



Advies nr 06/2010 van 3 februari 2010

Betreft: Voorontwerp van decreet betreffende de bestuurlijk-administratieve archiefwerking

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer;

Gelet op de wet van 8 december 1992 *tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens* (hierna WVP), inzonderheid artikel 29;

Gelet op het verzoek om advies van de heer G. Bourgeois, Vlaams minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand ontvangen op 21/12/2009;

Gelet op het verslag van de heer Willem Debeuckelaere, Voorzitter;

Brengt op 3 februari 2010 het volgend advies uit:

I. VOORWERP EN CONTEXT VAN DE ADVIESAANVRAAG

1. De heer Geert Bourgeois, Vlaams minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand verzoekt om het advies van de Commissie aangaande een voorontwerp van decreet betreffende de bestuurlijk-administratieve archiefwerking.
2. Zolang de Gemeenschappen en Gewesten geen gebruik maken van hun bevoegdheid over het archiefwezen, blijft de Archiefwet van 24 juni 1955 van kracht (artikel 94 van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen). Het voorliggend voorontwerp van decreet houdt de afschaffing in van de Archiefwet van 24 juni 1955, ten minste voor de instanties van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaams Gewest die binnen haar toepassingsgebied vallen.

II. ONDERZOEK VAN DE ADVIESAANVRAAG

Voorafgaande bemerkingen

3. Alvorens in te gaan op de inhoudelijke aspecten, roept het voorontwerp van decreet een mogelijke bevoegdheidskwestie op. Het is niet aan de Commissie om in dit probleem een beslissing te nemen. Maar zij moet op zijn minst het probleem aankaarten in het licht van het legaliteitsbeginsel, zoals vastgelegd in art. 8 EVRM, artikel 22 van de Grondwet en de WVP zelf (in het bijzonder artikel 5 WVP). Een wettelijke norm uitgevaardigd door een daartoe niet bevoegde parlementaire vergadering vervult het legaliteitsbeginsel niet in de mate de bevoegdheid overschreden werd. De Raad van State heeft in verschillende adviezen er op gewezen dat de bevoegdheid over het archiefwezen verdeeld is en dat de juiste afgrenzing van de onderlinge bevoegdheden een complexe materie is.¹ Het hiernavolgend advies van de Commissie wordt uitgebracht onder voorbehoud van de vaststelling van bevoegdheid door de Raad van State en, desgevallend, door het Grondwettelijk Hof.

¹ Advies inzake het wetsvoorstel tot opheffing van de archiefwet van 24 juni 1955 en houdende organisatie van het Belgische archiefwezen, *Parl. St.* Kamer 1991-1992, nr. 462/2, 6; advies inzake het wetsvoorstel betreffende het archiefwezen, *Parl. St.* Kamer 1992-1993, nr. 1041/2; advies inzake voorstel van archiefwet, *Parl. St.* Senaat 1991-1992, n° 233/3; advies inzake het wetsvoorstel inzake archiefwet, *Parl. St.* Kamer 1995-1996, n° 258/4; advies inzake voorontwerp van decreet met betrekking tot openbare archieven, *Parl. St.* W. Parl 2000-2001, nr. 271/1, 7-9; advies inzake het ontwerp van wet van 3 februari 2009 houdende diverse bepalingen (I), *Parl. St.* Kamer 2008-2009, nr. 1786/001, 174-175.

4. De De Commissie stelt evenwel vast, dat de Raad van State meerdere keren, en ook recent nog heeft bevestigd in een advies dat werd uitgebracht in de verenigde kamers², erop heeft gewezen dat : *"(...) als uitzondering op de gemeenschapsbevoegdheid, tot de nationale bevoegdheid blijft behoren «de wet op het algemeen rijksarchief», met welke verwijzing blijkbaar de aangelegenheden zijn bedoeld die het onderwerp zijn van de archiefwet van 24 juni 1955;"* De Gemeenschappen zijn overigens bevoegd: *"in de mate dat de ontworpen wijzigingen betrekking hebben op bescheiden die te beschouwen zijn als cultureel patrimonium in de zin van artikel 4, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980"*. De Commissie merkt eveneens op dat het Waals Parlement een decreet goedkeurde betreffende de openbare archieven (decreet van 6 december 2001), maar zonder daarbij de wet van 24 juni 1955 op te heffen. De verenigbaarheid tussen de twee regelgevingen werd vastgesteld aangezien de wet van 1955 destijds heeft opgelegd dat documenten 100 jaar nadat ze werden opgemaakt naar het Algemeen Rijksarchief moeten worden overgeheveld waar het decreet een archivering 30 jaar na opmaak heeft geregeld (noodzakelijk in afwachting van de algemene archivering). Afgezien daarvan zou de bevoegdheid in het Waals Gewest in twijfel kunnen worden getrokken, gelet op het feit dat een algemene archivering sinds 2009 verplicht is 30 jaar na opmaak van de documenten waardoor het Waals decreet zonder voorwerp zou kunnen vallen.

Toepasselijkheid van de WVP op archieven

5. Archiefzorg valt niet per definitie binnen het toepassingsgebied van de WVP. Dit is slechts het geval voor zover er sprake is van verwerking van persoonsgegevens in de zin van art. 1, § 1 WVP. Elke geheel of gedeeltelijke geautomatiseerde verwerking valt binnen het toepassingsgebied van de WVP, conform art. 3, § 1 WVP. In het centraal geautomatiseerd register van permanent te bewaren archiefdocumenten kan hiervan sprake zijn, maar ook bij de totstandkoming van selectielijsten en bij het beheer van archiefdocumenten zelf. De niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens valt binnen het toepassingsgebied van de WVP voor zover de persoonsgegevens in een bestand zijn opgenomen of bestemd zijn om erin opgenomen te worden (art. 3, § 1 WVP). Onder 'bestand' wordt begrepen *"elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens die volgens bepaalde criteria toegankelijk zijn, ongeacht of dit geheel gecentraliseerd dan wel gedecentraliseerd is of verspreid op een functioneel of geografisch bepaalde wijze"* (art. 1, § 3 WVP).

² Advies 25.317/VR van 8 januari 1997 (Parl.St. Kamer 95-96,nr. 258/4. Recent bevestigd : advies inzake het ontwerp van wet van 3 februari 2009 houdende diverse bepalingen (I) Parl. St.2008-2009, nr. 1786/001, 174-175.

6. De toepasselijkheid van de WVP moet telkens geval per geval bekeken worden, rekening houdend met de inhoud van de archiefdocumenten en de wijze waarop zij ontvangen, verworven, opgemaakt en beheerd worden. Duidelijk is dat archiefzorg een verwerking van persoonsgegevens kan inhouden waarop de WVP van toepassing is.

Toelaatbaarheid van de verwerking

7. De verwerking van persoonsgegevens is toelaatbaar onder meer wanneer de "*verwerking noodzakelijk is om een verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke voor de verwerking is onderworpen door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie*" (art. 5, c) WVP) en wanneer de "*verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van openbaar belang of die deel uitmaakt van de uitoefening van het openbaar gezag, die is opgedragen aan de verantwoordelijke voor de verwerking of aan de derde aan wie de gegevens worden verstrekt*" (art. 5, e) WVP).
8. Het ontworpen decreet biedt een wettelijke grondslag voor de selectie van documenten voor permanente bewaring, hun ontsluiting en toegang ertoe. De grondslag voor de creatie en/of ontvangst van het archiefdocument – inclusief de verwerking van persoonsgegevens die dit desgevallend met zich meebrengt - situeert zich in het wettelijke kader waarin elke zorgdrager opereert en de taken die aan hem zijn toevertrouwd.
9. De Commissie stelt in dit verband vast dat het voorontwerp van archiefdecreet twee fundamentele wijzigingen aanbrengt aan het decreet van 26 maart 2004 *betreffende de openbaarheid van bestuur* (hierna openbaarheidsdecreet). Enerzijds wordt het toepassingsgebied van het openbaarheidsdecreet impliciet uitgebreid naar de administratieve rechtscolleges, zonder evenwel art. 3, 1^o, 2^e lid en 2^o, 2^e lid van het openbaarheidsdecreet – dat de uitvoerende macht uitsluit voorzover deze optreedt in een rechterlijke hoedanigheid - te schrappen (art. 14, § 1 voorontwerp van decreet). Blijkens de memorie van toelichting zijn de documenten van administratieve rechtscolleges de enige categorie van archiefdocumenten in de zin van het voorontwerp die niet reeds bestuursdocumenten zijn in de zin van het geldend openbaarheidsdecreet. Anderzijds wordt het uitzonderingsregime van het openbaarheidsdecreet ingeperkt in de tijd (art. 14, § 2 voorontwerp van decreet). Deze werkwijze ondermijnt in de ogen van de Commissie de kwaliteit van de wetgeving en de voorzienbaarheid van de verwerking voor de betrokkenen. Daarom is de Commissie er voorstander van om deze wijzigingen in het de tekst van het openbaarheidsdecreet zelf aan te brengen. Voorzienbaarheid van de norm als voorwaarde voor de gerechtvaardigde inmenging in de persoonlijke levenssfeer vloeit voort uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Aard van de verwerkte persoonsgegevens

10. Archiefdocumenten zoals bedoeld in het ontworpen decreet kunnen alle mogelijke persoonsgegevens bevatten, in het bijzonder ook gevoelige gegevens in de zin van art. 6 t.e.m. 8 WVP. In Hoofdstuk 5 "Toegang tot archiefdocumenten" van het voorontwerp komt dit uitdrukkelijk ter sprake. De beslissing om toegang te verlenen tot archiefdocumenten voor wetenschappelijk doeleinden moet onder meer op de volgende criteria gebaseerd worden:
- de wijze waarop gevoelige gegevens verwerkt worden (art. 15, § 3, 5° voorontwerp van decreet);
 - de wijze waarop persoonsgegevens geanonimiseerd worden (art. 15, § 3, 6° voorontwerp van decreet).
11. De Commissie meent dat de term "persoonsgegevens" enkel kan begrepen worden in de zin van art. 1, § 1 WVP. Om elke twijfel uit te sluiten zou een verwijzing in het decreet, of minstens in de memorie van toelichting, opgenomen moeten worden.
12. Het begrip "gevoelige gegevens" is eveneens een term die – in de ogen van de Commissie – moet gekoppeld worden aan de bepalingen van de WVP, hoewel deze er niet letterlijk in te vinden is. Zonder expliciete verwijzing naar de relevante bepaling(en) van de WVP is de term onduidelijk. Worden met "gevoelige gegevens" uitsluitend de gegevens bedoeld waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging of het lidmaatschap van een vakvereniging blijken, alsook de persoonsgegevens die het seksuele leven betreffen (art. 6 WVP)? Of omvat de term ook gezondheidsgegevens (art. 7 WVP) en gerechtelijke gegevens (art. 8 WVP)?
13. De bevestiging in de memorie van toelichting dat voormelde criteria betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens en dat de wetgeving terzake onverminderd van toepassing blijft, neemt de onduidelijkheid niet weg. In dit verband wijst de Commissie er op dat naast gevoelige gegevens ook andere gegevens niet zonder meer ter beschikking gesteld mogen worden voor wetenschappelijke of andere doeleinden omwille van bijzondere wettelijke beperkingen. Dit is met name het geval voor geclassificeerde informatie zoals bepaald in de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen (*B.S.* 7 mei 1999). De initiële reden voor de verwerking van gevoelige gegevens in de zin van art. 6 t.e.m. 8 WVP situeert zich buiten het ontworpen archiefdecreet. De toepasselijkheid van één van de uitzonderingen uit art. 6 t.e.m. 8 WVP moet dan ook getoetst worden aan het wettelijke kader waarin elke zorgdrager zijn missie uitvoert.

Doeleinde van de verwerking

14. Krachtens artikel 4, § 1, 2° WVP "moeten persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verkregen (...)".
15. Het voorontwerp van decreet verwijst in de definitie van archiefdocument naar de activiteiten van de zorgdrager, zijn taken en de handhaving van zijn rechten. Hieruit blijkt dat de doelstelling waarvoor documenten ontvangen, verworven of opgemaakt worden in beginsel buiten het voorontwerp van decreet liggen. Hierop wordt in dit advies bijgevolg niet verder ingegaan.
16. De definitie van archiefbeheer legt een aantal doelstellingen vast die gelden voor alle zorgdragers, meer bepaald *"het organiseren en uitvoeren van de archiefvorming, het ontsluiten, het toegankelijk maken, het selecteren, het vernietigen of bewaren en het beschikbaar stellen van de archiefdocumenten"*. De rechtvaardiging hiervoor is de *"waarde van de archiefdocumenten als bestanddeel van het culturele patrimonium"* en het *"belang van de in de archiefdocumenten voorkomende gegevens voor zorgdragers, recht- of bewijszoekenden of wetenschappelijke doeleinder"* (zie art. 12, § 3, 3° en 4° van het voorontwerp).
17. Persoonsgegevens mogen *"niet verder [] worden verwerkt op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren, met name met de redelijke verwachtingen van de betrokkene en met de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, onverenigbaar is met die doeleinder"* (art. 4, § 1, 2° WVP). Verdere verwerking voor historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden is niet onverenigbaar, voor zover de voorwaarden van Hoofdstuk II van het K.B. van 13 februari 2001 nageleefd worden. Dit is in het bijzonder het geval wanneer de zorgdrager aan een derde toegang verleent tot archiefdocumenten in toepassing van artikel 15 van het voorontwerp. De zorgdrager kan toegang onderwerpen aan bijzondere en specifieke voorwaarden (art. 15, § 1 voorontwerp van decreet). Op grond van Hoofdstuk II van het K.B. van 13 februari 2001 zal de zorgdrager in beginsel verplicht zijn om de gegevens te (laten) coderen of anonimiseren vooraleer er toegang toe te verlenen. Art. 3 van het K.B van 13 februari 2001 neemt als uitgangspunt dat enkel anonieme gegevens ter beschikking gesteld worden met het oog op de latere verwerking. Indien anonieme gegevens niet volstaan om de historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden te verwezenlijken, mogen gecodeerde persoonsgegevens verwerkt worden (art. 4 K.B. van 13 februari 2001). Indien zelfs gecodeerde gegevens niet volstaan, mogen niet-gecodeerde gegevens verwerkt worden (art. 5 K.B. van 13 februari 2001).

18. De mate van verspreiding van het onderzoeksresultaat is in het voorontwerp van archiefdecreet een factor in acht te nemen bij de beslissing om al dan niet toegang te verlenen tot archiefdocumenten voor wetenschappelijke doeleinden (art. 15, § 3, 4° voorontwerp van decreet). De Commissie wijst er op dat art. 23 K.B. van 13 februari 2001 in dit verband het volgende bepaalt: *"de resultaten van de verwerking voor historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden mogen niet worden bekendgemaakt in een vorm die de identificatie van de betrokken persoon mogelijk maakt tenzij:*

1° deze laatste daartoe zijn toestemming heeft gegeven en de persoonlijke levenssfeer van derden niet wordt geschonden, of;

2° de bekendmaking van niet-gecodeerde persoonsgegevens beperkt blijft tot gegevens die kennelijk door betrokkene zelf publiek zijn gemaakt of die in nauw verband staan met het publiek karakter van betrokkene of van de feiten waarbij deze laatste betrokken is of is geweest."

De zorgdrager moet bijgevolg vragen dat de onderzoeker zich ertoe verbindt art. 23 K.B. van 13 februari 2001 na te leven vooraleer toegang te verlenen.

Proportionaliteit van de verwerking

19. Artikel 4, § 1, 3° WVP bepaalt dat de ingezamelde persoonsgegevens toereikend, terzake dienend moeten zijn en niet overmatig ten opzichte van het doeleinde van de verwerking. Persoonsgegevens dienen daarenboven *"in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkenen te identificeren, niet langer te worden bewaard dan voor de verwezenlijking van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of verder worden verwerkt, noodzakelijk is."* (art. 4, § 1, 5° WVP).

20. Wat betreft de archiefzorg stellen deze bepalingen eisen aan de selectie van te bewaren en te vernietigen archiefdocumenten. Artikel 12, § 3 van het voorontwerp van decreet past het proportionaliteitsbeginsel toe door te bepalen dat de selectielijst moet rekening houden met:

1° de taak van de zorgdragers;

2° de verhouding van de zorgdragers tot andere zorgdragers;

3° de waarde van de archiefdocumenten als bestanddeel van het culturele patrimonium;

4° het belang van de in de archiefdocumenten voorkomende gegevens voor zorgdragers, recht- of bewijszoekenden of wetenschappelijke doeleinden.

21. Het voorontwerp van archiefdecreet bedeeft de zorgdrager(s) geen rol toe bij de opstelling van de algemene selectielijst per bestuursniveau. Een selectiecommissie, waarvan de samenstelling en de werking nog bepaald zullen worden bij uitvoeringsbesluit, is hiervoor verantwoordelijk. De eindverantwoordelijkheid voor de selectielijst ligt bij de Vlaamse Regering die ze bekrachtigd en bekendmaakt.

Voor categorieën van archiefdocumenten die niet opgenomen zijn in een algemene selectielijst, kan een zorgdrager een aanvullende, specifieke selectielijst voorstellen. Na toetsing aan de in artikel 12, § 3 van het voorontwerp vermelde criteria van het voorontwerp door de betrokken selectiecommissie, is de Vlaamse Regering opnieuw verantwoordelijk voor bekrachtiging en bekendmaking.

22. Als verantwoordelijke voor de verwerking moet de zorgdrager instaan voor de proportionaliteit van de verwerking, onder meer door de selectielijsten correct toe te passen of desnoods aanvullende specifieke selectielijsten voor te stellen. De Commissie merkt op dat art. 13, § 1 van het voorontwerp van decreet stelt dat zorgdragers archiefdocumenten kunnen vernietigen van zodra ze beschikken over een vastgestelde selectielijst die de vernietiging bepaalt, zonder evenwel daartoe te verplichten. Op grond van de WVP zal de zorgdrager verplicht tot vernietiging of anonimisering moeten overgaan, tenzij hij kan aantonen dat verdere bewaring in dat geval proportioneel is. Deze verplichte vernietiging of anonimisering geldt enkel voor archiefdocumenten waarvoor de archiefzorg tevens een verwerking van persoonsgegevens inhoudt.
23. Volgens de Commissie ligt het voor de hand dat zorgdrager(s), individueel of bij vertegenwoordiging, betrokken worden bij de opstelling van de algemene selectielijsten per bestuursniveau. De proportionaliteit van de verwerking van persoonsgegevens valt onder hun verantwoordelijkheid onder de WVP, ook in het kader van de archiefzorg.

Handhaving

24. Het voorontwerp bevat een mechanisme voor controle op de handhaving van het decreet in de vorm van een externe audit (art. 9 voorontwerp van decreet). De Commissie beveelt aan om in de externe audit steeds de naleving van art. 16 WVP (vertrouwelijkheid en beveiliging van de verwerking) te toetsen. Eveneens is de Commissie van mening dat de beslissingen genomen in navolging van art. 15 van het voorontwerp van decreet (aanvraag tot toegang voor wetenschappelijke doeleinden) doorlichting verdienen in het kader van de externe audit. Het betreft hier immers een verstrekking van archiefdocumenten die (nog) niet toegankelijk zijn volgens de bepalingen van het openbaarheidsdecreet.

III. EVALUATIE VAN DE IMPACT OP DE PRIVACY

25. Het voorontwerp van decreet vernieuwt het wettelijk kader voor bestuurlijk-administratieve archiefzorg in de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaams Gewest. Het voorontwerp wijst op eenduidige wijze de archiefzorg toe, wat een verbetering is op de bestaande situatie en tevens duidelijkheid brengt over verantwoordelijkheid voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van archiefzorg.

26. Het voorontwerp van decreet sluit uitdrukkelijk aan bij het geldende Vlaamse openbaarheidsdecreet en regelt zodoende het recht van toegang tot archiefdocumenten voor burgers. De voorzienbaarheid van deze regeling, in het bijzonder de verwerking van persoonsgegevens die eruit voortvloeien, is evenwel het voorwerp van kritiek.
27. Het voorontwerp somt expliciet criteria op voor de selectie van archiefdocumenten voor bewaring of vernietiging en codificeert hierdoor de huidige praktijk. Hierdoor wordt het proportionaliteitsbeginsel uit de WVP geconcretiseerd.
28. Het voorontwerp bevat een mechanisme voor controle op de handhaving van haar bepalingen, maar verwijst niet naar gegevensbescherming als één van de vereiste toetsstenen.

OM DEZE REDENEN

29. Onder voorbehoud van de hierboven gemaakte opmerkingen, brengt de Commissie een gunstig advies uit aangaande onderhavig voorontwerp van decreet betreffende de bestuurlijk-administratieve archiefwerking.

Voor de Administrateur m.v.,

De Voorzitter,

(get.) Patrick Van Wouwe

(get.) Willem Debeuckelaere