



**Advies nr 33/2015 van 9 september.2015**

**Betref:** Adviesaanvraag inzake het voorontwerp van wet betreffende de bewaring van gegevens in de elektronische communicatiesector (CO-A-2015-040)

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* (hierna WVP), inzonderheid artikel 29;

Gelet op het verzoek om advies van de Minister van Justitie, dhr. Koen Geens ontvangen op 28/07/2015;

Gelet op het verslag van dhr. Willem Debeuckelaere, Voorzitter;

Brengt op 9 september 2015 het volgend advies uit:

## **A. INLEIDING**

1. Op 27 juli 2015 heeft de Minister van Justitie de Commissie verzocht om bij hoogdringendheid advies uit te brengen inzake het voorontwerp van wet betreffende de bewaring van gegevens ('dataretentie') in de elektronische communicatiesector (hierna 'het voorontwerp van wet').
2. De hoogdringendheid wordt afdoende gemotiveerd. De Commissie zal hiernavolgend dan ook bij hoogdringendheid advies uitbrengen inzake voormelde ontwerp, rekening houdend met de informatie waarover ze beschikt.

## **B. VOORGESCHIEDENIS**

3. De Commissie bracht reeds op 2 juli 2008 advies uit (advies nr. 24/2008) betreffende het voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, en betreffende het ontwerp van koninklijk besluit tot vaststelling van de te bewaren gegevens overeenkomstig artikel 126 van de wet van 13 juni 2005, alsook de voorwaarden en de duur van bewaring van de gegevens. Haar toenmalig advies was ongunstig. Vervolgens heeft de Commissie op 1 juli 2009 opnieuw een advies uitgebracht (advies nr. 20/2009) aangaande het voorontwerp van wet en het ontwerp van koninklijk besluit inzake dataretentie, en het ontwerp van koninklijk besluit inzake de medewerkingsplicht. Dit laatste advies was gunstig, mits rekening werd gehouden met een aantal voorwaarden.
4. De zogenaamde 'dataretentierichtlijn' 2006/24/EG werd vervolgens omgezet in Belgisch recht door de wet van 30 juli 2013 houdende wijziging van de artikelen 2, 126 en 145 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en van artikel 90decies van het wetboek van strafvordering.
5. De richtlijn 2006/24/EG werd echter op 8 april 2014 door het Europees Hof van Justitie<sup>1</sup> vernietigd. Het Hof stelde dat de richtlijn een zeer ruime en bijzonder zware inmenging vormt in de door artikelen 7 en 8 van het EU-Handvest gewaarborgde rechten. Deze dataretentie beantwoordt volgens het Hof wel degelijk aan een doel van algemeen belang, en vormt een waardevol instrument bij strafonderzoeken. Omwille van deze zware inmenging, dient de richtlijn evenwel duidelijke en precieze regels op te leggen die minimale vereisten opleggen betreffende de draagwijdte en de toepassing van de betrokken

---

<sup>1</sup> Europees Hof van Justitie, 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12;

maatregelen, zodat de personen van wie de gegevens zijn bewaard voldoende garanties hebben dat hun persoonsgegevens doeltreffend worden beschermd tegen het risico van misbruik en tegen elke onrechtmatige raadpleging en elk onrechtmatig gebruik van deze gegevens.

6. Het Hof meent dat de richtlijn over onvoldoende garanties beschikt, en baseerde zich hiervoor op de volgende argumenten : 1) de richtlijn is algemeen van toepassing op alle personen die gebruik maken van elektronische communicatiediensten, zonder onderscheid, ook al vertoont hun gedrag geen verband met zware criminaliteit, en ook al vallen zij onder het beroepsgeheim; 2) er zijn geen beperkingen, noch objectieve criteria ter begrenzing van de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens en het latere gebruik ervan; de toegang is evenmin onderworpen aan enige voorafgaande controle door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke administratieve instantie; 3) de bewaringstermijn maakt geen onderscheid tussen de categorieën van gegevens naargelang het nut ervan voor het nagestreefde doel of naargelang de betrokken personen, en hij varieert tussen 6 en 24 maanden, zonder dat wordt gepreciseerd dat de termijn op basis van objectieve criteria moet worden vastgesteld om te waarborgen dat hij is beperkt tot wat strikt noodzakelijk is; 4) de richtlijn waarborgt niet dat de aanbieders van elektronische communicatiediensten via technische en organisatorische maatregelen een bijzonder hoog niveau van bescherming en beveiliging bieden, en waarborgt niet dat de gegevens na verloop van de bewaarperiode onherroepelijk worden vernietigd; verder schrijft de richtlijn niet voor dat de gegevens op het grondgebied van de EU moeten worden bewaard, opdat een onafhankelijke autoriteit toezicht zou kunnen uitoefenen op de vereisten inzake bescherming en beveiliging.
7. Op 11 juni 2015 vernietigde vervolgens het Grondwettelijk Hof<sup>2</sup> voormelde wet van 30 juli 2013 wegens schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 7 en 8 van het EU-Handvest. Het Hof baseerde zich hiervoor grotendeels op de voormelde argumentatie vanwege het Europees Hof van Justitie, aangezien zij vooreerst het ruime toepassingsgebied van de wet hekelt, namelijk de verwerking van alle gegevens, van alle personen. Een tweede kritiek betreft de afwezigheid van enige materiële of procedurele voorwaarde voor de toegang door de autoriteiten tot de bewaarde gegevens. Tenslotte is het voor het Hof problematisch dat de wet voor wat betreft de bewaarperiode geen enkel onderscheid maakt tussen de categorieën van gegevens naargelang hun nut of naar gelang van de betrokken personen.

---

<sup>2</sup> Grondwettelijk Hof, arrest nr. 84/2015 van 11 juni 2015;

## **C. ONDERZOEK VAN DE ADVIESAANVRAAG**

### **C.1. Algemene opmerkingen**

8. Vooreerst dient eraan te worden herinnerd dat het voorontwerp van wet geen betrekking heeft op *de inhoud* van bepaalde elektronische communicaties. Het betreft de gegevens ter identificatie van de gebruiker, betreffende de communicatiediensten die worden verstrekt aan een abonnee, met betrekking tot de toegang tot en de verbinding van de eindapparatuur met het netwerken met de dienst en met betrekking tot de plaats van die apparatuur, de communicatiegegevens, met uitzondering van de inhoud.
9. Overeenkomstig het voormelde arrest van het Europees Hof van Justitie kan de door de richtlijn 2006/24 voorgeschreven bewaring van gegevens daadwerkelijk beantwoorden aan een doel van algemeen belang, i.e. bijdragen aan de openbare veiligheid door bestrijding van ernstige criminaliteit, waaromtrent het Hof opmerkt dat eenieder niet alleen recht heeft op vrijheid, maar ook op veiligheid. Evenwel moeten er voor een dergelijke verregaande inmenging in het privé leven voldoende garanties worden voorzien en dient deze afdoende gemotiveerd te worden voor wat betreft de noodzaak om dergelijke gegevens te bewaren om effectief bij te dragen aan de openbare veiligheid. In de memorie van toelichting<sup>3</sup> wordt uitvoerig aangegeven waarom een dergelijke bewaarplicht noodzakelijk is in strafonderzoeken en onderzoeken met het oog op inlichtingen.
10. Tenslotte kan worden opgemerkt dat de aanbieders van elektronische communicatiediensten ook zonder enige verplichting reeds bepaalde van deze gegevens bijhouden voor commerciële doeleinden overeenkomstig artikel 122 van de wet van 13 juni 2005, waaronder facturatie. Deze gegevens kunnen heden al worden gebruikt met het oog op het strafonderzoek of met het oog op inlichtingen, onder de voorwaarden waarin is voorzien in de respectievelijke wettelijke kaders.
11. Het komt niet aan de Commissie toe om te oordelen hoe men in de praktijk rekening dient te houden met de voormelde arresten bij de redactie van nieuwe regelgeving. Bepaalde aspecten van voormelde arresten lijken de Commissie evenwel moeilijk toepasbaar te zijn, in het bijzonder het onderscheid op grond van personen, periodes en/of geografische zones. Hieromtrent kan worden verwezen naar de argumentatie in de memorie van toelichting<sup>4</sup>. Evenwel wordt, zoals de Memorie van toelichting<sup>5</sup> aangeeft, in geen van beide arresten

---

<sup>3</sup> Memorie van toelichting, p. 2-7;

<sup>4</sup> Memorie van toelichting, p. 7-11;

<sup>5</sup> Memorie van toelichting, p. 10-11;

geconcludeerd dat slechts één van de vier elementen volstaat om een schending van het evenredigheidsbeginsel in te houden. Indien een bepaald element van de arresten niet kan worden weerhouden, dient dit gecompenseerd te worden door een striktere regeling inzake de andere aspecten.

12. Voor de Commissie zijn de voornaamste aspecten in de dataretentie-regelgeving de tijdsbeperking, de specifieke toegangs -en gebruiksbeperkingen, en technische en organisatorische veiligheidsmaatregelen met de vernietiging van de bewaarde gegevens na afloop van de wettelijke bewaartermijn. Tevens dient rekening te worden gehouden met de rechten van personen die gebonden zijn door een beroepsgeheim. Tenslotte is een parlementaire controle noodzakelijk, evenals een controle door onafhankelijke instanties. Voor dit laatste aspect is de opslag van de bewaarde gegevens in België van wezenlijk belang. Deze punten worden hiernavolgend meegenomen bij de artikelsgewijze bespreking van het voorontwerp van wet.

## **C.2. Artikelsgewijze bespreking**

13. Hiernavolgend zal de Commissie overgaan tot een artikelsgewijze bespreking van het voorontwerp van wet. Enkel de artikelen waaromtrent er opmerkingen zijn worden behandeld.

### Artikel 4

14. De nieuwe versie van artikel 126 wordt overeenkomstig de memorie van toelichting genomen op basis van artikel 15.1 van Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector van de elektronische communicatie. Dit artikel biedt de lidstaten de mogelijkheid om reglementaire maatregelen aan te nemen om gegevens gedurende een beperkte periode te bewaren wanneer zulks gerechtvaardigd is om een van de redenen die in dit artikel worden genoemd, i.e. de staatsveiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van het elektronische-communicatiesysteem als bedoeld in artikel 13, lid 1, van Richtlijn 95/46/EG.
15. Dit artikel is niet van toepassing op de aanbieders en de doorverkopers in de zin van artikel 9, §5 en §6. Dit stemt overeen met hetgeen de Commissie in haar vorige adviezen heeft gevraagd.

16. In paragraaf 1 wordt bepaald dat de gegevens enkel moeten worden bewaard door de betrokken aanbieders en operatoren voor zover deze gegevens door hen worden gegenereerd of behandeld in het kader van de verstrekking van de betrokken communicatiediensten. Wanneer dit niet het geval is, is er geen verplichting om ze te bewaren. Er wordt verduidelijkt dat het artikel geen betrekking heeft op de inhoud van de communicatie.
17. In paragraaf 2 worden vervolgens de overheden opgesomd die de krachtens artikel 126 bewaarde gegevens kunnen verkrijgen. De Commissie verwelkomt deze paragraaf, die meer dan in het verleden zeer duidelijk aangeeft welke overheden voor welke doeleinden toegang kunnen krijgen tot welke welbepaalde gegevens.
18. Verder wordt er verduidelijkt dat de aanbieders en operatoren de krachtens §3 bewaarde gegevens niet mogen gebruiken voor andere doeleinden. Deze gegevens zullen derhalve niet kunnen worden aangewend voor commerciële doeleinden. De overtreding van deze bepaling wordt bestraft overeenkomstig artikel 7 van het voorontwerp van wet.
19. Paragraaf 3 voorziet vervolgens in specifieke bewaartermijnen, variërend van 2 tot en met 12 maanden. Een van de opmerkingen vanwege het Grondwettelijk Hof betrof immers het feit dat er voor wat betreft de bewaarperiode van de gegevens, geen enkel onderscheid werd gemaakt tussen de categorieën van gegevens op basis van hun eventuele nut voor de nagestreefde doelstelling. Het voorontwerp komt hieraan tegemoet door een onderscheid in te voeren op grond van vier categorieën van gegevens. In haar vorige adviezen heeft de Commissie reeds aangegeven dat een termijn van 12 maanden momenteel voldoende is. In dit opzicht is ook de voorgestelde evaluatie van belang, zie randnummer 23, waarbij de termijn in plus of in min zou kunnen worden aangepast, indien daartoe noodzaak zou bestaan. Tenslotte kan worden verwezen naar de artikelen 8 en 9 van het voorontwerp van wet, waarin in een differentiatie in termijnen wordt voorzien voor het opvragen van gegevens, zie hieromtrent de randnummers 26-30.
20. Paragraaf 3 bepaalt verder dat de Koning de te bewaren gegevens per categorie zal bepalen, alsook de vereisten waaraan die gegevens moeten beantwoorden. De Commissie stelt vast dat in het voorontwerp van wet de categorieën van te bewaren gegevens duidelijker worden gedefinieerd. De uitwerking ervan via kb, kan worden gevolgd, ermee rekening houdend dat de werking van het voorontwerp van wet zal worden geëvalueerd (cfr. infra, randnummer 23), en dat het kb moet worden vastgesteld na overleg in de Ministerraad, en na advies van de Commissie en van het Instituut.

21. In paragraaf 4 worden de veiligheids –en beschermingsmaatregelen bepaald die de operatoren en aanbieders moeten voorzien. Hierin worden bepaalde veiligheidsmaatregelen overgenomen die al in de nietig verklaarde wet stonden, en zijn er daarnaast extra maatregelen toegevoegd.
22. De bewaarde gegevens moeten worden onderworpen aan passende technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen om de gegevens te beveiligen. De gegevens moeten na afloop van de bewaringstermijn worden verwijderd van elke drager, onverminderd de artikelen 122 en 123. De overtreding van deze bepaling wordt bestraft overeenkomstig artikel 7 van het voorontwerp van wet. Enkel indien een bepaald gegeven nog moet worden bewaard op basis van artikel 122 of 123, moet het niet worden vernietigd na afloop van de bewaartermijn voorzien in artikel 126. In dat geval dient het wel te worden vernietigd na afloop van de in de artikelen 122 of 123 voorziene bewaringstermijn. Onder de nieuwe veiligheidsmaatregelen van paragraaf 4 is de bepaling dat de gegevens moeten worden bewaard op het grondgebied van de Europese Unie, overeenkomstig het arrest van het Europees Hof van Justitie. De bewaarde gegevens moeten van bij hun registratie onleesbaar en onbruikbaar worden gemaakt voor elke persoon die niet gemachtigd is om er inzage van te hebben. Tenslotte moet een traceerbaarheid van de exploitatie van de bewaarde gegevens worden ingevoerd met behulp van een logboek. Het BIPT en de Commissie kunnen in het kader van hun controleopdracht de consultatie van dit logboek eisen. De inhoud van het logboek wordt vastgesteld via Koninklijk besluit, na advies van de Commissie en het BIPT. De Commissie stelt vast dat de voormelde maatregelen een verbetering uitmaken van de veiligheids –en beschermingsmaatregelen waarin de operatoren en aanbieders moeten voorzien. Zij noteert tevens dat zij samen met het BIPT verantwoordelijk zal zijn voor de controle op de naleving van de wettelijke bepalingen inzake dataretentie. Het verdient aanbeveling om tussen beide diensten in een samenwerkingsprotocol te voorzien teneinde een afdoende controle te garanderen. Het opstellen van een dergelijk protocol wordt best voorzien in het voorontwerp van wet.
23. De paragrafen 5 en 6 voorzien in een dubbele evaluatie van de wet, zoals de Commissie eveneens reeds in haar vorige adviezen had gevraagd. Enerzijds moet twee jaar na de inwerkingtreding van het toekomstige Koninklijk besluit ter uitvoering van artikel 126, §3 een eenmalige ruime evaluatie worden doorgevoerd. Anderzijds voorziet het voorontwerp van wet ook in een jaarlijks verslag aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers.

Artikel 5

24. Hierdoor wordt een nieuw artikel 126/1 ingevoegd in de wet van 13 juni 2005, hetwelk handelt over de oprichting van een Coördinatiecel bij elke operator of aanbieder. Deze cel wordt belast met het verstrekken aan de wettelijk bevoegde overheden van de gegevens die worden bewaard overeenkomstig de artikelen 122, 123 en 126. Elk lid van deze cel moet het voorwerp uitmaken van een positief veiligheidsadvies, en niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een weigering door de Minister van Justitie. Zij zijn onderworpen aan het beroepsgeheim. Daarnaast dienen de aanbieders en operatoren één of meer aangestelden voor de bescherming van persoonsgegevens aan te wijzen, welke – in tegenstelling tot de nietig verklaarde wet- geen deel mogen uitmaken van de Coördinatiecel. De Commissie kan hiermee instemmen, aangezien de aangestelde hierdoor immers in volle onafhankelijkheid en onpartijdig de werking van de cel kan controleren. Hiervoor is verder nog voorzien dat de uitoefening van zijn opdrachten geen nadelen met zich mag meebrengen, en dat hij de mogelijkheid moet hebben om rechtstreeks te communiceren met het management of het directiecomité.

Artikel 7

25. Het voorontwerp van wet voegt een bijkomende strafbepaling in, die de reeds bestaande strafbepalingen in het strafwetboek aanvult in verband met interne en externe hacking. De hypothese dat een persoon werkzaam in de Coördinatiecel zijn toegangsbevoegdheid niet overschrijdt, maar later onwettig gebruik maakt van de gegevens die hij op een wettelijke en gerechtvaardigde manier heeft bekomen, is nog niet gedekt door de wet. Vandaar dat er een nieuwe incriminatie in de wet wordt ingevoegd, die dit wel voorziet.

Artikel 8

26. Dit artikel voegt een vierde lid toe aan §1 van artikel 46bis van het Wetboek van strafvordering. Hierdoor wordt er in een differentiatie voorzien voor wat betreft de toegang tot de gegevens voorzien in artikel 46bis. Voor bepaalde lichtere misdrijven kunnen deze gegevens slechts opgevraagd worden voor een periode van 6 maand voorafgaand aan de beslissing van de procureur des Konings. De Commissie stelt vast dat deze oplossing tegemoet komt aan de kritieken vanwege het Europees Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof, en een verbetering uitmaakt ten aanzien van de vroegere situatie.



Artikel 9

27. Dit artikel bevat een aantal wijzigingen aan artikel 88bis van het Wetboek van strafvordering, die voorzien in een differentiatie in termijnen voor wat betreft het opvragen van gegevens. Overeenkomstig de Memorie van toelichting zijn deze wijzigingen van drieërlei aard :
- beperking van het toepassingsgebied en de termijnen waarvoor de gegevens opgevraagd kunnen worden;
  - bescherming van het beroepsgeheim van advocaten en artsen;
  - terminologische aanpassingen en aanpassingen aan de voortschrijdende technologische evolutie.
28. Er wordt vooreerst via artikel 9, 1° een proportionaliteitsvereiste ingevoerd door het toepassingsgebied van artikel 88 bis te beperken tot misdrijven waarvoor er ernstige aanwijzingen bestaan dat zij een correctionele hoofdgevangenisstraf van 1 jaar of een zwaardere straf tot gevolg hebben. Daarnaast voorziet artikel 9, 6° dat de bewaartermijn van 12 maanden maar volledig kan worden benut door de onderzoeksrechter ingeval van bepaalde strafbare feiten. Voor andere strafbare feiten kan hij de bewaarde gegevens slechts vorderen voor ene periode van zes maanden voorafgaand aan het bevelschrift. De Commissie stelt vast dat deze proportionaliteitsvereisten een verbetering uitmaken ten aanzien van de vroegere situatie.
29. Tenslotte voorziet artikel 9, 7° in een uitzonderingsmaatregel voor bepaalde beroepsgroepen, ter bescherming van hun beroepsgeheim. Dit maakt eveneens een verbetering uit ten aanzien van de vroegere situatie. De Commissie merkt wel op dat het voorontwerp van wet de beroepsgroep van de journalisten niet heeft opgenomen in deze uitzonderingsmaatregel, hetgeen daarentegen wel is gebeurd in artikel 12 van het voorontwerp van wet. De Commissie vraagt dan ook om tevens de journalisten in deze uitzonderingsmaatregel op te nemen.
30. Artikel 46 bis voorziet in een uitdrukkelijke motivering door de procureur des Konings, waarbij deze motivering de proportionaliteit moet weerspiegelen met inachtneming van de persoonlijke levenssfeer en de subsidiariteit ten opzichte van elke andere onderzoeksdaad. Artikel 88 bis voorziet eenzelfde bepaling voor de onderzoeksrechter.

Artikel 12

31. Dit artikel valt onder hoofdstuk IV. van het voorontwerp van wet dat handelt over de bepalingen tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen –en veiligheidsdiensten. De tekst voorziet in nieuwe bijkomende garanties voor het aanwenden van specifieke methodes door nieuwe vermeldingen op te leggen die in de beslissing van het diensthoofd moeten staan, waaronder de feitelijke omstandigheden die de specifieke methode rechtvaardigen, de motivering inzake subsidiariteit en proportionaliteit en het verband tussen het doel van de methode en de potentiële dreiging. Tevens wordt er voorzien in een bijzondere beschermingsprocedure voor artsen, advocaten en journalisten.

Artikel 13

32. Ook in dit artikel wordt er om tegemoet te komen aan de kritieken vanwege het Europees Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof voorzien in een differentiatie in termijnen waarbinnen verkeers –en lokalisatiegegevens kunnen worden opgevraagd. De Commissie stelt vast dat deze proportionaliteitsvereisten een verbetering uitmaken ten aanzien van de vroegere situatie.

**OM DEZE REDENEN,**

adviseert de Commissie *gunstig* over het huidige voorontwerp van wet, mits rekening wordt gehouden met de opmerkingen geformuleerd in de randnummers 22 en 29.

De wnd. Administrateur,

De Voorzitter,

(get.) An Machtens

(get.) Willem Debeuckelaere