



B I P T

**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN
EN TELECOMMUNICATIE**

**MEDEDELING VAN DE RAAD VAN HET BIPT
VAN 16 DECEMBER 2014
MET BETREKKING TOT DE CONTROLE OVER OP DE NALEVING
VAN DE ARTIKELEN 122 EN 123 WEC**

INHOUDSOPGAVE

1. ONDERWERP VAN DE CONTROLE.....	3
2. GECONTROLEERDE OPERATOREN.....	3
3. GECONTROLEERDE WETSBEPALINGEN EN JURIDISCHE CONTEXT.....	4
4. CHRONOLOGIE VAN CONTROLE.....	7
5. VRAGENLIJSTEN DIE AAN DE OPERATOREN WERDEN VOORGELEGD.....	7
5.1. INZAKE ARTIKEL 122 WEC.....	7
5.2. INZAKE ARTIKEL 123 WEC.....	8
6. ANALYSE VAN DE CONTROLERESULTATEN.....	8
6.1. ALGEMEEN.....	8
6.2. ANONIMISERING OF VERWIJDERING VAN DE COMMUNICATIEGEGEVENS NA DE LEVERING OF NA EEN ANDERE WETTELIJKE TOEPASSING.....	10
6.2.1. VASTSTELLINGEN.....	10
6.2.2. OPMERKINGEN.....	10
6.3. BEPERKING IN DE TIJD VAN HET VERWERKEN VAN VERKEERS- EN LOCATIEGEGEVENS.....	10
6.3.1. VASTSTELLINGEN.....	10
6.3.2. OPMERKINGEN.....	11
6.4. VOORAFGAANDE KENNISGEVING AAN DE GEBRUIKERS VAN DE VERWERKING VAN COMMUNICATIEGEGEVENS DOOR GEBRUIK VAN EEN STANDAARDFORMULIER.....	12
6.4.1. VASTSTELLINGEN.....	12
6.4.1.1. <i>Inleiding</i>	12
6.4.1.2. <i>antwoorden van de operatoren op de enquête</i>	13
6.4.1.3. <i>Onderzoek van de algemene voorwaarden</i>	13
6.4.2. OPMERKINGEN.....	14
6.5. DE TOESTEMMING VAN DE GEBRUIKER EN DE MOGELIJKHEID OM DE GEGEVEN TOESTEMMING IN TE TREKKEN.....	15
6.5.1. VASTSTELLINGEN.....	15
6.5.1.1. <i>Inleiding</i>	15
6.5.1.2. <i>controlesresultaten</i>	16
6.5.2. OPMERKINGEN.....	17
6.6. VERWERKING VAN VERKEERS- EN LOCATIEGEGEVENS DOOR DERDEN – ONDERZOEK VAN DE ALGEMENE VOORWAARDEN EN DE CONTRACTEN MET DERDEN.....	18
6.6.1. INLEIDING.....	18
6.6.2. VASTSTELLINGEN EN OPMERKINGEN OVER DE VERMELDINGEN IN DE ALGEMENE VOORWAARDEN OVER DE VERWERKING VAN PERSOONSGEGEVENS DOOR DERDEN.....	19
6.6.3. VASTSTELLINGEN EN OPMERKINGEN OVER DE CONTRACTEN MET DERDEN VOOR DE VERWERKING VAN PERSOONSGEGEVENS.....	20
6.6.3.1. <i>Inleiding</i>	20
6.6.3.2. <i>Verplichting aan derden om confidentiële gegevens confidentieel te behandelen</i>	20
6.6.3.3. <i>Operator behoudt het beschikkingsrecht over de confidentiële informatie</i>	21
6.6.3.4. <i>Controle van de operatoren op de verwerking door derden</i>	22
6.6.3.5. <i>Controle van derden op hun derden bij de verwerking van confidentiële gegevens</i>	23
7. Conclusies en verdere stappen.....	24

1. ONDERWERP VAN DE CONTROLE

Met dit onderzoek wil het BIPT een zo accuraat mogelijk beeld krijgen van de concrete naleving van de artikelen 122 en 123 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna : "WEC") door de operatoren. Deze artikelen bepalen op welke wijze en onder welke voorwaarden operatoren verkeers- en locatiegegevens mogen verwerken.

Daartoe bezorgde het BIPT 2 vragenlijsten aan de betrokken operatoren. Deze vragenlijsten peilen naar de feitelijke verwerking van verkeers- en locatiegegevens door de operatoren. Hierbij dient benadrukt te worden dat de antwoorden volledig voor rekening van de operatoren zijn¹.

Naast de antwoorden van de operatoren op de genoemde vragenlijsten heeft het BIPT bij haar onderzoek ook gebruik gemaakt van algemene voorwaarden en andere contractsdOCUMENTEN die operatoren gepubliceerd hebben.

Tot voor dit onderzoek beschikte het BIPT over geen enkele informatie m.b.t. het beheer van verkeers- en locatiegegevens door operatoren.

Omdat het doel van de controle het verwerven van informatie is, heeft het BIPT in het enquêteformulier expliciet gesteld dat het niet de bedoeling heeft om aan de hand van de resultaten van de bevraging eventueel over te gaan tot het in gebreke stellen van respondenten. Het BIPT kan de resultaten op sectorniveau van het onderzoek wel aanwenden als basis voor latere rondetafelgesprekken en/of controles.

2. GECONTROLEERDE OPERATOREN

1. Base
2. Belgacom
3. Mobistar
4. Numericable
5. Scarlet
6. Telenet
7. VOO

Deze controle bleef beperkt tot de genoemde operatoren omdat zij tezamen de grote meerderheid van de gebruikers bereiken. Zodoende krijgt deze controle een brede reikwijdte zonder dat andere prioriteiten van het BIPT in het gedrang komen.

De namen van de operatoren worden in dit controleverslag verder niet vermeld.

¹ Het BIPT neemt in die zin de nodige reserves in acht t.a.v. de feitelijke correctheid van de ontvangen antwoorden en houdt het rekening met mogelijke slordigheden of lichtzinnigheid bij het invullen van de vragenlijsten. Het BIPT heeft in de loop van dit onderzoek geen aanleiding gehad om kwade trouw in hoofde van de operatoren te veronderstellen.

3. GECONTROLEERDE WETSBEPALINGEN EN JURIDISCHE CONTEXT

De artikelen 122 en 123 WEC, bepalen :

Art. 122. § 1. De operatoren verwijderen de verkeersgegevens met betrekking tot abonnees of eindgebruikers uit hun verkeersgegevens of maken deze gegevens anoniem, zodra zij niet langer nodig zijn voor de transmissie van de communicatie.

(...)

§ 2. In afwijking van § 1 en met als enig doel de facturering van abonnees of het doen van interconnectiebetalingen, verwerken en slaan de operatoren de volgende gegevens op :

- 1° de identificatie van de oproeplijn;
- 2° het adres van de abonnee en van de plaats van de aansluiting, alsook het soort eindapparatuur;
- 3° het totale aantal voor de berekeningsperiode aan te rekenen eenheden;
- 4° de identificatie van de opgeroepen lijn;
- 5° het type, het tijdstip van aanvang en de duur van de oproep of de verzonden hoeveelheid gegevens;
- 6° de datum van de verbinding of van de dienst;
- 7° andere gegevens betreffende betalingen, zoals vooruitbetaling, betaling in termijnen, afsluitingen en aanmaningen.

Onverminderd de toepassing van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens stelt de operator de abonnee of, in voorkomend geval, de eindgebruiker waarop de gegevens betrekking hebben, voorafgaand aan de verwerking in kennis van :

- 1° de soorten verkeersgegevens die worden verwerkt;
- 2° de precieze doeleinden van de verwerking;
- 3° de duur van de verwerking.

De verwerking van de gegevens opgesomd in het eerste lid, is slechts toegestaan tot het einde van de periode van de betwisting van de factuur of tot het einde van de periode waarin de betaling gerechtelijk kan worden afgedwongen.

§ 3. In afwijking van § 1 en met als enig doel de marketing te verzorgen van de eigen elektronische communicatiediensten, het gebruikspatroon bedoeld in artikel 110, § 4, eerste lid, artikel 110/1 en artikel 111, § 3, tweede lid, op te stellen, of diensten met verkeersgegevens of locatiegegevens te leveren, mogen de operatoren de in § 1 bedoelde gegevens slechts verwerken onder de volgende voorwaarden :

1° De operator stelt de abonnee of, in voorkomend geval, de eindgebruiker waarop de gegevens betrekking hebben, voorafgaand aan het verkrijgen van diens toestemming voor de verwerking, in kennis van :

- a) de soorten verkeersgegevens die worden verwerkt;
- b) de precieze doeleinden van de verwerking;
- c) de duur van verwerking.

2° De abonnee of, in voorkomend geval, de eindgebruiker, heeft voorafgaand aan de verwerking zijn toestemming gegeven voor de verwerking.

Onder toestemming voor de verwerking in de zin van dit artikel wordt verstaan de vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene of zijn wettelijke vertegenwoordiger aanvaardt dat verkeersgegevens die op hem betrekking hebben worden verwerkt.

3° De betrokken operator biedt zijn abonnees of eindgebruikers gratis de mogelijkheid om op eenvoudige wijze de gegeven toestemming in te trekken.

4° De verwerking van de betrokken gegevens blijft beperkt tot de handelingen en de duur die nodig zijn voor de levering van de betrokken dienst met verkeersgegevens of locatiegegevens [3

voor het opstellen van het gebruikspatroon bedoeld in artikel 110, § 4, eerste lid, artikel 110/1 en artikel 111, § 3, tweede lid,]3 of voor de marketingactie in kwestie.

Deze voorwaarden zijn van toepassing onverminderd de bijkomende voorwaarden die voortvloeien uit de toepassing van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens.

§ 4. (...)

§ 5. De gegevens vermeld in dit artikel mogen alleen worden verwerkt door personen die in opdracht van de operator belast zijn met de facturering of het beheer van het verkeer, de behandeling van verzoeken om inlichtingen van klanten, de opsporing van fraude, de marketing van de eigen elektronische communicatiediensten of de levering van diensten met verkeersgegevens of locatiegegevens.

De verwerking is beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om die activiteiten te verrichten.

§ 6. (...)

Art. 123. § 1. Onverminderd de toepassing van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens mogen de operatoren van mobiele netwerken locatiegegevens die betrekking hebben op een abonnee of een eindgebruiker slechts verwerken wanneer zij anoniem gemaakt zijn of wanneer de verwerking past in het kader van de levering van een dienst met verkeersgegevens of locatiegegevens.

§ 2. De verwerking in het kader van de levering van een dienst gebaseerd op verkeersgegevens of locatiegegevens is onderworpen aan de volgende voorwaarden :

1° De operator stelt de abonnee of, in voorkomend geval, de eindgebruiker waarop de gegevens betrekking hebben, voorafgaand aan het verkrijgen van diens toestemming voor de verwerking in kennis van :

a) de soorten locatiegegevens die worden verwerkt;

b) de precieze doeleinden van de verwerking;

c) de duur van de verwerking;

d) de eventuele derden waaraan deze gegevens zullen worden doorgegeven;

e) de mogelijkheid om te allen tijde de gegeven toestemming voor de verwerking definitief of tijdelijk in te trekken.

2° De abonnee of, in voorkomend geval, de eindgebruiker, heeft voorafgaand aan de verwerking zijn toestemming gegeven voor de verwerking.

Onder toestemming voor de verwerking in de zin van dit artikel wordt verstaan de vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene of zijn wettelijke vertegenwoordiger aanvaardt dat locatiegegevens die op hem betrekking hebben worden verwerkt.

3° De verwerking van de betrokken gegevens blijft beperkt tot de handelingen en de duur die nodig zijn voor de levering van de betrokken dienst met verkeersgegevens of locatiegegevens.

4° De betrokken operator biedt zijn abonnees of eindgebruikers gratis de mogelijkheid om te allen tijde op eenvoudige wijze de gegeven toestemming, definitief of tijdelijk, in te trekken.

§ 4. De gegevens vermeld in dit artikel mogen alleen worden verwerkt door personen die werkzaam zijn in opdracht van de operator of de derde die de dienst met verkeersgegevens of locatiegegevens levert.

De verwerking is beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om de betrokken dienst met verkeersgegevens of locatiegegevens aan te kunnen bieden.

§ 5. (...)

Artikel 14, § 2, 2° van de wet van 17 januari 2003 betreffende het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna genoemd "BIPT-wet") luidt :

§ 2. In het kader van zijn bevoegdheden :

(...)

2° kan het Instituut van elke betrokken persoon op gemotiveerde wijze alle nuttige informatie opvragen. Het Instituut bepaalt de termijn waarbinnen de inlichtingen moeten worden meegedeeld;

Krachtens artikel 14, § 1, 3° BIPT-wet houdt het BIPT toezicht op de naleving van de WEC.

Artikel 8, 3° WEC legt het BIPT de taak op om bij te dragen tot het waarborgen van een hoog niveau van bescherming van de persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer.

4. CHRONOLOGIE VAN CONTROLE

De betrokken operatoren werden op 14 april 2014 aangeschreven.

De operatoren moesten hun antwoorden bezorgen tegen 16 mei 2014.

Op vraag van een aantal operatoren werd de antwoordtermijn verlengd tot 1 juni 2014.

Midden juni 2014 hadden alle operatoren geantwoord op de enquête.

5. VRAGENLIJSTEN DIE AAN DE OPERATOREN WERDEN VOORGELEGD

5.1. Inzake artikel 122 WEC

V1	Verwijdert of anonimiseert u altijd de verkeersgegevens die niet langer nodig zijn voor de transmissie van de communicatie, de wettelijk voorziene samenwerking met de autoriteiten, de ombudsdienst en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (art. 126, WEC) of de omstandigheden vermeld in de §§ 2, 3 en 4 van artikel 122.
V2	Stelt u, behoudens de databewaarplicht van artikel 126, WEC, de gebruikers vooraf in kennis van de verkeersgegevens die u verwerkt, van de doeleinden van de verwerking en de duur van de verwerking?
V3	Hanteert u een standaardformulier voor de voorafgaande kennisgeving waarvan sprake in vraag 2?
V4	Verwerkt u, behoudens de databewaarplicht van artikel 126, WEC, verkeersgegevens na de periode van betwisting van de factuur of na het einde van de periode waarin de betaling gerechtelijk kan worden afgedwongen?
V5	Maakt u gebruik van de uitzondering voorzien door art. 122, § 3, met name de verwerking van verkeersgegevens omwille van marketingdoeleinden of de levering van diensten met verkeers- of locatiegegevens?
V6	Stelt u de gebruikers vooraf in kennis van de verkeersgegevens die u met het oog op marketingdoeleinden verwerkt, het doel van de verwerking en de duur ervan?
V7	Hanteert u een standaardformulier voor de voorafgaande kennisgeving waarvan sprake in vraag 6?
V8	Vraagt u voorafgaande toestemming aan de gebruikers voor de verwerking waarvan sprake in vraag 6?
V9	Gebruikt u een standaardformulier voor de voorafgaande toestemming waarvan sprake in vraag 8?
V10	Biedt u de gebruikers gratis de mogelijkheid om de toestemming waarvan sprake in vraag 9 in te trekken?
V11	Gebruikt u een standaardformulier voor het intrekken van de toestemming waarvan sprake in vraag 10?
V12	Blijft de verwerking van verkeersgegevens, behoudens de databewaarplicht van artikel 126, WEC, beperkt tot de handelingen die nodig zijn voor de levering van de betrokken dienst of voor marketingdoeleinden?
V13	Blijft de verwerking van verkeersgegevens, behoudens de databewaarplicht van artikel 126, WEC, beperkt tot de duur die nodig is voor de levering van de betrokken dienst of voor de marketingactie in kwestie?
V14	Indien het antwoord op vraag 12 en/of 13 neen is, brengt u de betrokken gebruikers

	daarvan op de hoogte ?
V15	Verwerkt u zelf als enige de verkeersgegevens, d.w.z. zonder tussenkomst van derden ?
V16	Voeg als bijlage de namen toe van de firma's die voor u verkeersgegevens verwerken.
V17	Voeg als bijlage de contracten toe die u met deze derden hebt afgesloten voor de verwerking van verkeersgegevens.

5.2. Inzake artikel 123 WEC

V1	Verwerkt u, behoudens de databewaarplicht van artikel 126, WEC, locatiegegevens alleen wanneer ze anoniem zijn gemaakt of in het kader van de levering van een dienst ?
V2	Verwerkt u, behoudens de databewaarplicht van artikel 126, WEC, locatiegegevens alleen in de mate dat ze strikt noodzakelijk zijn om een dienst met verkeers- of locatiegegevens aan te kunnen bieden ?
V3	Stelt u, behoudens de databewaarplicht van artikel 126, WEC, de gebruikers vooraf in kennis van de soorten locatiegegevens die u verwerkt, de doeleinden van de verwerking, de duur van de verwerking, de evt. derden waaraan deze gegevens worden doorgegeven en de mogelijkheid om hun toestemming in te trekken ?
V4	Hanteert u een standaardformulier voor de voorafgaande kennisgeving waarvan sprake in vraag 3 ?
V5	Vraagt u, behoudens de databewaarplicht van artikel 126, WEC, voorafgaande toestemming aan de gebruikers voor de verwerking waarvan sprake in vraag 3 ?
V6	Gebruikt u een standaardformulier voor de voorafgaande toestemming waarvan sprake in vraag 5 ?
V7	Biedt u de gebruikers de mogelijkheid om de toestemming waarvan sprake in vraag 6 in te trekken ?
V8	Gebruikt u een standaardformulier om de gebruikers toe te laten hun toestemming waarvan sprake in vraag 7 in te trekken ?
V9	Blijft de verwerking van locatiegegevens, behoudens de databewaarplicht van artikel 126, WEC, beperkt tot de handelingen die nodig zijn voor de levering van de betrokken dienst of voor de marketingactie in kwestie ?
V10	Blijft de verwerking van locatiegegevens, behoudens de databewaarplicht van artikel 126, WEC, beperkt tot de duur die nodig is voor de levering van de betrokken dienst of voor de marketingactie in kwestie ?
V11	Indien het antwoord op vraag 9 en/of 10 neen is, brengt u de betrokken gebruikers daarvan op de hoogte ?
V12	Verwerkt u zelf als enige de locatiegegevens ?
V13	Vermeld hier de namen van de firma's die voor u locatiegegevens verwerken :
V14	Voeg als bijlage de contracten toe die u met deze firma's hebt afgesloten voor de verwerking van verkeersgegevens.

6. ANALYSE VAN DE CONTROLERESULTATEN

6.1. Algemeen

De artikelen 122 en 123 WEC bevatten een aantal verplichtingen waaraan operatoren zich moeten houden wanneer ze verkeers- of locatiegegevens verwerken.

De verplichtingen van artikel 122 en 123 WEC kunnen als volgt worden geresumeerd :

1. De artikelen 122 en 123 WEC stellen in hun respectieve § 1 als principe voorop dat verkeersgegevens respectievelijk locatiegegevens met betrekking tot abonnees verwijderd worden of anoniem gemaakt worden, zodra zij niet meer nodig zijn voor de transmissie van de communicatie of de levering van een dienst (evenals de samenwerking met de autoriteiten); bij wijze van uitzondering kunnen verkeersgegevens worden verwerkt met het oog op de facturering en de betaling van interconnectiekosten (art. 122 §2 WEC) en voor specifieke marketingdoeleinden, het opstellen van het gebruikspatroon of het leveren van een dienst met verkeers- of locatiegegevens (art. 122 §3 WEC).
2. a) De abonnee (of eindgebruiker) moet voorafgaandelijk op de hoogte worden gebracht indien zijn verkeersgegevens verwerkt worden met het oog op de facturering en de betaling van interconnectiekosten of een periode van 1 à 2 jaar na de beëindiging van het contract, (art. 122 §2 en 122 §3 WEC).
b) Indien zijn localisatiegegevens verwerkt worden, moet de abonnee (of eindgebruiker) voorafgaandelijk daarvan op de hoogte worden gebracht, ongeacht het doel van de verwerking (art. 123 §2 WEC).
3. a) De verwerking van verkeersgegevens voor marketingdoeleinden, het opstellen van het gebruikspatroon of het leveren van een dienst met verkeers- of locatiegegevens is slechts toegestaan indien de abonnee of de eindgebruiker daarvoor een welomschreven toestemming heeft gegeven op basis van precieze en volledige informatie van de operator over de door hem geplande verdere verwerking van de gegevens en over het recht van de abonnee (of eindgebruiker) een dergelijke verwerking niet toe te staan of de toestemming daartoe in te trekken (art. 122 §3, 2° en 3° WEC).
b) Voor de verwerking van locatiegegevens is de voorafgaande, geïnformeerde toestemming van de abonnee of eindgebruiker hoe dan ook vereist (art. 123 §2, 2° WEC). Ook in dit geval heeft de abonnee (of eindgebruiker) het recht te weigeren of zijn toestemming in te trekken (art. 123 §2, 4° WEC).
4. Artikelen 122 §5 en 123 §4 WEC omschrijven op limitatieve wijze welke categorieën van personen binnen het bedrijf van de operator zich mogen bezighouden met de verwerking van verkeers- resp. locatiegegevens.

Hierbij wordt in herinnering gebracht dat het begrip “verwerking” bijzonder ruim is². Onder verwerking van verkeers- of locatiegegevens wordt verstaan : *“elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot verkeers- of locatiegegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procédés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen van verkeersgegevens”*. De verwerking bevat dus alle handelingen die men op verkeersgegevens kan uitvoeren³.

² In deze nota wordt onder het begrip “verwerking” verstaan : de verwerking van niet-geanonimiseerde gegevens.

³ Cf. artikel 1, § 2 van de wet van 8/12/1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens.

Deze verschillende aspecten van de artikelen 122 en 123 WEC worden hieronder nader besproken. Tevens wordt ook ingegaan op het gebruik van standaardformulieren om de vereiste kennisgevingen te doen.

6.2. Anonimisering of verwijdering van de communicatiegegevens⁴ na de levering of na een andere wettelijke toepassing

6.2.1. Vaststellingen

In de enquête peilen de vragen 1, 5 en 12 m.b.t. artikel 122 WEC en 1, 2 en 9 m.b.t. artikel 123 naar de naleving van deze verplichting.

Alle operatoren op één na geven aan dat zij gebruik maken van verkeersgegevens voor marketingdoeleinden. Daarnaast antwoorden alle operatoren dat zij de verkeersgegevens anonimiseren of verwijderen wanneer deze niet langer nodig zijn voor de transmissie van de communicatie, de wettelijk voorziene samenwerking met de autoriteiten, de ombudsdienst en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (art. 126 WEC) of de omstandigheden vermeld in de §§ 2, 3 en 4 van artikel 122.

Wat betreft de verwerking van locatiegegevens antwoorden alle operatoren op één na dat zij de locatiegegevens anonimiseren of verwijderen wanneer deze niet langer nodig zijn voor de verstrekking van de dienst.

6.2.2. Opmerkingen

Het is vooralsnog niet duidelijk om welke reden, hoe systematisch of hoe lang een bepaalde operator gebruik blijft maken van niet-geanonimiseerde verkeers- resp. locatiegegevens, na de door de wet toegestane mogelijkheden van verwerking.

Alleszins kan dit antwoord duiden op mogelijke inbreuken, met name door het verwerken van niet-geanonimiseerde verkeers- en locatiegegevens buiten de context van de artikelen 122 en 123 WEC en de daarmee samenhangende beschermingsmechanismes.

6.3. Beperking in de tijd van het verwerken van verkeers- en locatiegegevens

6.3.1. Vaststellingen

In de enquête peilen de vragen 4⁵ en 13 m.b.t. artikel 122 WEC en vraag 10 m.b.t. artikel 123 naar de naleving van deze verplichting.

⁴ De term “communicatiegegevens” betreft zowel verkeers- als locatiegegevens.

⁵ In vraag 4 m.b.t. artikel 122 WEC wordt nagegaan of de operatoren verkeersgegevens die noodzakelijk zijn voor de transmissie, facturering of interconnectiebetaling, ook verwerken na de periode van betwisting van de factuur of na het einde van de periode waarin de betaling gerechtelijk kan worden afgedwongen. In het laatste lid van artikel 122, § 1 WEC wordt immers gesteld dat “*de verwerking van de gegevens opgesomd in het eerste lid, slechts (is) toegestaan tot het einde van de periode van de betwisting van de factuur of tot het einde van de periode waarin de betaling gerechtelijk kan worden afgedwongen.*” Op 1 operator na antwoordden alle operatoren dat zij zich houden aan deze beperking. Toch kan aangenomen worden dat wanneer operatoren verkeersgegevens verwerken met marketingdoeleinden, dat deze verwerking ook gebeurt na de termijn vermeld in artikel 122, § 1, WEC.

Artikel 122 WEC, noch artikel 123 WEC leggen strikt genomen een duidelijke beperking in tijd op. In artikel 122, § 2, lid 3 WEC wordt weliswaar gesteld dat de verwerking van verkeersgegevens slechts toegestaan is tot het einde van de periode waarbinnen de factuur kan worden betwist of tot het einde van de periode waarin betaling gerechtelijk kan worden afgedwongen. Deze beperking in de tijd geldt echter niet wanneer de operator de betreffende verkeersgegevens ook aanwendt voor marketingdoeleinden, het opstellen van het gebruikspatroon of het leveren van een dienst met verkeers- of locatiegegevens. In dat geval, zo stelt artikel 122, § 3, 4° WEC is de duur van de verwerking beperkt tot de duur die nodig is voor de marketingactie in kwestie, het opstellen van het gebruikspatroon of voor de levering van de betrokken dienst.

Artikel 123, § 2, 3° WEC verplicht operatoren om de verwerking van locatiegegevens te beperken tot de duur die nodig is voor de levering van de betreffende dienst.

Uit de antwoorden van de operatoren op de enquête blijkt dat, op één operator na, alle operatoren de wettelijke beperking in de tijd respecteren voor wat betreft de verwerking van verkeersgegevens.

Voor wat betreft de verwerking van locatiegegevens antwoorden alle operatoren dat zij zich aan de wettelijk voorgeschreven duur houden.

De antwoorden van de operatoren geven echter weinig houvast over hoe lang operatoren doorgaan met de verwerking van verkeersgegevens wanneer deze verwerking gebeurt in het kader van marketingacties.

Wanneer we dan de algemene voorwaarden van de operatoren nakijken, merken we dat 3 operatoren duidelijke informatie verstrekken over de duur waarbinnen zij verkeersgegevens verwerken. De 4 overige operatoren blijven in hun algemene voorwaarden wat dat betreft vaag of geven hierover geen informatie.

6.3.2. Opmerkingen

In letterlijke zin genomen bevatten de artikelen 122 en 123 WEC geen verbod op het verwerken van verkeersgegevens nadat de klant zijn abonnement heeft opgezegd. Gelet evenwel op de strikte bewoordingen van beide artikelen lijkt het twijfelachtig of een dergelijke verwerking in overeenstemming te brengen is met de geest en het doel van deze bepalingen⁶.

De artikelen 122 en 123, WEC bepalen niets expliciet over de verwerking van communicatiegegevens na afloop van het contract. In die zin kan aangenomen worden dat deze bepalingen de verwerking na afloop van het contract niet regelen⁷. Dit impliceert dat deze

Uit de vraag op zich blijkt echter niet ondubbelzinnig dat niet gepeild wordt naar het gebruik van verkeersgegevens in het kader van de uitzonderingsmogelijkheden die geboden worden door artikel 122, §§ 3 en 4. Om die reden blijven de antwoorden op deze vraag verder buiten beschouwing.

⁶ Men moet er zich immers van bewust zijn dat een periode van 1 à 2 jaar na de beëindiging van het contract, kan neerkomen op 2 à 4 keer de effectieve contractduur en dat dienaangaande nog geen rekening is gehouden met eventuele verwerking door derden na afloop van de contractstermijn (zie verder).

⁷ Het is immers opvallend dat de bescherming die de artikelen 122 en 123, WEC voorzien in geval van verwerking van communicatiegegevens tijdens de looptijd van het contract tussen de abonnee en zijn operator, veel minder effectief wordt na afloop van het contract : zo is het onduidelijk of de voormalige abonnees zich na de beëindiging van het contract nog tot hun (ex-)operator kunnen wenden om de

verwerking geregeld wordt door de wet van 8/12/1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer t.o.v. verwerking van persoonsgegevens (hierna : Privacywet). Artikel 5 van de Privacywet stelt dat verwerking van persoonsgegevens alleen kan mits uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene⁸. Wanneer deze uitdrukkelijke toestemming ontbreekt, dan is de verwerking van verkeers- en locatiegegevens na de beëindiging van het contract niet verenigbaar met de Privacywet.

Daarnaast is voor de verwerking van verkeersgegevens voor marketingdoeleinden e.d.m.⁹ de toestemming van de abonnee nodig. Zoals hoger vermeld moet deze toestemming op informatie berusten. Vastgesteld moet worden dat 4 van de 7 bevroegde operatoren een deel van de verplicht te verstrekken informatie, nl. de duur van de verwerking, niet geven. Bij 3 andere operatoren moet de abonnee er vrede mee nemen dat de operator zijn verkeersgegevens blijft verwerken tot 1 à 2 jaar na de beëindiging van zijn contract.

Ten slotte moet ook hier verwezen worden naar wat verder ter sprake komt over de verwerking van de communicatiegegevens door derden : bij onderzoek van de contracten die operatoren afsluiten met derden voor de verwerking van communicatiegegevens, blijkt dat deze derden in een aantal gevallen over de communicatiegegevens kunnen beschikken na afloop van het contract tussen hen en de operator wanneer zij een contractueel vastgestelde termijn in acht nemen. Gelet op het feit dat deze "stand still"- termijn 6 maanden à 5 jaar kan bedragen, en dat deze derden de communicatiegegevens daarna vrijelijk kunnen verwerken, komen we tot een situatie waarin de verkeersgegevens van een ex-abonnee nog jaren na de afloop van het contract verwerkt kunnen worden zonder dat de betrokken persoon daar enig zicht op heeft¹⁰.

6.4. Voorafgaande kennisgeving aan de gebruikers van de verwerking van communicatiegegevens door gebruik van een standaardformulier

6.4.1. Vaststellingen

6.4.1.1. Inleiding

De artikelen 122 en 123 WEC verplichten operatoren om aan hun abonnees een precieze kennisgeving te doen van de verwerking van verkeers- en locatiegegevens.

stopzetting van het gebruik van hun verkeersgegevens te eisen . Hoewel men als klant het recht heeft om overeenkomstig artikel 122, § 3, 3° WEC zijn toestemming voor de verwerking van verkeersgegevens voor marketingdoeleinden in te trekken, zijn de betrokken personen na de beëindiging van het contract geen klant meer, terwijl de algemene voorwaarden duidelijk stipuleren dat het de klant is die zich kan verzetten tegen het gebruik van persoonsgegevens. Bovendien biedt de wet de betrokken personen weinig houvast : artikel 122, § 3, 3° WEC bepaalt immers dat de "abonnee of eindgebruiker" zijn toestemming kan intrekken : de betrokkene is duidelijk geen abonnee meer. Of hij t.a.v. zijn ex-operator beschouwd kan worden als een eindgebruiker is niet duidelijk aangezien hij geen dienst afneemt van de betrokken operator.

⁸ Behoudens in de gevallen die door dezelfde wet limitatief worden beschreven en die hier verder niet er zake doen.

⁹ "Met als enig doel de marketing te verzorgen van de eigen elektronische communicatiediensten, het gebruikspatroon bedoeld in artikel 110, §4, eerste lid, artikel 110/1 en artikel 111, §3, tweede lid, op te stellen, of diensten met verkeersgegevens of locatiegegevens te leveren" (art. 122, §3 WEC)

¹⁰ De door artikelen 122 en 123 vereiste toestemming van de abonnee die precies moet zijn en op kennis moet berusten, wordt zodoende volledig uitgehold.

In de enquête wordt in vraag 2 m.b.t. artikel 122 WEC en vraag 3 m.b.t. artikel 123 WEC onderzocht of de operatoren hun klanten al dan niet voorafgaand op de hoogte stellen van de verwerking van verkeers- of locatiegegevens.

De wet schrijft niet voor op welke wijze de operatoren deze voorafgaande kennisgeving moeten doen.

De vragen 3 m.b.t. artikel 122 WEC en 4 m.b.t. artikel 123 WEC onderzoeken of de operatoren al dan niet gebruik maken van standaarddocumenten om hun klanten te informeren over de verwerking van persoonsgegevens.

De operatoren geven aan dat zij inderdaad gebruik maken van standaarddocumenten om hun gebruikers in kennis stellen van de verwerking van verkeers- en locatiegegevens.

Bij nader inzien blijken deze standaardformulieren de algemene voorwaarden te zijn en/of formulieren waarmee het abonnementscontract wordt afgesloten.

Om die reden werd per operator nagegaan wat precies in de betreffende documenten aan de abonnees wordt meegedeeld. Daarbij wordt nagegaan of de operatoren de door de artikelen 122, § 2, lid 2 WEC en 123, § 2, 1° WEC voorgeschreven elementen meedelen :

1. de soorten verkeer- en locatiegegevens die worden verwerkt;
2. het precieze doel van de verwerking;
3. de duur van de verwerking;
4. eventuele derden waaraan de locatiegegevens zullen worden doorgegeven.¹¹

6.4.1.2. Antwoorden van de operatoren op de enquête

Op de enquête antwoorden 5 operatoren dat hun klanten op voorhand op de hoogte worden gebracht van de verwerking van verkeersgegevens. De 2 andere operatoren doen deze voorafgaande kennisgeving niet.

Wat betreft de verwerking van locatiegegevens, stellen 2 van de 7 operatoren dat zij hun klanten daarvan op voorhand inlichten. 3 operatoren doen deze voorafgaande kennisgeving niet. Hierbij moet opgemerkt worden dat de 2 overige operatoren geen locatiegegevens verwerken zodat de voorliggende vraagstelling op hen niet van toepassing is.

Uit de enquête blijkt dat 2 operatoren hun klanten noch van de verwerking van verkeersgegevens, noch van de verwerking van locatiegegevens op voorhand op de hoogte brengen.

6.4.1.3. Onderzoek van de algemene voorwaarden

Uit een grondig onderzoek van de algemene voorwaarden kan worden besloten dat de betreffende bepalingen in de algemene voorwaarden van slechts 2 operatoren een voldoende kennisgeving inhouden van de verwerking van de verkeers- en locatiegegevens.

¹¹ Artikel 123, § 2, 1° WEC voorziet ook nog dat de mogelijkheid om de gegeven toestemming in te trekken voorafgaand meegedeeld moet worden. De problematiek van het vragen en intrekken van de toestemming tot verwerking zal evenwel in de volgende onderdelen aan bod komen en wordt om die reden in dit onderdeel niet behandeld.

Verdere resultaten lopen uiteen :

- 3 operatoren geven in hun algemene voorwaarden voldoende informatie over de verwerking van de verkeersgegevens, maar geven geen informatie over de verwerking van de locatiegegevens;
- 3 operatoren delen in de algemene voorwaarden geen informatie mee over de duur van de verwerking;
- 1 operator geeft een bijzonder onduidelijke beschrijving van de gegevens die worden verwerkt;
- 1 operator geeft een bijzonder onduidelijke beschrijving van de gegevens die worden verwerkt én geeft geen informatie over de duur van de verwerking;
- 1 operator voorziet voor zichzelf de mogelijkheid om de persoonsgegevens van de gezinsleden van de abonnee te verwerken.

6.4.2. Opmerkingen

De voorafgaande kennisgeving van communicatiegegevens is een verplichting die nauw samen hangt met de toestemming die de abonnee kan geven (of weigeren) voor de verwerking van communicatiegegevens : het spreekt voor zich dat de abonnee slechts op zinvolle wijze zijn toestemming kan geven wanneer de operator hem op de hoogte heeft gebracht van de verwerking van de communicatiegegevens en wat deze verwerking inhoudt.

In die zin is het weinig opbeurend dat slechts 2 van de 7 operatoren voorafgaand aan de verwerking van de communicatiegegevens afdoende informatie verstrekken over deze verwerking¹².

Verder geven 2 operatoren een dermate onduidelijke beschrijving van de communicatiegegevens die zij verwerken, dat het voor de abonnee onmogelijk is om uit te maken waarover het gaat.

4 operatoren geven geen duidelijke informatie over de duur van de verwerking. Nochtans hebben we vastgesteld dat operatoren zich vaak het recht voorbehouden om communicatiegegevens na afloop van het abonnement verder te verwerken.

Vastgesteld wordt dat 3 van de 5 operatoren die locatiegegevens verwerken, hierover op voorhand geen informatie meedelen aan hun klanten. Dit is ernstig, zoals ook de wetgever heeft beseft bij de voorbereiding van dit wetsartikel : *“Wegens de gevaren voor de privacy (een abonnee kan op elk ogenblik gelokaliseerd worden) dient de levering van deze diensten met de nodige waarborgen omkaderd te worden. Vandaar dat in artikel (123, § 2) een maximale informatieverstrekking opgelegd wordt en de uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de abonnee of eindgebruiker met de verwerking steeds vereist is. Zelfs wanneer abonnees of eindgebruikers hun toestemming hebben gegeven, moeten zij kosteloos de mogelijkheid hebben om op eenvoudige wijze (dit is zonder bijvoorbeeld hun toevlucht te moeten nemen tot een aangetekend schrijven) de verwerking van locatiegegevens tijdelijk uit te schakelen*¹³.”

Ten slotte roept het feit dat een operator zichzelf de mogelijkheid biedt om de persoonsgegevens van de gezinsleden van de abonnee te verwerken, ernstige vragen op. De

¹² De verwerking van de communicatiegegevens door derden zal verder in deze nota uitgebreid worden behandeld. Alleszins zal blijken dat de abonnees daarover zo goed als niet op de hoogte worden gebracht.

¹³ Parl. St. Kamer, 2004-2005, Doc 51, 1425/001, p. 76

artikelen 122 en 123, WEC bepalen immers dat alleen de communicatiegegevens van abonnees door de operatoren kunnen worden verwerkt en dat de toestemming voor verwerking gegeven moet worden door de betrokkene of zijn wettelijke vertegenwoordiger. Aangenomen kan worden dat in de meeste gezinnen de abonnee niet de wettelijke vertegenwoordiger zal zijn van alle betrokken gezinsleden. Een operator kan er bijgevolg niet van uitgaan dat een abonnee de toestemming voor de verwerking van verkeersgegevens kan geven in de plaats van zijn gezinsleden.

6.5. De toestemming van de gebruiker en de mogelijkheid om de gegeven toestemming in te trekken

6.5.1. Vaststellingen

6.5.1.1. Inleiding

De artikelen 122 en 123 WEC verplichten operatoren om hun abonnees in bepaalde gevallen om toestemming te vragen, alsook om deze abonnees de mogelijkheid te geven om hun toestemming in te trekken (cf. supra).

De wet schrijft niet voor op welke wijze de operatoren deze toestemming moeten vragen of op welke wijze zij hun abonnees hun toestemming kunnen laten intrekken.

Vraag 7 m.b.t. artikel 122 WEC en 6 en 8 m.b.t. artikel 123 WEC onderzoeken of de operatoren al dan niet gebruik maken van standaarddocumenten.

Alle operatoren geven in antwoord op vraag 7 aan dat zij voor de voorafgaande kennisgeving een standaardformulier hanteren om de toestemming te vragen of toe te laten om de gegeven toestemming in te trekken.

Bij nader inzien blijken deze standaardformulieren de algemene voorwaarden te zijn en/of het formulier waarmee het abonnementscontract wordt afgesloten.

Om die reden werd per operator nagegaan wat precies in de betreffende documenten aan de abonnees wordt meegedeeld omtrent de te geven toestemming.

M.b.t. artikel 122 hebben vragen 6 tot en met 14 van de enquête betrekking op de verplichtingen die rusten op operatoren wanneer zij verkeersgegevens willen aanwenden voor marketingdoeleinden : artikel 122, § 3 WEC stelt ter zake dat operatoren hun betrokken gebruikers op voorhand op de hoogte moeten brengen van het feit, het doel en de duur van de verwerking (vraag 6). Daarenboven moet de betrokken gebruiker op voorhand zijn toestemming geven voor de verwerking (vraag 8) en moet hem ook gratis de mogelijkheid worden geboden om zijn toestemming in te trekken (vraag 10). Tenslotte zijn de operatoren verplicht om de verwerking van de verkeersgegevens te beperken tot de handelingen die nodig zijn voor de betreffende marketingdoeleinden e.d. (vraag 12) en de duur die daarvoor nodig is (vraag 13). Tenslotte wordt de vraag gesteld of, in het geval de verwerking niet beperkt blijft tot de marketingdoeleinden in kwestie, de betrokken gebruiker daarvan al dan niet op de hoogte wordt gebracht (vraag 14)

Hieronder wordt nagegaan hoe operatoren concreet de toestemming van hun klanten vragen en hen de mogelijkheid bieden om deze toestemming in te trekken.

6.5.1.2. Controleresultaten

Uit de antwoorden op de enquête en een onderzoek van de algemene voorwaarden kunnen de volgende vaststellingen worden gedistilleerd :

1 operator geeft zijn klanten de mogelijkheid bij het afsluiten van het contract om al dan niet te kiezen voor de verwerking van communicatiegegevens; daartoe heeft de klant de mogelijkheid om de zinnen “Ik sta het gebruik van mijn elektronische gegevens voor commerciële doeleinden niet toe.(...)” en “Ik aanvaard dat mijn gegevens ook gebruikt worden voor direct marketing doeleinden door de rechtstreekse partners (...)” al dan niet aan te vinken. Het weigeren van deze toestemming verhindert niet dat men toch klant kan worden bij deze operator. Tevens biedt deze operator ook een duidelijke en eenvoudige manier om de gegeven toestemming in te trekken, nl. door middel van een gedateerd, ondertekend verzoek.

Bij de overige operatoren wordt telkens het volgende vastgesteld :

1. De operatoren vragen niet op een duidelijke manier de toestemming van hun klanten¹⁴ : een consument die een contract aangaat met een operator, wordt automatisch verondersteld om ook zijn toestemming te geven voor de verwerking van zijn communicatiegegevens. Bij deze manier van werken kan niet aangenomen worden dat de toestemming van de abonnees in dat geval een vrije, specifieke en op informatie berustende toestemming is. Bovendien kan vermoed worden dat deze klanten zich er minder of niet van bewust zijn dat zij de gegeven toestemming ook kunnen intrekken, aangezien zij er zich in de eerste plaats niet van bewust zijn dat zij hun toestemming ook gegeven hebben.
2. De operatoren beperken de mogelijkheid om de toestemming voor de verwerking van communicatiegegevens in te trekken tot het geval van verwerking met het oog op direct marketing. De wet voorziet echter de mogelijkheid tot intrekking van de toestemming voor de verwerking van verkeersgegevens voor iedere vorm van marketing.

Verder kan nog gewezen worden op een aantal praktijken van operatoren die telkens inhouden dat de vrije toestemming van de abonnees niet wordt gerespecteerd :

- 1 operator veronderstelt van zijn klanten dat zij hun toestemming hoe dan ook geven voor het gebruik van hun mailadres voor promotiedoeleinden. Daarbij wordt geen mogelijkheid voorzien voor de klant om deze zgn. machtiging in te trekken;
- Zoals reeds aangegeven gaat 1 operator er van uit dat wanneer een abonnee zijn toestemming heeft gegeven voor de verwerking (en die toestemming wordt automatisch verondersteld door de ondertekening van het contract), deze toestemming ook geldt voor de de gezinsleden van deze klant;

¹⁴ Hierbij moet ook melding gemaakt worden van een operator die stelt dat wanneer hij persoonsgegevens doorgeeft aan derden, hij steeds een boodschap stuurt aan de betreffende klanten waarbij aan deze klant de toestemming wordt gevraagd voor de doorgifte. Op nadere vraag van het BIPT, deelde deze operator echter mee dat een dergelijke boodschap slechts sporadisch in het verleden werd verstuurd.

- 1 operator biedt in zijn algemene voorwaarden geen duidelijke mogelijkheid om de toestemming voor het verwerken van verkeers- en locatiegegevens in te trekken. Uit de antwoorden op de enquête blijkt dat deze operator naar eigen zeggen de mogelijkheid biedt om de toestemming voor de verwerking van communicatiegegevens in te trekken en daartoe standaardformulieren hanteert. Het is echter onduidelijk waar deze standaardformulieren te bekomen zijn en het in de algemene voorwaarden opgegeven adres heeft alleen betrekking op de inzage en eventuele rectificatie van persoonsgegevens;
- 1 operator is bereid om de verkeersgegevens op vraag van de klant te verwijderen en dus niet langer te verwerken, maar beperkt het begrip “verkeersgegevens” tot het telefoonnummer dat eventueel bij direct marketing wordt gebruikt.

6.5.2. Opmerkingen

De artikelen 122, § 3, 2°, tweede lid en 123, § 2, 2°, tweede lid WEC bepalen hoe het begrip “toestemming” moet worden geïnterpreteerd :

“Onder toestemming voor de verwerking in de zin van dit artikel wordt verstaan de vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene of zijn wettelijke vertegenwoordiger aanvaardt dat verkeersgegevens die op hem betrekking hebben worden verwerkt.”

Van toestemming is dus slechts sprake wanneer de 3 volgende elementen aanwezig zijn :

1. Vrij, d.w.z. de toestemming is niet afgedwongen;
2. Specifiek, d.w.z. de toestemming wordt niet “in het algemeen” of “voor eens en altijd” gegeven;
3. Op informatie berustend;

In hun antwoorden op de enquête geven alle betrokken operatoren aan dat zij voorafgaand de toestemming vragen om verkeersgegevens voor marketingdoeleinden te gebruiken.

Opmerkelijk is dat uit de vaststellingen blijkt dat 1 operator als enige op behoorlijke wijze de toestemming van zijn abonnees vraagt om persoonsgegevens te mogen verwerken. Doordat de klanten bij hun contractafsluiting de vrije keuze hebben om de zinnen “Ik sta het gebruik van mijn elektronische gegevens voor commerciële doeleinden niet toe.(...)” en “Ik aanvaard dat mijn gegevens ook gebruikt worden voor direct marketing doeleinden door de rechtstreekse partners (...)” al dan niet aan te vinken, kan aangenomen worden dat deze operator zijn klanten effectief de toestemming vraagt om de betrokken gegevens te verwerken. Deze klanten krijgen een reële keuzemogelijkheid : zij kunnen immers aanvinken dat zij geen verwerking van hun gegevens voor marketingdoeleinden wensen en toch klant worden bij deze operator.

Bovendien biedt deze operator zijn klanten de effectieve en concrete mogelijkheid om hun toestemming in te trekken. Daartoe volstaat een gedateerd en ondertekend verzoek. Uit de bewoordingen van de algemene voorwaarden kan worden afgeleid dat dit verzoek schriftelijk of elektronisch kan worden gedaan. Er wordt geen motivering vereist. Opvallend is ook dat deze operator zijn klanten toelaat om zich te verzetten tegen het gebruik van persoonsgegevens voor “marketing en marktonderzoekdoeleinden”. Dat is breder dan de beperking tot direct marketing die bij de meeste operatoren voorkomt.

Hoewel de overige operatoren op de enquête antwoorden dat zij de toestemming vragen aan de betrokken klanten om hun verkeers- en locatiegegevens te verwerken, blijkt uit nalezing van de

algemene voorwaarden dat deze toestemming meestal automatisch wordt verondersteld wanneer de klant zijn contract aangaat met de operator.

De vraag kan worden gesteld of dergelijke handelswijze in overeenstemming is met de wil van de wetgever : artikel 122, § 3, 2° WEC bepaalt immers dat de toestemming van de gebruiker o.m. een vrije en specifieke wilsuiting veronderstelt. Wanneer deze toestemming echter automatisch samenhangt met het aangaan van een abonnement, kan men niet stellen dat deze toestemming vrij werd gegeven en gebaseerd was op een specifieke wilsuiting.

Alleszins dient vastgesteld te worden dat bij de 6 overige operatoren de toestemming van de klant voor het verwerken van verkeersgegevens niet expliciet wordt gevraagd. Blijkbaar gaan de betreffende operatoren er vanuit dat een klant, doordat hij bij hen een abonnement neemt, ook zijn toestemming geeft voor de verwerking van de verkeersgegevens.

Er moet bovendien op gewezen worden dat artikel 122, § 3 WEC toestemming van de gebruiker en de bijhorende mogelijkheid om die toestemming in te trekken niet alleen voorschrijft voor direct marketing, maar voor alle vormen van marketing. Doordat deze operatoren hun klanten alleen in geval van direct marketing de mogelijkheid bieden om hun toestemming in te trekken, limiteren zij op onaanvaardbare wijze het toepassingsgebied van artikel 122, § 3 WEC : zie ook de relevante parlementaire stukken betreffende artikel 122, § 3 WEC " *de paragrafen 2 tot en met 4 beschrijven de uitzonderingen op het principe van §1, eerste lid. Deze paragrafen dienen dan ook strikt te worden geïnterpreteerd*¹⁵."

Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de effectiviteit van een intrekingsrecht samenhangt met de wijze waarop in eerste instantie de toestemming van de betrokkene werd gevraagd : door uit te gaan van een automatische toestemming, creëren de betrokken operatoren een situatie waarbij de klant de facto vaak niet eens weet dat hij zijn toestemming heeft gegeven voor het verwerken van verkeersgegevens¹⁶. In dergelijke omstandigheden zal de klant minder snel overgaan tot intrekking van zijn toestemming, aangezien hij zich niet eens realiseert dat hij zijn toestemming ooit gegeven heeft.

6.6. Verwerking van verkeers- en locatiegegevens door derden – onderzoek van de algemene voorwaarden en de contracten met derden

6.6.1. Inleiding

De vragen 15 en 16 m.b.t. art. 122 WEC betreffen het verwerken van verkeersgegevens door derden.

Met derden wordt in deze bedoeld derden die niet uitsluitend voor rekening en onder het gezag van de operator in kwestie werken.

In eerste instantie zal worden nagegaan hoe de operatoren in de algemene voorwaarden en/of in andere contractuele documenten de consumenten informeren over de verwerking van communicatiegegevens door derden.

¹⁵ Parl. St. Kamer, 2004-2005, Doc 51, 1425/001, p. 74

¹⁶ Nog afgezien van de vaststelling dat een dergelijke automatische toestemming niet de vrije, specifieke en op informatie berustende toestemming is die de wet voorschrijft.

In tweede instantie zal worden nagegaan in hoeverre de contracten die operatoren hebben afgesloten met derden, de consumenten de bescherming bieden, voorzien in de artikelen 122 en 123, WEC.

6.6.2. Vaststellingen en opmerkingen over de vermeldingen in de algemene voorwaarden over de verwerking van persoonsgegevens door derden

Eén operator vermeldt in zijn algemene voorwaarden dat klantgegevens (waaronder verkeersgegevens) doorgegeven kunnen worden aan derden en dat daarbij “*al dan niet een adequaat beschermingsniveau*” wordt geboden.

Dergelijke clausule lijkt onaanvaardbaar onder de huidige regelgeving, onder andere in het licht van het arrest C-119/12 van 22/11/2012 waar het Europees Hof van Justitie preciseert onder welke voorwaarden aan derden de opdracht gegeven kan worden om verkeersgegevens te verwerken :

“30. Ongeacht de kwalificatie van de cessieovereenkomst wordt de cessionaris geacht te handelen onder het gezag van de dienstenaanbieder in de zin van artikel 6, lid 5, van richtlijn 2002/58 , wanneer hij voor de verwerking van verkeersgegevens handelt in uitsluitende opdracht en onder toezicht van die aanbieder. In het bijzonder moet hun overeenkomst bepalingen bevatten die de wettige verwerking van de verkeersgegevens door de cessionaris waarborgen en de dienstenaanbieder de mogelijkheid bieden zich op elk ogenblik ervan te vergewissen dat de betrokken cessionaris die bepalingen naleeft.”

Het komt bijgevolg aan de operatoren toe om in de eerste plaats contracten af te sluiten waarin een “wettige verwerking van verkeersgegevens” wordt voorzien, d.w.z. waarin hetzelfde beschermingsniveau als dat van artikel 122 WEC wordt gegarandeerd en waarin de operator de naleving hiervan door de derde op elk ogenblik kan verifiëren¹⁷.

Dezelfde opmerking geldt trouwens voor een andere operator die ten onrechte in zijn algemene voorwaarden alle verantwoordelijkheid afwijst voor de verwerking van persoonsgegevens door derden.

Zowel uit de artikelen 122 en 123 WEC, als uit het arrest C-119/12 van het Hof van Justitie blijkt immers dat de operator in kwestie wel degelijk verantwoording draagt voor de verwerking van de persoonsgegevens door de derden waarmee hij daartoe contracten afsluit.

Uit de algemene voorwaarden van 2 andere operatoren blijkt niet dat de verwerking van verkeersgegevens gebeurt in opdracht van de operator, d.w.z. dat de operator deze opdracht op een dergelijke manier geeft dat de uitvoerder de wettelijke beschermingsregels moet respecteren en dat de operator dit op ieder ogenblik kan verifiëren.

Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de algemene voorwaarden een overeenkomst zijn tussen de operator en de eindgebruiker. In die zin is het niet noodzakelijk dat de algemene voorwaarden stipuleren dat de operator in kwestie naar behoren toezicht houdt op de verwerking van verkeersgegevens door derden. Of dat al dan niet het geval is, moet blijken uit

¹⁷ Zie ook artikel 21, § 1 van de wet van 8/12/1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens waarin de uitvoer van persoonsgegevens naar landen buiten de EU principieel slechts toegestaan is wanneer deze landen een passend beschermingsniveau bieden. Artikel 22, § 1 van dezelfde wet bepaalt precies welke de uitzonderingen zijn op dit principe.

de contracten die de operator met zijn derden afsluit. Deze contracten worden verder behandeld.

Sommige operatoren bepalen in hun algemene voorwaarden dat wanneer zij communicatiegegevens aan derden doorgeven de klanten daarover *“via elk geschikt middel, specifieke informatie”* ontvangen en dat ze *“in de bij wet bepaalde omstandigheden de mogelijkheid om daartegen bezwaar aan te tekenen”* krijgen.

Dergelijke bepalingen bieden de klanten weinig bescherming : vooreerst hebben de klanten er geen zicht op welke derden al dan niet in naam en voor rekening van de operatoren werken. Wat dat betreft zij deze klanten volledig afhankelijk van de informatie die zij daarover van hun operatoren krijgen.

Ten tweede voorzien deze operatoren dat hun klanten in dergelijk geval specifieke informatie zullen ontvangen, maar laten ze na aan te geven op welke wijze deze informatie zal worden meegedeeld.

Ten derde is het bijzonder onduidelijk of operatoren in de praktijk daadwerkelijk overgaan tot dergelijke informatieverstrekking.

Ten vierde voorzien de betreffende operatoren wel *“in de bij wet bepaalde omstandigheden de mogelijkheid om daartegen bezwaar aan te tekenen”*. Voor de meeste consumenten is een dergelijke clausule echter bijzonder onduidelijk : de meeste consumenten hebben geen weet van welke omstandigheden bij wet zijn bepaald.

Alleszins is de verwerking van verkeersgegevens voor marketingdoeleinden en de verwerking van locatiegegevens onderworpen aan de toestemming van de betrokken abonnee en moet deze ook de mogelijkheid hebben om de gegeven toestemming in te trekken. Deze voorwaarde geldt ongeacht of de verwerking door de operator, dan wel door derden gebeurt.

6.6.3. Vaststellingen en opmerkingen over de contracten met derden voor de verwerking van communicatiegegevens

6.6.3.1. Inleiding

Vier operatoren hebben bij de bevraging aangegeven dat zij persoonsgegevens door derden laten verwerken¹⁸. Aan de hand van de contracten die deze operatoren met de betreffende derden hebben afgesloten is het BIPT nagegaan of deze contracten bepalingen bevatten i.v.m. de verwerking van verkeers- en locatiegegevens waarbij minstens de beschermingsmaatregelen in de zin van de artikelen 122 en 123 WEC worden vastgelegd.

Het BIPT heeft in totaal 43 contracten onderzocht die operatoren hebben afgesloten met derden met het oog op de verwerking van communicatiegegevens.

6.6.3.2. Verplichting aan derden om confidentiële gegevens confidentieel te behandelen

¹⁸ Eventuele contracten die operatoren met derden hebben afgesloten in het kader van legal intercept blijven buiten beschouwing.

38 van de 43 onderzochte contracten leggen aan de derden duidelijk de verplichting op om confidentiële informatie ook als confidencieel te behandelen.

De vraag kan dan evenwel gesteld worden of de communicatiegegevens die geïmprimeerd worden door de artikelen 122 en 123 WEC contractueel door de partijen eveneens beschouwd worden als confidentiële gegevens.

Dit is in slechts 1/3 van de contracten onmiddellijk duidelijk : in deze contracten behelst de definitie van "confidentieële informatie" ondubbelzinnig ook de verkeers- en locatiegegevens in de zin van de artikelen 122 en 123 WEC.

In 31 van de contracten is een dergelijke ondubbelzinnige definitie niet opgenomen, maar is er wel een verwijzing opgenomen naar de WEC en/of naar de wet van 8/12/1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en/of naar de richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

In deze gevallen kan aangenomen worden dat contractueel impliciet maar afdoende voorzien is dat de verkeers- en locatiegegevens beschouwd moeten worden als confidentiële gegevens.

Verder werd vastgesteld dat een kleine meerderheid van de contracten (27 van de 43) voorziet dat de confidentiële informatie door de derden alleen gebruikt mag worden in het kader van de uitvoering van de contractueel overeengekomen opdracht.

6.6.3.3. Operator behoudt het beschikkingsrecht over de confidentiële informatie

De operatoren en hun derden zijn in 24 van de 43 contracten overeengekomen dat de operator in kwestie eigenaar blijft van de confidentiële informatie. In 27 contracten werd overeengekomen dat de operator de confidentiële informatie kan terugvragen of aan de derde kan vragen om deze te vernietigen.

Dit zijn belangrijke elementen gelet op het feit dat enerzijds de abonnee zijn toestemming geeft aan de operator om de communicatiegegevens te verwerken en zich desgevallend ook richt tot de operator om deze toestemming in te trekken, en anderzijds de abonnee de derden waarmee de operator contracten aangaat in de meeste gevallen niet kent.

Wanneer de operator het volledige zeggenschap behoudt over de confidentiële gegevens die door derden worden verwerkt, hetzij als eigenaar, hetzij met de mogelijkheid om deze gegevens terug te vragen of te laten vernietigen, kan dit voor de abonnee impliceren dat wanneer deze bvb. zijn toestemming intrekt, de operator daar direct gevolg kan aan geven, ook al worden de betreffende communicatiegegevens door een derde verwerkt.

Opgemerkt moet worden dat dergelijke situatie slechts geldt in 27 van 43 contracten, d.w.z. in ongeveer 60% van de contracten. In de overige contracten zijn dergelijke garanties niet voorzien.

Daar komt nog bij dat slechts 11 van de 43 onderzochte contracten bepalen dat de confidentiële gegevens gedurende een zekere periode na het beëindigen van het contract confidencieel blijven. Deze periode varieert, gaande van 6 maanden tot 5 jaar, al naargelang het contract in kwestie. In de meeste contracten wordt daarover helemaal niets vermeld.

Dit lijkt te impliceren dat in deze gevallen de betreffende gegevens niet door de operator kunnen worden teruggevraagd of op vraag van de operator worden vernietigd. Met andere

woorden, de derde in kwestie kan meteen na afloop van het contract, dan wel na een relatief korte tijd, wél vrijelijk beschikken over gegevens die tot dan toe confidentieel waren.

Wanneer dergelijke situaties zich in de praktijk zouden voordoen, - en de bepalingen in de contracten doen dat vermoeden - dan is het risico reëel dat op die manier het beschermingsmechanisme van de artikelen 122 en 123 WEC wordt uitgehold : wanneer de confidenciële gegevens die deze derden na verloop van een relatief korte tijd (de meeste contracten voorzien in een stand still-periode van 6 maanden, 1 jaar of 2 jaar; een wachttijd van 5 jaar komt slechts uitzonderlijk voor) mogen verwerken ook communicatiegegevens bevatten in de zin van de artikelen 122 en 123, WEC¹⁹, dan zou zodoende een situatie ontstaan die niet verenigbaar is met de artikelen 122 en 123 WEC : niet alleen zijn gegevens niet langer confidentieel terwijl ze dat volgens de genoemde wetsbepalingen wél moeten zijn, bovendien heeft de betrokken persoon daar geen weet van, laat staan dat hem daarvoor enige toestemming wordt gevraagd, hetgeen strijdig zou zijn met de Privacywet.

6.6.3.4. Controle van de operatoren op de verwerking door derden

In het arrest C-119/12 stelt het Hof van Justitie zoals gezegd dat de contracten met derden bepalingen moeten bevatten die *“de wettige verwerking van de verkeersgegevens door de cessionaris waarborgen en de dienstenaanbieder de mogelijkheid bieden zich op elk ogenblik ervan te vergewissen dat de betrokken cessionaris die bepalingen naleeft.”*

De operator moet m.a.w. toezien op de naleving van de confidentialiteit door zijn derden en deze ook desgewenst kunnen controleren.

In de eerste plaats is het BIPT nagegaan of de contracten met derden voorzien dat de operator in kwestie de naleving van de confidentialiteit door de derde daadwerkelijk kan controleren.

Vastgesteld moet worden dat 20 van de 43 onderzochte contracten, een minderheid dus, voorzien dat de operator de naleving van de confidentialiteit door de derde kan controleren.

Dit impliceert niet dat in de meerderheid van de gevallen de derden de confidentialiteit niet zouden respecteren. Het BIPT heeft daarover geen informatie. Deze resultaten duiden er wel op dat operatoren te weinig aandacht hebben voor deze problematiek.

In de tweede plaats heeft het BIPT onderzocht in hoeverre operatoren contracten afsluiten met derden waarin de garantie voorzien is dat de persoonsgegevens met inbegrip van de communicatiegegevens niet buiten de EU verwerkt mogen worden tenzij er een garantie bestaat op een beschermingsniveau dat minstens gelijk is aan datgene dat in de EU geldt.

Het spreekt immers vanzelf dat wanneer communicatiegegevens buiten de EU worden gebracht, ongeacht of dit gebeurt doordat de operator contracten afsluit met derden die gevestigd zijn buiten de EU, of doordat de derden op hun beurt contracten afsluiten met andere derden buiten de EU voor de verwerking van de communicatiegegevens, de naleving van de in de EU geldende beschermingsregels precair wordt.

Vastgesteld werd dat amper 21 van de 43 onderzochte contracten bepalingen bevatten die de uitvoer regelen van communicatiegegevens naar ondernemingen die gevestigd zijn buiten de EU.

¹⁹ D.w.z. communicatiegegevens die niet geanonimiseerd zijn,

Daarenboven voorzien de 21 contracten die wél een regeling bevatten voor de uitvoer van communicatiegegevens buiten de EU, dat uitvoer van de confidentiële gegevens slechts kan mits toestemming van de operator in kwestie. Daarbij wordt evenwel niet gepreciseerd waarvan deze toestemming afhankelijk is.

Voorgaande betekent uiteraard niet dat in de contracten waarin geen regeling is opgenomen over de uitvoer buiten de EU van communicatiegegevens, de eventuele derden noodzakelijkerwijs buiten de EU zijn gevestigd of dat zij de te verwerken gegevens noodzakelijkerwijs door andere derden buiten de EU laten verwerken. Het betekent wel dat operatoren – wederom – te weinig aandacht hebben voor deze problematiek.

6.6.3.5. Controle van derden op hun derden bij de verwerking van confidentiële gegevens

Ten derde heeft het BIPT ook onderzocht of operatoren in hun contracten met derden voor de verwerking van communicatiegegevens ook voorzien dat de derden op hun beurt toezien op de naleving van de confidentialiteit door de derden waarop zij een beroep doen voor de verwerking van de communicatiegegevens.

Vastgesteld moet worden dat in amper 10 van de 43 contracten een dergelijke bepaling is opgenomen.

7. Conclusies en verdere stappen

Bij het beoordelen van de antwoorden moet in acht worden genomen dat de naleving van de artikelen 122 en 123 WEC tot nog toe niet door het BIPT werd gecontroleerd. Bovendien was het een onderwerp dat veelal onder de radar bleef.

Dit kan verklaren waarom de operatoren die bij het onderzoek werden betrokken²⁰, de artikelen 122 en 123 WEC nog niet correct naleven.

In het beschermingsmechanisme van de artikelen 122 en 123 WEC is de transparantie van operatoren van groot belang : welke gegevens worden verwerkt, door wie, voor hoe lang etc. Deze transparantie laat toe dat de betrokken abonnee op zinvolle wijze en met kennis van zaken zijn toestemming geeft voor de verwerking of zijn toestemming desgevallend intrekt.

In dit onderzoek werd vastgesteld dat zowel de transparantie vanwege de operatoren, als de manier waarop deze operatoren omspringen met de toestemming van hun abonnees, te wensen over laat. Veelvoorkomende tekortkomingen zijn : onduidelijkheid over de te verwerken gegevens en over wat de verwerking inhoudt, toestemming voor verwerking wordt meestal de facto niet gevraagd maar wel door de operatoren verondersteld, de mogelijkheid om de toestemming in te trekken is niet altijd duidelijk, de contracten met derden bieden te weinig garanties op een wetsconforme verwerking van de communicatiegegevens.

Het BIPT zal daarom in opvolging van dit onderzoek met de betrokken stakeholders (operatoren, consumentenorganisaties en CBPL) nagaan hoe de bestaande tekortkomingen kunnen worden weggewerkt en hoe de garanties van de artikelen 122 en 123 WEC effectief in de praktijk kunnen worden gebracht.

Daarbij zal het BIPT ook oog hebben voor de problematiek van de “over the top services” waarbij internet contentproviders op grote schaal communicatiegegevens van gebruikers verzamelen. Hierbij moet er wel op gewezen worden dat deze entiteiten zich onttrekken aan de controle van het BIPT aangezien hun statuut van operator in de zin van de WEC²¹ niet eenduidig vast staat.

²⁰ Het BIPT ziet geen reden om aan te nemen dat de naleving van de artikelen 122 en 123 WEC bij de niet onderzochte, kleinere operatoren, beter zou zijn.

²¹ De problematiek van OTT'ers en de naleving van de privacybeschermende maatregelen in de WEC en in de Privacywet, vereist een wetswijziging, bij voorkeur op Europees niveau.