkt worden. Als geconcludeerd dient te worden dat die geschillenkamer geen rechtscollège maar wel een administratieve overheid is, rijst de vraag of de ingevoerde regeling wel in overeenstemming is met het vereiste van artikel 58, lid 4, van verordening 2016/679. Dat artikel luidt immers als volgt:

“Op de uitoefening van de bevoegdheden die uit hoofde van dit artikel aan de toezichthoudende autoriteit worden verleend, zijn passende waarborgen van toepassing, daaronder begrepen doeltreffende voorziening in rechte en eerlijke rechtsbedeling [...]”

Artikel 110 van het voorontwerp voorziet weliswaar in een beroep bij het Marktenhof tegen de beslissingen van de geschillenkamer, maar daarbij wordt niet gepreciseerd of de “beslissingen” in kwestie alleen die zijn welke bedoeld worden in de artikelen 102 en 103 van het voorontwerp dan wel of ze eveneens de beslissingen omvatten welke de geschillenkamer geacht wordt te nemen op grond van de voornoemde artikelen 69 en 89 in het raam van een “beroep” tegen de door de inspectiedienst bevolen maatregelen. Het voorontwerp moet op dat punt verduidelijkt worden. Er dient overigens op toegezien te worden dat het jurisdictioneel beroep dat aldus mogelijk gemaakt wordt garanties voor een voldoende snelle behandeling biedt, bij gebreke waarvan dat beroep, gelet op de aard van de maatregelen in kwestie, niet als een “daadwerkelijk rechtsmiddel” beschouwd zal kunnen worden.

De tweede aan te brengen wijziging betreft die welke voortvloeit uit de toepassing van de beginselen die het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn arrest-*Schrems*³⁸ naar voren geschoven heeft. Gelet op de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie om zich uit te spreken over de geldigheid van uniale instrumenten, eist het Hof dat, als de toezichthouder bij het behandelen van een klacht twijfels zou hebben bij de geldigheid van adequaatsheidsbesluiten

opmerking 6.2, alsook advies 53.000/AV, dat op 22 april 2013 verstrekt is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 1 december 2013 ‘tot hervorming van de gerechtelijke arrondissementen’, opmerking 6.2 en geciteerde referenties. Het is voorts niet conform artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens dat een rechter afgezet zou kunnen worden als, die beslissing niet valt onder het toezicht door een instantie die ten opzichte van de uitvoerende en de wetgevende macht onafhankelijke is (vgl. evenwel met artikel 44, § 1, eerste lid, van het ontwerp): Zie inzonderheid EHRM (GK), 23 juni 2016, *Baka t. Hongarije*, § 121.

³⁸ HvJ 6 oktober 2015, C-362/14.

van de Europese Commissie,³⁹ die kwestie versneld aan het Hof kan worden voorgelegd, waarbij de normale procesautonomie van de lidstaten bij de uitvoering van het Europees recht aan de kant wordt geschoven:

“59. Een verzoek in de zin van artikel 28, lid 4, van richtlijn 95/46 waarbij, zoals in het hoofdgeding, een persoon van wie de persoonsgegevens naar een derde land zijn of zouden kunnen worden doorgegeven, stelt dat het recht en de praktijk in dat land in weerwil van een door de Commissie krachtens artikel 25, lid 6, van deze richtlijn vastgestelde beschikking geen waarborgen voor een passend beschermingsniveau bieden, moet in wezen zo worden opgevat dat daarmee de verenigbaarheid van die beschikking met het recht op een privéleven en de grondrechten en fundamentele vrijheden van personen aan de orde wordt gesteld.

60. In dat verband moet worden herinnerd aan de vaste rechtspraak van het Hof dat de Unie een door het recht beheerste unie is waarin de handelingen van de instellingen met name aan de Verdragen, de algemene rechtsbeginselen en de grondrechten worden getoetst (zie in die zin arresten Commissie e.a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, EU:C:2013:518, punt 66; Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad, C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 91, en Telefónica/Commissie, C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 56). De krachtens artikel 25, lid 6, van richtlijn 95/46 vastgestelde beschikkingen van de Commissie kunnen dus niet aan die toetsing ontsnappen.

61. Dit in aanmerking nemend, is het Hof als enige bevoegd om de ongeldigheid van een handeling van de Unie, zoals een krachtens artikel 25, lid 6, van richtlijn 95/46 vastgestelde beschikking van de Commissie, vast te stellen, waarbij de exclusiviteit van die bevoegdheid ertoe strekt de rechtszekerheid te waarborgen door het verzekeren van de uniforme toepassing van het Unierecht (zie arresten Melki en Abdeli, C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 54, en CIVAD, C-533/10, EU:C:2012:347, punt 40).

62. Hoewel het juist is dat de nationale rechters de geldigheid van een Uniehandeling, zoals een krachtens artikel 25, lid 6, van richtlijn 95/46 vastgestelde beschikking van de Commissie, mogen onderzoeken, zijn zij echter niet bevoegd om zelf de ongeldigheid van een dergelijke handeling vast te stellen (zie in die zin arresten Foto-Frost, 314/85, EU:C:1987:452, punten 15-20, en IATA en ELFAA, C-344/04, EU:C:2006:10, punt 27). *A fortiori* zijn ook de nationale toezichthoudende autoriteiten niet bevoegd om in het kader van een onderzoek van een verzoek in de zin van artikel 28, lid 4, van deze richtlijn, inzake de verenigbaarheid van een krachtens artikel 25, lid 6, van de richtlijn vastgestelde beschikking van de Commissie met de bescherming van het privéleven en de grondrechten en fundamentele vrijheden van personen, zelf de ongeldigheid van een dergelijke beschikking vast te stellen.

63. Daaruit volgt dat wanneer een persoon van wie de persoonsgegevens zijn of zouden kunnen worden doorgegeven naar een derde land dat voorwerp is van een krachtens artikel 25, lid 6, van richtlijn 95/46 vastgestelde beschikking van de Commissie, zich tot een nationale toezichthoudende autoriteit wendt met een verzoek met betrekking tot de bescherming van zijn rechten en vrijheden in verband met de verwerking van die gegevens en met dat verzoek, zoals in het hoofdgeding, bestrijdt dat die beschikking verenigbaar is met de bescherming van het privéleven en de grondrechten en fundamentele vrijheden van personen, het aan die autoriteit staat om bedoeld verzoek met de nodige voortvarendheid en zorgvuldigheid te onderzoeken.

64. In het geval dat die autoriteit tot de conclusie komt dat de gegevens die ter ondersteuning van dat verzoek zijn overgelegd, grondslag missen en het verzoek daarom

³⁹ Zie artikel 45 van verordening 2016/679.

afwijst, moeten voor de indiener van dit verzoek de beroepswegen openstaan waarmee hij tegen deze voor hem nadelige beschikking kan opkomen voor de nationale rechters, zoals volgt uit artikel 28, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 95/46, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest. Gelet op de in de punten 61 en 62 van dit arrest aangehaalde rechtspraak, zijn de nationale rechters, wanneer zij van oordeel zijn dat een of meer door partijen aangevoerde of, in voorkomend geval, ambtshalve opgeworpen middelen van ongeldigheid van een handeling van de Unie gegrond zijn, verplicht de behandeling van de zaak te schorsen en bij prejudiciële verwijzing het Hof te verzoeken om beoordeling van de geldigheid (zie in die zin arrest *T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie*, C-456/13 P, EU:C:2015:284, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65. In het tegenovergestelde geval, wanneer bedoelde autoriteit van mening is dat de grieven van de persoon die zich tot haar heeft gewend met een verzoek met betrekking tot de bescherming van zijn rechten en vrijheden in verband met de verwerking van zijn persoonsgegevens, gegrond zijn, moet deze autoriteit ingevolge artikel 28, lid 3, eerste alinea, derde streep, van richtlijn 95/46, gelezen in samenhang met artikel 8, lid 3, van het Handvest, in rechte kunnen optreden. In dat verband staat het aan de nationale wetgever om in beroepsgangen te voorzien waarmee bedoelde autoriteit de grieven die zij gegrond acht aan de nationale rechter kan voorleggen, zodat die laatste, wanneer hij de twijfel ten aanzien van de geldigheid van de beschikking van de Commissie deelt, de vraag naar de geldigheid van die beschikking prejudicieel kan verwijzen.”⁴⁰

Indien geconcludeerd wordt dat de geschillenkamer geen “rechterlijke instantie” maar wel een administratieve overheid is, zal ze zelf geen geldige prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie kunnen voorleggen op grond van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.⁴¹ In dat geval zou er een andere procedure ingevoerd moeten worden die aansluit bij punt 65 van het voornoemde arrest-Schrems, “zodat [de betrokken rechterlijke instanties], wanneer [zij] de twijfel ten aanzien van de geldigheid van de beschikking van de Commissie [delen], de vraag naar de geldigheid van die beschikking prejudicieel [kunnen] verwijzen”.

Afdeling III. De problemen die het voorontwerp doet rijzen wat betreft de invoeging ervan in de bestaande wetgeving en de waarborgen die het moet bieden inzake het recht op eerbiediging van het privéleven

1. Artikel 4 van het voorontwerp bepaalt dat de “Gegevensbeschermingsautoriteit” “de competenties, taken en bevoegdheden op zich [neemt] die aan de toezichthoudende autoriteit worden toegekend door de Verordening 2016/679.”

Artikel 111 van het voorontwerp, zijnerzijds, strekt tot opheffing van de hoofdstukken VII en VIIbis van de wet van 8 december 1992, namelijk van de bepalingen die strekken tot oprichting van respectievelijk de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de sectorale comités. Ten slotte wordt in artikel 114, tweede lid, de “Gegevensbeschermingsautoriteit” aangewezen “als rechtsopvolger van de Commissie voor de

⁴⁰ HvJ 6 oktober 2015, C-362/14, *Schrems*.

⁴¹ Voor een overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot het begrip “rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU en de onderliggende systematiek, zie K. LENAERTS, I. MASELIS en K. GUTMAN; J.T. Nowak (ed.), *EU Procedural Law*, Oxford, OUP, 2014, 3.08 e.v.

bescherming van de persoonlijke levenssfeer” en wordt daarin bepaald dat die autoriteit “deze klachten of verzoeken verder [kan] afhandelen volgens de procedure van toepassing voor de inwerkingtreding van deze wet.”

Het materieel toepassingsgebied van verordening 2016/679 is evenwel minder ruim dan dat van de wet van 8 december 1992. In artikel 2, leden 1 en 2, van de verordening wordt haar materieel toepassingsgebied immers als volgt omschreven:

“1. Deze verordening is van toepassing op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking, alsmede op de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.

2. Deze verordening is niet van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens:

a) in het kader van activiteiten die buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen;

b) door de lidstaten bij de uitvoering van activiteiten die binnen de werkingssfeer van titel V, hoofdstuk 2, VEU vallen;

c) door een natuurlijke persoon bij de uitoefening van een zuiver persoonlijke of huishoudelijke activiteit;

d) door de bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, met inbegrip van de bescherming tegen en de voorkoming van gevaren voor de openbare veiligheid.”

2. Afgezien van het hierboven in lid 2, c), beschreven geval waarin de verordening niet van toepassing is, wordt bij de wet van 8 december 1992 de in lid 2, a),⁴² b) en d) bedoelde verwerking van persoonsgegevens hoe dan ook niet onttrokken aan de bevoegdheid van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, ook al wordt in die wet voorgeschreven dat een aantal materiële bepalingen niet van toepassing zijn op bepaalde vormen van gegevensverwerking die volledig of gedeeltelijk vermeld worden in lid 2, b) en d).

⁴² In richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens’ werd de verwerking van gegevens met het oog op de uitoefening van niet binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende activiteiten weliswaar ook uitgesloten van de werkingssfeer van die richtlijn, maar het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in zijn arrest-Lindqvist (C-101/01 van 6 november 2003) een bijzonder beperkende interpretatie gegeven aan het begrip “niet binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende activiteiten” (zie inzonderheid de paragrafen 37 tot 45 van dat arrest). Ook al zou het Hof van Justitie, ondanks de wijziging van de rechtsgrond van de Europese wetgeving (artikel 114 VWEU voor richtlijn 95/46/EG en artikel 16 VWEU voor verordening 2016/679), een even beperkende interpretatie geven aan artikel 2, lid 2, a), zullen er desondanks soorten gegevensverwerking blijven bestaan die buiten het toepassingsgebied van die verordening vallen en waarvoor de wetgever moet voorzien in materiële, procedurele en institutionele bepalingen tot regeling van die soorten gegevensverwerking die een beperking inhouden en van het recht op eerbiediging van het privéleven, dat verankerd is in artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Op de vraag of de bevoegdheden van de “Gegevensbeschermingsautoriteit” niet uitgebreid zouden moeten worden tot de aangelegenheden die wel onder de wet van 8 december 1992 maar niet onder de verordening vallen, zoals bij artikel 58, lid 6, van de verordening⁴³ mogelijk gemaakt wordt, heeft de gemachtigde van de staatssecretaris het volgende geantwoord:

“Ce projet de loi ne vise que de réformer la Commission vie privée pour pouvoir répondre aux exigences du GDPR. Le champ d’application de la loi vie privée actuelle et plus particulièrement son article 3 sera traité dans le cadre d’une prochaine initiative législative. En effet, nous sommes en train de rédiger un projet de loi-cadre qui devra substituer la loi vie privée afin de pouvoir y intégrer le champ d’application non-prévu par le GDPR ainsi que de transposer la directive 2016/680. Dans ce contexte les compétences de l’Autorité de protection de données seront encore étendues pour couvrir certaines parties de ce champ d’application.”

3. Er is geen reden om bepalingen die intrinsiek onderling een nauwe samenhang vertonen elk apart in twee afzonderlijke ontwerpen op te nemen. Het is immers ondenkbaar de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zelfs louter met betrekking tot de binnen het toepassingsgebied van verordening 2016/679 vallende soorten gegevensverwerking, te vervangen door de “Gegevensbeschermingsautoriteit” als niet tegelijkertijd wijzigingen aangebracht worden in andere bepalingen van de wet van 8 december 1992 waarin eveneens verwezen wordt naar de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (bijvoorbeeld artikel 13) of waarbij aan andere instanties bevoegdheden en competenties verleend worden die geheel of gedeeltelijk identiek zijn aan de bevoegdheden en competenties die aan de Gegevensbeschermingsautoriteit toegekend zullen worden. Dat is bijvoorbeeld onder meer het geval wat betreft de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg die uitspraak doet in het kader van de vordering tot staking bedoeld in artikel 14 van de wet van 8 december 1992.

Gesteld zelfs dat die beide wetsontwerpen tegelijkertijd bij de Kamer van volksvertegenwoordigers ingediend zouden worden om samen onderzocht te worden en dat de wetten die uiteindelijk aangenomen worden, zouden bepalen dat ze gelijktijdig in werking treden,⁴⁴ leidt de gevolgde werkwijze er hoe dan ook toe dat het voor de afdeling Wetgeving van

⁴³ Zie ook artikel 41, lid 3, van richtlijn 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad’ waarin het volgende gesteld wordt: “3. De lidstaten kunnen bepalen dat een toezichthoudende autoriteit die overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679 is opgericht, de in deze richtlijn bedoelde toezichthoudende autoriteit is en verantwoordelijk is voor de taken van de toezichthoudende autoriteit die overeenkomstig lid 1 van dit artikel moet worden opgericht.”

⁴⁴ Doordat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de ontworpen wet opgeheven wordt terwijl de taken die zij uitoefende en die niet binnen het toepassingsgebied van verordening 2016/679 vallen niet toevertrouwd worden aan de Gegevensbeschermingsautoriteit die bij het voorliggende voorontwerp ingesteld wordt en geen wijziging aangebracht wordt in de andere bepalingen van de wet van 8 december 1992 die slechts toegepast kunnen worden door toedoen van de Commissie, zou een juridisch vacuüm ontstaan ingeval de ontworpen wet in werking zou treden vóór het andere wetgevend initiatief waarnaar de gemachtigde verwezen heeft. Door dat juridisch vacuüm, dat er toe leidt dat bij de verwerking van persoonsgegevens die niet binnen het toepassingsgebied van de Europese verordening zou vallen, de betrokken personen geen bescherming van hun privéleven meer zouden genieten, zou niet voldaan worden aan de positieve verplichting, afgeleid uit artikel 22 van de Grondwet en artikel 8

de Raad van State niet mogelijk is om de samenhang en de volledigheid na te gaan van de wetgeving die in het vooruitzicht gesteld wordt teneinde ervoor te zorgen dat verordening 2016/679 toegepast wordt en het recht op eerbiediging van het privéleven op correcte wijze in acht genomen wordt in het licht van de verwerking van persoonsgegevens die buiten het toepassingsgebied van die verordening valt.

Bij de ontworpen wet moeten eveneens wijzigingen aangebracht worden in de bepalingen waarbij thans in andere wetten dan de wet van 8 december 1992 taken toevertrouwd worden aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Zoals inzonderheid bij het lezen van advies nr. 21/2017, dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer op 3 mei 2017 uit eigen beweging uitgebracht heeft over het voorliggende voorontwerp, blijkt, doet dit voorontwerp naast de kwesties die in de voorgaande algemene opmerkingen behandeld zijn ook vele andere problemen rijzen, die onder meer betrekking hebben op de verenigbaarheid en de samenhang ervan met verordening 2016/679, op de duidelijkheid van het dispositief, op de onafhankelijkheid van de instelling, op de inoverwegingneming van het principieel verbod om reeds in de Europese verordening vervatte regels over te nemen, aangezien een verordening rechtstreeks toepasselijk is, op de inpassing van de dwingende Europese voorschriften op het gebied van internationale samenwerking, op het op zijn minst gedeeltelijk door elkaar halen van de taken van de “vervolgende” en “rechtsprekende” instanties, die respectievelijk de binnen de Gegevensbeschermingsautoriteit opgerichte inspectiedienst en geschillenkamer zijn, op de functie van de “ombudsman”, enz.

Zo bijvoorbeeld dienen, inzonderheid in verband met de rol van de ombudsman in de in het voorontwerp vervatte procedures, de volgende kwesties verduidelijkt te worden. Hoewel de ombudsman volgens artikel 7 van het voorontwerp geen volwaardig orgaan van de Gegevensbeschermingsautoriteit is, wordt in artikel 12 niettemin gesteld dat het directiecomité samengesteld is uit onder andere “de ombudsman van de gegevensbescherming”, en niet uit “een ombudsman van de gegevensbescherming”, wat de indruk zou wekken dat de laatstgenoemde een bijzonder statuut heeft dat hem onderscheidt van de andere in die bepaling opgesomde commissarissen,⁴⁵ en heeft hij luidens artikel 21 een leidinggevende functie hoewel hij niet het statuut van een orgaan heeft. Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in haar advies 21/2017 opmerkt, bevindt de ombudsman zich aldus in een onduidelijke positie en vervult hij een hybride functie.

van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, die erin bestaat dat aan iedereen het recht op bescherming van zijn privéleven gewaarborgd dient te worden.

⁴⁵ Volgens de bespreking van artikel 12 is de ombudsman die bij het voorontwerp ingesteld wordt “geen lid van het College van federale ombudsmannen ingesteld bij de wet van 22 maart 1995 tot instelling van de federale ombudsmannen”.

De steller van het voorontwerp dient de tekst grondig te herzien en hem inhoudelijk aan te vullen in het licht van de belangrijke algemene opmerkingen die hiervoor gemaakt zijn, waardoor hij eveneens rekening zal kunnen houden met de door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geformuleerde opmerkingen, waarna de tekst opnieuw om advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd zal moeten worden om haar in staat te stellen daaraan een volledig en relevant onderzoek te wijden.

Dit voorontwerp wordt dan ook niet nader onderzocht.

LE GREFFIER EN CHEF –
DE HOOFDGRIFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT –
DE EERSTE VOORZITTER

Gregory DELANNAY

Yves KREINS