RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 67.953/1/V
van 31 augustus 2020

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot uitvoering van het koninklijk besluit nr. 44 betreffende de gezamenlijke gegevensverwerking door Sciensano en de door de bevoegde regionale overheden of door de bevoegde agentschappen aangeduide contactcentra, gezondheidsinspecties en mobiele teams in het kader van een contactonderzoek bij personen die (vermoedelijk) met het coronavirus COVID-19 besmet zijn op basis van een gegevensbank bij Sciensano’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 67.953/1/V
du 31 août 2020

sur

un projet d’arrêté royal ‘portant exécution de l’arrêté royal n° 44 concernant le traitement conjoint de données par Sciensano et les centres de contact désignés par les autorités régionales compétentes ou par les agences compétentes, par les inspections sanitaires et par les équipes mobiles dans le cadre d’un suivi des contacts auprès des personnes (présumées) infectées par le coronavirus COVID-19 sur la base d’une base de données auprès de Sciensano’

‡LW-AEJUJAJBF-GHJFDVT‡

Op 24 augustus 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot uitvoering van het koninklijk besluit nr. 44 betreffende de gezamenlijke gegevensverwerking door Sciensano en de door de bevoegde regionale overheden of door de bevoegde agentschappen aangeduide contactcentra, gezondheidsinspecties en mobiele teams in het kader van een contactonderzoek bij personen die (vermoedelijk) met het coronavirus COVID-19 besmet zijn op basis van een gegevensbank bij Sciensano'.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 27 augustus 2020. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Carlo ADAMS en Kaat LEUS, staatsraden, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Cedric JENART, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Koen MUYLLE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 31 augustus 2020.

*

Le 24 août 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, et de l'Asile et de la Migration à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal 'portant exécution de l'arrêté royal n° 44 concernant le traitement conjoint de données par Sciensano et les centres de contact désignés par les autorités régionales compétentes ou par les agences compétentes, par les inspections sanitaires et par les équipes mobiles dans le cadre d'un suivi des contacts auprès des personnes (présumées) infectées par le coronavirus COVID-19 sur la base d'une base de données auprès de Sciensano'.

Le projet a été examiné par la première chambre des vacations le 27 août 2020. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Carlo ADAMS et Kaat LEUS, conseillers d'État, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Cedric JENART, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Koen MUYLLE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 31 août 2020.

*

‡LW-AEJUJAJBF-GHJFDVT‡

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling in de adviesaanvraag[1] gemotiveerd als volgt:

> "Het verzoek om spoedbehandeling is gemotiveerd door de omstandigheid dat dit ontwerp betrekking heeft op een buitengewone crisissituatie, namelijk de gevolgen van de COVID-19-pandemie die momenteel in België heerst, wat bijzondere en ernstige problemen oplevert in termen van de volksgezondheid;
>
> Dat het van vitaal belang is voor de volksgezondheid en voor het vermijden van een heropflakkering van de COVID-19 pandemie, dat de nodige maatregelen inzake contactonderzoek kunnen worden genomen;
>
> Dat momenteel het bijzondere volmachtenbesluit nr. 44 van 26 juni 2020 omwille van de dringende noodzakelijkheid nog tot ten laatste 15 oktober 2020 voorziet in een voorlopige regelgeving m.b.t. deze materie, in afwachting van een meer duurzame en rechtszekere oplossing onder de vorm van een samenwerkingsakkoord;
>
> Dat de goedkeuring van het ontwerp van samenwerkingsakkoord tussen de Federale staat, de Vlaamse Gemeenschap, het Waalse Gewest, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, betreffende de gezamenlijke gegevensverwerking door Sciensano en de door de bevoegde gefedereerde entiteiten of door de bevoegde agentschappen aangeduide contactcentra, gezondheidsinspecties en mobiele teams in het kader van een contactonderzoek bij personen die (vermoedelijk) met het coronavirus COVID-19 besmet zijn op basis van een gegevensbank bij Sciensano, dat eerder voor advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State werd voorgelegd, nog enige tijd in beslag zal nemen gelet op de te vervullen procedurele stappen;
>
> Dat de bevoegde regeringen in afwachting van de goedkeuring van dit samenwerkingsakkoord reeds gestart zijn met de voorbereiding van een uitvoerend samenwerkingsakkoord m.b.t. de digitale contactopsoringsapplicatie(s), voorzien in artikel 14 §9 van het ontwerp van samenwerkingsakkoord;
>
> Dat gelet op de dringende noodzakelijkheid om de volksgezondheid te beschermen niet kan worden gewacht op de goedkeuring van bovengenoemde samenwerkingsakkoorden om met de digitale contactopsporing en eventuele test-projecten hieromtrent van start te gaan;
>
> Dat er bijgevolg nood is aan een voorlopige regelgeving in afwachting van een meer rechtszeker juridisch kader dat de goede werking, de continuïteit en het vertrouwen van de burger in het systeem van het contactonderzoek kan garanderen;
>
> Dat het bijgevolg van belang is dat dit ontwerp van koninklijk besluit zo snel mogelijk kan worden goedgekeurd en in het Belgisch Staatsblad kan worden gepubliceerd."

[1] In artikel 84, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, wordt voorgeschreven dat, wanneer met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, om spoedbehandeling van een adviesaanvraag over een ontwerp van reglementair besluit wordt verzocht, de motivering van het spoedeisend karakter, die in de aanvraag wordt opgegeven, in de aanhef van het besluit wordt overgenomen. *In casu* is dit niet gebeurd.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

2. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit beoogt, ter uitvoering van artikel 14, § 9, van het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020,[2] nadere uitwerking te geven aan het digitale contactopsporingssysteem dat bestaat uit een mobiele applicatie die is ontwikkeld volgens het DP3T-protocol[3]. In het ontwerp worden onder meer de functionaliteiten en verwerkingen van de contactopsporingsapplicatie en de technische specificaties en interoperabiliteit van de applicatie omschreven, worden de informatieverplichtingen geregeld die op de ontwikkelaars en beheerders van de applicatie rusten en wordt in een controle op de applicatie voorzien.

De ontworpen regeling is tijdelijk van opzet in afwachting van de goedkeuring van het uitvoerend samenwerkingsakkoord tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, het Waalse Gewest, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, dat inzake de digitale contactopsporingsapplicatie zal worden gesloten.

BEVOEGDHEID

4. De federale overheid is weliswaar bevoegd met betrekking tot bepaalde aspecten van de ontworpen regeling inzake digitale contactopsporing,[4] maar in zoverre erin voorschriften zijn vervat die specifiek gericht zijn op digitale contactopsporingsapplicaties om COVID-19-besmettingen op te sporen, wordt ermee de gemeenschapsbevoegdheid inzake preventieve gezondheidszorg betreden.[5] De regeling die is opgenomen in het ontworpen koninklijk besluit heeft derhalve betrekking op zowel federale als gemeenschapsbevoegdheden en kan niet in haar geheel door de federale overheid alleen worden tot stand gebracht door middel van het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit.

---

[2] Koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 'betreffende de gezamenlijke gegevensverwerking door Sciensano en de door de bevoegde regionale overheden of door de bevoegde agentschappen aangeduide contactcentra, gezondheidsinspecties en mobiele teams in het kader van een contactonderzoek bij personen die (vermoedelijk) met het coronavirus COVID-19 besmet zijn op basis van een gegevensbank bij Sciensano'.

[3] Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing (dp³t).

[4] Dit is bijvoorbeeld het geval in zoverre persoonsgegevens in de betrokken databanken worden verwerkt met het oog op wetenschappelijk, statistisch of beleidsondersteunend onderzoek door onderzoeksinstellingen, met inbegrip van Sciensano (zie ook artikel 3, § 1, 4°, van het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020), hetgeen kan worden ingepast in de federale bevoegdheden inzake wetenschappelijk onderzoek (artikel 6*bis*, §§ 2 en 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen').

[5] Zie in die zin o.m. adv.RvS nr. 67.424/3 van 26 mei 2020 over een wetsvoorstel 'betreffende het gebruik van digitale contactopsporingsapplicaties ter voorkoming van de verdere verspreiding van het coronavirus COVID-19 onder de bevolking', nrs. 6 en 7.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

In de adviezen 67.425/3, 67.426/3 en 67.427/3 van 26 mei 2020 van de Raad van State, afdeling Wetgeving, over een wetsvoorstel 'tot oprichting van een databank bij Sciensano in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19' en een aantal amendementen op dat voorstel,[6] adviseerde de Raad dat voor de beoogde regeling inzake de verwerking van persoonsgegevens met betrekking tot de manuele en de digitale contactopsporing een samenwerkingsakkoord tussen de federale overheid en de gemeenschappen zou worden gesloten.[7] In de voornoemde adviezen werd onder meer het volgende opgemerkt:

> "De conclusie is derhalve dat het wetsvoorstel betrekking heeft zowel op federale als op gemeenschapsbevoegdheden. Bovendien blijken de twee aspecten in de voorgestelde regeling nauw met elkaar verbonden te zijn.
>
> Het voor advies voorgelegde wetsvoorstel kan in zijn huidige vorm enkel doorgang vinden indien het zou worden omgevormd tot een samenwerkingsakkoord waarvoor parlementaire instemming is vereist. Het zou immers Belgen persoonlijk kunnen binden en het heeft betrekking op aangelegenheden die – gelet op het in artikel 22 van de Grondwet vervatte wettigheidsbeginsel – bij wet moeten worden geregeld.[8] Een dergelijk samenwerkingsakkoord biedt overigens de meest rechtszekere oplossing. In de gegeven omstandigheden, mede gelet op de omstandigheid dat het koninklijk besluit nr. 18 van 4 mei 2020 reeds in de praktijk wordt toegepast, kan aan het samenwerkingsakkoord terugwerkende kracht worden verleend tot 4 mei 2020, namelijk de dag waarop het betrokken besluit in werking is getreden (…)."

In navolging van de aangehaalde adviezen wordt een wetgevend samenwerkingsakkoord voorbereid zij het dat, in afwachting van de toepassing daarvan, de federale overheid omwille van de continuïteit van de contactopsporing en met het oog op het vermijden van een juridisch vacuüm, in een tijdelijke regeling heeft voorzien die is opgenomen in het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 waaraan het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit uitvoering beoogt te geven.

Aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is uiteengezet dat het de bedoeling is om het voornoemde wetgevend samenwerkingsakkoord te laten terugwerken in de tijd[9] en dat de wet tot instemming met het samenwerkingsakkoord een aantal koninklijke besluiten, waaronder

---

[6] *Parl.St.* Kamer, 2019-2020, nrs. 55-1249/001, 1249/002 en 1249/003.

[7] Zie in die zin ook, benevens het reeds vermelde adv.RvS 67.424/3 van 26 mei 2020, nr. 8, adv.RvS 67.719/VR van 15 juli 2020 over een voorontwerp van wet 'houdende instemming met het Samenwerkingsakkoord tussen de Federale staat, de Vlaamse Gemeenschap, het Waalse Gewest, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, betreffende de gezamenlijke gegevensverwerking door Sciensano en de door de bevoegde regionale overheden of door de bevoegde agentschappen aangeduide contactcentra, gezondheidsinspecties en mobiele teams in het kader van een contactonderzoek bij personen die (vermoedelijk) met het coronavirus COVlD-19 besmet zijn op basis van een gegevensbank bij Sciensano, afgesloten te Brussel op 2 juli 2020 en tot intrekking van het koninklijk besluit nr. 18 van 2 mei 2020, het koninklijk besluit nr. 25 van 28 mei 2020 en het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 inzake een databank bij Sciensano in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19', nrs. 6 en 43.

[8] *Voetnoot 11 van het aangehaalde advies:* Zie artikel 92*bis*, § 1, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

[9] In het samenwerkingsakkoord zoals dat tegelijk om advies werd voorgelegd met het daarop betrekking hebbend voorontwerp van instemmingswet en dat aanleiding gaf tot het reeds aangehaalde adv.RvS nr. 67.719/VR van 15 juli 2020, werd er in een terugwerkende kracht voorzien tot 4 mei 2020.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020, zal intrekken.[10] De inhoud van het wetgevend samenwerkingsakkoord zou in ruime mate aansluiten bij die van het in te trekken koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020. Het zou tevens de bedoeling zijn dat, met het oog op de tenuitvoerlegging van het wetgevend samenwerkingsakkoord, een uitvoerend samenwerkingsakkoord met betrekking tot de digitale contactopsporing zou worden gesloten. De federale overheid ziet zich evenwel omwille van een efficiënte bestrijding van het coronavirus COVID-19, nu al genoodzaakt om een koninklijk besluit tot uitvoering van het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 tot stand te brengen en het ontwerp ervan om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, voor te leggen. Zoals met betrekking tot het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 de bedoeling is, zal evenwel ook de om advies voorgelegde ontworpen regeling worden ingetrokken door het uitvoerend samenwerkingsakkoord waarvan, zoals aan de Raad van State is meegedeeld, de inhoud eveneens nauw zal aansluiten bij die van het heden om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit.

Gelet op de geschetste bevoegdheidsproblematiek en de wijze waarmee daar onder de dwingende omstandigheden van de Coronapandemie is omgegaan, zal de Raad van State, afdeling Wetgeving, ook nu het hem om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit inhoudelijk verder onderzoeken.

RECHTSGROND

5. Onder voorbehoud van hetgeen opgemerkt wordt *sub* 6 kan het ontworpen koninklijk besluit in beginsel worden geacht rechtsgrond te vinden in artikel 14, § 9, van het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020, waarin de Koning wordt opgedragen om, bij een besluit zoals bedoeld in artikel 1, § 4 , van dat koninklijk besluit [11], de verdere werking van de contactopsporingsapplicatie en de in dat kader nuttige gegevensverwerkingen te regelen zonder dat kan worden afbreuk gedaan aan de bepalingen van het artikel. Het aldus uit te werken besluit dient ten minste de elementen te bevatten die worden opgesomd in artikel 14, § 9, 1° tot 7°, van het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, beschikt niet over de vereiste technische expertise om met zekerheid te bevestigen dat de ontworpen regeling in haar praktische toepassing steeds effectief van aard zal zijn om tegemoet te komen aan de vereisten en de waarborgen die samenhangen met de in artikel 14, § 9, 1° tot 7°, van het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020, opgesomde elementen. Wel kan de Raad van State vaststellen dat in het om advies voorgelegde ontwerp diverse specifieke garanties zijn ingebouwd om daaraan tegemoet te komen. Zo wordt bijvoorbeeld in artikel 14, § 9, 5°, van het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020, melding gemaakt van "de specifieke garanties om het risico van her-identificatie op basis van de

[10] Ook het koninklijk besluit nr. 18 van 4 mei 2020 'tot oprichting van een databank bij Sciensano in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19' en het koninklijk besluit nr. 25 van 28 mei 2020, dat het eerstgenoemde koninklijk besluit heeft gewijzigd, zouden worden ingetrokken. Het betreft koninklijke besluiten die op het vlak van de manuele contactopsporing zijn tot stand gekomen om gelijksoortige motieven als die welke aan het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 ten grondslag liggen.

[11] In artikel 1, § 4, van het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 wordt de Koning bevoegd gemaakt om, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad en in de Interministeriële Conferentie Volksgezondheid, de nadere regels te omschrijven die zijn vereist voor het uitvoeren van het eerstgenoemde koninklijk besluit.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

authentisering van de besmette gebruiker te beperken" en bevatten de artikelen 2 tot 4 van het ontwerp wat dat betreft op het eerste gezicht alvast voldoende garanties om het risico op dergelijke her-identificatie van de besmette gebruiker op zijn minst te beperken.

6. In artikel 2, § 1, 2°, b) van het ontwerp, wordt bepaald dat "de testcode (…) op initiatief van de gebruiker samen met de datum van de staalafname en de datum waarop de gebruiker besmettelijk is geworden, opgeslagen [wordt] in Gegevensbank I". In artikel 2, § 1, 3°, a), van het ontwerp, wordt vermeld dat "als een resultaat van een test beschikbaar is in Gegevensbank I, (…) de testcode, de datum van staalafname en de datum waarop de gebruiker besmettelijk is geworden, door Gegevensbank I meegedeeld [worden] aan de Gegevensbank VI".

De aangehaalde bepalingen doen de vraag rijzen op welke wijze het gebruik van Gegevensbank I voor digitale contactopsporing zich verhoudt tot de functie van die gegevensbank zoals die wordt geregeld in het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020. De gemachtigde verstrekte in dat verband de volgende toelichting:

> "De gegevens in Gegevensbank I worden in het kader van de app enkel gebruikt om de betrokkene zelf mee te delen dat hij besmet is. Artikel 14 §2 laat uitdrukkelijk toe dat een persoon categorie II of III de coronavirus COVID-19-besmetting daarna op een vrijwillige, geanonimiseerde, minstens gepseudonimiseerde, wijze kan melden door middel van een eigen actieve handeling. Artikel 14 §3 [6°] verplicht de gebruiker om een autorisatiecode te gebruiken, teneinde te waarborgen dat enkel gevalideerde informatie inzake besmettingen kan worden meegedeeld aan de verwerkingsverantwoordelijke van Gegevensbank V. De betrokkene heeft het recht om de nodige informatie hiertoe zo snel mogelijk te ontvangen. Die beste manier om deze snelle en accurate informatie aan de betrokkene te waarborgen is een automatische melding op basis van de gegevens in Gegevensbank I."

Er lijken voor de toepassing van de ontworpen regeling aan Gegevensbank I verwerkingsdoeleinden te worden toegeschreven die niet kunnen worden teruggevonden in artikel 3, § 1, van het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020. Overeenkomstig deze laatste bepaling beoogt de verwerking van persoonsgegevens in Gegevensbank I immers enkel verwerkingsdoeleinden die betrekking hebben op het ter beschikking stellen van persoonsgegevens aan contactcentra, mobiele teams en Gegevensbank II. De in het ontwerp beoogde gegevensuitwisseling met Gegevensbank V – via de nieuw ingevoerde Gegevensbank VI – wordt evenwel niet vermeld. Dit is evenmin het geval voor de finaliteit om de betrokkene zelf mee te delen dat hij of zij besmet is. Rekening houdend hiermee behoeft het gebruik van Gegevensbank I in de uitwerking van de digitale contactopsporing een bijkomende wettelijke basis en bijgevolg een aanvulling van de regels die in het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 zijn vervat.

VORMVEREISTEN

7. Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit werd gevraagd op 21 augustus 2020 maar is nog niet uitgebracht. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst van het ontwerp ten gevolge van het inwinnen van het voornoemde advies nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, alsnog eveneens om advies aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

8. Een aantal bepalingen van het ontwerp kunnen worden beschouwd als technische voorschriften in de zin van artikel 1, lid 1, f), van richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 'betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij', meer bepaald als regels betreffende diensten van de informatiemaatschappij in de zin van artikel 1, lid 1, e), van die richtlijn.

Dergelijke technische voorschriften moeten overeenkomstig artikel 5 van richtlijn (EU) 2015/1535 worden aangemeld bij de Europese Commissie. In dat geval geldt een wachtperiode van (minstens) drie maanden vooraleer het ontwerp kan worden aangenomen, overeenkomstig artikel 6 van de richtlijn. Die wachtperiode geldt evenwel niet, overeenkomstig artikel 6, lid 7, als een lidstaat om dringende redenen wegens een ernstige en onvoorziene situatie die verband houdt met de bescherming van (onder meer) de gezondheid van mensen, op zeer korte termijn technische voorschriften moet uitwerken en deze onmiddellijk daarop moet vaststellen en invoeren, zonder dat raadpleging mogelijk is. In dat geval is de mededeling aan de Commissie nog steeds vereist; in de mededeling moet de reden voor de urgentie worden vermeld. De Commissie spreekt zich dan zo spoedig mogelijk uit over de mededeling.

Bijgevolg dient het ontwerp te worden aangemeld bij de Europese Commissie, waarbij dan de urgentie van de goedkeuring ervan wordt uiteengezet ter verantwoording van het niet in acht nemen van de voorgeschreven wachttermijn.

9. De vraag rijst of de ontworpen regeling onder het toepassingsgebied valt van de dienstenrichtlijn.[12] Het ter beschikking stellen van een digitale contactopsporingsapplicatie moet worden beschouwd als een dienst, waarvan het mogelijk is dat die tegen een vergoeding wordt aangeboden, of die vergoeding nu afkomstig is van de overheid of – eventueel via reclame-inkomsten – van de gebruiker. Het ontwerp waarborgt alleszins niet dat de applicaties worden aangeboden als een niet-economische dienst van algemeen belang.[13] De uitzondering voor de diensten van de gezondheidszorg[14] kan ook niet worden ingeroepen, omdat de applicaties geen betrekking hebben op activiteiten die in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, zijn voorbehouden aan beoefenaren van gereglementeerde beroepen in de gezondheidszorg.[15]

[12] Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 'betreffende diensten op de interne markt'.

[13] Zie artikel 2, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn.

[14] Zie artikel 2, lid 2, f), van de dienstenrichtlijn.

[15] *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Europese Commissie, 2007, p. 12. Zie ook overweging 22 bij de dienstenrichtlijn.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

Het is dan ook mogelijk dat de dienstenrichtlijn toepasselijk is,[16] zodat het ontwerp moet worden getoetst aan de artikelen 14 en 15 ervan met betrekking tot de eisen die worden gesteld aan de uitoefening van een dienstenactiviteit op het grondgebied van België.[17] Op het eerste gezicht lijkt het ontwerp geen verboden eisen als bedoeld bij artikel 14 te bevatten, evenmin als niet-discriminerende eisen als bedoeld bij artikel 15, lid 2. De Raad van State beschikt evenwel niet over het vereiste technische inzicht in de specifieke eisen ten aanzien van de digitale contactopsporingsapplicaties om daarover een sluitend oordeel te kunnen vellen. In voorkomend geval zou toch nog een aanmelding bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 15, lid 7, van de dienstenrichtlijn vereist kunnen zijn.

ALGEMENE OPMERKINGEN

Legaliteitsbeginsel bij het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 22 van de Grondwet)

10.1. 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 wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.

Daarom moeten in beginsel minstens de categorieën van te verwerken persoonsgegevens, de bewaartermijn voor deze gegevens en de finaliteit van de gegevensverwerking als essentiële elementen van de verwerking van persoonsgegevens worden beschouwd en door de wetgevende norm zelf worden bepaald.

Aangezien Gegevensbank VI in dit ontwerp wordt geïntroduceerd kunnen noch de categorieën van te verwerken persoonsgegevens, noch de bewaartermijn, noch de finaliteit van de gegevensverwerking uit het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 worden afgeleid.

De gemachtigde deelde in verband met Gegevensbank VI het volgende mee:

> "De Gegevensbank VI [is] een louter technische buffergegevensbank waarin slechts zeer tijdelijk zeer beperkte informatie wordt opgeslagen tussen het ogenblik dat een persoon besmet blijkt en het ogenblik dat hij zijn beveiligde sleutels oplaadt in Gegevensbank V. De instelling ervan is nodig om de mogelijkheid tot heridentificatie te vermijden."

[16] De uitzonderingsgronden in artikel 2, lid 2, c) en i), lijken alleszins ook niet toepasselijk in dit geval.

[17] Er wordt immers niet voorzien in een vergunningsstelsel, zodat niet moet worden getoetst aan de artikelen 9 tot 13 van de dienstenrichtlijn.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

Hoewel aanvaard kan worden dat in de gekozen invulling van digitale contactopsporing Gegevensbank VI essentieel is om heridentificatie te vermijden, doet dit geen afbreuk aan het legaliteitsbeginsel in artikel 22 van de Grondwet. De noodzaak om alle gegevensbanken met betrekking tot contactopsporing in te voeren door middel van een norm op het hiërarchische niveau van een wet vindt bevestiging in het gegeven dat andere tijdelijke en beperkte databanken, zoals Gegevensbank III met de belorders en orders voor de medewerkers van het contactcentrum, wel degelijk in het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 zijn geregeld.

10.2. Daarenboven wordt van een aantal elementen, die bij voorkeur evenzeer door een wetgevende norm zouden moeten worden geregeld, in het geheel geen melding gemaakt in het ontwerp. Zo wordt bijvoorbeeld de geldingsduur van de Gegevensbank VI niet geregeld. Het gegeven dat, zoals door de gemachtigde is meegedeeld, in het wetgevende samenwerkingsakkoord zal worden bepaald dat, met uitzondering van Gegevensbanken II en IV, alle gegevensbanken en de werking ervan door de verwerkingsverantwoordelijke gedesactiveerd en opgeheven of gewist worden ten laatste vijf dagen na de dag van publicatie van het koninklijk besluit dat het einde van de toestand van het coronavirus COVID-19-epidemie afkondigt, kan niet de vaststelling ongedaan maken dat het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020, dat de ontworpen regeling tot rechtsgrond strekt, geen bepaling in die zin bevat.

10.3. Uit wat voorafgaat volgt dat er, zowel wat de inrichting van Gegevensbank VI betreft als de essentiële elementen betreffende de werking ervan, een voldoende wettelijke basis zou moeten worden tot stand gebracht.

Verhouding met manuele contactopsporing

11. De samenhang tussen de ontwikkelde digitale contactopsporing en de bestaande manuele contactopsporing zou ter wille van de rechtszekerheid duidelijker tot uitdrukking moeten worden gebracht in het ontwerp, temeer daar verschillende stappen van de digitale contactopsporing parallel lopen met de manuele contactopsporing, zoals die inzake het afleggen van de test en de notificatie van het testresultaat.

Zo werd bijvoorbeeld de gemachtigde om bijkomende uitleg verzocht over de precieze werking van het aanmaken en overmaken van een testcode bij de aanvraag van een test en over de praktische toepassing van het bepaalde in artikel 2, § 1, 2°, a) en b), van het ontwerp. Naar aanleiding daarvan deelde de gemachtigde het volgende mee:

> "De gebruiker geeft in de app aan dat hij/zij zich wil laten testen; de app genereert dan de testcode en berekent de datum waarop de gebruiker vermoedelijk besmettelijk is geworden. (…) De testcode wordt gegenereerd en getoond in de app. Zij wordt daarna samen met het identificatienummer van de sociale zekerheid (INSZ) van de geteste patiënt elektronisch aan Sciensano doorgegeven hetzij door de arts die de test voorschrijft, via zijn softwarepakket, hetzij door de patiënt via een webtoepassing. Een doorgave van testcode en INSZ van de app naar Sciensano is niet mogelijk omdat de app volledig gedepersonaliseerd moet functioneren."

‡LW-AEJUJAJBF-GHJFDVT‡

Dat het identificatienummer van de sociale zekerheid (INSZ) aan Sciensano wordt doorgegeven door de patiënt via een webtoepassing of door de arts die de test voorschrijft via een softwarepakket, valt evenwel onvoldoende duidelijk af te leiden uit de tekst van het ontwerp.

Omvorming tot samenwerkingsakkoord

12. Uit de in dit advies *sub* 6 geformuleerde opmerking met betrekking tot de rechtsgrond volgt dat de verwerkingsdoeleinden die door Gegevensbank I worden nagestreefd een bijkomende wettelijke basis en bijgevolg een aanvulling impliceren van de regels die nu in het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 zijn vervat. *Sub* 10.1. en 10.2. werd erop gewezen dat het versterkt legaliteitsbeginsel dat voortvloeit uit artikel 22 van de Grondwet ertoe noopt dat ook voor de inrichting en de werking van Gegevensbank VI een voldoende wettelijke basis zou moeten worden tot stand gebracht en dat daartoe in het voornoemde koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 in een aantal essentiële elementen zou moeten worden voorzien.

Deze opmerkingen zullen moeten worden betrokken op het door de stellers van het ontwerp in het vooruitzicht gestelde wetgevend samenwerkingsakkoord waarvan het de bedoeling is dat het in de plaats komt van de regeling die nu is opgenomen in het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020. Zoals het zaak zal zijn om het laatstgenoemde koninklijk besluit aan te passen teneinde ermee een voldoende wettelijke basis te bieden in het licht van de *sub* 6 en *sub* 10.1. en 10.2. geschetste problematiek, zal dit ook dienen te gebeuren in het wetgevend samenwerkingsakkoord waaraan het toekomstige uitvoerende samenwerkingsakkoord nader uitwerking zal geven.

Het uitvoerende samenwerkingsakkoord dat bedoeld is om in de plaats te komen van het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit dient immers beperkt te blijven tot een loutere tenuitvoerlegging van de maatregelen waarin het wetgevend samenwerkingsakkoord voorziet. Terwijl het laatstgenoemde samenwerkingsakkoord betrekking dient te hebben op de essentiële elementen van de beoogde regeling, betreft een uitvoerend samenwerkingsakkoord slechts de minder essentiële en technische aspecten ervan.[18] Uit de bewoordingen van artikel 92*bis*, § 1, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen' vloeit voort dat dergelijke uitvoerende samenwerkingsakkoorden niet ter instemming aan de respectieve parlementen hoeven te worden voorgelegd[19] [20] en beperkt moeten

[18] Zie in de zin o.m. adv.RvS 63.373/VR van 14 juni 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 16 juni 2019'houdende instemming met het samenwerkingsakkoord van 30 januari 2019 tussen de Federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten betreffende de preventie en beheersing van de introductie en verspreiding van invasieve uitheemse soorten', nr. 3.5.

[19] Uit artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State valt *a contrario* af te leiden dat de afdeling Wetgeving niet bevoegd is om advies te verlenen over (ontwerpen van) samenwerkingsakkoorden als dusdanig, maar enkel indien deze samen met een ontwerp van instemmingstekst worden voorgelegd. Over ontwerpen van uitvoerende samenwerkingsakkoorden op zich, die in beginsel geen parlementaire instemming behoeven, zal de afdeling Wetgeving derhalve niet kunnen adviseren (zie in die zin o.m. adv.RvS 64.981/3 van 11 januari 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot de samenwerkingsovereenkomst van 31 januari 2019 'tot uitvoering tussen de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie betreffende de oprichting en de werking van de Permanente Overlegcommissie', nr. 2).

[20] Wat betreft uitvoerende samenwerkingsakkoorden bepaalt artikel 92*bis*, § 1, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 uitdrukkelijk dat ze "gelden zonder dat de instemming bij de wet of het decreet vereist is".

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

blijven tot "de uitvoering" van (wetgevende) samenwerkingsakkoorden die wel de instemming van de bevoegde wetgevers verkregen hebben. Uitvoerende samenwerkingsakkoorden dienen wel nog steeds te worden bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*.[21]

Er zal derhalve moeten worden op toegezien dat het uitvoerende samenwerkingsakkoord geen bepalingen bevat die, vanwege hun aard, de instemming van de bevoegde wetgevers vereisen in de zin van artikel 92*bis*, § 1, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. De opzet zelf van deze laatste bepaling staat er immers aan in de weg dat, via het procedé van uitvoerende samenwerkingsakkoorden, het vereiste van een instemming vanwege de bevoegde wetgever zou worden uitgehold of dat daaraan in ruime mate voorbijgegaan zou worden in de gevallen waarin dat vereiste geldt.[22]

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

13. In het eerste lid van de aanhef van het ontwerp moet de verwijzing naar artikel 6 van de wet van 27 maart 2020 'die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II)' worden geschrapt.

14. In het tweede lid van de aanhef moet uiteraard melding worden gemaakt van de datum (26 juni 2020) van het koninklijk besluit nr. 44.[23]

15. De verwijzingen naar de vormvereisten die met betrekking tot de ontworpen regeling zijn nageleefd, moeten worden vervolledigd met een verwijzing naar de regelgevingsimpactanalyse die op 20 augustus 2020 is gebeurd. Tevens zal moeten worden verwezen naar het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit dat weliswaar werd gevraagd maar nog niet werd uitgebracht.

16. Overeenkomstig artikel 84, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dient de motivering van het spoedeisend karakter, die in de adviesaanvraag wordt opgegeven, in de aanhef van het ontworpen koninklijk besluit te worden overgenomen.

[21] Zie in die zin o.m. adv.RvS 63.447/VR van 12 juni 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 15 februari 2019 'houdende instemming met het samenwerkingsakkoord van 5 oktober 2018 tussen de federale Staat, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest betreffende de financiering van de strategische spoorweginfrastructuren', nr. 5.3, en adv.RvS 63.753/VR/V van 24 juli 2018 over een voorontwerp van decreet van de Franse Gemeenschap 'portant assentiment à l'Accord de coopération du 20 novembre 2017 entre les autorités fédérales, régionales et communautaires pour la coordination du traitement de données dans les domaines de la politique de santé et de l'aide aux personnes', nr. 3.5.

[22] O.m. het reeds vermelde adv.RvS 63.447/VR van 12 juni 2018 is in dezelfde zin.

[23] Ook in het opschrift van het ontwerp dient van die datum melding te worden gemaakt.

‡LW-AEJUJAJBF-GHJFDVT‡

Artikel 1

17. Artikel 1, 1°, van het ontwerp, moet aanvangen als volgt: "koninklijk besluit nr. 44: het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 betreffende …".

18. In de omschrijving van het begrip "testnummer", in artikel 1, 11°, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van een "correcte app". Aan de gemachtigde werd gevraagd wat precies dient te worden verstaan onder een "correcte app". De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

> "De rol van het testnummer is om het testresultaat naar de juiste app te kunnen sturen zonder contactgegevens van de gebruiker (naam, telefoonnummer, email adres) te gebruiken. Met 'correcte app' wordt bedoeld een authentieke Coronalert app die geïnstalleerd is op de smartphone van de gebruiker op het moment dat hij/zij een test aanvraagt."

Ter wille van de duidelijkheid verdient het aanbeveling om in de omschrijving van het begrip "testnummer", in artikel 1, 11°, van het ontwerp, te preciseren wat dient te worden verstaan onder een "correcte app".

Artikel 2

19. Aan het einde van de inleidende zin van artikel 2, § 1, 1°, van de Nederlandse tekst van het ontwerp, komt het woord "zonder" voor. Van dat woord wordt geen melding gemaakt in de overeenstemmende Franse tekst van het ontwerp. Daarnaast is de betekenis ervan in de context van de ontworpen bepaling onduidelijk en is het gebruik van het betrokken woord bovendien redactioneel niet in overeenstemming met de wijze waarop de diverse onderdelen van artikel 2, § 1, 1°, zijn geformuleerd. De redactie van de inleidende zin van artikel 2, § 1, 1°, van het ontwerp, zal op dat punt moeten worden herzien.

20. In artikel 2, § 1, 2°, a), van het ontwerp, kan de zinsnede "laat een gebruiker van de app zich testen" de indruk wekken dat gebruikers van de app een bijkomende verplichting wordt opgelegd om zich te laten testen, in tegenstelling tot de personen die geen app gebruiken, hetgeen evenwel op gespannen voet zou komen te staan met het bepaalde in artikel 14, § 5, tweede lid, van het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020.[24] Voorts wordt, zolang de gebruiker zich nog in het stadium bevindt waarin het nog niet effectief vaststaat dat hij besmet is, in artikel 2, § 1, 2°, van het ontwerp, beter van een "vermoedelijke besmetting" melding gemaakt, naar analogie van artikel 14, § 3, 7°, van het voornoemde koninklijk besluit.

[24] Zoals door de gemachtigde werd bevestigd, wordt beter geschreven "in geval een gebruiker van de app zich laat testen …". De gemachtigde wees er ook op dat het in elk geval essentieel is dat "personen zich enkel als besmet kunnen melden indien ze dat ook zijn. Anders zouden valse hoogrisicocontacten worden gedetecteerd en deze mensen onnodig aan quarantainemaatregelen worden onderworpen".

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

21. In de inleidende zin van artikel 2, § 1, 3°, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van het "pollen naar een resultaat van test" ("récupération du résultat d'un test"). Vraag is of, zeker wat de Nederlandse tekst van het ontwerp betreft, niet het best wordt geopteerd voor een beter toegankelijke en in het algemeen spraakgebruik meer verspreide term dan de term "pollen".

22. In artikel 2, § 1, 4°, d), van het ontwerp, wordt bepaald dat Gegevensbank V "op geregelde tijdstippen [nagaat] (…) of de ontvangen testnummers overeenkomen met de testcodes en met de data waarop de gebruikers besmettelijk zijn geworden en [nagaat] of er een autorisatiecode bestaat voor elke testcode en datum".

Aan de gemachtigde werd gevraagd op welke wijze Gegevensbank V tot een onderlinge verbinding van de betrokken gegevens komt. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

> "Als de gebruiker een positief testresultaat heeft en besluit om zijn/haar beveiligde sleutels op te laden, zal de app de beveiligde sleutels, de data waarop deze sleutels gebruikt werden, de testcode en een bijkomende geheime parameter van de eenwegsfunctie opladen naar Gegevensbank V. Gegevensbank V kan dan het testnummer berekenen uit de testcode en nagaan of er een autorisatiecode is voor deze testcode. Misschien is het duidelijk om dit als volgt te herformuleren:
>
> Op geregelde tijdstippen genereert Gegevensbank V uit de gegevens vermeld onder 4° a) het testnummer en gaat ze na of er een geldige autorisatiecode bestaat voor elke testcode en datum; als aan alle voorwaarden voldaan is […]."

Er kan worden ingestemd met de door de gemachtigde gedane suggestie.

23. In artikel 2, § 1, 5°, a), van het ontwerp, wordt bepaald dat de betrokken lijst "digitaal gehandtekend" wordt ("est signée par la voie numérique"). Indien hiermee wordt gedoeld op het vereiste dat de lijst digitaal moet worden voorzien van een concrete handtekening rijst de vraag door wie de lijst op die wijze dient te worden gehandtekend; indien het daarentegen de bedoeling is om met de betrokken omschrijving tot uitdrukking te brengen dat de lijst automatisch via digitale weg van een dagtekening wordt voorzien, wordt in artikel 2, § 1, 5°, a), van het ontwerp, beter geschreven "wordt digitaal gedagtekend" in plaats van "wordt digitaal gehandtekend".

24. In tegenstelling tot wat het geval is in de Nederlandse tekst van artikel 2, § 2, tweede lid, van het ontwerp, waarin telkens melding wordt gemaakt van "beveiligde sleutels", wordt in de Franse tekst melding gemaakt van zowel "clés sécurisées" als "requêtes fictives". Ter wille van de redactionele uniformiteit en de duidelijkheid wordt ook in de Franse tekst het best voor een meer eenvormige terminologie geopteerd. In ieder geval zouden de Nederlandse en de Franse tekst van de ontworpen bepaling op dat punt beter op elkaar moeten worden afgestemd.

‡LW-AEJUJAJBF-GHJFDVT‡

Artikel 3

25. In artikel 3 van het ontwerp wordt de app beperkt tot de besturingssystemen "iOS" en "Android". Deze beperking zal moeten kunnen worden verantwoord in het licht van het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel, het beginsel inzake vrij verkeer van diensten en richtlijn (EU) 2016/2102 van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2016 'inzake de toegankelijkheid van de websites en mobiele applicaties van overheidsinstanties'.

De gemachtigde verstrekte in verband met de in artikel 3 opgenomen beperking de volgende toelichting:

> "Het is helaas technisch niet haalbaar om deze oplossing op alle smartphones aan te bieden. Zo zal de ontwikkelde app niet werken op telefoons met een Linux besturingssysteem, op telefoons die 'geroot' zijn en op Android telefoons die geen Google App store hebben. In deze laatste categorie vallen een aantal recente Huawei telefoons. Het gaat in totaal om een beperkt marktaandeel. De bijkomende inspanning, kost en tijd om de app hiervoor ook te ontwikkelen zou zeer groot zijn en niet in verhouding tot het marktaandeel. De 17 andere EU lidstaten die hetzelfde protocol gebruiken hebben dezelfde pragmatische beslissing genomen. Als de epidemie nog langer aanhoudt, kan dit opgelost worden door bijkomende software te ontwikkelen of door een klein mobiel toestel te bouwen (10-20 EUR) dat enkel contactopsporing doet met dezelfde methoden; dit gebeurt best op EU niveau om de zeer hoge vaste kosten te delen."

De aldus door de gemachtigde verduidelijkte beperking lijkt op het eerste gezicht naar redelijkheid verantwoord en proportioneel. De bevoegde overheid zal er wel blijvend moeten over waken dat, als gevolg van de uitsluiting van bepaalde besturingssystemen, het voor de meest kwetsbare groepen in de maatschappij, die mogelijk bijkomend kwetsbaar zijn voor de coronapandemie, niet onevenredig moeilijk wordt gemaakt om toegang te krijgen tot het beschermingsmechanisme van de digitale contactopsporing.

Artikel 4

26. In artikel 4, § 2, 3°, van het ontwerp, wordt bepaald dat de gegevensbank V en de gegevensbank VI, en de daarvoor gebruikte infrastructuur, valse of incorrecte rapportering van besmettingen moeten vermijden en dat de rapportering van een besmetting enkel kan na een positief resultaat van een test of "na een vaststelling door een arts van een ernstig vermoeden dat een persoon besmet is met het coronavirus COVID-19". In andere bepalingen van het ontwerp wordt geen melding gemaakt van een vaststelling door een arts van een ernstig vermoeden dat een persoon besmet is met het coronavirus COVID-19.[25]

[25] In artikel 2, § 1, 3° en 4°, van het ontwerp, wordt integendeel uitsluitend melding gemaakt van respectievelijk "het pollen naar een resultaat van test' en "het doorsturen van de beveiligde sleutels naar Gegevensbank V in geval van een positief resultaat van een test'.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

De gemachtigde ziet een parallellisme met een positieve besmetting en deelt mee dat "het ernstig vermoeden van een besmetting (…) door de huisarts [wordt] gemeld aan Gegevensbank I" en dat "[v]oor het overige (…) dezelfde werkwijze [geldt] als bij een patiënt die positief getest is". Deze zienswijze kan op zich verdedigd worden in het licht van de nauwe samenhang in het koninklijk besluit nr. 44 van 26 juni 2020 tussen categorieën personen waarvan de besmetting ernstig vermoed wordt ("Personen Categorie III"), en categorieën personen waarvan de besmetting bevestigd is ("Personen Categorie II").

Met het oog op de rechtszekerheid zou er in het ontwerp een analoge werkwijze voor de ernstige vermoedens van een besmetting moeten worden uitgewerkt.

27. De draagwijdte van artikel 4, § 4, van het ontwerp, is niet duidelijk, temeer daar de Nederlandse en de Franse tekst van elkaar verschillen. Hierover om nadere toelichting verzocht, deelde de gemachtigde het volgende mee:

> "De Franse vertaling is niet juist en zal verbeterd worden. Het gaat niet over financiële lasten, maar over administratieve lasten. Het is de bedoeling dat de testcode kan [worden] ingegeven op een eenvoudige manier bij het aanvragen van een test."

De door de gemachtigde gesuggereerde correctie van de Franse tekst van artikel 4, § 4, van het ontwerp, kan in voorkomend tevens te baat worden genomen om de beoogde draagwijdte van de betrokken paragraaf in zowel de Nederlandse als de Franse tekst duidelijker te verwoorden.

*

‡LW-AEJUJAJBF-GHJFDVT‡

1. Conformément à l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 3°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée dans la demande d'avis [1] comme suit :

« Het verzoek om spoedbehandeling is gemotiveerd door de omstandigheid dat dit ontwerp betrekking heeft op een buitengewone crisissituatie, namelijk de gevolgen van de COVID-19-pandemie die momenteel in België heerst, wat bijzondere en ernstige problemen oplevert in termen van de volksgezondheid;

Dat het van vitaal belang is voor de volksgezondheid en voor het vermijden van een heropflakkering van de COVID-19 pandemie, dat de nodige maatregelen inzake contactonderzoek kunnen worden genomen;

Dat momenteel het bijzondere volmachtenbesluit nr. 44 van 26 juni 2020 omwille van de dringende noodzakelijkheid nog tot ten laatste 15 oktober 2020 voorziet in een voorlopige regelgeving m.b.t. deze materie, in afwachting van een meer duurzame en rechtszekere oplossing onder de vorm van een samenwerkingsakkoord;

Dat de goedkeuring van het ontwerp van samenwerkingsakkoord tussen de Federale staat, de Vlaamse Gemeenschap, het Waalse Gewest, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, betreffende de gezamenlijke gegevensverwerking door Sciensano en de door de bevoegde gefedereerde entiteiten of door de bevoegde agentschappen aangeduide contactcentra, gezondheidsinspecties en mobiele teams in het kader van een contactonderzoek bij personen die (vermoedelijk) met het coronavirus COVID-19 besmet zijn op basis van een gegevensbank bij Sciensano, dat eerder voor advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State werd voorgelegd, nog enige tijd in beslag zal nemen gelet op de te vervullen procedurele stappen;

Dat de bevoegde regeringen in afwachting van de goedkeuring van dit samenwerkingsakkoord reeds gestart zijn met de voorbereiding van een uitvoerend samenwerkingsakkoord m.b.t. de digitale contactopsoringsapplicatie(s), voorzien in artikel 14 §9 van het ontwerp van samenwerkingsakkoord;

Dat gelet op de dringende noodzakelijkheid om de volksgezondheid te beschermen niet kan worden gewacht op de goedkeuring van bovengenoemde samenwerkingsakkoorden om met de digitale contactopsporing en eventuele test-projecten hieromtrent van start te gaan;

Dat er bijgevolg nood is aan een voorlopige regelgeving in afwachting van een meer rechtszeker juridisch kader dat de goede werking, de continuïteit en het vertrouwen van de burger in het systeem van het contactonderzoek kan garanderen;

Dat het bijgevolg van belang is dat dit ontwerp van koninklijk besluit zo snel mogelijk kan worden goedgekeurd en in het Belgisch Staatsblad kan worden gepubliceerd ».

[1] L'article 84, § 1er, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État prescrit que, lorsque, par application de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 3°, l'urgence est invoquée pour une demande d'avis sur un projet d'arrêté réglementaire, la motivation de l'urgence figurant dans la demande est reproduite dans le préambule de l'arrêté. Tel n'est pas le cas en l'occurrence.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

2. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend, en exécution de l'article 14, § 9, de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020 [2], développer le système numérique de traçage des contacts comportant une application mobile basée sur le protocole DP3T [3]. Le projet définit notamment les fonctionnalités et les opérations ainsi que les spécifications techniques et l'interopérabilité de l'application de traçage des contacts, règle les obligations d'information qui incombent aux développeurs et aux gestionnaires de l'application et prévoit un contrôle de l'application.

Le dispositif en projet a un caractère temporaire, dans l'attente de l'approbation de l'accord de coopération d'exécution entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune qui sera conclu en ce qui concerne l'application numérique de traçage des contacts.

COMPÉTENCE

4. L'autorité fédérale est certes compétente quant à certains aspects du dispositif en projet concernant le traçage numérique des contacts [4], mais dans la mesure où ce dernier contient des prescriptions axées spécifiquement sur les applications numériques de traçage des contacts visant à dépister des contaminations par le COVID-19, il empiète sur la compétence communautaire en matière de médecine préventive [5]. La réglementation inscrite dans l'arrêté royal en projet concerne dès lors des compétences tant fédérales que communautaires et ne peut être mise en place dans son ensemble par l'autorité fédérale uniquement, par la voie du projet d'arrêté royal soumis pour avis.

---

[2] Arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020 'concernant le traitement conjoint de données par Sciensano et les centres de contact désignés par les autorités régionales compétentes ou par les agences compétentes, par les inspections sanitaires et par les équipes mobiles dans le cadre d'un suivi des contacts auprès des personnes (présumées) infectées par le coronavirus COVID-19 sur la base d'une base de données auprès de Sciensano'.

[3] Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing (dp³t).

[4] Tel est par exemple le cas dans la mesure où des données à caractère personnel sont traitées dans les bases de données concernées en vue d'études scientifiques, statistiques ou d'appui à la politique par des institutions de recherche, dont Sciensano (voir également l'article 3, § 1er, 4°, de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020), ce qui peut s'inscrire dans les compétences fédérales en matière de recherche scientifique (article 6*bis*, §§ 2 et 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles').

[5] Voir en ce sens notamment l'avis C.E. n° 67.424/3 du 26 mai 2020 sur une proposition de loi 'relative à l'utilisation d'applications numériques de traçage de contacts par mesure de prévention contre la propagation du coronavirus COVID-19 parmi la population', nos 6 et 7.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

Dans les avis 67.425/3, 67.426/3 et 67.427/3 du 26 mai 2020 du Conseil d'État, section de législation, sur une proposition de loi 'portant création d'une banque de données auprès de Sciensano dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19' et sur un certain nombre d'amendements à cette proposition [6], le Conseil avait recommandé la conclusion d'un accord de coopération entre l'autorité fédérale et les communautés pour le règlement visé en matière de traitement des données à caractère personnel et de traçage numérique des contacts [7]. Dans les avis précités, il a notamment été observé ce qui suit :

> « En conclusion, la proposition de loi concerne à la fois des compétences fédérales et des compétences communautaires. En outre, les deux aspects de la réglementation proposée s'avèrent être étroitement liés.
>
> Dans sa forme actuelle, la proposition de loi soumise pour avis ne peut se concrétiser que si elle est transformée en un accord de coopération, pour lequel l'assentiment parlementaire est requis. Cet accord pourrait en effet lier les Belges individuellement et il concerne des matières qui - eu égard au principe de légalité inscrit à l'article 22 de la Constitution - doivent être réglées par la loi [8]. Pareil accord de coopération offre au demeurant la meilleure sécurité juridique. Dans les circonstances données, et compte tenu du fait que l'arrêté royal n° 18 du 4 mai 2020 est déjà d'application dans la pratique, l'accord de coopération peut se voir attribuer un effet rétroactif au 4 mai 2020, à savoir au jour où l'arrêté concerné est entré en vigueur (...) ».

Dans le prolongement des avis cités, un accord de coopération législatif est en cours de préparation, étant entendu qu'en attendant son application, l'autorité fédérale, eu égard à la continuité du traçage des contacts et en vue d'éviter un vide juridique, a prévu un dispositif temporaire intégré dans l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020 auquel le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend donner exécution.

Il a été exposé au Conseil d'État, section de législation, que l'intention est de faire rétroagir [9] l'accord de coopération législatif précité et que la loi portant assentiment à l'accord de coopération rapportera [10] un certain nombre d'arrêtés royaux, dont l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020. Le contenu de l'accord de coopération législatif correspondrait dans une large mesure à celui de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020 dont le retrait est envisagé. L'intention

---

[6] *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n[os] 55-1249/001, 1249/002 et 1249/003.

[7] Voir en ce sens également, outre l'avis C.E. 67.424/3 du 26 mai 2020, n° 8, précité, l'avis C.E. 67.719/VR du 15 juillet 2020 sur un avant-projet de loi 'portant assentiment à l'Accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, concernant le traitement conjoint de données par Sciensano et les centres de contact désignés par les autorités régionales compétentes ou par les agences compétentes, par les inspections sanitaires et par les équipes mobiles dans le cadre d'un suivi des contacts des personnes (présumées) infectées par le coronavirus COVID-19 sur la base d'une base de données auprès de Sciensano, conclu à Bruxelles le 2 juillet 2020 et retirant l'arrêté royal n° 18 du 4 mai 2020, l'arrêté royal n° 25 du 28 mai 2020 et l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020 concernant une banque de données auprès de Sciensano dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19', n[os] 6 et 43.

[8] *Note 11 de l'avis cité* : Voir l'article 92*bis*, § 1[er], alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980.

[9] Dans l'accord de coopération tel qu'il a été soumis simultanément pour avis avec l'avant-projet de loi d'assentiment y afférent et qui a donné lieu à l'avis C.E. 67.719/VR du 15 juillet 2020 précité, un effet rétroactif au 4 mai 2020 était prévu.

[10] L'arrêté royal n° 18 du 4 mai 2020 'portant création d'une banque de données auprès de Sciensano dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19' et l'arrêté royal n° 25 du 28 mai 2020, qui a modifié l'arrêté royal cité en premier, seraient également rapportés. Il s'agit d'arrêtés royaux qui ont été élaborés sur le plan du traçage manuel des contacts pour des motifs analogues à ceux qui fondent l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

serait également de conclure un accord de coopération d'exécution concernant le traçage numérique des contacts en vue de la mise en œuvre de l'accord de coopération législatif. Toutefois, afin de lutter efficacement contre le coronavirus COVID-19, l'autorité fédérale se voit d'ores et déjà contrainte d'élaborer un arrêté royal portant exécution de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020 et de soumettre son projet pour avis au Conseil d'État, section de législation. Tout comme l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020, le régime en projet soumis pour avis devra toutefois également être rapporté par l'accord de coopération d'exécution dont le contenu, ainsi qu'il a été communiqué au Conseil d'État, s'inspirera également étroitement de celui du projet d'arrêté royal soumis actuellement pour avis.

Eu égard au problème de compétence évoqué et à la manière dont il en a été tenu compte dans les circonstances contraignantes de la pandémie du coronavirus, le Conseil d'État, section de législation, poursuivra maintenant aussi l'examen sur le fond du projet d'arrêté royal qui lui a été soumis pour avis.

FONDEMENT JURIDIQUE

5. Sous réserve des observations formulées au point 6, l'arrêté royal en projet peut en principe être réputé trouver un fondement juridique dans l'article 14, § 9, de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020, qui charge le Roi de régler, par un arrêté visé à l'article 1er, § 4, de cet arrêté royal [11], plus avant le fonctionnement de l'application de traçage des contacts et les traitements de données utiles dans ce cadre sans préjudice des dispositions de l'article. L'arrêté dont l'élaboration est ainsi envisagée doit contenir à tout le moins les éléments énumérés à l'article 14, § 9, 1° à 7°, de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020.

Le Conseil d'État, section de législation, ne dispose pas de l'expertise technique requise pour confirmer avec certitude que le règlement en projet, dans son application pratique, sera toujours effectivement de nature à rencontrer les exigences et les garanties liées aux éléments énumérés à l'article 14, § 9, 1° à 7°, de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020. Néanmoins, le Conseil d'État peut constater que le projet soumis pour avis comporte différentes garanties spécifique pour y répondre. Ainsi, par exemple, l'article 14, § 9, 5°, de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020 mentionne « les garanties spécifiques pour limiter le risque de ré-identification sur la base de l'authentification de l'utilisateur infecté » et, sur ce point, les articles 2 à 4 du projet contiennent à première vue d'ores et déjà des garanties suffisantes pour au moins limiter le risque de pareille ré-identification de l'utilisateur infecté.

6. L'article 2, § 1er, 2°, b), du projet dispose que « le code du test est enregistré à l'initiative de l'utilisateur dans la Base de données I en même temps que la date du prélèvement et la date à laquelle l'utilisateur est devenu contagieux ». L'article 2, § 1er, 3°, a), du projet porte que « si un résultat d'un test est disponible dans la Base de données I, le code du test, la date du prélèvement et la date à laquelle l'utilisateur est devenu contagieux, sont communiqués par la Base de données I à la Base de données IV (lire : VI) ».

[11] L'article 1er, § 4, de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020 habilite le Roi à définir, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres et en Conférence Interministérielle Santé publique, les modalités requises pour la mise en œuvre de l'arrêté royal cité en premier.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

Les dispositions citées soulèvent la question de savoir de quelle manière l'utilisation de la base de données I pour le traçage numérique des contacts s'articule avec la fonction de cette base de données, telle qu'elle est réglée dans l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020. À cet égard, le délégué a fourni l'explication suivante :

> « De gegevens in Gegevensbank I worden in het kader van de app enkel gebruikt om de betrokkene zelf mee te delen dat hij besmet is. Artikel 14 §2 laat uitdrukkelijk toe dat een persoon categorie II of III de coronavirus COVID-19-besmetting daarna op een vrijwillige, geanonimiseerde, minstens gepseudonimiseerde, wijze kan melden door middel van een eigen actieve handeling. Artikel 14 §3 [6°] verplicht de gebruiker om een autorisatiecode te gebruiken, teneinde te waarborgen dat enkel gevalideerde informatie inzake besmettingen kan worden meegedeeld aan de verwerkingsverantwoordelijke van Gegevensbank V. De betrokkene heeft het recht om de nodige informatie hiertoe zo snel mogelijk te ontvangen. Die beste manier om deze snelle en accurate informatie aan de betrokkene te waarborgen is een automatische melding op basis van de gegevens in Gegevensbank I ».

Pour l'application du dispositif en projet, des finalités de traitement semblent être attribuées à la Base de données I, lesquelles finalités ne peuvent pas être retrouvées à l'article 3, § 1er, de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020. En effet, conformément à cette dernière disposition, le traitement des données à caractère personnel dans la Base de données I ne vise que des finalités de traitement concernant la mise à disposition de données à caractère personnel à des centres de contact, à des équipes mobiles et à la Base de données II. L'échange de données avec la Base de données V, visé dans le projet – via la Base de données VI nouvellement instaurée –, n'est toutefois pas mentionné. Cela n'est pas non plus le cas pour la finalité visant à communiquer à l'intéressé(e) lui/elle-même si il/elle est infect(é). Compte tenu de ce qui précède, l'utilisation de la Base de données I dans la mise en œuvre du traçage numérique des contacts requiert une base légale supplémentaire et, par conséquent, un ajout aux règles contenues dans l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020.

FORMALITÉS

7. L'avis de l'Autorité de protection des données a été demandé le 21 août 2020 mais il n'a pas encore été rendu. Si, consécutivement à cet avis à recueillir, le texte du projet soumis au Conseil d'État devait encore subir des modifications, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient elles aussi encore être soumises à l'avis de la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1er, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

8. Un certain nombre de dispositions du projet peuvent être considérées comme des règles techniques au sens de l'article premier, paragraphe 1, f), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 'prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information', plus particulièrement comme des règles relatives aux services de la société de l'information au sens de l'article premier, paragraphe 1, e), de cette directive.

‡LW-AEJUJAJBF-GHJFDVT‡

Conformément à l'article 5 de la directive (UE) 2015/1535, de telles règles techniques doivent être notifiées à la Commission européenne. Dans ce cas, un délai d'attente de trois mois (au moins) s'applique avant que la proposition de loi puisse être adoptée, conformément à l'article 6 de la directive. Toutefois, conformément à l'article 6, paragraphe 7, ce délai d'attente ne s'applique pas lorsqu'un État membre, pour des raisons urgentes tenant à une situation grave et imprévisible qui a trait à la protection (notamment) de la santé des personnes, doit élaborer à très bref délai des règles techniques pour les arrêter et les mettre en vigueur aussitôt, sans qu'une consultation soit possible. Dans ce cas, la communication à la Commission est toujours requise; la communication doit mentionner le motif qui justifie l'urgence. La Commission se prononce ensuite sur la communication dans les plus brefs délais.

Par conséquent, le projet doit être notifié à la Commission européenne, l'urgence de son adoption étant alors exposée pour justifier le non-respect du délai d'attente prescrit.

9. La question se pose de savoir si la réglementation en projet relève du champ d'application de la directive « services » [12]. La mise à disposition d'une application numérique de traçage de contacts doit être considérée comme un service, qui peut éventuellement être fourni contre rémunération, que cette rémunération émane de l'autorité ou – éventuellement par voie de recettes publicitaires – de l'utilisateur. Le projet ne garantit nullement que les applications sont proposées en tant que service non économique d'intérêt général [13]. L'exception pour les services de soins de santé [14] ne peut pas non plus être invoquée, dès lors que les applications ne concernent pas des activités réservées à une profession de santé réglementée dans l'État membre où le service est fourni [15].

Il est dès lors possible que la directive « services » s'applique [16], de sorte que le projet doit être examiné au regard des articles 14 et 15 de cette directive en ce qui concerne les exigences prévues pour l'exercice d'une activité de service sur le territoire de la Belgique [17]. À première vue, le projet ne semble pas contenir d'exigences interdites au sens de l'article 14, ni d'exigences non discriminatoires au sens de l'article 15, paragraphe 2. Le Conseil d'État ne dispose toutefois pas des connaissances techniques requises concernant les exigences spécifiques relatives aux applications numériques de traçage de contacts pour pouvoir apprécier ce point de manière concluante. Le cas échéant, une notification à la Commission européenne, conformément à l'article 15, paragraphe 7, de la directive « services » pourrait néanmoins encore être requise.

[12] Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur'.

[13] Voir l'article 2, paragraphe 2, a), de la directive « services ».

[14] Voir l'article 2, paragraphe 2, f), de la directive « services ».

[15] *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, Commission européenne, 2007, p. 12. Voir également le considérant 22 de la directive « services ».

[16] Les motifs d'exception prévus à l'article 2, paragraphe 2, c) et i), ne semblent en tout cas pas non plus s'appliquer en l'espèce.

[17] Puisqu'un régime d'autorisation n'est en effet pas prévu, il n'y a pas lieu d'effectuer un contrôle au regard des articles 9 à 13 de la directive « services ».

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Principe de légalité quant au droit à la protection de la vie privée (article 22 de la Constitution)

10.1. 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.

C'est la raison pour laquelle les catégories de données à caractère personnel à traiter, leur délai de conservation et la finalité du traitement desdites données, au moins, doivent en principe être considérés comme des éléments essentiels du traitement des données à caractère personnel et qu'ils doivent être fixés par la norme législative elle-même.

Dès lors que ce projet instaure la Base de données VI, ni les catégories de données à caractère personnel, ni le délai de conservation, ni la finalité du traitement des données ne peuvent se déduire de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020.

Au sujet de cette Base de données, le délégué a communiqué ce qui suit :

> « De Gegevensbank VI [is] een louter technische buffergegevensbank waarin slechts zeer tijdelijk zeer beperkte informatie wordt opgeslagen tussen het ogenblik dat een persoon besmet blijkt en het ogenblik dat hij zijn beveiligde sleutels oplaadt in Gegevensbank V. De instelling ervan is nodig om de mogelijkheid tot heridentificatie te vermijden ».

Bien que l'on puisse admettre que compte tenu du contenu choisi pour le traçage numérique des contacts la Base de données VI est essentiel pour éviter la réidentification, il ne peut pas être porté atteinte au principe de légalité inscrit à l'article 22 de la Constitution. La nécessité d'instaurer toutes les bases de données relatives au traçage des contacts par une norme au niveau hiérarchique d'une loi est confirmée par le fait que d'autres bases de données temporaires et limitées, comme la Base de données III des demandes d'appel et des demandes pour le personnel du centre de contact, ont bel et bien été réglées dans l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020.

10.2. En plus, un certain nombre d'éléments qui devraient eux aussi être de préférence réglés par une norme législative, ne sont pas du tout mentionnés dans le projet. Ainsi, par exemple, la durée de validité de la Base de données VI n'est pas précisée. Le fait que, comme l'a indiqué le délégué, l'accord de coopération législatif prévoira que, hormis les Bases de données II et IV, toutes les bases de données et leur fonctionnement seront désactivés et supprimés ou effacés par le responsable du traitement au plus tard cinq jours suivant la date de publication de l'arrêté royal proclamant la fin de la situation liée à l'épidémie du coronavirus COVID-19, n'enlève rien à la constatation que l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020, qui procure le fondement juridique à la réglementation en projet, ne comporte pas de disposition en ce sens.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

10.3. Il résulte de ce qui précède que, tant en ce qui concerne l'organisation de la Base de données VI que les éléments essentiels relatifs à son fonctionnement, un fondement légal suffisant devrait être créé.

Articulation avec le traçage manuel des contacts

11. La sécurité juridique commande que le projet établisse plus clairement le lien entre le traçage numérique des contacts développé et le traçage manuel des contacts existant, et ce d'autant plus que plusieurs étapes du traçage numérique des contacts sont parallèles au traçage manuel des contacts, comme celle relative au test et à la notification du résultat du test.

Ainsi, le délégué a par exemple été invité à fournir des explications supplémentaires au sujet du fonctionnement précis de la création et de la transmission d'un code de test au moment de la demande d'un test ainsi qu'au sujet de l'application pratique de l'article 2, § 1er, 2°, a) et b), du projet. À cette occasion, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « De gebruiker geeft in de app aan dat hij/zij zich wil laten testen; de app genereert dan de testcode en berekent de datum waarop de gebruiker vermoedelijk besmettelijk is geworden. (…) De testcode wordt gegenereerd en getoond in de app. Zij wordt daarna samen met het identificatienummer van de sociale zekerheid (INSZ) van de geteste patiënt elektronisch aan Sciensano doorgegeven hetzij door de arts die de test voorschrijft, via zijn softwarepakket, hetzij door de patiënt via een webtoepassing. Een doorgave van testcode en INSZ van de app naar Sciensano is niet mogelijk omdat de app volledig gedepersonaliseerd moet functioneren ».

Or il ne se déduit pas suffisamment clairement du texte du projet que le numéro d'identification de la sécurité sociale (NISS) est transmis à Sciensano par le patient par une application internet ou par le médecin qui prescrit le test par un logiciel.

Transformation en accord de coopération

12. Il résulte de l'observation formulée relativement au fondement juridique au point 6 du présent avis que les finalités du traitement que poursuit la Base de données I, impliquent un fondement légal supplémentaire et, partant, qu'il y a lieu de compléter les règles actuellement inscrites dans l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020. Aux points 10.1. et 10.2., l'attention a été attirée sur le fait que le principe de légalité renforcé qui découle de l'article 22 de la Constitution impose qu'un fondement légal suffisant soit également créé pour l'organisation et le fonctionnement de la Base de données VI et qu'à cette fin, un certain nombre d'éléments essentiels soient définis dans l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020.

Ces observations devront s'appliquer à l'accord de coopération législatif envisagé par les auteurs du projet dont l'objectif est qu'il se substitue à la réglementation figurant actuellement dans l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020. Comme il s'agira d'adapter l'arrêté royal précité afin qu'il procure un fondement légal suffisant au regard de la problématique évoquée aux points 6, 10.1. et 10.2., il faudra aussi procéder en ce sens dans l'accord de coopération législatif dont l'accord de coopération d'exécution à venir définira les modalités.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

L'accord de coopération d'exécution destiné à se substituer au projet d'arrêté royal soumis pour avis doit en effet se limiter à une simple mise en œuvre des mesures que prévoit l'accord de coopération législatif. Alors que ce dernier lieu doit concerner les éléments essentiels de la réglementation envisagée, l'accord de coopération d'exécution portera quant à lui uniquement sur les aspects moins essentiels et techniques de celle-ci [18]. Il découle des termes de l'article 92*bis*, § 1er, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' que de tels accords de coopération d'exécution ne doivent pas être soumis à l'assentiment des parlements respectifs [19-20] et qu'ils doivent se limiter à la « mise en œuvre » des accords de coopération (législatifs) qui doivent quant à eux bien avoir reçu l'assentiment des législateurs compétents. Les accords de coopération d'exécution doivent toutefois encore et toujours être publiés au *Moniteur belge* [21].

On veillera donc à ce que l'accord de coopération d'exécution ne comporte pas de dispositions qui requerraient par leur nature l'assentiment des législateurs compétents au sens de l'article 92*bis*, § 1er, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980. En effet, l'économie même de l'article 92*bis*, § 1er, alinéa 2, ne permet pas que, par le biais du procédé des accords de coopération d'exécution, l'exigence d'un assentiment du législateur compétent soit vidée de sa substance dans les cas où elle est requise, ou puisse être méconnue dans une large mesure [22].

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

13. Au premier alinéa du préambule du projet, il y a lieu d'omettre la référence à l'article 6 de la loi du 27 mars 2020 'habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II)'.

---

[18] Voir en ce sens notamment l'avis C.E. 63.373/VR du 14 juin 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 16 juin 2019 'portant assentiment à l'Accord de coopération du 30 janvier 2019 entre l'Etat fédéral, les Communautés et les Régions relatif à la prévention et à la gestion de l'introduction et de la propagation des espèces exotiques envahissantes', nos. 3.5.

[19] Il se déduit *a contrario* de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État que la section de législation n'est pas compétente pour donner un avis sur des accords (projets d'accords) de coopération en tant que tels mais uniquement lorsque ceux-ci sont soumis conjointement avec un projet de texte portant assentiment. Aussi, la section de législation ne pourra-t-elle pas donner un avis sur des projets d'accords de coopération d'exécution en soi, lesquels accords ne requièrent en principe pas l'assentiment parlementaire (voir en ce sens notamment l'avis C.E. 64.981/3 du 11 janvier 2019 sur un projet devenu l'accord de coopération du 31 janvier 2019 'd'exécution entre la Commission communautaire commune et la Commission communautaire française relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission permanente de concertation', n° 2).

[20] En ce qui concerne les accords de coopération d'exécution, l'article 92*bis*, § 1er, troisième alinéa, de la loi spéciale du 8 août 1980 énonce expressément qu'ils « [ont] effet sans que l'assentiment par la loi ou le décret ne soit requis ».

[21] Voir notamment en ce sens l'avis C.E. 63.447/VR du 12 juin 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 15 février 2019 'portant assentiment à l'accord de coopération du 5 octobre 2018 entre l'Etat fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif au financement des infrastructures ferroviaires stratégiques', n° 5.3., et l'avis C.E. 63.753/VR/V du 24 juillet 2018 sur un avant-projet de décret de la Communauté française 'portant assentiment à l'Accord de coopération du 20 novembre 2017 entre les autorités fédérales, régionales et communautaires pour la coordination du traitement de données dans les domaines de la politique de santé et de l'aide aux personnes', n° 3.5.

[22] L'avis C.E. 63.447/VR du 12 juin 2018 précité, notamment, va dans le même sens.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

14. Le deuxième alinéa du préambule doit assurément mentionner la date (26 juin 2020) de l'arrêté royal n° 44 [23].

15. Les références aux formalités qui ont été accomplies en ce qui concerne les dispositions en projet doivent être complétées par une référence à l'analyse d'impact de la réglementation qui a été effectuée le 20 août 2020. On renverra également à l'avis de l'Autorité de protection des données, qui a bien été demandé mais qui n'a pas encore été rendu.

16. Conformément à l'article 84, § 1er, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la motivation de l'urgence figurant dans la demande d'avis doit être reproduite dans le préambule de l'arrêté royal en projet.

Article 1er

17. On rédigera le début de l'article 1er, 1°, du projet comme suit : « arrêté royal n° 44 : l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020 concernant… ».

18. La définition de la notion de « numéro de test », à l'article 1er, 11°, du projet, fait mention d'une « appli correcte ». Il a été demandé au délégué ce qu'il y a lieu d'entendre précisément par une « appli correcte ». À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « De rol van het testnummer is om het testresultaat naar de juiste app te kunnen sturen zonder contactgegevens van de gebruiker (naam, telefoonnummer, email adres) te gebruiken. Met 'correcte app' wordt bedoeld een authentieke Coronalert app die geïnstalleerd is op de smartphone van de gebruiker op het moment dat hij/zij een test aanvraagt ».

Par souci de clarté, il est recommandé de préciser dans la définition de la notion de « numéro de test », à l'article 1er, 11°, du projet, ce qu'il faut entendre par une « appli correcte ».

Article 2

19. À la fin de la phrase introductive de l'article 2, § 1er, 1°, du texte néerlandais du projet, figure le mot « zonder ». Ce mot est sans équivalent dans le texte français correspondant du projet. Par ailleurs, sa signification dans le contexte de la disposition en projet n'est pas claire et, en outre, son utilisation ne correspond pas, sur le plan rédactionnel, à la manière dont les différents éléments de l'article 2, § 1er, 1°, sont formulés. On remaniera la rédaction de la phrase introductive de l'article 2, § 1er, 1°, du projet sur ce point.

20. À l'article 2, § 1er, 2°, a), du projet, le segment de phrase « un utilisateur de l'appli se fait tester » peut donner l'impression que les utilisateurs de l'appli se voient imposer une obligation supplémentaire de se faire tester, contrairement aux personnes qui n'utilisent pas l'appli, ce qui pourrait toutefois se heurter aux dispositions énoncées à l'article 14, § 5, alinéa 2,

[23] Cette date doit également être mentionnée dans l'intitulé du projet.

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

de l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020 [24]. Par ailleurs, tant que l'utilisateur se trouve encore au stade où il n'est pas encore établi avec certitude qu'il est infecté, mieux vaut mentionner, à l'article 2, § 1er, 2°, du projet, une « contamination présumée », par analogie à l'article 14, § 3, 7°, de l'arrêté royal précité.

21. La phrase introductive de l'article 2, § 1er, 3°, du projet fait état de la « récupération du résultat d'un test » (« pollen naar een resultaat van test »). La question se pose de savoir, certainement en ce qui concerne le texte néerlandais du projet, s'il n'est pas préférable de choisir un terme plus accessible et plus répandu dans le langage courant que le terme « pollen ».

22. L'article 2, § 1er, 4°, d), du projet prévoit que la Base de données V « vérifie [à des intervalles réguliers] si les numéros de test reçus correspondent aux codes de test et aux dates auxquelles les utilisateurs sont devenus contagieux et elle vérifie s'il existe un code d'autorisation pour chaque code de test et chaque date ».

Il a été demandé au délégué comment la Base de données V parvient à interconnecter les données concernées. Le délégué a répondu à cette question en ces termes :

> « Als de gebruiker een positief testresultaat heeft en besluit om zijn/haar beveiligde sleutels op te laden, zal de app de beveiligde sleutels, de data waarop deze sleutels gebruikt werden, de testcode en een bijkomende geheime parameter van de eenwegsfunctie opladen naar Gegevensbank V. Gegevensbank V kan dan het testnummer berekenen uit de testcode en nagaan of er een autorisatiecode is voor deze testcode. Misschien is het duidelijk om dit als volgt te herformuleren:
>
> Op geregelde tijdstippen genereert Gegevensbank V uit de gegevens vermeld onder 4° a) het testnummer en gaat ze na of er een geldige autorisatiecode bestaat voor elke testcode en datum; als aan alle voorwaarden voldaan is […] ».

La suggestion formulée par le délégué peut être accueillie.

23. L'article 2, § 1er, 5°, a), du projet dispose que la liste concernée « est signée par la voie numérique » (« wordt digitaal gehandtekend »). Si le texte vise ainsi l'exigence que la liste soit numériquement dotée d'une signature concrète, la question se pose de savoir qui doit signer ainsi la liste; si, au contraire, l'intention est d'exprimer, par la définition concernée, que la liste est automatiquement datée par la voie numérique, mieux vaudrait écrire, dans l'article 2, § 1er, 5°, a), du projet, « est datée par la voie numérique » plutôt que « est signée par la voie numérique ».

[24] Comme l'a confirmé le délégué, mieux vaut écrire « si un utilisateur de l'appli se fait tester… ». Le délégué a aussi souligné que, dans tous les cas, il est essentiel que « personen zich enkel als besmet kunnen melden indien ze dat ook zijn. Anders zouden valse hoogrisicocontacten worden gedetecteerd en deze mensen onnodig aan quarantainemaatregelen worden onderworpen ».

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡

24. Contrairement au texte néerlandais de l'article 2, § 2, alinéa 2, du projet, qui vise chaque fois des « beveiligde sleutels », le texte français fait à la fois état de « clés sécurisées » et de « requêtes fictives ». Dans un souci d'uniformité rédactionnelle et de clarté, mieux vaudrait adopter une terminologie plus uniforme dans le texte français également. En tout état de cause, il faudrait mieux harmoniser les textes français et néerlandais de la disposition en projet sur ce point.

Article 3

25. L'article 3 du projet limite l'appli aux systèmes d'exploitation « iOS » et « Android ». Cette limitation devra pouvoir être justifiée au regard du principe d'égalité garanti par la Constitution, du principe de libre circulation des services et de la directive (UE) 2016/2102 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 'relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public'.

En ce qui concerne la limitation inscrite à l'article 3, le délégué a apporté les précisions suivantes :

> « Het is helaas technisch niet haalbaar om deze oplossing op alle smartphones aan te bieden. Zo zal de ontwikkelde app niet werken op telefoons met een Linux besturingssysteem, op telefoons die 'geroot' zijn en op Android telefoons die geen Google App store hebben. In deze laatste categorie vallen een aantal recente Huawei telefoons. Het gaat in totaal om een beperkt marktaandeel. De bijkomende inspanning, kost en tijd om de app hiervoor ook te ontwikkelen zou zeer groot zijn en niet in verhouding tot het marktaandeel. De 17 andere EU lidstaten die hetzelfde protocol gebruiken hebben dezelfde pragmatische beslissing genomen. Als de epidemie nog langer aanhoudt, kan dit opgelost worden door bijkomende software te ontwikkelen of door een klein mobiel toestel te bouwen (10-20 EUR) dat enkel contactopsporing doet met dezelfde methoden; dit gebeurt best op EU niveau om de zeer hoge vaste kosten te delen ».

La limitation ainsi précisée par le délégué paraît à première vue raisonnablement justifiée et proportionnée. Toutefois, l'autorité compétente devra en permanence veiller à ce que, consécutivement à l'exclusion de certains systèmes d'exploitation, l'obtention de l'accès au mécanisme de protection du traçage numérique des contacts ne soit pas entravée de manière disproportionnée pour les groupes les plus fragilisés, qui risquent de l'être encore plus face à la pandémie de coronavirus.

‡LW-AEJUJAJBF-GHJFDVT‡

Article 4

26. L'article 4, § 2, 3°, du projet dispose que la Base de données V et la Base de données VI, ainsi que l'infrastructure utilisée à cet effet doivent éviter un faux rapportage ou un rapportage incorrect d'infections et que le rapportage d'une infection n'est possible qu'après un résultat de test positif ou « après une constatation par un médecin d'une présomption sérieuse d'infection par le coronavirus COVID-19 ». D'autres dispositions du projet ne font aucune mention d'une constatation, par un médecin, d'une présomption sérieuse d'infection par le coronavirus COVID-19 [25].

Le délégué voit un parallélisme avec une infection positive et déclare que « het ernstig vermoeden van een besmetting (…) door de huisarts [wordt] gemeld aan Gegevensbank I » et que « [v]oor het overige (…) dezelfde werkwijze [geldt] als bij een patiënt die positief getest is ». Ce point de vue peut en soi être défendu au regard du lien étroit de connexité, dans l'arrêté royal n° 44 du 26 juin 2020, entre des catégories de personnes dont l'infection est sérieusement présumée (« Personnes de catégorie III ») et des catégories de personnes dont l'infection a été confirmée (« Personnes de catégorie II »).

Afin de garantir la sécurité juridique, il conviendrait de développer dans le projet une méthode analogue pour les présomptions sérieuses d'infection.

27. La portée de l'article 4, § 4, du projet n'est pas claire, d'autant plus que les textes français et néerlandais sont discordants. Invité à fournir des précisions à ce sujet, le délégué a communiqué ce qui suit :

> « De Franse vertaling is niet juist en zal verbeterd worden. Het gaat niet over financiële lasten, maar over administratieve lasten. Het is de bedoeling dat de testcode kan [worden] ingegeven op een eenvoudige manier bij het aanvragen van een test ».

La correction du texte français de l'article 4, § 4, du projet suggérée par le délégué peut, le cas échéant, être également mise à profit pour formuler plus clairement la portée visée du paragraphe concerné tant dans le texte français que dans le texte néerlandais.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS Marnix VAN DAMME

[25] Au contraire, l'article 2, § 1er, 3° et 4°, du projet font exclusivement mention, respectivement, de « la récupération du résultat d'un test » et de « la transmission des clés sécurisées à la Base de données V en cas de résultat de test positif ».

‡LW-AEJUJABF-GHJFDVT‡