



Avis n° 54/2017 du 20 septembre 2017

Objet : avis d'initiative relatif au projet de loi portant création de l'Autorité de protection des données (CO-A-2017-060)

La Commission de la protection de la vie privée (ci-après "la Commission") ;

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"), en particulier l'article 29 ;

Vu le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données)*, (ci-après le RGPD) ;

Vu le rapport de Monsieur Willem Debeuckelaere et de Monsieur Stefan Verschuere ;

Émet, le 20 septembre 2017, l'avis suivant :

1. Introduction

1. Le 20 juillet 2017, le conseil des ministres a approuvé en deuxième lecture le projet de loi portant création de l'Autorité de protection des données, qui a été élaboré après avis du Conseil d'État¹ et de la Commission².
2. Le présent projet de loi tient compte de nombreuses remarques qui ont été formulées par le Conseil d'État et par la Commission. Néanmoins, le projet de loi présente toujours des manquements substantiels qui menacent de saper le bon fonctionnement de l'autorité de protection des données et/ou sont incompatibles avec les dispositions du RGPD.
3. Le présent avis se concentre uniquement sur les aspects les plus problématiques du projet de loi, tel qu'il a été approuvé en deuxième lecture. Dans ce cadre, une distinction est à nouveau établie entre d'une part les dispositions organiques et d'autres part les dispositions de procédure. Lorsque cela s'avère opportun, la Commission renvoie aux remarques qu'elle a formulées dans son précédent avis.

2. Dispositions organiques (Chapitre Ier à V inclus et Chapitre VII)

A) Fonctionnement interne de l'autorité de protection des données (ci-après APD)

4. Le projet de loi adapté prévoit toujours une répartition stricte des tâches par organe sans prévoir des garanties suffisantes pour assurer la cohérence entre la prise de position de chacun des organes. Ceci risque de saper considérablement le bon fonctionnement de l'APD³.
5. Le RGPD définit les tâches et missions qui doivent être remplies par l'APD⁴. Ces tâches et missions doivent pouvoir être réparties entre les membres du comité de direction selon la nécessité, nonobstant le fait que les décisions relatives au suivi de l'ensemble des tâches dans son intégralité doivent être prises conjointement, sous la direction du comité de direction. Cela permet d'anticiper de manière flexible et adaptée des missions spécifiques, d'importants dossiers nécessitant un volume de travail conséquent et d'également prévoir le remplacement d'un des commissaires pour une inactivité temporaire, voire de longue durée.

¹ Conseil d'État, Section de législation, Avis 61.267/2/AG du 15 juin 2017 *sur un avant-projet de loi réformant la Commission de la protection de la vie privée*.

² Avis d'initiative n° 21/2017 du 3 mai 2017 *relatif au projet de loi réformant la Commission de la protection de la vie privée* (ci-après l'avis n° 21/2017).

³ Voir également les points 5 et 7 de l'avis n° 21/2017.

⁴ L'article 57 du RGPD établit au total 21 missions distinctes et l'article 58 définit 27 missions - appelées pouvoirs.

6. La Commission estime que le projet de loi crée des silos ayant à leur tête un membre du comité de direction qui prend uniquement des décisions concernant la matière qui lui a été confiée sans concertation ou collaboration avec les autres organes. Ceci est encore renforcé par le constat que presque chaque organe se voit attribuer un secrétariat propre - ce qui complique sérieusement la répartition flexible des collaborateurs. En ce qui concerne les collaborateurs de l'APD, la Commission demande de travailler avec un seul secrétariat : le secrétariat général qui apporte son soutien aux organes.
7. La mission de "coopération internationale" n'a pas été attribuée dans la loi, ce qui présente l'avantage d'une approche collégiale (voir le point 25), mais cela implique d'autre part le risque qu'un différend apparaisse entre les commissaires quant à savoir à qui cette mission incombe.
8. Des faiblesses dans le modèle - à savoir la constitution de silos - apparaîtront inévitablement dans la pratique lors du suivi de dossiers internationaux et transfrontières. Par exemple, vérifier si l'APD est une autorité de contrôle concernée requiert des informations provenant de plusieurs organes, ce qui nécessite une collaboration et une communication d'informations entre eux.
9. La Commission estime que, tout comme c'est le cas actuellement, l'APD doit également fonctionner à l'avenir en tant que collègue. Moyennant des actions limitées, le projet de loi peut atteindre cet objectif :
 - Article 7: un alinéa supplémentaire doit être inséré après le premier alinéa, qui sera libellé comme suit : "*La répartition des missions entre les organes peut être redistribuée en fonction des besoins du service. Ces besoins sont régulièrement évalués.*"
 - L'article 9, 2° du projet de loi doit être complété par la phrase suivante "*et le comité de direction a la direction générale de tous les organes et du personnel, à l'exception de la chambre contentieuse.*"
 - Les articles 21, 22, § 2 et 29 du projet de loi doivent être complétés par : "*sans préjudice de la compétence générale du comité de direction, telle que prévue à l'article 9, 2°.*"
 - Afin de préciser qu'on travaille avec un seul secrétariat général, les termes "*par un secrétariat*" à l'article 24, troisième alinéa, à l'article 29, deuxième alinéa et à l'article 34 doivent être remplacés par "*par le secrétariat général*". En outre, un troisième paragraphe doit être ajouté à l'article 22, libellé comme suit : "*Dans l'exercice de ses missions, le service de première ligne bénéficie du soutien du secrétariat général*". Une alternative consiste à supprimer les alinéas en question dans les articles susmentionnés et d'ajouter un quatrième point à l'article 19 avec la tâche horizontale suivante pour le secrétariat général : "*assurer le secrétariat des organes*".

10. Afin de garantir la cohérence de la prise de position, il faudrait au moins prévoir explicitement que les membres du comité de direction peuvent toujours participer aux prises de décision du centre de connaissances⁵.
11. La Commission estime que l'exercice de la fonction de président de l'APD doit coïncider avec un mandat de six ans pour assurer une continuité suffisante dans la représentation externe de l'APD⁶. Vu les autres tâches qui sont confiées au directeur du secrétariat général, la Commission estime souhaitable que la fonction de président soit exercée par le directeur du secrétariat général. Ceci rationaliserait par ailleurs aussi la répartition interne des tâches en matière de gestion du budget⁷.
12. La Commission salue la mention explicite que les avis du conseil de réflexion ne sont pas contraignants pour l'APD. Elle salue également la précision selon laquelle les avis du conseil de réflexion sont adressés à l'APD (et donc pas au grand public), étant donné que cela prêterait à confusion quant au point de vue officiel de l'APD⁸.
13. Le projet de loi prévoit une personnalité juridique propre pour l'APD sans mécanisme de garantie explicite au cas où elle serait contrainte à une indemnisation⁹. Il faut au moins préciser dans l'Exposé des motifs que l'État belge, même en cas de condamnation à une indemnisation, reste tenu d'assurer la continuité et le bon fonctionnement de l'APD. Le principe de la continuité du service public d'une part et les obligations internationales et communautaires de l'Union européenne d'autre part requièrent que le fonctionnement de l'APD doive toujours rester assuré.
14. La Commission estime que l'article 18 qui est à présent proposé est superflu, maintenant que l'APD a la personnalité juridique et peut dès lors librement ester en justice et être citée en justice. Actuellement, la Commission n'a pas la personnalité juridique, rendant nécessaire une disposition légale pour pouvoir ester en justice afin de faire respecter la législation. L'article 18 du projet de loi pourrait en effet donner lieu à des débats juridiques concernant la question de savoir si l'APD intervient elle-même ou le président ou son remplaçant. La Commission estime que c'est en effet l'APD elle-même qui intervient après décision du comité de direction. Cet élément doit être prévu dans l'article 9 du projet de loi. Il est recommandé de donner au président ou à son remplaçant le pouvoir de prendre lui-même

⁵ Voir également les points 10 et 43 de l'avis n° 21/2017.

⁶ Le projet de loi prévoit en son article 13, § 2 une présidence en alternance pour le directeur du secrétariat général et le directeur du centre de connaissances.

⁷ Voir également le point 7 de l'avis n° 21/2017.

⁸ Voir également le point 51 de l'avis n° 21/2017.

⁹ Voir également le point 25 de l'avis n° 21/2017.

toutes les décisions urgentes, à condition que celles-ci soient soumises au premier comité de direction suivant pour validation ou abrogation. Il faut agir très rapidement et tout report engendre l'inertie.

B) Procédure de nomination, transparence¹⁰ et statut

15. Comme le Conseil d'État¹¹ l'a déjà fait remarquer dans son avis sur la loi du 8 décembre 1992, la transmission d'une liste restreinte de candidats à la Chambre limite fortement le choix offert à la Chambre. L'article 39 du projet de loi dispose que les listes pour chaque mandat à pourvoir comportent trois candidats maximum, ce qui n'exclut pas le fait qu'un seul candidat soit proposé.
16. La procédure envisagée à l'article 39 présente, par ailleurs, peu de transparence. Cela pose deux problèmes : celui de l'indépendance de l'APD et celui de la non-conformité au RGPD. En effet, d'une part, une procédure transparente de nomination est une garantie de l'indépendance de l'APD et d'autre part, l'article 53 du RGPD exige une procédure transparente de nomination.
17. La Commission estime que la transparence doit exister à tous les stades de la procédure de nomination, en ce compris l'établissement des listes. L'article 39, ou l'Exposé des motifs s'y rapportant, devrait décrire cette procédure en mentionnant par exemple que l'appel à candidatures se fera via le Moniteur belge, quels sont les critères de sélection ainsi que le délai dans lequel les candidats recevront une réponse.
18. Par ailleurs, comme déjà mentionné dans son précédent avis¹², la Commission estime que certains éléments essentiels du statut des membres de l'APD, en ce compris la rémunération, doivent être repris dans le projet de loi, et ce par analogie avec toutes les autres institutions parlementaires. La Commission propose la formulation suivante :
- "La rémunération respectivement du président de l'Autorité de protection des données et des commissaires est assimilée au niveau de l'administrateur et du directeur selon les barèmes tels qu'ils ont été définis par la Chambre des représentants pour la Commission de la protection de la vie privée."*
- Si cette proposition ne peut pas être introduite dans le projet de loi, la Commission estime qu'au minimum, une indication de barème devrait être introduite dans l'Exposé des motifs.

¹⁰ Voir les points 64-67 de l'avis n° 21/2017.

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

¹² Voir le point 57 de l'avis n° 21/2017.

19. Finalement, à l'article 44, § 1, alinéa 2, la Commission prend note de la définition de ce qu'est une "activité incompatible". La Commission salue le caractère très large de cette définition, ce qui réduit en conséquence le nombre d'activités considérées comme compatibles, préservant ainsi l'indépendance de l'APD. La Commission souhaite néanmoins clarifier davantage cette notion en modifiant la formulation de l'article 44, § 1, alinéa 3. La version actuelle est la suivante : "*Le président de la Chambre des représentants peut autoriser un membre du comité de direction à exercer une activité complémentaire (...).*" La Commission souhaite la version suivante : "*Toute demande d'activité complémentaire d'un membre du comité de direction doit être soumise au président de la Chambre des représentants qui peut l'autoriser pour autant que (...).*".

C) Contrôle des cours et des tribunaux

20. Les cours et tribunaux belges, tout comme les autres autorités publiques, sont soumis aux dispositions du RGPD. Pour deux situations, le RGPD prévoit toutefois un régime d'exception lorsque les juridictions traitent des données à caractère personnel "*dans l'exercice de leur mission juridictionnelle*". C'est notamment le cas pour :

- l'obligation de désigner un délégué à la protection des données (article 37) ; et
- la compétence de l'autorité de contrôle de contrôler le respect du RGPD (article 55).

En outre, l'article 23 du RGPD prévoit la possibilité de prévoir des limitations complémentaires (par voie législative) en ce qui concerne la portée de certaines obligations lorsqu'une telle limitation est nécessaire pour garantir la protection de l'indépendance de la justice et des procédures judiciaires. Pour le reste, les exigences du RGPD s'appliquent intégralement aux traitements de données effectués par les cours et tribunaux belges.

21. Le projet de loi indique que les cours et tribunaux, ainsi que le ministère public, ne sont pas soumis au contrôle de l'APD dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle. Le projet de loi ajoute à cela que le Roi "*peut désigner d'autres autorités pour autant qu'elles traitent des données à caractère personnel dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle*". L'Exposé des motifs indique à cet égard que la notion "dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle" "*doit être interprétée au sens large afin de garantir une application uniforme de cette exclusion*".

22. La Commission ne comprend pas pour quelles raisons une exception à une règle, qui doit généralement être interprétée de manière restrictive, devrait être interprétée au sens large dans ce cas. Selon la Commission, l'exemple de la gestion du personnel qui est cité ne relève de toute façon pas du régime d'exception prévu par le RGPD. Par ailleurs, la Commission ne voit pas quelles autres entités, outre les cours, les tribunaux et le ministère public, pourraient

être qualifiées de "juridictions" au sens du RGPD. Dès lors, la suppression de cet ajout dans le projet de loi (et du passage correspondant dans l'Exposé des motifs) s'impose.

23. La Commission réitère sa remarque antérieure selon laquelle, conformément à l'article 8, paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le législateur doit toujours prévoir un contrôle indépendant alternatif pour le traitement de données à caractère personnel effectué par les juridictions dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle¹³.

3. Dispositions de procédure

24. En ce qui concerne les dispositions de procédure du projet de loi, la Commission formule tout d'abord ci-dessous plusieurs remarques de nature globale, suivies de remarques article par article et enfin d'une analyse d'une série d'éléments manquants.

A) Remarques générales

- *Coopération internationale*

25. Le projet de loi mentionne une coopération internationale dans le cadre des règles de procédure, sans en préciser les modalités. La Commission en déduit que l'APD a la liberté nécessaire pour établir, le cas échéant, des règles complémentaires dans son règlement d'ordre intérieur - notamment pour l'application du chapitre VII du RGPD, en particulier en ce qui concerne ce qu'on appelle le mécanisme de guichet unique.

- *Politique de la surveillance de l'application des dispositions légales*

26. La Commission souligne la nécessité pour l'APD de pouvoir mener une propre politique de surveillance de l'application des dispositions légales. L'APD ne peut être efficace et efficiente qu'en étant sélective. En ce qui concerne les plaintes, l'APD reconnaît d'ailleurs que celles-ci ne sont examinées que "*dans la mesure nécessaire*" (article 57(1)(f) du RGPD)¹⁴. Le projet de loi tient partiellement compte des remarques antérieures de la Commission, plus précisément en accordant à présent aussi au service d'inspection un pouvoir de classer un dossier sans suite concernant des plaintes (article 91, § 2 du projet de loi) et en prévoyant deux phases dans la procédure devant la chambre contentieuse, une première pour diriger les poursuites et une deuxième pour la délibération quant à la sanction¹⁵.

¹³ Voir également les points 29-31 de l'avis n° 21/2017.

¹⁴ Voir le point 97 de l'avis n° 21/2017.

¹⁵ La Commission fait remarquer que la version française du projet de loi traduit la notion de "klacht" par "plainte" et pas par "réclamation" (comme cela est prévu dans la version française du RGPD). Afin d'éviter tout malentendu, la Commission recommande d'utiliser dans la version française la notion de "réclamation".

27. Par contre, la raison pour laquelle le présent projet de loi prévoit que la possibilité de régler une affaire au moyen d'une transaction n'est possible qu'après une procédure complète devant la chambre contentieuse quant au fond est tout à fait incompréhensible (article 100, § 1, 4° du projet de loi). Quelle raison impérieuse y a-t-il à inviter systématiquement les parties à présenter des moyens de défense dans une procédure officielle avant de proposer une transaction ? La transaction sert précisément à traiter rapidement les affaires lorsque les faits sont peu contestables.

28. D'ailleurs, une transaction n'est pas "imposée" par l'APD mais proposée à l'acceptation ou au refus de la personne contrôlée. Pour cette raison, la Commission estime également souhaitable d'autoriser le service d'inspection à proposer des transactions¹⁶. La transaction devrait au moins être reprise à l'article 95, § 1 du projet de loi qui autorise la chambre contentieuse à statuer quant aux poursuites.

- *Notification au ministère public*

29. Le service d'inspection et la chambre contentieuse disposent du pouvoir d'appréciation de transmettre ou non des dossiers au ministère public. Pour des raisons de sécurité juridique en faveur de tous les collaborateurs de l'APD, la Commission estime qu'il est souhaitable de prévoir une exception explicite à l'article 29 du Code d'instruction criminelle¹⁷. Ceci est important notamment pour les membres du comité de direction et les collaborateurs du service de première ligne qui sont confrontés à des infractions. Pour eux, aucun pouvoir d'appréciation n'est prévu (comme c'est bel et bien le cas pour l'inspecteur général et le président de la chambre contentieuse).

- *Médiation*

30. En ce qui concerne la procédure de médiation, la Commission réitère sa remarque antérieure selon laquelle il n'est pas opportun de prévoir une mission de médiation en plus de celle de gestion des réclamations (article 57(1)(f) du RGPD) et de réponse aux demandes d'information des personnes concernées quant à l'exercice de leurs droits (article 57(1)(e) du RGPD)¹⁸.

¹⁶ Voir le point 90 de l'avis n° 21/2017.

¹⁷ Voir les points 36, 106, 148 et 195 de l'avis n° 21/2017.

¹⁸ Voir le point 114 de l'avis n° 21/2017. ("*Le RGPD ne prévoit pas de procédure de médiation – la Commission n'estime pas opportun de prévoir cette mission de médiation en plus de celle de gestion des réclamations (art. 57(1)(f) du RGPD) et de réponse aux demandes d'information des personnes concernées quant à l'exercice de leurs droits (art. 57(1)(e) du RGPD). Cela aura un impact négatif sur le budget et ceci n'est pas à négliger, vu la volonté de faire une réforme neutre budgétairement. La mission de médiation n'est pas compatible avec la mission de contrôleur du respect du RGPD.*").

Le traitement de requêtes par le service de première ligne doit être supprimé du projet de loi, l'article 62, § 2 du projet de loi sur l' "accord à l'amiable" doit au moins être supprimé.

B) Commentaire des articles

- *Article 59 - gratuité de la plainte et de la requête*

31. La Commission estime que le projet de loi lui-même, et pas uniquement l'Exposé des motifs, doit disposer que l'APD peut établir dans le règlement d'ordre intérieur des règles relatives à la perception de frais de dossier, pour autant qu'il s'agisse de cas où le RGPD l'autorise¹⁹.

- *Article 70 – mesures provisoires*

32. L'Exposé des motifs du projet de loi explique les mesures provisoires comme suit :

"La durée de la mesure est limitée à trois mois, prorogeable une seule fois d'une durée maximale de trois mois. Dans le cadre du mécanisme de cohérence et de l'assistance mutuelle entre autorités de contrôle, la durée de la mesure provisoire ne peut toutefois pas dépasser trois mois."

33. L'Exposé des motifs interprète l'article 66 du RGPD dans le sens qu'une mesure provisoire n'est pas renouvelable. Reste à voir si le Comité européen de protection des données et les autres États membres suivront cette interprétation²⁰.

- *Article 78 – examen sur place - exceptions*

34. L'exception à l'examen sur place ne mentionne plus 'journaliste, avocat ou médecin' mais *"professionnel qui est soumis au secret professionnel et pour qui une réglementation légale est prévue concernant des examens sur place et l'accès à leurs locaux professionnels"*.

35. La Commission s'interroge quant à la manière dont cette disposition doit être appliquée sur le terrain. L'article 78, alinéa 2 du projet de loi devrait préciser qu'il s'agit d'une disposition légale dans le Code d'instruction criminelle.

¹⁹ L'article 57(3)-(4) du RGPD régit cet aspect à l'égard des personnes concernées et du délégué à la protection des données.

²⁰ Voir le point 154 de l'avis n° 21/2017.

- *Article 81 - consultation du système informatique et copie des données sur le système informatique*

36. La Commission s'interroge quant à la portée de l'article 78 : S'agit-il d'un droit d'accès ou d'un droit de perquisition ? Qu'entend-on par pouvoir de "faire des constatations matérielles" ? Cela implique-t-il également des constatations matérielles dans des systèmes informatiques ? Peut-être pas étant donné qu'un article 81 spécifique a été élaboré à ce sujet. La même question se pose concernant l'article 79. S'agit-il d'un droit d'accès ou d'un droit de perquisition ?

37. Dans l'ensemble, on ne peut que constater que l'APD, dans son pouvoir d'enquête le plus important, à savoir les recherches dans des systèmes informatiques, semble n'être qu'un tigre de papier. Il semble en effet que le consentement du responsable du traitement ou du sous-traitant fera défaut dès que l'enjeu revêt un intérêt certain, ce qui sera assurément toujours le cas au sein d'importants acteurs économiques, mais peut-être même de manière plus générale au sein de chaque entreprise. Cela signifie que dans la majorité de ses affaires, l'APD devra systématiquement à nouveau solliciter le juge d'instruction avec toutes les conséquences que cela aura sur la rapidité de traitement et sur la charge de travail pour l'APD et pour le(s) juge(s) d'instruction concerné(s). La Commission estime absolument recommandé de prévoir sur ce point des pouvoirs d'enquête plus autonomes pour l'APD, par analogie par exemple avec l'inspection sociale ou économique. S'il faut faire l'analogie avec la procédure pénale commune, cela serait une bonne option d'également donner à l'APD dans ses enquêtes d'inspection administratives tous les pouvoirs dont dispose le parquet de manière autonome.

- *Article 83 – accès par voie électronique*

38. Les données confiées à des sous-traitants (par ex. des cloud service providers) semblent échapper à un contrôle effectif, malgré l'adaptation à l'article 83 du projet de loi. Refuser de donner son consentement suffit - comme avant - pour déjouer le contrôle, à moins qu'il ne s'agisse d'informations qui figurent sur des sites Internet publics (article 83 du projet de loi). La Commission estime que tout doit être possible après une autorisation du juge d'instruction.

39. Le problème peut être simplement résolu en reprenant dans le projet de loi la formulation de l'Exposé des motifs - données accessibles par un système informatique qui "*peuvent être transmises par une personne qui est autorisée à utiliser le système informatique concerné*"²¹.

²¹ Ceci correspond à la formulation de l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle.

40. Par analogie avec ce qui est stipulé à l'article 39*bis*, § 3 du Code d'instruction criminelle, le but est que le contrôle puisse également porter sur les systèmes informatiques ou les parties de tels systèmes auxquels la personne contrôlée a spécifiquement accès. Ce n'est qu'à ces conditions qu'il n'y a pas de différence de traitement entre les responsables du traitement qui conservent des données sur leur propre matériel ICT et ceux qui recourent à des fournisseurs de services externes.

- *Article 86 – contrôle en ligne*

41. L'article 86 du projet de loi est libellé comme suit²² :

"L'inspecteur général et les inspecteurs peuvent accéder à et copier toute information qui sont électroniquement accessibles au public, gratuitement ou contre paiement. Pour ce faire, ils ne peuvent pas prendre une identité fictive crédible, ni utiliser des documents fictifs, ni interagir personnellement avec une personne."

42. En vue de la collaboration future avec l'Inspection économique (article XV.3/1 du Code de droit économique), la Commission estime que cette disposition doit être harmonisée avec la compétence attribuée aux fonctionnaires de l'Inspection économique du SPF Économie pour rechercher les infractions à la réglementation sur le crédit à la consommation. Ils ont la compétence de se faire passer pour des clients potentiels. L'Inspection économique a ainsi la possibilité d'aller un pas plus loin dans les contrôles lorsque les techniques actuelles de recherche ne fournissent aucun résultat. La Commission part d'ailleurs du principe que le pouvoir de faire du "mystery shopping" ou de procéder à des "tests pratiques" requiert toujours une autorisation préalable. Dans la logique du présent projet de loi, il s'agirait d'une autorisation de la chambre contentieuse.

- *Article 87 – contrôle de la sécurité de l'information - contourner la sécurité de l'information dans le cadre d'une enquête*

43. Selon le projet de loi, tester les mesures de sécurité de systèmes d'information est possible soit moyennant le consentement, soit moyennant une autorisation du juge d'instruction²³.

44. Pour être tout à fait claire, la Commission part du principe que cette disposition - lue conjointement avec l'article 88 du projet de loi - concerne l'intervention active sur les mesures de sécurité afin d'en examiner la fiabilité. Le simple constat des mesures de sécurité existantes et le contrôle de la manière dont elles sont appliquées dans la pratique ne relèvent pas de

²² Concernant l'article 86, une remarque de forme doit être émise pour la version française : "qui sont électroniquement accessibles" doit être remplacé par "qui est électroniquement accessible".

²³ Voir les points 174-178 de l'avis n° 21/2017.

cette disposition. L'exigence du consentement ou d'une autorisation du juge d'instruction pour ce faire rendrait impossible dans la pratique l'exercice effectif du contrôle de la sécurité de l'information pour l'APD, imposé par l'article 83(4) a) du RGPD. L'Exposé des motifs doit être précisé sur ce point²⁴.

45. La Commission constate en outre qu'aucun pouvoir n'est donné de neutraliser les mesures de sécurité de l'information, même des formes plutôt triviales de mesures, lorsque cela empêche l'examen des supports d'information ou des systèmes informatiques. Un tel pouvoir devrait dès lors être explicitement ajouté - à l'instar du Code d'instruction criminelle.

46. L'article 39*bis*, § 5 du Code d'instruction criminelle confère au procureur du Roi ou au juge d'instruction la possibilité, sans le consentement du propriétaire ou de son ayant droit, ou de l'utilisateur, d'ordonner, à tout moment :

- *"la suppression temporaire de toute protection des systèmes informatiques concernés, le cas échéant à l'aide de moyens techniques, de faux signaux, de fausses clés ou de fausses qualités ;*
- *l'installation de dispositifs techniques dans les systèmes informatiques concernés en vue du décryptage et du décodage de données stockées, traitées ou transmises par ce système"*.

Il semble dès lors souhaitable que le service d'inspection dispose également d'une possibilité similaire. Le cas échéant après autorisation du juge d'instruction ou non. À défaut d'informations relatives à d'éventuelles incriminations, on ne sait actuellement pas clairement si dans de tels cas, les dossiers peuvent être transmis au ministère public. La mesure dans laquelle une transmission entraînerait une surveillance effective de l'application de la législation n'est pas non plus certaine.

- *Article 89 – saisie et mise sous scellé*

47. Un pouvoir de saisie est nécessaire pour l'APD afin de pouvoir remplir la mission de surveillance de l'application de la loi. Le projet de loi part implicitement du principe que la restitution des choses saisies sera toujours possible. Le droit à la propriété étant mis en cause, la question est de savoir si l'APD peut définir des exceptions dans un règlement d'ordre intérieur (qui est éternisé par le Parlement). Dès lors, une base légale explicite s'impose.

²⁴ L'Exposé des motifs dispose à présent ce qui suit : *"L'Autorité de protection des données jouera un rôle important dans le cadre de la protection des informations en tant qu'élément de la protection des données à caractère personnel. Dans l'exercice de leur mission de contrôle également, l'inspecteur général et les inspecteurs doivent pouvoir procéder à des contrôles de systèmes et de méthodes de sécurité d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant. Cela nécessite toutefois le consentement préalable de la personne contrôlée ou l'autorisation préalable du juge d'instruction."* La formulation doit être adaptée afin de préciser que le simple constat des mesures de sécurité existantes et le contrôle de la manière dont elles sont appliquées dans la pratique ne relèvent pas de cette disposition.

48. Le projet de loi ne contient pas la possibilité de demander au ministère public la conservation rapide (le "gel") entre les mains d'un tiers, ce en préparation d'une saisie²⁵.

- *Article 95 – notification des parties - mesures provisoires*

49. Lorsque, en vertu de l'article 95, § 1, 6° du projet de loi, la chambre contentieuse décide de transmettre un dossier au ministère public, elle est obligée d'en informer les parties concernées. Cela se passe dans une phase qui précède le traitement de fond par la chambre contentieuse - le responsable du traitement ou le sous-traitant n'est pas encore informé de l'enquête au cours de cette phase. Cette obligation d'information brise le secret de l'enquête qui s'applique au sein du ministère public et doit être supprimée.

50. La suppression de la notification en cas de transfert au ministère public par la chambre contentieuse est d'ailleurs conforme à la disposition qui autorise le service d'inspection à transmettre des dossiers au ministère public (plutôt qu'à la chambre contentieuse), sans devoir briser le secret de l'enquête (article 91, § 2 du projet de loi).

51. La chambre contentieuse est habilitée, lors de la phase de traitement de fond d'un dossier, à "*ordonner le gel, la limitation ou l'interdiction temporaire (...) du traitement*" ou "*ordonner la suspension des flux transfrontières de données vers un autre État ou un organisme international*" (article 100, 8° et 14° du projet de loi). Étant donné que ces pouvoirs font défaut à l'article 95, la chambre contentieuse n'a pas la possibilité de prendre des mesures provisoires dans la phase précédant le traitement. Cette lacune est problématique notamment lorsque la chambre contentieuse traite une plainte sans la transmettre au service d'inspection pour qu'il procède à une enquête, ou si elle juge que des mesures provisoires doivent immédiatement être prises et qu'elle transmet ensuite le dossier au service d'inspection.

- *Article 100 - compétences de la chambre contentieuse*

52. L'article 100, 5° n'utilise pas les termes employés dans le RGPD en français ("rappels à l'ordre" et non 'réprimandes'). S'il est nécessaire d'employer une terminologie différente, il faut l'expliquer dans l'Exposé des motifs.

²⁵ À l'instar de l'article 39^{quater} du Code d'instruction criminelle.

- *Article 108 - recours*

53. Le projet de loi ne dit pas explicitement que la Cour des marchés statue en pleine juridiction quant au recours intenté, bien que cela soit exigé en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁶. L'Exposé des motifs ne renvoie pas non plus à la "pleine juridiction"²⁷.

54. La notion de "pleine juridiction" donne lieu à une discussion et il est dès lors préférable de la définir de manière plus détaillée²⁸. Il convient notamment de déterminer si la Cour des marchés peut, après un jugement des faits, réduire ou majorer l'amende ainsi que prendre toutes les décisions concernant des mesures correctrices, à savoir les lever, les modifier ou le cas échéant imposer d'autres mesures correctrices.

C) Dispositions manquantes

- *Examen d'objets*

55. La Commission réitère sa remarque antérieure²⁹ selon laquelle une disposition explicite avec la compétence du service d'inspection d'examiner ou de faire examiner des objets est souhaitable pour veiller en toutes circonstances à la sécurité juridique³⁰. Quoi qu'il en soit, les systèmes informatiques [Ndt : il convient de lire ici "informaticasystemen" dans la version néerlandaise] - intégrés ou non - relèvent de la compétence de contrôle de l'APD. Cela n'empêche pas que des combats d'arrière-garde concernant l'examen de ce système informatique [Ndt : il convient de lire ici "informaticasysteem" dans la version néerlandaise]- sous la forme d'actions en justice - entraînent des coûts sociaux qui pourraient être évités si le législateur conférait un ancrage plus explicite à cette compétence d'examiner ou de faire examiner des objets.

²⁶ Cour eur. dr. homme, 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c. Italie, points 138 et 139.

²⁷ Contrairement à l'Exposé des motifs de la précédente version du projet de loi qui a fait l'objet de l'avis n° 21/2017.

²⁸ Le point de discussion est de savoir dans quelle mesure le juge dispose d'un pouvoir de réforme et de substitution, ce qui s'imposerait pour des sanctions administratives qui s'apparentent fortement à du droit pénal classique, à savoir des sanctions administratives fiscales et sociales. Cela s'appuie sur des jugements de la Cour constitutionnelle qui a déjà affirmé à plusieurs reprises que "*rien de ce qui appartient au pouvoir d'appréciation de l'administration n'échappe au contrôle du juge*" (par exemple Cour constitutionnelle du 6 juin 2014, point B7).

²⁹ Voir le point 216 de l'avis n° 21/2017.

³⁰ L'article 72 du projet de loi (recueillir des informations) n'offre pas une base légale suffisante pour une telle compétence. Voir Patricia Popelier (ed.), '*Heldere handhaving*', 2010, p. 301.

- *Sanction de l'entrave au contrôle*
56. La Commission réitère sa remarque³¹ selon laquelle l'entrave au contrôle doit pouvoir donner lieu à une sanction³² et dans les cas particulièrement graves, aussi à une amende pénale, en tenant compte du principe selon lequel personne n'est obligé de s'accuser (*nemo tenetur*).
- *Déductibilité fiscale des amendes administratives*
57. La Commission réitère sa remarque³³ selon laquelle une disposition à l'instar de l'article IV.70 du Code de droit économique fait défaut dans le projet de loi : "*les amendes, astreintes, transactions et frais régis dans la présente loi ne sont pas fiscalement déductibles*".
58. Une telle disposition est nécessaire à la lumière d'un arrêt de la Cour d'Anvers (23 juin 2009). D'après la Cour, les "amendes" non déductibles au sens de l'article 53, 6° du CIR 92 sont des sanctions pécuniaires infligées sur la base de la législation pénale, de sorte que les amendes administratives ne relèvent pas du champ d'application de l'article 53, 6° du CIR 92. Par ailleurs, la Cour estime qu'une amende administrative conserve sa nature, même si d'après les normes internationales, elle est considérée comme une sanction pénale. Elle reste une amende qui n'a pas été infligée sur la base d'une loi pénale et est donc déductible.
- *Délégation concernant la forme des notifications*
59. Le projet de loi ne comporte aucune délégation à l'APD pour préciser dans le règlement d'ordre intérieur la forme des notifications faites par l'autorité (par ex. par le service de première ligne ou la chambre contentieuse). Vu les circonstances très diverses dans lesquelles une notification est requise, avec des destinataires tant au niveau national qu'à l'étranger, une telle délégation explicite est souhaitable³⁴.
- *Financement des activités de surveillance de l'application de la loi*
60. Le projet de loi ne fait aucune mention de pistes complémentaires pour financer l'APD, outre la dotation de la Chambre des représentants. La possibilité d'imputer des frais de dossier est mentionnée dans l'Exposé des motifs mais pas dans le projet de loi proprement dit. Les recettes d'amendes administratives, de transactions et d'astreintes seront destinées au Trésor public, comme il est d'usage, sans autoriser l'APD à en récupérer ses frais spécifiques de surveillance

³¹ Voir les points 218-219 de l'avis n° 21/2017.

³² L'article 83(4) du RGPD permet une amende administrative en cas de non-respect de l'obligation de coopération définie à l'article 31 du RGPD.

³³ Voir les points 220-221 de l'avis n° 21/2017.

³⁴ Voir le point 222 de l'avis n° 21/2017.

de l'application de la loi (frais des enquêtes, frais des procédures pour la chambre contentieuse et de la défense de décisions devant la Cour d'appel) avec l'intervention de l'administration du Cadastre, de l'Enregistrement et des Domaines.

61. La Commission renvoie à cet égard à sa remarque antérieure sur la nécessité de garantir la continuité de l'accomplissement de sa mission publique³⁵. Il va de soi que la surveillance de l'application de la loi qui, dans la pratique, tient davantage de la loterie que d'une mise en œuvre systématique, ou - pire - vise seulement des cibles faciles, engendre des coûts sociaux considérables. Dans le secteur privé, cela ne contribuerait pas du tout à la mise en place de règles du jeu équitables pour tous les acteurs économiques. En outre, les entreprises belges qui sont actives sur le marché européen risquent d'en payer les frais. Le mécanisme de guichet unique fonctionne en effet à part entière à condition que l'autorité chef de file assume également sa tâche à part entière dans la pratique. Si ce n'est pas le cas, les autres États membres peuvent, sous certaines conditions, intervenir eux-mêmes afin de surveiller l'application de la loi, avec tous les frais qui en découlent pour l'entreprise concernée³⁶.

62. La Commission estime donc que le projet de loi doit au moins disposer que l'APD peut établir, dans le règlement d'ordre intérieur, des règles relatives à la perception de frais de dossier, lorsque le RGPD le permet. La phrase suivante doit être ajoutée à l'article 107 "*Les frais de dossier perçus, établis conformément au règlement d'ordre intérieur, sont versés à l'autorité de protection des données.*"

4. Dispositions abrogatoires, transitoires et finales (Chapitre VII)

- *Article 112*

63. La Commission estime que cette disposition n'interdit pas l'APD d'ouvrir un nouveau dossier suite à des faits qui étaient déjà connus dans des dossiers pendants³⁷.

64. Le projet de loi dispose que l'actuelle Commission reste en fonction jusqu'au 24 mai 2018 inclus et cesse d'exister à partir du 25 mai. Néanmoins, il est inévitable que plusieurs dossiers (avis, traitement de plaintes, recommandations) seront encore ouverts. Le suivi de ces dossiers

³⁵ Voir les points 223-226 de l'avis n° 21/2017.

³⁶ L'article 61(8) du RGPD dispose que si une autorité de contrôle ne donne pas suite à une demande d'assistance réciproque, les autres autorités peuvent prendre des mesures provisoires - l'existence d'une nécessité urgente d'intervenir est présumée. L'affaire est ensuite transmise au Comité européen de la protection des données pour une décision contraignante d'urgence, conformément à l'article 66, paragraphe 2 du RGPD. Un règlement similaire est repris à l'article 62(7) du RGPD. En outre, les autres États membres peuvent utiliser la procédure d'urgence de l'article 66 du RGPD qui prévoit aussi bien des mesures provisoires que des mesures définitives.

³⁷ Voir le point 229 de l'avis n° 21/2017.

par l'ancienne Commission peut être régi en prévoyant une disposition transitoire par laquelle celle-ci continue d'exister jusqu'à ce que les dossiers en cours soient clôturés. Les cinq membres du comité de direction peuvent ainsi commencer avec une ardoise propre.

65. La Commission estime qu'une période transitoire d'environ deux mois peut suffire à cet effet, le cas échéant prolongeable, en fonction de la nature des dossiers pendants. La nouvelle APD doit par la suite avoir le pouvoir de mettre un terme au fonctionnement de la Commission au moyen d'une décision contraignante du comité de direction.

66. On ne précise rien au sujet des demandes d'avis qui sont pendantes ni au sujet des recommandations. Il est préférable de régler aussi leur situation explicitement (ancienne ou nouvelle procédure).

67. Il faudra aussi prévoir la clôture du budget et de la comptabilité ainsi que le transfert des procédures en cours.

PAR CES MOTIFS,

La Commission émet un avis favorable concernant le projet de loi portant création de l'Autorité de protection des données, à condition que les remarques susmentionnées soient intégrées.

L'Administrateur f.f.,

Le Président,

(sé) An Machtens

(sé) Willem Debeuckelaere