



Rapport

Datum: 27 april 2006

Rapportnummer: 2006/170

Klacht

Verzoeker, eigenaar van een onderneming, klaagt erover dat het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) zijn verzoek van 21 september 2004 om vergoeding van de schade die naar hij stelt is ontstaan in het kader van het toezicht op de naleving van de Telecommunicatiewet op 10 september 2004, heeft afgewezen.

Beoordeling

Algemeen

Spam is het hedendaagse fenomeen van ongevraagde post en reclame die wordt verzonden via het internet of een ander elektronisch kanaal. De ontvangst van spam wordt over het algemeen als ongewenst en in strijd met de regels ter bescherming van de persoonsgegevens beschouwd. Om spam tegen te gaan is regelgeving in het leven geroepen (artikel 13 van richtlijn 2002/58/EG en artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet, (het zogenoemde spamverbod); de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) is belast met het toezicht op de naleving van de Telecommunicatiewet (zie Achtergrond.).

I. Bevindingen

1. Op 10 september 2004 voerden onderzoekers van de OPTA een controle uit bij verzoekers onderneming. De controle hield verband met het mogelijk door verzoekers onderneming verspreiden van spam.

Verzoekers en een stagiair waren gedurende de controle gedeeltelijk aanwezig. Twee onderhuurders van verzoeker waren tijdens de controle aanwezig in het pand.

3. Bij brief van 21 september 2004 klaagde verzoeker er bij het College van de OPTA onder meer over dat tengevolge van de controle aan twee van zijn computers schade was ontstaan. Hij liet daarbij het volgende weten: "Bij een computer was uitsluitend de kast dichtgeschroefd zonder de harde schijf opnieuw aan te sluiten terwijl bij de andere computer geen besturing door muis en toetsenbord meer mogelijk was. Dit terwijl direct vóór de inval alles nog naar behoren heeft gewerkt". Hij verzocht het College om vergoeding van de schade.

4. Op 27 oktober 2004 vond naar aanleiding van verzoekers klacht een hoorzitting plaats voor de klachtadviescommissie van de OPTA. Op de zitting waren de onderzoekers die de controle hadden uitgevoerd aanwezig, waaronder de zogenoemde digitaal deskundige. Verzoeker was niet aanwezig; hij had tevoren aangegeven dat hij niet bij de zitting aanwezig zou zijn. Van de hoorzitting werd een verslag gemaakt. Uit dit verslag blijkt het

volgende. Ten aanzien van de in verzoekers onderneming aangetroffen computers, deelde de digitaal deskundige onder meer mee, dat bij aanvang van een controle de stroomvoorziening van de computersystemen wordt afgesloten. “Wij halen dan vervolgens (...) over het algemeen de harde schijven los”. Bij verzoekers onderneming was dit echter niet gebeurd, omdat een aantal systemen in oude staat verkeerden. “We hebben de harde schijven in de originele kasten laten zitten, we hebben alleen de kabels losgehaald en daar aparte apparatuur op aangesloten”, aldus de digitaal deskundige. Na afloop van een controle wordt volgens hem altijd gecontroleerd of alles weer naar behoren was teruggeplaatst. “Daarin wordt ook altijd gecontroleerd of de harde schijf herkend wordt in de BIOS. Als de harde schijf herkend wordt, is de aansluiting ook goed”, zo verklaarde hij verder. Daarnaast gevraagd door een lid van de klachtadviescommissie verklaarde de digitaal deskundige verder, dat nadat de computers waren dichtgemaakt, ze alle opnieuw waren opgestart om te zien of ze nog werkten.

De digitaal deskundige ontkende hetgeen verzoeker in zijn klachtschrift had gesteld ten aanzien van de staat van de beschadigde computers. Dat bij één computer uitsluitend de kast was dichtgeschroefd zonder de harde schijf opnieuw aan te sluiten, klopte in zijn beleving “echt niet”. Dat bij de ander geen besturing door muis en toetsenbord meer mogelijk was, was volgens hem getest. Hij gaf op dit punt nog aan, dat bij de controle één computersysteem zonder muis en toetsenbord was aangetroffen, een zogenoemde server. Volgens hem was het mogelijk, dat indien op dit systeem later wel een toetsenbord en muis waren aangesloten, dit wellicht niet zou werken.

5. Op 28 oktober 2004 zond verzoeker de klachtadviescommissie de verklaringen van zijn stagiair en van de twee huurders dat de computers vóór de controle naar behoren werkten maar ná de controle niet meer.

6. Gelet op de tegenstrijdigheid tussen deze verklaring en de verklaringen van de bij de controle aanwezige medewerkers van de OPTA, nodigde de klachtadviescommissie verzoeker op 3 november 2004 uit voor een tweede hoorzitting. Verzoeker gaf hieraan geen gehoor.

7. Bij brief van 11 januari 2005 handelde het college verzoekers klacht af. In de brief liet het college weten dat de klachtadviescommissie had geconstateerd, dat de verklaringen van verzoeker, diens stagiair en diens huurders in tegenspraak waren met hetgeen door de betrokken onderzoekers tijdens de hoorzitting was verklaard. Gelet hierop had de commissie het noodzakelijk geacht om in een persoonlijk onderhoud zowel met verzoeker als de betrokken onderzoekers te spreken over hetgeen tijdens de controle was gebeurd. Zo hadden beide partijen (direct) op elkaars verklaringen kunnen reageren en hadden vragen van de commissie daarover (direct) kunnen worden beantwoord. Omdat verzoeker noch zijn getuigen waren verschenen, had de commissie advies moeten uitbrengen op basis van verzoekers klaagschrift, de ingediende verklaringen en de informatie die was verkregen tijdens de hoorzitting van 28 oktober 2004. Die basis was voor de commissie

onvoldoende gebleken om de juistheid van hetgeen door verzoeker was gesteld te kunnen verifiëren en voor een vergoeding van de gestelde schade zag de klachtadviescommissie geen reden, aldus het college. Het college onderschreef de bevindingen en de conclusies en achtte geen gronden aanwezig voor enigerlei vorm van schadevergoeding.

8. In reactie op de klacht bij de Nationale ombudsman bleef tijdens het onderzoek het College van de OPTA bij dit standpunt.

Zij liet daarbij weten dat (nogmaals) contact was opgenomen met de onderzoeker die verantwoordelijk was geweest voor de controle op 10 september 2004. Hetgeen betrokken onderzoeker had verklaard vormde geen aanleiding voor een wijziging van het ingenomen standpunt, aldus het college.

II. Beoordeling

9. In een geval als dit, waarin een klacht over een besluit van een bestuursorgaan tot afwijzing van een verzoek om schadevergoeding niet kan worden onderworpen aan het oordeel van de bestuursrechter, is de Nationale ombudsman bevoegd die klacht te onderzoeken en te beoordelen, maar stelt hij zich terughoudend op en toetst deze aan het redelijkheidsvereiste. In zo'n geval is immers de burgerlijke rechter de instantie die bij uitsluiting bevoegd is om bindend te beslissen over de vraag of, op grond van bepalingen van burgerlijk recht, het betrokken bestuursorgaan is gehouden om de gestelde schade te vergoeden.

10. Het redelijkheidsvereiste houdt in dat bestuursorganen de in het geding zijnde belangen tegen elkaar afwegen en dat de uitkomst hiervan niet onredelijk is.

11. Wat betreft de gehoudenheid tot schadevergoeding brengt het redelijkheidsvereiste met zich mee dat een bestuursorgaan mag weigeren om financiële aansprakelijkheid voor ontstane schade te aanvaarden indien het op goede gronden zijn aansprakelijkheid betwist. In dat geval kan het bestuursorgaan het aan de burger overlaten om vragen betreffende de onrechtmatigheid van het handelen aan het oordeel van de burgerlijke rechter te onderwerpen. Dit is slechts anders indien de gronden en de overwegingen waarop de betwisting van de aansprakelijkheid berust, zo evident onjuist zijn dat het bestuursorgaan in redelijkheid niet tot deze beslissing had kunnen komen. In dat geval is de afweging van het belang van het bestuursorgaan bij betwisting van de aansprakelijkheid tegenover het belang van de burger bij schadevergoeding in strijd met het redelijkheidsvereiste.

12. Het college van de OPTA heeft het verzoek om schadevergoeding afgewezen met als argument dat hetgeen verzoeker had gesteld, niet kon worden geverifieerd. In feite betekent dit dat het college van mening was dat verzoeker onvoldoende aannemelijk had gemaakt dat hij schade had geleden. Het college overwoog daarbij dat, naar de

klachtadviescommissie had vastgesteld, de verklaringen van de bij het onderzoek betrokken onderzoekers lijnrecht stonden tegenover de verklaringen van verzoeker, diens stagiair en diens onderhuurders en verzoeker had geweigerd gehoor te geven aan het verzoek van de klachtadviescommissie om tijdens een hoorzitting zijn klacht nader toe te lichten en op eventuele vragen in te gaan. De Nationale ombudsman acht, gelet op deze overwegingen van het college, de afwijzing van de schadeclaim niet zo evident onjuist dat deze in strijd moet worden geacht met het redelijkheidsevereiste.

De onderzochte gedraging is behoorlijk.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, is niet gegrond.

Onderzoek

Op 4 februari 2005 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van de heer M. te Hilversum, met een klacht over een gedraging van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA).

Naar deze gedraging werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd het College van de OPTA verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

Vervolgens werd verzoeker in de gelegenheid gesteld op de verstrekte inlichtingen te reageren.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

De reactie van het college van de OPTA gaf geen aanleiding het verslag aan te vullen.

Verzoeker gaf binnen de gestelde termijn geen reactie.

Informatieoverzicht

De bevindingen van het onderzoek zijn gebaseerd op de volgende informatie:

1. Brieven van verzoeker aan het College van de OPTA van 21 september 2004 en 28 oktober 2004 met bijlagen;

2. Verslag van de hoorzitting van de klachtadviescommissie van de OPTA die plaatsvond op 27 oktober 2004;
3. Brief van het College van de OPTA aan verzoeker van 11 januari 2005;
4. Brieven van verzoeker aan de Nationale ombudsman van 4 februari 2005 en 9 september 2005;
5. Brieven van het College van OPTA aan de Nationale ombudsman van 29 juli 2005;

Bevindingen

Zie onder Beoordeling.

Achtergrond

1. Artikel 13 van de **Richtlijn 2002/58/EG** van het Europees parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie:

“Ongewenste communicatie

1. Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst (automatische oproepapparaten), fax of e-mail met het oog op direct marketing kan alleen worden toegestaan met betrekking tot abonnees die daarin vooraf hebben toegestemd.

2. Onverminderd lid 1 kan een natuurlijke of rechtspersoon die van zijn klanten elektronische contactgegevens voor elektronische post verkrijgt in het kader van de verkoop van een product of een dienst (...) die elektronische contactgegevens gebruiken voor direct marketing van eigen gelijkaardige producten of diensten mits de klanten duidelijk en expliciet de gelegenheid wordt geboden kosteloos en op gemakkelijke wijze bezwaar te maken tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens bij het verzamelen ervan en, ingeval de klant zich in eerste instantie niet tegen dat gebruik heeft verzet, bij elke boodschap.

3. De lidstaten nemen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat, zonder kosten voor de abonnee, ongevraagde communicatie met het oog op direct marketing in andere dan de in de leden 1 en 2 genoemde gevallen niet toegestaan is zonder toestemming van de betrokken abonnees, of ten aanzien van abonnees die dergelijke communicatie niet wensen te ontvangen, waarbij de keuze tussen deze mogelijkheden door de nationale wetgeving wordt bepaald.

4. Het is in ieder geval verboden elektronische post met het oog op direct marketing te verzenden waarbij de identiteit van de afzender namens wie de communicatie plaatsvindt wordt gemaskeerd of verborgen of zonder dat een geldig adres wordt vermeld waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.

5. De leden 1 en 3 gelden voor abonnees die natuurlijke personen zijn. De lidstaten zorgen er, in het kader van het Gemeenschapsrecht, en het toepasselijk nationaal recht tevens voor dat de rechtmatige belangen van andere abonnees dan natuurlijke personen met betrekking tot ongewenste communicatie voldoende zijn beschermd.”

2. **Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit** (Wet van 22 april 2004, Stb. 189)

Artikel 15:

“Het college heeft tot taak:

a. het houden van toezicht op de naleving van de bepalingen van:

(...)

2°. de Telecommunicatiewet, voorzover deze taak bij artikel 15.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet aan het college is toebedeeld;

(...)

b. het verrichten van de taken en het uitoefenen van de bevoegdheden die in de Telecommunicatiewet aan het college zijn opgedragen.”

3. **Telecommunicatiewet** (Wet van 19 oktober 1998, Stb. 610)

Artikel 11.7:

“1. 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 uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, onverminderd hetgeen is bepaald in het tweede lid.

2. 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, ideële of charitatieve 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 die 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 verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Artikel 41, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens is van overeenkomstige toepassing.

3. Bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld:

- a. de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en
- b. een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.

4. Het gebruik van andere dan de in het eerste lid bedoelde middelen voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is toegestaan, tenzij de desbetreffende abonnee te kennen heeft gegeven dat hij communicatie waarbij van deze middelen gebruik wordt gemaakt, niet wenst te ontvangen en indien de abonnee bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Aan de abonnee worden in dat geval geen kosten in rekening gebracht van voorzieningen waarmee wordt voorkomen dat hem een ongevraagde communicatie wordt overgebracht.”

Artikel 15.1, derde lid:

“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.”