



Advies nr. 98/2019 van 3 april 2019

**Betreft:** Voorontwerp van decreet betreffende de verwerkingen van persoonsgegevens uitgevoerd door de *Entreprise publique des Technologies Numériques de l'Information et de la Communication de la Communauté française (ETNIC)* (Overheidsbedrijf voor de Nieuwe Informatie- en Communicatietechnologieën van de Franse Gemeenschap) of toevertrouwd door zijn begunstigen (CO-A-2019-068).

De Gegevensbeschermingsautoriteit (hierna "de Autoriteit");

Gelet op de wet van 3 december 2017 *tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit*, inzonderheid op artikel 23 en 26 (hierna de "WOG");

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 de wet van 30 juli 2018 *betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens* (hierna "WVG");

Gelet op het verzoek om advies , ontvangen op

Gelet op het verslag van de heer Willem Debeuckelaere;

Brengt op 3 april 2019 het volgend advies uit:

## I. ONDERWERP VAN DE AANVRAAG

1. Het Overheidsbedrijf voor de Nieuwe Informatie- en Communicatietechnologieën van de Franse Gemeenschap (hierna "ETNIC") is de instelling is van openbaar nut met rechtspersoonlijkheid bedoeld door het decreet van 25 oktober 2018 *betreffende het Overheidsbedrijf voor Nieuwe Informatie- en Communicatietechnologieën van de Franse Gemeenschap* (hierna «het ETNIC decreet»). De begunstigen van de opdrachten van het ETNIC (hierna "de begunstigen") worden aangeduid in artikel 1, 2° van het ETNIC decreet .
2. Het voorontwerp van decreet betreffende de verwerkingen van persoonsgegevens uitgevoerd door ETNIC of toevertrouwd door zijn begunstigen (hierna "het voorontwerp van decreet") beoogt de betrekkingen tussen ETNIC en zijn verschillende partners te regelen, afhankelijk van de vraag of ETNIC een verwerker is in de zin van artikel 4(8) van de AVG, een verwerkingsverantwoordelijke of een gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijke in de zin van artikel 4(7) van de AVG. Zoals de aanvrager vermeldt strekt het voorontwerp van decreet er voornamelijk toe te beantwoorden aan de vereisten van artikel 28 van de AVG.

## II. ONDERZOEK VAN DE ADVIESAANVRAAG

### Achtergrond

1. De aanvrager vermeldt in de memorie van toelichting bij dit voorontwerp van decreet dat (vrije vertaling): « *indien de rechtstreekse werking van de AVG in het Belgisch recht de bepalingen inzake onderaanneming rechtstreeks toepasselijk maakt, lijkt het, teneinde te voldoen aan de formele verplichting van artikel 28, §3, van de AVG, noodzakelijk om de inhoud van sommige bepalingen in een decreet op te nemen. Zo niet, dan moeten deze bepalingen telkens worden opgenomen in een met elke begunstigde te sluiten overeenkomst, met het risico dat er nooit een overeenkomst over dit onderwerp wordt ondertekend* ». De Autoriteit herhaalt dat overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie de rechtstreekse toepasselijkheid van Europese verordeningen een verbod inhoudt op een transcriptie ervan in nationaal recht, omdat een dergelijke procedure "een dubbelzinnigheid kan creëren met betrekking tot zowel de juridische aard van de toepasselijke bepalingen als het tijdstip van de inwerkingtreding ervan"<sup>1</sup> overweging 8 van de AVG, « *Voor zover deze verordening bepaalt dat de regels die zij bevat door lidstatelijk recht kunnen worden gespecificeerd of beperkt, kunnen de lidstaten indien nodig elementen van deze verordening*

<sup>1</sup> HJEU, 7 februari 1973, Commissie c. Italië (C-39/72), Jurisprudentie, 1973, blz. 101, § 17). Zie ook en met name HJEU, 10 oktober 1973 Fratelli Variola S.p.A. vs. Italiaanse Administratie van financiën, Jurisprudentie, 1973, blz. 981, § 11; HJEU, 31 januari 1978, Ratelli Zerbone Snc c. Amministrazione delle finanze dello Stato, Jurisprudentie (C-94/77), 1978, p. 99 §§ 24-26.

*in hun recht opnemen om de samenhang te garanderen en om de nationale bepalingen begrijpbaar te maken voor degenen op wie zij van toepassing zijn* ». Bijgevolg suggereert de Autoriteit om zo nodig de bepalingen van de AVG in de nationale wetgeving letterlijk op te nemen en niet te herformuleren om het risico van inconsistentie en tegenstrijdigheid te vermijden.

4. De Autoriteit wenst eveneens te onderstrepen dat de bedoeling van de aanvrager om de bepalingen van artikel 28 van de AVG in een wetgevende tekst op te nemen, in tegenspraak is met de wens om "*een dynamisch en gemakkelijk aanpasbaar instrument in te voeren*", zoals bepaald in artikel 4 van het voorontwerp van decreet (artikelsgewijze commentaar). Het advies van de Autoriteit zal immers telkens moeten worden ingewonnen wanneer de bepalingen van het voorontwerp van decreet overeenkomstig artikel 23(1) van de WOG worden gewijzigd. De aanvrager had ervoor kunnen kiezen een kaderovereenkomst te sluiten die zou worden aangehecht aan de met zijn "begunstigden" gesloten contracten, zonder deze bepalingen in de wet te bevrozen, op straffe van schending van de bepalingen van de Verordening en de toekomstige standpunten van het Europees Comité voor gegevensbescherming.
  
5. Ten slotte wil de Autoriteit het risico onderstrepen dat de clausules niet geschikt zijn voor de begunstigden van de diensten van ETNIC of, wanneer ETNIC een verwerkingsverantwoordelijke is, de relatie van ETNIC met een verwerker, in strijd met artikel 4 (8) van het ETNIC decreet, waarin is bepaald dat in de kaderovereenkomst tussen ETNIC en elke begunstigde de specifieke organisatiemodaliteiten voor een begunstigde moet vastleggen inzake verwerking van persoonsgegevens in toepassing van de AVG.

### Artikelsgewijze commentaar

#### **Artikel 1**

6. Artikel 1(7) van het voorontwerp van decreet definieert de Toezichthoudende Autoriteit als (vrije vertaling) « *de Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA) , opgericht bij wet van 3 december 2017 tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit en/of elke andere onafhankelijke publieke autoriteit, die op communautair vlak zou worden opgericht om toe te zien op de toepassing van de AVG en die bevoegd zou zijn voor het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens uitgevoerd door de begunstigde en/of ETNIC* » (onderstreept door de Autoriteit). Momenteel bestaat een dergelijke autoriteit niet op communautair niveau en bijgevolg stellen wij voor om de controleautoriteit niet te definiëren en te verwijzen naar "de bevoegde toezichthoudende Autoriteit".

### Artikel 3

7. Artikel 3(2) van het voorontwerp van decreet bepaalt dat (vrije vertaling) « *tenzij in de kaderovereenkomst anders is overeengekomen, is elke partij verantwoordelijk voor het nakomen van haar verplichtingen die voortvloeien uit de AVG* ». De hiërarchie van normen verleent uiteraard voorrang aan de AVG op de kaderovereenkomst, zodat een overeenkomst die in strijd is met de AVG nietig zou zijn. Bovendien vermeldt dit artikel dat « *de artikelen van hoofdstuk III van dit decreet zijn ook van toepassing wanneer ETNIC samen met een begunstigde optreedt als gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijke* » terwijl hoofdstuk III handelt over de onderaanneming. Er moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen «onderaanneming » en «gezamenlijke verantwoordelijkheid».

### Artikel 4

8. Het voorontwerp van decreet bepaalt in artikel 4 dat « *de verwerkingen van persoonsgegevens die door de begunstigde in onderaanneming worden toevertrouwd aan ETNIC zijn deze die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de van de activiteiten, projecten en diensten die door de begunstigde aan ETNIC worden toevertrouwd zoals opgenomen in de fiches bedoeld in artikel 4, § 3 van het decreet van 25 oktober 2018 betreffende het Overheidsbedrijf voor Nieuwe Informatie- en Communicatietechnologieën van de Franse Gemeenschap. Deze verwerkingen worden omschreven en gedetailleerd in de bovengenoemde fiches die als bijlage bij de kaderovereenkomst zijn gevoegd en die volgens de door de kaderovereenkomst vastgestelde procedures zijn gewijzigd* » (onderstreept door de Autoriteit). Deze fiches worden als volgt gedefinieerd door artikel 4§3 van het ETNIC decreet: « *Als bijlage bij de in paragraaf 1 bedoelde kaderovereenkomst, wordt de lijst opgenomen, in de vorm van fiches, van de activiteiten, projecten en diensten die ETNIC ten behoeve van de begunstigde uitvoert, die minstens de reikwijdte, de menselijke en geldelijke middelen, de duur evenals een meerjarige begrotingsprognose bevat* ». Artikel 28(3), van de AVG schrijft voor dat de verplichte vermeldingen in het contract of de rechtshandeling zelf moeten worden opgenomen en niet in bijlagen of lijsten waarvan de juridische waarde niet gekend is. Deze strikte vereiste waarborgt de rechtszekerheid en transparantie van de tussen de verwerkingsverantwoordelijken en de verwerkers aangegane verbintenissen.
9. In de lijst van verplichte informatie die op de lijsten moet worden opgenomen, ontbreken onder andere de verplichtingen en rechten van de verwerkingsverantwoordelijke. Het is van essentieel belang dat alle verwijzingen naar artikel 28(3) van de AVG worden opgenomen in het contract tussen de verwerker en de verwerkingsverantwoordelijke.

## Artikel 5

10. De Autoriteit neemt akte van deze bepaling, maar herinnert eraan dat de vaststelling van de rol van de verwerkingsverantwoordelijke, verwerker en gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijke feitelijk is<sup>2</sup>, en dat conform artikel 28(10) van de AVG, indien ETNIC zijn rol als verwerker te buiten gaat het geherkwalificeerd zal worden als verwerkingsverantwoordelijke ondanks de juridische kwalificatie van ETNIC als verwerker.

## Artikel 7

11. Artikel 7§4 van het voorontwerp van decreet bepaalt dat (vrije vertaling) « *Indien ETNIC van mening is dat een van de door de begunstigde verstrekte onderrichtingen in strijd is met de geldende regelgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens, is ETNIC verplicht om de begunstigde en zijn functionaris voor gegevensbescherming hiervan onmiddellijk in kennis te stellen. ETNIC voert de verwerking alleen uit als de begunstigde de hem verstrekte onderrichting schriftelijk bevestigt. ETNIC kan in geen geval aansprakelijk worden gesteld voor de gevolgen van een onderrichting die in strijd is met de regelgeving en die het redelijkerwijs niet kon ontdekken*». Deze bepaling schendt de voorschriften van artikel 82(2) van de AVG die bepaalt dat « *Een verwerker is slechts aansprakelijk voor de schade die door verwerking is veroorzaakt wanneer bij de verwerking niet is voldaan aan de specifiek tot verwerkers gerichte verplichtingen van deze verordening of buiten dan wel in strijd met de rechtmatige instructies van de verwerkingsverantwoordelijke is gehandeld*». Het voorontwerp van decreet kan niet voorzien in een andere aansprakelijkheidsregeling dan die van de AVG door de verwerker vrij te stellen van aansprakelijkheid indien de verwerker een onrechtmatige onderrichting van de verwerkingsverantwoordelijke uitvoert.

## Artikel 8

12. De Autoriteit formuleert dezelfde aanbeveling als in punt 8 met betrekking tot artikel 4 van het voorontwerp van decreet. Zowel de tijd die nodig is voor de uitvoering van de verwerkersopdrachten waarvoor de gegevens aan ETNIC ter beschikking worden gesteld, als de keuze die de verwerkingsverantwoordelijke heeft om aan het einde van de dienstverlening

---

<sup>2</sup>WP169

[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_en.pdf)

alle persoonsgegevens te wissen of aan de begunstigde terug te geven, moeten in de overeenkomst zelf worden opgenomen.

## Artikel 9

13. Artikel 9§2 van het voorontwerp van decreet bepaalt dat de mededeling van persoonsgegevens aan derden, op welke wijze dan ook, verboden is, tenzij een wettelijke of reglementaire bepaling of een bevel van een rechtbank of een bevoegde regeringsinstantie ETNIC verplicht om deze gegevens te verstrekken. Het is onontbeerlijk om in het voorontwerp van decreet te preciseren wat de aanvrager verstaat onder « *bevel uitgevaardigd door een bevoegde regeringsinstantie* ».

## Artikel 10

14. Artikel 10, § 1, bepaalt dat ETNIC, onverminderd artikel 20 van het voorontwerp van decreet, geen persoonsgegevens buiten de Europese Economische Ruimte mag doorgeven zonder voorafgaande onderrichting van de begunstigde. De uitzondering op deze regel van artikel 20 stipuleert dat (vrije vertaling) : « *ETNIC heeft het recht om de gegevensverwerking geheel of gedeeltelijk uit te besteden aan een volgende verwerker, ook indien dit leidt tot een doorgifte van de gegevens buiten de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte, op voorwaarde dat het derde land waaraan de gegevens worden doorgegeven een passend beschermingsniveau biedt door middel van een adequaatheidsbesluit van de Europese Commissie tot vaststelling van een passend beschermingsniveau overeenkomstig artikel 45, §3, van de AVG, of dat deze doorgifte omkaderd wordt door passende waarborgen overeenkomstig artikel 46 van de AVG* » (onderstreept door de Autoriteit). Overeenkomstig de vereiste van artikel 28(3)(a), van de AVG is de beslissing om gegevens buiten de Europese Economische Ruimte door te geven, ook via een onderaannemer, een voorrecht dat uitsluitend aan de verwerkingsverantwoordelijke toebehoort, en de verwerker kan zich niet het recht toe-eigenen om gegevens buiten de EER door te geven zoals wordt voorzien in artikel 20 van het voorontwerp van decreet.

## Artikel 14

15. Artikel 14§3, van het voorontwerp van decreet bepaalt dat : (vrije vertaling) « *onverminderd lid 1 , en rekening houdend met de aard van de verwerking, staat ETNIC de begunstigde bij, in de mate van het mogelijke en met inachtneming van de aard van de verwerking, door middel van passende technische en organisatorische maatregelen, om te voldoen aan zijn verplichtingen om te beantwoorden aan aanvragen die door betrokkenen worden ingediend* »

*met het oog op de uitoefening van hun rechten* » (onderstreept door de Autoriteit). De verplichting om veiligheidsmaatregelen te treffen overeenkomstig artikel 28(3)(c), is een resultaatsverbintenis en niet een middelenverplichting, en de Autoriteit beveelt aan om de formuleringen zoals « in de mate van het mogelijke » te vermijden die, naast het feit dat ze vaag zijn, potentieel de draagwijdte van de verplichtingen van de verwerker beperken op gevaar van artikel 28 van de AVG te schenden.

16. Artikel 14§3, van het voorontwerp van decreet weerspiegelt alleen de eis van artikel 28(3)(c) van de AVG, doch het is van essentieel belang de andere verplichtingen van de verwerker op te nemen door overeenkomstig artikel 28(3)f van de AVG, te bepalen dat de verwerker de verwerkingsverantwoordelijke bijstaat bij de naleving van de in de artikelen 32 tot en met 36 van de AVG vastgestelde verplichtingen.

### **Artikel 17**

17. Artikel 17§4, van het voorontwerp van decreet bepaalt dat : (vrije vertaling) « indien de begunstigde het nodig acht, stelt hij de betrokkenen en derden, met inbegrip van de toezichthoudende autoriteit, in kennis van elke inbreuk in verband met de gegevens » (onderstreept door de Autoriteit). De huidige formulering van deze verplichting sluit niet aan bij de vereisten van de AVG, die in de specifieke gevallen die in de artikelen 33 en 34 van de AVG worden opgesomd, melding en/of mededeling aan de toezichthoudende autoriteit en de betrokken personen vereisen.

### **Artikel 19**

18. Artikel 19 van het voorontwerp van decreet bepaalt dat (vrije vertaling) : « de begunstigde heeft het recht alle controles te verrichten die hij nuttig acht om na te gaan of het ETNIC zijn verplichtingen nakomt ten aanzien van de verwerkingen waarvoor hij als verwerker optreedt. Dit recht omvat het recht om de beveiligingspraktijken van ETNIC met betrekking tot persoonsgegevens te controleren[...] §3. Deze audits worden uitgevoerd op een door de begunstigde en ETNIC gezamenlijk overeengekomen tijdstip of op andere tijdstippen die door de begunstigde noodzakelijk worden geacht naar aanleiding van een inbreuk in verband met gegevens, of ingevolge een dergelijk vermoeden» (onderstreept door de Autoriteit). Deze bepalingen zijn te restrictief omdat de audits die de verwerkingsverantwoordelijke kan eisen, niet beperkt zijn tot de veiligheidsmaatregelen en niet beperkt kunnen blijven tot gevallen van inbreuk op de gegevens of " dergelijke vermoedens " in verband met de eis van artikel 28(3)(h), van de AVG.

## Artikel 20

19. Artikel 20 van het voorontwerp van besluit machtigt ETNIC om de gegevensverwerking geheel of gedeeltelijk uit te besteden aan een verdere verwerker. De Autoriteit merkt op dat de wetgever de verwerkingsverantwoordelijke het recht ontnemt om krachtens artikel 28.2 van de AVG te kiezen of zijn verwerker de verwerking van de gegevens waarvoor hij verantwoordelijk is, al dan niet mag uitbesteden aan een andere verwerker. Deze bepaling, die de verwerkingsverantwoordelijke elke flexibiliteit ontnemt, is in strijd met de logica van artikel 28 van de AVG, dat de verwerkingsverantwoordelijke in staat stelt de controle te behouden over de verwerking waarvoor hij verantwoordelijk is.
20. Het commentaar bij artikel 20 van het voorontwerp van decreet vermeldt dat: (vrije vertaling) « *de verwerker moet de verwerkingsverantwoordelijke in kennis stellen van elke toevoeging, schrapping of wijziging van verdere verwerker, zodat de begunstigde zich hiertegen eventueel kan verzetten wegens gewettigde redenen, dat « in de kaderovereenkomst het recht van de begunstigde om bezwaar aan te tekenen kan wijzigen (de geldige redenen voor het recht op bezwaar worden niet gespecificeerd door de AVG) » en in artikel 20 wordt bepaald dat « *de begunstigde beschikt over de in de kaderovereenkomst vastgestelde termijn om zijn bezwaren in te dienen. De verdere verwerking is alleen mogelijk indien de begunstigde binnen de genoemde termijn geen bezwaar heeft gemaakt*» (onderstreept door de Autoriteit). Deze bepalingen zijn te restrictief in vergelijking met de vereiste van artikel 28.2 van de AVG, dat niet voorziet in een verplichting om de weigering van verdere verwerking door de verwerkingsverantwoordelijke te motiveren of in een systeem van stilzwijgende toestemming voor verdere verwerking bij gebrek aan een antwoord van de begunstigde.*

## Artikel 21

21. Artikel 21 van het voorontwerp van decreet bepaalt dat wanneer ETNIC een beroep doet op een verdere verwerker om specifieke activiteiten voor rekening van de begunstigde uit te voeren, het met de begunstigde een schriftelijke overeenkomst sluit, waarbij ETNIC verplichtingen oplegt die « *ten minste even bindend zijn als die welke voortvloeien uit dit decreet, de uitvoeringsbesluiten en de kaderovereenkomst, met inbegrip van de bijlagen* » (onderstreept door de Autoriteit). Deze bepaling is niet voldoende trouw aan de tekst van artikel 28.4 van de AVG, dat bepaalt dat "dezelfde verplichtingen" als die welke in de overeenkomst tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker zijn vastgelegd, contractueel aan de verdere verwerker worden opgelegd.



**OM DIE REDENEN,**

De Autoriteit eist dat de aanvrager in het voorontwerp van decreet *betreffende de verwerkingen van persoonsgegevens uitgevoerd door het Overheidsbedrijf voor de Nieuwe Informatie- en Communicatietechnologieën van de Franse Gemeenschap (ETNIC) of toevertrouwd door zijn begunstigen* rekening houdt met de volgende opmerking:

- Indien bepalingen van de AVG in de nationale wetgeving worden opgenomen, moeten zij letterlijk worden overgenomen;
- **Punten 6, 7, 13, 15, 17, 21** - De vermelde punten moeten worden verduidelijkt en zo nodig geherformuleerd;
- **Punten 8, 9, 12, 16** - Artikel 28(3) van de AVG schrijft voor dat alle verplichte vermeldingen in het contract of de rechtshandeling zelf moeten worden opgenomen en niet in de bijlagen ;
- **Punt 11** - Het voorontwerp van decreet kan niet voorzien in een andere aansprakelijkheidsregeling dan die van de AVG door de verwerker vrij te stellen van aansprakelijkheid indien de verwerker een onrechtmatige onderrichting van de verwerkingsverantwoordelijke uitvoert;
- **Punt 14** - Overeenkomstig de vereiste van artikel 28(3)(a) van de AVG is het besluit om gegevens buiten de Europese Economische Ruimte door te geven, ook via een onderaannemer, een voorrecht dat uitsluitend aan de verwerkingsverantwoordelijke toebehoort, en de verwerker kan zich het recht om gegevens buiten de EER door te geven, zoals bepaald in artikel 20 van het voorontwerp van decreet, niet toe-eigenen;
- **Punt 18** - Deze bepalingen zijn te restrictief omdat de audits die de verwerkingsverantwoordelijke kan eisen, niet beperkt zijn tot de veiligheidsmaatregelen en niet beperkt kunnen blijven tot gevallen van inbreuk op gegevens of " dergelijke vermoedens " in verband met de eis van artikel 28(3)(h) van de AVG.
- **Punt 19** - De wetgever kan de verwerkingsverantwoordelijke niet het recht ontnemen om krachtens artikel 28.2 van de AVG te kiezen of zijn verwerker de verwerking van de gegevens waarvoor hij verantwoordelijk is, al dan niet mag uitbesteden aan een andere verwerker.

- **Punt 20** - Deze bepalingen zijn te restrictief in vergelijking met het vereiste van artikel 28.2 van de AVG, dat niet voorziet in een verplichting om de weigering van verdere verwerking door de verwerkingsverantwoordelijke te motiveren of in een systeem van stilzwijgende toestemming voor verdere verwerking bij gebrek aan een antwoord van de begunstigde.

(get.) An Machtens  
Wvd. administrateur

(get.) Willem Debeuckelaere  
Voorzitter  
Directeur Kenniscentrum