CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 63.192/2
du 19 avril 2018

sur

un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 63.192/2
van 19 april 2018

over

een voorontwerp van wet 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens'

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Le 20 mars 2018, 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, sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 19 avril 2018. 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 Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE, auditeur. Élise DEGRAVE, appelée en qualité d'expert sur la base de l'article 82 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, a également présenté un rapport.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT et Wanda VOGEL.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 19 avril 2018.

*

Op 20 maart 2018 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 en Volksgezondheid verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 19 april 2018. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Wanda VOGEL, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pauline LAGASSE, auditeur. Élise DEGRAVE, die als expert opgeroepen is op grond van artikel 82 van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerde op 12 januari 1973, heeft eveneens verslag uitgebracht.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT en Wanda VOGEL.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 19 april 2018.

*

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, 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.

OBSERVATIONS PRÉALABLES

1. La section de législation du Conseil d'État, saisie d'une demande d'avis fixant le délai d'examen à trente jours, n'a pas été en mesure de solliciter du demandeur d'avis une prolongation de ce délai, ce qui aurait été indispensable en raison de l'importance quantitative et qualitative de l'avant-projet faisant l'objet du présent avis.

Cette impossibilité résulte de ce qu'en vertu de l'article 63, paragraphe 1, de la directive (UE) n° 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', transposée par le titre 2 de l'avant-projet, la loi en projet doit être adoptée et publiée pour le 6 mai 2018 en principe mais surtout qu'en vertu de l'article 99, paragraphe 2, alinéa 1er, du règlement (UE) n° 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 (règlement général sur la protection des données)' (ci-après : « le RGPD »), ce règlement est « applicable à partir du 25 mai 2018 », cette applicabilité étant directe et nécessitant non pas des mesures de transposition mais des mesures d'exécution qu'il est indispensable d'adopter sans rétroactivité en manière telle que, comme le prévoit l'article 283 de l'avant-projet (sauf pour le titre 2 de l'avant-projet), il entre en vigueur à cette même date du 25 mai 2018. Il est même constaté que, s'agissant notamment du titre 2 de l'avant-projet, son entrée en vigueur est fixée par le même article 283 de l'avant-projet au 6 mai 2018.

Dans ce très bref délai, la section de législation n'a pu se livrer à un examen exhaustif de l'avant-projet, au regard spécialement de sa compatibilité avec le droit au respect de la vie privée, le RGPD et la directive n° 2016/680.

De même, lorsque des observations sont formulées, elles ne signifient pas que tous les aspects juridiques des questions posées aient pu être pris en compte. Ceci concerne tout particulièrement, mais pas exclusivement, l'examen de l'importante question de l'admissibilité, au regard des conditions précises qui sont énoncées par l'article 23 du RGPD, des limitations apportées par l'avant-projet, aux obligations et aux droits prévus aux articles 12 à 22, 34 et 5 du même règlement et de la praticabilité du mécanisme prévu par l'article 2, alinéas 1er et 2, de

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

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

l'avant-projet, dont il résulte que le titre 1 de celui-ci et le RGPD seront d'application aux traitements de données à caractère personnel ne tombant pas dans le champ d'application des titres 1 à 4 de l'avant-projet. De même, toujours à titre exemplatif, l'article 4 de l'avant-projet, qui énonce les facteurs de rattachement territoriaux commandant l'application de la loi en projet, mériterait une analyse, qu'il n'a pas été possible de mener pour les motifs exposés ci-avant.

Dans le même ordre d'idées, le fait que certaines observations se réfèrent à celles formulées par la Commission de la protection de la vie privée dans son substantiel avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 ne signifie pas que l'absence de référence à d'autres observations de cet avis exprimerait nécessairement un désaccord sur celles-ci.

C'est sous ces réserves que le présent avis est donné, la section de législation ne pouvant que regretter qu'alors que le RGPD et la directive n° 2016/680 ont été publiés au *Journal officiel de l'Union européenne* le 4 mai 2016, elle n'ait pu disposer de davantage de temps pour donner son avis sur cet avant-projet, pourtant fondamental au regard de l'effectivité du droit au respect de la vie privée garanti notamment par l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme [1].

2. L'examen par la section de législation n'a en outre pas été facilité par le caractère formellement inabouti de l'avant-projet.

Celui-ci comporte encore de nombreuses erreurs, notamment quant à la concordance entre le texte français et le texte néerlandais, ainsi que dans les renvois internes, qui visiblement n'ont pas été systématiquement revus lors de l'élaboration des versions successives de l'avant-projet.

Les règles de légistique formelle sont également souvent méconnues.

Enfin, le commentaire des articles est tout autant déficient, certaines dispositions en étant totalement dépourvues.

La section de législation n'a pas disposé du temps nécessaire et n'a donc pu relever toutes les imperfections formelles de l'avant-projet, qui nuisent à sa bonne compréhension. À titre illustratif, certaines de ces imperfections sont relevées en observations finales du présent avis. Il appartiendra à son auteur de revoir entièrement et scrupuleusement celui-ci avant de le déposer devant la Chambre des représentants.

[1] Dans son avis du 11 avril 2018, la Commission de la protection de la vie privée dit aussi « regrette[r] de devoir donner son avis sur un texte d'une telle ampleur et importance pour l'encadrement des données à caractère personnel dans un délai extrêmement court » (§ 6) (lorsque, dans la suite du présent avis, il est question de celui de la Commission de la protection de la vie privée, ce sera à cet avis qu'il sera renvoyé).

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Le droit au respect de la vie privée

1. Comme l'a encore récemment rappelé la Cour constitutionnelle [2], s'agissant du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la portée de l'article 8 de la Convention est analogue à celle de la disposition constitutionnelle précitée, de sorte que les garanties que fournissent ces deux dispositions forment un ensemble indissociable.

Les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ont, en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union, une portée analogue à celle de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 22 de la Constitution. Il en va de même de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Le droit au respect de la vie privée, tel qu'il est garanti par les dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées, a pour but essentiel de protéger les personnes contre les ingérences dans leur vie privée. Ce droit a une portée étendue et englobe notamment la protection des données à caractère personnel et des informations personnelles.

À cet égard et en ce qui concerne les domaines d'application en dehors de l'Union européenne, la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe 'pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel', qui lie l'État belge, impose également une série de garanties minimales à l'État belge.

2.1. Ce droit n'est cependant pas absolu. Il n'exclut pas toute ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée mais il est requis qu'elle soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle réponde à un besoin social impérieux dans une société démocratique et qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. Ces dispositions engendrent de surcroît l'obligation positive, pour l'autorité publique, de prendre des mesures qui assurent le respect effectif de la vie privée, même dans la sphère des relations entre les individus.

2.2. En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur.

[2] C.C., 14 juillet 2016, n° 108/2016, B.7 à B.13 ; 15 mars 2018, n° 29/2018, B.9 à B.15.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

2.3. Outre l'exigence de légalité formelle, l'article 22 de la Constitution impose également que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée soit définie en des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles le législateur autorise une pareille ingérence.

De même, l'exigence de prévisibilité à laquelle la loi doit satisfaire pour être jugée conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme implique que sa formulation soit assez précise pour que chacun puisse – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – prévoir, à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences d'un acte déterminé. La législation doit donner à chacun une indication suffisante sur les circonstances dans lesquelles et à quelles conditions elle habilite la puissance publique à recourir à des mesures affectant les droits protégés par la Convention. Plus particulièrement, lorsque l'intervention de l'autorité présente un caractère secret, la loi doit offrir des garanties suffisantes contre les ingérences arbitraires dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, en délimitant le pouvoir d'appréciation des autorités concernées avec une netteté suffisante, d'une part, et en prévoyant des procédures qui permettent un contrôle effectif, d'autre part.

Il découle dès lors de l'article 8 de la Convention et de l'article 22 de la Constitution qu'il doit être prévu de manière suffisamment précise dans quelles circonstances un traitement de données à caractère personnel est autorisé. Le niveau requis de précision de la législation concernée – laquelle ne peut du reste parer à toute éventualité – dépend notamment, selon la Cour européenne des droits de l'homme, du domaine qu'elle est censée couvrir et du nombre et de la qualité de ses destinataires. Ainsi, cette Cour a jugé que l'exigence de prévisibilité dans des domaines liés à la sécurité nationale ne pouvait avoir la même portée que dans d'autres domaines [3].

2.4. Une ingérence des pouvoirs publics dans l'exercice du droit au respect de la vie privée doit non seulement reposer sur une disposition législative suffisamment précise mais aussi reposer sur une justification raisonnable et être proportionnée aux buts poursuivis par le législateur, qui dispose en la matière d'une marge d'appréciation. Cette marge n'est toutefois pas illimitée : pour qu'une norme soit compatible avec le droit au respect de la vie privée, il faut que le législateur ait établi un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause.

En ce qui concerne la proportionnalité, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne tiennent compte de l'existence ou non, dans la réglementation visée, des garanties matérielles et procédurales. Pour juger du caractère proportionné de mesures relatives au traitement de données à caractère personnel, il convient de tenir compte notamment de leur caractère automatisé, des techniques utilisées, de la précision, de la pertinence et du caractère excessif ou non des données traitées, de l'existence ou de l'absence de mesures qui limitent la durée de conservation des données, de l'existence ou de l'absence d'un système de contrôle indépendant permettant de vérifier si la conservation des données est encore requise, de la présence ou de l'absence de droits de contrôle et de voies de recours suffisants pour les personnes concernées, de la présence ou de l'absence de garanties visant à éviter la stigmatisation des personnes dont les données sont traitées, du caractère distinctif de la

[3] Cour eur. D.H., arrêt *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 51; arrêt *Lupsa c. Roumanie*, 4 juillet 2006, § 33.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

réglementation et de la présence ou de l'absence de garanties visant à éviter l'usage inapproprié et abusif, par les services publics, des données à caractère personnel traitées.

3. En l'espèce, le droit au respect de la vie privée est au cœur de l'avant-projet soumis à la section de législation. C'est donc au regard des principes qui viennent d'être rappelés que l'avant-projet a été examiné.

B. Le régime juridique des autorités de contrôle

1.1. L'article 4 de la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données' a pour objet de déterminer, en principe, quelles sont, en droit belge, les autorités de contrôle des traitements de données à caractère personnel.

Il s'agit, en règle, de l'« Autorité de protection des données » instituée par l'article 3, alinéa 1er, de cette loi auprès de la Chambre des représentants, qui, en vertu de l'alinéa 2 cette disposition, succède à la Commission de la protection de la vie privée. Elle est définie par l'article 2, 1°, de cette loi comme étant « l'Autorité de contrôle des traitements de données à caractère personnel ».

L'article 4, § 2, alinéa 1er, de la même loi dispose que « [l]e contrôle organisé par [cette] loi ne porte pas sur les traitements effectués par les cours et tribunaux ainsi que le ministère public dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle », le Roi pouvant, en vertu de l'alinéa 2 de cet article 4, § 2, « désigner d'autres autorités pour autant qu'elles traitent des données à caractère personnel dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle ».

Quant aux services de police, l'article 4, § 2, alinéa 3, de la même loi prévoit un régime dérogatoire : « les compétences, missions et pouvoirs d'autorité de contrôle tels que prévus par le [RGPD] sont exercés par l'Organe de contrôle de l'information policière visé à l'article 44/6, § 1er, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ». L'article 280 de l'avant-projet à l'examen complète et « clarifie », selon son commentaire, cette dernière disposition pour confier également à cet Organe le contrôle du « service d'enquête du Comité permanent des services de police, tel que visé à l'article 16 de la loi organique du contrôle des services de police et de renseignement et de l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace du 18 juillet 1991 et [de] l'Inspection générale de la police fédérale et de la police locale, tel que visé à l'article 2 de la loi du 15 mai 2007 sur l'Inspection générale et portant des dispositions diverses relatives au statut de certains membres des services de police ».

Il en résulte que, sauf si une loi prévoit un régime dérogatoire, c'est l'« Autorité de protection des données » instituée par l'article 3, alinéa 1er, de la loi du 3 décembre 2017 qui doit être considérée comme étant « l'autorité de contrôle » au sens de l'avant-projet à l'examen.

1.2. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la notion d'« autorité de contrôle compétente » au sein de nombreuses dispositions du titre 1 de l'avant-projet.

En droit strict, cette méthode n'est pas incorrecte.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

S'agissant des services de police, du service d'enquête du Comité permanent des services de police et de l'Inspection générale de la police fédérale et de la police locale, la loi en projet, sans autre précision sur ce point, pourrait également être lue en combinaison avec l'article 4, § 2, alinéa 3, de la loi du 3 décembre 2017, ce qui suffirait à soumettre ces services et institutions au contrôle de l'Organe de contrôle de l'information policière.

La méthode suivie par le titre 2 de l'avant-projet est toutefois différente.

En effet, ce titre 2 :

– propose à l'article 31, 15°, une définition de la notion d'« autorité de contrôle » comme étant « l'autorité publique indépendante chargée par la loi de surveiller l'application du présent titre, afin de 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 européenne » ;

– crée à l'article 73, § 1er, « une autorité de contrôle indépendante de l'information policière, dénommé Organe de contrôle de l'information policière », dont, selon le paragraphe 3 de la même disposition, « [l]a composition, le statut de ses membres, ses missions, ses compétences ainsi que son financement sont réglés dans le titre 7 » ;

– énumère à l'article 73, § 1er, aliéna 3, les attributions générales de cet Organe à l'égard des services de police, du service d'enquête du Comité permanent de contrôle des services de police, de l'Inspection générale de la police fédérale et de la police locale et de l'Unité d'information des passagers, par référence notamment à l'article 31, 15°, de l'avant-projet, des dispositions du titre 1, chapitre 4, section 2, applicables aux services de police, à l'article 4, § 2, de la loi du 3 décembre 2017 et à l'article 44/6 de la loi sur la fonction de police, tout en réservant la possibilité, « par ou en vertu d'autres lois », de lui assigner « toute autre mission ».

En écho à cet article 73, l'avant-projet consacre un titre 7 à l'Organe de contrôle de l'information policière, qui règle la composition et le statut de ses membres et de son service d'enquête, ses missions, ses compétences et celles de ses membres et des membres de son service d'enquête, ainsi que son financement.

Cette méthode présente le mérite de la clarté normative sur une question, le contrôle du traitement des données à caractère personnel, essentielle à l'effectivité du droit au respect de la vie privée, spécialement lorsque les intéressés n'ont pas un accès direct aux données qui les concernent.

Elle aboutit toutefois à faire figurer dans deux lois différentes, celle du 3 décembre 2017 et celle en projet, un dispositif à objet identique, à savoir celui de l'identification de l'autorité de contrôle pour les services de police, le service d'enquête du Comité permanent de contrôle des services de police et l'Inspection générale de la police fédérale et de la police locale.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Il conviendrait donc d'abroger l'article 4, § 2, alinéa 3, de la loi du 3 décembre 2017, devenu inutile en raison des dispositions énoncées ci-dessus de l'avant-projet consacrées à l'Organe de contrôle de l'information policière [4].

Il faudrait alors revoir l'article 4 de cette loi pour réserver de manière générale les cas où des lois particulières contiennent des dispositifs créant d'autres autorités de contrôle des traitements de données à caractère personnel, l'Autorité de protection des données créée par l'article 3 de cette loi ayant pour vocation, comme pour la plupart des dispositions du titre 1 de l'avant-projet à l'examen, d'apparaître comme étant l'autorité de droit commun en la matière.

1.3. Pareille manière de procéder donnerait tout son sens à la méthode utilisée pour le titre 3 de l'avant-projet, consacré au traitement des données à caractère personnel par d'autres autorités que celles visées aux titres 1 et 2 de l'avant-projet, à savoir les services de renseignement et de sécurité (sous-titre 1), les forces armées (sous-titre 2), les autorités concernées par la loi du 11 décembre 1998 'relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité' (sous-titre 3), l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace (sous-titre 4) et l'Unité d'information des passagers (sous-titre 5).

Il n'y a pas, pour ces autorités, de dispositif comparable à celui énoncé par l'article 4, § 2, alinéa 3, de la loi du 3 décembre 2017.

Pour les services de renseignement et de sécurité, les autorités concernées par la loi du 11 décembre 1998 et l'Unité d'information des passagers, c'est le Comité permanent R qui est désigné comme autorité de contrôle [5]. Pour les forces armées, il s'agit de l'Organe de contrôle de l'information policière [6]. Pour l'Organe de coordination de l'analyse de la menace et ses sous-traitants, l'avant-projet désigne le Comité permanent R et le Comité permanent de contrôle des services de police [7].

L'articulation entre la loi du 3 décembre 2017 et celle en projet serait mieux assurée si la réserve évoquée à la fin de l'observation n° 1.2 était insérée dans la première de ces lois.

1.4. En tout état de cause, une définition ne doit en principe pas contenir des éléments à caractère normatif ou des indications quant à la raison d'être d'un dispositif.

[4] En ce cas, compte tenu également de l'article 73, § 1er, alinéa 3 (phrase introductive), de l'avant-projet, lu en combinaison avec l'article 31, § 1er, 7°, b), c) et d), de celui-ci, l'article 280 de l'avant-projet doit être omis.

[5] Pour les services de renseignement et de sécurité, voir les articles 74, § 2, 6°, et 97 ; pour les autorités concernées par la loi du 11 décembre 1998, voir les articles 108, § 2, 6°, et 130 ; pour l'Unité d'information des passagers, voir les articles 170, § 1er (lu en combinaison avec l'article 74, § 2, 6°), et186 (lu en combinaison avec l'article 97).

[6] Articles 73 (mention, dans la phrase liminaire du paragraphe 1er, alinéa 3, de l'article 31, § 1er, 7°, c)) et 107, 6° (lu en combinaison avec l'article 31, 15°).

[7] Articles 140, § 2, 5°, et 163.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Il conviendrait donc, à l'article 31, 15°, d'omettre les mots « afin de 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 européenne » et, aux articles 74, § 2, 6°, 108, § 2, 6°, et 140, § 2, 5°, d'omettre les mots « afin de protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard du traitement ».

La question se pose même de l'utilité de ces définitions et des références qui y sont faites par les articles 107, 6°, et 170, § 1er, et ce d'autant plus que ces dispositions se réfèrent à « la loi » sans autre précision. Elles ne peuvent remplacer l'élaboration d'une législation suffisamment claire quant à la possibilité, pour chaque cas de figure, d'identifier l'autorité de contrôle compétente sur la base d'une articulation transparente entre les compétences de l'Autorité de protection des données instituée par la loi du 3 décembre 2017 et les autres autorités de contrôle.

1.5. L'avant-projet sera revu à la lumière de ces observations de manière à mettre en place une législation qui, conformément aux exigences liées à la notion de « loi » au sens de l'article 8, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, soit suffisamment claire et prévisible pour les sujets de droit.

L'exposé des motifs s'expliquera en tout état de cause sur la méthode suivie et gagnerait à lister, en l'état actuel du droit, par catégories d'institutions et de services concernés par l'avant-projet, quelles sont les autorités de contrôle compétentes en indiquant chaque fois les dispositions législatives, voire réglementaires, actuellement pertinentes ou en projet.

2. Conformément à l'article 51, paragraphe 3, du RGPD,

> « 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 et de la cohérence visé à l'article 63 ».

En l'espèce, ainsi qu'il vient d'être exposé, il résulte de l'avant-projet (voir plus particulièrement son article 280) et de la loi du 3 décembre 2017 (voir plus particulièrement son article 4, § 2) que plusieurs autorités exerceront le rôle d'autorité de contrôle au sens du chapitre VI du RGPD.

De même, l'article 41, paragraphe 4, de la directive n° 2016/680/UE prévoit que,

> « lorsqu'un État membre institue plusieurs autorités de contrôle, il désigne celle qui représente ces autorités au comité [européen de la protection des données] visé à l'article 51 ».

En l'espèce, il résulte de l'avant-projet que plusieurs autorités exerceront le rôle d'autorité de contrôle au sens du chapitre VI de la directive.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

La désignation de l'autorité de contrôle qui représentera les autres autorités auprès du Comité européen de la protection des données doit être réglée par un accord de coopération. Il est renvoyé sur ce point à l'avis n° 61.267/2/AG donné le 27 juin 2017 sur l'avant-projet devenu la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données' [8].

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Titre préliminaire

Article 2

En indiquant aux alinéas 2 et 3 que le règlement « s'applique » ou ne « s'applique pas », le texte laisse à penser qu'un législateur national peut étendre ou restreindre le champ d'application d'un dispositif de droit européen dérivé, ce qui n'est pas admissible au regard de l'autonomie respective de l'ordre juridique européen et des ordres juridiques nationaux.

Il est en revanche loisible au législateur national de déclarer le règlement applicable par référence. Il prendra toutefois soin de ne pas rendre applicable les dispositions telles que les articles 61 et 62 du RGPD, qui n'ont pas vocation à s'appliquer en droit interne.

Article 3

L'article 3 doit être revu de manière à éviter qu'il soit lu comme réglant des situations sortant du cadre territorial pour lequel l'État belge est compétent, ce qui ressort notamment des mots « au sein de l'Union européenne ».

Article 5

Compte tenu de son champ d'application, le RGPD est directement applicable à l'égard du titre 1 de la loi en projet et constitue une norme supérieure dont le respect s'impose à l'État belge. En ce qui concerne ce titre 1, il ne peut dès lors pas être prévu que les définitions du RGPD s'appliquent « sans préjudice des définitions prévues dans la présente loi ».

[8] Observations générales, section I, II, C, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2648/001, p. 121.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Titre 1 – De la protection des personnes physiques a l'égard du traitement des données à caractère personnel

Article 6

Dès lors que l'article 2, alinéa 3, de l'avant-projet prévoit que « le [RGPD] ne s'applique pas aux traitements visés aux titres 2 et 3 de la présente loi » et que l'article 6 ne concerne, selon son énoncé même, que le titre 1 de l'avant-projet, il n'est pas nécessaire de préciser que c'est « à l'exception des traitements visés aux titres 2 et 3 » que le titre 1 exécute le RGPD.

Par ailleurs, celui-ci est exécuté non seulement par le titre 1 de l'avant-projet mais également par ses titres 4 à 8, lesquels devraient donc également préciser qu'ils exécutent notamment le RGPD.

Article 7

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que, compte tenu des critères de rattachement territoriaux de l'article 4, la disposition ne sera pas applicable aux traitements de données à caractère personnel d'enfants par des responsables de traitement établis dans d'autres États membres de l'Union européenne.

Article 8

1. L'article 8 est adopté sur la base de l'article 9, paragraphe 2, g), du RGPD, qui prévoit que l'interdiction du traitement des données sensibles mentionnées au paragraphe 1 de cette dernière disposition ne s'applique pas si la condition suivante est remplie :

> « g) le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public importants, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée ».

Conformément à cette disposition, l'État membre qui entend s'autoriser de cette disposition doit prévoir des « mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts » des personnes concernées.

S'agissant d'une dérogation à l'interdiction de principe du traitement des données à caractère personnel sensibles, de telles garanties revêtent une importance toute particulière.

En ce qui concerne les associations ou les établissements de défense et de promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les garanties sont actuellement prévues par l'article 6, § 2, k), de la loi du 8 décembre 1992 'relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel', qui impose une autorisation spécifique accordée par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres et pris après avis de la Commission de la protection de la vie privée.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

En ce qui concerne les associations et établissements d'évaluation, de guidance et de traitement des personnes dont le comportement sexuel peut être qualifié d'infraction, des garanties sont actuellement prévues par l'article 6, § 3, de la loi du 8 décembre 1992. Cette disposition impose (1) une autorisation individuelle accordée par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres et pris après avis de la Commission de la protection de la vie privée ; (2) l'autorisation doit préciser la durée de l'autorisation, les modalités de contrôle par l'autorité compétente et la façon dont celle-ci sera informée des traitements ; (3) la limitation du traitement aux données à caractère personnel concernant la vie sexuelle.

En ce qui concerne la « Fondation pour Enfants Disparus et Sexuellement Exploités », de telles garanties sont actuellement prévues par l'article 3, § 6, de la loi du 8 décembre 1992. Cette disposition impose :

– une autorisation spécifique accordée par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres et pris après avis de la Commission de la protection de la vie privée, cette autorisation devant préciser la durée et les conditions de l'autorisation ;

– la soumission des membres du personnel et ceux qui traitent des données à caractère personnel pour le Centre à une obligation de secret professionnel sanctionnée par l'article 458 du Code pénal ;

– l'interdiction de tenir un fichier de personnes suspectées d'avoir commis un crime ou un délit ou de personnes condamnées ;

– l'interdiction de procéder à l'enregistrement de conversations téléphoniques à moins que l'appelant en ait été informé et dans la mesure où il ne s'y est pas opposé.

Plus aucune de ces garanties n'est cependant reproduite par l'avant-projet.

En outre, les garanties prévues par l'article 25, 1° à 3°, de l'arrêté du 13 février 2001 [9] ne sont reprises que par l'article 9, § 2, de l'avant-projet.

L'auteur de celui-ci doit être en mesure de justifier la nécessité de supprimer ces garanties au regard de l'objectif poursuivi. À défaut, le dispositif sera revu afin de prévoir les mesures appropriées et spécifiques requises par l'article 9, paragraphe 2, g), du RGPD, ou complété par une habilitation permettant au Roi d'agir en ce sens.

[9] « Art. 25. Lors du traitement de données à caractère personnel visées aux articles 6 à 8 de la loi, le responsable du traitement doit prendre les mesures supplémentaires suivantes :
1° les catégories de personnes, ayant accès aux données à caractère personnel, doivent être désignées par le responsable du traitement ou, le cas échéant, par le sous-traitant, avec une description précise de leur fonction par rapport au traitement des données visées ;
2° la liste des catégories des personnes ainsi désignées doit être tenue à la disposition de la Commission par le responsable du traitement ou, le cas échéant, par le sous-traitant ;
3° il doit veiller à ce que les personnes désignées soient tenues, par une obligation légale ou statutaire, ou par une disposition contractuelle équivalente, au respect du caractère confidentiel des données visées ;
[…] ».

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

2. L'article 8, 3°, prévoit que constitue un « motif d'intérêt public important » au sens de l'article 9, paragraphe 2, g), du RGPD

> « le traitement de données à caractère personnel concernant la vie sexuelle, effectuée par une association dotée de la personnalité juridique ou par un établissement d'utilité publique, qui a pour objet statutaire principal l'évaluation, la guidance et le traitement des personnes dont le comportement sexuel peut être qualifié d'infraction, et qui est agréé et subventionné par l'autorité compétente en vue de la réalisation de ce but […] ».

Or, comme le relève la Commission de la protection de la vie privée, l'article 9, paragraphe 2, h), du RGPD autorise le traitement des données à caractère personnel sensibles lorsque

> « le traitement est nécessaire aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux, de la prise en charge sanitaire ou sociale, ou de la gestion des systèmes et des services de soins de santé ou de protection sociale sur la base du droit de l'Union, du droit d'un État membre ou en vertu d'un contrat conclu avec un professionnel de la santé et soumis aux conditions et garanties visées au paragraphe 3 ».

Dès lors que le traitement prévu par l'article 8, 3°, est visé par l'exception prévue à l'article 9, paragraphe 2, h), du RGPD, c'est à cette dernière subdivision qu'il faut se rattacher, et non à l'article 9, paragraphe 2, g), du RGPD.

Si, comme l'y autorise l'article 9, paragraphe 4, du RGPD, l'auteur de l'avant-projet souhaite prévoir des conditions supplémentaires afin d'encadrer ce type de traitement et donner une habilitation au Roi en ce sens, il doit adopter un fondement légal approprié à cette fin dans une disposition distincte.

3. Aucune des dispositions en projet ne met en œuvre la possibilité de dérogations relatives au traitement de données à caractère personnel sensibles pour « des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique » prévue par l'article 9, paragraphe 2, i), du RGPD, moyennant l'adoption de « mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits et libertés de la personne concernée, notamment le secret professionnel ».

L'auteur de l'avant-projet vérifiera que le dispositif ne doit pas être complété à ce sujet.

4. La notion d'« établissement d'utilité publique » ayant été remplacée dans la loi du 27 juin 1921 'sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes' par celle de « fondation », l'article 8 doit être revu en ce sens.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 9

1. Il ressort du commentaire de l'article 9, § 2, que

> « les personnes, ou la fondation visées au § 1er, ne peuvent pas disposer d'un accès direct ou d'une remise d'extrait du système de traitement de données relatives aux condamnations pénales et aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes. Ces mêmes principes valent dans le cadre de la recherche scientifique ».

Un tel l'accès indirect aux données traitées serait de nature à garantir la proportionnalité de l'ingérence mise en place.

Cependant, ce principe de l'accès indirect n'apparaît pas dans le dispositif.

Il convient, dès lors, de compléter le dispositif à cet égard.

2. L'auteur de l'avant-projet doit être mesure de justifier, au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, les raisons pour lesquelles l'article 9, § 1er, 4°, ne vise que la « recherche scientifique » et non pas l'ensemble des traitements couverts par le titre 4 (sans préjudice des observations formulées ci-dessous à l'égard de ce titre). À défaut, il convient de remplacer les mots « recherche scientifique » par les mots « recherche scientifique, historique ou statistique ou à des fins d'archives » en prévoyant, dans un souci de proportionnalité, que le traitement des données archivées dans l'intérêt du public est limité aux chercheurs.

Articles 10 et 11

1.1. Les articles 10 et 11 entendent mettre en œuvre l'article 23 du RGPD, qui autorise les États membres à limiter la portée des droits et obligations des personnes concernées prévus par le RGPD.

Comme le relève la Commission de la protection de la vie privée, l'article 10 prévoit une limitation extrêmement large des droits de la personne concernée. C'est en effet l'ensemble des droits repris par le chapitre III « Droits de la personne concernée » (articles 12 à 22) du RGPD, ainsi que l'article 34, du même règlement, relatif à la « communication à la personne concernée d'une violation de données à caractère personnel », que l'on autorise les autorités à rendre inapplicable dans leur entièreté lorsque les conditions énoncées de manière non cumulative par les paragraphes 1 à 3 sont remplies, ces paragraphes correspondant aux litteras d), e) et h), de l'article 23, paragraphe 1, du RGPD.

1.2. Si l'article 23 du RGPD permet la limitation de la portée des droits prévus par les articles 12 à 22 et 34 du RGPD, il exige également que l'État membre justifie pour ce faire d'un objectif légitime au sens de l'article 23, paragraphe 1, du RGPD, qu'« une telle limitation respecte l'essence des libertés et droits fondamentaux et qu'elle constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique ». Compte tenu de son caractère dérogatoire, cette disposition doit, du reste, faire l'objet d'une interprétation stricte.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Comme évoqué dans l'observation générale n° 1, dans ce cadre, l'auteur de l'avant-projet doit veiller à établir un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause.

L'exercice des droits prévus par les articles 12 à 22 et 34 du RGPD participe à l'existence d'un tel équilibre au vu des ingérences dans le droit au respect de la vie privée qui sont autorisées par le RGPD et la loi en projet.

En autorisant l'exclusion totale (1) de l'ensemble (2) des droits prévus par les articles 12 à 22 et 34 du RGPD pour des catégories de traitements – et indirectement des catégories de responsables de traitement – définies de manière très large (3), l'avant-projet ne répond pas à l'exigence de proportionnalité qui s'impose à lui.

L'exigence de nécessité contenue à l'article 11, § 1er, de l'avant-projet ne suffit pas à garantir le caractère proportionné de l'ingérence.

L'article 10 de l'avant-projet est en effet rédigé de manière trop large pour avoir permis une mise en balance adéquate des droits en présence afin que les limitations apportées aux droits des personnes concernées ne dépassent pas ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif légitime poursuivi.

Une telle autorisation de limitation est d'autant moins admissible que, dans le cadre du titre 2 de l'avant-projet – qui se veut plus restrictif à l'égard des droits des personnes concernées compte tenu des domaines sensibles dans lesquels le traitement intervient –, les personnes concernées conservent en principe une grande partie de leurs droits, ces derniers ne pouvant être limités, en cas de nécessité, que moyennant l'adoption d'une disposition législative spécifique (cf. articles 42, 43 et 44 de l'avant-projet).

1.3. Par ailleurs, l'article 11, § 1er, prévoit une durée de limitation des droits et obligations de la personne concernée définie de manière très large. Il vise en effet « la période durant laquelle la personne concernée fait l'objet d'un contrôle, d'une enquête, d'une poursuite pénale, d'*actes préparatoires* à ceux-ci ou de procédures dans le cadre de l'exécution de missions légales, dans la mesure où cette application nuirait aux besoins du contrôle, de l'enquête, de la poursuite pénale, des *actes préparatoires* ou des procédures, soit aussi longtemps que la protection d'objectifs importants d'intérêt général visés à l'article 10, 2°, l'exige » (italiques ajoutés).

En ce que la période de limitation qui est ainsi autorisée vise les actes préparatoires sans autre précision, l'article 11, § 1er, porte atteinte au principe de proportionnalité.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

La section de législation rappelle à cet égard la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 51/2014 du 27 mars 2014 concernant une problématique similaire. Cet arrêt porte sur l'article 11 de la loi du 3 août 2012 'portant dispositions relatives aux traitements de données à caractère personnel réalisés par le Service public fédéral Finances dans le cadre de ses missions', qui insère l'article 3, § 7, au sein de la loi du 8 décembre 1992. La Cour a considéré que cette disposition était inconstitutionnelle pour le motif suivant :

> « B.8.5. Toutefois, la disposition ne précise pas quelle peut être la durée des actes préparatoires justifiant la suspension des droits. Il peut en résulter que, si ces actes préparatoires se prolongent ou si l'administration fiscale n'ouvre pas, ensuite, une enquête ou un contrôle, la suspension des droits peut se prolonger au-delà de ce qui est strictement nécessaire. Dans cette mesure, l'article 11 de la loi du 3 août 2012 viole le principe d'égalité et de non-discrimination ».

À la suite de cet arrêt, l'article 3, § 7, de la loi du 8 décembre 1992 a été modifié afin de prévoir que « La durée de ces actes préparatoires pendant laquelle ledit article 10 n'est pas applicable, ne peut excéder un an à partir de la demande introduite en application de cet article 10 » et que « Le Service de Sécurité de l'Information et Protection de la Vie Privée en informe le contribuable concerné sans délai et lui communique dans son entièreté la motivation contenue dans la décision du responsable du traitement ayant fait usage de l'exception » [10].

Il convient de compléter le dispositif en projet afin d'y insérer des garanties similaires.

2. L'État membre a par ailleurs l'obligation, dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 23 du RGPD, d'adopter des dispositions spécifiques relatives aux différents points listés par l'article 23, paragraphe 2, du RGPD.

L'article 23, paragraphe 2, f), du RGPD impose l'adoption de mesures spécifiques relatives « aux durées de conservation et aux garanties applicables en tenant compte de la nature, de la portée et des finalités du traitement ou des catégories de traitement ».

Le dispositif sera complété en ce sens.

[10] Voir en ce sens les articles 100/14, §§ 2, alinéa 3, et 3, alinéa 2, 100/15, §§ 2, alinéa 3, et 3, alinéa 2, 100/16, §§ 2, alinéa 3, et 3, alinéa 2, et 100/17, §§ 2, alinéa 3, et 3, alinéa 2, du Code pénal social, et les articles 11, §§ 2, alinéa 3, et 3, alinéa 2, 11*bis*, §§ 2, alinéa 3, et 3, alinéa 2, 11*ter*, §§ 2, alinéa 3, et 3, alinéa 2, 11*quater*, §§ 2, alinéa 3, et 3, alinéa 2, de la loi du 3 août 2012 'portant dispositions relatives aux traitements de données à caractère personnel réalisés par le Service public fédéral Finances dans le cadre de ses missions', en projet respectivement aux articles 62, 64, 66, 68, 73, 75, 77 et 79 de l'avant-projet de loi 'instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du Règlement (UE) 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', soumis pour avis à la section de législation du Conseil d'État sous le n° 63.202/2 de son rôle.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 13

La question se pose de l'utilité de l'article 13, alinéa 1er, compte tenu de la définition qui est donnée à la notion de « destinataire » par l'article 4, point 9, du RGPD, qui paraît exclure les autorités visées au titre 3.

Article 14

1. L'article 14, alinéa 1er, 5°, et alinéa 3, en ce qu'il autorise l'extension du droit d'accès qu'il organise par le biais de protocoles d'accord conclus entre les responsables du traitement, porte atteinte à l'exigence de légalité et de prévisibilité qui sous-tend toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée.

2. Comme le relève la Commission de la protection de la vie privée, l'article 14, dernier alinéa, n'est pas admissible en ce qu'il octroie un pouvoir discrétionnaire à l'autorité quant à l'application ou non de cette disposition. Conformément à l'exigence de légalité et de prévisibilité, il convient de préciser dans le dispositif lui-même les banques de données pour lesquels l'application de l'article 14 ne se justifie pas ou, à tout le moins, de fixer les critères permettant d'encadrer le pouvoir d'appréciation de l'autorité.

Articles 15 et 16

1. L'article 23, paragraphe 2, du RGPD exige que les dispositions spécifiques relatives aux points qu'il liste soient prévues par la loi qui met en œuvre la faculté de dérogation prévue par le paragraphe 1 de cette disposition. Par conséquent, les articles 15, alinéa 5, et 16, alinéa 5, de l'avant-projet ne peuvent pas être admis dans la mesure où ils laissent aux destinataires le soin de définir « les garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées, telles que visées par l'article 23.2 du Règlement ».

2. L'article 16, alinéa 1er, de l'avant-projet prévoit que la limitation des droits des personnes concernées qu'il instaure n'est pas applicable lorsque « (1) la loi l'y oblige dans le cadre d'une procédure contentieuse ; ou que (2) les autorités judiciaires concernées ne l'y autorise[nt] ».

Compte tenu du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier le fait qu'une disposition similaire n'est pas prévue à l'article 15 et ce, d'autant plus qu'une telle règle figure à l'article 18, § 3, en cas de traitement commun.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 18

La limitation totale apportée aux droits des personnes concernées par l'article 18 n'est pas admissible lorsque ces données émanent directement ou indirectement d'au moins une autorité compétente du titre 2 dès lors que, dans le cadre de ce dernier – qui se veut plus restrictif à l'égard des droits des personnes concernées compte tenu des domaines sensibles dans lesquels le traitement intervient –, les personnes concernées conservent en principe une grande partie de leurs droits. Ceux-ci ne peuvent être limités qu'en cas de nécessité et uniquement moyennant l'adoption d'une disposition législative spécifique (cf. articles 42, 43 et 44 de l'avant-projet).

Par ailleurs, il serait utile de définir dans le projet la notion de « traitement commun ».

Article 19

Comme le relève la Commission de la protection de la vie privée, le délai maximum d'un mois qui est imposé au responsable du traitement pour envoyer un accusé de réception doit être réduit dès lors que l'article 12, paragraphe 3, du RGPD lui impose d'informer la personne concernée des mesures prises suite à ces mêmes demandes dans un délai d'un mois à compter de leur réception.

Article 21

1. La disposition à l'examen définit les notions d'« autorité publique » et d'« organisme public ». Cette définition est en effet requise en droit interne puisque le RGPD organise des mesures qui visent spécifiquement les « autorités publiques » et les « organismes publics » [11], sans toutefois définir ces notions. Dans ses « lignes directrices concernant les délégués à la protection des données (DPD) », le Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données affirme que ces notions doivent être définies « en fonction du droit national » [12].

Néanmoins, la définition de ces notions ne s'applique qu'à la section 2 du chapitre IV du titre 1 de l'avant-projet. Elle ne peut donc s'appliquer aux termes « autorité publique » et « organisme public » figurant ailleurs dans le texte (par exemple, à l'article 234, § 2, qui concerne les sanctions administratives et qui figure dans le titre 6).

Il convient dès lors de définir les notions d'« autorité publique » et d'« organisme public » dans le titre préliminaire du texte, par exemple à l'article 5, qui évoque les définitions du RGPD.

[11] On pense notamment à l'obligation de désigner un délégué à la protection des données (article 37, paragraphe 1, a), du RGPD) et à la possibilité pour l'État membre de prévoir que les amendes administratives ne sont pas applicables à ces autorités (article 83, paragraphe 7, du RGPD).

[12] Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices concernant les délégués à la protection des données, WP 243 rev. 01, 13 décembre 2016.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

2. Par souci de lisibilité du texte, ces deux notions devraient être reprises en un seul terme générique. Elles pourraient s'inspirer du terme « autorité publique », telle qu'elle est définie dans la loi du 4 mai 2016 'relative à la réutilisation des informations du secteur public'.

3. L'exposé des motifs exclut de la notion d'« autorité publique » et d'« organisme public », et ce, sans motif, les « entreprises publiques autonomes visées dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ».

Lorsqu'elle accomplit les missions de service public dont elle a la charge, une entreprise publique autonome peut également être qualifiée d'« institution publique ou [d]'institution de droit privé ou de droit public qui fournit un service public ».

Du reste, à défaut de justification objective et raisonnable qui fonde une telle exception, celle-ci ne peut valoir.

Article 22

1. L'article 22 organise le transfert des données à caractère personnel des citoyens entre les autorités publiques en prévoyant la possibilité pour ces dernières de formaliser le transfert de données dans un protocole conclu entre l'autorité publique qui transfère les données et l'autorité publique qui les reçoit.

Cette possibilité de rédiger des protocoles remplace le contrôle jusqu'ici effectué par les comités sectoriels institués au sein de la Commission de la protection de la vie privée chargés d'autoriser ou de refuser les transferts de données entre autorités publiques. Ce mécanisme de contrôle a été supprimé par la loi du 3 décembre 2017.

2. Il y a lieu de souligner que le transfert de données entre autorités publiques n'est pas anecdotique. L'administration belge présente la particularité d'être fondée notamment sur le principe de la collecte unique des données à caractère personnel (principe dit « *only once* ») : lorsque le citoyen a fourni une donnée à une administration, cette donnée ne peut en principe plus lui être demandée à nouveau et, lorsqu'une autorité publique a besoin d'une donnée dont elle ne dispose pas, elle est contrainte de la demander non pas au citoyen mais à l'administration qui la détient dans une source authentique de données. Plusieurs lois imposent ce système de collecte indirecte aux autorités publiques [13]. Par conséquent, le transfert de données entre autorités publiques est la règle et la réutilisation des données est maximale.

Ces transferts doivent être scrupuleusement encadrés par le législateur pour ne pas risquer de recréer la situation antérieure à celle du contrôle des comités sectoriels. À l'époque, à défaut de procédure claire et de contrôle encadrant les transferts de données dans l'administration, il arrivait régulièrement que, pour obtenir les données dont ils avaient besoin pour accomplir leurs missions, les agents de l'administration se téléphonent et s'accordent sur l'envoi par courriel des données concernées. Ces transferts de données se faisaient en dehors de

[13] Voir notamment l'article 8 de la loi du 15 août 2012 'relative à la création et à l'organisation d'un intégrateur de services fédéral'.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

l'examen de toute règle juridique et en toute opacité. Il ne faudrait pas que l'absence d'obligation de formaliser, dans un protocole, les transferts de données, combinée à l'absence d'amende applicables au secteur public (comme l'envisage l'article 234, § 2 de l'avant-projet), aboutisse à recréer une situation semblable à celle de jadis. Il s'agirait d'un grave retour en arrière sur le plan de la protection de la vie privée des citoyens. Le législateur doit donc organiser une procédure qui garantit que chaque transfert de données entre autorités publiques fera l'objet d'un examen au regard des balises juridiques dont il est question ci-après, ainsi que d'une publicité adéquate.

3. Un transfert de données d'une autorité publique à une autre constitue une ingérence dans le droit à la protection de la vie privée des personnes concernées. En vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 22 de la Constitution, tel qu'interprété par une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, pareille ingérence doit notamment reposer sur une base légale, être proportionnée par rapport à l'objectif poursuivi et être organisée de manière suffisamment précise pour être prévisible pour le citoyen.

Confirmant cette exigence de prévisibilité pour les traitements de données dans le secteur public, l'article 6 du RGPD impose des exigences particulières lorsque « le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis » (article 6, paragraphe 1, c)) et lorsque « le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement » (article 6, paragraphe 1, e)). Il impose que, dans ces deux hypothèses, « le fondement du traitement […] [soit] défini par a) le droit de l'Union ; ou b) le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis ». Et que « les finalités du traitement [soient] définies dans cette base juridique ou, en ce qui concerne le traitement visé au paragraphe 1, e), [soient] nécessaires à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ».

4. S'il est vrai que, du point de vue de la proportionnalité du transfert de données, le protocole peut être considéré comme une garantie procédurale utile étant donné qu'il amène les responsables de traitements à examiner au cas par cas le respect des exigences applicables aux transferts de données envisagés et à fixer explicitement les balises du transfert et que, de cette manière également, la transparence des traitements de données dans l'administration pourra être renforcée, le règlement de cette question par l'avant-projet ne satisfait pas à l'exigence de légalité dès lors, d'une part, que le protocole n'est pas rendu obligatoire alors qu'il devrait l'être et que, d'autre part, l'avant-projet n'énonce pas, de manière suffisamment précise, les différents éléments sur lesquels doivent porter ces protocoles.

En effet, le contenu du protocole doit être affiné. Cela s'inscrit d'ailleurs dans la lignée de la possibilité organisée par l'article 6, paragraphe 3, second alinéa, du RGPD, qui affirme que la « base juridique [qui fonde le transfert de données] peut contenir des dispositions spécifiques pour adapter l'application des règles du présent règlement, entre autres : les conditions générales régissant la licéité du traitement par le responsable du traitement ; les types de données qui font l'objet du traitement ; les personnes concernées ; les entités auxquelles les données à caractère personnel peuvent être communiquées et les finalités pour lesquelles elles peuvent l'être ; la limitation des finalités ; les durées de conservation ; et les opérations et

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

procédures de traitement, y compris les mesures visant à garantir un traitement licite et loyal, […] ».

Au point 1, il convient d'écrire « l'identification de l'autorité publique qui transfère les données et de celle qui les reçoit » ou « l'identification de l'autorité publique émettrice des données et celle de l'autorité publique destinataire de celles-ci ».

Au point 2, il convient d'écrire « l'identité du responsable de traitement au sein de l'autorité publique qui transfère les données et l'identité du responsable de traitement au sein de l'autorité qui les reçoit ».

Au point 3, il convient d'écrire « l'identité du délégué à la protection des données de l'autorité publique qui transfère les données et l'identité du délégué à la protection des données de l'autorité publique qui les reçoit ».

Au point 4, il convient d'écrire « la ou les finalités pour laquelle/lesquelles les données sont transférées, qui doivent constituer une fin en soi, et ne pas se limiter à la mention 'exercice des missions légales de l'autorité publique' ».

Au point 5, il convient d'écrire « la ou les catégories de données transférées ainsi que leur format » [14].

Au point 6, il convient d'écrire « la ou les catégories de destinataires de données ».

Au point 7, il convient d'écrire « la base légale qui fonde le transfert de données et la base légale qui en fonde la réception ».

Au point 9, il convient d'écrire « les mesures de sécurité propres à sécuriser le transfert de données concerné », comme le souligne la Commission de la protection de la vie privée.

Au point 10, il y a lieu de suivre la remarque de la Commission de la protection de la vie privée et de supprimer cette précision.

À la lecture du point 11, on pourrait comprendre qu'une restriction des droits des personnes concernées peut être organisée par ledit protocole. C'est une chose impossible puisque seul le législateur est compétent pour ce faire, dans le respect de l'article 23 du RGPD. Il convient de reformuler la disposition en indiquant au point 11 « la ou les restriction(s) légale(s) applicable(s) aux droits des personnes concernées et la justification de leur application en l'espèce ».

[14] Comme l'indique la Commission de la protection de la vie privée, lorsqu'il s'agit de savoir si telle personne perçoit un revenu en dessous de tel seuil (pour l'octroi d'une allocation, par exemple), une mention « oui-non » suffit. Il n'est pas nécessaire de transférer le montant du revenu exact perçu.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Il convient d'ajouter également les points mentionnés par la Commission de la protection de la vie privée à savoir :

> « 1- La description des finalités précises pour lesquelles les données ont été collectées à l'origine par l'organisme public ou privé susvisé, gestionnaire de la source de données accédée ;
>
> 2- En cas de traitement ultérieur [15] des données collectées, mention de l'analyse de compatibilité des finalités de ce traitement avec celle pour lesquelles les données ont été initialement collectées conformément à l'article 6.4 du RGPD ;
>
> 3- La vérification du respect du principe de 'collecte auprès de la source authentique des données' qui garantit la qualité des données ainsi que le respect du cadre légal encadrant l'accès à la source authentique ;
>
> 4- Toutes mesures spécifiques encadrant le flux conformément au principe de proportionnalité et aux exigences de protection des données dès la conception et par défaut (choix du format de la communication, journalisation des accès de manière telle que l'on puisse savoir qui a eu accès à quoi quand et pourquoi, mise en place d'un répertoire de références en cas de communication automatique des actualisations des données afin d'assurer que seules les données nécessaires soient actualisées et pour la durée nécessaire, …) ».

5. Il convient également de reformuler l'article 22, § 2, comme suit :

« Le protocole est adopté après que les responsables de traitements ont recueilli l'avis du délégué à la protection des données de l'autorité publique qui transfère les données et l'avis du délégué à la protection des données de l'autorité publique qui les reçoit. Ces avis sont annexés au protocole. Lorsqu'au moins un de ces avis n'est pas suivi par les responsables de traitement, le protocole mentionne, en ses dispositions préliminaires, la ou les raison(s) selon laquelle/lesquelles cet ou ces avis n'ont pas été suivis ».

6. Étant donné que ces protocoles organisent une ingérence dans la vie privée, ils doivent être accessibles pour les personnes concernées en vertu de l'article 22 de la Constitution de manière à assurer la prévisibilité des transferts et des traitements. Or, le protocole ne bénéficie pas de la publicité réservée à la loi qui lui sert de base légale et cette dernière, par nature, ne contient pas les éléments essentiels du transfert qui sont contenus dans le protocole.

Dès lors, il s'impose que les protocoles soient publiés.

7. L'hypothèse selon laquelle les responsables de traitement ne parviendraient pas à s'accorder à propos du transfert de données et du contenu du protocole doit être envisagée par le législateur.

[15] *Note de bas de page 48 de l'avis cité :* Utilisation des données pour une ou des finalité(s) différente(s) de celle(s) pour la(les)quelle(s) elle(s) a(ont) été collectée(s) à l'origine par l'autorité ou l'organisme public qui communique les données.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 24

Bien que le registre des traitements des données à caractère personnel détenu par les autorités publiques constitue, dans la philosophie du RGPD, un outil interne visant à responsabiliser les responsables de traitement, il ne faut pas ignorer qu'en Belgique, l'utilisation des données par les autorités publiques (leur enregistrement et leur transfert) relève également du droit fondamental à la transparence administrative consacré par l'article 32 de la Constitution et organisé au niveau fédéral par loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration'. Cette dernière impose à l'administration des obligations de publicité active qui consistent à fournir, d'initiative, « une information claire et objective sur l'action des autorités administratives fédérales » [16].

Dans le contexte de l'administration électronique fondée sur la collecte unique des données, il y a lieu de considérer que le droit fondamental à la transparence administrative suppose que toute personne doit pouvoir accéder à une vue d'ensemble de la localisation des données détenues par les autorités publiques et de leur utilisation pour comprendre l'environnement administratif dans lequel elle se trouve. C'est d'autant plus aisé à mettre en place aujourd'hui que l'administration dispose de tous les outils technologiques permettant de créer un portail internet et d'y faire figurer les documents qu'elle souhaite. La Charte des services publics est d'ailleurs conçue en ce sens en imposant clairement aux services publics de recourir aux technologies pour s'adapter aux besoins du public, affirmant dans sa partie I, chapitre II, section 2, que,

> « par application de la loi de mutabilité, les services publics doivent s'efforcer de procurer un service adapté aux besoins des utilisateurs, comme aux techniques et moyens disponibles » [17].

Pour répondre à l'objectif de transparence administrative dans le contexte de l'administration électronique, l'article 24 devrait être précisé.

Il revient à l'auteur de l'avant-projet d'affirmer et d'organiser clairement le caractère public de ces registres en l'assortissant, le cas échéant, d'exceptions qui pourraient s'inspirer de celles énoncées par la loi du 11 avril 1994. S'il estime nécessaire d'habiliter le Roi à déterminer les modalités de cette publicité, il lui appartient d'encadrer cette habilitation de manière plus précise. Par ailleurs, l'idée d'intégrer l'ensemble des registres et des protocoles de transferts pour créer un cadastre des données disponibles dans l'administration et des transferts organisés entre les autorités publiques mérite d'être retenue. Ce cadastre devrait être accessible en ligne.

Ceci étant, dès lors, notamment, que l'article 24, § 2, contient une habilitation au Roi « sans préjudice de l'arrêté visé à l'article 57, § 3 » de l'avant-projet, lequel se situe au sein du titre 2 de celui-ci, il serait particulièrement utile, compte tenu également des articles 21, alinéa 2, et 73, alinéa 3, 1°, de l'avant-projet, que l'exposé des motifs explique l'articulation de l'applicabilité des deux premiers titres de celui-ci aux services de police.

[16] Article 2 de la loi du 11 avril 1994.

[17] Charte de l'utilisateur des services publics du 4 décembre 1992, *M.B.*, 22 janvier 1993, partie I, chapitre II, section 2.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 25

L'article 25, § 2, est dépourvu de pertinence en ce qu'il prévoit une habilitation en faveur du législateur.

Article 27

L'article 27 doit être complété pour indiquer quelle autorité est habilitée à créer, au niveau fédéral, le groupe d'experts dont il est question dans cette disposition.

Article 28

Le paragraphe 1er faisant double emploi avec l'article 35, § 2, du RGPD, il doit être omis.

Article 29

1.1. L'article 29 de l'avant-projet s'inscrit dans un chapitre V consacré aux traitements des données à caractère personnel « à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire ».

Dès lors que la matière relève de la liberté d'expression, qui constitue une liberté fondamentale reconnue, au niveau international, tant par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que par les articles 11 et 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qu'au niveau national par les articles 19 et 25 de la Constitution, un régime d'exception doit être prévu dans les règles s'imposant au traitement des données à caractère personnel, afin que celles-ci n'entravent pas l'exercice de cette liberté.

L'article 85 du RGPD prévoit ainsi les dispositions particulières suivantes concernant le traitement des données à caractère personnel au regard de la « liberté d'expression et d'information » :

> « 1. Les États membres concilient, par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement et le droit à la liberté d'expression et d'information, y compris le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire.
>
> 2. Dans le cadre du traitement réalisé à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire, les États membres prévoient des exemptions ou des dérogations au chapitre II (principes), au chapitre III (droits de la personne concernée), au chapitre IV (responsable du traitement et sous-traitant), au chapitre V (transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales), au chapitre VI (autorités de contrôle indépendantes), au chapitre VII (coopération et cohérence) et au chapitre IX (situations particulières de traitement) si celles-ci sont nécessaires pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information ».

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Il est par ailleurs précisé au considérant n° 153 du RGPD que

> « Le droit des États membres devrait concilier les règles régissant la liberté d'expression et d'information, y compris l'expression journalistique, universitaire, artistique ou littéraire, et le droit à la protection des données à caractère personnel en vertu du présent règlement. Dans le cadre du traitement de données à caractère personnel uniquement à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire, il y a lieu de prévoir des dérogations ou des exemptions à certaines dispositions du présent règlement si cela est nécessaire pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression et d'information, consacré par l'article 11 de la Charte. Tel devrait notamment être le cas des traitements de données à caractère personnel dans le domaine de l'audiovisuel et dans les documents d'archives d'actualités et bibliothèques de la presse. En conséquence, les États membres devraient adopter des dispositions législatives qui fixent les exemptions et dérogations nécessaires aux fins d'assurer un équilibre entre ces droits fondamentaux. Les États membres devraient adopter de telles exemptions et dérogations en ce qui concerne les principes généraux, les droits de la personne concernée, le responsable du traitement et le sous-traitant, le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales, les autorités de contrôle indépendantes, la coopération et la cohérence, ainsi que les situations particulières de traitement des données. Lorsque ces exemptions ou dérogations diffèrent d'un État membre à l'autre, le droit de l'État membre dont relève le responsable du traitement devrait s'appliquer. Pour tenir compte de l'importance du droit à la liberté d'expression dans toute société démocratique, il y a lieu de retenir une interprétation large des notions liées à cette liberté, telles que le journalisme ».

L'article 11, précité, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce que

> « 1. Toute personne a droit à la liberté d 'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.
>
> 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ».

Il ressort de ces précisions que les législateurs nationaux sont invités à veiller à ce que le droit à la protection des données à caractère personnel, mis en place par le RGPD et transposé par les lois nationales, ne porte pas atteinte, avant tout, au « droit à la liberté d'expression » qui appartient à tout citoyen et « qui comprend » la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations.

1.2. Si, dans le commentaire des articles, l'auteur de l'avant-projet précise bien que l'article 85 du RGPD tend à « réconcilier la protection des données avec la liberté d'expression et les fins journalistiques », il apparaît que la portée de l'article 29 de l'avant-projet qui, selon l'auteur de l'avant-projet, « transpose » l'article 85 du RGPD « en instituant pour les traitements à des fins d'expression littéraire artistique ou académique ainsi que pour les traitements à des fins journalistiques des exceptions nécessaires pour concilier la protection des données avec la liberté d'expression », est sensiblement plus limité puisqu'il restreint la liberté d'expression à la liberté littéraire, artistique et académique ou à l'expression à des fins journalistiques.

Ainsi, l'avant-projet ne répond pas entièrement à l'obligation faite aux États de « concilie[r], par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

présent règlement et le droit à la liberté d'expression » au sens de l'article 85, paragraphe 1, du RGPD.

2. Dans la version française, il y a lieu d'uniformiser le vocabulaire en privilégiant l'adjectif « académique » plutôt qu'« universitaire », comme dans la version néerlandaise du texte.

3.1. Le paragraphe 1er définit ce qu'il convient d'entendre par le traitement « aux fins de journalisme » :

> « un traitement ayant comme finalité la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations d'intérêt général, par le biais de média, au profit du public ».

Outre le fait qu'il vaudrait mieux remplacer le mot « finalité » par celui d'« objet », cette définition ne prend pas en compte l'archivage des informations récoltées dans le cadre d'une activité journalistique. Or les données récoltées et archivées par les journalistes ou les médias constituent, à part entière, une source essentielle du travail journalistique, notamment, mais pas exclusivement, indispensable dans l'activité de vérification de faits (« *fact checking* ») de plus en plus souvent demandée à la presse.

L'archivage des informations collectées doit en conséquence être intégré aux traitements des données « aux fins de journalisme ». C'est du reste ce que recommande expressément le considérant n° 153.

3.2. La référence faite dans l'exposé des motifs à une « définition » du « journaliste » qui figurerait dans la loi du 7 avril 2005 'relative à la protection des sources' doit être retirée dès lors que, par son arrêt n° 91/2006 du 7 juin 2006, la Cour constitutionnelle a annulé à l'article 2, 1°, de cette loi notamment toute référence à cette notion de « journaliste ».

Certes, en vertu de cette loi, telle qu'elle résulte de cet arrêt, seules bénéficient de la protection des sources les personnes qui contribuent à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public. Au regard de la protection des sources, il n'apparaissait pas pertinent, en plus de la collecte d'informations, de prévoir expressément l'archivage de celles-ci comme constituant, en soi, une activité nécessitant la protection des sources. Mais, dès lors que l'information collectée est ensuite, nécessairement, archivée par les médias et que cet archivage constitue en soi un traitement de données, il s'impose d'inclure cette activité, indissociable à l'activité de journalisme, dans le régime dérogatoire pour les traitements « aux fins de journalisme ».

3.3. L'avant-projet ajoute une condition qui ne se trouve pas dans la définition de l'activité donnant droit au respect du secret des sources de la loi du 7 avril 2005, en précisant que seul entre dans le champ d'application de l'article 29 le traitement (collecte, rédaction, production ou diffusion) « d'informations d'intérêt général ». L'article 2, 1°, de la loi du 7 avril 2005 vise uniquement les « informations ».

Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, la protection accrue en matière de liberté d'expression reconnue aux journalistes se justifie en

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

raison de leur rôle de « chiens de garde » de la démocratie qui s'exprime essentiellement lorsqu'ils traitent de sujets d'intérêt général [18] ou lorsqu'ils apportent une contribution à un débat public relatif à une question d 'intérêt général [19]. Il ne s'en déduit toutefois pas que seul le traitement d'informations qui seraient elles-mêmes directement « d'intérêt général », participe à l'exercice de l'activité journalistique.

Il convient de revoir le dispositif en tenant compte de ce qui précède.

Seule cette option permet, conformément au considérant n° 153 précité, « de retenir une interprétation large des notions liées à cette liberté, telles que le journalisme ».

3.4. Concernant la notion de « média », la référence faite dans l'exposé des motifs à l'article 25 de la Constitution et à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 2012 est de nature à restreindre de façon injustifiée le régime dérogatoire aux seules activités journalistiques qui s'expriment par le biais de l'écrit, écartant ainsi tous les médias audiovisuels, puisque, selon l'interprétation que donne la Cour de cassation à la notion de « presse » visée à l'article 25 de la Constitution, seule la presse écrite – fût-ce sous forme numérique – est visée par cette disposition.

Conformément à la recommandation du considérant n° 153, il y a au contraire lieu de préciser que, par « média », est visé tout organe qui diffuse des informations à destination d'un public indéterminé, quels que soit le mode de communication et la forme que celle-ci adopte.

4.1. Les paragraphes 2 à 11 énumèrent une série d'exclusions des règles fixées par le RGPD lorsque le traitement est effectué à des « fins de journalisme ou d'expression universitaire, artistique ou littéraire ».

Certaines règles ne sont pas expressément exclues au motif qu'elles ne trouveraient pas à s'appliquer aux traitements effectués à des fins de journalisme ou d'expression universitaire, artistique ou littéraire.

4.2. Ainsi, l'exposé des motifs précise que, « dans la mesure où ces traitements ne sont pas basés sur le consentement de la personne concernée, les articles 7 et 8 du règlement relatifs à la portée et au régime du consentement ne leur sont pas applicables ». Le dispositif ne contient dès lors aucune disposition qui écarte l'application des articles 7 et 8 du RGPD aux traitements effectués à des fins de journalisme ou d'expression universitaire, artistique ou littéraire. Or, une collecte de données basée sur le consentement reste possible dans le cadre d'une activité aux fins de journalisme et est même une pratique courante lors des interviews.

Il conviendrait donc de prévoir expressément dans le dispositif toutes les dérogations au régime de droit commun, en insérant notamment un nouveau paragraphe 2 qui

[18] Cour eur. D.H., arrêt *Jersild c. Danemarck*, 30 septembre 1994, § 31.

[19] Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêts *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, § 50 ; *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège,* 20 mai 1999 ; *Sürek c. Turquie (n° 2),* 8 juillet 1999, § 40 ; *Dalban c. Roumanie,* 28 septembre 1999, § 49 ; Cour eur. D.H., arrêts *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, 28 septembre 2000, § 34 ; *Dichand et autres c. Autriche,* 26 février 2002 ; *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Autriche*, 26 février 2002 ; *Krone Verlag GmbH und Co. KG c. Autriche*, 26 février 2002 ; *Hrico c. Slovaquie,* 20 juillet 2004 ; *Selistö c . Finlande*, 16 novembre 2004.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

préciserait que les articles 7 et 8 du RGPD ne s'appliquent pas aux traitements des données à caractère personnel effectuées à des fins de journalisme ou d 'expression universitaire, artistique ou littéraire.

4.3. Une observation analogue vaut pour l'exclusion de l'application des articles 19 et 20 du RGPD aux traitements effectués aux fins de journalisme ou d'expression universitaire, artistique ou littéraire.

4.4. S'agissant de l'article 17 du RGPD, c'est à bon escient que l'article 29 ne le déclare pas inapplicable aux traitements effectués aux fins de journalisme ou d'expression universitaire, artistique ou littéraire dès lors que cette exclusion est déjà prévue par le paragraphe 3, a), lui-même de cet article 17 [20].

4.5. La conciliation que l'article 85 du RGPD invite les législateurs nationaux à opérer entre les impératifs touchant au droit au respect de la vie privée et ceux relatifs aux libertés d'expression et d'information est mise en œuvre dans les paragraphes 2 à 7 et 9 à 11 de manière à n'écarter l'applicabilité des dispositions visées du RGPD qu'à certaines conditions [21]. Ainsi, par exemple, le paragraphe 2 déclare les articles 9 et 10 du RGPD inapplicables en la matière « lorsque le traitement se rapporte à des données rendues manifestement publiques par la personne concernée ou sur des données qui sont en relation étroite avec le caractère public de la personne concernée ou du fait dans lequel elle est impliquée » et les paragraphes 3 à 5 limitent l'inapplicabilité des articles 11, paragraphe 2, 13, 14 et 15, paragraphe 1, du RGPD aux cas où « [leur] application compromettrait la collecte des données [ou] une publication en projet [ou

[20] La précision du commentaire de l'article, selon laquelle l'article 17, paragraphe 3, du RGPD ne serait pas applicable aux « archives de presse mise en ligne sur internet », est contraire au RGPD et la jurisprudence citée n'est pas de nature à confirmer cette affirmation. Aucune distinction n'est faite par le RGPD entre les archives de presse tenues hors ligne et les archives de presse mises en ligne. La portée de l'article 17, paragraphe 3, du RGPD est générale et exprimée en termes très larges : « Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas dans la mesure où ce traitement est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ». Cet article du RGPD ne laisse sur ce point aucun pouvoir d'appréciation aux États membres (à l'inverse des recommandations formulées à l'article 85, paragraphe 2, du RGPD). Le texte en projet ne peut dès lors pas en réduire la portée. La section de législation rappelle par ailleurs que le considérant n° 153 précise expressément qu'« il y a lieu de prévoir […] des exemptions à certaines dispositions du présent règlement si cela est nécessaire pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression et d'information […] notamment […] le cas des traitements de données à caractère personnel […] dans les documents d'archives d'actualités ». C'est à tort que l'auteur de l'avant-projet considère que cette exclusion aurait été confirmée par l'arrêt *Google Spain*, n° C-131/12 du 3 mai 2014, de la Cour de justice de l'Union européenne. L'affaire portée devant la Cour de justice ne concernait pas l'exercice du droit à l 'effacement de données dans le cadre d'une archive de presse en ligne, mais bien l'exigence faite à un moteur de recherche d'un intermédiaire de services sur internet de supprimer certains résultats de recherche de la liste des résultats. Cet arrêt n'impose dès lors nullement que le contenu des archives de presse mises en ligne devrait être retiré des sites des médias ou rend u inaccessible lorsque la personne concernée entend faire valoir son droit à l'effacement. La distinction entre les obligations éventuellement imposées aux intermédiaires sur internet et les médias est parfaitement justifiée et permet de conserver intactes les archives de presse, source inestimable d'information d'intérêt général : les moteurs de recherche ne poursuivent qu'un intérêt commercial , tandis que la fonction archivistique des médias sert un intérêt général , à savoir la liberté d'expression des médias ainsi que le droit à l'information. La référence encore faite, dans le commentaire de l'article, à l'arrêt du 29 avril 2016 de la Cour de cassation est également erronée. Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt , le « droit à l'oubli » accordé par la Cour de cassation n'était pas fondé sur le droit d 'effacer des données sur la base de la loi du 8 décembre 1992 mais sur l'article 1382 du Code civil et le droit fondamental au respect de la vie privée.

[21] Le paragraphe 8 écarte l'application de l'article 21, paragraphe 1, du RGPD uniquement pour les traitements à des fins de journalisme et pas pour ceux à des fins académique, artistique ou littéraire.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

encore], concernant les traitements aux fins journalistiques, […] fournirait des indications sur les sources d'information ».

Dans le bref délai qui lui a été accordé, la section de législation n'a pas été en mesure de vérifier, sur ces questions délicates et complexes, que ces approches, qui limitent les libertés d'expression et d'information, concordent de manière adéquate avec l'état actuel du droit, résultant notamment de la jurisprudence des juridictions supérieures [22], quant à la balance des intérêts qui résulte de la confrontation de ces libertés avec le droit au respect de la vie privée.

Il en va de même, à l'inverse, pour ce qui concerne le paragraphe 8 de la disposition à l'examen, qui fait prévaloir de manière absolue la liberté de la presse sur le droit au respect de la vie privée pour ce qui concerne la non-applicabilité de l'article 18 du RGPD, qui concerne le droit à la limitation du traitement.

4.6. Le paragraphe 6 appelle toutefois l'observation suivante.

Il exempte le responsable du traitement à des fins de journalisme, d'expression universitaire, artistique ou littéraire, de l'application de l'article 16 du RGPD (droit de rectification pour toute personne qui apprend que des données à caractère personnel inexactes sont conservées à son sujet) si « son application compromettrait une publication en projet », mais « pour autant que la personne concernée dispose, après publication, du droit de faire des déclarations complémentaires et qu'une publicité similaire y soit assurée par le responsable du traitement et le sous-traitant sauf dans la mesure où la déclaration complémentaire est injurieuse ou contraire aux lois et aux bonnes mœurs ».

Le commentaire de l'article précise qu'il faut que la personne concernée puisse exercer son « droit de réponse ». Cette précision révèle une confusion entre le droit à la protection des données personnelles et le droit qui en découle à la rectification de données inexactes, et le droit de la presse qui englobe le droit de réponse, prévu par la loi du 23 juin 1961 'relative au droit de réponse'. Les conditions dans lesquelles doit s'exercer la demande de diffusion d'une réponse, différentes selon que l'information mettant en cause la personne concernée, émane de la presse écrite ou de la presse audiovisuelle, ne correspondent en rien au droit de « faire des déclarations complémentaires » visé dans le texte en projet.

Ce n'est pas la législation en matière de traitement des données à caractère personnel qui doit être le siège d'une modification du subtil équilibre établi par le législateur depuis de nombreuses années entre la liberté de l'information et le droit pour toute personne concernée par cette information de solliciter la diffusion d'une réponse, et ce d'autant moins que, dans la presse écrite, le droit de réponse, ouvert à toute personne mise en cause, n'est pas un droit de rectification.

Le droit de solliciter la diffusion d'une réponse étant acquis, dès lors que l'on se situe ici nécessairement dans un cadre journalistique, l'écartement de l'article 16 aux traitements ayant cette dernière finalité ne devrait être soumis à aucune condition.

[22] Voir notamment Cour eur D.H. (gde ch.), arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

4.7. Quant au paragraphe 9 de l'article 29 de l'avant-projet, en complément à l'observation n° 4.5, il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'exposer les motifs qui le conduisent à n'écarter l'application que de certains articles du chapitre IV du RGPD aux traitements à des fins de journalisme, académique, artistique ou littéraire, compte tenu de l'obligation qui est celle du législateur, conformément à l'article 85 du RGPD, d'assurer la conciliation entre les libertés en cause.

Titre 2 – De 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, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces

Article 34

Dans la version française de l'article 34, § 1er, il convient de viser non pas « la Convention internationale » mais bien « l'accord international », compte tenu de la définition figurant à l'article 31, 17°, de l'avant-projet.

La même observation vaut pour l'article 35.

Article 35

Il n'appartient pas au législateur national d'habiliter celui de l'Union européenne ni les parties à un accord international à prévoir un dispositif nouveau ni à en énoncer les conditions d'adoption quant au fond.

Les alinéas 2 et 3 seront revus en conséquence.

Article 41

L'article 12 de la directive n° 2016/680/UE prévoit que, « de manière générale, le responsable du traitement fournit les informations sous la même forme que la demande ».

Cette obligation n'est cependant pas transposée par le dispositif en projet.

Celui-ci sera complété.

Article 46

1. Aux termes de l'article 17, paragraphes 1er et 2, de la directive n° 2016/680/UE,

« 1. Dans les cas visés à l'article 13, paragraphe 3 [23], à l'article 15, paragraphe 3 et à l'article 16, paragraphe 4, les États membres adoptent des mesures afin que les droits de

[23] Auquel renvoie l'article 31, paragraphe 5, de la directive qui est transposé par l'article 64 de la loi en projet.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

la personne concernée *puissent également* être exercés par l'intermédiaire de l'autorité de contrôle compétente.

2. Les États membres prévoient que le responsable du traitement informe la personne concernée *de la possibilité* qu'elle a d'exercer ces droits par l'intermédiaire de l'autorité de contrôle en application du paragraphe 1 » (italiques ajoutés).

Cette disposition tend donc à ajouter un moyen d'action en faveur des personnes concernées.

En exécution de cette disposition, l'article 46, § 1er, de l'avant-projet prévoit que,

« dans les cas visés à l'article 42, § 2, à l'article 43, § 4, à l'article 44, § 4, et à l'article 64, § 1er, la loi, le décret ou l'ordonnance, *peut prévoir* que les droits de la personne concernée *sont* exercés par l'intermédiaire de l'autorité de contrôle compétente, dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité dans une société démocratique » (italiques ajoutés).

Par cette disposition, l'avant-projet transforme la faculté, pour la personne concernée, d'exercer ses droits de manière indirecte prévue par l'article 17 de la directive en une possibilité pour le législateur d'imposer un tel mode d'action aux personnes concernées. Cela reviendrait à limiter les droits de ces personnes, ce qui est contraire à l'article 17 de la directive. Du reste, il n'est pas pertinent de prévoir dans une loi une habilitation en faveur du législateur.

Le dispositif sera revu en conséquence.

2. L'article 46, § 4, alinéa 4, et § 5, alinéa 4, prévoit que les catégories d'informations contextuelles qui peuvent être communiquées à la personne concernée par l'autorité de contrôle compétente sont déterminées par les ministres compétents dans des « directives » ayant fait l'objet d'un avis de l'autorité de contrôle compétente.

Si le principe de légalité qui sous-tend le droit au respect de la vie privée n'interdit pas toute délégation à un autre niveau de pouvoir, une telle délégation n'est admissible qu'à la condition que celle-ci soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur.

A fortiori, il n'est pas envisageable que les modalités des garanties mises en place afin d'encadrer la limitation du droit à la vie privée apportée par le traitement de données à caractère personnel soient fixées dans un texte dépourvu de caractère contraignant et, par voie de conséquence, de la prévisibilité et de la sécurité juridique qui s'imposent.

En outre, les articles 33 et 108 de la Constitution s'opposent à ce que le législateur attribue directement certaines missions d'exécution à un ministre. Il appartient en effet au pouvoir exécutif de régler le fonctionnement et l'organisation de ses services. La loi doit habiliter le Roi à effectuer les différentes tâches visées, celui-ci pouvant éventuellement les déléguer lui-même.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 50

1. L'article 50, alinéa 1er, e), et alinéa 3, en ce qu'il prévoit que des modalités du traitement de données à caractère personnel peuvent être fixées dans un protocole entre les responsables du traitement, porte atteinte à l'exigence de légalité et de prévisibilité qui sous-tend toute ingérence au droit au respect de la vie privée.

2. Il convient de définir la notion de « système de contrôle » utilisée par l'article 50, alinéa 4.

Article 51

L'article 51, § 1er, prévoit que

> « la personne concernée par un traitement commun de ses données à caractère personnel, émanant directement ou indirectement d'au moins une autorité compétente du titre 2 ou d'au moins une autorité, un service ou organe du titre 3 ne bénéficie pas des droits visés aux articles 41 à 47 et 64, à l'égard de ses données auprès du ou des responsables du traitement commun ».

Dès lors que les articles 41 à 47 et 64 de l'avant-projet s'appliquent par définition aux traitements de données à caractère personnel par une autorité compétente du titre 2, il est discriminatoire d'exclure l'application de ces droits dans l'hypothèse d'un traitement commun de données à caractère personnel émanant directement ou indirectement d'au moins une autorité compétente du titre 2, sans que la qualité de l'autre autorité impliquée dans ce traitement commun le justifie.

Cette disposition doit, en tout état de cause, faire l'objet d'un commentaire, actuellement absent.

Article 52

La deuxième phrase de l'alinéa 1er doit être revue de manière à mieux correspondre à l'article 19, paragraphe 2, de la directive n° 2016/680/UE, lu à la lumière du considérant n° 53 de cette directive.

Article 58

L'article 58 tend à transposer l'article 25 de la directive n° 2016/680/UE.

Cette disposition prévoit en son paragraphe 1 que

> « les États membres prévoient que des journaux sont établis au moins pour les opérations de traitement suivantes dans des systèmes de traitement automatisé : la collecte, la modification, la consultation, la communication, y compris des transferts, *l'interconnexion* et l'effacement […] » (italiques ajoutés).

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

L'article 58, § 1er, alinéa 1er, de l'avant-projet ne mentionne pas « l'interconnexion ».

Le dispositif sera complété à ce sujet.

Article 61

L'article 61, § 1er, c), devrait faire l'objet d'une disposition distincte et comporter une rédaction plus conforme à l'article 28, paragraphe 2, de la directive n° 2016/680/UE.

Article 66

Contrairement à ce qui est avancé par l'exposé des motifs, l'obligation de secret ou de confidentialité qui est imposée au délégué à la protection des données par l'article 66, § 5, est soumise à une sanction pénale, compte tenu du libellé de l'article 458 du Code pénal, qui prévoit que

> « les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi, le décret ou l'ordonnance les oblige ou les autorise à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à mille euros ou d'une de ces peines seulement ».

Titre 3 – De la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par d'autres autorités que celles visées aux titres 1 et 2

Sous-titre 1. De la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les services de renseignement et de sécurité

Article 91

Compte tenu du principe d'égalité et de non-discrimination, ainsi que du principe de proportionnalité sous-jacent à toute limitation du droit au respect de la vie privée, il convient de prévoir que la notification doit avoir lieu dans les meilleurs délais et au maximum dans les septante-deux heures, tout comme cela est prévu à l'article 63 au sein du titre 2.

Article 93

En vertu de l'alinéa 3 du paragraphe 1er,

> « [l]e délégué à la protection des données ne peut pas être relevé de ses fonctions ou sanctionné en raison de l'exercice de ses missions ».

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Cette disposition tend à garantir la nécessaire indépendance du délégué à la protection des données.

Il n'en reste pas moins que, prise à la lettre, elle laisse sans solution les situations dans lesquelles les fonctions du délégué sont exercées de manière fautive, d'une manière qui mériterait que puisse être envisagée une cessation de ses fonctions sans que cette sanction soit prise en raison des actes posés par l'intéressé en vue de faire respecter le RGPD, la loi en projet et, plus largement, les impératifs liés au respect de la vie privée.

Des mécanismes adéquats devraient être mis en place pour rencontrer ce type de situation.

La même observation vaut pour les articles 126, § 1er, alinéa 3, et 159, § 1er, alinéa 3, de l'avant-projet.

Article 101

Compte tenu du principe de légalité et de prévisibilité qui sous-tend toute ingérence au droit au respect de la vie privée, il n'est pas admissible que le service de renseignement et de sécurité concerné soit habilité à autoriser un traitement ultérieur au sens de l'article 101, alinéa 2, de l'avant-projet et à en fixer de manière entièrement discrétionnaire les conditions, par dérogation à l'interdiction de principe énoncée par cette même disposition.

Une observation similaire vaut pour l'article 164 de l'avant-projet pour ce qui concerne l'OCAM.

Une observation similaire vaut également pour les autorisations de publication ou de communication visées par les articles 104, 137 et 167 de l'avant-projet.

Sous-titre 2. La protection des personnes physiques concernant le traitement des données à caractère personnel par les forces armées

Article 107

1. L'article 107 doit faire l'objet d'un commentaire, actuellement absent.

2. Afin de garantir la proportionnalité de l'ingérence dans la vie privée des personnes concernées, il convient de limiter l'exception aux droits aux seules finalités pour lesquelles cette exception est nécessaire. Les termes « mise en œuvre des forces armées » et « mise en condition des forces armées » sont trop larges et doivent être précisés en utilisant, pour la définition des finalités poursuivies, un critère fonctionnel (et non organique) et en indiquant une fin en soi (et non un moyen pour parvenir à cette fin).

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

3. L'article 107, § 7, dispose ce qui suit :

> « concernant le traitement des données à caractère personnel, *les droits suivants* sont limités lorsqu'il s'agit d'une mesure nécessaire et proportionnelle pour la mise en œuvre des forces armées, ou la mise en condition des forces armées en vue de leur mise en œuvre : […] » (italiques ajoutés).

L'avant-projet semble ainsi se référer à une liste de droits reconnus à la personne concernée. Cependant, l'article 107 ne précise rien à cet égard si ce n'est que son point 6 renvoie à l'article 80 de l'avant-projet, qui dispose que,

> « lors du traitement de données à caractère personnel la concernant, toute personne physique a droit à la protection de ses libertés et droits fondamentaux, notamment à la protection de ses données à caractère personnel ».

Outre le caractère incohérent du dispositif, la section de législation considère que cette seule précision ne constitue pas une garantie suffisante des droits des personnes concernées et ne permet dès lors pas de répondre de manière adéquate aux exigences de prévisibilité et de proportionnalité sous-jacentes à toute ingérence au droit au respect de la vie privée.

Sous-titre 3. De la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité

Article 108

La définition de la notion de « destinataire » énoncée à l'article 31, 10°, de l'avant-projet est également pertinente pour la bonne compréhension du sous-titre 3 dès lors que cette notion est utilisée par l'article 125, § 1er, alinéa 2, 5°, de l'avant-projet.

Sous-titre 4. De la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par l'organe de coordination pour l'analyse de la menace

Article 140

La définition de la notion de « destinataire » énoncée à l'article 31, 10°, de l'avant-projet est également pertinente pour la bonne compréhension du sous-titre 4 dès lors que cette notion est utilisée par l'article 158, § 1er, alinéa 2, 1°, c), de l'avant-projet.

Sous-titre 5. De la protection des personnes physiques à l'égard de certains traitements de données à caractère personnel par l'unité d'information des passagers

Article 170

La définition de la notion de « destinataire » énoncée à l'article 31, 10°, de l'avant-projet est également pertinente pour la bonne compréhension du sous-titre 5 dès lors que cette notion est utilisée par l'article 183, § 1er, alinéa 2, 1°, c) de l'avant-projet.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Articles 175 et 176

L'article 175 énonce les droits de la personne concernée et cite le droit à la rectification et la suppression des données inexactes ainsi que le droit à la vérification auprès de l'autorité de contrôle compétente.

L'article 176 se réfère cependant également au droit d'accès, par la personne concernée, à ses données à caractère personnel. Ce droit n'est pourtant pas visé par l'article 175.

Il convient de rendre ces deux dispositions cohérentes l'une à l'égard de l'autre.

Article 177

Il n'est pas pertinent de renvoyer à la loi dans un texte législatif pour fixer les modalités d'exercice du recours organisé par l'article 177.

Il convient de définir ces modalités d'exercice dans la loi en projet.

À supposer que l'intention de l'auteur de l'avant-projet soit de renvoyer à la loi sectorielle applicable, à savoir la loi du 25 décembre 2016 'relative au traitement des données des passagers' (la loi dite PNR), il convient de viser celle-ci expressément.

Sous-titre 6. Dispositions particulières

Article 187

L'article 187, § 4, prévoit que

> « [l]e traitement de données à caractère personnel par les autorités visées au [paragraphe] premier n'est pas soumis au contrôle de l'autorité de protection des données visées dans la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'autorité de protection des données ».

Cependant, comme le souligne la Commission de la protection de la vie privée, les autorités couvertes par le sous-titre 6 peuvent également se livrer à des traitements de données à caractère personnel entrant dans le champ d'application du RGPD et qui relèvent, dès lors, du contrôle de l'Autorité pour la protection des données, à moins qu'une autre autorité de contrôle ne soit expressément désignée.

Par conséquent, le dispositif sera revu afin de ne pas porter atteinte au RGPD et de garantir le droit au respect de la vie privée.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Titre 4 – Traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques

Article 188

1. Plusieurs des définitions de l'article 188 renvoient à des définitions précisées par l'article 4 du RGPD.

Dès lors que celui-ci est directement applicable, un tel renvoi n'est pas pertinent et est source d'insécurité juridique.

2. Comme le relève la Commission de la protection de la vie privée, l'utilisation par la version française de l'article 188, 2°, des termes « afin d'être rendue publique » laisse à penser que les archives auraient vocation à être publiées. Cela ne correspond pas à la notion d'archives au sens du RGPD (cf. notamment le considérant n° 158) et à la législation organique en matière d'archives [24].

Il convient dès lors, dans la version française, de remplacer ces termes par les mots « afin d'y donner accès ».

3. La définition propre au titre 4 qui est donnée par l'article 188, 5°, à la notion de « responsable du traitement » est source d'incohérence avec la définition autonome qui est donnée à cette même notion – et qui est d'ailleurs utilisée par l'article 188, 5° – par l'article 4, 7°, du RGPD.

4. À l'article 188, 12°, le renvoi au considérant n° 33 du RGPD n'est pas pertinent dès lors que cette disposition est dépourvue de portée normative et que la définition donnée par l'article 4, 11°, du RGPD à la notion de « consentement » est directement applicable.

Articles 189 et 190

1. Il résulte de l'article 190 que le titre 4 s'applique à tout traitement à des fins d'archives ou de recherche ou statistiques relevant du titre 1 et ce, même si le responsable de traitement n'entend pas se prévaloir du régime dérogatoire qui est ainsi organisé par la loi.

Conformément à l'article 89, paragraphes 2 et 3, du RGPD et comme le relève la Commission de la protection de la vie privée, les dérogations à certains droits des personnes concernées en cas de traitement à des fins archivistiques ou de recherches scientifiques ou historiques ou à des fins statistiques ne peuvent être autorisées par la loi que « dans la mesure où ces droits risqueraient de rendre impossible ou d'entraver sérieusement la réalisation des finalités spécifiques et où de telles dérogations sont nécessaires pour atteindre ces finalités ».

[24] Voir par exemple l'article 2 du décret de la Région wallonne du 6 décembre 2001 'relatif aux archives publiques' qui précise que « [s]ont considérés comme archives définitives, les documents qui, ne présentant plus d'utilité administrative ou juridique, gardent une valeur historique comme source d'informations administratives, scientifiques ou culturelles justifiant leur conservation sans limitation de durée ».

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Le RGPD n'autorise dès lors pas les États membres à instaurer un régime dérogatoire général applicable à tout traitement à des fins archivistiques ou de recherches scientifiques ou historiques ou à des fins statistiques quel qu'il soit.

Le titre 4 doit être fondamentalement revu à la lumière de cette observation.

2. Tant au sein de l'article 189 que de l'article 190 en projet, il convient de viser non pas le « présent chapitre », mais le « présent titre ».

3. Dans un souci de sécurité juridique, l'article 190 sera complété afin de préciser que le chapitre I du titre 4 ne vise pas non plus les traitements effectués par les services visés dans le titre 2 de l'avant-projet.

Article 192

1. C'est l'article 30 du RGPD qui prévoit et encadre l'obligation des responsables du traitement de tenir un registre des activités de traitement effectuées sous leur responsabilité.

Conformément au paragraphe 5 de cette disposition, l'obligation de tenir un registre n'est applicable aux petites entreprises ou aux organisations définies par cette disposition qu'à certaines conditions. L'article 89 du RGPD n'autorise pas les États membres à déroger à cette disposition en imposant la tenue d'un registre à tous les responsables de traitement, quelle que soit la taille de l'entreprise ou de l'organisation. L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de démontrer que les conditions de l'article 30, paragraphe 5, du RGPD sont remplies.

2. Comme le relève la Commission de la protection de la vie privée, de même, l'article 89 du RGPD n'autorise pas l'État belge à déroger aux articles 13 et 14 du RGPD. Il ne peut être dérogé à l'article 14 du RGPD que dans les limites du paragraphe 5 de cette disposition.

Article 194

Il ressort de l'article 89, paragraphe 1, du RGPD, que :

> « […] [c]haque fois que ces finalités peuvent être atteintes par un traitement ultérieur ne permettant pas ou plus l'identification des personnes concernées, il convient de procéder de cette manière ».

L'article 194 de l'avant-projet va cependant au-delà de cette exigence puisqu'il impose le principe du recours au traitement ultérieur même lorsque l'identification des personnes concernées est possible. Cela porte par ailleurs atteinte à la transparence et à la prévisibilité des traitements de données que tend à garantir l'article 6, paragraphe 2, du RGPD, auquel l'article 89 n'autorise pas à déroger.

Par conséquent, le dispositif sera revu afin de rester dans les limites de l'article 89, paragraphe 1, du RGPD.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 197

1. Comme le relève la Commission de la protection de la vie privée, à l'article 197, alinéa 1er, il n'est pas pertinent d'imposer aux responsables du traitement qui collectent des données non sensibles auprès de la personne concernée d'en informer celle-ci dès lors qu'une telle obligation est déjà prévue par l'article 13 du RGPD.

2. À l'article 197, alinéa 2, l'obligation qui est imposée aux responsables du traitement qui collectent des données sensibles auprès de la personne concernée d'en recueillir le consentement est contradictoire avec l'article 9, paragraphe 2, du RGPD et va au-delà de ce qui est autorisé par le paragraphe 4 de cette même disposition. En effet, l'autorisation de traiter des données sensibles sur la base de l'article 9, paragraphe 2, j), constitue une alternative à l'autorisation de traiter de telles données prévue par l'article 9, paragraphe 2, a) à i), alors que la disposition en projet restreint les possibilités de traiter des données sensibles telles qu'elles sont énoncées à l'article 9, paragraphe 2. Vu l'effet direct de cet article 9, paragraphe 2, la disposition à l'examen est même dépourvue de toute portée effective [25].

Le dispositif sera revu en conséquence.

Article 201

Comme le relève la Commission de la protection de la vie privée, les limitations au droit à l'effacement (« droit à l'oubli ») reconnu par l'article 17 du RGPD sont prévues par le paragraphe 3 de cette disposition sans que celle-ci doive être exécutée par une mesure nationale.

Une observation similaire vaut pour l'article 209 de l'avant-projet.

Article 212

Selon le commentaire de l'article 212, les données peuvent être « dépseudonymisées » notamment

> « pour prendre une mesure à l'égard de la personne concernée, par exemple un traitement médical ».

Cette éventualité n'est pas traduite dans le dispositif.

[25] Il est également renvoyé, dans l'avis de la Commission de la protection de la vie privée, à son observation sur l'article 197.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 215

L'article 215, alinéa 2, est inutile compte tenu de la définition de la notion de « sous-traitant » énoncée à l'article 4, 8°, du RGPD.

Cet alinéa sera dès lors supprimé. Cette explication peut, par contre, figurer dans le commentaire de l'article.

Article 217

1. Comme le relève la Commission de la protection de la vie privée, l'article 4, point 1, du RGPD définit la notion de « donnée à caractère personnel » comme étant

> « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommé 'personnes concerné') ; est réputée être une 'personne physique identifiable' une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un n° d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

Par conséquent, des données anonymisées ne peuvent plus être qualifiées de « données à caractère personnel » et ne sont, dès lors, plus soumises au RGPD.

Il convient dès lors de supprimer le terme « anonymisées » à l'article 217.

2. Il résulte de l'article 11, paragraphe 2, du RGPD que,

> « lorsque, dans les cas visés au paragraphe 1 du présent article, le responsable du traitement est à même de démontrer qu'il n'est pas en mesure d'identifier la personne concernée, il en informe la personne concernée, si possible. En pareil cas, les articles 15 à 20 ne sont pas applicables, *sauf lors que la personne concernée fournit, aux fins d'exercer les droits que lui confèrent ces articles, des informations complémentaires qui permettent de l'identifier* » (italiques ajoutés).

Ainsi que l'expose la Commission de la protection de la vie privée, une exception aux articles 15, 16 et 18 du RGPD est, dès lors, déjà prévue par l'article 11, paragraphe 2, du RGPD en cas de données pseudonymisées.

Par ailleurs, l'article 89, paragraphe 2, du RGPD n'autorise pas les législateurs nationaux à déroger à cette disposition. Or, l'article 217, en ce qu'il prévoit une dérogation aux droits prévus par les articles 15, 16 et 18 du RGPD en toutes circonstances lorsque les données sont anonymisées ou pseudonymisées, porte atteinte à l'exception prévue par l'article 11, paragraphe 2, du RGPD.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Titre 5 – Voies de recours et représentation des personnes concernées

Chapitre I – Recours en cessation

1. Compte tenu du fait que l'existence d'un contrôle effectif de la réglementation en matière de protection de la vie privée constitue une mesure essentielle afin de garantir la proportionnalité de l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, la question se pose de savoir pourquoi l'avant-projet à l'examen, pas davantage que la loi du 3 décembre 2017, ne permet pas à l'Autorité de protection des données de saisir elle-même, en son propre nom, la juridiction compétente en cas de manquement aux exigences de la loi.

Actuellement, la loi du 8 décembre 1992 organise pourtant ce droit au bénéfice de la Commission de la protection de la vie privée : l'article 32, § 3, de cette loi dispose que « […] le président de la Commission peut soumettre au tribunal de première instance tout litige concernant l'application de la présente loi et de ses mesures d'exécution ».

La possibilité ainsi offerte présente cet intérêt qu'elle permet à la Commission de la protection de la vie privée d'agir pour défendre l'intérêt des citoyens dans leur ensemble, sans que ceux-ci doivent même la mandater. Le droit d'action ainsi conféré permet de pallier les difficultés que rencontrent les citoyens pour contrôler le traitement de leurs données dès lors que ceux-ci ne sont pas toujours conscients de l'existence de pratiques illégales.

La reconnaissance d'un droit d'action au profit de l'Autorité de protection des données est expressément envisagée par le RGPD, qui affirme, en son article 58, paragraphe 5, que

> « [c]haque État membre prévoit, par la loi, que son autorité de contrôle a le pouvoir de porter toute violation du présent règlement à l'attention des autorités judiciaires et, le cas échéant, d'ester en justice d'une manière ou d'une autre, en vue de faire appliquer les dispositions du présent règlement ».

Le projet sera réexaminé à la lumière de cette observation.

2. L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que, si l'action en cessation prend les formes de l'action en référé, il s'agit bien d'une procédure à l'issue de laquelle le juge statue au fond et non « avant dire droit », comme le précise à tort le commentaire des articles 222 à 232 et de façon par ailleurs contradictoire puisque, dans le même commentaire, il est encore précisé qu'il s'agit « d'un recours sur le fond ».

3. Si le recours à la procédure « comme en référé », qui bénéficie d'une présomption d'urgence, se justifie pour les mesures de cessation, de communication, de suspension et de rectification, visées à l'avant-projet, rien ne justifie par contre que la demande de réparation du préjudice causé par l'éventuelle violation des règles régissant le traitement des données à caractère personnel emprunte la même voie procédurale de l'action « comme en référé » (article 229). S'agissant d'une action en responsabilité contractuelle ou extracontractuelle de droit commun, elle devrait être introduite et instruite selon la procédure de droit commun, sous peine d'alourdir la procédure en cessation et d'en retarder corrélativement son traitement, ce qui amoindrirait sensiblement l'intérêt d'une action « comme en référé ».

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 222

1. Le terme « recours » sera avantageusement remplacé par celui d'« action » dès lors que le projet vise toute action ayant pour but de faire cesser un traitement poursuivi en violation de la loi ou tendant à obtenir la communication, la suspension et la rectification de données. La suite de la disposition sera adaptée en conséquence.

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

2. Selon le commentaire des articles, il faut comprendre que l'action « en cessation » recouvre

> « toute demande relative au droit accordé par ou en vertu de la loi indépendamment du caractère pénal de l'infraction, d'obtenir communication de données à caractère personnel [et] toute demande tendant à faire rectifier, supprimer ou interdire d'utiliser toute donnée à caractère personnel inexacte, incomplète ou non pertinente, dont l'enregistrement, la communication ou la conservation sont interdits, et pour laquelle la personne concernée s'est opposée au traitement ou qui a été conservée au -delà de la période autorisée ».

En d'autres termes, il s'agit, toujours selon le commentaire des articles, « d'un recours en cessation ainsi que d'un recours tendant à obtenir communication, suspension et rectification de données ».

Dès lors que la compétence du président siégeant comme en référé dépasse le cadre strict de l'ordre de cessation, il conviendrait que l'étendue exacte de ses compétences soit précisée dans le dispositif.

Article 223

1. Aux termes de l'article 223, l'action en cessation devant le président du tribunal de première instance est exclue lorsque le traitement des données s'effectue

> « lors d'une information, d'une instruction, d'une procédure pénale devant le juge de fond ou d'une procédure d'exécution d'une peine pénale ».

En effet, dans ces hypothèses, selon la même disposition,

> « la décision concernant la rectification, la suppression, la limitation du traitement, l'interdiction d'utiliser, ou l'effacement de données à caractère personnel appartient toutefois exclusivement, suivant la phase de la procédure, au ministère public ou au juge pénal compètent ».

2. Lors d'une information, le ministère public agit comme partie poursuivante et apparaît comme la partie adverse de celle qui pourrait souhaiter un ordre de cessation ou une mesure visée dans l'article en projet.

Il n'est pas admissible, dans ces conditions, que le ministère public se voie, concomitamment à l'information qu'il mène, reconnaître la compétence de statuer sur les

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

demandes de la partie concernée par le traitement. Une telle règle priverait la partie concernée d'un droit d'action devant un juge indépendant et impartial.

La disposition sera revue en conséquence.

3. Dans un souci de sécurité juridique et afin d'éviter toute controverse, il conviendrait de recourir à une terminologie identique aux articles 222 et 223 en ce qui concerne les demandes dont le juge peut être saisi. Ces deux dispositions seront revues en ce sens en tenant compte de l'observation n° 2 formulée sous l'article 222.

4. La notion de « juge pénal compétent » est incertaine. Il peut en effet s'agir du juge d'instruction, de la chambre du conseil ou de la chambre des mises en accusation, du juge pénal statuant au fond (tribunal correctionnel) ou encore du tribunal de l'application des peines.

En vue d'apporter les précisions nécessaires à éviter toute controverse et pour rencontrer les conséquences de l'observation n° 2, il conviendrait de préciser que, dans la phase d'information ou d'instruction, jusqu'à la décision de règlement de la procédure (renvoi ou non-lieu), seule la chambre du conseil est compétente pour prendre les mesures concernant le traitement des données. Il conviendrait que la loi fixe les règles de procédure pour la saisine de cette juridiction et pour l'instruction de la cause. Un appel doit pouvoir être introduit devant la chambre des mises en accusation, ce que le commentaire de l'article devrait confirmer.

Après la décision sur le règlement de la procédure, il conviendrait de préciser que, s'il s'agit d'une décision de non-lieu, à partir de celle-ci et après l'expiration des voies de recours ou après leur exercice, le président du tribunal de première instance recouvre sa compétence générale. Par contre, en cas de décision de renvoi, seul le tribunal correctionnel serait compétent. Il conviendrait que la loi fixe les règles de procédure pour la saisine de cette juridiction et pour l'instruction de la cause. Un appel doit pouvoir être introduit devant la cour d'appel, ce que le commentaire de l'article devrait confirmer.

Enfin, il convient de préciser expressément que, pendant toute la durée de l'exécution de la peine, seul le tribunal d'application des peines est compétent pour une demande concernant le traitement de données.

5. Cette compétence dérogatoire en faveur du juge pénal ne doit trouver à s'appliquer que pour les traitements de données en rapport direct avec la procédure pénale en cours. Cette précision doit être apportée dans le dispositif.

6. L'auteur de l'avant-projet est invité à s'expliquer quant à l'agencement de l'article 223 avec le dispositif de l'article 232, spécialement au regard de la compétence exclusive accordée par l'article 223 « au juge pénal ».

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 226

1. S'agissant du droit commun, il n'est pas pertinent de préciser, au paragraphe 1er, que les ordonnances de cessation doivent être prononcées en audience publique.

2. Au paragraphe 2, il convient de préciser à partir de quel moment commence à courir le délai de huit jours qui y est prévu.

Article 228

Au paragraphe 3, il semble que le juge d'appel qui réformerait la décision du premier juge est le mieux placé pour fixer le montant à payer à la partie qui a exécuté la mesure réformée.

Toutefois, s'il s'agit d'indemniser la partie qui a exécuté la décision provisoire, on ne voit pas pour quels motifs il conviendrait de déroger au droit commun de l'exécution et de la réparation du préjudice causé par une exécution provisoire réformée en appel. Cette indemnisation devrait faire l'objet d'une procédure autonome.

La mesure ne pourrait être utilement prise par le premier juge que s'il s'agit en réalité de fixer le montant d'une caution à fournir par la partie qui poursuit l'exécution provisoire d'un ordre de cessation.

La disposition sera revue pour exprimer plus clairement les intentions de l'auteur de l'avant-projet.

Article 231

Si l'auteur de l'avant-projet entend déroger aux articles 1026, 5°, et 1027, alinéa 1er, du Code judiciaire, qui imposent le recours à un avocat pour introduire une procédure sur requête unilatérale, il conviendrait qu'il explique les raisons qui justifieraient ce régime dérogatoire et que, sous cette réserve, le texte soit plus explicite en ce sens.

Article 233

1. Au paragraphe 1er, il convient d'ajouter les mots « , le Code judiciaire » entre les mots « les lois particulières » et les mots « et le Code de procédure pénale ».

Dans la version française, la référence à ce Code sera en outre remplacée par la mention du « Code d'instruction criminelle »

2. La disposition en projet se borne à permettre que les personnes morales désignées par la ou les victimes d'une méconnaissance de la loi soient mandatées pour introduire, en leur nom, une action en justice. *A contrario*, lesdites personnes morales ne se voient pas reconnaître un véritable droit d'action d'intérêt collectif, qui leur permettrait de saisir la juridiction

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

compétente, de leur propre initiative et en leur nom propre, des manquements aux exigences de la loi, par exemple en l'absence de « victime » identifiée ou identifiable [26].

À la suite de l'avis de la Commission de la protection de la vie privée, et dès lors que l'existence d'un contrôle effectif de la réglementation en matière de protection de la vie privée constitue une mesure essentielle afin de garantir la proportionnalité de l'ingérence au droit au respect de la vie privée, la section de législation se demande pourquoi l'auteur de l'avant-projet n'entend pas faire usage de la possibilité offerte par l'article 80, paragraphe 2, du RGPD, qui énonce en effet que

> « les États membres peuvent prévoir que tout organisme, organisation ou association visé au paragraphe 1 du présent article, indépendamment de tout mandat confié par une personne concernée, a, dans l'État membre en question, le droit d'introduire une réclamation auprès de l'autorité de contrôle qui est compétente en vertu de l'article 77, et d'exercer les droits visés aux articles 78 et 79 s'il considère que les droits d'une personne concernée prévus dans le présent règlement ont été violés du fait du traitement ».

En effet, à l'heure actuelle, les traitements de données sont si nombreux, complexes et bien souvent opaques, qu'on ne peut faire reposer sur le citoyen la charge de veiller seul à la protection de sa vie privée à l'égard de problèmes techniques qui bien souvent le dépassent, ni de faire peser sur lui la démarche de mandater, et parfois même de convaincre, les institutions *ad hoc* pour agir en justice.

La section de législation rappelle au demeurant que la Cour constitutionnelle, dans ses arrêts n[os] 133/2013 du 10 octobre 2013 et 87/2017 du 6 juillet 2017, a en substance estimé que, à défaut de justification objective et raisonnable, les différences de traitement réalisées par le législateur dans la reconnaissance d'un droit d'action collectif au profit de personnes morales ayant pour objectif la défense des droits fondamentaux, sont constitutives de discriminations contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution.

L'avant-projet sera réexaminé à la lumière de l'observation qui précède.

Titre 6 – Sanctions

Article 234

1. En vertu du paragraphe 2, les amendes administratives ne sont pas applicables aux responsables de traitement ayant la qualité d'autorité publique ou d'organisme public. Par contre, les amendes administratives sont applicables aux responsables de traitement du secteur privé.

Or, les responsables de traitement du secteur public et du secteur privé traitent des données similaires relatives aux citoyens. On songe notamment aux données d'identification (nom, prénom, adresse, date de naissance, etc. traitées tant par les administrations que les sociétés privées), aux données fiscales (traitées par le SPF Finances et par les banques par exemple), aux

[26] Comp. par exemple avec les articles 30 et 31 de la loi du 10 mai 2007 'luttant contre certaines formes de discrimination'.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

données de santé (traitées par les institutions de sécurité sociale mais aussi les sociétés d'assurances), etc.

Dans l'environnement numérique, la possibilité d'infliger une amende administrative constitue un moyen de pression devant amener chaque responsable de traitement à veiller scrupuleusement au respect des règles de protection des données. De ce fait, l'amende administrative est une garantie supplémentaire, pour le citoyen, que les règles de protection des données seront en principe respectées.

Les responsables de traitement du secteur public doivent être soumis à des moyens de pression au moins équivalents à ceux qui pèsent sur le secteur privé, et ce pour quatre raisons principales.

Premièrement, les responsables de traitement du secteur public détiennent des données que les citoyens sont obligés de leur fournir sous peine de ne pas remplir leurs obligations légales, voire civiques.

Deuxièmement, la violation des règles de protection des données par une autorité publique ou un organisme public est donc susceptible non seulement de porter atteinte à la vie privée des citoyens mais également d'ébranler la confiance du citoyen en l'État [27].

Troisièmement, le RGPD restreint les droits de citoyens à l'égard de nombre de ces traitements, comme le rappelle l'exposé des motifs (exception à l'interdiction de traiter des données sensibles pour des raisons d'intérêt public déterminé dans une loi, exception au droit à l'oubli, exception au droit à la portabilité, exception au droit d'objecter, exception à l'interdiction de profilage sans intervention humaine, etc.). Cette limitation des droits doit être compensée par un contrôle adéquat des responsables de traitement.

Quatrièmement, la loi du 3 décembre 2017 a supprimé le contrôle qu'exerçaient les comités sectoriels chargés d'autoriser ou de refuser les échanges de données au sein de l'administration. La suppression de ce contrôle en amont doit également pouvoir être adéquatement compensée, au risque d'immuniser le secteur public de toute sanction.

Certes, imposer des amendes d'un montant pouvant aller jusqu'à 20 millions d'euros risquerait de mettre en péril la continuité du service public. Il serait donc admissible que l'avant-projet, sans renoncer à l'amende, fixe des plafonds particuliers lorsque ces amendes sont imposées au secteur public. À cet égard, l'auteur de l'avant-projet pourrait s'inspirer des montants des amendes imposées aux autorités publiques sur la base de l'article 101 du Code pénal social ou l'article 31 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

[27] Voir C.E., 26 avril 2005, n° 143.683, Van Merris, http://www.raadvst-consetat.be/Arrets/143000/600/143683.pdf#xml=http://www.raadvst-consetat.be/apps/dtsearch/getpdf.asp?DocId=6195&Index=c%3a%5csoftware%5cdtsearch%5cindex%5carrets%5ffr%5c&HitCount=1&hits=e01+&94305120182018.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Ainsi donc, à défaut d'une justification adéquate de la différence de traitement organisée entre les responsables de traitement du secteur public et les responsables de traitement du secteur privé, le dispositif doit être revu dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution.

2. Constatant que l'avant-projet ne prévoit pas d'assortir l'amende administrative du sursis, il est renvoyé sur ce point à l'avis n° 62.383/2 donné le 7 décembre 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 11 mars 2018 'relative au statut et au contrôle des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, et à l'activité d'émission de monnaie électronique, et à l'accès aux systèmes de paiement' [28].

Article 242

1. Il résulte du commentaire de l'article 242, § 1er, que des comportements contraires à la loi et/ou au RGPD peuvent faire l'objet tant de sanctions administratives prévues par les articles 58, paragraphe 2, et 83 du RGPD et par l'article 234 de l'avant-projet, que de sanctions pénales prévues par les articles 235 ou 236 de l'avant-projet.

La possibilité ainsi créée de cumuler l'application de sanctions pénales et d'amendes administratives qualifiables de « pénales » au sens des dispositions conventionnelles concernées, quoique n'étant pas catégoriquement exclue par le RGPD lui-même (voir en effet le considérant n° 149 de son préambule), n'en suscite pas moins une difficulté au regard du principe « *non bis in idem* » garanti notamment par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

2. La portée du principe « *non bis in idem* », tel qu'il résulte de l'article 4 du Protocole précité, a été récemment redéfinie, en substance, par l'arrêt *A. et B. c. Norvège* rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, le 15 novembre 2016 [29].

Conformément à cet arrêt, la poursuite et l'aboutissement de procédures parallèles à caractère pénal est admissible lorsqu'il existe un lien à la fois matériel et temporel suffisamment étroit entre les procédures.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il existe un lien temporel suffisamment étroit lorsque les procédures ne s'étalent pas trop dans le temps, de telle sorte que le justiciable ne soit pas en proie à l'incertitude et à des lenteurs.

En ce qui concerne l'existence d'un lien matériel suffisamment étroit, la Cour européenne des droits de l'homme indique quatre critères non exhaustifs permettant d'évaluer celui-ci [30].

[28] Observation formulée sur les articles 148, 161, 230 et 244 de l'avant-projet, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-2896/1, pp. 323 à 326 et 329.

[29] Voir spécialement les paragraphes 130 à 134 de cet arrêt.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Le premier tient au fait que les différentes procédures visent des buts complémentaires et concernent ainsi, non seulement *in abstracto* mais aussi *in concreto*, des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société en cause.

Le fait que seule l'une des procédures ait un caractère répressif ou encore que seule l'une d'entre elles implique un élément de fraude est à cet égard révélateur [31]. La Cour précise, en se fondant sur son arrêt *Jussila* [32] relatif à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, que

> « la mesure dans laquelle la procédure administrative présente les caractéristiques d'une procédure pénale ordinaire est un élément important. Des procédures mixtes satisferont plus vraisemblablement aux critères de complémentarité et de cohérence si les sanctions imposables dans la procédure non formellement qualifiée de 'pénale' sont spécifiques au comportement en question et ne font pas partie du noyau dur du droit pénal […]. Si, à titre additionnel, cette procédure n'a pas un caractère infamant, il y a moins de chance qu'elle fasse peser une charge disproportionnée sur l'accusé. À l'inverse, plus la procédure administrative présente de caractéristiques infamantes la rapprochant dans une large mesure d'une procédure pénale ordinaire, plus les finalités sociales poursuivies par la punition du comportement fautif dans les procédures différentes risquent de se répéter (*bis*) au lieu de se compléter » [33].

Le deuxième critère porte sur le caractère prévisible de la mixité des procédures de répression d'un même comportement, aussi bien en droit qu'en pratique.

En vertu du troisième critère, le fait que les procédures en question ont été conduites d'une manière qui évite autant que possible toute répétition dans le recueil et dans l'appréciation des éléments de preuve, notamment grâce à une interaction adéquate entre les diverses autorités compétentes, faisant apparaître que l'établissement des faits effectué dans l'une des procédures a été repris dans l'autre, permet d'éviter le reproche de la double répression.

Le quatrième critère est relatif au fait que la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier a été prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier, de manière à ne pas faire porter *in fine* à l'intéressé un fardeau excessif, ce dernier risque étant moins susceptible de se présenter s'il existe un mécanisme compensatoire conçu pour assurer que le montant global de toutes les peines prononcées est proportionné.

Il ressort de l'arrêt *A et B c. Norvège* que la Cour européenne des droits de l'homme accorde une importance prépondérante à ce dernier critère [34] et confère ainsi au principe de proportionnalité une place centrale.

---

[30] Cour eur. D.H., arrêt *A et B c. Norvège*, 15 novembre 2016, § 132.

[31] *Ibidem*, § 144.

[32] Cour eur. D.H., arrêt *Jussila c. Finlande*, 23 novembre 2006.

[33] Cour eur. D.H., arrêt *A et B c. Norvège*, 15 novembre 2016, § 133.

[34] *Ibidem*, §§ 133 et 151.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

3. Ainsi que le rappelle expressément le considérant n° 149 du préambule du RGPD, il y a également lieu d'avoir égard à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Selon cette jurisprudence,

> « l'article 50 de la Charte doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle des poursuites pénales peuvent être engagées contre une personne pour omission de verser la TVA due dans les délais légaux, alors que cette personne s'est déjà vu infliger, pour les mêmes faits, une sanction administrative définitive de nature pénale au sens de cet article 50, à condition que cette réglementation
>
> – vise un objectif d'intérêt général qui est de nature à justifier un tel cumul de poursuites et de sanctions, à savoir la lutte contre les infractions en matière de TVA, ces poursuites et ces sanctions devant avoir des buts complémentaires,
>
> – contienne des règles assurant une coordination limitant au strict nécessaire la charge supplémentaire qui résulte, pour les personnes concernées, d'un cumul de procédures, et
>
> – prévoie des règles permettant d'assurer que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées soit limitée à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction concernée » [35].

4. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'établir qu'il met sur pied un mécanisme qui, prévoyant à la fois des sanctions administratives et des sanctions pénales, se situe dans la logique complémentaire qui est la seule admise par les jurisprudences européennes dont il est question ci-avant.

À cet égard, il y a lieu de constater qu'en vertu de l'article 83, paragraphe 2, b), du RGPD,

> « [p]our décider s'il y a lieu d'imposer une amende administrative et pour décider du montant de l'amende administrative, il est dûment tenu compte, dans chaque cas d'espèce, des éléments suivants :
>
> […]
>
> b) le fait que la violation a été commise délibérément ou par négligence ;
>
> […] ».

L'imposition d'une amende administrative tiendra donc compte, d'ores et déjà, d'un élément intentionnel, le cas échéant, tout comme cela est prévu en matière pénale par l'article 235, b) et d), de l'avant-projet.

En toute hypothèse, afin de répondre aux exigences des jurisprudences européennes précitées, il convient à tout le moins de prévoir expressément un mécanisme compensatoire afin que la sanction imposée à l'issue de la première procédure arrivant à son terme soit prise en considération dans le cadre de la seconde procédure.

[35] C.J.U.E., arrêt *Menci*, 20 mars 2018, C-524/15, § 63.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Au surplus, il importe que les procédures soient conduites de manière à respecter concrètement les critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Afin de garantir le respect de ce principe, mieux vaut compléter l'avant-projet par un dispositif organisant le caractère intégré des deux éventuelles procédures pouvant être menées. L'exposé des motifs gagnerait en tout état de cause à fournir des explications sur ces questions au sujet des articles 234, 235 et 242 de l'avant-projet.

5. S'agissant enfin des protocoles d'accord entre les autorités de contrôle compétentes et le Collège des procureurs généraux, envisagés par l'article 242, il va sans dire qu'ils ne peuvent empiéter ni sur les prérogatives constitutionnelles du ministère public ni sur les compétences du législateur en matière de procédure pénale.

Titre 7 – L'organe de contrôle de l'information policière

En vertu des articles 36, § 2, et 40, § 2, de la loi du 3 décembre 2017, les membres respectivement du comité de direction et du centre de connaissance de l'Autorité de protection des données « doivent avoir une connaissance fonctionnelle de la deuxième langue nationale et de l'anglais. Au moins un membre […] doit aussi posséder une connaissance fonctionnelle de l'allemand » et « deux tiers au maximum des membres […] sont du même sexe ».

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier le fait que des exigences similaires ne sont pas reprises pour les membres de l'Organe de contrôle de l'information policière compte tenu du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

Il en va d'autant plus ainsi que l'exposé des motifs invoque la volonté d'aligner les statuts des différentes autorités de contrôle entre eux.

Titre 8 – Dispositions finales

Article 283

Compte tenu de la date à laquelle le présent avis est donné, il est peu probable que la loi en projet soit publiée au *Moniteur belge* avant le 6 mai 2018.

Elle aurait donc un effet rétroactif pour ce qui concerne son titre 2 et éventuellement d'autres articles de l'avant-projet qui seraient indiqués comme devant entrer en vigueur à cette date, ce qui ne saurait être admis, même si celle-ci correspond à l'échéance à laquelle la directive n° 2016/680/UE doit être transposée.

La disposition sera revue en conséquence.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Article 287

Le paragraphe 2 de l'article 287 manque de clarté.

Cette disposition sera revue.

OBSERVATIONS FINALES

L'avant-projet doit être revu pour se conformer aux règles de la légistique, pour assurer la concordance des textes français et néerlandais et pour corriger des renvois internes manifestement inexacts. Seuls quelques exemples sont donnés ci-après des difficultés rencontrées [36].

A. En ce qui concerne les règles de légistique :

1° Les énumérations doivent être énoncées sous la forme de 1°, 2°, 3°, etc., et non « 1. », « 2. », « 3. », etc. (par exemple à l'article 8).

2° À l'article 10, la division en paragraphes (« § 1er. », « § 2. », etc.) doit être remplacée par une énumération en 1°, 2°, etc.

3° Lorsqu'un article est divisé en paragraphe, aucune partie de cet article, pas même son premier alinéa, ne peut se soustraire à cette division, comme à l'article 11.

4° Les renvois, au sein des articles, à des subdivisions d'autres articles, doivent être opérées correctement, par exemple sans omettre la mention des paragraphes ou des alinéas au sein desquels les subdivisions concernées sont mentionnées. Ainsi, par exemple, dans la phrase introductive de l'article 73, § 1er, il y a lieu de se référer à l'article 31, § 1er, 7°, a), c), d) et f), et non à l'article 31, 7°, a), c), d) et f), et, à l'article 170, § 1er, c'est à l'article 74, § 2, 6°, et non à l'article 74, 6°, qu'il faut se référer.

5° Les modifications et abrogations portées par l'avant-projet doivent mentionner les modifications encore en vigueur subies par les textes concernés. Tel n'est par exemple pas le cas de l'abrogation par l'article 282, alinéa 1er, de l'avant-projet de la loi du 8 décembre 1992.

B. En ce qui concerne les discordances entre le texte français et le texte néerlandais : les articles 9, § 1er, 2°, 18, § 3, 25, § 1er, 50, alinéa 1er, et 88.

C. En ce qui concerne les renvois internes manifestement incorrects : les articles 43, § 3, 46, 68, 71 et 72, 177, 187, 243 et 287.

*

[36] Il est renvoyé au *Guide* publié en la matière par le Conseil d'État, *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative ».

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

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.

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN

1. Voor de afdeling Wetgeving van de Raad van State, die verzocht is om binnen een termijn van dertig dagen advies uit te brengen, is het niet mogelijk geweest bij de adviesaanvrager een verlenging van die termijn aan te vragen, hoewel een dergelijke verlenging in principe onontbeerlijk was wegens de grote omvang en de belangrijkheid van het voorontwerp waarop dit advies betrekking heeft.

Dat dit voor haar niet mogelijk geweest is, komt door het feit dat richtlijn (EU) 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', welke richtlijn omgezet wordt bij titel 2 van het voorontwerp, een artikel 63, lid 1, bevat krachtens welke bepaling de ontworpen wet in principe uiterlijk op 6 mei 2018 vastgesteld en bekendgemaakt dient te worden, maar vooral door het feit dat in artikel 99, lid 2, eerste alinea, 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 (algemene verordening gegevensbescherming)' (hierna te noemen: "de AVG"), bepaald wordt dat deze verordening "met ingang van 25 mei 2018" toepasselijk is, waarbij het gaat om een rechtstreekse toepasselijkheid waardoor er geen omzettings- maar uitvoeringsmaatregels moeten worden genomen, die vastgesteld moeten worden zonder dat daaraan terugwerkende kracht wordt verleend, zodat de ontworpen wet, zoals bepaald wordt in artikel 283 van het voorontwerp (behalve wat titel 2 van het voorontwerp betreft), in werking treedt op diezelfde datum, namelijk op 25 mei 2018. Er wordt zelfs vastgesteld dat, wat inzonderheid titel 2 van het voorontwerp betreft, in datzelfde artikel 283 van het voorontwerp bepaald wordt dat het op 6 mei 2018 in werking treedt.

Binnen die zeer korte termijn heeft de afdeling Wetgeving geen exhaustief onderzoek van het voorontwerp kunnen uitvoeren, in het bijzonder uit het oogpunt van de verenigbaarheid ervan met het recht op eerbiediging van het privéleven, de AVG en richtlijn 2016/680.

‡ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder « rechtsgrond » de overeenstemming met de hogere normen verstaan.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Wanneer in dit advies opmerkingen gemaakt worden, betekent dat evenmin dat het mogelijk geweest is om rekening te houden met alle juridische aspecten van de vraagstukken die zijn opgeworpen. Dit geldt heel in het bijzonder, maar niet alleen, voor het onderzoek van de belangrijke vraag of de beperkingen die bij het voorontwerp aangebracht worden op het stuk van de verplichtingen en de rechten als bedoeld in de artikelen 12 tot en met 22, in artikel 34 en in artikel 5 van de AVG, wel aanvaardbaar zijn in het licht van de specifieke voorwaarden gesteld in artikel 23 van diezelfde verordening en van de vraag of de regeling werkbaar is, die vervat is in artikel 2, eerste en tweede lid, van het voorontwerp, waaruit volgt dat titel 1 van de ontworpen wet en de AVG van toepassing zullen zijn op de verwerkingen van persoonsgegevens die niet binnen het toepassingsgebied van de titels 1 tot 4 van het voorontwerp vallen. Zo ook, nog steeds bij wijze van voorbeeld, zou een onderzoek gewijd moeten worden aan artikel 4 van het voorontwerp, waarin de criteria inzake territoriale binding staan op basis waarvan de ontworpen wet al dan niet van toepassing dient te worden geacht, maar is het om de *supra* uiteengezette redenen niet mogelijk geweest een dergelijk onderzoek te verrichten.

Ook het feit dat in bepaalde opmerkingen verwezen wordt naar opmerkingen die de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer gemaakt heeft in het belangrijke advies nr. 33/2018 dat ze op 11 april 2018 heeft uitgebracht, wil niet zeggen dat het niet-verwijzen naar andere opmerkingen van dat advies zou betekenen dat de afdeling Wetgeving het met die opmerkingen niet eens zou zijn.

Onder deze punten van voorbehoud wordt dit advies gegeven, waarbij de afdeling Wetgeving alleen kan betreuren dat, hoewel de AVG en richtlijn 2016/680 op 4 mei 2016 in *het Publicatieblad van de Europese Unie* bekendgemaakt zijn, zij niet over meer tijd heeft kunnen beschikken voor het uitbrengen van haar advies over dit voorontwerp, dat nochtans van fundamenteel belang is voor de werkzaamheid van het recht op eerbiediging van het privéleven, dat gewaarborgd wordt bij onder andere artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.[1]

2. Het onderzoek door de afdeling Wetgeving is bovendien bepaald niet vergemakkelijkt door het feit dat het voorontwerp wat de vorm betreft, niet in orde is.

Het voorontwerp bevat nog vele fouten, inzonderheid wat de overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst betreft en in de interne verwijzingen, die duidelijk niet systematisch herzien zijn bij het opstellen van de opeenvolgende versies van het voorontwerp.

Ook aan de regels van de wetgevingstechniek wordt vaak voorbijgegaan.

Ten slotte is de artikelsgewijze bespreking al even onvolmaakt, waarbij aan een aantal bepalingen zelfs in het geheel geen bespreking gewijd wordt.

[1] In haar advies van 11 april 2018 verklaart de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer eveneens dat zij "betreurt (…) dat zij binnen een uiterst korte termijn haar advies moet geven over een tekst van dergelijke omvang die toch van enorm belang is voor de omkadering van persoonsgegevens" (punt 6) (wanneer verderop in dit advies sprake is van het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, is dat het advies waarnaar verwezen wordt).

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

De afdeling Wetgeving heeft niet over de nodige tijd beschikt en is dus niet in staat geweest de vinger te leggen op alle vormelijke onvolmaaktheden van het voorontwerp, die de bevattelijkheid ervan in het gedrang brengen. Bij wijze van voorbeeld wordt in de slotopmerkingen van dit advies op een aantal van die onvolmaaktheden gewezen. De steller van het voorontwerp dient de gehele tekst nauwkeurig na te zien voordat hij die bij de Kamer van volksvertegenwoordigers indient.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Het recht op eerbiediging van het privéleven

1. Zoals het Grondwettelijk Hof recent nog opgemerkt heeft[2] in verband met het recht op eerbiediging van het privéleven dat gewaarborgd wordt door artikel 22 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, is de draagwijdte van artikel 8 EVRM analoog aan die van de voormelde grondwettelijke bepaling, zodat de waarborgen die deze beide bepalingen bieden een onlosmakelijk geheel vormen.

De artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie hebben, wat de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de uitvoering van het Unierecht betreft, een draagwijdte die analoog is aan die van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en aan die van artikel 22 van de Grondwet. Hetzelfde geldt voor artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

Het recht op eerbiediging van het privéleven, zoals gewaarborgd in de voormelde grondwets- en verdragsbepalingen, heeft voornamelijk tot doel de personen te beschermen tegen inmengingen in hun privéleven. Dat recht heeft een ruime draagwijdte en omvat onder meer de bescherming van persoonsgegevens en van persoonlijke informatie.

In dat verband en wat de toepassingsgebieden buiten de Europese Unie betreft, wordt in Verdrag nr. 108 van de Raad van Europa van 28 januari 1981 'tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens', dat bindend is voor de Belgische Staat, eveneens bepaald dat de Belgische Staat een reeks minimale waarborgen moet bieden.

2.1. Dat recht is evenwel niet absoluut. Het sluit overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven niet uit, maar het is vereist dat zij toegestaan wordt door een voldoende precieze wettelijke bepaling, dat zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte in een democratische samenleving en dat zij evenredig is met de daarmee nagestreefde wettige doelstelling. Die bepalingen houden voor de overheid bovendien de positieve verplichting in om maatregelen te nemen die een daadwerkelijke eerbiediging van het privéleven verzekeren, zelfs in de sfeer van de onderlinge verhoudingen tussen individuen.

[2] GwH 14 juli 2016, nr. 108/2016, B.7 tot B.13; 15 maart 2018, nr. 29/2018, B.9 tot B.15.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

2.2. Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.

2.3. Naast het formele wettelijkheidsvereiste legt artikel 22 van de Grondwet eveneens de verplichting op dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven in duidelijke en voldoende nauwkeurige bewoordingen wordt geformuleerd die het mogelijk maken de hypothesen te voorzien waarin de wetgever een dergelijke inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven toestaat.

Evenzo houdt het vereiste van voorzienbaarheid waaraan de wet moet voldoen om in overeenstemming te worden bevonden met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in dat de formulering ervan voldoende precies is zodat eenieder – desnoods met gepast advies – in de gegeven omstandigheden in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien. De wetgeving moet eenieder een voldoende indicatie geven over de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder de overheden gebruik mogen maken van maatregelen die raken aan de rechten gewaarborgd door het Verdrag. Meer in het bijzonder wanneer het optreden van de overheid een geheim karakter vertoont, dient de wet voldoende waarborgen te bieden tegen willekeurige inmengingen in het recht op eerbiediging van het privéleven, namelijk door de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken overheden op voldoende duidelijke wijze af te bakenen, enerzijds, en door te voorzien in procedures die een effectief toezicht toelaten, anderzijds.

Uit artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 22 van de Grondwet volgt aldus dat voldoende precies moet worden bepaald in welke omstandigheden een verwerking van persoonsgegevens is toegelaten. De vereiste graad van precisie van de betrokken wetgeving − die niet in elke hypothese kan voorzien − is, volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, onder meer afhankelijk van het domein dat wordt gereguleerd en van het aantal en de hoedanigheid van de personen tot wie de wet gericht is. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld dat het vereiste van voorzienbaarheid in domeinen die te maken hebben met de nationale veiligheid, niet dezelfde draagwijdte kan hebben als in andere domeinen.[3]

2.4. Overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven dient niet alleen te steunen op een voldoende precieze wettelijke bepaling, ze dient daarenboven op een redelijke verantwoording te berusten en evenredig te zijn met de doelstellingen die nagestreefd worden door de wetgever, die ter zake over een appreciatiemarge beschikt. Die appreciatiemarge is evenwel niet onbegrensd: opdat een wettelijke regeling verenigbaar is met het recht op eerbiediging van het privéleven, is vereist dat de wetgever een billijk evenwicht heeft gevonden tussen alle rechten en belangen die in het geding zijn.

[3] EHRM 26 maart 1987, *Leander* t. Zweden, § 51; 4 juli 2006, *Lupsa* t. Roemenië, § 33.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Wat de evenredigheid betreft, houden het Europees Ho voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie rekening met het al dan niet aanwezig zijn van materiële en procedurele waarborgen in de betrokken regeling. Bij de beoordeling van de evenredigheid van maatregelen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, dient aldus rekening te worden gehouden met, onder meer, het geautomatiseerde karakter ervan, de gebruikte technieken, de accuraatheid, de pertinentie en het al dan niet buitensporige karakter van de gegevens die worden verwerkt, het al dan niet voorhanden zijn van maatregelen die de duur van de bewaring van de gegevens beperken, het al dan niet voorhanden zijn van een systeem van onafhankelijk toezicht dat toelaat na te gaan of de bewaring van de gegevens nog langer is vereist, het al dan niet voorhanden zijn van afdoende controlerechten en rechtsmiddelen voor de betrokkenen, het al dan niet voorhanden zijn van waarborgen ter voorkoming van stigmatisering van de personen van wie de gegevens worden verwerkt, het onderscheidend karakter van de regeling en het al dan niet voorhanden zijn van waarborgen ter voorkoming van foutief gebruik en misbruik van de verwerkte persoonsgegevens door de overheidsdiensten.

3. *In casu* houdt het recht op eerbiediging van het privéleven verband met de kern zelf van het voorontwerp dat aan de afdeling Wetgeving voorgelegd is. Het voorontwerp is dan ook onderzocht in het licht van de beginselen waaraan zonet herinnerd is.

B. Het juridisch statuut van de toezichthoudende autoriteiten

1.1. Artikel 4 van de wet van 3 december 2017 'tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit' heeft tot doel te bepalen welke instanties naar Belgisch recht in principe de toezichthoudende autoriteiten voor de verwerking van persoonsgegevens zijn.

In principe is die instantie de "Gegevensbeschermingsautoriteit", die naar luid van artikel 3, eerste lid, van die wet bij de Kamer van volksvertegenwoordigers opgericht wordt en die krachtens het tweede lid van die bepaling de opvolger is van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De "Gegevensbeschermingsautoriteit" wordt bij artikel 2, 1°, van die wet gedefinieerd als "de Toezichthoudende autoriteit voor de verwerking van persoonsgegevens".

In artikel 4, § 2, eerste lid, van dezelfde wet wordt bepaald dat "[h]et toezicht dat door deze wet (…) georganiseerd [wordt] (…) geen betrekking [heeft] op de verwerkingen door de hoven en rechtbanken alsook door het openbaar ministerie bij de uitoefening van hun gerechtelijke taken", terwijl de Koning krachtens het tweede lid van dat artikel 4, § 2, "andere autoriteiten [kan] aanduiden voor zover zij persoonsgegevens verwerken in het kader van hun gerechtelijke taken".

Wat de politiediensten betreft, voorziet artikel 4, § 2, derde lid, van dezelfde wet in een afwijkende regeling: "[de] competenties, taken en bevoegdheden als toezichthoudende autoriteit voorzien door de [AVG] worden uitgeoefend door het Controleorgaan op de politionele informatie bedoeld in artikel 44/6, § 1, van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt". Bij artikel 280 van het voorliggend voorontwerp wordt die bepaling van de wet van 3 december 2017 aldus aangevuld en, volgens de bespreking van artikel 2018, "verduidelijkt" dat de uitoefening

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

van het toezicht eveneens aan dat orgaan toevertrouwd wordt wat betreft "de Dienst Enquêtes van het Vast Comité van toezicht op de politiediensten zoals bedoeld in artikel 16 van de wet tot regeling van het toezicht op politie- en inlichtingendiensten en op het Coördinatieorgaan voor de dreigingsanalyse van 18 juli 1991 en de Algemene Inspectie van de federale politie en van de lokale politie zoals bedoeld in de wet van 15 mei 2007 op de Algemene Inspectie en houdende diverse bepalingen betreffende de rechtspositie van sommige leden van de politiediensten".

Daaruit volgt dat de "Gegevensbeschermingsautoriteit", die opgericht wordt bij artikel 3, eerste lid, van de wet van 3 december 2017, beschouwd dient te worden als de "toezichthoudende autoriteit" in de zin van het voorliggend voorontwerp, tenzij een wet in een afwijkende regeling voorziet.

1.2. Het begrip "bevoegde toezichthoudende autoriteit", dat in vele bepalingen van titel 1 van het voorontwerp gehanteerd wordt, dient in die zin begrepen te worden.

Strikt wettelijk gezien is die methode niet verkeerd.

Wat de politiediensten, de Dienst Enquêtes van het Vast Comité van toezicht op de politiediensten en de Algemene Inspectie van de federale politie en van de lokale politie betreft, zou de ontworpen wet, zonder nadere precisering op dat punt, eveneens in samenhang met artikel 4, § 2, derde lid, van de wet van 3 december 2017 gelezen kunnen worden, wat voldoende grond zou opleveren om ervan uit te gaan dat die diensten en instellingen onder het toezicht van het Controleorgaan op de politionele informatie vallen.

In titel 2 van het voorontwerp wordt evenwel een andere methode gevolgd.

Immers, in die titel 2:

– wordt, in artikel 31, 15°, de volgende definitie voorgesteld van het begrip "toezichthoudende autoriteit": "de onafhankelijke overheidsinstantie die bij wet belast is met het toezicht op de toepassing van deze titel, teneinde de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen in verband met verwerking te beschermen en het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Europese Unie te vergemakkelijken";

– wordt, bij artikel 73, § 1, "een onafhankelijke toezichthoudende autoriteit op de politionele informatie opgericht, [die] Controleorgaan op de politionele informatie genoemd [wordt]" en in verband waarmee in paragraaf 3 van hetzelfde artikel bepaald wordt dat de "samenstelling [ervan], het statuut van [zijn] leden, [zijn] opdrachten, [zijn] bevoegdheden evenals [de] financiering [ervan] (…) geregeld [worden] in titel 7";

– worden, in artikel 73, § 1, derde lid, de algemene bevoegdheden van dat orgaan ten aanzien van de politiediensten, de Dienst Enquêtes van het Vast Comité van toezicht op de politiediensten, de Algemene Inspectie van de federale politie en van de lokale politie en de Passagiersinformatie-eenheid opgesomd door te verwijzen naar onder andere artikel 31, 15°, van het voorontwerp, de bepalingen van titel 1, hoofdstuk 4, afdeling 2, die van toepassing zijn op de politiediensten, artikel 4, § 2, van de wet van 3 december 2017 en artikel 44/6 van de wet op het politieambt, waarbij de mogelijkheid opengelaten wordt dat "door of krachtens andere wetten" aan dat orgaan enige "andere opdracht" verleend zou worden.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

In aansluiting op dat artikel 73, wordt in het voorontwerp een titel 7 gewijd aan het Controleorgaan op de politionele informatie, waarbij voorzien wordt in een regeling inzake de samenstelling van dat orgaan, het statuut van zijn leden en van zijn Dienst Onderzoeken, zijn opdrachten, zijn bevoegdheden en die van zijn leden en van de leden van zijn Dienst Onderzoeken, alsook inzake de financiering van dat orgaan.

Deze methode heeft de verdienste dat ze voorziet in duidelijke regelgeving betreffende een aangelegenheid, het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens, die van essentieel belang is voor de werkzaamheid van het recht op eerbiediging van het privéleven, in het bijzonder wanneer de betrokkenen geen rechtstreekse toegang hebben tot de gegevens die op hen betrekking hebben.

Deze methode leidt er evenwel toe dat in twee onderscheiden wetten, namelijk de wet van 3 december 2017 en de ontworpen wet, een dispositief met een identiek doel voorkomt, namelijk het aanwijzen van de toezichtsautoriteit voor de politiediensten, de Dienst Enquêtes van het Vast Comité van toezicht op de politiediensten en de Algemene Inspectie van de federale politie en van de lokale politie.

Artikel 4, § 2, derde lid, van de wet van 3 december 2017 zou dan ook opgeheven moeten worden, aangezien die bepaling overbodig wordt gelet op de voormelde bepalingen van het voorontwerp die aan het Controleorgaan op de politionele informatie gewijd zijn.[4]

Daarbij zou artikel 4 van die wet aldus herzien moeten worden dat een algemeen voorbehoud gemaakt wordt voor de gevallen waarin bijzondere wetten dispositieven zouden bevatten waarbij andere toezichthoudende autoriteiten voor de verwerking van persoonsgegevens opgericht zouden worden. De Gegevensbeschermingsautoriteit die bij artikel 3 van die wet opgericht wordt, geldt daarbij zoals dat het geval is voor de meeste bepalingen van titel 1 van het voorliggende ontwerp als de gemeenrechtelijke autoriteit ter zake.

1.3. Die manier van werken zou ook dienstig zijn bij de methode die gebruikt wordt voor titel 3 van het voorontwerp, die gewijd is aan de verwerking van persoonsgegevens door andere overheden dan die bedoeld in de titels 1 en 2 van het voorontwerp, namelijk de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (ondertitel 1), de krijgsmacht (ondertitel 2), de overheden die vallen onder de wet van 11 december 1998 'betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen' (ondertitel 3), het Coördinatieorgaan voor de dreigingsanalyse (ondertitel 4) en de Passagiersinformatie-eenheid (ondertitel 5).

Voor die overheden bestaat er geen regeling die vergelijkbaar is met die welke vervat is in artikel 4, § 2, derde lid, van de wet van 3 december 2017.

[4] In dat geval zou artikel 280 van het voorontwerp weggelaten moeten worden, mede gelet op artikel 73, § 1, derde lid (inleidende zin), van het voorontwerp, gelezen in samenhang met artikel 31, § 1, 7°, b), c) en d), van het voorontwerp.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, voor de overheden die onder de wet van 11 december 1998 vallen en voor de Passagiersinformatie-eenheid, wordt het Vast Comité I aangewezen als toezichthoudende autoriteit.[5] Voor de krijgsmacht gaat het om het Controleorgaan op de politionele informatie.[6] Voor het Coördinatieorgaan voor de dreigingsanalyse en zijn verwerkers worden het Vast Comité I en het Vast Comité van Toezicht op de politiediensten bij het voorontwerp als toezichthoudende autoriteiten aangewezen.[7]

De wet van 3 december 2017 en de ontworpen wet zouden beter op elkaar afgestemd zijn indien het voorbehoud dat in opmerking 1.2, in fine, gemaakt wordt in de eerstgenoemde van beide wetten opgenomen zou zijn.

1.4. Hoe dan ook mogen in een definitie in principe geen regelgevende elementen opgenomen worden of vermeldingen aangaande de bestaansreden van een dispositief.

Er zou dan ook voor gezorgd moeten worden dat in artikel 31, 15°, de woorden "teneinde de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen in verband met verwerking te beschermen en het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Europese Unie te vergemakkelijken" vervallen en dat in de artikelen 74, § 2, 6°, 108, § 2, 6°, en 140, § 2, 5°, de woorden "teneinde de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen in verband met verwerking te beschermen" vervallen.

De vraag rijst zelfs of die definities en de verwijzingen daarnaar in de artikelen 107, 6°, en 170, § 1, wel nut hebben, temeer daar in die bepalingen verwezen wordt naar "de wet" zonder meer. Die definities nemen niet weg dat een wetgeving opgesteld dient te worden die voldoende duidelijk is opdat in elke situatie uitgemaakt kan worden welke de bevoegde toezichthoudende overheid is op basis van een transparante afstemming tussen de bevoegdheden van de Gegevensbeschermingsautoriteit die bij de wet van 3 december 2017 opgericht wordt en de overige toezichthoudende autoriteiten.

1.5. Het voorontwerp dient in het licht van deze opmerkingen aldus herzien te worden dat een wetgeving tot stand komt die, overeenkomstig de vereisten die gelden voor het begrip "wet" in de zin van artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, voor de rechtssubjecten duidelijk genoeg en voorzienbaar is.

In de memorie van toelichting moet hoe dan ook uitleg verstrekt worden over de gevolgde methode en het zou goed zijn als daarbij, volgens de huidige stand van het recht, per categorie instellingen en diensten waarop het voorontwerp betrekking heeft, opgelijst zou worden welke de bevoegde toezichthoudende autoriteiten zijn, telkens met vermelding van de thans relevante of ontworpen wettelijke of reglementaire bepalingen.

[5] Voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, zie de artikelen 74, § 2, 6°, en 97; voor de overheden die onder de wet van 11 december 1998 vallen, zie de artikelen 108, § 2, 6°, en 130; voor de Passagiersinformatie-eenheid, zie de artikelen 170, § 1 (in samenhang gelezen met artikel 74, § 2, 6°), en186 (in samenhang gelezen met artikel 97).

[6] De artikelen 73 (vermelding, in de inleidende zin van paragraaf 1, derde lid, van artikel 31, § 1, 7°, c)) en 107, 6° (in samenhang gelezen met artikel 31, 15°).

[7] Artikelen 140, § 2, 5°, en 163.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

2. Artikel 51, lid 3, van de AVG luidt als volgt:

> "Wanneer er in een lidstaat meer dan één toezichthoudende autoriteit is gevestigd, wijst die lidstaat de toezichthoudende autoriteit aan die [deze] 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."

Zoals supra uiteengezet is, blijkt *in casu* uit het voorontwerp (zie meer in het bijzonder artikel 280 van het voorontwerp) en uit de wet van 3 december 2017 (zie meer in het bijzonder artikel 4, § 2, van die wet) dat verscheidene autoriteiten de rol van toezichthoudende autoriteit in de zin van hoofdstuk VI van de AVG zullen vervullen.

Zo ook wordt in artikel 41, lid 4, van richtlijn 2016/680/EU bepaald dat

> "[w]anneer er in een lidstaat meer dan één toezichthoudende autoriteit (…) opgericht [wordt], (…) die lidstaat de toezichthoudende autoriteit aan[wijst] die deze autoriteiten in het in artikel 51 bedoelde [Europees] Comité [voor gegevensbescherming] vertegenwoordigt".

In casu blijkt uit het voorontwerp dat verscheidene autoriteiten de rol van toezichthoudende autoriteit in de zin van hoofdstuk VI van de richtlijn zullen uitoefenen.

De aanwijzing van de toezichthoudende autoriteit die de andere autoriteiten bij het Europees Comité voor gegevensbescherming moet vertegenwoordigen, moet met een samenwerkingsakkoord worden geregeld. Wat dat betreft, wordt verwezen naar advies 61.267/2/AV, op 27 juni 2017 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017 'tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit'.[8]

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Voorafgaande titel

Artikel 2

Doordat in het tweede en het derde lid wordt gesteld dat de verordening "geldt" of "niet van toepassing" is, wekt de tekst de indruk dat een nationale wetgever de werkingssfeer van een tekst van afgeleid Europees recht kan verruimen of inperken, wat ten aanzien van de respectieve autonomie van de Europese rechtsorde en de nationale rechtsorden niet aanvaardbaar is.

Het staat de nationale wetgever evenwel vrij de verordening door middel van een verwijzing toepasselijk te verklaren. Hij moet er evenwel op toezien dat de bepalingen die niet bedoeld zijn om in het interne recht te worden toegepast, zoals de artikelen 61 en 62 van de AVG, niet toepasselijk worden verklaard.

[8] Algemene opmerkingen, afdeling I, II, C, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2648/001, 121.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Artikel 3

Artikel 3 moet worden herzien zodat het niet kan worden geïnterpreteerd als zou het situaties regelen die zich voordoen buiten het grondgebied waarvoor de Belgische Staat bevoegd is, wat met name blijkt uit de woorden "in de Europese Unie".

Artikel 5

De AVG is, gelet op haar werkingssfeer, rechtstreeks toepasselijk ten aanzien van titel 1 van de ontworpen wet en vormt een hogere norm die de Belgische Staat moet naleven. Wat die titel 1 betreft, kan dus niet worden bepaald dat de definities van de AVG "[o]nverminderd de definities bepaald in deze wet" van toepassing zijn.

Titel 1 – De bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens

Artikel 6

Aangezien artikel 2, derde lid, van het voorontwerp bepaalt dat "[d]e [AVG] (…) niet van toepassing [is] op de verwerkingen bedoeld in de titels 2 en 3 van deze wet", en aangezien artikel 6, volgens wat in het artikel zelf staat, enkel op titel 1 van het voorontwerp betrekking heeft, hoeft niet te worden gepreciseerd dat titel 1 uitvoering geeft aan de AVG "met uitzondering van de verwerkingen bedoeld in de titels 2 en 3".

Aan de AVG wordt trouwens niet alleen door titel 1 maar ook door de titels 4 tot 8 van het voorontwerp uitvoering verleend; ook in die laatstgenoemde titels zou dus moeten worden vermeld dat ze met name de AVG ten uitvoer leggen.

Artikel 7

De steller van het voorontwerp wordt erop gewezen dat, gelet op de criteria inzake territoriale binding vermeld in artikel 4, de bepaling niet van toepassing zal zijn op de verwerking van persoonsgegevens van kinderen door verwerkingsverantwoordelijken die in andere lidstaten van de Europese Unie gevestigd zijn.

Artikel 8

1. Artikel 8 wordt aangenomen op basis van artikel 9, lid 2, g), van de AVG, waarin wordt bepaald dat het verbod op de verwerking van de gevoelige gegevens die in lid 1 van die laatstgenoemde bepaling worden vermeld, niet geldt indien de volgende voorwaarde is vervuld:

> "g) de verwerking is noodzakelijk om redenen van zwaarwegend algemeen belang, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, waarbij de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene".

Overeenkomstig die bepaling moet de lidstaat die zich op die bepaling wil beroepen, voorzien in "passende en specifieke maatregelen (…) ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen" van de betrokkenen.

Dergelijke garanties zijn bijzonder belangrijk wanneer het gaat om een afwijking van het principiële verbod op de verwerking van gevoelige persoonsgegevens.

Wat betreft de verenigingen of instellingen ter verdediging van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden, wordt momenteel in waarborgen voorzien bij artikel 6, § 2, k), van de wet van 8 december 1992 'tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens', dat een specifieke machtiging bij een koninklijk besluit vereist, dat is vastgesteld na overleg in de Ministerraad en na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Wat betreft de verenigingen en instellingen ter evaluatie, begeleiding en behandeling van personen van wie het seksuele gedrag gekwalificeerd kan worden als een misdrijf, wordt momenteel in waarborgen voorzien bij artikel 6, § 3, van de wet van 8 december 1992. Die bepaling schrijft voor dat (1) een individuele machtiging wordt verleend bij een koninklijk besluit dat is vastgesteld na overleg in de Ministerraad en na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, (2) in de machtiging de duur van de machtiging, de nadere regels voor de controle door de bevoegde overheid en de wijze waarop deze over de verwerking wordt geïnformeerd worden gepreciseerd, (3) de verwerking beperkt wordt tot de persoonsgegevens betreffende het seksuele leven.

Wat betreft de "Stichting voor vermiste en seksueel uitgebuite kinderen" wordt momenteel in dergelijke waarborgen voorzien bij artikel 3, § 6, van de wet van 8 december 1992. Die bepaling schrijft het volgende voor:

– er moet een specifieke machtiging worden verleend bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad en na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, waarin de duur en de voorwaarden van de machtiging worden gepreciseerd;

– de personeelsleden en degenen die voor het Centrum persoonsgegevens verwerken zijn gebonden door het beroepsgeheim, waarvan de niet-inachtneming wordt bestraft bij artikel 458 van het Strafwetboek;

– het is verboden om een bestand bij te houden betreffende personen die ervan verdacht worden een misdaad of wanbedrijf te hebben begaan of van veroordeelde personen;

– het is verboden om telefoongesprekken op te nemen tenzij de oproeper hierover geïnformeerd wordt en voor zover hij zich daartegen niet heeft verzet.

Het voorontwerp neemt echter geen enkele van die waarborgen over.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Bovendien worden de waarborgen waarin artikel 25, 1° tot 3°, van het besluit van 13 februari 2001 voorziet,[9] enkel door artikel 9, § 2, van het voorontwerp overgenomen.

De steller van het voorontwerp moet kunnen aantonen dat het in het licht van het nagestreefde doel noodzakelijk is die waarborgen achterwege te laten. Zo niet moet het dispositief worden herzien zodat het de passende en specifieke maatregelen voorschrijft die artikel 9, lid 2, g), van de AVG vereist, of moet het worden aangevuld met een machtiging van de Koning in die zin.

2. Volgens artikel 8, 3°, vormt een "reden van zwaarwegend algemeen belang" in de zin van artikel 9, lid 2, g), van de AVG:

> "de verwerking van persoonsgegevens die het seksuele leven betreffen, verricht door een vereniging met rechtspersoonlijkheid of door een instelling van openbaar nut met als statutair hoofddoel de evaluatie, de begeleiding en de behandeling van personen van wie het seksueel gedrag gekwalificeerd kan worden als een misdrijf en die voor de verwezenlijking van dat doel door de bevoegde overheid worden erkend en gesubsidieerd (…)".

Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft opgemerkt, staat artikel 9, lid 2, h), van de AVG de verwerking van gevoelige persoonsgegevens echter toe wanneer:

> "de verwerking (…) noodzakelijk [is] voor doeleinden van preventieve of arbeidsgeneeskunde, voor de beoordeling van de arbeidsgeschiktheid van de werknemer, medische diagnosen, het verstrekken van gezondheidszorg of sociale diensten of behandelingen dan wel het beheren van gezondheidszorgstelsels en -diensten of sociale stelsels en diensten, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, of uit hoofde van een overeenkomst met een gezondheidswerker en behoudens de in lid 3 genoemde voorwaarden en waarborgen".

Daar de verwerking waarin artikel 8, 3°, voorziet, wordt vermeld in de uitzondering bepaald bij artikel 9, lid 2, h), van de AVG, moet naar die laatstgenoemde onderverdeling in plaats van naar artikel 9, lid 2, g), van de AVG worden verwezen.

Indien, zoals wordt toegestaan bij artikel 9, lid 4, van de AVG, de steller van het voorontwerp extra voorwaarden wenst te bepalen voor dat soort verwerking en aan de Koning een machtiging in die zin wenst te verlenen, moet hij daartoe een passende rechtsgrond vaststellen in een afzonderlijke bepaling.

---

[9] "Art. 25. Bij de verwerking van persoonsgegevens bedoeld in de artikelen 6 tot 8 van de wet, moet de verantwoordelijke voor de verwerking bovendien de volgende maatregelen nemen:
1° hij of, in voorkomend geval, de verwerker moet de categorieën van personen die de persoonsgegevens kunnen raadplegen, aanwijzen waarbij hun hoedanigheid ten opzichte van de verwerking van de betrokken gegevens nauwkeurig moet worden omschreven;
2° hij of, in voorkomend geval, de verwerker moet de lijst van de aldus aangewezen categorieën van personen ter beschikking houden van de Commissie;
3° hij moet ervoor zorgen dat de aangewezen personen door een wettelijke of statutaire verplichting, of door een evenwaardige contractuele bepaling ertoe gehouden zijn het vertrouwelijk karakter van de betrokken gegevens in acht te nemen;
(…)."

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

3. Geen enkele ontworpen bepaling geeft uitvoering aan de mogelijkheid, waarin artikel 9, lid 2, i), van de AVG voorziet, om om "redenen van algemeen belang op het gebied van de volksgezondheid" af te wijken van de algemene regel inzake de verwerking van gevoelige persoonsgegevens op voorwaarde dat "passende en specifieke maatregelen [worden genomen] ter bescherming van de rechten en vrijheden van de betrokkene, met name van het beroepsgeheim".

De steller van het voorontwerp moet nagaan of het dispositief wat dat betreft niet moet worden aangevuld.

4. In de wet van 27 juni 1921 'betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen' is het begrip "instelling van openbaar nut" vervangen door het begrip "stichting". Artikel 8 moet dan ook in die zin worden herzien.

Artikel 9

1. In de bespreking van artikel 9, § 2, staat het volgende:

> "De personen, of de stichting bedoeld in § 1 kunnen niet beschikken over een rechtstreekse toegang of het bekomen van uittreksels van het systeem van de gegevensverwerking in verband met de strafrechtelijke veroordelingen en inbreuken of van de daaraan verbonden veiligheidsmaatregelen. Diezelfde beginselen gelden in het kader van het wetenschappelijk onderzoek".

Een dergelijke onrechtstreekse toegang tot de verwerkte gegevens zou ervoor kunnen zorgen dat de inmenging waarin is voorzien, evenredig is.

Dat principe van onrechtstreekse toegang staat echter niet in het dispositief.

Het dispositief dient dus in dat opzicht te worden aangevuld.

2. De steller van het voorontwerp moet ten aanzien van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en non-discriminatie kunnen motiveren waarom artikel 9, § 1, 4°, enkel melding maakt van "wetenschappelijk onderzoek" en niet van alle verwerkingen die onder titel 4 vallen (onverminderd de hieronder gemaakte opmerkingen in verband met die titel). Zo niet dienen de woorden "wetenschappelijk onderzoek" te worden vervangen door de woorden "wetenschappelijk, historisch of statistisch onderzoek of met het oog op archivering", en dient ter wille van de evenredigheid te worden bepaald dat enkel onderzoekers gegevens die in het algemeen belang worden gearchiveerd kunnen verwerken.

Artikelen 10 en 11

1.1. De artikelen 10 en 11 beogen uitvoering te geven aan artikel 23 van de AVG, dat de lidstaten machtigt de reikwijdte te beperken van de rechten en verplichtingen van de betrokkenen waarin de AVG voorziet.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opmerkt, beperkt artikel 10 de rechten van de betrokkene in zeer hoge mate. Wanneer is voldaan aan de voorwaarden die in de paragrafen 1 tot 3 op niet-cumulatieve wijze worden opgesomd en die overeenstemmen met de litterae d), e) en h) van artikel 23, lid 1, van de AVG, zijn de overheden immers gemachtigd om alle rechten vermeld in hoofdstuk III "Rechten van de betrokkene" (artikelen 12 tot 22) van de AVG alsook artikel 34 van dezelfde verordening, betreffende de "mededeling van een inbreuk in verband met persoonsgegevens aan de betrokkene" volledig niet-toepasselijk te verklaren.

1.2. Artikel 23 van de AVG maakt het weliswaar mogelijk dat de reikwijdte van de rechten vastgelegd in de artikelen 12 tot 22 en 34 van de AVG wordt beperkt, maar schrijft ook voor dat de lidstaat daartoe het bewijs levert van een gerechtvaardigd doel, in de zin van artikel 23, lid 1, van de AVG, dat "die beperking de wezenlijke inhoud van de grondrechten en fundamentele vrijheden onverlet laat en in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel is". Die bepaling moet trouwens strikt worden geïnterpreteerd aangezien ze een afwijkende bepaling is.

Zoals in algemene opmerking 1 is gezegd, moet de steller van het voorontwerp er in dat kader op toezien dat hij een billijk evenwicht tot stand brengt tussen alle rechten en belangen die in het geding zijn.

De uitoefening van de rechten waarin de artikelen 12 tot 22 en 34 van de AVG voorzien, draagt bij tot een dergelijk evenwicht, mede gelet op de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven die de AVG en de ontworpen wet toestaan.

Het voorontwerp voldoet niet aan het vereiste van evenredigheid waaraan het moet beantwoorden, doordat het de totale uitsluiting (1) mogelijk maakt van alle (2) rechten waarin de artikelen 12 tot 22 en 34 van de AVG voorzien voor categorieën verwerkingen – en onrechtstreeks voor categorieën verwerkingsverantwoordelijken – die zeer ruim worden gedefinieerd (3).

Het noodzakelijkheidsvereiste, vervat in artikel 11, § 1, van het voorontwerp, is ontoereikend om de evenredigheid van de inmenging te waarborgen.

Artikel 10 van het voorontwerp is immers te ruim gesteld om een passende afweging mogelijk te hebben kunnen maken van de rechten die in het geding zijn, om ervoor te zorgen dat de rechten van de betrokkenen niet méér worden ingeperkt dan wat strikt noodzakelijk is voor de realisatie van het nagestreefde gerechtvaardigde doel.

Een dergelijke machtiging om beperkingen in te voeren is des te minder aanvaardbaar daar in het kader van titel 2 van het voorontwerp – dat ten aanzien van de rechten van de betrokkenen restrictiever is, gelet op de gevoelige terreinen waarop de gegevensverwerking geschiedt – de betrokkenen in principe een aanzienlijk deel van hun rechten behouden. Die rechten kunnen indien nodig immers enkel worden beperkt indien daartoe specifieke wetsbepalingen worden aangenomen (cf. de artikelen 42, 43 en 44 van het voorontwerp).

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

1.3. Voorts wordt de periode waarbinnen de rechten en verplichtingen van de betrokkene kunnen worden beperkt, bij artikel 11, § 1, zeer ruim gedefinieerd. De bepaling heeft het namelijk over "de periode waarbinnen de betrokkene deel uitmaakt van een controle, onderzoek, strafrechtelijke vervolging, hierop *voorbereidende handelingen* of procedures in het kader van de uitoefening van wettelijke opdrachten, voor zover de toepassing ervan de behoeften van de controle, het onderzoek, de strafrechtelijke vervolging, de *voorbereidende handelingen* of de procedures zou schaden en zolang vereist ter bescherming van de belangrijke doelstellingen van algemeen openbaar belang, zoals bedoeld in artikel 10, 2°" (eigen cursivering).

Voor zover in de afbakening van de aldus toegestane periode om beperkingen toe te passen, gewag wordt gemaakt van voorbereidende handelingen zonder meer, houdt artikel 11, § 1, een schending van het evenredigheidsbeginsel in.

In dat verband wijst de afdeling Wetgeving op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in arrest 51/2014 van 27 maart 2014 over een soortgelijke problematiek. Dat arrest gaat over artikel 11 van de wet van 3 augustus 2012 'houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de Federale Overheidsdienst Financiën in het kader van zijn opdrachten', waarbij artikel 3, § 7, in de wet van 8 december 1992 is ingevoegd. Het Hof heeft geoordeeld dat die bepaling om de volgende reden ongrondwettig was:

> "B.8.5. De bepaling preciseert evenwel niet hoe lang de voorbereidende werkzaamheden die de schorsing van de rechten verantwoorden, kunnen duren. Hieruit kan voortvloeien dat, wanneer die voorbereidende werkzaamheden voortduren of wanneer de belastingadministratie vervolgens geen onderzoek of controle opent, de schorsing van de rechten langer kan duren dan wat strikt noodzakelijk is. In die mate schendt artikel 11 van de wet van 3 augustus 2012 het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie."

Als gevolg van dat arrest is artikel 3, § 7, van de wet van 8 december 1992 gewijzigd zodat het thans stelt dat "[d]e duur van deze voorbereidende werkzaamheden binnen dewelke het genoemde artikel 10 niet van toepassing is, (…) echter niet meer [mag] bedragen dan een jaar vanaf de aanvraag die is ingediend bij toepassing van dat artikel 10" en dat "[d]e Dienst voor Informatieveiligheid en Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer (…) de betrokken belastingplichtige onverwijld op de hoogte [brengt] van die opheffing en (…) hem de volledige motivatie [meedeelt] die is opgenomen in de beslissing van de verantwoordelijke van de verwerking die van de uitzondering gebruik heeft gemaakt".[10]

Het ontworpen dispositief moet worden aangevuld zodat daar soortgelijke waarborgen in worden opgenomen.

[10] Zie in die zin de ontworpen artikelen 100/14, §§ 2, derde lid, en 3, tweede lid, 100/15, §§ 2, derde lid, en 3, tweede lid, 100/16, §§ 2, derde lid, en 3, tweede lid, en 100/17, §§ 2, derde lid, en 3, tweede lid, van het Sociaal Strafwetboek, en de artikelen 11, §§ 2, derde lid, en 3, tweede lid, 11*bis*, §§ 2, derde lid, en 3, tweede lid, 11*ter*, §§ 2, derde lid, en 3, tweede lid, 11*quater*, §§ 2, derde lid, en 3, tweede lid, van de wet van 3 augustus 2012 'houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de Federale Overheidsdienst Financiën in het kader van zijn opdrachten', in respectievelijk de artikelen 62, 64, 66, 68, 73, 75, 77 en 79 van het voorontwerp van wet 'tot oprichting van het informatieveiligheidscomité en tot wijziging van diverse wetten betreffende de uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van 27 april 2016 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG' dat aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State om advies is voorgelegd onder rolnummer 63.202/2.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

2. Voorts heeft de lidstaat in het kader van de tenuitvoerlegging van artikel 23 van de AVG de verplichting om specifieke bepalingen vast te stellen betreffende de verschillende punten die in artikel 23, lid 2, van de AVG zijn opgesomd.

Artikel 23, lid 2, f), van de AVG schrijft voor dat specifieke maatregelen moeten worden genomen betreffende "de opslagperiodes en de toepasselijke waarborgen, rekening houdend met de aard, de omvang en de doeleinden van de verwerking of van de categorieën van verwerking".

Het dispositief moet in die zin worden aangevuld.

Artikel 13

De vraag rijst wat het nut is van artikel 13, eerste lid, rekening houdend met de definitie die in artikel 4, punt 9, van de AVG gegeven wordt van het begrip "ontvanger", die de overheden bedoeld in titel 3 lijkt uit te sluiten.

Artikel 14

1. Voor zover artikel 14, eerste lid, 5°, en derde lid, de uitbreiding toestaat van het toegangsrecht waarin het voorziet middels protocolakkoorden tussen de verwerkingsverantwoordelijken, is dat artikel in strijd met het wettelijkheids- en voorzienbaarheidsvereiste waaraan elke inmenging in het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer getoetst dient te worden.

2. Zoals de commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opmerkt, is artikel 14, laatste lid, niet toelaatbaar in zoverre daarbij aan de overheid een discretionaire bevoegdheid wordt toegekend inzake het al dan niet toepassen van die bepaling. Overeenkomstig het wettelijkheids- en voorzienbaarheidsvereiste dient in het dispositief zelf gepreciseerd te worden voor welke gegevensbanken de toepassing van artikel 14 niet gerechtvaardigd is of dienen minstens de criteria vastgesteld te worden op basis waarvan de beoordelingsbevoegdheid van de overheid afgebakend kan worden.

Artikelen 15 en 16

1. Artikel 23, lid 2, van de AVG bepaalt dat de specifieke bepalingen met betrekking tot de punten die daarin worden opgelijst, opgenomen dienen te worden in de wet die de afwijkingsmogelijkheid bedoeld in lid 1 van die bepaling ten uitvoer legt. Bijgevolg zijn de artikelen 15, vijfde lid, en 16, vijfde lid, van het voorontwerp niet aanvaardbaar voor zover het daarbij aan de ontvangers overgelaten wordt om "gepaste waarborgen [te] voorzien voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen zoals bedoeld in artikel 23.2 van de Verordening".

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

2. Artikel 16, eerste lid, van het voorontwerp bepaalt dat de beperking van de rechten van de betrokkenen die bij dat artikel wordt ingesteld niet van toepassing is wanneer "(1) de wet hem hiertoe verplicht in het kader van een geschillenprocedure of (2) de betrokken gerechtelijke overheden hem dit toesta[an]".

Gelet op het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en non-discriminatie, moet de steller van het voorontwerp bij machte zijn het feit te rechtvaardigen dat artikel 15 niet in een dergelijke bepaling voorziet en zulks des te meer daar een dergelijke regel voorkomt in artikel 18, § 3, in geval van gemeenschappelijke verwerking.

Artikel 18

De bij artikel 18 opgelegde totale beperking van de rechten van de betrokkenen is niet aanvaardbaar wanneer die gegevens rechtstreeks of onrechtstreeks afkomstig zijn van op zijn minst een bevoegde overheid als bedoeld in titel 2, aangezien in het raam van die titel – die gelet op de gevoelige terreinen waarop de verwerking gebeurt, restrictiever is ten aanzien van de rechten van de betrokkenen – de betrokkenen in principe een groot deel van hun rechten behouden. Die rechten kunnen alleen beperkt worden in geval dat het noodzakelijk is en alleen door het vaststellen van een specifieke wettelijke bepaling (cf. artikelen 42, 43 en 44 van het voorontwerp).

Voorts zou het nuttig zijn om in het ontwerp het begrip "gemeenschappelijke verwerking" te definiëren.

Artikel 19

Zoals de commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opmerkt, moet de maximumtermijn van één maand die aan de verwerkingsverantwoordelijke opgelegd wordt om een ontvangstbewijs te verzenden, ingekort worden aangezien hij bij artikel 12, lid 3, van de AVG verplicht wordt de betrokkene in te lichten over de maatregelen die genomen zijn als gevolg van diezelfde verzoeken binnen een termijn van één maand na de ontvangst ervan.

Artikel 21

1. In de voorliggende bepaling worden de begrippen "overheidsinstantie" en "openbaar orgaan" gedefinieerd. Het definiëren ervan is in het interne recht immers vereist, aangezien de AVG voorziet in maatregelen die specifiek de "overheidsinstanties" en de "overheidsorganen" beogen,[11] zonder dat die begrippen in de verordening gedefinieerd worden. De Groep Gegevensbescherming Artikel 29 bevestigt in zijn "Richtlijnen voor functionarissen

[11] Men denke inzonderheid aan de verplichting om een functionaris voor gegevensbescherming aan te wijzen (artikel 37, lid 1, a), van de AVG) en aan de mogelijkheid voor een lidstaat te bepalen dat de administratieve geldboeten niet van toepassing zijn op die overheden (artikel 83, lid 7, van de AVG).

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

voor gegevensbescherming (Data Protection Officer, DPO)" dat die begrippen gedefinieerd moeten worden rekening houdend met het nationaal recht.[12]

Toch is de definitie van die begrippen enkel van toepassing op afdeling 2 van hoofdstuk IV van titel 1 van het voorontwerp. Ze kan dus geen betrekking hebben op de begrippen "overheidsinstantie" en "openbaar orgaan", die elders voorkomen in de tekst (bijvoorbeeld in artikel 234, § 2, dat de administratieve geldboeten betreft en opgenomen is in titel 6).

Bijgevolg dienen de begrippen "overheidsinstantie" en "openbaar orgaan" gedefinieerd te worden in de voorafgaande titel van de tekst, bijvoorbeeld in artikel 5, waarin verwezen wordt naar de definities van de AVG.

2. Ter wille van de leesbaarheid van de tekst zouden die twee begrippen samengevoegd moeten worden in een enkele generieke term, naar het voorbeeld van de term "overheid", zoals die gedefinieerd is in de wet van 4 mei 2016 'inzake het hergebruik van overheidsinformatie'.

3. Luidens de memorie van toelichting vallen de "autonome overheidsbedrijven bedoeld in de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven niet onder de begrippen "overheidsinstantie" en "openbaar orgaan", zonder dat daarvoor een reden wordt opgegeven.

Wanneer een autonoom overheidsbedrijf de opdrachten van openbare dienst vervult waarmee het belast is, kan het ook beschouwd worden als "een overheidsinstelling of een privaat- of publiekrechtelijke instelling die een openbare dienst verleent".

Bij gebrek aan een objectieve en redelijke rechtvaardiging ervoor, is een dergelijke uitzondering overigens niet toelaatbaar.

Artikel 22

1. Artikel 22 organiseert de doorgifte van de persoonsgegevens van de burgers tussen overheidsinstanties waarbij aan die instanties de mogelijkheid wordt geboden die doorgifte te formaliseren aan de hand van een protocol gesloten tussen de overheidsinstantie die de gegevens doorgeeft en die welke ze ontvangt.

Die mogelijkheid om protocollen op te maken, vervangt het toezicht dat tot nu toe uitgeoefend werd door de sectorale comités die binnen de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opgericht waren. Die comités konden de doorgifte van gegevens tussen overheidsinstanties toestaan of weigeren. Dat toezichtmechanisme is opgeheven bij de wet van 3 december 2017.

[12] Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Richtlijnen voor functionarissen voor gegevensbescherming, WP 243 rev.01, 13 december 2016.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

2. Er dient benadrukt te worden dat de doorgifte van gegevens tussen overheidsinstanties niet onbelangrijk is. Het bijzondere aan de Belgische administratie is dat ze onder andere gebaseerd is op het beginsel van de eenmalige gegevensinzameling van de persoonsgegevens (het zogeheten "*only-oncebeginsel*"): wanneer een burger een gegeven verstrekt heeft aan een administratie, mag dat gegeven hem in principe niet meer opnieuw gevraagd worden, en wanneer een overheidsinstantie een gegeven nodig heeft waarover ze niet beschikt, is ze verplicht dat op te vragen bij de administratie die dat gegeven bewaart in een authentieke gegevensbron en niet bij de burger. Verscheidene wetten maken dat systeem van onrechtstreekse inzameling verplicht voor de Belgische overheden.[13] Bijgevolg is de doorgifte van gegevens tussen overheidsinstanties de regel en is het hergebruik van de gegevens maximaal.

De wetgever moet het kader voor die doorgiften zeer nauwkeurig afbakenen om niet het risico te lopen opnieuw een situatie te creëren zoals die bestond vóór het toezicht door de sectorale comités. Bij gebrek aan een duidelijke procedure en aan toezicht op de doorgifte van gegevens binnen de administratie gebeurde het destijds regelmatig dat de personeelsleden van de administratie elkaar belden en afspraken om per mail de gegevens uit te wisselen die ze nodig hadden om hun opdrachten te vervullen. Die doorgiften van gegevens ontsnapten aan elke juridische toetsing en vonden plaats in de grootste ondoorzichtigheid. Het kan niet de bedoeling zijn dat het ontbreken van de verplichting om de doorgiften van gegevens te formaliseren in een protocol, in combinatie met het niet opleggen van geldboeten aan de overheidssector (zoals beoogd in artikel 234, § 2, van het voorontwerp), ertoe leidt dat een situatie ontstaat zoals die van weleer. Dat zou een serieuze stap achterwaarts betekenen op het vlak van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de burgers. De wetgever moet dus een procedure organiseren die garandeert dat elke doorgifte van gegevens tussen overheidsinstanties getoetst wordt aan de juridisch bakens waarvan hierna sprake is en op adequate wijze bekendgemaakt wordt.

3. Het doorgeven van gegevens van een overheidsinstantie aan een andere is een vorm van inmenging in het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen. Krachtens artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 22 van de Grondwet, zoals dat wordt geïnterpreteerd in de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, moet een dergelijke inmenging inzonderheid een wettelijke grondslag hebben, evenredig zijn ten opzichte van de nagestreefde doelstelling en op voldoende duidelijke wijze georganiseerd zijn opdat ze voorzienbaar is voor de burger.

Artikel 6 van de AVG bevestigt dat voorzienbaarheidsvereiste voor de gegevensverwerking in de overheidssector en legt bijzondere vereisten op wanneer "de verwerking […] noodzakelijk [is] om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust" (artikel 6, paragraaf 1, c)) en wanneer "de verwerking […] noodzakelijk [is] voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen" (artikel 6, paragraaf 1, e)). Het bepaalt dat, in die twee gevallen, de "rechtsgrond voor de […] verwerking moet worden vastgesteld bij: a) Unierecht; of b) lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is". En dat het "doel van de verwerking […] in

[13] Zie inzonderheid artikel 8 van de wet van 15 augustus 2012 'houdende oprichting en organisatie van een federale dienstenintegrator'.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

die rechtsgrond vastgesteld [wordt] of […] met betrekking tot de in lid 1, punt e), bedoelde verwerking noodzakelijk [is] voor de vervulling van een taak van algemeen belang of voor de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is verleend".

4. Hoewel het protocol, uit het oogpunt van de evenredigheid van de gegevensdoorgifte, beschouwd kan worden als een nuttige procedurele waarborg – aangezien de verwerkingsverantwoordelijken daardoor geval per geval moeten nagaan of de vereisten die van toepassing zijn op de beoogde gegevensdoorgiften in acht worden genomen en de bakens voor die doorgifte uitdrukkelijk moeten vaststellen en dat daardoor ook de gegevensverwerking binnen de administratie transparanter zal kunnen worden – beantwoordt de regeling van die kwestie in het voorontwerp niet aan het wettelijkheidsvereiste aangezien, enerzijds, het protocol niet verplicht gemaakt wordt, terwijl het dat wel zou moeten zijn en dat, anderzijds, de verschillende elementen waarop die protocollen betrekking zouden moeten hebben niet op voldoende duidelijke wijze vermeld worden in het voorontwerp.

De inhoud van het protocol moet inderdaad verfijnd worden. Dat ligt overigens in lijn van de mogelijkheid die bij artikel 6, lid 3, tweede alinea, van de AVG wordt gecreëerd en waarbij aangegeven wordt dat de "rechtsgrond [die ten grondslag ligt aan de gegevensdoorgift] […] specifieke bepalingen [kan] bevatten om de toepassing van de regels van deze verordening aan te passen, met inbegrip van de algemene voorwaarden inzake de rechtmatigheid van verwerking door de verwerkingsverantwoordelijke; de types verwerkte gegevens; de betrokkenen; de entiteiten waaraan en de doeleinden waarvoor de persoonsgegevens mogen worden verstrekt; de doelbinding; de opslagperioden; en de verwerkingsactiviteiten en -procedures, waaronder maatregelen om te zorgen voor een rechtmatige en behoorlijke verwerking, […]".

In punt 1 schrijve men "de identificatie van de overheidsinstantie die de gegevens doorgeeft alsook van die welke ze ontvangt" of "of de identificatie van de overheidsinstantie waarvan de gegevens uitgaan en de identificatie van de overheidsinstantie waarvoor de gegevens bestemd zijn".

In punt 2 schrijve men "de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke bij de overheidsinstantie die de gegevens doorgeeft en de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke bij de instantie die ze ontvangt".

In punt 3 schrijve men "de identiteit van de functionaris voor gegevensbescherming van de overheidsinstantie die de gegevens doorgeeft en de identiteit van de functionaris voor gegevensbescherming van de overheidsinstantie die ze ontvangt".

In punt 4 schrijve men "het doeleinde of de doeleinden waarvoor de gegevens doorgegeven worden, dat/die een doel op zich moet(en) vormen en niet beperkt mag/mogen zijn tot de vermelding 'uitoefening van de wettelijke opdrachten van de overheidsinstantie'".

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

In punt 5 schrijve men "de categorie of de categorieën van doorgegeven gegevens, alsook het formaat ervan".[14]

In punt 6 schrijve men "de categorie of de categorieën van ontvangers van gegevens".

In punt 7 schrijve men "de wettelijke grondslag voor de doorgifte van gegevens en de wettelijke grondslag voor de ontvangst ervan".

In punt 9 schrijve men "de gepaste beveiligingsmaatregelen om de gegevensdoorgifte in kwestie te beveiligen", zoals onderstreept door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

In punt 10 dient de opmerking van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer gevolgd te worden en dient die precisering dus geschrapt te worden.

Punt 11 zou men zo kunnen begrijpen dat aan de hand van het protocol in kwestie de rechten van de betrokkenen beperkt kunnen worden. Dat is onmogelijk, aangezien alleen de wetgever bevoegd is zulks te doen, met inachtneming van artikel 23 van de AVG. De bepaling dient geherformuleerd te worden door in punt 11 te schrijven "de wettelijke beperking(en) die toepasselijk is/zijn op de rechten van de betrokkenen en de rechtvaardiging van de toepassing ervan ter zake".

Ook dienen de door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer vermelde punten toegevoegd te worden, namelijk:

> "1- De beschrijving van de precieze doeleinden waarvoor de gegevens oorspronkelijk werden ingezameld door de voormelde openbare of private instelling, beheerder van de geraadpleegde gegevensbron;
>
> 2- Ingeval van latere verwerking[15] van de ingezamelde gegevens, vermelding van de verenigbaarheidsanalyse van de doeleinden van deze verwerking met het doeleinde waarvoor de gegevens aanvankelijk zijn verzameld overeenkomstig artikel 6.4 van de AVG;
>
> 3- Controle op de naleving van het beginsel 'inzameling bij de authentieke gegevensbron' die de kwaliteit van de gegevens garandeert alsook de eerbiediging van het wettelijk kader dat de toegang tot de authentieke bron regelt;
>
> 4- Alle specifieke maatregelen die de gegevensflux omkaderen conform het proportionaliteitsbeginsel en de vereisten inzake gegevensbescherming by design en default (keuze van het formaat van de mededeling, logging van de toegangen zodat men kan controleren wie wanneer toegang had tot welke gegevens en waarom, invoering van een verwijzingsrepertorium ingeval van automatische mededeling van de wijzigingen aan de gegevens om zich ervan te verzekeren dat enkel de noodzakelijke gegevens worden bijgewerkt en dit voor de nodige termijn, …)".

[14] Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aangeeft, volstaat de vermelding "ja-nee" wanneer het erom gaat te weten te komen of een bepaalde persoon een inkomen ontvangt onder een bepaalde drempel (voor de toekenning van een toelage bijvoorbeeld). Het is niet nodig om het exacte bedrag van het ontvangen inkomen door te geven.

[15] *Voetnoot 48 van het geciteerde advies*: Gebruik van de gegevens voor (een) ander(e) doeleinde(n) dan waarvoor de gegevens oorspronkelijk werden ingezameld door de overheid of openbare instelling die de gegevens meedeelt.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

5. Artikel 22, § 2, dient eveneens geherformuleerd te worden als volgt:

"Het protocol wordt afgesloten nadat de verwerkingsverantwoordelijken het advies ingewonnen hebben van de functionaris voor gegevensbescherming van de overheidsinstantie die de gegevens doorgeeft en van de functionaris voor gegevensbescherming van de overheidsinstantie die ze ontvangt. Die adviezen worden als bijlage bij het protocol gevoegd. Wanneer minstens één van die adviezen niet gevolgd wordt door de verwerkingsverantwoordelijken, moet(en) in de voorafgaande bepalingen van het protocol de reden(en) vermeld worden waarom dat advies of die adviezen niet gevolgd is/zijn.".

6. Aangezien bij die protocollen een inmenging in de persoonlijke levenssfeer georganiseerd wordt, moeten die protocollen krachtens artikel 22 van de Grondwet toegankelijk zijn voor de betrokkenen, zodat de voorzienbaarheid van de doorgiften en van de verwerkingen gewaarborgd wordt. Het protocol wordt evenwel niet bekendgemaakt, in tegenstelling tot de wet die er de rechtsgrond van vormt, welke wet, uiteraard, niet de in het protocol vervatte essentiële elementen van de doorgifte bevat.

Het is dan ook noodzakelijk dat die protocollen bekendgemaakt worden.

7. De wetgever moet rekening houden met de mogelijkheid dat de verwerkingsverantwoordelijken het niet eens raken over de gegevensdoorgifte en over de inhoud van het protocol.

Artikel 24

Hoewel het register van de verwerking van persoonsgegevens dat bijgehouden wordt door de overheidsinstanties, in de geest van de AVG, een intern instrument is dat erop gericht is de verwerkingsverantwoordelijken te responsabiliseren, mag niet uit het oog verloren worden dat in België het gebruik van de gegevens door de overheidsinstanties (de registratie en de doorgifte ervan) eveneens valt onder het fundamenteel recht op bestuurlijke transparantie, dat verankerd is in artikel 32 van de Grondwet en dat op federaal niveau georganiseerd is bij de wet van 11 april 1994 'betreffende de openbaarheid van bestuur'. Die laatste wet verplicht de administratieve overheid actieve openbaarheid na te streven door, op eigen initiatief, "een duidelijke en objectieve voorlichting van het publiek over het optreden van de federale administratieve overheden" te verstrekken.[16]

In de context van de elektronische administratie die gebaseerd is op de eenmalige gegevensinzameling, dient ervan uitgegaan te worden dat het fundamenteel recht op bestuurlijke transparantie veronderstelt dat elke persoon toegang moet kunnen hebben tot een totaaloverzicht van de plaats alsook van het gebruik van de door de overheidsinstanties ingezamelde gegevens zodat hij begrijpt in welke administratieve omgeving hij zich bevindt. Met alle beschikbare technologische tools is het vandaag voor de administratieve overheid heel eenvoudig om een internetportaal te creëren dat toegang geeft tot alle gewenste documenten. Het Handvest van de

[16] Artikel 2 van de wet van 11 april 1994.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

gebruiker van de openbare diensten is overigens in die zin opgevat en verplicht uitdrukkelijk de openbare diensten om gebruik te maken van technologische middelen om zich aan te passen aan de behoeften van het publiek, zoals blijkt uit de volgende zin uit afdeling 2, hoofdstuk II, van deel I:

> "In toepassing van de wet van de veranderlijkheid, moeten de openbare diensten zich inspannen om een dienst te leveren die zowel aangepast is aan de behoeften van de gebruikers als aan de beschikbare middelen en technieken".[17]

Teneinde tegemoet te komen aan de doelstelling inzake bestuurlijke transparantie in de context van de elektronische administratie zou artikel 24 verduidelijkt moeten worden.

De steller van het voorontwerp dient duidelijk de openbare aard van die registers voorop te stellen en te organiseren en dient, in voorkomend geval, te voorzien in uitzonderingen erop waarbij die welke vervat zijn in de wet van 11 april 1994 tot voorbeeld zouden kunnen dienen. Als hij het nodig acht de Koning te machtigen om de nadere regels voor die bekendmaking te bepalen, dient hij die machtiging op duidelijkere wijze af te bakenen. Voorts is het idee om alle registers en doorgifteprotocollen te bundelen en aldus een kadaster te creëren van de bij de administratie beschikbare gegevens en van de tussen de overheidsinstanties georganiseerde doorgiften, het overwegen waard. Dat kadaster zou online beschikbaar moeten zijn.

Hoe dan ook, aangezien artikel 24, § 2, inzonderheid een machtiging aan de Koning bevat "onverminderd het besluit bedoeld in artikel 57, § 3" van het voorontwerp, dat opgenomen is in titel 2 van het ontwerp, zou het, gelet eveneens op de artikelen 21, tweede lid, en 73, derde lid 3, 1°, van het voorontwerp, bijzonder nuttig zijn dat in de memorie van toelichting wordt uitgelegd hoe de eerste twee titels ervan zich tot elkaar verhouden voor de toepassing op de politiediensten.

Artikel 25

Artikel 25, § 2, is niet relevant in zoverre daarin een machtiging wordt verleend aan de wetgever.

Artikel 27

Artikel 27 moet aldus worden aangevuld dat daarin vermeld wordt welke overheid gemachtigd is om op federaal niveau de expertengroep op te richten waarvan sprake in die bepaling.

[17] Handvest van de gebruiker van de openbare diensten van 4 december 1992, *SB*, 22 januari 1993, deel I, hoofdstuk II, afdeling 2.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Artikel 28

Paragraaf 1 dient te vervallen, daar deze een onnodige herhaling is van artikel 35, § 2, van de AVG.

Artikel 29

1.1. Artikel 29 van het voorontwerp is opgenomen in een hoofdstuk V dat gewijd is aan de verwerking van persoonsgegevens "voor journalistieke doeleinden en ten behoeve van academische, artistieke of literaire uitdrukkingsvormen".

Aangezien het om een aangelegenheid gaat die valt onder de vrijheid van meningsuiting, die een fundamentele vrijheid vormt welke op internationaal vlak erkend wordt door zowel artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, als de artikelen 11 en 13 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, en op nationaal vlak door de artikelen 19 en 25 van de Grondwet, dient voorzien te worden in een uitzonderingsregeling wat betreft de regels die gelden voor de verwerking van de persoonsgegevens, zodat deze regels geen beletsel vormen voor de uitoefening van die vrijheid.

In artikel 85 van de AVG zijn de volgende bijzondere bepalingen opgenomen wat betreft de verwerking van persoonsgegevens in het licht van de "vrijheid van meningsuiting en van informatie":

> "1. De lidstaten brengen het recht op bescherming van persoonsgegevens overeenkomstig deze verordening wettelijk in overeenstemming met het recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie, daaronder begrepen de verwerking voor journalistieke doeleinden en ten behoeve van academische, artistieke of literaire uitdrukkingsvormen.
>
> 2. Voor verwerking voor journalistieke doeleinden of ten behoeve van academische, artistieke of literaire uitdrukkingsvormen stellen de lidstaten uitzonderingen of afwijkingen vast van hoofdstuk II (beginselen), hoofdstuk III (rechten van de betrokkene), hoofdstuk IV (de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker), hoofdstuk V (doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen of internationale organisaties), hoofdstuk VI (onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten), hoofdstuk VII (samenwerking en coherentie) en hoofdstuk IX (specifieke gegevensverwerkingssituaties) indien deze noodzakelijk zijn om het recht op bescherming van persoonsgegevens in overeenstemming te brengen met de vrijheid van meningsuiting en van informatie."

Voorts staat in overweging nr. 153 van de AVG het volgende:

> "In de wetgeving van de lidstaten moeten de regels betreffende de vrijheid van meningsuiting en van informatie, met inbegrip van journalistieke, academische, artistieke en/of literaire uitdrukkingsvormen in overeenstemming worden gebracht met het recht op bescherming van persoonsgegevens uit hoofde van deze verordening. Voor de verwerking van persoonsgegevens enkel voor journalistieke doeleinden of ten behoeve van academische, artistieke en literaire uitdrukkingsvormen moeten afwijkingen van of uitzonderingen op een aantal bepalingen van deze verordening worden ingesteld, teneinde indien nodig het recht op bescherming van persoonsgegevens te verzoenen met het recht op de vrijheid van meningsuiting en van informatie, zoals dat in artikel 11 van het Handvest is vastgelegd. Dit dient met name te gelden voor de verwerking van

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

> persoonsgegevens voor audiovisuele doeleinden en in nieuws- en persarchieven. De lidstaten moeten derhalve wettelijke maatregelen treffen om de uitzonderingen en afwijkingen vast te stellen die nodig zijn om een evenwicht tussen die grondrechten tot stand te brengen. De lidstaten dienen dergelijke uitzonderingen en afwijkingen vast te stellen met betrekking tot de algemene beginselen, de rechten van betrokkenen, de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker, de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen of internationale organisaties, de onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten, samenwerking en coherentie, en betreffende specifieke situaties op het gebied van gegevensverwerking. Indien die uitzonderingen of afwijkingen per lidstaat verschillen, is het recht van de lidstaat waaraan de verwerkingsverantwoordelijke is onderworpen, van toepassing. Gelet op het belang van het recht van vrijheid van meningsuiting in elke democratische samenleving, dienen begrippen die betrekking hebben op die vrijheid, zoals journalistiek, ruim te worden uitgelegd."

Het voornoemde artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt het volgende:

> "1. Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.
>
> 2. De vrijheid en de pluriformiteit van de media worden geëerbiedigd."

Uit die preciseringen blijkt dat de nationale wetgevers verzocht worden erop toe te zien dat het recht op de bescherming van de persoonsgegevens, in de AVG en omgezet door de nationale wetgevers, eerst en vooral geen schending inhoudt van "het recht op de vrijheid van meningsuiting" waarop elke burger zich mag beroepen en dat de vrijheid "omvat" om een mening te hebben en de vrijheid om informatie te ontvangen en te verstrekken.

1.2. Hoewel de steller van het voorontwerp in de bespreking van de artikelen wel degelijk preciseert dat artikel 85 van de AVG ertoe strekt "de gegevensbescherming te harmoniseren met de vrijheid van meningsuiting en de journalistieke doeleinden", blijkt dat de strekking van artikel 29 van het voorontwerp, dat volgens de steller van het voorontwerp artikel 85 van de AVG "omzet" "met de instelling van uitzonderingen voor verwerkingen met literaire, artistieke of academische doeleinden, evenals voor verwerkingen met journalistieke doeleinden, nodig voor de harmonisering van de gegevensbescherming met de vrije meningsuiting", veel beperkter is aangezien het de vrijheid van meningsuiting herleidt tot de literaire, artistieke en academische vrijheid of de vrijheid van meningsuiting voor journalistieke doeleinden.

Aldus beantwoordt het voorontwerp niet volledig aan de verplichting die voor de lidstaten geldt om "het recht op bescherming van persoonsgegevens overeenkomstig deze verordening wettelijk in overeenstemming [te brengen] met het recht op vrijheid van meningsuiting", zoals bedoeld wordt in artikel 85, lid 1, van de AVG.

2. In de Franse tekst moet de terminologie eenvormiger gemaakt worden en behoort zoals in de Nederlandse tekst bij voorkeur het adjectief "académique" gebezigd te worden in plaats van "universitaire".

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

3.1. In paragraaf 1 wordt bepaald wat begrepen dient te worden onder verwerking "voor journalistieke doeleinden":

> "een verwerking die voornamelijk gericht is op het verzamelen, opstellen, voortbrengen of verspreiden van informatie van algemeen belang, met behulp van media, ten bate van het publiek".

Naast het feit dat in de Franse tekst het woord "finalité" vervangen behoort te worden door het woord "objet", wordt in deze definitie geen rekening gehouden met de archivering van de inlichtingen die verzameld zijn in het kader van een journalistieke activiteit. De gegevens die door journalisten of de media verzameld en gearchiveerd worden, vormen in hun geheel een belangrijke bron voor het journalistieke werk die, inzonderheid, maar niet uitsluitend, onmisbaar is bij het natrekken van feiten ("*fact checking*"), wat steeds vaker van de pers geëist wordt.

De archivering van de verzamelde informatie moet bijgevolg opgenomen worden bij de verwerking van de gegevens "voor journalistieke doeleinden". Dat wordt overigens ook uitdrukkelijk aanbevolen in overweging nr. 153.

3.2. De verwijzing in de memorie van toelichting naar een "definitie" van het begrip "journalist" in de wet van 7 april 2005 "tot bescherming van de journalistieke bronnen" moet worden geschrapt daar het Grondwettelijk Hof in zijn arrest 91/2006 van 7 juni 2006 inzonderheid elke verwijzing naar dat begrip "journalist" in artikel 2, 1°, van die wet vernietigd heeft.

Krachtens die wet, zoals ze aangepast is bij dat arrest, genieten weliswaar alleen de personen die bijdragen tot "het verzamelen, redigeren, produceren of verspreiden van informatie voor het publiek via een medium" van de bescherming van de bronnen. Wat betreft de bescherming van de bronnen leek het niet relevant om naast de verzameling van informatie ook de archivering ervan uitdrukkelijk op te nemen als een activiteit waarvoor de bescherming van de bronnen noodzakelijk is. Maar aangezien de verzamelde informatie vervolgens noodzakelijkerwijze gearchiveerd wordt door de media en daar die archivering op zich een verwerking van gegevens uitmaakt, behoort ook deze activiteit, die onlosmakelijk verbonden is met de activiteit van de journalistiek, opgenomen te worden binnen de afwijkende regeling voor de verwerking van gegevens "voor journalistieke doeleinden".

3.3. In het voorontwerp wordt een voorwaarde toegevoegd die niet terug te vinden is in de definitie van de activiteit die recht geeft op de eerbiediging van het bronnengeheim als bedoeld in de wet van 7 april 2005, doordat daarin gesteld wordt dat alleen de verwerking (verzamelen, opstellen, voortbrengen of verspreiden) "van informatie van algemeen belang" binnen het toepassingsgebied van artikel 29 valt. Artikel 2, 1°, van de wet van 7 april 2005 heeft het enkel over "informatie".

Volgens een vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is de toegenomen bescherming inzake de vrijheid van meningsuiting die aan journalisten is toegekend gerechtvaardigd gezien hun rol van "waakhond" van de democratie die ze in

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

hoofdzaak vervullen wanneer zij verslag uitbrengen over onderwerpen van algemeen belang[18] of wanneer zij bijdragen tot een openbaar debat over een kwestie van algemeen belang[19]. Daaruit vloeit echter niet voort dat alleen de verwerking van gegevens die op zich reeds "van algemeen belang" zouden zijn, deel uitmaakt van de journalistieke activiteit.

Het dispositief moet worden aangepast rekening houdend met hetgeen voorgaat.

Alleen deze optie maakt het mogelijk om overeenkomstig de voornoemde overweging 153 "begrippen die betrekking hebben op die vrijheid, zoals journalistiek, ruim [uit te leggen]".

3.4. Wat betreft het begrip "media" is de verwijzing in de memorie van toelichting naar artikel 25 van de Grondwet en naar het arrest van het Hof van Cassatie van 6 maart 2012 van aard om de afwijkende regeling onterecht te beperken tot de geschreven journalistieke activiteiten, waarbij aldus alle audiovisuele media terzijde geschoven worden, aangezien op grond van de interpretatie die het Hof van Cassatie geeft van het begrip "pers", waarvan sprake in artikel 25 van de Grondwet, alleen de geschreven pers – ook in digitale vorm – in die bepaling bedoeld wordt.

Overeenkomstig de aanbeveling van overweging 153 behoort daarentegen gepreciseerd te worden dat het begrip "media" betrekking heeft op elke instantie die inlichtingen verspreidt die bedoeld zijn voor een niet nader bepaald publiek, ongeacht de wijze waarop die communicatie geschiedt en de vorm die deze communicatie krijgt.

4.1. In de paragrafen 2 tot 11 wordt een reeks uitzonderingen opgesomd op de regels die vastgesteld zijn door de AVG, wanneer de verwerking gebeurt voor "journalistieke, academische, artistieke of literaire doeleinden".

Een aantal regels wordt niet uitdrukkelijk uitgesloten aangezien deze niet gelden voor de verwerking van gegevens voor "journalistieke, academische, artistieke of literaire doeleinden".

4.2. Aldus wordt in de memorie van toelichting het volgende gepreciseerd: "Voor zover die verwerkingen niet gebaseerd zijn op de toestemming van de betrokken persoon, zijn artikel 7 en 8 van de Verordening inzake de reikwijdte en de regeling van de toestemming niet van toepassing op hen". Het dispositief bevat dan ook geen enkele bepaling op grond waarvan de artikelen 7 en 8 van de AVG niet van toepassing zouden zijn op de verwerking van gegevens voor journalistieke, academische, artistieke of literaire doeleinden. Het blijft echter mogelijk dat in het kader van een journalistieke activiteit gegevens verzameld worden met instemming. Dat is zelfs een courante praktijk bij het afnemen van interviews.

[18] EHRM 30 september 1994, *Jersild v. Denemarken*, § 31.

[19] EHRM (Grote Kamer) 21 januari 1999, *Fressoz en Roire v. Frankrijk*, § 50; 20 mei 999, *Bladet Tromsø en Stensaas v. Noorwegen*; 8 juli 1999, *Sürek v. Turkije (n° 2)*, § 40; 28 september 1999, *Dalban v. Roemenië*, § 49; EHRM 28 september 2000, *Lopes Gomes da Silva v. Portugal*, § 34; 26 februari 2002, *Dichand en anderen v. Oostenrijk*; 26 februari 2002, *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v . Oostenrijk*; 26 februari 2002, *Krone Verlag GmbH und Co. KG v. Oostenrijk*; 20 juli 2004, *Hrico v. Slovakije*; 16 november 2004, *Selistö v. Finland*.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

In het dispositief moeten dan ook uitdrukkelijk alle afwijkingen op de gemeenrechtelijke regeling worden vermeld, door inzonderheid een nieuwe paragraaf 2 in te voegen waarin gepreciseerd wordt dat de artikelen 7 en 8 van de AVG niet van toepassing zijn op de verwerking van persoonsgegevens voor "journalistieke, academische, artistieke of literaire doeleinden".

4.3. Een soortgelijke opmerking geldt voor het niet-van-toepassing verklaren van de artikelen 19 en 20 van de AVG op de verwerking van gegevens voor journalistieke, academische, artistieke of literaire doeleinden.

4.4. Wat artikel 17 van de AVG betreft, wordt in artikel 29 terecht niet bepaald dat het niet van toepassing is op de verwerking van gegevens voor journalistieke, academische, artistieke of literaire doeleinden, aangezien reeds in die uitsluiting wordt voorzien in paragraaf 3, a), zelf van dat artikel 17.[20]

4.5. In artikel 85 van de AVG worden de nationale wetgevers verzocht de regels die verband houden met het recht op de eerbiediging van het privéleven en de regels die gelden inzake de vrijheid van meningsuiting en van informatie met elkaar te verzoenen. Daaraan wordt gevolg gegeven in de leden 2 tot 7 en 9 tot 11, door de betreffende bepalingen van de AVG onder bepaalde voorwaarden niet van toepassing te verklaren.[21] Aldus wordt bijvoorbeeld in paragraaf 2 bepaald dat de artikelen 9 en 10 van de AVG ter zake niet van toepassing zijn "wanneer de verwerking betrekking heeft op persoonsgegevens die kennelijk publiek zijn gemaakt door de betrokkene of die in nauw verband staan met het publieke karakter van de betrokkene of van het

[20] De precisering in de bespreking van het artikel, volgens welke artikel 17, lid 3, van de AVG niet van toepassing zou zijn op "de online persarchieven" is strijdig met de AVG en die stelling wordt ook niet bevestigd in de rechtspraak die wordt aangehaald. In de AVG wordt geen enkel onderscheid gemaakt tussen de persarchieven die niet online staan en de onlinepersarchieven. De strekking van artikel 17, lid 3, van de AVG is algemeen en is in zeer ruime bewoordingen gesteld: "De leden 1 en 2 zijn niet van toepassing voor zover verwerking nodig is voor het uitoefenen van het recht op vrijheid van meningsuiting en informatie". Dat artikel van de AVG laat op dat punt geen enkele beoordelingsbevoegdheid aan de lidstaten (in tegenstelling tot de aanbevelingen die geformuleerd worden in artikel 85, lid 2, van de AVG). De ontworpen tekst mag derhalve de strekking ervan niet inperken. De afdeling Wetgeving wijst er overigens op dat in overweging 153 uitdrukkelijk staat dat er "uitzonderingen op een aantal bepalingen van deze verordening [moeten] worden ingesteld, teneinde indien nodig het recht op bescherming van persoonsgegevens te verzoenen met het recht op de vrijheid van meningsuiting en van informatie (...) met name (...) voor de verwerking van persoonsgegevens (...) in nieuws- en persarchieven". De steller van het voorontwerp oordeelt ten onrechte dat die uitsluiting bekrachtigd is bij het arrest *Google* Spain, nr. C–131/12 van 3 mei 2014, van het Hof van Justitie van de Europese Unie. De zaak waarover het Hof van Justitie moest oordelen, had geen betrekking op de uitoefening van het recht tot uitwissing van gegevens in het kader van een onlinepersarchief, maar wel op de verplichting die opgelegd werd aan een zoekmachine van een aanbieder van internetdiensten om bepaalde zoekresultaten uit de lijst van resultaten te schrappen. Dat arrest legt derhalve geenszins de verplichting op om de inhoud van onlinepersarchieven uit websites van media-instanties te schrappen of ontoegankelijk te maken wanneer de betrokken persoon gebruik wil maken van zijn recht tot uitwissing. Het onderscheid tussen de verplichtingen die eventueel opgelegd worden aan de aanbieders van internetdiensten en de media is volstrekt gerechtvaardigd en maakt het mogelijk om niet te raken aan de persarchieven die een onschatbare bron zijn van informatie van algemeen belang: zoekmachines streven uitsluitend een commerciële doelstelling na, terwijl de archieffunctie van de media het algemeen belang dient, namelijk de vrije meningsuiting van de media alsook het recht op informatie. De verwijzing in de bespreking van het artikel naar het arrest van 29 april 2016 van het Hof van cassatie is voorts eveneens onjuist. In de zaak die geleid heeft tot dat arrest steunde het "recht op vergetelheid" toegekend door het Hof van Cassatie, niet op het recht tot het uitwissen van gegevens op grond van de wet van 8 december 1992, maar op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek en op het fundamentele recht op eerbiediging van het privéleven.

[21] Paragraaf 8 verklaart artikel 21, lid 1, van de AVG uitsluitend niet van toepassing op de verwerking van gegevens voor journalistieke doeleinden en niet op de verwerking van gegevens voor academische, artistieke of literaire doeleinden.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

feit waarin die persoon betrokken is" en wordt in de paragrafen 3 tot 5 de niet-toepasselijkheid van artikel 11, lid 2, en van de artikelen 13, 14 en 15, lid 1, van de AVG beperkt tot de gevallen waarbij "door de toepassing (ervan) (...) de verzameling van gegevens [of] (…) een voorgenomen publicatie in het gedrang [zou komen] [of] in verband met de verwerkingen voor journalistieke doeleinden (...) de toepassing [ervan] aanwijzingen [zou] verschaffen over de bronnen van informatie".

Binnen de korte termijn die de afdeling Wetgeving is toegemeten, is ze, wat deze gevoelige en complexe aangelegenheden betreft, niet kunnen nagaan of deze aanpak, waarbij de vrijheid van meningsuiting en van informatie beperkt wordt, op afdoende wijze aansluit bij de huidige stand van het recht, met betrekking tot het afwegen van belangen wanneer die vrijheden tegenover het recht op de eerbiediging van het privéleven komen te staan, zoals dat recht inzonderheid voortvloeit uit de rechtspraak van de hogere rechtscolleges.[22]

Hetzelfde geldt, omgekeerd, voor paragraaf 8 van de voorliggende bepaling, die volstrekte voorrang verleent aan de persvrijheid boven het recht op de eerbiediging van het privéleven wat betreft de niet-toepasselijkheid van artikel 18 van de AVG, dat betrekking heeft op het recht op de beperking van de verwerking.

4.6. Paragraaf 6 geeft evenwel aanleiding tot de volgende opmerking.

In die paragraaf wordt de verantwoordelijke voor de verwerking van gegevens voor journalistieke, academische, artistieke of literaire doeleinden vrijgesteld van de toepassing van artikel 16 van de AVG (recht op rectificatie voor elke persoon die verneemt dat van hem onjuiste persoonsgegevens bewaard worden) "wanneer door de toepassing een voorgenomen publicatie in het gedrang wordt gebracht" maar "inzoverre de betrokkene beschikt over het recht om, na de publicatie, aanvullende verklaringen af te leggen en een soortgelijke publiciteit daarbij wordt verzekerd door de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker, tenzij de aanvullende verklaring beledigend zou zijn of in strijd met de wetten en de goede zeden".

In de bespreking van het artikel wordt gepreciseerd dat de betrokken persoon "zijn recht tot antwoord [moet kunnen] doen gelden". Daaruit blijkt dat er verwarring bestaat tussen enerzijds het recht op de bescherming van de persoonsgegevens en het recht dat daaruit voortvloeit op de rectificatie van onjuiste gegevens, en, anderzijds, het recht op persvrijheid dat het recht van antwoord omvat, waarin voorzien wordt bij de wet van 23 juni 1961 'betreffende het recht tot antwoord'. De voorwaarden waaronder een verzoek tot verspreiding van een antwoord moet plaatsvinden, die verschillen naar gelang van het feit of de informatie waarmee de betrokken persoon in opspraak wordt gebracht uitgaat van de geschreven pers dan wel van de audiovisuele pers, stemmen hoegenaamd niet overeen met het recht om "aanvullende verklaringen af te leggen" waarvan sprake in de ontworpen tekst.

De wetgeving inzake de verwerking van persoonsgegevens behoort niet te leiden tot een wijziging van het subtiele evenwicht dat de wetgever al sedert verschillende jaren tot stand heeft gebracht tussen de vrijheid van informatie en het recht van elke persoon op wie die

[22] Zie inzonderheid EHRM (Grote Kamer) 27 juni 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy v. Finland.*

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

informatie betrekking heeft om te vragen een antwoord te verspreiden. Dat geldt des te meer daar het recht van antwoord waarover eenieder die in opspraak wordt gebracht beschikt, binnen de geschreven pers geen recht op rectificatie vormt.

Daar het recht om de verspreiding van een antwoord te vragen verworven is, aangezien men zich hier noodgedwongen binnen een journalistiek kader bevindt, behoort geen enkele voorwaarde te worden gesteld aan het terzijde schuiven van artikel 16 in het kader van de verwerking van gegevens met die doelstelling.

4.7. Aansluitend op opmerking 4.5. wijst de afdeling Wetgeving erop dat de steller van het voorontwerp, met betrekking tot paragraaf 9 van artikel 29 van het voorontwerp, de redenen moet toelichten die hem ertoe gebracht hebben om de toepassing van slechts een aantal artikelen van hoofdstuk IV van de AVG te weren in het kader van de verwerking van persoonsgegevens voor journalistieke, academische, artistieke of literaire doeleinden, rekening houdend met de verplichting die de wetgever, overeenkomstig artikel 85 van de AVG, heeft om de betreffende vrijheden met elkaar te verzoenen.

Titel 2 – De bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens door de bevoegde overheden 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

Artikel 34

In de Franse tekst van artikel 34, § 1, moet niet verwezen worden naar "la Convention internationale" maar naar "l'accord international", gelet op de definitie in artikel 31, 17°, van het voorontwerp.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 35.

Artikel 35

Het staat niet aan de nationale wetgever om de wetgever van de Europese Unie, noch de partijen bij een internationale overeenkomst te machtigen om te voorzien in een nieuw dispositief, noch om inhoudelijke voorwaarden voor zulk een dispositief te bepalen.

Het tweede en derde lid moeten dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 41

Artikel 12 van richtlijn 2016/680/EU luidt als volgt: "In de regel verstrekt de verwerkingsverantwoordelijke de informatie in dezelfde vorm als de vorm van het verzoek".

Die verplichting wordt evenwel niet omgezet in het ontworpen dispositief.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Dat dispositief dient vervolledigd te worden.

Artikel 46

1. Artikel 17, leden 1 en 2, van richtlijn 2016/680/EU, luidt als volgt:

> "1. In de in artikel 13, lid 3[23], artikel 15, lid 3, en artikel 16, lid 4, bedoelde gevallen treffen de lidstaten maatregelen die ertoe strekken dat de betrokkene zijn rechten *ook* via de bevoegde toezichthoudende autoriteit *kan* uitoefenen.
>
> 2. De lidstaten schrijven voor dat de verwerkingsverantwoordelijke de betrokkene in kennis stelt *van de mogelijkheid* uit hoofde van lid 1 zijn rechten via de toezichthoudende autoriteit uit te oefenen" (eigen cursivering).

Deze bepaling strekt er dus toe de betrokken personen een extra middel te geven om op te treden.

In uitvoering van die bepaling wordt in artikel 46, § 1, van het voorontwerp het volgende bepaald:

> "In de in artikel 42, § 2, artikel 43, § 4, artikel 44, § 4, en artikel 64, § 1, bedoelde gevallen, *kan* de wet, het decreet of de ordonnantie, *voorzien* dat de rechten van de betrokkene via de bevoegde toezichthoudende autoriteit *worden* uitgeoefend, met respect voor de principes van noodzakelijkheid en proportionaliteit in een democratische samenleving" (eigen cursivering).

Met deze bepaling zet het voorontwerp de mogelijkheid die de betrokken persoon heeft om zijn rechten op indirecte wijze uit te oefenen, zoals bepaald wordt in artikel 17 van de richtlijn, om in een mogelijkheid voor de wetgever om zulk een handelswijze op te leggen aan de betrokken personen. Dat zou erop neerkomen dat de rechten van die personen beperkt worden, hetgeen strijdig is met artikel 17 van de richtlijn. Overigens is het irrelevant om in een wet een machtiging te verlenen aan de wetgever.

Het dispositief moet dienovereenkomstig worden herzien.

2. In artikel 46, § 4, vierde lid, en § 5, vierde lid, wordt bepaald dat de categorieën van contextuele informatie die door de bevoegde toezichthoudende autoriteit aan de betrokkene kunnen worden medegedeeld, bij "richtlijn" bepaald worden door de bevoegde ministers nadat daarover het advies van de bevoegde toezichthoudende autoriteit ingewonnen is.

Dat het recht op de eerbiediging van het privéleven in beginsel bij wet geregeld moet worden, neemt weliswaar niet weg dat delegatie kan worden verleend aan een ander bevoegdheidsniveau, maar een dergelijke delegatie is enkel aanvaardbaar op voorwaarde dat deze voldoende nauwkeurig omschreven wordt en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de belangrijkste onderdelen op voorhand vastgesteld zijn door de wetgever.

[23] Waarnaar verwezen wordt in artikel 31, lid 5, van de richtlijn die omgezet wordt bij artikel 64 van de ontworpen wet.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

A fortiori is het niet denkbaar dat de nadere regels met betrekking tot de waarborgen waarin voorzien wordt teneinde een kader te creëren voor de beperking van het recht op het privéleven die het gevolg is van de verwerking van persoonsgegevens, vastgesteld worden in een tekst die geenszins bindend is en bijgevolg ook niet beantwoordt aan de vereisten van voorzienbaarheid en rechtszekerheid.

Overigens staan de artikelen 33 en 108 van de Grondwet eraan in de weg dat de wetgever bepaalde uitvoeringstaken rechtstreeks aan een minister opdraagt. Het staat immers aan de uitvoerende macht om de werkwijze en de organisatie van haar diensten te regelen. De wet moet de Koning machtigen om de verschillende taken uit te voeren die worden genoemd. De Koning kan deze taken dan eventueel zelf delegeren.

Artikel 50

1. In zoverre artikel 50, eerste lid, e), en derde lid, bepaalt dat nadere regels inzake de verwerking van persoonsgegevens vastgesteld kunnen worden in een protocol tussen de verwerkingsverantwoordelijken, doet het afbreuk aan het vereiste van wettelijkheid en voorzienbaarheid dat bij elke inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven in acht moet worden genomen.

2. Er dient een definitie gegeven te worden van het begrip "controlesysteem" dat in artikel 50, vierde lid, gebruikt wordt.

Artikel 51

Artikel 51, § 1, luidt als volgt:

> "De persoon die betrokken is bij een gemeenschappelijke behandeling van zijn persoonsgegevens, rechtstreeks of onrechtstreeks afkomstig van ten minste één bevoegde autoriteit van titel 2 of ten minste één autoriteit, één dienst of orgaan bedoeld in titel 3, voor wat zijn gegevens bij de verantwoordelijken voor de verwerking betreft, geniet niet van de in de artikelen 41 tot 47 en 64 genoemde rechten waarnaar wordt verwezen."

Aangezien de artikelen 41 tot 47 en 64 van het voorontwerp per definitie van toepassing zijn op de verwerkingen van persoonsgegevens door een bevoegde autoriteit van titel 2, is het discriminerend om de toepassing van die rechten uit te sluiten in geval van een gemeenschappelijke verwerking van persoonsgegevens die rechtstreeks of onrechtstreeks afkomstig zijn van ten minste één bevoegde autoriteit van titel 2, zonder dat de hoedanigheid van de andere bij die gemeenschappelijke verwerking betrokken autoriteit dit rechtvaardigt.

Bij deze bepaling moet hoe dan ook toelichting worden gegeven, hetgeen thans niet het geval is.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Artikel 52

De tweede zin van het eerste lid moet aldus herzien worden dat hij beter overeenstemt met artikel 19, lid 2, van richtlijn 2016/680/EU, gelezen in het licht van overweging 53 van deze richtlijn.

Artikel 58

Artikel 58 strekt tot omzetting van artikel 25 van richtlijn 2016/680/EU.

Lid 1 van dat laatstgenoemde artikel is als volgt gesteld:

> "De lidstaten voorzien erin dat logbestanden worden bijgehouden van ten minste de volgende verwerkingen in systemen voor geautomatiseerde verwerking: verzameling, wijziging, raadpleging, bekendmaking onder meer in de vorm van doorgiften, *combinatie* en wissing. (…)" (eigen cursivering).

In artikel 58, § 1, eerste lid, van het voorontwerp is geen sprake van "combinatie".

De bepaling moet op dat punt aangevuld worden.

Artikel 61

Artikel 61, § 1, c), zou een aparte bepaling moeten vormen en de redactie ervan zou meer in overeenstemming moeten zijn met artikel 28, lid 2, van richtlijn 2016/680/EU.

Artikel 66

In tegenstelling tot wat in de memorie van toelichting voorgehouden wordt, staat, gelet op de formulering van artikel 458 van het Strafwetboek, een strafrechtelijke straf op de niet-inachtneming van de verplichting tot geheimhouding of vertrouwelijkheid die bij artikel 66, § 5, aan de functionaris voor gegevensbescherming opgelegd wordt. Dat artikel 458 luidt als volgt:

> "Geneesheren, heelkundigen, officieren van gezondheid, apothekers, vroedvrouwen en alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in rechte (of voor een parlementaire onderzoekscommissie) getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet, het decreet of de ordonnantie hen verplicht of toelaat die geheimen bekend te maken, worden gestraft met gevangenisstraf van een jaar tot drie jaar en een geldboete van honderd euro tot duizend euro of met een van die straffen alleen."

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Titel 3 – De bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens door andere overheden dan die bedoeld in titels 1 en 2

Ondertitel 1. De bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten

Artikel 91

Gelet op het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie en gelet op het evenredigheidsbeginsel dat bij elke beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven in acht moet worden genomen, dient bepaald te worden dat de melding zo snel mogelijk en ten laatste binnen tweeënzeventig uur moet gebeuren, zoals bepaald in artikel 63 in titel 2.

Artikel 93

Krachtens het derde lid van paragraaf 1

"[kan d]e functionaris voor gegevensbescherming (…) niet van zijn functie ontheven of gestraft worden omwille van de uitvoering van zijn opdrachten".

Deze bepaling strekt ertoe de noodzakelijke onafhankelijkheid van de functionaris voor gegevensbescherming te garanderen.

Letterlijk genomen zorgt deze bepaling er evenwel voor dat er geen oplossing is voor situaties waarin de functies van de functionaris niet correct uitgevoerd worden en overwogen zou worden om hem van zijn functie te ontheffen, zonder dat die sanctie opgelegd wordt wegens de handelingen die de betrokkene gesteld heeft om de AVG, de ontworpen wet en, in ruimere zin, de vereisten in verband met de eerbiediging van het privéleven te doen naleven.

Er zou een adequate regeling ingevoerd moeten worden teneinde aan dergelijke situaties tegemoet te komen.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 126, § 1, derde lid, en 159, § 1, derde lid, van het voorontwerp.

Artikel 101

Gelet op het beginsel van wettelijkheid en voorzienbaarheid dat bij elke inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven in acht genomen moet worden, is het onaanvaardbaar dat de betrokken inlichtingen- en veiligheidsdienst gemachtigd wordt om een verdere verwerking toe te staan in de zin van artikel 101, tweede lid, van het voorontwerp en om de voorwaarden daarvoor op volledig discretionaire wijze te bepalen, in afwijking van het principiële verbod dat in diezelfde bepaling vervat is.

Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 164 van het voorontwerp wat het OCAD betreft.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Een soortgelijke opmerking geldt eveneens voor de machtigingen tot publicatie of mededeling waarvan sprake in de artikelen 104, 137 en 167 van het voorontwerp.

Ondertitel 2. De bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens door de krijgsmacht

Artikel 107

1. Bij artikel 107 moet toelichting gegeven worden, hetgeen thans niet het geval is.

2. Teneinde te waarborgen dat de inmenging in het privéleven van de betrokkenen evenredig is, dient de uitzondering op de rechten beperkt te worden tot de doeleinden waarvoor die uitzondering vereist is. De bewoordingen "aanwending van de krijgsmacht" en "paraatstelling van de krijgsmacht" zijn te ruim en moeten gepreciseerd worden door voor de omschrijving van de nagestreefde doeleinden een functioneel (en geen organiek) criterium te hanteren en door een doel op zich aan te geven (in plaats van een middel om dat doel te bereiken).

3. Artikel 107, § 7, luidt als volgt:

> "met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens worden *de volgende rechten* slechts beperkt indien dit een noodzakelijke en evenredige maatregel vormt voor de aanwending van de krijgsmacht of paraatstelling met het oog op aanwending van de krijgsmacht: (…)" (eigen cursivering).

Het voorontwerp lijkt daarmee te verwijzen naar een lijst van rechten die aan de betrokken persoon zijn toegekend. Artikel 107 zegt daarover echter niets meer, behalve dat in punt 6 ervan verwezen wordt naar artikel 80 van het voorontwerp, welk artikel luidt als volgt:

> "Iedere natuurlijke persoon heeft in verband met de verwerking van persoonsgegevens die op hem betrekking hebben, recht op bescherming van zijn fundamentele rechten en vrijheden, inzonderheid op de bescherming van zijn persoonsgegevens."

Los van het feit dat het een onsamenhangende bepaling is, is de afdeling Wetgeving van oordeel dat die precisering alleen niet voldoende waarborgen biedt voor de rechten van de betrokkenen en daarmee bijgevolg niet op adequate wijze tegemoetgekomen kan worden aan het vereiste van voorzienbaarheid en het vereiste van evenredigheid die bij elke beperking van het recht op bescherming van het privéleven in acht moeten worden genomen.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Ondertitel 3. De bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen

Artikel 108

De definitie van het begrip "ontvanger", die in artikel 31, 10°, van het voorontwerp staat, is ook belangrijk voor een goed begrip van ondertitel 3, aangezien dat begrip in artikel 125, § 1, tweede lid, 5°, van het voorontwerp gebruikt wordt.

Ondertitel 4. De bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens door het Coördinatieorgaan voor de dreigingsanalyse

Artikel 140

De definitie van het begrip "ontvanger", die in artikel 31, 10°, van het voorontwerp staat, is ook belangrijk voor een goed begrip van ondertitel 4, aangezien dat begrip in artikel 158, § 1, tweede lid, 1°, c), van het voorontwerp gebruikt wordt.

Ondertitel 5. De bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de Passagiersinformatie-eenheid

Artikel 170

De definitie van het begrip "ontvanger", die in artikel 31, 10°, van het voorontwerp staat, is ook belangrijk voor een goed begrip van ondertitel 5, aangezien dat begrip in artikel 183, § 1, tweede lid, 1°, c), van het voorontwerp gebruikt wordt.

Artikelen 175 en 176

Artikel 175 somt de rechten van de betrokkene op en vermeldt het recht om onjuiste gegevens te laten verbeteren of te laten verwijderen evenals het recht op verificatie door de bevoegde toezichthoudende autoriteit.

In artikel 176 wordt echter ook verwezen naar het recht van de betrokkene op toegang tot zijn persoonsgegevens. Dat recht wordt niet vermeld in artikel 175.

Er dient voor samenhang tussen die beide bepalingen gezorgd te worden.

Artikel 177

Het heeft geen zin om in een wetgevende tekst naar de wet te verwijzen teneinde de nadere regels te bepalen voor het instellen van het beroep waarin artikel 177 voorziet.

Die nadere regels moeten vastgelegd worden in de ontworpen wet.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Gesteld dat het de bedoeling is van de steller van het voorontwerp om te verwijzen naar de toepasselijke sectorale wet, namelijk de wet van 25 december 2016 'betreffende de verwerking van passagiersgegevens' (de zogenaamde PNR-wet), dient daar uitdrukkelijk naar verwezen te worden.

Ondertitel 6. Bijzondere bepalingen

Artikel 187

Artikel 187, § 4, luidt als volgt:

> "De [verwerking] van persoonsgegevens door de overheden bedoeld in [paragraaf 1] is niet onderworpen aan het toezicht van de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit."

Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opmerkt, kunnen de autoriteiten bedoeld in ondertitel 6 evenwel ook verwerkingen van persoonsgegevens uitvoeren die binnen het toepassingsgebied van de AVG vallen en bijgevolg onder toezicht van de Gegevensbeschermingsautoriteit vallen, tenzij uitdrukkelijk een andere toezichthoudende autoriteit aangewezen wordt.

Bijgevolg moet het dispositief aldus herzien worden dat het geen afbreuk doet aan de AVG en het recht op eerbiediging van het privéleven gewaarborgd wordt.

Titel 4 – Verwerking met het oog op archivering in het algemeen belang, wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden

Artikel 188

1. Artikel 188 bevat verscheidene definities die verwijzen naar definities vervat in artikel 4 van de AVG.

Aangezien die verordening rechtstreeks toepasselijk is, heeft een dergelijke verwijzing geen zin en geeft ze aanleiding tot rechtsonzekerheid.

2. Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opmerkt wordt, wekt het gebruik van de woorden "afin d'être rendue publique" in de Franse tekst van artikel 188, 2°, de indruk dat het de bedoeling zou zijn om de archieven openbaar te maken. Dat stemt niet overeen met het begrip archieven in de zin van de AVG (zie inzonderheid overweging 158), noch met de organieke wetgeving inzake de archieven.[24]

[24] Zie bijvoorbeeld artikel 2 van het decreet van het Waals Gewest van 6 december 2001 'betreffende de openbare archieven' dat bepaalt dat "[d]e stukken die, hoewel ze uit een administratief of rechtskundig oogpunt geen belang meer vertonen, doch een historische waarde behouden als administratieve, wetenschappelijke of culturele informatiebron waarvoor de bewaring zonder tijdsbeperking gerechtvaardigd is, (…) als definitief archief beschouwd [worden]".

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

In de Franse tekst dienen die woorden dan ook vervangen te worden door de woorden "afin d'y donner accès".

3. Er is een gebrek aan samenhang tussen de definitie die in artikel 188, 5°, van het begrip "verwerkingsverantwoordelijke" gegeven wordt en die specifiek geldt voor titel 4, en de autonome definitie, die in artikel 4, 7°, van de AVG van datzelfde begrip gegeven wordt, en die trouwens in artikel 188, 5°, gehanteerd wordt.

4. In artikel 188, 12°, is de verwijzing naar overweging 33 van de AVG niet relevant, aangezien die bepaling geen normatieve strekking heeft en de definitie die in artikel 4, 11°, van de AVG van het begrip "toestemming" gegeven wordt, rechtstreeks toepasselijk is.

Artikelen 189 en 190

1. Uit artikel 190 volgt dat titel 4 van toepassing is op elke verwerking met het oog op archivering of onderzoek of statistische doeleinden die onder titel 1 valt, ook al is de verwerkingsverantwoordelijke niet van plan om zich te beroepen op de afwijkende regeling die aldus bij de wet ingevoerd wordt.

Overeenkomstig artikel 89, lid 2 en 3, van de AVG en zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opmerkt, mogen afwijkingen van bepaalde rechten van de betrokkenen in geval van verwerking met het oog op archivering of wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden slechts bij de wet toegestaan worden "voor zover die rechten de verwezenlijking van de specifieke doeleinden onmogelijk dreigen te maken of ernstig dreigen te belemmeren, en dergelijke afwijkingen noodzakelijk zijn om die doeleinden te bereiken".

De AVG staat de lidstaten dan ook niet toe om een algemeen afwijkende regeling in te voeren die van toepassing is op om het even welke verwerking met het oog op archivering of wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden.

Titel 4 moet grondig herzien worden in het licht van die opmerking.

2. Zowel in het ontworpen artikel 189 als in het ontworpen artikel 190 moet "Dit hoofdstuk" vervangen worden door "Deze titel".

3. Ter wille van de rechtszekerheid moet artikel 190 aldus aangevuld worden dat daarin gepreciseerd wordt dat hoofdstuk I van titel 4 evenmin van toepassing is op de verwerkingen die verricht worden door de diensten bedoeld in titel 2 van het voorontwerp.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Artikel 192

1. De verplichting dat de verwerkingsverantwoordelijken een register moeten bijhouden van de verwerkingsactiviteiten die onder hun verantwoordelijkheid plaatsvinden wordt opgelegd bij artikel 30 van de AVG, dat ter zake ook nadere regels vaststelt.

Overeenkomstig lid 5 van die bepaling geldt de verplichting om een register bij te houden slechts onder bepaalde voorwaarden voor kleine ondernemingen of organisaties die in die bepaling omschreven worden. Artikel 89 van de AVG staat de lidstaten niet toe om van die bepaling af te wijken door alle verwerkingsverantwoordelijken te verplichten een register bij te houden, ongeacht de grootte van de onderneming of de organisatie. De steller van het voorontwerp moet kunnen aantonen dat aan de voorwaarden van artikel 30, lid 5, van de AVG voldaan is.

2. Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opmerkt, staat artikel 89 van AVG de Belgische Staat evenmin toe om van de artikelen 13 en 14 van de AVG af te wijken. Van artikel 14 van de AVG mag maar afgeweken worden binnen de grenzen van lid 5 van die bepaling.

Artikel 194

In artikel 89, lid 1, van de AVG wordt het volgende bepaald:

> "(….). Wanneer die doeleinden kunnen worden verwezenlijkt door verdere verwerking die de identificatie van betrokkenen niet of niet langer toelaat, moeten zij aldus worden verwezenlijkt."

Artikel 194 van het voorontwerp gaat evenwel verder dan dat vereiste, aangezien daarbij wordt opgelegd dat in principe de verdere verwerking gehanteerd wordt, zelfs wanneer de identificatie van de betrokkenen mogelijk is. Bovendien wordt zo afbreuk gedaan aan de transparantie en de voorzienbaarheid van de gegevensverwerkingen die artikel 6, lid 2, van de AVG wil waarborgen, terwijl artikel 89 niet toestaat dat van dat artikel 6, lid 2 wordt afgeweken.

Bijgevolg moet het dispositief aldus herzien worden dat het binnen de grenzen van artikel 89, lid 1, van de AVG blijft.

Artikel 197

1. Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opmerkt wordt, heeft het geen zin om in artikel 197, eerste lid, de verwerkingsverantwoordelijken die bij de betrokkene niet-gevoelige gegevens verzamelen te verplichten om hem daarvan op de hoogte te stellen, aangezien artikel 13 van de AVG reeds in een dergelijke verplichting voorziet.

2. Dat de verwerkingsverantwoordelijken die bij de betrokkene gevoelige gegevens verzamelen, hiervoor luidens artikel 197, tweede lid, van de betrokkene toestemming moeten krijgen, is in strijd met artikel 9, lid 2, van de AVG en gaat verder dan hetgeen bij lid 4 van

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

diezelfde bepaling toegestaan wordt. De toestemming om op grond van artikel 9, lid 2, j), gevoelige gegevens te verwerken vormt immers een alternatief voor de toestemming waarin voorzien is in artikel 9, lid 2, a) tot i), om dergelijke gegevens te verwerken, terwijl de ontworpen bepaling de mogelijkheden waarin artikel 9, lid 2, voorziet om gevoelige gegevens te verwerken, beperkt. Gelet op de rechtstreekse werking van dat artikel 9, lid 2, heeft de voorliggende bepaling zelfs geen daadwerkelijke strekking.[25]

Het dispositief moet dienovereenkomstig herzien worden.

Artikel 201

Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opmerkt, worden de beperkingen van het recht op gegevenswissing ("recht op vergetelheid") vastgelegd in artikel 17 van de AVG, opgesomd in lid 3 van die bepaling, en moet aan die bepaling geen uitvoering gegeven worden bij een nationale maatregel.

Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 209 van het voorontwerp.

Artikel 212

Volgens de bespreking van artikel 212 mogen de gegevens onder meer "gedepseudonimiseerd" worden

> "om een maatregel te treffen ten aanzien van de betrokkene, bijvoorbeeld een medische behandeling".

Die mogelijkheid staat niet in het dispositief.

Artikel 215

Artikel 215, tweede lid, is nutteloos, gelet op de definitie van het begrip "verwerker" in artikel 4, 8°, van de AVG.

Dat lid moet dus worden geschrapt. De betreffende uitleg kan daarentegen in de bespreking van het artikel staan.

[25] Er wordt ook verwezen naar de opmerking die de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in haar advies maakt bij artikel 197.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Artikel 217

1. Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft opgemerkt, definieert artikel 4, punt 1, van de AVG het begrip "persoonsgegeven" als volgt:

> "alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon ('de betrokkene'); als identificeerbaar wordt beschouwd een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificator zoals een naam, een identificatienummer, locatiegegevens, een online identificator of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon".

Geanonimiseerde gegevens kunnen bijgevolg niet meer worden aangemerkt als "persoonsgegevens" en vallen dan ook niet meer onder de AVG.

De term "geanonimiseerd" in artikel 217 dient dus te worden geschrapt.

2. Artikel 11, lid 2, van de AVG luidt als volgt:

> "Wanneer de verwerkingsverantwoordelijke in de in lid 1 van dit artikel bedoelde gevallen kan aantonen dat hij de betrokkene niet kan identificeren, stelt hij de betrokkene daarvan indien mogelijk in kennis. In dergelijke gevallen zijn de artikelen 15 tot en met 20 niet van toepassing, *behalve wanneer de betrokkene, met het oog op de uitoefening van zijn rechten uit hoofde van die artikelen, aanvullende gegevens verstrekt die het mogelijk maken hem te identificeren*" (eigen cursivering).

Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft toegelicht, voorziet artikel 11, lid 2, van de AVG derhalve reeds in een uitzondering op de artikelen 15, 16 en 18 van de AVG in het geval van gepseudonimiseerde gegevens.

Voorts staat artikel 89, lid 2, van de AVG niet toe dat de nationale wetgevers van die bepaling afwijken. Artikel 217 is echter in strijd met de uitzondering waarin is voorzien in artikel 11, lid 2, van de AVG, doordat het bepaalt dat van de rechten vastgelegd in de artikelen 15, 16 en 18 van de AVG in alle omstandigheden wordt afgeweken wanneer de gegevens geanonimiseerd of gepseudonimiseerd zijn.

Titel 5 – Rechtsmiddelen en vertegenwoordiging van de betrokkenen

Hoofdstuk I – Vordering tot staking

1. Gelet op het feit dat een daadwerkelijke controle van de regelgeving inzake bescherming van de persoonlijke levenssfeer uitermate belangrijk is om te waarborgen dat de inmenging in de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privéleven evenredig is, rijst de vraag waarom het voorliggende voorontwerp, net zo min als de wet van 3 december 2017 niet, mogelijk maakt dat de Gegevensbeschermingsautoriteit zelf in eigen naam het bevoegde rechtscollege adieert ingeval de wet niet is nageleefd.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Momenteel voorziet de wet van 8 december 1992 nochtans in dat recht voor de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Artikel 32, § 3, van die wet bepaalt dat "(…) de voorzitter van de Commissie ieder geschil aangaande de toepassing van deze wet en haar uitvoeringsmaatregelen aan de rechtbank van eerste aanleg [kan] voorleggen".

De aldus geboden mogelijkheid heeft het voordeel dat ze de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in staat stelt om op te treden om het belang van alle burgers te verdedigen, zonder dat die haar daartoe zelfs opdracht hoeven te geven. Het aldus verleende vorderingsrecht maakt het mogelijk de moeilijkheden te ondervangen die de burgers ondervinden bij de controle op de verwerking van hun gegevens, daar ze zich niet altijd bewust zijn van het bestaan van illegale praktijken.

De AVG schrijft in zijn artikel 58, lid 5, uitdrukkelijk voor dat een vorderingsrecht moet worden toegekend aan de Gegevensbeschermingsautoriteit:

> "Elke lidstaat bepaalt bij wet dat zijn toezichthoudende autoriteit bevoegd is inbreuken op deze verordening ter kennis te brengen van de gerechtelijke autoriteiten en, waar passend, daartegen een rechtsvordering in te stellen of anderszins in rechte op te treden, teneinde de bepalingen van deze verordening te doen naleven".

Het ontwerp moet in het licht van deze opmerking opnieuw worden onderzocht.

2. De steller van het voorontwerp wordt erop gewezen dat de vordering tot staking weliswaar de vorm aanneemt van de vordering in kort geding, maar dat het wel gaat om een procedure na afloop waarvan de rechter een uitspraak ten gronde doet, en niet een uitspraak "alvorens recht [te doen]", zoals in de bespreking van de artikelen 222 tot 232 ten onrechte en bovendien op tegenstrijdige wijze wordt gesteld daar in dezelfde bespreking voorts wordt gepreciseerd dat het om "een rechtsmiddel ten gronde" gaat.

3. De gebruikmaking van de procedure "zoals in kort geding", die onderstelt dat er een vermoeden van spoedeisendheid is, is weliswaar gerechtvaardigd voor maatregelen tot staking, mededeling, opschorting en rectificatie, vermeld in het voorontwerp, maar niets rechtvaardigt dat diezelfde procedure ook wordt gevolgd in het geval van een vordering tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door de eventuele schending van de regels betreffende de verwerking van persoonsgegevens (artikel 229). Aangezien het gaat om een vordering inzake gemeenrechtelijke contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid, zou ze moeten worden ingesteld en onderzocht volgens de gemeenrechtelijke procedure omdat ze anders de procedure tot staking zou verzwaren en daardoor de behandeling ervan zou vertragen, hetgeen het nut van de vordering "zoals in kort geding" gevoelig zou beperken.

Artikel 222

1. Het verdient aanbeveling de term "beroep" te vervangen door de term "vordering", aangezien het ontwerp betrekking heeft op iedere vordering die een verwerking waarmee de wet wordt geschonden, beoogt stop te zetten, of die de mededeling, opschorting of rectificatie van

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

gegevens beoogt te verkrijgen. Het vervolg van de bepaling moet dienovereenkomstig worden aangepast.

Dezelfde opmerking geldt voor het vervolg van het voorontwerp.

2. Volgens de bespreking van de artikelen moet onder vordering "tot staking" worden verstaan:

> "de vorderingen betreffende het door of krachtens de wet, ongeacht het criminele karakter van het strafbare feit, verleende recht op mededeling van persoonsgegevens [en] de vorderingen tot verbetering, tot verwijdering of tot het verbieden van de aanwending van onjuiste, onvolledige of niet ter zake dienende persoonsgegevens, waarvan de registratie, de mededeling of de bewaring verboden is en waartegen de betrokkene zich heeft verzet of die langer bewaard werden dan de toegestane duur".

Het gaat met andere woorden, nog steeds volgens de bespreking van de artikelen, om "een vordering tot staking en een vordering tot verkrijging van mededeling, opschorting en rectificatie van gegevens".

Daar de bevoegdheid van de voorzitter die zitting houdt zoals in kort geding verder gaat dan het strikte kader van het bevel tot staking, zou de precieze omvang van zijn bevoegdheden nader moeten worden omschreven in het dispositief.

Artikel 223

1. Volgens artikel 223 is een vordering tot staking bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg uitgesloten wanneer de gegevensverwerking plaatsvindt

> "in de loop van een opsporingsonderzoek, van een gerechtelijk onderzoek, een strafrechtelijke procedure voor de bodemrechter of een procedure voor de uitvoering van een strafrechtelijk vonnis".

Dezelfde bepaling stelt immers dat in die gevallen

> "de beslissing over de rectificatie, schrapping, beperking van de behandeling, het verbod op gebruik of verwijdering van persoonsgegevens echter uitsluitend, volgens de fase van de procedure, tot het openbaar ministerie of de bevoegde strafrechter [behoort]".

2. Tijdens een opsporingsonderzoek treedt het openbaar ministerie op als vervolgende partij en verschijnt het als verwerende partij ten opzichte van de partij die een bevel tot staking of een maatregel bedoeld in het ontworpen artikel zou kunnen nastreven.

In die omstandigheden is het niet aanvaardbaar dat het openbaar ministerie zowel het opsporingsonderzoek voert als de bevoegdheid krijgt om uitspraak te doen over de vorderingen die ingesteld worden door de partij waarop de gegevensverwerking betrekking heeft. Een dergelijke regel zou de betrokken partij het recht ontnemen een vordering in te stellen bij een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

De bepaling moet dientengevolge worden herzien.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

3. Omwille van de rechtszekerheid en om elke controverse te voorkomen, zou in de artikelen 222 en 223 eenzelfde terminologie moeten worden gebruikt voor de vorderingen waaromtrent de rechter kan worden geadieerd. Beide bepalingen moeten in die zin worden herzien waarbij rekening moet worden gehouden met opmerking 2 die bij artikel 222 is gemaakt.

4. Het begrip "bevoegde strafrechter" is onduidelijk. Het kan namelijk gaan om de onderzoeksrechter, om de raadkamer of om de kamer van inbeschuldigingstelling, om de strafrechter die uitspraak ten gronde doet (correctionele rechtbank), of nog om de strafuitvoeringsrechtbank.

Om de preciseringen aan te brengen die nodig zijn om elke controverse te voorkomen en om de gevolgen van opmerking 2 te ondervangen, zou gepreciseerd moeten worden dat in de fase van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek enkel de raadkamer bevoegd is om maatregelen in verband met de gegevensverwerking te nemen, tot uitspraak wordt gedaan over de procedure (verwijzing of buitenvervolgingstelling). De wet zou de procedureregels voor de adiëring van die rechtbank en voor het onderzoek van de zaak moeten vaststellen. Het moet mogelijk zijn een beroep in te stellen bij de kamer van inbeschuldigingstelling, wat in de bespreking van het artikel zou moeten worden bevestigd.

Er zou bepaald moeten worden dat, nadat uitspraak is gedaan over de procedure en beslist is tot buitenvervolgingstelling, de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg zijn algemene bevoegdheid weer terugkrijgt zodra de beslissing tot buitenvervolgingstelling genomen is en nadat de rechtsmiddelen zijn vervallen of aangewend. Indien de verwijzing wordt uitgesproken, zou daarentegen enkel de correctionele rechtbank bevoegd zijn. De wet zou de procedureregels voor de adiëring van die rechtbank en voor het onderzoek van de zaak moeten vaststellen. Het moet mogelijk zijn beroep in te stellen bij het hof van beroep, wat in de bespreking van het artikel zou moeten worden bevestigd.

Tot slot moet uitdrukkelijk worden bepaald dat tijdens de hele duur van de strafuitvoering enkel de strafuitvoeringsrechtbank bevoegd is voor vorderingen betreffende de gegevensverwerking.

5. Die bevoegdheid die een afwijking inhoudt ten gunste van de strafrechter dient enkel toepasselijk te zijn voor gegevensverwerkingen die rechtstreeks verband houden met de lopende strafprocedure. Die precisering moet in het dispositief worden aangebracht.

6. De steller van het voorontwerp zou moeten uitleggen hoe artikel 223 zich verhoudt tot de tekst van artikel 232, in het bijzonder ten aanzien van de exclusieve bevoegdheid die artikel 223 aan de "strafrechter" verleent.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Artikel 226

1. Aangezien het gaat om het gemene recht, is het niet relevant in paragraaf 1 te bepalen dat de beschikkingen tot staking in openbare terechtzitting moeten worden uitgesproken.

2. In paragraaf 2 dient te worden vermeld vanaf wanneer de daarin bepaalde termijn van acht dagen begint te lopen.

Artikel 228

Wat paragraaf 3 betreft, lijkt de beroepsrechter die de beslissing van de eerste rechter zou herzien, het best geplaatst te zijn om het bedrag te bepalen dat moet worden betaald aan de partij die de maatregel heeft uitgevoerd die herzien is.

Wanneer het evenwel gaat om de vergoeding van de partij die de voorlopige beslissing heeft uitgevoerd, valt evenwel niet te begrijpen waarom zou moeten worden afgeweken van het gemene recht betreffende de tenuitvoerlegging en het herstel van de schade veroorzaakt door een voorlopige tenuitvoerlegging die in beroep is herzien. Die vergoeding zou in een afzonderlijke procedure moeten worden geregeld.

Het is enkel zinvol dat de eerste rechter de maatregel neemt, indien het er in werkelijkheid om gaat het bedrag vast te stellen van een waarborg die de partij die last geeft tot de voorlopige tenuitvoerlegging van een bevel tot staking, dient te betalen.

De bepaling moet worden herzien zodat ze de bedoelingen van de steller van het voorontwerp duidelijker weergeeft.

Artikel 231

Indien de steller van het voorontwerp wenst af te wijken van de artikelen 1026, 5°, en 1027, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, die voorschrijven dat een beroep wordt gedaan op een advocaat om een procedure op eenzijdig verzoekschrift in te leiden, moet hij uitleggen waarom die afwijkende regeling gerechtvaardigd is en dient, onder dat voorbehoud, de tekst in die zin explicieter te worden geformuleerd.

Artikel 233

1. In paragraaf 1 dienen de woorden ", het Gerechtelijk Wetboek" te worden ingevoegd tussen de woorden "bijzondere wetten" en de woorden "en het Wetboek van Strafvordering".

In de Franse tekst moet de verwijzing naar dat Wetboek bovendien worden vervangen door de vermelding "Code d'instruction criminelle".

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

2. De ontworpen bepaling maakt het louter mogelijk dat de rechtspersonen die door het slachtoffer of de slachtoffers van een schending van de wet zijn aangewezen, gemachtigd worden om in hun naam een rechtsvordering in te stellen. *A contrario* kan worden gesteld dat diezelfde rechtspersonen geen echt vorderingsrecht ter verdediging van collectieve belangen verleend wordt waardoor ze het bevoegde rechtscollege op eigen initiatief en in hun eigen naam zouden kunnen adiëren omtrent de tekortkomingen aan de wettelijke vereisten, bijvoorbeeld wanneer er geen "slachtoffer" gekend is of aangewezen kan worden.[26]

Naar aanleiding van het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en aangezien een daadwerkelijke controle van de regelgeving inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer uitermate belangrijk is om te waarborgen dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven evenredig is, vraagt de afdeling Wetgeving zich af waarom de steller van het voorontwerp geen gebruik wenst te maken van de mogelijkheid die artikel 80, lid 2, van de AVG biedt. Die bepaling luidt immers als volgt:

> "De lidstaten kunnen bepalen dat een orgaan, organisatie of vereniging als bedoeld in lid 1 van dit artikel, over het recht beschikt om onafhankelijk van de opdracht van een betrokkene in die lidstaat klacht in te dienen bij de overeenkomstig artikel 77 bevoegde toezichthoudende autoriteit en de in de artikelen 78 en 79 bedoelde rechten uit te oefenen, indien het/zij van mening is dat de rechten van een betrokkene uit hoofde van deze verordening zijn geschonden ten gevolge van de verwerking".

Momenteel zijn de gegevensverwerkingen immers zo talrijk, complex en vaak ondoorzichtig, dat het niet aangaat de burger ermee te belasten als enige te waken over de bescherming van zijn privéleven ten aanzien van technische problemen, die hem vaak te boven gaan, noch hem ermee te belasten de instellingen *ad hoc* op te dragen, en soms zelfs te overtuigen, in rechte op te treden.

De afdeling Wetgeving merkt overigens op dat het Grondwettelijk Hof in zijn arresten 133/2013 van 10 oktober 2013 en 87/2017 van 6 juli 2017 in wezen heeft geoordeeld dat de verschillen in behandeling die de wetgever in het leven roept bij de erkenning van het collectief vorderingsrecht ten voordele van rechtspersonen die de verdediging van de fundamentele rechten nastreven, discriminaties inhoudt die strijdig zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, indien geen objectieve en redelijke verantwoording voorhanden is.

Het voorontwerp moet in het licht van de bovenstaande opmerking opnieuw worden onderzocht.

Titel 6 – Sancties

Artikel 234

1. Krachtens paragraaf 2 gelden de administratieve geldboeten niet voor de verwerkingsverantwoordelijken die de hoedanigheid van overheidsinstantie of openbaar orgaan hebben. Ze gelden daarentegen wel voor de verwerkingsverantwoordelijken van de privésector.

[26] Vergelijk bijvoorbeeld met de artikelen 30 en 31 van de wet van 10 mei 2007 'ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie'.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

De verwerkingsverantwoordelijken van de openbare en de privésector verwerken echter gelijksoortige gegevens betreffende de burgers. Te denken valt onder meer aan de identificatiegegevens (naam, voornaam, adres, geboortedatum, enz., die zowel door administraties als privéondernemingen worden verwerkt), de fiscale gegevens (verwerkt door de FOD Financiën en bijvoorbeeld banken), de gezondheidsgegevens (verwerkt door socialezekerheidsinstellingen maar ook door verzekeringsinstellingen), enz.

In een digitale omgeving vormt de mogelijkheid om een administratieve geldboete op te leggen, een pressiemiddel om iedere verwerkingsverantwoordelijke de regels inzake gegevensbescherming scrupuleus te doen naleven. Daardoor is de administratieve geldboete een extra garantie voor de burger dat de regels inzake gegevensbescherming in principe zullen worden nageleefd.

Op de verwerkingsverantwoordelijken van de openbare sector moeten pressiemiddelen worden toegepast die minstens vergelijkbaar zijn met die welke voor de privésector gelden, en wel om vier hoofdredenen.

Ten eerste houden de verwerkingsverantwoordelijken van de openbare sector de gegevens bij die de burgers hun dienen te overhandigen om hun wettelijke en zelfs burgerlijke verplichtingen na te komen.

Ten tweede kan, wanneer een overheidsinstantie of een openbaar orgaan de regels inzake de gegevensbescherming schendt, dus niet alleen het privéleven van de burgers, maar ook het vertrouwen van de burger in de Staat geschaad worden.[27]

Ten derde beperkt de AVG de rechten van de burgers ten aanzien van tal van die verwerkingen, zoals in de memorie van toelichting wordt vermeld (uitzondering op het verbod om gevoelige gegevens te verwerken om redenen van algemeen belang bepaald in een wet, uitzondering op het recht op vergetelheid, uitzondering op het recht op overdraagbaarheid, uitzondering op het recht op bezwaar, uitzondering op het verbod van profilering zonder menselijke tussenkomst, enz.). Die beperking van de rechten moet worden gecompenseerd door een passend toezicht op de verwerkingsverantwoordelijken.

Ten vierde is bij de wet van 3 december 2017 de controle afgeschaft die de sectorale comités belast met het toestaan of weigeren van de uitwisseling van gegevens binnen de administratie, uitoefenden. De afschaffing van die voorafgaande controle moet eveneens passend worden gecompenseerd opdat de openbare sector niet aan elke sanctie zou ontsnappen.

Weliswaar dreigt de continuïteit van de openbare dienst in het gedrang te komen indien boetes tot 20 miljoen euro worden opgelegd. Het zou aanvaardbaar zijn dat het voorontwerp, zonder van de boete af te zien, bijzondere plafonds vaststelt voor boetes die aan de openbare sector worden opgelegd. De steller van het voorontwerp zou zich in dat verband kunnen laten leiden door de boetes die aan de overheidsinstanties worden opgelegd op basis van

[27] Zie RvS 26 april 2005, nr. 143.683, Van Merris, http://www.raadvst-consetat.be/Arrets/143000/600/143683.pdf#xml=http://www.raadvst-consetat.be/apps/dtsearch/getpdf.asp?DocId=6195&Index=c%3a%5csoftware%5cdtsearch%5cindex%5carrets%5ffr%5c&HitCount=1&hits=e40+&04274620182712.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

artikel 101 van het Sociaal Strafwetboek of op basis van artikel 31 van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'.

Aangezien de verschillende behandeling van de verwerkingsverantwoordelijken van de openbare sector en die van de privésector niet op passende wijze wordt gerechtvaardigd, moet het dispositief dus worden herzien met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

2. Vastgesteld wordt dat het voorontwerp aan de administratieve geldboete geen uitstel verbindt. Op dat punt wordt verwezen naar advies 62.383/2, op 7 december 2017 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 11 maart 2018 'betreffende het statuut van en het toezicht op de betalingsinstellingen en de instellingen voor elektronisch geld, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en tot de activiteit van uitgifte van elektronisch geld, en de toegang tot betalingssystemen'.[28]

Artikel 242

1. Uit de bespreking van artikel 242, § 1, blijkt dat gedragingen die strijdig zijn met de wet en/of met de AVG, zowel kunnen worden bestraft met administratieve sancties bepaald bij de artikelen 58, lid 2, en 83 van de AVG en bij artikel 234 van het voorontwerp, als met strafsancties bepaald bij de artikelen 235 of 236 van het voorontwerp.

De aldus gecreëerde mogelijkheid om strafsancties en administratieve sancties die als "strafsancties" in de zin van de gebruikelijke betreffende bepalingen kunnen worden aangemerkt, gecumuleerd toe te passen, wordt door de AVG zelf weliswaar niet categorisch uitgesloten (zie immers overweging 149 van de aanhef van de AVG), maar doet niettemin een moeilijkheid rijzen ten aanzien van het beginsel "*non bis in idem*", gewaarborgd bij onder meer artikel 4 van Protocol 7 bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

2. De strekking van het beginsel "*non bis in idem*", zoals dat naar voren komt uit artikel 4 van het voornoemde Protocol, is op 15 november 2016 bij het arrest *A. en B. v. Noorwegen* van de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in wezen geherdefinieerd.[29]

Overeenkomstig dat arrest is de voortzetting en de voltooiing van parallelle strafrechtelijke procedures aanvaardbaar wanneer tussen beide procedures een voldoende nauw verband *ratione materiae* en *ratione temporis* bestaat.

Volgens het Europees Hof voor de rechten van de mens bestaat er een voldoende nauw verband *ratione temporis* wanneer er niet te veel tijd ligt tussen de procedures, zodat de

[28] Opmerking geformuleerd over de artikelen 148, 161, 230 en 244 van het voorontwerp, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2896/001, 323 tot 326 en 329.

[29] Zie in het bijzonder de paragrafen 130 tot 134 van dat arrest.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

rechtzoekende geen slachtoffer wordt van onzekerheid en van de langzame afwikkeling van de zaak.

Het bestaan van een voldoende nauw verband *ratione materiae* kan volgens het Europees Hof voor de rechten van de mens worden beoordeeld aan de hand van vier enuntiatief opgesomde criteria.[30]

Het eerste criterium houdt verband met het feit dat de verschillende procedures complementaire doelen nastreven en aldus niet alleen *in abstracto* maar ook *in concreto* betrekking hebben op verschillende aspecten van de handeling in kwestie die voor de vennootschap schadelijk is.

Het feit dat slechts een van de procedures van repressieve aard is of dat slechts een van de procedures een element van fraude impliceert, is in dat verband veelzeggend.[31] Het Hof stelt, steunend op zijn arrest-*Jussila* betreffende artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, het volgende:[32]

> "La mesure dans laquelle la procédure administrative présente les caractéristiques d'une procédure pénale ordinaire est un élément important. Des procédures mixtes satisferont plus vraisemblablement aux critères de complémentarité et de cohérence si les sanctions imposables dans la procédure non formellement qualifiée de 'pénale' sont spécifiques au comportement en question et ne font donc pas partie du 'noyau dur du droit pénal' (…). Si, à titre additionnel, cette procédure n'a pas de caractère véritablement infamant, il y a moins de chances qu'elle fasse peser une charge disproportionnée sur l'accusé. À l'inverse, plus la procédure administrative présente de caractéristiques infamantes la rapprochant dans une large mesure d'une procédure pénale ordinaire, plus les finalités sociales poursuivies par la punition du comportement fautif dans des procédures différentes risquent de se répéter (*bis*) au lieu de se compléter".[33]

Het tweede criterium slaat op de voorzienbaarheid van het gemengd-zijn van de procedures tot bestraffing van eenzelfde gedraging, zowel in rechte als in de praktijk.

Het derde criterium houdt in dat het verwijt van de dubbele bestraffing kan worden ondervangen door het feit dat de procedures in kwestie zo zijn gevoerd dat bij het verzamelen en beoordelen van bewijsmateriaal herhalingen zoveel mogelijk worden voorkomen, in het bijzonder dankzij een passende interactie tussen de verschillende bevoegde overheden, waaruit blijkt dat de vaststelling der feiten die in de ene procedure is gebeurd, in de andere procedure wordt overgenomen.

Het vierde criterium gaat over het feit dat de sanctie, opgelegd na de procedure die als eerste is afgelopen, in aanmerking is genomen in de procedure die als laatste is afgelopen, zodat de betrokkene *in fine* geen bovenmatige last moet torsen; dat laatste risico is minder waarschijnlijk indien er een compensatieregeling bestaat die ervoor moet zorgen dat de totale som van alle uitgesproken straffen evenredig is.

---

[30] EHRM 15 november 2016, *A. en B. v. Noorwegen*, § 132.

[31] *Ibid*., § 144.

[32] EHRM 23 november 2006, *Jussila v. Finland*.

[33] EHRM 15 november 2016, *A. en B. v. Noorwegen*, § 133.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Uit arrest *A. en B. v. Noorwegen* blijkt dat het Europees Hof voor de rechten van de mens aan dat laatste criterium een doorslaggevend belang toekent[34] en aldus een centrale plaats inruimt voor het evenredigheidsbeginsel.

3. Zoals overweging 149 van de aanhef van de AVG uitdrukkelijk stelt, dient ook rekening te worden gehouden met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie betreffende artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Die rechtspraak luidt als volgt:

> "artikel 50 van het Handvest (…) moet [aldus] worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan tegen een persoon een strafvervolging kan worden ingesteld wegens het verzuim de verschuldigde btw binnen de wettelijke termijnen te betalen, terwijl die persoon voor dezelfde feiten reeds een onherroepelijk geworden administratieve sanctie van strafrechtelijke aard in de zin van dat artikel 50 is opgelegd, op voorwaarde dat die regeling
>
> – een doel van algemeen belang nastreeft dat een dergelijke cumulatie van vervolgingsmaatregelen en sancties kan rechtvaardigen, te weten de strijd tegen btw-delicten, waarbij die vervolgingsmaatregelen en die sancties elkaar aanvullende doelen moeten hebben,
>
> – regels bevat waarmee voor onderlinge afstemming kan worden gezorgd, opdat de extra belasting die voor de betrokkenen uit een cumulatie van procedures voortvloeit, tot het strikt noodzakelijke wordt beperkt, en
>
> – voorziet in regels waarmee ervoor kan worden gezorgd dat de zwaarte van het geheel van de opgelegde sancties is beperkt tot het strikt noodzakelijke in verhouding tot de ernst van het delict in kwestie".[35]

4. De steller van het voorontwerp moet aantonen dat hij een regeling invoert die, voor zowel de administratieve als de strafsancties waarin ze voorziet, de complementaire logica volgt die als enige wordt aanvaard door de hierboven vermelde Europese rechtspraken.

In dat verband dient te worden vastgesteld dat artikel 83, lid 2, b), van de AVG het volgende bepaalt:

> "Bij het besluit over de vraag of een administratieve geldboete wordt opgelegd en over de hoogte daarvan wordt voor elk concreet geval naar behoren rekening gehouden met het volgende:
>
> (…)
>
> b) de opzettelijke of nalatige aard van de inbreuk;
>
> (…)".

Bij het opleggen van een administratieve geldboete moet dus voortaan in voorkomend geval rekening worden gehouden met een vorm van opzet, zoals artikel 235, b) en d), van het voorontwerp daarin voorziet in strafzaken.

[34] *Ibid*., §§ 133 en 151.

[35] HvJ 20 maart 2018, C-524/15, *Menci*, punt 63.

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

Om tegemoet te komen aan de vereisten van de voornoemde Europese rechtspraken, dient hoe dan ook op zijn minst uitdrukkelijk te worden voorzien in een compensatieregeling opdat de sanctie die aan het einde van de eerst aflopende procedure wordt opgelegd, in aanmerking wordt genomen in het kader van de tweede procedure.

Bovendien is het belangrijk dat de procedures worden gevoerd met concrete naleving van de criteria die het Europees Hof voor de rechten van de mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie naar voren hebben geschoven. Teneinde de naleving van dat principe te waarborgen, zou het beter zijn om het voorontwerp aan te vullen met een regeling ter organisatie van de integratie van beide procedures die eventueel gevoerd kunnen worden. Het verdient hoe dan ook aanbeveling om in de memorie van toelichting uitleg te verschaffen over deze kwesties wat artikelen 234, 235 en 242 van het voorontwerp betreft.

5. Het is, ten slotte, evident dat de protocolakkoorden tussen de bevoegde toezichthoudende autoriteiten en het college van procureurs-generaal, waarvan sprake is in artikel 242, noch de grondwettelijke prerogatieven van het openbaar ministerie noch de bevoegdheden van de wetgever inzake de strafrechtelijke procedure mogen aantasten.

Titel 7 – Het controleorgaan op de politionele informatie

De artikelen 36, § 2, en 40, § 2, van de wet van 3 december 2017 bepalen dat de leden van respectievelijk het directiecomité en het kenniscentrum van de Gegevensbeschermingsautoriteit "een functionele kennis hebben van de tweede landstaal en van het Engels. Ten minste één lid (…) moet ook een functionele kennis hebben van het Duits", en dat "[t]en hoogste twee derden van de leden van het kenniscentrum (…) van hetzelfde geslacht [is]".

De steller van het voorontwerp moet kunnen rechtvaardigen dat geen soortgelijke eisen worden gesteld aan de leden van het Controleorgaan op de politionele informatie, gelet op het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en non-discriminatie.

Dat geldt des te meer daar de memorie van toelichting aanvoert dat het de bedoeling is de statuten van de verschillende toezichthoudende autoriteiten onderling in overeenstemming te brengen.

Titel 8 – Slotbepalingen

Artikel 283

Gelet op de datum waarop dit advies wordt gegeven, is het weinig waarschijnlijk dat de ontworpen wet voor 6 mei 2018 in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekendgemaakt.

Ze zou dus terugwerkende kracht hebben voor titel 2 en eventueel voor andere artikelen van het voorontwerp die voor die datum in werking zouden moeten treden. Dat is niet

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

aanvaardbaar, zelfs niet indien die datum overeenkomt met de datum waarop richtlijn 2016/680/EU moet zijn omgezet.

De bepaling moet dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 287

Paragraaf 2 van artikel 287 is niet duidelijk genoeg.

Die bepaling moet worden herzien.

SLOTOPMERKINGEN

Het voorontwerp moet worden herzien zodat het in overeenstemming is met de regels van de wetgevingstechniek, de Nederlandse en de Franse tekst onderling overeenstemmen en manifest foute interne verwijzingen worden gecorrigeerd. Van de moeilijkheden die in de tekst voorkomen, worden hieronder slechts enkele voorbeelden gegeven:[36]

A. Wat betreft de regels der wetgevingstechniek:

1° Opsommingen moeten als 1°, 2°, 3°, enz. worden weergegeven in plaats van als "1.", "2.", "3.", enz. (bijvoorbeeld in artikel 8).

2° In artikel 10 moet de onderverdeling in paragrafen ("§ 1.", "§ 2.", enz.) worden vervangen door een opsomming van punten 1°, 2°, enz.

3° Wanneer een artikel in paragrafen is onderverdeeld, mag niets van dat artikel, ook niet het eerste lid ervan, buiten die onderverdeling vallen, zoals het geval is in artikel 11.

4° De verwijzingen, binnen een artikel, naar onderverdelingen van andere artikelen moeten correct zijn. De vermelding van de paragrafen of de leden waarin de betreffende onderverdelingen mag vermeld, mogen bijvoorbeeld niet worden weggelaten. Zo dient bijvoorbeeld in de inleidende zin van artikel 73, § 1, te worden verwezen naar artikel 31, § 1, 7°, a), c), d) en f), in plaats van naar artikel 31, 7°, a), c), d) en f), en dient in artikel 170, § 1, te worden verwezen naar artikel 74, § 2, 6°, in plaats van naar artikel 74, 6°.

5° De wijzigingen en opheffingen die het voorontwerp tot stand brengt, moeten melding maken van de nog geldende wijzigingen die in de betreffende teksten zijn aangebracht. Dat is bijvoorbeeld niet het geval voor de opheffing van de wet van 8 december 1992 bij artikel 282, eerste lid, van het voorontwerp van wet.

B. Wat betreft het gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst: de artikelen 9, § 1, 2°, 18, § 3, 25, § 1, 50, eerste lid, en 88.

[36] Er wordt verwezen naar de Handleiding die de Raad van State daarover heeft gepubliceerd: *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek".

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡

C. Wat betreft de manifest foute interne verwijzingen: de artikelen 43, § 3, 46, 68, 71 en 72, 177, 187, 243 en 287.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER Pierre VANDERNOOT

‡LW-AIFSPCCBJ-GDBJCVT‡