

ELAW KEUZEVAK TELECOMRECHT

*privacy en bescherming persoonsgegevens (incl.  
spam, telemarketing en cookies)*

Gerrit-Jan Zwenne — 4 mei 2018



Universiteit Leiden  
The Netherlands



*roadmap*

- *vertrouwelijkheid en beveiliging*
- *anoniem bellen en gebeld worden, geheim nummer*
- *verkeers- en locatiegegevens, bewaarplicht en aftappen*
- *cookies, spam en telemarketing*



## Boete van 364000 euro voor KPN wegens datalek

🕒 17 NOVEMBER 2016 👤 REDACTIE 💬 GEEF EEN REACTIE

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) heeft geoordeeld dat een eerder door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) aan KPN opgelegde boete van 364.000 euro in stand blijft. Dit naar aanleiding van een hack in 2012 door een 17-jarige inwoner van Barendrecht.

In 2012 wist een 17-jarige hacker uit Barendrecht bijna het gehele KPN-netwerk te kraken waarbij hij zich volgens de ACM toegang verschafte tot de systemen waarin de persoonsgegevens van klanten waren opgeslagen. De jongeman deed het naar verluidt 'voor de lol'. Voor hem bleef de schade beperkt tot een voorwaardelijke celstraf van acht maanden en een werkstraf van 100 uur. Voor KPN heeft de hack, na het instellen van alle mogelijke beroepen en bezwaren, uiteindelijk nadeliger uitgepakt.

## vertrouwelijkheid en beveiliging

- *bescherming persoonsgegevens en privacy van abonnees en gebruikers*
- *vertrouwelijkheid van communicatie*
- *beveiliging én meldplicht beveiligingsinbreuk*

*melden bij AP én bij abonnees en gebruikers!*

- niet aftappen, af luisteren enz., tenzij*
- *met uitdrukkelijke toestemming*
  - *integriteit netwerk*
  - *overbrengen communicatie*
  - *wettelijk voorschrift of bevel*

*Deep Packet Inspection (DPI)*

## *anoniem bellen en gebeld worden*

- nummerherkenning
- specificatie telefoonrekening

- recht op anoniem bellen
- recht om niet anoniem te worden gebeld
- recht om wel anoniem te worden gebeld maar beperkingen m.b.t. alarmnummers

recht op gespecificeerde rekening (KPN), en  
recht op ongespecificeerde rekening

## *'geheim nummer'*

- toestemming vereist voor opname gegevens in telefoongids of abonnee *informatiedienst*
- voor *standaardgids of -informatiedienst* moet Telco toestemming vragen

18xy: 1880, 1800, 1801

zoeken op naam in combinatie met adres en woonplaatsgegevens

hoe zit het met 'omgekeerd zoek-  
diensten (reversed search)..?

## verkeersgegevens

gegevens die worden verwerkt voor overbrengen van communicatie of facturering ervan

Bijv. tijdstip en duur, oproep, oproepnummer, Cell-ID, omvang e-mailbericht, etc.

- anonimiseren, zodra niet meer nodig voor overbrengen verkeer en facturering
- met toestemming ook voor value added services en marketing van elektronische communicatie-diensten

Let op! GPS gegevens worden niet gebruikt voor overdracht van communicatie, zijn dus locatiegegevens maar géén verkeersgegevens (art. 11.5a Tw)

## bewaarplicht ..?!

Wat?

- verkeers- en locatie-gegevens
- navigatiegegevens

Hoe lang?

- 12 mndn voor mobiele telefoon
- 06 mndn voor andere

Waarvoor?

- onderzoek, opsporing en vervolgen ernstige misdrijven



HvJEU 8 april 2014 C-293/12 en C594/12

- inmenging in fundamentele rechten op bijzonder ernstige wijze
- wél sprake van een algemeen belang, nl. strijd tegen ernstige criminaliteit en uiteindelijk openbare veiligheid
- maar met richtlijn 2006/24/EG zijn niettemin grenzen overschreden die ingevolge het evenredigheidsbeginsel in acht moeten worden genomen

Vr Rb A'dam 11 maart 2015  
ECLI:NL:RBDHA:2015:2498

buitenwerkingstelling..!

## aftappen

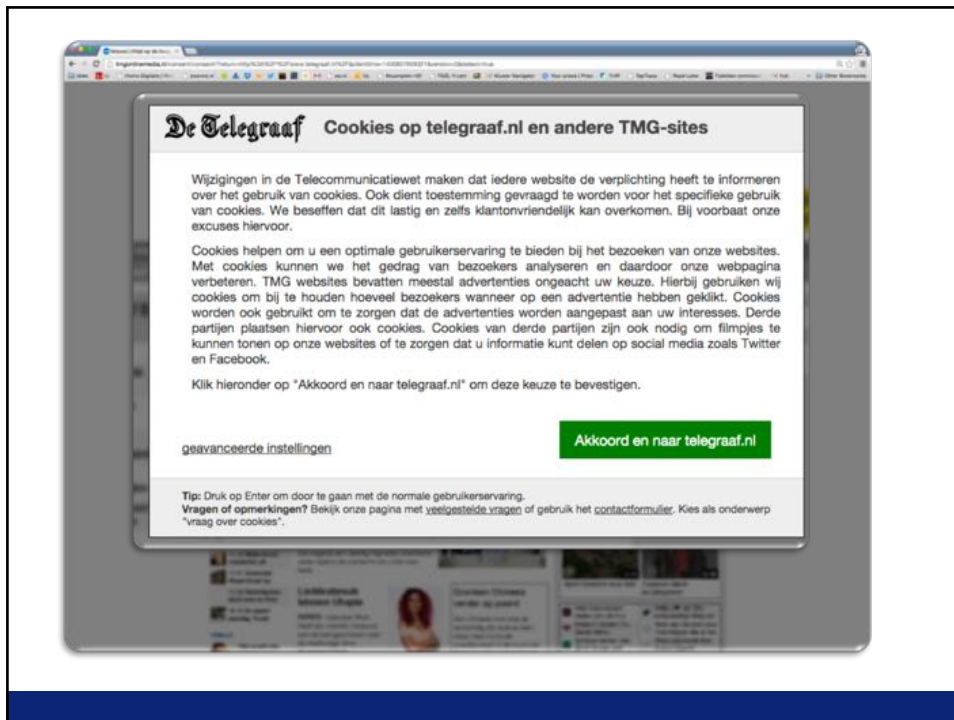
- telecomnetwerk en diensten moeten aftapbaar zijn
- medewerkings- en geheimhoudingsplicht
- en beveiligingsplan



<http://bit.ly/dxA9Zz>

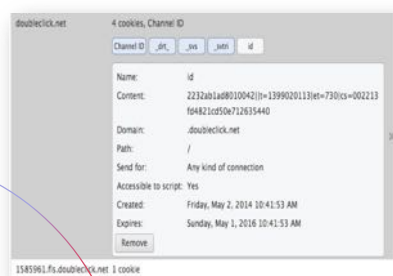


COOKIES (EN DERGELIJKE)



## cookies: object van regelgeving

*gebruik van elektronische communicatie voor opslag van informatie of voor verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is opgeslagen in eindapparatuur van een abonnee of gebruiker"*



*door eindgebruiker gebruikt apparaat aangesloten op een elektronisch communicatienetwerk, zoals computer, smartphone, set-top box, enz.(art. 1.1(jj)(i) Tw)*

## 'cookiebepaling'

art. 11.7a, eerste lid, Telecomwet

- duidelijke en volledige informatie overeenkomstig de Wbp, en in ieder geval over de doeleinden van de cookies
- toestemming van de gebruiker

Art. 33 en/of 34 Wbp resp. 13-14 AVG: o.a. eigen identiteit, doeleinden en 'nadere informatie voor zover nodig om zorgvuldige verwerking te waarborgen'

Vgl. art. 7 en overw. 32, 42-43 AVG

### ICTRecht incasseert €8200 dankzij cookiepopup met incassotoestemming

1 april 2013 door Arnold Ewaldhof

Dankzij het gemak waarmee mensen online akkoord gaan met cookiepopups heeft ICTRecht een bedrag van €8200 mogen incasseren via automatische incasso. Dat maakte het juridisch adviesbureau vandaag bekend. Naast de bekende teksten over Analyticscookies en sociale media bevatte de cookiepopup ook de tekst "Tevens geeft u toestemming €100 van uw bankrekening te laten afschrijven". Een dergelijke tekst is rechtsgeëld, nu bezoekers expliciet op "Akkoord" moesten klikken.

(32) Toestemming dient te worden gegeven door middel van een duidelijke actieve handeling, bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring, ook met elektronische middelen, of een mondelinge verklaring, waaruit blijkt dat de betrokkene vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig met de verwerking van zijn persoonsgegevens instemt. Hiertoe zou kunnen behoren het klikken op een vakje bij een bezoek aan een internetwebsite, het selecteren van technische instellingen voor diensten van de informatiemaatschappij of een andere verklaring of een andere handeling waaruit in dit verband duidelijk blijkt dat de betrokkene instemt met de voorgestelde verwerking van zijn persoonsgegevens. Stilzwijgen, het gebruik van reeds aangekruiste vakjes of inactiviteit mag derhalve niet als toestemming gelden. De toestemming moet gelden voor alle verwerkingsactiviteiten die hetzelfde doel of dezelfde doeleinden dienen. Indien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet toestemming voor elk daarvan worden verleend. Indien de betrokkene zijn toestemming moet geven na een verzoek via elektronische middelen, dient dat verzoek duidelijk en beknopt te zijn en niet onnodig storend voor het gebruik van de dienst in kwestie.

duidelijke actieve handeling – dus niet stilzwijgend!

in vrijheid gegeven...

specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig

afzonderlijke toestemming voor verschillende doeleinden

op duidelijke en beknopte wijze gevraagd en niet onnodig storend

(42) Indien de verwerking plaatsvindt op grond van toestemming van de betrokkene, moet de verwerkingsverantwoordelijke kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking. Met name in de context van een schriftelijke verklaring over een andere zaak dient te worden gewaarborgd dat de betrokkene zich ervan bewust is dat hij toestemming geeft en hoever deze toestemming reikt. In overeenstemming met Richtlijn 93/13/EEG van de Raad (10) stelt de verwerkingsverantwoordelijke vooraf een verklaring van toestemming op in een begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal, deze verklaring mag geen oneerlijke bedingen bevatten. Opdat toestemming met kennis van zaken wordt gegeven, moet de betrokkene ten minste bekend zijn met de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking van de persoonsgegevens. Toestemming mag niet worden geacht vrijelijk te zijn verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen.

bewijsplicht m.b.t. toestemming

bewustheid dat toestemming is gegeven en hoever die reikt

begrijpelijk en gemakkelijk toegankelijk, duidelijke en eenvoudige taal

identiteit van de toestemmingvragers en de verwerkingsdoeleinden

'echte keuze' en weigering of intrekking kan zonder 'nadelige gevolgen'...

(43) Om ervoor te zorgen dat toestemming vrijelijk wordt verleend, mag toestemming geen geldige rechtsgrond zijn voor de verwerking van persoonsgegevens in een specifiek geval wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, met name wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie is, en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend. De toestemming wordt geacht niet vrijelijk te zijn verleend indien geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevensverwerkingen ondanks het feit dat dit in het individuele geval passend is, of indien de uitvoering van een overeenkomst, daaronder begrepen het verlenen van een dienst, afhankelijk is van de toestemming ondanks het feit dat dergelijke toestemming niet noodzakelijk is voor die uitvoering.

geen 'duidelijke wanverhouding' tussen toestemmingvragers en -gevers...

afzonderlijke toestemming voor verschillende gegevensverwerkingen...

bij aangaan van overeenkomst geen toestemming verlangen voor verwerkingen die niet nodig zijn voor de uitvoering van die overeenkomst...

Echter, uit art. 7(4) AVG blijkt dat er in zo een geval alleen goed moet worden onderzocht of de toestemming in vrijheid is gegeven



## bewijsvermoeden

Amendement  
Kamerstukken II 2011/12,  
32 549, nr. 39

- cookies gebruikt voor verzamelen, combineren of analyseren van gegevens over het gebruik van verschillende diensten van de informatiemaatschappij
- worden vermoed persoonsgegevens verwerkingen te zijn

Dus Wbp (AVG) wellicht van toepassing en in dat geval verwerkingsgrondslag vereist, zoals

- toestemming, of
- uitvoering overeenkomst, of
- gerechtvaardigd belang

## uitzonderingen

geen toestemming of informatieplicht als:

- cookies strikt noodzakelijk zijn om de gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren
- én privacyongevaarlijke effectiviteits- of kwaliteitscookies...
- cookies die nodig zijn om de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk uit te voeren, of als;

taalinstellingen, voorkeuren, opslaan wachtwoord, betalingen via ideal, enz.  
Kamerstukken II 2010/11, 32 549, p. 78

analytics, A/B-testing, affiliate cookies, e.d.

*Proposal  
ePrivacyRegulation  
Art. 8-9*

- consent may be expressed by using 'appropriate technical settings' of a software application enabling access to the internet.
- end-users must be given the possibility to withdraw their consent at any time
- and be reminded of this possibility at periodic intervals of 6 months

**NEE**

Geen ongevraagde  
commerciële elektronische  
communicatie

**NEE**

Art. 11.7-11.8 Telecommunicatiewet

*ongevraagde elektronische communicatie zonder menselijke tussenkomst*  
**SPAM**



"Greetings, friend. Do you wish to look as happy as me?"

Well, you've got the power inside you right now.

**So use it.**

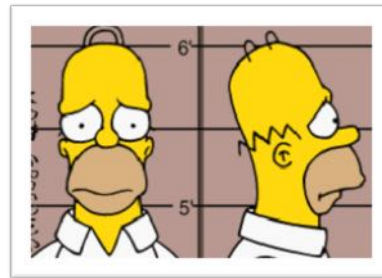
And send \$1 to Happy Dude, 742 Evergreen Terrace, Springfield. Don't delay; eternal happiness is just \$1 away!"

"Greetings friend, this is Homer Simpson, aka, Happy Dude.

The courts have ordered me to call everyone, and apologize for my telemarketing scam...

**I'm sorry.**

If you can find it in your heart to forgive me, send \$1 to Sorry Dude, 742 Evergreen Terrace, Springfield. You have the power!"



## waar gaat het over?

ongevraagde elektronische communicatie voor commerciële ideële of charitatieve doeleinden met en zonder menselijke tussenkomst

*A guaranteed delivery of 50 million e-mails for under a thousand bucks*

*And you need only one sucker in a million to recover your start-up costs*

oproepautomaat, fax, spam! e-mail, sms, wallposts

→ lagere kosten, dus opt-in

→ telemarketing

→ hogere kosten, dus opt-out

## *commercieel (ideëel of charitatief):*

*elke vorm van communicatie bestemd voor het aanprijzen van de goederen, diensten of het imago van een onderneming, instelling of persoon die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een gereguleerd beroep uitoefent*

## *regels voor ongevraagde commerciële elektronische communicatie*

*zonder menselijke tussenkomst...*

*art.11.7 jo. 11.8 Tw  
ongevraagde elektronische  
communicatie*

*art.3:15e BW  
dienst van de informatiemaatschappij*

*art. 41 Wbp  
verwerking persoonsgegevens t.b.v. direct  
marketing*

*art. 7:46h -2 BW  
ongevraagde e-mail ter bevordering van  
koop op afstand*

*zelfregulering  
DDMA RCC Code Email*

## spamverbod

art. 7, overw. 32, 42-43 AVG: vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting -- dus niet via algemene voorwaarden of kleine letters...

## hoofregel

toestemming nodig voor ongevraagde commerciële (charitatieve, ideële) elektronische communicatie

'zonder menselijke tussenkomst' zoals; email, sms, fax, Facebook wall-posts, belautomaten enz.

## uitzonderingen

1. zgn. **bestaande klanten**
2. daarvoor bekend gemaakte elektronische contactgegevens
3. ontvanger buiten EER

'warme contacten'

## 'bestaande klanten'

ongevraagde commerciële elektronische communicatie

geen toestemming nodig

- als voor de **communicatie** wordt gebruik gemaakt van **elektronische contactgegevens** verkregen in **het kader van de verkoop** van een eigen dienst of product, en

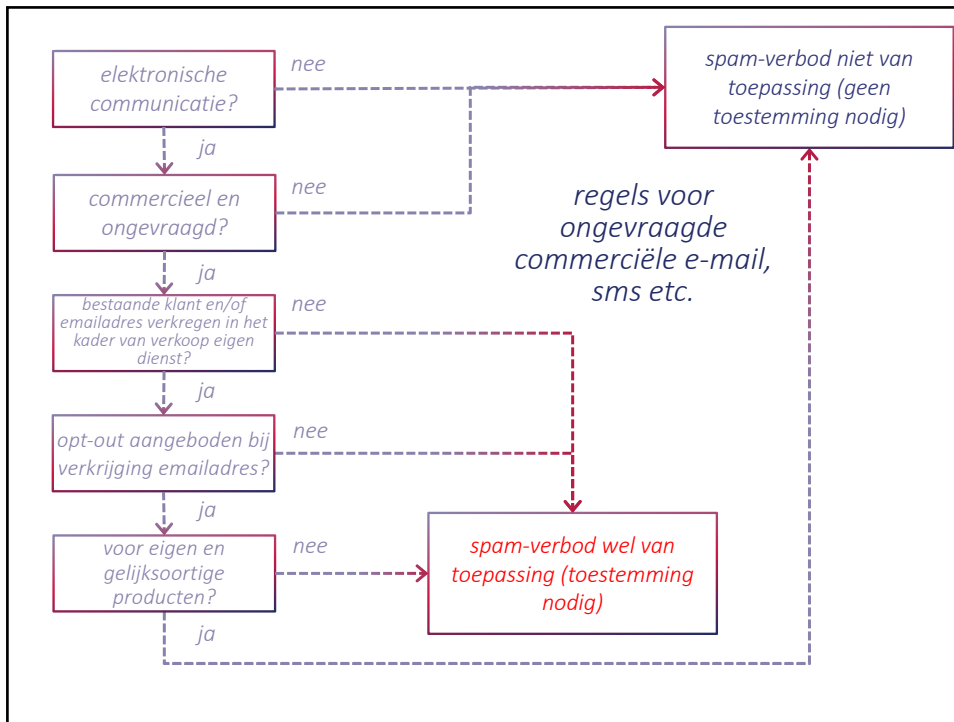
e-mailadressen, mobiele telefoonnummers, sociale netwerkaccounts

- **alleen voor eigen gelijksoortige diensten en producten**

sluit niet uit dat er nog geen verkoop heeft plaatsgevonden! Of wel?

d.w.z. van dezelfde juridische entiteit

wat verwacht de (potentiële) klant?



## TELEMARKETING

## telemarketing

### hoofdregel

ongevraagd bellen van natuurlijke personen voor commerciële (ideële, charitatieve) doeleinden is toegestaan

- op basis van opt-out, en
- gebruikmaking van een 'ontdubbeld' belbestand

### uitzondering

- zgn. 'bestaande klanten' met betrekking tot eigen gelijksoortige producten

niet alleen consumenten maar ook zzp-ers, eenmanszaken, maten in een maatschap, vof's enz.

direct of indirect promoten van product, organisatie of onderneming...

opschonen aan de hand van bestanden van bel-me-niet

## vragen...

wat is commercieel, ideëel of charitatief?

- markt- en verkiezingsonderzoek

wat is gevraagd?

- outbound en inbound
- toestemming om te worden gebeld

abonnees of ook gebruikers?

- opnemen in bmnr?
- recht van verzet
- hoe actief aanbieden?

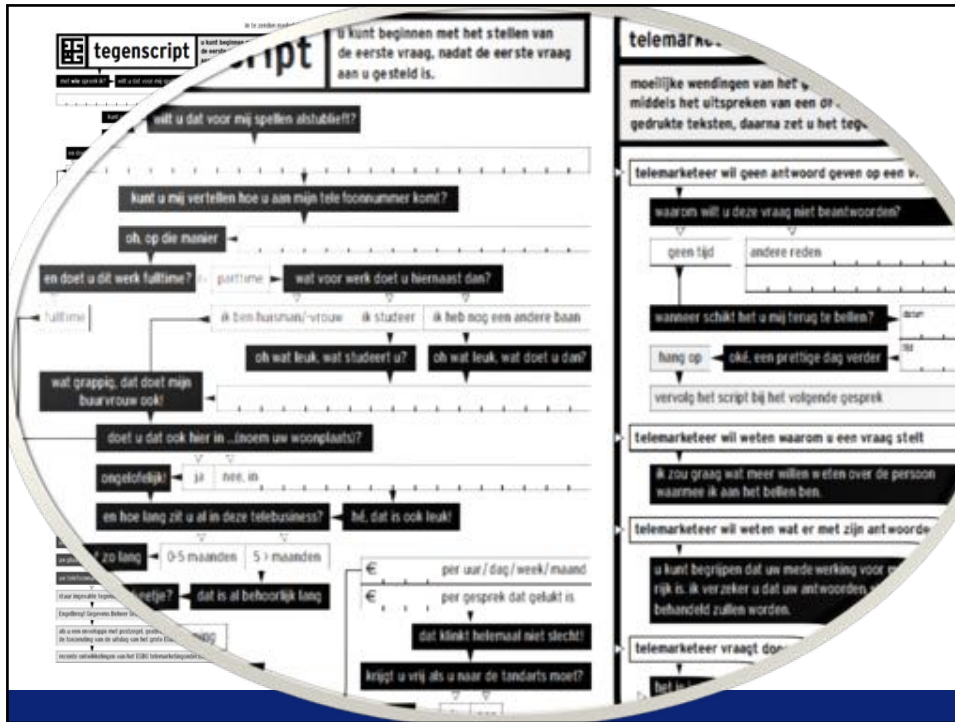
hoe lang duurt een gesprek?

- tenminste 12 seconden!

bewijs

- op basis van statistiek
- klachten of signalen





# vragen?

g.j.zwenne@law.leidenuniv.nl

©