

ADVIES Nr 23 / 2006 van 12 juli 2006

O. Ref. : SA2 / A / 2006 / 016

BETREFT : advies betreffende het voorontwerp van wet betreffende de omkadering van de negatieve lijsten.

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 ("WVP"), inzonderheid artikel 29, en op het advies 09/2005 van 15 juni 2005 van de Commissie betreffende de omkadering van de zwarte lijsten;

Gelet op de adviesaanvraag van Mevrouw de Vice-eerste Minister en Minister van Begroting en Consumentenzaken van 12 mei 2006;

Gelet op het verslag van mevrouw M. Salmon;

Brengt op 12 juli 2006 volgend advies uit:

A. INLEIDING

1. Op 12 mei 2006 verzocht de Vice-eerste Minister en Minister van Begroting en Consumentenzaken de Commissie om een advies uit te brengen over het voorontwerp van wet betreffende de omkadering van de negatieve lijsten (hierna het "voorontwerp").
2. In navolging van het advies n° 09/2005 stelt de Commissie vast dat de bevoegde Minister de problematiek van de externe negatieve lijsten bij wet wenst te reglementeren, onder meer gelet op de risico's en vaststellingen die de Commissie heeft geformuleerd in haar advies 09/2005 van 15 juni 2005 en die in het ontwerp van Memorie van toelichting bij het voorontwerp worden samengevat.

B. ALGEMENE OPMERKINGEN

3. De Commissie legt aan Mevrouw de Vice-eerste Minister haar overwegingen voor met betrekking tot verschillende aspecten: de bij artikel 5 van het voorontwerp voorziene machtigingsprocedure (rubriek B.1.), het legaliteitsbeginsel (rubriek B.2.), de vereiste en passende waarborgen die moeten voorzien worden ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer (rubriek B.3.), et tenslotte de vaststelling en de verantwoordelijkheden van de bestemmingen van de norm.
4. In haar advies 09/2005 bevestigde de Commissie de noodzaak om een normatieve omkadering te bieden aan de problematiek van de negatieve lijsten in de private sector¹, om aldus een verhoogde bescherming te waarborgen. Hierin raadde zij aan gebruik te maken van een voorafgaande machtiging voor de zogenaamde gevoelige lijsten, van algemene bijkomende waarborgen en van interne controlemechanismen.²
5. Het voorontwerp streeft duidelijk naar het verlenen van een verhoogde bescherming aan de betrokkenen.

B.1. De wettigheid van negatieve lijsten

6. Artikel 22 van de Grondwet behoudt aan de federale wetgever de mogelijkheid voor om de uitzonderingen vast te stellen op het recht op eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven.
7. Uit de constante rechtspraak van het Arbitragehof vloeit voort dat enkel de federale wetgever³ kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden het recht op eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven kan worden beperkt⁴. Bovendien impliceert artikel 22 van de Grondwet volgens het Arbitragehof dat "elke overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven (...) wordt voorgeschreven in een voldoende precieze wettelijke bepaling, beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig is met de nagestreefde wettige doelstelling."⁵

Deze wettigheids- en proportionaliteitsbeginselen zijn eveneens opgenomen in artikel 4, § 1, 3° van de WVP. Het artikel 8 tenslotte van het E.V.R.M. vereist eveneens een "voorzienbare en proportionele wetgeving"⁶.

¹ Zie het beschikkend gedeelte van het advies 09/2005.

² Zie onder meer punt b in rubriek 4.2.1.3 van het advies 09/2005

³ En dus niet "de Staat" zoals vermeld in de memorie van Toelichting

⁴ Arrest nr. 16/2005 van 19 januari 2005, randnummer B.5.2.

⁵ Arrest nr. 131/2005 van 19 juli 2005, randnummer B.5.1.

⁶ EHRM, zaak *Matheron tegen Frankrijk* van 29 maart 2005.

8. Zoals de Commissie opmerkte in het punt 4.2.1. van haar advies nr 09/2005, bestempelt artikel 5 van de WVP de verwerking van persoonsgegevens als onwettig, behalve in de opgesomde gevallen. De Commissie heeft dus aanbevolen om een principiële verbod te voorzien op externe negatieve lijsten, behalve in die gevallen die zouden voorzien zijn door of krachtens een wet.
9. Aan deze « principiële » onwettigheid moet worden tegemoetgekomen door wettelijke bepalingen die zelf de objectieve voorwaarden vastleggen waaronder de wet een negatieve lijst toelaat (zie hierna B.3.). De Commissie beveelt aldus aan het voorontwerp te amenderen opdat het op een meer precieze en objectieve wijze de voorwaarden zou vastleggen en de vrije bepaling niet over te laten aan een andere overheid dan de wetgever.

B.2. Voorafgaande machtiging van bepaalde gevoelige lijsten

10. Het voorontwerp voorziet een voorafgaande machtiging voor alle negatieve lijsten. Deze eis beantwoordt aan een volledig gewettigde bekommernis.
11. Evenwel lijkt het sociaal belang waarvan sprake in de memorie van toelichting een dergelijke maatregel niet te rechtvaardigen. Zoals zojuist werd herinnerd heeft de Commissie in haar vorig advies gemeend dat het voor sommige gevoelige lijsten wenselijk was in de wet een voorafgaande machtigingsprocedure te voorzien. De Commissie blijft nog steeds bij deze mening.

B.3. Noodzaak om de essentiële elementen van externe negatieve lijsten via wetteksten te regelen

12. Concreet worden volgende essentiële elementen van externe negatieve lijsten niet duidelijk door of krachtens het voorontwerp bepaald.

De omschrijving van de finaliteit

13. *De doelomschrijving⁷, dit wil zeggen de limitatieve opsomming van de doeleinden waarvoor de betrokkenen volgens de wet zouden kunnen worden geregistreerd in externe negatieve lijsten, moet worden gedefinieerd teneinde te beantwoorden aan de voorschriften van artikel 4 § 1, 2° WVP. Gaat het hier om bijvoorbeeld contractuele inbreuken, beheer van wanbetalingen,...?. Noties zoals « fraudebestrijding » zouden moeten verboden worden wegens te subjectief.*
14. Het is aangewezen om het gebruik van informatie te verbieden voor doeleinden die niet verenigbaar zijn met de door de wet toegestane finaliteit en aldus de praktijk te veroordelen die erin bestaat om informatie die binnen een bepaalde context werd verzameld (bijvoorbeeld een kredietaanvraag) te gebruiken voor het opmaken van een negatieve lijst van « risicodebiteuren » of « potentiële wanbetalers ».
15. Er wordt eveneens aan herinnerd dat een negatieve lijst die gewettigd zou zijn in een economische sector, die niet meer is indien zij het voorwerp uitmaakt van een multisectorale verwerking.

⁷ In artikel 69 § 1 van de wet op het consumentenkrediet wordt bepaald dat "Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt voor duidelijk in deze wet omschreven en gerechtvaardigde doeleinden én voor zover ze relevant, aangepast en niet overdreven zijn om de financiële toestand en de solvabiliteit van de consument te beoordelen"

De registratievoorwaarden of formaliteiten die men dient na te leven alvorens de betrokkene te kunnen melden in een negatieve lijst

16. De registratievoorwaarden of formaliteiten die de participant dient na te leven alvorens de betrokkene te melden in een negatieve lijst, dienen te worden vermeld. Zo kunnen bijvoorbeeld als mogelijke registratievoorwaarden worden voorzien het sturen van een gemotiveerde en voorafgaande ingebrekestelling bij aangetekend schrijven met melding van de nakende melding op de negatieve lijst, het uitputten van de alternatieven zoals interne betwistingsprocedures (onder meer ingevolge de subsidiariteitsvereiste onder artikel 8 EVRM), het voorzien van een aangepaste behandeling van gevallen van identiteitsdiefstal, het voorzien van een minimumbedrag in hoofdsom beneden dewelke de wetgever de registratie niet proportioneel en dus niet legitiem acht,...

Aard van de gegevens die kunnen worden vermeld op de negatieve lijst

17. Het soort gegevens die kunnen worden vermeld op de negatieve lijst moet duidelijk worden voorzien. Deze gegevens dienen accuraat, objectief en relevant te zijn voor de beoogde finaliteit⁸. De bepalingen in de reglementering op het consumentenkrediet kunnen als leidraad dienen, zoals onder meer artikel 3 § 2 van de wet van 10 augustus 2001 betreffende de Centrale voor kredieten aan Particulieren⁹, aangevuld met het principe in artikel 69 § 3 van de wet van 12 juni 1991¹⁰. Het verbod op de verwerking van de "gevoelige gegevens" die een specifieke bescherming genieten onder de WVP verdient bijzondere aandacht.
18. Gelet op het proportionaliteitsbeginsel is de Commissie van oordeel dat bijzondere aandacht dient te worden geschonken aan de hoedanigheid van de brongegevens. De registratie van natuurlijke personen in externe negatieve lijsten op basis van loutere verdenkingen of profielen¹¹ kan niet worden aanvaard in de private sector. Een voorbeeld dat bij het adviserend comité bij het verdrag n° 108 werd gegeven¹² is dat van een bank die een aantal vragen stelt alvorens een lening toe te kennen, om hierna een rating toe te kennen die *statistisch* kan voorspellen of de kandidaat ook een kredietwaardige lener is. Welnu, een dergelijke werkwijze kan tot een duidelijk fout resultaat leiden. Zo wordt aan een persoon met een arbeidsovereenkomst van bepaalde duur met een beperkt inkomen een werkaanbieding gegeven voor onbepaalde duur bij een stabiele werkgever in een andere stad. In het interview met zijn nieuwe bank antwoordt hij neen op drie vragen : werkt u reeds lang voor dezelfde werkgever (nee), leeft u reeds sinds lang op dezelfde plaats (nee) en heeft u een

⁸ Naast het finaliteitsbeginsel, dat ook principe 5 van de Europese aanbevelingen wordt vermeld

⁹ § 2. De gegevens die in de Centrale worden geregistreerd betreffen :

1° de identiteit van de kredietnemer, de kredietgever en, in voorkomend geval, de cessionaris;

2° de referenties van de consumentenkredietovereenkomst of de hypothecaire kredietovereenkomst;

3° het type van krediet;

4° de kenmerken van de consumentenkredietovereenkomst of de hypothecaire kredietovereenkomst die het mogelijk maken om de debetstand van de overeenkomst en zijn evolutie te bepalen;

5° in voorkomend geval, de reden van de wanbetaling medegedeeld door de kredietnemer;

6° in voorkomend geval, de toegestane betalingsfaciliteiten.

De Koning bepaalt de precieze inhoud, de voorwaarden en de nadere regels voor de bijwerking evenals de bewaartermijnen van deze gegevens.

¹⁰ waar werd bepaald dat " *Met uitsluiting van alle andere, mogen slechts worden verwerkt de gegevens betreffende de identiteit van de consument, het bedrag en de duur van de kredieten, de periodiciteit van de betalingen, de gebeurlijk toegestane betalingsfaciliteiten, de betalingsachterstanden, alsook de identiteit van de kredietgever. Dit laatste gegeven mag uitsluitend aan de (verantwoordelijke voor de verwerking) en aan de consument worden medegedeeld tenzij het betalingsachterstanden betreft.*

De Koning kan, bij een in Ministerraad overlegd besluit, de inhoud van de gegevens bedoeld in het voorgaande lid bepalen."

¹¹ Profileren bestaat hoofdzakelijk uit twee fases: enerzijds het definiëren van een aantal kenmerken in verband met een individu of groep van individuen in verband met een of meerdere aangetoonde gedragspatronen en anderzijds het vervolgens verwerken van persoonsgegevens van deze individuen op basis van het herkennen van deze kenmerken (zie het rapport dd. 5 april 2005 voor het comité van Ministers van het adviserend comité bij het verdrag n° 108

Gepubliceerd op pagina 66 van het document http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/data_protection/events/T-PD%20_2005_%20RAP%2021%20E.pdf

¹² Zie voetnoot 68 onderaan pagina 67 van het document aangehaald in voormelde voetnoot.

vaste telefoon (nee), en wordt meteen als een risico beschouwd. In de Belgische verzekeringssector is het inmiddels mogelijk geworden om bij personen die het slachtoffer worden van herhaalde schadegevallen niet alleen de polis op te zeggen, maar ook om deze personen voor de markt in diskrediet te brengen door ze op te nemen in een externe negatieve lijst, zonder dat hun aansprakelijkheid voor de schade is aangetoond.

Bewaringstermijn van de persoonsgegevens

19. De bewaringstermijn van de persoonsgegevens dient te worden bepaald door of krachtens de wet, en te variëren naargelang de schuld of het risico al dan niet werd betwist. bewaringstermijnen van persoonsgegevens werden aldus bepaald in de reglementering van de Centrale voor de kredieten aan Particulieren, gaande van 12 maand tot 10 jaar¹³.

Verspreiding van en toegang tot de gegevens

20. De wijze van verspreiding en de toegang tot de gegevens door derden is eveneens een essentieel element dat moet worden onderzocht. Punt 9 van de Europese aanbevelingen vermeldt dat het delen van informatie met andere entiteiten of diensten van participanten ontoelaatbaar is. Het voorontwerp voorziet in haar artikel 10 “dat uitsluitend personen die hiertoe zijn gemachtigd en geïdentificeerd hiertoe kunnen overgaan (tot inschrijving)”. Ook de toegangsbevoegdheid door derden (participanten, controlerende overheden,...) zou moeten worden geregeld met aangepaste toegangsniveaus¹⁴. De Commissie stelt voor om in het artikel 10 van het voorontwerp met betrekking tot de “beveiliging van de informatie” de diverse toegangsrechten van de diverse interne en externe gebruikers van de negatieve externe lijsten te omschrijven.

Machtigingsvoorwaarden

21. De eventuele machtigingsvoorwaarden zijn onvoldoende duidelijk bepaald.

Normatief Voorstel

22. De Commissie stelt voor om voormelde essentiële elementen op duidelijke en limitatieve wijze te regelen in een afzonderlijk artikel, eventueel aangevuld door de mogelijkheid om deze elementen bij een in ministerraad overlegd Koninklijk Besluit uit te breiden na voorafgaand advies van de Commissie.

B.4. Onderzoek van de vereiste van passende waarborgen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 20 Richtlijn 95/46/EG en artikel 8 EVRM)

23. De Memorie van Toelichting van het voorontwerp verwijst naar artikel 20 van de Richtlijn 95/46/EG.

Het voorontwerp zou eveneens voldoende waarborgen moeten voorzien voor een effectieve bescherming van de betrokkenen met het oog op een beter evenwicht tussen de rechten van de verantwoordelijken (regularisatie van de negatieve lijsten middels een machtigingsprocedure) en deze van de betrokkenen.

24. Het voorontwerp voorziet in zijn artikelen 5 (machtigingsprocedure), 11 en 12 (sancties door de burgerlijke- en de strafrechter) beschermende elementen bovenop de strafbepalingen die voorzien zijn in de WVP. De Commissie heeft er reeds aan herinnerd dat zij geen voorstander is van een algemene machtigingsprocedure maar dat voor

¹³ Indien personen worden geregistreerd in het negatieve luik van de centrale voor kredieten aan particulieren, dan voorziet artikel 8 van het Koninklijk besluit van 7 juli 2002 dat er een maximale bewaringstermijn geldt die varieert van 12 maand tot 10 jaar (Koninklijk besluit van 7 juli 2002 tot regeling van de Centrale voor Kredieten aan de Particulieren (B.S. 19 juli 2002).

¹⁴ Zie verder bij de artikelsgewijze bespreking in rubriek D.9.

gevoelige lijsten daarentegen deze voorafgaande machtiging haar ten zeerste wenselijk lijkt.

25. Het voorontwerp voorziet in haar artikelen 11 en 12 burgerlijke en strafsancties. Nochtans lijkt het beroep op de klassieke rechterlijke procedures onvoldoende waarborgen te bieden. Inderdaad, de ervaring leert dat deze te weinig worden toegepast door de belanghebbenden. Het is voor hen zeer moeilijk om voldoening te verkrijgen voor de rechtbanken gelet op de professionele verdediging en ruime ervaring van de betrokken belangenverenigingen, temeer daar zij niet noodzakelijk over voldoende financiële en juridische middelen alsook over de nodige expertise beschikken. Een gekende verantwoordelijke zoals Datassur verwijst op haar website www.datassur.be¹⁵ systematisch naar een reeks (voor hen) “gunstige vonnissen”, dit zijn een viertal concrete casussen die tussen 2000 en 2005 werden aangenomen¹⁶, zonder het (hogere) aantal gevallen te vermelden waarbij de betrokkenen dienden te worden verwijderd van de negatieve lijst na een voorafgaand kritisch onderzoek door de Commissie. Hoewel de Commissie (nog) geen bijzondere statistieken bijhoudt betreffende het aantal correcties of ontseiningen die noodzakelijk blijken in de registraties bij Datassur of Preventel en die ook bij alternatieve bemiddelaars worden betwist, verrichte zij dergelijke oefening wel voor het consumentenkrediet. Uit de jaarverslagen van 2004 en 2005 blijkt dat het aantal correcties en ontseiningen op basis van niet-naleving van de WVP voor de ontvangen klachten tussen de 70 en 80 % bedraagt! In absolute cijfers ging het in 2005 om 91 dossiers waar correcties door de ontleners noodzakelijk bleken¹⁷.
26. Gespecialiseerde internationale studies met betrekking tot de omzetting en de toepassing van de Richtlijn 95/46/EG in de verschillende Lidstaten hebben eveneens aangetoond dat er in België een groot verschil bestaat tussen de voorziene sancties (in de WVP) en deze die effectief worden toegepast.
27. Daarom raadt de Commissie aan om, naast hetgeen reeds zou voorzien zijn onder de vorm van voorafgaande machtiging, gewone beroepen en strafsancties, bijkomende waarborgen te voorzien zoals administratieve sancties, een beroep met opschortend effect (zie punt 4.2.13 van het advies 09/2005) of nog een collectief beroep of “class action” of burgerrechtelijke collectieve actie”.
28. De Commissie pleit voor een collectieve responsabilisering van de verantwoordelijken en suggereert transparantiemaatregelen. Datassur en Preventel rapporteren reeds jaarlijks en/of voorzien een jaarlijkse audit op vrijwillige basis omtrent de door hen behandelde klachten.
29. Alle reeds bestaande negatieve lijsten worden op een gecentraliseerde wijze beheerd (cf. Datassur, Preventel,...) Zo is het enerzijds noodzakelijk dat de wetgever zowel oog heeft voor de onderscheiden rol en taakverdeling tussen een centrale “beheerder” en diverse “participanten” en bepaalt wie van hen de bestemming is van de norm, en anderzijds dat de beheerders en participanten overeenkomstig artikel 1, § 4 van de WVP, collectief verantwoordelijk zijn voor de verwerking vermits ieder van hen (eveneens) tot op een zekere hoogte het doeleinde en de middelen van de externe negatieve lijsten kan bepalen.

¹⁵ Zie de jaarverslagen en nieuwsrubriek

¹⁶ Met name de uitspraken Civ. Bruxelles (Prés.), 19 décembre 2000, Bull. Ass, 2001, p. 266 (cette décision est frappée d'appel) ; Civ. Nivelles (Prés.), 28 octobre 2003, Bull. Ass., 2004, p. 49 ; Civ. Bruxelles, 11 juin 2004, Bull. Ass., 2005, p. 47 ; Gand, 13 octobre 2005, confirmant Civ. Bruges (Prés.), 31 octobre 2001 (à paraître dans le Bull. Ass.).

¹⁷ Zie de cijfers met betrekking tot het consumentenkrediet, vermeld in de jaarverslagen van 2004 en 2005. Voor 2004 was er sprake van 71 % dossiers die na onderzoek aanleiding gaven tot een schrapping of een verbetering van de geregistreerde gegevens. Voor 2005 was dit cijfer opgelopen tot 79 % (of 91 dossiers).

C. VERHOUDINGEN TUSSEN HET VOORONTWERP EN DE WVP

30. Het voorontwerp erkent duidelijk de toepasselijkheid van de WVP, aangezien wordt gesteld: *“de wetgever (heeft) ervoor gekozen een afzonderlijk wettelijk kader te voorzien voor het aanleggen en het gebruik van negatieve lijsten. Een dergelijk kader is, samen met de wet van 8 december 1992 van toepassing.¹⁸”*

De Commissie was in haar vorig advies weliswaar voorstander van een wettelijke bepaling, zonder hierbij te pleiten voor een oplossing buiten de WVP.

Dergelijke aparte regeling kan een toegevoegde waarde hebben door haar concreet karakter, maar vertoont het risico dat deze regeling onduidelijkheden of ruimte voor afwijkende interpretaties kan scheppen ten aanzien van de WVP die eveneens van toepassing is (zie hiervoor bijvoorbeeld de verhouding tussen de WVP en de wet op het consumentenkrediet die dezelfde principes delen).

31. De samenhang van het voorontwerp met de WVP en de richtlijn 95/46/EG is dus cruciaal. Wat de bewoording betreft “samen met” die in de Memorie van Toelichting¹⁹ wordt gebruikt, die vragen zou kunnen oproepen over de prioriteit van de norm – is het raadzaam te verduidelijken dat het wetsontwerp de aanvulling beoogt van de wet tot bescherming van de persoonlijke levensfeer -, wat wil zeggen dat zij niet bedoeld is om ervan af te wijken. Er zal dus moeten over gewaakt worden dat het voorontwerp niet afwijkt van de WVP en de Richtlijn 95/46/EG.

D. ARTIKELSGEWIJZE BESPREKING

Artikel 1. Definities

32. De terminologie van de WVP wordt niet overal in het voorontwerp op consistente wijze gebruikt. Zo is er sprake van onderaannemer in plaats van verwerker in de artikelen 1 en 3 van het voorontwerp. Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar de WVP, in het voorontwerp gedefinieerd als de “wet bescherming persoonsgegevens”.
33. De Commissie beveelt aan om in artikel 1 van het voorontwerp bijzondere definities van “beheerder” en “participant” te voorzien, en hierbij voor elk artikel na te gaan wie de concrete normadressant is (zie hiervoor in rubriek B.4.).

Artikel 2. Toepassingsgebied

a. Materieel toepassingsgebied - noodzaak voor een neutraal en algemeen toepassingsgebied

34. Het voorontwerp vereist dat negatieve lijsten zouden worden gebruikt door “verkopers of beoefenaars van een vrij beroep.” Het gebruik door andere verantwoordelijken²⁰ zou

¹⁸ Zie de Memorie van toelichting, onder de rubriek “een wettelijk kader”

¹⁹ Zie de Memorie van toelichting, onder de rubriek “een wettelijk kader”

²⁰ zoals bijvoorbeeld beroepsverenigingen, rechtspersonen of fysieke personen die geen verkoper of beoefenaar van een vrij beroep zijn zouden volgens de strikte betekenis van artikel 2. Dit zou zelfs veronderstellen dat een economisch samenwerkingsverband zoals Datassur en de verzekeringsmaatschappijen ontsnappen aan de toepassing van het voorontwerp, hoewel de memorie van toelichting dit voorbeeld anderzijds wel expliciet vermeldt. Hetzelfde geldt voor huurders die niet zouden worden beschermd omdat niet elke huurovereenkomst nu eenmaal wordt afgesloten met beoefenaars van een vrij beroep.

eveneens moeten worden voorzien. De Commissie stelt derhalve voor om de verwijzing “die wordt gebruikt door verkopers of beoefenaars van een vrij beroep” te schrappen.

35. De toepassingsvoorwaarde “in het kader van een aanbod van diensten of producten en/of van overeenkomsten die daaruit voortvloeien” heeft tot gevolg dat bepaalde natuurlijke personen impliciet worden uitgesloten van de aanvullende bescherming van het voorontwerp zoals bijvoorbeeld de zaakvoerders van KMO’s die het voorwerp uitmaken van een negatieve rating of score door een handelsinformatiebedrijf, zonder dat deze rating of score werd opgesteld in direct verband met een concreet aanbod van goederen of diensten. In een vorig advies²¹ heeft de Commissie onderstreept dat niet enkel de consumenten worden beschermd onder de WVP, maar ook natuurlijke personen die in hun professionele hoedanigheid negatief zouden worden geïmponeerd. Op basis van artikel 12 § 1 WVP genieten deze personen thans een verzetsmogelijkheid tegen de verwerking van de handelsinformatie indien zij het bestaan van zwaarwegende en gerechtvaardigde redenen kunnen aantonen die verband houden met hun bijzondere situatie. Deze situatie leidde reeds tot rechtzettingen.
36. Het voorontwerp lijkt bij de definitie van “negatieve lijst” ervan uit te gaan dat de negatieve lijst “steeds zou bestaan uit persoonsgegevens”, die wordt gebruikt door verkopers of zelfstandigen bij het aanbieden van diensten. Welnu, negatieve scores kunnen ook opgemaakt worden op basis van profielen (ratings, statistische berekeningen, “balanced scorecards”,...) en zullen eventueel worden uitgewisseld op sectoraal niveau²².
37. Hoewel het voorontwerp rekening houdt met de WVP, verduidelijkt het niet haar relatie met de reglementering van de centrale voor de kredieten aan particulieren en het consumentenkrediet. Bij gebrek aan verduidelijking heeft de Commissie reeds vastgesteld dat het voorontwerp, zoals de verwerking van persoonsgegevens in het kader van het consumentenkrediet, een *lex specialis* vormt. De wederzijdse toepassingsproblemen tussen het voorontwerp en de reglementering op het consumentenkrediet zouden moeten worden onderzocht en behandeld, eventueel na consultatie en onderzoek door de bevoegde dienst bij de FOD Economie.

b. toepassingsgebied in de tijd

38. De verwijzing naar “in het kader van een aanbod” in artikel 2 lijkt te suggereren dat de bescherming enkel zou gelden indien men verkeert in de fase van het aanbieden van producten of diensten. Nochtans is het risicobeheer van veel verantwoordelijken niet beperkt tot de precontractuele fase. Lopende transacties en contracten worden ook “gescreend” en als hoog ingeschatte risico’s kunnen aanleiding geven tot maatregelen die kunnen gaan van een waarschuwing, het opleggen van bijkomende contractuele waarborgen tot zelfs het beëindigen van een overeenkomst. De Commissie stelt derhalve voor om de verwijzing naar “in het kader van een aanbod” te schrappen.

c. territoriaal toepassingsgebied

39. Het territoriaal toepassingsgebied van het voorontwerp zou duidelijker bepaald kunnen worden, bijvoorbeeld door te verwijzen naar artikel 3bis WVP.
40. Er dient rekening gehouden te worden met de mogelijkheid dat de beheerder geen vaste vestiging in België zou hebben of geen gebruik zou maken van, al dan niet geautomatiseerde, middelen op Belgisch grondgebied.

²¹ Zie punt 3.3 van het advies 09/2005 dat verwijst naar een eerder advies uit eigen beweging nr. 22/2000 van 28 juni 2000 omtrent de verwerking van persoonsgegevens door bepaalde handelsinformatiebedrijven van persoonsgegevens afkomstig van informatie ingeschreven op de algemene rol van de arbeidshoven en –rechtbanken

²² Zie het voorbeeld van de handelaars die worden vermeld in de Europese aanbevelingen. Registratie gebeurt o.m. op basis van “reason codes” waarvan enkele beantwoorden aan bepaalde afwijkingen van vooraf bepaalde “ratio’s”.

41. Een andere belangrijke problematiek betreft deze van een eventuele transfer van gegevens uit negatieve lijsten naar landen die geen passend beschermingsniveau aanbieden in het licht van de richtlijn 95/46/EG²³.

Artikel 4. De aangestelde voor de gegevensverwerking

42. De Commissie merkt op dat artikel 4 van het voorontwerp afwijkt van de procedure in artikel 17bis van de WVP door bij Koninklijk besluit een aangestelde voor de gegevensverwerking aan te wijzen voor bijzondere "categorieën van verwerkingen die specifieke risico's inhouden voor de persoonlijke rechten en vrijheden van de betrokkenen".
43. De vereiste van onafhankelijkheid van de aangestelde wordt niet gesteld. Deze wordt evenwel vereist door artikel 18.2 van de richtlijn 95/46/EG²⁴, en door artikel 17bis WVP.
44. De concrete taakomschrijving van de aangestelde voor de gegevensverwerking zal niet noodzakelijk dezelfde zijn als deze van een veiligheidsconsulent bedoeld bij artikel 16 WVP (zie verder artikel 10.). In de praktijk is een functionele scheiding merkbaar tussen de technische beveiligingsaspecten en de behandeling van klachten en deze aspecten worden doorgaans aan verschillende personen toevertrouwd.

Artikel 5. machtigingsprocedure voor externe negatieve lijsten

45. De Commissie merkt op dat de machtigingsprocedure enkele technische lacunes en onduidelijkheden vertoont.
46. Het voorontwerp voorziet in haar artikel 5 § 2, 5° de oprichting van een Sectoraal comité bij Koninklijk Besluit en het toekennen van een machtigingsbevoegdheid aan de Commissie. Naast het feit dat volgens artikel 31bis WVP een Sectoraal comité enkel kan worden opgericht bij wet en niet bij Koninklijk Besluit, **is, meer ten gronde, de Commissie van mening dat er in dit geval geen Sectoraal comité moet worden opgericht omdat het hier strikt genomen niet gaat om een sector, aangezien de voorliggende problematiek niet de specifieke kenmerken van een sectoraal comité in zich draagt, en dit bovendien zeer grote werkingskosten met zich mee zou brengen.**

De juridische gevolgen van deze kennisgeving, bedoeld in artikel 5, §2 zouden moeten verduidelijkt worden.

Buiten een schriftelijke inkennisstelling van de voorgenomen verwerking voorziet artikel 5 van het voorontwerp verder geen formaliteiten voor het opstarten van de gebruikelijke machtigingstermijn.

47. Hoewel zij er geen voorstander van is om alle externe negatieve lijsten aan een machtiging te onderwerpen, adviseert de Commissie de machtigingsvoorwaarden meer te verduidelijken ingeval een machtiging noodzakelijk zou zijn.
48. Het voorontwerp stelt in artikel 5 § 2, 4° WVP dat de Commissie een machtiging kan verlenen op grond van voorwaarden die zij vaststelt. Artikel 5 § 2, 2° voegt hieraan toe dat

²³ Zie ook punt 12 van de Europese aanbevelingen die dit punt expliciet aanhaalt.

²⁴ Luidend als volgt : - wanneer de voor de verwerking verantwoordelijke, overeenkomstig het nationale recht waaraan hij is onderworpen, een functionaris voor de gegevensbescherming aanwijst die met name - op onafhankelijke wijze toezicht uitoefent op de toepassing binnen de organisatie van de krachtens deze richtlijn getroffen nationale maatregelen, - een register bijhoudt van de door de voor verwerking verantwoordelijke verrichte verwerkingen, waarin de in artikel 21, lid 2, bedoelde gegevens opgenomen zijn, en er aldus voor zorgt dat inbreuk op de rechten en vrijheden van de betrokkenen door de verwerkingen onwaarschijnlijk is."

de Commissie zich dient uit te spreken over de conformiteit van de verwerking aan het voorontwerp en de WVP. De Commissie verwijst naar hetgene zij reeds verwoordde in voorliggend advies, dat ten minste de elementaire, objectieve machtigingsvoorwaarden nauwkeurig zouden omschreven worden in de wet.

49. De Commissie moet een machtigingsaanvraag kunnen evalueren op basis van alle elementen in het technisch en juridisch dossier en de van kracht zijnde teksten.
50. De Commissie is eveneens van mening dat in de wet, de gevallen en vormen zouden moeten bepaald worden waarin een machtiging kan worden ingetrokken.

Artikel 6 : Verbod op multisectorale negatieve lijsten

51. Er werd reeds gezegd dat gelet op artikel 5 WVP de negatieve lijsten onderworpen zijn aan een principieel verbod, met uitzondering van de gevallen en onder de voorwaarden bepaald in de toekomstige wet. Dit verbod zou in artikel 6 van het voorontwerp kunnen worden vermeld.
52. Dit artikel van het voorontwerp voorziet een expliciet verbod van multisectorale zwarte lijsten. De Commissie stelt voor om ook een expliciet verbod op te nemen voor het vermelden in negatieve lijsten van informatie die zou worden verwerkt met schending van de WVP, de wetgeving op de negatieve lijsten en de eventuele machtigingsvoorwaarden.

Artikel 7 : Verhoogde informatieverplichting

53. De Commissie beveelde in haar advies van 09/2005 een bijkomende informatieplicht aan wanneer de registratie nakende is.
54. De bijkomende informatieverplichting in artikel 7 § 2 van het voorontwerp lijkt strijdig te zijn met de artikelen 10 en 11 van de richtlijn 95/46/EG zoals omgezet in artikel 9 WVP.
55. De Commissie beveelt aan dat op een meer duidelijke manier rekening wordt gehouden met de normadressant. Zo lijkt artikel 7 §1 a) vooral de participant bij een negatieve lijst te viseren, waar artikel 7, §1 b) van het voorontwerp eerder de beheerder van de externe negatieve lijst, lijkt te viseren.
56. De Commissie merkt op dat de wetgever het idee van een verhoogde informatieverplichting wenst na te streven. Het toepassingsveld van een aanvullende informatieplicht onder artikel 7 § 1 b) bewaart voor dergelijke informatie en na beoordeling door de Commissie, evenwel de hypothese van het hoger gerechtvaardigd belang dat geldt boven het belang van de betrokken persoon. Om misbruiken te voorkomen, lijkt het noodzakelijk dat dit begrip van hoger gerechtvaardigd belang wordt verduidelijkt.
57. Artikel 7 § 2 van het voorontwerp lijkt vooral de beheerder van de externe negatieve lijst te viseren. Dit artikel is evenwel niet conform artikel 10 § 1 WVP en artikel 12 (a) van de richtlijn 95/46/EG in die mate dat er geen informatie over de oorsprong van de gegevens zou moeten worden bijgehouden “wanneer een gerechtvaardigd belang bij de bescherming van de bron kan worden ingeroepen dat hoger is dan het recht van de betrokkene op informatie”.

De wetgever noch de memorie van toelichting verduidelijken wat moet worden verstaan onder “een gerechtvaardigd belang bij de bescherming van de bron”.

Artikel 8 : Verhoogd recht van toegang

58. Het eerste lid van artikel 8 van het voorontwerp verkort de wettelijke antwoordtermijnen tot 10 werkdagen na ontvangst van de aanvraag. Het artikel 32 van het uitvoeringsbesluit van

13 februari 2001²⁵ biedt evenwel de mogelijkheid zich te richten tot elke (mede)verantwoordelijke, dus zowel tot de beheerder als de participant, en de mogelijkheid om het gedagtekend en ondertekend verzoek ook ter plaatste te overhandigen, zoals aan het (elektronisch) loket of een distributiepunt waar men producten of diensten van een participant verhandelt.

59. De Commissie adviseert bovendien om in de interne instructies van de beheerder duidelijk te bepalen hoe een verzoek om toegang dient te worden behandeld, conform punt 1.2 in bijlage 3 van de Europese aanbevelingen. Deze behandeling dient rekening te houden met de drie hypothesen dat een “exacte match” wordt gevonden in de externe negatieve lijst, geen match of een mogelijke match, en dient dit in het antwoord aan de betrokkene te verduidelijken.

Artikel 9 : Verhoogd recht op verzet (en het behandelen van klachten)

60. De normadressant van artikel 9 dient duidelijker te worden aangeduid. De mogelijkheid tot beroep bij de beheerder, naast het indienen van een klacht bij de participant is essentieel om een tijdige reactie door de participant toe te laten op verzoeken (zie aanbeveling 16 in de richtlijnen). Daarnaast is deze mogelijkheid van belang voor de onafhankelijke behandeling van betwistingen voorzien in artikel 9 van het voorontwerp. Het komt vaak voor dat een natuurlijke persoon een geschil heeft met een participant, deze meldt de betrokkene in de centrale. De participant is dus niet onafhankelijk en weigerachtig tegen schrappingsverzoeken, die ook neutraler worden toegepast door de centrale beheerder na bemiddeling door de Commissie.
61. Rekening houdend met het artikel 33 van het uitvoeringsbesluit dat de procedure voor verzoeken ter verbeteringen regelt, zou dit recht moeten worden uitgeoefend op de wijze die het besluit voorziet.
62. De Europese aanbevelingen raden een hoor- en motiveringsplicht aan voor de verantwoordelijke beheerder²⁶, wat een eerlijke en onafhankelijke procedure garandeert. Nochtans moet worden vastgesteld dat bepaalde beheerders²⁷ contacten met de klagers bemoeilijken, vermoedelijk omwille van financiële redenen, door een aangetekend schrijven te eisen, geen concreet telefoonnummer of e-mailadres te vermelden, en de klagers van het “kastje naar de muur te sturen”.
63. Het laatste lid van artikel 9 van het voorontwerp voegt een nieuwe ontvankelijkheidsvereiste in voor de behandeling van klachten door de Commissie. Dit artikel lijkt te suggereren dat klachten slechts zouden kunnen worden behandeld indien voldaan is aan een dubbele voorwaarde : de betrokkene dient zich te hebben gericht tot de verantwoordelijke en deze dient de betwistingen niet gegrond te hebben geacht. Echter, punt 14 van de Europese aanbevelingen bepaalt dat de betrokkene altijd de optie heeft om direct bij de bevoegde overheid te klagen, naast de mogelijkheid tot klacht bij de beheerder.

²⁵ Dit artikel bepaalt dat “Eenieder die zijn identiteit bewijst, (...) het recht (heeft) om onder de voorwaarden gesteld bij de wet kennis te krijgen van de in artikel 10 van de wet vermelde informatie, zulks op ondertekend en gedagtekend verzoek dat ter plaatse wordt overhandigd, of over de post of met een telecommunicatiemiddel wordt toegezonden :
- hetzij aan de verantwoordelijke voor de verwerking of aan zijn vertegenwoordiger in België, of aan een van de door hem gemachtigde of aangestelde personen;
- hetzij aan de verwerker van de persoonsgegevens die het in voorkomend geval aan een van voornoemde personen doorgeeft.

Indien het verzoek ter plaatse wordt overhandigd, reikt de persoon die het in ontvangst neemt aan de verzoeker onmiddellijk een gedagtekend en ondertekend ontvangstbewijs uit.”

²⁶ Zie punt 2.2. in appendix 3 van de Europese aanbevelingen

²⁷ Zie bijvoorbeeld de website www.preventel.net waar nergens een telefoonnummer te vinden is van de beheerder, waar onder de rubriek “contacten” wordt verzocht om “bij voorkeur” aangetekend brieven te gebruiken en waar de klanten worden “aangeraden” om “in de eerste plaats contact te zoeken met hun operator.”. Dergelijke aanpak kan moeilijk een onafhankelijke beslechting van geschillen garanderen.

64. De Commissie wijst bovendien op haar onafhankelijke onderzoeksbevoegdheid die reeds voortvloeit uit artikel 31 § 1 WVP. Het secretariaat van de Commissie neemt kennis van vragen en klachten die telefonisch worden geformuleerd of per e-mails of briefwisseling die vaak niet in de bewoordingen van de WVP is gemotiveerd of opgesteld of ter kennis gebracht zonder dat de verantwoordelijke reeds werd aangesproken. Rekening houdend met de beperkte kennis omtrent de WVP van het Belgische publiek en de verantwoordelijken²⁸ beschouwt de Commissie het als haar verantwoordelijkheid om de klachten aan een eerste vooronderzoek te onderwerpen, de betrokkene duidelijk te informeren en hen desgevallend te adviseren om hun rechten bij de verantwoordelijke op correcte wijze uit te oefenen. De Commissie kan ook autonome verificaties verrichten zonder steeds te moeten wachten op eventuele reactie van de betrokkene of de verantwoordelijke, zoals bijvoorbeeld bij flagrante of herhaalde inbreuken of bij onmondigheid van de betrokkenen.
65. Indien de gegevens worden verwijderd omdat de oorsprong onzeker is (artikel 10, 1° van het voorontwerp) moet de betrokkene hiervan worden verwittigd. Gelet op de rechtsgevolgen voor de betrokkene dient deze mededeling bij voorkeur bij aangetekend schrijven te gebeuren.
66. In tegenstelling tot wat voorzien is in het derde lid van artikel 9 van het voorontwerp²⁹ dienen de gegevens uit de negatieve lijst onmiddellijk te worden geschrapt indien de klacht gegrond is, en dient de beheerder de betrokkene en de participanten hiervan te informeren binnen de wettelijk voorziene reactietermijn. Dit volgt actueel uit artikel 12 § 3 WVP.

Artikel 10 : Beveiliging van informatie

67. De normadressant van elk onderdeel van artikel 10 WVP dient afzonderlijk te worden gepreciseerd. Logischerwijze lijkt de normadressant van onderdeel 2° in eerste instantie de beheerder van de negatieve lijst te zijn, die vervolgens voorafgaande beveiligingsafspraken zal dienen vast te leggen met elke afzonderlijke participant.
68. De Commissie stelt de conformiteit van artikel 10 van het voorontwerp met artikel 16 WVP in vraag.
69. Op de website van de Commissie werd een volledig en praktisch overzicht gegeven van de "Referentiemaatregelen voor de beveiliging van elke verwerking van persoonsgegevens"³⁰. Het gaat om een lijst met tien concrete actiedomeinen in verband met de informatiebeveiliging waarvoor elke instelling – rechtspersoon, onderneming of administratie – die persoonsgegevens bewaart, verwerkt of mededeelt, maatregelen moet nemen ingevolge artikel 16 WVP. Het artikel 10 van het voorontwerp voorziet slechts drie van de tien voormelde actiedomeinen³¹.
70. De Commissie stelt voor om te verwijzen naar artikel 16 WVP en de reeds gedefinieerde referentiemaatregelen in te lassen (zie het normatief voorstel), met eventuele amendering voor de drie actiedomeinen die reeds (gedeeltelijk) in artikel 10 van het voorontwerp worden vermeld.

²⁸ Aangetoond door de eurobarometer enquêtes van 2003 waarvan de resultaten te raadplegen zijn op http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/lawreport/index_en.htm

²⁹ Waar slechts is bepaald "mogen de gegevens die in de negatieve lijst zijn opgenomen niet meer worden meegedeeld aan derden."

³⁰ Zie <http://www.privacycommission.be/publicaties/referentiemaatregelen%20vs%2001.pdf>

³¹ Ontbreken met name : de verplichting tot schriftelijke neerslag van het veiligheidsbeleid met betrekking tot negatieve lijsten (domein 1), de aanstelling van een veiligheidsconsulent die verantwoordelijk is voor het veiligheidsbeleid , een functie die overigens niet noodzakelijk deze van de aangestelde voor de gegevensverwerking overlapt (domein 2), een vollediger omschrijving van de "menselijke aspecten" zoals de verantwoordelijkheden en het beheersproces (domein 3), garantie op fysieke bescherming van de persoonsgegevens (domein 4), netwerkbeveiliging (domein 5), toezicht, nazicht en onderhoud (domein 8), beheer van veiligheidsincidenten en continuïteit (domein 9) en volledige gecentraliseerde beveiligingsdocumentatie (domein 10).

71. Zoals dit reeds werd gezegd, komt het in beginsel aan de wetgever toe te bepalen welke gegevens in de negatieve lijst kunnen worden vermeld.
72. Bepaalde informatie zoals het rijksregisternummer geniet specifieke wettelijke bescherming en kan, zonder voorafgaande machtiging, niet door de verantwoordelijke worden opgenomen om de betrokkene te identificeren. Voor de andere gegevens kan derhalve worden geadviseerd om bij wet de minimummaatregelen te omschrijven om de juistheid van de gegevens te garanderen, waarop de verantwoordelijke wel zijn keuze voor bepaalde concrete maatregelen kan verduidelijken of toelichten.
73. Het is dus wenselijk te voorzien in een wettelijke verplichting van een correctie-of schrappingsprocedure, zoals aanbevolen in punt 2 van bijlage 3 van de Europese aanbevelingen.
74. Gezien het in de praktijk ook gebruikelijk is dat bepaalde bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens worden uitbesteed door verantwoordelijken (bijvoorbeeld het onderbrengen van een gecentraliseerde databank bij een “gespecialiseerde hostingfirma”)³², past het om te herinneren aan de verplichting voor de verantwoordelijken om in de overeenkomst met de verwerker duidelijk de elementen te voorzien die zijn voorgeschreven in artikel 16 § 1 WVP.

Artikelen 11 en 12 : Burgerrechtelijke en Strafrechtelijke sancties

75. Het voorontwerp voorziet onvoldoende alternatieve waarborgen tot bescherming van de betrokkenen. De Commissie doet in voorliggend advies voorstellen voor alternatieve procedures voor het beslechten van geschillen en afhandeling van klachten.

Artikel 15. Toevoeging van een lid f) in artikel 8 § 1 WVP - conformiteit met artikel 4 § 3° WVP en artikel 8 EVRM

76. Artikel 15 van het voorontwerp wijzigt artikel 8 WVP waardoor “gerechtelijke gegevens” in de zin van artikel 8 § 1 WVP kunnen worden verwerkt in de externe negatieve lijsten van de private sector.
77. Dit lijkt niet verenigbaar met artikel 8 EVRM, artikel 8.5 van de Richtlijn 95/46/EG, het proportionaliteitsbeginsel, punt 8 van de Europese aanbevelingen en zelfs artikel 6 van het voorontwerp.
78. Gelet op artikel 8 EVRM is het van meetaf aan de vraag wat de maatschappelijke noodzaak is om gelijk welke gegevens in de zin van artikel 8 § 1 WVP te kunnen verwerken in externe negatieve lijsten ten behoeve van de private sector. Bijvoorbeeld, moet informatie betreffende een fiscaalrechtelijk geschil ook op sectoraal niveau aan een beheerder voor bank- en verzekeringsrisico's kunnen worden gegeven. Is de mogelijkheid om alle gegevens in de zin van artikel 8 WVP op te nemen zelfs niet strijdig met artikel 6 van het voorontwerp en het principiële verbod op zwarte lijsten, met name de multisectorale?
79. In ieder geval is er reden om rekening te houden met het finaliteits- en proportionaliteitsbeginsel, zoals verwoord in der artikelen 4 § 1, 2° en 4, §1, 3° WVP. De gerechtelijke gegevens genieten van een wettelijke bescherming (bijv. informatie in het kader van een strafrechtelijk onderzoek).

³² Een uitbesteding komt reeds voor bij het Preventel databestand.

OM DEZE REDENEN,

Het voorontwerp heeft, ingevolge het advies van de Commissie van 09/2005 de maatschappelijke noodzaak en de legitimiteit erkend om de negatieve lijsten te regelen via wettelijke bepalingen.

Op basis van haar algemeen onderzoek, adviseert de Commissie in het bijzonder om :

- het onwettelijkheidsbeginsel van negatieve lijsten te benadrukken, behalve in de gevallen die door of krachtens een wet worden voorzien ;
- de voorafgaande procedure tot machtiging van de externe, zogenaamde gevoelige, negatieve lijsten te beperken en de machtigingsvoorwaarden meer te preciseren ;
- de voorwaarden te bepalen die de participant moet naleven alvorens de betrokken persoon te melden in een externe negatieve lijst, te bepalen welke gegevens mogen vermeld worden, de omschrijving van het doeleinde, de bewaringstermijn van de persoonsgegevens en de verspreidings- of toegangsmodaliteiten van/tot de gegevens ;
- naast de machtigingsprocedure en de beroepen bij burgerlijke of strafrechtelijke rechtbanken, te voorzien in aanvullende, concrete en praktische garanties ;
- de normadressanten te preciseren die als “de participanten” en “de beheerder” worden omschreven ;
- erover te waken dat de contradicties van de tekst met de WVP worden geschrapt, inzonderheid aangaande de regels voor de verwerking van gerechtelijke gegevens, de informatieplicht, het toegangsrecht, het recht op verzet en de verplichtingen inzake beveiliging die zijn opgelegd aan de verantwoordelijke voor de verwerking ;
- de autonome onderzoeksbevoegdheid van de Commissie te eerbiedigen, meer bepaald bij de verwerking van klachten over negatieve lijsten.

Gelet op de complexe materie en het belang ervan, houdt de Commissie zich ter beschikking van Mevrouw de Vice-Eerste Minister voor het streven naar een meer geschikte formulering van sommige bepalingen van het voorontwerp.

De administrateur,

De voorzitter,

(get.) Jo BARET

(get.) Michel PARISSÉ