

# Publieke toegankelijkheid WHOIS-gegevens van particuliere domeinnaamhouders

## *Annotatie bij de brief van 26 oktober 2017 van de Autoriteit Persoonsgegevens aan FRLregistry B.V.*

*mr. I.M. Wárlám<sup>1</sup>*

Op 26 oktober 2017 stuurde de Autoriteit Persoonsgegevens ('AP') een brief aan FRLregistry B.V. (hierna: 'FRLregistry'). Daarin neemt de AP een standpunt in over het publiceren van persoonsgegevens van de houders van domeinnamen die eindigen op .frl en .amsterdam. Dit standpunt is op verzoek van FRLregistry en voor gebruik in een conflictprocedure van ICANN. De brief staat niet op zichzelf maar hoort bij het decennia durende debat over de WHOIS-directory en de publicatie van gegevens daarin, afgedwongen door ICANN. Voordat ik de brief van de AP bespreek, zal ik ingaan op deze achtergrond, de doeleinden van de WHOIS en de hiervoor bedoelde conflictprocedure. Daaropvolgend leg ik uit hoe FRLregistry omgaat met haar WHOIS en bespreek ik het standpunt van de AP. Ook rondom en na 26 oktober 2017 zijn er relevante ontwikkelingen geweest. Die komen na de brief van de AP aan bod.

### **1. ICANN, domeinnamen en WHOIS**

ICANN staat voor Internet Corporation for Assigned Names and Numbers en is een internationaal georganiseerde non-profit corporatie. Vanaf de oprichting in 1998 is ICANN verantwoordelijk voor het wereldwijde beheer van het toplevel domeinnaamsysteem ('DNS') en later ook voor het gerelateerde beleid.<sup>2</sup> Iedereen die iets wil met internet-

domeinen is uiteindelijk afhankelijk van ICANN. Deze doet het beheer van de verschillende domeinen echter niet zelf. Een zogenaamde registry verzorgt het beheer en de domeinnaamregistratie per toplevel-domein, ook wel 'TLD' genoemd of domein-extensie. Enkele bekende voorbeelden zijn de .com, .org, en .nl extensies. Daar zit telkens een registry achter, soms ook aangeduid als manager. Er gelden verschillende regimes voor de country code TLD's ('ccTLD's') zoals .nl en voor de generieke TLD's ('gTLD's') zoals .frl en .amsterdam. Deze annotatie beperkt zich tot het regime voor de gTLD's.

De organisatie die registry wil worden van een gTLD, moet hiervoor met ICANN een Registry Agreement aangaan. Op grond van de standaard Registry Agreement (art. 2.5 en Specifications 4) is elke registry verplicht om gegevens van geregistreerde domeinnamen en hun houders via de WHOIS-directory publiek beschikbaar te maken. De registries geven in de regel niet direct aan domeinnaamhouders domeinnamen uit, maar via de zogenaamde registrars. Als die hiervoor direct met de registries zaken willen doen, moeten zij door de ICANN geaccrediteerd zijn en met ICANN een standaard Registrar Accreditation Agreement (RAA) hebben gesloten. Deze overeenkomst verplicht de registrar om WHOIS-gegevens te verzamelen en eveneens een publiek beschikbare WHOIS dienst aan te bieden. Bij deze registrars kunnen organisaties en individuen ('registrants') een domeinnaam aanvragen en registreren.<sup>3</sup> Daarbij moeten de re-

1. Isabelle Wárlám is zelfstandig jurist, handelend onder de naam Wárlám Legal.

2. Joel Snyder, Konstantinos Komaitis & Andrei Robachevsky, 'The History of IANA: An Extended Timeline with Citations and Commentary', *InternetSociety.org*

januari 2017.

3. In de praktijk zit er soms nog een dienstverlener (reseller) tussen de domeinnaamhouder en de registrar. Die situatie blijft in deze annotatie onbesproken.

gistrants hun voor de WHOIS benodigde gegevens opgeven, te weten naam en verschillende contactgegevens. De registrar vraagt de domeinnaam vervolgens aan bij de registry van de relevante extensie en zo komen de door de registrar bij de registrant verzamelde WHOIS-gegevens weer bij de registry. Dat wordt geregeld in de overeenkomst tussen de registry en de registrar.

De na registratie gepubliceerde WHOIS-gegevens omvatten informatie over de domeinnaam en over de domeinnaamhouder. In het kader van deze annotatie gaat het om de WHOIS-gegevens van de domeinnaamhouder, te weten zijn naam en contactgegevens, waaronder geografisch adres, telefoonnummer en e-mailadres. ICANN geeft in juli 2017 nog aan, dat zij op basis van bestaand consensusbeleid en overeenkomsten gecommiteerd is aan het implementeren van maatregelen om tijdige, ongelimiteerde en publieke toegang te handhaven tot accurate en complete WHOIS informatie.<sup>4</sup> Dit is een opvallend stevig standpunt in een tijd waarin juist op het punt van publieke toegankelijkheid grote veranderingen te verwachten zijn. Daar komt bij, dat ICANN in juli 2017 helemaal geen dergelijke verplichting meer heeft. Er bestaat geen consensusbeleid op het punt van WHOIS, want er is helemaal geen WHOIS-beleid.<sup>5</sup> De openbaarmaking van WHOIS-gegevens komt op dat moment alleen nog voor in de verplichtingen van de registries en registrars in hun overeenkomsten met ICANN. Het standpunt van ICANN lijkt een erfenis van de historische banden met de overheid van de Verenigde Staten.<sup>6</sup> Die liet ICANN in 2009 met een *Affirmation of Commitments* toezeggen te zorgen voor handhaving van genoemde ongelimiteerde en publieke toegang.<sup>7</sup> Deze *Affirmation of Commitments* is in januari 2017 echter beëindigd en ICANN heeft de betreffende toezegging niet als zodanig in haar reglement (*Bylaws*) overgenomen.<sup>8</sup> Toch lijkt zij dit nog niet te kunnen loslaten.

Binnen de eigen gelederen was de controversie van privacy bij WHOIS aangestipt in 2002, door de WHOIS Task Force van ICANN's Generic Names Supporting Organization ('GNSO'). De GNSO is een van de drie ondersteunende organisaties van ICANN, die beleid ontwikkelen en aanbevelen. Daarvoor zoeken ze naar consensus bij de stakeholders in de internetgemeenschap. Het idee is namelijk dat ICANN werkt volgens een multi-stakeholder model, dat bottom-up georganiseerd is op basis van consensus.<sup>9</sup> In de GNSO zijn zes groepen stakeholders gerepresenteerd waaronder registries en registrars. Haar Task Force stelde in 2002 vraagtekens met betrekking tot wie ongelimiteerd toegang moet hebben tot de WHOIS-gegevens en welk gebruik van de gegevens gerechtvaardigd is, maar schoof behandeling van die punten voor zich uit.<sup>10</sup> Over dit gebrek aan behandeling en het belang van deze kwesties diende de Europese Commissie destijds een bijdrage in voor het finale rapport van de Task Force uit februari 2003.<sup>11</sup> Vervolgens maakte de Artikel 29-werkgroep in juni 2003 met een opinie duidelijk dat publieke toegankelijkheid van WHOIS-gegevens van individuen in strijd is met Privacyrichtlijn 95/46.<sup>12</sup>

## 2. De doeleinden van (publieke) WHOIS

Kort na deze bemoeienis vanuit de EU is een ICANN Whois Privacy Steering Group opgericht die weer een andere GNSO Task Force heeft opgezet om het doeleinde van WHOIS te definiëren. Deze Task Force heeft in 2006 twee doeleinden voorgelegd, beiden met als basis het beschikbaar stellen van voldoende informatie om contact op te nemen met de voor een bepaalde gTLD domeinnaam verantwoordelijke partij (of een partij die daar gegevens aan kan doorgeven) die kan zorgen voor afhandeling van (optie I) technische problemen met de DNS naamserver of (optie II) technische, juridische of andere problemen gerelateerd aan de registratie of het gebruik van een domeinnaam. Het verschil in reikwijdte is enorm tussen deze opties, de ene is alleen voor het oplossen van technische problemen en de ander in feite voor elk denkbaar doel. Uiteindelijk heeft de

4. ICANN, *About WHOIS* (versie juli 2017), Whois.icann.org.  
 5. Göran Marby, 'Data Protection and Privacy Update: Seeking Community Feedback on Proposed Compliance Models', *ICANN Blog* 12 januari 2018. Zie ook *WHOIS Policy Review Team Final Report*, 11 mei 2012, p. 9, Icann.org.  
 6. Joel Snyder, Konstantinos Komaitis & Andrei Robachevsky, 'The History of IANA: An Extended Timeline with Citations and Commentary', *Internetsociety.org* januari 2017.  
 7. Thomas Nygren & Pontus Stenbeck, *gTLD Registration Directory Services and the GDPR - Part 1* (Memorandum van Hamilton Advokatbyrå aan ICANN), 16 oktober 2017, p. 2, Icann.org.  
 8. *Bylaws For Internet Corporation For Assigned Names And Numbers | A California Nonprofit Public-Benefit Corporation*, 22 juli 2017, art. 4.6(e)(i), Icann.org: 'Subject to applicable laws, ICANN shall use commercially reasonable efforts to enforce its policies relating to registration directory services and shall work with Supporting Organizations and Advisory Committees to explore structural changes to improve accuracy and access to generic top-level domain registration

data, as well as consider safeguards for protecting such data.'

9. *Bylaws For Internet Corporation For Assigned Names And Numbers | A California Nonprofit Public-Benefit Corporation*, 22 juli 2017, Icann.org.  
 10. *Policy Report of the Names Council's WHOIS Task Force Accuracy and Bulk Access* (van 30 november 2002), zie de Executive Summary, Dnsso.org.  
 11. *Contribution of the European Commission to the general discussion on the Whois database raised by the Reports produced by the ICANN Whois Task Force*, bij *Final Report of the GNSO Council's Whois Task Force Accuracy and Bulk Access* (van 6 en 19 februari 2003), zie paragraaf V. Other Input, Archive.icann.org.  
 12. Artikel 29-werkgroep, *Opinion 2/2003 on the application of the data protection principle to the Whois directories*, WP76, Ec.europa.eu.

raadvergadering van de GNSO voor optie I gestemd, met twee derde meerderheid. Dat sluit ook aan bij ICANN's technische missie zoals omschreven in art. 1.1. van haar *Bylaws* en het oorspronkelijke doel van de WHOIS, namelijk om contactpunten te bieden aan netwerk hosts.<sup>13</sup> Vervolgens is die stemming echter weer teruggedraaid. Het doeleinde van de WHOIS werd niet vastgesteld.<sup>14</sup>

Het eindrapport van een verplichte periodieke WHOIS review blaast de discussie in 2012 nieuw leven in.<sup>15</sup> Het rapport confronteert ICANN met haar passiviteit en geeft aanleiding tot de oprichting van een Expert Werkgroep voor het herdefiniëren van het doel van de gTLD Directory Services (WHOIS).<sup>16</sup> In 2014 kwam deze met een finaal rapport, waarin de Werkgroep onder andere toegestane doeleinden definieert waarvoor de Whois-gegevens in de praktijk gebruikt worden. Deze gebruiksdoeleinden omvatten de domeinnaamcontrole door de domeinnaamhouder zelf; bescherming van persoonsgegevens; technische ondersteuning; individueel internetgebruik (identificeren van partijen achter een website); domeinnaamhandel; (wetenschappelijk) domeinnaamonderzoek; juridische acties; wet- en contracthandhaving; strafrechtelijk onderzoek; beperking van misbruik van domeinnamen; en tot slot DNS transparantie ofwel het voorzien in wisselende informatiebehoeften van het algemene publiek.<sup>17</sup> Intussen publiceert ICANN zelf in november 2013 een online Q&A met een vergelijkbare – niet limitatieve – lijst van gerechtvaardigde gebruiksdoeleinden voor de WHOIS-gegevens.<sup>18</sup> Waarom voor deze doeleinden de WHOIS-gegevens volledig openbaar moeten zijn, legt ICANN niet uit. Deze gebruiksdoeleinden zijn bovendien geen doeleinden van de WHOIS zelf. Wat meer in de buurt komt van doeleinden van het WHOIS-systeem zelf, is het *high-level statement of purpose* van de Expert Werkgroep. Hierin noemt de Werkgroep versterking van passende toegang tot registratiegegevens; bescherming van registrant-gegevens; mogelijk maken van een betrouwbaar systeem om contact op te nemen met registrants; ondersteuning van een kader om issues met registrants te behandelen (consumentenbescherming, cybercrime onderzoek, bescherming van intellectueel eigendom); en het bieden van een infrastructuur om te voldoen

aan gepaste behoeften van rechtshandhaving.<sup>19</sup> Daarbij is de unanieme aanbeveling van de Expert Werkgroep dat het bestaande WHOIS-systeem vervangen moet worden door een systeem waarbij alleen bepaalde basisgegevens openbaar zijn, terwijl de rest alleen via een gelaagde structuur toegankelijk is voor geaccrediteerde en geïdentificeerde aanvragers die hun doeleinde noemen en ermee instemmen dat ze ter verantwoording kunnen worden geroepen voor het gebruik van de gegevens.<sup>20</sup> Naar aanleiding van het rapport van de Expert Werkgroep verzoekt het bestuur van ICANN in 2015 om een GNSO beleidsontwikkelingsproces ('PDP') om te komen toe een definitie van het doeleinde van verzameling, instandhouding van en toegangsverstrekking tot gTLD registratiegegevens, met inachtneming van waarborgen voor gegevensbescherming.<sup>21</sup> Daar is sinds 2016 dus een PDP werkgroep voor aan de gang, die aanhaakt bij het rapport van de Expert Werkgroep. In hun meest recente werkdocument van januari 2018 maakt de PDP werkgroep een duidelijk onderscheid tussen de doeleinden van het WHOIS-systeem en de doeleinden waarvoor men de gegevens gebruikt. Daarbij hebben ze een draft *statement of purpose* opgesteld met de volgende systeemdoeleinden: informatieverstrekking over de lifecycle van een domeinnaam en zijn resolutie op het internet; identificeren van domeinnaam contactpersonen en het faciliteren van communicatie met hen; het bijhouden van een bestand van domeinnaamregistraties. Ze noemen ook het faciliteren van verspreiding van domeinnaamregistratiegegevens, met de opmerking dat er nog discussie is over de formulering van dat doeleinde.<sup>22</sup>

Door de jaren heen is veel gezegd en geschreven over WHOIS en het doel daarvan, maar er is geen knoop doorgehakt. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat het voor de WHOIS discussie door ICANN ingeschakelde Zweedse advocatenkantoor Hamilton eind 2017 in het eerste memorandum opmerkt, dat de verwerkingsdoeleinden van de WHOIS-diensten niet helemaal duidelijk en transparant zijn voor buitenstaanders.<sup>23</sup> Ook zij wijzen op de noodzaak voor ICANN om deze doeleinden vast te stellen. Hamilton lijkt in een later memoran-

13. WHOIS Policy Review Team Final Report, 11 mei 2012, p. 4, Icann.org.

14. Milton Mueller, 'The 2006 Definition of Whois Purpose: Case study of the "bad old days" in ICANN', *Internet-governance.org* 2 februari 2018.

15. WHOIS Policy Review Team Final Report, 11 mei 2012, Icann.org.

16. ICANN Board Resolution, 8 november 2012, Icann.org. ICANN Announcements 14 februari 2013, Icann.org.

17. Final Report from the Expert Working Group on gTLD Directory Services: A Next-Generation Registration Directory Service (RDS) (van 6 juni 2014), p. 25-28.

18. ICANN, Q&A: What is WHOIS data used for?, Whois.icann.org. Zie Web.archive.org voor eerste publicatiedatum.

19. Final Report from the Expert Working Group on gTLD Directory Services: A Next-Generation Registration Directory Service (RDS) (van 6 juni 2014), p. 7.

20. Final Report from the Expert Working Group on gTLD Directory Services: A Next-Generation Registration Directory Service (RDS) (van 6 juni 2014), p. 5, 10-11, 40 e.v. Voor de conclusie dat het anders moet, zie ook WHOIS Policy Review Team Final Report, 11 mei 2012, p. 6, Icann.org.

21. Policy Development Process: Next-Generation Registration Directory Service to Replace WHOIS, Gnsso.icann.org.

22. RDS PDP Phase 1: Key Concepts Deliberation – Working Draft, 9 januari 2018, p. 8, Community.icann.org.

23. Thomas Nygren & Pontus Stenbeck, gTLD Registration Directory Services and the GDPR - Part 1 (Memorandum van Hamilton Advokatbyrå aan ICANN), 16 oktober 2017, p. 9, Icann.org.

dum zelf niet veel verder te komen dan een nettere formulering van de doeleinden uit ICANN's Q&A.<sup>24</sup> De recente formulering van de PDP werkgroep komt in mijn ogen dicht bij de kern. Daar lijkt de ICANN nu ook op voort te borduren, zoals verder aan de orde komt na de brief van de AP.

### 3. ICANN & conflictprocedure

Parallel aan de discussie over doeleinden, hebben andere (elkaar opvolgende en gecombineerde) GNSO task forces sinds 2003 gekeken naar tegenstrijdigheid tussen toepasselijk privacyrecht in verschillende landen en de contractuele WHOIS-verplichtingen van registries en registrars ten opzichte van ICANN. Eind 2005 leidde dit tot een rapport met de conclusie dat de privacyregelgeving lokaal erg verschilt waardoor er geen 'one-size fits all' oplossing mogelijk is. Ik kan me voorstellen dat ICANN dat als excuus heeft aangegrepen om te blijven stilzitten. De task force signaleert echter wel een voortdurend risico van strijdigheid tussen de verplichtingen van registries en registrars onder privacyrecht en hun contractuele verplichtingen jegens ICANN. Indien zij hierdoor moeilijkheden ondervinden, moet hen een uitzondering worden toegestaan op de contractuele WHOIS-verplichtingen, nadat ze het bestaan van de betreffende strijdigheid met regelgeving hebben aangetoond. Het bestuur van ICANN besluit in 2006 de aanbevelingen uit het rapport te volgen en in januari 2008 treedt de eerste versie van de conflictprocedure in werking. Deze biedt registries en registrars een procedure om aan te tonen dat lokaal recht hen belet om hun contractuele WHOIS-verplichtingen na te leven.<sup>25</sup> In dat geval kan de ICANN besluiten om die WHOIS-verplichtingen niet te handhaven ten opzichte van de betreffende partij. De WHOIS-conflictprocedure uit 2008 stond alleen open na ontvangst van een kennisgeving van een onderzoek, gerechtelijke procedure, bestuursrechtelijke procedure of andere overheids- of civielrechtelijke actie die afbreuk kan doen aan de mogelijkheid tot naleving van de contractuele WHOIS-verplichtingen. Art. 1.4 van de procedure benadrukt in dat kader, dat de registrar of registry vooral moet meewerken met de betreffende nationale overheid, om ervoor te zorgen dat hij conform het toepasselijke recht handelt. Daar komt het echter niet van. Klaarblijkelijk hebben de gegevensbeschermingsautoriteiten de registries en registrars op dit punt met rust gelaten, want tot 2017 doet geen van hen formeel een beroep op de conflictprocedure.<sup>26</sup> Dat heeft aanleiding ge-

geven tot een revisie bestaand uit aanvulling van de gevallen waarin van deze conflictprocedure gebruik kan worden gemaakt. Onder de huidige gereviseerde versie van 18 april 2017 kan een partij op grond van een nieuw toegevoegd art. 1.5 ook een schriftelijke verklaring van een overheidsinstantie aan ICANN voorleggen. Die verklaring moet onder andere een analyse bevatten van het toepasselijke recht en de tegenstrijdigheden tussen dat recht en de contractuele afspraken met ICANN. Deze wijziging moet FRLregistry op het idee hebben gebracht om de AP om een standpunt te verzoeken.

### 4. WHOIS bij FRLregistry

Eind augustus 2017 schrijft FRLregistry de AP aan met het verzoek een standpunt in te nemen over het publiceren van persoonsgegevens van domeinnaamhouders, zodat FRLregistry dat standpunt kan gebruiken in de conflictprocedure van ICANN. FRLregistry is de registry van de gTLD .frl, wat staat voor Friesland. FRLregistry is hiervoor met de ICANN een standaard Registry Agreement aangegaan. FRLregistry heeft ook voor de .amsterdam extensie om het standpunt van de AP gevraagd. Voor die extensie is FRLregistry niet de registry maar doet zij de marketing. Aangezien FRLregistry in dat kader geen overeenkomst met ICANN zal hebben en dus ook geen WHOIS-verplichtingen, laat ik die extensie verder buiten beschouwing.

In strijd met de Registry Agreement maakt FRLregistry de naam en contactgegevens in de WHOIS-gegevens van .frl domeinnaamhouders welbewust niet publiek beschikbaar als de domeinnaamhouder een particulier ('private person') is. FRLregistry stelt op haar (Engelstalige) website dat zij in Nederland gevestigd is en aldus moet voldoen aan de Nederlandse privacywet. FRLregistry vervolgt dat deze wet het haar verbiedt om namen, adressen, telefoonnummers of e-mailadressen van Nederlandse privépersonen over het internet vrij toegankelijk te maken voor elke persoon of organisatie. Gelet hierop schermt FRLregistry de contactgegevens van particuliere domeinnaamhouders af in de WHOIS-functionaliteit.<sup>27</sup>

Partijen die toch toegang nodig hebben tot deze volledige Whois-gegevens van particuliere .frl domeinnaamhouders en hier een gerechtvaardigd belang bij hebben, kunnen deze toegang bij FRLregistry aanvragen.<sup>28</sup> Op de website geeft FRLregistry aan dat dit is voor juridische of handhavingsdoeleinden.<sup>29</sup> De aanvrager moet dan een formulier insturen met zijn volledige contactgegevens en de reden waarom hij volledige (onafgeschermde) toe-

24. Thomas Nygren & Pontus Stenbeck, *gTLD Registration Directory Services and the GDPR - Part 3* (Memorandum van Hamilton Advokatbyrå aan ICANN), 21 december 2017, p. 4-5, [icann.org](http://icann.org).

25. ICANN, *IAG Initial Report and Proposed Revisions to the ICANN Procedure for Whois Conflicts with Privacy Laws* (brief overview, 2015), [icann.org](http://icann.org).

26. ICANN 3 mei 2017 'Revised ICANN Procedure for

Handling Whois Conflicts with Privacy Law: Assessment and Next Steps Now Available for Public Comment', [icann.org](http://icann.org).

27. FRL Registry B.V., *Whois privacy*, [Nic.frl](http://Nic.frl).

28. FRL Registry B.V., *Whois and Data Protection Policy*, [Nic.frl](http://Nic.frl).

29. FRL Registry B.V., *Whois privacy*, [Nic.frl](http://Nic.frl).

gang nodig heeft tot de WHOIS van particulieren. FRLregistry beoordeelt vervolgens naar eigen discretie of ze de toegang verleent. Zo ja, dan krijgt de aanvrager inloggegevens, waarmee hij toegang heeft tot de onafgeschermdede WHOIS voor particuliere .frl domeinnaamhouders. Wanneer die toegang eenmaal verleend is, houdt FRLregistry de logs van de aanvrager bij en indien FRLregistry de zoekopdrachten overmatig acht, onnodig of niet aansluitend bij de voor toegang opgegeven redenen, kan FRLregistry die toegang opschorten of beëindigen.<sup>30</sup> Waar meestal de particuliere domeinnaamhouder via de WHOIS onwillekeurig zijn persoonsgegevens blootgeeft aan iedereen die deze wil opzoeken, moet bij FRLregistry degene die deze gegevens wil opzoeken eerst zijn eigen gegevens prijsgeven. Hier moet FRLregistry de privacyregels in de gaten blijven houden, want ook de aanvrager kan een natuurlijk persoon zijn. Zelfs als de aanvrager een bedrijf is, zal het een natuurlijk persoon zijn die inlogt en de zoekopdrachten uitvoert. Noemenswaardig is, dat de door FRLregistry gekozen werkwijze bij afscherming van Whois-gegevens voor een belangrijk deel aansluit op de aanbevelingen uit 2014 van de Expert Werkgroep. Dat weerhield ICANN er niet van om FRLregistry aan te spreken op overtreding van de Registry Agreement. Uit een op de website van ICANN gepubliceerde brief van de raadsman van FRLregistry is af te leiden dat ICANN en FRLregistry halverwege 2014 al met elkaar in discussie waren.<sup>31</sup> In de brief van de AP staat verder, dat FRLregistry een dispuut heeft met ICANN en dat ICANN FRLregistry op grond van de Registry Agreement wil verplichten om de hiervoor beschreven afscherming van Whois-gegevens te staken. Of ICANN daarbij ook maatregelen heeft aangekondigd, is mij niet bekend, maar bij schending van de WHOIS publicatieverplichtingen onder de Registry Agreement kan ICANN de overeenkomst beëindigen, na ingebrekestelling en daaropvolgende vaststelling van de schending door een arbiter of rechter. Er staat dus wel iets op het spel voor FRLregistry, wanneer zij de AP om een standpunt vraagt.

## 5. Standpunt van de AP

Bij uitzondering formuleert de AP zoals verzocht een standpunt in de brief van 26 oktober 2017. Hierin zet de AP haar standpunt over publieke toegankelijkheid van WHOIS-gegevens uiteen onder zowel de Wet bescherming persoonsgegevens ('Wbp') als de Algemene Verordening Gegevensbescherming ('AVG'). Daarbij refereert de AP aan de eerdere WHOIS opinie van de Artikel 29-werkgroep uit 2003<sup>32</sup> en een brief van deze werkgroep

aan ICANN uit 2006.<sup>33</sup> Al die jaren geleden gaf de Artikel 29-werkgroep al aan dat de onbeperkte online toegang tot de Whois-gegevens van individuen in strijd is met het in de Privacyrichtlijn 95/46 neergelegde proportionaliteitsbeginsel. Het doel van de WHOIS directory kan volgens de Werkgroep nog steeds bereikt worden met een minder ingrijpende verwerking van persoonsgegevens, namelijk via getrapte toegang. Dat de Werkgroep daarbij telkens in het midden laat, wat dat doel dan is, valt te verklaren uit het feit dat ICANN die doeleinden nooit heeft vastgesteld (zie boven). De Artikel 29-werkgroep concludeerde in 2003 en 2006 verder dat er geen juridische grond is die de verplichte openbaarmaking van persoonsgegevens van de domeinnaamhouder rechtvaardigt.

Dit gebrek aan verwerkingsgrondslag onder art. 8 Wbp en art. 6 AVG werkt de AP in haar brief uit. Voordat het daartoe overgaat, kwalificeert de AP ICANN en FRLregistry als gezamenlijke verantwoordelijken. De één legt namelijk de verplichting op om de Whois-gegevens bij te houden en openbaar te maken en de ander bepaalt de middelen voor het bijhouden van deze gegevens. Later noemt ook de Artikel 29-werkgroep in een brief de ICANN en registries 'joint controllers'.<sup>34</sup> Deze kwalificatie betekent, dat ICANN niet alleen het WHOIS-beleid moet aanpassen, maar ook een onderlinge regeling in de zin van art. 26 AVG zal moeten treffen met registries die domeinnamen registreren voor betrokkenen in de EU. Dit is hier verder echter niet aan de orde.

In de hier besproken brief onderzoekt de AP of ICANN en FRLregistry zich op een verwerkingsgrondslag kunnen beroepen om de WHOIS-gegevens onbeperkt publiekelijk toegankelijk te maken via internet. Dit ziet op WHOIS-gegevens die ook persoonsgegevens zijn, te weten de WHOIS-gegevens van natuurlijke personen.

Allereerst wijst de AP de overeenkomst-grondslag voor dit geval van de hand, omdat de betrokkene (als domeinnaamhouder) geen partij is bij de eerder genoemde Registry Agreement tussen ICANN en FRLregistry. Een eventuele overeenkomst tussen FRLregistry en de domeinnaamhouder komt hier niet aan de orde. Het is mede gelet op het standpunt van FRLregistry echter niet aannemelijk dat uitvoering van een dergelijke overeenkomst zou noodzaken tot openbaarmaking van particuliere WHOIS-gegevens. Bovendien sluit de domeinnaamhouder zoals gezegd meestal niet rechtstreeks met de registry een overeenkomst, maar met de registrar.

De AP vervolgt dat ICANN en FRLregistry evenmin op grond van de gerechtvaardigd belang-grondslag de WHOIS-gegevens onbeperkt publiekelijk toegankelijk kunnen maken. De (ook hier weer

30. FRL Registry B.V., *FRL Whois Privacy Contract*, Nic.frl.

31. Brief van Versteeg Wigman Sprey advocaten aan ICANN van 9 oktober 2017, [icann.org](http://icann.org).

32. Artikel 29-werkgroep, *Opinion 2/2003 on the application of the data protection principle to the Whois directory*,

*ries*, WP76, [Ec.europa.eu](http://Ec.europa.eu).

33. Brief van de Artikel 29-werkgroep aan ICANN van 22 juni 2006, [icann.org/correspondence/schaar-to-cerf-22jun06.pdf](http://icann.org/correspondence/schaar-to-cerf-22jun06.pdf).

34. Brief van de Artikel 29-werkgroep aan ICANN van 11 december 2017, p. 1, [icann.org](http://icann.org).

onbenoemde) gerechtvaardigde doeleinden voor het ontsluiten van bepaalde WHOIS-gegevens kunnen eveneens door het minder zware middel van getrapte toegang worden bereikt, waardoor onbeperkte toegang niet noodzakelijk of proportioneel is en de onbeperkte toegang niet gebaseerd kan worden op de gerechtvaardigd belang-grondslag. Ik neem aan dat de AP hiermee ook bedoelt te zeggen dat in deze omstandigheden de privacyrechten en belangen van de betrokkenen zwaarder wegen dan de belangen van anderen bij onbeperkte publieke toegankelijkheid.

In het kader van de belangenafweging die hoort bij de gerechtvaardigd belang-grondslag van art. 8 sub f Wbp en art. 6(1)f AVG, is interessant dat de analyse en conclusie van de AP ruimer lijken te zijn dan het WHOIS-afschermingsbeleid van FRLregistry. Dit laatste is beperkt tot 'private persons', waarvan de vertaling 'particulier' is, of 'privépersoon'.<sup>35</sup> De AP gaat in op WHOIS-gegevens van alle natuurlijke personen. Dat omvat ook de WHOIS-gegevens van domeinnaamhouders die wel als natuurlijk persoon kwalificeren, maar niet als particulier. Iemand die in zijn hoedanigheid van ondernemer – bijvoorbeeld voor zijn eenmanszaak – een domeinnaam registreert, handelt niet als particulier maar is wel een natuurlijk persoon. Bij de belangenafweging voor de ondernemer dient te worden meegenomen dat hij zijn identiteit en contactgegevens al op zijn website moet prijsgeven op grond van art. 3:15d BW.<sup>36</sup> Dit sluit aan bij de overwegingen van de Artikel 29-werkgroep dat vanwege de wettelijke publicatieplichten in het kader van commerciële of professionele activiteiten, domeinnaamregistratie door een bedrijf andere afwegingen oproept dan registratie door een individu.<sup>37</sup> Of de werkgroep hierbij ook het oog had op de natuurlijke persoon als ondernemer, is echter niet duidelijk. De AP had het verzoek van FRL Registry kunnen aangrijpen om dit punt te verduidelijken, maar heeft dat helaas niet gedaan. Voor zover FRLregistry met de aanduiding 'private persons' inderdaad een beperking tot particulieren beoogt – met uitsluiting van ondernemers – moet FRLregistry nu zelf bedenken of zij gelet op de conclusie van de AP verplicht is om haar WHOIS-afschermingsbeleid uit te breiden

van particulieren naar alle natuurlijke personen. Dat is waarschijnlijk wel verstandig. Net als een particulier heeft een natuurlijk persoon die ondernemer is recht op bescherming van zijn persoonsgegevens. Het is niet de plaats van een registry om als een soort handhaver op te treden en gegevens openbaar te maken die ondernemers op grond van andere regelgeving zelf moeten publiceren.

Als laatste grondslag sluit de AP een beroep op toestemming uit, voor zover betrokkenen bij het verwerven van een domeinnaam verplicht zijn om toestemming te geven voor het onbeperkt publiekelijk toegankelijk maken van hun gegevens in het WHOIS-register. Dat is immers geen vrije wilsuiting, waardoor een dergelijke toestemming niet kan dienen als grondslag onder art. 8 a Wbp, en al helemaal niet onder art. 6 a AVG, die nog zwaardere eisen stelt aan het verkrijgen van een geldige toestemming.

Nu de overige grondslagen uit deze artikelen überhaupt niet in aanmerking komen, ontbreekt de vereiste wettelijke grondslag voor het onbeperkt publiekelijk toegankelijk maken van WHOIS-gegevens via internet. Daarnaast acht de AP die verwerking bovenmatig en daarmee in strijd met art. 11 Wbp en de eis van minimale gegevensverwerking in art. 5 AVG. De AP concludeert dat het onbeperkt publiekelijk toegankelijk maken van WHOIS-gegevens door FRLregistry en ICANN in strijd is met de Wbp en de AVG.

## 6. Terug naar ICANN

Dit moet zijn, waar FRLregistry op gehoopt had. Daarbij plaats ik de kanttekening, dat de brief van de AP niet volledig aan alle vereisten voldoet van de ICANN WHOIS-conflictprocedure. Art. 15 sub 3 verlangt namelijk dat de overheidsinstantie in de verklaring ook aangeeft (i) bevoegd te zijn om de regelgeving te handhaven waarmee de contractuele verplichting in strijd is bevonden en (ii) dat het hiervoor jurisdictie heeft, in dit geval over FRLregistry. Hoewel de AP deze bevoegdheid en jurisdictie heeft, benoemt zij dit niet – zoals de conflictprocedure verlangt – expliciet in de brief. Ik sluit niet uit dat ICANN aan een dergelijke formaliteit voorbij zal gaan. Op 1 november 2017 schrijft de general counsel van ICANN in ieder geval dat de brief van de AP het voor FRLregistry mogelijk maakt om een beroep te doen op de conflictprocedure, hetgeen hij haar aanmoedigt te doen. Hij wijst er echter ook op, dat de door FRLregistry geboden afscherming van de WHOIS-gegevens een registry privacy service is, waarvoor onder de Registry Agreement vooraf goedkeuring moet worden verkregen. FRLregistry had de privacydienst conform de Registry Services Evaluation Policy moeten aandragen voor een technische evaluatie door ICANN. Dit geldt evenzeer als de dienst is ontwikkeld ter naleving van lokaal recht. In dit kader zal een compliancereview plaatsvinden, zonder inachtneming van de eventuele

35. *Juridisch-Economisch Lexicon*, Wolters Kluwer (online).

36. *Kamerstukken II 2001/02, 28197, 3*, p. 12-13 en 40 (MvT). T.F.E. Tjong Tjin Tai & M.W. Scheltema, '2 Dienst van de informatiemaatschappij (lid 3) bij: Burgerlijk Wetboek Boek 3, Artikel 15d [Gegevens m.b.t. dienst van de informatiemaatschappij]', in: *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (actueel t/m 1 september 2010). A.S. Hartkamp, '268/9 Elektronische handel', in: *Asser 3-I Europees recht en Nederlands vermogensrecht* (laatst bijgewerkt 1 april 2015). M.Y. Schaub, 'De informatieplichten van de Dienstenrichtlijn (art. 6:230a-f BW)', *TvC 2014*, afl. 1, p. 23-24.

37. Artikel 29-werkgroep, *Opinion 2/2003 on the application of the data protection principle to the Whois directories*, p. 3, Ec.europa.eu. Brief van de Artikel 29-werkgroep aan ICANN van 22 juni 2006, p. 2, icann.org/correspondence/schaar-to-cerf-22jun06.pdf.

ele noodzaak van afscherming onder Nederlands recht.<sup>38</sup>

Een dag later, op 2 november 2017, publiceert ICANN een *Statement from Contractual Compliance*.<sup>39</sup> Hierin verklaart ICANN dat het de impact van de AVG op de contractuele WHOIS-afspraken onderzoekt en dat het zolang hier nog onzekerheid over is, zal afzien van handhavend optreden jegens registries en registrars tegen niet-naleving van die afspraken. Dit geldt evenwel alleen ten opzichte van partijen die hun beoogde afwijkende WHOIS-model met ICANN delen. Zo kan ICANN beoordelen of de afwijking binnen haar voorwaarden valt, en kan het inspiratie opdoen voor de eigen hervormingen. Of FRLregistry inmiddels gebruik heeft gemaakt van de conflictprocedure en/of de mogelijkheid om onder handhaving uit te komen via het delen van haar afwijkende WHOIS-model, is mij niet bekend. De teneur vanuit ICANN is in ieder geval duidelijk. Zij nemen er zelf genoeg mee om decennialang te blijven hangen in discussie, zonder stappen te nemen voor een structurele oplossing van de met de WHOIS gemoeide privacybezwaren. De registry die daar geen genoeg mee neemt en dan maar zelf privacymaatregelen invoert, die krijgt ervan langs. Daarbij merk ik op, dat voor 2 november 2017 de kans op goedkeuring van een privacydienst ter afwijking van ICANN's WHOIS-vereisten waarschijnlijk verwaarloosbaar was. Misschien was de genoemde discussie met ICANN in 2014 wel een – teleurstellende – verkenning geweest voor de mogelijkheden van afscherming, waardoor FRLregistry ervan overtuigd was geraakt dat ze toch geen toestemming zou krijgen. Dat zou verklaren dat er al wel discussie was tussen ICANN en FRLregistry, terwijl in de webhistorie van 2014 nog geen teken was van enige WHOIS-afscherming.<sup>40</sup>

## 7. AVG stroomversnelling

Hoewel ICANN nooit enige wil heeft getoond om af te stappen van de publieke toegankelijk van de WHOIS-gegevens, moest zij in de loop van 2017 wel stappen nemen in verband met de naderende toepassingsdatum van de AVG en de daaraan gerelateerde signalen vanuit de achterban. Daar was vermoedelijk enige paniek uitgebroken. Net als de meeste organisaties die door de AVG uit een passieve houding zijn gedwongen, presenteert ICANN haar gerelateerde inspanningen alsof de vereisten van de AVG nieuw onder de zon zijn. Zij schakelde het eerder genoemde Zweedse advocatenkantoor Hamilton in, om de implicaties van de AVG voor de WHOIS uit te werken en gaf daarbij de voorkeur te kennen dat de WHOIS-diensten in hun huidige vorm blijven voortbestaan nadat de AVG van

toepassing wordt. Dat terwijl sinds 2003 van alle kanten is aangegeven, dat dit geen optie is. Zoals verzocht baseert Hamilton de AVG-analyse echter op de voorkeur van ICANN. Daarbij komt Hamilton in eerste instantie tot de conclusie dat ongewijzigde instandhouding alleen maar kan op basis van toestemming, maar dat dit dan afhankelijk zal zijn van de verstrekking en intrekking van die toestemming door de registrants. Immers, zoals we weten is een afgedwongen toestemming niet geldig. Op basis van het gerechtvaardigd belang en uitvoering van overeenkomst zou een gelaagd toegangsmodel mogelijk zijn.<sup>41</sup> Ruim een maand na dit advies stuurt de Artikel 29-werkgroep een nieuwe brief aan ICANN. Hierin geeft de Werkgroep aan, ICANN's recente activiteiten op het punt van WHOIS te verwelkomen en herhaalt zij de uitnodiging om in gesprek te gaan. De Werkgroep blijft er verder bij dat er geen grondslag is voor volledige openbaarmaking van de Whois-gegevens, maar erkent ook dat onder andere handhavende autoriteiten toegang moeten hebben tot persoonsgegevens in de WHOIS. Net als eerst suggereert de Werkgroep een gelaagd model.<sup>42</sup> Tien dagen later komt Hamilton desondanks, in lijn met ICANN's opgegeven voorkeur en via enorme omwegen, in het derde memorandum tot de conclusie dat een gelaagd model niet werkbaar is en dat publieke toegankelijkheid van (beperkte) WHOIS-gegevens de voorkeur heeft en noodzakelijk is voor praktische en efficiënte verwezenlijking van de gebruiksdoeleinden.<sup>43</sup> Weer een maand later volgt een brief van de Europese Commissie aan ICANN. Ook de Commissie verwelkomt de inspanningen van ICANN en erkent daarbij ICANN's sleutelrol in het multi-stakeholder proces. De Commissie neemt eveneens graag actief deel aan de discussie. Niet alleen gaat de Commissie in op de beginselen van de AVG, zij benadrukt ook dat ICANN bij een eventuele gelaagde toegang de behoeften van rechtshandhavingsautoriteiten in acht moet nemen. Deze autoriteiten moeten duidelijke en werkbare toegangspocedures hebben die voldoen aan hun behoeften van grote hoeveelheden verzoeken en snelle toegang. Daarbij moet ook de vertrouwelijkheid gewaarborgd zijn.<sup>44</sup> Hoewel de meeste rapporten en andere documenten over WHOIS de toegang voor rechtshandhaving al aangemerkt als een toegestaan gebruik dat gefaciliteerd moet worden, willen de EU lidstaten dit punt toch nog benadrukken. Dit illustreert de politieke kant van de WHOIS-discussie.

41. Thomas Nygren & Pontus Stenbeck, *gTLD Registration Directory Services and the GDPR - Part 1* (Memorandum van Hamilton Advokatbyrå aan ICANN), 16 oktober 2017, [Icann.org](http://Icann.org).

42. Brief van de Artikel 29-werkgroep aan ICANN van 11 december 2017, p. 1, [Icann.org](http://Icann.org).

43. Thomas Nygren & Pontus Stenbeck, *gTLD Registration Directory Services and the GDPR - Part 3* (Memorandum van Hamilton Advokatbyrå aan ICANN), 21 december 2017, [Icann.org](http://Icann.org).

44. Brief van de Europese Commissie aan ICANN van 29 januari 2018, [Icann.org](http://Icann.org).

38. Brief van ICANN aan Versteeg Wigman Sprey van 1 november 2017, [Icann.org](http://Icann.org).

39. ICANN, *Statement from Contractual Compliance*, [Icann.org](http://Icann.org).

40. [Nic.frl](http://Nic.frl), via [Web.archive.org](http://Web.archive.org).

Een maand na de brief van de Europese Commissie komt ICANN, na een inputronde bij de internetgemeenschap, op 28 februari 2018 met een uitgewerkt interim model. Ondanks het op het verzoek van ICANN toegenomen advies van Hamilton, is dit toch een model met gelaagde toegang geworden. Voor de doeleinden sluit het voorstel aan bij de systeemdoeleinden van de PDP werkgroep (zie boven). In de publieke WHOIS komen volgens het model uitsluitend de gegevens over de domeinnaam, zoals registratiedatum, registrar enzovoort. Naam en contactgegevens van de registrant worden afgeschermd en zullen uitsluitend voor geaccrediteerde instanties of personen toegankelijk zijn voor vooraf bepaalde doeleinden. Het blijft voor eenieder mogelijk om contact op te nemen met de domeinnaamhouder, maar dan via een geanonimiseerd e-mailadres of webformulier, waarbij het bericht dan via de registrar bij de domeinnaamhouder terecht zal komen. Als een registrant wel zijn contactgegevens in de publieke WHOIS wil laten publiceren, moet hij dat via een opt-in kunnen aangeven.<sup>45</sup> Onlangs verscheen de beloofde verdere uitwerking van dit model, met onder andere een uitgebreide uitwerking van de rechtsgrond onder art. 6 AVG. In dit recente document zijn de doeleinden van het WHOIS-systeem uitgebreid ten opzichte van het eerdere voorstel, onder andere met de coördinatie van bepaalde vormen van geschilbeslechting en de behandeling van klachten over de naleving van overeenkomsten. In dit document geeft ICANN ook aan, te hebben bepaald dat elke contractspartij een zelfstandige verwerkingsverantwoordelijke is met betrekking tot de persoonsgegevens in de WHOIS.<sup>46</sup> Deze recente documenten van ICANN zijn werkdokumentten bedoeld voor verdere discussie met de internetgemeenschap. Het staat dus allemaal nog niet vast, maar er liggen nu wel heel concrete voorstellen op tafel.

## 8. Conclusie

In een voor ICANN tumultueuze tijd heeft de AP gehoor gegeven aan het verzoek van een principiële registry, om zich uit te laten over de publieke toegankelijkheid van WHOIS-gegevens van particulieren. Hoewel de brief van de AP enige vragen oproept, zijn de meeste overwegingen helder en is de conclusie niet mis te verstaan. Het past goed in de bestaande verzameling aan communicaties over WHOIS en privacy. Daarbij is het een mooi resultaat voor FRLregistry, waarmee zij een beroep kan doen op de conflictprocedure van ICANN. De complian-

cereview die FRLregistry schijnbaar vanuit ICANN te wachten staat, ziet echter op het feit dat zij op eigen houtje is afgeweken van ICANN-beleid. Wat dat betreft zal de brief van de AP geen uitkomst bieden voor FRLregistry. Intussen zou zij ook onder handhaving van de WHOIS-verplichtingen kunnen uitkomen door met een beroep op het *Statement from Contractual Compliance* haar afwijkende model aan ICANN voor te leggen. Mede gelet daarop, verwacht ik niet dat de AP nog zal voldoen aan vergelijkbare verzoeken van andere registries of registrars. Voor hen biedt het *Statement from Contractual Compliance* inmiddels uitkomst, totdat ICANN het nieuwe WHOIS-model invoert.

Vijftien jaar nadat de Artikel 29-werkgroep aangaf dat een gelaagd toegangsmodel de oplossing zou kunnen zijn voor een privacy-compliant WHOIS-systeem, ligt er een interim voorstel om zo'n gelaagd toegangsmodel in te voeren. ICANN is echter geen vijftien jaar bezig geweest met de ontwikkeling van dit model. Tot eind 2017 heeft ze geprobeerd om vast te houden aan het bestaande model van volledige publieke toegang tot alle WHOIS-gegevens. Kennelijk was de druk van de AVG met de hoge boetes nodig om ICANN concrete stappen te laten nemen op de weg naar verandering, of in ieder geval om daar vaart achter te zetten. Dat neemt niet weg dat alle rapporten die in de tussentijd zijn verschenen over het WHOIS-systeem, ongetwijfeld hebben bijgedragen aan de totstandkoming van het huidige voorstel voor een nieuw interim model. Dat voorstel en de uitwerking ogen in ieder geval weloverwogen. Er zal nog verder over het voorstel gediscussieerd worden met de achterban, voordat er een definitief actieplan is, dat in de praktijk zal worden gebracht. Gelet op de recente belangrijke beweging in de goede richting, heb ik evenwel alle hoop dat op relatief korte termijn een einde komt aan de ongelimiteerde publieke toegang tot WHOIS-gegevens van natuurlijke personen. Is dat dan het einde van de discussie? Natuurlijk niet, de concrete uitwerking van de gelaagde toegang zal ongetwijfeld een nieuwe bron van controverse zijn, waar nog vele pagina's over zullen worden volgeschreven.

45. *Proposed Interim Model for GDPR Compliance -- Summary Description (The 'Calzone Model', 28 February 2018)*, Ican.org.

46. *Interim Model for Compliance with ICANN Agreements and Policies in Relation to the European Union's General Data Protection Regulation – WORKING DRAFT FOR CONTINUED DISCUSSION (The "Cookbook", 8 March 2018)*, o.a. p. 35, 41 en 42 e.v., Ican.org.