



Advies nr 31/2013 van 17 juli 2013

Betreft: Adviesaanvraag betreffende het voorstel van decreet houdende wijziging van het decreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer, wat de vaststelling van de toezicht- en handhavingsbevoegdheden van de Vlaamse Toezichtcommissie voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer betreft (CO-A-2013-022)

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 Jan Peumans, Voorzitter van het Vlaams Parlement ontvangen op 29/05/2013;

Gelet op het verslag van de heer Dirk Van Der Kelen;

Brengt op 17 juli 2013 het volgend advies uit:

I. VOORWERP VAN DE ADVIESAANVRAAG

1. Aan de Commissie is gevraagd advies uit te brengen over het voorstel van decreet (hierna het voorstel) houdende wijziging van het decreet van 18 juli 2008 *betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer* (hierna het decreet), wat de vaststelling van de toezicht- en handhavingsbevoegdheden van de Vlaamse Toezichtcommissie (hierna de VTC) voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer betreft.
2. Dit voorstel van decreet strekt er toe bestuurlijke toezicht- en handhavingsbevoegdheden toe te kennen aan de VTC, aangezien het decreet momenteel geen expliciete controlebevoegdheden toekent aan de VTC.
3. In de Toelichting bij het voorstel wordt gemotiveerd waarom dit nodig wordt geacht. Er wordt onder andere gesteld dat *"Een instantie die machtigingen uitreikt waaraan voorwaarden gekoppeld zijn, moet de naleving van die voorwaarden kunnen controleren. Indien de voorwaarden niet nageleefd worden, moeten straffen opgelegd kunnen worden, zo niet is het vastleggen van voorwaarden zinloos. Het spreekt voor zich dat de toezichtcommissie ook moet kunnen optreden als ze gegevensstromen vaststelt die nog niet gemachtigd zijn"*.

Artikel 2 van het voorstel

4. In artikel 11, § 1, van het decreet wordt de bevoegdheid van de VTC uitgebreid tot toezicht- en handhavingsbevoegdheden: *"De toezichtcommissie oefent toezicht uit op en handhaaft de naleving van de machtigingsplicht waaraan de elektronische mededelingen van persoonsgegevens zoals bedoeld in artikel 8, onderworpen zijn"*.
5. De uitoefening van die toezicht- en handhavingsbevoegdheden wordt verder uitgewerkt in hoofdstuk III, afdeling II, van het decreet, waarbij de artikelen 12/1 t.e.m. 12/5 worden ingevoegd (artikelen 3 t.e.m. 7 van het voorstel).
6. Die artikelen zijn onder meer geïnspireerd op artikel 32, § 1, van de WVP en op de handhavingsregeling inzake milieubeleid zoals vastgelegd bij decreet van 21 december 2007 *tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid*, en meer bepaald titel XVI 'Toezicht, handhaving en veiligheidsmaatregelen' en op het Sociaal Strafwetboek van 6 juni 2010.

Artikel 3 van het voorstel

7. *"Art. 12/1. Wanneer een elektronische mededeling van persoonsgegevens zoals bedoeld in artikel 8, aanleiding geeft tot een schending van de persoonlijke levenssfeer, kan de toezichtcommissie met het oog op de stopzetting van de schending de volgende beveiligingsmaatregelen opleggen:*

1° de stopzetting of uitvoering van werkzaamheden, handelingen of activiteiten¹, ogenblikkelijk of binnen een bepaalde termijn;

2° het verbod op het gebruik van gebouwen², installaties, machines, toestellen, en alles wat zich daarin of daarop bevindt.

Vooraleer een maatregel op te leggen, verzoekt de toezichtcommissie de persoon of personen die verantwoordelijk zijn voor de elektronische mededeling van persoonsgegevens, om een einde te maken aan de onregelmatigheid. Wanneer binnen de opgelegde termijn geen gevolg gegeven wordt aan dat verzoek, legt de toezichtcommissie de gepaste maatregel op.

Een voorafgaand verzoek tot het herstellen van een onregelmatigheid is niet nodig wanneer dat de voorgenomen maatregel ondoelmatig zou maken".

Artikel 4 van het voorstel

8. *"Art. 12/2. De toezichtcommissie kan de aanpassing, opschorting of stopzetting bevelen van de elektronische mededeling van persoonsgegevens waarvoor op grond van dit decreet een machtiging moet worden verleend, en die zonder machtiging gedaan wordt of die niet conform de voorwaarden of de termen van een machtiging uitgevoerd wordt.*

Vooraleer de aanpassing, de opschorting of de stopzetting van de mededeling te bevelen, verzoekt de toezichtcommissie de persoon of personen die verantwoordelijk zijn voor de elektronische mededeling van persoonsgegevens, om een einde te maken aan de onregelmatigheid. Wanneer binnen de opgelegde termijn geen gevolg gegeven wordt aan dat verzoek, legt de toezichtcommissie de gepaste maatregel op.

¹ Luidens de Toelichting bv. een verbod om in een database te werken.

² Een verbod op het gebruik van gebouwen kan onder andere betrekking hebben op serverlokalen en datacenters, aldus de Toelichting.

De aanpassing, opschorting of stopzetting van de mededeling kan evenwel uitzonderlijk onmiddellijk bevolen worden indien iedere verdere vertraging of ieder verder uitstel in ernstige mate de bescherming van de persoonlijke levenssfeer schendt".

Artikel 5 van het voorstel

9. *"Art. 12/3. §1. De toezichtcommissie kan een of meer van haar leden of een of meer van de leden van het secretariaat belasten met de uitvoering van een onderzoek ter plaatse. Deze personen beschikken over de volgende toezichtbevoegdheden:*

1° ondersteuning vragen van personen die de toezichtcommissie daartoe heeft aangewezen op grond van hun deskundigheid;

2° de overhandiging eisen van elk document of elke informatiedrager die voor hen bij hun onderzoek van nut kan zijn;

3° de overhandiging eisen van de gegevens die op grond van artikel 17, §3, van de Privacywet in een aangifte moeten worden opgenomen, de oorsprong van de persoonsgegevens, de gekozen automatiseringstechniek en de vastgestelde beveiligingsmaatregelen;

4° tijdens de normale openingsuren van de diensten toegang eisen, zonder voorafgaande kennisgeving, tot alle plaatsen, uitgezonderd de woning³, waarvan de toezichtcommissie redelijkerwijze kan vermoeden dat er werkzaamheden worden verricht die in verband staan met de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk;

5° kopieën maken van de gegevens, vermeld in 2° en 3°, of zich die kopieën kosteloos laten verstrekken door de houder van de stukken. Voor zover mogelijk wordt een elektronische kopie gemaakt van de gewenste gegevens;

6° zich de toegang doen verschaffen tot de informatiedragers, vermeld in punt 2°, die vanuit de plaatsen, bedoeld in punt 4°, toegankelijk zijn via een informaticasysteem of via elk ander elektronisch apparaat.

§2. Bij de uitoefening van hun opdrachten tonen de in het eerste lid aangewezen personen hun legitimatiekaart. De voorzitter van de toezichtcommissie reikt de legitimatiekaart uit.

De legitimatiekaart is maximaal tien jaar geldig.

De legitimatiekaart vertoont de volgende kenmerken:

1° de legitimatiekaart is 85 mm breed en 54 mm hoog;

2° de legitimatiekaart is een plastic kaart met afgeronde hoeken.

³ Gelet op de bestuurlijke aard van haar toezicht- en handhavingsbevoegdheden wordt aan de leden van de VTC (en de leden van haar secretariaat) niet de hoedanigheid van officier van de gerechtelijke politie toegekend. Tijdens de uitoefening van hun toezichtbevoegdheden mogen zij bijgevolg geen huiszoekingen doen, aldus de Toelichting.

De legitimatiekaart bevat ten minste de volgende vermeldingen:

1° op de voorzijde:

a) het opschrift "legitimatiekaart";

b) het logo van de toezichtcommissie;

c) links: een pasfoto van de houder met een minimumgrootte van 20 mm op 30 mm;

d) rechts de identificatiegegevens van de houder (voornaam, achternaam, functie en entiteit, raad of instelling);

e) in voorkomend geval de vermelding dat de politiediensten verzocht kunnen worden de houder van de kaart hulp en bescherming te bieden bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid;

2° op de achterzijde:

a) "Toezichthouder op" en de verwijzing naar de reglementering waarbij de houder belast wordt met de inspectie- of controlebevoegdheid;

b) "Deze kaart is geldig tot:" en de vervaldatum;

c) de handtekening, de voornaam de achternaam en de functie van de voorzitter, de naam van de toezichtcommissie".

10. *"Art. 12/4. Hij die weigert zijn medewerking te verlenen aan de uitoefening van de in artikel 12/3 vermelde toezichtbevoegdheden, wordt gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot een jaar en met een geldboete van zesentwintig euro tot twintigduizend euro of met een van die straffen alleen".*

Artikel 7 van het voorstel

11. *"Art. 12/5. Onverminderd artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering, geven de leden van de toezichtcommissie en van het secretariaat die belast zijn met de uitvoering van een onderzoek ter plaatse en die bij de uitvoering daarvan kennis krijgen van een misdrijf met betrekking tot de persoonlijke levenssfeer, bericht daarvan aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer".*

II. ONDERZOEK VAN DE ADVIESAANVRAAG

12. De Commissie onderschrijft de motivering die wordt gegeven in de toelichting om bestuurlijke toezicht- en handhavingsbevoegdheden toe te kennen aan de VTC.
13. De Commissie verduidelijkt dat toezicht op de schending van de persoonlijke levenssfeer, de wet van 8 december 1992 *tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens*, tot haar bevoegdheid hoort. De Commissie erkent dat de

handhaving van het decreet inderdaad een bevoegdheid is die aan de VTC kan toegekend worden.

14. Een sluitend systeem voor de bescherming van persoonsgegevens vergt onder andere passende sancties voor overtreders van de gegevensbeschermingsregels. De bestuurlijke handhaving van gegevensbeschermingsregels draagt hiertoe bij. De opname van de sancties in het decreet zelf beantwoordt aan het beginsel dat niemand zonder wettelijke basis kan worden bestraft.
15. Het voorstel bevat concrete toezicht- en handhavingsbevoegdheden voor VTC. Het uitoefenen van bestuurlijk toezicht en onderzoek ter plaatse, waarbij vertegenwoordigers van VTC zich kenbaar zullen maken aan de hand van een legitimatiekaart, kan finaal uitmonden in het nemen van beslissingen die bepaalde handelingen opleggen of verbieden (bv. verbod gebruik bepaalde database) of die ingrijpen op lopende gegevensstromen (aanpassing, opschorting of stopzetting ervan). Daarnaast is er de strafbaarstelling van verhindering van dergelijk toezicht en een meldingsplicht van vastgestelde misdrijven met betrekking tot de persoonlijke levenssfeer bij de Commissie.
16. De Commissie stelt vast dat onverminderd de eventuele komst van deze concrete toezicht- en handhavingsbevoegdheden, de nadruk bij VTC in eerste instantie hoe dan ook zal blijven liggen op het preventieve: het informeren en begeleiden van de verantwoordelijke voor de verwerking en het autoriseren en het eventueel laten regulariseren van diens elektronische mededeling van persoonsgegevens zoals bedoeld in artikel 8 van het decreet. Of zoals de Toelichting het zelf stelt: *"In het kader van bestuurlijke handhaving kan men toelichtingen geven en hulp aanbieden. Dat is wat de toezichtcommissie als haar normale werkwijze beschouwt"*.
17. De Commissie onderstreept het belang van dergelijke preventieve aanpak, gelet op de complexiteit van de materie voor de verantwoordelijken voor de verwerking⁴ enerzijds en anderzijds omdat deze laatsten zich steeds zonder schroom moeten kunnen wenden tot de VTC wanneer zij een voorgenomen verwerking willen laten toetsen op toelaatbaarheid en rechtmatigheid. Een al te repressief optreden van VTC kan dit proces hypothekeren.
18. De Commissie is van oordeel dat alleen al van het bestaan van de mogelijkheid tot oplegging van dergelijke sancties er een afschrikwekkend preventief effect zal uitgaan: verantwoordelijken voor de verwerking zullen zoveel als mogelijk risico's op dergelijke sancties willen vermijden.

⁴ Te meer een aantal noties in de WVP een aanzienlijke beoordelingsmarge laten aan de verantwoordelijken voor de verwerking.

19. De Commissie begrijpt dat het finaal mogelijk moet zijn dat VTC effectief maatregelen oplegt die een einde maken aan de schending van de persoonlijke levenssfeer waartoe een elektronische mededeling van persoonsgegevens, zoals bedoeld in artikel 8 van het decreet, aanleiding geeft of dat VTC concreet ingrijpt op een gegevensstroom die strijdig is met een gegeven machtiging of waarvoor nog geen machtiging werd verkregen, met name door ze te laten aanpassen, opschorten of zelfs stopzetten, maar onderstreept daarbij dat dergelijk acties slechts het sluitstuk mogen vormen van bestuurlijke handhaving.
20. De Commissie is van oordeel dat de VTC, voor iedere beslissing tot oplegging van een sanctie waarin het voorstel voorziet, de verantwoordelijke voor de verwerking de kans moet bieden zijn recht van verdediging te laten gelden ten einde eventuele misverstanden te kunnen voorkomen en ervoor te zorgen dat het vertrouwen tussen de VTC en de betrokken verantwoordelijke voor de verwerking alsnog kan worden hersteld.
21. De Commissie is van oordeel dat, indien er ondanks alles moet worden bestraft, de opgelegde sancties bovendien evenredig moeten zijn. In dat opzicht verdient de aanpassing van de datastroom bv. de voorkeur op de opschorting ervan en komt de stopzetting ervan slechts op de laatste plaats ('ultimum remedium'), met name zoals de Toelichting aangeeft, als er daadwerkelijk belangen van betrokken natuurlijke personen in het gedrang zijn of als er een uitgesproken onwil wordt vastgesteld om zich conform de wettelijke en reglementaire eisen te gedragen.
22. De Commissie onderstreept nog het doeltreffend karakter van de in het voorstel geschetste maatregelen die VTC eventueel kan opleggen⁵. Zij werken immers rechtstreeks in op het concrete gedrag van de verantwoordelijke voor de verwerking en dwingen hem te komen tot een oplossing gegrond op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer alvorens de gegevensstroom opnieuw te kunnen lanceren.
23. De Commissie is van oordeel dat het voorstel tevens zou moeten voorzien in beroepsmogelijkheden tegen de beslissingen betreffende de administratieve maatregelen die de VTC kan opleggen⁶.

⁵ "De Commissie is van oordeel dat de sanctie die ertoe strekt een gegevensflux te beëindigen als de rechthebbende van de machtiging zijn verplichtingen niet vervult (intrekking van een machtiging) een geschikte en doeltreffende straf is". Zie advies nr. 29/2012 van 12 september 2012 (randnr. 129).

⁶ Zie voornoemd advies (randnr. 128).

OM DEZE REDENEN,

de Commissie

brengt een **gunstig** advies uit over het voorstel van decreet houdende wijziging van het decreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer, wat de vaststelling van de toezicht- en handhavingsbevoegdheden van de Vlaamse Toezichtcommissie voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer betreft, mits rekening wordt gehouden met de gemaakte opmerkingen:

- administratieve sancties slechts als sluitstuk van bestuurlijke handhaving hanteren (punten 16 t.e.m. 18);
- het recht op verdediging honoreren (punt 19);
- evenredigheid in de sanctionering nastreven (punt 20);
- de mogelijkheid van beroep voorzien (punt 22);

De Wnd. Administrateur,

De Voorzitter,

(get.) Patrick Van Wouwe

(get.) Willem Debeuckelaere