

ADVIES Nr 33 / 1999 van 13 december 1999

O. Ref. : 10 / A / 1999 / 036

BETREFT : Wetsontwerpen inzake informaticacriminaliteit.

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer,

Gelet op de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, zoals gewijzigd door de wet van 11 december 1998 tot omzetting van de richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens, inzonderheid op artikel 29;

Gelet op het verslag van de heren DE SCHUTTER EN POULLET;

Brengt uit eigen beweging op 13 december 1999 het volgende advies uit :

1. Voorgeschiedenis

Op 30 november 1999 werd de Voorzitter van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer uitgenodigd om zich uit te drukken op een hoorzitting in de Kamercommissie Justitie over twee, door de ministers van Justitie, van Telecommunicatie en Overheidsbedrijven en Participaties en van Economie gezamenlijk ingediende ontwerpen van wet inzake informaticacriminaliteit (*Parl. St.*, Kamer, gewone zitting, 1999-2000, nr. 213/1 en 214/1) ⁽¹⁾. Voorliggend advies volgt op deze hoorzitting.

2. Voorstelling van de wetsontwerpen

De wetsontwerpen inzake informaticacriminaliteit beogen het strafbaar stellen van feiten die de vertrouwelijkheid, de integriteit en de beschikbaarheid aantasten van informaticasystemen of van gegevens die opgeslagen, verwerkt of overgedragen worden door middel van deze systemen ⁽²⁾.

Hiertoe wordt voorzien in het invoegen van een nieuwe titel in het Strafwetboek dat bepaalde wanbedrijven zoals de valsheid in informatica, de ongeoorloofde toegang tot een systeem of de data- en informaticasabotage strafbaar stelt.

Verder voorzien de wetsontwerpen in nieuwe opsporingstechnieken zoals databaseslag, medewerkingsverplichtingen, netwerkzoekend en interceptie van communicatie.

3. Opmerkingen van de Commissie

A. Algemene opmerkingen

1. De Commissie benadrukt dat de twee wetsontwerpen die in voorliggend advies besproken worden, een aanvulling zijn voor een reeks andere, reeds genomen bepalingen waarvoor haar advies gevraagd werd.

In het bijzonder vermelden we :

- de artikelen 202 en 203 van de wet van 21 december 1994, onder meer betreffende de technische medewerking van de operatoren met het oog op de uitvoering van gerechtelijke maatregelen van af luisteren (advies nr. 17/97 van 9 juli 1997);
- het ontwerp van wet betreffende de toegang tot en het opsporen van nummers van communicatie- of telecommunicatiemiddelen en houdende wijziging van de artikelen 90ter, 90quater, 90sexies, en 90septies van het Wetboek van Strafvordering (advies nr. 09/97 van 20 maart 1997);
- de amendementen op de wet van 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het af luisteren, kennismaken en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie (advies nr. 34/97 van 27 november 1997);

¹ Hierna : nrs. 213/1 en 214/1.

² Zie daaromtrent de werkzaamheden van de Raad van Europa (met name *La criminalité informatique*, voorwoord van August Bequai, Straatsburg, 1990) en van de Verenigde Naties.

- het ontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van de bepalingen van de wet van 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennismaken en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie en van artikel 109ter E, § 2 van de wet van 22 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (advies nr. 12/99 van 24 maart 1999).

In deze context verwondert de Commissie zich er over dat zij niet gevat werd betreffende de wetsontwerpen nrs. 213/1 en 214/1 vóór de bespreking in het Parlement. De vorige adviezen die de Commissie uitbracht, benadrukten immers het belang van sommige ontwerpbeperkingen op het vlak van de persoonlijke levenssfeer ⁽³⁾.

De Commissie wenst de aandacht van de wetgever te vestigen op het feit dat zowel sommige bepalingen van het wetsontwerp nr. 213/1 als bijna alle bepalingen van het ontwerp nr. 214/1 gevolgen kunnen hebben op het vlak van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Menige ontwerpbeperking (zoeking en databeslag, opsporing en interceptie van telecommunicatie...) kunnen immers persoonsgegevens impliceren. De relevante bepalingen op het vlak van de persoonlijke levenssfeer zijn van toepassing op al deze gegevens.

2. Laten we vanaf het begin het belang van het proportionaliteitsbeginsel benadrukken.

Zowel de internationale teksten inzake de bescherming van de persoonsgegevens als ook de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (hierna : de wet van 8 december 1992 ⁽⁴⁾) leggen de nadruk op de strikte eerbiediging van dit beginsel.

In dit opzicht, en in een gelijkaardige context, had de Commissie reeds in herinnering gebracht dat "dergelijke technische maatregelen niet voor gevolg mogen hebben het opsporen of preventief onderscheppen te wettigen, dat ze er niet toe kunnen leiden dat de openbare overheden over informatie beschikken die niet evenredig is met deze nodig in het kader van het onderzoek, en, tenslotte, dat ze de strikt uitzonderlijke aard van de tap moeten eerbiedigen" (advies nr. 09/97, nr. 12/99). Deze opmerking geldt in het bijzonder voor de ontwerp-artikelen 39bis, 88ter, 88quater en 109ter van het Wetboek van Strafvordering (van het wetsontwerp nr. 214/1, hieronder uiteengezet).

De Commissie herinnert eraan dat de toegang tot informaticasystemen (artikel 88ter), tot informatie waardoor de methodes die de vertrouwelijkheid van de gegevens waarborgen, opgeheven kunnen worden (cryptografie) (artikel 88quater) of tot de gegevensbanken die het gebruik van de diensten bijhouden (artikel 109ter, E, ontwerp tot wijziging), niet mag leiden tot het verzamelen van meer informatie dan strikt noodzakelijk is voor een onderzoek; deze bepalingen staan niet toe dat er algemene toezichtmethodes gebruikt worden die los staan van een onderzoek naar specifieke misdrijven. Zodoende zou het mogelijk zijn om door raadpleging van de gegevensbank waarin de toegangen van een persoon tot zijn access provider bijgehouden wordt, alle sites op te sporen die door deze persoon bezocht werden, terwijl men slechts zijn verbinding met een specifieke site beoogt. Zo is het eveneens mogelijk om, als men beschikt over de door iemand gebruikte encryptiesleutel, toegang te hebben tot alle door deze persoon verstuurd berichten, of ook, als men beschikt over de toegangscode van een geneesheer, toegang te hebben tot alle gegevens voorkomende op een chipkaart in verband met gezondheid.

³ In het kader van de vernoemde adviezen inzake de teksten betreffende de interceptie van telecommunicatie en het afluisteren, heeft de Commissie systematisch de wens uitgedrukt om hierover geraadpleegd te worden.

⁴ Deze wet werd gewijzigd door de wet van 11 december 1998 tot omzetting van de richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens. Deze wet is momenteel nog niet in werking getreden maar de Commissie beveelt aan om, gelet op het principe van directe werking van de Europese richtlijn, waarvan de omzettingstermijn verstreken is, zoveel mogelijk te anticiperen op bepaalde, door deze wet aangebrachte wijzigingen. In dit bijzonder geval gaat het hoofdzakelijk om een wijziging van de terminologie.

3. Het moet bovendien duidelijk zijn dat het geheel van bepalingen van de wet van 8 december 1992 van toepassing is op alle persoonsgegevens waarop de ontwerpbevestigingen betrekking hebben. We vermelden hier niet alleen hetgeen door artikel 4 bepaald wordt (finaliteit, proportionaliteit, pertinentie, beperkte bewaartijd), maar ook door artikel 16 (veiligheid). De Commissie is van oordeel dat men duidelijk in de ontwerptekst zou moeten vermelden dat deze wet van toepassing is ⁽⁵⁾. Deze vermelding zou op zijn minst in de memorie van toelichting moeten voorkomen. De Commissie merkt niettemin op dat het ontwerp zelf onrechtstreeks het aspect "bescherming van persoonsgegevens" erkent, door in maatregelen te voorzien die de toegang beperken (artikel 39*bis*, § 2), en in waarborgen op het vlak van de integriteit en de confidentialiteit (artikel 39*bis*, § 6).

4. Met betrekking tot de toepasbaarheid van de wet van 8 december 1992 stelt zich nog de vraag van het gebruik van de concepten die in de ontwerptekst worden gebruikt in vergelijking met die van de wet van 8 december 1992 (zie *infra*) : hoe kunnen de door de ontwerpteksten geformuleerde wanbedrijven en de in de wet van 8 december 1992 vastgelegde en bestrafte wanbedrijven gearticuleerd worden ? ⁽⁶⁾ De Commissie vraagt zich af of de wetgever de cumulatie van kwalificaties en misschien straffen op het oog heeft, of overweegt voorrang te geven aan één wetgeving, en in dat geval, aan welke.

5. Verder wenst de Commissie de aandacht van de wetgever te vestigen op het feit dat de ontwerpteksten het volgende probleem niet regelen : in welke mate zullen bepaalde verantwoordelijken van informaticasystemen de regel van het beroepsgeheim (advocaten, geneesheren ...) kunnen invoeren ? Het bewaren van het beroepsgeheim ten overstaan van een onderzoek waarvoor de toegang tot een informaticasysteem noodzakelijk is, impliceert specifieke voorzorgsmaatregelen waarvoor eveneens een regeling zou moeten getroffen worden.

In dit opzicht herinnert de Commissie aan het voorschrift van artikel 90*octies* van het Wetboek van Strafvordering : "de maatregel kan alleen betrekking hebben op de lokalen aangewend voor beroepsdoeleinden, de woonplaats of de communicatie- of telecommunicatiemiddelen van een advocaat of een arts, indien deze er zelf van verdacht worden een van de strafbare feiten bedoeld in artikel 90*ter* te hebben gepleegd of eraan deelgenomen te hebben, of, indien precieze feiten doen vermoeden dat derden die ervan verdacht worden een van de strafbare feiten bedoeld in artikel 90*ter* te hebben gepleegd, gebruik maken van diens lokalen, woonplaats of communicatie- of telecommunicatiemiddelen. De maatregel mag niet ten uitvoer worden gelegd, zonder dat, naargelang van het geval, de stafhouder of de vertegenwoordiger van de provinciale orde van geneesheren ervan op de hoogte is. [...]"

De Commissie is enerzijds van mening dat men zou moeten voorzien in dergelijke interventieprocedures - met inbegrip van de door beroepsverenigingen ondernomen interventies ⁽⁷⁾ - in alle specifieke, door de wetsontwerpen die het onderwerp van voorliggend advies uitmaken, beoogde gevallen (cf. *infra*). Anderzijds meent zij dat er voorzorgsmaatregelen bepaald moeten worden voor andere beroepscategorieën dan enkel de geneesheren en advocaten ⁽⁸⁾.

⁵ Cf. *infra* artikel 2.

⁶ Aldus zou de "valsheid in informatica" uit ontwerpartikel 210*bis* van het Strafwetboek, indien zij betrekking heeft op persoonsgegevens, kunnen overeenkomen met de verwerking van onjuiste persoonsgegevens (artikel 39, 1° van de wet van 8 december 1992), of met de verstrekking van onjuiste inlichtingen wanneer de betrokken persoon zijn recht van toegang uitoefent (artikel 39, 5°).

Informaticabedrog (ontwerpartikel 504*quater*) of hacking (ontwerpartikel 550*bis*) zouden kunnen overeenkomen met de indringing in een bestand, met een onwettige verwerking, of zelfs met een afwijking van finaliteit.

⁷ Zodoende zou men zich kunnen voorstellen dat een lid van de Raad van de Orde van Geneesheren of van Advocaten aanwezig is tijdens het optreden van de gerechtelijke instanties.

⁸ Zie niettemin in dit opzicht de rechtspraak van het Arbitragehof, dat de niet-uitbreiding van de bescherming tot andere, eveneens aan het beroepsgeheim onderworpen beroepen, in overeenstemming verklaarde met het gelijkheidsprincipe (arrest nr. 26/96 van 27 maart 1996).

6. Kortom, de risico's op ontsporing en de mogelijkheid om een systeem van algemene politietoezicht in te voeren op basis van de ontwerpbepalingen, maken een strikte herinnering aan de wettigheids- (cf. *infra*) en proportionaliteitsbeginselen noodzakelijk. Het lijkt eveneens wenselijk dat deze specifieke gerechtelijke praktijk geëvalueerd wordt en dat deze evaluatie opgenomen wordt in een binnen de drie jaar op te stellen verslag. Dit verslag zou aan de Commissie moeten bezorgd worden, opdat zij hierop kan reageren op grond van de wettelijke beginselen waarover zij moet waken. De met deze evaluatie belaste instantie of dienst zou rekening moeten houden met specifieke, door de Commissie vooraf te bepalen, criteria.

B. Artikelsgewijze commentaar

Betreffende het ontwerp nr. 213/1 beperkt de Commissie zich tot het benadrukken van het belang van dit wetsontwerp dat een bijdrage levert tot de bescherming van de persoonsgegevens en in het bijzonder tot de veiligheid van de persoonsgegevens.

De onder dit deel B door de Commissie geformuleerde commentaar spitst zich toe op het ontwerp nr. 214/1.

Artikel 2

Artikel 2 van het ontwerp voegt een nieuw artikel 39*bis* in het Wetboek van Strafvordering in.

Vanuit het standpunt van de bescherming van de persoonsgegevens, is de Commissie van oordeel dat het probleem veroorzaakt door de inbeslagname of de kopie op bepaalde informatiedragers van de in een informaticasysteem opgeslagen gegevens, als volgt luidt. Het zal in de praktijk dikwijls moeilijk zijn om zich tijdens een inbeslagname of kopie te beperken tot enkel die gegevens betreffende vervolgte personen, zoals de strikte toepassing van het proportionaliteitsbeginsel het vereist.

De Commissie meent bijgevolg dat het onontbeerlijk is dat :

- 1) de maatregel tot inbeslagname of kopie op nauwkeurige wijze de misdrijven aangeeft, waarvan de vervolging de inbeslagname of kopie vereist, alsmede, voorzover mogelijk, de verdachte personen;
- 2) voorzover mogelijk de kopie of inbeslagname beperkt zou moeten worden tot enkel die gegevens;
- 3) indien dat niet mogelijk is, de andere gegevens in de gerechtelijke gegevensbank gewist zouden worden, of dat gewaarborgd wordt dat deze gegevens niet gebruikt zullen worden door de gerechtelijke autoriteiten.

Bovendien stelt de Commissie voor dat er in dit artikel uitdrukkelijk wordt verwezen naar de toepasbaarheid van de wet van 8 december 1992.

Artikel 3

Artikel 3 voegt een artikel 88*ter* in het Wetboek van Strafvordering in.

De Commissie is van oordeel dat de uitbreiding van de huiszoeking naar andere informaticasystemen slechts zou mogen plaatsvinden indien de drie in de voorgestelde bepaling genoemde voorwaarden cumulatief aanwezig zijn. Een motivatie van de aanwezigheid van deze drie voorwaarden zou moeten bestaan en onderzocht kunnen worden in de gevallen dat er betwisting zou bestaan over de uitbreidingsmaatregel.

De Commissie merkt op dat het tweede lid van dit artikel aan nauwkeurigheid ontbreekt voorzover de door dit lid beoogde personen via open systemen zoals het Internet toegang hebben tot een groot aantal sites. Het zou bijgevolg nuttig zijn om te preciseren dat men alleen de uitbreiding beoogt tot die systemen waartoe de gemachtigde personen "*in het bijzonder*" toegang hebben krachtens een bijzondere machtiging.

Het in het derde lid gebruikte begrip "*verantwoordelijke van het informaticasysteem*" wordt nergens omschreven. Een dergelijke onnauwkeurigheid zou onjuistheden en misverstanden kunnen scheppen. Gaat het om de technisch of burgerlijk verantwoordelijke of om de verantwoordelijke ten opzichte van een specifieke wetgeving zoals die betreffende de bescherming van persoonsgegevens? Artikel 1, § 4 van de wet van 8 december 1992, zoals gewijzigd door de wet van 11 december 1998, omschrijft de verantwoordelijke voor de verwerking als "de natuurlijke persoon of rechtspersoon, de feitelijke vereniging of het openbaar bestuur [...] die alleen of samen met anderen het doel en de middelen voor de verwerking van gegevens bepaalt". De Commissie is van mening dat het wetsontwerp aanwijzingen zou moeten leveren betreffende het begrip "*verantwoordelijke van het informaticasysteem*".

De Commissie merkt tenslotte op dat de uitbreiding van de zoeking toelaat om de "*nuttige*" gegevens te verzamelen voor dezelfde finaliteiten als voor de inbeslagname. Deze uitgebreide mogelijkheid tot verzameling van gegevens lijkt niet conform het proportionaliteitsbeginsel. De wet van 8 december 1992 bepaalt evenwel criteria van relevantie, toereikendheid en niet-overmatigheid die veeleisender lijken op het vlak van de bescherming van persoonsgegevens.

Artikel 4

Artikel 4 voegt een artikel 88*quater* in het Wetboek van Strafvordering in.

De Commissie merkt op dat dit artikel voorziet in een opdracht door de onderzoeksrechter aan een officier van gerechtelijke politie. Zij stelt voor om eraan toe te voegen dat dit schriftelijk moet gebeuren.

Krachtens het tweede lid breidt de medewerkingsverplichting zich uit tot "iedere relevante persoon", uitgezonderd de verdachte en zijn naasten. De Commissie vraagt zich af wat de gevolgen zullen zijn indien de verdachte een rechtspersoon is. Wordt een orgaan of een aangestelde beschermd door de regel van zelfincriminatie? De in de memorie van toelichting⁽⁹⁾ gegeven voorbeelden zijn vaak extern aan een onderneming en de situatie van vernoemde personen blijft onduidelijk.

Tenslotte meent de Commissie eveneens dat het, zowel wat het eerste als ook het tweede lid betreft, van belang zou zijn om te waken over de eerbiediging van het beroepsgeheim (cf. *supra*).

Artikel 7

Artikel 7 vult artikel 90*quater* van het Wetboek van Strafvordering aan door er een vierde lid in te voegen.

Deze bepaling regelt de medewerking van de personen verbonden aan een telecommunicatiedienst en die gevorderd kunnen worden inlichtingen te verschaffen over de werking van het systeem of over de wijze om in een verstaanbare vorm toegang te verkrijgen tot de inhoud van de telecommunicatie. De tekst voegt er gelukkig aan toe dat dit moet gebeuren "*voorzover dit in hun mogelijkheden ligt*". We stuiten hier op het probleem van een verplichting tot decrypteren die moeilijk zal kunnen nagekomen worden indien het initiatief tot encryptie niet van de operator maar wel van de gebruiker uitgaat (cf. advies nr. 12/99, blz. 6).

⁹ *Parl. St.*, Kamer, gewone zitting, 1999-2000, nrs. 213/1 en 214/1, blz. 27.

Bovendien laat de bepaling, zoals deze is opgesteld (¹⁰) de onderzoeksrechter niet alleen toe om de voor de decodering of het decrypteren noodzakelijke gegevens betreffende de verdachte communicaties te verkrijgen, maar van alle telecommunicaties van alle gebruikers van de dienst die dossiers beschermt of encrypteert.

Bijgevolg is de Commissie van mening dat men moet waken over de eerbiediging van het proportionaliteitsbeginsel en dat de decodering of het decrypteren uitgevoerd moet worden door de persoon die kennis heeft van de methode van encrypteren of codering zonder dat er noodzakelijkerwijze een overdracht is van de inlichtingen betreffende de decodering of het decrypteren.

Bovendien acht de Commissie het nuttig dat enkel bepaalde personen binnen de instellingen die gegevens kunnen beschermen of encrypteren, door de onderzoeksrechter gecontacteerd kunnen worden, en dit op zodanige wijze dat de risico's op verspreiding van de genomen maatregelen en onderzoeksresultaten niet groter worden. Deze door de instellingen aangewezen personen zouden aan het beroepsgeheim onderworpen zijn (cf. de "Coördinatiecél Justitie" voorgesteld door het ontwerp van koninklijk besluit ter uitvoering van artikel 109^{ter}, E van de wet van 21 maart 1991).

Bovendien werpt deze bepaling eveneens het probleem op van het beroepsgeheim dat bepaalde personen zouden kunnen inroepen ten overstaan van de onderzoeksrechter (cf. *supra*).

Artikel 8

Artikel 8 breidt de modaliteiten uit van de bewaring van gegevens bij het Parket.

Aangezien dat persoonsgegevens niet van deze bewaring uitgesloten worden, meent de Commissie dat men bij voorkeur moet verduidelijken dat de middelen "moeten", en niet "mogen" aangewend worden voor de integriteit en de vertrouwelijkheid.

De Commissie is van oordeel dat het gaat om een nieuwe, aan de wet van 8 december 1992 onderworpen, verwerking van persoonsgegevens. Bijgevolg zou, gelet op de aard van sommige te bewaren gegevens, het koninklijk besluit dat de middelen bepaalt aan het advies van de Commissie moeten onderworpen worden.

Artikel 9

Artikel 9 wijzigt artikel 109^{ter}, E van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

De voorgestelde wettelijke bepaling vult een bepaling aan die recent gewijzigd werd door de wet van 10 juni 1998 tot wijziging van de wet van 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennismaken en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie. Deze bepaling stelt dat de Koning, na het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer te hebben ingewonnen, "*de technische middelen [bepaalt] waarmee de operatoren van telecommunicatienetwerken en de verstrekkers van telecommunicatiediensten, in voorkomend geval gezamenlijk, moeten instaan om het opsporen, lokaliseren, afluisteren, kennismaken en opnemen van privé-telecommunicatie [...] mogelijk te maken*".

¹⁰ "De onderzoeksrechter kan personen waarvan hij vermoedt dat ze een bijzondere kennis hebben van de telecommunicatiedienst waarop de bewakingsmaatregel betrekking heeft of van diensten om gegevens, die worden opgeslagen, verwerkt of overgedragen via een informaticasysteem, te beveiligen of te versleutelen, vorderen inlichtingen te verlenen over de werking ervan en over de wijze om in een verstaanbare toegang te verkrijgen tot de inhoud van telecommunicatie die wordt of werd overgebracht.

Indien nodig, kan hij personen bevelen om zelf de inhoud van de telecommunicatie toegankelijk te maken in de door hem gevorderde vorm. Deze personen zijn verplicht hieraan gevolg te geven, voorzover dit in hun mogelijkheden ligt [...]."

De Commissie brengt in herinnering dat zij een haar voorgelegd ontwerp van koninklijk besluit tot omzetting van deze wettelijke bepaling streng bekritiseerd had (advies nr. 12/99 van 24 maart 1999).

Bovendien waarborgt artikel 8 van het Europees verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden de vertrouwelijkheid van de telecommunicatie, met inbegrip van de gegevens betreffende het gebruik van telecommunicatiediensten (¹¹). Artikel 5 van de richtlijn 97/66/EG (¹²) hanteert dezelfde logica. Het principe is dus het verbod op kennisneming behoudens uitzonderingen die strikt afgebakend moeten worden.

De door artikel 29 van de richtlijn 95/46/EG (¹³) opgerichte groep (hierna : groep 29) heeft de in casu toepasbare beginselen in herinnering gebracht in het kader van de aanbevelingen nrs. 2/99 en 3/99 (cf. *supra*).

Op grond van de in deze verschillende teksten naar voren gebrachte commentaar en beginselen, meent de Commissie dat de door ontwerpartikel 109ter ingevoerde maatregelen de verplichte oprichting van databanken van persoonsgegevens met zich mee zal brengen, en belangrijke gevolgen hebben op het vlak van de persoonlijke levenssfeer. De Raad van State had opmerkingen betreffende dit artikel.

1. Wettelijke grondslag

Artikel 22 van de Grondwet bepaalt dat "ieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald. De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht". Met andere woorden, alleen bij wet kunnen enige beperkingen op het recht op eerbiediging van het privé- en het gezinsleven ingesteld worden. De verschillende maatregelen die bijdragen tot het vergemakkelijken van de taak van de bevoegde overheid moeten bijgevolg hun rechtstreekse grondslag vinden in de wet (zie, in dezelfde zin, het advies van de Raad van State, *Parl. St.*, Kamer, gewone zitting, 1999-2000, nrs. 213/1 en 214/1, blz. 55).

Deze verplichting blijkt eveneens uit verschillende internationale teksten. De toepassing van artikel 8 van voornoemd Europees verdrag alsmede van artikel 9, § 2 van het Verdrag nr. 108 van de Raad van Europa, van artikel 13 van de richtlijn 95/46/EG, en van artikel 14 van de richtlijn 97/66/EG, heeft tot gevolg dat de Lid-Staten nauwkeurige voorwaarden moeten vastleggen om maatregelen van inmenging door de politie-, gerechtelijke en veiligheidsdiensten toe te laten. Drie criteria geven de doorslag : de wettelijke grondslag, de noodzakelijkheid in een democratische samenleving en het wettig doeleinde.

Op de kritiek van de Raad van State als zouden de inbreuken op de persoonlijke levenssfeer die voortvloeien uit de verplichting om de gegevens te registreren en te bewaren, hun grond moeten vinden in een wettekst, antwoordt de auteur van de tekst dat de techniciteit van de zaak een dergelijke oplossing in de weg staat.

¹¹ Arrest Malone van 2 augustus 1984, *Publ. Cour*, Série A, blz. 30 en volg.

¹² Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector (hierna : de richtlijn 97/66/EG).

¹³ Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (hierna : de richtlijn 95/46/EG).

Los van het risico dat een dergelijke keuze door het Arbitragehof afgekeurd wordt, wenst de Commissie op te merken dat niets belet om de bewaartijd en de waarborgen op het vlak van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in een wettekst te gieten (wat niets technisch heeft en bijvoorbeeld reeds gedaan werd in de wet op het Centraal Strafregister) en om de middelen van uitsluitend "technische" aard te bepalen bij koninklijk besluit (¹⁴).

Indien men bij de huidige keuze blijft, zou het in ieder geval om een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit moeten gaan en zou het advies van de Commissie op zijn minst vereist moeten worden voor § 2 van 109^{ter} (verplichting voor de verstrekkers van telecommunicatiediensten om de gegevens te registreren en te bewaren) en niet alleen voor § 4 van dat artikel (modaliteiten en middelen om de vertrouwelijkheid en integriteit van de gegevens te waarborgen).

2. Proportionaliteit

i) Noodzakelijkheids criterium

De beoogde gegevens maken het mogelijk om een gegevensbank van niet *a-priori* verdachte personen samen te stellen (zie naar analogie het advies nr. 17/98 houdende een wetsontwerp inzake DNA-onderzoek in strafzaken en het advies nr. 40/97 inzake de proactieve recherche betreffende potentiële ontvoerders van kinderen). Nu, de Commissie brengt in herinnering dat noch de hierboven vermelde internationale teksten, noch de wet van 8 december 1992 (beginselen van proportionaliteit, beperkte bewaartijd, ...) algemene toezichtsmethodes toestaan die los staan van een onderzoek naar specifieke misdrijven (uitgezonderd het zeer specifieke geval van de proactieve recherche, die strikt omkaderd is).

In dit opzicht wenst de Commissie nog te verwijzen naar de rechtspraak van het Europese hof voor de rechten van de mens (¹⁵), die leidt tot het verbieden van de op grote schaal gehanteerde verkennende en algemene toezichtsmethodes op telecommunicatiediensten.

Aldus zou een access provider niet verplicht kunnen worden om systematisch alle oproepen uitgaande van zijn klanten te registreren, maar alleen wanneer een onderzoek wordt ingesteld naar een specifieke persoon. Hij zou ook niet mogen gedwongen worden om een logboek bij te houden van de toegangen die het onderzoek zouden kunnen sterken (¹⁶).

In deze context acht de Commissie het eveneens nuttig om te herinneren aan artikel 2, §2, 2° van Aanbeveling nr. R(95)4 van de Raad van Europa, krachtens hetwelk anonieme middelen voor toegang tot een netwerk en telecommunicatiediensten ter beschikking van de gebruikers zouden gesteld moeten worden.

ii) Toepassingsgebied

Het toepassingsgebied is zeer ruim : de beoogde gegevens slaan op iedereen die gebruik maakt van telecommunicatiediensten. Potentieel betreft het hier de hele bevolking en alle telecommunicatiediensten (een zeer ruime categorie : access providers, toegangspoorten, dienstenverleners, certificaatverstrekkers, de zogenaamde "anonimiserings"-servers ...). In onze samenleving, die steeds meer naar een "informatiemaatschappij" evolueert, is het gebruik van telecommunicatiediensten immers steeds meer verbreid.

¹⁴ In haar advies nr. 12/99 betreffende het af luisteren van telecommunicatieverkeer had de Commissie een wet voorgesteld, of een in Ministerraad overlegd en voorafgaand aan het advies van de Commissie voorgelegd, koninklijk besluit.

¹⁵ Arrest Klass (arrest van 6 september 1978, *Publ. Cour*, Série A, nr. 28, blz. 23 en volg.) en Malone (vernoemd). Zie op dit punt de aanbeveling nr. 2/99 van de bij artikel 29 van de richtlijn 95/46/EG opgerichte groep, betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het kader van de interceptie van telecommunicatieverkeer.

¹⁶ Zie de uitzonderlijk ruime formulering in de memorie van toelichting, blz. 31.

Bovendien zijn de gegevenscategorieën niet nauwkeurig afgebakend (cf. de memorie van toelichting die niet bijdraagt tot de duidelijkheid door *a-priori* bepaalde gegevens te vermelden zonder de andere definitief uit te sluiten (¹⁷)).

iii) Bewaartijd

Aanbeveling nr. 3/99 van de groep 29 vraagt om een bewaartijd vast te leggen die afgestemd wordt op de hoogste beschermingsnorm in de Lid-Staten (¹⁸). Een termijn van drie maanden, zoals toegepast in Duitsland, lijkt in de praktijk voldoende. De Commissie zou zich in ieder geval moeten kunnen uitspreken over deze termijn.

Bovendien kan de Commissie niet instemmen met de in de memorie van toelichting naar voren gebrachte criteria, namelijk enerzijds een uitzonderlijk breed criterium gevormd door de noden van de strafvordering, en anderzijds, de mogelijkheden van de dienstenverstrekkers op technisch en praktisch vlak. Dit laatste komt erop neer dat men een uitbreiding van de maatregelen toestaat op grond van de praktische en technische mogelijkheden. Twee karakteristieken zijn evenwel steeds kenmerkend geweest voor de evolutie van de informatie- en communicatietechnologieën : het toenemen van de snelheid van de informatieverwerking en de kleinere ruimte die noodzakelijk is om deze informatie te verwerken en te bewaren. Indien men deze redenering volgt, zou dus een langere bewaartijd moeten toegestaan worden van zodra dat de techniek dit mogelijk maakt.

3. Aanzetten tot het opstarten van nieuwe verwerkingen

Men merke op dat de ontwerp tekst toestaat dat dienstenverstrekkers verplicht worden de gegevens betreffende de oproepen (wie roept op, wie wordt opgeroepen, identificatiegegevens van de opgeroepene, Internetadres...) te registreren, die zij niet noodzakelijkerwijze zouden registreren voor de uitvoering van hun diensten (met inbegrip van hun facturering). Aldus zouden abonnementsloze mobilofondiensten aan de registratieplicht kunnen onderworpen worden.

Deze evolutie werd reeds gebrandmerkt door de Commissie in haar voorgaande adviezen (advies nr. 34/97 en nr. 12/99), erkennende dat "in het licht van de technologische evolutie, de medewerking van de operatoren van telecommunicatienetwerken en de leveranciers van diensten, voortaan vereist is om de bevolen maatregelen efficiënt te maken. Ze vestigt er echter de aandacht van de wetgever op dat een dergelijke samenwerking aanleiding kan geven tot nieuwe risico's voor de persoonlijke levenssfeer, in zoverre het antwoord op de verzoeken van de openbare overheid nieuwe verwerkingen kan vereisen in hoofde van de operatoren en leveranciers".

De Commissie merkt ook nog op dat de aan de memorie van toelichting toegevoegde rechtvaardigingen, in het bijzonder de mogelijkheid om de netwerken op anonieme wijze te gebruiken, haar niet voldoende lijken en niet met de werkelijkheid overeenkomen. Op dit moment bestaan er veel mogelijkheden om de gebruikers van telecommunicatiediensten op te sporen aan de hand van verschillende gebruikersidentificaties, met name verbonden aan het gebruik van het Internet.

Overeenkomstig zowel artikel 4 van de wet van 8 december 1992 als ook artikel 6, §§ 1 en 2 van de richtlijn 95/46/EG, moet de finaliteit van elke nieuwe verwerking voldoende en uitdrukkelijk gedefinieerd zijn en moet de verwerking proportioneel zijn ten overstaan van deze finaliteit.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld de gegevens betreffende de door een Internetgebruiker bezochte sites, die slechts in bepaalde "uitzonderlijke" situaties zouden mogen bewaard worden. Bovendien zullen andere, *a-priori* uitgesloten gegevens, zoals de lokalisering in het geval van het gebruik van een GSM, over het algemeen bewaard worden tot op het moment dat de facturering niet meer betwist kan worden. Men kan bijgevolg niet definitief uitsluiten dat deze gegevens tijdens deze termijn aan de overheid worden medegedeeld.

¹⁸ Aanbeveling nr. 3/99 van 7 september 1999 over de bewaring van verkeersgegevens door Internetdienstenaanbieders voor wetshandhavingdoeleinden.

Als besluit is de Commissie van oordeel dat het proportionaliteitsbeginsel strikt zou moeten toegepast worden teneinde de oprichting van een opslagplaats te vermijden, waarin meer en meer gegevens verzameld zouden kunnen worden, volgens steeds diversere hypotheses.

Conclusie

De Commissie is van mening :

- dat een wetgeving die de informaticacriminaliteit bestraffen, onrechtstreeks meewerkt aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer voorzover zij bijdraagt tot een grotere veiligheid van de persoonsgegevens (inzonderheid het ontwerp nr. 213/1);
- dat de teksten (inzonderheid het ontwerp nr. 214/1) niettemin geamendeerd zouden moeten worden om rekening te houden met de in voorliggend advies gemaakte opmerkingen;
- dat er een uitdrukkelijke verwijzing naar de toepassing van de wet van 8 december 1992 zou moeten bestaan in het wetsontwerp of tenminste in de memorie van toelichting;
- dat een systeem van follow-up van de voorziene maatregelen ingevoerd zou moeten worden, waarbij de Commissie betrokken wordt, en dat er in ieder geval binnen een termijn van drie jaar een evaluatie zou moeten plaatsvinden, waaraan de Commissie zou moeten deelnemen (formuleren van specifieke criteria voor de instantie belast met de evaluatie, mededeling van het evaluatieverslag aan de Commissie);
- dat zij dient gevat betreffende ieder ontwerp van koninklijk besluit ter uitvoering van deze teksten.

De secretaris,

De voorzitter,

(get.) M.- H. BOULANGER

(get.) P. THOMAS