



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis du 25 février 2022

À l'attention du Secrétaire d'État à la Digitalisation, chargé de la Simplification administrative, de la Protection de la vie privée et de la Régie des bâtiments

Objet : Avis concernant un avant-projet de loi modifiant la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données (AH-2022-0020)

Monsieur le Secrétaire d'État,

Le 2 février 2022, vous avez demandé à l'Autorité de protection des données (ci-après "l'APD") d'émettre un avis sur un avant-projet de loi portant modification de la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données* (ci-après "l'Avant-projet"). L'Avant-projet fait partie d'un exercice d'évaluation plus large que vous avez réalisé concernant la législation en matière de vie privée.

Vous trouverez cet avis dans le présent courrier ainsi que dans son annexe.

I. OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS ET COMPÉTENCE DE L'APD

1. Étant donné que l'Avant-projet ne concerne pas des traitements effectifs de données à caractère personnel mais bien le fonctionnement de l'APD même, le Comité de direction a établi le 3 février 2022 que cette demande d'avis ne relevait pas du champ d'application de l'article 23 de la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données* (ci-après "la LCA")¹. Eu égard à cette constatation, le Comité de direction a décidé d'émettre lui-même l'avis demandé².

¹ La demande d'avis n'a pas non plus été introduite sur la base de la procédure prévue à l'article 23 de la LCA - peut-être en raison du fait que l'Avant-projet ne concerne pas des traitements de données à caractère personnel.

² Madame C. Dereppe (Directrice du Service de Première Ligne) n'a pas participé à la préparation et à l'élaboration du présent avis, à sa propre demande, car elle estime que le Comité de direction de l'APD n'a pas la compétence pour émettre un avis sur l'Avant-projet.

Dans le cadre de la préparation du présent avis, le personnel de l'APD a été consulté.

2. L'APD souhaite souligner qu'elle a déjà contribué amplement aux travaux préparatoires antérieurs concernant le présent Avant-projet mais regrette que sa contribution ait été peu prise en compte. Ceci est d'autant plus important que le maintien d'une autorité de contrôle de la vie privée forte et indépendante est absolument nécessaire dans une société numérique qui se développe rapidement. Cette nécessité est aussi garantie par les traités européens dans lesquels la protection par une autorité de contrôle indépendante constitue un élément essentiel du droit à la protection des données à caractère personnel³, comme la Cour européenne de justice le met également en évidence.

3. Comme le souligne le présent avis, le présent Avant-projet compromet gravement tant le fonctionnement efficace que l'indépendance de l'APD. En effet, le présent Avant-projet ne se suffit pas à lui-même. Dans une proposition de loi *instituant un centre de services partagés pour les institutions à dotation*, qui circule actuellement à la Chambre et au sein des organes collatéraux, il est proposé de transférer plusieurs membres du personnel de l'APD vers ce centre de services. En outre, les demandes de l'APD pour des moyens humains et financiers supplémentaires qui ont été motivées par la Cour des comptes et une étude externe ont jusqu'à présent été largement rejetées.

4. Vu la grande importance du présent Avant-projet à la lumière des exigences d'indépendance susmentionnées, le présent avis au Secrétaire d'État est non seulement porté à l'attention de la Cour des comptes et du Conseil d'État mais également de la Commission européenne et du Comité Européen de Protection des Données (EDPB).

II. MANQUEMENTS ESSENTIELS : APERÇU

5. L'APD souscrit aux principaux fondements à l'origine de l'Avant-projet, dans la mesure où il vise à **renforcer le fonctionnement et l'indépendance de l'APD**.

6. L'APD soutient également la volonté de rendre l'organisation plus conforme à la répartition des compétences pour les autorités de contrôle dans le Règlement général sur la protection des données (ci-après "RGPD"), dans laquelle - grosso modo - le Service d'Inspection exécute les compétences de l'article 58, paragraphe 1 du RGPD, la Chambre Contentieuse les compétences de l'article 58, paragraphe 2 du RGPD et le service d'autorisation et d'avis qui doit être créé (actuellement le Secrétariat Général et/ou le Centre de Connaissances) les compétences de l'article 58, paragraphe 3 du RGPD. Par ailleurs, l'APD se réjouit que l'Avant-projet prévoie un renforcement de principe du rôle du Comité de direction et du Président de l'APD, tout en formulant un certain nombre d'observations dans le présent avis. Pour des raisons de procédure et d'efficacité, l'APD est ainsi favorable à

³ Voir notamment l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

l'attribution des *missions visant à faire appliquer la loi* à seulement deux directions (concrètement : la Chambre Contentieuse et le Service d'Inspection), plutôt qu'aux trois actuelles. La capacité libérée au sein du Service de Première Ligne pourrait ainsi être employée au maximum pour soutenir et aider les citoyens ainsi qu'à des fins de sensibilisation, comme le propose le Gouvernement dans son Rapport d'évaluation.

7. De plus, l'APD souligne que modifier en profondeur la structure de l'APD et les compétences de ses différents membres à mi-mandat, sans évaluation préalable et sans la moindre concertation avec les personnes concernées, est problématique d'un point de vue européen. L'APD estime que quelques adaptations limitées et ciblées auraient apporté davantage de sécurité juridique dans le fonctionnement quotidien de l'APD, surtout à présent que la menace pressante d'une mise en demeure par la Commission européenne à court terme n'est plus d'actualité. Sous différents angles, l'Avant-projet crée une nouvelle insécurité ou des procédures d'infraction, comme notamment en raison :

- de nouveaux problèmes, dépeints ci-dessous, dont notamment l'érosion des garanties pour l'indépendance qui sont assurées par les traités européens ;
- une insécurité et un risque de paralysie de l'APD à plus long terme, alors que la plupart des organes fonctionnent correctement, surtout compte tenu du manque structurel de moyens ;
- un contrôle encore renforcé par le Parlement, alors que la loi actuelle va déjà au-delà de ce que le droit européen et international autorise (à savoir un contrôle des aspects financiers et un contrôle juridictionnel) ;
- un affaiblissement des procédures légales au sein de l'APD, qui implique notamment des risques pour la mise en application de la loi, de nombreuses dispositions définissant les procédures auxquelles les parties externes ont un intérêt étant supprimées ;
- un accent trop important sur le "bétonnage" du fonctionnement interne de l'APD, avec des règles trop détaillées pour les rapports entre les directeurs, alors que le processus décisionnel collégial par le Comité de direction devrait primer ;
- la structure et le fonctionnement de la Chambre Contentieuse sont profondément affectés alors que le fonctionnement de la Chambre Contentieuse n'est pas en cause. Le bébé est ainsi jeté avec l'eau du bain.

8. L'APD estime que ces mesures impliquent des risques graves pour le fonctionnement efficace et l'indépendance. En outre, certaines modifications sont contraires aux obligations de droit européen et international de notre pays. Afin d'éviter de nouvelles mises en demeure et en vue de la sécurité juridique, il faut remédier à ces manquements essentiels.

III. EXIGENCES RELEVANT DU DROIT EUROPÉEN SUR L'INDÉPENDANCE NON GARANTIES

9. L'essence de la mission de l'APD consiste à contrôler le respect des règles européennes en matière de protection des données. L'APD met en œuvre un système défini au niveau européen dans lequel l'**indépendance complète** du contrôleur occupe une place centrale. La Cour européenne de justice formule cette affirmation comme suit : "*Cette indépendance exclut non seulement toute influence exercée par les organismes contrôlés, mais aussi toute injonction et toute autre influence extérieure, que cette dernière soit directe ou indirecte, [sur] (...) l'accomplissement, par lesdites autorités, de leur tâche [...].*"⁴

10. Les contrôleurs sont délibérément maintenus à distance, non seulement du pouvoir exécutif, mais aussi du parlement élu. Leur rôle consiste à veiller à la protection des droits de l'homme, au sein de l'état de droit, aussi dans les cas où le parlement élu en jugerait autrement, à la majorité.

11. Cela ne signifie bien évidemment pas qu'aucune influence parlementaire ne serait possible sur ces autorités. L'article 53, paragraphe 1 du RGPD ne s'oppose pas à une nomination des membres de l'autorité de contrôle nationale par le parlement (ou même le gouvernement ou le chef d'État). Le RGPD ne semble pas non plus s'opposer à ce que le législateur national impose aux autorités de contrôle l'obligation de rendre des comptes a posteriori au parlement sur leurs activités. Ainsi, l'article 59 du RGPD dispose que l'autorité de contrôle doit établir un rapport annuel sur ses activités et le transmettre au parlement⁵. Toutefois, il est clair que le contrôle exercé sur le contrôleur doit rester limité aux aspects financiers et à un contrôle juridictionnel. Un jugement ou une influence plus large sur la priorisation ou le jugement d'opportunité du contrôleur est contraire aux obligations de droit européen et international de notre pays⁶.

Selon l'APD, l'Avant-projet ne répond pas aux prescriptions du droit de l'Union visées, notamment pour les raisons suivantes.

12. **Premièrement** : la suppression du mandat des membres externes du Centre de Connaissances et de la Chambre Contentieuse et la limitation de leur fonction à celle d'expert (art. 66 de l'Avant-projet), impliquant qu'ils ne participent plus aux délibérations (art. 14 de l'Avant-projet) et, de

⁴ CJUE, Commission c. Allemagne, C-518/07, § 30.

⁵ CJUE, C-518/07, Commission c. Allemagne, §§ 43-45 ; C-718/18 ; Commission c. Allemagne, § 127.

⁶ Voir le considérant 118 du RGPD.

manière plus générale, se voient privés de leur mandat en tant que membre. Ceci est évidemment contraire à la jurisprudence de la Cour européenne de justice, notamment l'arrêt Commission c. Hongrie. En dehors des cas prévus et énumérés de manière restrictive dans le RGPD, un État membre n'est pas autorisé à mettre fin au mandat d'un membre de l'autorité de contrôle avant l'échéance initialement prévue à cet effet. Cela s'applique même lorsque la fin anticipée du mandat résulte d'une restructuration légale ou d'un changement de modèle⁷. Ce qui n'est pas autorisé pour la Hongrie ne l'est pas non plus pour les autres États membres.

13. Les membres externes de l'APD sont membres de l'APD au sens de l'actuelle LCA et bénéficient de la protection complète contre le licenciement, conformément à l'article 44 de la LCA et à l'article 53, paragraphe 4 du RGPD.

14. De manière plus générale : le système avec des "experts" qui ne sont pas membres de l'APD est surtout problématique pour la Chambre Contentieuse, étant donné qu'en tant que "non-membres", ils ne peuvent pas participer aux décisions. Contrairement par exemple à l'Autorité de la concurrence (qui travaille avec des assesseurs), le droit européen qui garantit l'indépendance au niveau des traités s'oppose à ce que des citoyens soient soumis à des décisions qui sont (aussi) prises par des tiers. Une alternative à une Chambre Contentieuse avec des membres externes n'est certainement pas exclue mais doit toutefois se baser sur une évaluation plus approfondie du système existant et de ses manquements. Il y a lieu de constater que l'Avant-projet renonce purement et simplement au système existant sans avoir suffisamment réfléchi à l'alternative, à la faisabilité et aux conséquences de ce choix.

15. **Deuxièmement** : un renouvellement de la nomination d'un membre de l'APD pour un deuxième mandat n'est désormais plus possible qu'après une évaluation positive du membre par la Chambre des représentants (art. 31 de l'Avant-projet). En soi, une évaluation avant qu'un membre puisse bénéficier d'un renouvellement de sa nomination ne semble par définition pas exclue mais l'indépendance des membres de l'APD risque toutefois d'être compromise si cette évaluation est effectuée par la Chambre des représentants, surtout sans critères objectifs définis dans la loi. Une alternative pourrait être de prévoir un *assessment* objectif plus approfondi avant (le renouvellement de) la nomination.

⁷ C-288/12, à partir du § 50. Dans le même sens, par ex. C-424/15 Ormaetxea Garai, § 52 ainsi que le considérant 87 du Règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE* : "Afin de garantir la parfaite indépendance des membres de l'autorité de contrôle indépendante, le présent règlement devrait rester sans effet sur le mandat de l'actuel Contrôleur européen de la protection des données et de l'actuel Contrôleur adjoint. Le Contrôleur adjoint actuel devrait exercer ses fonctions jusqu'à la fin de son mandat, à moins que l'une des conditions justifiant qu'il soit mis fin prématurément au mandat du Contrôleur européen de la protection des données, énoncées dans le présent règlement, ne soit remplie. Les dispositions pertinentes du présent règlement devraient s'appliquer au Contrôleur adjoint jusqu'à la fin de son mandat."

16. **Troisièmement** : l'ingérence du parlement dans la priorisation et l'organisation interne. Dans ce contexte, il s'agit notamment de :

- l'article 9, § 1^{er}, 13^o (nouveau, inséré par l'art. 8 de l'Avant-projet) : le plan stratégique doit être soumis à l'approbation de la Chambre.
- l'article 11, § 3 (nouveau, inséré par l'art. 10 de l'Avant-projet) : le règlement d'ordre intérieur est adopté par la Chambre. Dans la mesure où il s'agit de règles de fonctionnement internes, on ne voit pas pourquoi la Chambre devrait marquer son accord. Dans la mesure où il s'agit de droits de citoyens et où le principe de légalité intervient, il faut prévoir une forme alternative de "ratification".
- l'article 14 (nouveau, inséré par l'art. 14 de l'Avant-projet) : la réserve d'experts doit être soumise à la Chambre. Et si l'APD demande un avis à un tiers, ceci doit également être soumis à la Chambre. Quoi qu'il en soit, l'APD ne peut pas être limitée dans le recours à d'autres "tiers" (ex. des experts, des avocats, des consultants, ...) même pour l'exécution ou le soutien partiel(le) ou non de ses missions principales.
- l'article 9 (nouveau, inséré par l'art. 8 de l'Avant-projet) : les règles concernant l'affectation du personnel aux différents organes (en vertu d'une mesure de la charge de travail annuelle) sont contraires à l'indépendance de l'APD pour pouvoir déterminer ses priorités.

17. L'indépendance complète de l'APD implique par définition une totale autonomie pour déterminer ses propres priorités et par exemple donner la priorité au respect de la législation dans certains secteurs ou à l'exécution de certaines missions (au détriment d'autres missions). L'article 57 du RGPD confie en effet 21 missions différentes au contrôleur qui ne peuvent pas toutes être exécutées avec la même intensité - surtout eu égard aux moyens limités.

18. **Quatrièmement** : l'ingérence du législateur dans l'évaluation du contenu par l'APD, notamment :

- Art. 2 : "*En application de la présente loi, il est tenu compte d'un principe directeur du Règlement 2016/679 qui stipule que le traitement de données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité et que le droit à la protection des données à caractère personnel qui n'est pas un droit absolu doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité.*"
- À cet égard, l'Exposé des motifs de l'Avant-projet formule les références suivantes : "*renforcer l'approche pragmatique et l'expertise sectorielle*" et "*souligner l'importance que, lors de la protection des données à caractère personnel il est tenu dûment compte d'autres droits fondamentaux*".

19. Toutefois, l'APD a évidemment pour mission de faire appliquer le droit à la protection des données, en tenant bien sûr dûment compte d'autres droits fondamentaux. La Cour européenne de justice définit toujours les autorités de contrôle nationales comme étant "*les gardiennes du droit à la vie privée*"⁸.

20. Dès lors, il n'est pas approprié que le législateur belge semble au fond donner des instructions à l'APD pour désormais tenir davantage compte d'autres droits fondamentaux que le droit à la protection des données. La marge d'évaluation intrinsèque du contrôleur a été définie de manière exhaustive dans le droit européen⁹.

21. **Cinquièmement** : l'extension des exigences de nomination qui ont été énumérées dans le RGPD (pluridisciplinaire, magistrat, etc.), en outre sans renvoi à l'article 53.2 du RGPD. Alors que le RGPD pose comme principe à la nomination le contenu, l'Avant-projet met surtout d'autres accents.

22. L'article 53, paragraphe 2 du RGPD exige que les membres mêmes des contrôleurs nationaux aient "*les qualifications, l'expérience et les compétences nécessaires, notamment dans le domaine de la protection des données à caractère personnel, pour l'exercice de ses fonctions et de ses pouvoirs*". Le fait que la LCA modifiée n'exigerait plus que les membres du Centre de Connaissances et de la Chambre Contentieuse disposent de l'expertise nécessaire, "compensant" cette perte d'expertise en complétant l'APD par une réserve d'experts, semble contraire à cette exigence d'expertise interne.

23. À cet égard, l'APD renvoie en particulier encore à l'article 30 de l'Avant-projet qui stipule que le Président de la Chambre Contentieuse doit être un magistrat. La Chambre Contentieuse fait toutefois partie d'une autorité administrative et n'est donc pas un juge. En outre, l'article 33, § 1^{er}, deuxième alinéa de la LCA exige déjà actuellement que le Président de la Chambre Contentieuse possède une connaissance approfondie dans le domaine des procédures contentieuses administratives. Outre la règle générale selon laquelle un membre du Comité de direction de l'APD est nommé sur la base de ses compétence et expérience en matière de protection des données à caractère personnel, de son indépendance et de son autorité morale, la réalisation de cette condition offre déjà des garanties suffisantes. Cela requiert toutefois de vérifier si les candidats à une fonction de membre de l'APD disposent des compétences requises, par exemple après un *assessment* objectif approfondi.

⁸ Voir par ex. C-518/07, Commission c. Allemagne, §§ 23 et 36 ; C-614/10, Commission c. Autriche, § 52 ; C-288/12, Commission c. Hongrie, § 53.

⁹ Dans un arrêt récent concernant l'indépendance des régulateurs nationaux dans le secteur de l'électricité et du gaz naturel, la Cour européenne de justice a jugé que l'ingérence d'organes politiques nationaux ne peut même pas prendre la forme de lois matérielles (C-718/18, Commission c. Allemagne, § 130 ; voir également les conclusions de l'AG Pitruzzella, § 140).

Selon l'APD, aucune raison convaincante ne justifie que le Président de la Chambre Contentieuse doive être un magistrat, d'autant qu'il existe toujours une possibilité effective de recours auprès du juge.

24. **Sixièmement** : pas de garanties pour le respect de l'article 52.5 du RGPD, surtout si une grande partie du personnel fera prochainement partie d'un centre de services partagés. L'article 52.5 du RGPD établit qu'une autorité de contrôle choisit son propre personnel et dispose de ses propres collaborateurs, qui travaillent sous les instructions exclusives des membres de cette autorité de contrôle. L'APD attire également l'attention sur le considérant 120 du RGPD qui exige que chaque contrôleur soit doté (notamment) des moyens humains nécessaires à la bonne exécution de ses missions. Dans le même sens, le considérant 121 du RGPD dispose que "*chaque autorité de contrôle devrait disposer de ses propres agents, choisis par elle-même ou un organisme indépendant établi par le droit d'un État membre, qui devraient être placés sous les ordres exclusifs du membre ou des membres de l'autorité de contrôle.*"

25. Il s'agit également de garanties pour disposer de moyens financiers et humains suffisants. La possibilité d'une planification à plus long terme devrait également être prévue car le cycle budgétaire annuel ne permet pas de réaliser la planification à plus long terme sur le terrain. L'APD estime que la LCA devrait également contenir une disposition à ce sujet.

26. À cet égard, l'APD précise que la diminution de l'expertise interne visée par l'Avant-projet, combinée à une réserve d'experts externes, est incompatible avec les exigences du droit de l'Union d'un nombre suffisant de propres agents qualifiés. La question d'une harmonisation avec le droit de l'Union se pose d'autant plus que le considérant 121 du RGPD impose en outre que l'autorité de contrôle puisse elle-même choisir ses agents. Bien que n'étant pas des membres du personnel au sens strict, la réserve d'experts externes doit quand même être approuvée par la Chambre des représentants (certes sur proposition du Comité de direction de l'APD).

27. **Septièmement** : une limitation de la définition des tâches de l'APD par l'adaptation de l'article 4, § 1^{er}, premier alinéa de la LCA, impliquant que l'APD ne semble plus être compétente que pour le contrôle du respect du RGPD et pas des législations nationales qui garantissent le droit à la protection des données. En vertu du RGPD (sans préjudice de l'article 2 du RGPD), l'APD est compétente pour tous les traitements de données. La formulation proposée crée une insécurité juridique concernant la question de savoir dans quelle mesure l'APD peut également se prononcer sur des traitements de données qui ont été définis dans des lois nationales particulières, ce qui - vu le RGPD - n'est pas permis. Il serait préférable d'ajouter que l'APD est également compétente à l'égard d'autres

législations, dans la mesure où celles-ci contiennent des dispositions concernant la protection des données à caractère personnel.

28. **En conclusion** : les objections relevant du droit européen sont toutes liées aux exigences d'un contrôleur indépendant, conformément à l'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, aux articles 51-54 du RGPD et à la jurisprudence de la Cour européenne de justice¹⁰. Ce système peut pour le moins conduire à une "obéissance anticipée" à la Chambre des représentants et donc à la majorité politique du moment, et aux intérêts qui y sont liés. La Cour européenne de justice a déjà jugé que "le seul risque" d'une influence politique suffit pour entraver l'exercice indépendant des missions des autorités de contrôle nationales¹¹.

IV. FONCTIONNEMENT DU COMITÉ DE DIRECTION

29. L'Avant-projet vise clairement **une plus grande unité et une plus grande cohérence** dans le fonctionnement et les décisions du Comité de direction, ce à quoi souscrit pleinement l'APD.

30. Il est extrêmement important pour l'APD que le Comité de direction soit reconnu en tant qu' organe le plus élevé de l'APD et soit également organisé de manière à ce que cet organe puisse décider de manière concluante. Il convient en outre d'attribuer au Président un rôle de gestion et de gouvernance clair (ex. représentation, voir ci-dessous), dans les limites définies par le Comité de direction. Une régression ou un affaiblissement de plus dans ces domaines est inacceptable.

31. **Premièrement**, cela signifie que le Comité de direction doit pouvoir décider à la majorité ordinaire, la loi pouvant définir qu'en cas de décisions de nature plus stratégique, il faut rechercher un consensus de tous les membres (mais sans ce que soit obligatoire). Quoi qu'il en soit, tout risque (supplémentaire) potentiel de blocage ou de difficultés supplémentaires concernant le processus décisionnel efficace doit être évité.

32. **Deuxièmement**, l'Avant-projet accorde à juste titre au Comité de direction une compétence résiduaire dans les cas où il n'est pas établi quel organe est compétent. En pareils cas, le Comité de direction ne doit évidemment pas exercer lui-même cette compétence imprécise (comme semble l'affirmer l'Avant-projet) mais la confier à un ou plusieurs organes. En vertu de l'exigence

¹⁰ Notamment les affaires C-518/07, C-614/10 et C-288/12.

¹¹ Voir par ex. C-288/12, Commission c. Hongrie, § 53 et les références qui y figurent.

d'indépendance, le Comité de direction doit en effet disposer de la plus grande autonomie possible pour définir son fonctionnement intrinsèque.

33. **Troisièmement**, le Comité de direction devra pouvoir prendre certaines décisions de fond ou pouvoir émettre une opinion décisive si d'autres organes adoptent des points de vue ayant des conséquences stratégiques pour plusieurs organes ("dossiers stratégiques"). On peut penser ici par exemple à des notes stratégiques d'un service ou à des positions de fond ayant un impact sur d'autres services. Ce droit du Comité de direction (parfois également appelé droit d'évocation) ne s'applique pas aux dossiers dans des affaires individuelles au sein du Service d'Inspection ou de la Chambre Contentieuse, ni aux décisions dans d'autres affaires concrètes dans des avis sur une législation ou dans des analyses d'impact relatives à la protection des données.

34. **Quatrièmement**, l'APD estime que l'approbation de recommandations - ce qui est actuellement une compétence du Centre de Connaissances et n'est pas modifié suite à l'Avant-projet - devrait être une compétence du Comité de direction, certes à l'initiative et sur proposition du service d'autorisation et d'avis. À cet effet, l'APD propose que le Comité de direction "statue sur les projets de recommandations relatives aux développements sociaux, éthiques, économiques et technologiques qui peuvent avoir une incidence sur les traitements de données à caractère personnel qui sont préparées à l'initiative du service d'autorisation et d'avis ;" (nouveau paragraphe à ajouter à l'article 9 de la LCA (nouveau)).

V. DISPOSITIONS PROCÉDURALES ESSENTIELLES DEVANT FIGURER DANS LA LOI

35. L'APD, notamment le Service d'Inspection et la Chambre Contentieuse, a davantage besoin de plus de procédures dans la loi formelle que de moins de procédures. L'APD demande dès lors de reconsidérer les fondements de l'Avant-projet consistant à supprimer les dispositions procédurales visant à protéger les citoyens et les responsables du traitement. En voici les raisons :

- Au profit de l'APD elle-même : pour éviter les litiges procéduraux dans des procédures au niveau du Service d'Inspection, de la Chambre Contentieuse et - en cas de recours - auprès de la Cour des marchés. La suppression dans la LCA des dispositions procédurales concernant la Chambre Contentieuse engendrera, selon toute probabilité, de nombreuses discussions devant la Cour des marchés, surtout vu la grande importance que la Cour accorde au respect des exigences de forme et la forte disposition de la Cour à annuler pour des motifs de procédure.
- Au profit des parties (surtout des plaignants et des responsables du traitement), concernant les principes de légalité et de sécurité juridique, la prévisibilité et les normes essentielles dans une loi formelle, voir les articles 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

européenne et 6 de la CEDH. Les exigences minimales doivent figurer dans la loi proprement dite ("fair trial").

36. À cet égard, l'APD propose d'au moins régir les aspects procéduraux suivants dans la LCA.

37. **Premièrement**, une disposition liée à l'emploi des langues dans le cadre de procédures devant l'APD. L'actuel article 57 de la LCA est très général et cela donne lieu, dans la pratique, à des problèmes en ce qui concerne des procédures multilingues devant le Service d'Inspection et la Chambre Contentieuse. En outre, il règne une imprécision et un désaccord concernant l'applicabilité d'une autre législation linguistique à la Chambre Contentieuse.

38. **Deuxièmement**, des dispositions liées au filtrage et à la déclaration de recevabilité des plaintes : l'APD renvoie à cet égard aux propositions de modification de la LCA introduites précédemment. Les conditions de recevabilité pour les plaintes reprises dans l'actuelle LCA (art. 58-60) sont très limitées et impliquent que de très nombreuses plaintes passent au travers de ce filtre et sont transmises à la Chambre Contentieuse pour y être traitées, laquelle devra les classer sans suite ultérieurement. Il conviendrait à cet effet :

- d'ajouter plusieurs conditions de recevabilité supplémentaires dans la LCA ;
- de prévoir une compétence plus large de filtrage et de faciliter le règlement (possibilité de convertir la plainte en médiation, adresser des mises en demeure, proposer des arrangements, etc.) pour le Service de Première Ligne ou - de préférence - pour le Service d'Inspection (voir la proposition de réforme de la procédure de plaintes telle que transmise précédemment par l'APD).

39. **Troisièmement**, pour des raisons d'efficacité, la procédure de plaintes doit être menée au sein de deux directions (le Service d'Inspection et la Chambre Contentieuse) plutôt que trois, comme c'est le cas actuellement. Il faut éviter une fragmentation inutile.

40. **Quatrièmement**, préciser le rôle du plaignant dans la procédure auprès de l'APD. Actuellement, le plaignant a un rôle très important et très actif dans la procédure auprès de l'APD, ce qui complique la fluidité du traitement des dossiers.

41. **Cinquièmement**, la Chambre Contentieuse doit pouvoir apporter des considérations d'opportunité dans la décision. Cela doit être établi dans la loi afin d'éviter les discussions.

42. La proposition précédente d'adaptation limitée du chapitre Chambre Contentieuse pourrait servir de base (Note de points de vue transmise en avril 2021 au Secrétaire d'État, au Ministre de la Justice et au Parlement).

VI. NOUVELLES COMPÉTENCES DU SERVICE D'AUTORISATION ET D'AVIS

43. L'Avant-projet attribue des tâches actuelles de directions existantes (surtout le Secrétariat Général et le Centre de Connaissances) au nouveau service d'autorisation et d'avis.

44. Deux nouvelles tâches de ce service d'autorisation et d'avis, à savoir émettre des autorisations préalables concernant des traitements de données effectués par un responsable du traitement du secteur public dans le cadre de ses missions d'intérêt public et autoriser l'accès aux métadonnées de communications relatives au trafic ou à la localisation, sont problématiques :

- l'utilité de confier de telles tâches à l'APD n'est pas démontrée ;
- les responsables du traitement, tant du secteur public que du secteur privé, peuvent déjà consulter préalablement l'APD concernant des traitements à risques via une analyse d'impact relative à la protection des données ;
- ces tâches sont incompatibles avec les missions de contrôle de l'APD : un plaignant mettra en cause l'impartialité de l'APD s'il s'avère que le responsable du traitement en question invoque une autorisation d'un organe de cette même APD ;
- un traitement ultérieur présentant un risque grave pour les droits et libertés (communication de métadonnées) requiert que le législateur régisse l'accès aux données de manière adéquate (principe de légalité : quelles données, pour quelle finalité, anonymes ou non, pseudonymisées ou non) plutôt que d'élaborer un système d'autorisation ;
- l'APD n'a actuellement ni les connaissances, ni les moyens de remplir cette mission d'autorisation.

Vous trouverez les développements du présent courrier ainsi que d'autres recommandations en annexe.

Au nom du Comité de direction

David Stevens
Président