



CONTROLEORGaan OP DE POLITIONELE INFORMATIE

Onze referentie	Bijlage(n)	Datum
DD180009		13.12.2018

Betreft: Ambtshalve advies betreffende het juridisch (gegevensbescherming) kader bij onrechtmatige consultaties van databanken door de leden van de geïntegreerde politie, de AIG en de Passagiersinformatie-eenheid.

Het Controleorgaan op de politionele informatie (hierna afgekort "COC" of "Controleorgaan").

Gelet op de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens (BS, 5 september 2018, hierna afgekort als "GBW"), inzonderheid het artikel 59 §1, 2^e lid, artikel 71 en Titel VII, inzonderheid artikel 236 §2.

Gelet op de wet van 3 december 2017 tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit, inzonderheid artikel 4 § 2, vierde lid.

Gelet op de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt (hierna "WPA"), inzonderheid artikel 44/6.

Gelet op het verslag van de heer Frank Schuermans, lid-raadsheer in het Controleorgaan.

Brengt op 13 december het volgende ambtshalve advies uit.

I. Voorafgaande opmerking nopens de bevoegdheid van het Controleorgaan

1. In het licht van, respectievelijk, de toepassing en omzetting van de Verordening 2016/679¹ en de Richtlijn 2016/680² heeft de wetgever de taken en opdrachten van het Controleorgaan grondig

¹ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming of "AVG").

² Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad (hierna "Richtlijn politie-justitie").

gewijzigd. Artikel 4, § 2, vierde lid, van de organieke wet van 3 december 2017 betreffende de oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit (hierna afgekort "Organieke Wet GBA") bepaalt dat de competenties, taken en bevoegdheden als toezichhoudende autoriteit voorzien door de Verordening 2016/679 voor de politiediensten in de zin van artikel 2,2°, van de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politie, gestructureerd op twee niveaus, worden uitgeoefend door het Controleorgaan.

2. Het betekent onder meer dat het Controleorgaan ook bevoegd is wanneer politiediensten persoonsgegevens verwerken die buiten de opdrachten van bestuurlijke en gerechtelijke politie vallen, bijvoorbeeld in het kader van sociaaleconomische doeleinden of human resources verwerkingen. Het Controleorgaan moet geraadpleegd worden bij de voorbereiding van wetgeving of een regelgevende maatregel die verband houdt met de verwerking van persoonsgegevens door de politiediensten van de geïntegreerde politie (zie artikel 236 §2 GBW, artikel 36.4 van de AVG en artikel 28.2 van de Richtlijn politie-justitie). Daarbij heeft het Controleorgaan de opdracht om te onderzoeken of de voorgenomen verwerkingsactiviteit door de politiediensten in overeenstemming is met de bepalingen van Titel 1 (voor de niet operationele verwerkingen)³ en 2 (voor de operationele verwerkingen) van de GBW⁴. Daarnaast heeft het COC ook een ambtshalve adviesopdracht voorzien in artikel 236 §2 GBW en een algemene voorlichtingsopdracht van het brede publiek, betrokkenen, verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers in de materie van het privacy – en gegevensbeschermingsrecht voorzien in artikel 240 GBW.

3. Wat betreft derhalve in het bijzonder de verwerkingsactiviteiten in kader van de opdrachten van bestuurlijke en/of gerechtelijke politie brengt het Controleorgaan advies uit, hetzij uit eigen beweging, hetzij op verzoek van de Regering of van de Kamer van volksvertegenwoordigers, van een bestuurlijke of gerechtelijke overheid of van een politiedienst, inzake iedere aangelegenheid die betrekking heeft op het politionele informatiebeheer zoals geregeld in Afdeling 12 van Hoofdstuk 4 van de wet op het politieambt⁵.

4. Het Controleorgaan is tot slot, ten aanzien van de politiediensten, de Algemene Inspectie van de federale politie en lokale politie (hierna afgekort "AIG") zoals bedoeld in de wet van 15 mei 2007 op de Algemene Inspectie en de Passagiersinformatie-eenheid (hierna afgekort "BEL-PIU") bedoeld in Hoofdstuk 7 van de wet van 25 december 2016 tevens belast met het toezicht op de toepassing van Titel 2 van de GBW en/of de verwerking van persoonsgegevens zoals bedoeld in de artikelen 44/1

³ Artikel 4 §2, vierde lid Organieke Wet GBA.

⁴ Artikel 71 §1, derde lid GBW.

⁵ Artikel 236 § 2 GBW

tot 44/11/13 van de wet op het politieambt en/of elke andere opdracht die haar krachtens of door andere wetten wordt verleend.⁶

II. Ten Gronde

5. Het Controleorgaan wordt regelmatig bevestigd nopens de toepassing van de strafbepalingen voorzien in artikel 222, 1° en 2° van de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens (hierna "GBW"). Meer bepaald betreft het de vraag naar de concrete strafbaarstelling en het toepasselijke juridisch kader bij consultaties door leden van politiediensten van gegevensbanken, zoals de ANG, het Rijksregister, enz., buiten hun opdrachten van bestuurlijke en gerechtelijke politie, m.a.w. bij onrechtmatige/onwettelijke consultaties. In het verlengde daarvan stelt zich ook de vraag naar de toepassing van artikel 229 GBW of m.a.w. de samenloop van strafrechtelijke en administratiefrechtelijke sanctionering. Dit ambtshalve advies spitst zich toe op de situatie van het lid van de politiediensten maar is, mutatis mutandis, ook van toepassing op de leden van de AIG en de BEL-PIU.

6. Artikel 222, 1° en 2°, GBW bestraffen de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker, zijn aangestelde of gemachtigde, de bevoegde overheid, zoals bedoeld in titels 1 en 2, wanneer:

1° de persoonsgegevens worden verwerkt zonder wettelijke basis overeenkomstig artikel 6 van de Verordening⁷ en de artikelen 29, § 1, en 33, § 1 van de GBW, inbegrepen de voorwaarden voor de toestemming en verdere verwerking;

2° de persoonsgegevens verwerkt worden in overtreding van de voorwaarden opgelegd door artikel 5 van de Verordening en artikel 28 van de GBW, met ernstige nalatigheid of kwaadwilligheid.

Concreet heeft de strafbepaling van artikel 222, 1° GBW betrekking op overtreding van de toelaatbaarheidsvoorwaarden, de verdere verwerking voor andere doeleinden en het ontbreken van een wettelijke grondslag voor de verwerking. De strafbepaling van artikel 222, 2° heeft betrekking op overtreding van de beginselen van de verwerking van persoonsgegevens.

7. Er moet in de eerste plaats beantwoord worden wie als verwerkingsverantwoordelijke, gemachtigde, verwerker, aangestelde dan wel bevoegde overheid moet aangeduid worden. Het antwoord op deze vraag wordt bepaald door het doeleinde waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt. Bovendien, zoals verder zal blijken, is het antwoord van cruciaal belang voor de

⁶ Artikel 71 §1, derde lid juncto 236 § 3, GBW.

⁷ De verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming of AVG).

aanduiding van de bevoegde toezichhoudende autoriteit voor het nemen van eventuele corrigerende maatregelen. Vervolgens moet onderzocht worden of de verwerking kan gestoeld worden op een wettige toelaatbaarheidsgrond.⁸

8. De politieambtenaar die personen opzoekt in de voornoemde gegevensbanken buiten de finaliteit van bestuurlijke of gerechtelijke politie, verricht een verwerkingsactiviteit die onder het toepassingsgebied van de Algemene Verordening Gegevensbescherming ("AVG") en titel 1 van de GBW valt, vermits hij/zij geen operationeel doeleinde onder titel 2 GBW nastreeft. De politieambtenaar kan op zichzelf ook niet als "bevoegde overheid" worden bestempeld, aangezien hij niet zelf een politiedienst is in de zin van artikel 2, 2° van de wet op de geïntegreerd politie,⁹ noch wordt de verwerking uitgevoerd in opdracht van de bevoegde overheid waarvan de politieambtenaar deel uitmaakt. In dat geval dient de politieambtenaar dus zelf als verwerkingsverantwoordelijke te worden beschouwd waardoor hij persoonlijk aan alle verplichtingen van de AVG en de GBW moet voldoen. Er moet in casu ervan uitgegaan worden dat de politieambtenaar zelf de doeleinden en de middelen vastlegt, weliswaar op onrechtmatige wijze (cf. verder). Hij bepaalt immers zelf de reden om persoonsgegevens te verwerken (doeleinden: bijvoorbeeld, "wat weet de politie over mij of mijn ex-partner", ik wil de antecedenten kennen van iemand waarmee ik in een privaat geschil verwickeld zit, enz ...) en welke gegevensbank(en) (middel) hij daarvoor gebruikt.¹⁰

Vervolgens stelt zich de vraag naar de wettigheid van de verwerking. Vermits de verwerkingsactiviteit niet kadert binnen het toepassingsgebied van titel 2, valt de verwerking niet onder de artikelen 29 § 1 en 33 § 1 vermeld in artikel 222, 1° GBW. Bijgevolg moet de verwerking in overeenstemming zijn met één van de toelaatbaarheidsgronden van artikel 6 AVG.¹¹ Indien de verwerking niet kan gegrond worden op één van de toelaatbaarheidsvoorwaarden van artikel 6 AVG, gedraging die strafbaar gesteld wordt in artikel 222, 1° GBW, is de verwerking in principe tevens onrechtmatig in de zin van artikel 5 van de AVG, gedraging strafbaar gesteld door artikel 222, 2° GBW.¹² Immers, wie geen wettelijke grondslag voor zijn verwerking kan aanduiden, verwerkt de persoonsgegevens daardoor ipso facto onrechtmatig en begaat dus een strafrechtelijk gesanctioneerde inbreuk op de GBW.

⁸ Volledigheidshalve merken we op dat de uitzondering op de toepassing van de Verordening voor verwerkingen door een natuurlijke persoon voor zuiver persoonlijke of huishoudelijke doeleinden niet kan weerhouden worden (art. 2, 2.c) AVG). Ook al zou de politieambtenaar, bijvoorbeeld, alleen zichzelf opzoeken in de ANG, kan dit niet als een verwerking voor zuiver persoonlijke doeleinden worden beschouwd vermits de politieambtenaar enkel verwerkingen in de ANG kan uitvoeren met een professioneel/operationeel karakter en nooit voor persoonlijke doeleinden.

⁹ Wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politie, gestructureerd op twee niveaus.

¹⁰ Artikel 4, 7) en 2) AVG. De verwerkingsverantwoordelijke kan ook een natuurlijke persoon zijn.

¹¹ Deze zijn, kort weergegeven, de toestemming, een contract, wettelijke verplichting, algemeen belang, vitaal belang van de betrokkene en zwaarwegend belang van de verwerkingsverantwoordelijke.

¹² Elke verwerking is immers pas rechtmatig indien deze voldoet aan de verplichtingen van de AVG. De situatie kan zich voordoen dat de verwerking weliswaar kan gegrond worden op een toelaatbaarheidsvoorwaarde van artikel 6 van de AVG, maar toch onrechtmatig is, bijvoorbeeld, omdat de verwerking disproportioneel is.

De inbreuk op artikel 5 (basisbeginselen) van de AVG, strafbaar gesteld in artikel 222, 2°, GBW, kan wel pas strafrechtelijk gesanctioneerd worden indien er sprake is van "*ernstige nalatigheid of kwaadwilligheid*".¹³ Zoals de memorie van toelichting bij de GBW stelt, gaat het om gedragingen die als "bijzonder ernstig" worden beschouwd. Het COC gaat er vanuit dat, wanneer een politieambtenaar wetens en willens voor persoonlijke (niet operationele) doeleinden de ANG raadpleegt, in strijd derhalve met de wettelijke, reglementaire en statutaire voorschriften (die hij evident verondersteld wordt te kennen), hij in dat geval persoonsgegevens met kwaadwillig oogmerk, minstens ernstige nalatigheid verwerkt. Op te merken valt dat beide bijzondere morele vereisten niet worden gesteld in artikel 222, 1° GBW, met name voor de overtreding van de toelaatbaarheidsvoorwaarden van, in casu, artikel 6 Verordening en in dat geval dus een algemeen opzet volstaat voor de strafwaardigheid.

M.a.w. dergelijke gedraging, zijnde een onrechtmatige consultatie van een politionele databank, maakt naar het oordeel van het COC steeds een inbreuk uit op zowel artikel 222, 1° als artikel 222, 2° GBW.

Uit artikel 229, § 2, eerste lid GBW volgt dat bij dergelijke inbreuken, die zowel strafrechtelijk als administratiefrechtelijk sanctioneerbaar zijn, zolang er geen protocolakkoord tussen het OM en de bevoegde toezichthoudende autoriteit (in casu het COC) bestaat, het prerogatief van handelen bij het openbaar ministerie ligt. Aangezien er nog geen protocol is opgemaakt tussen het openbaar ministerie (OM) en het COC, beschikt het OM over twee maanden om het COC mede te delen of een opsporings – of gerechtelijk onderzoek wordt opgestart of vervolging wordt ingesteld. Pas wanneer het OM beslist om geen gevolg aan de zaak te verlenen, kan het COC beslissen om al dan niet corrigerende maatregelen te nemen.

Hierbij moet echter aangestipt worden dat het COC deze maatregelen alleen kan nemen tegenover de politiedienst ("bevoegde autoriteit"), en dus niet zelf rechtstreeks corrigerende maatregelen¹⁴ kan nemen ten aanzien van de individuele betrokken politieambtenaar. In dat opzicht zou ten aanzien van de verwerkingen van de politieambtenaar in casu de Gegevensbeschermingsautoriteit bevoegd zijn (residuaire bevoegdheid). Desgevallend zou de Gegevensbeschermingsautoriteit een administratieve sanctie of juistere voormelde corrigerende maatregelen, uitgezonderd de geldboete (artikelen 221 §2 juncto 229 § 2, tweede lid GBW), kunnen opleggen aan de individuele politieambtenaar.

¹³ Merk op dat het COC, krachtens artikel 4, § 2, vierde lid, van de organieke wet van 3 december 2017 tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit, ook bevoegd is voor verwerkingen die onder de toepassing van de AVG vallen.

¹⁴ De corrigerende maatregelen staan vermeld onder artikel 58.2 AVG (waarschuwen, berispen, verplichten om de betrokkene van de inbreuk op de hoogte te stellen, enz ...)

Door het feit bovendien dat dit soort van onrechtmatige consultaties ook misdrijven van gemeen strafrecht, met name een inbreuk op artikel 151 Sw. en, afhankelijk van de concrete casus ook informaticamisdrijven kunnen uitmaken (artikel 550bis Sw. in al zijn modaliteiten), die overigens merkelijk zwaarder bestraft worden, is het de evidentie zelve dat het aan het OM als eerste orgaan toekomt een richting aan het dossier te geven. Gelet bovendien op het non bis in idem beginsel zal nadien overigens moeten blijken of de gegevensbeschermingsautoriteit ten aanzien van de betrokken politieambtenaar nog wel sanctionerend kan optreden (indien het parket bijvoorbeeld een minnelijke schikking voorstelt die werd aanvaard, indien er reeds tuchtrechtelijk werd opgetreden en/of gesanctioneerd, enz ...). Deze aspecten kunnen echter maar casuïstisch bekeken worden nu het non bis in idem beginsel telkens een concreet onderzoek vraagt in het kader van de beoordeling of de verschillende bestaande sanctiemechanismen al dan niet een logisch en aanvullend geheel vormen dan wel een niet aanvaardbare cumulatie van sancties uitmaken.

Terzijde rijst tot slot nog de vraag of er in de gegeven casussen tevens sprake is van een zogenaamde data breach¹⁵. Men kan in casu argumenteren dat er sprake is van een inbreuk op de beveiliging met als gevolg een onrechtmatige of ongeoorloofde toegang tot opgeslagen of anderszins verwerkte gegevens. Het gaat hoe dan ook om een onbevoegde toegang tot een databank uit hoofde van zijn beroep en functie. In dat geval moet de bevoegde overheid, dat is de desbetreffende politiedienst van de plaats waar de politieambtenaar zich toegang heeft verschaft tot de ANG, DIV, het rijksregister, enz ... daarvan aangifte moeten doen bij het Controleorgaan.

Dat aspect zal in de komende maanden evenwel nog verder door het COC worden onderzocht, onder meer om te kijken hoe de politiezones en de entiteiten van de federale politie aan deze verplichting het best kunnen voldoen.

OM DEZE REDENEN,

Het Controleorgaan op de politionele informatie,

Verleent voormeld ambtshalve advies

Goedgekeurd door het Controleorgaan op de Politionele Informatie op 13 december 2018.

Voor het Controleorgaan,
De voorzitter,
(get.) Philippe ARNOULD

¹⁵ Het betreft "inbreuk in verband met persoonsgegevens". Dat is iedere inbreuk op de beveiliging die per ongeluk of op onrechtmatige wijze leidt tot vernietiging, het verlies, de wijziging of de ongeoorloofde verstrekking van of de ongeoorloofde toegang tot doorgezonden, opgeslagen of anderszins verwerkte gegevens (artikel. 4. 12) Verordening).