

Openbaar: 07.0247.22.1.01

Ons kenmerk: OPTA/IPB/2008/200023

Zaaknummer: 07.0247.22.1.01

Datum:

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inhoudende ongegrond verklaring van het bezwaarschrift 07.0247.22.1.01

1 Samenvatting

De heer en mevrouw van Bentem (hierna: Van Bentem) hebben bezwaar gemaakt tegen het afwijzende besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) op het verzoek om een rapport in de zin van artikel 15.8 van de Telecommunicatiewet (hierna: de Tw) op te maken en een last onder dwangsom op te leggen aan de VVD ter zake van overtreding van artikel 11.7 van de Tw. Het college heeft in de Beleidsregels handhaving spam criteria neergelegd op basis waarvan hij besluit of tot een onderzoek wordt overgegaan. Het college heeft onderzocht of de klacht over het e-mailbericht van de VVD aanleiding geeft tot het instellen van een onderzoek naar de mogelijke overtreding van artikel 11.7 van de Tw. Aangezien het college geen andere klachten heeft ontvangen over dit bericht en er ook geen andere redenen zijn om een onderzoek te starten op basis van de criteria neergelegd in het handhavingsbeleid, heeft hij geen aanleiding gezien om een onderzoek te starten. Het college kan niet slechts afgaan op de uitspraken van klagers of, zoals door Van Bentem gesteld, op basis van summier onderzoek een boete opleggen. Het college deelt de stelling van Van Bentem niet dat het beleid zoals dat is vastgesteld, strijdig zou zijn met overweging 47 van de Richtlijn privacy en elektronische communicatie. De heroverweging naar aanleiding van de bezwaren van Van Bentem geven het college geen aanleiding om anders te beslissen dan in het bestreden besluit.

2 Verloop van de procedure

- Bij besluit van 4 september 2007, kenmerk OPTA/IPB/2007/201732, heeft het college het verzoek van Van Bentem om handhavende maatregelen te nemen tegen de VVD afgewezen;
- Bij brief van 16 oktober 2007 heeft Van Bentem bezwaar aangetekend tegen het besluit van het college. Het college heeft de ontvangst hiervan bevestigd bij brief van 18 oktober 2007, kenmerk OPTA/IPB/2007/202175, en daarbij de beslissing op het bezwaarschrift met toepassing van artikel 7:10, derde lid van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) verdaagd met vier weken;
- Bij brief van 19 oktober 2007, OPTA /IPB/2007/202177, heeft het college Van Bentem uitgenodigd om het bezwaarschrift mondeling toe te lichten. De hoorzitting heeft plaatsgevonden op 12 november 2007;
- Bij brief van 20 december 2007, OPTA/IPB/2007/202793, heeft het college met toepassing van artikel 7:10, vierde lid van de Awb beslissing op bezwaar nader uitgesteld tot 25 januari 2008.

3 Feiten

Van Bentem stelt dat hij op 5 maart 2007 een e-mailbericht heeft ontvangen van een kandidaat-lid voor de Provinciale Staten voor de VVD.

Bij brief van 6 maart 2007 heeft Van Bentem de VVD gevraagd om mee te delen of de VVD inderdaad beschikt over de persoonsgegevens en of deze nog door de VVD verwerkt worden. Omdat de VVD niet heeft gereageerd op dit verzoek, is Van Bentem een juridische procedure gestart. Deze procedure, die gaat over de al dan niet rechtmatige verwerking van persoonsgegevens, blijft hier buiten beschouwing.

Ook heeft Van Bentem Consuwijzer benaderd omdat hier naar diens mening ook sprake is van overtreding van het spamverbod, neergelegd in artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), omdat Van Bentem nimmer heeft gevraagd om e-mailberichten van de VVD.

Bij brief van 31 mei 2007 persisteert Van Bentem in het verzoek om handhaving van artikel 11.7 van de Tw en geeft deze aan een besluit op het verzoek te wensen.

4 Het bestreden besluit

Het college heeft bij het besluit van 4 september 2007 het verzoek van de heer en mevrouw W.E. Van Bentem te Garrelsweer om handhavende maatregelen te nemen tegen de VVD afgewezen.

5 Bezwaren

Van Bentem heeft tegen het hiervoor genoemde collegebesluit aangevoerd dat ten onrechte voorbij is gegaan aan het feit dat de overtreding is begaan door een politieke partij en aan de opvattingen van de VVD met betrekking tot de "verkiezingssпам".

Van Bentem heeft ter zitting in het kader van het bezwaarschrift gesteld dat de bij het handhavingverzoek overgelegde gegevens voldoende waren om op zijn minst aannemelijk te doen zijn dat sprake was van een ongevraagd verzonden e-mail. Het had naar zijn mening op de weg van het college gelegen om daar op zijn minst, al was het maar een summier, onderzoek naar te doen, bijvoorbeeld door aan de VVD te vragen of het klopt dat het e-mailbericht van haar afkomstig is. Ter zitting heeft Van Bentem verder aangegeven dat het feit dat het college geen andere klachten heeft ontvangen over het e-mailbericht van de VVD rechtens geen voldoende grondslag voor de bestreden beslissing kan vormen omdat de beslissing van het college niet op het handhavingsbeleid is te baseren. Van Bentem is van mening dat het beleid zoals dat is vastgesteld, in strijd is met overweging 47 van de Richtlijn privacy en elektronische communicatie¹.

6 Juridisch Kader

Op grond van artikel 11.7, eerste lid van de Tw is "het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees [is]

¹ Richtlijn 2002/58/EG

Openbaar besluit 07.0247.22.1.01

uitsluitend toegestaan, indien de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend”.

Artikel 11.7, derde lid van de Tw bepaalt dat “bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld: *de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke berichten kan richten*”.

Volgens het tweede lid van artikel 11.7, van de Tw mag “*een ieder die elektronische contactgegevens voor elektronische berichten heeft verkregen in het kader van de verkoop van zijn product of dienst [mag] deze gegevens gebruiken voor het overbrengen van communicatie voor commerciële doeleinden met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten, mits bij de verkrijging van de contactgegevens aan de klant duidelijk en uitdrukkelijk de gelegenheid is geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van de elektronische contactgegevens, en, indien de klant hiervan geen gebruik heeft gemaakt, hem bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om onder dezelfde voorwaarden verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens...*”.

Artikel 11.8 van de Tw luidt als volgt:

“De toepassing van de artikelen 11.6 en 11.7 is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.”

Artikel 1, aanhef en onder p, van de Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“abonnee: natuurlijk persoon (...) die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.”

Het college is op grond van artikel 15.1, derde lid, van de Tw bevoegd toe te zien op de naleving van artikel 11.7 van de Tw.

Op 2 augustus 2005 zijn de Boetebeleidsregels OPTA² in werking getreden. Als bijlage bij de Boetebeleidsregels is eveneens het Boetebeleid en handhavingsbeleid spam (hierna: handhavingsbeleid spam) vastgesteld. Met dit document verschaft het college inzicht in de criteria op basis waarvan hij overgaat tot het treffen van handhavende maatregelen wanneer het gaat om overtredingen van het spamverbod.

In het handhavingsbeleid spam is voor overtredingen van het spamverbod een prioriteitsstelling bepaald. Aan de hand van criteria wordt bepaald of een gedraging zodanig ernstig is dat moet worden overgegaan tot het instellen van een onderzoek.

² Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Stcr. 2005, nr. 145).

7 Overwegingen

Het college heeft in het bestreden besluit aangegeven in de klacht over het e-mailbericht van de VVD geen aanleiding te zien tot het instellen van een onderzoek naar de mogelijke overtreding van artikel 11.7 van de Tw. Sinds de inwerkingtreding van het spamverbod op 19 mei 2004 heeft het college 35.000 klachten ontvangen via de speciaal hiervoor ingerichte database op de site van www.spamklacht.nl. Het college ziet toe op de naleving van het spamverbod en heeft ten behoeve van een effectieve uitvoering van zijn taak prioriteiten aangebracht in haar werkzaamheden en deze neergelegd in het handhavingsbeleid spam. De prioriteitstelling geschiedt op basis van de volgende in het handhavingsbeleid spam neergelegde, niet cumulatieve, criteria:

- aantallen klachten
- herhaalde overtreding
- meerdere overtredingen
- bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers
- veroorzaakte schade door het bericht volgens Internet service providers en/of hostingproviders
- veroorzaakte schade door het bericht aan eindgebruikers
- aantallen verstuurd berichten.

Aangezien het college geen andere klachten heeft ontvangen over het e-mailbericht van de VVD, is hij in heroverweging van oordeel dat hij op grond hiervan terecht geen aanleiding heeft gezien om een onderzoek te starten.

Het bezwaar dat in de bestreden beslissing ten onrechte voorbij is gegaan aan het feit dat de overtreding is begaan door een politieke partij en aan de opvattingen van de VVD met betrekking tot de "verkiezingssпам".

Het college heeft in het handhavingsbeleid spam onder meer aangegeven dat hij de inhoud van een spambericht niet zelf beoordeelt. Indien uit klachten blijkt dat veel eindgebruikers in bijzondere mate een bericht schadelijk achten, zal dit voor het college eerder aanleiding zijn om tegen de verzender van dit bericht handhavend op te treden.

Het college heeft in het bestreden besluit vastgesteld dat hij geen andere klachten heeft ontvangen over ondervonden schade door het e-mailbericht van de VVD, zodat hij geen aanleiding heeft gezien om een onderzoek te starten. Gelet hierop is er voor het college geen aanleiding om te veronderstellen dat er veel eindgebruikers of abonnees zijn die dit bericht in bijzondere mate schadelijk achten, zodat het college in heroverweging geen aanleiding ziet om op grond hiervan tegen de verzender van dit bericht handhavend op te treden.

Gelet op het vorenstaande verklaart het college het bezwaarschrift op dit punt ongegrond.

Het bezwaar dat de bij het handhavingverzoek overgelegde gegevens voldoende zouden zijn om op zijn minst aannemelijk te doen zijn dat sprake was van een ongevraagd verzonden e-mail en dat het op de weg van het college zou hebben gelegen om daar op zijn minst, al was het maar een summier, onderzoek naar te doen

Het college wijst er op dat bij het handhavend optreden in het kader van spam, het opleggen van bestuursdwang of een last onder dwangsom minder voor de hand ligt. Bestuursdwang en een last

Openbaar besluit 07.0247.22.1.01

onder dwangsom zijn reparatoire sancties, dat wil zeggen dat de sanctie gericht is op het beëindigen van een met de wet strijdige situatie. Omdat in het geval van spam de overtreding op het moment van opleggen van de sanctie over het algemeen is beëindigd, is een reparatoire sanctie minder toepasselijk. Het college doet daarom onderzoek naar de mogelijkheid van het opleggen van een boete als er sprake lijkt te zijn van ernstige overtredingen van artikel 11.7 Tw. Het opleggen van een bestuurlijke boete is een sanctie met een punitief (bestraffend) karakter, hetgeen meebrengt dat aan de bewijsvoering ten aanzien van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit strenge eisen dienen te worden gesteld. Het gaat er dan om op basis van eigen onderzoek met voldoende mate van zekerheid vast te stellen dat het desbetreffende e-mailbericht zonder toestemming naar natuurlijke personen is verzonden. Dit blijkt ook uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 23 mei 2007³. Gelet hierop kan het college niet slechts afgaan op de uitspraken van klagers of op basis van summier onderzoek een boete opleggen. Ten behoeve van een effectieve handhaving van artikel 11.7 van de Tw heeft het college in zijn handhavingsbeleid spam criteria neergelegd op basis waarvan hij besluit of tot een onderzoek wordt overgegaan.

In het vorenstaande heeft het college al geconcludeerd dat hij geen redenen ziet om een onderzoek te starten op basis van de criteria neergelegd in het handhavingsbeleid.

Gelet hierop verklaart het college het bezwaarschrift op dit punt ongegrond.

Het bezwaar dat het beleid zoals dat is vastgesteld is strijd zou zijn met overweging 47 van de Richtlijn privacy en elektronische communicatie

Het college wijst er op dat overweging 47 van de Richtlijn privacy en elektronische communicatie aangeeft dat de nationale wetgeving dient te voorzien in mogelijkheden van beroep op de rechter indien de rechten van de gebruikers en abonnees niet worden geëerbiedigd. Er moet worden voorzien in sancties jegens alle personen, (...) die de in het kader van deze richtlijn genomen nationale maatregelen niet naleven. Artikel 17 draagt de lidstaten vervolgens op om wettelijke en bestuurlijke maatregelen inwerking te doen treden om aan deze richtlijn te voldoen. De nationale wetgever heeft artikel 13 van deze richtlijn geïmplementeerd in artikel 11.7 van de Tw.

De Tw geeft het college de bevoegdheid om op grond van artikel 11.7 van de Tw op te treden tegen spam. Anders dan Van Bentem is het college van oordeel dat noch de Richtlijn privacy en elektronische communicatie noch artikel 11.7 van de Tw er toe leiden dat een absoluut recht bestaat voor natuurlijke personen om verschoond te blijven van ongewenste e-mailberichten of in een absoluut recht op bestraffing van iedere verzending van ongewenste e-mail. Het college is van oordeel dat hij bij de invulling van zijn handhavingsbeleid de ruimte heeft om prioriteiten te stellen op grond waarvan hij beslist of tot onderzoek naar een eventuele overtreding van het spamverbod wordt overgegaan. De memorie van toelichting bij het voorstel voor de vierde tranche van de Awb geeft met zoveel woorden aan dat een bestuursorgaan ervan kan afzien een boete-onderzoek in te stellen, bijvoorbeeld omdat het voor de inzet van de beperkte handhavingcapaciteit andere prioriteiten heeft gesteld⁴. Met het handhavingsbeleid spam heeft het college invulling gegeven aan de ruimte die hij

³ LNJ: BA6377, Rechtbank Rotterdam, TELEC 06/2160, 06/2274 en 06/2275-STRN

⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 702, nr. 3, blz. 128 en 129

Openbaar besluit 07.0247.22.1.01

heeft om artikel 11.7 van de Tw te handhaven. Door de bekendmaking van deze beleidsregels geeft het college inzicht in de criteria op basis waarvan hij besluit tot het treffen van handhavende maatregelen.

Gelet op het vorenstaande deelt het college de stelling van Van Bentem niet dat het beleid zoals dat is vastgesteld is strijd zou zijn met overweging 47 van de Richtlijn privacy en elektronische communicatie en verklaart hij het bezwaarschrift op dit punt ongegrond.

Conclusie

Naar het oordeel van het college is in het bestreden besluit terecht geconcludeerd dat hij geen aanleiding ziet om een onderzoek te starten aangezien hij geen andere klachten heeft ontvangen over het e-mailbericht van de VVD en er ook geen andere redenen zijn om een onderzoek te starten op basis van de criteria neergelegd in het handhavingsbeleid. De heroverweging naar aanleiding van de bezwaren van Van Bentem geven op grond van het vorenstaande naar het oordeel van het college geen aanleiding om anders te beslissen dan in het bestreden besluit.

8 Besluit

Het college verklaart het bezwaar van Van Bentem tegen zijn besluit van 4 september 2007(kenmerk OPTA/IPB/2007/201732) ongegrond.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Hoofd afdeling Consument, Nummers en Bestuur,

drs. D.L. Braal-Verhoog

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij de Rechtbank Rotterdam.

Het postadres is: Rechtbank Rotterdam, sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van de Rechtbank, telefonisch bereikbaar op (010) 297 12 34.