

AANTEKENEN (JZ)

Brinkhof Advocaten
[VERTROUWELIJK]
Grote Bickersstraat 74-78
1013 KS AMSTERDAM

Emmasingel 1
9726 AH Groningen
Postbus 450
9700 AL Groningen
www.rdi.nl
info@rdi.nl

Contactpersoon
[VERTROUWELIJK]
T 088 0416279

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

Uw kenmerk
[VERTROUWELIJK]

Bijlagen
3 (geschoonde versies van het
primair besluit en de
beslissing op bezwaar,
persbericht)

Datum 11 maart 2024
Betreft Beslissing op bezwaar

Geachte [VERTROUWELIJK],

U heeft op 6 april 2023 per e-mail een pro forma bezwaarschrift aan mij gezonden, waarbij u namens T-Mobile Netherlands B.V., thans Odido Netherlands B.V.¹ (hierna: Odido), bezwaar heeft gemaakt tegen mijn besluit van 23 maart 2023, met kenmerk RDI-EZK/8412978, waarbij aan u een bestuurlijke boete wegens overtreding van artikel 11.5 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) is opgelegd (hierna: het boetebesluit) en waarbij is besloten tot openbaarmaking van het boetebesluit over te gaan (hierna: het openbaarmakingsbesluit (hierna gezamenlijk: het primaire besluit).

Per e-mail van 20 juni 2023 en per brief van 21 juni 2023 heb ik de aanvullende bezwaargronden van Odido ontvangen.

Ik heb een beslissing genomen op uw bezwaarschrift. Mijn overwegingen treft u hieronder aan.

Ik verklaar het bezwaar gegrond, herroep het boetebesluit voor zover het de hoogte van de boete betreft, bepaal de hoogte van de boete alsnog op 175.000 euro, bepaal dat dit besluit in zoverre in de plaats treedt van het boetebesluit en handhaaf het primaire besluit, onder aanpassing van de motivering zoals opgenomen in deze beslissing voor het overige.

In het kader van de heroverweging kom ik verder tot de conclusie dat ik geen aanleiding zie om van publicatie van het primaire besluit en het persbericht af te zien. Ik heb in het kader van de heroverweging besloten om het primaire besluit en het onderhavige besluit met een persbericht op de website van de RDI te publiceren.

¹ In het vervolg zal telkens de naam Odido worden gebruikt

Deze beslissing op bezwaar is als volgt opgebouwd:

1. Procedure
2. Feiten
3. De bezwaren
4. Wettelijk kader
5. Heroverweging
6. Beslissing
7. Beroep.

Datum

11 maart 2024

Ons kenmerk

RDI-EZK-00035456

1. Procedure

De Rijksinspectie Digitale Infrastructuur (voorheen Agentschap Telecom) heeft onderzocht of Odido de voor haar geldende wettelijke regels voor het verwerken van verkeers- en locatiegegevens in acht heeft genomen. Aanleiding voor dit specifieke onderzoek was een artikel in de NRC van 10 maart 2021.

Dit onderzoek had tot doel inzicht te krijgen in de verwerking van verkeers- en locatiegegevens door Odido en te beoordelen of Odido bij deze verwerking het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet in acht had genomen. De verwerking betrof de uitvoering van de "Pilot Mobiele telefoondata" waarin de samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek (hierna: CBS) vorm is gegeven (hierna: samenwerking).

Op 31 maart 2022 is het Rapport van Bevindingen opgemaakt.

Bij brief van 18 juli 2022 is aan Odido een voornemen verzonden tot oplegging van een bestuurlijke boete van € 400.000, met als bijlagen een concept van de openbare versie van het te publiceren besluit en een concept persbericht.

Bij brief van 19 september 2022 heeft Odido een zienswijze gegeven op het voornemen om een bestuurlijke boete op te leggen.

Bij brief van 3 oktober 2022 is aan Odido de gelegenheid geboden een mondelinge toelichting op haar zienswijze te geven op 21 november 2022.

Op 8 november 2022 heb ik een aantal schriftelijke vragen naar aanleiding van de zienswijze aan Odido voorgelegd ten behoeve van de bijeenkomst van 21 november 2022.

Op 21 november 2022 vond de bijeenkomst plaats. Het verslag daarvan is toegezonden als bijlage bij de hierna genoemde beschikking van 23 maart 2023.

Bij besluit van 23 maart 2023 is aan Odido een bestuurlijke boete van € 400.000 opgelegd. Tevens besloot de RDI het besluit op 7 april 2023 te publiceren op haar website en op 7 april 2023 een persbericht te doen uitgaan (hierna: het bestreden besluit).

Op 6 april 2023 diende Odido per e-mailbericht een pro forma bezwaarschrift in tegen mijn besluit van 23 maart 2023 en verzocht mij daarbij de bezwaarfase over te slaan en in te stemmen met rechtstreeks beroep.

Bij brief van 12 april 2023 heb ik de ontvangst van het pro forma bezwaarschrift bevestigd. Tevens deelde ik mee mijn beslissing op het verzoek van Odido om ex artikel 7.1a Awb in te stemmen met rechtstreeks beroep aan te houden tot de aanvullende bezwaargronden zijn ontvangen.

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

Per e-mail van 20 juni 2023 en per brief van 21 juni 2023 heb ik de aanvullende bezwaargronden van Odido ontvangen.

Bij brief van 5 juli 2023 heb ik de ontvangst van de aanvullende bezwaargronden bevestigd en het verzoek om in te stemmen met rechtstreeks beroep afgewezen.

Odido heeft verklaard geen gebruik te willen maken van het recht te worden gehoord. Met toepassing van artikel 7:3, onder c, van de Awb heeft er dan ook geen hoorzitting plaatsgevonden.

2. Feiten

Odido heeft verkeersgegevens van abonnees en gebruikers verwerkt voor een ander doel dan genoemd in artikel 11.5 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Naar schatting gaat het in 2017 om minimaal 2,5 miljoen abonnees en gebruikers en in 2019 om minimaal 4,5 miljoen abonnees en gebruikers.

2.1 Doel en achtergrond van de verwerkingen

Het doel van de verwerkingen was om uit deze verkeersgegevens schattingen te kunnen maken ten behoeve van statistische gegevensverwerking door het CBS van het aantal personen dat in een wijk of gemeente aanwezig was². Daartoe horen ook verkeersgegevens en geschatte locatiegegevens van buitenlandse bezoekers op haar netwerk (roaming) teneinde aantallen bezoekers te bepalen binnen een bepaalde wijk of gemeente. Ook zijn verkeersgegevens en geschatte locatiegegevens verwerkt van Odido abonnees/gebruikers die in het buitenland waren³. Daarbij heeft Odido vijf CBS medewerkers toegang verleend tot gepseudonimiseerde verkeersgegevens in het kader van de samenwerking⁴. De CBS medewerkers hadden geen toegang tot de sleutels waarmee de ruwe data versleuteld waren⁵. Odido heeft aangegeven dat de CBS-medewerkers onder toezicht en verantwoordelijkheid van Odido verwerking van de signaleringsgegevens hebben uitgevoerd⁶. Door de RDI is niet onderzocht, en dus ook niet vastgesteld, dat deze medewerkers niet onder gezag stonden van Odido.

De verwerkte verkeersgegevens zijn gegenereerd door eindapparaten die contact hadden met het 4G netwerk van Odido⁷. Daarnaast betrof het niet alleen eindapparatuur van klanten/gebruikers van Odido maar ook van klanten/gebruikers van een aantal Mobile virtual network operators die gebruik maken van het netwerk van Odido waarbij Odido het netbeheer uitvoert⁸

² Zie 3.2.2 RvB

³ Zie 3.3 RvB

⁴ Zie 3.4.1 RvB

⁵ Zie bijv 3.4.1 RvB: "Aan de vijf medewerkers van het CBS zijn gelijke autorisaties toegekend. Deze medewerkers van het CBS kregen enkel toegang tot de gepseudonimiseerde verkeersgegevens, waarbij zij uiteindelijk enkel gebruik hebben gemaakt van gepseudonimiseerde 4G verkeersgegevens."

⁶ Zie 4.2.2, blz 14, van het rapport "Privacy-onderzoek T-Mobile Netherlands BV" door de RDI van 7 april 2022

⁷ Zie 4 (Conclusie) van het RvB.

⁸ Zie 3.4.2 RvB en blz 10 van het in noot 6 bedoelde rapport.

In totaal zijn verkeersgegevens en geschatte locatiegegevens verwerkt van 2,5 miljoen gebruikers/abonnees in 2017) en 4,5 miljoen gebruikers/abonnees in 2019⁹.

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

Er is door mij niet onderzocht, en dus ook niet vastgesteld, dat de gegevens welke aan het CBS zijn verstrekt, niet geanonimiseerd zouden zijn¹⁰.

2.2. De feitelijke verwerkingen

De verwerking van verkeersgegevens bestond uit vier stappen¹¹.

In de eerste stap zijn de verkeersgegevens gedupliceerd zodat een nieuwe set gegevens ontstond. Dit betrof bepaalde 4G signaleringsgegevens die per aansluiting waren voorzien van een zogeheten hashwaarde (pseudoniem), ontleend aan de bij het randapparaat behorende IMSI, een timestamp en het cel-ID/de unieke aanduiding van de mast in het netwerk van Odido waarmee de signaleringsgegevens waren uitgewisseld.

Door Odido is binnen de gedupliceerde set van gepseudonimiseerde verkeersgegevens in de tweede stap van de verwerking van ieder contact dat een individueel eindapparaat had met een bepaalde zendmast van het mobiele netwerk, de locatie geschat binnen een gebied van een wijk (vallende binnen het bereik van een zendmast). Daartoe werden de gegevens uit de eerste stap in een geautomatiseerd proces verrijkt met enkele technische gegevens behorend bij de cel/mast. De gegevens betroffen: de positie van de betreffende zendmast, stralingspositie van de cel, alsmede de hoogte en openingshoek ervan.

Als derde stap is bepaald op welke specifieke geschatte locatie het individueel eindapparaat de meeste keren in een periode van gemiddeld 30 dagen contact heeft gehad. Dit is de geschatte thuislocatie van het eindapparaat. Deze geschatte locatie werd bepaald aan de hand van de openingshoek en stralingsrichting van de specifieke zendmast. Op basis van deze gegevens kon worden geschat waar ongeveer zich een individueel eindapparaat zich – aldus technisch bezien - zich zou kunnen bevinden binnen een segment van een cel.

Als vierde stap is een tabel met tellingen gegenereerd van het aantal eindapparaten dat in een wijk aanwezig was waarbij een waarde van minder dan 15 niet werd meegenomen om het risico op herleidbaarheid naar individuele aansluitingen verder te verkleinen. Deze tellinggegevens zijn geleverd aan het CBS. Deze verstrekking van tellinggegevens is door mij niet onderzocht. Ik heb dus niet vastgesteld dat deze verstrekking persoonsgegevens zou betreffen.

⁹ Deze gegevens zijn door Odido vermeld in haar zienswijze, zoals verwoord in paragraaf 6.2.2.1 van mijn primaire besluit van 23 maart 2023

¹⁰ Zie 1.3 van het in noot 6 genoemde rapport

¹¹ Zie 3.4 RvB en hoofdstuk 5 van het in noot 6 genoemde rapport

3. De bezwaren van Odido

Odido heeft in bezwaar kort samengevat het volgende aangevoerd.

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

3.1. Verwerking van verkeersgegevens voor het genereren van (anonieme) statistieken is niet in strijd met de wet

3.1.1. De verwerking van persoonsgegevens (waaronder persoonsgegevens) zijn ook onderworpen aan het algemene kader dat de AVG geeft. De bepalingen van artikel 11.5 Tw zijn niet bedoeld om deze algemene regels opzij te zetten. Odido is van mening dat de artikelen 5, 6 en 89 van de AVG hun werking behouden als aanvulling op artikel 11.5 Tw en artikel 6 e-Privacyrichtlijn zodat Odido gerechtigd was om verkeersgegevens te verwerken ten behoeve van statistische doeleinden.

3.1.2. Naar de mening van Odido ga ik ten onrechte voorbij aan het feit dat artikel 11.5, eerste lid, Tw anonimisering als verwerkingsdoel voorschrijft en dat de gestelde interne verwerkingen van Odido juist wél resulteerden in anonimisering van verkeersgegevens.

Om deze redenen is er naar de mening van Odido geen sprake van een overtreding.

3.2. Opportuniteit van de boeteoplegging

Odido is subsidiair van mening dat - in geval ik zou vasthouden aan het standpunt dat er sprake is van een overtreding van artikel 11.5 van de Tw - een boete in dit geval geen passende vorm van handhaving is. Zij meent dat de keuze voor het opleggen van een boete door mij in strijd is met het evenredigheids- en gelijkheidsbeginsel.

3.3. Hoogte van het boetebedrag

3.3.1. Odido stelt meer subsidiair dat – voor het geval ik vast zou houden aan een boete - de hoogte van de nu opgelegde boete in wanverhouding staat tot de ernst van de gedragingen en de mate van verwijtbaarheid. Odido stelt dat ik ten onrechte voorbij ga aan de omstandigheid dat er in de pilot talloze maatregelen waren getroffen om de risico's op herleidbaarheid en identificatie tot een minimum te beperken dan zelfs onmogelijk te maken. Daarnaast heb ik naar het oordeel van Odido ten onrechte het maatschappelijke doel van de pilot niet meegewogen.

3.3.2. Odido is voorts van oordeel dat de vermeende overtreding verminderd verwijtbaar is.

3.3.3. Ten slotte is Odido van oordeel dat er sprake is van "verzachtende omstandigheden" op grond waarvan de door mij opgelegde boete onevenredig hoog is en aanzienlijk moet worden verminderd.

3.4. Bezwaar tegen het openbaarmakingsbesluit

Odido is van oordeel dat de boete ten onrechte is opgelegd en dat reeds daarom van publicatie van het bestreden besluit in zijn huidige vorm dient te worden afgezien. Voorts meent zij dat de publicatie, ook indien het boetebesluit

rechtmatig moet worden geacht, onrechtmatig is omdat zij door de publicatie onevenredig wordt benadeeld; hierbij wijst zij op het vertraagde optreden van de RDI.

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

3.5. Overige bezwaren

3.5.1 Privacystatement

Odido stelt dat een passage uit het boetebesluit onjuist is omdat daaruit volgt dat de minister in het voornemen tot boeteplegging nog van mening was dat Odido handelde in strijd met haar eigen privacy statement, zoals dat ten tijde van het boetebesluit luidde. In het definitieve boetebesluit (naar aanleiding van de zienswijze) is dit weggelaten.

3.5.2. Samenwerking al eerder gestopt

Verder is Odido van mening dat in paragraaf 7.2, derde alinea, van het boetebesluit, door mij de indruk wordt gewekt dat Odido pas na het NRC artikel van 10 maart 2021 zou zijn gestopt met het verlenen van toegang aan CBS medewerkers tot haar netwerk. Dat is volgens Odido niet juist, want ik had al vanaf 12 maart 2020 geconstateerd dat medewerkers van het CBS niet meer hebben ingelogd bij Odido.

4. Wettelijk kader

Artikel 11.5 van de Telecommunicatiewet luidt als volgt:

1. De aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk en de aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst verwijderen dan wel anonimiseren de door hen verwerkte en opgeslagen verkeersgegevens met betrekking tot abonnees of gebruikers, zodra deze verkeersgegevens niet langer nodig zijn ten behoeve van de overbrenging van communicatie, onverminderd het tweede, derde en vijfde lid.
2. De aanbieder mag verkeersgegevens verwerken die noodzakelijk zijn voor facturering, waaronder het opstellen van een factuur voor een abonnee of voor degene die zich tegenover de aanbieder rechtens verbonden heeft die factuur te voldoen, dan wel ten behoeve van een betaling van verleende toegang. De verkeersgegevens mogen worden verwerkt tot het einde van de wettelijke termijn waarbinnen de factuur in rechte kan worden betwist of de betaling in rechte kan worden afgedwongen.
3. De aanbieder van elektronische communicatiediensten mag voorts de in het eerste lid bedoelde verkeersgegevens verwerken, voor zover en voor zolang dat noodzakelijk is voor:
 - a. marktonderzoek of verkoopactiviteiten met betrekking tot elektronische communicatiediensten, of
 - b. de levering van diensten met toegevoegde waarde, mits de abonnee of de gebruiker waarop de verkeersgegevens betrekking hebben daarvoor voorafgaand aan de verwerking zijn toestemming heeft gegeven. De abonnee of gebruiker kan de gegeven toestemming voor de verwerking van verkeersgegevens te allen tijde intrekken.
4. De aanbieder stelt de abonnee of gebruiker in kennis van de soorten verkeersgegevens die worden verwerkt voor de in het tweede en derde lid bedoelde doeleinden alsmede omtrent de duur van de verwerking. Voor zover het de verwerking van verkeersgegevens ten behoeve van de doeleinden, bedoeld in het derde lid betreft, wordt de desbetreffende informatie verstrekt voorafgaand aan het verkrijgen van de in dat lid bedoelde toestemming van de abonnee of gebruiker.

5. De verwerking van verkeersgegevens in overeenstemming met het eerste tot en met vierde lid mag alleen geschieden door personen die werkzaam zijn onder het gezag van de aanbieder voor facturering, verkeersbeheer, behandeling van verzoeken om inlichtingen van klanten, opsporing van fraude alsmede marktonderzoek of verkoopactiviteiten met betrekking tot elektronische communicatiediensten of de levering van diensten met toegevoegde waarde en moet beperkt blijven tot hetgeen noodzakelijk is om die activiteiten te kunnen uitvoeren.

6. (...)

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

5. Heroverweging

Naar aanleiding van uw bezwaar heb ik het primaire besluit waartegen u bezwaar maakt ingevolge artikel 7:11 Awb heroverwogen op grondslag van de daartegen gerichte bezwaren.

5.1. Verwerking van verkeersgegevens voor het genereren van (anonieme) statistieken (bezwaar onder 3.1.1)

Odido is van mening dat de artikelen 5, 6 en 89 van de AVG hun werking behouden als aanvulling op de artikel 11.5 Tw en artikel 6 e-Privacyrichtlijn zodat Odido gerechtigd was om verkeersgegevens te verwerken ten behoeve van statistische doeleinden.

Ik deel dit standpunt niet. Artikel 89 AVG ziet in zijn algemeenheid op persoonsgegevens en is uitdrukkelijk niet van toepassing op verwerking van (specifiek) verkeers- en locatiegegevens in de sector elektronische communicatie. Voor die laatste verwerkingen is de e-Privacyrichtlijn¹², en daarmee artikel 11.5 Tw, uitputtend van toepassing.

De opvatting van Odido dat de bepalingen van artikel 11.5 Tw niet zijn bedoeld om deze algemene regels opzij te zetten, deel ik niet. Verwerking van verkeersgegevens is - naast de doeleinden genoemd in artikel 11.5 Tw - alleen nog toegestaan in de in artikel 15, eerste lid, van de e-Privacyrichtlijn bedoelde gevallen:

Artikel 15

Toepassing van een aantal bepalingen van Richtlijn 95/46/EG

1. De lidstaten kunnen wettelijke maatregelen treffen ter beperking van de reikwijdte van de in de artikelen 5 en 6, artikel 8, leden 1, 2, 3 en 4, en artikel 9 van deze richtlijn bedoelde rechten en plichten, indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is ter waarborging van de nationale, d.w.z. de staatsveiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van het elektronische-communicatiesysteem als bedoeld in artikel 13, lid 1, van Richtlijn 95/46/EG. Daartoe kunnen de lidstaten o.a. wetgevingsmaatregelen treffen om gegevens gedurende een beperkte periode te bewaren om de redenen die in dit lid worden genoemd. Alle in dit lid bedoelde maatregelen dienen in overeenstemming te zijn met de algemene beginselen van

¹² Richtlijn 2002/58 EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002

het Gemeenschapsrecht, met inbegrip van de beginselen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

Artikel 15 e-Privacyrichtlijn is geïmplementeerd in artikel 11.13 Tw. De uitzonderingen als bedoeld in artikel 15 e-Privacyrichtlijn dienen bij wet te worden vastgesteld. De bij wet vast te stellen uitzonderingen op artikel 5 e-Privacyrichtlijn moeten strikt beperkt zijn tot de in artikel 15 e-Privacyrichtlijn bedoelde situaties. Ook het HvJ heeft geoordeeld dat de doelstellingen van de e-Privacyrichtlijn exhaustief zijn.

"Met betrekking tot de doelstellingen die een beperking van de met name in de artikelen 5, 6 en 9 van richtlijn 2002/58 vastgestelde rechten en verplichtingen kunnen rechtvaardigen, heeft het Hof reeds geoordeeld dat de in artikel 15, lid 1, eerste volzin, van deze richtlijn gegeven opsomming van doelstellingen exhaustief is, zodat een op grond van die bepaling vastgestelde wettelijke maatregel daadwerkelijk en strikt moet berusten op een van die doelstellingen (arrest van 6 oktober 2020, La Quadrature du Net e.a., C-511/18, C-512/18 en C-520/18, EU:C:2020:791, punt 112 en aldaar aangehaalde rechtspraak)."¹³

Geconstateerd moet worden dat er geen nationale wet is op grond waarvan verkeersgegevens verwerkt mogen worden voor statistische doeleinden. Een dergelijke wet is niet vastgesteld.

Tevens constateer ik dat - indien (zoals Odido stelt) verwerking ten behoeve van statistische gegevens zou zijn toegestaan op grond van de AVG – deze uitleg haaks staat op de restrictieve uitleg die artikel 15 e-Privacyrichtlijn en het HvJ geven aan de uitzonderingen op artikel 5 e-Privacyrichtlijn. De uitzonderingen welke bij nationale wet kunnen worden vastgesteld op de bescherming die artikel 5 e-Privacyrichtlijn biedt, zijn immers uitputtend. De uitleg van Odido leidt ertoe dat de gehele e-Privacyrichtlijn aan de kant geschoven kan worden voor wat betreft de uitputtend geformuleerde doelen waarvoor verwerking van verkeersgegevens is toegestaan en de daarop geldende eveneens uitputtende (wettelijke) uitzonderingen. Het gevolg zou zijn dat deze richtlijn van geen enkel nut meer zou zijn voor de bescherming van gebruikers en abonnees. De uitleg van Odido is derhalve onjuist.

Het bezwaar onder 3.1.1. is ongegrond.

5.2. Anonimisering als verwerkingsdoel (het bezwaar onder 3.1.2)

Odido voert aan dat ik ten onrechte ben voorbij gegaan aan haar stelling dat anonimisering een verwerkingsdoel is ingevolge artikel 11.5, eerste lid van de Tw. Hierover merk ik op dat de verwerkingsdoelen vermeld worden in het tweede, vijfde en zesde lid, van artikel 11.5 Tw. Anonimisering wordt niet als verwerkingsdoel vermeld. Odido gaat er aan voorbij dat de verkeersgegevens geanonimiseerd moeten worden *zodra deze verkeersgegevens niet langer nodig zijn ten behoeve van de overbrenging van communicatie*, onverminderd het tweede, derde en vijfde lid. Dit houdt in dat deze bepaling vereist dat anonimisering *onmiddellijk* moet plaatsvinden zodra de gegevens niet langer noodzakelijk zijn voor de uitputtend opgesomde verwerkingsdoelen.

¹³ HvJ 5 april 2022, C-140/20; ECLI:EU:C:2022:258, nummer 41

In plaats daarvan werden de verkeersgegevens door Odido eerst gedurende enige tijd bewaard en verder verwerkt voordat ze anonimiseerd werden. Ook gepseudonimiseerde verkeersgegevens zijn nog steeds verkeersgegevens. Dat de tweede dataset niet noodzakelijk is ten behoeve van de in artikel 11.5 Tw toegestane verwerkingsdoelen, volgt uit de omstandigheid dat de oorspronkelijke dataset voor de in artikel 11.5 Tw vermelde doelen beschikbaar is. Daaruit volgt dat de tweede dataset in zijn geheel niet tot stand had mogen komen ten behoeve van statistische doeleinden. In plaats van onmiddellijke anonimisering heeft Odido deze gegevens ten onrechte geruime tijd bewaard en verder verwerkt en verrijkt.

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

Het bezwaar onder 3.1.2 is ongegrond.

5.3. Opportuniteit van de boeteoplegging (bezwaar onder 3.2.)

Ik volg Odido niet in haar standpunt dat een boete geen passend handhavinginstrument zou zijn. Ik stel daarbij voorop dat ik op basis van mijn onderzoek heb vastgesteld dat Odido in de periode van het eerste kwartaal van 2018 tot in het vierde kwartaal van 2019, gegevens heeft verwerkt in strijd met artikel 11.5, eerste lid, van de Tw. Dit is – mede gezien het belang en de doelstelling van de Tw – naar mijn oordeel een ernstige overtreding. In het boetebesluit heb ik dit reeds uitvoerig toegelicht. Daarbij ben ik onder andere ingegaan op (i) het belang van de naleving van de normen uit de Tw, (ii) de ernst van de vastgestelde overtreding en (iii) de mate van verwijtbaarheid van de overtreding. Ook na heroverweging blijf ik van oordeel dat bij de beoordeling van alle relevante belangen er geen reden is om van beboeting af te zien.

Ik overweeg hierbij dat ik op grond van artikel 15.4, eerste lid, van de Tw bij een overtreding van artikel 11.5 Tw een bestuurlijke boete kan opleggen van ten hoogste 900.000 euro.

Artikel 11.5 Tw betreft een implementatie van artikel 6 van de e-Privacyrichtlijn (richtlijn 2002/58). Het belang dat artikel 11.5 Tw beoogt te beschermen is van zwaarwegende aard omdat de bescherming van de persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van abonnees en gebruikers raakt aan de fundamentele rechten en vrijheden van (in casu) natuurlijke personen.

Zoals met name uit de overwegingen 6 en 7 van richtlijn 2002/58 volgt, heeft deze richtlijn tot doel om de gebruikers van elektronische communicatiediensten te beschermen tegen de gevaren die de nieuwe technologieën en, met name, de steeds grotere mogelijkheden van geautomatiseerde opslag en verwerking van gegevens voor de persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer van die gebruikers meebrengen. Zoals in overweging 2 van richtlijn 2002/58 wordt verklaard, beoogt deze richtlijn in het bijzonder de volledige eerbiediging van de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest bedoelde rechten te waarborgen. Dienaangaande blijkt uit de toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie [COM(2000) 385 definitief], waaruit richtlijn 2002/58 is voortgekomen, dat de Uniewetgever heeft willen „zorgen voor een hoge mate van bescherming van de persoonsgegevens en van de persoonlijke levenssfeer voor alle elektronische communicatiediensten, ongeacht de gebruikte technologie.”¹⁴

¹⁴ Zie ook ECLI:EU:C:2020:791 (La Quadrature du Net), overweging 106

Een boete is naar mijn oordeel passend en geboden voor overtreding van artikel 11.5 Tw omdat vanwege de zwaarwegende aard van het belang dat deze norm beoogt te beschermen. Schending van deze norm is dan ook een ernstige overtreding omdat het bij dergelijke schendingen doorgaans gaat om grote aantallen betrokkenen. Het bezwaar dat een boete niet passend zou zijn voor deze overtreding is dan ook ongegrond.

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

In het bezwaarschrift benoemt Odido verschillende omstandigheden die volgens haar afbreuk doen aan de ernst van de overtreding en aan de verwijtbaarheid en die volgens haar door mij hadden moeten worden betrokken bij de afweging om al dan niet tot boeteoplegging over te gaan. Relevant volgens haar zijn dat de norm niet duidelijk was en dat de overtreding al gestaakt was ten tijde van het opleggen van de boete, dat RDI van de opzet en het bestaan van de pilot op de hoogte was en dat Odido al publiekelijk had aangegeven niet meer te zullen meewerken aan projecten zoals de pilot, waardoor de kans op herhaling was uitgesloten.

Ik overweeg hierover dat de norm van artikel 11.5 Tw wel duidelijk is. Dat ik niet gedurende de pilot een standpunt kenbaar heb gemaakt, doet niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van Odido om de Tw na te leven. Van een professionele marktdeelnemer zoals Odido mag worden verwacht dat zij op de hoogte is van de geldende wet- en regelgeving en dat zij zich daaraan houdt. Ik vind ook na heroverweging dat ik niet van boeteoplegging had moeten afzien, mede gezien de ernst, omvang, duur en verwijtbaarheid van de vastgestelde overtreding.

Gelet op het voorgaande ben ik ook na heroverweging van oordeel dat ik op goede gronden heb besloten om aan Odido een bestuurlijke boete op te leggen.

5.4. Hoogte van de boete (de bezwaren onder 3.3.)

5.4.1. Basisboete

In het boetebesluit heb ik bij het bepalen van de hoogte van de boete artikel 15.4, eerste lid, Tw alsmede artikel 5:46 Awb in acht genomen. Gelet op de hiervoor beschreven aard van de geschonden norm hanteer ik in dit verband bij de bepaling van de hoogte van de boete als uitgangspunt dat een boete wordt vastgesteld op een bedrag binnen een bandbreedte van 150.000 tot 600.000 euro. Als uitgangspunt voor het basisboetebedrag wordt door mij een gemiddelde gehanteerd binnen deze bandbreedte, derhalve een bedrag van 375.000 euro. Het basisboetebedrag kan vervolgens verhoogd of verlaagd worden indien sprake is van een meer of mindere ernst of verwijtbaarheid van de overtreding.

5.4.2. Boeteverhogende of verlagende omstandigheden

Bezien moet worden of er boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden aanwezig zijn. Hoewel met het navolgende geen uitputtende opsomming wordt gegeven, kunnen deze omstandigheden zijn gelegen in:

- de ernst en duur van de overtreding. Hierbij spelen onder andere de volgende omstandigheden een rol: de duur van de overtreding, de omvang van de overtreding, de maatschappelijke impact van de overtreding, het risico op benadeling/schade aan derden, de mate waarin sprake is van (daadwerkelijk opgetreden) benadeling/schade aan derden, en het voordeel dat verkregen is met de overtreding.
- de mate van verwijtbaarheid. Daarbij spelen onder andere een rol: het feit of er eerder sprake was van een overtreding, of er eerder gewaarschuwd is, en of er

sprake is van opzet.

- de mate van medewerking. Daarbij spelen onder andere een rol: het treffen van concrete maatregelen en specifieke maatregelen ter beëindiging van de overtreding en ter voorkoming van herhaling, het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding.

Datum

11 maart 2024

Ons kenmerk

RDI-EZK-00035456

Aan de hand van – onder andere - deze omstandigheden wordt door mij bepaald of er sprake is van een verhoogde dan wel verminderde ernst van de overtreding, verhoogde dan wel verminderde verwijtbaarheid, en meer of minder medewerking van de overtreder dan die welke van hem verwacht mag worden. Ik overweeg in dit verband het volgende.

5.4.3. De omvang en de duur van de overtreding

In het primaire besluit (onder 7.1.2) is het grote aantal betrokkenen en de lange duur van de overtreding ten onrechte als boeteverhogende omstandigheid aangemerkt. Uit de paragrafen 6.2.1 en 6.2.1.3, juncto 7.1.1. van het primaire besluit blijkt immers dat bij het bepalen van de basisboete de aard en ernst van de overtreding reeds waren meegewogen in die basisboete. In 7.1.2 van mijn primaire besluit wordt de basisboete wegens diezelfde omstandigheden verhoogd met € 50.000. Vanwege deze dubbeltelling overweeg ik dat deze boeteverhogende omstandigheid ten onrechte in aanmerking is genomen bij het bepalen van het uiteindelijke bedrag van de boete. De basisboete is dus ten onrechte met 50.000 euro verhoogd. Deze verhoging dient derhalve te worden geschrapt.

5.4.4. Door Odido getroffen maatregelen/waarborgen

Voor wat betreft het risico op benadeling/schade aan derden, en de mate waarin sprake is van (daadwerkelijk opgetreden) benadeling/schade aan derden, overweeg ik als volgt.

Odido heeft aandacht gehad voor de privacy van haar abonnees en gebruikers. Zij heeft waarborgen genomen waardoor het risico op herleidbaarheid en identificatie van abonnees en gebruikers tot een minimum is beperkt. Ik wijs hierbij op de volgende omstandigheden:

- door Odido is pseudonimisering toegepast (hashing van IMSI's) waarbij de sleutel niet toegankelijk was voor de betrokken onderzoekers, waarbij het van een derde (zoals een CBS-medewerker), zelfs bij doorbreking van de pseudonimisering, een substantiële inspanning zou hebben gevergd om een IMSI, zonder nadere informatie, tot een individueel randapparaat te herleiden;
- door Odido zijn organisatorische maatregelen toegepast (strikt toezicht op CBS-medewerkers, scheiding tussen Odido big data onderzoeksomgeving en operationele systemen);
- de sleutel om de pseudonimisering terug te kunnen draaien was door Odido opgesloten in een zogenaamde 'key store' waartoe maar een zeer select aantal medewerkers toegang had. Deze werkwijze betekent dat het CBS deze gegevens niet tot op de persoon nauwkeurig kon herleiden;
- het feit dat de tussenstappen van het door Odido verwerken van de gegevens in een geïsoleerde werkomgeving plaatsvonden en de uitkomsten van die tussenstappen direct werden verwijderd en nooit zijn vastgelegd;
- de onmogelijkheid om bijvoorbeeld individuele zoekopdrachten uit te voeren op de uitkomsten van tussenstappen om zo de locatie van individuele aansluitingen door de tijd heen in kaart te brengen, welke locatie hoe dan ook een statistische inschatting betrof.

- uit mijn onderzoek is niet gebleken dat er ruwe, onbewerkte en tot een individu herleidbare verkeersgegevens met het CBS zijn gedeeld.

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

In het primaire besluit heb ik in dit verband overwogen dat deze maatregelen er mede toe hebben geleid dat de risico's en de gevolgen van de overtreding beperkt zijn gebleven. En tevens heb ik overwogen er "geen gevolgen of geëffectueerde risico's zijn vastgesteld of waargenomen" en dat dit een 'verzachtende omstandigheid' vormt. Om die reden heb ik reeds in het primaire besluit de in dat besluit vermelde basisboete met 100.000 euro verlaagd. Hierbij betrek ik verder dat door mij niet is vastgesteld dat (gepseudonimiseerde) gegevens van abonnees en gebruikers buiten Odido terecht zijn gekomen. Ook heb ik niet vastgesteld dat Odido voordeel heeft behaald aan de overtreding. Ook heb ik niet vastgesteld dat er niet anonieme gegevens aan het CBS zijn geleverd.

Gelet hierop en de hiervoor benoemde waarborgen is er sprake van een aanzienlijk verminderde ernst van de overtreding.

Alles overwegende kom ik daarom tot de conclusie dat het bedrag van de basisboete van 375.000 wordt verlaagd met 150.000 euro.

5.4.5. Verwijtbaarheid

Odido stelt dat de overtreding verminderd verwijtbaar is omdat ik tijdens de duur van de pilot nooit een standpunt kenbaar heb gemaakt en de norm niet duidelijk was. Ik overweeg hierover dat de norm van artikel 11.5 Tw wel duidelijk is. Dat ik niet gedurende de pilot een standpunt kenbaar heb gemaakt, doet niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van Odido om de Tw na te leven. Van een professionele marktdeelnemer zoals Odido mag worden verwacht dat zij op de hoogte is van de geldende wet- en regelgeving en dat zij zich daaraan houdt. Ik zie hierin dus geen reden om het bedrag van de basisboete verder te verlagen.

5.4.6. Medewerking en maatregelen ter beëindiging van de overtreding

Na 12 maart 2020 heb ik geen overtredingen meer geconstateerd. Odido heeft het samenwerkingsproject met het CBS op eigen initiatief beëindigd en daarvan publiekelijk mededeling gedaan in 2021. Dat was ongeveer één jaar voor ik mijn onderzoek startte en eveneens één jaar voor de datum van de NRC publicatie. Ik stel vast dat Odido dus voorafgaand aan de start van mijn onderzoek al op eigen gelegenheid tot beëindiging van de overtreding is overgegaan.

Tevens heeft Odido te kennen gegeven dat zij – onder het huidige regelgevingskader – niet opnieuw een dergelijk samenwerkingsproject met het CBS zal opzetten.

Tenslotte heeft Odido toegezegd te berusten in de oplegging van een boete.

In die omstandigheden, in onderlinge samenhang, zie ik aanleiding om het bedrag van de basisboete in dit geval met een bedrag van 50.000 euro verder te verlagen.

5.4.7. Conclusie heroverweging hoogte van de boete

Gelet op het voorgaande concludeer ik dat het bezwaar tegen de hoogte van de boete gegrond en bepaal de hoogte van de boete alsnog op 175.000 euro; in zoverre treedt dit besluit in de plaats van het boetebesluit.

5.5. Bezwaar tegen besluit tot publicatie van het primaire besluit (bezwaar onder 3.4.)

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

Odido is van oordeel dat de boete ten onrechte is opgelegd en dat reeds daarom van publicatie van het bestreden besluit in zijn huidige vorm dient te worden afgezien. Voorts meent zij dat de publicatie, ook indien het boetebesluit rechtmatig moet worden geacht, onrechtmatig is omdat zij door de publicatie onevenredig wordt benadeeld; hierbij wijst zij op het vertraagde optreden van de RDI.

Ik volgt dit standpunt niet en licht dit toe. De hiervoor genoemde stelling van Odido, gericht tegen de openbaarmaking van het boetebesluit, betreft voor een deel een stellingname die zij ook reeds naar voren heeft gebracht tegen het boetebesluit. Hiervoor is daar reeds op ingegaan. Daaruit blijkt reeds dat ik ook in heroverweging tot de conclusie ben gekomen dat sprake is van een overtreding en dat ik op goede gronden tot boeteoplegging ben overgegaan.

De stelling van Odido dat publicatie onevenredig zou zijn kan ik niet volgen. Zoals ik reeds in het openbaarmakingsbesluit heb overwogen kan ik op grond van artikel 3.1 van de Woo besluiten om het boetebesluit te publiceren. Dit is slechts anders indien een uitzondering van de artikelen 5.1, eerste, tweede en vijfde lid, en artikel 5.2 van de Woo van toepassing is.

Ook na heroverweging ben ik van oordeel dat er zwaarwegende belangen zijn die met de publicatie zijn gediend en dat uitzondering van de artikelen 5.1, eerste, tweede en vijfde lid, en artikel 5.2 van de Woo niet van toepassing is. Zoals ik paragraaf 8.2 van het openbaarmakingsbesluit heb overwogen, past de publicatie van boetebesluiten binnen de toezichthoudende taak van de RDI, hebben burgers en overheden er belang bij te weten of de verkeers- en locatiegegevens die berusten bij aanbieders in voldoende mate tegen ongeoorloofde verwerking beschermd zijn, en leidt publicatie er verder toe dat onder toezicht staande telecoaanbieders beter weten welke gedragingen wel of niet voldoen aan de geldende wettelijke regels. Mij is niet gebleken dat sprake is van onevenredige schade die in de weg zou staan aan de publicatie, en dat het belang van transparantie over mijn besluitvorming daarvan zou moeten wijken.

Kortom, ik zie in het bezwaar van Odido geen redenen van publicatie af te zien. Wel zal ik in het kader van de transparantie niet alleen het primaire besluit, maar ook de onderhavige beslissing op bezwaar publiceren. De geschoonde versies van het boetebesluit en dit besluit met het in bijlage 3 opgenomen bijbehorend persbericht in het Nederlands zullen op de website van de RDI worden gepubliceerd nadat drie werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan Odido is bekend gemaakt.

5.6. Overige bezwaren (bezwaren onder 3.5.1 en 3.5.2)

5.6.1 Privacystatement

Odido stelt dat een passage uit het boetebesluit feitelijk onjuist is omdat daaruit volgt dat de minister in het voornemen tot boeteoplegging nog van mening was dat Odido handelde in strijd met haar eigen privacy statement, zoals dat ten tijde van het boetebesluit luidde. In het definitieve boetebesluit (naar aanleiding van de zienswijze) is dit weggelaten. Ik overweeg hierover dat Odido inderdaad niet in strijd heeft gehandeld met haar eigen privacystatement. Dit bezwaar is terecht.

Omdat het hier een passage betrof in de brief met het voornemen tot oplegging van een boete, en het al dan niet handelen in strijd met het privacystatement geen deel uitmaakt van de overtreding, heeft dit geen gevolgen (gehad) voor de vaststelling van de hoogte van de boete. Het leidt dus ook niet tot verlaging van de boete.

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

5.6.2. Moment stoppen van samenwerking met CBS

Verder stelt Odido terecht dat in paragraaf 7.2, derde alinea, van het boetebesluit, door mij de indruk wordt gewekt dat Odido pas na het NRC artikel van 10 maart 2021 zou zijn gestopt met het verlenen van toegang aan CBS medewerkers tot haar netwerk. Dit bezwaar is terecht. Ik heb na 12 maart 2020 inderdaad niet meer geconstateerd dat medewerkers van het CBS hebben ingelogd op de laptops van Odido. Dat was dus reeds een jaar eerder dan de datum van publicatie in het NRC. Het betreft hier een verschrijving in het boetebesluit. Omdat in het boetebesluit tevens wordt overwogen dat de overtreding heeft plaats gevonden tussen begin 2018 en eind 2019 en de boetehoogte betrekking heeft op deze periode, leidt deze verschrijving niet tot verlaging van de boete.

6. Beslissing

Ik beslis naar aanleiding van het bezwaar van Odido gericht tegen het primaire besluit als volgt. Ik:

- [•] verklaar het bezwaar van Odido gericht tegen het boetebesluit deels gegrond,
- [•] herroep het boetebesluit voor zover het de hoogte van de opgelegde bestuurlijke boete betreft,
- [•] bepaal die bestuurlijke boete op € 175.000,--
- [•] bepaal dat dit besluit in zoverre in de plaats treedt van het primaire besluit,
- [•] handhaaf het primaire besluit voor het overige onder aanvulling van de motivering zoals opgenomen in deze beslissing.

Ik ga over tot een geanonimiseerde openbaarmaking van het primaire besluit en dit besluit waarbij de als vertrouwelijk aangemerkte passages worden vervangen door de tekst "[VERTROUWELIJK]". De geschoonde versies van het primaire besluit en dit besluit (bijlage 1 en 2) met bijbehorend persbericht (bijlage 3) zullen op de website van de RDI worden gepubliceerd nadat drie werkdagen zijn verstreken na de dag waarop dit besluit aan Odido bekend is gemaakt.

7. Beroep

Indien u zich niet met deze beslissing kunt verenigen, kunt u binnen zes weken na de datum waarop deze beschikking aan u is verzonden beroep instellen. Het beroepschrift moet worden gericht aan de rechtbank te Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM ROTTERDAM.

Datum
11 maart 2024

Ons kenmerk
RDI-EZK-00035456

Hoogachtend,
De Minister van Economische Zaken en Klimaat,
namens deze,

[VERTROUWELIJK]
Rijksinspectie Digitale Infrastructuur