

Wat mag en wat mag niet als het ga

Het versturen van advertenties van derden naar een mobiele telefoon is in strijd met Europese regelgeving, zelfs als de bezitter van de mobiele telefoon daarvoor toestemming heeft gegeven.

Er is veel te doen om sms berichten. Onlangs heeft de Reclame Code Commissie gezegd dat de commerciële sms-berichten die sexlijn-exploitanten ongevraagd versturen ('bel me snel'), niet voldoen aan de eisen van de reclameregels. De Consumentenbond is van mening dat de consument voorafgaand toestemming moet geven voordat hij of zij wordt opgenomen in een bestand voor directe reclame via e-mail of sms. OPTA heeft een onderzoek aangekondigd naar de toelaatbaarheid van deze berichten. Eerder oordeelde de Buitse privacytoezichthouder dat mobiele aanbieders voor dergelijke doeleinden geen telefoonnummers mogen verstrekken aan direct-marketingbedrijven, zelfs niet als de betreffende abonnees daarvoor toestemming zouden hebben gegeven.

Hoe zit dat? Is er voorafgaande toestemming nodig voordat een commercieel sms bericht wordt verstuurd? En als een abonnee er geen bezwaar tegen heeft dat zijn nummer wordt verstrekt aan direct-marketingbedrijven, waarom mag dat dan toch niet? Wat zijn eigenlijk de regels voor deze commerciële sms-berichten?

Voor de antwoorden op deze vragen moet worden gekeken naar de algemene privacywet, de Wet bescherming persoonsgegevens, en naar Telecommunicatiewet. Daarnaast bevat het Burgerlijk Wetboek sinds kort een afdeling over verkoop op afstand waarin ook een bepaling over zogeheten

ongevraagde oproepen is opgenomen.

Persoonsgegevens

De Wet bescherming persoonsgegevens treedt nog dit jaar in werking. In deze wet staat wat mag en wat niet mag met gegevens over individuele natuurlijke personen. Deze persoonsgegevens mogen alleen worden verwerkt als er sprake is van een van de in de wet genoemde situaties. Zo mogen de gegevens worden verwerkt als degene op wie de gegevens betrekking hebben daarvoor ondubbelzinnig toestemming heeft gegeven. Verwerking is ook toegestaan als de verwerking nodig is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij deze persoon partij is. Ook mogen de gegevens worden verwerkt als er sprake is van een gerechtvaardigd belang dat opweegt tegen het privacybelang van deze persoon. De gegevens mogen alleen worden verzameld voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en bovendien gerechtvaardigde doeleinden. Verder volgens mogen de gegevens niet worden gebruikt voor doeleinden die onverenigbaar zijn met het doel waarvoor de gegevens zijn verzameld.

Als de gegevens worden gebruikt voor direct marketingdoeleinden geldt er een 'opt out systeem'. De persoon op wie de gegevens betrekking hebben, moet de mogelijkheid hebben om aan te geven dat de gegevens niet voor deze doeleinden mogen worden gebruikt. Als hij van deze mo

gelijkheid gebruikmaakt, moet het gebruik van de gegevens worden beëindigd.

Wat betekent dit voor commerciële sms berichten? Als de mobiele aanbieder het telefoonnummer en andere abonneegegevens ten behoeve van direct-marketingdoeleinden aan derden wil verstrekken, dan zal hij in veel gevallen ondubbelzinnig toestemming moeten vragen en verkrijgen van de abonnee. Immers, de verstrekking zal niet nodig zijn ter uitvoering van het abonnement. Als hij geen toestemming kan of wil vragen, zal hij zijn eigen commerciële belang bij deze verstrekking moeten afwegen tegen het privacybelang van de abonnee. Dat laatste betekent dat hij maatregelen zal moeten treffen om de privacy van de abonnee zoveel mogelijk te beschermen. Daarbij dient hij in elk geval voor een opt out mogelijkheid zorg te dragen. De abonnee moet de gelegenheid worden geboden om aan te geven dat de gegevens niet voor dat doel worden gebruikt. Een praktische manier om dit te doen is een aankruisvakje op het (elektronische) contactformulier waarmee de abonnee akkoord is gegaan "als u geen commerciële berichten van ons of van door ons geselecteerde dienstenaanbieders wenst te ontvangen, kruis dan dit hokje aan".

Verkeersgegevens

In de Telecommunicatiewet staan regels voor het gebruik van verkeersgegevens. Dit zijn gegevens over het gebruik dat de abonnee maakt van telecomnetwerken of telecomdiensten. Het gaat om het aansluitnummer van degene die belt en het 'aansluitnummer' van degene

die wordt gebeld, en ook om de datum en het begin- en eindtijdstip van de oproep. Ook betreft het gegevens over het type handset dat is gebruikt en de locatie van de handset.

De wet bepaalt dat de netwerk- of dienstenaanbieder bepaalde, in een afzonderlijk besluit aangewezen verkeersgegevens na beëindiging van de oproep moet verwijderen of anonimiseren, tenzij een van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is. Deze uitzonderingen hebben betrekking op het gegevensgebruik dat nodig is voor de facturering of interconnectiebetalingen, geschillenbeslechting, netwerkbeheer, opsporing van fraude en het verstrekken van inlichtingen aan de abonnees. In aanvulling daarop is er nog een uitzondering voor het gebruik van de gegevens ten behoeve van marktonderzoek en verkoopactiviteiten met betrekking tot de eigen telecommunicatiediensten. De netwerk- of dienstenaanbieder mag de gegevens alleen voor deze doeleinden gebruiken als de abonnee daarmee heeft ingestemd.

De laatste uitzondering is van belang als het gaat om het gebruik van de gegevens ten behoeve van commerciële sms-berichten. De reikwijdte van deze uitzondering is echter beperkt. De uitzondering heeft alleen betrekking op activiteiten ten behoeve van telecomdiensten, en dus niet op activiteiten ten behoeve van andere diensten. En verder heeft de uitzondering alleen betrekking op de eigen telecomdiensten van de aanbieder, en dus niet op diensten van derden. Een en ander betekent dat een mobiele aanbieder de nummers van abonnees niet voor deze doeleinden aan derden

Om commerciële sms-berichten?

mag verstrekken, zelfs niet als de betreffende abonnee daarvoor toestemming zou hebben gegeven. Echter, deze wettelijke regels zijn alleen van toepassing op de gegevens die als zodanig in een besluit zijn aangewezen. Omdat het betreffende besluit nog niet is vastgesteld, gelden deze wettelijke regels nog niet. De gegevens behoeven op dit moment toch nog niet te worden verwijderd of geanonimiseerd. Maar dit verandert als het besluit alsnog wordt vastgesteld. Daarbij is van belang dat een recent wetsvoorstel de systematiek van de wet honderdtachtig graden wil draaien. In de huidige systematiek moeten alleen de aangewezen gegevens worden

verwijderd, in de systematiek van het wetsvoorstel moeten alle verkeersgegevens worden verwijderd, behalve

de bij het besluit aangewezen gegevens. En deze aangewezen gegevens mogen alleen worden gebruikt als één van de in de wet genoemde uitzonderingen van toepassing is.

Voor commerciële sms-berichten betekent dit dat de aanbieder nog geen hinder ondervindt van beperkingen op het gebruik van nummers en andere verkeersgegevens, omdat er nog geen besluit is vastgesteld dat aanwijst op welke verkeersgegevens de wet van toepassing is. Maar als het wetsvoorstel in werking treedt, zal het de mobiele aanbieders niet zijn toegestaan om de telefoonnummers en andere verkeersgegevens te verstrekken die nodig zijn om derden in staat te stellen commerciële sms-be-

richten te sturen aan de abonnees.

Inmiddels lijkt er meer ruimte te komen voor commerciële sms-diensten. Als de abonnee toestemming heeft gegeven, is er volgens de Europese wetgever geen goede reden voor een verbod op de diensten waarbij gebruik wordt gemaakt van verkeersgegevens. In het voorstel voor een nieuwe telecomspecifieke privacyrichtlijn is dan ook bepaald dat verkeersgegevens met toestemming van de abonnee ook mogen worden gebruikt ten behoeve van toegevoegde waarde-diensten van andere aanbieders. Een voorbeeld van zo een toegevoegde waarde-dienst is de informatiedienst

waarmee de abonnee informatie kan verkrijgen over route naar de dichtstbijzijnde bioscoop en de films die er

die avond worden vertoond. Een ander voorbeeld is de dienst die de abonnee informeert over de aanbiedingen in het warenhuis op het moment dat hij parkeert in de nabijgelegen parkeergarage.

Ongevraagde oproepen

Zowel de Telecommunicatiewet als het Burgerlijk Wetboek bevatten regels voor ongevraagde oproepen ('unsolicited calls'). Beide wetten maken onderscheid tussen oproepen die zonder menselijke tussenkomst totstandkomen, en oproepen die met menselijke tussenkomst totstandkomen. Maar in beide wetten is nog niet helemaal duidelijk in hoeverre commerciële sms-berichten onder deze systemen vallen.

Bij oproepen zonder menselijke

tussenkomst dacht de wetgever aan faxen en zogeheten "bel-automaten". Dat zijn de inmiddels niet meer zo gangbare geautomatiseerde systemen die de abonnee opbellen en hem vervolgens een opname met een commerciële boodschap laten horen, vaak ingesproken door een bekende Nederlander (zoals Karin Bloemen). Voor deze oproepen geldt een opt-in-systeem. De oproepen zijn alleen toegestaan als de abonnee van tevoren toestemming heeft gegeven.

Bij oproepen met menselijke tussenkomst kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de telefoontjes van de krantenverkoper die meestal rond etenstijd belt om de abonnee te interesseren in een proefabonnement op een dagblad. Voor deze oproepen met menselijke tussenkomst geldt een opt-out-systeem. De oproepen zijn toegestaan, tenzij de abonnee heeft aangegeven dat hij deze niet wenst te ontvangen. Wat geldt voor ongevraagde commerciële sms-berichten? Omdat er bij deze berichten geen sprake is van een gesprek of interactie met een verkoper, ligt het voor de hand dat het hier gaat om een oproepsysteem zonder menselijk tussenkomst. Dat zou betekenen dat voor deze berichten een opt-in-systeem geldt. De berichten mogen alleen aan abonnees worden gestuurd als die daarvoor toestemming hebben gegeven. Echter, in de parlementaire stukken staat dat de regels voor oproepsystemen met menselijke tussenkomst van toepassing zijn op ongevraagde commerciële e-mailberichten ("spam"). En daaruit zou kunnen worden opgemaakt dat er voor commerciële sms-berichten een

opt-out-systeem geldt. De berichten mogen worden verstuurd, tenzij de abonnee heeft kenbaar gemaakt dat hij dat niet wenst.

In de rest van Europa is de situatie voor ongevraagde commerciële e-mail en sms-berichten ook nog niet duidelijk. De meeste lidstaten hebben gekozen voor een opt-out-systeem, maar een aantal lidstaten heeft een opt-in-systeem. Voor de interne markt is deze situatie niet werkbaar, al was het maar omdat e-mail en sms zich niet storen aan nationale grenzen. De Europese wetgever wil hier iets aan doen. In het voorstel voor een nieuwe telecomspecifieke privacyrichtlijn wordt duidelijk gemaakt dat de regels voor ongevraagde oproepen van toepassing zijn op alle elektronische communicatie-handelingen, dus ook voor e-mail- en sms-berichten. En dat betekent dat voor het toezenden van commerciële sms-berichten een opt-in-systeem gaat gelden. De aanbieder die abonnees ongevraagd commerciële sms-berichten wil toesturen, zal dan eerst toestemming moeten vragen en verkrijgen.

Het is de bedoeling dat de nieuwe richtlijn aan het eind van dit jaar in de nationale wetgeving van de lidstaten wordt ingevoerd. Of dat haalbaar is, valt echter te bezien.

Gerrit-Jan Zwenne is advocaat te Den Haag (Houthoff Buruma), alsmede universitair docent bij het Centrum voor eLaw@Leiden van de Universiteit Leiden en fellow bij het E.M. Meyers Instituut van dezelfde universiteit. ■

De mobiele aanbieder zal in veel gevallen ondubbelzinnig toestemming moeten vragen en verkrijgen