



Advies nr. 54/2017 van 20 september 2017

Betreft: Advies uit eigen beweging betreffende het wetsontwerp tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit (CO-A-2017-060)

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (hierna "de Commissie");

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 de Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 *betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)* (hierna AVG);

Gelet op het verslag van de heer Willem Debeuckelaere en de heer Stefan Verschuere;

Brengt op 20 september 2017 het volgende advies uit:

1. Inleiding

1. Op 20 juli 2017 keurde de ministerraad in tweede lezing het wetsontwerp tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit goed, dat tot stand is gekomen na advies van de Raad van State¹ en de Commissie².
2. Het huidige wetsontwerp houdt rekening met een groot aantal van de opmerkingen die door de Raad van State en de Commissie werden geformuleerd. Desalniettemin vertoont het wetsontwerp nog steeds wezenlijke tekortkomingen die het behoorlijk functioneren van de Gegevensbeschermingsautoriteit dreigen te ondergraven en/of onverenigbaar zijn met de bepalingen van de AVG.
3. Het huidig advies spitst zich enkel toe op de meest problematische aspecten van het wetsontwerp zoals goedgekeurd in tweede lezing. Daarbij wordt opnieuw een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de organieke, en anderzijds de procedurele bepalingen. Waar passend verwijst de Commissie naar opmerkingen die geformuleerd werden in haar vorig advies.

2. Organieke bepalingen (Hoofdstuk I t.e.m. V, Hoofdstuk VII)

A) Interne werking van de Gegevensbeschermingsautoriteit (hierna GBA)

4. Het aangepaste wetsontwerp voorziet nog steeds in een strikte opdeling van de taken per orgaan zonder te voorzien in voldoende waarborgen om de coherentie tussen de stellingname van elk van de organen te verzekeren. Dit dreigt het behoorlijk functioneren van de GBA aanzienlijk te ondermijnen³.
5. De AVG omschrijft de taken en opdrachten te vervullen door de GBA.⁴ Deze taken en opdrachten moeten verdeeld kunnen worden onder de leden van het directiecomité volgens noodzaak, waarbij over de opvolging van het takenpakket als geheel gezamenlijk beslist wordt onder aansturing van het directiecomité. Dit maakt het mogelijk flexibel en gepast in te spelen op specifieke opdrachten, belangrijke en arbeidsintensieve dossiers alsook te voorzien in vervanging voor tijdelijk of zelfs langdurig inactiviteit van één van de commissarissen.

¹ Raad van State, Afdeling Wetgeving, Advies 61.267/2/AV van 15 juni 2017 *over een voorontwerp van wet 'tot hervorming van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer'*.

² Advies nr. 21/2017 van 3 mei 2017 *uit eigen beweging betreffende het wetsontwerp tot hervorming van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer* (hierna advies n° 21/2017).

³ Zie ook punten 5 en 7-10 van advies n° 21/2017.

⁴ De AVG legt in artikel 57 in totaal 21 afzonderlijk taken vast en in artikel 58 omschrijft het 27 opdrachten - bevoegdheden genaamd.

6. De Commissie meent dat het wetsontwerp eilanden creëert met aan het hoofd een lid van het directiecomité die alleen beslist over de hem toebedeelde materie zonder overleg of samenwerking met de andere organen. Dit wordt verder versterkt door de vaststelling dat bijna elk orgaan een eigen secretariaat krijgt toegewezen – waardoor flexibele inzet van medewerkers ernstig bemoeilijkt wordt. Wat de medewerkers van de GBA betreft, vraagt de Commissie dat met één secretariaat gewerkt wordt : het algemeen secretariaat dat de organen ondersteunt.

7. De taak 'internationale samenwerking' is niet in de wet toebedeeld, hetgeen het voordeel biedt van collegiale aanpak (zie punt 25), maar anderzijds het risico met zich meebrengt dat tussen de commissarissen onenigheid ontstaat over tot wiens takenpakket dit hoort.

8. Zwaktes in het model – namelijk eilandvorming - zullen onvermijdelijk aan de oppervlakte komen in de praktijk bij de opvolging internationale en grensoverschrijdende dossiers. Bijvoorbeeld vergt het nagaan of de GBA een betrokken toezichthoudende autoriteit is informatie afkomstig van meerdere organen, hetgeen samenwerking en doorstroming van informatie tussen hen vereist.

9. De Commissie is van oordeel dat, net als vandaag het geval is, de GBA ook in de toekomst moet functioneren als een college. Mits beperkte ingrepen, kan het wetsontwerp dit objectief bereiken:
 - Artikel 7: er dient een bijkomend lid ingevoegd te worden na het eerste lid dat luidt als volgt: "*De verdeling van de opdrachten tussen de organen kan herverdeeld worden in functie van de noden van de dienst. Deze noden worden regelmatig geëvalueerd*"
 - Artikel 9, 2° van het wetsontwerp dient aangevuld te worden met volgende zinsnede "*en het directiecomité heeft de algemene leiding over alle organen en het personeel, met uitzondering van de geschillenkamer*".
 - De artikelen 21, 22, § 2 alsook 29 van het wetsontwerp dienen aangevuld te worden met: "*onverminderd de algemene bevoegdheid van het directiecomité zoals voorzien in artikel 9,2°.*"
 - Om te verduidelijken dat met één algemeen secretariaat gewerkt wordt, dienen in artikel 24, derde lid, artikel 29, tweede lid en artikel 34 de woorden "door een secretariaat" vervangen worden met "door het algemeen secretariaat". Bovendien moet aan artikel 22 een derde paragraaf toegevoegd worden dat luidt "In de uitoefening van zijn opdrachten wordt de eerstelijnsdienst ondersteund door het algemeen secretariaat". Alternatief is de desbetreffende leden te schrappen in voornoemde artikelen en een vierde punt toe te voegen aan artikel 19 met volgende horizontale taakstelling voor het algemeen secretariaat: "het voorzien in het secretariaat van de organen".

10. Ten einde de coherentie van stellingname te waarborgen, zou op zijn minst uitdrukkelijk moeten worden voorzien dat de leden van het directiecomité steeds kunnen deelnemen aan de besluitvorming van het kenniscentrum⁵.
11. De Commissie is van mening dat het uitoefenen de voorzittersfunctie van de GBA met de ambtstermijn van zes jaar dient samen te vallen om voldoende continuïteit in de externe vertegenwoordiging van de GBA te verzekeren⁶. Gelet op de overige taken die aan de directeur van het algemeen secretariaat worden toebedeeld, acht de Commissie het wenselijk dat de voorzittersfunctie wordt uitgeoefend door de directeur van het algemeen secretariaat. Dit zou overigens ook de interne taakverdeling inzake begrotingsbeheer rationaliseren⁷.
12. De Commissie verwelkomt de uitdrukkelijke vermelding dat de adviezen van de reflectieraad niet bindend zijn voor de GBA. Ze verwelkomt eveneens de verduidelijking dat de adviezen van reflectieraad aan de GBA (en dus niet aan het brede publiek) worden gericht, aangezien dit aanleiding zou geven tot verwarring omtrent het officiële standpunt van de GBA⁸.
13. Het wetsontwerp voorziet in een eigen rechtspersoonlijkheid voor de GBA zonder een uitdrukkelijk waarborgmechanisme in geval zij verplicht wordt tot schadeloosstelling⁹. Op zijn minst moet in de Memorie van Toelichting worden verduidelijkt dat de Belgische staat zelfs in geval van veroordeling tot schadeloosstelling gebonden blijft om de continuïteit en goede werking van de GBA te verzekeren. Het principe van de continuïteit van de openbare dienst enerzijds en de internationale en communautaire EU verplichtingen anderzijds vereisen dat de werking van de GBA onverminderd verzekerd moet blijven.
14. De Commissie is van oordeel dat het thans voorgestelde artikel 18 overbodig is nu de GBA rechtspersoonlijkheid krijgt en bijgevolg vrij in rechte kan optreden en aangesproken worden. De Commissie heeft vandaag géén rechtspersoonlijkheid waardoor een wettelijke bepaling nodig was om in rechte handhavend te kunnen optreden. Artikel 18 van het wetsontwerp zou immers tot juridische disputen kunnen leiden rond de vraag of de GBA zelf optreedt dan wel de voorzitter of diens vervanger. De Commissie is van oordeel dat het uiteraard de GBA zelf is die optreedt na beslissing van het directiecomité. Dit laatste dient te worden voorzien in het artikel 9 van het wetsontwerp. Het verdient aanbeveling om de voorzitter of diens vervanger de macht te geven om zelf alle dringende beslissingen te nemen

⁵ Zie ook punten 10 en 43 van advies nr. 21/2017.

⁶ Het wetsontwerp voorziet in artikel 13, § 2 in een alternerend voorzitterschap voor de directeur van het algemeen secretariaat en de directeur van het kenniscentrum.

⁷ Zie ook punt 7 van advies nr. 21/2017.

⁸ Zie ook punt 51 van advies nr. 21/2017.

⁹ Zie ook punt 25 van advies nr. 21/2017.

met dien verstande dat deze dan moeten voorgelegd worden aan het eerstvolgende directiecomité ter bekrachtiging of opheffing. Het komt immers voor dat zeer snel moet worden gehandeld en elk verder uitstel tot inertie leidt.

B) Benoemingsprocedure, transparantie¹⁰ en statuut

15. Zoals de Raad van State¹¹ reeds opmerkte in zijn advies bij de wet van 8 december 1992, beknot de voorlegging van een beperkte lijst met kandidaten gevoelig de keuzemogelijkheden die aan de Kamer worden geboden. Artikel 39 van het wetsontwerp bepaalt dat de lijst voor elk te begeven mandaat maximum drie kandidaten mag bevatten, wat niet uitsluit dat slechts één kandidaat zou worden voorgesteld.
16. De in artikel 39 bepaalde procedure is overigens weinig transparant. Dit stelt twee problemen: dit van de onafhankelijkheid van de GBA en dit van non-conformiteit met de AVG. Enerzijds vormt een transparante benoemingsprocedure immers een garantie voor de onafhankelijkheid van de GBA en anderzijds vereist artikel 53 van de AVG een transparante benoemingsprocedure.
17. De Commissie is van mening dat de transparantie moet bestaan in alle stadia van de benoemingsprocedure, ook bij het opmaken van de lijsten. Artikel 39, of de hierbij horende memorie van toelichting, zou deze procedure moeten beschrijven en bijvoorbeeld vermelden dat de oproep tot de kandidaten zal plaatsvinden via het Belgisch Staatsblad, welke de selectiecriteria zijn alsook de termijnen waarbinnen de kandidaten een antwoord zullen ontvangen.
18. Overigens, en zoals reeds vermeld in haar vorig advies¹², meent de Commissie dat essentiële elementen van het statuut in het wetsontwerp dienen te worden opgenomen, waaronder de verloning, en dit naar analogie met alle andere parlementaire instellingen. De Commissie stelt volgende formulering voor:

"De bezoldiging van respectievelijk de voorzitter van de Gegevensbeschermingsautoriteit en van de commissarissen wordt gelijkgesteld met het niveau van administrateur en directeur volgens de barema's zoals bepaald door de Kamer van volksvertegenwoordigers voor de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer."

Indien dit voorstel niet kan worden ingelast in het wetsontwerp, meent de Commissie dat op z'n minst een indicatie van de barema's zou moeten opgenomen worden in de memorie van toelichting .

¹⁰ Zie ook punten 64-67 van advies nr. 21/2017.

¹¹ Parl. St., Kamer, 47-1610/1 – 1990/91, p. 61; J. DUMORTIER, *De wet tot bescherming van persoonlijke levenssfeer: parlementaire voorbereiding*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 130.

¹² Zie punt 57 van advies n° 21/2017.

19. Tot slot neemt de Commissie nota van de definitie in artikel 44 § 1, 2^{de} lid, van een "onverenigbare activiteit". De Commissie verwelkomt de zeer ruime definitie die bijgevolg het aantal als verenigbaar beschouwde functies vermindert en zodoende de onafhankelijkheid van de GBA bewaart. De Commissie wenst niettemin dit begrip nog meer te verduidelijken door de formulering van artikel 44, § 1, 3^{de} lid, te wijzigen. De huidige formulering luidt als volgt: "*De voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers kan een lid van het directiecomité machtigen om een bijkomende activiteit uit te oefenen (...)*". De Commissie wenst de volgende versie: "*Elke aanvraag voor uitoefening van een bijkomende activiteit door een lid van het directiecomité moet voorgelegd worden aan de voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers die hiervoor machtiging kan verlenen op voorwaarde dat (...)*".

C) Toezicht hoven en rechtbanken

20. De Belgische hoven en rechtbanken zijn, net als andere overheidsinstanties onderworpen aan de bepalingen van de AVG. Voor twee aangelegenheden voorziet de AVG echter een uitzonderingsregime wanneer de gerechten persoonsgegevens verwerken "*bij de uitoefening van hun rechterlijke taken*". Dit is met name het geval voor:
- de verplichting tot aanwijzing van een functionaris voor gegevensbescherming (artikel 37); en
 - de bevoegdheid van de GBA om toezicht uit te oefenen op de naleving van de AVG (artikel 55).

Daarnaast voorziet artikel 23 AVG in de mogelijkheid tot bijkomende beperkingen (bij wet) wat betreft de reikwijdte van bepaalde verplichtingen wanneer zulk een beperking noodzakelijk is ter waarborging van de bescherming van de onafhankelijkheid van de rechter en gerechtelijke procedures. Voor het overige zijn de vereisten van de AVG onverkort van toepassing op de gegevensverwerkingen verricht door de Belgische hoven en rechtbanken.

21. Het wetsontwerp geeft aan dat de hoven en rechtbanken, alsook het openbaar ministerie, bij uitoefening van hun rechterlijke taken niet onderworpen zijn aan het toezicht van de GBA. Het wetsontwerp voegt daar aan toe dat de Koning "*andere autoriteiten [kan] aanduiden voor zover zij persoonsgegevens verwerken in het kader van hun gerechtelijke taken*". De Memorie van Toelichting geeft daarbij aan dat de notie "bij de uitoefening van haar rechterlijke taken" *ruim moet worden geïnterpreteerd teneinde een uniforme toepassing van deze uitsluiting te waarborgen*".
22. De Commissie ziet niet waarom een uitzondering op een regel, die doorgaans restrictief geïnterpreteerd dient te worden, in dit geval ruim zou moeten worden geïnterpreteerd. Volgens de Commissie valt het aangehaalde voorbeeld van personeelsbeheer dan ook buiten het

uitzonderingsregime voorzien door de AVG. Daarnaast ziet de Commissie niet in welke andere entiteiten, naast de hoven, rechtbanken en het openbaar ministerie, als “gerechten” in de zin van de AVG zouden kunnen worden aangemerkt. De schrapping van deze toevoeging aan het wetsontwerp (en bijhorende passage in de Memorie van Toelichting) dringt zich dan ook op.

23. De Commissie herneemt haar eerdere opmerking dat de wetgever nog steeds in een alternatief onafhankelijk toezicht in overeenstemming met artikel 8, lid 3 van het Handvest van de Europese Unie dient te voorzien voor de verwerking van persoonsgegevens door de gerechten bij de uitoefening van hun rechterlijke taken¹³.

3. Procedurele bepalingen

24. Wat de procedurele bepalingen van het wetsontwerp betreft, formuleert de Commissie hieronder eerst een aantal opmerkingen van algemene aard, gevolgd door artikelsgewijze opmerkingen, met tot slot een bespreking van een aantal ontbrekende elementen.

A) Algemene opmerkingen

- *Internationale samenwerking*

25. Het wetsontwerp vermeldt internationale samenwerking in het kader van de procedureregels, zonder dit in een keurslijf te dwingen. De Commissie leidt hieruit af dat de GBA de nodige vrijheid heeft om waar nodig aanvullende regels vast te leggen in zijn huishoudelijk reglement – met name voor de toepassing van hoofdstuk VII AVG, in het bijzonder wat betreft het zogenaamde één-loketmechanisme.

- *Handhavingsbeleid*

26. De Commissie benadrukt de noodzaak voor de GBA om een eigen handhavingsbeleid te kunnen voeren. Alleen door selectief te zijn kan de GBA effectief en efficiënt zijn. Wat klachten betreft erkent de AVG overigens uitdrukkelijk dat deze slechts onderzocht worden “*in de mate waarin dat gepast is*” (art. 57(1)(f) AVG).¹⁴ Het wetsontwerp komt de eerdere opmerkingen van de Commissie deels tegemoet, meer bepaald door thans ook de inspectiedienst een seponeringsbevoegdheid te geven ten aanzien van klachten (art. 91 § 2 van het wetsontwerp)

¹³ Zie ook punten 29-31 van advies nr. 21/2017.

¹⁴ Zie punt 97 van advies n° 21/2017.

en twee fases te voorzien in de procedure voor de geschillenkamer, een eerste voor het sturen van de vervolging, een tweede voor de deliberatie over de sanctie.¹⁵

27. Het is daarentegen volkomen onbegrijpelijk waarom het huidige wetsontwerp voorziet dat de mogelijkheid een zaak af te handelen met een transactie slechts mogelijk is na het doorlopen van een volledige procedure voor de geschillenkamer ten gronde (art. 100, § 1, 4° wetsontwerp). Welke dwingende reden is er om systematisch de partijen uit te nodigen verweermiddelen in te dienen in een formele procedure vooraleer een transactie voor te stellen? De transactie dient precies om zaken snel af te handelen wanneer de feiten weinig betwistbaar zijn.
28. Overigens wordt een transactie niet “opgelegd” door de GBA, maar voorgesteld ter aanvaarding of verwerping door de gecontroleerde. Om deze reden acht de Commissie het ook wenselijk de inspectiedienst toe te laten transacties voor te stellen.¹⁶ Minstens zou de transactie moeten opgenomen worden in artikel 95, § 1 van het wetsontwerp dat de geschillenkamer toelaat te beslissen over de vervolging.

- *Kennisgeving aan het Openbaar Ministerie*

29. De inspectiedienst en de geschillenkamer beschikken over de beoordelingsbevoegdheid om al dan niet dossiers over te maken aan het openbaar ministerie. Om redenen van rechtszekerheid ten voordele van alle medewerkers van de GBA acht de Commissie een uitdrukkelijke uitzondering op artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering (hierna Sv.) wenselijk¹⁷. Dit is van belang met name voor de leden van het directiecomité evenals de medewerkers van de eerstelijnsdienst die met inbreuken geconfronteerd worden. Voor hen wordt er geen beoordelingsbevoegdheid voorzien (zoals dit wel het geval is voor de inspecteur-generaal en de voorzitter van de geschillenkamer).

- *Bemiddeling*

30. Wat de bemiddelingsprocedure betreft, herneemt de Commissie haar eerdere opmerking dat het niet opportuun is om een bemiddelingsopdracht te voorzien bovenop het klachtenbeheer (art. 57(1)(f) AVG) en het beantwoorden van vragen vanwege betrokkenen met betrekking tot de

¹⁵ De Commissie merkt op dat de Franstalige versie van het wetsontwerp het begrip “klacht” vertaalt door “plaintes” en niet door “réclamations” (zoals dit in de Franstalige versie van de AVG wordt voorzien). Teneinde alle misverstanden te vermijden, beveelt de Commissie aan om in de Franstalige versie het begrip “réclamations” te hanteren.

¹⁶ Zie punt 90 van advies n° 21/2017.

¹⁷ Zie punten 36, 106, 148 en 195 van advies n° 21/2017.

uitoefening van hun rechten (art. 57(1)(e) AVG)¹⁸. De behandeling van verzoeken door de eerstelijnsdienst dient geschrapt te worden uit het wetsontwerp, minstens dient artikel 62, § 2 van het wetsontwerp over het 'minnelijk akkoord' geschrapt te worden.

B) Artikelsgewijze bespreking

- *Artikel 59 – kosteloosheid van de klacht en het verzoek*

31. De Commissie is van oordeel dat het wetsontwerp zelf, en niet slechts de Memorie van Toelichting, moet bepalen dat de GBA in het huishoudelijk reglement regels kan opstellen rond de inning van dossierkosten, voor zover het gevallen betreft waarin de AVG dit toestaat¹⁹.

- *Artikel 70 – voorlopige maatregelen*

32. De Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp licht inzake voorlopige maatregelen toe als volgt:
"De duur van de maatregel is beperkt tot drie maanden, slechts eenmaal verlengbaar met maximaal drie maanden. In het kader van het coherentiemechanisme en de wederzijdse bijstand tussen toezichthoudende autoriteiten mag de duur van de voorlopige maatregel echter de drie maanden niet overschrijden."

33. De Memorie van Toelichting interpreteert artikel 66 AVG dus in die zin dat de voorlopige maatregel niet hernieuwbaar is. Het valt af te wachten of het Europees Comité voor gegevensbescherming en de andere lidstaten deze interpretatie zullen volgen.²⁰

- *Artikel 78 – onderzoek ter plaatse – uitzonderingen*

34. De uitzondering op het onderzoek ter plaatse vermeldt niet langer 'journalist, advocaat of arts', maar *"beroepsbeoefenaar die onderworpen is aan het beroepsgeheim en waarvoor een wettelijke regeling is voorzien voor een onderzoek ter plaatse en toegang tot hun beroepslokaler"*.

¹⁸ Zie punt 114 van advies n° 21/2017. (*"In de GDPR is er geen sprake van een bemiddelingsprocedure - de Commissie acht het niet opportuun om in deze bemiddelingsopdracht te voorzien bovenop het klachtenbeheer (57(1)(f) GDPR) en het beantwoorden van vragen vanwege betrokkenen met betrekking tot de uitoefening van hun rechten (art. 57(1)(e) GDPR). Dit zal een negatieve impact hebben op de begroting die niet verwaarloosbaar is gelet op het streven naar een budgetneutrale hervorming. De bemiddelingsopdracht is niet verenigbaar met de opdracht van toezichthouder op de naleving van de GDPR."*).

¹⁹ Art. 57(3)-(4) AVG regelt dit ten aanzien van betrokkenen en de functionaris voor gegevensbescherming.

²⁰ Zie punt 154 van advies n° 21/2017.

35. De Commissie stelt zich vragen bij de wijze waarop deze bepaling op het terrein toegepast moet worden. Artikel 78, lid 2 van het wetsontwerp zou moeten verduidelijken dat het om een wettelijke regeling in het Wetboek van Strafvordering gaat.

- Artikel 81 - raadpleging van informaticasystemen en kopie van de gegevens op het informaticasysteem

36. De Commissie stelt zich vragen bij de draagwijdte van artikel 78: Is het een betredingsrecht of is het een huiszoekingsrecht of beide? Wat wordt bedoeld met de bevoegdheid "er materiële vaststellingen te doen"? Houdt dit ook materiële vaststellingen in en op informaticasystemen? Wellicht niet, nu er hieromtrent een specifiek artikel 81 is ontworpen. Dezelfde vraag stelt zich omtrent artikel 79. Is het een betredingsrecht of ook een zoekingsrecht?

37. Globaal genomen kan niet anders dan vastgesteld worden dat de GBA in zijn belangrijkste onderzoeksbevoegdheid, met name zoekingen in informaticasystemen, een tijger zonder tanden lijkt te zullen worden. Het laat zich nl. aanzien dat de toestemming van de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker, van zodra de inzet een zeker belang heeft, wat zeker bij grote economische spelers steeds het geval zal zijn, maar wellicht zelfs meer algemeen bij elke onderneming, zal ontbreken. Dat betekent dat de GBA in het merendeel van haar zaken iedere keer opnieuw de onderzoeksrechter zal moeten solliciteren met alle gevolgen van dien op de snelheid van handelen en op de werklast voor de GBA en voor de bedoelde onderzoeksrechter(s). De Commissie acht het absoluut aangewezen meer autonome onderzoeksbevoegdheden voor de GBA te voorzien op dat vlak naar analogie met bv. de sociale of economische inspectie. Moest de analogie met het gemeen strafprocesrecht gemaakt worden, dan zou een goede en werkbare optie zijn alle bevoegdheden die het parket autonoom heeft, ook aan de GBA te geven in haar administratieve inspectieonderzoeken.

- Artikel 83 – toegang langs elektronische weg

38. Gegevens toevertrouwd aan verwerkers (bv. cloud service providers) lijken te ontsnappen aan effectief toezicht, ondanks de aanpassing in artikel 83 van het wetsontwerp. Toestemming weigeren volstaat – zoals voorheen - om de controle te dwarsbomen, tenzij het om informatie zou gaan die op publieke websites staat (art. 83 van het wetsontwerp). De Commissie is van oordeel dat één en ander moet mogelijk zijn na een machtiging van de onderzoeksrechter.

39. Het probleem kan eenvoudig opgelost worden door de formulering in de Memorie van Toelichting - gegevens die toegankelijk zijn via een informaticasysteem die "*kunnen verstrekt worden door*

een persoon die gerechtigd is het onderzochte informaticasysteem te gebruiken" – in het wetsontwerp op te nemen²¹.

40. Naar analogie met hetgeen artikel 39*bis*, § 3 Sv. bepaalt, is het de bedoeling dat het toezicht ook kan slaan op de informaticasystemen of de delen ervan waartoe de gecontroleerde in het bijzonder toegang heeft. Alleen dan is er geen verschil in behandeling tussen verwerkingsverantwoordelijken die gegevens op eigen ICT-materiaal bewaren en zij die beroep doen op externe dienstverleners.

- *Artikel 86 – online toezicht*

41. Artikel 86 van het wetsontwerp luidt als volgt²²:

"De inspecteur-generaal en de inspecteurs mogen alle informatie die gratis of mits betaling via elektronische weg toegankelijk is voor het publiek raadplegen, bestuderen en er kopieën van nemen. Zij mogen hiervoor geen geloofwaardige fictieve identiteit aannemen noch fictieve documenten aanwenden en niet in enige persoonlijke interactie treden met een persoon."

42. Met het oog op toekomstige samenwerking met de Economische Inspectie (art. XV.3/1 Wetboek Economisch Recht), is de Commissie van oordeel dat deze bepaling op één lijn gezet moet worden met de bevoegdheid toegekend aan de ambtenaren van de Economische Inspectie van de FOD Economie voor het opsporen van inbreuken op de regelgeving over consumentenkrediet. Zij krijgen de bevoegdheid om zich voor te doen als potentiële klanten. Hiermee krijgt de Economische Inspectie de mogelijkheid om een stap verder te gaan bij de controles wanneer de huidige onderzoekstechnieken geen resultaat zouden opleveren. De Commissie gaat er overigens principieel vanuit dat de bevoegdheid om aan "mystery shopping" of "praktijktests" te doen steeds een voorafgaandelijke machtiging behoeft. In de logica van dit wetsontwerp zou dat machtiging van de geschillenkamer zijn.

- *Artikel 87 – toezicht op informatiebeveiliging – omzeilen van informatiebeveiliging in het kader van een onderzoek*

43. Het op de proef stellen van de beveiligingsmaatregelen van informaticasystemen is luidens het wetsontwerp mogelijk hetzij mits toestemming, hetzij mits machtiging van de onderzoeksrechter²³.

²¹ Dit stemt overeen met de formulering in art. 39*bis* Sv.

²² Met betrekking tot art. 86 is er een vormopmerking voor wat de betreft de Franstalige versie: "qui sont électroniquement accessibles" dient vervangen te worden door : "qui est électroniquement accessible".

²³ Zie punten 174-178 van advies n° 21/2017.

44. Voor alle duidelijkheid gaat de Commissie ervan uit dat deze bepaling – samen gelezen met artikel 88 van het wetsontwerp - slaat op het actief ingrijpen op beveiligingsmaatregelen om hun deugdelijkheid te onderzoeken. Het louter vaststellen welke beveiligingsmaatregelen er zijn en nagaan hoe deze zich gedragen in de praktijk, valt hierbuiten. Het vereisen van toestemming hetzij machtiging van de onderzoeksrechter voor dit laatste, zou de effectieve uitoefening van het toezicht op informatiebeveiliging aan de GBA, opgelegd door artikel 83(4)a) AVG, praktisch onmogelijk maken. De Memorie van Toelichting moet op dit punt gepreciseerd worden²⁴.
45. De Commissie stelt verder vast dat er geen bevoegdheid gegeven wordt tot het neutraliseren van maatregelen voor informatiebeveiliging, zelfs eerder triviale vormen van maatregelen, wanneer dit het onderzoek naar informatiedragers of informaticasystemen tegenhoudt. Een dergelijke bevoegdheid zou dan ook uitdrukkelijk moeten worden toegevoegd – naar het voorbeeld van het Wetboek van Strafvordering.
46. Artikel 39*bis*, § 5 Sv. geeft de procureur des Konings of de onderzoeksrechter de mogelijkheid om te allen tijde te bevelen, ook zonder de toestemming van hetzij de eigenaar of zijn rechthebbende, hetzij de gebruiker:
- *"elke beveiliging van de betrokken informaticasystemen tijdelijk op te heffen, desgevallend met behulp van technische hulpmiddelen, valse signalen, valse sleutels of valse hoedanigheden;*
 - *technische middelen in de betrokken informaticasystemen aan te brengen teneinde de door dat systeem opgeslagen, verwerkte of doorgestuurde gegevens te ontcijferen en te decoderen".*

Het lijkt dan ook wenselijk dat de inspectiedienst over gelijkaardige mogelijkheid beschikt, desgevallend al dan niet na machtiging van de onderzoeksrechter. Bij gebrek aan informatie over eventuele strafbaarstellingen van inbreuken op de AVG, is het op dit ogenblik immers onduidelijk of in dergelijke gevallen de dossiers overgemaakt kunnen worden naar het openbaar ministerie. Bovendien is het onzeker in welke mate overmaking tot daadwerkelijke handhaving zou leiden.

- *Artikel 89 – inbeslagneming en verzegeling*

47. Een bevoegdheid tot inbeslagneming is noodzakelijk voor de GBA om de handhavingstaak tot kunnen vervullen. Het wetsontwerp gaat er impliciet van uit dat teruggave van de in

²⁴ De Memorie van Toelichting bepaalt thans als volgt: *"De Gegevensbeschermingsautoriteit zal een belangrijke rol spelen in het kader van informatiebeveiliging als onderdeel van de bescherming van persoonsgegevens. Ook bij het uitoefenen van hun toezichtsoverdracht moeten de inspecteur-generaal en de inspecteurs over de mogelijkheid beschikken om controles uit te voeren betreffende de veiligheidssystemen en –methodes van een verantwoordelijke voor de verwerking of een verwerker. Dit dient echter te gebeuren mits voorafgaande toestemming van de gecontroleerde of mits voorafgaande machtiging van de onderzoeksrechter."* De bewoordingen dienen aangepast te worden om te verduidelijken dat het louter vaststellen welke beveiligingsmaatregelen er zijn en nagaan hoe deze zich gedragen in de praktijk hierbuiten valt.

beslaggenomen zaken steeds mogelijk zal zijn. Omdat het recht op eigendom in het geding is, is het de vraag of het de GBA uitzonderingen hierop mag vaststellen bij huishoudelijk reglement (dat bevestigd wordt door het Parlement). Een uitdrukkelijke wettelijke basis dringt zich dan ook op.

48. Het wetsontwerp bevat geen mogelijkheid om de snelle bewaring ("bevroering") van gegevens in handen van een derde te vragen aan het openbaar ministerie, dit ter voorbereiding van een beslag²⁵.

- *Artikel 95 – kennisgeving van de partijen – voorlopige maatregelen*

49. Wanneer de geschillenkamer op grond van artikel 95, § 1, 6° van het wetsontwerp beslist een dossier over te dragen aan het openbaar ministerie, dan is zij verplicht de betrokken partijen hiervan op de hoogte te brengen. Dit is in een fase die voorafgaat aan behandeling ten gronde door de geschillenkamer – de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker is in deze fase nog niet op de hoogte gebracht van het onderzoek. Deze kennisgevingsplicht doorbreekt het geheim van het onderzoek dat geldt bij het openbaar ministerie en moet geschrapt worden.
50. Het schrappen van de kennisgeving ingeval van overdracht aan het openbaar ministerie door de geschillenkamer strookt overigens met de bepaling die de inspectiedienst toelaat dossiers over te dragen aan het openbaar ministerie (in plaats van aan de geschillenkamer), zonder het geheim van het onderzoek te hoeven doorbreken (art. 91, § 2 wetsontwerp).
51. De geschillenkamer is bevoegd in de fase van behandeling ten gronde van een dossier "*te bevelen dat de verwerking tijdelijk ... wordt bevroren, beperkt of verboden*" of "*de opschorting van grensoverschrijdende gegevensstromen naar een andere Staat of een internationale instelling te bevelen*" (artikel 100, 8° en 14° wetsontwerp). Daar in artikel 95 deze bevoegdheden ontbreken, is de geschillenkamer niet in staat voorlopige maatregelen te nemen in de voorafgaande fase van de behandeling. Deze lacune is problematisch met name wanneer de geschillenkamer een klacht behandelt zonder deze over te maken naar de inspectiedienst voor onderzoek, of indien de geschillenkamer oordeelt dat voorlopige maatregelen meteen moeten genomen worden en vervolgens het dossier overmaakt aan de inspectiedienst.

²⁵ Naar het voorbeeld van artikel 39^{quater} Sv.

- *Artikel 100 - bevoegdheden van de geschillenkamer*

52. Artikel 100, 5° wijkt af van de termen gebruikt door de AVG, in het Frans ("rappels à l'ordre "en niet "réprimandes"). De noodzaak, zo die er is, om afwijkende terminologie te gebruiken zou in de Memorie van Toelichting moeten worden toegelicht.

- *Artikel 108 – beroep*

53. Het wetsontwerp zegt niet expliciet dat het Marktenhof oordeelt met volle rechtsmacht over het ingesteld beroep, ofschoon dit overeenkomstig de rechtspraak van het EHRM vereist is²⁶. De Memorie van Toelichting verwijst evenmin naar 'volle rechtsmacht'²⁷.
54. Het begrip 'volle rechtsmacht' geeft aanleiding tot discussie en wordt daarom best nader omschreven²⁸. Met name dient bepaald te worden of het Marktenhof na een beoordeling van de feiten de opgelegde boete kan verminderen of verhogen evenals alle besluiten nemen aangaande corrigerende maatregelen, met name deze op te heffen, te wijzigen of desgevallend andere corrigerende maatregelen op te leggen.

C) Ontbrekende bepalingen

- *Onderzoek van zaken*

55. De Commissie herneemt haar eerdere opmerking²⁹ dat een expliciete bepaling met de bevoegdheid voor de inspectiedienst om zaken te onderzoeken of te laten onderzoeken wenselijk is om in alle omstandigheden te zorgen voor rechtszekerheid.³⁰ Hoe dan ook vallen informatiesystemen – ingebed of niet - onder de toezichtsbevoegdheid van de GBA. Dit neemt niet weg dat achterhoedegevechten over het onderzoeken van dat informatiesysteem – in de vorm van procedureslagen - maatschappelijke kosten met zich meebrengen die vermijdbaar zijn indien de wetgever deze bevoegdheid om zaken te onderzoeken of te laten onderzoeken meer uitdrukkelijk zou verankeren.

²⁶ EHRM, 4 maart 2014, Grande Stevens et autres c. Italie, nr. 138 en 139.

²⁷ In tegenstelling tot Memorie van Toelichting bij de voorgaande versie van het wetsontwerp waarop advies 21/2017 betrekking had.

²⁸ Punt van discussie is in welke mate de rechter beschikt over een hervormings- en substitutiebevoegdheid, hetgeen zich zou opdringen voor administratieve sancties die sterk aanleunen bij het klassieke strafrecht, met name fiscale en sociale administratieve sancties. Dit wordt gesteund op uitspraken van het Grondwettelijk Hof dat reeds meermaals heeft gesteld dat "niets wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de administratie valt, ontsnapt aan de toetsing van de rechter" (bijvoorbeeld GwH 6 juni 2014, punt B7).

²⁹ Zie punt 216 van advies n° 21/2017.

³⁰ Art. 72 (inwinnen van inlichtingen) van het wetsontwerp biedt onvoldoende rechtsbasis voor een dergelijke bevoegdheid. Zie Patricia Popelier (ed.), 'Heldere handhaving', 2010, p. 301.

- *Sanctionering belemmering van toezicht*

56. De Commissie herneemt haar opmerking³¹ dat belemmering van toezicht tot een sanctie moet kunnen leiden³² en in bijzonder zware gevallen ook een strafrechtelijke geldboete, rekening houdend met het beginsel dat niemand verplicht mag worden zichzelf te beschuldigen (*nemo tenetur*).

- *Fiscale aftrekbaarheid van administratieve boetes*

57. De Commissie herneemt haar opmerking³³ dat een bepaling naar het voorbeeld van artikel IV.70 Wetboek Economisch Recht ontbreekt in het wetsontwerp: "*de boeten, dwangsommen, transactiesommen en kosten geregeld in deze wet zijn niet fiscaal aftrekbaar*".

58. Dergelijke bepaling is noodzakelijk in het licht van een arrest van Hof van Antwerpen (23 juni 2009). Volgens het Hof zijn niet-aftrekbare 'geldboeten' in de zin van artikel 53, 6° WIB 92 geldelijke sancties die zijn opgelegd op basis van strafwetgeving, waardoor administratieve boeten uit het toepassingsgebied van artikel 53, 6° WIB 92 vallen. Verder is het Hof van oordeel dat een administratieve boete haar aard behoudt, zelfs als deze volgens de internationale normen als een strafsanctie wordt aangemerkt. Het blijft een boete die niet werd opgelegd op basis van een strafwet en bijgevolg aftrekbaar is.

- *Delegatie inzake de vorm van de kennisgevingen*

59. Het wetsontwerp bevat geen delegatie aan de GBA om de vorm van kennisgevingen gedaan door de autoriteit (bijv. door eerstelijnsdienst of geschillenkamer) nader te regelen in het huishoudelijk reglement. Gelet op de zeer diverse omstandigheden waarin een kennisgeving vereist wordt, met bestemmingen zowel in binnen als in buitenland, is een dergelijke expliciete delegatie wenselijk³⁴.

- *Financiering van de handhavingsactiviteiten*

60. Het wetsontwerp laat na om aanvullende pistes ter financiering van de GBA te regelen, naast de dotatie van de Kamer van volksvertegenwoordigers. De mogelijkheid dossierkosten aan te rekenen staat vermeld in de Memorie van Toelichting, maar niet in het wetsontwerp zelf. De inkomsten van administratieve boetes, transacties en dwangsommen zullen zoals gebruikelijk

³¹ Zie punten 218-2019 van advies n° 21/2017.

³² Art. 83(4) AVG maakt een administratieve boete mogelijk ingeval van niet-naleving van de medewerkingsplicht bepaald in artikel 31 AVG.

³³ Zie punten 220-221 van advies n° 21/2017.

³⁴ Zie punt 222 van advies n° 21/2017.

naar de Staatskas vloeien, zonder de GBA toe te laten hieruit zijn specifieke handhavingskosten te recupereren (kosten voor het onderzoek, kosten van de procedures voor de geschillenkamer en de verdediging van beslissingen voor het Hof van Beroep) met tussenkomst van administratie van het Kadaster, de Registratie en de Domeinen.

61. De Commissie verwijst in dit verband naar haar eerdere opmerking over de noodzaak om continuïteit van de vervulling van haar publieke taak te garanderen³⁵. Het spreekt voor zich dat handhaving die in de praktijk meer weg heeft van loterij dan systematiek, of – nog erger – enkel gemakkelijke doelwitten viseert, aanzienlijke maatschappelijke kosten met zich meebrengt. In de privé sector zou dit geenszins bijdragen tot een gelijk speelveld voor alle economische spelers. Bovendien riskeren Belgische ondernemingen die zich op de Europese markt bewegen hiervan de dupe te zijn. Het éénloketmechanisme functioneert immers volwaardig op voorwaarde dat de leidende autoriteit zijn taak in de praktijk ook volwaardig opneemt. Is dit niet het geval, dan kunnen de andere lidstaten onder bepaalde voorwaarden zelf handhavend optreden³⁶, met alle kosten vandien voor de betrokken onderneming.
62. De Commissie is dus van oordeel dat het wetsontwerp minstens moet bepalen dat de GBA in het huishoudelijk reglement regels kan opstellen rond de inning van dossierkosten, daar waar de AVG dit toelaat. Volgende zin dient toegevoegd te worden aan artikel 107 *"De ingevorderde dossierkosten, vastgesteld overeenkomstig het huishoudelijk reglement, worden gestort aan de gegevensbeschermingsautoriteit."*

4. Opheffings-, overgangs- en slotbepalingen (Hoofdstuk VII)

- *Artikel 112*

63. De Commissie is van oordeel dat artikel 112 de GBA niet verbiedt een nieuwe zaak te openen naar aanleiding van de feiten die reeds bekend waren in hangende dossiers³⁷.
64. Het wetsontwerp bepaalt dat de huidige Commissie in functie blijft tot en met 24 mei 2018 en vanaf 25 mei ophoudt te bestaan. Nochtans is het onvermijdelijk dat er nog een aantal dossiers (adviezen, behandeling van klachten, aanbevelingen) zullen openstaan. Opvolging daarvan door

³⁵ Zie punten 223-226 van advies n° 21/2017

³⁶ Art. 61(8) AVG bepaalt dat indien een toezichthoudende autoriteit geen gehoor geeft aan een verzoek om wederzijdse bijstand, de overige autoriteiten voorlopige maatregelen mogen treffen – het bestaan van een dringende noodzaak om op te treden wordt vermoed. De zaak wordt vervolgens overgemaakt aan het Europees Comité voor Gegevensbescherming voor een dringend bindend besluit, overeenkomstig artikel 66 lid 2 AVG. Een gelijkaardige regeling staat vervat in artikel 62(7) AVG. Daarnaast kunnen de overige lidstaten gebruik maken van de spoedprocedure van artikel 66 AVG, waarin zowel sprake is van voorlopige als van definitieve maatregelen.

³⁷ Zie punt 229 van advies n° 21/2017.

de oude Commissie kan geregeld worden door te voorzien in een overgangsbepaling waardoor deze blijft voortbestaan totdat de nog lopende dossiers afgesloten zijn. De vijf leden van het directiecomité kunnen op deze manier met een schone lei starten.

65. De Commissie is van oordeel dat een overgangperiode van ongeveer twee maanden hiervoor kan volstaan, desgevallend te verlengen afhankelijk van de aard van de hangende dossiers. De nieuwe GBA moet naderhand de macht krijgen de werking van de Commissie af te sluiten door een bindende beslissing van het directiecomité.
66. Er wordt niets gezegd over de adviesaanvragen die hangende zijn, noch over de aanbevelingen. Hun situatie wordt best ook uitdrukkelijk geregeld (oude procedure of nieuwe).
67. Tevens zal moeten voorzien worden in het afsluiten van de begroting en boekhouding en de overdracht van de lopende procedures.

OM DEZE REDENEN

Brengt de Commissie een gunstig advies uit aangaande het wetsontwerp tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit op voorwaarde dat voormelde opmerkingen bijkomend worden geïntegreerd.

De Wnd. Administrateur,

De Voorzitter,

(get.) An Machtens

(get.) Willem Debeuckelaere