

KONINKRIJK BELGIE



COMMISSIE VOOR DE
BESCHERMING VAN DE
PERSOONLIJKE LEVENSSFEER

Brussel,

Adres : Hallepoortlaan 5 - 8, B-1060 Brussel
Tel. : +32(0)2/542.72.00 E-mail : commission@privacy.fgov.be
Fax.: : +32(0)2/542.72.12 <http://www.privacy.fgov.be/>

ADVIES Nr 08 / 2004 van 14 juni 2004

O. Ref. : SA2 /A / 2004 / 008

BETREFT : Voorontwerp van wet betreffende de elektronische communicatie.

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*, in het bijzonder artikel 29 ;

Gelet op de adviesaanvraag van 19 mei 2004 van de Minister van Economie, Energie, Buitenlandse Handel en Wetenschapsbeleid ;

Gelet op het verslag van de Voorzitter ;

Brengt op 14 juni 2004 het volgend advies uit :

I. ONDERWERP VAN DE ADVIESAANVRAAG

De Minister van Economie, Energie, Buitenlandse Handel en Wetenschapsbeleid raadpleegt de Commissie over een voorontwerp van wet betreffende de elektronische communicatie.

Deze tekst beoogt de omzetting naar het nationaal recht van 6 Europese Richtlijnen. Deze Richtlijnen vormen het nieuwe Europese regelgevingskader die de elektronische communicatie regelt. Dit nieuw regelgevingskader bevat de Richtlijn 2002/58 met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie.

De Commissie wordt geraadpleegd voor die aspecten van het voorontwerp van wet die de bescherming van persoonsgegevens aangaan. Het betreffen meer bepaald de artikelen 122, 125, 133 tot 144 van het voorontwerp die het grootste deel van de bepalingen van de Europese Richtlijn 2002/58 omzetten.

Het artikel 13 van de Richtlijn 2002/58 betreffende marketing via de elektronische post werd in Belgisch recht omgezet met het artikel 14 van de wet van 11 maart 2003 betreffende de informatiemaatschappij en met zijn koninklijk uitvoeringsbesluit van 4 april 2003. We vestigen echter de aandacht op het verschil in terminologie tussen de Richtlijn, die het begrip 'direct marketing' gebruikt, en de Belgische wet die van 'reclame' spreekt.

Direct marketing per fax of automatische oproepapparaten is eveneens in de Europese Richtlijn opgenomen. Dit wordt in het nationaal recht nog steeds geregeld door de wet betreffende de handelspraktijken¹. Bovendien beschermt deze laatste wet bij de op afstand afgesloten overeenkomsten enkel de consument (in plaats van de abonnee of gebruiker). Hierdoor ontstaat een afwijking in het toepassingsveld van de teksten van Belgisch recht ten opzichte van de tekst van de Richtlijn.

De Commissie verlangt nadrukkelijk een officiële opheldering over het exacte onderwerp dat beoogd wordt met de regelgeving betreffende marketing via de elektronische post, fax of automatische oproepapparaten. Zij voegt eraan toe dat de oplossing niet mag afwijken van de Europese Richtlijn en dat deze eveneens de marketing van de politieke partijen of van de verenigingen zonder winstoogmerk moet bevatten.

II. TOEPASBARE WETGEVING

Het voorliggend advies heeft als bedoeling de artikelen van het voorontwerp die betrekking hebben op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, te onderzoeken.

Deze artikelen – die de omzetting veronderstellen - worden zowel getoetst aan de beginselen van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (hierna «de wet»), als aan de beginselen van de Richtlijn 2002/58.

¹ Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument.

III. ONDERZOEK VAN DE ADVIESAANVRAAG

Het voorontwerp van wet gaat in op de verschillende aspecten van bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij elektronische communicatie. In orde van voorkomen van de wetsartikelen gaat het over de volgende aspecten :

- **De basisfactuur** van de telecommunicaties die aan de abonnee werden geleverd (artikel 122) ;
- **De veiligheid** van netwerken en diensten (artikel 125) ;
- **Vertrouwelijkheid** van verkeersgegevens (artikel 133) ;
- Vertrouwelijkheid van locatiegegevens (artikel 134). ;
- Vertrouwelijkheid van via elektronische weg verstuurd informatie en gegevens (artikelen 135 en 136) ;
- **Registreren en bewaren** van bepaalde communicatiegegevens (artikel 137) ;
- De identificatie van de oproeper, toezicht en afluisteren van privé-communicaties in het kader van een gerechtelijke procedure (artikel 138) ;
- Registratie van gegevens met betrekking tot **commerciële transacties** (artikel 139) ;
- De bescherming van de abonnee of de gebruiker tegen **cookies en andere bestanden of spionage software** (artikel 140) ;
- De voorwaarden van weergave van de **identificatie van de oproeper en de opgeroepene** (artikel 141) ;
- De **automatische doorschakeling** van de oproepen (artikel 142) ;
- De vrijstellingen op deze 2 beginselen (artikel 143) ;
- De voorwaarden voor het verzamelen en publiceren in telefoongidsen van gegevens van de abonnees (artikel 144) ;

IV. ONDERZOEK VAN DE ARTIKELEN

1. Specificering van de telecommunicatie facturen

Het artikel 122 van het voorontwerp van wet is de omzetting naar het nationaal recht van het beginsel die aan de abonnee het recht geeft een basisfactuur te ontvangen (artikel 7 van de Richtlijn). Het voorontwerp van wet verduidelijkt dat dit recht gratis kan uitgeoefend worden. Dit artikel voorziet overeenkomstig de Europese tekst eveneens in bijkomende garanties inzake gegevensbescherming. Meer bepaald de gratis oproepen en de oproepen naar bepaalde noodnummers worden niet op de factuur vermeld. De Koning kan eveneens op advies van het Instituut (Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie) beslissen dat sommige andere nummers niet op de factuur worden vermeld.

Deze bepaling heeft als gevolg dat sommige oproepen naar nood- of bijstandsdiensten, zoals bijvoorbeeld Child Focus, vertrouwelijk blijven.

Over de inhoud van deze bepaling heeft de Commissie geen opmerkingen ten gronde want ze is conform het Europees recht en beschermt sommige familieleden of sommige leden van een sociale groep als gebruikers van diensten tegen de abonnee. Het zou desalniettemin nuttig zijn mocht het doeleinde van deze uitzondering verder en preciezer worden uitgewerkt. Het gaat erom de « niet-bekendmaking » van een nummer toe te laten, telkens er kan worden aangetoond dat de dienst verbonden aan het opgeroepen nummer van die aard is dat geheimhouding van de communicatie van hoger belang is. Indien dit het doeleinde is van de uitzondering, vraagt de Commissie zich af of er geen lichtere procedure moet worden voorzien voor het aanpassen van de lijsten met de zogenaamde vertrouwelijke nummers. In dit opzicht lijkt de procedure zoals de wet ze voorziet, te weten een koninklijk besluit op advies van het BIPT (Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie), eerder log.

Hierbij aansluitend herinnert de Commissie eraan dat zij zich bij een informele uitwisseling van standpunten met het BIPT en Belgacom, reeds uitsprak over de problematiek van het herkennen van het gevoelig karakter van sommige nummers die noch noodnummers noch gratis zijn. We vermelden bijvoorbeeld de nummers met gedeelde aanslag van het type 078 / 15... en sommige nummers met normale aanslag van het type 02/..., zoals bijvoorbeeld het infor-drogues nummer.

De Commissie had zich uitgesproken voor een uitbreiding van de gratis bijstandnummers. Zodoende zouden deze nummers automatisch van de facturen verdwijnen. De nummers voor kinderbescherming zouden hiervoor prioritair in aanmerking komen.

De Commissie drong er bovendien op aan om zowel aan de abonnee als aan het publiek in het algemeen, heldere informatie aan te bieden over de weergavemodaliteiten van de details van de factuur en over de nummers die niet op de factuur vermeld staan.

2. Veiligheid van netwerken en telecommunicatiediensten

Artikel 4 van de Europese Richtlijn wordt door het artikel 125 omgezet in Belgisch recht. Het legt de operatoren op de gepaste technische en organisatorische maatregelen te nemen opdat ze de veiligheid van hun netwerken en diensten kunnen garanderen.

De Commissie merkt op dat de Richtlijn deze verplichting oplegt aan elke *aanbieder van elektronische-communicatiediensten*, terwijl de Belgische tekst deze verplichting enkel oplegt aan *de operatoren*.

De Commissie noteert evenwel dat de term operator zoals gedefinieerd in het voorontwerp van wet, doelt op elke persoon die aan het BIPT een reeks bij wet gespecificeerde elementen heeft genotificeerd om in eigen naam en voor eigen rekening elektronische-communicatiediensten en – netwerken aan te bieden.

Op die manier is de term operator binnen het Belgisch recht meer dan ruim genoeg en is hij van toepassing op de aanbieder van een elektronische-communicatiedienst zoals bedoeld in de Richtlijn. Toch vraagt de Commissie dit punt op zijn juistheid te onderzoeken.

De Commissie merkt op dat de Richtlijn met haar artikel 4.2 de aanbieder van diensten eveneens de verplichting oplegt zijn abonnees in te lichten over het risico dat zij lopen op schending van hun persoonlijke levenssfeer, indien zij gebruik maken van de aangeboden diensten. Deze bepaling moet worden hernomen. Zij legt aan de aanbieders voor toegang bijvoorbeeld de verplichting op hun klanten te waarschuwen tegen een mogelijke onderschepping van hun e-mails, tegen cookies of spyware ; zijn dienen hen eveneens de middelen te tonen om zich hiertegen te beschermen (software voor anoniem maken of versleuteling, mogelijkheden om anti-cookies of spyware te activeren) en moeten hen, indien nodig, inlichten over de eventuele kostprijs van deze beschermingsmaatregelen.

3. Vertrouwelijkheid van de communicaties

Overeenkomstig de Europese tekst voorziet het voorontwerp van wet in de algemene verplichting de communicatiegegevens te verwijderen of anoniem te maken zodra zij niet meer nodig zijn voor de transmissie van de communicatie. Zodus is het algemene principe - in tegenstelling tot de gevestigde opvatting - niet het vasthouden van de communicatiegegevens.

De tekst voorziet echter in een zeker aantal uitzonderingen, meer bepaald ingeval van een onderzoek of vervolging van strafbare feiten, kwaadwillig gebruik van het communicatiesysteem, of indien de operator zelf de gegevens nodig heeft om zijn factuur op te stellen of zijn betalingen te verrichten voor interconnecties, of, mits toestemming van de betrokkene, voor het aanbieden van bepaalde communicatiediensten.

De tekst maakt een onderscheid tussen de verkeersgegevens in zijn letterlijke betekenis en die noodzakelijk zijn voor de communicatiedienst (verzending van de communicatie en facturatie) en de gegevens die niet strikt noodzakelijk zijn voor deze dienstverlening maar die gebruikt worden in het kader van bijkomende diensten (zoals de locatiegegevens).

a. Betreffende de verkeersgegevens in de strikte zin (artikel 133)

- *beperking van de gegevens die door de operatoren mogen worden verwerkt.*

§2 van artikel 133 somt de gegevens op die door de operatoren mogen worden verwerkt met als enig doel de facturering van abonnees of het verrichten van interconnectiebetalingen.

De Commissie benadrukt dat krachtens het artikel 6 van de Europese Richtlijn enkel die gegevens mogen worden verwerkt die noodzakelijk zijn voor de facturatie en/of naargelang het geval voor de interconnecties. De operatoren kunnen dus niet systematisch alle gegevens verwerken die voorkomen op de lijst van artikel 133 van het ontwerp. Om tussen de gegevens deze te kunnen identificeren die noodzakelijk zijn voor de verwerking, moet de operator geval per geval toetsen aan de noden die eigen zijn aan de geleverde dienst.

- *bescherming van de abonnee of de gebruiker*

De Commissie merkt bovendien op dat § 2 *in fine* een restrictie van de bescherming, zoals bepaald in de Europese Richtlijn veroorzaakt als de eindgebruiker een rechtspersoon is (meestal een werkgever): in de meeste gevallen moet enkel de rechtspersoon systematisch geïnformeerd en geconsulteerd worden en niet de gebruikers (de werknemers). In de memorie van toelichting wordt uitgelegd dat de operator om praktische redenen alzo wordt vrijgesteld om de informatie met betrekking tot de verwerking van de gegevens mede te delen aan alle individuele eindgebruikers.

De Commissie stelt zich vragen over de verenigbaarheid van deze restrictie met het vertrouwelijkheidsbeginsel zoals bepaald in de Europese Richtlijn. Als in sommige artikelen de bescherming expliciet beperkt wordt tot de abonnees (gespecificeerde facturatie, telefoongidsen ...), dan is dit niet het geval voor de bepalingen inzake vertrouwelijkheid van de communicatie. De Europese tekst wordt toegepast op de gebruikers of de abonnees, in functie van de hoedanigheid van diegene waarop de gegevens betrekking hebben. («indien de abonnee of de gebruiker waarop de gegevens betrekking hebben daartoe zijn toestemming heeft gegeven »).

Derhalve komt het dubbelzinnig over dat in de omzettingstekst naar het Belgisch recht de gebruikers van een communicatiedienst van een bescherming, zoals bepaald in de Richtlijn, worden uitgesloten, ingeval de abonnee een rechtspersoon is.

In de tekst is sprake van een kennisgeving aan de abonnee of «in voorkomend geval» aan een gebruiker. Het zou wenselijk zijn dat het begrip «in voorkomend geval» verder wordt gepreciseerd.²

Het 2^{de} lid van §2 bepaalt trouwens dat de abonnee of de gebruiker voorafgaand aan de verwerking hiervan in kennis moeten worden gesteld. De Commissie vraagt zich af hoe deze kennisgeving voorafgaand aan de verwerking kan geschieden aan de betrokken persoon.

De Commissie benadrukt dat indien de operator aan zijn abonnee diensten met toegevoegde waarde aanbiedt die betrekking hebben op de gegevens eigen aan de gebruikers, gedekt door de abonnee (bijvoorbeeld : hulp bij de interne facturering, detectie van abnormaal verkeer komende van een bepaalde post, frequentie van oproepen vanaf verschillende posten), dit wordt aangeboden hetzij door een zuiver onderaannemingschap, hetzij door een operator in zijn hoedanigheid van verantwoordelijke voor de verwerking. Al naargelang de hypothese, bestaan er voor de abonnee verschillende verplichtingen van kennisgeving ten aanzien van zijn gebruikers.

² De Europese Richtlijn geeft hierover de volgende preciseringen : “Of de toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens met het oog op het aanbieden van een bepaalde dienst met toegevoegde waarde van de gebruiker of van de abonnee moet worden verkregen, hangt af van de te verwerken gegevens, de aan te bieden dienst, en van de technische, procedurele en contractuele mogelijkheid om een onderscheid te maken tussen een persoon die gebruik maakt van een elektronische-communicatiedienst en een natuurlijke persoon of rechtspersoon die abonnee is.”

- *Marketing van de diensten van de operator*

§3 van artikel 133 staat de marketing toe van elektronische-communicatiediensten of diensten met verkeersgegevens of locatiegegevens mits kennisgeving aan en voorafgaande toestemming van de betrokkene.

De Commissie vestigt ook hier weer de aandacht op de beperkte draagwijdte van deze garanties mocht de abonnee een rechtspersoon zijn.

Zij stelt overigens vast dat er in vergelijking met de Europese Richtlijn niet voldoende expliciet wordt vermeld dat enkel *de eigen aangeboden diensten van de operator* toegelaten zijn.

- *Opsporen van fraude*

Krachtens §4 van artikel 133 mogen de communicatiegegevens gebruikt worden voor het opsporen van fraude.

Het voorontwerp preciseert niet wat onder fraude moet begrepen worden noch wie er bevoegd is om deze gegevens te verwerken.

In dit opzicht benadrukt de Commissie dat het artikel 15, 1° van de Europese Richtlijn het volgende bepaalt: « onbevoegd gebruik van het elektronische-communicatiesysteem ». Het gaat dus om een beperkte aanvaarding van het begrip fraude. Overigens, op basis van de preciseringen in §5, blijkt dat enkel de operator, met uitsluiting van derden, beschouwd wordt als zijnde bevoegd voor het verwerken van gegevens.

- *Personen bevoegd voor de verwerking van communicatiegegevens*

Het voorontwerp van wet toont aan (§5 artikel 133) dat de gegevens enkel kunnen worden verwerkt door de personen die « in opdracht van de operator belast zijn met de facturering of het beheer van het verkeer (...) ». De Richtlijn geeft met het artikel 6 §5 echter aan dat enkel die personen bevoegd zijn die werkzaam zijn *onder het gezag* van de operator of van derden die verkeers- of locatiegegevens aanbieden. Dit sluit in principe uit dat de gegevens aan eventuele onderaannemers worden overgezonden die belast werden met het innen van schuldvorderingen. De memorie van toelichting bevestigt deze interpretatie in die zin dat de tekst de bevoegde personen om gegevens te verwerken situeert « binnen het bedrijf van de operator »³.

b. Betreffende de locatiegegevens (artikel 134)

Volgens de memorie van toelichting betreffen het hier gegevens die nauwkeuriger zijn dan verkeersgegevens en die nodig zijn in digitale mobiele netwerken voor de transmissie van communicatie.

De Commissie herhaalt haar opmerking die zij onder het « punt a » aanhaalde en die het ontbreken van kennisgeving aan de gebruikers betreffen ingeval de abonnee een rechtspersoon is.

c. Betreffende het vertrouwelijk karakter van de informatie en de gegevens die via telecommunicatieve weg worden verzonden (artikelen 135 en 136)

- *Het beginsel (artikel 135) :*

Dit artikel beoogt de vervanging van het artikel 109terD van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven: de bepalingen ervan worden hernomen om ze aan te passen aan hetgeen is bepaald in de Europese Richtlijn.

³ We vestigen er de aandacht op dat in het artikel 134 §4 van het voorontwerp in de Franstalige tekst gebruik wordt gemaakt van de term “sous l'autorité” (onder het gezag), terwijl de Nederlandstalige tekst in de artikelen 133 en 134 dezelfde terminologie gebruikt : “in opdracht van”. Er is hier dus blijkbaar sprake van een vertaalfout, maar wel een met belangrijke consequenties voor wat de inhoudelijke betekenis betreft van de bepalingen.

Dit artikel heeft als doel de communicaties (zowel de inhoud als de verkeersgegevens) zodanig te beschermen dat er geen andere persoon kennis van kan nemen noch kan manipuleren dan de partijen die aan de communicatie hebben deelgenomen.

De Commissie merkt evenwel op dat de gebruikte terminologie niet strikt overeenkomt met de terminologie van de Europese tekst.

Meer specifiek wordt in de Belgische tekst het verbod van *opslag* van de communicaties niet omgezet, zoals dit in artikel 5 van de Europese Richtlijn werd vastgelegd. Het bewuste artikel beperkt zich tot het verbieden van de opzettelijke toegang tot de communicaties terwijl het wel degelijk de bedoeling is van de Europese Richtlijn om «elke toegang tot de communicaties zonder toestemming » te verhinderen teneinde de vertrouwelijkheid ervan te kunnen beschermen.

Tenslotte eist dit artikel de toestemming van alle personen die direct of *indirect* bij de communicatie betrokken zijn om dit toegangsverbod op te heffen, wat dan weer veel verder gaat dan de Europese tekst. Het zou wenselijk zijn mocht dit idee nader worden gedefinieerd zodat er klaarheid ontstaat over het toepassingsveld van dit principe. We kunnen ons ondermeer afvragen of een persoon die in het bericht zelf wordt vermeld volgens de wet als *indirecte betrokkene* moet worden beschouwd.

De Commissie merkt tenslotte op dat het artikel 5.1 van de Richtlijn vraagt dat de lidstaten :

1. de vertrouwelijkheid van de communicaties garanderen ;
2. het af luisteren verbieden ;

Indien het punt 2 door het voorontwerp wordt gedekt, dan geldt dit niet voor het 1^{ste} punt.

De Commissie vraagt zich af of het opportuun is om via een koninklijk besluit - na advies van de Commissie – het nemen van reglementaire maatregelen mogelijk te maken, meer bepaald op het vlak van vertrouwelijkheid van communicaties door bijvoorbeeld voor sommige berichten een coderingsverplichting in te voeren of door het veilig stellen van sommige netwerken, terwijl juist het gebrek aan veiligheid van deze netwerken risico's met zich meebrengt voor de gebruikers⁴.

- *De uitzonderingen (artikel 136)*

Paragraaf 1, 1°: biedt aan *elke wet* de mogelijkheid om van de bescherming van vertrouwelijkheid af te wijken. Hoewel de wetgever steeds kan afwijken van de normen die hij eerder heeft goedgekeurd, heeft de mogelijkheid tot afwijking in dit geval alleen zin, indien deze afwijking beperkt wordt overeenkomstig artikel 15 van de Europese Richtlijn . Volgens dit artikel moeten deze wetten de volgende betekenis dragen : «indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is ter waarborging van de *nationale veiligheid (...), de landsverdediging , de openbare veiligheid,* of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van *strafbare feiten* of van onbevoegd gebruik van het elektronische-communicatiesysteem ».

Paragraaf 1, 2°: garandeert aan de operatoren de mogelijkheid om zonder toestemming van de betrokken personen sommige communicatiegegevens te verwerken voor zover dit noodzakelijk is om de goede werking van het netwerk na te gaan en de goede uitvoering van een elektronische-communicatiedienst te garanderen.

De Commissie merkt in dit opzicht het volgende op. Indien het beginsel van artikel 136 (evenals het artikel 134bis van Strafwetboek) de vertrouwelijkheid van de communicatie garandeert, dan moet dit artikel eveneens op verenigbare wijze worden toegepast op de beginselen die garant staan voor de beveiliging van de netwerken, het leveren van communicatiediensten en de controle op de toegang tot sommige databanken. Dit verbodsbeginsel van kennisname van communicatiegegevens mag de operator bijgevolg niet beletten toegang te hebben tot sommige gegevens (bijvoorbeeld in het kader van aangetekende elektronische zendingen) voor zover deze gegevens noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de communicatiedienstverlening die hij aan het publiek aanbiedt.

⁴ Zie bijvoorbeeld het verslag van het Europees parlement van 11 juli 2001 over het bestaan van een wereldwijd systeem voor de interceptie van particuliere en economische communicatie (ECHELON – interceptiesysteem)), A5-0264/2001 DEF.

Paragraaf 1, 3°, 4°, 5° bepaalt de aanvullende uitzonderingen ten behoeve van de hulp- en nooddiensten, het IBPT en de ombudsdienst. De Europese Richtlijn maakt het voor de hulp- en nooddiensten mogelijk de verwijderde weergave van het oproepende nummer ongedaan te maken (zodat dit nummer door hen steeds zou kunnen worden geïdentificeerd). Deze uitzondering gaat echter niet verder dan de kennisname van het nummer en betreft niet de kennisname van de inhoud of van de communicatiegegevens in zijn breedste betekenis.

De gemaakte uitzondering voor het IBPT en de ombudsdienst moet overeenkomstig de Europese Richtlijn worden beperkt tot het onbevoegd gebruik (in de memorie van toelichting van het voorontwerp van wet wordt de term « kwaadwillig » gebruikt).

Paragraaf 1, 6° laat aan de operator toe gebruik te maken van diensten die ongewenste elektronische berichten kunnen filteren op voorwaarde dat hiervoor voorafgaand de toestemming is bekomen (in de Franse tekst wordt de term « autorisation » (machtiging) gebruikt en niet « consentement » (toestemming)).

De Commissie merkt op dat de vraag zich reeds stelde of de operatoren zonder toestemming van de gebruikers “anti-spam” filters konden gebruiken door zich te baseren op de uitzondering “goede netwerking”, zoals bepaald in paragraaf 1, 2° van artikel 109terD van de huidige wet werd bepaald. De Commissie stelt vast dat het nieuwe voorschrift inhoudt dat de operator zich in principe niet meer op deze uitzondering van “goede netwerking” kan beroepen, aangezien voortaan de uitdrukkelijke bestemming van de bestemming is vereist vooraleer de operator van de filters gebruik maakt.

De Commissie is echter van mening dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de eenvoudige ongewenste berichten en een massale aanval van emails met de bedoeling het systeem of het netwerk te overbelasten. In dit geval zou het zonder dat hiervoor de voorafgaandelijke toestemming van de gebruikers is bekomen, voor de operator mogelijk moeten zijn de nodige maatregelen te nemen ter verzekering van een goede netwerking.

De Commissie stelt overigens vast dat het artikel van het voorontwerp de operator vrijstelt van de toestemming van de *verzender*.

De Commissie herinnert eraan dat krachtens de tekst van de Europese Richtlijn, de toestemming vrij, specifiek en geïnformeerd moet zijn. Als er bij het onderschrijven van een communicatiedienst al toestemming werd gegeven, dan zal deze onderscheiden moeten worden van deze voor het aanvaarden van de algemene voorwaarden van de voormelde dienstverlening en bovendien moeten de modaliteiten van het beoogde filtersysteem voldoende precies vermeld worden.

De paragrafen 2 en 3 van artikel 136 bepalen dat de operatoren verplicht zijn mee te werken aan de identificatie, opsporing, lokalisering, afluisteren, kennismaken en opnemen van privé-communicaties in het kader van een strafrechtelijk onderzoek. De concrete modaliteiten van dergelijke samenwerking worden vastgelegd in een koninklijk besluit.⁵

De Commissie herinnert eraan dat de communicaties die onder het beroepsgeheim vallen beschermd worden door een uitzondering.

Tenslotte vestigt ze nog de aandacht op het feit dat de operatoren de toegang tot de communicatiegegevens kunnen weigeren in geval het verzoek niet voldoende precies is geformuleerd of wanneer het lijkt te botsen met het proportionaliteitsbeginsel. Het verzoek van de onderzoeksrechter zou in dit geval het voorwerp moeten uitmaken van aanvullende verificaties.

⁵ Deze modaliteiten zijn tegenwoordig vastgelegd in het koninklijk besluit van 9 januari 2003 houdende uitvoering van de artikelen 46bis, §2, 1^{ste} lid, 88bis, §2, 1^{ste} en 3^{de} lid, van het wetboek van strafvordering en in het artikel 109terE, §2 van de wet van 21 maart 1991 houdende hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

4. Bewaring van de communicatiegegevens, toezicht op de communicaties.

a. registreren en bewaren van sommige communicatiegegevens (artikel 137)

Het voorontwerp van wet herneemt a priori het beginsel van de registratie en bewaring van de gegevens door de operatoren. Dit beginsel – hoewel anders geformuleerd - wordt reeds vermeld in het artikel 109terE van de voormelde wet van 21 mei 1991. De Commissie noteert met voldoening dat voortaan enkel nog die gegevens vermeld worden die de identificatie toelaten van de gebruikers en niet langer het geheel van de oproepgegevens.

Het bewaren en registreren van deze gegevens zijn enkel gerechtvaardigd wanneer het de volgende doeleinden betreffen : het vervolgen en beteugelen van strafbare feiten of indien de ombudsdienst voor telecommunicatie de identiteit van personen die kwaadwillig gebruik maakten van een netwerk of van een elektronische communicatiedienst wil opsporen.

De Commissie wil absoluut benadrukken dat de gegevens enkel en alleen kunnen worden gebruikt voor vervolging en beteugeling van de inbreuken bepaald in het artikel van het ontwerp. In dat opzicht zou de memorie van toelichting nauwkeurig moeten omschrijven dat elk ander gebruik strafbaar zou zijn, gelet op het onverenigbaar doeleinde.

De Commissie noteert verder nog dat de operator die gegevens voor rekening van de Staat bewaart, handelt als zijn verwerker zoals dat in de wet werd bepaald. De Staat is hier dan de verantwoordelijke voor de verwerking.

Het voorontwerp van wet herneemt de bewaartermijn zoals reeds voorzien in het artikel 109terE. De bewaartermijn kan niet minder zijn dan een jaar. Dit zal worden vastgelegd in een koninklijk besluit.

De Commissie herinnert aan de opmerkingen die zij formuleerde in haar advies 33/99 van 13 december 1999 en die op Europees niveau door de groep van Europese functionarissen voor gegevensbescherming meerdere keren werd herhaald en die het a priori vasthouden van communicatiegegevens en de verenigbaarheid hiervan met de fundamentele beginselen van bescherming van persoonsgegevens, betreffen.⁶

Zo had de Commissie eraan herinnerd dat « noch de 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). »

De Commissie refereert ook nog aan de jurisprudentie van het Europees Hof van de Rechten van de Mens⁷ « 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 ».

⁶ Aanbeveling 3/99 van 7 september 1999 over de bewaring van verkeersgegevens door Internetdienaarsaanbieders voor wetshandavingsdoeleinden ; Advies 5/2002 van 11 oktober 2002 over de verklaring van de Europese functionarissen voor gegevensbescherming tijdens de internationale conferentie van Cardiff (9-11 september 2002) over het verplicht systematisch bewaren van telecommunicatiegegevens : *“Indien verkeersgegevens in specifieke gevallen moeten worden bewaard, moet de noodzaak daarvoor duidelijk worden aangetoond, moet de bewaarperiode zo kort mogelijk zijn en moet de desbetreffende praktijk duidelijk bij de wet zijn geregeld, op zodanige wijze dat voldoende waarborgen worden geboden tegen onrechtmatige toegang en andere misbruiken. Het systematisch bewaren van alle soorten verkeersgegevens voor een periode van een jaar of meer zou zeker in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel en derhalve in ieder geval onaanvaardbaar zijn.”*

⁷ Arresten Klass (arrest van 6 september 1978, Publ. Cour, Série A, nr.28, blz.23 en vervolg) en Malone (vernoemd).

b. identificatie van de oproeper, toezicht en afluisteren van privé-communicaties (artikel 138)

Het huidige artikel 109terE van de wet van 21 maart 1991 biedt de Koning de mogelijkheid om gedeeltelijk dan wel volledig de exploitatie te verbieden van diensten of apparatuur die de identificatie van de oproeper, de opsporing, de lokalisatie, het afluisteren, het kennismaken en registreren van privé-communicaties, bemoeilijken of onmogelijk maken volgens de voorwaarden in het Wetboek van Strafvordering.

Paragraaf 2 van dit artikel laat deze mogelijkheid voor de Koning vallen : het type diensten die hierboven worden vermeld, zijn bij beginsel verboden, met uitzondering van encryptiesystemen die gebruikt worden om de vertrouwelijkheid van de communicatie en de veiligheid van de betalingen te garanderen.

De Commissie stelt vast dat de tekst van het artikel bijzonder ruim wordt opgevat. Er wordt niet alleen gesproken over diensten of apparatuur die de identificatie *onmogelijk* maken maar eveneens van diensten of apparatuur die de identificatie *bemoeilijken*.

Zij merkt daarenboven op dat deze bepaling voor gevolg heeft dat hierdoor elke mogelijkheid om anoniem een communicatiemiddel te gebruiken aanzienlijk beperkt wordt, dan wel volledig verdwijnt. De memorie van toelichting preciseert trouwens dat de ontwerp tekst eveneens de voorafbetaalde telefoonkaarten betreft. Deze kaarten maken het voorwerp uit van overgangsbepalingen.

De Commissie vraagt zich af hoe dit beginsel zal toegepast worden op de openbare communicatieterminals, zoals bijvoorbeeld de telefooncabines.

Zij brengt haar opmerkingen in het hierboven vermelde advies 33/99 in herinnering alsook de internationale bepalingen rond dit onderwerp, meer bepaald artikel 2, §2, 2° van de Aanbeveling nr° R (95) 4 van de Raad van Europa en krachtens dewelke anonieme apparatuur ter beschikking van de gebruikers zou moeten worden gesteld voor toegang tot het netwerk of tot de telecommunicatiediensten.

5. Registratie van gegevens over commerciële transacties (artikel 139)

Dit artikel is de omzetting van het artikel 5 §2 van de Richtlijn. Het laat de registratie toe van communicaties en communicatiegegevens van toegestane commerciële transacties teneinde te kunnen bewijzen dat een commerciële of zakelijke transactie heeft plaatsgevonden (NB. De Europese Richtlijn gebruikt in de Franse tekst de term *commerciële* communicatie, wat dan weer restrictiever is).

Gelet op de bestaande voorschriften in sommige sectoren, meer bepaald het bankwezen, is deze bepaling voor de Commissie meer dan welkom. In dit opzicht verwijst zij naar de conclusies van haar Aanbeveling 1/2002 van 22 augustus 2002 betreffende de opname van telefoongesprekken in het kader van bankdiensten. Deze conclusies stellen dat er naast een precieze informatie over de betrokken personen het er op aan komt dat er ook telefoonlijnen beschikbaar moeten zijn die niet worden geregistreerd of afgeluisterd.

Dit beginsel zou evenzeer moeten gelden voor de call centers en meer in het algemeen ook voor het geheel van ondernemingen die via het communicatienetwerk commerciële transacties aanbieden

6. Bescherming van de abonnee of de gebruiker tegen cookies en andere bestanden of spionagesoftware (artikel 140)

Het doel van deze maatregel betracht het opslaan van gegevens op de eindapparatuur van de abonnee of de gebruiker van de vorige informatie aan voorwaarden te onderwerpen ; aan de betrokkene moet ook de mogelijkheid worden geboden om de opslag van gegevens te weigeren. Deze bepaling verwoordt hiermee uitdrukkelijk de beginselen van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Deze wet voorziet reeds in een voorafgaande

informatie en in een recht op verzet ten gunste van de betrokken persoon wanneer zijn persoonsgegevens worden verwerkt.

Terwijl echter dit recht op verzet krachtens de wet van 8 december 1992 slechts kan worden uitgeoefend op voorwaarde dat deze met ernstige en gerechtvaardigde redenen is gemotiveerd, worden er in de ontwerp tekst naar voorbeeld van de Europese Richtlijn, geen extra voorwaarden bepaald.

De Commissie constateert evenwel dat het 2^{de} lid van artikel 140 het beschermingsbeginsel volledig ontdoet van zijn betekenis wanneer het wordt geïnterpreteerd in de geest van de memorie van toelichting. Deze tekst preciseert dat de toegang tot sommige websites kan onderworpen worden aan het aanvaarden van een cookie indien deze voor gerechtvaardigde doeleinden wordt gebruikt. Om in dergelijke hypothese de mogelijkheid af te schaffen een cookie te weigeren komt er op neer dat aan deze uitzondering een even grote omvang wordt gegeven als aan het beginsel zelf.

De Commissie is dus van oordeel dat in de memorie van toelichting de voorlaatste paragraaf die het artikel 140 becommentarieert zou moeten worden geschrapt.

7. Identificatie van de oproeper en de opgeroepene (artikel 141), automatische doorschakeling van oproepen (artikel 142)

- *Identificatie van de oproeper (artikel 141) :*

Paragraaf 1 regelt de voorwaarden waarbinnen de oproeper en de opgeroepene in verschillende situaties kunnen beslissen tot weergave of weglating van het oproepende of opgeroepen nummer.

De Commissie merkt op dat paragraaf 3 in de mogelijkheid voorziet om op aanvraag de niet-geïdentificeerde binnenkomende oproepen te weigeren, terwijl de Europese Richtlijn duidelijk omschrijft dat het moet gaan om een eenvoudig (in principe technisch) en *gratis* middel.

- *Automatische doorschakeling van de oproepen (artikel 142) :*

De Commissie heeft geen bemerkingen bij deze bepaling.

8. Voorwaarden om de gegevens van abonnees te verzamelen en te publiceren in telefoongidsen (artikel 143)

Artikel 143 omschrijft in het bijzonder welke informatie er moet worden gegeven aan de abonnees wiens gegevens in een telefoongids worden opgenomen. Het bevestigt uiteindelijk de kosteloosheid van de niet-inschrijving in de telefoongids en verplicht de operator bovendien om de onderscheiden toestemming van de abonnee te vragen in die gevallen dat de gegevens het voorwerp kunnen uitmaken van omgekeerd zoeken.

De Commissie vestigt er de aandacht op dat er volgens de tekst van paragraaf 1, 3^o, bij omgekeerd zoeken de bescherming wordt beperkt tot het zoeken op basis van een telefoonnummer. In geval van zoeken op geografische basis, lijkt de toestemming niet vereist te zijn, wat de Commissie betreurt.

Tenslotte neemt de Commissie nota van de overgangsmaatregelen (artikel 174) betreffende de persoonsgegevens van de abonnees die aan een telefoongids werden toegevoegd vóór de inwerkingtreding van de voorliggende geanalyseerde bepalingen. Deze maatregelen beogen het verstrekken van gedetailleerde informatie aan de betrokken personen over de doelstelling en de gebruiksmogelijkheden van de telefoongids alsook van het recht op verzet tegen dit gebruik.

De Commissie heeft kunnen vaststellen dat de abonnees op dit ogenblik niet ingelicht zijn over de diverse toepassingen van hun gegevens die zij aan hun operator hebben medegedeeld en van het feit dat deze gegevens op Cd-rom of Internet ter beschikking zijn gesteld. Het artikel 174

bekrachtigt het verzoek dat de Commissie⁸ reeds in het verleden formuleerde, nl. de abonnees op een ondubbelzinnige en specifieke wijze te informeren over diverse gebruiksmogelijkheden. De inhoud van deze geïnformatiseerde dragers zou moeten gewijzigd worden en dit vanaf deze voor de eerste keer op punt worden gesteld en onmiddellijk nadat zij op het internet worden verspreid.

OM DEZE REDENEN,

Brengt de Commissie, onder voorbehoud van de opmerkingen in voorliggend advies, een gunstig advies uit.

Het betreffen de volgende opmerkingen :

- De identificatieprocedure van de vertrouwelijke telefoonnummers die niet op de facturen vermeld staan en de modaliteiten van informatieverstrekking aan het publiek ;
- Het toepassingsveld van het voorontwerp van wet ophelderen voor de aanbieders van elektronische communicatiediensten ;
- Toepassing van het noodzakelijkheidsbeginsel van verwerking van telecommunicatiegegevens door de operatoren ;
- De voorwaarden waaronder de gebruikers worden beschermd indien de abonnee een rechtspersoon is ;
- Het beperkt aanvaarden van voorwaarden waaronder de operatoren telecommunicatiegegevens kunnen verwerken voor marketing of voor het opsporen van fraude ;
- Gelijkvormigheid met de tekst van de Europese Richtlijn betreffende het vertrouwelijkheidsbeginsel van communicaties en de uitzonderingen op dit beginsel ;
- De verenigbaarheid met het beginsel van het a priori vasthouden van telecommunicatiegegevens met de fundamentele beginselen van de bescherming van persoonsgegevens ;
- De problematiek van het anoniem gebruik van communicatiemiddelen ;
- De garanties die samengaan met het registreren van commerciële transacties of communicaties van call centers ;
- De omvang van het beginsel ter bescherming van de gebruiker tegen cookies en andere spionagesoftware ;
- De voorwaarden waaronder de in telefoongidsen voorkomende gegevens via omgekeerd zoeken op basis van een ander criterium dan het telefoonnummer kunnen gebruikt worden ; de overgangsmaatregelen die beogen de personen te informeren wiens gegevens reeds voorkomen in een telefoongids.

De secretaris,

De voorzitter,

(get.) J. BARET,

(get.) P. THOMAS.

⁸ Aanbeveling 1/99 van 23 juni 1999 betreffende het gebruik van gegevens opgenomen in omgekeerde telefoongidsdiensten.