

Ons kenmerk: OPTA/AM/2012/203049

Zaaknummer: 12.0200.01

Datum:

**19 DEC. 2012**

## **Reactie van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op het conceptwetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet**

### **1 Inleiding**

Bij brief van 16 oktober 2012, met kenmerk 2012-0000581107, heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna; het college) uitgenodigd om een reactie te geven op het conceptvoorstel tot wijziging van artikel 13 van de Grondwet. Bij brief van 2 november 2012, met kenmerk WJZ/12349286, attendeert het ministerie van Economische Zaken de diverse uitvoeringsinstanties op het gebied van EZ op het conceptvoorstel en geeft daarbij aan dat de wetswijziging mogelijk gevolgen heeft voor de uitoefening van de taken, waardoor noodzaak wordt gezien om op het conceptvoorstel te reageren.

Het college zal in zijn reactie op het conceptvoorstel aandacht schenken aan de in dit artikel opgenomen regelingsopdracht aan de wetgever. Het college zal verder een aantal risico's en aandachtspunten aangeven vanuit zijn expertise op grond van toezicht en handhaving van bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim in de Postwet 2009 (hierna: Pw) en de Telecommunicatiewet (hierna: Tw).

### **2 Het voorgestelde artikel 13 Grondwet**

Het college is van mening dat modernisering in de vorm van een techniekonafhankelijke invulling van de bescherming van het communicatiegeheim, in het voorgestelde artikel 13 van de Grondwet neergelegd als bescherming van het brief en telecommunicatiegeheim, een adequate reactie is op de ontwikkelingen in het digitale tijdperk.

Het college ziet de meerwaarde van het derde lid van het voorgestelde artikel 13 Grondwet, waarin een regelingsopdracht voor de wetgever is opgenomen waarmee de bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim in private verhoudingen, mede met het oog op mogelijke ontwikkeling van nog onbekende communicatiemiddelen en technieken, tot aanhoudende zorg voor de overheid wordt verklaard. Door privatisering, liberalisering en convergentie van communicatiemiddelen is het stellen van wettelijke regels waarin verplichtingen worden opgelegd noodzakelijk om het brief- en telecommunicatiegeheim te waarborgen. De burger moet de verzending en bezorging van zijn communicatie aan private partijen toevertrouwen, terwijl het hem vaak aan kennis en middelen ontbreekt om zelf de vertrouwelijkheid van zijn communicatie te beschermen.

### **3 Borging van het brief en telecommunicatiegeheim in Pw en Tw**

In het kader van de regelingsopdracht aan de wetgever vermeldt de toelichting bij het voorliggende conceptwetsvoorstel de reeds in de artikelen 4 tot en met 6 van de Pw en in artikel 18:13 van de Tw

uitgewerkte borging van het grondrechtelijk belang van bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim. Het college zal daar hieronder op ingaan.

### **3.1 De borging van het briefgeheim in de Pw**

Wat betreft de borging van het briefgeheim in artikel 4 van de Pw, merkt het college het volgende op. Dit artikel verplicht de postvervoerbedrijven om bij het uitvoeren van hun postvervoerdiensten schending van het grondwettelijk briefgeheim te voorkomen. Het college dient er vervolgens op toe te zien dat een postbedrijf voldoende maatregelen heeft genomen om het briefgeheim te waarborgen.

Het college merkt op dat artikel 4 van de Pw volgens de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel artikel 13 Grondwet onder meer inhoudt dat maatregelen moeten worden genomen om ervoor te zorgen dat sorteercentra niet voor een ieder toegankelijk zijn. In de memorie van toelichting bij de Postwet 2009 staat echter dat de wijze waarop bedrijven invulling geven aan de verplichting om schending van het briefgeheim te voorkomen, wordt overgelaten aan de bedrijven zelf om onnodige belemmeringen in de bedrijfsvoering te voorkomen. Het college constateert dat de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel artikel 13 Grondwet stringenter is dan de memorie van toelichting bij artikel 4 van de Pw beoogt. Zo staat in de toelichting bij de Pw dat postvervoerbedrijven er voor moeten zorgen dat derden niet in de gelegenheid zijn het briefgeheim te schenden, maar alleen voor zover het redelijkerwijs in de macht van het bedrijf ligt om schending van het briefgeheim te voorkomen.

Als de grondwetgever, wellicht mede in het licht van het toenemend aantal berichten over gevallen waarin de kwaliteit van het postvervoer te wensen overlaat, een stringentere bescherming van het briefgeheim wenselijk acht, dan ligt het naar het oordeel van het college in de rede om de Pw op dit punt te herijken.

### **3.2 De borging van het telecommunicatiegeheim in de Tw**

Volgens de memorie van toelichting bij het conceptvoorstel verhoudt de huidige Tw zich goed tot het voorstel van het nieuwe artikel 13 Grondwet en geeft deze reeds uitvoering aan de regelingsopdracht in het derde lid. De memorie van toelichting vermeldt hierbij artikel 18:13 Tw dat ertoe strekt de bescherming van de privacy en het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het geheim van daarmee vergelijkbare communicatietechnieken in de Tw te verankeren. De toelichting vermeldt verder de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer op grond van een aantal artikelen in hoofdstuk 11 van de Tw. In de toelichting bij het conceptvoorstel wordt geconcludeerd dat deze bepalingen in de Tw wat betreft de openbare elektronische communicatienetwerken en openbare elektronische communicatiediensten een groot deel van de lacunes in de bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim in horizontale verhoudingen vullen.

Het college onderschrijft dat het stelsel van wettelijke bepalingen in hoofdstuk 11 van de Tw (o.a. artikel 11.2a Tw) en artikel 18.13 Tw een groot deel invult van de bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim in horizontale verhoudingen bij openbare elektronische communicatiediensten en -netwerken. Tegelijkertijd acht het college het aannemelijk dat het stelsel van hoofdstuk 11 Tw en artikel 18.13 Tw verdere herformulering of invulling behoeft om aan de strekking van artikel 13 Grondwet invulling te geven; de in de memorie van toelichting gehanteerde voorbeelden, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van social media, zijn technologisch actueler dan die in de Telecommunicatiewet.

Ten aanzien van artikel 18:13 Tw merkt het college daarnaast op dat dit artikel in 1998 bij amendement in de Tw is geïntroduceerd.<sup>1</sup> Volgens de toelichting strekt het amendement ertoe de bescherming van de privacy en het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het geheim van daarmee vergelijkbare communicatietechnieken zoals fax en e-mail in de Tw te verankeren. Het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 van de Grondwet dat hiervoor de aanleiding vormde<sup>2</sup>, is gesneuveld, maar het bij amendement voorgestelde artikel 18.13 Tw is ongewijzigd in de Tw opgenomen.

Gelet op het vorenstaande adviseert het college de wetgever om de terminologie en formulering van artikel 18:13 Tw nader te bezien en om eventuele lacunes in hoofdstuk 11 Tw en artikel 18.13 Tw in te vullen om zodoende interpretatieverschillen tussen de Tw en artikel 13 Grondwet te voorkomen.

## 4 Risico's en aandachtspunten

Het college zou hieronder graag nog een aantal risico's en aandachtspunten willen aangeven die hij ziet bij het conceptvoorstel.

### 4.1 Verkeersgegevens

Verkeersgegevens die niet mede betrekking hebben op de inhoud van de communicatie, vallen volgens de memorie van toelichting buiten de bescherming van het grondwetsartikel.

Het college wijst er in dit verband op dat de technologische ontwikkelingen een strikte scheiding tussen inhoud- en verkeersgegevens problematisch maken. Terecht wordt op dit punt ingegaan aan het slot van paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting. Als een gebruiker bijvoorbeeld de inhoud van een bepaalde webpagina ophaalt, dan is die inhoud de communicatie en is de URL die de gebruiker daartoe intoetst een verkeersgegeven. Als de gebruiker echter een zoekopdracht in een zoekmachine opgeeft, dan wordt de zoekopdracht in de URL opgenomen en naar de zoekmachine gestuurd. De URL is dan niet alleen een verkeersgegeven maar ook een deel van de inhoud van de communicatie.

Daarnaast merkt het college op dat het grondwetsvoorstel op dit punt niet aansluit bij de ontwikkelingen op internationaal gebied. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn jurisprudentie over artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (zie bijvoorbeeld de zaken *Malone*<sup>3</sup> en *P.G. & J.H.*<sup>4</sup>) erkend dat verkeersgegevens een onlosmakelijk onderdeel uitmaken van de door artikel 8 EVRM beschermde communicatie. Ook de ePrivacyrichtlijn gaat er vanuit dat de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 25 533, nr. 75

<sup>2</sup> Handelingen II 1996/1997, nr. 1370

<sup>3</sup> EHRM 2 augustus 1984, Series a.82 (Malone).

<sup>4</sup> EHRM 25 september 2001, NJ 2003, 670, m.nt. E. J. Dommering (*P.G. & J.H.*).

<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld overweging 21 ePrivacyrichtlijn: *"Er moeten maatregelen worden getroffen om onbevoegde toegang tot communicatie te verhinderen, teneinde het vertrouwelijke karakter van communicatie via openbare elektronische-communicatienetwerken en openbare elektronische-diensten te beschermen, zowel ten aanzien van de inhoud zelf als van"*

Gelet op het vorenstaande adviseert het college nadere aandacht te geven aan dit afbakeningsprobleem tussen verkeersgegevens en inhoudsgegevens bij uitwerking van het brief- en telecommunicatiegeheim in de (lagere) wet- en regelgeving.

## 4.2 Feitelijke beschikkingsmacht van de derde over de communicatie

Volgens de memorie van toelichting bij het conceptvoorstel is de bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim aan de orde zolang de communicatie in de feitelijke beschikkingsmacht van de derde is.

Het college wijst er op dat een aanbieder ook een andere partij kan inschakelen voor het verrichten van werkzaamheden. De communicatie is dan niet in de feitelijke beschikkingsmacht van de aanbieder en deze kan daardoor zelf geen effectieve bescherming bieden. Naar het oordeel van het college is het aangewezen dat de aanbieder zelf verantwoordelijk blijft voor de dienstverlening en voor de naleving van de wettelijke verplichtingen daarbij. De aanbieder dient dan afspraken te maken met de uitvoerder van werkzaamheden teneinde deze verplichtingen te waarborgen. Een toezichthouder moet de betrokken aanbieder kunnen aanspreken op zijn verantwoordelijkheid als de wettelijke verplichting wordt geschonden.

Het college verwijst hierbij naar het nieuwe artikel 11.2a Tw, tweede lid, en de daarbij behorende toelichting waarin het vorenstaande eveneens is neergelegd. Het Hof van Justitie heeft in het arrest van 22 november 2012 geoordeeld dat als in de telecommunicatiesector de verwerking van persoonsgegevens wordt uitbesteed, dan in de uitbestedingovereenkomst daarover dan clausules moeten staan. De uitbestedende partij kan dan controleren of het privacyrecht wordt nageleefd.<sup>6</sup> Deze internationale ontwikkeling, in het arrest betreffende verkeersgegevens, ondersteunt het belang van de juridische beschikkingsmacht als criterium voor bescherming.

Het college adviseert om de bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim zich in de wetgeving te laten uitstrekken tot de juridische beschikkingsmacht van de derde. Als de derde een andere partij inschakelt voor het verrichten van werkzaamheden, dan blijft hij zelf verantwoordelijk voor de dienstverlening en voor de naleving van de wettelijke verplichtingen daarbij. Om deze verplichtingen te waarborgen moet de derde dan afspraken maken met de uitvoerder van werkzaamheden.

## 4.3 Informed consent

In paragraaf 4.1 van de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel staat dat instemming van de gebruiker over het inzien van communicatie vaak zal geschieden door aanvaarding van de algemene voorwaarden (informed consent) van een bedrijf. Volgens de wetgever kan het in de toekomst nodig zijn dat hij de burger ondersteunt met bepaalde effectieve rechten voor de burger en

---

*gegevens over de communicatie. De nationale wetgeving van sommige lidstaten verbiedt uitsluitend opzettelijk onbevoegde toegang tot communicatie.*" Zie ook artikelen 5 en 6 van de genoemde richtlijn.

<sup>6</sup> Intellectuele eigendom & IT-recht, Dirkzwager advocaten - Hof van Justitie dwingt controlemechanismes af in bewerkersovereenkomst

plichten van de bedrijven. Dit omdat contractuele afspraken niet altijd een goed geïnformeerde beslissing van de gebruiker waarborgen.

Vanuit zijn ervaring uit de toezichtpraktijk met het spam- en spyware-verbod kan het college bevestigen dat toestemming een moeilijk toe te passen leerstuk is, met name als dit is opgenomen in de algemene voorwaarden. Bij toestemming moet sprake zijn van een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting. Het ondertekenen van algemene voorwaarden, die van toepassing zijn op het sluiten van een overeenkomst, wil niet automatisch zeggen dat er daadwerkelijk sprake is van dergelijke toestemming als bedoeld in artikel 1, onder i van de Wet bescherming persoonsgegevens.<sup>7</sup>

Het college adviseert om het vorenstaande op te nemen in de desbetreffende passage in de memorie van toelichting bij artikel 13 Grondwet.

## 5 Overleg over aandachtpunten

Het college gaat graag met de wetgever in gesprek over de in zijn reactie vermelde (aandacht)-punten, met name ten behoeve van uitwerking van het brief- en telecommunicatiegeheim in de wet- en regelgeving die gerelateerd is aan de bevoegdheden van het college.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,  
namens het college,



mr. C.A. Fontein, voorzitter

---

<sup>7</sup> *Handelingen I*, 1999-2000, nr. 34, p. 1632.