



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 74.277/2/V
du 11 septembre 2023

advies 74.277/2/V
van 11 september 2023

sur

over

un avant-projet de loi
'portant création d'un
système d'alerte d'incidents
dans le secteur financier'

een voorontwerp van wet
'houdende de oprichting van een
incidentenwaarschuwingssysteem
binnen de financiële sector'

Le 24 juillet 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice et de la Mer du Nord à communiquer un avis dans un délai de trente jours prorogé de plein droit * jusqu'au 7 septembre 2023, sur un avant-projet de loi 'portant création d'un système d'alerte d'incidents dans le secteur financier'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 11 septembre 2023. La chambre était composée de Bernard BLERO, président de chambre, Christine HOREVOETS et Géraldine ROSOUX, conseillers d'État, Christian BEHRENDT, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne-Stéphanie RENSON, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Bernard BLERO.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 11 septembre 2023.

*

Op 24 juli 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-eersteminister en Minister van Justitie en Noordzee verzocht binnen een termijn van dertig dagen van rechtswege* verlengd tot 7 september 2023 een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende de oprichting van een incidentenwaarschuwingssysteem binnen de financiële sector'.

Het voorontwerp is door de tweede vakantiekamer onderzocht op 11 september 2023. De kamer was samengesteld uit Bernard BLERO, kamervoorzitter, Christine HOREVOETS en Géraldine ROSOUX, staatsraden, Christian BEHRENDT, assessor, en Charles-Henri VAN HOVE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne-Stéphanie RENSON, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Bernard BLERO.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 11 september 2023.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

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.

FORMALITÉ PRÉALABLE

Même si, depuis la modification des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État' par la loi du 2 avril 2003 'modifiant certains aspects de la législation relative à l'organisation et au fonctionnement de la section de législation du Conseil d'État', le non-accomplissement des formalités ne peut plus conduire à l'irrecevabilité des demandes d'avis, il n'en reste pas moins qu'en principe la section de législation ne peut être consultée qu'à l'issue des différentes étapes de la préparation administrative de l'avant-projet concerné et après que l'organe compétent pour l'établissement de celui-ci a eu la possibilité de l'adapter éventuellement à la lumière des éléments recueillis lors de l'accomplissement des formalités. Il serait ainsi évité que la section de législation donne son avis sur un projet de texte non définitif et il serait garanti que l'avis est rendu sur la base d'une information complète concernant tous les éléments pertinents en cause¹.

Cette observation s'applique à fortiori pour l'avis de l'Autorité de protection des données lorsqu'il s'agit d'avant-projets qui, comme celui à l'examen, concernent par excellence le traitement de données à caractère personnel, l'obligation de consultation ayant précisément pour objectif de vérifier notamment si le régime en projet est bien conforme aux exigences juridiques imposées en matière de traitement de données à caractère personnel².

Ainsi que l'a confirmé le délégué du Ministre, l'avis de l'Autorité de protection des données a été demandé en parallèle de la saisine de la section de législation, si bien que celle-ci ne peut le prendre en compte lors de l'examen de l'avant-projet.

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

¹ Avis n^{os} 41.417/AG à 41.420/AG donné le 6 octobre 2006 sur des avant-projets devenus respectivement la loi du 10 mai 2007 'modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie', la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination' et la loi du 10 mai 2007 'adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie', *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n^o 51-2720/001, p. 126.

² En ce sens également, l'avis n^o 69.369/1 donné le 4 juin 2021 sur un avant-projet devenu l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 27 janvier 2022 'modifiant l'ordonnance du 11 mai 2017 concernant le parcours d'accueil des primo-arrivants', *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2021-2022, n^o B-87/1, pp. 9 à 14.

La méthode consistant à saisir simultanément la section de législation et l'Autorité de protection des données est donc, en l'espèce, particulièrement critiquable³. Elle ne permet en effet pas à la section de législation de disposer de l'ensemble des informations pertinentes pouvant être utiles à son examen, plus précisément sur la manière dont il aurait été tenu compte de cet avis et dont cette prise en compte aurait été traduite dans l'exposé des motifs et dans le commentaire des articles.

En tout état de cause, l'exposé des motifs doit fournir des éclaircissements quant à la manière dont l'avis de l'Autorité de protection des données aura été pris en compte par l'avant-projet.

Si l'accomplissement de cette formalité devait encore donner lieu à des modifications autres que de forme ou ne résultant pas des suites réservées au présent avis, ces modifications devraient être soumises à nouveau à l'avis de la section de législation, conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

OBSERVATION GÉNÉRALE

1. L'avant-projet à l'examen entend créer un système d'alerte d'incidents dans le secteur financier. Ce faisant, l'avant-projet organise une récolte et un partage structurel de données à caractère personnel entre acteurs privés d'un secteur professionnel particulier. Les établissements visés⁴ sont ainsi autorisés à collecter des données liées à des « incidents » (les « données d'incident ») et à échanger de manière structurelle avec les autres établissements visés les « données d'alerte » liées à cet incident. Si l'établissement financier estime qu'une personne a manifesté des comportements donnant lieu à un incident ou a contribué à ces comportements, celui-ci l'enregistre dans un registre d'alerte qui sera accessible à tous les autres établissements financiers visés⁵.

Les « incidents » visés sont énumérés à l'article 5, § 1^{er}, de l'avant-projet. Ces « incidents » correspondent à des faits constitutifs d'infractions sanctionnées pénalement⁶.

³ Voir en ce sens notamment l'avis n° 71.258/2 donné le 4 mai 2022 sur un avant-projet devenu la loi du 16 octobre 2022 'visant la création du Registre central pour les décisions de l'ordre judiciaire et relative à la publication des jugements et modifiant la procédure d'assises relative à la récusation des jurés', observation préalable n° 2, *Doc. parl.*, Chambre, 2021-2022, n° 55-2754/001, pp. 68 à 88. Voir également l'avis n° 72.873/2 donné le 15 mai 2023 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi sur la fonction de police'.

⁴ Il s'agit des établissements de crédit et des prêteurs énumérés à l'article 2, 6°, de l'avant-projet.

⁵ Conformément à l'article 10, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, « [l]es données d'alerte sont partagées de manière sécurisée et structurelle entre les établissements concernés ». Si, comme le précise l'exposé des motifs, le registre d'alerte n'est pas centralisé et est géré par chaque établissement, toutes les données d'alertes sont partagées de manière structurelle avec l'ensemble des établissements visés.

⁶ Ainsi que l'a confirmé le délégué du Ministre, « [l]es incidents visés par cet article sont des faits qui peuvent également constituer des infractions pénales au sens du Code Pénal comme par exemple, les faux en écriture (article 196), l'abus de confiance (articles 491 et suivants), l'escroquerie et la tromperie (articles 496 et suivants) et la fraude informatique (article 504^{quater}) ».

Les données d'alerte sont définies à l'article 6, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet et comprennent notamment les données d'identification de la personne (numéro de compte, nom, prénoms, date de naissance et lieu de naissance de la personne physique). Ces données sont ainsi partagées de manière structurelle avec l'ensemble des établissements visés.

2. Le traitement par et le partage de telles données à caractère personnel entre l'ensemble des établissements visés doivent être examinés au regard des principes de légalité, de légitimité et de proportionnalité se déduisant, en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée, de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Une ingérence des pouvoirs publics dans l'exercice du droit au respect de la vie privée doit non seulement se fonder sur une disposition législative suffisamment précise (principe de légalité matérielle), mais aussi reposer sur une justification objective et raisonnable et, par conséquent, être proportionnée aux buts poursuivis par le législateur, qui dispose en la matière d'une marge d'appréciation. Cette marge n'est toutefois pas illimitée : pour qu'une norme soit compatible avec le droit au respect de la vie privée, il faut que le législateur ait établi un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause⁷. La Cour constitutionnelle a ainsi jugé ce qui suit dans un arrêt n° 27/2020 du 20 février 2020 :

« B.8.3. Pour juger du caractère proportionné de mesures relatives au traitement de données à caractère personnel, il convient de tenir compte notamment de leur caractère automatisé, des techniques utilisées, de la précision, de la pertinence et du caractère excessif ou non des données traitées, de l'existence ou de l'absence de mesures qui limitent la durée de conservation des données, de l'existence ou de l'absence d'un système de contrôle indépendant permettant de vérifier si la conservation des données est encore requise, de la présence ou de l'absence de droits de contrôle et de voies de recours suffisants pour les personnes concernées, de la présence ou de l'absence de garanties visant à éviter la stigmatisation des personnes dont les données sont traitées, du caractère distinctif de la réglementation et de la présence ou de l'absence de garanties visant à éviter l'usage inapproprié et abusif, par les services publics, des données à caractère personnel traitées (arrêt n° 108/2016 du 14 juillet 2016, B.12.2 ; arrêt n° 29/2018 du 15 mars 2018, B.14.4 ; CEDH, grande chambre, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, § 59 ; décision, 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, § 135 ; 28 avril 2009, *K.H. e.a. c. Slovaquie*, §§ 60-69 ;

⁷ Avis n° 68.936/AG donné le 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', observation n° 104, *Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1951/001, pp. 55 à 127. Voir aussi not. l'avis n° 63.192/2 donné le 19 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3126/001, pp. 402 à 456 ; et l'avis n° 63.202/2 donné le 26 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 5 septembre 2018 'instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3185/001, pp. 120 à 145.

grande chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, §§ 101-103, 119, 122 et 124 ; 18 avril 2013, *M.K. c. France*, §§ 37 et 42-44 ; 18 septembre 2014, *Brunet c. France*, §§ 35-37 ; 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, § 68 ; CJUE, grande chambre, 8 avril 2014, C-293/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, et C-594/12, *Kärntner Landesregierung e.a.*, points 56-66) ».

3. Conformément à l'article 3, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, l'objectif général poursuivi par le partage des données à caractère personnel est de « lutter contre l'usage abusif des services de paiement et des crédits ». L'alinéa 2 du même article précise que les données à caractère personnel enregistrées et partagées ne peuvent servir que les finalités suivantes : (1) la prévention, la recherche et la détection d'incidents, (2) le partage de données entre les établissements concernés à propos d'incidents et (3) la protection des personnes physiques ou morales victimes d'incidents⁸. Ainsi que l'explicite l'exposé des motifs, il s'agit, par la mise en place du système d'alerte, de « garantir l'intégrité du secteur financier ».

4. Contrairement aux « listes négatives » de la Centrale des crédits aux particuliers ou encore de la Commission des jeux de hasard qui constituent des mesures de lutte contre le surendettement, l'objectif ici poursuivi n'est pas de protéger la personne qui fait l'objet de l'enregistrement, mais de protéger l'intégrité du secteur lui-même au moyen d'un mécanisme d'alerte mutuelle visant à prévenir les fraudes. Si la lutte contre la fraude constitue assurément un objectif légitime, encore convient-il de relever que des acteurs privés tels que les établissements financiers ne peuvent en aucun cas se substituer aux instances judiciaires chargées de la recherche et de la poursuite des infractions pénales.

5. À cet égard, dans son avis n° 136/2021 du 24 août 2021 sur une proposition de résolution relative à la lutte contre la cyberfraude utilisant des mules bancaires, l'Autorité de protection des données avait fait remarquer ce qui suit :

« 4. L'Autorité attire l'attention sur le fait que la recherche de criminels relève des services publics mandatés à cet effet. De telles enquêtes s'accompagnent en effet d'une immixtion dans la vie privée. La question se pose de savoir s'il appartient bien à des entreprises commerciales telles que des banques, qui sont finalement concurrentes les unes des autres, d'entamer, de leur propre initiative, des enquêtes entre elles sur leurs clients concernant le blanchiment d'argent et donc de mener au fond une enquête sur des infractions pénales et d'échanger des données sur des personnes dans ce cadre. Cela va bien au-delà par exemple d'une obligation de notification de transactions suspectes aux autorités judiciaires compétentes qui mènent des enquêtes pénales avec les garanties y afférentes pour les personnes concernées. Il en résulte en outre que les banques impliquées dans l'enquête (finalité d'enquête) entrent en possession de plus d'informations sur un client que ce dont elles disposent dans le cadre de leur relation commerciale (finalité commerciale) avec lui. Dès lors, le risque que les 'informations d'enquête' soient ensuite utilisées à des fins commerciales est considérable ».

⁸ À cet égard, l'exposé des motifs n'explicite toutefois pas en quoi l'enregistrement de la personne responsable d'un incident et le partage de cette donnée avec les autres établissements protégeront les personnes physiques ou morales victimes de cet incident.

6. L'article 5, § 3, de l'avant-projet explicite l'objectif poursuivi par la mise en place du système d'alerte et les effets de celui-ci comme suit :

« Les établissements concernés ne laissent aucune conséquence découler du simple enregistrement d'une personne, qui entrainerait que la personne enregistrée serait automatiquement exclue du système financier. Par conséquent, l'accès au crédit et aux services de paiement continue à s'appliquer conformément aux dispositions du livre VII du Code de droit économique. Le système sert d'alerte de risque des actes visés dans la loi.

Les données mises à disposition par le système servent à soutenir l'évaluation et l'analyse des risques déjà existantes des établissements concernés ».

7. L'exposé des motifs énonce que « [l]e système vise dès lors un effet purement préventif et n'est pas conçu pour porter atteinte aux droits des personnes (morales) concernées ». L'exposé des motifs insiste ainsi sur le fait que « le système d'alerte se distingue d'une liste noire, dans laquelle le simple enregistrement pourrait avoir pour effet un refus automatique des services à la personne enregistrée ». Même si aucune exclusion automatique du système financier ne peut découler de l'enregistrement dans le registre d'alerte, l'exposé des motifs précise que les personnes enregistrées seront soumises à une surveillance renforcée.

Cette explication est ambiguë. En effet, de deux choses l'une :

1) Soit, comme l'indique l'exposé des motifs, l'enregistrement dans le registre d'alerte n'a effectivement pas « pour but ou pour conséquence de prendre sur la base de celui-ci des décisions qui portent préjudice aux droits de la personne enregistrée ». Dans ce cas, s'il ne peut y avoir aucun effet attaché à l'enregistrement pour la personne enregistrée, il est permis de s'interroger sur la nécessité de l'enregistrement et du partage des données à caractère personnel liées à cette personne à l'ensemble des établissements financiers visés. Le partage des données relatives à l'incident lui-même (nature de l'incident et méthode utilisée) ne pourrait-il pas suffire pour atteindre l'objectif préventif poursuivi ?

2) Soit, comme cela se déduit de l'exposé des motifs, l'enregistrement dans le registre d'alerte a un réel effet négatif sur la personne puisque celle-ci fera désormais l'objet d'une surveillance renforcée de la part de l'ensemble des établissements financiers visés. Dans les faits, la personne enregistrée risque de ne pas pouvoir obtenir le service souhaité ou de l'obtenir à des conditions moins avantageuses. Dans ce cas, se pose la question de la proportionnalité d'un tel échange structurel de données à caractère personnel. À cet égard, la section de législation relève les éléments suivants :

– Les établissements visés enregistrent tout incident dont ils estiment une personne responsable et partagent avec l'ensemble des établissements toutes les données d'alerte y afférentes. L'enregistrement de la personne est ainsi laissé à la seule appréciation des personnes compétentes désignées par l'établissement, à la suite de leur propre enquête et en l'absence de tout contrôle par un tiers. Il en résulte que toutes les données figurant dans le registre d'alerte seront partagées de manière structurelle avec l'ensemble des établissements visés, sans que le bien-fondé de l'enregistrement n'ait été préalablement soumis à l'examen d'une autorité administrative ou

d'un juge ni à une quelconque procédure contradictoire. L'enregistrement dans le registre d'alerte emporte par conséquent un important risque de stigmatisation de personnes qui n'ont été reconnues coupables d'aucune infraction. L'avant-projet ne prévoit par ailleurs aucun système de contrôle indépendant permettant de vérifier si la conservation et le partage des données sont encore requis ⁹.

– Ce risque de stigmatisation s'applique en outre vis-à-vis de l'ensemble du secteur professionnel visé, puisque les données d'alerte seront transmises à l'ensemble des acteurs de services de paiement et de services de crédit. Comme cela a été relevé, la création d'un tel système d'alerte dans le secteur financier « ne place plus la personne concernée devant un acteur du marché, mais face à tout un secteur du marché. Un glissement s'opère du niveau individuel vers un niveau sectoriel. Les conséquences éventuelles pour les libertés individuelles seront donc d'ordre plus sévère » ¹⁰.

– La durée de conservation des données d'alerte est également importante, dès lors que les données d'alerte peuvent être conservées pendant dix ans maximum ¹¹. L'exposé des motifs ne précise pas, à cet égard, les motifs justifiant le choix de ce délai de conservation.

– Si l'article 13 prévoit certes la possibilité pour la personne enregistrée de contester son enregistrement, il convient de relever que :

a) cette faculté s'exerce nécessairement après que l'enregistrement et le partage des données ont été réalisés ;

b) cette faculté s'exerce auprès de l'établissement ayant lui-même procédé à l'enregistrement ;

c) et sans précision des garanties applicables à cette procédure de contestation, spécialement en ce qui concerne le droit à une audition et la possibilité d'être assisté par un avocat.

Une solution moins attentatoire consisterait à imposer à l'établissement une obligation d'informer au préalable la personne concernée de son intention d'enregistrer celle-ci et de lui permettre de réagir, dans le respect des garanties découlant du principe *Audi alteram partem*. Si l'établissement décide *in fine* de procéder à l'enregistrement, cette décision devrait pouvoir faire l'objet d'un recours auprès d'une instance indépendante. Le partage des données ne pourrait avoir lieu qu'à l'issue du délai de recours ou en cas de recours, à l'issue de celui-ci.

– L'avant-projet prévoit comme seule exception à l'enregistrement et au partage des données l'hypothèse dans laquelle l'enregistrement est de nature à compromettre une enquête judiciaire en cours (voir l'article 10, alinéa 3, de l'avant-projet). À cet égard, la section de législation aperçoit difficilement dans quelle mesure l'établissement est en mesure d'effectuer lui-même une telle évaluation. Il en va de même s'agissant de la limitation des droits visée à l'article 14 de l'avant-projet. En outre, l'avant-projet ne prévoit pas la suppression de

⁹ Par exemple, en cas d'acquittement d'une personne ayant fait l'objet d'une procédure judiciaire.

¹⁰ J. DHONT, « Le traitement des données à caractère personnel dans le secteur d'assurances. La légalité des banques de données », *Rev. dr. U.L.B.*, 2000/1, p. 330.

¹¹ Voir l'article 7 de l'avant-projet.

l'enregistrement dans l'hypothèse où une personne faisant l'objet d'une procédure judiciaire serait acquittée. L'avant-projet ne règle ainsi pas suffisamment les relations entre l'enregistrement d'une personne et la procédure judiciaire éventuellement en cours à l'encontre de cette même personne.

8. Pour ces motifs et en l'absence de l'examen approfondi réalisé par l'Autorité de protection des données sur l'avant-projet à l'examen, la section de législation émet de sérieuses réserves quant à la proportionnalité de l'ingérence, telle que conçue par l'avant-projet, dans le droit au respect de la vie privée.

9. L'avant-projet sera fondamentalement réexaminé au regard de la présente observation générale.

10. Par conséquent, l'avant-projet ne sera pas examiné plus avant.

*

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend 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.

VOORAFGAAND VORMVEREISTE

Sinds de wijziging van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’ bij de wet van 2 april 2003 ‘tot wijziging van sommige aspecten van de wetgeving met betrekking tot de inrichting en de werkwijze van de afdeling wetgeving van de Raad van State’, kan de niet-vervulling van vormvereisten er weliswaar niet meer toe leiden dat adviesaanvragen onontvankelijk zijn, maar het beginsel blijft dat de afdeling Wetgeving pas om advies kan worden gevraagd nadat het betrokken voorontwerp alle achtereenvolgende stadia van de administratieve voorbereiding heeft doorlopen en nadat het orgaan dat bevoegd is om het voorontwerp vast te stellen de mogelijkheid heeft gehad het eventueel aan te passen in het licht van de elementen die bij het vervullen van de vormvereisten naar voren zijn gekomen. Op die manier wordt vermeden dat de afdeling Wetgeving advies zou uitbrengen over een niet-definitieve ontwerp tekst en wordt gewaarborgd dat het advies wordt uitgebracht met volledige kennis van alle ter zake relevante elementen.¹

Wanneer het om voorontwerpen gaat die, zoals het voorliggende voorontwerp, bij uitstek betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens, geldt die opmerking a fortiori voor het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit, omdat het doel van de adviesverplichting juist is onder meer na te gaan of de ontworpen regeling wel in overeenstemming is met de juridische vereisten die gelden voor de verwerking van persoonsgegevens.²

De gemachtigde van de minister heeft bevestigd dat tegelijk met de adiëring van de Raad van State om het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit is verzocht. De afdeling Wetgeving kan met dat advies dus geen rekening houden bij het onderzoek van het voorontwerp.

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

¹ Adviezen 41.417/AV tot 41.420/AV van 6 oktober 2006 over voorontwerpen die hebben geleid tot respectievelijk de wet van 10 mei 2007 ‘tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden’, de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen’, de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’ en de wet van 10 mei 2007 ‘tot aanpassing van het Gerechtelijk Wetboek aan de wetgeving ter bestrijding van discriminatie en tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden’, *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2720/001, 126.

² Zie in die zin eveneens advies 69.369/1 van 4 juni 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 27 januari 2022 ‘tot wijziging van de ordonnantie van 11 mei 2017 betreffende het inburgeringstraject voor de nieuwkomers’ (*Parl.St.* Br.Parl. 2021-22, nr. B-87/1, 9 tot 14).

De methode die erin bestaat tegelijk het advies van de afdeling Wetgeving en dat van de Gegevensbeschermingsautoriteit aan te vragen, is dan ook, *in casu*, ten eerste af te keuren.³ De afdeling Wetgeving kan dan immers niet over alle relevante informatie beschikken die mogelijk nuttig is voor haar onderzoek, meer in het bijzonder van de wijze waarop met dat advies rekening zou zijn gehouden en hoe dit in de memorie van toelichting en in de artikelsgewijze bespreking naar voren zou zijn gebracht.

In de memorie van toelichting moet hoe dan ook worden verduidelijkt hoe het voorontwerp rekening heeft gehouden met het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit.

Indien het vervullen van dat vormvereiste nog aanleiding zou geven tot wijzigingen die niet louter vormelijk van aard zijn of die niet voortvloeien uit het gevolg dat aan dit advies wordt gegeven, zou over die wijzigingen nogmaals het advies van de afdeling Wetgeving moeten worden gevraagd, overeenkomstig artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’.

ALGEMENE OPMERKING

1. Het voorliggende voorontwerp strekt tot oprichting van een incidentenwaarschuwingssysteem binnen de financiële sector. Zodoende regelt het de verzameling van persoonsgegevens en het structurele delen daarvan met private actoren van een specifieke beroepssector. De bedoelde instellingen⁴ worden aldus gemachtigd om gegevens aangaande “incidenten” (de “incidentengegevens”) te verzamelen en op structurele wijze de “waarschuwinggegevens” in verband met die incidenten uit te wisselen met de andere bedoelde instellingen. Als een financiële instelling meent dat een persoon gedragingen heeft vertoond die aanleiding hebben gegeven tot een incident of dat hij heeft meegewerkt aan zulke gedragingen, registreert zij dat in een waarschuwingsregister dat toegankelijk is voor alle andere bedoelde financiële instellingen.⁵

De bedoelde “incidenten” worden opgesomd in artikel 5, § 1, van het voorontwerp. Die “incidenten” stemmen overeen met overtredingen waarop strafrechtelijke straffen staan.⁶

³ Zie in die zin onder meer advies 71.258/2 van 4 mei 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 16 oktober 2022 ‘tot oprichting van het Centraal register voor de beslissingen van de rechterlijke orde en betreffende de bekendmaking van de vonnissen en tot wijziging van de assisenprocedure betreffende de wraking van de gezworenen’, voorafgaande opmerking 2, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2754/001, 68 tot 88. Zie eveneens advies 72.873/2 van 15 mei 2023 over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet op het politieambt’.

⁴ Het gaat om de kredietinstellingen en de kredietgevers opgesomd in artikel 2, 6°, van het voorontwerp.

⁵ Overeenkomstig artikel 10, eerste lid, van het voorontwerp worden de “waarschuwinggegevens (...) op een structurele manier tussen de betrokken instellingen op een beveiligde manier gedeeld”. Weliswaar is het waarschuwingsregister niet gecentraliseerd en wordt het door elke betrokken instelling zelf beheerd, zoals de memorie van toelichting stelt, maar alle waarschuwinggegevens worden op structurele wijze met alle bedoelde instellingen gedeeld.

⁶ De gemachtigde van de minister heeft het volgende bevestigd : “Les incidents visés par cet article sont des faits qui peuvent également constituer des infractions pénales au sens du Code Pénal comme par exemple, les faux en écriture (article 196), l’abus de confiance (articles 491 et suivants), l’escroquerie et la tromperie (articles 496 et suivants) et la fraude informatique (article 504*quater*)”.

De waarschuwingsgegevens worden gedefinieerd in artikel 6, eerste lid, van het voorontwerp en omvatten onder meer de identificatiegegevens van de persoon (rekeningnummer, naam, voornamen, geboortedatum en geboorteplaats van de natuurlijke persoon). Die gegevens worden dus op structurele wijze gedeeld met alle bedoelde instellingen.

2. De verwerking van dergelijke persoonsgegevens en het delen ervan met alle bedoelde instellingen moeten worden onderzocht in het licht van de beginselen inzake legaliteit, legitimiteit en evenredigheid die, in zoverre ze het recht op eerbiediging van het privéleven betreffen, voortvloeien uit artikel 22 van de Grondwet en uit artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven dient niet alleen te steunen op een voldoende precieze wettelijke bepaling (materieel legaliteitsbeginsel), maar dient ook op een objectieve en redelijke verantwoording te berusten en bijgevolg evenredig te zijn met de doelstellingen die de wetgever, die ter zake over enige beoordelingsruimte beschikt, nastreeft. Die appreciatiemarge is evenwel niet onbegrensd: opdat een wettelijke regeling verenigbaar is met het recht op eerbiediging van het privéleven, is vereist dat de wetgever een billijk evenwicht heeft gevonden tussen alle rechten en belangen die in het geding zijn.⁷ Het Grondwettelijk Hof heeft zo het volgende geoordeeld in arrest nr. 27/2020 van 20 februari 2020:

“B.8.3. Bij de beoordeling van de evenredigheid van maatregelen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, dient rekening te worden gehouden met, onder meer, het geautomatiseerde karakter ervan, de gebruikte technieken, de accuraatheid, de pertinentie en het al dan niet buitensporige karakter van de gegevens die worden verwerkt, het al dan niet voorhanden zijn van maatregelen die de duur van de bewaring van de gegevens beperken, het al dan niet voorhanden zijn van een systeem van onafhankelijk toezicht dat toelaat na te gaan of de bewaring van de gegevens nog langer is vereist, het al dan niet voorhanden zijn van afdoende controlerechten en rechtsmiddelen voor de betrokkenen, het al dan niet voorhanden zijn van waarborgen ter voorkoming van stigmatisering van de personen van wie de gegevens worden verwerkt, het onderscheidend karakter van de regeling en het al dan niet voorhanden zijn van waarborgen ter voorkoming van foutief gebruik en misbruik van de verwerkte persoonsgegevens door de overheidsdiensten (arrest nr. 108/2016 van 14 juli 2016, B.12.2; arrest nr. 29/2018 van 15 maart 2018, B.14.4; EHRM, grote kamer, 4 mei 2000, Rotaru t. Roemenië, § 59; beslissing, 29 juni 2006, Weber en Saravia t. Duitsland, § 135; 28 april 2009, K.H. e.a. t. Slowakije, §§ 60-69; grote kamer, 4 december 2008, S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk, §§ 101-103, 119, 122 en 124; 18 april 2013, M.K. t. Frankrijk, §§ 37 en 42-44; 18 september 2014, Brunet t. Frankrijk, §§ 35-37; 12 januari 2016, Szabó en Vissy t. Hongarije, § 68; HvJ, grote kamer, 8 april 2014, C-293/12, Digital Rights Ireland Ltd, en C-594/12, Kärntner Landesregierung e.a., punten 56-66)”.

⁷ Advies 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, opmerking 104, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 55-127. Zie onder meer ook advies 63.192/2 van 19 april 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3126/001, 402-456 en advies 63.202/2 van 26 april 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 5 september 2018 ‘tot oprichting van het informatieveiligheidscomité en tot wijziging van diverse wetten betreffende de uitvoering van verordening (EU) 2016/679 van 27 april 2016 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG’, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3185/001, 120 tot 145.

3. Overeenkomstig artikel 3, eerste lid, van het voorontwerp is de algemene doelstelling van het delen van persoonsgegevens “het bestrijden van het oneigenlijk gebruik van betalingsdiensten en kredieten”. In het tweede lid van hetzelfde artikel wordt gestipuleerd dat de persoonsgegevens die worden geregistreerd en gedeeld, alleen mogen dienen voor de volgende doeleinden: (1) het voorkomen van, het onderzoek naar en de opsporing van incidenten, (2) het delen van gegevens tussen de betrokken instellingen met betrekking tot incidenten en (3) de bescherming van de natuurlijke personen of rechtspersonen die slachtoffer zijn van incidenten.⁸ In de memorie van toelichting staat uitdrukkelijk dat het bij het invoeren van een waarschuwingssysteem gaat om “het waarborgen van de integriteit van de financiële sector”.

4. In tegenstelling tot de “negatieve lijsten” van de Centrale voor kredieten aan particulieren of van de Kansspelcommissie, die maatregelen vormen in de strijd tegen overmatige schuldenlast, is de *in casu* nagestreefde doelstelling niet de bescherming van de geregistreerde persoon maar wel de bescherming van de integriteit van de sector zelf middels een mechanisme van onderlinge waarschuwing ter voorkoming van fraude. Hoewel fraudebestrijding beslist een legitiem doel is, dient toch te worden opgemerkt dat private actoren zoals de financiële instellingen zich in geen geval in de plaats mogen stellen van de gerechtelijke instanties die belast zijn met het onderzoek en de vervolging van strafbare feiten.

5. In dat verband heeft de Gegevensbeschermingsautoriteit het volgende opgemerkt in haar advies 136/2021 van 24 augustus 2021 met betrekking tot een voorstel van resolutie betreffende het bestrijden van cyberfraude via geldezels:

“4. De Autoriteit vestigt er de aandacht op dat het opsporen van criminelen gebeurt door de daartoe gemandateerde overheidsdiensten. Dergelijke onderzoeken gaan immers gepaard met een indringing van de persoonlijke levenssfeer. De vraag stelt zich of het wel de taak is van commerciële ondernemingen zoals banken, die uiteindelijk elkaars concurrenten zijn, om op eigen initiatief onderling onderzoeken op te starten naar hun klanten m.b.t. het witwassen van geld en dus eigenlijk een onderzoek naar strafrechtelijke inbreuken voeren en daarbij gegevens over personen uitwisselen. Dit gaat veel verder dan bijvoorbeeld een meldingsplicht van verdachte transacties aan de bevoegde gerechtelijke autoriteiten die strafonderzoeken voeren met de daarbij horende garanties voor de betrokkenen. Daarenboven leidt het ertoe dat de banken betrokken bij het onderzoek (onderzoeksdoeleinde) in het bezit komen van meer informatie over een klant dan zij in het kader van hun commerciële relatie (commercieel doeleinde) met hem beschikken. Het risico is dan ook aanzienlijk dat de ‘onderzoeksinformatie’ vervolgens commercieel wordt aangewend”.

6. In artikel 5, § 3, van het voorontwerp worden de doelstelling en de gevolgen van het ingevoerde waarschuwingssysteem als volgt verduidelijkt :

“De betrokken instellingen laten geen gevolgen voortvloeien uit de loutere registratie van een persoon waarbij de geregistreerde persoon automatisch van het financiële systeem uitgesloten zouden worden. Bijgevolg blijft de toegang tot krediet- en betalingsdiensten van toepassing overeenkomstig de bepalingen van boek VII van het

⁸ In dat verband wordt in de memorie van toelichting evenwel niet verduidelijkt hoe de registratie van de persoon die verantwoordelijk is voor een incident en het delen van dat gegeven met de andere financiële instellingen, de natuurlijke en rechtspersonen tegen dat incident beschermen.

Wetboek van economisch recht. Het systeem geldt als een risicowaarschuwing voor de in de wet bedoelde handelingen.

De door het systeem beschikbaar gestelde gegevens dienen ter ondersteuning van de reeds bestaande risico-inschatting en analyse van de betrokken instellingen”.

7. In de memorie van toelichting staat dat het systeem “dan ook een louter preventieve werking [beoogt] en (...) niet bedoeld [is] om afbreuk te doen aan de rechten van de betrokken (rechts)personen”. Er wordt aldus benadrukt dat “het incidentenwaarschuwingssysteem zich [onderscheidt] van een zwarte lijst, waar de loutere registratie tot gevolg zou kunnen hebben dat de geregistreerde persoon diensten automatisch geweigerd worden”. Hoewel registratie in het waarschuwingsregister niet automatisch tot een uitsluiting uit het financiële systeem kan leiden, wordt in de memorie van toelichting gestipuleerd dat de geregistreerde personen aan een verhoogd toezicht worden onderworpen.

Die uitleg is dubbelzinnig. Het is immers het ene of het andere:

1) Ofwel heeft, zoals aangegeven in de memorie van toelichting, de registratie in het waarschuwingsregister effectief niet “als doel of tot gevolg dat er op basis daarvan beslissingen worden genomen die afbreuk doen aan de rechten van de geregistreerde persoon”. Als de registratie voor de geregistreerde persoon geen enkel gevolg kan hebben, rijst in dat geval de vraag waarom het nodig is de persoonsgegevens van de betrokkene te registreren en met alle bedoelde financiële instellingen te delen. Zou het delen van de gegevens in verband met het incident zelf (aard van het incident en gebruikte methode) niet volstaan om de nagestreefde preventiedoelstelling te bereiken?

2) Ofwel heeft, zoals kan worden afgeleid uit de memorie van toelichting, de registratie in het waarschuwingsregister een reëel negatief effect op de persoon aangezien die vanaf dan onderworpen is aan een verhoogd toezicht door alle bedoelde financiële instellingen. In feite loopt de geregistreerde persoon het risico dat de gewenste dienst hem niet, of enkel tegen minder voordelige voorwaarden, kan worden verleend. In dat geval rijst de vraag in hoeverre een dergelijke structurele uitwisseling van persoonsgegevens evenredig is. In dat verband wijst de afdeling Wetgeving op de volgende elementen:

– De bedoelde instellingen registreren elk incident waarvoor ze een persoon verantwoordelijk achten en delen alle daarmee verband houdende waarschuwingsgegevens met alle andere instellingen. De registratie van de persoon wordt dus overgelaten aan louter het oordeel van de bevoegde personen die de instelling als zodanig heeft aangewezen, op basis van hun eigen onderzoek en zonder enige controle door een derde. Daaruit volgt dat alle in het waarschuwingsregister opgenomen gegevens op structurele wijze zullen worden gedeeld met alle bedoelde instellingen, zonder dat de rechtmatigheid van de registratie voorafgaandelijk ter onderzoek aan een administratieve overheid of aan een rechter is voorgelegd, en zonder dat ze het voorwerp heeft uitgemaakt van enige procedure op tegenspraak. De registratie in het waarschuwingsregister houdt bijgevolg een groot risico in op stigmatisering van personen die niet schuldig zijn bevonden aan enig vergrijp. Het voorontwerp voorziet bovendien niet in een

onafhankelijk controlesysteem om na te gaan of het nog vereist is dat de gegevens worden bewaard en gedeeld.⁹

– Dat risico op stigmatisering geldt bovendien ten aanzien van heel de beroepssector in kwestie, aangezien de waarschuwingsgegevens worden doorgegeven aan alle verleners van betalings- en kredietdiensten. In dat verband is reeds opgemerkt dat de oprichting van een dergelijk waarschuwingssysteem in de financiële sector “ne place plus la personne concernée devant un acteur du marché, mais face à tout un secteur du marché. Un glissement s’opère du niveau individuel vers un niveau sectoriel. Les conséquences éventuelles pour les libertés individuelles seront donc d’ordre plus sévère”.¹⁰

– De bewaringstermijn voor de waarschuwingsgegevens is eveneens belangrijk aangezien die gegevens tot 10 jaar lang mogen worden bewaard.¹¹ In de memorie van toelichting wordt in dat verband niet gemotiveerd waarom voor deze bewaringstermijn is gekozen.

– Hoewel artikel 13 bepaalt dat de geregistreerde persoon de registratie kan betwisten, dient te worden opgemerkt dat:

a) die mogelijkheid hoe dan ook pas ontstaat nadat de gegevens al zijn geregistreerd en gedeeld;

b) van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt bij de instelling die zelf de registratie heeft gedaan;

c) niet wordt gestipuleerd welke waarborgen van toepassing zijn op de betwistingsprocedure, speciaal wat betreft het recht gehoord te worden en de mogelijkheid te worden bijgestaan door een advocaat.

Een minder ingrijpende oplossing zou erin bestaan dat de instelling verplicht wordt de betrokken persoon op voorhand in te lichten over haar intentie om hem te registreren, en hem de mogelijkheid te geven te reageren, met inachtneming van de waarborgen die voortvloeien uit het beginsel *audi alteram partem*. Als de instelling *in fine* beslist om over te gaan tot registratie, zou tegen die beslissing een beroep moeten kunnen worden ingesteld bij een onafhankelijke instantie. De gegevens zouden pas kunnen worden gedeeld na het verstrijken van de beroepstermijn of, in voorkomend geval, na dat beroep.

– De enige uitzondering op de registratie en het delen van de gegevens waarin het voorontwerp voorziet, is het geval waarin de registratie een lopend gerechtelijk onderzoek in het gedrang kan brengen (zie artikel 10, derde lid, van het voorontwerp). In dat verband is het voor de afdeling Wetgeving niet duidelijk in hoeverre de instelling zelf die afweging kan maken. Hetzelfde geldt voor de beperking van de rechten zoals bedoeld in artikel 14 van het voorontwerp. Bovendien voorziet het voorontwerp niet in de schrapping van de registratie in het geval waarin in een persoon

⁹ Bijvoorbeeld in geval van vrijspraak van een persoon tegen wie een gerechtelijke procedure was ingesteld.

¹⁰ J. DHONT, “Le traitement des données à caractère personnel dans le secteur d’assurances. La légalité des banques de données”, *Rev. dr. U.L.B.*, 2000/1, 330.

¹¹ Zie artikel 7 van het voorontwerp.

tegen wie een gerechtelijke procedure loopt, wordt vrijgesproken. De verhouding tussen de registratie van een persoon en de eventuele lopende gerechtelijke procedure tegen diezelfde persoon wordt in het voorontwerp dus niet afdoend geregeld.

8. Om die redenen en bij ontstentenis van het grondige onderzoek van het voorliggende voorontwerp door de Gegevensbeschermingsautoriteit, maakt de afdeling Wetgeving een ernstig voorbehoud met betrekking tot de evenredigheid van de in het voorontwerp geconcipeerde inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven.

9. Het voorontwerp moet grondig worden heronderzocht in het licht van deze algemene opmerking.

10. Bijgevolg zal het voorontwerp niet nader worden onderzocht.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Charles-Henri VAN HOVE

Bernard BLERO