

## Herziening hoofdstuk 11 Tw: tijd voor een heroverweging?

Wilfred Steenbruggen\*

Op 12 juli 2002 is Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (hierna de Richtlijn) vastgesteld.<sup>1</sup> Deze richtlijn vervangt de ISDN-richtlijn<sup>2</sup>, die te veel op circuitgeschakelde vormen van telecommunicatie (spraaktelefonie) was geënt en dient voor 31 oktober 2003 in nationale wetgeving te zijn geïmplementeerd.

Inmiddels is er een voorontwerp Wijziging Telecommunicatiewet<sup>3</sup> (Voorontwerp) dat beoogt de richtlijnen in de Nederlandse rechtsorde te implementeren. Het Voorontwerp implementeert de Richtlijn in hoofdstuk 11 Tw. Deze bijdrage beoogt na te gaan wat de Richtlijn voor de Nederlandse rechtsorde betekent en in hoeverre het Voorontwerp daarvan een correcte invulling is.

### Algemeen

De totstandkomingsgeschiedenis van de Richtlijn kan met recht veelbewogen worden genoemd. De Richtlijn behoort tot het pakket richtlijnen van de *ONP Review* en werd aanvankelijk gezamenlijk met de andere richtlijnen in dit pakket behandeld. Volledige gezamenlijke behandeling bleek echter niet mogelijk. Een aantal onderwerpen bleek te controversieel. Daarbij gaat het om de regeling van ongevraagde communicatie via e-mail (spam)<sup>4</sup>, cookies en de mogelijkheid van een bewaarplicht voor verkeersgegevens<sup>5</sup>. Om vertraging van het pakket te voorkomen, werd de Richtlijn eruit gelicht en afzonderlijk behandeld. Voor de Richtlijn geldt dan ook een andere implementatiedatum dan voor de andere richtlijnen.

In algemene zin wijkt de Richtlijn niet van het stramien van de ISDN-richtlijn af. Zij brengt echter wel een aantal belangrijke wijzigingen. Daarbij gaat het om aanvullende waarborgen met betrekking tot het vertrouwelijke karakter van communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens (art. 5), wijzigingen in het verwerkingsregime voor verkeersgegevens (art. 6), de introductie van een specifieke regeling voor locatiegegevens (art. 9), een wijziging van de regeling met betrekking tot ongevraagde communicatie (art. 13) en de regeling met betrekking tot abonneelijsten (art.12). Daarnaast is het begrippenapparaat van de richtlijn aangepast aan de convergerende technologische omgeving, waardoor de begrippen elektronische communicatienetwerk en -dienst, evenals in de rest van het pakket, de leidende begrippen zijn. De reikwijdte van de Richtlijn is hierdoor aanzienlijk uitgebreid.

Evenals haar voorganger geldt de richtlijn als *lex specialis* ten opzichte van de Privacyrichtlijn.<sup>6</sup> Binnen de Europese Unie zorgt laatstgenoemde richtlijn voor de harmonisatie van de voorwaarden van het recht op privacy. De Privacyrichtlijn onderbouwt en versterkt de beginselen van art. 8 EVRM en het Verdrag van Straatsburg<sup>7</sup>. De Richtlijn specificceert de bepalingen van de

\* Mr. drs. W.A.M. Steenbruggen is onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht en tevens medewerker van dit blad.

<sup>1</sup> *PbEG* L 201/37, gepubliceerd en in werking getreden op 31 juli 2002.

<sup>2</sup> Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, *PbEG* L 24/1.

<sup>3</sup> Voorontwerp Tw OPT-versie, beschikbaar op <http://www.ivir.nl/>

<sup>4</sup> Zie A.R. Lodder & J.P.R. Bergfeld, 'De moeizame strijd tegen spam', *NJB* 2002-22, p. 1050-1057.

<sup>5</sup> Zie W.A.M. Steenbruggen, 'I know what you did last summer. Over grenzeloze en ongegeneerde verwerking van verkeersgegevens in de informatiemaatschappij', *JAVI* 2002-3, p. 87-98.

<sup>6</sup> 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, *PbEG* 1995 L 281/31.

<sup>7</sup> Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, Straatsburg 28 januari 1981, *Trb.* 1993, 11.

Privacyrichtlijn voor de verwerking van gegevens in verband met het gebruik van *openbare* elektronische communicatiediensten via *openbare* elektronische communicatienetwerken.<sup>8</sup> Dit betekent dat netwerken en diensten die niet aan het publiek ter beschikking worden gesteld van het toepassingsbereik van de Richtlijn uitgesloten zijn. De Privacyrichtlijn, geïmplementeerd in de Wbp, is dan uiteraard wel van toepassing.<sup>9</sup>

## Kernbegrippen

Het privacybouwwerk van de Richtlijn is opgetrokken rond een aantal kernbegrippen. Naast de expliciet in de Richtlijn gedefinieerde begrippen zijn echter ook de definities uit de Kaderrichtlijn<sup>10</sup> en de Privacyrichtlijn relevant. Nieuw ten opzichte van de ISDN-richtlijn zijn de definities van verkeersgegevens, locatiegegevens, communicatie, oproep en e-mail.

De Richtlijn geeft gebruikers en abonnees jegens de aanbieder van wiens diensten zij gebruik maken en jegens andere gebruikers bepaalde aanspraken. Een gebruiker in de zin van de Richtlijn is *een natuurlijke persoon die gebruik maakt van een elektronische communicatiedienst voor particuliere of zakelijke doeleinden zonder noodzakelijkerwijze op die dienst te zijn geabonneerd*. Een abonnee is blijkens de Kaderrichtlijn *een natuurlijke of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten*.<sup>11</sup> Of dit betekent dat ook rechtspersonen een recht op privacy hebben, laat de Richtlijn overigens zorgvuldig in het midden, door te verwijzen naar 'de rechtmatige belangen van rechtspersonen'.<sup>12</sup> Door ook aan rechtspersonen bescherming te bieden, gaat de Richtlijn evenwel verder dan de Privacyrichtlijn.

De Richtlijn stelt strikte eisen aan de verwerking van twee categorieën gegevens: verkeersgegevens en locatiegegevens.

Verkeersgegevens zijn volgens art. 2 sub b Richtlijn *gegevens die worden verwerkt voor het overbrengen van communicatie over een elektronisch communicatienetwerk of voor de facturering daarvan*. Of sprake is van verkeersgegevens dient derhalve bepaald te worden aan de hand van het doel van de verwerking. Doorslaggevend is daarbij of sprake is van communicatie in de zin van art. 2 sub d Richtlijn: *informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst. Dit omvat echter niet de informatie die via een omroepdienst over een elektronisch communicatienetwerk wordt overgebracht, behalve wanneer de informatie kan worden gerelateerd aan de identificeerbare abonnee of gebruiker die de informatie ontvangt*. De tweede zin van bovenstaande definitie is echter niet overgenomen in art. 11.1 sub f Voorontwerp. De Memorie van Toelichting (MvT) motiveert deze afwijking als volgt: *reeds uit het feit dat het bij communicatie moet gaan om uitwisseling of overbrenging tussen een eindig aantal partijen [vloeit voort] dat informatie die via een omroepdienst als hier bedoeld wordt overgebracht, er niet onder kan vallen; daarbij is immers sprake van een in beginsel onbepaald aantal ontvangende partijen*.<sup>13</sup> Het gaat er echter niet om of de desbetreffende informatie bedoeld is voor een onbepaald

<sup>8</sup> Art. 3 lid 1 Richtlijn.

<sup>9</sup> Voor een uitgebreide bespreking van de Wbp zie J.E.J. Prins & J.M.A. Berkvens, 'Privacy en de bescherming van persoonsgegevens', *Recht en Informatietechnologie. Handboek voor rechtspraak en beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers, hoofdstuk 6D.

<sup>10</sup> Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *PbEG L 108/33*.

<sup>11</sup> Art. 2 sub k Kaderrichtlijn.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld overweging 7 en 12 Richtlijn. Uit recente jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot art. 8 EVRM volgt dat rechtspersonen een recht op privacy toekomt. Zie EHRM 16 april 2002 (*Colas Est*), [http://hudoc.echr.coe.int/HUDOC1DOC2/HFJUD/200208/stés\\_colas%20et%20al%20-%2037971jv\\_chb2%2016042002f.doc](http://hudoc.echr.coe.int/HUDOC1DOC2/HFJUD/200208/stés_colas%20et%20al%20-%2037971jv_chb2%2016042002f.doc). Overigens tendeerde de jurisprudentie van het EHRM ook reeds daarvoor naar een recht op privacy van rechtspersonen, zie bijvoorbeeld EHRM 30 maart 1989, *NJ 1991, 552 (Chappell)*, m.nt. EJD; en EHRM 16 december 1992, *NJ 1993, 400 (Niemitz)*, m.nt. EJD.

<sup>13</sup> MvT p. 128.

publiek, maar of de ontvanger identificeerbaar is. Identificeerbaarheid vereist op zijn minst het netwerkadres van de ontvanger (IP-adres, telefoonnummer etc.). Dit heeft gevolgen voor de reikwijdte van art. 5 Richtlijn, waarover hieronder meer.

Een belangrijke vraag die noch door de Richtlijn, noch door het Voorontwerp wordt beantwoord, is of het voortdurende contactzoeken door het basisstation met een mobiele telefoon ook communicatie in de zin van de Richtlijn is. Immers, ook daarbij is sprake van informatie die wordt overgebracht over een elektronisch communicatienetwerk tussen een eindig aantal partijen. Van partij wordt immers geen definitie gegeven. Tevens kan de informatie (middels het IMSI-nummer) worden gerelateerd aan een identificeerbare abonnee of gebruiker.

Overweging 15 Richtlijn maakt duidelijk dat gegevens tegelijkertijd zowel onderdeel van een communicatie, als verkeersgegevens kunnen zijn. Hierin wordt daarnaast nog een niet-limitatieve opsomming gegeven van gegevens die afhankelijk van de aard van de dienst als verkeersgegevens kunnen worden aangemerkt. De MvT zegt daarover: *het begrip [communicatie] ziet op datgene wat wordt uitgewisseld dan wel wordt overgebracht en niet op de gegevens die worden verwerkt om die uitwisseling of overbrenging mogelijk te maken.*<sup>14</sup> De strikte scheiding die de Memorie van Toelichting tussen communicatie en verkeersgegevens wil maken, volgt echter niet uit de Richtlijn en is bovendien niet in overeenstemming met de technologische realiteit.<sup>15</sup>

Art. 2 sub c Richtlijn definieert locatiegegevens als *gegevens die worden verwerkt in elektronische communicatienetwerken waarmee de geografische positie van de eindapparatuur van een gebruiker kan worden aangegeven*. Deze definitie wordt in art. 11.1 sub e Voorontwerp integraal overgenomen. Bij locatiegegevens moet worden gedacht aan gegevens betreffende de breedte-, hoogte- en lengtegraad waarmee de locatie van de randapparatuur van de gebruiker, de reisrichting, de nauwkeurigheidsgraad van de locatiegegevens, de identificatie van de netwerkcel waarin de eindapparatuur zich op een bepaald tijdstip bevindt, en het tijdstip waarop de locatiegegevens zijn opgeslagen.<sup>16</sup> Locatiegegevens kunnen ook verkeersgegevens zijn. Doorslaggevend is of de gegevens voor de transmissie van communicatie dan wel de facturering daarvan worden verwerkt. Voor locatiegegevens die niet als verkeersgegevens kunnen worden aangemerkt, geeft de Richtlijn een strikt regime dat afwijkt van het regime voor verkeersgegevens. Gezien dit onderscheid verdient het aanbeveling dat het onderscheid tussen verkeersgegevens en niet-verkeersgegevens duidelijk wordt uiteengezet. Verder dan *[naast locatiegegevens die als verkeersgegevens kunnen worden aangemerkt] is een categorie locatiegegevens denkbaar die niet (tevens) als verkeersgegevens moeten worden aangemerkt*, komt de MvT echter niet.<sup>17</sup> Daarbij wreekt zich tevens dat het begrip communicatie onvoldoende duidelijk wordt omschreven.

Onder bepaalde voorwaarden mogen verkeersgegevens en locatiegegevens voor de levering van diensten met toegevoegde waarde worden verwerkt. Een dienst met toegevoegde waarde is blijkens art. 2 sub g Richtlijn *een dienst die de verwerking vereist van verkeersgegevens of locatiegegevens anders dan verkeersgegevens, en die verder gaat dan hetgeen nodig is voor het overbrengen van een communicatie of de facturering ervan*. In het Voorontwerp is ervan afgezien een definitie van een dienst met toegevoegde waarde op te nemen, omdat de definitie in de Richtlijn weinig onderscheidende waarde zou bezitten.<sup>18</sup> Deze definitie bezit inderdaad weinig tot geen onderscheidende waarde, maar het niet opnemen van een definitie is mijns inziens geen adequate reactie hierop. Uitgangspunt van de Richtlijn is immers dat de verwerking van verkeers- en locatiegegevens slechts voor een limitatief aantal doelen en onder strikte voorwaarden kan geschieden. Dit uitgangspunt wordt doorbroken, wanneer geen definitie wordt gegeven, aangezien het gevolg daarvan is dat iedere verwerking van gegevens die niet ten behoeve van de transmissie van communicatie of de facturering daarvan geschiedt, ten behoeve van de

---

<sup>14</sup> MvT, p. 128.

<sup>15</sup> Idem noot 5.

<sup>16</sup> Overweging 14 Richtlijn; MvT, p. 127-128.

<sup>17</sup> MvT, p. 128.

<sup>18</sup> MvT, p. 129.

levering van een dienst met toegevoegde waarde geschiedt en derhalve onder bepaalde voorwaarden toegestaan is. Uit de voorbeelden in de Richtlijn blijkt dat het gaat om informatiediensten die aan een gebruiker op diens verzoek via de door hem gebruikte elektronische communicatiedienst kunnen worden geleverd.<sup>19</sup>

De regeling van ongevraagde communicatie met het oog op direct marketing via e-mail (art. 13 Richtlijn) was wellicht het meest controversiële onderwerp in de Richtlijn. De definitie van e-mail is bepalend voor de reikwijdte van deze regeling. Hoewel in een eerdere versie van de Richtlijn was aangegeven dat met ongevraagde communicatie met het oog op direct marketing via e-mail spam<sup>20</sup> was bedoeld, omvat art. 13 meer dan de regulering van uitwassen van spam. Dit hangt samen met de definitie van e-mail.

E-mail is volgens art. 2 sub h Richtlijn *een tekst-, spraak-, geluids-, of beeldbericht dat over een openbaar communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de eindapparatuur kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald*. Blijkens overweging 40 Richtlijn is het begrip e-mail niet beperkt tot e-mail, zoals wij die dagelijks gebruiken, maar omvat het begrip tevens SMS. De Richtlijn beoogt een techniekonafhankelijke en open definitie van e-mail te geven. De definitie bestaat uit twee componenten:

1. Het bericht wordt over een openbaar communicatienetwerk verzonden.
2. Het bericht kan in het netwerk of in de eindapparatuur worden opgeslagen, tot het wordt opgehaald.

Het tweede criterium is in feite het onderscheidende criterium. Hierdoor heeft het begrip e-mail een zeer ruim karakter. Dit blijkt ook uit het feit dat SMS onder e-mail valt. SMS wordt in beginsel namelijk niet opgeslagen, totdat het door de ontvanger wordt opgehaald. Natuurlijk vindt tijdens de transmissie wel tussentijdse technische opslag plaats, maar in beginsel niet meer dan dat. Ontvangst vereist geen specifieke actie van de ontvanger. Wanneer het mobiele randapparaat aan staat, wordt het bericht afgeleverd. SMS kan echter wel worden opgeslagen op een server, totdat het door de ontvanger wordt opgehaald. Dit gebeurt bijvoorbeeld bij *Unified Messaging*. De verzender stuurt dan een bericht (SMS, e-mail of spreekt telefonisch een bericht in op de voicemail), dit bericht wordt vervolgens opgeslagen op de server van de aanbieder, waarna de ontvanger via een medium naar keuze (via e-mail, telefonie of SMS) het bericht opvraagt en via het gevraagde medium ontvangt. Bepalend is derhalve niet of het bericht (gewoonlijk) wordt opgeslagen, maar louter of het bericht kan worden opgeslagen en later opgehaald.

Bij bovenstaande voorbeelden is sprake van potentiële opslag in een netwerk. Het kan echter ook gaan om berichten die kunnen worden opgeslagen in de eindapparatuur, totdat ze worden opgehaald. Dit betekent dat in beginsel e-mail ook telefonie kan omvatten. Een spraakbericht dat via telefonie wordt afgeleverd, kan immers op een antwoordapparaat (al dan niet geïntegreerd met het telefoontoestel) worden opgeslagen.

Hoewel het Voorontwerp de definitie nagenoeg letterlijk overneemt<sup>21</sup>, beperkt zij de reikwijdte van het begrip tot e-mail (*e-mail in enge zin*), SMS en voicemail (*e-mail in ruime zin*).<sup>22</sup> Hierdoor wordt de definitie toch weer techniekgebonden, hetgeen nu juist niet de bedoeling was.

Een ander begrip dat in de context van ongevraagde communicatie belangrijk is, is automatisch oproepsysteem. Dit begrip is overgenomen uit de ISDN-richtlijn, maar wordt niet gedefinieerd. Het Voorontwerp geeft ook geen enkele aanwijzing wat onder een automatische oproepsysteem

<sup>19</sup> Overweging 18 noemt adviezen over de voordeligste tariefpakketten, routebegeleiding, verkeersinformatie, weerberichten, toeristische informatie.

<sup>20</sup> Spam is kort gezegd het massaal verzenden van ongevraagde identieke of bijna identieke e-mailberichten met een wervend karakter. Er zijn echter meer definities in omloop. Zie H.J.M. Gardenijs, 'Nooit meer spam. Een praktische oplossing of een juridische definitie', *JAVI* 2002-3, p. 82-83; Zie ook A.R. Lodder & J.P.R. Bergfeld, 'De moeizame strijd tegen spam', *NJB* 2002-22, p. 1050-1057.

<sup>21</sup> Art. 11.1 sub i Voorontwerp.

<sup>22</sup> MvT, p.129.

verstaan moet worden. Dit lijkt mij wel relevant, nu voor het gebruik van automatische oproepsystemen voor direct marketing, evenals voor e-mail en fax, een strenger regime geldt.

Art. 2 sub e Richtlijn bevat ten slotte een definitie van oproep. Een oproep is *een door middel van de openbare telefoondienst tot stand gebrachte verbinding die in real time tweewegcommunicatie mogelijk maakt*. Het Voorontwerp neemt deze definitie enigszins gewijzigd over.<sup>23</sup> Daarbij gaat het om communicatie tussen gebruikers over en weer. De definitie heeft betrekking op communicatie via de vaste en mobiele telefoondienst.

## Het communicatiegeheim

Een van de centrale artikelen in de Richtlijn is artikel 5. In dit artikel is voor het toepassingsbereik van de Richtlijn het communicatiegeheim neergelegd. Ten opzichte van art. 5 ISDN-richtlijn is de regeling in een aantal belangrijke opzichten gewijzigd. Het Voorontwerp bevat geen bepaling ter implementatie van art. 5. *De desbetreffende materie vergt nog nadere studie*, aldus de MvT.<sup>24</sup> Dit lijkt mij inderdaad raadzaam. Art. 5 Richtlijn noodzaakt mijns inziens namelijk tot een ingrijpende herziening van enkele hardnekkige misvattingen met betrekking tot het communicatiegeheim, momenteel neergelegd in art. 13 Gw.

Het communicatiegeheim ziet van oudsher op de vertrouwelijkheid in de relatie tussen transporteur en de gebruiker van diens diensten. Art. 154 Grondwet 1848 omschreef het treffend: *'het geheim der aan de post of andere openbare instelling van vervoer toevertrouwde brieven is onschendbaar, behalve op last des rechters, in de gevallen in de wet omschreven.'* Het geheim ziet niet op de vertrouwelijkheid van de inhoud, maar op de vertrouwelijkheid van de dienst resp. het netwerk. Het is een grondwettelijke waarborg tegen schending van de vertrouwelijkheid door de transporteur of anderen via de transporteur.

De privatisering van de PTT en de liberalisering van de telecommunicatiemarkt in combinatie met de opkomst van nieuwe (tele)communicatiemiddelen hebben de context waarin het communicatiegeheim van oudsher functioneerde, ingrijpend veranderd. De huidige techniekafhankelijke formulering van art. 13 Gw voldoet in een convergerende technologische omgeving niet.

Daarom zijn verschillende voorstellen tot wijziging van art. 13 Gw gedaan, waarin een recht op vertrouwelijke communicatie wordt geïntroduceerd. Dit recht beoogt privé-communicatie zowel binnen als buiten de transportfase te beschermen. Doorslaggevend voor bescherming is of de verzender zijn wil tot vertrouwelijkheid aan derden kenbaar heeft gemaakt. Aangezien adressering daarbij onvoldoende is, moet er sprake zijn van enige vorm van beveiliging.

De voorstellen gaan allemaal uit van een strikte scheiding tussen de inhoud van de communicatie en de verkeersgegevens. Voor verkeersgegevens zou de bescherming van art. 10 Gw en de Wbp volstaan. Art. 13 Gw daarentegen beschermt slechts de inhoud van de communicatie.

De eerste poging tot wijziging van art. 13 Gw stamt uit 1997.<sup>25</sup> Dit wetsvoorstel is, na hevige kritiek, ingrijpend door de Tweede Kamer geamendeerd en vervolgens op aandringen van de Eerste Kamer ingetrokken. Vervolgens keerde het concept 'vertrouwelijke communicatie' terug in het eindrapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk<sup>26</sup> en een

---

<sup>23</sup> Art. 11.1 sub g.

<sup>24</sup> MvT, p. 50.

<sup>25</sup> *Kamerstukken II 1996/1997*, 25 443, nrs. 1-3. Zie ook E.J. Dommering e.a., *Informatierecht. Fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000, p. 77; E.J. Dommering, 'Geen telefoongehheim op de elektronische snelweg', *Mediaforum* 1997-10, p. 142-147; N.A.M.N. van Eijk, '(G)een recht op vertrouwelijke communicatie: fax en e-mail vogelvrij', *NJB* 1997-33, p. 1554-1555.

<sup>26</sup> Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken 2000.

kabinetsstandpunt<sup>27</sup>. Hoewel de voorstellen van de Commissie en het kabinet verschillen van het oorspronkelijke wetsvoorstel, blijven de uitgangspunten hetzelfde.<sup>28</sup> De voorstellen hebben nog niet geleid tot een wijziging van art. 13 Gw.

Op basis van een geamendeerde versie van het wetsvoorstel uit 1997 is art. 18.13 Tw in de wet geïntroduceerd. Hierin wordt het 'brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het geheim van daarmee vergelijkbare technieken' beschermd. Het artikel beoogt te waarborgen dat aanbieders bij hun bedrijfsvoering, dus in horizontale verhoudingen, het communicatiegeheim in acht nemen. De reikwijdte van het artikel is echter onduidelijk. Het geheim van vergelijkbare technieken omvat in elk geval e-mail.<sup>29</sup> Het Voorontwerp beperkt zich tot een terminologische wijziging van dit artikel. In het licht van de Richtlijn is dit volstrekt onvoldoende.

Art. 5 Richtlijn stelt namelijk enkele wezenlijke uitgangspunten ten aanzien van art. 13 Gw, die mede richtinggevend zijn voor art. 18.13 Tw, ter discussie.

Art. 5 lid 1 Richtlijn draagt de lidstaten op het vertrouwelijke karakter van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens via openbare communicatienetwerken en via openbare elektronische communicatiediensten te waarborgen. Zij dienen met name het af luisteren, aftappen, opslaan of anderszins onderscheppen van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens door anderen dan de gebruikers te verbieden, indien de betrokken gebruikers daarin niet hebben toegestemd, tenzij dat bij wet is toegestaan overeenkomstig art. 15 lid 1 van de Richtlijn.

Deze opdracht heeft betrekking op alle communicatie in de zin van de Richtlijn. Zoals boven uiteengezet, is voor de vraag of sprake is van communicatie in de zin van de Richtlijn doorslaggevend of de ontvanger een identificeerbare abonnee of gebruiker is. In de meeste gevallen zal daaraan voldaan zijn, wanneer het netwerkadres van de ontvanger bekend is. Dit betekent dat de Richtlijn een lagere drempel voor bescherming voorschrijft dan de recentste voorstellen tot wijziging van art. 13 Gw.

De Richtlijn beschermt elke uitwisseling van gegevens via een openbare elektronische communicatiedienst waarbij sprake is van een identificeerbare ontvanger. Het gaat daarbij niet meer om de vertrouwelijkheid van de inhoud, maar om de vertrouwelijkheid van de dienst. Of de inhoud al dan niet voor een onbepaald publiek is bestemd, is op grond van de Richtlijn niet relevant.

De opdracht heeft tevens betrekking op de met de communicatie verband houdende verkeersgegevens. Daarmee werkt de Richtlijn de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot verkeersgegevens nader uit. Het EHRM heeft inmiddels meerdere malen bepaald dat verkeersgegevens onlosmakelijk met de onder art. 8 EVRM beschermde communicatie verbonden zijn. In *Malone* gaf het Hof aan dat ook *metering records* en in het bijzonder het gekozen telefoonnummer integraal deel uitmaken van de beschermde communicatie.<sup>30</sup> In *P.G. & J.H.* heeft het Hof dit recent herhaald.<sup>31</sup> Ook verkeersgegevens worden derhalve onder art. 8 beschermd. Dit betekent evenwel niet dat voor verkeersgegevens hetzelfde regime geldt: *metering [...] does not per se offend against Article 8 if for example done by the telephone company for billing purposes, is by its very nature to be distinguished from the interception of*

<sup>27</sup> *Kamerstukken II* 2000/2001, 27 460, nr. 1.

<sup>28</sup> Voor een overzicht en bespreking van de verschillende initiatieven, zie L.F Asscher, *Communicatiegrondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002, met name hoofdstuk3 en de daar vermelde literatuur.

<sup>29</sup> E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 605.

<sup>30</sup> EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988, 534 (*Malone*).

<sup>31</sup> EHRM 25 september 2001, n.n.g. (*P.G. & J.H. vs. UK*).  
<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Language=en&Advanced=1>

*communications which may be undesirable and unjustified in a democratic society unless justified.*<sup>32</sup>

Uit deze jurisprudentie trekt de Richtlijn de conclusie dat voor verkeersgegevens niet met de algemene bescherming van persoonsgegevens volstaan kan worden. Art. 5 lid 1 heeft daarom betrekking op zowel communicatie als de daarmee verband houdende verkeersgegevens. Art. 6 Richtlijn werkt dit uit. Het standpunt van de Nederlandse regering dat verkeersgegevens buiten het communicatiegeheim dienen te vallen, omdat ze als persoonsgegevens al afdoende onder art. 10 Gw en de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) beschermd worden, is daarmee niet valide meer. Deze bescherming voldoet namelijk niet, omdat de artikelen 5 en 6 Richtlijn aan elkaar gekoppeld zijn. De doeleinden waarvoor art. 6 Richtlijn verwerking toestaat, zijn in het licht van art. 5 lid 1 Richtlijn limitatief.

Dat art. 5 Richtlijn ziet op de vertrouwelijkheid van de dienst wordt ook duidelijk in art. 5 lid 3 Richtlijn. Dit lid is nieuw ten opzichte van de ISDN-richtlijn. Het bepaalt dat het gebruik van elektronische communicatienetwerken voor het opslaan van informatie in de apparatuur van een abonnee of gebruiker of voor het verkrijgen van toegang tot informatie die in dergelijke apparatuur is opgeslagen, uitsluitend is toegestaan, indien de betrokken gebruiker voorzien wordt van duidelijke en volledige informatie en het recht krijgt aangeboden om een dergelijke verwerking te weigeren. Deze bepaling beoogt onbevoegde toegang tot de apparatuur van de gebruiker van een openbare elektronische communicatiedienst via deze dienst te verbieden, tenzij aan de genoemde voorwaarden is voldaan.

Hierbij is met name gedacht aan cookies: kleine bestanden die door een website server op de computer van een gebruiker worden verplaatst. Cookies kunnen nuttig zijn voor een efficiënt gebruik van het internet. Cookies kunnen echter ook worden aangewend om het surfgedrag van de gebruiker onopgemerkt te registreren. De geregistreerde gegevens kunnen vervolgens worden aangewend voor op de gebruiker toegesneden reclame of andere doelen. De reikwijdte van art. 5 lid 3 Richtlijn is overigens niet beperkt tot cookies.<sup>33</sup>

Slechts wanneer via een elektronische communicatiedienst toegang tot de apparatuur van een gebruiker wordt verkregen in verband met uitvoering of vergemakkelijking van de transmissie van communicatie of, indien noodzakelijk, voor de levering van een uitdrukkelijk door de abonneegebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij, hoeft de gebruiker niet volledig en duidelijk geïnformeerd te worden en hoeft hem niet de mogelijkheid te worden geboden de verwerking te weigeren.

Toegang voor andere dan de bovengenoemde doeleinden, is toegestaan, mits het doel van de toegang legitiem is<sup>34</sup>, de gebruiker overeenkomstig art. 11 Privacyrichtlijn (art. 34 Wbp) is geïnformeerd en hij de mogelijkheid heeft gekregen de verwerking te weigeren. De informatie die moet worden verstrekt, omvat:

1. *de identiteit van de verantwoordelijke*
2. *de doeleinden van de gegevensverwerking.*

---

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Denk bijvoorbeeld aan adware of spyware. Adware is een gedeelte binnen gebruikelijke software met het doel reclameinkomsten te verwerven. Adware is in feite in een component die o.a. banners toont tijdens het gebruik van een dergelijk programma. Spyware 'lift mee' met, of is geïntegreerd in programma's die gedownload worden van het internet en bespioneren het surfgedrag van de vaak onwetende internetgebruiker. De software houdt precies bij welke websites worden bezocht en stelt een gebruikersprofiel op. Aan de hand daarvan kunnen op allerlei websites die bepaalde trefwoorden bevatten, die kenmerkend zijn voor de gebruiker, links worden geplaatst die naar 'relevante' reclame verwijzen. Deze reclamelinks hoeven niet als zodanig herkenbaar te zijn. Ze kunnen er bijvoorbeeld uitzien als een normale tekstlink in een ander kleurtje. Spyware fungeert dus echt als een spion en kan (persoonlijke) gegevens, die een gebruiker liever niet openbaar maakt, ongemerkt doorgeven aan derden.

<sup>34</sup> Overweging 24 Richtlijn. Om de legitimiteit van de verwerking te bepalen moet worden getoetst aan art. 7 Privacyrichtlijn respectievelijk 8 Wbp. Overigens geeft de richtlijn (zie overweging 25) al enkele voorbeelden van legitieme doelen.

3. *nadere informatie voorzover nodig om een zorgvuldige verwerking te waarborgen. Daarbij moet gedacht worden aan een omschrijving van de betrokken gegevens, de ontvangers van de gegevens en het bestaan van een recht op toegang en correctie van de gegevens.*

Onder art. 11 Richtlijn moet deze informatie op het moment van registratie worden verstrekt of wanneer de gegevens bestemd zijn voor een derde, uiterlijk op het moment van eerste verstrekking aan die derde. De Richtlijn zelf zegt hierover dat de informatie en de mogelijkheid tot weigering eenmalig op het moment van bezoek van de website kunnen worden gegeven. Dit moet op een zo gebruiksvriendelijk mogelijke wijze gebeuren.<sup>35</sup>

## Verkeersgegevens

Art. 6 Richtlijn werkt art. 5 Richtlijn voor verkeersgegevens uit.<sup>36</sup> Het Voorontwerp implementeert deze regeling in een nieuw art. 11.5 Tw. Evenals onder de ISDN-richtlijn is de hoofdregel dat verkeersgegevens met betrekking tot abonnees en gebruikers dienen te worden gewist of geanonimiseerd<sup>37</sup> op het moment dat ze niet meer nodig zijn voor de transmissie van communicatie. Het toepassingsbereik van deze regel is echter aanzienlijk uitgebreid, nl. tot alle openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten. De regeling van de ISDN-richtlijn was geënt op telefonie. Dit bleek ook uit de bijbehorende bijlage waarin limitatief de verkeers- en rekeninggegevens waren aangegeven die door de aanbieder mogen worden verwerkt. Deze lijst komt te vervallen. Daartegenover staat de introductie van een informatieplicht voor de aanbieder.

De Richtlijn geeft limitatief de uitzonderingen op de hoofdregel aan. Naast verwerking ten behoeve van de transmissie van communicatie<sup>38</sup>, is niet-geanonimiseerde verwerking slechts in een aantal limitatief genoemde gevallen toegestaan:

1. Verwerking is noodzakelijk ten behoeve van de facturering en interconnectiebetalingen. Daarbij geldt dat de verwerking slechts is toegestaan tot aan het einde van de termijn waarin de rekening in rechte kan worden betwist of betaling hiervan kan worden afgedwongen.<sup>39</sup> Deze uitzondering op de hoofdregel wordt in art. 11.5 lid 2 Tw geïmplementeerd. Het Voorontwerp scheidt onnodige onduidelijkheid door een verwijzing naar het begrip bijzondere toegang. Dit begrip verdwijnt namelijk in het stelsel van het Voorontwerp.<sup>40</sup> Toegang is het centrale begrip. Interconnectie is een onderdeel van toegang. Het zou de consistentie bevorderen, wanneer 'interconnectie en bijzondere toegang' wordt vervangen door het begrip toegang. Deze uitzonderingsgrond lijkt ook verwerking van factureringsgegevens voor fraudebestrijding te omvatten.<sup>41</sup>
2. Verwerking is noodzakelijk ten behoeve van de marketing van de eigen elektronische communicatiediensten.<sup>42</sup> De verwerking mag dan slechts plaatsvinden, mits de gebruiker of abonnee daarvoor zijn toestemming (*informed consent*) heeft gegeven en slechts voor zolang de verwerking noodzakelijk is.
3. Verwerking is noodzakelijk ten behoeve van de levering van toegevoegde waardediensten, mits de gebruiker of abonnee daarvoor toestemming heeft verleend en slechts voor zolang dat nodig is voor de levering van de dienst en de facturering daarvan.

---

<sup>35</sup> Overweging 25 Richtlijn.

<sup>36</sup> Vgl. overweging 26 Richtlijn.

<sup>37</sup> Onder anonimiseren wordt verstaan dat de betreffende gegevens volledig en op onomkeerbare wijze worden ontdaan van identificerende kenmerken.

<sup>38</sup> Blijkens overweging 29 Richtlijn valt ook de verwerking van verkeersgegevens in individuele gevallen voor de opsporing van technische defecten of transmissiefouten hieronder.

<sup>39</sup> Art. 6 lid 2 Richtlijn.

<sup>40</sup> Hetzelfde geldt voor het begrip telecommunicatiedienst in art. 11.5 lid 5 Voorontwerp.

<sup>41</sup> Overweging 29 Richtlijn.

<sup>42</sup> Art. 6 lid 3 j° overweging 26 Richtlijn.

De hierboven onder 2 en 3 genoemde toestemming kan de abonnee of gebruiker te allen tijde weer intrekken.<sup>43</sup> Het zou mijns inziens de effectiviteit van dit recht bevorderen, wanneer de informatieplicht in deze zin zou worden uitgebreid. Nu omvat deze slechts de soorten verwerkte verkeersgegevens, duur van de verwerking en de verwerkingsdoeleinden.

Uit art. 6 Richtlijn volgt dat verkeersgegevens slechts voor een beperkte termijn mogen worden verwerkt. Het Voorontwerp neemt dit principe over ('slechts voorzolang nodig'). Hierdoor ontstaat onduidelijkheid over de verhouding tot art. 13.4 lid 2 Tw dat voorziet in een beperkte bewaarplicht voor verkeersgegevens van pre-paid mobiele telefonie en in de toekomst wellicht een ruimere wettelijke bewaarplicht. In art. 11.5 Voorontwerp keert de uitzondering 'overigens bij of krachtens de wet toegestaan' namelijk niet terug. Art. 15 lid 1 Richtlijn noemt wel uitdrukkelijk de mogelijkheid van een ruimere bewaarplicht. Deze moet voldoen aan de eisen van dat artikel.<sup>44</sup>

In de MvT wordt toegelicht dat de voor transmissie toegestane verwerkingsduur afhangt van de gebruikte elektronische communicatiedienst.<sup>45</sup> Dit wordt ook uitdrukkelijk in de Richtlijn erkend. Bij de internettoepassing websurfen moeten verkeersgegevens worden verwijderd of geanonimiseerd, zodra de gebruiker offline gaat, waaronder de MvT verstaat *dat deze de verbinding met het internet (in de betekenis van het surfen op het World Wide Web) verbreekt; dit laatste hoeft niet altijd samen te vallen met beëindiging van de verbinding met de dienstenaanbieder, waarbij men bijvoorbeeld aansluitend diens e-mailaccount kan gaan bekijken*. Het begrip offline wordt in het maatschappelijke verkeer echter ook wel gebruikt om aan te duiden dat de verbinding met de Internet provider, die de elektronische communicatiedienst internettoegang aanbiedt, verbreekt. Dit schept onduidelijkheid, aangezien uit het laatste zou voortvloeien dat de gegevens van een gebruiker van breedbanddiensten die continu met zijn Internetaanbieder in verbinding staat, nooit gewist zouden hoeven worden.

Art. 11.5 lid 6 Voorontwerp geeft ten slotte een uitzondering op de hoofdregel voor de berechting van geschillen. In het licht van art. 6 lid 6 Richtlijn moet hierbij gedacht worden aan geschillen omtrent de dienstverlening en de facturering daarvan, d.w.z. geschillen tussen abonnees/gebruikers en dienstverleners of dienstverleners onderling. De bewoordingen van art. 11.5 lid 6 laten echter een ruimere interpretatie toe.<sup>46</sup> In elk geval kunnen de gegevens worden verstrekt in het kader van de geschillenbeslechting tussen aanbieder en gebruiker/abonnee door de geschillencommissie van art. 12.1 Tw en aanbieders onderling door OPTA (art. 12.3).

De verwerking van verkeersgegevens mag alleen plaatsvinden door personen die werkzaam zijn onder het gezag van de aanbieder van de openbare elektronische communicatiedienst of -netwerk dan wel de aanbieder van de dienst met toegevoegde waarde.<sup>47</sup> Blijkens overweging 32 kan de aanbieder van de openbare elektronische communicatiedienst of de toegevoegde waardedienst de noodzakelijke verwerking van persoonsgegevens echter wel uitbesteden. Dan is sprake van een verantwoordelijke-bewerker-verhouding in de zin van de Wbp.

Waar het Voorontwerp niet bij stil lijkt te staan, is dat de uitputtende regeling van de Richtlijn met betrekking tot verkeers- en locatiegegevens gevolgen heeft voor het toezicht. Voorzover het gaat om deze gegevens, is de Privacyrichtlijn en daarmee de Wbp niet van toepassing, tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven. Dit betekent strikt genomen dat voor de verkeers- en locatiegegevens die tegelijkertijd persoonsgegevens zijn, de Tw van toepassing is en niet de Wbp. Er blijft dan in beginsel ook geen aanvullende ruimte voor de Wbp over, hetgeen tot gevolg heeft dat het College bescherming persoonsgegevens niet bevoegd is. Wanneer OPTA haar toezichtstaak verwaarloost, blijkt het strengere regime een nul-regime. Het Voorontwerp gaat

<sup>43</sup> Art. 6 lid 3 Richtlijn; art. 11.5 lid 3 Voorontwerp.

<sup>44</sup> Dat betekent dat de beperking moet zijn voorzien bij wet en noodzakelijk in een democratische samenleving in het licht van de limitatief opgesomde doelen. Meer uitgebreid hierover Steenbruggen 2002.

<sup>45</sup> MvT, p. 131.

<sup>46</sup> Daarbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan de verstrekking van gegevens in het kader van een geschil tussen een derde en een abonnee/gebruiker die door middel van de dienst onrechtmatig jegens die derde handelt. Vgl. Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 9 juli 2002 (*Teleatlas/Planet Media Group*), *Computerrecht* 2002-5, p. 297-298.

<sup>47</sup> Art. 6 lid 5 Richtlijn; art. 11.5 lid 5 Voorontwerp.

zelfs niet in op de taakverdeling tussen Cbp en OPTA. Mijns inziens dient er in elk geval een coördinatieplicht zoals ook voor de taakverdeling tussen NMa en OPTA bestaat, in de Tw te worden opgenomen.

## Locatiegegevens

Nieuw ten opzichte van de ISDN-richtlijn is de regeling voor de verwerking van locatiegegevens in art. 9 Richtlijn. Deze is alleen van toepassing op locatiegegevens die niet in het kader van de transmissie van communicatie of de facturering daarvan worden verwerkt. De regeling werd opgenomen, omdat de mogelijkheid van digitale mobiele netwerken om zeer nauwkeurig de plaats van een gebruiker te bepalen als een bijzondere privacybedreiging wordt gezien. Niet alleen kunnen de desbetreffende gegevens inzicht geven in de (nauwkeurige) locatie waar iemand, althans zijn randapparaat zich bevindt, het is voorts mogelijk zijn bewegingen *real time* te volgen.<sup>48</sup> Het Voorontwerp introduceert ter implementatie van art. 9 Richtlijn een nieuw art. 11.5a Tw.

De verwerking van niet-geanonimiseerde locatiegegevens is slechts toegestaan, wanneer de abonnee of gebruiker voorafgaand aan de verwerking zijn toestemming heeft verleend ten behoeve van de levering van een toegevoegde waardedienst. De gegevens mogen slechts worden verwerkt voor een beperkte termijn.<sup>49</sup> De van-overeenkomstige-toepassingverklaring van art. 11.5 lid 2 Voorontwerp door art. 11.5a lid 3 Voorontwerp is niet in overeenstemming met art. 9 Richtlijn.<sup>50</sup>

Art. 9 lid 1 Richtlijn, geïmplementeerd in art. 11.5a lid 2 Voorontwerp, voorziet in een informatieplicht. Voorafgaand aan het verkrijgen van toestemming moet de dienstenaanbieder de gebruiker of abonnee informeren over de locatiegegevens die worden verwerkt, de doeleinden en de duur van die verwerking en hun voorts meedelen of de gegevens aan een derde worden verstrekt. Ook hier kan de gebruiker of abonnee zijn toestemming te allen tijde intrekken. Het verdient ook hier aanbeveling de informatieplicht in die zin uit te breiden.

Wiens toestemming moet worden verkregen, is afhankelijk van de te verwerken gegevens, de aan te bieden dienst en van de technische, procedurele en contractuele mogelijkheid een onderscheid te maken tussen gebruiker of abonnee.<sup>51</sup>

De dienstenaanbieder op wie de informatieplicht rust, is blijkens de bewoordingen van art. 9 lid 1 Richtlijn de aanbieder van de elektronische communicatiedienst -of netwerk. Deze kan zelf de toegevoegde waardedienst leveren, hij kan echter ook de locatiegegevens aan een derde verstrekken, waarbij de derde de toegevoegde waardedienst levert. Art. 11.5a Voorontwerp laat onduidelijkheid bestaan op wie de informatieplicht rust. De Richtlijn bepaalt dat de verwerking van locatiegegevens slechts door personen die werkzaam zijn onder het gezag van aanbieder van het openbare elektronische communicatienetwerk of de -dienst of de derde die de toegevoegde waardedienst levert, mag plaatsvinden.<sup>52</sup> Overweging 32 is ook hier van toepassing.

Art. 9 lid 2 Richtlijn bepaalt voorts dat gebruikers of abonnees de mogelijkheid moeten hebben eenvoudig en kosteloos de verwerking van locatiegegevens tijdelijk te blokkeren voor elke verbinding met het netwerk of voor elke transmissie van communicatie. Art. 11.5a lid 5 Voorontwerp bepaalt dat de plicht hiervoor zorg te dragen op de aanbieder van de toegevoegde waardedienst rust, maar vergeet daarbij te vermelden dat deze weigeringsmogelijkheid ook eenvoudig moet zijn. De Richtlijn beoogt de verwerking van locatiegegevens reeds bij de

<sup>48</sup> MvT, p. 134. Zie ook overweging 35 Richtlijn.

<sup>49</sup> Namelijk zolang noodzakelijk is voor de levering van de dienst met toegevoegde waarde.

<sup>50</sup> Art. 9 Richtlijn voorziet namelijk niet in verwerking van locatiegegevens ten behoeve van facturering. Dit laat uiteraard onverlet dat andere noodzakelijke gegevens hiervoor wel mogen worden verwerkt. De Wbp is dan van toepassing.

<sup>51</sup> Overweging 31 Richtlijn.

<sup>52</sup> Met de verwijzing in art. 11.5a lid 6 naar het derde lid onder d zal het tweede lid onder d bedoeld zijn.

aanbieder van het elektronische communicatienetwerk of de -dienst te blokkeren. In dat opzicht zou het voor de hand liggen deze aanbieder, eventueel samen met de aanbieder van de toegevoegde waardedienst, deze plicht op te leggen.

### **Ongevraagde communicatie**

Zoals boven reeds weergegeven, introduceert art. 13 Richtlijn een regeling van ongevraagde communicatie met het oog op direct marketing via e-mail. Hoewel hiermee in eerste instantie beoogd werd spam te reguleren, heeft de regeling door de open definitie van e-mail een veel wijder bereik.

Volgens de art. 29 Werkgroep omvat spamming een praktijk waarbij ongevraagd e-mails, gewoonlijk van commerciële aard, in grote aantallen en herhaaldelijk worden toegezonden aan personen met wie de afzender voordien geen contact heeft gehad.<sup>53</sup> Dit gebeurt meestal, nadat een e-mailadres van een openbare plaats op Internet is gehaald. Hoewel meer definities van spam bestaan, sluit deze goed aan bij het feitelijk karakter van en de bezwaren tegen spam.

De bezwaren die tegen spam bestaan, zijn globaal de volgende. De grootschaligheid van spamming kan het functioneren van een netwerk beperken en vormt daarmee een bedreiging voor een goed functionerend Internet. De privacy van ontvangers wordt beperkt doordat zij geconfronteerd worden met reclame waarom ze niet gevraagd hebben en hun e-mailadressen worden gebruikt voor een doel waarvoor zij niet verstrekt zijn. Voorts is sprake van een kostenverschuiving: de ontvanger en de transporteur draaien op voor de kosten van het bericht in plaats van de verzender.<sup>54</sup>

In de afgelopen jaren heeft de regulering van spam een prominente plaats op de Europese agenda gekregen. De regeling in de Richtlijn vormt hiervan het voorlopige eindpunt.

Art. 13 Richtlijn brengt een belangrijke wijziging in de regeling voor ongevraagde communicatie<sup>55</sup> met het oog op direct marketing zoals die onder de ISDN-richtlijn en andere richtlijnen bestond. Niet alleen wordt het bereik van de regeling uitgebreid door de vervanging van het begrip oproepen door het techniekonafhankelijke communicatie, zij introduceert ook een (soft) opt-instelsel voor ongevraagde e-mail voor direct marketingdoeleinden.

Opt-in gold al voor automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst en faxen. Art. 12 ISDN-richtlijn bepaalde namelijk dat een oproep via deze middelen met het oog op direct marketing slechts toegestaan was, wanneer de abonnee daaraan voorafgaand uitdrukkelijk zijn toestemming had verleend. Voor andere communicatiemiddelen liet art. 12 lid 2 ISDN-richtlijn lidstaten de keuze tussen opt-in, waarbij de oproep zonder voorafgaande toestemming van de betrokken abonnees verboden was, of opt-out waarbij de oproep toegestaan was tenzij de abonnee kenbaar had gemaakt dat hij dergelijke oproepen niet wenst te ontvangen (een bezwaarstelsel).

Nederland koos voor andere communicatiemiddelen dan automatische oproepsystemen en faxen voor het opt-outstelsel. E-mail zou ook onder automatisch oproepsysteem geschaard kunnen

<sup>53</sup> Zie onder andere de adviezen 7/2000

([http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/dataprot/wpdocs/wp36nl.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp36nl.pdf)) en 1/2000

([http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/dataprot/wpdocs/wp28nl.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp28nl.pdf)) van de Groep voor de Bescherming van Personen in verband met de Verwerking van Persoonsgegevens (art. 29 Werkgroep).

<sup>54</sup> Vgl. ook overweging 40 Richtlijn.

<sup>55</sup> De Nederlandse versie van de Richtlijn spreekt over ongewenste communicatie. In art. 13 lid 2 Richtlijn komt echter de term ongevraagde communicatie voor. De Engelse versie heeft het in beide gevallen over unsolicited communication. Het Voorontwerp spreekt over ongevraagde communicatie in plaats van ongewenste communicatie.

worden, in welk geval nu reeds voor e-mail opt-in zou gelden.<sup>56</sup> De Nederlandse wetgever heeft dit standpunt echter uitdrukkelijk verworpen met een verwijzing naar de indicatieve bijlage I van de Richtlijn Verkoop op afstand<sup>57</sup> waarin automatisch oproepsysteem wordt omschreven als telefoon zonder menselijke tussenkomst en waarin als voorbeelden van technieken voor communicatie op afstand e-mail en automatische oproepsystemen naast elkaar worden genoemd.<sup>58</sup> Je kunt je afvragen of hiermee bij spam volstaan kan worden.<sup>59</sup> De E-commercerichtlijn<sup>60</sup> gaat ook expliciet in op ongevraagde e-mail met het oog op direct marketing. Art. 7 bepaalt dat dergelijke e-mail direct bij ontvangst en zonder het bericht te hoeven openen als zodanig herkenbaar moet zijn. Zo kan spam gemakkelijker gefilterd worden. Daarnaast bepaalt art. 7 dat direct marketing organisaties opt-outregisters regelmatig moeten raadplegen en respecteren. De regeling in de E-commercerichtlijn geldt echter alleen voorzover lidstaten een opt-outstelsel hanteren. Na de implementatie van de Richtlijn zal deze bepaling een veel kleinere reikwijdte hebben.

Opmerking: wijzigen

In art. 13 lid 1 Richtlijn wordt het gebruik van e-mail voor direct marketing doeleinden (in art. 11.7 omschreven als commerciële, charitatieve en ideële doeleinden) onder het zogenaamde opt-inregime gebracht. Art. 13 lid 1 Richtlijn wordt geïmplementeerd in art. 11.7 lid 1 Voorontwerp. Zoals we boven hebben gezien, is de definitie van e-mail potentieel zeer ruim. Blijkens de Richtlijn is met name besloten tot instelling van het zwaardere opt-inregime voor de communicatiemiddelen genoemd in art. 13 lid 1 Richtlijn, omdat enerzijds de verzending betrekkelijk makkelijk en goedkoop kan geschieden, terwijl anderzijds de ontvangst een belasting en/of kosten voor de ontvanger met zich meebrengt. Bovendien kan het volume van die mededelingen tevens moeilijkheden voor de elektronische communicatienetwerken en de eindapparatuur met zich meebrengen.<sup>61</sup> Dit is de grondslag voor het opt-instelsel bij ongevraagde communicatie. Uit het oogpunt van rechtszekerheid zou de wetgever er mijns inziens goed aan doen dit als aanvullend en beslissend criterium te hanteren. Op deze manier kan ook het open karakter van de definitie van e-mail in stand blijven, zodat ook nieuwe communicatiemiddelen eronder gebracht kunnen worden.

Hoewel de MvT de hierboven beschreven motivering voor het instellen van een opt-inregime deelt, is de toelichting op sommige vlakken nogal cryptisch.<sup>62</sup> Er wordt in elk geval niets gezegd over de betekenis hiervan, wanneer deze lastenverschuiving ook bij ongevraagde communicatie via andere middelen dan e-mail in enge zin, SMS en voicemail optreedt.

De Richtlijn bevat een soft opt-inregeling voor e-mail. Op het strikte opt-inregime geeft art. 13 lid 2 Richtlijn namelijk een uitzondering voorzover het gaat om het verzenden van ongevraagde e-mail aan eigen klanten. Natuurlijke of rechtspersonen die, in het kader van de verkoop van hun eigen producten of diensten, van hun klanten elektronische contactgegevens voor elektronische post hebben verkregen, kunnen deze gegevens gebruiken voor direct marketing van eigen gelijkaardige producten of diensten, mits:

<sup>56</sup> Dit werd ook in Hof Amsterdam, 18 juli 2002, *Computerrecht* 2002-5, p. 299-309 (*Ab.Fab/ XS4All*), m.nt. JJCK naar voren gebracht.

<sup>57</sup> Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PbEG* 1997 L 144/19.

<sup>58</sup> *Kamerstukken II* 1999/2000, 26861, nr. 3, p. 8-9.

<sup>59</sup> Zie Lodder & Bergfeld 2002.

<sup>60</sup> Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('richtlijn inzake elektronische handel'), *PbEG* 2000 L 178/1.

<sup>61</sup> Overweging 40 Richtlijn.

<sup>62</sup> Zie bijvoorbeeld deze overweging: *het gaat dan niet alleen om elektronische post (e-mail in enge zin), maar bijvoorbeeld ook om het gebruik van de zogeheten Short Message Service (SMS). Reden om deze middelen onder het opt-inregime te brengen, is dat deze middelen door degene die zich hiervan bedient op vrij eenvoudige wijze en goedkoop kunnen worden ingezet, terwijl de lasten – in de brede zin van het woord – waar het gaat om de verzending van e-mail in de enge zin van het woord (exclusief SMS) vrijwel volledig komen te liggen bij de aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en –diensten alsmede de ontvangers van de e-mail. Voor de ontvangers treden er kosten op als gevolg van het downloaden van e-mail; overigens nemen deze kosten af, indien men gebruik maakt van flat free internet [!].* MvT, p. 52-53. Dat bij gratis Internet de kosten voor de ontvanger afnemen, geloof ik graag.

1. de klant, bij het verzamelen van de contactgegevens, duidelijk en uitdrukkelijk de mogelijkheid is geboden kosteloos en op eenvoudige wijze in verzet te komen tegen het gebruik van die gegevens; en
2. wanneer de klant niet van de mogelijkheid ad 1) gebruik heeft gemaakt, die verzetsmogelijkheid bij elk volgend direct marketingbericht kosteloos en op eenvoudige wijze wordt geboden.

In het Voorontwerp keert deze uitzondering terug in art. 11.7 lid 2. De term direct marketing is nu omschreven als 'communicatie voor commerciële doeleinden'. Dit valt gezien de bedrijfsmatige context, waarvan hier sprake is, te billijken. Art. 41 lid 2 Wbp wordt van overeenkomstige toepassing verklaard. Daarmee wordt bewerkstelligd dat degene die elektronische contactgegevens van klanten aanwendt voor commerciële communicatie, maatregelen dient te nemen om verdere verwerking van die gegevens voor dat doel terstond te beëindigen in geval de klant verzet aantekent.

Art. 11.7 lid 3 Voorontwerp implementeert art. 13 lid 4 Richtlijn: verboden is het gebruik van e-mail voor ongevraagde communicatie, wanneer de verzender anoniem is, gebruik maakt van een pseudoniem of er in de communicatie geen geldig adres of nummer is vermeld waar de ontvanger een verzoek tot beëindiging kan indienen.

Artikel 13 lid 3, Richtlijn draagt lidstaten op passende maatregelen te nemen ter bescherming van de abonnee, zonder dat voor hem kosten ontstaan, in geval van ongevraagde communicatie in andere dan de gevallen in lid 1 en 2. De lidstaten kunnen derhalve zelf bepalen of zij dienaangaande opt-in of opt-out hanteren. De Richtlijn geeft wel een aanwijzing ten behoeve van die keuze. Beslissend hierbij is of de lasten voor ontvanger en transporteur niet groter zijn dan de lasten voor de verzender.<sup>63</sup>

Het Voorontwerp kiest hier voor opt-out<sup>64</sup>: het gebruik van andere middelen dan automatische oproepapparaten, fax of e-mail voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is toegestaan, tenzij de desbetreffende abonnee te kennen geeft dat hij die communicatie niet wenst te ontvangen. In aansluiting hierop bepaalt art. 11.7 lid 5 Voorontwerp dat degene die ongevraagd communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden overbrengt ten minste eenmaal per jaar de betrokkenen op de hoogte dient te stellen (via dag-, nieuws- of huis-aan-huisbladen of op andere geschikte wijze) van de mogelijkheid om aan te geven voornoemde communicatie niet langer te willen ontvangen. Voor het bijhouden van opt-out abonnees kunnen overigens opt-outregisters worden opgesteld, zoals voorgeschreven in art. 7 E-commercerichtlijn.<sup>65</sup>

Onduidelijk is, zowel in de Richtlijn, als in het Voorontwerp waarom de regeling slechts op abonnees van toepassing is. In overweging 42 spreekt de Richtlijn wel van abonnees en gebruikers. Het Voorontwerp laat bovendien de indruk ontstaan dat art. 11.7 ook op rechtspersonen van toepassing is. Dat is echter niet het geval, aangezien het huidige art. 11.8 Tw gehandhaafd blijft. Dit artikel beperkt de toepassing van de artikelen 11.6 (abonneelijsten en -informatiediensten) en 11.7 (ongevraagde communicatie) tot abonnees die natuurlijke personen zijn.

## Factuurspecificatie en automatische doorschakeling

---

<sup>63</sup> Overweging 42 Richtlijn.

<sup>64</sup> Art. 11.7 lid 4 Voorontwerp.

<sup>65</sup> Zie tevens art. 15e lid 2 Wetsvoorstel aanpassingswet implementatie richtlijn inzake elektronische handel (*Kamerstukken II 2001/2002, 28197, nr. 1*): 'De dienstverlener van de informatiemaatschappij in wiens opdracht ongevraagde commerciële communicatie per elektronische post wordt verspreid, neemt de nodige maatregelen opdat degene die zich heeft ingeschreven in een daartoe bestemd register geen commerciële communicatie ontvangt.'

Art. 10 lid 2 Universele Dienstrichtlijn<sup>66</sup> draagt lidstaten op de ondernemingen met universele dienstverplichting bepaalde aanvullende faciliteiten en diensten te verstrekken, teneinde abonnees in staat te stellen hun uitgaven te controleren en te beheersen. Een gespecificeerde factuur is een van deze diensten.<sup>67</sup> Consumenten hebben recht op een gespecificeerde factuur. Dit recht voorziet in een basisniveau van kostenspecificatie en is beperkt tot het gebruik van het openbare vaste telefoonnetwerk en/of de openbare vaste telefoondienst. Tot dit basisniveau moet de specificatie kosteloos zijn.

Momenteel is het recht op een gespecificeerde factuur in art. 31 Besluit ONP huurlijnen en telefonie<sup>68</sup> (BOHT) neergelegd. Op grond hiervan zijn alle aanbieders van de vaste telefoondienst verplicht op verzoek van een afnemer een gespecificeerde factuur te verstrekken. Art. 31 BOHT gaat derhalve in twee opzichten verder dan de UD-richtlijn. Ten eerste is de verplichting tot factuurspecificatie niet beperkt tot de aanbieder met de universele dienstverplichting. Ten tweede geeft het BOHT ook rechtspersonen een recht op factuurspecificatie. De UD-richtlijn is beperkt tot consumenten. Dit zijn natuurlijke personen die gebruik maken van of verzoeken om een openbare elektronische communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden.<sup>69</sup> Het Voorontwerp laat zich in het geheel niet uit over het recht op een gespecificeerde factuur.

Het bevat echter wel het spiegelbeeld daarvan: het recht op een niet-gespecificeerde rekening. Art. 7 lid 1 Richtlijn bepaalt dat abonnees het recht hebben niet-gespecificeerde facturen te ontvangen. Art. 7 lid 2 draagt lidstaten op nationale bepalingen toe te passen om de rechten van de abonnees die gespecificeerde facturen ontvangen, in overeenstemming te brengen met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de oproepende gebruikers en de opgeroepen abonnees, bijvoorbeeld door ervoor te zorgen dat aan die gebruikers en abonnees voldoende alternatieve communicatie- of betalingswijzen beschikbaar zijn. De reikwijdte van art. 7 Richtlijn is beperkt tot de openbare telefoondienst.

In het huidige art. 11.4 Tw is een recht op een niet-gespecificeerde rekening met een veel groter bereik opgenomen. Op grond hiervan zijn aanbieders van openbare telecommunicatiediensten verplicht de abonnee op diens verzoek geleverde telecommunicatiediensten door middel van geheel of gedeeltelijk niet-gespecificeerde nota's in rekening te brengen. Art. 11.4 lid 2 Tw bepaalt dat deze verplichting bij AMvB wordt uitgewerkt. Deze AMvB is nooit vastgesteld. Het Voorontwerp past dit artikel slechts terminologisch aan, zonder nadere motivering. In het licht van bovenstaande lijkt het wenselijk dat de MvT de verhouding tussen het recht op een gespecificeerde factuur en het recht op een niet-gespecificeerde factuur toelicht. Voorts dient de AMvB van lid 2 te worden vastgesteld ter implementatie van art. 7 lid 2 Richtlijn.

Art. 11.4 lid 1 sub b Tw bevat momenteel de verplichting van de dienstenaanbieder de abonnee op verzoek de mogelijkheid te bieden kosteloos en eenvoudig de doorschakeling van oproepen van derden naar zijn toestel ongedaan te maken. Hierop ziet art. 11 Richtlijn. De Tw vereist geen wijziging ter implementatie hiervan.

## Nummeridentificatie

Art. 29 lid 1 UD-richtlijn draagt lidstaten op ervoor te zorgen dat nationale regelgevende instanties kunnen verlangen dat alle aanbieders van openbare telefoonnetwerken nummeridentificatie voor eindgebruikers beschikbaar stellen, voorzover dit technisch en economisch haalbaar is.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), *PbEG* L 108/55.

<sup>67</sup> Zie bijlage I deel A onder a UD-richtlijn.

<sup>68</sup> *Stb.* 1998, 639.

<sup>69</sup> Art. 2 sub i Kaderrichtlijn.

<sup>70</sup> Art. 29 UD-Richtlijn j° Bijlage 1 deel B UD-Richtlijn.

Dit wordt geïmplementeerd in art. 7.6 Voorontwerp. Dit artikel bepaalt dat aanbieders van openbare telefoonnetwerken een plicht tot identificatie van de oproepende lijn (*calling line identification* – CLI) hebben. OPTA kan op grond van het tweede lid een ontheffing verlenen, wanneer CLI technisch niet uitvoerbaar dan wel economisch niet haalbaar is. Aan deze ontheffing kunnen voorschriften verbonden worden.

Uit privacyoverwegingen is het wenselijk dat de gebruiker of abonnee de nummeridentificatie kan blokkeren of niet-geïdentificeerde oproepen kan weigeren. Art. 8 Richtlijn is de tegenhanger van art. 29 Richtlijn. Het bepaalt:

1. De dienstenaanbieder moet de oproepende gebruiker in staat stellen op eenvoudige, kosteloze wijze en voor iedere oproep afzonderlijk doorgifte van het nummer te blokkeren. Deze verplichting omvat elke oproepende lijn.
2. Voorts moet de opgeroepen abonnee op eenvoudige en, bij een redelijk gebruik, kosteloze wijze de nummeridentificatie van inkomende oproepen kunnen verhinderen.
3. Wanneer het nummer wordt weergegeven voordat de verbinding tot stand komt, moet de dienstenaanbieder de opgeroepen abonnee de mogelijkheid bieden op eenvoudige wijze inkomende oproepen te weigeren, waarvan nummeridentificatie is geblokkeerd.
4. Ten slotte moet de dienstenaanbieder de opgeroepen abonnee de mogelijkheid bieden op eenvoudige en kostenloze wijze de doorgifte van zijn nummer naar de oproepende gebruiker te verhinderen. De dienstenaanbieder heeft een informatieplicht.

In vergelijking met de huidige regeling brengt art. 11.9 Voorontwerp voornamelijk begripsmatige wijzigingen. Dit betekent dat problemen die in de praktijk met betrekking tot CLI bestaan, niet worden opgelost. In de praktijk is bijvoorbeeld problematisch een netwerkdienst aan te bieden waarmee op eenvoudige wijze inkomende oproepen waarvan het nummer is geblokkeerd, kunnen worden geweigerd. Aanbieders menen dat wanneer een dergelijke mogelijkheid in het randapparaat is ingebouwd (eenvoudig weigeren door niet op te nemen) aan de verplichting is voldaan. Deze interpretatie is in strijd met de Richtlijn.<sup>71</sup> Ondertussen kan OPTA geen ontheffing verlenen voor de uit nummeridentificatie voortvloeiende diensten en verplichtingen.

Verwant aan de regeling met betrekking tot nummeridentificatie is art. 10 Richtlijn. Dit artikel bepaalt dat de lidstaten transparante procedures dienen vast te stellen om de volgende dienstelementen op te heffen:

- a) de blokkering van CLI op verzoek van een gebruiker die kwaadwillige of hinderlijke oproepen wil traceren. In dat geval moet de aanbieder de identificatiegegevens van de oproepende abonnee overeenkomstig de nationale wetgeving opslaan en beschikbaar stellen. Met identificatiegegevens is blijkens overweging 36 het nummer van de oproepende gebruiker bedoeld.<sup>72</sup>
- b) de blokkering van CLI en de tijdelijke weigering van verwerking van locatiegegevens (in de zin van art. 9 lid 2 Richtlijn) voor organisaties die noodoproepen behandelen en als zodanig zijn erkend, met inbegrip van politie, en ambulance- en brandweerdiensten.

Het Voorontwerp introduceert ter implementatie van art. 10 een nieuw art. 11.11 Tw. Op grond hiervan kan de abonnee die last heeft van hinderlijke of kwaadwillige oproepen, waarbij de nummerweergave is geblokkeerd, aan zijn aanbieder verzoeken hem het nummer en de naam-, adres- en woonplaatsgegevens van de oproepende abonnee te verstrekken. Aan vorm en inhoud van dat verzoek stelt art. 11.11 lid 2 een aantal eisen. Wanneer na indiening van het verzoek nog dergelijke oproepen plaatsvinden, dient de verzoeker de aanbieder zo snel mogelijk te informeren. De aanbieder dient op zijn beurt een onderzoek in te stellen, teneinde vast te stellen of sprake is van een zodanige last dat verstrekking van de gegevens gerechtvaardigd is. Indien het onderzoek tot deze conclusie leidt, heeft de aanbieder de plicht de hierboven beschreven informatie te verstrekken. Wanneer blijkt dat het oproepende nummer toebehoort aan een abonnee van een andere aanbieder, dient deze op verzoek van de met het onderzoek belaste

<sup>71</sup> Zie overweging 34 Richtlijn.

<sup>72</sup> Art. 9 aanhef en sub a ISDN-Richtlijn bevatte dezelfde verplichting voor lidstaten.

aanbieder, wanneer het onderzoek daartoe aanleiding geeft, de NAW-gegevens te verstrekken. Deze gegevensverstrekking moet door de aanbieder aan de abonnee om wie het gaat, gemeld worden.

Hoewel art. 11.11 Voorontwerp goed bedoeld is, heeft art. 10 Richtlijn waarschijnlijk een andere procedure beoogd, namelijk *malicious call identification* (MCID). MCID is het verschijnsel dat via een telecommunicatiedienst/netwerk op initiatief van een gebruiker (door een code in te toetsen) die via deze dienst wordt lastiggevallen door een andere gebruiker de benodigde gegevens omtrent het aansluitpunt (telefoonnummer) door de aanbieder aan de autoriteiten worden doorgespeeld, teneinde tot vervolging over te kunnen gaan. MCID is een functionele toevoeging aan een telecommunicatiedienst die op initiatief van een abonnee/slachtoffer van belterreur het nummer van de beller kan traceren en dit aan de strafvorderlijke autoriteiten kan doorgeven. Het slachtoffer krijgt deze informatie niet zelf tot zijn beschikking in verband met de privacy en het gevaar voor eigenrichting. MCID maakt onderdeel uit van de *technische* standaarden van ISDN, van CCS7, het standaardprotocol voor het digitale telefoonverkeer tussen de centrales, en van GSM. Dat moet ook, want het signaal van de beller moet getraceerd worden, dus het hele netwerk van beller tot ontvanger moet hiervoor geschikt zijn. De alarmcentrale 112 maakt ook van deze dienst gebruik, wanneer het nummer van de beller geblokkeerd is. In het Nummerplan voor telefoon- en ISDN-diensten wordt expliciet aan deze dienst gerefereerd.<sup>73</sup> Het is niet duidelijk, waarom deze dienst nooit is ingevoerd.

In elk geval gaat art. 11.11 Voorontwerp, ongemotiveerd en mijns inziens ongerechtvaardigd, veel verder dan de Richtlijn. Op grond van de Richtlijn kan namelijk alleen het nummer worden verstrekt. De regeling laat voorts een te grote beoordelingsruimte aan de betrokken aanbieders, waardoor intransparantie en willekeur dreigt.

De opheffing van de nummerweergaveblokkering en de tijdelijke weigering van de verwerking van locatiegegevens van art. 10 sub b Richtlijn (voor nooddiensten) wordt ten slotte geïmplementeerd in art. 11.10 Voorontwerp.

## Abonneelijsten

Voor (gedrukte en elektronische) abonneelijsten en abonnee-informatiediensten brengt de Richtlijn een belangrijke verandering ten opzichte van de huidige situatie. Nu wordt de abonnee in beginsel opgenomen in een abonneelijst of in het abonneebestand van een abonnee-informatiedienst, tenzij hij daartegen bezwaar maakt. Onder art. 12 Richtlijn moet zijn toestemming worden gevraagd. Voorafgaand aan de opname dient degene die de lijst uitgeeft of de abonnee-informatiedienst verzorgt, aan de abonnee informatie te verstrekken over onder meer de doeleinden van de abonneelijst of de informatiedienst en de soorten persoonsgegevens die daarin worden opgenomen. De nieuwe regeling heeft bovendien een grotere reikwijdte dan de oude, nu het gaat om abonneelijsten voor elektronische communicatiediensten.

De abonnee kan op grond van art. 12 lid 2 zelf bepalen of en zo ja, welke persoonsgegevens in een openbare abonneelijst worden opgenomen, voorzover die gegevens relevant zijn voor de doeleinden van de abonneelijst. Voorts dient hij de mogelijkheid te hebben de gegevens te verifiëren, verbeteren of te laten verwijderen. Hij moet deze rechten kosteloos kunnen uitoefenen. Op grond lid 3 kunnen lidstaten bepalen dat afzonderlijke toestemming noodzakelijk is voor andere doeleinden dan het zoeken van contactgegevens op basis van naam en eventueel een

<sup>73</sup> Vgl. de artikelsgewijze toelichting op art. 3 sub a Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten van 11 januari 1999, *Stcrt.* 1999, 14, p. 9: [...] *De 13-serie is met name bedoeld om geharmoniseerde nummers beschikbaar te kunnen stellen voor netwerk-lokale faciliteiten die voor de abonnee van invloed zijn op de kosten- en de privacy-aspecten van telecommunicatienetwerken en die van zodanig algemeen belang zijn dat ze ook van kiesschijfstoelstellen beschikbaar moeten zijn. Voorbeelden zijn de nummers 131 en 132 die bestemd zijn voor (de-)blokkering van nummeridentificatie (CLIP, CLIR). Daarnaast kan worden gedacht aan codes voor het blokkeren van de aansluiting tegen doorgeschakelde gesprekken van derden (vergelijk artikel 11.4, eerste lid, onderdeel b, van de Telecommunicatiewet en het traceren van oproepen door kwaadwilligen (computerinbrekers, hijgers).*

minimumaantal andere identificatiegegevens. Art. 12 lid 4 bepaalt dat de leden 1 en 2 in elk geval gelden voor abonnees die natuurlijke personen zijn en laat het aan de lidstaten over of de regeling ook geldt voor rechtspersonen.

Art. 12 Richtlijn wordt geïmplementeerd in art. 11.6 Voorontwerp. Doordat art. 11.6 lid 1 Voorontwerp toch nog de term telefoongids noemt, ontstaat enige onduidelijkheid over de betekenis van het begrip abonneelijst. Dit begrip wordt niet in de lijst van definities in art. 11.1 Voorontwerp genoemd. Uit de MvT blijkt dat het hier naast de traditionele telefoongids gaat om gidsen – elektronisch of gedrukt – waarin adressen voor elektronische post (en andere contactgegevens) zijn opgenomen.<sup>74</sup> Het gaat om algemeen beschikbare abonneelijsten, interne gidsen vallen dus niet onder het begrip. Bij elektronische abonneelijsten moet gedacht worden aan zowel abonneelijsten op CD-ROM, als abonneelijsten die via Internet beschikbaar worden gesteld. Art. 11.6 Voorontwerp is niet van toepassing op rechtspersonen.

## **Conclusie**

Het huidige Voorontwerp implementeert de Richtlijn in hoofdstuk 11 Tw. Dit hoofdstuk waarin momenteel de ISDN-richtlijn is geïmplementeerd, wordt in grote lijnen in stand gelaten. Daarmee krijgt de implementatie in grote mate het karakter van een stoplapbenadering.

Het is jammer dat de wetgever niet meer aandacht heeft geschonken aan het open en techniekonafhankelijke karakter van de concepten in de Richtlijn. Hierdoor worden de concepten toch weer techniekgebonden of ontstaat onduidelijkheid over de reikwijdte hiervan. Ook de rechten van abonnees en gebruikers ten opzichte van de dienstverlener, andere gebruikers en derden lijden hieronder.

---

<sup>74</sup> MvT, p. 135.