

**TELECOMMUNICATIERECHT**

AAK20116813

N.A.N.M. van Eijk

**Wet- en regelgeving**

In het vorige *KwartaalSignaal* is beschreven dat in de voorstellen tot aanpassing van de Telecommunicatie *Kamerstukken I* 2010/11, 32 549, nr. A ook een bepaling – artikel 11.2a – is opgenomen die relevant is voor Deep Packet Inspection (DPI). Met DPI kan in het communicatieverkeer worden gekeken. In de media werd bericht dat onder meer KPN DPI zou gebruiken om te analyseren in welke mate applicaties als *WhatsApp* worden gebruikt. OPTA deed nader onderzoek naar DPI-praktijken en constateerde dat KPN, Vodafone, T-Mobile en Tele2 inderdaad hun dataverkeer analyseren (zie bevindingen van OPTA d.d. 30/6/2011, kenmerk OPTA/ACNB/2011/201469, [www.opta.nl](http://www.opta.nl)). OPTA stelde weliswaar vast dat de aanbieders kennis nemen van meer informatie dan alleen de informatie die nodig is voor het afhandelen van het verkeer, maar vond geen aanwijzingen dat de onderzochte aanbieders e-mailberichten van hun abonnees lezen, verstuurde foto's bekijken of bijdragen op sociale netwerken lezen. OPTA constateert dat mogelijk het communicatiegeheim geschonden is en wellicht er strijdig is gehandeld met de wet Bescherming Persoonsgegevens (WBP). Het dossier is daarom overgedragen aan het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP). Vooral nog wordt er door OPTA geen reden gezien om tot handhaving op grond van de Telecommunicatiewet (Tw) over te gaan. Ook de minister van Veiligheid en Justitie ziet op grond van het strafrecht geen gronden om op te treden tegen KPN vanwege het gebruik van DPI-technologie, zo schrijft hij aan de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 45). Echter, evenals OPTA, heeft het College van procureurs-generaal het onderzoeksdossier van het Openbaar Ministerie (OM) aan het CBP ter beschikking gesteld. Uit het onderzoek van het OM is gebleken dat KPN DPI inzet om vier redenen: a) om bepaalde verkeersstromen buiten databundels te kunnen transporteren en factureren, b) bij het gebruik van firewalls, spamfilters en virusscanners binnen het eigen netwerk, c) ten behoeve van de analyse van klachten over technische routeringen en d) om redenen van netwerkplanning en -beheer. De inhoud van de communicatie is volgens KPN niet bij de analyses betrokken. Uit door KPN overgelegde stukken zou verder blijken dat de gebruikte software toelaat dat er toegang tot de applicatielaag van datapakketten kan worden verkregen, maar dat deze toegang er primair op lijkt te zijn gericht om daaruit metadata (zoals URL's) te destilleren. Ten aanzien van de vraag of er gehandeld is in strijd met artikel 139c Wetboek van Strafrecht (verbod op af luisteren) oordeelt het OM dat niet gebleken is dat daadwerkelijk van de inhoud van communicatie is kennis genomen en er geen aldus geen aanleiding is om aan te nemen dat KPN strafbaar heeft gehandeld. Het is dus nu eerst afwachten tot wat voor bevindingen het CBP komt.

De regering heeft het voornemen om OPTA samen te voegen met de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Consumenten Autoriteit (CA) (*Kamerstukken II* 2010/11, 31 490, nr. 54, 55 en 69). De nieuwe instantie zou de 'Autoriteit Consument en Markt' (ACM) moeten gaan heten. Het tijdschrift *Mediaforum* wijdt er een speciaal themanummer aan (zie hieronder bij literatuur de verwijzingen naar dit themanummer en naar een gerelateerde bijdrage aan *Computerrecht*). De ACM zou een zogenaamd klein ZBO (zelfstandig bestuursorgaan) moeten worden, zoals de NMa dat al is. De CA is momenteel nog een onderdeel van het ministerie van ELI. OPTA daarentegen is een volwaardig ZBO. Een klein ZBO heeft geen eigen rechtspersoonlijkheid, alleen de Raad van Bestuur heeft ZBO-status en het personeel is in dienst van de overheid. De vraag is dan ook aan de orde of de ACM wel op voldoende afstand van de overheid kan functioneren, zeker als de huidige wijze van benoemingen ongewijzigd blijft. De leden van de raad van bestuur van de NMa, de leden van het college van OPTA en de leiding van de CA worden via een intransparante procedure door de minister benoemd, die dus ook de formele baas zal zijn van al het personeel. Daar doet niet aan af dat de ACM de dagelijkse leiding heeft over het personeel. In combinatie met de grote hoeveelheid taken die binnen de ACM worden ondergebracht, zou de inbedding van de nieuwe autoriteit meer aandacht verdienen.

### Jurisprudentie

Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) heeft een belangrijke uitspraak gedaan in een langslpende kwestie: de tarieven voor het afhandelen van gesprekken (CBB d.d. 31 augustus 2011, LJN: BR6195). Het gaat daarbij om de kosten die partijen in rekening mogen brengen voor verkeer dat hen door andere aanbieders ter afhandeling wordt aangeboden (bijvoorbeeld een abonnee belt vanuit het vaste net van KPN naar een abonnee op het mobiele net van Vodafone). Een en ander is gere-

geld in het OPTA-marktanalysebesluit vaste en mobiele gespreksafgifte van 7 juli 2010. Eerdere besluiten over deze problematiek gingen onderuit bij het CBB. Ditmaal volgt het CBB op veel punten de beslissingen van OPTA met uitzondering van gehanteerde kostenmethodiek. Die wordt als vergaand gezien. Daar doet het feit dat OPTA een aanbeveling van de Europese Commissie heeft gevolgd niet aan af. Het CBB voorziet zelf in de zaak en past het door OPTA vastgestelde tarief aan. Op wat andere, deels ondergeschikte, punten moet OPTA zelf nog het besluit aanpassen.

In het verleden zijn veel kabeltelevisienetten verkocht door gemeenten aan private partijen. Daarbij werden soms afspraken gemaakt over de mate waarin tarieven mochten worden verhoogd. UPC probeert al lang onder de afspraken uit te komen die in 1996 met de gemeente Hilversum zijn gemaakt. Het Hof Amsterdam legt nu een aantal interessante prejudiciële vragen neer bij het Europese Hof in Luxemburg (Hof Amsterdam d.d. 4 oktober 2011, LJN: BT6548). Zo wil het Hof Amsterdam weten of de afspraken in strijd zijn met de Europese telecommunicatieregels. Ook wil men weten of de gemeente in casu wel van een privaatrechtelijke overeenkomst gebruik kan maken en in hoeverre de toetsingsbevoegd van de rechter gaat.

### Literatuur

- Themanummer 'Cloud Computing', *Computerrecht* 3/2011;
- Themanummer 'De nieuwe marktautoriteit', *Mediaforum* 2011/7-8;
- D. Steven, 'De noodzaak en illusie van politieke onafhankelijkheid', in: *Computerrecht*, 5/2011, p. 241;
- F.J. Borgesius, 'De Meldplicht voor datalekken in de Telecommunicatiewet', in: *Computerrecht*, 4/2011, p. 209-218.