

Openbare versie

Beleid van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake reikwijdte en toepassing artikel 18.7 Telecommunicatiewet voor vorderen gegevens ten behoeve van handhaving spamverbod (beleid vorderen gegevens onderzoek spam)

Inleiding

Dit beleidsdocument 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. Bij 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. Het college heeft het in dit document verwoorde beleid eerst in concept voorgelegd aan mogelijke geadresseerden van een informatievordering en hen aldus in de gelegenheid gesteld hun zienswijzen naar voren te brengen. Op basis van deze reacties heeft het college zijn uiteindelijke beleid vastgesteld en bovendien beleidsregels geformuleerd.

Het college zet in dit beleidsdocument 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 gegevens, die door een informatievordering zijn verkregen, door het college en zijn medewerkers.

Onderstaand beleid heeft uitsluitend betrekking op de toepassing van artikel 18.7 Tw ten behoeve van spamonderzoek: het laat de toepassing van artikel 18.7 Tw voor andere taken van het college onverlet.

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.

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 verschaffers van inlichtingen aan het college is, gelet op deze woorden, onbeperkt.³ Het beginsel van evenredigheid beperkt echter deze kring van inlichtingenschaffers.

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.⁴ Een bevoegdheid om inlichtingen te vorderen kan dus niet onder alle omstandigheden tegenover iedereen worden toegepast.

Hieronder zal het college uiteenzetten 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.⁵ Dat houdt in dat

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 Zie ook de uitspraak van de voorzieningenrechter Rotterdam van 27 april 2004, gepubliceerd in *Mediaforum* 2004, nr 9, p. 298.

⁴ Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p.141 (MvT)

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

Openbare versie

voor de concrete gevallen waarin het college artikel 18.7 Tw toepast, het college moet bepalen welke gegevens hieronder kunnen vallen.

“...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 zelf ligt dus al een redelijkheids- en noodzakelijkheids criterium besloten.⁶ 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

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 voor emailverkeer.

Veelgehoorde kritiek op de bevoegdheid van artikel 18.7 is, dat deze bepaling ongeclausuleerd zou zijn. De bepaling van artikel 18.7 Tw zou onvoldoende specifiek zijn en onvoldoende duidelijk zou zijn tot wie de bevoegdheid zich richt. Om die reden is opgemerkt dat de bevoegdheid van artikel 18.7 Tw niet voldoet aan de materiële eisen van artikel 8, tweede lid van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In het navolgende zal het college aantonen dat van een onrechtmatige inbreuk op artikel 8 EVRM geen sprake is.

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

⁶ *Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr 5, p. 142 (Nota nav verslag)*

Openbare versie

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 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.⁷

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. Onder niet medewerking verstaat het college tevens het niet verstrekken van de informatie binnen de gestelde termijn, die het college in zijn vordering heeft gesteld.

Termijn

In de praktijk blijkt dat een termijn van vijf werkdagen een redelijke termijn is voor de beantwoording van zijn vordering om informatie. Indien het college verwacht dat het opleveren van informatie complexer zal zijn, zal hij deze termijn aanpassen. Het college kan de reactietermijn op verzoek van de geadresseerde aanpassen. Het college zal echter uitsluitend ingaan op een dergelijk verzoek tot aanpassing van de reactietermijn als de geadresseerde aannemelijk maakt dat hij in redelijkheid niet binnen de gestelde termijn de gevraagde inlichtingen kan opleveren.

Betwisting rechtmatigheid vordering

Wanneer de bevraagde niet meewerkt aan de vordering om informatie omdat hij de rechtmatigheid van de vordering betwist zal het college voorafgaand aan het opleggen van een boete, de geadresseerde in de gelegenheid stellen om zijn zienswijzen op het boeterapport naar voren te brengen.⁸ Op basis van het boeterapport en de naar voren gebrachte zienswijzen besluit het college tot het opleggen van een boete.⁹ Geadresseerden worden aldus in de gelegenheid gesteld om de eventuele rechtmatigheid van een vordering te betwisten. Wanneer na afloop van het onderzoek mocht blijken dat degene tot wie de vordering is gericht de gevraagde informatie slechts gedeeltelijk heeft verstrekt, terwijl hij wel de

⁷ Boetebeleidsregels OPTA (*Stcrt* 2004, nr 234, p. 18) en procedureoverzicht boeteoplegging OPTA (*Stcrt.* 2004, nr 234, p. 20).

⁸ Aldus artikel 6 van het Procedureoverzicht boeteoplegging OPTA 2004 (*Stcrt.* 2004, nr 234).

⁹ Aldus artikel 10 van het Procedureoverzicht boeteoplegging OPTA 2004.

Openbare versie

beschikking had over alle in de vordering gevraagde informatie dan kan het college ook achteraf overgaan tot het opleggen van een boete wegens niet medewerking.

Rechtvaardiging inbreuk op de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM)

Op grond van artikel 8 EVRM heeft iedereen recht op bescherming voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Het tweede lid van artikel 8 EVRM geeft aan onder welke omstandigheden een inbreuk op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is gerechtvaardigd. Het feit dat artikel 18.7 Tw mogelijk inbreuk maakt op recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer levert op voorhand geen strijd op met het artikel 8, tweede lid EVRM. Artikel 8, tweede lid EVRM maakt immers inbreuken mogelijk, zolang deze voldoen aan de in dit artikellid gestelde formele en materiële eisen. Artikel 18.7 Tw is bij wet geregeld en is op zich niet onrechtmatig. Het college heeft hiervoor immers aangegeven dat artikel 18.7 voldoende beperkingen stelt om van een rechtmatige inbreuk te spreken. Bovendien bepalen de wijze waarop en de omstandigheden waaronder het college zijn bevoegdheid toepast mede of er sprake zou kunnen zijn van een mogelijke strijd met artikel 8 EVRM. Met het vaststellen en bekend maken van zijn beleid omtrent de toepassing van zijn bevoegdheid om gegevens te vorderen op grond van artikel 18.7 Tw is naar het oordeel van het college voldaan aan deze formele en materiële eisen van artikel 8, tweede lid EVRM.

Het college zal dit nader toelichten. Artikel 18.7 Tw is voldoende specifiek omdat het artikel 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". Verder wordt het college als bestuursorgaan in al zijn handelen begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het verbod op misbruik van bevoegdheid en het evenredigheidsbeginsel. Doordat het college dit beleid heeft vastgesteld en heeft bekend gemaakt en volgens dit beleid zijn bevoegdheid om gegevens te vorderen toepast maakt hij zijn wettelijke bevoegdheid voldoende concreet en bepaald. Daarmee voldoet de toepassing van zijn bevoegdheid om gegevens te vorderen aan de eisen van artikel 8, tweede lid van het EVRM.

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.¹⁰ 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

¹⁰ *Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr 3, p. 83.*

Openbare versie

wettelijke verplichting als bedoeld in artikel 8, onderdeel c van de Wbp¹¹. Artikel 18.7 Tw is in dit verband een soortgelijke wettelijke verplichting, die het verstrekken van persoonsgegevens rechtvaardigt. Het College Bescherming Persoonsgegevens (hierna CBP) bevestigt deze visie van het college (brief van 14 september 2004, CBP kenmerk z2004-1161).

Verhouding bestuursrecht en strafrecht

Het college is zich bewust van de mogelijke bedreigingen van de persoonlijke levenssfeer, maar wijst er op dat de bevoegdheid van artikel 18.7 Tw in veel gevallen voor het college de enige mogelijkheid is om benodigd bewijsmateriaal te verzamelen. Dit in tegenstelling tot verdergaande bevoegdheden van politie en justitie, die andere soms veel ingrijpender vormen van het vergaren van inlichtingen tot hun beschikking hebben. Dat maakt het noodzakelijk om per soort delict vast te leggen, welk soort bevoegdheid kan worden gebruikt om inlichtingen te verkrijgen. Daarnaast wijst het college er op dat handhaving van artikel 11.7 Tw nu eenmaal een bestuursrechtelijke bevoegdheid is, waarvoor een ander wettelijk kader geldt dan het straf(proces)recht.

Belemmeringen door Algemene Voorwaarden

Voor zover belemmeringen bestaan om gegevens te verstrekken als gevolg van mogelijke strijd met Algemene Voorwaarden van aanbieders is het college van mening dat aanbieders in dat geval zélf een bijdrage kunnen leveren om tot een oplossing te komen. In hun Algemene Voorwaarden kunnen zij een bepaling opnemen, waarin zij vastleggen dat gegevens zullen worden verstrekt, voor zover dat noodzakelijk is voor de handhaving van het spamverbod.

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 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

¹¹ P.J.J. van Buuren en T.C. Borman, *Tekst en commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p 248.

Openbare versie

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.

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 afhankelijk van andere partijen om aan de hand van de juiste informatie, waaronder uitdrukkelijk begrepen persoonsgegevens, de identiteit van de overtreder vast te stellen.

In zijn vordering zal het college, voor zover het onderzoek dat toelaat, steeds aangeven waarom de gevraagde gegevens worden opgevraagd. Bovendien geeft het college in zijn vordering aan, waarom hij de gevraagde juist bij de ontvanger van de betreffende vordering opvraagt. Aldus geeft het college inzicht in zijn afweging en beoordeling van de proportionaliteit en subsidiariteit van de informatievordering in het concrete geval.

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

Het college is op grond van de wetsgeschiedenis van mening, dat de overtreder van het spamverbod niet alleen degene is die op de verzendknop drukt.¹² Ook degene die opdracht geeft tot de verzending kan als verzender worden aangemerkt.¹³ 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

¹² *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr 7, p. 41. Artikel 11.7 Tw richt zich tot de verzender van de communicatie ofwel "degene van wie de communicatie afkomstig is", aldus de Minister van Economische Zaken.

¹³ Zoals door het college is bekend gemaakt via onder meer <https://www.spamklacht.nl/asp/overspam/wettelijkverbod.asp>

Openbare versie

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).
- Contracten (kunnen 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

Bovenstaande is geen uitputtende opsomming van gegevens. Bovendien geldt dat niet iedere geadresseerde geacht kan worden te beschikken over deze gegevens. Het college acht het niet mogelijk om op voorhand vast te leggen welke gegevens voor het onderzoek noodzakelijk zijn. Daarnaast kunnen de voor het college noodzakelijke gegevens per onderzoek verschillen. Zoals het college hiervoor reeds heeft gezegd, zal hij in zijn vordering aangeven, waarom hij de betreffende gegevens bij de ontvanger van de vordering opvraagt. Daarbij gaat het college ervan uit, dat gegevens uitsluitend kunnen worden opgevraagd bij instanties, die *redelijkerwijs* kunnen beschikken over de gevraagde gegevens.

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).

Openbare versie

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).¹⁴ 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)

Van wie vraagt het college gegevens en waarom?

Informatievorderingen worden pas toegepast als uit de bij het college beschikbare informatie niet voldoende bewijs kan worden gehaald bij het vaststellen van de overtreding en de identiteit van overtreder.¹⁵ 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 kan het college inlichtingen vorderen, al naar gelang de aard van de

¹⁴ De criteria om de ernst van overtreding van het spamverbod te bepalen heeft het college vastgesteld aan de hand van de in noot boetebeleidsregels OPTA. Op grond daarvan heeft het college verder vastgesteld dat hij in het geval van overtreding van één enkel lid van artikel 11.7 (het spamverbod) minimaal een boete van € 5000,- zal opleggen en maximaal een boete van € 45.000,-. Bij overtreding van meerdere leden van artikel 11.7 Tw kan het college de boete verhogen tot € 90.00,-.

¹⁵ Soms geeft een spambericht zelf al veel informatie. Dan nog kan het echter voor een goede bewijsgaring noodzakelijk zijn deze informatie te verifiëren met behulp van informatievorderingen.

Openbare versie

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). Het valt op voorhand echter niet vast te stellen bij wie welke informatie zal worden gevraagd. Dat bepaalt het college aan de hand van de omstandigheden van het geval.

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 verstrekken¹⁶.

Op welke wijze vraagt het college de gevraagde gegevens op?

Het college zal in alle gevallen de gevraagde gegevens per brief of per fax vorderen. In bijzondere gevallen, waarbij toezichthoudende ambtenaren langsgaan bij een houder van informatie, kan de brief worden overhandigd in plaats van verstuurd. Het college hanteert voor de vordering om informatie een standaardbrief, ondertekend door het daartoe gemandateerde afdelingshoofd, dat verantwoordelijk is voor de activiteiten van het spam toezichtsteam. Als bijlage bij deze beleidsregels heeft het college een voorbeeld van een standaardvordering gevoegd.

Iedere vordering vermeldt een contactpersoon. Bij vragen over de inhoud van de vordering kan de geadresseerde zich wenden tot die contactpersoon via de in de brief vermelde contactgegevens. Bij twijfel over de rechtmatigheid van de vordering kan de geadresseerde zich uiteraard wenden tot het college, in casu de ondertekenaar van de vordering.

Kosten en vrijwaring

Het college zal niet tot vergoeding van gemaakte kosten over gaan omdat het college daarvoor geen specifieke wettelijke grondslag heeft. Ook op basis van artikel 3:4, tweede lid van de Awb (het compenseren van eventuele nadelige gevolgen van zijn handelen) ziet het college geen grond om tot vergoeding van kosten over te gaan. Het college vraagt in alle gevallen om gegevens die in het kader van een normale bedrijfsvoering aanwezig zullen zijn. Van een normaal functionerend bedrijf kan in redelijkheid worden verwacht dat het in staat is om desgevraagd de door het college genoemde gegevens te verstrekken. Ook gaat het niet om een bijzonder groot aantal informatieverzoeken per bedrijf. Naar het oordeel van het college is geen sprake van een onevenredig zware belasting waardoor de "egalité" tussen overheid en burgers daarmee zou zijn verstoord.

¹⁶ 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.

Openbare versie

Evenmin zal het college de bevroegden vrijwaren jegens aanspraken tot vergoeding van geleden schade, die het gevolg is van de verstrekking van gegevens. Aan het college is de wettelijke bevoegdheid tot het vorderen van informatie toegekend. Deze bevoegdheid kan het college alleen uitoefenen op rechtmatige wijze, waarbij OPTA zich als een zorgvuldig handelend bestuursorgaan onder meer dient te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze wettelijke en bestuurlijke kaders en de inhoud van dit voorgenomen beleid bepalen of een verzoek van het college om informatie rechtmatig is. Het voorgaande vormt naar het oordeel van het college voldoende waarborg en is tevens een vrijwaring tegen aansprakelijkstelling jegens diegenen, bij wie het college de informatie opvraagt. Het college zal daarom geen vrijwaring in zijn informatievorderingen opnemen.

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 3 jaar.

Wanneer een onderzoek niet tot het gewenste resultaat leidt, worden de gegevens bewaard. In combinatie met gegevens uit ander spamonderzoek kunnen reeds aanwezige gegevens leiden tot nieuwe inzichten en leiden tot heropening van onderzoek, dat wegens onvoldoende resultaat immers is afgesloten. Het college bewaart deze gegevens maximaal anderhalf jaar en uitsluitend ten behoeve van mogelijk ander spamonderzoek. Deze bewaartermijnen acht het college gerechtvaardigd, gelet op de doorlooptijd van onderzoeken (variërend van zes tot negen maanden) en de periode, waarin klachten binnenkomen over één specifieke verzending van spamberichten (variërend van enkele weken tot meer dan een half jaar). De verwerking van (persoons)gegevens voor het doen van onderzoek naar overtreding van het spamverbod is gemeld bij het 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 verstrekken aan derden. De gegevens die in het kader van het spamonderzoek gevorderd zijn, zullen door het college uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van het onderzoek naar spam.

Wanneer het college gedurende het onderzoek tevens stuit op feiten die wijzen op de overtreding van het (economisch) strafrecht, zal hij daarvan aangifte doen bij de politie. In die gevallen waarin politie of Justitie vervolgens op grond van hun bevoegdheden om nadere inlichtingen zal vragen, zal het college die inlichtingen verstrekken. Verder kan het college op basis van artikel 24, tweede lid, van de Wet OPTA

Openbare versie

informatie verstrekken aan andere instanties die belast zijn met toezichthoudende taken, zoals de FIOD/ECD en het CBP.

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). Dat betekent dat het betreffende document niet of slechts gedeeltelijk openbaar gemaakt zal worden. 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).

Beleidsregels

Op grond van het voorgaande stelt het college de volgende beleidsregels vast:

1. Ten behoeve van het onderzoek naar overtreding van het spamverbod maakt het college voor het opvragen van informatie gebruik van zijn bevoegdheid op grond van artikel 18.7 Tw.
2. Het college baseert zijn vordering op de hiervoor in het beleidsdocument weergegeven overwegingen.
3. In een dergelijke vordering motiveert het college welke gegevens hij opvraagt en wat de reden is dat het college deze gegevens opvraagt bij diegene tot wie de vordering is gericht. Bovendien geeft het college in zijn vordering aan waarom hij in het concrete geval overgaat tot gebruikmaking van zijn bevoegdheid om gegevens te vorderen.
4. Het college zal in beginsel een termijn van vijf werkdagen aanhouden voor de beantwoording van zijn vordering. Bij meer complexe vorderingen om informatie kan het college besluiten tot een langere termijn binnen welke de vordering moet zijn beantwoord. In gevallen waarin spoed is geboden of waarin dit geen probleem oplevert bij de gevraagde partij kan het college de termijn stellen op drie werkdagen.
5. Diegene tot wie de vordering is gericht heeft op grond van artikel 18.7, tweede lid Tw de verplichting om zijn medewerking te verlenen. Het college kan bij niet medewerking overgaan tot het opstellen van een boeterapport en het opleggen van een boete. Wanneer gedurende of na het onderzoek blijkt dat de bevrageerde de in de vordering gevraagde informatie slechts gedeeltelijk heeft verstrekt terwijl hij wel de beschikking had over alle in de vordering gevraagde informatie, kan het college ook besluiten tot het opleggen van een boete wegens niet medewerking.

Bijlage: standaard informatievordering

Aldus besloten te 's Gravenhage op april 2005

Openbare versie

Het college van de ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT.

prof. dr. J.C. Arnbak, voorzitter

Openbare versie

Bijlage: Standaard informatievoeding

Openbare versie

Geadresseerde

Contactpersoon	Ons kenmerk OPTA/EGM/2005/	Uw kenmerk	Doorkiesnummer 070 315 3500
Datum	Onderwerp Informatievordering		Bijlage(n)

Geachte mevrouw, mijnheer,

Op grond van artikel 15.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet is het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) belast met het toezicht op de naleving van het in artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) neergelegde verbod om ongevroegde communicatie te verzenden (kortweg: het spamverbod).

Ten behoeve van de uitvoering van die taak, kan het college op grond van artikel 18.7 van de Telecommunicatiewet en artikel 5:16 van de Algemene wet bestuursrecht van eenieder alle inlichtingen vorderen die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de uitoefening van het toezicht. De houder van deze gegevens is verplicht deze onverwijld ter beschikking te stellen. Het kan daarbij om persoonsgegevens gaan.

Uit artikel 8, onder c, Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) volgt dat deze verstrekking van persoonsgegevens u is toegestaan indien deze noodzakelijk is ter uitvoering van een wettelijke verplichting. De wettelijke verplichting om te verstrekken is neergelegd in artikel 18.7 van de Tw en geeft het college de bevoegdheid om informatie te vorderen die hij nodig heeft in het kader van het toezicht op de naleving van het spamverbod.

Het college heeft aanleiding om te veronderstellen dat de houder van nummer XXXXX betrokken is bij een overtreding van het spamverbod. Op grond van de informatie die het college ter beschikking heeft en gelet op het aantal klachten acht het college gerechtvaardigd nadere informatie op te vragen, teneinde:

- Bijv. de identiteit van de overtreder vast te stellen
- Bijv. de mate van betrokkenheid van voornoemd(e) (rechts)persoon bij de overtreding vast te stellen

Om die reden vordert het college dat u hem de volgende informatie doet toekomen:

Openbare versie

- Bijv. de NAW gegevens van de houder(s) van dit nummer.
- Bijv. Alle contactinformatie die u van deze houder(s) kent, waaronder ook de bankrelatie en het rekeningnummer indien de houder(s) van dit nummer betalingen aan u pleegt/plegen te verrichten.

Het college vordert de gegevens bij u omdat

- Bijv. het voor verzending gebruikte emailadres verwijst naar een bepaalde ISP
- Bijv. de betreffende URL blijkt te worden gehost bij een bepaalde hostingprovider

De informatie waar het college om verzoekt, is noodzakelijk in het onderzoek naar de mogelijke overtreding van het spamverbod omdat

- Bijv. Het college de identiteit van de overtreder met voldoende zekerheid wil vaststellen
- Bijv. Het college op basis van deze gegevens de ernst en de omvang van de overtreding kan vaststellen.

In het belang van de voortgang van het onderzoek vordert het college dat u deze informatie binnen 5 werkdagen toestuurt. Indien u vragen heeft over de bovenstaande vordering van informatie, dan kunt u contact opnemen met de in het briefhoofd vermelde contactpersoon.

Diegene tot wie de vordering is gericht heeft op grond van artikel 18.7, tweede lid Tw de verplichting om zijn medewerking te verlenen. Het college kan bij niet medewerking overgaan tot het opstellen van een boeterapport en het opleggen van een boete. Wanneer gedurende of na het onderzoek blijkt dat de bevrageerde de in de vordering gevraagde informatie slechts gedeeltelijk heeft verstrekt terwijl hij wel de beschikking had over alle in de vordering gevraagde informatie kan het college besluiten tot het opleggen van een boete wegens niet medewerking. Wij wijzen u er bovendien op dat het opzettelijk beletten, belemmeren of verijdelen van deze onderzoekshandeling krachtens artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht strafbaar is. Hieronder valt bijvoorbeeld het publiceren van deze informatievordering.

Hoogachtend,

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
hoofd van de afdeling Eindgebruikersmarkt (plv.)

mr. F.J.G. van der Plas