

AVIS N° 23 / 2006 du 12 juillet 2006

N. Réf. : SA2/A/2006/016

OBJET : avis relatif à l'avant-projet de loi relatif à l'encadrement des listes négatives.

La Commission de la protection de la vie privée ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après la "LVP") et l'avis 09/2005 de la Commission du 15 juin 2005 *relatif à l'encadrement des listes noires et en particulier, son article 29* ;

Vu la demande d'avis de Madame la Vice-première Ministre et Ministre du Budget et de la Protection de la Consommation du 12 mai 2006 ;

Vu le rapport de Madame M. Salmon ;

Emet, le 12 juillet 2006, l'avis suivant :

A. INTRODUCTION

1. Le 12 mai 2006, la Vice-première Ministre et Ministre du Budget et de la Protection de la Consommation a demandé à la Commission d'émettre un avis sur l'avant-projet de loi relatif à l'encadrement des listes négatives (ci-après "l'avant-projet").
2. Comme dans l'avis n° 09/2005, la Commission constate que la Ministre compétente souhaite réglementer légalement la problématique des listes négatives externes, notamment au vu des risques et constatations que la Commission a formulés dans son avis n° 09/2005 du 15 juin 2005 et qui sont résumés dans le projet d'exposé des motifs de l'avant-projet.

B. REMARQUES GENERALES

3. La Commission soumet à Mme la Vice-première Ministre ses réflexions sur plusieurs aspects : la procédure d'autorisation prévue à l'article 5 de l'avant-projet (rubrique B.1.), le principe de légalité (rubrique B.2.), les garanties appropriées et suffisantes à prévoir pour assurer le droit à la protection de la vie privée (rubrique B.3.), et enfin la détermination et les responsabilités des destinataires de la norme.
4. Dans son avis n° 09/2005, la Commission a estimé nécessaire de légiférer dans le domaine des listes négatives du secteur privé¹ afin d'assurer une protection renforcée. Elle y a préconisé de recourir à un processus d'autorisation préalable pour les listes dites sensibles, des garanties complémentaires générales et des mécanismes de contrôle interne².
5. L'avant-projet poursuit manifestement l'objectif d'accorder une protection accrue des personnes concernées.

B.1. La légitimité des listes négatives

6. L'article 22 de la Constitution réserve au législateur fédéral la possibilité de déterminer les exceptions au droit du respect de la vie privée et familiale.
7. Il découle de la jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage que seul le législateur fédéral³ peut déterminer dans quels cas et à quelles conditions le droit au respect de la vie privée et familiale peut être limité⁴. En outre, l'article 22 de la Constitution implique, selon la Cour d'arbitrage, que *"toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée (...) soit prescrite par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi"*⁵.

Ces principes de légalité et de proportionnalité sont également exprimés par l'article 4, § 1, 3° de la LVP. Enfin l'article 8 de la C.E.D.H. commande une "législation prévisible et proportionnelle"⁶.

¹ Voir le dispositif de l'avis n° 09/2005.

² Voir le point c de la rubrique 4.2.13 de l'avis n° 09/2005

³ Et donc pas "l'Etat" comme mentionné dans l'exposé des motifs.

⁴ Arrêt n° 16/2005 du 19 janvier 2005, marginal B.5.2.

⁵ Arrêt n° 131/2005 du 19 juillet 2005, marginal B.5.1.

⁶ CEDH, affaire *Matheron c/ France* du 29 mars 2005.

8. Ainsi que l'a relevé la Commission au point 4.2.1. de son avis n° 09/2005, l'article 5 de la LVP déclare illégitime le traitement de données à caractère personnel, sauf dans les cas qu'il énumère. La Commission a dès lors recommandé de prévoir une interdiction de principe des listes négatives externes, sauf dans les cas qui seraient prévus par ou en vertu d'une loi.
9. Cette illégitimité « de principe » doit être rencontrée par des dispositions légales qui fixent *elles-mêmes* les conditions objectives dans lesquelles la loi autorise une liste négative (voir ci-après B.3.). La Commission recommande ainsi d'amender l'avant-projet afin qu'il définisse de manière plus précise et plus objective ces conditions, sans les laisser à la libre détermination d'une autorité autre que le législateur.

B.2. L'autorisation préalable de certaines listes sensibles

10. L'avant projet envisage une autorisation préalable pour toutes les listes négatives. Cette exigence poursuit un souci parfaitement légitime.
11. Cependant, il n'apparaît pas que l'intérêt social mis en avant dans l'exposé des motifs requiert une telle mesure. Dans son avis précédent, et comme il vient d'être rappelé, la Commission a estimé que, pour certaines listes dites sensibles, il était souhaitable de prévoir dans la loi une procédure d'autorisation préalable. Tel est encore l'avis de la Commission.

B.3. Nécessité de légiférer sur les éléments essentiels des listes négatives externes

12. Concrètement, les éléments essentiels suivants mériteraient d'être déterminés clairement par ou en vertu de l'avant-projet.

La définition de la finalité

13. L'objectif⁷, c'est-à-dire l'énumération limitative des finalités pour lesquelles les personnes concernées pourraient, selon la loi, être enregistrées dans des listes négatives externes doit être défini, afin de répondre au prescrit de l'article 4, § 1, 2° de la LVP. S'agit-il par exemple de violations contractuelles, de gestion de défauts de paiements, *etc...*? Des notions telle que la « lutte contre la fraude » devraient être prohibées, car trop subjectives.
14. Il convient d'interdire l'utilisation de l'information à des fins qui seraient incompatibles avec la finalité admise par la loi afin de condamner ces pratiques consistant à utiliser des informations recueillies dans un contexte donné (une demande de crédit par exemple) pour constituer une liste négative de « débiteurs à risque » ou « mauvais payeurs potentiels ».
15. Rappelons également qu'une liste négative externe qui serait légitime dans un secteur économique ne le serait pas si elle faisait l'objet d'un traitement multisectoriel.

Les conditions d'enregistrement ou les formalités qu'il convient de respecter avant de pouvoir mentionner l'intéressé dans une liste négative

⁷ L'article 69, § 1 de la loi relative au crédit à la consommation dispose que "*Les données à caractère personnel ne peuvent faire l'objet d'un traitement que pour des finalités déterminées et légitimes et que si elles sont pertinentes, appropriées et non excessives pour apprécier la situation financière et la solvabilité du consommateur.*"

16. Les conditions d'enregistrement ou les formalités que le participant doit respecter avant de mentionner l'intéressé dans une liste négative doivent être citées. Peuvent être envisagés par exemple l'envoi d'une mise en demeure motivée et préalable par lettre recommandée annonçant la mention imminente sur la liste négative, l'épuisement des alternatives comme les procédures de contestations internes (notamment suite à l'exigence de subsidiarité de l'article 8 de la CEDH), un traitement adapté en cas de vol d'identité, un montant minimum principal en dessous duquel le législateur juge l'enregistrement non proportionnel et donc non légitime, ...

Nature des données qui peuvent être mentionnées sur la liste négative

17. Le type de données qui peuvent être mentionnées sur la liste négative doit être clairement prévu. Ces données doivent être exactes, objectives et pertinentes au regard de la finalité visée⁸. Les dispositions de la réglementation sur le crédit à la consommation peuvent servir de fil conducteur, comme l'article 3, § 2 de la loi du 10 août 2001 relative à la Centrale des Crédits aux Particuliers⁹, complété par le principe de l'article 69, § 3 de la loi du 12 juin 1991¹⁰. L'interdiction de traitement des "données sensibles" qui bénéficient d'une protection spécifique en vertu de la LVP requiert une attention particulière.
18. Vu le principe de proportionnalité, la Commission estime qu'il importe d'accorder une attention particulière à la qualité des données source. L'enregistrement de personnes physiques dans des listes négatives externes sur la base de simples soupçons ou profils¹¹ ne peut être accepté dans le secteur privé. Le comité consultatif de la convention n° 108¹² eut ainsi à connaître du cas d'une banque qui avec les réponses obtenues à certaines questions avant d'octroyer un crédit attribuait un classement pour prédire statistiquement si le candidat serait un emprunteur solvable. Or, une telle démarche peut aboutir à un résultat manifestement inexact. Ainsi, une personne ayant un contrat de travail à durée déterminée et des revenus limités et déménage dans une autre ville pour se procurer un emploi à durée indéterminée auprès d'un employeur stable répond au nouveau banquier non à trois questions : travaillez-vous depuis longtemps pour le même employeur ? (non), habitez-vous depuis longtemps au même endroit ? (non) et avez-vous un téléphone fixe ? (non) et paraît, à l'évidence, relever de la catégorie des emprunteurs à risques. Dans le secteur des assurances belge, il est devenu possible, non seulement de résilier la police des personnes victimes de sinistres répétés, mais également de "discréditer" ces personnes sur le marché

⁸ Outre le principe de finalité, qui constitue également le principe 5 des recommandations européennes.

⁹ § 2. Les données enregistrées dans la Centrale concernent :

1° l'identité de l'emprunteur, du prêteur et, le cas échéant, du cessionnaire ;

2° les références du contrat de crédit à la consommation ou de crédit hypothécaire ;

3° le type de crédit ;

4° les caractéristiques du contrat de crédit à la consommation ou de crédit hypothécaire qui permettent de déterminer la situation débitrice du contrat et son évolution ;

5° le cas échéant, le motif du défaut de paiement communiqué par l'emprunteur ;

6° le cas échéant, les facilités de paiement accordées.

Le Roi détermine le contenu précis, les conditions et les modalités de mise à jour ainsi que les délais de conservation de ces données.

¹⁰ Qui stipule ce qui suit : "*Seules peuvent être traitées, à l'exclusion de toutes autres, les données relatives à l'identité du consommateur, le montant et la durée des crédits, la périodicité des paiements, les facilités de paiement éventuellement octroyées, les retards de paiement, ainsi que l'identité du prêteur. Cette dernière donnée n'est communiquée qu'au (responsable du traitement) et au consommateur exclusivement, sauf en ce qui concerne les retards de paiement.*

Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, déterminer le contenu des données visées à l'alinéa précédent."

¹¹ L'établissement de profils consiste principalement en deux phases : d'une part la définition de certaines caractéristiques relatives à un individu ou à un groupe d'individus en relation avec un ou plusieurs modèle(s) de comportement démontré et d'autre part le traitement ultérieur de données à caractère personnel de ces individus sur la base de la reconnaissance de ces caractéristiques (voir le rapport du 5 avril 2005 pour le comité des Ministres du comité consultatif de la convention n° 108, publié à la page 66 du document http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/data_protection/events/T-PD%202005_%20RAP%2021%20E.pdf

¹² Voir note de bas de page 68 au bas de la page 67 du document évoqué dans la note de bas de page précédente.

en les reprenant dans une liste négative externe, alors que leur responsabilité n'est pas engagée dans un sinistre.

Délai de conservation des données à caractère personnel

19. Le délai de conservation des données à caractère personnel doit être déterminé par ou en vertu d'une loi et varier selon que la faute ou le risque a été contesté ou non. Des délais de conservation des données à caractère personnel ont ainsi été déterminés dans la réglementation de la Centrale des crédits aux particuliers, et vont de 12 mois à 10 ans¹³.

Diffusion des données et accès à celles-ci

20. Le mode de diffusion des données et l'accès à celles-ci par des tiers est également un élément essentiel à examiner. Le point 9 des recommandations européennes mentionne que la communication d'informations à d'autres entités ou services de participants est inadmissible. L'avant-projet prévoit, dans son article 10, "que seules des personnes dûment autorisées et identifiées puissent y procéder (à l'inscription). Il convient également de régler la compétence d'accès par des tiers (participants, autorités de contrôle, ...) avec des niveaux d'accès adaptés¹⁴. La Commission propose de préciser, à l'article 10 de l'avant-projet qui concerne la "sécurité des informations", les divers droits d'accès des différents utilisateurs internes et externes des listes négatives externes.

Conditions d'autorisation

21. Les éventuelles conditions d'autorisation ne sont pas suffisamment précisées.

Technique normative

22. La Commission propose de réglementer de manière claire et limitative les éléments essentiels précités dans un article distinct, en ajoutant éventuellement la possibilité d'élargir ces éléments par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres après avis préalable de la Commission.

B.4. Examen de l'exigence de garanties appropriées de protection de la vie privée (article 20 de la Directive 95/46/CE et article 8 de la CEDH)

23. L'Exposé des motifs de l'avant-projet se réfère à juste titre à l'article 20 de la Directive 95/46/CE.

Aussi, l'avant-projet devrait-il prévoir des garanties suffisantes pour une protection effective des personnes concernées dans le souci d'atteindre un meilleur équilibre entre les droits des responsables (régularisation de listes négatives au moyen d'une procédure d'autorisation) et ceux des personnes concernées.

24. L'avant-projet prévoit en ses articles 5 (procédure d'autorisation), 11 et 12 (sanctions par le juge civil et par le juge pénal) des éléments qui sont de nature protectrice et complémentaire aux sanctions pénales prévues dans la LVP. La Commission a déjà rappelé qu'elle n'est pas favorable à une procédure d'autorisation générale, mais qu'en revanche, pour des listes sensibles, cette autorisation préalable lui paraît tout à fait souhaitable.

Commentaire [MSOffice1] : Phrase pas claire supprimée.

¹³ Si des personnes sont enregistrées dans le volet négatif de la Centrale des crédits aux particuliers, l'article 8 de l'arrêté royal du 7 juillet 2002 prévoit un délai de conservation maximum variant de 12 mois à 10 ans (Arrêté royal du 7 juillet 2002 réglementant la Centrale des Crédits aux Particuliers (M.B. du 19 juillet 2002).

¹⁴ Voir plus loin la discussion des articles.

25. L'avant-projet prévoit en ses articles 11 et 12 des sanctions civiles et pénales. Cependant, le recours aux procédures judiciaires classiques paraît une garantie insuffisante. En effet, l'expérience montre qu'elles sont trop peu appliquées par les intéressés. Il leur est très difficile d'obtenir satisfaction devant les tribunaux étant donné la défense professionnelle et la grande expérience des associations d'intérêts concernées, d'autant qu'ils ne disposent pas nécessairement de moyens financiers et juridiques suffisants et de l'expertise nécessaire. Un responsable connu comme Datassur fait systématiquement référence sur son site Internet www.datassur.be¹⁵ à une série de "procès favorables" (pour eux), soit quatre cas concrets reçus entre 2000 et 2005¹⁶, sans faire état du nombre (plus élevé) de cas dans lesquels les personnes concernées ont dû être retirées de la liste négative à la suite d'un examen critique préalable de la Commission. Bien que la Commission ne tienne pas (encore) à jour des statistiques spécifiques quant au nombre de corrections ou de désignations s'avérant nécessaires dans les enregistrements de Datassur ou de Preventel qui sont également contestés chez des intermédiaires alternatifs, elle a réalisé un tel exercice pour le crédit à la consommation. Selon ses rapports annuels 2004 et 2005, le nombre de corrections et de désignations se situe entre 70 et 80% des plaintes qui ont fait l'objet d'une enquête ! En chiffres absolus, il a été question de 91 dossiers en 2005 pour lesquels des corrections par les prêteurs se sont révélées nécessaires¹⁷.
26. Des études internationales spécialisées relatives à la transposition et à l'application de la Directive 95/46/CE dans les différents Etats membres ont également démontré qu'il existe une grande différence en Belgique entre les sanctions qui sont prévues (dans la LVP) et les sanctions qui sont effectivement appliquées.
27. C'est pourquoi, outre ce qui serait déjà envisagé sous forme d'autorisation préalable, de recours ordinaires et de sanctions pénales, la Commission préconise d'envisager d'autres garanties complémentaires telles que des sanctions administratives, un recours avec effet suspensif (voir le point 4.2.13 de l'avis n° 09/2005), voire encore un recours collectif ou "class action" ou " burgerrechtelijke collectieve actie".
28. La Commission plaide en faveur d'une responsabilisation collective des responsables et elle suggère des mesures d'informations publiques. Datassur et Preventel établissent déjà, volontairement, un rapport et/ou procèdent à un audit chaque année sur les plaintes qu'ils traitent.
29. Toutes les listes négatives déjà connues sont gérées de manière centralisée (cf. Datassur, Preventel,...). Aussi est-il nécessaire, d'une part, que le législateur, - tout en distinguant les rôles et en répartissant les tâches entre un "gestionnaire" central et différents "participants"- , distingue lequel d'entre eux est le destinataire de la norme et, d'autre part, que les gestionnaires et les participants soient collectivement responsables du traitement selon la définition de l'article 1, § 4 de la LVP, puisqu'ils peuvent chacun (également) déterminer jusqu'à un certain point l'objectif et les moyens des listes négatives externes.

¹⁵ Voir les rapports annuels et la rubrique "news".

¹⁶ Notamment les décisions 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 Voir les chiffres relatifs au crédit à la consommation mentionnés dans les rapports annuels 2004 et 2005. Pour 2004, il était question de 71 % de dossiers qui, après examen, ont donné lieu à une suppression ou à une correction des données enregistrées. Pour 2005, ce chiffre s'est élevé à 79 % (soit 91 dossiers).

C. RELATIONS ENTRE L'AVANT-PROJET ET LA LVP

30. L'avant-projet reconnaît clairement l'application de la LVP : *"le législateur a choisi de prévoir un cadre légal distinct pour la constitution et l'utilisation de listes négatives. Un tel cadre légal distinct est applicable conjointement à la loi du 8 décembre 1992."*¹⁸.

La Commission était certes favorable, dans son avis précédent, à une disposition légale, mais elle ne plaidait pas nécessairement en faveur d'une loi spécifique, distincte de la LVP.

Cela dit, un règlement distinct peut présenter une valeur ajoutée par son caractère concret, mais présente le risque que ce règlement suscite des imprécisions ou des interprétations divergentes à l'égard de la LVP qui s'applique également (voir par exemple précédemment la relation entre la LVP et la loi sur le crédit à la consommation qui partagent les mêmes principes).

31. La cohérence de l'avant-projet avec la LVP et la Directive 95/46/CE est donc cruciale. Quant au terme "conjointement", utilisé par l'exposé des motifs¹⁹ - qui pourrait soulever des questions sur la priorité de la norme - , il convient de préciser que la loi en projet vise à compléter la loi relative à la protection de la vie privée. ce qui veut dire qu'elle n'est pas appelée à y déroger. Il conviendra donc de s'assurer que l'avant-projet ne déroge pas à la LVP et à la Directive 95/46/CE.

D. DISCUSSION DES ARTICLES

Article 1. Définitions

32. La terminologie de la LVP n'est pas utilisée de manière cohérente dans l'avant-projet. C'est ainsi que l'on parle de sous-traitant au lieu de responsable du traitement dans les articles 1 et 3 de l'avant-projet. Ceci s'applique aussi pour la référence à la LVP, définie dans l'avant-projet comme la "loi vie privée".
33. La Commission recommande de prévoir dans l'article 1 de l'avant-projet des définitions particulières pour le "gestionnaire" et le "participant" et de vérifier pour chaque article, dans ce contexte, qui est le destinataire concret de la norme (voir ci-avant sous la rubrique B.4).

Article 2. Champ d'application

a. Champ d'application matériel – nécessité d'un champ d'application neutre et général

34. L'avant-projet exige que des listes négatives soient utilisées par des "vendeurs ou professions libérales". L'utilisation par d'autres responsables²⁰ devrait être également être prévue. La Commission propose donc de supprimer la mention "qui est utilisée par des vendeurs ou professions libérales".

¹⁸ Voir l'exposé des motifs, à la rubrique "Un cadre légal".

¹⁹ Voir l'exposé des motifs, à la rubrique "Un cadre légal".

²⁰ comme le seraient par exemple les associations professionnelles, les personnes morales ou les personnes physiques qui ne sont pas des vendeurs ou des professions libérales selon la stricte signification de l'article 2. Ceci supposerait même qu'un groupement d'intérêt économique comme Datassur et les compagnies d'assurance échappent à l'application de l'avant-projet, bien que l'exposé des motifs mentionne cet exemple explicitement par ailleurs. Ceci vaut aussi pour les locataires qui ne seraient pas protégés étant donné que tous les baux à loyer ne sont pas passés avec ceux qui exercent une profession libérale.

35. De même, la condition d'application "dans le cadre de l'offre en vente de services ou de produits et/ou de contrats y afférents" exclut des personnes physiques de la protection, tels les gestionnaires de PME qui font l'objet d'un rating ou score négatif d'une entreprise de renseignements commerciaux, sans que ce rating ou score ait été établi en relation directe avec une offre concrète de biens ou de services par l'entreprise de renseignements commerciaux. Dans un précédent avis²¹, la Commission a souligné que ce ne sont pas uniquement les consommateurs qui sont protégés par la LVP, mais aussi les personnes physiques qui seraient visées négativement dans leur qualité professionnelle. Sur la base de l'article 12, § 1 de la LVP, ces personnes disposent actuellement d'une possibilité de s'opposer au traitement de renseignements commerciaux si elles peuvent démontrer l'existence de raisons sérieuses et justifiées en rapport avec leur situation particulière. Cette situation a déjà entraîné des rectifications.
36. Pour la définition de la "liste négative", l'avant-projet semble supposer que la liste négative "consisterait toujours en des données à caractère personnel" utilisées par les vendeurs ou les indépendants lors de l'offre de services. Or, des scores négatifs peuvent être établis sur la base de profils (ratings, calculs statistiques, "balanced scorecards", ...) qui seront éventuellement échangés au niveau sectoriel²².
37. Bien que l'avant-projet tienne compte de la LVP, il ne précise pas sa relation avec la réglementation de la centrale des crédits aux particuliers et le crédit à la consommation. En l'absence de précision, la Commission a déjà constaté que l'avant-projet, comme le traitement des données à caractère personnel dans le cadre du crédit à la consommation, forme une *lex specialis*. Les problèmes d'application mutuelle de cette loi et la réglementation du crédit à la consommation devraient être examinés et traités, éventuellement après consultation et examen du service compétent du SPF Economie.

b. Champ d'application dans le temps

38. La référence à "dans le cadre d'une offre" en vente, à l'article 2, semble suggérer que la protection s'appliquerait uniquement si l'on est dans la phase de l'offre en vente de produits ou de services. Or, la gestion du risque de nombreux responsables ne se limite pas à la phase précontractuelle. Les transactions et les contrats en cours sont également "passés au crible", des risques jugés élevés pouvant entraîner des mesures telles qu'un avertissement ou l'imposition de garanties contractuelles supplémentaires, voire la résiliation du contrat. La Commission propose donc de supprimer la référence à "dans le cadre d'une offre en vente".

c. Champ d'application territorial

39. Le champ d'application territorial de l'avant-projet pourrait être mieux défini, par exemple, par la référence à l'article 3bis de la LVP.
40. Il convient d'envisager l'hypothèse dans laquelle le gestionnaire n'aurait pas d'établissement fixe en Belgique ou n'utiliserait pas des moyens, automatisés ou non, sur le territoire belge.

²¹ Voir point 3.3 de l'avis n° 09/2005 qui réfère à l'avis d'initiative antérieur n° 22/2000 du 28 juin 2000 relatif au traitement de données à caractère personnel par certaines sociétés de renseignement commercial à partir des informations inscrites au rôle général des Cours et Tribunaux du travail.

²² Voir l'exemple des commerçants qui sont mentionnés dans les recommandations européennes. L'enregistrement a lieu notamment sur la base de "reason codes" dont quelques-uns répondent à certaines dérogations par rapport à des "ratios" définis au préalable.

41. Une autre problématique importante est celle d'un transfert éventuel de données à partir de listes négatives vers des pays qui n'offrent pas un niveau de protection suffisant à la lumière de la Directive 95/46/CE²³.

Article 4. Préposé à la protection des données

42. La Commission remarque que l'article 4 de l'avant-projet s'écarte de la procédure de l'article 17bis de la LVP en prévoyant la désignation par arrêté royal d'un préposé à la protection des données pour certaines "catégories de traitements qui présentent des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées".
43. L'exigence d'indépendance du préposé n'est pas exprimée. Cependant, elle est exigée par l'article 18.2 de la Directive 95/46/ et par l'article 17bis de la LVP.
44. La description des tâches concrètes du préposé à la protection des données ne sera pas nécessairement la même que celle du consultant en sécurité visé à l'article 16 de la LVP (voir ci-après, article 10.). En pratique, une distinction fonctionnelle est perceptible entre les aspects techniques de la sécurité et le traitement de plaintes et ces aspects sont généralement confiés à des personnes différentes.

Article 5. Procédure d'autorisation des listes négatives externes

45. La Commission remarque que la procédure d'autorisation comporte quelques lacunes techniques et imprécisions.
46. Dans son article 5, § 2, 5°, l'avant-projet prévoit la mise sur pied d'un comité sectoriel par un arrêté royal octroyant en principe une compétence d'autorisation à la Commission. Outre le fait que, selon l'article 31bis de la LVP, un comité sectoriel ne peut être créé que par une loi et non par un arrêté royal, **plus fondamentalement, la Commission est d'avis qu'un comité sectoriel ne doit pas être créé en l'espèce compte tenu du fait que l'on n'a pas affaire à un secteur proprement dit, du fait que la présente problématique est étrangère à celle caractérisant les comités sectoriels et en outre, du coût très important que cela entraînerait dans ses frais de fonctionnement.**

Les effets juridiques de la notification prévue par l'article 5, § 2 devraient être précisés.

En dehors d'une notification écrite du traitement prévu, l'article 5 de l'avant-projet ne prévoit pas d'autres formalités pour le début du délai d'autorisation..

47. Bien qu'elle ne soit pas partisane de soumettre toutes les listes négatives externes à une autorisation, la Commission recommande de préciser d'avantage les conditions d'autorisation dans les cas où une autorisation serait nécessaire.
48. A l'article 5, § 2, 4°, l'avant-projet indique que la Commission peut octroyer une autorisation sur la base de conditions qu'elle détermine. L'article 5, § 2, 2° ajoute que la Commission doit se prononcer sur la conformité du traitement avec la loi relative aux listes négatives et la LVP. La Commission se réfère à ce qu'elle a déjà exprimé dans le présent avis pour que des conditions objectives d'autorisation, à tout le moins élémentaires, soient précisées dans la loi.

²³ Voir aussi le point 12 des recommandations européennes qui cite explicitement ce point.

49. La Commission devra évaluer une demande d'autorisation sur la base de tous les éléments du dossier technique et juridique et des textes en vigueur.
50. La Commission est également d'avis qu'il conviendrait de définir, dans la loi, les cas et les formes dans lesquelles l'autorisation peut être retirée.

Article 6. Interdiction de listes négatives multisectorielles

51. Il a déjà été dit que compte tenu de l'article 5 de la LVP, les listes négatives, sont soumises à une interdiction de principe, sauf dans les cas et aux conditions prévues par la loi à intervenir. Cette interdiction pourrait être énoncée dans l'article 6 de l'avant-projet.
52. Cet article de l'avant-projet prévoit une interdiction explicite de listes noires multisectorielles. La Commission propose d'énoncer également une interdiction explicite de mention, dans des listes négatives d'informations qui seraient traitées en infraction à la LVP, à la législation sur les listes négatives et aux conditions d'autorisation éventuelles.

Article 7. Devoir d'information renforcé

53. Dans son avis 09/2005, la Commission recommandait un devoir d'information supplémentaire lorsque l'enregistrement est imminent.
54. Le devoir d'information supplémentaire de l'article 7, § 2 de l'avant-projet semble être en contradiction avec les articles 10 et 11 de la Directive 95/46/CE, tels que transposés dans l'article 9 de la LVP.
55. La Commission recommande qu'il soit tenu compte du destinataire de la norme dans une mesure plus évidente. C'est ainsi que l'article 7, § 1 a) semble surtout viser le participant dans le cas d'une liste négative alors que l'article 7, § 1 b) de l'avant-projet semble plutôt viser le gestionnaire de la liste négative externe.
56. La Commission remarque que le législateur souhaite poursuivre l'idée d'un devoir d'information renforcé. Le champ d'application du devoir d'information complémentaire selon l'article 7, § 1 b) réserve toutefois l'hypothèse d'un intérêt légitime supérieur prévalant sur l'intérêt de la personne concernée à une telle information et après appréciation de la Commission". Il paraît nécessaire de préciser cette notion d'intérêt légitime supérieur pour éviter les abus.
57. L'article 7, § 2 de l'avant-projet semble surtout viser le gestionnaire de la liste négative externe. Cependant, il déroge à l'article 10, § 1 de la LVP et l'article 12 (a) de la Directive 95/46/CE en tant qu'il prévoit qu'aucune information sur l'origine des données ne devrait être tenue à jour "lorsqu'un intérêt légitime à la protection de la source prévaut au droit à l'information de la personne fichée ».

Ni le législateur ni l'exposé des motifs ne précisent ce qu'il faut entendre par "intérêt légitime à la protection de la source".

Article 8. Droit d'accès renforcé

58. Le premier alinéa de l'article 8 de l'avant-projet ramène les délais de réponse légaux à 10 jours ouvrables après la réception de la demande. Cependant, l'article 32 de l'arrêté d'exécution du 13 février 2001²⁴ prévoit la possibilité de s'adresser à tout (co)responsable, autrement dit tant au gestionnaire qu'au participant, et la possibilité de transmettre également la demande datée et signée, sur place, comme au guichet (électronique) ou à un point de distribution où l'on négocie les produits ou services d'un participant.
59. La Commission recommande en outre de définir clairement, dans les instructions internes du gestionnaire, la manière dont une demande d'accès doit être traitée conformément au point 1.2 de l'annexe 3 des recommandations européennes. Ce traitement doit tenir compte des trois hypothèses selon lesquelles une "correspondance exacte" est trouvée dans la liste négative externe, l'absence de correspondance ou une correspondance éventuelle et doit l'expliciter dans la réponse adressée à la personne concernée.

Article 9. Droit de contestation renforcé (et traitement des réclamations)

60. Le destinataire de la norme de l'article 9 devrait être précisé. La possibilité de recours auprès du gestionnaire, outre l'introduction d'une réclamation auprès du participant, est essentielle pour permettre une réaction en temps utile par le participant aux requêtes (voir recommandation 16 dans les directives). En outre, elle permet le traitement indépendant des contestations prévu par l'article 9 de l'avant-projet. Il arrive souvent qu'une personne physique ait un différend avec un participant ; celui-ci la signale à la centrale. Le participant, qui n'est pas indépendant, est peu enclin à répondre à des demandes de suppression alors qu'elles sont admises plus facilement par le gestionnaire central après médiation de la Commission.
61. Compte tenu de l'article 33 de l'arrêté d'exécution qui régit la procédure pour les demandes de correction, le droit devrait s'exercer de la manière qu'il prévoit.
62. Les recommandations européennes préconisent un devoir d'audition et de motivation du gestionnaire responsable, ce qui garantit une procédure loyale et l'indépendance²⁵. Toutefois, certains gestionnaires²⁶ rendent les contacts difficiles avec les plaignants, sans doute pour des raisons financières, en exigeant une lettre recommandée, en ne mentionnant aucun numéro de téléphone ou adresse de courriel concrets et en renvoyant les plaignants de l'un à l'autre.
63. Le dernier alinéa de l'article 9 de l'avant-projet émet une nouvelle exigence de recevabilité pour le traitement de réclamations par la Commission. Il semble suggérer que les réclamations ne pourraient être traitées que s'il est satisfait à une double condition : la personne concernée doit préalablement s'adresser au responsable et celui-ci doit avoir jugé les contestations non fondées. Or, le point 14 des recommandations européennes

²⁴ Cet article stipule que "Toute personne justifiant de son identité a le droit d'obtenir, dans les conditions prévues par la loi, communication de l'information visée à l'article 10 de la loi en adressant une demande signée et datée qu'elle remet sur place, ou qu'elle envoie par la poste ou par tout moyen de télécommunication :

- soit au responsable du traitement ou à son représentant en Belgique ou à l'un de ses mandataires ou préposés ;

- soit au sous-traitant du traitement des données à caractère personnel qui la communique, le cas échéant, à une des personnes mentionnées ci-dessus.

En cas de remise de la demande sur place, la personne qui la reçoit délivre immédiatement un accusé de réception daté et signé à l'auteur de la demande".

²⁵ Voir point 2.2. de l'annexe 3 aux recommandations européennes

²⁶ Voir par exemple le site Web www.preventel.net où l'on ne trouve aucun numéro de téléphone du gestionnaire, où, sous la rubrique "contacts", on est prié d'utiliser "de préférence" des lettres recommandées et où il est « conseillé » au client de "tenter d'abord de prendre contact avec leur opérateur". Une telle approche peut difficilement garantir une résolution indépendante des différends.

dispose que la personne concernée est toujours libre de réclamer directement auprès des autorités compétentes, outre la possibilité de réclamation auprès du gestionnaire.

64. La Commission attire en outre l'attention sur sa compétence d'examen qui découle déjà de l'article 31, § 1 de la LVP. Le secrétariat de la Commission prend connaissance de questions et de réclamations formulées par téléphone ou par courriels ou correspondances qui, souvent, ne sont ni motivées ni établies dans les termes de la LVP ou sont communiquées sans que le responsable ait déjà été approché. Compte tenu des connaissances limitées concernant la LVP du public belge et des responsables²⁷, la Commission considère qu'il est de sa responsabilité de soumettre les réclamations à une première enquête préalable, d'informer clairement la personne concernée et de la conseiller le cas échéant concernant l'exercice correct de ses droits auprès du responsable. Elle peut également procéder à des vérifications autonomes sans devoir toujours attendre la réaction éventuelle de la personne concernée ou du responsable, comme par exemple en cas d'infractions flagrantes ou répétées ou en cas de minorité (incapacité) des personnes concernées.
65. Si les données sont supprimées parce que leur origine est incertaine (article 10, 1° de l'avant-projet), la personne concernée devrait en être avertie. Vu les conséquences juridiques pour elle, cette communication doit avoir lieu, de préférence, par lettre recommandée.
66. Contrairement à ce qui est prévu dans le troisième alinéa de l'article 9 de l'avant-projet²⁸, les données de la liste négative devraient être supprimées immédiatement si la réclamation est fondée à charge pour le gestionnaire d'en informer, non seulement la personne concernée, mais également les participants dans le délai de réaction prévu par la loi. Ceci découle actuellement de l'article 12, § 3 de la LVP. .

Article 10. Sécurité des informations

67. Le destinataire de la norme de tout élément de l'article 10 de la LVP doit être précisé séparément. Logiquement, le destinataire de la norme de l'élément 2 paraît être d'abord le gestionnaire de la liste négative qui devra ensuite définir des accords de sécurité préalables avec chaque participant en particulier.
68. La Commission s'interroge sur la conformité de l'article 10 de l'avant-projet avec l'article 16 de la LVP.
69. Sur le site Web de la Commission, un aperçu complet et pratique des "règles de référence pour la sécurité de tout traitement de données à caractère personnel"²⁹. Il s'agit d'une liste de dix domaines d'action concrets en relation avec la sécurité des informations pour laquelle toute institution – personne morale, entreprise ou administration – qui conserve, traite ou communique des données à caractère personnel doit prendre des mesures conformément à l'article 16 de la LVP. L'article 10 de l'avant-projet prévoit uniquement trois de ces dix domaines d'action³⁰.

²⁷ Démonstré par l'eurobaromètre enquêtes de 2003 dont les résultats peuvent être consultés sur le site http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/lawreport/index_en.htm

²⁸ . Alors qu'il est simplement stipulé : "les données présentes dans la liste négative ne pourront plus être communiquées à des tiers.

²⁹ Voir <http://www.privacycommission.be/publications/mesures%20de%20référence%20vs%2001.pdf>

³⁰ Sont notamment absents : l'obligation de répercussion écrite de la politique de sécurité concernant les listes négatives (domaine 1), la désignation d'un consultant en sécurité qui est responsable de la politique de sécurité, fonction qui ne recouvre pas nécessairement, d'ailleurs, celle du préposé du traitement des données (domaine 2), une description plus complète des "aspects humains", comme les responsabilités et le processus de gestion (domaine 3), la garantie de la protection physique des données à caractère personnel (domaine 4), la protection du réseau (domaine 5), la surveillance, le contrôle et la maintenance (domaine 8), la gestion des incidents de sécurité et de la continuité (domaine 9) et la documentation de sécurité centralisée complète (domaine 10).

70. La Commission suggère de faire référence à l'article 16 de la LVP et d'introduire les mesures de référence déjà définies (voir la proposition normative ci-dessous), avec amendement éventuel pour les trois domaines d'action qui ont déjà été mentionnés (partiellement) dans l'article 10 de l'avant-projet.
71. Comme il a déjà été dit, il revient en principe au législateur de définir les données qui peuvent être mentionnées dans la liste négative.
72. Certaines, comme le numéro du 'registre national', font l'objet d'une protection légale spécifique et ne peuvent pas, sans autorisation préalable, être reprises par le responsable pour identifier la personne concernée. Pour les autres, on peut donc recommander de décrire, dans la loi, les mesures minimales propres à garantir l'exactitude des données, le responsable pouvant toutefois expliciter ou commenter son option pour des mesures concrètes déterminées.
73. Une obligation de correction ou de suppression, telle qu'elle est recommandée au point 2 de l'annexe 3 des recommandations européennes, est souhaitable.
74. Etant donné qu'il est également d'usage, dans la pratique, que certains traitements concernant les données à caractère personnel soient sous-traités par des responsables (par exemple l'hébergement d'une base de données centralisée auprès d'une "société d'hébergement spécialisée")³¹, il convient de rappeler l'obligation pour les responsables de prévoir clairement dans la convention avec le sous-traitant, les éléments prescrits par l'article 16, § 1 de la LVP.

Articles 11 et 12. Sanctions civiles et pénales

75. L'avant-projet prévoit des garanties alternatives qui paraissent insuffisantes pour la protection des personnes concernées. La Commission a proposé, dans le présent avis, des procédures alternatives pour le règlement des contestations et le traitement des réclamations.

Article 15. Adjonction d'un alinéa f) à l'article 8, § 1 (lire § 2) de la LVP – conformité avec l'article 4, § 1, 3° de la LVP et l'article 8 de la CEDH

76. L'article 15 de l'avant-projet modifie l'article 8 de la LVP par lequel des "données judiciaires" selon l'article 8, § 1 de la LVP peuvent être traitées dans les listes négatives externes du secteur privé.
77. Il ne paraît pas compatible avec l'article 8 du CEDH, l'article 8.5 de la Directive 95/46/CE, le principe de proportionnalité, le point 8 des recommandations européennes et même l'article 6 de l'avant-projet.
78. Vu l'article 8 du CEDH, la question qui se pose dès l'abord est celle de la nécessité sociale de traiter n'importe quelle donnée dans des listes négatives externes du secteur privé. Par exemple, des informations concernant un litige relevant du droit fiscal pourraient être communiquées à un gestionnaire de risques de banque et d'assurance. La possibilité de reprendre toutes les données n'est-elle pas en contradiction avec l'article 6 de l'avant-projet et l'interdiction de principe des listes noires, notamment multisectorielles ?
79. En tout état de cause, il y a lieu d'avoir égard au principe de finalité et de proportionnalité exprimés dans les articles 4, § 1, 2° et 4, § 1, 3° de la LVP. Les données judiciaires jouissent d'une protection légale (p.ex. informations dans le cadre d'une enquête judiciaire).

³¹ Une sous-traitance apparaît déjà pour le fichier de données Preventel.

PAR CES MOTIFS,

L'avant-projet, suivant en cela l'avis 09/2005 de la Commission, reconnaît la nécessité sociale et la légitimité de réglementer les listes négatives par des dispositions légales.

Sur la base de l'examen général de l'avant-projet auquel elle s'est livrée, la Commission recommande d'avoir égard en particulier à :

- exprimer l'illégitimité de principe des listes négatives, sauf dans les cas prévus par ou en vertu de la loi ;
- limiter la procédure d'autorisation préalable aux listes négatives externes dites sensibles et préciser davantage les conditions d'autorisation ;
- définir les conditions que le participant doit respecter avant de mentionner la personne concernée dans une liste négative externe, les données qui peuvent être mentionnées, la description de la finalité, le délai de conservation des données à caractère personnel et les modalités de diffusion ou d'accès aux données ;
- prévoir, outre la procédure d'autorisation et les recours aux juridictions civiles et pénales, des garanties concrètes et pratiques complémentaires ;
- préciser les destinataires de la norme, qui sont définis comme "les participants" et "le gestionnaire" ;
- veiller à supprimer les contradictions entre le texte et la LVP particulièrement en ce qui concerne les règles relatives au traitement de données judiciaires, l'obligation d'information, le droit d'accès, le droit d'opposition et les obligations auxquelles le responsable du traitement est soumis en matière de sécurité ;
- respecter la compétence d'investigation autonome de la Commission, notamment dans le cadre du traitement de plaintes ayant trait aux listes négatives.

Eu égard à la complexité de la matière et à son importance, la Commission se tient à la disposition de Madame la Vice-Première Ministre pour rechercher une rédaction plus appropriée de certaines dispositions de l'avant-projet.

L'administrateur,

Le président,

(sé) Jo BARET

(sé) Michel PARISSÉ