



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 70.956/2
du 7 mars 2022

advies 70.956/2
van 7 maart 2022

sur

over

un avant-projet de loi
'modifiant la loi du
3 décembre 2017 portant
création de l'Autorité de
protection des données'

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van de wet van
3 december 2017 tot oprichting
van de
Gegevensbeschermingsautoriteit'

Le 3 février 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État à la Digitalisation, chargé de la Simplification administrative, de la Protection de la vie privée et de la Régie des bâtiments, adjoint au Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 7 mars 2022. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

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

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 7 mars 2022.

*

Op 3 februari 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Digitalisering, belast met Administratieve Vereenvoudiging, Privacy en de Regie der gebouwen, toegevoegd aan de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 3 december 2017 tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 7 maart 2022. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Marianne DONY, assessoren, en Béatrice DRAPIER, griffier.

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

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 maart 2022.

*

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

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

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. Perte de la qualité de membre de l'Autorité de protection des données pour certaines personnes

1. Il résulte de l'article 52 du règlement européen 2016/679/UE 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 ») que ce dernier distingue « les membres » de l'Autorité de contrôle indépendante des « agents » de celle-ci, les premiers exerçant une autorité hiérarchique sur les seconds. Les agents sont en effet placés « sous les ordres exclusifs du ou des membres de l'Autorité de contrôle concernée ». Seuls les membres se voient imposer des exigences d'indépendance (article 52, paragraphes 2 et 3, du RGPD).

En vue d'accroître l'autonomie de l'Autorité de protection des données, la réforme envisagée par l'avant-projet limite l'existence de « membres » au comité de direction. Le centre de connaissances est remplacé par « le service d'autorisation et d'avis » (article 7, alinéa 1^{er}, 4^o, en projet de la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données' [article 5 de l'avant-projet], ainsi que les articles 18 et 19, 1^o, de l'avant-projet, qui modifient respectivement l'intitulé¹ de la section 4 du chapitre 2 et l'article 23, § 1^{er}, de la loi). À cette occasion, les articles 24 et 25 de la loi du 3 décembre 2017, qui consacraient l'existence de membres au sein du centre de connaissance et en déterminaient le mode de fonctionnement, sont « supprimés » (lire : « abrogés »²) sans que leur contenu ne figure dans une autre partie de l'avant-projet³. Il en est de même pour l'article 33, § 1^{er}, de la loi, remplacé par l'article 26 de l'avant-projet pour prévoir que « [l]a chambre contentieuse relève de la compétence du directeur de la chambre contentieuse », sa composition n'étant désormais plus régie par la loi elle-même.

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

¹ Et non, comme il l'est écrit à l'article 18 de l'avant-projet, « le titre ».

² Cette remarque vaut pour l'ensemble de l'avant-projet lorsque des articles, des paragraphes, des alinéas ou des phrases sont abrogés.

³ L'article 12 de la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données' est également abrogé mais la composition du comité de direction est désormais fixée au sein de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (article 7 de l'avant-projet), qui prévoit que « [l]'Autorité de protection des données est dirigée par un comité de direction composé de cinq membres, dont l'un fait office de président ».

Les références, au sein des chapitres 3⁴ et 4⁵ de la loi, au centre de connaissances et à la chambre contentieuse sont par voie de conséquence supprimées par l'avant-projet.

Comme le confirme le délégué du Secrétaire d'État, le service d'autorisation et d'avis, d'une part, et la chambre contentieuse, d'autre part, seront à l'avenir composés exclusivement d'« agents » placés sous la direction d'un membre du comité de direction. Leur organisation interne sera réglée par le biais du règlement d'ordre intérieur de l'Autorité de protection des données. Le service d'autorisation et d'avis et la chambre contentieuse ne seront dès lors plus organisés comme des structures collégiales mais bien comme des structures hiérarchiques relevant de l'autorité du directeur désigné, lequel assumera seul la responsabilité de l'entièreté des autorisations, avis ou décisions adoptés.

L'article 99 en projet de la loi du 3 décembre 2017 (article 66 de l'avant-projet) prévoit que les actuels membres du centre de connaissances et de la chambre contentieuse remplissant les conditions de l'article 14 en projet de la loi du 3 décembre 2017 au moment de l'entrée en vigueur de la loi feront partie de la réserve d'experts constitués conformément à cette disposition.

Il ne ressort ni de l'exposé des motifs de l'avant-projet ni de l'analyse qu'en a fait la section de législation que les modifications ainsi décrites sont opérées aux fins de mettre un terme à une situation avérée de non-conformité des dispositifs modifiés avec une norme de niveau hiérarchique supérieur, issue par exemple du droit de l'Union européenne.

2. En droit belge, le principe que l'on désigne par la loi du changement implique classiquement que l'autorité doit toujours pouvoir adapter, pour l'avenir, sa politique et l'exécution de celle-ci aux exigences fluctuantes de l'intérêt général. Elle implique donc la possibilité pour les pouvoirs publics de modifier à tout moment, en prévoyant au besoin des mesures transitoires, les règles d'organisation et de fonctionnement du service public en modifiant le statut, les attributions des agents, l'organisation d'un service public, voire de supprimer celui-ci⁶.

3. Cependant, il convient en l'espèce de tenir compte de l'exigence d'indépendance imposée en l'espèce par le droit européen et de l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice de l'Union européenne.

Bien que son arrêt C-288/12 du 8 avril 2014 soit intervenu à propos de la directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 'relative à la protection

⁴ Le chapitre 3 de la loi du 3 décembre 2017 règle, à l'heure actuelle, la « nomination des membres du comité de direction, des membres du centre de connaissances et des membres de la chambre contentieuse ». Dans ce cadre, la loi fixe des exigences de connaissance et de diplôme (article 36), la durée des mandats (article 37), les conditions de nominations englobant des exigences d'indépendance (article 38).

⁵ Le chapitre 4 de la loi du 3 décembre 2017 règle, à l'heure actuelle, quant à lui, les exigences d'indépendance et de fonctionnement de l'Autorité de protection des données. Concrètement, cela se traduit par des exigences d'indépendance, d'absence de conflits d'intérêts et des incompatibilités (articles 43 et 44 de la loi du 3 décembre 2017) imposées aux membres du comité de direction, du centre de connaissances et de la chambre contentieuse. L'article 45 de la loi du 3 décembre 2017 encadre par ailleurs les possibilités de récusation par la Chambre des représentants d'un membre de l'un de ces organes.

⁶ Voir par exemple C.C., 19 décembre 2018, n° 183/2018, B.11.1.

des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données', ses enseignements sont transposables au RGPD, qui lui a succédé.

Pour rappel, dans cette affaire, la Hongrie avait mis fin au mandat en cours du commissaire chargé de la protection des données à caractère personnel par le biais d'une réforme institutionnelle amenant le législateur à confier la protection des données à caractère personnel non plus à un commissaire mais à une instance collégiale présidée par un tiers. La Cour a considéré qu'une telle réforme portait atteinte à l'indépendance de l'Autorité chargée de la protection des données à caractère personnel sur la base du raisonnement suivant :

« 51. La Cour a déjà jugé que l'article 28, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens que les autorités de contrôle compétentes pour la surveillance du traitement des données à caractère personnel doivent jouir d'une indépendance qui leur permette d'exercer leurs missions sans être soumises à une influence extérieure. Cette indépendance exclut notamment toute injonction et toute autre influence extérieure sous quelque forme que ce soit, qu'elle soit directe ou indirecte, qui seraient susceptibles d'orienter leurs décisions et qui pourraient ainsi remettre en cause l'accomplissement, par lesdites autorités, de leur tâche consistant à établir un juste équilibre entre la protection du droit à la vie privée et la libre circulation des données à caractère personnel (voir, en ce sens, arrêts *Commission/Allemagne*, EU:C:2010:125, point 30, ainsi que *Commission/Autriche*, EU:C:2012:631, points 41 et 43).

[...]

54. Or, s'il était loisible à chaque État membre de mettre fin au mandat d'une autorité de contrôle avant le terme initialement prévu de celui-ci sans respecter les règles et les garanties préétablies à cette fin par la législation applicable, la menace d'une telle cessation anticipée qui planerait alors sur cette autorité tout au long de l'exercice de son mandat pourrait conduire à une forme d'obéissance de celle-ci au pouvoir politique, incompatible avec ladite exigence d'indépendance (voir, en ce sens, arrêt *Commission/Autriche*, EU:C:2012:631, point 51). Cela est vrai même lorsque la fin anticipée du mandat résulte d'une restructuration ou d'un changement de modèle, lesquels doivent être organisés de façon à respecter les exigences d'indépendance posées par la législation applicable.

55. De plus, dans une telle situation, l'autorité de contrôle ne pourrait être considérée comme pouvant opérer, en toute circonstance, au-dessus de tout soupçon de partialité. L'exigence d'indépendance figurant à l'article 28, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 95/46 doit, dès lors, nécessairement être interprétée comme incluant l'obligation de respecter la durée du mandat des autorités de contrôle jusqu'à son échéance et de n'y mettre fin de manière anticipée que dans le respect des règles et des garanties de la législation applicable ».

4. Au vu des enseignements de cet arrêt, l'avant-projet compromet l'indépendance de l'Autorité de protection des données en ce qu'il aboutit, sans que pareille modification ne réponde à la nécessité de corriger une situation de violation avérée d'une norme supérieure, à mettre fin aux mandats de plusieurs « membres » de cette Autorité en dehors des limites posées par l'article 45, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 décembre 2017, qui énumère les hypothèses dans lesquelles un membre peut être démis de ses fonctions en cours de mandat (faute grave ou ne plus remplir les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions).

La transformation des « membres » ainsi visés en « experts externes » n'est pas de nature à pallier l'atteinte à leur indépendance dès lors qu'il s'agit de deux statuts fort différents, n'entraînant ni les mêmes responsabilités ni les mêmes compétences, ni les mêmes rémunérations.

5. L'article 30, 4°, de l'avant-projet (article 29, § 4, en projet de la loi du 3 décembre 2017) modifie également les conditions d'éligibilité du directeur de la chambre contentieuse (également membre du comité de direction) en prévoyant que celui-ci doit être « magistrat ». C'est une condition que ne remplit actuellement pas le membre du comité de direction chargé de la direction de la chambre contentieuse.

L'article 66 de l'avant-projet organise un régime transitoire en prévoyant que

« [l]es personnes qui, au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, sont membres du comité de direction continuent à exercer leur mandat pour le reste de sa durée. En ce qui concerne le président de la chambre contentieuse, il s'agit d'une dérogation de l'article 29, § 4, de la présente loi ».

Cela étant, le régime transitoire concerne uniquement le mandat en cours. Or, conformément à l'article 37 de la loi du 3 décembre 2017 (dans sa version actuelle et en projet), les mandats des membres du comité de direction sont d'une durée de six ans, renouvelable une fois.

Au regard de la jurisprudence précitée et de l'interprétation très stricte que fait la Cour de justice de l'Union de la notion d'indépendance de l'Autorité de contrôle, il ne peut être exclu que l'on considère que l'avant-projet, en ce qu'il limite le droit à la possibilité de renouvellement du mandat du membre du comité de direction telle qu'elle existe actuellement dans la loi du 3 décembre 2017 – et ce, sans que pareille modification ne réponde à la nécessité de corriger une situation de violation avérée d'une norme supérieure –, porte également atteinte à l'indépendance de ce membre.

À supposer que les modifications apportées à l'article 36, § 3, de la loi du 3 décembre 2017 (article 29, § 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017) aient pour conséquence que les membres actuels du comité de direction ne répondraient plus aux exigences de nomination posées par cette disposition, un raisonnement identique doit être tenu.

De même, l'insertion d'une évaluation formelle à l'issue d'un premier mandat qui aurait pour effet, en cas de résultat négatif, de bloquer toute possibilité de nouveau mandat, aboutit à en durcir les conditions de renouvellement. Il ne peut être exclu que l'avant-projet, en ce qu'il limite le droit à la possibilité de renouvellement du mandat du membre du comité de direction telle qu'elle existe actuellement dans la loi du 3 décembre 2017 – et ce, sans que pareille modification ne réponde à la nécessité de corriger une situation de violation avérée d'une norme supérieure –, soit considéré comme portant atteinte à l'indépendance des membres du comité de direction.

6. Par conséquent, l'avant-projet doit, sous cet angle, être fondamentalement revu afin de respecter l'article 52 du RGPD.

Le reste de l'avant-projet n'est examiné que sous cette importante réserve.

II. La renumérotation des dispositions de la loi du 3 décembre 2017

Du point de vue de la légistique, il est indiqué de ne jamais renuméroter des articles d'un dispositif, même en cas d'abrogation d'une partie du dispositif initial.

La renumérotation présente en effet de sérieux inconvénients : (a) elle oblige le lecteur à assimiler la nouvelle numérotation alors qu'il était habitué à l'ancienne ; (b) si les références existantes aux articles originels renumérotés n'ont pas été adaptées, elles deviennent incompréhensibles et nécessitent un effort supplémentaire du lecteur ; (c) la doctrine et la jurisprudence qui se réfèrent à la numérotation existante à un moment donné deviennent elles-mêmes moins compréhensibles ; (d) si la renumérotation affecte les articles d'un texte législatif sur la base desquels des arrêtés d'exécution ont été pris, l'information des banques de données qui ont créé des hyperliens électroniques entre ceux-ci devient obsolète. Par ailleurs, ne pas renuméroter renseigne utilement le lecteur sur l'évolution de l'acte : (a) si un numéro d'article manque entre deux articles, il sait immédiatement qu'un article a été abrogé ; (b) si un article se présente sous la forme d'un article « ...bis » ou « .../1 », il sait immédiatement que cet article a été inséré et qu'il ne figurait donc pas dans l'acte originel ⁷.

Par conséquent, le dispositif sera revu afin de supprimer toute renumérotation ⁸.

Dans le présent avis, c'est la nouvelle numérotation qui, dans un souci de lisibilité, est utilisée, compte tenu également de ce que le commentaire des articles de l'avant-projet est actuellement structuré en identifiant ceux-ci par la seule mention de la numérotation des dispositions en projet de la loi du 3 décembre 2017. Les observations particulières, dans le présent avis, sont toutefois structurées par la mention des articles de l'avant-projet avec la mention associée de l'article en projet de la loi modifiée selon la numérotation proposée par l'avant-projet.

Il n'en demeure pas moins que :

– comme il est exposé ci-dessus, la renumérotation des articles de la loi du 3 décembre 2017 doit être évitée dans le dispositif du projet de loi qui sera déposé sur le bureau de la Chambre des représentants ;

– dans le même projet de loi, le commentaire des articles sera structuré en identifiant ceux-ci non par la numérotation des dispositions en projet de la loi du 3 décembre 2017 mais par la numérotation des articles du projet lui-même ; il conviendra d'éviter à cette occasion que le commentaire se réfère uniquement aux subdivisions du projet ou de la loi du 3 décembre 2017, par exemple telle ou telle section, sans même identifier l'article commenté.

⁷ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 125.

⁸ La manière dont cette renumérotation est rédigée est en outre malheureuse et incorrecte sur le plan linguistique dans les deux versions du texte. Ainsi, dans la phrase introductive de l'article 48 de la version française de l'avant-projet et de plusieurs articles qui suivent, il est écrit « des articles ... au ... » au lieu de « des articles ... à ... ». L'avant-projet doit être rédigé dans un français correct.

III. Le règlement d'ordre intérieur

1. L'un des grands axes de la réforme envisagée par l'avant-projet consiste à accorder une marge d'appréciation et d'autonomie à l'Autorité de protection des données pour déterminer son fonctionnement et son organisation interne. Le comité de direction est désormais chargé de « décider de l'organisation interne et de la composition de l'Autorité de protection des données, y compris la mobilité interne du personnel entre les organes internes. [...] » (article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, en projet, article 8 de l'avant-projet) par la voie d'un règlement d'ordre intérieur portant notamment sur cette question (article 11, § 1^{er}, 1^o, en projet, article 10 de l'avant-projet) et devant *in fine* être « adopt[é] » par la Chambre des représentants (article 11, § 3, deuxième phrase, en projet, article 10 de l'avant-projet).

L'article 54, paragraphe 1, du RGPD dispose que

« [c]haque État membre prévoit, par la loi, tous les éléments suivants :

- a) la création de chaque autorité de contrôle ;
- b) les qualifications et les conditions d'éligibilité requises pour être nommé membre de chaque autorité de contrôle ;
- c) les règles et les procédures pour la nomination du ou des membres de chaque autorité de contrôle ;
- d) la durée du mandat du ou des membres de chaque autorité de contrôle, qui ne peut être inférieure à quatre ans, sauf pour le premier mandat après le 24 mai 2016, dont une partie peut être d'une durée plus courte lorsque cela est nécessaire pour protéger l'indépendance de l'autorité de contrôle au moyen d'une procédure de nominations échelonnées ;
- e) le caractère renouvelable ou non du mandat du ou des membres de chaque autorité de contrôle et, si c'est le cas, le nombre de mandats ;
- f) les conditions régissant les obligations du ou des membres et des agents de chaque autorité de contrôle, les interdictions d'activités, d'emplois et d'avantages incompatibles avec celles-ci, y compris après la fin de leur mandat, et les règles régissant la cessation de l'emploi ».

Le considérant 129 du RGPD précise ce qui suit :

« Afin de veiller à faire appliquer le présent règlement et à contrôler son application de manière cohérente dans l'ensemble de l'Union, les autorités de contrôle devraient avoir, dans chaque État membre, les mêmes missions et les mêmes pouvoirs effectifs, y compris les pouvoirs d'enquête, le pouvoir d'adopter des mesures correctrices et d'infliger des sanctions, ainsi que le pouvoir d'autoriser et d'émettre des avis consultatifs, notamment en cas de réclamation introduite par des personnes physiques, et, sans préjudice des pouvoirs des autorités chargées des poursuites en vertu du droit d'un État membre, le pouvoir de porter les violations du présent règlement à l'attention des autorités judiciaires et d'ester en justice. Ces pouvoirs devraient également inclure celui d'imposer une limitation temporaire ou définitive au traitement, y compris une interdiction. Les États membres peuvent préciser d'autres missions liées à la protection des données à caractère personnel en application du présent règlement. Les pouvoirs des autorités de contrôle devraient être exercés conformément aux garanties procédurales appropriées prévues par le droit de l'Union et le droit des États membres, d'une manière impartiale et équitable et dans un délai raisonnable. Toute mesure devrait notamment être appropriée, nécessaire et proportionnée en vue de

garantir le respect du présent règlement, compte tenu des circonstances de l'espèce, respecter le droit de chacun à être entendu avant que soit prise toute mesure individuelle susceptible de lui porter atteinte et éviter les coûts superflus ainsi que les désagréments excessifs pour les personnes concernées. Les pouvoirs d'enquête en ce qui concerne l'accès aux installations devraient être exercés conformément aux exigences spécifiques du droit procédural des États membres, telle que l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire préalable. Toute mesure juridiquement contraignante prise par l'autorité de contrôle devrait être présentée par écrit, être claire et dénuée d'ambiguïté, indiquer quelle autorité de contrôle a pris la mesure et à quelle date, porter la signature du chef ou d'un membre de l'autorité de contrôle qu'il a autorisé, exposer les motifs qui sous-tendent la mesure et mentionner le droit à un recours effectif. Cela ne devrait pas exclure des exigences supplémentaires prévues par le droit procédural des États membres. Si une décision juridiquement contraignante est adoptée, elle peut donner lieu à un contrôle juridictionnel dans l'État membre dont relève l'autorité de contrôle qui l'a adoptée ».

Les articles 9, alinéa 1^{er}, 13°, 11 et 13 en projet de la loi du 3 décembre 2017 (articles 8, 10 et 13 de l'avant-projet) énumèrent les domaines devant à tout le moins être couverts par le règlement d'ordre intérieur de l'Autorité de protection des données. Y figurent notamment les règles de procédure telles celles qui s'appliquent à la procédure de médiation, la procédure de classement sans suite, la position du plaignant dans la procédure, les moyens de défense, l'audition, la représentation des parties, les délais et le respect des mesures imposées par l'Autorité de protection des données (article 11, § 1^{er}, 3°, en projet, article 10 de l'avant-projet). Le règlement d'ordre intérieur doit également régler le statut des experts (article 11, § 1^{er}, 4°, en projet), ainsi que les canaux et procédure pour le signalement interne par les lanceurs d'alertes (article 11, § 1^{er}, 6°, en projet). Par ailleurs, l'article 54 de l'avant-projet abroge l'article 97 de la loi du 3 décembre 2017, qui prévoit la transmission d'un constat d'infraction au procureur du Roi, de telle sorte que la question semble devoir être désormais réglée par le règlement d'ordre intérieur.

2. Dans son avis 69.166/4 donné le 10 juin 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 21 décembre 2021 'portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques', la section de législation du Conseil d'État a rappelé en ces termes les principes applicables à l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité administrative indépendante :

« 2.1. Concernant l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité qui n'est pas responsable politiquement devant les assemblées législatives concernées – c'est-à-dire, à une autorité autre que le Roi agissant sous le contreseing d'un Ministre, ou qu'un Ministre – la section de législation a déjà observé à de nombreuses reprises que l'attribution d'une compétence réglementaire à des organismes publics ou à leurs organes est difficilement compatible avec les principes généraux du droit public belge (article 33 et 108 de la Constitution), en ce qu'elle porte atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et échappe à tout contrôle parlementaire direct. Les actes réglementaires de ce type sont en outre dépourvus des garanties dont est assortie la réglementation classique, telles celles en matière de publication et de contrôle préventif exercé par la section de législation.

Si dans le passé, la section de législation a déjà estimé admissibles certaines exceptions à l'interdiction de déléguer une compétence réglementaire à des organismes publics, il s'agissait généralement de délégations de portée limitée et d'une technicité telle

qu'il pouvait être considéré que les organismes qui devaient appliquer la réglementation concernée, étaient également les mieux placés pour l'élaborer⁹.

Même dans ces hypothèses, la section de législation a déjà observé qu'il importe cependant que ces règlements fassent l'objet d'une décision prise par le Roi sur proposition de l'organisme, ou à tout le moins d'une approbation par le Roi et, ce faisant, d'une publication au *Moniteur belge*¹⁰. De tels mécanismes permettent que la responsabilité du règlement concerné soit endossée par une autorité qui est responsable politiquement devant les chambres législatives.

Au regard des principes ainsi rappelés, aucun pouvoir réglementaire ne peut en principe être conféré à l'IBPT, autorité administrative indépendante, si ce n'est sur des aspects limités et techniques, tels qu'il est permis de considérer que l'IBPT – qui doit appliquer la réglementation concernée – est également le mieux placé pour l'élaborer. Encore faut-il qu'une autorité politiquement responsable puisse endosser la responsabilité des règlements concernés, soit parce que cette autorité – en l'occurrence, le Roi – interviendra sur proposition de l'IBPT, soit parce que cette même autorité devra approuver les mesures réglementaires. Cette dernière condition pourrait, le cas échéant, ne pas devoir être remplie pour l'adoption de mesures éminemment techniques et n'intervenant que dans des cas où le pouvoir réglementaire ne suppose pas l'exercice d'un véritable pouvoir d'appréciation impliquant des choix en opportunité, parce que, par exemple, le droit européen détermine déjà l'intégralité, ou presque, de la réglementation concernée »¹¹.

Elle a également rappelé, en se fondant sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 71/2016 du 25 mai 2016, que le législateur « peut et même doit conférer » à une autorité indépendante « un pouvoir de nature réglementaire dans les hypothèses où le droit européen attribue un tel pouvoir, et ce, à titre exclusif, aux 'autorités de régulation nationales' »¹². Toutefois, la section de législation a précisé

« [p]ar contre [qu']il ne peut être déduit de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que de tels pouvoirs pourraient être concédés à [pareille autorité indépendante] dans les hypothèses où le droit européen prévoit l'intervention des 'États membres' ou des 'autorités compétentes de celui-ci' puisqu'ainsi, aucune compétence exclusive n'est attribuée aux 'autorités de régulation'. *A priori*, il en va aussi de même lorsque le droit européen laisse le choix aux États membres d'attribuer une mission déterminée à l'autorité de régulation ou aux autorités compétentes »¹³.

⁹ Note de bas de page n° 7 de l'avis cité : Voir, par exemple, l'avis n° 42.387/VR donné le 27 mars 2007 sur un avant-projet devenu la loi du 15 mai 2007 'portant assentiment à l'accord de coopération entre l'Autorité fédérale, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à la mise en œuvre de certaines dispositions du Protocole de Kyoto', conclu à Bruxelles, le 19 février 2007, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/42387.pdf> et l'avis n° 63.288/4 donné le 30 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 19 juillet 2018 'relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63288.pdf>.

¹⁰ Note de bas de page n° 8 de l'avis cité : Voir l'avis n° 63.288/4.

¹¹ Avis 69.166/4 donné le 10 juin 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 21 décembre 2021 'portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques' (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-2256, pp. 317 et 318, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/69166.pdf>).

¹² *Ibidem*, observation n° 2.2.4 (*loc. cit.*, p. 329).

¹³ *Ibidem*.

En l'espèce, le RGPD ne confère aucun pouvoir réglementaire directement aux autorités de contrôle en ce qui concerne les éléments visés par l'article 11, § 1^{er}, 3^o, 4^o et 6^o, en projet de la loi du 3 décembre 2017 ou par l'actuel article 97 de la loi du 3 décembre 2017, le considérant 129 du même RGPD précisant au contraire qu'il appartient aux États membres de définir les missions de ces autorités et la procédure qu'elles appliqueront dans le respect du droit de ces États membres.

C'est compte tenu des éléments qui précèdent, auxquels s'ajoute le fait qu'institutionnellement l'Autorité de protection des données est une autorité indépendante rattachée à la Chambre des représentants et non au pouvoir exécutif, qu'il y a lieu d'apprécier, d'une part, si le règlement d'ordre intérieur de l'Autorité de protection des données peut se saisir des « domaines » que l'article 11, § 1^{er}, en projet de la loi du 3 décembre 2017 place dans son ressort et si, d'autre part, les conditions dans lesquelles intervient la Chambre des représentants lorsque le comité de direction lui soumet ce règlement d'ordre intérieur sont bien admissibles ou cohérentes au regard de l'avant-projet considéré dans son ensemble.

3. Quant à la première question, il y a lieu de constater que les « domaines » que l'avant-projet de loi examiné confie au règlement d'ordre intérieur de l'Autorité de protection des données ne relèvent pas toujours de la stricte organisation interne de cette dernière ou ne sont ni d'ordre technique ni portant sur des questions de détail.

Ainsi, aucune règle restreignant des droits du citoyen ou lui imposant des obligations ne peut faire l'objet d'un tel règlement. Or, par essence, les règles de procédure (notamment celles imposant la transmission de la constatation d'une infraction au procureur du Roi), les règles encadrant les lanceurs d'alerte¹⁴ ou celles fixant le statut des experts ont un tel objet. Elles doivent donc être adoptées en leurs éléments essentiels par le législateur, ce qui signifie que les 3^o, 4^o et 6^o de l'article 11, § 1^{er}, en projet de la loi du 3 décembre 2017 (article 10 de l'avant-projet) doivent être omis ou fondamentalement revus et que l'abrogation prévue à l'article 54 de l'avant-projet doit être reconsidérée.

Quant à la seconde question, il faut relever que l'article 11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 3, deuxième phrase, en projet de la loi du 3 décembre 2017 (article 10 de l'avant-projet) prévoit à la fois que « [l']Autorité de protection des données adopte un règlement d'ordre intérieur [...] » et que « la Chambre des représentants adopte le règlement d'ordre intérieur [...] ». L'article 11, alinéa 3, de la loi, dans sa version actuelle, prévoit, quant à lui, une « approbation » du règlement d'ordre intérieur de l'Autorité de protection des données par la Chambre des représentants.

D'autres dispositions législatives prévoient également l'approbation de règlements d'ordre intérieur par la Chambre des représentants. Il en est ainsi par exemple de l'article 60, alinéa 2, de la loi du 18 juillet 1991 'organique du contrôle des services de police et de renseignement et de l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace', qui concerne les règlements d'ordre intérieur des Comités permanents P et R et celui pour les réunions communes

¹⁴ Cette observation est formulée sans préjudice de l'observation fondamentale formulée sous l'article 40 de l'avant-projet.

à ces deux comités, ou encore de l'article 17 de la loi du 22 mars 1995 'instaurant des médiateurs fédéraux'.

Si telle est bien l'intention du législateur et pour éviter toute confusion quant à la portée de l'acte accompli par la Chambre, il y a lieu, à l'article 11, § 3, deuxième phrase, en projet de la loi du 3 décembre 2017, de remplacer le mot « adopte » par « approuve », ce qui correspondra ainsi mieux à la philosophie d'ensemble de l'avant-projet, lequel prévoit d'ailleurs dans l'article 11, § 3, première phrase, en projet que le comité de direction « soumet le règlement d'ordre intérieur ainsi que toute modification ultérieure à la Chambre des représentants » : cette dernière formulation, qui évoque le règlement d'ordre intérieur et non le projet de celui-ci, appelle en effet naturellement une intervention de la Chambre à l'égard de ce règlement sous la forme d'une approbation, caractéristique de la figure juridique de la haute tutelle, plutôt qu'une intervention de la Chambre consistant à adopter elle-même le règlement concerné en le faisant sien.

IV. Les directeurs des organes « internes »

1. L'ensemble des dispositions réglant la direction des différents organes « internes » de l'Autorité de la protection des données ont été modifiées afin de prévoir que l'organe visé n'est plus « sous la direction de » mais « relève de la compétence de » la personne désignée (articles 7, alinéa 2, 17, 18, § 2, 23 et 27, § 1^{er}, en projet ; articles 5, 3°, 16, 17, 3°, 24 et 26, 1°, de l'avant-projet).

La portée de cette modification n'apparaît pas clairement.

Interrogé à ce sujet, le délégué du Secrétaire d'État a répondu qu'

« [i]l a donc été jugé opportun de modifier aussi la terminologie quant au rôle des directeurs vis-à-vis de leurs organes respectifs afin d'accentuer le changement de paradigme que le directeur est attribué la gestion journalière de son organe sans exclure une collaboration ou intervention potentielle avec d'autres directeurs ou le comité de direction ».

Cette explication ne clarifie guère la différence qu'il y a entre, d'une part, le fait pour une autorité de diriger un service ou un organe et, d'autre part, celui pour cette autorité de disposer d'une compétence sur celui-ci. Dès lors que, sous réserve de la nécessité de redresser une erreur ou une imprécision rédactionnelle, la modification d'un texte ne doit en principe intervenir que si elle implique une modification du contenu matériel de la règle qu'il exprime, les modifications à l'examen doivent être abandonnées.

2. Plusieurs dispositions de l'avant-projet complètent la notion d'« organe » par l'adjectif « interne », alors que l'organe d'une personne morale ¹⁵ est nécessairement « interne » à celle-ci.

¹⁵ Aux termes de l'article 3, alinéa 3, première phrase, de la loi du 3 décembre 2017, « [l'Autorité de protection des données] a la personnalité juridique ».

Sous réserve d'une explication complémentaire, qui devrait alors figurer dans l'exposé des motifs, cet adjectif « interne » devrait être omis.

DISPOSITIF

Article 2

Article 4 en projet de la loi du 3 décembre 2017

1. Le fait que le droit au respect de la vie privée n'est pas un droit absolu et que celui-ci doit être mis en balance avec les autres droits et libertés fondamentaux est un principe constant de la jurisprudence en la matière¹⁶. En outre, le RGPD est directement applicable et doit être interprété au regard de ses considérants, notamment son considérant 4, qui énonce le principe directeur auquel il est fait référence à l'alinéa 2 de l'article 4, § 1^{er}, en projet, lequel sera donc omis.

2. Au sein de la version française de l'alinéa 2 du paragraphe 2 de l'article 4 en projet, il convient d'ajouter une négation comme suit :

« Lorsqu'aucune autorité de contrôle n'a été désignée, [la suite comme à l'avant-projet] ».

Article 3

Article 5 en projet

Il résulte de l'ajout de l'adjectif « internes » à l'article 5, alinéa 2, de la loi du 3 décembre 2017 que cette disposition, qui s'applique à l'Autorité de protection des données, devrait se lire comme suit :

« Les membres de ses organes internes et les membres de son personnel n'encourent aucune responsabilité civile en raison de leurs décisions, actes ou comportements dans l'exercice des missions légales de l'Autorité de protection des données sauf dans les cas prévus par la loi ».

Outre l'observation générale n° IV, 2, sur l'inutilité apparente de l'ajout de l'adjectif « internes » après le mot « organes », la section de législation s'interroge sur la portée spécifique de cet ajout à l'article 5, alinéa 2, de la loi du 3 décembre 2017 et ce, d'autant plus que cette disposition n'est pas explicitée dans le commentaire des articles.

S'il s'agit d'excepter les personnes extérieures collaborant aux travaux des organes de l'Autorité de protection des données, sans en être membres, du régime d'exonération partielle de responsabilité prévu par l'article 5, alinéa 2, de la loi du 3 décembre 2017, indépendamment même du fait que le texte ne traduit pas cette intention, l'auteur de l'avant-projet devrait être en mesure de justifier cette différence de traitement au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

¹⁶ Voir par exemple C.C., 18 novembre 2021, n° 158/2021, B.13.1.

Plus fondamentalement, c'est ce régime même d'exonération de responsabilité qui pose question et qui doit faire l'objet de la même justification.

Ceci étant, la disposition, en renvoyant par exception aux « cas prévus par la loi » qui engageraient malgré tout la responsabilité des intéressés, fait notamment référence aux articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil, qui forment le droit commun en la matière, ce qui ne contribue pas à la clarté du dispositif ¹⁷.

Article 5

Article 7 en projet

Tel qu'il est rédigé, l'article 7, alinéa 2, en projet ne tient pas compte de la possible création d'autres organes « internes », en plus de ceux énumérés à l'article 7, alinéa 1, 3° à 6°, en projet de la loi du 3 décembre 2017.

Interrogé à ce sujet le délégué du Secrétaire d'État a donné l'explication suivante :

« L'exposé des motifs l'indique clairement 'Il est également précisé que tout organe interne, qu'il soit établi par la loi ou créé par le comité de direction, doit relever de la compétence d'un directeur. Cela pourrait avoir pour conséquence qu'un membre du comité de direction soit compétent pour plus d'un organe interne. Toutefois, la présidence de l'APD, qui implique être en charge du comité de direction, ne peut être cumulée avec la compétence pour un autre organe interne' ».

Le délégué convient cependant que cela mériterait d'être précisé au sein de la loi elle-même.

Par conséquent, le dispositif de l'article 7, alinéa 2, en projet sera revu afin d'ajouter les mots « , ainsi que ceux créés, le cas échéant, par le règlement d'ordre intérieur, » entre les mots « visé aux points 3° à 6° » et les mots « relèvent de la compétence » ¹⁸.

¹⁷ Dans l'avant-projet devenu la loi du 3 décembre 2017, tel qu'il a été soumis à la section de législation, qui a fait l'objet de son avis 61.267/2/AG/AV du 27 juin 2017, l'article 5, alinéa 2, était rédigé comme suit :

« Les membres de ses organes et les membres de son personnel n'encourent aucune responsabilité civile en raison de leurs décisions, actes ou comportements dans l'exercice des missions légales de l'Autorité de protection des données sauf en cas de dol ou de faute lourde ».

En conclusion des observations générales formulées dans l'avis 61.267/2/AG/AV, l'assemblée générale de la section de législation a formulé l'observation suivante :

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

L'examen de l'avant-projet ne sera pas poursuivi plus avant » (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2648/001, p. 132).

L'article 5, alinéa 2, de l'avant-projet n'a donc pas été examiné par la section de législation dans son avis précité, celle-ci n'ayant plus été consultée par la suite.

¹⁸ Sur cette expression « relèvent de la compétence », il est renvoyé à l'observation générale n° IV, 1.

Article 6

Intitulé en projet de la « première section » du « chapitre premier » de la loi du 3 décembre 2017

1. Les mots « Le titre » et « de titel » qui figurent respectivement au début de la version française et de la version néerlandaise de cet article sont inappropriés et doivent être remplacés, chacun en ce qui les concerne, par les mots « L'intitulé » et « het opschrift ».

Une remarque de même nature vaut pour l'article 18 de l'avant-projet.

2. Il n'existe pas de « première section » au sein du chapitre premier de la loi du 3 décembre 2017.

Interrogé à ce sujet, le délégué du Secrétaire d'État a confirmé qu'il souhaite en réalité modifier l'intitulé de la section 1^{ère} du chapitre 2 de la loi du 3 décembre 2017.

Cette erreur sera rectifiée.

La modification envisagée doit être localisée après celle de l'article 8 de la loi du 3 décembre 2017 par l'article 7 de l'avant-projet dès lors que la section 1^{ère} comprend les articles 9 à 18 de la loi du 3 décembre 2017. Dans un souci de clarté et de cohérence, il importe en effet que les modifications apportées à la loi interviennent en respectant l'ordre croissant des articles modifiés.

Article 7

Article 8 en projet

1. Dès lors que l'article 7 tend au remplacement de l'article 8 de la loi du 3 décembre 2017, il convient de remplacer l'alinéa 1^{er} et la phrase introductive de l'alinéa 2 de cet article 7 par une phrase introductive rédigée de la manière suivante :

« L'article 8 de la même loi est remplacé par un nouvel article 8, inséré dans la section 2 du chapitre 2, rédigé comme suit : [...] ».

2. L'avant-projet doit être complété pour établir comment sera déterminé le rôle linguistique des intéressés conformément à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017 et aux autres dispositions de cette loi se référant à cette notion, comme par exemple son article 40, remplacé par l'article 34 de l'avant-projet.

Articles 8, 13, 36 et 47

Articles 9, 13, 35 et 46 en projet

L'article 9, § 2, en projet de la loi du 3 décembre 2017 (article 8 de l'avant-projet) énonce que le comité de direction agit « en tant qu'organe collégial ». Il se déduit cependant de la deuxième phrase de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 3 du même article et de l'alinéa 3 du même

paragraphe 3 que, lorsque les décisions au sein du comité de direction ne réunissent pas un consensus entre ses membres, les décisions sont prises par un vote à la majorité définie dans le règlement d'ordre intérieur.

Certaines dispositions de l'avant-projet sont toutefois formulées en des termes tels qu'un doute raisonnable peut naître quant à la question de savoir si les règles qui viennent d'être énoncées leur sont applicables ou si, au contraire, ces dispositions entendraient y déroger.

Il s'agit par exemple de l'article 13, alinéa 2, en projet de la loi du 3 décembre 2017 (article 13 de l'avant-projet), selon lequel la décision spécifique qui y est visée « est prise collégialement par le comité de direction », et de l'article 35, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, en projet de la même loi (article 36 de l'avant-projet), selon lequel la décision qui y est visée est prise « par consensus des membres restants ».

Si les formulations ainsi retenues n'entendent pas déroger aux règles prévues à l'article 9, § 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017, qui n'exclut pas que le consensus puisse être acquis par un vote majoritaire au sein du comité de direction, elles sont inutiles et doivent être omises pour éviter toute confusion quant à la détermination de la règle effectivement applicable.

Si, par contre, l'intention est de prévoir que les deux types de décision dont il est question aux articles 13, alinéa 2, et 35, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, de l'avant-projet ne peuvent être prises que si aucun des membres du comité de direction ne les rejette, les dispositions concernées devront être rédigées en ce sens et présentées comme des dérogations aux règles prévues à l'article 9, § 3, alinéa 3, en projet.

Enfin, le commentaire de l'article 47 de l'avant-projet (article 46, § 1^{er}, alinéa 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017) recommande que la décision de conclure les protocoles que visent les dispositions en projet à cet article soit prise « à l'unanimité par le comité de direction ».

L'exigence d'unanimité n'étant pas prévue par le dispositif en projet à l'article concerné, le commentaire de la disposition et son dispositif doivent être harmonisés.

Article 8

Article 9 en projet

1. Compte tenu de ce que, comme il est relevé dans l'observation générale n° I, 1, les « membres » de l'Autorité de protection des données sont uniquement ceux qui composent le comité de direction, il y a lieu de remplacer, à la troisième phrase de l'article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, le mot « membre » par le mot « agent » ou d'ajouter après le mot « membre » les mots « du personnel ».

2. Lorsqu'une disposition procède à une référence interne à une autre de la loi dans laquelle elle figure, les mots « de la présente loi » sont inutiles et alourdissent inutilement le dispositif.

À l'article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 6°, en projet de la loi du 3 décembre 2017 et dans toutes les autres occurrences analogues de l'avant-projet, cette formule sera omise. Il en va de même pour des formules telles que « de ce paragraphe » (lire : « du présent paragraphe » dans la version française) lorsque le paragraphe auquel il est ainsi renvoyé figure dans le même article, comme par exemple à l'article 9, § 3, alinéa 1^{er}, en projet.

3.1. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 7°, le membre de phrase « être systématiquement impliquée dans tous les dossiers d'achats stratégiques » appelle les observations suivantes.

3.2. Même si l'intention semble être de soumettre tous les dossiers d'achats concernés au dispositif en projet, l'adverbe « systématiquement » et le mot « tous » sont inutiles, l'article « les » étant suffisant à cet égard.

3.3. La portée de la notion d'« implication » dans les dossiers d'achats est imprécise.

S'il s'agit d'énoncer que les décisions relatives aux achats concernés doivent relever du comité de direction, le dispositif sera rédigé en ce sens.

3.4. La formule « achats stratégiques » ne permet pas non plus de déterminer quels achats sont concernés.

Le texte sera précisé sur ce point également.

4. Le pouvoir d'évocation accordé au comité de direction par l'article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 13°, en projet de la loi du 3 décembre 2017 ne contient aucune restriction permettant de préserver l'absence de confusion entre les attributions du service d'inspection, d'une part, et celles de la chambre contentieuse, d'autre part.

Interrogé à ce sujet, le délégué du Secrétaire d'État a expliqué que

« [c]ette disposition doit être lue conjointement avec le nouvel article 11, § 2 qui stipule que 'Le règlement d'ordre intérieur prévoit que le service d'inspection et la chambre contentieuse agissent de manière strictement séparée les uns des autres' ».

Cette précision du règlement d'ordre intérieur ne s'applique cependant pas au fonctionnement du comité de direction lui-même. La question se pose de savoir comment, concrètement, le respect de cette séparation entre l'instruction et la décision pourra être respectée en pratique en cas d'évocation par le comité de direction.

Le dispositif sera clarifié et, le cas échéant, modifié afin de prendre en compte cette préoccupation.

5. En outre, l'article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 13°, en projet ne tient pas compte des autres organes « internes » qui pourraient être créés par le comité de direction conformément à l'article 7 en projet.

6. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 52 du RGPD disposent comme suit :

« 1. Chaque autorité de contrôle exerce en toute indépendance les missions et les pouvoirs dont elle est investie conformément au présent règlement.

2. Dans l'exercice de leurs missions et de leurs pouvoirs conformément au présent règlement, le ou les membres de chaque autorité de contrôle demeurent libres de toute influence extérieure, qu'elle soit directe ou indirecte, et ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions de quiconque ».

Le considérant 118 du RGPD précise que

« [l']indépendance des autorités de contrôle ne devrait pas signifier que celles-ci ne peuvent être soumises à des mécanismes de contrôle ou de suivi de leur gestion financière ni à un contrôle juridictionnel ».

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé que l'exigence d'indépendance des autorités de contrôle n'est plus garantie lorsqu'il existe un risque d'« obéissance anticipée » à une autorité qui exerce une certaine surveillance à l'égard de l'autorité de contrôle ¹⁹.

En imposant l'approbation du plan stratégique par la Chambre des représentants, l'avant-projet autorise un contrôle en opportunité de celle-ci sur l'exercice par l'autorité de contrôle des missions qui lui sont dévolues par l'article 57 du RGPD.

Cette approbation paraît aller au-delà du contrôle de la gestion financière. Pour rappel, celle-ci est déjà contrôlée par le biais de l'approbation annuelle du budget et des comptes (article 49 de la loi du 3 décembre 2017) et par le rapportage auquel l'Autorité de protection des données est tenue. L'obligation de transmission du plan stratégique parallèlement à l'envoi de la proposition de budget annuel imposée par l'article 49 en projet (article 43 de l'avant-projet) permet déjà, en soi, un contrôle de la gestion financière.

Par conséquent, l'article 9, § 1^{er}, alinéa 2, en projet doit être omis.

7. Les alinéas 1^{er} et 2 du paragraphe 3 en projet sont incompatibles lorsque l'un exige la présence de tous les membres du comité de direction pour « décider » (lire : « prendre une décision ») et que l'autre, ayant le même objet, permet le « remplacement » des membres par d'autres.

Cette incohérence sera redressée.

¹⁹ C.J.U.E., 9 mars 2010, C-518/07, *Commission c. Allemagne*, § 36 ; 16 octobre 2012, C-614/10, *Commission c. Autriche*, § 51.

Article 10

Article 11 en projet

Les pouvoirs énoncés à l'article 58 du RGPD ne recourent pas entièrement les missions listées à l'article 57 de celui-ci.

Dans un souci de sécurité juridique et d'exhaustivité, il convient également de viser, à l'article 11, § 1^{er}, 1^o, en projet, cette dernière disposition.

Article 12

Article 12 en projet

Il est question à l'alinéa 1^{er}, 2^o, de la version française de l'article 12 en projet de la loi du 3 décembre 2017 d'un « plan de gestion ». Dans la version néerlandaise de cette disposition, c'est le terme correspondant de « beheersplan » qui est utilisé.

Si les notions de « plan de gestion » et de « beheersplan » renvoient à des notions identiques, il y a lieu, en vue d'assurer l'unité terminologique de la version française, d'utiliser le syntagme « plan de management », comme à l'article 12, alinéa 2, en projet et aux articles 8 (article 9, § 1^{er}, 1^o et 2^o) et 43 (article 42 en projet) de l'avant-projet.

Article 13

Article 18 en projet

1. Dès lors que les deux phrases de l'alinéa 1^{er} en projet utilisent respectivement les notions de « représentation » et de « représentation à l'extérieur » de l'Autorité de protection des données, il pourrait en être déduit que ces deux notions couvrent deux réalités juridiques différentes, ce qui ne paraît pas devoir être le cas.

Sauf à revoir le texte en fonction de l'intention de l'auteur de l'avant-projet, les mots « à l'extérieur » à la fin de l'alinéa 1^{er} doivent être omis.

2. À l'alinéa 2 en projet, la notion de « sign[ature] des engagements avec des tiers » paraît couverte par celle à caractère générique de « décision d'agir en droit au nom de l'Autorité de protection des données », qui figure dans la même disposition.

Si cette notion de « signature » se réfère à l'acte matériel d'apposer une signature ou à la matérialisation d'un engagement pris par l'Autorité de protection des données, elle est couverte par le concept de « représentation », réglé par l'alinéa 1^{er} en projet.

Sauf à être explicité, le second membre de phrase de l'alinéa 2 en projet sera omis.

Article 14

Article 14 en projet

1. L'article 14, § 3, alinéa 1^{er}, en projet de la loi du 3 décembre 2017 renvoie à l'alinéa 1^{er} alors qu'il doit être renvoyé au paragraphe 1^{er}.

Le dispositif sera modifié en ce sens.

2. L'article 14, § 3, alinéa 2, en projet autorise la désignation d'experts supplémentaires à la double condition qu'il y ait une urgence dûment justifiée et que l'expertise ne soit pas disponible au sein de l'Autorité de protection des données ou dans la réserve d'experts.

Interrogé quant à la portée et à la pertinence de la condition d'urgence qui est ainsi posée, le délégué du Secrétaire d'État a donné l'explication suivante :

« [...] »

Afin de renforcer l'expertise de l'APD ainsi que son indépendance, il a été jugé opportun d'introduire explicitement dans la loi un système de cascade qui s'applique selon quelques modalités et certaines conditions.

La possibilité pour le comité de direction de l'APD de recourir à des experts supplémentaires doit être considérée comme une procédure exceptionnelle et d'urgence qui va de pair avec un degré de flexibilité d'action.

Toutefois, puisqu'il s'agit d'un dernier recours dans le système de cascade, il a été jugé opportun que l'APD soit transparente quant à la nécessité de s'appuyer sur un mécanisme d'exception.

Dans la pratique, la condition d'urgence correspond à une motivation de la nécessité pour l'APD d'exercer une tâche. La nécessité est reflétée par la décision adoptée au sein du comité de direction suivant une délibération entre les directeurs.

Vu que la désignation d'experts supplémentaires n'est pas soumise à l'approbation par la Chambre et relève donc entièrement de la compétence de l'APD, ce dernier recours dans le système de cascade respecte l'article 52, § 4 du RGPD.

[...] ».

Au vu de ces explications, il paraîtrait plus conforme à l'objectif poursuivi et à l'obligation qui s'impose à l'État belge de fournir à l'Autorité de protection des données les moyens nécessaires pour accomplir ses missions ²⁰, de remplacer la condition d'urgence par une condition de nécessité dûment justifiée au regard de la mission à accomplir.

²⁰ Comme le relève le commentaire de l'article, « l'APD doit être suffisamment outillée pour prendre en compte les évolutions dans les différentes sphères de la société ». L'article 52, paragraphe 4, du RGPD exige du reste que « [c]haque État membre veille à ce que chaque autorité de contrôle dispose des ressources humaines, techniques et financières ainsi que des locaux et de l'infrastructure nécessaires à l'exercice effectif de ses missions et de ses pouvoirs ».

3. L'article 14, § 5, alinéa 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017 ne prévoit qu'une faculté de publier la déclaration d'absence de conflits d'intérêts des experts et une faculté d'écartement des experts présentant un conflit d'intérêts. Cela n'est pas admissible au regard de la garantie d'indépendance que doivent présenter les experts.

Le dispositif sera revu afin de prévoir une obligation de publication et d'écartement.

Une référence à la publicité de l'administration n'est, du reste, pas utile dès lors que les possibilités de dérogation à celles-ci sont réglées au sein de la loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration'. Les termes « et peuvent être demandées dans le cadre de la publicité de l'administration » seront supprimés afin de ne pas donner l'impression que l'avant-projet entend déroger à la loi du 11 avril 1994.

4. Le paragraphe 6 en projet prévoit que l'Autorité de protection des données « peut solliciter l'analyse de tout organisme public ou privé » et précise que ces analyses « sont rendues au nom de l'institution sollicitée et ne sont pas contraignantes ».

Il va de soi qu'une personne morale de droit public, comme en l'espèce l'Autorité de protection des données, peut, à l'instar de toute personne juridique, toujours solliciter quiconque à livrer telle ou telle analyse portant sur tel ou tel sujet sans que cela ne fasse naître pour l'organisme sollicité une obligation de répondre à la sollicitation reçue.

Si l'intention est de rappeler cette évidence, la disposition est inutile et sera omise.

Si, par contre, l'intention était d'obliger les destinataires d'une telle sollicitation à y répondre ou à collaborer plus activement avec l'Autorité de protection des données sur la base des sollicitations émanant de cette dernière, l'avant-projet devrait alors déterminer quelles obligations une telle sollicitation fait précisément naître dans le chef de ses destinataires et quel régime juridique s'y appliquerait, tout en veillant à ce que la collaboration qui serait ainsi rendue obligatoire pour les organismes visés puisse par ailleurs s'inscrire dans les missions légales ou statutaires de ceux-ci.

Le paragraphe 6 sera par conséquent omis ou substantiellement complété.

Article 19

Article 19 en projet

1. Interrogé quant à la portée de la modification apportée par l'article 19, 2°, de l'avant-projet, le délégué du Secrétaire d'État a confirmé que c'est en réalité l'article 23 (devenant selon l'avant-projet l'article 19), § 1^{er}, 2°, en projet de la loi du 3 décembre 2017 qui est visé.

L'article 19, 2°, de l'avant-projet sera corrigé de manière à procéder à l'insertion envisagée à l'article 23 (devenant selon l'avant-projet l'article 19), § 1^{er}, 2°, en projet de la loi du 3 décembre 2017.

Il y aura lieu en outre de prévoir une disposition autonome dans l'article 19 de l'avant-projet prévoyant l'abrogation du paragraphe 2 de l'article 19 de la loi en projet puisqu'il semble résulter de l'article 19, 2°, 3° et 4°, de l'avant-projet que telle est l'intention.

2. Le secrétariat général de l'Autorité de protection des données exerce, en vertu de l'article 20 de la loi du 3 décembre 2017, non modifié par l'avant-projet, certaines des autres compétences d'autorisation et d'avis visées par l'article 19, § 2, en projet de la loi du 3 décembre 2017.

Le dispositif sera dès lors revu afin d'assurer la cohérence et une délimitation claire des missions relevant de l'article 58, paragraphe 3, du RGPD attribuées respectivement au secrétariat général et au service d'autorisations et d'avis.

3. Parmi les autorisations visées par l'article 58, paragraphe 3, du RGPD figure notamment le pouvoir d'agréer des organismes de certification en application de l'article 43 dudit règlement. Or, l'article 18 de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel' prévoit actuellement qu'

« [e]n exécution de l'article 43 du [RGPD], les organismes de certification sont accrédités conformément à la norme EN-ISO/IEC 17065 et aux exigences supplémentaires établies par l'autorité de contrôle par l'organisme national d'accréditation désigné conformément au Règlement (CE) n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n° 339/93 du Conseil ».

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est d'abroger cette disposition, il convient de le faire expressément. Si tel n'est pas le cas, il convient de revoir en conséquence la formulation de l'article 19, § 2, en projet de la loi du 3 décembre 2017.

4.1. Il convient de cibler plus précisément quels sont les traitements de données à caractère personnel qui sont concernés par l'article 19, § 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017.

4.2. Il résulte du commentaire de l'article que le paragraphe 3 en projet tend à répondre à l'observation de l'Autorité de protection des données formulée dans son avis n° 108/2021 concernant l'avant-projet de loi 'relatif à la collecte et à la conservation des données d'identification, de trafic et de localisation dans le secteur des communications électroniques et à leur accès par les autorités', relative à la nécessité de modifier la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques'.

Dans cet avis, l'absence de contrôle préalable par une autorité indépendante était critiquée comme suit :

« C'est ainsi que l'Autorité a constaté que l'avant-projet de loi prévoit de permettre à certaines autorités d'avoir accès aux données conservées par les opérateurs sans exiger que cet accès fasse l'objet d'une autorisation préalable par une juridiction ou par une entité

administrative indépendante qui ait la qualité de tiers par rapport à l'autorité qui cherche à avoir accès aux données. C'est le cas, notamment, pour les autorités suivantes :

– L'avant-projet prévoit que l'IBPT 'peut demander aux opérateurs les données d'identification, de trafic ou de localisation, au sens de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, pour autant que cela soit nécessaire à l'accomplissement de l'une de ses missions' (article 17 de l'avant-projet de loi)

– L'avant-projet de loi prévoit que le CCB peut, '[l]orsque cela s'avère strictement nécessaire à la réalisation de ses tâches énumérées à l'article 60, a) à e), de la présente loi, [...] obtenir des opérateurs, au sens de l'article 2, 11°, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, des données d'identification, de trafic ou de localisation conservées par ceux-ci' (article 34 de l'avant-projet de loi)

– L'avant-projet de loi prévoit que les membres du personnel statutaire ou contractuel du SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement 'peuvent identifier les personnes physiques et morales sur la base de leur numéro de téléphone ou de l'adresse IP à la source de la communication électronique. À cette fin, ils peuvent, sur requête dûment motivée, demander la mise à disposition de documents et de données d'identification' aux opérateurs (article 33 de l'avant-projet de loi).

– L'avant-projet de loi prévoit qu'«un officier de police judiciaire de la Cellule des Personnes Disparues de la police fédérale peut, dans le cadre de sa mission d'assistance à personne en danger et de recherche de personnes dont la disparition est inquiétante, et lorsqu'il existe des présomptions ou indices sérieux que l'intégrité physique de la personne disparue se trouve en danger imminent, requérir d'obtenir les données relatives aux communications électroniques concernant la personne disparue' (article 19 de l'avant-projet) ».

L'avant-projet ainsi examiné a également été soumis à la section de législation ²¹. Le projet de loi qui s'en est suivi n'a pas encore été déposé sur le bureau de la Chambre des représentants.

4.3. Au vu des modifications envisagées par cet avant-projet à la loi du 13 juin 2005, les autorités susceptibles d'avoir accès aux métadonnées de communication relatives au trafic ou à la localisation en matière de communication électronique seront listées par l'article 127/1, § 1^{er}, en projet de cette loi.

La critique de l'Autorité de protection des données précitée part de cette liste et ne vise que certaines de ces autorités. Dans un souci de clarté normative et de sécurité juridique, il conviendrait dès lors de faire expressément le lien avec l'article 127/1 en projet de la loi du 13 juin 2005, en identifiant clairement quelles sont celles des autorités listées qui sont visées par la demande d'autorisation que l'article 19, § 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017 entend mettre en place.

Par ailleurs, pour rappel, lors de l'examen de l'avant-projet de loi 'relatif à la collecte et à la conservation des données d'identification, de trafic et de localisation dans le secteur des communications électroniques et à leur accès par les autorités', la section de législation a souligné

²¹ Avis 69.381 donné le 28 juin 2021 sur un avant-projet de loi 'relatif à la collecte et à la conservation des données d'identification, de trafic et de localisation dans le secteur des communications électroniques et à leur accès par les autorités'.

que, dans le cadre de l'article 127/1 en projet de la loi du 13 juin 2005, pour qu'une autorité puisse obtenir des données de l'opérateur, il est nécessaire qu'elle réponde à une des finalités visées à l'article 127/1 en projet mais également que sa loi organique ou sectorielle lui donne le pouvoir d'obtenir ces données de l'opérateur²². C'est donc l'application de ces différentes lois sectorielles, lues en combinaison avec la loi du 13 juin 2005 en projet – et notamment son article 127/1 en projet –, qui permet de déterminer les traitements de données potentiels.

Sur ce point, le délégué du Secrétaire d'État a donné la précision suivante :

« Il s'agit effectivement de viser les autorisations de traitements qui sont prévus de manière générique à l'article 127/1, § 1^{er} mais dont les finalités sont détaillées dans les lois sectorielles (loi statut IBPT, loi CCB, par exemple). Pour les matières non pénales, les lois sectorielles seront adaptées (projet sera soumis au Parlement dans les mois à venir) pour désigner l'APD comme entité administrative indépendante qui présente la qualité de tiers par rapport à l'autorité demandant l'accès aux données. Concrètement, la loi CCB et la loi statut IBPT seront revues en indiquant que le contrôle préalable pour accéder aux données de trafic/localisation est effectué par l'APD.

Cependant, la procédure concrète à suivre dans les matières non pénales pour obtenir l'autorisation préalable de l'APD pour accéder aux données de trafic/localisation est prévue de manière générique et similaire pour toutes les autorités demandereses dans l'article 19, § 3 de la loi organique APD ».

Par conséquent, la définition du champ d'application de l'article 19, § 3, en projet doit également être complétée par une référence aux législations sectorielles concernées afin de permettre une identification claire et complète des traitements visés.

Cela présuppose cependant que l'avant-projet de loi 'relatif à la collecte et à la conservation des données d'identification, de trafic et de localisation dans le secteur des communications électroniques et à leur accès par les autorités' et le ou les avant-projets de loi modifiant les lois sectorielles soient adoptés au plus tard concomitamment à l'avant-projet examiné dans le présent avis. Au vu des explications apportées par le délégué, il semble que cela ne sera pas le cas, à tout le moins en ce qui concerne les modifications apportées aux législations sectorielles. Par conséquent, l'article 19, § 3, en projet sera omis de l'avant-projet afin d'être adopté parallèlement à ces modifications.

La question peut même se poser de savoir s'il ne convient pas de se limiter à compléter les lois sectorielles pour rencontrer les préoccupations de l'auteur du projet sans donc qu'il n'y ait de nécessité de régler ces questions dans la loi du 3 décembre 2017.

4.4. Au surplus, sous la même réserve, il y a lieu d'observer ce qui suit.

Tel qu'il est rédigé, l'article 19, § 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017 n'exclut de la nouvelle compétence d'autorisation de l'Autorité de protection des données que les finalités

²² Avis 69.381 donné le 28 juin 2021 sur un avant-projet de loi 'relatif à la collecte et à la conservation des données d'identification, de trafic et de localisation dans le secteur des communications électroniques et à leur accès par les autorités', p. 79.

qui relèvent de « l'exercice des missions de prévention, de recherche, de détection ou de poursuite d'un fait qui constitue une infraction pénale ».

Ces finalités sont visées par l'article 127/1, § 1^{er}, 1^o, en projet de la loi du 13 juin 2005. Elles semblent également renvoyer au titre 2 de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel'.

Ne paraissent pas exclues les finalités liées aux activités des services de renseignement et de sécurité (article 127/1, § 1^{er}, 2^o, en projet de la loi du 13 juin 2005).

Il résulte cependant de l'article 4 en projet de la loi du 3 décembre 2017 et de la loi du 30 juillet 2018 que l'Autorité de protection des données n'est pas l'autorité de contrôle indépendante compétente à l'égard des traitements des données à caractère personnel par les services de renseignements et de sécurité (titre 3, sous-titre 1^{er}, de la loi du 30 juillet 2018) ²³.

Interrogé sur ce point, le délégué du Secrétaire d'État a confirmé ce qui suit :

« [...] Pour les services de renseignement, ce contrôle sera exercé via la Commission BIM qui reçoit les demandes du chef de service (ce point est traité dans le cadre de la réparation en matière de data retention et sera soumis au Parlement dans les mois à venir).

Pour être complet, nous nous permettons d'insister sur le fait que cette autorisation préalable de traitement doit porter uniquement sur les données de trafic et pas sur celles d'identification. Ce principe a été rappelé par le Cour constitutionnelle dans son arrêt 158/2021.

En ce qui concerne le lien avec les titres 2 et 3 de la loi du 30 juillet 2018, j'en ai encore discuté avec le Cabinet Justice et nous sommes d'accord qu'il s'agit d'un oubli en ce qui concerne le titre 3. L'article 19 § 3 devra être complété avec une exclusion aussi pour le titre 3. Les contrôles pour les autorités sous le scope des titres 2 et 3 se feront par l'ordre judiciaire et la Commission BIM ».

Par conséquent, le dispositif doit être revu afin de limiter adéquatement la sphère de compétence de l'Autorité de protection des données, dans le respect de la sphère de compétence habituelle de celle-ci et afin de concrétiser l'intention réelle de l'auteur de l'avant-projet.

4.5. L'alinéa 3 du paragraphe 3 en projet utilise la notion de « jour ouvrable », qui n'est définie ni dans la loi du 3 décembre 2017 ni dans les dispositions en projet.

²³ Pour rappel, l'Autorité de protection des données n'est pas non plus l'autorité de contrôle compétente pour :

- les traitements des données à caractère personnel par les forces armées (titre 3, sous-titre 2, de la loi du 30 juillet 2018) ;
- les traitements 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' (titre 3, sous-titre 3, de la loi du 30 juillet 2018) ;
- les traitements des données à caractère personnel par l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace (titre 3, sous-titre 4, de la loi du 30 juillet 2018) ;
- certains traitements de données à caractère personnel par l'unité d'information des passagers (titre 3, sous-titre 5, de la loi du 30 juillet 2018).

Il est de jurisprudence constante qu'à défaut de disposition contraire, cette expression exclut le dimanche et les jours fériés légaux mais que, par contre, le samedi est un jour ouvrable ²⁴.

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet d'arrêté était, pour son application, de ne pas considérer le samedi comme un jour ouvrable, il conviendrait de compléter ce texte par une disposition indiquant que la notion de « jour ouvrable » désigne tous les jours autres que le samedi, le dimanche et les jours fériés légaux.

4.6. À défaut d'une vision claire du champ d'application matériel et personnel de la compétence d'autorisation reconnue à l'Autorité de protection des données, la section de législation n'est en toute hypothèse pas en mesure d'apprécier les alinéas 2 et 3 de l'article 23, § 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017 (contenu de la demande et délais).

En tout état de cause, au regard de l'effectivité des mécanismes de contrôle exigés par le RGPD, l'auteur de l'avant-projet devra être en mesure de démontrer que les délais imposés sont réalistes et de nature à permettre un contrôle réel de la part de l'Autorité de protection des données. Cela suppose notamment que celle-ci doit disposer des moyens techniques, financiers et humains suffisants pour ce faire.

Article 21

Article 20 en projet

1. Au 1^o de la version française, il y a lieu d'ajouter le mot « ou » après les mots « par envoi recommandé ».

2. À l'article 20, § 1^{er}, alinéa 2, en projet de la loi du 3 décembre 2017, plutôt que de renvoyer « aux délais prévus par l'article 84, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État », il serait préférable, dans un souci de sécurité juridique, d'énoncer les délais pertinents au sein de l'avant-projet.

L'article 84, § 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État' prévoit en effet des délais liés à l'organisation interne de la section de législation qui sont difficilement transposables à l'Autorité de protection des données, s'agissant par exemple des effets du renvoi en assemblée générale ou en chambres réunies.

L'auteur de l'avant-projet veillera par ailleurs à préciser les éléments qui devront figurer au sein de la demande d'avis pour que celle-ci soit considérée comme complète et de nature à faire courir le délai visé par l'article 20 en projet de la loi du 3 décembre 2017.

3. À la suite de l'extension de la compétence d'avis du service d'autorisation et d'avis par l'article 19, § 2, en projet de la loi du 3 décembre 2017 (article 19, 3^o, de la loi du 3 décembre 2017), il convient de veiller au respect de l'article 36, paragraphe 2, du RGPD. Cet

²⁴ Voir par exemple C.E., 20 mai 2010, n° 204.165, *Piret*, et 11 février 2014, n° 226.375, *Libert*.

article impose en effet des délais d'avis précis concernant la compétence d'avis à la suite d'une analyse d'impact identifiant un traitement à risques élevés.

Il convient dès lors de préciser que les délais imposés par l'article 20, § 1^{er}, alinéa 2, en projet de la loi du 3 décembre 2017 ne concernent pas les avis rendus sur la base de l'article 36, paragraphes 1 et 2, du RGPD.

4. Pour rappel, l'article 52, paragraphe 4, du RGPD impose à l'État belge de veiller à ce que l'Autorité de protection des données dispose des ressources humaines, techniques et financières ainsi que des locaux et de l'infrastructure nécessaires à l'exercice effectif de ses missions et de ses pouvoirs.

Il importe dès lors que les moyens de l'Autorité de protection des données soient adaptés aux nouveaux délais d'avis instaurés, de nature à garantir l'effectivité de ses missions.

Article 30

Article 29 en projet

Au 1^o de la version française de l'article 29, § 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017, il y a lieu de remplacer le mot « sociales » par « sociaux ».

Article 31

Article 30 en projet

Tel qu'il est rédigé, l'article 30 en projet de la loi du 3 décembre 2017 ne reflète pas l'intention évoquée par le commentaire de cet article de prévoir qu'une évaluation négative empêcherait définitivement tout renouvellement de mandat.

Sans préjudice de l'observation générale n° I formulée plus haut, le dispositif doit être revu afin de refléter clairement l'intention poursuivie.

En outre, une évaluation des membres de l'Autorité de protection des données qui aurait pour conséquence de bloquer tout renouvellement de mandat en cas de résultat négatif ne peut être envisagée que moyennant la définition de critères objectifs d'évaluation, afin d'éviter le caractère arbitraire d'un tel processus et de renforcer l'indépendance des membres.

Le dispositif sera complété afin d'établir ces critères et dès lors garantir le respect du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

Article 32

Article 31 en projet

Dès lors que l'objectif de l'avant-projet est de clarifier les exigences d'indépendance s'imposant aux membres de l'Autorité de protection des données afin notamment de respecter l'article 52 du RGPD, il serait utile, dans un souci de sécurité juridique, d'également exiger, à titre

de condition de nomination, l'interdiction d'exercer une activité incompatible avec leur mandat au sens de l'article 44 en projet de la loi du 3 décembre 2017.

Article 37

Article 36 en projet

1. L'article 36, alinéa 2, en projet de la loi du 3 décembre 2017 doit être reformulé afin que les personnes concernées par la règle puissent être correctement identifiées.

Il y a lieu d'écrire :

« Il est interdit aux membres du comité de direction d'être présents lors d'une délibération ou d'une décision [...] ».

Il convient en outre d'articuler cette disposition avec l'article 9, § 3, en projet (article 8 de l'avant-projet), selon lequel

« [...] le comité de direction ne peut décider [lire : 'prendre de décision' dans la version française ou 'valablement délibérer'] que si tous ses membres sont présents ».

2. À l'alinéa 2 en projet, afin de garantir le respect plein et entier de la règle d'incompatibilité qu'il énonce, il y a lieu de remplacer chaque fois les mots « intérêt personnel ou direct » par les mots « intérêt personnel, direct ou indirect ».

Article 38

Article 37 en projet

L'interdiction de conflit d'intérêts posée par l'article 37, § 1^{er}, alinéa 4, en projet de la loi du 3 décembre 2017 est redondante au regard de l'interdiction déjà posée par l'article 36, alinéa 2, en projet (article 37 de l'avant-projet).

Cet alinéa sera dès lors supprimé.

Article 39

Article 38 en projet

1. L'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet de la loi du 3 décembre 2017 ajoute, outre la faute grave et le fait de ne plus remplir les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions, deux nouveaux motifs pour lesquels la Chambre des représentants peut relever un membre du comité de direction de ses fonctions : l'entrave au bon fonctionnement de l'Autorité de protection des données et le non-respect du fonctionnement collégial du comité de direction.

Interrogé quant à la conformité de ces modifications avec l'article 53, paragraphe 4, du RGPD, le délégué du Secrétaire d'État a précisé ce qui suit :

« [...] »

Le RGPD n'explicite pas les notions 'faute grave' ou 'les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions'.

Les rajouts doivent être interprétés comme des comportements qui tombent dans la portée des deux notions susmentionnées. En effet, la rédaction actuelle laisse sous-entendre qu'il s'agit de deux nouvelles conditions.

[...] ».

Dès lors que l'article 53, paragraphe 4, du RGPD dispose qu'« un membre ne peut être démis de ses fonctions que s'il a commis une faute grave ou s'il ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions » et compte tenu des explications fournies par le délégué, il convient de supprimer les mots « s'il a entravé le bon fonctionnement de l'Autorité de protection des données par ses actions ou inaction, ou s'il n'a pas respecté le fonctionnement collégial du comité de direction » tout en énonçant que la règle, qui reproduira alors en substance l'article 53, paragraphe 4, du RGPD, est prescrite « conformément à » cette dernière disposition.

2.1. L'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, *in fine*, en projet de la loi du 3 décembre 2017 précise que la décision de relever un membre du comité de direction de ses fonctions, adoptée par la Chambre des représentants, « n'est susceptible d'aucun recours ».

2.2. L'existence d'un recours juridictionnel paraît cependant essentielle afin de garantir l'effectivité de l'article 53, paragraphe 3, du RGPD, qui énonce de manière limitative les causes de cessation disciplinaire de fonctions par la Chambre d'un membre de l'autorité de contrôle, et d'éviter les décisions arbitraires sur ce point.

2.3. Au surplus, l'avant-projet déroge à l'article 14, § 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'. En effet, la décision qui sera adoptée par la Chambre sur la base de l'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet de la loi du 3 décembre 2017 correspond à une mesure ayant un caractère disciplinaire adoptée par une assemblée législative à l'égard d'une personne exerçant une fonction publique au sens de cette disposition.

Cela revient à créer une différence de traitement entre les membres du comité de direction, dépourvus de recours juridictionnel contre la sanction disciplinaire prononcée par la Chambre, et les membres des personnels visés à l'article 14, § 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État', qui peuvent introduire un recours devant le Conseil d'État contre les décisions prises par la Chambre.

Cette différence de traitement doit être justifiée au regard des articles 10 et 11 de la Constitution. Or, comme le rappelle la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 74/2020 du 28 mai 2020, la volonté de soustraire certains actes des assemblées législatives à la compétence d'annulation du Conseil d'État doit reposer sur la volonté de respecter autant que possible

l'indépendance des autorités non administratives et la séparation des pouvoirs²⁵. Elle rappelle en effet ce qui suit :

« B.8.1. Relève des principes de base de la structure démocratique de l'État, la règle selon laquelle les assemblées législatives disposent dans l'exercice de leur mission de la plus large indépendance. Il en découle qu'une assemblée législative doit pouvoir régler elle-même les matières qui lui ont été confiées et exercer ses compétences de manière autonome.

Ce principe a pour effet que lorsque des assemblées législatives ou l'un de leurs organes posent des actes qui sont liés à leur activité politique ou législative, ces actes peuvent être soustraits au contrôle juridictionnel du Conseil d'État ».

Lorsque l'auteur de l'avant-projet soustrait, comme en l'espèce, certaines des décisions disciplinaires adoptées par la Chambre législative à la compétence d'annulation du Conseil d'État, il doit être en mesure de justifier une telle différence de traitement au regard de la nécessité de préserver l'indépendance de la Chambre. La motivation doit être d'autant plus circonstanciée qu'il a été admis, par le biais de l'article 14, § 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État', que les décisions disciplinaires adoptées par la Chambre à l'égard d'une personne exerçant une fonction publique devaient pouvoir faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État.

A priori, une telle justification n'apparaît pas. Au contraire, un contrôle juridictionnel permettrait de renforcer l'indépendance de l'Autorité de protection des données, qui remet notamment des avis et recommandations à l'égard des propositions examinées par la Chambre.

2.5. Par conséquent, le dispositif sera revu afin de supprimer la deuxième phrase de l'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (« La décision n'est susceptible d'aucun recours »).

Article 40

Article 39 en projet

La directive 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 'sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union' doit être transposée par l'État belge de manière transversale. Tel qu'il est rédigé, l'article 39 en projet tente de transposer partiellement cette directive en ce qui concerne la seule Autorité de protection des données.

Une telle façon de procéder est critiquable non seulement en ce qu'elle manque de cohérence mais également dans la mesure où, à l'évidence, des mécanismes imposés par la directive qui en garantissent l'effectivité ne pourront pas être transposés au sein du règlement

²⁵ Voir également les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 79/2010 du 1^{er} juillet 2010, n° 36/2011 du 10 mars 2011 et 161/2011 du 20 octobre 2011, qui ont motivé la modification de l'article 14 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, par la loi du 20 janvier 2014 'portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État' pour étendre la compétence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État notamment aux décisions disciplinaires adoptées par la Chambre à l'égard d'une personne exerçant une fonction publique (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 8).

d'ordre intérieur de l'Autorité de protection des données (sanctions et encadrement du traitement de données à caractère personnel généré par un signalement par exemple).

Au surplus, la méthode de transposition envisagée n'est pas admissible, ainsi qu'il a été exposé dans l'observation générale n° III.

Par conséquent l'article 40, 2°, de l'avant-projet sera omis.

Article 44

Article 43 en projet

À l'article 43, § 1^{er}, alinéa 2, et § 2, en projet, il y a lieu de remplacer le mot « rémunération » par le mot « rétribution ».

Article 47

Article 46 en projet

L'article 46, § 1^{er}, alinéa 2, en projet de la loi du 3 décembre 2017 autorise l'Autorité de protection des données à conclure « des protocoles de coopération avec des instances ayant une expertise dans le domaine de la protection des données à caractère personnel », ces protocoles visant à « créer les synergies nécessaires » et à « renforcer mutuellement » les parties au protocole « dans leurs missions statutaires ».

Si cette disposition a pour seul objet d'énoncer que deux organismes agissant dans les limites de leur missions respectives peuvent conclure un protocole de coopération, elle est inutile dans le chef de l'Autorité de protection des données puisque, cette dernière étant une personne morale de droit public, elle dispose de la capacité de contracter dans les limites des missions qui lui sont légalement assignées sans que la loi ne doive spécialement le rappeler.

La disposition examinée ne présenterait un intérêt que si elle entendait fixer un cadre juridique pour la conclusion de ces protocoles et régler le régime juridique qui leur serait applicable ou les effets en termes de droits et d'obligations qu'ils seraient appelés à produire pour les organismes qui les concluraient.

Par conséquent, la disposition examinée sera ou omise ou substantiellement complétée.

Article 51

L'article 51 a pour objet de fusionner l'actuelle section 3 (« Procédure devant la chambre contentieuse ») avec la sous-section 1^{ère} de celle-ci (« Saisine de la chambre

contentieuse ») sous une « Section 4 » (« La décision de fond ») du chapitre 6 de la loi du 3 décembre 2017.

Cependant, aucun article antérieur de l'avant-projet de loi n'a pour objet d'insérer une nouvelle section 3 dans le chapitre 6 de la loi modifiée. Du reste, les articles composant la sous-section 1^{ère} sont supprimés par l'article 52, *partim*, de l'avant-projet. Les sous-sections 2 à 4 de l'actuelle section 3 sont par contre maintenues.

Le dispositif sera revu afin de régler ces incohérences.

Articles 59 et 61

Abrogation des articles 109, 110, 112 et 113 de la loi du 3 décembre 2017

Le commentaire des articles 59 et 61 précise que les articles 109 (disposition abrogatoire), 110 (disposition réglant l'entrée en vigueur), 112 (disposition transitoire) et 113 (disposition réglant le transfert du personnel) de la loi du 3 décembre 2017 sont « supprimés » (lire : « abrogés ») « car ils ne sont plus relevant[s] ».

Une disposition abrogatoire ne doit cependant pas elle-même être abrogée une fois qu'elle a épuisé ses effets car il est important pour la sécurité juridique de pouvoir retracer l'historique d'une disposition et connaître la portée d'une loi dans son ensemble (y compris ses effets abrogatoires). Quant aux dispositions qui règlent l'entrée en vigueur d'une norme ou organisent un régime transitoire, elles sont intrinsèquement liées à ladite norme et ne peuvent être abrogées isolément de la norme elle-même. Il s'agit de dispositions essentielles afin de déterminer le champ d'application *ratione temporis* du texte concerné. En ce qui concerne la disposition réglant le transfert du personnel de la Commission de la protection de la vie privée vers l'Autorité de protection des données, celle-ci reste pertinente afin de déterminer le statut des membres du personnel ainsi transférés.

Par conséquent, les articles 59 et 61 seront omis.

Articles 65 à 67

Articles 98 à 100 en projet

Compte tenu de leurs objets spécifiques, les articles 65 à 67 doivent prendre la forme de dispositions autonomes de l'avant-projet de loi et non pas celle de dispositions modificatives de la loi modifiée.

Article 67

Article 100 en projet

1. L'article 100 en projet de la loi du 3 décembre 2017 prévoit que la loi entrera en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*.

Ce faisant, il est dérogé au délai usuel d'entrée en vigueur fixé par l'article 6 de la loi du 31 mai 1961 'relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaire'.

À défaut d'une justification spécifique, il faut renoncer à cette disposition afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles.

2. Sans préjudice de l'observation n° 4 formulée à l'égard de cette disposition sous l'article 19 de l'avant-projet, l'entrée en vigueur de l'article 19, § 3, en projet de la loi du 3 décembre 2017 devra être coordonnée avec l'entrée en vigueur des modifications apportées à la loi du 13 juin 2005 et aux différentes lois sectorielles concernées que l'avant-projet entend encadrer.

3. L'avant-projet de loi aura pour effet d'abroger plusieurs dispositions de la loi du 3 décembre 2017 qui règlent actuellement la composition de certains organes « internes », ainsi que leur fonctionnement et leurs règles de procédure.

Conformément à l'article 98 en projet de cette loi, un nouveau règlement d'ordre intérieur devra être établi après l'entrée en vigueur de l'avant-projet de loi. Cependant, dans l'attente de l'adoption de ce nouveau règlement d'ordre intérieur, il existera un vide juridique, ce qui n'est pas admissible.

L'avant-projet doit dès lors être revu afin d'organiser un régime transitoire sur ce point.

OBSERVATION FINALE DE LEGISTIQUE

Outre les nombreuses observations relatives à la légistique qui sont formulées ci-avant dans le présent avis ²⁶, c'est à une révision d'ensemble de l'avant-projet qu'il doit être procédé sur ce plan.

Ce devrait être l'occasion de revoir également la loi du 3 décembre 2017 quant à la manière dont elle est structurée en la corrigeant pour éviter qu'y soient maintenues des dispositions ne faisant pas partie de certaines subdivisions de la loi ²⁷, comme par exemple ses articles 3 à 8 et 57 ²⁸.

²⁶ Voir notamment, mais pas exclusivement, l'observation générale n° II (« La renumérotation des dispositions de la loi du 3 décembre 2017 »).

²⁷ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 63.

²⁸ Pour le motif exposé à la note de bas de page n° 17, les questions liées à la légistique n'ont pas été examinées dans l'avis 61.267/2/AG/AV donné le 23 juin 2017 sur l'avant-projet devenu la loi du 3 décembre 2017.

Il conviendra également de veiller à éviter que des articles de l'avant-projet demeurent sans commentaire, comme par exemple l'article 57.

*

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.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. Verlies van de hoedanigheid van lid van de Gegevensbeschermingsautoriteit voor verscheidene personen

1. Uit artikel 52 van Europese verordening 2016/679/EU 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: “de AVG”) blijkt dat in die verordening een onderscheid gemaakt wordt tussen “de leden” van de onafhankelijke toezichthoudende autoriteit en de “personeelsleden” van die autoriteit, en dat die leden hiërarchisch gezag uitoefenen over de personeelsleden. Die personeelsleden staan immers “onder de exclusieve leiding van het lid of de leden van de betrokken toezichthoudende autoriteit”. Alleen voor de leden van de toezichthoudende autoriteit gelden vereisten op het stuk van onafhankelijkheid (artikel 52, leden 2 en 3, van de AVG).

Ter verruiming van de autonomie van de Gegevensbeschermingsautoriteit zou na de hervorming die in het voorontwerp in het vooruitzicht gesteld wordt alleen het directiecomité nog “leden” tellen. Het kenniscentrum wordt vervangen door “de autorisatie- en adviesdienst” (ontworpen artikel 7, eerste lid, 4°, van de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’ [artikel 5 van het voorontwerp], en de artikelen 18 en 19, 1°, van het voorontwerp, waarbij wijzigingen aangebracht worden in respectievelijk het opschrift¹ van hoofdstuk 2, afdeling 4, en artikel 23, § 1, van die wet). Bij die gelegenheid worden de artikelen 24 en 25 van de wet van 3 december 2017, waarin bepaald werd dat het kenniscentrum uit leden bestond en voorgeschreven werd hoe dat centrum diende te functioneren, “geschrapt” (lees: “opgeheven”)² zonder dat de inhoud ervan in een ander deel van het voorontwerp overgenomen wordt.³ Hetzelfde geldt voor artikel 33, § 1, van de wet, dat bij artikel 26 van het voorontwerp vervangen wordt door een bepaling naar luid waarvan “[d]e geschillenkamer (...)”

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

¹ En niet, zoals in artikel 18 van het voorontwerp staat, in “de titel” ervan.

² Deze opmerking geldt voor heel het voorontwerp wanneer artikelen, paragrafen, leden of zinnen opgeheven worden.

³ Artikel 12 van de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’ wordt eveneens opgeheven, maar de samenstelling van het directiecomité wordt voortaan bepaald in het ontworpen artikel 8, § 1, eerste lid (artikel 7 van het voorontwerp), welke bepaling als volgt luidt: “De Gegevensbeschermingsautoriteit wordt geleid door een directiecomité bestaande uit vijf leden waarvan één de taak waarneemt als voorzitter”.

onder de bevoegdheid van de directeur van de geschillenkamer [valt]”, waarbij de samenstelling van die kamer voortaan niet meer in de wet zelf geregeld wordt. De verwijzingen, in de hoofdstukken 3⁴ en 4⁵ van de wet, naar het kenniscentrum en de geschillenkamer worden bijgevolg bij het voorontwerp geschrapt.

Zoals de gemachtigde van de staatssecretaris bevestigd heeft, zullen de autorisatie- en adviesdienst, enerzijds, en de geschillenkamer, anderzijds, voortaan alleen bestaan uit “personeelsleden” die onder de leiding van een lid van het directiecomité zullen staan. De interne organisatie van die organen zal geregeld worden via het “reglement van interne orde (lees: reglement van orde)” van de Gegevensbeschermingsautoriteit. De autorisatie- en adviesdienst en de geschillenkamer zullen dan ook niet meer als collegiale structuren georganiseerd zijn maar wel als hiërarchische structuren die onder het gezag zullen staan van de aangewezen directeur, die de verantwoordelijkheid voor alle verleende machtigingen, uitgebrachte adviezen en genomen beslissingen alleen zal dragen.

In het ontworpen artikel 99 van de wet van 3 december 2017 (artikel 66 van het voorontwerp) wordt bepaald dat de huidige leden van het kenniscentrum of van de geschillenkamer die bij de inwerkingtreding van deze wet voldoen aan de voorwaarden van het ontworpen artikel 14 van de wet van 3 december 2017, deel zullen uitmaken van de reserve van deskundigen die overeenkomstig die bepaling aangelegd wordt.

Noch uit de memorie van toelichting bij het voorontwerp noch uit de analyse die de afdeling Wetgeving van het ontwerp gemaakt heeft, blijkt dat de aldus beschreven wijzigingen daarin aangebracht worden om een einde te maken aan een bewezen niet-overeenstemming van de gewijzigde regelingen met een norm van een hiërarchisch hoger niveau, bijvoorbeeld een regeling uit het recht van de Europese Unie.

2. Naar Belgisch recht impliceert het principe dat aangeduid wordt als de wet van de veranderlijkheid, dat de overheid altijd in staat moet zijn om haar beleid en de uitvoering ervan voor de toekomst aan te passen aan de wisselende vereisten van het algemeen belang. Die wet impliceert dan ook dat het voor de overheden te allen tijde mogelijk moet zijn om de regels inzake de organisatie en de werkwijze van de openbare diensten te veranderen door wijzigingen aan te brengen in het statuut of de bevoegdheden van de ambtenaren of in de organisatie van een openbare dienst, of die dienst zelfs af te schaffen, en daarbij desnoods in overgangsmaatregelen te voorzien.⁶

⁴ Bij hoofdstuk 3 van de wet van 3 december 2017 wordt thans de “benoeming van de leden van het directiecomité, de leden van het kenniscentrum en de leden van de geschillenkamer” geregeld. In dat kader wordt bij de wet bepaald welke vereisten er gelden inzake kennis en diploma's (artikel 36), hoelang een mandaat duurt (artikel 37) en aan welke benoemingsvoorwaarden, met inbegrip van onafhankelijkheidsvereisten, voldaan moet zijn (artikel 38).

⁵ Bij hoofdstuk 4 van de wet van 3 december 2017 wordt thans geregeld welke vereisten er gelden op het stuk van de onafhankelijkheid en de werkwijze van de Gegevensbeschermingsautoriteit. Concreet gaat het om vereisten inzake onafhankelijkheid en ontstentenis van belangenconflicten en onverenigbaarheden (artikelen 43 en 44 van de wet van 3 december 2017) die gelden voor de leden van het directiecomité, het kenniscentrum en de geschillenkamer. Voorts wordt in artikel 45 van de wet van 3 december 2017 bepaald binnen welke perken de Kamer van volksvertegenwoordigers een lid van een van die organen kan wraken.

⁶ Zie bijvoorbeeld GwH 19 december 2018, nr. 183/2018, B.11.1.

3. *In casu* dient evenwel rekening te worden gehouden met het vereiste van onafhankelijkheid dat in dezen krachtens het Europees recht geldt, en met de interpretatie die daarvan gegeven wordt door het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Hoewel arrest C-288/12 van 8 april 2014 gewezen is met betrekking tot richtlijn 95/46 van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens’, kunnen de leringen van dat arrest toegepast worden op de AVG, die in de plaats gekomen is van die richtlijn.

Er wordt aan herinnerd dat Hongarije in die zaak aan het lopende mandaat van de commissaris belast met de bescherming van persoonsgegevens een einde gemaakt had via een hervorming van de instelling die de wetgever ertoe gebracht had de bescherming van persoonsgegevens niet langer aan een commissaris toe te vertrouwen maar aan een collegiale instantie, voorgezeten door een derde. Het Hof heeft op basis van de volgende redenering geoordeeld dat een dergelijke hervorming afbreuk deed aan de onafhankelijkheid van de autoriteit belast met de bescherming van persoonsgegevens:

“51. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat artikel 28, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 95/46 in die zin moet worden uitgelegd dat de autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens een onafhankelijkheid moeten genieten die hen in staat stelt om hun taken te vervullen zonder beïnvloeding van buitenaf te ondergaan. Deze onafhankelijkheid sluit met name elk bevel en elke andere – rechtstreekse of indirecte – beïnvloeding van buitenaf uit, in welke vorm ook, die hun beslissingen zou kunnen sturen en aldus de vervulling door deze autoriteiten van hun taak om een juist evenwicht tussen de bescherming van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het vrije verkeer van persoonsgegevens te vinden, in het gedrang zou kunnen brengen (zie in die zin arresten Commissie/Duitsland, EU:C:2010:125, punt 30, en Commissie/Oostenrijk, EU:C:2012:631, punten 41 en 43).

(...)

54. Indien het elke lidstaat vrij zou staan om het mandaat van een toezichthoudende autoriteit vóór de aanvankelijk daarvoor voorziene afloop te beëindigen, zonder de voordien daartoe vastgestelde voorschriften en waarborgen te eerbiedigen, zou de aldus gedurende haar gehele mandaat boven deze autoriteit hangende dreiging van een dergelijke voortijdige beëindiging kunnen leiden tot een vorm van gehoorzaamheid door haar aan de politieke macht, die onverenigbaar is met dat onafhankelijkheidsvereiste (zie in die zin arrest Commissie/Oostenrijk, EU:C:2012:631, punt 51). Dit geldt zelfs wanneer de voortijdige beëindiging van het mandaat het gevolg is van herstructurering of een verandering van model. Deze moeten zodanig worden georganiseerd dat kan worden voldaan aan de in de toepasselijke wettelijke regeling gestelde vereisten.

55. Bovendien zou de toezichthoudende autoriteit in een dergelijke situatie niet kunnen worden geacht in alle omstandigheden boven elke verdenking van partijdigheid te functioneren. Het onafhankelijkheidsvereiste van artikel 28, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 95/46 moet derhalve noodzakelijkerwijs aldus worden uitgelegd dat het de verplichting omvat om de duur van het mandaat van de toezichthoudende autoriteit te eerbiedigen tot het verstrijken ervan en dit slechts voortijdig te beëindigen met inachtneming van de voorschriften en waarborgen van de toepasselijke wettelijke regeling”.

4. Gelet op de leringen van dat arrest, wordt met dit voorontwerp de onafhankelijkheid van de Gegevensbeschermingsautoriteit in het gedrang gebracht omdat het ertoe leidt dat aan de mandaten van verscheidene “leden” van die autoriteit een einde gemaakt wordt zonder rekening te houden met de beperkingen opgelegd bij artikel 45, § 1, eerste lid, van de wet van 3 december 2017, waarin opgesomd is in welke gevallen een lid van zijn lopende mandaat ontheven kan worden (als de betrokkene op ernstige wijze tekortgeschoten is of niet langer aan de vereisten voor de uitvoering van zijn taken voldoet), zonder dat een dergelijke wijziging beantwoordt aan de noodzaak een bewezen schending van een hogere norm te verhelpen.

Met de omvorming van de “leden” naar wie aldus verwezen wordt tot “externe deskundigen” kan die aantasting van hun onafhankelijkheid niet verholpen worden, aangezien die beide hoedanigheden onderling sterk verschillen, ze noch dezelfde verantwoordelijkheden, noch dezelfde bevoegdheden meebrengen en ze evenmin dezelfde bezoldiging opleveren.

5. Bij artikel 30, 4°, van het voorontwerp (ontworpen artikel 29, § 4, van de wet van 3 december 2017) wordt eveneens een wijziging aangebracht in de voorwaarden waaraan men moet voldoen om aangewezen te kunnen worden als directeur van de geschillenkamer (die tevens lid is van het directiecomité) doordat daarin bepaald wordt dat die directeur een “magistraat” moet zijn. Het lid van het directiecomité dat belast is met de leiding van de geschillenkamer voldoet vandaag de dag niet aan die voorwaarde.

Bij artikel 66 van het voorontwerp wordt een overgangsregeling ingevoerd, aangezien daarin bepaald wordt dat

“[d]e personen die op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze wet lid zijn van het directiecomité (...) hun mandaat voor de rest van de duur ervan verder uit[oefenen]. Voor wat betreft de voorzitter van de geschillenkamer betreft het een afwijking van artikel 29, § 4, van deze wet”.

Die overgangsregeling heeft alleen betrekking op het lopende mandaat. Krachtens artikel 37 van de wet van 3 december 2017 (zowel in de huidige versie als in de ontworpen versie ervan), duren de mandaten van de leden van het directiecomité evenwel zes jaar en zijn ze eenmaal vernieuwbaar.

In het licht van de voormelde rechtspraak en van de zeer strikte interpretatie die door het Hof van Justitie van de Europese Unie gegeven wordt van het begrip onafhankelijkheid van de toezichthoudende autoriteit, valt niet uit te sluiten dat ervan uitgegaan zal worden dat met dit voorontwerp ook de onafhankelijkheid van dat lid aangetast wordt, aangezien daarbij het recht beperkt wordt op een mogelijke vernieuwing van het mandaat van lid van het directiecomité zoals die mogelijkheid thans vervat is in de wet van 3 december 2017, en een dergelijke wijziging niet beantwoordt aan de noodzaak een bewezen schending van een hogere norm te verhelpen.

In de hypothese dat de wijzigingen die aangebracht worden in artikel 36, § 3, van de wet van 3 december 2017 (ontworpen artikel 29, § 3, van de wet van 3 december 2017) tot gevolg zouden hebben dat de huidige leden van het directiecomité niet langer zouden beantwoorden aan de benoemingsvereisten van die bepaling, moet eenzelfde redenering gevolgd worden.

De invoering van een formele evaluatie na afloop van een eerste mandaat die, in geval van een negatief resultaat, tot gevolg zou hebben dat elke mogelijkheid om aan de geëvalueerde een nieuw mandaat toe te kennen, zou komen te vervallen, leidt eveneens tot een verstrenging van de voorwaarden voor de vernieuwing van dat mandaat. Het valt niet uit te sluiten dat het voorontwerp geacht zal worden de onafhankelijkheid van de leden van het directiecomité aan te tasten doordat het een beperking inhoudt van het recht op een mogelijke vernieuwing van het mandaat van lid van het directiecomité zoals die mogelijkheid thans geboden wordt door de wet van 3 december 2017, en een dergelijke wijziging niet beantwoordt aan de noodzaak een bewezen schending van een hogere norm te verhelpen.

6. Bijgevolg moet dit voorontwerp in dat opzicht grondig herzien worden met het oog op de naleving van artikel 52 van de AVG.

De rest van dit voorontwerp wordt slechts onder dit belangrijke voorbehoud onderzocht.

II. De vernummering van de bepalingen van de wet van 3 december 2017

Uit wetgevingstechnisch oogpunt is het raadzaam om artikelen van een dispositief nooit te vernummeren, zelfs niet indien een deel van het oorspronkelijk dispositief opgeheven wordt.

Vernummeren heeft immers grote nadelen: a) de lezer is gedwongen gewend te raken aan de nieuwe nummering, terwijl hij vertrouwd was met de oude; b) als de bestaande verwijzingen naar de vernummerde oorspronkelijke artikelen niet mee worden aangepast, worden ze onbegrijpelijk en moet de lezer extra inspanningen leveren; c) de rechtsleer en de rechtspraak waarin wordt verwezen naar de nummering zoals die op een bepaald ogenblik bestond, worden zelf minder begrijpelijk; d) als de vernummering betrekking heeft op artikelen van een wetgevende tekst op basis waarvan uitvoeringsbesluiten zijn uitgevaardigd, wordt de informatie van databanken waarin elektronische hyperlinks zijn gemaakt, onbruikbaar. Als niet wordt vernummerd, krijgt de lezer overigens interessante informatie over de ontwikkeling van de tekst: a) als een artikelnummer ontbreekt tussen twee artikelen, weet de lezer meteen dat een artikel is opgeheven; b) bij een artikel '...bis' of '.../1' weet de lezer meteen dat dit artikel is ingevoegd en dus niet in de oorspronkelijke tekst voorkwam.⁷

Bijgevolg moet het dispositief aldus herzien worden dat elke vernummering ongedaan wordt gemaakt.⁸

In dit advies wordt ter wille van de leesbaarheid evenwel de nieuwe nummering gebruikt, mede gelet op het feit dat de toelichting bij de artikelen van het voorontwerp thans opgebouwd is volgens een structuur waarbij de artikelen aangeduid worden door louter melding te

⁷ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling 125.

⁸ Die vernummering is bovendien ongelukkig en taalkundig onjuist geformuleerd in de beide versies van de tekst. Voor wat bv. de Franse versie betreft, wordt er naar de Franse versie van die opmerking (voetnoot) verwezen.

maken van de nummering van de ontworpen bepalingen van de wet van 3 december 2017. De bijzondere opmerkingen van dit advies, daarentegen, zijn zo gestructureerd dat naast het artikel van het voorontwerp ook het ontworpen artikel van de te wijzigen wet wordt vermeld volgens de nummering die bij het voorontwerp voorgesteld wordt.

Dat alles neemt niet weg dat:

– zoals hiervoor uiteengezet is, in het dispositief van het wetsontwerp dat bij de Kamer van volksvertegenwoordigers zal worden ingediend, vermeden dient te worden de artikelen van de wet van 3 december 2017 te vernummeren;

– de artikelsgewijze toelichting in datzelfde wetsontwerp opgebouwd moet worden volgens een structuur waarbij de artikelen aangeduid worden, niet volgens de nummering van de ontworpen bepalingen van de wet van 3 december 2017, maar volgens de nummering van de artikelen van het ontwerp zelf; daarbij moet vermeden worden dat in de artikelsgewijze toelichting louter naar bepaalde onderdelen van het ontwerp of van de wet van 3 december 2017 verwezen zou worden, bijvoorbeeld naar deze of gene afdeling, zonder zelfs maar melding te maken van het artikel dat daarbij toegelicht wordt.

III. Reglement van orde

1. Een van de grote assen waarrond het voorontwerp de hervorming tot stand brengt, bestaat erin dat de Gegevensbeschermingsautoriteit beoordelingsruimte en autonomie krijgt om haar werkwijze en interne organisatie te bepalen. Voortaan krijgt het directiecomité de taak te beslissen “over de interne organisatie en samenstelling van de Gegevensbeschermingsautoriteit, met inbegrip van de interne mobiliteit van het personeel tussen de interne organen (...)” (artikel 9, § 1, eerste lid, 3°, ontworpen in artikel 8 van het voorontwerp), dit door middel van een reglement van orde dat onder meer op die kwestie slaat (artikel 11, § 1, 1°, ontworpen in artikel 10 van het voorontwerp) en dat uiteindelijk door de Kamer van volksvertegenwoordigers moet worden “aangenomen” (artikel 11, § 3, tweede zin, ontworpen in artikel 10 van het voorontwerp).

Artikel 54, lid 1, van de AVG luidt als volgt:

“Elke lidstaat regelt al het volgende bij wet:

- a) de oprichting van elke toezichthoudende autoriteit;
- b) de vereiste kwalificaties en voorwaarden om als lid te worden benoemd voor elke toezichthoudende autoriteit;
- c) de regels en procedures voor de benoeming van het lid of de leden van elke toezichthoudende autoriteit;
- d) de ambtstermijn van het lid of de leden van elke toezichthoudende autoriteit, die ten minste vier jaar bedraagt, behoudens de eerste ambtstermijn na 24 mei 2016, die korter kan zijn wanneer dat nodig is om de onafhankelijkheid van de toezichthoudende autoriteit door middel van een in de tijd gespreide benoemingsprocedure te beschermen;
- e) of het lid of de leden van elke toezichthoudende autoriteit opnieuw kan of kunnen worden benoemd en zo ja, hoe vaak;

f) de voorwaarden in verband met de plichten van het lid of de leden en de personeelsleden van elke toezichthoudende autoriteit, de verboden op met die plichten onverenigbare handelingen, werkzaamheden en voordelen tijdens en na de ambtstermijn en de regels betreffende de beëindiging van de ambtstermijn onderscheidenlijk de arbeidsverhouding”.

Overweging 129 van de AVG bevat de volgende precisering:

“Met het oog op een consequent toezicht en eenvormige handhaving van deze verordening in de gehele Unie dienen de toezichthoudende autoriteiten in alle lidstaten dezelfde taken en feitelijke bevoegdheden te hebben, waaronder de bevoegdheden om onderzoek te verrichten, corrigerende maatregelen te nemen en sancties op te leggen, machtiging te verlenen en adviezen te verstrekken, in het bijzonder bij klachten van natuurlijke personen, en om, onverminderd de bevoegdheden die aan de met vervolging belaste autoriteiten conform het lidstatelijke recht zijn toegekend, inbreuken op deze verordening ter kennis van de rechterlijke instanties te brengen en gerechtelijke procedures in te leiden. Tot die bevoegdheden dient ook de bevoegdheid te behoren om een tijdelijke of definitieve beperking van de verwerking, waaronder een verwerkingsverbod, voor de verwerking op te leggen. De lidstaten kunnen krachtens deze verordening andere aan de bescherming van persoonsgegevens verwante taken specificeren. De bevoegdheden van de toezichthoudende autoriteiten moeten overeenkomstig passende in het Unierecht en het lidstatelijke recht bepaalde procedurele waarborgen, onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn worden uitgeoefend. Elke maatregel dient met name passend, noodzakelijk en evenredig te zijn met het oog op naleving van deze verordening en rekening houdend met de omstandigheden van elk individueel geval, het recht van iedere persoon te eerbiedigen om vóór het nemen van enige individuele maatregel die voor hem nadelige gevolgen zou hebben te worden gehoord, en overbodige kosten en buitensporige ongemakken voor de personen in kwestie te vermijden. Onderzoeksbevoegdheden betreffende toegang tot terreinen moeten overeenkomstig de specifieke voorschriften van het lidstatelijke procesrecht, zoals een verplichte voorafgaande toestemming van een rechterlijke instantie, worden uitgeoefend. Elke juridisch bindende maatregel van de toezichthoudende autoriteit dient schriftelijk, duidelijk en ondubbelzinnig te zijn, de toezichthoudende autoriteit die de maatregel heeft uitgevaardigd en de datum van uitvaardiging te vermelden, door het hoofd of een door het hoofd gemachtigd lid van de toezichthoudende autoriteit ondertekend te zijn, de redenen voor de maatregel te bevatten en naar het recht op een doeltreffende voorziening in rechte te verwijzen. Dit dient bijkomende voorschriften overeenkomstig het lidstatelijke procesrecht niet uit te sluiten. De vaststelling van juridisch bindende besluiten impliceert de mogelijkheid tot rechterlijke toetsing in de lidstaat van de toezichthoudende autoriteit die het besluit heeft vastgesteld”.

De ontworpen artikelen 9, eerste lid, 13°, 11 en 13 van de wet van 3 december 2017 (artikelen 8, 10 en 13 van het voorontwerp) sommen de kwesties op die op zijn minst moeten worden opgenomen in het reglement van orde van de Gegevensbeschermingsautoriteit. Daarbij zijn onder meer de procedureregels zoals die welke van toepassing zijn op de bemiddelingsprocedure, het zonder gevolg klasseren, de positie van de klager in de procedure, de verweermiddelen, de hoorzitting, de vertegenwoordiging van de partijen, de termijnen en de naleving van de door de Gegevensbeschermingsautoriteit opgelegde maatregelen (artikel 11, § 1, 3°, ontworpen in artikel 10 van het voorontwerp). Het reglement van orde moet ook de positie van de deskundigen regelen (ontworpen artikel 11, § 1, 4°) alsook de kanalen en procedures voor interne meldingen door klokkenluiders (ontworpen artikel 11, § 1, 6°). Voorts wordt artikel 97 van de wet van 3 december 2017, luidens welk de vaststelling van een inbreuk aan de procureur des Konings moet

worden overgezonden, bij artikel 54 van het voorontwerp opgeheven, zodat die kwestie voortaan lijkt te moeten worden geregeld door het reglement van orde.

2. In advies 69.166/4, op 10 juni 2021 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 21 december 2021 ‘houdende omzetting van het Europees Wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie’, heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State in verband met de principes die van toepassing zijn op het verlenen van een verordenende bevoegdheid aan een onafhankelijke administratieve overheid, op het volgende gewezen:

“2.1. Met betrekking tot het toekennen van een bevoegdheid van verordenende aard aan een overheid die geen politieke verantwoording hoeft af te leggen aan de betrokken wetgevende vergaderingen - dat wil zeggen aan een andere overheid dan de Koning die optreedt met medeondertekening van een minister of een minister - heeft de afdeling Wetgeving er in het verleden al meermaals op gewezen dat het toekennen van een verordeningsbevoegdheid aan overheidsinstanties of aan organen ervan moeilijk verenigbaar is met de algemene beginselen van het Belgisch publiekrecht (artikelen 33 en 108 van de Grondwet), aangezien daardoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en ter zake iedere rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Verordeningen van die aard ontberen daarenboven de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking en de preventieve controle van de afdeling Wetgeving.

In het verleden heeft de afdeling Wetgeving weliswaar reeds bepaalde uitzonderingen op het verbod om aan overheidsinstanties een verordeningsbevoegdheid te delegeren aanvaardbaar geacht, maar daarbij ging het doorgaans om delegaties met een beperkte draagwijdte en van een zodanig technische aard dat ervan uitgegaan kon worden dat de instanties die de betrokken regelgeving moesten toepassen, eveneens de meest aangewezen instanties waren om ze uit te werken.⁹

De afdeling Wetgeving heeft er echter reeds op gewezen dat het, zelfs in die gevallen, belangrijk is dat die verordeningen tot stand komen ten gevolge van een beslissing van de Koning op voorstel van de instantie of dat ze op zijn minst goedgekeurd worden door de Koning en, zodoende, bekendgemaakt worden in het *Belgisch Staatsblad*.¹⁰ Op die manier wordt de verantwoordelijkheid voor de betrokken verordening opgenomen door een instantie die aan de wetgevende kamers politieke verantwoording verschuldigd is.

Gelet op de aldus in herinnering gebrachte beginselen, kan aan het BIPT, dat een onafhankelijke administratieve overheid is, in principe geen verordeningsbevoegdheid verleend worden tenzij voor technische nevenaspecten waarvoor ervan uitgegaan kan worden dat het BIPT, dat de regelgeving in kwestie moet toepassen, eveneens de meest aangewezen instantie is om ze uit te werken. Daarenboven moet de verantwoordelijkheid voor die verordeningen opgenomen kunnen worden door een politiek verantwoordelijke overheid, ofwel doordat die overheid – in casu de Koning – optreedt op voorstel van het BIPT, ofwel doordat diezelfde overheid de verordeningsmaatregelen moet goedkeuren. Die

⁹ Voetnoot 7 van het geciteerde advies: Zie bijvoorbeeld advies 42.387/VR, dat op 27 maart 2007 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 15 mei 2007 ‘houdende instemming met het samenwerkingsakkoord tussen de Federale Overheid, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest inzake de uitvoering van sommige bepalingen van het Protocol van Kyoto’, afgesloten te Brussel, op 19 februari 2007, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/42387.pdf> en advies 63.288/4, dat op 30 april 2018 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 19 juli 2018 ‘inzake toegankelijkheid van de websites en mobiele applicaties van overheidsinstanties’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/63288.pdf>.

¹⁰ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: Zie advies 63.288/4.

laatste voorwaarde hoeft in voorkomend geval niet vervuld te worden voor uiterst technische maatregelen die slechts genomen worden in gevallen waarbij de verordeningsbevoegdheid niet impliceert dat een echte beoordelingsbevoegdheid uitgeoefend moet worden waarbij opportuiniteitskeuzes gemaakt moeten worden, bijvoorbeeld wanneer de betrokken regelgeving al volledig of bijna volledig vastgelegd is in het Europees recht”.¹¹

De afdeling Wetgeving heeft er, steunend op arrest nr. 71/2016 van het Grondwettelijk Hof van 25 mei 2016, ook op gewezen dat de wetgever aan een onafhankelijke overheid “een verordenende bevoegdheid kan en zelfs moet geven in de gevallen waarin het Europees recht een dergelijke bevoegdheid exclusief aan de ‘nationale regelgevende instanties’ verleent”.¹² Ze heeft evenwel het volgende gepreciseerd:

“Daarentegen valt uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof niet af te leiden dat dergelijke bevoegdheden aan [zulk een onafhankelijke overheid] kunnen worden toegewezen in de gevallen waarin het Europees recht voorziet in het optreden van de ‘lidstaten’ of van de ‘bevoegde instanties van de lidstaten’, aangezien aldus geen enkele bevoegdheid exclusief aan de ‘regelgevende instanties’ wordt verleend. Dat geldt *a priori* ook wanneer het Europees recht de lidstaten de keuze laat om een bepaalde opdracht aan de regelgevende instantie dan wel aan de bevoegde instanties te geven”.¹³

Wat betreft de elementen bedoeld in het ontworpen artikel 11, § 1, 3°, 4° en 6°, van de wet van 3 december 2017 of in het huidige artikel 97 van die wet, verleent de AVG *in casu* geen enkele verordenende bevoegdheid rechtstreeks aan de toezichthoudende autoriteiten. Luidens overweging 129 van de AVG staat het daarentegen aan de lidstaten de taken van die autoriteiten vast te stellen en te bepalen welke procedure deze moeten toepassen met naleving van het recht van die lidstaten.

Bij het voorgaande komt nog het feit dat de Gegevensbeschermingsautoriteit institutioneel gezien een onafhankelijke overheid is, verbonden met de Kamer van volksvertegenwoordigers en niet met de uitvoerende macht. Gelet op al die elementen dient men te beoordelen, enerzijds, of het reglement van orde van de Gegevensbeschermingsautoriteit de “kwesties” mag regelen die luidens het ontworpen artikel 11, § 1, van de wet van 3 december 2017 onder dat reglement vallen, en, anderzijds, of de voorwaarden waaronder de Kamer van volksvertegenwoordigers optreedt ingeval het directiecomité haar dat reglement van orde voorlegt, wel aanvaardbaar of coherent zijn in het licht van het voorontwerp in zijn geheel beschouwd.

¹¹ Advies 69.166/4, op 10 juni 2021 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 21 december 2021 ‘houdende omzetting van het Europees Wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie’ (Parl.St. Kamer 2020-21, nr. 55-2256, 317-318, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/69166.pdf>).

¹² *Ibidem*, opmerking 2.2.4 (*loc.cit.*, 329).

¹³ *Ibidem*.

3. Wat de eerste vraag betreft, dient te worden vastgesteld dat de “kwesties” die het voorliggende voorontwerp van wet door het reglement van orde van de Gegevensbeschermingsautoriteit laat regelen, strikt genomen niet altijd te maken hebben met de interne organisatie van die laatstgenoemde autoriteit, of noch technische noch detailkwesties zijn.

Zo mag een dergelijk reglement geen enkele regel bevatten die de rechten van de burger beperkt of die hem verplichtingen oplegt. Een dergelijke strekking vindt men per definitie echter wel in procedureregels (met name die welke voorschrijven dat de vaststelling van een inbreuk aan de procureur des Konings moet worden overgezonden), regels betreffende de klokkenluiders¹⁴ of regels die de positie van de deskundigen regelen. De essentiële elementen van die regels moeten dus worden vastgesteld door de wetgever, wat betekent dat de punten 3°, 4° en 6° van het ontworpen artikel 11, § 1, van de wet van 3 december 2017 (artikel 10 van het voorontwerp) moeten worden weggelaten of grondig moeten worden herzien, en dat de opheffing waarin artikel 54 van het voorontwerp voorziet, moet worden heroverwogen.

Wat de tweede vraag betreft, dient erop te worden gewezen dat in het ontworpen artikel 11, § 1, eerste lid, en § 3, tweede zin, van de wet van 3 december 2017 (artikel 10 van het voorontwerp) wordt bepaald dat “[d]e Gegevensbeschermingsautoriteit (...) een reglement van interne orde aan[neemt] (...)” en tegelijkertijd wordt gesteld dat “[d]e Kamer van volksvertegenwoordigers (...) het reglement van interne orde (...) aan[neemt]”. De huidige versie van artikel 11, derde lid, van de wet voorziet dan weer in een “goedkeuring” van het reglement van orde van de Gegevensbeschermingsautoriteit door de Kamer van volksvertegenwoordigers.

Ook andere wetgevende bepalingen voorzien in de goedkeuring van reglementen van orde door de Kamer van volksvertegenwoordiging. Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 60, tweede lid, van de wet van 18 juli 1991 ‘tot regeling van het toezicht op politie- en inlichtingendiensten en op het Coördinatieorgaan voor de dreigingsanalyse’, dat betrekking heeft op de reglementen van orde van de Vaste Comités P en I en op het reglement van orde van de gezamenlijke vergaderingen van die twee comités, of nog met artikel 17 van de wet van 22 maart 1995 ‘tot instelling van federale ombudsmannen’.

Om geen enkele onduidelijkheid te laten bestaan over de strekking van het optreden van de Kamer, zouden, indien dat inderdaad de bedoeling van de wetgever is, de woorden “neemt (...) aan” in het ontworpen artikel 11, § 3, tweede zin, van de wet van 3 december 2017 moeten worden vervangen door de woorden “keurt (...) goed”. Dat zal dan beter passen in de algehele filosofie van het voorontwerp, dat in het ontworpen artikel 11, § 3, eerste zin, trouwens stelt dat het directiecomité “het reglement van interne orde alsook latere wijzigingen aan het reglement (...) aan de Kamer van volksvertegenwoordigers [voorlegt]”. Die laatste formulering, die verwijst naar het reglement van orde en niet naar het ontwerp daarvan, veronderstelt immers uit de aard der zaak dat het optreden van de Kamer in verband met dat reglement de vorm van een goedkeuring aanneemt, die typisch is voor de rechtsfiguur van hoog toezicht, eerder dan dat de Kamer het reglement in kwestie zelf vaststelt door het over te nemen.

¹⁴ Deze opmerking wordt geformuleerd onverminderd de fundamentele opmerking die over artikel 40 van het voorontwerp wordt gemaakt.

IV. De directeurs van de “interne” organen

1. Alle bepalingen tot organisatie van de directie van de verschillende “interne” organen van de Gegevensbeschermingsautoriteit werden gewijzigd, zodat het bedoelde orgaan niet meer “onder leiding van” maar “onder de bevoegdheid” van de aangewezen persoon staat (artikelen 7, tweede lid, 17, 18, § 2, 23 en 27, § 1, ontworpen in de artikelen 5, 3°, 16, 17, 3°, 24 en 26, 1°, van het voorontwerp).

Het is niet duidelijk wat met die wijziging wordt bedoeld.

Op een vraag daarover heeft de gemachtigde van de staatssecretaris het volgende geantwoord:

“Il a donc été jugé opportun de modifier aussi la terminologie quant au rôle des directeurs vis-à-vis de leurs organes respectifs afin d’accentuer le changement de paradigme que le directeur est attribué la gestion journalière de son organe sans exclure une collaboration ou intervention potentielle avec d’autres directeurs ou le comité de direction”.

Die uitleg is ontoereikend om het verschil te verklaren tussen enerzijds de omstandigheid dat een overheid een dienst of een orgaan leidt, en anderzijds de omstandigheid dat die overheid voor die dienst of dat orgaan bevoegd is. Aangezien, behalve in gevallen waarin een vergissing of een redactionele onnauwkeurigheid moet worden rechtgezet, een tekst in principe alleen mag worden gewijzigd om de feitelijke inhoud van de daarin vervatte regel te wijzigen, moet van de voorliggende wijzigingen worden afgezien.

2. Het begrip “orgaan” wordt in verschillende bepalingen van het voorontwerp aangevuld met het woord “intern”, terwijl het orgaan van een rechtspersoon¹⁵ per definitie “intern” is ten opzichte van die rechtspersoon.

Onder voorbehoud van een bijkomende uitleg, die dan in de memorie van toelichting zou moeten staan, moet dat woord “intern” worden weggelaten.

DISPOSITIEF

Artikel 2

Ontworpen artikel 4 van de wet van 3 december 2017

1. Het feit dat het recht op eerbiediging van het privéleven geen absoluut recht is en dat het moet worden afgewogen tegen de andere fundamentele rechten en vrijheden, is een vast beginsel van de rechtspraak ter zake.¹⁶ Bovendien is de AVG rechtstreeks toepasselijk en moet ze

¹⁵ Luidens artikel 3, derde lid, eerste zin, van de wet van 3 december 2017 “bezit [de Gegevensbeschermingsautoriteit] rechtspersoonlijkheid”.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld GwH 18 november 2021, nr. 158/2021, B.13.1.

worden geïnterpreteerd in het licht van haar overwegingen, met name overweging 4, die het leidende beginsel formuleert waarnaar wordt verwezen in het tweede lid van het ontworpen artikel 4, § 1; dat lid moet dus worden weggelaten.

2. In de Franse tekst van het tweede lid van paragraaf 2 van het ontworpen artikel 4 moet een negatie worden toegevoegd, en wel als volgt:

“Lorsqu’aucune autorité de contrôle n’a été désignée, (het vervolg zoals in het voorontwerp)”.

Artikel 3 *Ontworpen artikel 5*

Uit de toevoeging van het adjectief “interne” in artikel 5, tweede lid, van de wet van 3 december 2017 volgt dat die bepaling, die van toepassing is op de Gegevensbeschermingsautoriteit, zou moeten worden gelezen als volgt:

“De leden van haar interne organen en haar personeelsleden zijn niet burgerlijk aansprakelijk voor hun beslissingen, handelingen of gedragingen in de uitoefening van de wettelijke opdrachten van de Gegevensbeschermingsautoriteit, behalve in de gevallen voorzien bij wet”.

Boven op algemene opmerking IV, 2, over de klaarblijkelijke nutteloosheid van de toevoeging van het adjectief “interne” voor het woord “organen”, heeft de afdeling Wetgeving vragen over de specifieke strekking van die toevoeging in artikel 5, tweede lid, van de wet van 3 december 2017, des te meer daar die bepaling niet wordt verduidelijkt in de artikelsgewijze toelichting.

Als het de bedoeling is de externen die actief betrokken zijn bij de werkzaamheden van de organen van de Gegevensbeschermingsautoriteit, zonder er lid van te zijn, uit te sluiten van de regeling van gedeeltelijke vrijstelling van aansprakelijkheid zoals bedoeld in artikel 5, tweede lid, van de wet van 3 december 2017, nog los van het feit dat de tekst die bedoeling niet weerspiegelt, zou de steller van het voorontwerp dat verschil in behandeling moeten kunnen rechtvaardigen in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en non-discriminatie.

Nog fundamenteler is dat die regeling inzake vrijstelling van aansprakelijkheid zelf vragen oproept en op dezelfde wijze moet worden gerechtvaardigd.

Doordat de bepaling voorts een uitzondering maakt voor “de gevallen voorzien bij wet”, waarin de betrokkenen desondanks toch aansprakelijk zouden zijn, refereert ze inzonderheid aan de artikelen 1382 en 1383 van het Oud Burgerlijk Wetboek, die het gemene recht ter zake vormen, wat de helderheid van het dispositief niet ten goede komt.¹⁷

Artikel 5 *Ontworpen artikel 7*

Zoals het ontworpen artikel 7, tweede lid, is gesteld, houdt het geen rekening met de mogelijke oprichting van andere “interne” organen, boven op die welke worden opgesomd in het ontworpen artikel 7, eerste lid, 3° tot 6°, van de wet van 3 december 2017.

Op een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de staatssecretaris de volgende uitleg gegeven:

“L'exposé des motifs l'indique clairement ‘Il est également précisé que tout organe interne, qu'il soit établi par la loi ou créé par le comité de direction, doit relever de la compétence d'un directeur. Cela pourrait avoir pour conséquence qu'un membre du comité de direction soit compétent pour plus d'un organe interne. Toutefois, la présidence de l'APD, qui implique être en charge du comité de direction, ne peut être cumulée avec la compétence pour un autre organe interne”.

De gemachtigde is het er wel mee eens dat het aanbeveling verdient een en ander te preciseren in de wet zelf.

Bijgevolg moet het dispositief van het ontworpen artikel 7, tweede lid, als volgt worden geherformuleerd:

“Elk intern orgaan van de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de punten 3° tot 6°, alsook de interne organen die in voorkomend geval worden opgericht bij het reglement van orde, staan onder de bevoegdheid van een ander lid van het directiecomité”.¹⁸

¹⁷ In het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017, zoals dat was voorgelegd aan de afdeling Wetgeving, die er op 27 juni 2017 advies 61.267/2/AV over heeft gegeven, was artikel 5, tweede lid, gesteld als volgt: “De leden van haar organen en haar personeelsleden zijn niet burgerlijk aansprakelijk voor hun beslissingen, handelingen of gedragingen in de uitoefening van de wettelijke opdrachten van de Gegevensbeschermingsautoriteit behalve in geval van bedrog of zware fout”.

Tot besluit van de algemene opmerkingen in advies 61.267/2/AV heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving de volgende opmerking geformuleerd:

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

Dit voorontwerp wordt dan ook niet nader onderzocht” (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 132).

De afdeling Wetgeving heeft artikel 5, tweede lid, van het voorontwerp dus niet onderzocht in haar voornoemde advies; zij is naderhand niet meer geraadpleegd.

¹⁸ In verband met de uitdrukking “staan onder de bevoegdheid” wordt verwezen naar algemene opmerking IV, 1.

Artikel 6

Ontworpen opschrift van “afdeling 1” van het “eerste hoofdstuk” van de wet van 3 december 2017

1. De woorden “de titel” en “Le titre” in respectievelijk de Nederlandse en de Franse tekst van de inleidende zin van dit artikel zijn ongelukkig gekozen en moeten worden vervangen door respectievelijk de woorden “het opschrift” en “L'intitulé”.

Een gelijkaardige opmerking geldt voor artikel 18 van het voorontwerp.

2. Er bestaat geen “afdeling 1” in hoofdstuk 1 van de wet van 3 december 2017.

Op een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de staatssecretaris bevestigd dat hij in werkelijkheid het opschrift van afdeling 1 van hoofdstuk 2 van de wet van 3 december 2017 wil wijzigen.

Die fout moet worden rechtgezet.

De beoogde wijziging moet komen na de wijziging van artikel 8 van de wet van 3 december 2017 bij artikel 7 van het voorontwerp, aangezien afdeling 1 de artikelen 9 tot 18 van de wet van 3 december 2017 bevat. Ter wille van de duidelijkheid en de samenhang is het immers belangrijk dat men de wijzigingen die men in de wet aanbrengt, vermeldt volgens de oplopende volgorde van de gewijzigde artikelen.

Artikel 7

Ontworpen artikel 8

1. Aangezien artikel 7 strekt tot vervanging van artikel 8 van de wet van 3 december 2017, dienen het eerste lid en de inleidende zin van het tweede lid van dat artikel 7 te worden vervangen door een inleidende zin die gesteld is als volgt:

“Artikel 8 van dezelfde wet wordt vervangen door een nieuw artikel 8, ingevoegd in afdeling 2 van hoofdstuk 2, luidende als volgt: (...)”.

2. In het voorontwerp moet aanvullend worden vastgesteld hoe de taalrol van de betrokkenen zal worden bepaald overeenkomstig het ontworpen artikel 8, § 1, derde lid, van de wet van 3 december 2017 en de andere bepalingen van die wet die naar dat begrip verwijzen, zoals bijvoorbeeld artikel 40, vervangen bij artikel 34 van het voorontwerp.

Artikelen 8, 13, 36 en 47

Ontworpen artikelen 9, 13, 35 en 46

Het ontworpen artikel 9, § 2, van de wet van 3 december 2017 (artikel 8 van het voorontwerp) bepaalt dat het directiecomité optreedt “als collegiaal orgaan”. Uit de tweede zin van het eerste lid van paragraaf 3 van hetzelfde artikel en uit het derde lid van dezelfde paragraaf 3

volgt echter dat, wanneer de leden geen consensus bereiken over de beslissingen binnen het directiecomité, de beslissingen worden genomen bij een meerderheid die in het reglement van orde wordt bepaald.

Door de formulering van sommige bepalingen van het voorontwerp kan evenwel gereede twijfel ontstaan met betrekking tot de vraag of die bepalingen onder de toepassing van de zonet uiteengezette regels vallen, dan wel of ze daar integendeel van zouden afwijken.

Het gaat bijvoorbeeld om het ontworpen artikel 13, tweede lid, van de wet van 3 december 2017 (artikel 13 van het voorontwerp), dat bepaalt dat de daarin beoogde specifieke beslissing “collegiaal genomen [wordt] door het directiecomité”, en om het ontworpen artikel 35, eerste lid, tweede zin, van dezelfde wet (artikel 36 van het voorontwerp), dat bepaalt dat de daarin beoogde beslissing genomen wordt “bij consensus tussen de resterende leden”.

Als de aldus gekozen formuleringen geen afwijking inhouden van de regels vervat in het ontworpen artikel 9, § 3, van de wet van 3 december 2017, dat niet uitsluit dat de consensus kan worden bereikt met een meerderheid van stemmen binnen het directiecomité, zijn ze nutteloos en moeten ze worden weggelaten om elke verwarring te voorkomen in verband met de vaststelling van de regel die effectief van toepassing is.

Als het daarentegen de bedoeling is te bepalen dat de twee types beslissing waarvan sprake is in de artikelen 13, tweede lid, en 35, eerste lid, tweede zin, van het voorontwerp, alleen kunnen worden genomen als geen enkel lid van het directiecomité ze verwerpt, dan moeten de bepalingen in kwestie in die zin worden gesteld en worden voorgesteld als afwijkingen van de regels vervat in het ontworpen artikel 9, § 3, derde lid.

Ten slotte wordt in de toelichting bij artikel 47 van het voorontwerp (ontworpen artikel 46, § 1, derde lid, van de wet van 3 december 2017) aanbevolen dat de beslissing tot het afsluiten van de protocollen, waarnaar de in dat artikel ontworpen bepalingen verwijzen, “unaniem door het directiecomité” wordt genomen.

Aangezien dispositief dat in het betreffende artikel wordt ontworpen, niet voorziet in het unanimitévereiste, moeten de toelichting bij de bepaling en het dispositief op elkaar worden afgestemd.

Artikel 8

Ontworpen artikel 9

1. Gelet op het feit dat, zoals wordt opgemerkt in algemene opmerking I, 1, de “leden” van de Gegevensbeschermingsautoriteit alleen die zijn welke het directiecomité vormen, dient het woord “leden” in de derde zin van het ontworpen artikel 9, § 1, eerste lid, 3°, te worden vervangen door het woord “ambtenaren” of door het woord “personeelsleden”.

2. Wanneer een bepaling een interne verwijzing maakt naar een andere bepaling van de wet waarin ze opgenomen is, zijn de woorden “van deze wet” overbodig en maken ze het dispositief onnodig zwaar.

Die formulering worden moet weggelaten uit het ontworpen artikel 9, § 1, eerste lid, 6°, van de wet van 3 december 2017 en uit alle andere gelijkaardige vermeldingen in het voorontwerp. Hetzelfde geldt voor formuleringen zoals “van deze paragraaf” (“de ce paragraphe”, lees “du présent paragraphe”, in de Franse tekst) wanneer de paragraaf waarnaar wordt verwezen deel uitmaakt van hetzelfde artikel, zoals bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 9, § 3, eerste lid.

3.1. In paragraaf 1, eerste lid, 7°, geeft het zinsdeel “het wordt systematisch betrokken bij alle strategische aankoopdossiers” aanleiding tot de volgende opmerkingen.

3.2. Ook al lijkt het de bedoeling om alle aankoopdossiers in kwestie te onderwerpen aan het ontworpen dispositief, de woorden “systematisch” en “alle” zijn nutteloos; in dit geval volstaat het lidwoord “de”.

3.3. De draagwijdte van het begrip “betrokkenheid” bij de aankoopdossiers is onduidelijk.

Als men wil bepalen dat de beslissingen in verband met de aankopen in kwestie moeten uitgaan van het directiecomité, moet het dispositief in die zin gesteld worden.

3.4. Aan de hand van de formulering “strategische aankoopdossiers” kan evenmin bepaald worden om welke aankopen het gaat.

De tekst moet ook op dat punt worden verduidelijkt.

4. De bevoegdheid die het ontworpen artikel 9, § 1, eerste lid, 13°, van de wet van 3 december 2017 aan het directiecomité verleent om een zaak aan zich te trekken, bevat geen enkele beperking ter voorkoming van verwarring tussen de bevoegdheden van de inspectiedienst enerzijds en die van de geschillenkamer anderzijds.

Op een vraag daarover heeft de gemachtigde van de staatssecretaris de volgende uitleg gegeven:

“Cette disposition doit être lue conjointement avec le nouvel article 11, § 2 qui stipule que ‘Le règlement d’ordre intérieur prévoit que le service d’inspection et la chambre contentieuse agissent de manière strictement séparée les uns des autres’”.

Die precisering van het reglement van orde is evenwel niet van toepassing op de werkwijze van het directiecomité zelf. De vraag rijst hoe men in de praktijk die scheiding tussen het onderzoek en de beslissing concreet in acht zal kunnen nemen in het geval dat het directiecomité een zaak aan zich trekt.

Het dispositief moet worden verduidelijkt en in voorkomend geval gewijzigd om met die bekommernis rekening te houden.

5. Bovendien houdt het ontworpen artikel 9, § 1, eerste lid, 13°, geen rekening met de andere “interne” organen die het directiecomité overeenkomstig het ontworpen artikel 7 zou kunnen oprichten.

6. De leden 1 en 2 van artikel 52 van de AVG bepalen:

“1. Elke toezichthoudende autoriteit treedt volledig onafhankelijk op bij de uitvoering van de taken en de uitoefening van de bevoegdheden die haar overeenkomstig deze verordening zijn toegewezen.

2. Bij de uitvoering van hun taken en de uitoefening van hun bevoegdheden overeenkomstig deze verordening blijven de leden van elke toezichthoudende autoriteit vrij van al dan niet rechtstreekse externe invloed en vragen noch aanvaarden zij instructies van wie dan ook”.

Overweging 118 van de AVG luidt:

“De onafhankelijkheid van de toezichthoudende autoriteiten houdt niet in dat de toezichthoudende autoriteiten niet kunnen worden onderworpen aan controle- of toezichtsmechanismen betreffende hun financiële uitgaven of aan rechterlijke toetsing”.

In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is eraan herinnerd dat het vereiste van onafhankelijkheid van de toezichthoudende autoriteiten niet langer gewaarborgd is als er een risico bestaat op “geanticiperde gehoorzaamheid” aan een overheid die een vorm van toezicht uitoefent op de toezichthoudende autoriteit.¹⁹

Doordat het voorontwerp voorschrijft dat het strategisch plan moet worden goedgekeurd door de Kamer van volksvertegenwoordigers, wordt toegestaan dat de Kamer de opportuniteit nagaat van de uitoefening door de toezichthoudende autoriteit van de opdrachten die ze krachtens artikel 57 van de AVG uitvoert.

Die goedkeuring lijkt verder te reiken dan het toezicht op het financieel beheer. Ter herinnering: op dat beheer wordt al toegezien via de jaarlijkse goedkeuring van de begroting en de rekeningen (artikel 49 van de wet van 3 december 2017) en door de jaarlijkse rapportage die de Gegevensbeschermingsautoriteit moet doen. De bij het ontworpen artikel 49 (artikel 43 van het voorontwerp) opgelegde verplichting om samen met het jaarlijkse begrotingsvoorstel het strategisch plan over te zenden, maakt op zich reeds een toezicht op het financieel beheer mogelijk.

Bijgevolg moet het ontworpen artikel 9, § 1, tweede lid, worden weggelaten.

7. Het eerste en het tweede lid van de ontworpen paragraaf 3 zijn niet met elkaar verenigbaar: het ene vereist de aanwezigheid van alle leden van het directiecomité om te “beslissen” (lees: “een beslissing nemen”) en volgens het andere, dat hetzelfde voorwerp heeft, kunnen de leden worden “vervangen” door andere.

Die incoherentie moet verholpen worden.

¹⁹ HvJ 9 maart 2010, C-518/07, *Commissie v. Duitsland*, punt 36; 16 oktober 2012, C-614/10, *Commissie v. Oostenrijk*, punt 51.

Artikel 10

Ontworpen artikel 11

De bevoegdheden die in artikel 58 van de AVG worden genoemd stemmen niet volledig overeen met de taken die in artikel 57 van de AVG worden opgelijst.

Omwille van de rechtszekerheid en de volledigheid dient het ontworpen artikel 11, § 1, 1°, ook te verwijzen naar die laatste bepaling.

Artikel 12

Ontworpen artikel 12

In de Franse tekst van het eerste lid, 2°, van het ontworpen artikel 12 van de wet van 3 december 2017 is sprake van het “plan de gestion”. In de Nederlandse tekst van die bepaling wordt daarvoor de term “beheersplan” gebruikt.

Indien “plan de gestion” inderdaad naar het “beheersplan” verwijst, dient men met het oog op een uniforme terminologie in de Franse tekst de term “plan de management” te gebruiken, die ook wordt gebruikt in ontworpen artikel 12, tweede lid, alsook in artikel 8 (ontworpen artikel 9, § 1, 1° en 2°) en artikel 43 (ontworpen artikel 42) van het voorontwerp.

Artikel 13

Ontworpen artikel 18

1. Aangezien de twee zinnen van het ontworpen eerste lid respectievelijk de begrippen “vertegenwoordiging” en “externe vertegenwoordiging” van de Gegevensbeschermingsautoriteit gebruiken, zou men daaruit kunnen afleiden dat het om twee verschillende juridische realiteiten gaat, wat niet noodzakelijk het geval lijkt te zijn.

Ofwel moet de tekst in functie van de intentie van de steller van het voorontwerp worden herzien, ofwel moet het woord “extern” aan het einde van het eerste lid worden weggelaten.

2. In het ontworpen tweede lid lijkt het begrip “[ondertekening van] verbintenissen met derde partijen” te vallen onder het in dezelfde bepaling voorkomende algemene begrip “beslissing om op te treden in rechte namens de Gegevensbeschermingsautoriteit”.

Indien dat begrip “ondertekening” verwijst naar de materiële handeling van het plaatsen van een handtekening of naar het aangaan van een verbintenis door de Gegevensbeschermingsautoriteit, valt het onder het begrip “vertegenwoordiging” dat wordt geregeld in het ontworpen eerste lid.

De tweede zinsnede van het ontworpen tweede lid moet worden weggelaten tenzij ze uitdrukkelijk wordt geëxpliciteerd.

Artikel 14

Ontworpen artikel 14

1. Het ontworpen artikel 14, § 3, eerste lid, van de wet van 3 december 2017 verwijst naar het eerste lid, terwijl moet worden verwezen naar paragraaf 1.

Het dispositief moet in die zin worden gewijzigd.

2. Het ontworpen artikel 14, § 3, tweede lid, verleent een machtiging om bijkomende deskundigen aan te stellen onder de tweeledige voorwaarde dat daartoe een urgentie bestaat die afdoend gemotiveerd wordt en dat de expertise niet voorhanden is binnen de Gegevensbeschermingsautoriteit noch binnen de reserve van deskundigen.

Gevraagd naar de draagwijdte en de relevantie van de aldus gestelde voorwaarde van urgentie, heeft de gemachtigde van de staatssecretaris de volgende toelichting verschaft:

“(…)

Afin de renforcer l'expertise de l'APD ainsi que son indépendance, il a été jugé opportun d'introduire explicitement dans la loi un système de cascade qui s'applique selon quelques modalités et certaines conditions.

La possibilité pour le comité de direction de l'APD de recourir à des experts supplémentaires doit être considérée comme une procédure exceptionnelle et d'urgence qui va de pair avec un degré de flexibilité d'action.

Toutefois, puisqu'il s'agit d'un dernier recours dans le système de cascade, il a été jugé opportun que l'APD soit transparente quant à la nécessité de s'appuyer sur un mécanisme d'exception.

Dans la pratique, la condition d'urgence correspond à une motivation de la nécessité pour l'APD d'exercer une tâche. La nécessité est reflétée par la décision adoptée au sein du comité de direction suivant une délibération entre les directeurs.

Vu que la désignation d'experts supplémentaires n'est pas soumise à l'approbation par la Chambre et relève donc entièrement de la compétence de l'APD, ce dernier recours dans le système de cascade respecte l'article 52, § 4 du RGPD.

(…)”.

In het licht van die uitleg lijkt het meer in overeenstemming te zijn met het nagestreefde doel en met de op de Belgische Staat rustende verplichting om de Gegevensbeschermingsautoriteit de nodige middelen te verschaffen om haar opdrachten te vervullen,²⁰ dat de voorwaarde inzake urgentie zou worden vervangen door een noodzakelijkheidsvereiste, naar behoren gerechtvaardigd in het licht van de te vervullen taak.

²⁰ Zoals in de toelichting bij het artikel wordt opgemerkt, “dient de GBA voldoende gewapend te zijn om ontwikkelingen in diverse sferen van de maatschappij mee in overweging te kunnen nemen”. Artikel 52, lid 4, van de AVG schrijft overigens voor dat “[elke] lidstaat ervoor [zorgt] dat elke toezichthoudende autoriteit beschikt over de personele, technische en financiële middelen, en de bedrijfsruimten en infrastructuur die nodig zijn voor het effectief uitvoeren van haar taken en uitoefenen van haar bevoegdheden”.

3. Het ontworpen artikel 14, § 5, derde lid, van de wet van 3 december 2017 voorziet louter in een mogelijkheid tot openbaarmaking van de verklaring van de deskundigen dat ze niet in een belangenconflict betrokken zijn, en in een mogelijkheid om deskundigen die in een belangenconflict betrokken zijn, te weren. Dat is niet aanvaardbaar in het licht van de waarborg inzake onafhankelijkheid die de deskundigen moeten bieden.

Het dispositief moet worden herzien zodat wordt voorzien in een verplichting tot openbaarmaking en verwijdering.

Een verwijzing naar de openbaarheid van bestuur is overigens niet dienstig aangezien de mogelijkheden om daarvan af te wijken, worden geregeld in de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’. De woorden “en kunnen worden opgevraagd in het kader van de openbaarheid van bestuur” moeten worden geschrapt zodat niet de indruk wordt gewekt dat het voorontwerp wil afwijken van de wet van 11 april 1994.

4. Volgens de ontworpen paragraaf 6 kan de Gegevensbeschermingsautoriteit om “de analyse verzoeken van eender welke publieke of private instelling”; de bepaling stelt voorts dat die analyses “namens de verzochte instelling [worden] geleverd en (...) niet-bindend [zijn]”.

Het spreekt voor zich dat een publiekrechtelijke rechtspersoon, zoals *in casu* de Gegevensbeschermingsautoriteit, net als elke andere rechtspersoon wie dan ook kan verzoeken om deze of gene analyse van een bepaald onderwerp te bezorgen, zonder dat dit voor de aangezochte instantie een verplichting inhoudt om aan de ontvangen aanvraag te voldoen.

Indien het de bedoeling is om die evidentie in herinnering te brengen, is de bepaling overbodig en moet ze worden weggelaten.

Indien het daarentegen de bedoeling is om de adressaten van een dergelijk verzoek te verplichten daarop in te gaan of actiever samen te werken met de Gegevensbeschermingsautoriteit op grond van de verzoeken van die laatste, dan zou in het voorontwerp moeten worden vastgelegd welke verplichtingen een dergelijk verzoek precies doet ontstaan voor de adressaten ervan en welke rechtsregels daarop van toepassing zijn. Men zou er tegelijkertijd voor moeten zorgen dat de samenwerking, die aldus voor de betrokken instanties verplicht is gesteld, voorts in de lijn ligt van de wettelijke of statutaire opdrachten van deze laatsten.

Paragraaf 6 moet bijgevolg worden weggelaten of substantieel worden aangevuld.

Artikel 19

Ontworpen artikel 19

1. Gevraagd naar de strekking van de wijziging die wordt aangebracht bij artikel 19, 2°, van het voorontwerp, heeft de gemachtigde van de staatssecretaris bevestigd dat het

in werkelijkheid gaat om het ontworpen artikel 23 (dat volgens het voorontwerp artikel 19 wordt), § 1, 2°, van de wet van 3 december 2017.

Artikel 19, 2°, van het voorontwerp moet worden gecorrigeerd zodat de invoeging bedoeld bij het ontworpen artikel 23 (dat volgens het voorontwerp artikel 19 wordt), § 1, 2°, van de wet van 3 december 2017, kan plaatsvinden.

Bovendien dient in artikel 19 van het voorontwerp een op zichzelf staande bepaling te worden opgenomen die voorziet in de opheffing van paragraaf 2 van artikel 19 van de ontworpen wet, aangezien uit artikel 19, 2°, 3° en 4°, van het voorontwerp blijkt dat dit de bedoeling is.

2. Het algemeen secretariaat van de Gegevensbeschermingsautoriteit oefent, krachtens artikel 20 van de wet van 3 december 2017, dat bij het voorontwerp niet wordt gewijzigd, enkele van de andere autorisatie- en adviesbevoegdheden uit die worden bedoeld in het ontworpen artikel 19, § 2, van de wet van 3 december 2017.

Het dispositief moet dan ook worden herzien teneinde te zorgen voor de samenhang en een duidelijke afbakening van de taken, ressorterend onder artikel 58, lid 3, van de AVG, die aan respectievelijk het algemeen secretariaat en de autorisatie- en adviesdienst zijn toegewezen.

3. Tot de in artikel 58, lid 3, van de AVG bedoelde autorisatiebevoegdheden behoort met name de bevoegdheid om certificeringsorganen te accrediteren overeenkomstig artikel 43 van die verordening. Artikel 18 van de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’ bepaalt momenteel echter het volgende:

“In uitvoering van artikel 43 van de [AVG] worden de certificeringsorganen geaccrediteerd overeenkomstig de norm EN-ISO/IEC 17065 en de aanvullende eisen die door de bevoegde toezichthoudende autoriteit zijn vastgesteld, door de nationale accreditatie-instantie die is aangewezen in overeenstemming met Verordening (EG) nr. 765/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 339/93”.

Indien de steller van het voorontwerp die bepaling beoogt op te heffen, dient hij dat uitdrukkelijk te doen. Indien dat niet het geval is, dient de formulering van het ontworpen artikel 19, § 2, van de wet van 3 december 2017 dienovereenkomstig te worden herzien.

4.1. Er dient nauwkeuriger te worden bepaald op welke verwerkingen van persoonsgegevens het ontworpen artikel 19, § 3, van de wet van 3 december 2017 betrekking heeft.

4.2. Uit de toelichting bij het artikel blijkt dat de ontworpen paragraaf 3 tegemoet wil komen aan de opmerking die de Gegevensbeschermingsautoriteit in haar advies nr. 108/2021 met betrekking tot het voorontwerp van wet ‘betreffende het verzamelen en het bewaren van de identificatie-, verkeers- en locatiegegevens in de sector van de elektronische communicatie en de toegang daartoe voor de autoriteiten’ heeft geformuleerd in verband met de noodzaak om de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ te wijzigen.

In dat advies werd het ontbreken van een voorafgaande controle door een onafhankelijke overheid, als volgt bekritiseerd:

“De Autoriteit heeft daarbij vastgesteld dat het voorontwerp van wet bepaalde autoriteiten toegang wil verlenen tot de door de operatoren bewaarde gegevens zonder te eisen dat die toegang het voorwerp moet uitmaken van een voorafgaande toestemming van een onafhankelijke bestuurlijke entiteit die de hoedanigheid van derde moet hebben ten opzichte van de autoriteit die toegang wil krijgen tot de gegevens. Dat is met name het geval voor de volgende autoriteiten:

- Het voorontwerp bepaalt dat het BIPT ‘van de operatoren identificatie-, verkeers- of locatiegegevens kan vragen in de zin van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, op voorwaarde dat dat nodig is voor de vervulling van een van zijn opdrachten’ (artikel 17 van het voorontwerp van wet).

- Het voorontwerp van wet bepaalt dat het CCB, ‘[w]anneer dat strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van zijn taken opgesomd in artikel 60, a) tot e) van deze wet, (...) van de operatoren als bedoeld in artikel 2, 11° van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, identificatie-, verkeers- of locatiegegevens die door hen worden bewaard, kan verkrijgen’ (artikel 34 van het voorontwerp van wet)

- Het voorontwerp van wet bepaalt voor de statutaire of contractuele personeelsleden van de Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu: ‘Zij mogen natuurlijke en rechtspersonen identificeren aan de hand van het telefoonnummer van de betrokkene of het IP-adres dat aan de bron van de elektronische communicatie ligt. Hiertoe mogen zij met gemotiveerd verzoek de verstrekking van de identificatiedocumenten en gegevens vorderen’ van de operatoren (artikel 33 van het voorontwerp van wet).

- Het voorontwerp van wet bepaalt: ‘Een officier van gerechtelijke politie van de Cel Vermiste Personen van de federale politie kan, in het kader van zijn opdracht tot het verlenen van hulp aan personen in nood en de opsporing van personen van wie de verdwijning onrustwekkend is, en wanneer er ernstige vermoedens of aanwijzingen bestaan dat de fysieke integriteit van de vermiste persoon in onmiddellijk gevaar is, gegevens met betrekking tot de elektronische communicatie betreffende de vermiste persoon opvorderen’ (artikel 19 van het voorontwerp van wet)”.

Het aldus onderzochte voorontwerp is eveneens voorgelegd aan de afdeling Wetgeving.²¹ Het daaropvolgende wetsontwerp werd nog niet ingediend bij de Kamer van volksvertegenwoordigers.

4.3. Gezien de wijzigingen die bij dat voorontwerp in de wet van 13 juni 2005 zouden worden aangebracht, zullen de autoriteiten die toegang kunnen hebben tot de metagegevens inzake het verkeer of de locatie met betrekking tot elektronische communicatie, worden opgesomd in het ontworpen artikel 127/1, § 1, van die wet.

De kritiek van de Gegevensbeschermingsautoriteit gaat uit van die lijst en heeft slechts betrekking op enkele van die autoriteiten. Met het oog op een duidelijke regelgeving en ter wille van de rechtszekerheid zou het dan ook aangewezen zijn om uitdrukkelijk het verband te

²¹ Advies 69.381/4, op 28 juni 2021 gegeven over een voorontwerp van wet ‘betreffende het verzamelen en het bewaren van de identificatie-, verkeers- en locatiegegevens in de sector van de elektronische communicatie en de toegang daartoe voor de autoriteiten’.

leggen met het ontworpen artikel 127/1 van de wet van 13 juni 2005, door duidelijk aan te geven welke van de opgelijste autoriteiten worden bedoeld in het kader van het verzoek om toestemming dat bij het ontworpen artikel 19, § 3, van de wet van 3 december 2017 wordt ingevoerd.

Voorts wordt eraan herinnerd dat de afdeling Wetgeving, bij haar onderzoek van het voorontwerp van wet ‘betreffende het verzamelen en het bewaren van de identificatie-, verkeers- en locatiegegevens in de sector van de elektronische communicatie en de toegang daartoe voor de autoriteiten’, erop heeft gewezen dat het, in het kader van het ontworpen artikel 127/1 van de wet van 13 juni 2005, nodig is dat, om gegevens van een operator te kunnen krijgen, de autoriteit beantwoordt aan een van de doeleinden bedoeld in artikel 127/1, maar ook dat haar organieke of sectorale wet haar machtigt om deze gegevens van de operator te krijgen.²² Het is dus de toepassing van die verschillende sectorale wetten, gelezen in samenhang met de ontworpen wet van 13 juni 2005 - en meer bepaald met het ontworpen artikel 127/1 ervan -, die het mogelijk maakt de potentiële gegevensverwerkingen vast te stellen.

De gemachtigde van de staatssecretaris heeft daarover de volgende verduidelijking gegeven:

“Il s’agit effectivement de viser les autorisations de traitements qui sont prévus de manière générique à l’article 127/1, § 1^{er} mais dont les finalités sont détaillées dans les lois sectorielles (loi statut IBPT, loi CCB, par exemple). Pour les matières non pénales, les lois sectorielles seront adaptées (projet sera soumis au Parlement dans les mois à venir) pour désigner l’APD comme entité administrative indépendante qui présente la qualité de tiers par rapport à l’autorité demandant l’accès aux données. Concrètement, la loi CCB et la loi statut IBPT seront revues en indiquant que le contrôle préalable pour accéder aux données de trafic/localisation est effectué par l’APD.

Cependant, la procédure concrète à suivre dans les matières non pénales pour obtenir l’autorisation préalable de l’APD pour accéder aux données de trafic/localisation est prévue de manière générique et similaire pour toutes les autorités demandereses dans l’article 19, § 3 de la loi organique APD”.

Bijgevolg moet in de definitie van het toepassingsgebied van het ontworpen artikel 19, § 3, ook aanvullend worden verwezen naar de betrokken sectorale wetgevingen zodat duidelijk kan worden aangegeven om welke verwerkingen het gaat.

Dat vooronderstelt echter dat het voorontwerp van wet ‘betreffende het verzamelen en het bewaren van de identificatie-, verkeers- en locatiegegevens in de sector van de elektronische communicatie en de toegang daartoe voor de autoriteiten’ en het voorontwerp of de voorontwerpen van wet tot wijziging van de sectorale wetten, uiterlijk gelijktijdig met het in dit advies onderzochte voorontwerp worden aangenomen. Gelet op de uitleg die de gemachtigde heeft verstrekt, lijkt dat dit niet het geval te zullen zijn, althans wat betreft de wijzigingen aangebracht in de sectorale wetgeving. Het ontworpen artikel 19, § 3, moet dan ook uit het voorontwerp worden weggelaten, zodat het tegelijk met die wijzigingen kan worden aangenomen.

²² Advies 69.381/4, op 28 juni 2021 gegeven over een voorontwerp van wet ‘betreffende het verzamelen en het bewaren van de identificatie-, verkeers- en locatiegegevens in de sector van de elektronische communicatie en de toegang daartoe voor de autoriteiten’, 79.

Men kan zich zelfs afvragen of het niet aangewezen is enkel de sectorale wetten aan te vullen om tegemoet te komen aan de bekommernissen van de steller van het ontwerp, zonder dat het dus nodig is die aangelegenheden te regelen in de wet van 3 december 2017.

4.4. Voor het overige dient, onder hetzelfde voorbehoud, het volgende te worden opgemerkt.

Zoals het ontworpen artikel 19, § 3, van de wet van 3 december 2017 is geredigeerd, worden enkel die doeleinden die onder “de uitoefening van de taken van preventie, onderzoek, opsporing of vervolging van een handeling die een strafbaar feit vormt” ressorteren, uitgesloten van de nieuwe autorisatiebevoegdheid van de Gegevensbeschermingsautoriteit.

Die doeleinden worden in het ontworpen artikel 127/1, § 1, 1°, van de wet van 13 juni 2005 vermeld. Ze lijken ook te verwijzen naar titel 2 van de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’.

De doeleinden die verband houden met de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten lijken niet uitgesloten te zijn (ontworpen artikel 127/1, § 1, 2°, van de wet van 13 juni 2005).

Uit het ontworpen artikel 4 van de wet van 3 december 2017 en uit de wet van 30 juli 2018 blijkt evenwel dat de Gegevensbeschermingsautoriteit niet de onafhankelijke toezichthoudende autoriteit is die bevoegd is ten aanzien van de verwerking van de persoonsgegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (titel 3, ondertitel 1, van de wet van 30 juli 2018).²³

Naar aanleiding van een vraag daarover heeft de gemachtigde van de staatssecretaris het volgende bevestigd:

“(…) Pour les services de renseignement, ce contrôle sera exercé via la Commission BIM qui reçoit les demandes du chef de service (ce point est traité dans le cadre de la réparation en matière de data retention et sera soumis au Parlement dans les mois à venir).

Pour être complet, nous nous permettons d’insister sur le fait que cette autorisation préalable de traitement doit porter uniquement sur les données de trafic et pas sur celles d’identification. Ce principe a été rappelé par le Cour constitutionnelle dans son arrêt 158/2021.

En ce qui concerne le lien avec les titres 2 et 3 de la loi du 30 juillet 2018, j’en ai encore discuté avec le Cabinet Justice et nous sommes d’accord qu’il s’agit d’un oubli en ce qui concerne le titre 3. L’article 19 § 3 devra être complété avec une exclusion aussi pour

²³ Er zij aan herinnerd dat de Gegevensbeschermingsautoriteit al evenmin de toezichthoudende autoriteit is die bevoegd is voor:

- de verwerking van persoonsgegevens door de krijgsmacht (titel 3, ondertitel 2, van de wet van 30 juli 2018);
- de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de wet van 11 december 1998 ‘betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen’ (titel 3, ondertitel 3, van de wet van 30 juli 2018);
- de verwerking van persoonsgegevens door het coördinatieorgaan voor de dreigingsanalyse (titel 3, ondertitel 4, van de wet van 30 juli 2018);
- bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de passagiersinformatie-eenheid (titel 3, ondertitel 5, van de wet van 30 juli 2018).

le titre 3. Les contrôles pour les autorités sous le scope des titres 2 et 3 se feront par l'ordre judiciaire et la Commission BIM”.

Het dispositief moet derhalve worden herzien zodat de bevoegdheidssfeer van de Gegevensbeschermingsautoriteit passend wordt ingeperkt, met inachtneming van de gebruikelijke bevoegdheidssfeer van de Gegevensbeschermingsautoriteit, teneinde concrete uitvoering te geven aan de eigenlijke bedoeling van de steller van het voorontwerp.

4.5. In het derde lid van de ontworpen paragraaf 3 wordt het begrip “werkdag” gebruikt, dat noch in de wet van 3 december 2017, noch in de ontworpen bepalingen wordt gedefinieerd.

Volgens een vaste rechtspraak dekt die uitdrukking, behoudens andersluidende bepaling, niet de zondagen en wettelijke feestdagen, maar zijn de zaterdagen daarentegen wel werkdagen.²⁴

Mocht het de bedoeling van de steller van het voorontwerp zijn om voor de toepassing van het besluit de zaterdagen niet als werkdagen te beschouwen, zou in die tekst aanvullend moeten worden bepaald dat het begrip “werkdagen” verwijst naar alle dagen die geen zaterdag, zondag of wettelijke feestdag zijn.

4.6. Aangezien de afdeling Wetgeving geen duidelijk beeld heeft van het materiële en het personele toepassingsgebied van de aan de Gegevensbeschermingsautoriteit verleende machtigingsbevoegdheid, is ze hoe dan ook niet in staat het tweede en het derde lid van het ontworpen artikel 23, § 3, van de wet van 3 december 2017 te beoordelen (inhoud van de aanvraag en termijnen).

Wat de effectiviteit van de door de AVG voorgeschreven controlemechanismen betreft, zal de steller van het voorontwerp in elk geval moeten kunnen aantonen dat de opgelegde termijnen realistisch zijn en een reële controle door de Gegevensbeschermingsautoriteit mogelijk maken. Dat veronderstelt inzonderheid dat deze laatste daartoe over toereikende technische, financiële en menselijke middelen moet beschikken.

Artikel 21

Ontworpen artikel 20

1. In de Franse tekst moet in de bepaling onder 1° het woord “ou” worden toegevoegd na de woorden “par envoi recommandé”.

2. Ter wille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om in het ontworpen artikel 20, § 1, tweede lid, van de wet van 3 december 2017 niet te verwijzen naar “de termijnen voorzien in artikel 84, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State”, maar wel de termijnen op te geven die in het voorontwerp ter zake doen.

²⁴ Zie bijvoorbeeld RvS 20 mei 2010, nr. 204.165, *Piret*, en 11 februari 2014, nr. 226.375, *Libert*.

Artikel 84, § 1, van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’ voorziet immers in termijnen die verband houden met de interne organisatie van de afdeling Wetgeving en die moeilijk getransponeerd kunnen worden naar de Gegevensbeschermingsautoriteit, bijvoorbeeld wanneer het gaat om de gevolgen van de verwijzing naar de algemene vergadering of naar de verenigde kamers.

De steller van het voorontwerp moet er bovendien op toezien dat wordt gepreciseerd welke elementen de adviesaanvraag moet bevatten om als volledig te worden beschouwd en om de termijn te kunnen doen ingaan waarnaar het ontworpen artikel 20 van de wet van 3 december 2017 verwijst.

3. Ten gevolge van de uitbreiding van de adviesbevoegdheid van de autorisatie- en adviesdienst door het ontworpen artikel 19, § 2, van de wet van 3 december 2017 (artikel 19, 3°, van de wet van 3 december 2017), dient men erop toe te zien dat artikel 36, lid 2, van de AVG in acht wordt genomen. Dat artikel legt inzake de adviesbevoegdheid immers precieze adviestermijnen op wanneer uit een effectbeoordeling blijkt dat de verwerking een hoog risico oplevert.

Er dient dan ook nader te worden gesteld dat de termijnen die bij het ontworpen artikel 20, § 1, tweede lid, van de wet van 3 december 2017 worden opgelegd, geen betrekking hebben op de adviezen die op basis van artikel 36, lid 1 en lid 2, van de AVG worden uitgebracht.

4. Er wordt aan herinnerd dat artikel 52, lid 4, van de AVG de Belgische Staat ertoe verplicht ervoor te zorgen dat de Gegevensbeschermingsautoriteit beschikt over de personele, technische en financiële middelen en over de bedrijfsruimten en de infrastructuur die nodig zijn om haar taken en haar bevoegdheden effectief uit te oefenen.

Het is dan ook van belang dat de middelen van de Gegevensbeschermingsautoriteit worden aangepast aan de nieuwe adviestermijnen die worden ingevoerd, zodat ze haar taken gegarandeerd effectief kan uitvoeren.

Artikel 30

Ontworpen artikel 29

In de Franse tekst moet in punt 1° van het ontworpen artikel 29, § 3, van de wet van 3 december 2017 het woord “sociales” worden vervangen door het woord “sociaux”.

Artikel 31

Ontworpen artikel 30

Zoals het ontworpen artikel 30 van de wet van 3 december 2017 thans is gesteld, geeft het niet de bedoeling weer die naar voren komt uit de toelichting bij dat artikel, namelijk dat een negatieve evaluatie elke vernieuwing van een mandaat definitief onmogelijk zou maken.

Onverminderd de hiervoor geformuleerde algemene opmerking I, moet het dispositief worden herzien teneinde de nagestreefde bedoeling duidelijk weer te geven.

Voorts kan een evaluatie van de leden van de Gegevensbeschermingsautoriteit die tot gevolg zou hebben dat bij een negatief resultaat elke vernieuwing van een mandaat geblokkeerd wordt, enkel worden overwogen indien objectieve evaluatiecriteria worden bepaald, om te voorkomen dat een dergelijke procedure een willekeurig karakter heeft en om de onafhankelijkheid van de leden te versterken.

Het dispositief moet worden aangevuld teneinde die criteria te bepalen en bijgevolg de inachtneming van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en non-discriminatie te waarborgen.

Artikel 32

Ontworpen artikel 31

Aangezien het voorontwerp ertoe strekt de vereisten van onafhankelijkheid te verduidelijken waaraan de leden van de Gegevensbeschermingsautoriteit moeten voldoen om met name artikel 52 van de AVG na te leven, zou het ter wille van de rechtszekerheid nuttig zijn om als voorwaarde voor benoeming ook het verbod in te voeren op de uitoefening van een activiteit die niet verenigbaar is met hun mandaat in de zin van het ontworpen artikel 44 van de wet van 3 december 2017.

Artikel 37

Ontworpen artikel 36

1. Het ontworpen artikel 36, tweede lid, van de wet van 3 december 2017 moet worden geherformuleerd zodat correct kan worden bepaald op welke personen de regel van toepassing is.

Men schrijve:

“Het is de leden van het directiecomité verboden aanwezig te zijn bij een beraadslaging of beslissing (...)”.

Voorts dient die bepaling te worden afgestemd op het ontworpen artikel 9, § 3, (artikel 8 van het voorontwerp), luidens hetwelk

“(...) het directiecomité enkel [kan] beslissen (lees: ‘een beslissing nemen’ of ‘geldig beraadslagen’) indien al haar (lees: zijn) leden aanwezig zijn”.

2. In het ontworpen tweede lid moeten, met het oog op de volledige naleving van de erin vervatte regel inzake onverenigbaarheid, de woorden “persoonlijk of rechtstreeks belang” telkens worden vervangen door de woorden “persoonlijk, rechtstreeks of onrechtstreeks belang”.

Artikel 38

Ontworpen artikel 37

Het verbod van een belangenconflict waarin het ontworpen artikel 37, § 1, vierde lid, van de wet van 3 december 2017 voorziet, is redundant in het licht van het verbod waarin het ontworpen artikel 36, tweede lid, (artikel 37 van het voorontwerp) reeds voorziet.

Dat eerstgenoemde lid moet dan ook worden weggelaten.

Artikel 39

Ontworpen artikel 38

1. In het ontworpen artikel 38, § 1, eerste lid, van de wet van 3 december 2017 worden twee nieuwe redenen toegevoegd op grond waarvan de Kamer van volksvertegenwoordigers een lid van het directiecomité van zijn mandaat kan ontheffen, naast het feit dat deze op ernstige wijze is tekortgeschoten en het feit dat hij niet langer aan de vereisten voor de uitvoering van zijn taken voldoet: het belemmeren van de goede werking van de Gegevensbeschermingsautoriteit en het niet-respecteren van de collegiale werking van het directiecomité.

Naar aanleiding van de vraag of die wijzigingen in overeenstemming zijn met artikel 53, lid 4, van de AVG, heeft de gemachtigde van de staatssecretaris het volgende geantwoord:

“(…)

Le RGPD n’explicite pas les notions ‘faute grave’ ou ‘les conditions nécessaires à l’exercice de ses fonctions’.

Les rajouts doivent être interprétés comme des comportements qui tombent dans la portée des deux notions susmentionnées. En effet, la rédaction actuelle laisse sous-entendre qu’il s’agit de deux nouvelles conditions.

(…)”.

Aangezien artikel 53, lid 4, van de AVG bepaalt dat “[e]en lid (...) slechts [wordt] ontslagen indien het op ernstige wijze is tekortgeschoten of niet langer aan de vereisten voor de uitvoering van de taken voldoet” en gelet op de door de gemachtigde verstrekte toelichting, dienen de woorden “door zijn optreden of gebrek aan optreden de goede werking van de Gegevensbeschermingsautoriteit heeft belemmerd of de collegiale werking van het directiecomité niet heeft gerespecteerd” te worden geschrapt en dient te worden gesteld dat de regel, die dan in essentie artikel 53, lid 4, van de AVG zal overnemen, wordt voorgeschreven “overeenkomstig” die laatste bepaling.

2.1. In het ontworpen artikel 38, § 1, eerste lid, van de wet van 3 december 2017 wordt *in fine* gesteld dat “geen enkel beroep openstaat tegen” de door de Kamer van volksvertegenwoordigers genomen beslissing om een lid van het directiecomité van zijn mandaat te ontheffen.

2.2. Het bestaan van een jurisdictioneel beroep blijkt evenwel essentieel te zijn om de effectiviteit te garanderen van artikel 53, lid 3, van de AVG, dat een limitatieve opsomming geeft van de redenen waarom de Kamer een lid van de toezichthoudende autoriteit om tuchtrechtelijke redenen uit zijn ambt kan ontheffen, en om te voorkomen dat in dat verband willekeurige beslissingen worden genomen.

2.3. Daarenboven wijkt het voorontwerp af van artikel 14, § 1, 2°, van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’. De beslissing die de Kamer op grond van het ontworpen artikel 38, § 1, eerste lid, van de wet van 3 december 2017 neemt, stemt immers overeen met een maatregel die een tuchtkarakter vertoont, genomen door een wetgevende vergadering ten aanzien van een persoon die een openbaar ambt uitoefent in de zin van die bepaling.

Dat komt erop neer dat een verschil in behandeling tot stand gebracht wordt tussen enerzijds de leden van het directiecomité, die tegen de door de Kamer uitgesproken tuchtsanctie geen jurisdictioneel beroep kunnen instellen, en anderzijds de personeelsleden bedoeld in artikel 14, § 1, 2°, van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’, die bij de Raad van State een beroep kunnen instellen tegen de door de Kamer genomen beslissingen.

Dat verschil in behandeling moet worden verantwoord in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. In arrest nr. 74/2020 van 28 mei 2020 brengt het Grondwettelijk Hof echter in herinnering dat de wil om bepaalde handelingen van de wetgevende vergaderingen te onttrekken aan de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State, moet berusten op de wil om de onafhankelijkheid van de niet-administratieve overheden en de scheiding der machten zoveel mogelijk te eerbiedigen.²⁵ Het Hof wijst immers op het volgende:

“B.8.1. Tot de basisbeginselen van de democratische opbouw van de Staat behoort de regel dat de wetgevende vergaderingen bij de uitoefening van hun opdracht over de ruimste onafhankelijkheid beschikken. Daaruit volgt dat een wetgevende vergadering de haar toevertrouwde aangelegenheden zelf dient te kunnen regelen en haar bevoegdheden op autonome wijze dient te kunnen uitoefenen.

Dat beginsel brengt met zich mee dat, wanneer wetgevende vergaderingen of een van hun organen handelingen verrichten die verbonden zijn met hun politiek of wetgevend optreden, die handelingen aan het rechterlijk toezicht van de Raad van State kunnen worden onttrokken”.

²⁵ Zie ook de arresten van het Grondwettelijk Hof nr. 79/2010 van 1 juli 2010, nr. 36/2011 van 10 maart 2011 en nr. 161/2011 van 20 oktober 2011, waarin een motivering gegeven wordt voor de wijziging van artikel 14 van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, bij de wet van 20 januari 2014 ‘houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State’ teneinde de bevoegdheid van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uit te breiden tot onder meer de tuchtbeslissingen die door de Kamer worden genomen ten aanzien van een persoon die een openbaar ambt uitoefent (Parl.St. Senaat 2012-13, nr. 5-2277/1, 8).

Wanneer, zoals *in casu*, de steller van voorontwerp bepaalde tuchtbeslissingen die door de wetgevende kamer zijn genomen, aan de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State onttrekt, moet hij in staat zijn een dergelijk verschil in behandeling te verantwoorden in het licht van de noodzaak om de onafhankelijkheid van de Kamer te vrijwaren. De motivering dient des te omstandiger te zijn daar in artikel 14, § 1, 2°, van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’ wordt aanvaard dat tegen tuchtbeslissingen van de Kamer ten aanzien van een persoon die een openbaar ambt uitoefent, een beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State moet kunnen worden ingesteld.

Zulk een motivering lijkt *a priori* niet voorhanden te zijn. Het is zelfs zo dat een rechterlijke toetsing de onafhankelijkheid van de Gegevensbeschermingsautoriteit, die inzonderheid adviezen en aanbevelingen uitbrengt ten aanzien van voorstellen die door de Kamer worden onderzocht, zou kunnen versterken.

2.5. Bijgevolg dient het dispositief te worden herzien zodat de tweede zin van het ontworpen artikel 38, § 1, eerste lid, (“Tegen de beslissing staat geen enkel beroep open”) wordt geschrapt.

Artikel 40

Ontworpen artikel 39

Richtlijn 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 ‘inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden’ moet door de Belgische Staat op transversale wijze worden omgezet. Zoals het ontworpen artikel 39 is gesteld, beoogt het een gedeeltelijke omzetting van die richtlijn, enkel wat betreft de Gegevensbeschermingsautoriteit.

Deze werkwijze moet worden afgekeurd, niet alleen omdat ze een gebrek aan samenhang vertoont, maar uiteraard ook in zoverre regelingen die de richtlijn voorschrijft en die haar doeltreffendheid waarborgen, niet kunnen worden omgezet naar het reglement van orde van de Gegevensbeschermingsautoriteit (sancties en kader voor de verwerking van persoonsgegevens op grond van een melding, bijvoorbeeld).

Bovendien is de beoogde methode van omzetting niet toelaatbaar, zoals uiteengezet is in algemene opmerking III.

Bijgevolg moet artikel 40, 2°, van het voorontwerp worden weggelaten.

Artikel 44*Ontworpen artikel 43*

In het ontworpen artikel 43, § 1, tweede lid, en § 2, dient het woord “vergoeding” te worden vervangen door het woord “retributie”.

Artikel 47*Ontworpen artikel 46*

Het ontworpen artikel 46, § 1, tweede lid, van de wet van 3 december 2017 machtigt de Gegevensbeschermingsautoriteit tot het sluiten van “samenwerkingsprotocollen (...) met andere instanties die over expertise beschikken die raakt aan het domein van bescherming van persoonsgegevens”. Die protocollen zijn bedoeld om “de nodige synergiën (lees: synergieën) te creëren” en om de partijen bij het protocol “wederzijds te versterken in de uitoefening van hun wettelijke opdrachten”.

Indien deze bepaling er enkel toe strekt te stellen dat twee instanties die binnen de perken van hun respectieve opdrachten handelen, een samenwerkingsprotocol kunnen sluiten, is ze zinloos wat betreft de Gegevensbeschermingsautoriteit, aangezien deze een publiekrechtelijke rechtspersoon is en als zodanig bevoegd is om overeenkomsten te sluiten binnen de perken van de opdrachten die haar bij wet zijn opgedragen, zonder dat dit nog eens in het bijzonder bij wet moet worden herhaald.

De voorliggende bepaling zou enkel van belang zijn indien ze bedoeld was om een juridisch kader te bepalen voor het sluiten van die protocollen en te regelen welk rechtsstelsel daarop van toepassing zou zijn of welke gevolgen, meer bepaald inzake rechten en plichten, daaruit zouden voortvloeien voor de instanties die die protocollen sluiten.

De voorliggende bepaling moet bijgevolg worden weggelaten of substantieel worden aangevuld.

Artikel 51

Artikel 51 beoogt de huidige afdeling 3 (“Procedure voor de geschillenkamer”) en haar onderafdeling 1 (“Aanhangigmaking bij de geschillenkamer”) samen te brengen in een “subrubriek (lees: afdeling) 4” (“De beslissing ten gronde”) van hoofdstuk 6 van de wet van 3 december 2017.

Bij geen enkel artikel voorafgaand aan het voorontwerp van wet wordt evenwel een nieuwe afdeling 3 ingevoegd in hoofdstuk 6 van de gewijzigde wet. Voorts worden de artikelen die onderafdeling 1 vormen, opgeheven bij artikel 52, *partim*, van het voorontwerp. De onderafdelingen 2 tot 4 van de huidige afdeling 3 blijven evenwel behouden.

Het dispositief dient te worden herzien teneinde die inconsistenties weg te werken.

Artikelen 59 en 61

Opheffing van de artikelen 109, 110, 112 en 113 van de wet van 3 december 2017

In de bespreking van de artikelen 59 en 61 wordt gesteld dat de artikelen 109 (opheffingsbepaling), 110 (bepaling tot regeling van de inwerkingtreding), 112 (overgangsbepaling) en 113 (bepaling tot regeling van de overdracht van personeel) van de wet van 3 december 2017 worden “geschrapt” (lees: “opgeheven”) “vermits ze niet meer relevant zijn”.

Een opheffingsbepaling moet evenwel zelf niet opgeheven worden zodra ze geen rechtsgevolgen meer heeft, aangezien het voor de rechtszekerheid belangrijk is om de historiek van een bepaling te kunnen achterhalen en de strekking te kennen van een wet in haar geheel (met inbegrip van de opheffende effecten ervan). De bepalingen die de inwerkingtreding van een norm regelen of in een overgangsregeling voorzien, zijn dan weer intrinsiek verbonden aan die norm en kunnen niet los van de norm zelf worden opgeheven. Het gaat om bepalingen die essentieel zijn om het toepassingsgebied *ratione temporis* van de betreffende tekst te kunnen vaststellen. Wat betreft de bepaling tot regeling van de overdracht van het personeel van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer naar de Gegevensbeschermingsautoriteit, blijft deze bepaling relevant om het statuut van de aldus overgedragen personeelsleden te kunnen vaststellen.

De artikelen 59 en 61 dienen derhalve te worden weggelaten.

Artikelen 65 tot 67

Ontworpen artikelen 98 tot 100

Gelet op hun specifieke strekking dienen artikelen 65 tot 67 de vorm aan te nemen van autonome bepalingen van het voorontwerp van wet, en niet de vorm van wijzigingsbepalingen van de gewijzigde wet.

Artikel 67

Ontworpen artikel 100

1. Het ontworpen artikel 100 van de wet van 3 december 2017 bepaalt dat de wet in werking treedt op de dag van de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*.

Zodoende wordt afgeweken van de gangbare termijn van inwerkingtreding, vastgesteld bij artikel 6 van de wet van 31 mei 1961 ‘betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen’.

Tenzij er daartoe een bijzondere reden bestaat, dient te worden afgezien van die bepaling teneinde eenieder een redelijke termijn toe te kennen om kennis te nemen van de nieuwe regels.

2. Onverminderd opmerking 4 die over die bepaling is geformuleerd in verband met artikel 19 van het voorontwerp, dient de inwerkingtreding van het ontworpen artikel 19, § 3, van de wet van 3 december 2017 te worden afgestemd op de inwerkingtreding van de wijzigingen die zijn aangebracht in de wet van 13 juni 2005 en in de onderscheiden betrokken sectorale wetten die het voorontwerp beoogt af te bakenen.

3. Het voorontwerp heeft als gevolg dat verschillende bepalingen van de wet van 3 december 2017 die thans de samenstelling van een aantal “interne” organen alsook hun werkwijze en procedurele regels bepalen, worden opgeheven.

Overeenkomstig het ontworpen artikel 98 van die wet, dient na de inwerkingtreding van het voorontwerp van wet een nieuw reglement van orde te worden vastgesteld. In afwachting van de goedkeuring van dat nieuwe reglement van orde, blijft er evenwel een juridisch vacuüm bestaan, wat niet aanvaardbaar is.

Het voorontwerp dient derhalve te worden herzien zodat voor dat punt in een overgangsregeling wordt voorzien.

WETGEVINGSTECHNISCHE SLOTOPMERKING

Naast de talrijke wetgevingstechnische opmerkingen die hiervoor in dit advies werden geformuleerd,²⁶ dient in dat opzicht werk gemaakt te worden van een algehele herziening van het voorontwerp.

Dit zou tevens de gelegenheid zijn om ook de structuur van de wet van 3 december 2017 te herzien. Die zou zo moeten worden aangepast dat geen enkele bepaling nog buiten een of andere onderverdeling van de wet valt,²⁷ zoals nu wel nog het geval is met bijvoorbeeld de artikelen 3 tot 8 en 57.²⁸

²⁶ Zie inzonderheid, maar niet uitsluitend, algemene opmerking II (“De vernummering van de bepalingen van de wet van 3 december 2017”).

²⁷ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 63.

²⁸ Om de reden die uiteengezet is in voetnoot 17, zijn wetgevingstechnische kwesties niet nader onderzocht in advies 61.267/2/AV, op 23 juni 2017 verstrekt over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017.

Men dient eveneens te vermijden dat bepaalde artikelen van het voorontwerp geen toelichting krijgen, zoals bijvoorbeeld artikel 57.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT