

Concept beleid van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake reikwijdte en toepassing artikel 18.7 Telecommunicatiewet

Doel notitie

Deze notitie gaat over het beleid van het college van de Onafhankelijk Post en Telecommunicatie autoriteit (hierna: het college) inzake het vorderen van inlichtingen op basis van artikel 18.7, eerste lid, Telecommunicatiewet (hierna: Tw) bij de onderzoeken naar overtredingen van het spamverbod. Sinds de inwerkingtreding van de nieuwe Tw op 19 mei 2004 is het college begonnen met het handhaven van het spamverbod van artikel 11.7 Tw. Ten behoeve van het onderzoek naar overtredingen van het spamverbod maakt het college gebruik van de bevoegdheid van artikel 18.7 Tw om inlichtingen te vorderen.

Hoewel aanbieders van telecommunicatienetwerken en -diensten ten behoeve van het doel van de informatievordering hun medewerking verlenen, hebben ze de wens geuit dat het college beleid ontwikkelt, op basis waarvan de informatie in dit kader wordt gevorderd. Met deze beleidsnotitie komt het college aan die wens tegemoet. In deze notitie zet het college de betekenis en de reikwijdte van artikel 18.7 Tw uiteen. Vervolgens formuleert het college zijn beleid bij de toepassing van artikel 18.7 in het kader van het spamverbod. Daarbij zal het college ingaan op de vraag in welke gevallen wat van wie kan worden gevorderd. Ten slotte gaat het college in op de verdere verwerking van de door een informatievordering verkregen gegevens door het college en zijn medewerkers.

Betekenis en de reikwijdte van artikel 18.7, eerste lid, Tw.

Artikel 18.7, eerste lid, van de Tw luidt als volgt:

Onze Minister, onderscheidenlijk het college, is bevoegd voor een juiste uitvoering van het bepaalde bij of krachtens deze wet van een ieder te allen tijde inlichtingen te vorderen voor zover dit redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

Notitie

---Openbare versie ---

Om de betekenis en de reikwijdte van artikel 18.7, eerste lid, Tw nader te vast te stellen gaat het college in op de verschillende onderdelen van dit artikel en de noodzaak van deze bevoegdheid. Vervolgens zal het college aangeven dat de bevoegdheid van artikel 18.7 Tw niet onbegrensd is en dat medewerking aan een informatieverzoek op grond van 18.7 Tw niet alleen gerechtvaardigd, maar ook verplicht is.

Het college "...is bevoegd..."

De bevoegdheid om gegevens te vorderen is niet nieuw. In de Memorie van Toelichting op de "oude" Tw van 1998 stelde de Minister van Verkeer en Waterstaat dat het college zijn taken, die voortvloeien uit de Tw slechts naar behoren kan vervullen als verzekerd is dat het college kan beschikken over de juiste informatie.¹ Daarbij kan het niet alleen gaan om zakelijke gegevens maar ook om gegevens betreffende abonnees. Naar aanleiding van vragen over de reikwijdte van artikel 18.7 Tw bij de parlementaire behandeling van de "oude" Tw merkte de Minister op, dat beschikbaarheid van informatie een absolute noodzaak is om de opgedragen taken effectief uit te kunnen voeren.²

"...van een ieder..."

De kring van mogelijke inlichtingen verschaffers voor het college is, gelet op deze woorden, onbeperkt. Het beginsel van evenredigheid beperkt echter deze kring van inlichtingenverschaffers.

In dit verband is het goed om te wijzen op de eveneens algemeen geformuleerde bevoegdheid voor toezichthouders om inlichtingen te vorderen (artikel 5:16 Algemene wet bestuursrecht, hierna: Awb). Ook in dat artikel is geen beperking opgenomen van mogelijke geadresseerden van een verzoek om inlichtingen. Niettemin geldt voor dit artikel ook dat het evenredigheidsbeginsel (voor toezichthouders expliciet vastgelegd in artikel 5:13 Awb) met zich meebrengt dat de toezichthouder zijn bevoegdheid om inlichtingen te vorderen slechts mag uitoefenen bij activiteiten waarop hij krachtens de betrokken wettelijke regeling moet toezien.³ Een bevoegdheid om inlichtingen te vorderen kan dus niet onder alle omstandigheden tegenover iedereen worden toegepast.

Hieronder zal het college uiteen zetten welke partijen concreet informatievorderingen van het college ten behoeve van zijn onderzoeken kunnen verwachten. Dat zullen in eerste instantie vaak juist niet de partijen zijn die verdacht worden van overtreding van het spamverbod, maar partijen eromheen.

"...inlichtingen te vorderen..."

De informatie, die het college ten behoeve van de vervulling van zijn taken kan vragen heeft betrekking op een veelheid aan onderwerpen. Toespitsing van die informatie in de wet is niet goed mogelijk zonder dat het belang van een effectieve uitvoering van de wet daarbij in het gedrang komt.⁴ Dat houdt in dat voor de concrete gevallen waarin het college artikel 18.7 Tw toepast, het college moet bepalen welke gegevens hieronder kunnen vallen.

¹ Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 137

² Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr 5, p. 142 (Nota nav het verslag)

³ Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p.141 (MvT)

⁴ Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr 5, p. 142 (Nota nav verslag)

"...voor zover dit redelijkerwijs.."

Artikel 18.7 Tw geeft de bevoegdheid om gegevens te vorderen voor zover dit redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. In artikel 18.7 Tw zélf ligt dus al een redelijkheid- en noodzakelijkheids criterium besloten.⁵ Deze redelijkheidstoets betekent dat de *toepassing* van de bevoegdheid redelijk moet zijn: wanneer het college andere, minder ingrijpende middelen ten dienste staan om de gevraagde informatie te verkrijgen dan moet het college deze middelen toepassen. Bovendien moet er *een redelijke aanleiding of vermoeden* zijn dat de gevraagde informatie aanwezig is bij een bepaalde persoon of instantie, die het vorderen van informatie bij die persoon of instantie rechtvaardigt.

"...voor de vervulling van zijn taak nodig is..."

Voor zover het college gegevens vraagt mag hij die gegevens uitsluitend gebruiken ten behoeve van de vervulling van zijn taak. De reikwijdte van artikel 18.7 Tw is dus niet onbeperkt, maar is begrensd door het feit dat de gegevens *noodzakelijk* moeten zijn voor de uitoefening van de taken van het college.

Beperking reikwijdte artikel 18.7 Tw

Veelgehoorde kritiek op de bevoegdheid van artikel 18.7 is, dat deze bepaling ongeclausuleerd zou zijn. Ook is opgemerkt dat deze bevoegdheid een ongeoorloofde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zou inhouden aangezien de bepaling onvoldoende specifiek zou zijn en onvoldoende duidelijk is tot wie de bevoegdheid zich richt. Voor het college als zelfstandig bestuursorgaan geldt dat het in al zijn handelen wordt begrensd door de bepalingen van de Awb en de (al dan niet in de Awb gecodificeerde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het verbod op "misbruik van bevoegdheid" (détournement de pouvoir, artikel 3:3 Awb) én het evenredigheidsbeginsel (artikel 3.4, tweede lid, Awb) vormen in dit verband een extra begrenzing van de toepassing van artikel 18.7 Tw. Wanneer het college er toe zou overgaan willekeurige personen aan te schrijven met het verzoek om inlichtingen zou dat in strijd zijn met deze beginselen. Het college vraagt bijvoorbeeld geen informatie over alle *ontvangers* van een bericht, aangezien een dergelijke vordering niet de redelijkheidstoets van artikel 18.7 Tw kan doorstaan. Het college is bovendien niet bevoegd tot het plaatsen van een tap.

Medewerking informatievordering verplicht en gerechtvaardigd

Hiervoor is reeds aan de orde gekomen dat het vorderen van informatie en gegevens een belangrijke bevoegdheid is van het college ten behoeve van zijn taak om de bepalingen van de Tw te handhaven. Om handhaving van het spamverbod te effectueren kiest het college ervoor om óf een waarschuwing op te leggen óf over te gaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Het college zal deze maatregelen alleen kunnen nemen na zorgvuldige besluitvorming. Zorgvuldige besluitvorming veronderstelt het kunnen afwegen van alle bij een besluit betrokken belangen. Om vast te stellen wat de betrokken belangen zijn en om deze belangen te kunnen wegen heeft het college (aanvullende) informatie nodig. Dit rechtvaardigt de toepassing van de bevoegdheid om gegevens te vorderen. De wijze waarop het

⁵ *Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr 5, p. 142 (Nota nav verslag)*

college besluit tot het opleggen van een boete en de vaststelling van de hoogte van een boete zijn vastgelegd in boetebeleidsregels en het procedureoverzicht boeteoplegging OPTA.⁶

Verplichting

Ten behoeve van de effectiviteit van de bevoegdheid tot het vorderen van informatie heeft de wetgever daarnaast in artikel 18.7, tweede lid, Tw, een verplichting in het leven geroepen voor eenieder tot wie een dergelijk verzoek is gericht om aan een dergelijk verzoek zijn medewerking te verlenen. Het niet verlenen van medewerking aan een verzoek om informatie kan op zichzelf aanleiding vormen voor het college om in dat geval een sanctie op te leggen. Het meewerken aan een informatievordering van het college draagt geen vrijblijvend karakter maar is een uit de Tw voortvloeiende verplichting. Het college zal deze verplichting ook handhaven als dat nodig is.

Rechtvaardiging

Op grond van het voorgaande stelt het college vast dat deze bepaling voldoende specifiek is, omdat hij in verschillende opzichten geclausuleerd is. Allereerst kunnen slechts inlichtingen worden gevorderd ten behoeve van de uitoefening van een taak, in dit geval de bestrijding van spam. Daarnaast gelden de hiervoor reeds genoemde beperkingen van redelijkerwijs en noodzakelijk. Het college is van mening dat deze beperking en de navolgende concretisering van de manier waarop het college zijn bevoegdheid invult een eventuele inbreuk op fundamentele rechten en vrijheden van derden rechtvaardigt.

Met het opnemen van een expliciete bevoegdheid in de Tw om gegevens te vorderen is tevens een basis gelegd voor diegene, tot wie een dergelijke vordering om informatie is gericht, om desgevraagd persoonsgegevens te verstrekken en wel op grond van artikel 8, onderdeel c, van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp). Onderdeel c noemt als gerechtvaardigde verwerkingsgrond voor het verwerken van persoonsgegevens het nakomen van een wettelijke verplichting waaraan de verantwoordelijke onderworpen is. De Memorie van Toelichting bij artikel 8, onderdeel c van de Wbp geeft aan dat een dergelijke wettelijke verplichting in de praktijk doorgaans zal neerkomen op onder meer het verstrekken van gegevens aan derden.⁷ Ook voor de bevoegdheid van artikel 5:16 Awb tot het vorderen van inlichtingen door een toezichthouder geldt, dat deze bevoegdheid is te beschouwen als een wettelijke verplichting als bedoeld in artikel 8, onderdeel c van de Wbp⁸. Artikel 18.7 Tw is in dit verband een soortgelijke wettelijke verplichting, die het verstrekken van persoonsgegevens rechtvaardigt.

Beleid college toepassing bevoegdheid 18.7 Tw

Nu duidelijk is wat de inhoud en de reikwijdte is van de bevoegdheid om informatie te vorderen op grond van artikel 18.7 Tw, zal het college aangeven voor welk doel en in welk verband hij deze bevoegdheid zal toepassen. Het college geeft daarbij concreet aan bij wie hij in de meeste gevallen gegevens zal vragen

⁶ Boetebeleidsregels OPTA (*Stcrt* 2004, nr 234, p. 18) en procedureoverzicht boeteoplegging OPTA (*Stcrt*. 2004, nr 234, p. 20)

⁷ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr 3, p. 83.

⁸ P.J.J. van Buuren en T.C. Borman, *Tekst en commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p 248.

en welke gegevens hij vraagt. Daarnaast zal het college aangeven op welke wijze eenmaal verkregen gegevens binnen het college worden verwerkt en welke formele en fysieke grenzen bestaan aan verdere verwerking van gegevens.

Rol van informatievorderingen in onderzoek

Op basis van de bij het college binnengekomen klachten over spam voeren medewerkers van OPTA onderzoek uit. Daarbij analyseren de medewerkers de emailberichten, die aanleiding hebben gegeven tot de klacht. Het tijdstip van verzending, het emailadres van de afzender, het bij de communicatiegebruikte IP adres en in de tekst genoemde webadressen (URL's) vormen belangrijke bronnen om de identiteit van de verzender van het bericht en de mogelijke overtreder van het spamverbod te achterhalen.

Het college zal op basis van zo veel mogelijk informatie moeten vaststellen of sprake is van overtreding van het spamverbod en wie de overtreder is. Op basis van die informatie kan het college beslissen welke maatregel (waarschuwing of boete) hij kan nemen. In het onderzoek is het vaak onmogelijk om een overtreder te benaderen of is het in het belang van het onderzoek niet wenselijk om de vermoedelijke overtreder zelf te benaderen om informatie te krijgen.

Van wie vraagt het college gegevens en waarom?

In de meeste gevallen zal het college een informatievordering, om de identiteit van de verzender van een elektronisch bericht vast te stellen, richten tot een aanbieder van de telecommunicatiedienst of -netwerk (fax, MMS of SMS bericht). Bij onderzoek naar spam in de vorm van e-mail is het naar verwachting een ISP die meer informatie kan verschaffen over de identiteit van de verzender van het bericht. Bij het vragen van informatie van houders van websites of URL's zal het college zijn informatievordering richten tot de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland of een hostingprovider. Los daarvan zal het college inlichtingen vorderen, al naar gelang de aard van de gevraagde informatie, van banken (ten behoeve van het vaststellen van de identiteit van houders van bankrekeningen en de betrokkenheid van die houders bij uitgevoerde betalingen) of van woningbouwbedrijven (ter verificatie van de juistheid van de identiteit van de bewoner van een bepaald adres).

Aangezien OPTA een bestuursorgaan is, geldt het college als (buitengemeentelijke) afnemer in de zin van artikel 1 van de Wet Gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens (hierna: Wet GBA). Gemeenten kunnen om die reden op incidentele basis aan het college gegevens verstrekken uit de GBA. Het college kan dus een vordering op grond van artikel 18.7 Tw ook richten tot gemeenten, zij het dat gemeenten uitsluitend op basis van artikel 88, lid 1, Wet GBA bevoegd zijn om gegevens te verstrekken⁹.

⁹ Op grond van artikel 88, lid 1, Wet GBA kunnen gegevens uitsluitend aan afnemers (i.c. aan OPTA) worden verstrekt, voor zover deze gegevens noodzakelijk zijn voor de vervulling van zijn taak (wat tegelijkertijd een voorwaarde is voor de bevoegdheid van artikel 18.7 Tw om gegevens te vragen) en het bestuursorgaan de gronden voor de verstrekking heeft aangegeven.

Notitie

---Openbare versie ---

Welke informatie vraagt het college op en waarom?

Om vast te stellen wie de verantwoordelijk is voor de overtreding van het spamverbod moet het college allereerst de identiteit van de verzender vaststellen. Het college is daarbij afhankelijk van andere partijen om aan de hand van de juiste informatie, waaronder uitdrukkelijk begrepen persoonsgegevens, de identiteit van de overtreder vast te stellen.

Basisgegevens

Een aantal gegevens vormen de basis van het onderzoek naar de identiteit van de overtreder. Het zal vaak nodig zijn deze gegevens aan te vullen om ondubbelzinnig de identiteit van de overtreder vast te stellen. Wanneer de identiteit van de verzender voldoende duidelijk is en wanneer voldoende vast staat dat hij verantwoordelijk is voor de verzending van het spambericht kan het college overgaan tot het nemen van de maatregelen in de vorm van het geven van een waarschuwing of het opleggen van een boete. Veel voorkomende "basisgegevens" die aanleiding vormen voor een informatievordering zijn:

- Vaste of mobiele telefoonnummer van de afzender van het bericht
- E-mail adres afzender
- Bij de communicatie gebruikt IP adressen (waarbij onderscheid bestaat tussen vaste en dynamische IP adressen) in combinatie met het tijdstip van de verzending van de e-mail
- Accountgegevens of gebruikt user ID
- In de tekst van het spam bericht genoemde website of URL

Identiteit overtreder

Aan de hand van voornoemde gegevens vraagt het college de volgende (persoons)gegevens op om de identiteit van de overtreder vast te kunnen stellen en om deze overtreder te kunnen aanschrijven:

- NAW gegevens van de houder van een opgegeven IP adres, de houder of gebruiker van een bepaald user ID, de houder of gebruiker van een bepaald e-mail adres of van de houder van een bepaalde website of URL;
- NAW gegevens van de abonnee of gebruiker van een bepaald telefoonnummer (vast of mobiel nummer, houder van een 0900 informatienummer)
- Overige gegevens over woon- of verblijfplaats van hiervoor genoemde houders.

Daarnaast zijn aanvullende gegevens nodig om vast te stellen of andere personen of instanties zijn betrokken bij de overtreding. Dat betreft gegevens die nodig zijn om inzicht te krijgen in de aard van verschillende relaties tussen betrokken partijen en gegevens om vast te stellen wat het mogelijke doel is van de verzending van de spam. Deze aanvullende gegevens zal het college uitsluitend vorderen indien de aard van de overtreding daartoe aanleiding geeft.

Te denken valt aan:

- Bankrekeningnummers (rekeningnummers kunnen een aanwijzing vormen om de identiteit van de verzender en daarmee de overtreder vast te stellen)
- Betalingen (aan de hand van betalingen kan het college vaststellen wie de materiële overtreder is van het spam verbod).

Notitie

---Openbare versie ---

- Contracten (kan inzicht geven wie de materiële overtreder is van het spamverbod)
- Overige correspondentie (om mogelijke betrokkenheid van derden bij de overtreding te kunnen vaststellen)
- Gegevens zoals tijdstip van verzending van het bericht
- Welke websites een bij het spambericht betrokken persoon heeft geregistreerd (om mogelijke betrokkenheid bij andere zendingen spamberichten te kunnen vaststellen)
- Webtechnische gegevens zoals DNS gegevens en logbestanden

Ernst van de overtreding

Een aparte categorie gegevens omvat gegevens die voor het college noodzakelijk zijn om vast te stellen, wat de ernst van de overtreding is. Deze categorie gegevens is ook van groot belang om actieve handhaving van het spamverbod mogelijk te maken: de gegevens zijn bepalend of het college een waarschuwing zal geven of over zal gaan tot het opleggen van een boete. De ernst van de overtreding is tevens bepalend voor de hoogte van de boete. Het college heeft een bevoegdheid om een boete op te leggen van maximaal € 450.000,- (artikel 15.2, tweede lid, Tw jo 15.4, vierde lid, Tw).

De ernst van de overtreding bepaalt het college onder meer op basis van de omvang van de zending spamberichten (aantallen verzonden berichten), de mogelijk veroorzaakte schade (bijvoorbeeld in de vorm van uitgelokte betalingen) en de aard van het bericht (bijvoorbeeld wanneer de indruk wordt gewekt dat de mail afkomstig is van een andere afzender). In dit stadium van het onderzoek kan er wel aanleiding zijn om nadere inlichtingen te vorderen bij de materiële overtreders van het spamverbod. Het gaat in dit verband om de volgende soort gegevens:

- Het totaal aantal verzonden berichten binnen één zending (voor zover vast te stellen)
- De omvang van het bericht
- De inhoud van webpagina's en gebruikte scripts (onder meer om objectief vast te stellen op welke wijze de verzender adresgegevens en/of toestemming heeft verkregen voor de verzending van het bericht)
- Forensisch juiste kopieën van servers of van PC's van gebruikers
- Betalingen (om mogelijke schade bij ontvangers van het bericht vast te kunnen stellen of om vast te stellen tot welke betalingen en opbrengst het spambericht heeft geleid)
- Gegevens omtrent de verzending van het bericht (om de duur en daarmee de ernst van de overtreding vast te stellen)
- Aantallen klachten over het spambericht
- De mate waarin de betrokken afzender vaker betrokken is geweest bij het verzenden van spam
- Bevestiging of de abonnee van mailadressen van klagers/ontvangers een natuurlijk persoon of een rechtspersoon is (spam naar bedrijfadressen levert geen overtreding op van artikel 11.7 Tw omdat dit artikel alleen betrekking heeft op natuurlijke personen)

Verder gebruik van eenmaal opgevraagde gegevens

Verwerking gegevens binnen het college

Hiervoor is reeds genoemd dat het college de bevoegdheid tot het vorderen van gegevens uitsluitend kan gebruiken ten behoeve van de uitvoering van zijn taak. De (persoons)gegevens, die het college op grond van artikel 18.7 Tw vordert, kan hij uitsluitend gebruiken ten behoeve van de handhaving van het spamverbod. Voor alle gegevens geldt, dat deze gegevens beveiligd zijn opgeslagen en dat uitsluitend geautoriseerde leden van het onderzoeksteam de gegevens kunnen benaderen. De medewerkers binnen OPTA zijn gehouden om de informatie, die hen ter kennis is gekomen uit hoofde van hun functie, geheim te houden. Voor het bewaren van onderzoeksdossiers geldt een bewaringstermijn van 5 jaar. Wanneer opgevraagde gegevens niet blijken bij te dragen aan het onderzoek bewaart het college deze gegevens maximaal drie jaar, ten behoeve van mogelijk ander spamonderzoek. De verwerking van (persoons)gegevens voor het doen van onderzoek naar overtreding van het spamverbod is gemeld bij het College bescherming persoonsgegevens (hierna Cbp).

Formele begrenzing doorverstrekking informatie

Behalve de fysieke beveiliging van de gegevens en procedurele waarborgen tegen onrechtmatige verwerking van gegevens zijn er andere formele waarborgen die er toe leiden dat het college de gegevens, die hij heeft gevorderd op grond van artikel 18.7 Tw, niet spoedig op enige wijze zal doorverstrekken. Voor zover het college op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) gevraagd wordt om inzage te bieden in de door het college gehouden onderzoeksdossiers wijst het college erop, dat het belang van openbaarmaking van het gevraagde dossier in voorkomende gevallen niet zal opwegen tegen het in artikel 10, tweede lid, onderdeel d van de Wob genoemde belang (het belang van inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen). Tevens kan het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer er toe leiden dat het college verzoeken om informatie niet of slechts gedeeltelijk zal honoreren (namelijk door geanonimiseerde informatie te verstrekken).

Uitnodiging kenbaar maken van zienswijzen

Het college heeft hiervoor zijn visie op de reikwijdte en de uitleg van artikel 18.7 Tw uiteen gezet. Vervolgens heeft het college zijn conceptbeleid inzake het vorderen van inlichtingen op basis van artikel 18.7 Tw ten behoeve van de handhaving van het spamverbod aan u gepresenteerd. Het college nodigt belanghebbenden uit om hun zienswijzen hierop aan hem kenbaar te maken. U kunt dit schriftelijk doen door uw opmerkingen uiterlijk **28 januari 2005** aan het college te doen toekomen. Het college stelt belanghebbenden tevens in de gelegenheid om hun zienswijzen mondeling kenbaar te maken in een hoorzitting op **18 januari 2005, 's middags om 13:30 uur** ten kantore van het college, Zurichtoren, Muzenstraat 41 te Den Haag.