

# Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2010/201374\_OV

Zaaknummer: 10.0131.37

Datum:

## **Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 15.4 juncto artikel 15.10 van de Telecommunicatiewet tot het opleggen van een boete ter zake van overtredingen van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (spamverbod).**

### **1. Samenvatting**

1. Dit besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) is gebaseerd op artikel 15.4, vierde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Met dit besluit stelt het college een aantal overtredingen vast waarvoor hij een boete oplegt met een totaalbedrag van € 550.000. De boete wordt opgelegd aan SD&P Interactive B.V. (hierna: SD&P). Deze boete wordt opgelegd voor herhaalde, meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.<sup>1</sup> Voor deze overtredingen legt het college boetes op van respectievelijk € 150.000, € 200.000 en € 200.000 .
2. Aanleiding tot het onderhavige besluit vormt het rapport zoals op 10 februari 2010 is opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: het onderzoeksrapport).
3. De geconstateerde overtredingen bestonden eruit dat SD&P ongevraagde SMS-berichten hebben verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee. Daarbij was in een gedeelte van de SMS-berichten geen geldig postadres vermeld, waaraan een ontvanger van het SMS-bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten.
4. In dit besluit gaat het college in het navolgende eerst in op de achtergrond en verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het onderzoeksrapport (paragraaf 3) en de feiten (paragraaf 4). Vervolgens wordt een weergave gegeven van de zienswijze van SD&P (paragraaf 5), het juridisch kader (paragraaf 6) en de overwegingen van het college (paragraaf 7). In de daarop volgende paragrafen wordt ingegaan op de ernst en duur van de overtredingen alsmede de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf 8 en 9). Tenslotte volgt het dictum (paragraaf 10).

---

<sup>1</sup> Per 1 juli 2009 is artikel 11.7, derde lid, Tw vernummerd tot artikel 11.7, vierde lid, Tw door de Wet van 13 november 2008 tot wijziging van de Telecommunicatiewet verband houdende met de instelling van een antenneregister, de uitbreiding van het verbod op het verzenden van ongevraagde elektronische communicatie alsmede regeling van diverse andere onderwerpen. *Stb.* 2008, nr. 525. Daar alle overtredingen hebben plaatsgevonden vóór 1 juli 2009 zal in het boetebesluit – net zoals in het onderzoeksrapport – steeds worden verwezen naar artikel 11.7, derde lid, Tw.

## **Besluit Openbaar**

### **2. Achtergrond en verloop van de procedure**

#### **2.1 Onderzoek**

5. Vanaf 29 maart 2007<sup>2</sup> zijn via de website <www.spamklacht.nl> honderden klachten ingediend over SMS-berichten verstuurd door het bedrijf SD&P.
6. In 2009 hebben toezichthoudend ambtenaren van het college onderzoek gedaan naar SD&P vanwege een vermoeden van het mogelijk in strijd handelen met artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, Tw.
7. In het kader van het onderzoek hebben toezichthoudend ambtenaren op 21 april 2009 tijdens een controle op locatie inzage gevorderd in analoge en digitale gegevensdragers in het bedrijfspand van SD&P. Op dezelfde dag hebben toezichthoudend ambtenaren van het college gesprekken gevoerd met beide bestuurders van SD&P, de heer [A] (hierna: [A]) en de heer [B] (hierna: [B]).<sup>3</sup>
8. Naar aanleiding van de bevindingen uit het onderzoek heeft een toezichthoudend ambtenaar van het college op 10 februari 2010 een onderzoeksrapport opgesteld, dat op dezelfde datum per aangetekende post<sup>4</sup> aan SD&P en haar gemachtigde is toegezonden.

#### **2.2 Last onder dwangsom**

9. De resultaten uit het voornoemde onderzoek naar de gedragingen van SD&P hebben reeds geleid tot de oplegging van een last onder dwangsom. SD&P heeft het college verzocht deze procedure en de door haar in deze procedure naar voren gebrachte standpunten te betrekken bij het nemen van het onderhavige besluit. Het verloop van deze last onder dwangsom procedure luidt in het kort als volgt:
10. Naar aanleiding van zijn bevindingen tijdens de controle op locatie heeft het college geconstateerd dat een deel van de door SD&P verstuurd berichten geen geldige afmeldmogelijkheid bevatte zoals vereist door artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Het college heeft SD&P daarop per brief van 29 april 2009 geïnformeerd over zijn voornemen om een last onder dwangsom op te leggen wegens overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw met betrekking tot het ontbreken van een geldige afmeldmogelijkheid in de door haar verzonden berichten. SD&P heeft hierop haar zienswijze gegeven.
11. Op 11 mei 2009<sup>5</sup> heeft het college zijn besluit tot het opleggen van de last onder dwangsom aan SD&P bekend gemaakt. Tegen dit besluit is door SD&P bezwaar ingediend. Tevens heeft SD&P een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening ingediend bij de Voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb). Dit verzoek is ter zitting behandeld op 22 september 2009.

---

<sup>2</sup> Onderzoeksrapport randnummer 60.

<sup>3</sup> Onderzoeksrapport randnummer 9.

<sup>4</sup> Onderzoeksrapport overtreding artikel 11.7 van de Tw SD&P - bijlage bij brief met kenmerk OPTA/ACNB/2010/200591.

<sup>5</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2009/201072.

## **Besluit Openbaar**

12. Bij uitspraak van 30 september 2009<sup>6</sup> heeft de voorzieningenrechter de gevraagde voorziening toegewezen en de opgelegde last geschorst tot zes weken nadat op het bezwaar van SD&P is beslist. In zijn uitspraak van 30 september 2009 oordeelt de voorzieningenrechter dat sprake is van een gesloten overeenkomst tussen SD&P en haar abonnees; de voorzieningenrechter is van mening dat het college niet bevoegd is om de rechtsgeldigheid van de (totstandkoming) van voornoemde overeenkomst te beoordelen en dat het college daarom moet uitgaan van de rechtsgeldigheid van die overeenkomst. De voorzieningenrechter stelt voorts naar haar voorlopig oordeel vast dat het commerciële karakter van de berichten in de last onder dwangsom niet is komen vast te staan.
13. Het college heeft kennis genomen van de uitspraak van de voorzieningenrechter. Naar aanleiding van de uitspraak heeft het college zijn standpunt, met betrekking tot op grond van welke bevoegdheid het college de last onder dwangsom had opgelegd, nader toegelicht in zijn beslissing op bezwaar. Het college heeft op 3 december 2009<sup>7</sup> zijn beslissing op bezwaar genomen en de bezwaren van SD&P ongegrond verklaard.
14. In de beslissing op bezwaar heeft college expliciet benoemd waarom een overeenkomst tussen een verzender en ontvanger van een bericht niets af doet aan het feit dat communicatie binnen het kader van een overeenkomst ongevraagd kan zijn en in het bijzonder waarom de door SD&P binnen de overeenkomst verstuurd berichten geen gevraagde communicatie betreffen. Ook heeft het college nader onderbouwd waarom de door SD&P verzonden berichten een commercieel karakter hebben.
15. Op basis van voornoemde onderbouwing en met inachtneming van de uitspraak van de voorzieningenrechter heeft het college derhalve ook in zijn beslissing op bezwaar geoordeeld dat SD&P te allen tijde een geldige afmeldmogelijkheid in de door haar verzonden SMS-berichten dient te bieden.
16. Tegen de beslissing op bezwaar heeft SD&P beroep ingesteld bij het CBb. Op verzoek van SD&P is er op 11 januari 2010 besloten de last onder dwangsom op te schorten tot door het CBb op deze zaak in beroep is beslist. Het nader onderbouwde standpunt in de beslissing op bezwaar is daarmee in de beroepsprocedure niet getoetst door de voorzieningenrechter van het CBb.
17. Naar verwachting zal de beroepsprocedure eind 2010 dienen. In paragraaf 7.2 en 7.3 gaat het college nader in op de uitspraak van de voorzieningenrechter in relatie tot de in het boeterapport geconstateerde overtredingen.

### **3. Het onderzoeksrapport**

18. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 10 februari 2010. In het onderzoeksrapport stelt de toezichthoudend

---

<sup>6</sup> Voorzieningenrechter van het CBb 30 september 2009, LJN: BJ9068.

<sup>7</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2009/202877.

## Besluit Openbaar

ambtenaar van het college op basis van zijn onderzoek vast dat SD&P meerdere malen het zogenoemde spamverbod, zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw<sup>8</sup> en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw<sup>9</sup> heeft overtreden in de periode van 6 november 2006 tot en met 21 april 2009<sup>10</sup>.

19. SD&P is een aanbieder van mobiele telefoon- en internetdiensten. Het onderzoek heeft zich specifiek gericht op betaalde SMS-abonnementsdiensten van SD&P. Ten behoeve van deze abonnementsdiensten stuurt SD&P (gratis) Mobile Terminated SMS-berichten<sup>11</sup> (hierna: aanmeldberichten) en tevens (betaalde) Premium Rate SMS-berichten<sup>12</sup> (hierna: vervolgberichten).
20. De overtredingen houden het volgende in: SD&P heeft op grote schaal aanmeldberichten verzonden aan de mobiele nummers van abonnees die als natuurlijke personen een overeenkomst hebben met aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten. Deze berichten zijn verzonden met commerciële doeleinden zonder dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend; SD&P stuurt deze berichten naar mobiele nummers die zij heeft verkregen door invoering daarvan op haar website. Bij het invoeren van een mobiel nummer op de website van SD&P voert zij echter geen enkele authenticatie of controle uit waardoor vast komt te staan dat degene die het mobiele nummer invoert ook de houder is van dat betreffende nummer.<sup>13</sup>
21. Tevens heeft SD&P met commerciële doeleinden op grote schaal vervolgberichten verzonden aan de mobiele nummers van abonnees die als natuurlijke personen een overeenkomst hebben met aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten. Van voorafgaande toestemming voor verzending van de zogenaamde vervolgberichten is evenmin sprake omdat SD&P onvoldoende informatie geeft over de aard en inhoud van de daaropvolgend te verzenden berichten. Uit het onderzoek blijkt dat deze vervolgberichten tevens niet over een geldige afmeldmogelijkheid beschikken.
22. In het onderzoeksrapport verklaart de toezichthoudend ambtenaar dat zijn oordeel ten aanzien van de overtredingen onder meer is gebaseerd op digitaal forensisch onderzoek naar de informatie die is gevorderd bij SD&P en de informatie die is gevorderd bij verschillende andere partijen.<sup>14</sup>
23. De toezichthoudend ambtenaar verklaart verder dat SD&P gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid om haar zienswijze op het feitencomplex kenbaar te maken maar dat dit – na onderzoek – niet tot andere conclusies heeft geleid.

---

<sup>8</sup> Onderzoeksrapport randnummer 121.

<sup>9</sup> Onderzoeksrapport randnummer 122.

<sup>10</sup> Onderzoeksrapport randnummer 61.

<sup>11</sup> Onderzoeksrapport randnummer 62.

<sup>12</sup> Onderzoeksrapport randnummer 32.

<sup>13</sup> Onderzoeksrapport randnummer 55.

<sup>14</sup> Onderzoeksrapport randnummer 12.

## Besluit Openbaar

24. Tenslotte concludeert de toezichhoudend ambtenaar dat SD&P de volgende wetsartikelen heeft overtreden:
- SD&P heeft gedurende de periode van 6 november 2006 tot en met 21 april 2009 zowel bij de verzending van de aanmeldberichten als bij de verzending van vervolgeberichten artikel 11.7, eerste lid, Tw overtreden.
  - SD&P heeft gedurende de periode 6 november 2006 tot en met 21 april 2009 bij de verzending van vervolgeberichten artikel 11.7, derde lid, Tw overtreden.

### 4. Feiten

#### 4.1 De rechtspersoon SD&P

25. SD&P Interactive BV is op 14 februari 2006 opgericht door [A] en [B] met als bedrijfsomschrijving: (groot)handel in ongeregelde goederen en het aanbieden van mobiele telefoon- en internetdiensten. SD&P is gevestigd aan de Halstraat 31B te Breda. Sinds de oprichting zijn [A] en [B] bestuurder van de vennootschap.<sup>15</sup>
26. SD&P is een zogenaamde content provider. Uit de gedragscode SMS-dienstverlening<sup>16</sup> volgt dat dit “[...] een leverancier is van de inhoud van de SMS-dienst die aan de Eindgebruiker wordt verleend.”. SD&P beschrijft haar eigen diensten als content provider als volgt: *“Daarbij gaat het zowel om mobiele contentdiensten waarbij abonnees tegen betaling van de periodiek verschuldigde abonnementsvergoeding recht hebben op een nieuwe selectie van ringtones, wallpapers, games en videos of een combinatie daarvan, als om mobiele communicatiediensten die abonnees tegen betaling van de periodiek verschuldigde abonnementsvergoeding in staat stellen, mobiel met anderen te chatten of tegen een gereduceerd tarief te SMS-en.”*<sup>17</sup>

#### 4.2 Gedragingen van SD&P

27. SD&P biedt diensten aan onder de namen Yamtalk en MT50 (MobileFun) via diverse shortcodes<sup>18</sup>, waaronder de codes 4269 en 9988. Het betreft hier diensten waarbij SD&P afnemers tegen betaling via de mobiele telefoon in staat stelt mobiel te chatten of tegen een gereduceerd tarief SMS-berichten te versturen.<sup>19</sup>
28. SD&P maakt voor het versturen van de berichten gebruik van twee ketenpartners, te weten Mobile Bridges als service partner<sup>20</sup> en Mobilion als gateway<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Uittreksel uit het handelsregister van de Kamers van Koophandel.

<sup>16</sup> De SMS-Gedragscode is beschikbaar op <www.smsgedragscode.nl> en wordt daar omschreven als: *“De SMS-Gedragscode bevat een groot aantal regels waar de partijen in de sector zich aan moeten houden. Die regels variëren van eisen aan de afkortingen die mogen worden gebruikt in reclames, tot aan de gegevens die via deze website beschikbaar moeten worden gesteld.”*

<sup>17</sup> Brief SD&P/OPTA – reactie feitencomplex 08.0110.29 met kenmerk OPTA/ACNB/2010/100353, p. 3.

<sup>18</sup> Een shortcode is het verkorte nummer waarop een SMS-dienst wordt aangeboden. Dit is geen nummer dat volgens een nummerplan wordt uitgegeven, maar middels een door de markt zelf ontwikkelde techniek.

<sup>19</sup> Onderzoeksrapport randnummer 32.

<sup>20</sup> Een service provider is de aanbieder van openbare mobiele telecommunicatiediensten op het elektronische communicatienetwerk van een derde partij via wiens netwerk eindgebruikers SMS-diensten kunnen afnemen. (Bron: Gedragscode SMS-dienstverlening)

<sup>21</sup> Een gateway is een aanbieder die met de verschillende operators een overeenkomst heeft gesloten ten behoeve van het leveren cq. doorgeleiden van SMS-diensten aan eindgebruikers. (Bron: Gedragscode SMS-dienstverlening)

## Besluit Openbaar

29. De levering van deze diensten vindt gedeeltelijk plaats door verzending van SMS-berichten. De incasso van de verschuldigde vergoeding voor de levering van deze diensten vindt bij deze vorm van dienstverlening plaats door middel van het verzenden van meerdere (Premium Rate) SMS-berichten tegen een tarief van € [xxx] per bericht.<sup>22</sup>
30. De dienst van SD&P valt op te delen in twee fasen: het verzenden van aanmeldberichten en het verzenden van vervolgbberichten.

### 4.2.1 Verzenden van aanmeldberichten

31. SD&P biedt haar diensten aan met tussenkomst van websites van derden, de affiliates<sup>23</sup>. Via de zogenaamde affiliate websites worden op de website van SD&P onder andere eenvoudige spelletjes aangeboden waarbij prijzen kunnen worden gewonnen. De affiliate website<sup>24</sup> verwijst de bezoeker door naar een landingspage van SD&P waar men deel kan nemen aan het spel. De landingpages worden beheerd en onderhouden door of in opdracht van SD&P en zijn specifiek voor de verschillende acties van SD&P.<sup>25</sup>
32. Na deelname aan het spel kan men een prijs winnen. Om de prijs te kunnen winnen, moet de deelnemer een mobiel nummer invoeren op de landingspage. Daarna zal SD&P geheel geautomatiseerd een (gratis) Mobile Terminated aanmeldbericht versturen naar het ingevoerde mobiele nummer (hierna: de ontvanger). Een voorbeeld van een dergelijk aanmeldbericht is<sup>26</sup>:
- “Je zit in de finale! sms nu WIN ON naar 9988 en maak kans op de Apple laptop. Stop: win uit naar 9988. Info: www.yamtalk.com Is een abonnementsdienst 9E/wk”*
33. SD&P heeft (variaties op) bovenstaande bericht in totaal 1.429.424 keer<sup>27</sup> verstuurd, waarbij SD&P de ontvanger onder andere diverse populaire luxe goederen in het vooruitzicht stelt bij deelname aan een spel.
34. Indien de ontvanger niet (tijdig) reageerde, verstuurd SD&P hetzelfde bericht vaak nog een keer.
35. Op het invullen van een 06-nummer op een landingspage volgde geen procedure waarmee vast kwam te staan dat de ontvanger van het SMS-aanmeldbericht de website werkelijk heeft bezocht en zelf zijn eigen mobiele nummer via de website had ingevoerd.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> Onderzoeksrapport randnummer 32.

<sup>23</sup> Een affiliate is diegene die een campagne van een adverteerder op zijn website plaatst. De adverteerder betaalt aan de affiliate een vergoeding voor elk verkocht product, of bijvoorbeeld voor elk adres dat via die website wordt verkregen.

<sup>24</sup> Bijvoorbeeld de website <www.gratisprijsvraag.nl>.

<sup>25</sup> Onderzoeksrapport randnummer 30.

<sup>26</sup> Een lijst met voorbeelden staat op de digitale bijlage Unieke\_MT\_Flat\_Rate\_met\_Shortcode.xls bij het onderzoeksrapport.

<sup>27</sup> Onderzoeksrapport randnummer 103.

<sup>28</sup> Onderzoeksrapport randnummer 49.

## Besluit Openbaar

### 4.2.2 Verzenden van vervolgerberichten

36. Als de ontvanger van een aanmeldbericht de daarin gegeven instructie opvolgde en een bevestigend Mobile Originated SMS-bericht terug stuurde<sup>29</sup>, beschouwde SD&P dit teruggestuurde bericht als het zich abonneren op de desbetreffende SMS-abonnementdienst.
37. Vervolgens verstuurde SD&P wekelijks een aantal betaalde SMS-berichten naar dit mobiele nummer. Een voorbeeld van een dergelijk vervolgerbericht is:

*“Veel plezier met een extra week msn op je mobiel. Maak er gebruik van!”*

38. SD&P heeft bovenstaand bericht ruim 9 miljoen<sup>30</sup> keer verstuurd. Een ontvanger van deze berichten betaalde € [xxx] per ontvangen bericht. SD&P verzond een veelvoud van deze berichten aan de ontvanger per week, waardoor de ontvanger enkele euro's per week betaalde voor deze dienst.
39. In de vervolgerberichten bood SD&P de ontvanger geen geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kon richten.

### 4.2.3 Verzenden van afmeldberichten

40. Indien een ontvanger van een SMS-abonnementdienst niet langer van deze dienst gebruik wilde maken, kon een gebruiker zich afmelden voor deze dienst. Bij de abonnementen van SD&P was dit mogelijk door het versturen van een SMS met daarin de door SD&P hiervoor vereiste afmeldcode, die vermeld stond in de aanmeldberichten. SD&P verstuurde als reactie hierop een bevestiging in de vorm van een Premium Rate SMS-bericht. De ontvanger betaalde hiervoor € [xxx].

## 5. Zienswijze van SD&P

41. Op 15 maart 2010 heeft ten kantore van het college een hoorzitting plaatsgevonden waar [A] en [B] in het bijzijn van hun gemachtigde, de heer mr. R.D. Chavannes, een mondelinge zienswijze op het rapport hebben ingediend. Ten behoeve van haar zienswijze heeft SD&P voorts op 5 maart 2010<sup>31</sup> een aantal nadere stukken ingediend. SD&P is van mening dat de door het college geconstateerde overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, Tw verwijten betreffen die feitelijk en juridisch misplaatst zijn én dat er geen aanleiding bestaat voor het opleggen van enige boete. Kort en zakelijk weergegeven voert SD&P daarvoor het volgende aan.
42. SD&P heeft uitsluitend “aanmeldinstructieberichten”<sup>32</sup> verstuurd aan gebruikers die daarvoor, in elk geval naar SD&P redelijkerwijs mocht aannemen, toestemming hadden verleend. SD&P is van mening dat een gebrek aan controle op de juistheid van het ingevoerde mobiele nummer op een

<sup>29</sup> In voornoemd voorbeeld de tekst “WIN ON”.

<sup>30</sup> Onderzoeksrapport randnummer 77.

<sup>31</sup> Brief met Kenmerk OPTA/ACNB/2010/101181.

<sup>32</sup> De door SD&P gebruikte term aanmeldinstructieberichten is gelijk aan de in het onderzoeksrapport van de OPTA gebruikte term aanmeldberichten.

## Besluit Openbaar

website niet gelijk gesteld kan worden aan het ontbreken van voorafgaande toestemming.

43. SD&P geeft aan dat in de aanmeldberichten een afmeldmogelijkheid staat.
44. SD&P heeft haar “dienstberichten”<sup>33</sup> alleen verzonden aan gebruikers die daar middels een aanmeldbericht expliciet om hadden gevraagd. Deze dienstberichten verzendt SD&P ter naleving van een overeenkomst tussen SD&P en ontvanger en vormen daarmee geen communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden als bedoeld in artikel 11.7 Tw.
45. SD&P stelt dat er sprake is van detournement de pouvoir, omdat het college met een eventueel boetebesluit met name het financiële consumentenbelang zou beschermen. Bovendien, zo stelt SD&P, creëert het college door zijn optreden in deze nieuwe taken en bevoegdheden voor zichzelf en handelt daarmee in strijd met het legaliteitsbeginsel. Het college richt zijn aandacht daarbij zeer eenzijdig op SD&P.
46. SD&P stelt dat het opleggen van een boete in strijd zou zijn met artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). SD&P stelt in redelijkheid niet te hebben kunnen voorzien dat zij met het verzenden van de SMS-berichten artikel 11.7 Tw zou schaden. Dit is in strijd met het vereist van “prescribed by law” van artikel 10 EVRM. Daarnaast is het optreden van het college in deze niet proportioneel, gezien het feit dat SD&P alleen aanmeldberichten heeft verstuurd aan 06-nummers die zijn ingevuld op de website en alleen vervolgbberichten heeft verstuurd aan 06-nummers waarvan zij een aanmeldverzoek heeft ontvangen.
47. SD&P verwijst voorts naar haar standpunt zoals reeds toegelicht in de zienswijze op het feitenrelaas en de documenten uit de last onder dwangsomprocedure. Hierin voert SD&P aan dat geen sprake kan zijn van overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw aangezien de vervolgbberichten niet kunnen worden aangemerkt als ongevroagde communicatie of als communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden.
48. SD&P heeft in haar mondelinge zienswijze ter zitting van 15 maart 2010 haar schriftelijke zienswijze toegelicht en daarbij ook opmerkingen geplaatst met betrekking tot de ingediende klachten.

## 6. Juridisch kader<sup>34</sup>

### 6.1 Ten aanzien van de overtredingen

49. Artikel 13 van de Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad (hierna: de

---

<sup>33</sup> De door SD&P gebruikte term dienstberichten is gelijk aan de in het onderzoeksrapport van de OPTA gebruikte termen herhaal- en vervolgbberichten.

<sup>34</sup> Per 1 juli 2009 is het derde lid van artikel 11.7 Tw vernummerd tot artikel 11.7, vierde lid Tw. Daar de overtredingen hebben plaatsgevonden vóór 1 juli 2009 zal in dit onderhavige boetebesluit – net zoals in het onderzoeksrapport – steeds worden verwezen naar het derde lid. Daar de overtreding heeft plaatsgevonden voor het tijdstip van inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (namelijk 1 juli 2009), blijft het Awb recht van toepassing op dit besluit zoals dat gold voor 1 juli 2009 (artikel IV Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht, Stb. 2009, nr. 264).



## Besluit Openbaar

Richtlijn)<sup>35</sup> luidt, voor zover van belang:

### *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, overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG, 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.*

*(...)*

50. Het zogenoemde spamverbod is opgenomen in artikel 11.7 Tw. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

*“1. Het gebruik van elektronische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten<sup>36</sup> 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 bepaald is in het tweede lid.”*

51. Artikel 11.7, derde lid (na 1 juli 2009: vierde lid), Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

<sup>35</sup> Richtlijn 2002/58/EG van 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 (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie, *PbEG* 2002, L 201/37).

<sup>36</sup> Zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij Telecommunicatiewet doelt de wetgever met het begrip “elektronisch bericht” op (onder meer) e-mailberichten. Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 153.

## Besluit Openbaar

*“3. Bij 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<sup>37</sup> waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging kan richten.”*

52. Artikel 11.8 Tw luidt<sup>38</sup>:

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

53. Artikel 1.1, aanhef en onder p, Tw luidt, voor zover relevant:

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

54. Artikel 11.1, aanhef en onder e, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

*“communicatie: informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst.)”*

55. Artikel 11.1, aanhef en onder g, van de Tw bepaalt dat onder toestemming van een gebruiker of abonnee wordt verstaan:

*“toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, Wet bescherming persoonsgegevens, met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.”*

56. Artikel 11.1, aanhef en onder i, van de Tw bepaalt dat onder elektronisch bericht wordt verstaan:

*“tekst-, spraak-, geluids- of beeldbericht dat over een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald.”*

## 6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

57. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt:

---

<sup>37</sup> Onder het begrip “nummer” vallen niet alleen nummers van netwerkaansluitpunten, maar bijvoorbeeld ook elektronische postadressen (“e-mailadressen”). Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 160-161.

<sup>38</sup> Op 1 oktober 2009 is artikel 11.8 Tw gewijzigd door de Wet van 13 november 2008 tot wijziging van de Telecommunicatiewet verband houdende met de instelling van een antenneregister, de uitbreiding van het verbod op het verzenden van ongevraagde elektronische communicatie alsmede regeling van diverse andere onderwerpen. *Stb.* 2008, nr. 525. Door deze wijziging geldt per 1 oktober 2009 het spamverbod niet alleen voor natuurlijke personen, maar ook voor rechtspersonen. Daar alle overtredingen hebben plaatsgevonden vóór 1 oktober 2009 geldt het spamverbod in dit boetebesluit - net zoals in het onderzoeksrapport - alleen voor natuurlijke personen.

## Besluit Openbaar

*“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.”<sup>39</sup>*

58. Artikel 15.8, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt<sup>40</sup>:

*“Indien een ambtenaar als bedoeld in artikel 15.1, (...) derde lid, vaststelt dat een overtreding is begaan, maakt hij daarvan een rapport op.”*

59. Artikel 15.4, vierde lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

*“Ingeval van overtreding van bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde voorschriften (...), kan het college aan de overtreder een boete opleggen van ten hoogste € 450.000.”*

60. Artikel 15.4, vijfde lid, Tw luidt als volgt:

*“De hoogte van de boete wordt in ieder geval afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.”*

### 6.3 Boetebeleidsregels en Handhavingsbeleid spam

61. Met de Boetebeleidsregels<sup>41</sup> geeft het college invulling aan zijn bevoegdheid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw. Tevens verschaft het college in de Boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete.

62. Met het Handhavingsbeleid spam<sup>42</sup> 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.

## 7. Overwegingen van het college

63. Het college zal hieronder voor de SMS-berichten beoordelen of SD&P door het verzenden daarvan in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7 Tw.

### 7.1 Overtreding 1: artikel 11.7, eerste lid, Tw met betrekking tot de aanmeldberichten

#### 7.1.1 Elektronische berichten

64. Het college concludeert dat de door SD&P verzonden SMS-berichten in het algemeen kunnen

<sup>39</sup> Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 22.

<sup>40</sup> Artikel 15.8, eerste lid, Tw is na de Aanpassingswet vierde tranche Awb Staatsblad 2009, 265 vervallen en opgegaan in hoofdstuk 5 van de Awb. Daar de overtreding heeft plaatsgevonden voor het tijdstip van inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb (namelijk 1 juli 2009), blijft het Awb recht van toepassing op dit besluit zoals dat gold voor 1 juli 2009 (artikel IV Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht, *Stb.* 2009, nr. 264).

<sup>41</sup> Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA ), *Stcrt.* 2008 , nr. 50.

<sup>42</sup> Beleidsregels met betrekking tot de handhaving van artikel 15.7 van de Telecommunicatiewet (Handhavingsbeleid spam), *Stcrt.* 2008, nr. 50.

## Besluit Openbaar

worden aangeduid als elektronische berichten in de zin van artikel 11.7 Tw. Specifiek gaat het hier om tekstberichten die over een openbaar elektronisch communicatienetwerk worden verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kunnen worden opgeslagen tot deze door de ontvanger worden opgehaald. Het gaat daarbij om communicatie tussen enerzijds SD&P en anderzijds de abonnee van een mobiel communicatienetwerk.

65. Het college stelt vast dat de door SD&P verstuurdde aanmeldberichten elektronische berichten zijn in de zin van artikel 11.7 Tw. SD&P betwist dit niet.

### 7.1.2 Voorafgaande toestemming

66. Met betrekking tot het criterium “voorafgaande toestemming” gaat het erom of SD&P als verzender van de berichten kan aantonen dat de desbetreffende abonnees als ontvangers van deze berichten hiertoe voorafgaande toestemming hebben verleend. Artikel 11.7 Tw gebiedt de verzender immers aan te tonen dat hij over voorafgaande toestemming beschikt. De bewijslast ligt dus bij de verzender, in casu SD&P.
67. Toestemming in de zin van de Telecommunicatiewet betekent hetzelfde als toestemming in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens. Bij de totstandkoming van de Wet bescherming persoonsgegevens heeft de wetgever stilgestaan bij de vraag aan welke criteria moet zijn voldaan om te kunnen spreken van toestemming. De ontvanger moet zijn wil in vrijheid hebben geuit; van rechtsgeldige toestemming kan niet worden gesproken wanneer de abonnee onder druk van de omstandigheden zijn toestemming heeft verleend.<sup>43</sup> Uiteraard is het wel mogelijk om een abonnee over te halen toestemming te geven in ruil voor een beloning. Verder moet de gegeven toestemming concreet zijn. Dat wil zeggen dat SD&P duidelijk moet aangeven waarvoor de toestemming wordt gegeven en tevens moet de degene, die toestemming geeft, begrijpen waarvoor hij toestemming geeft (informed consent).
68. De verzending van de aanmeldberichten door SD&P vond louter plaats op basis van het enkele feit dat deze nummers zijn ingevoerd op een landingspage van SD&P.<sup>44</sup> SD&P stelt er van uit te mogen gaan dat degene die zijn 06-nummer invult op de website, daarmee toestemming verleent voor het ontvangen van SMS-berichten. Het college gaat daar niet in mee. Een eindgebruiker vult zijn telefoonnummer in voor het winnen van een luxe product. Het aanmeldbericht dat de eindgebruiker vervolgens ontvangt gaat echter over het aanschaffen van een abonnement. De eindgebruiker heeft voor een dergelijk bericht geen toestemming gegeven. Het college is derhalve van oordeel dat SD&P niet over voorafgaande toestemming beschikte voor het verzenden van het aanmeldbericht. Dit staat nog los van het gegeven dat SD&P geen enkele garantie kan geven dat degene die een mobiel nummer invoert op een landingspage van SD&P daadwerkelijk degene is, aan wie SD&P vervolgens een aanmeldbericht verstuurt.
69. SD&P kan deze garantie of bevestiging dat de ontvangers van de berichten haar website hebben

<sup>43</sup> *Kamerstukken II 1997/1998, 25 892, nr. 3, p. 65.*

<sup>44</sup> Onderzoeksrapport randnummer 45.

## Besluit Openbaar

bezoekt niet geven. Het staat niet vast dat de ontvangers van aanmeldberichten de website van SD&P hebben bezocht. Het college is van oordeel dat van een ontvanger, die denkt een prijs te winnen, niet mag worden verwacht dat hij eerst naar een website gaat om daar meer informatie te vinden. Bovendien is het zelfs niet zeker dat de ontvanger van het aanmeldbericht dezelfde persoon is als degene die het mobiele telefoonnummer op de website heeft ingevuld. In dat laatste geval hoeft de ontvanger zelfs niet eens te beschikken over internet.

70. SD&P is van mening dat deze voorafgaande toestemming (achteraf) zou kunnen blijken uit een binnenkomend bericht van een abonnee waarin staat dat hij zich wil abonneren op de abonnementsdienst. SD&P heeft echter een dergelijk bericht in de meerderheid van de gevallen ook niet ontvangen; uit het onderzoeksrapport blijkt dat voor 767.617 unieke telefoonnummers geen inkomende berichten, waaronder aan- en/of afmeldingen zijn aangetroffen.<sup>45</sup>
71. In 77.296 gevallen hebben de ontvangers naar aanleiding van het ongevraagde bericht zelfs direct actie ondernomen door het sturen van een bericht met de tekst "uit" of "stop". Dit is opmerkelijk aangezien er op dat moment immers nog geen sprake was van de afname van een abonnementsdienst. Het is onwaarschijnlijk dat een ontvanger, die zelf zijn nummer ingevoerd had op een landingspage én kennis genomen zou hebben van de algemene voorwaarde, de indruk zou hebben reeds een abonnement aangegaan te zijn. De ontvangers van deze ongevraagde berichten werden klaarblijkelijk verrast en zelfs bang dat zij reeds zonder toestemming en/of instemming een SMS-abonnementsdienst afnamen.
72. Ook uit de klachtenformulieren die zijn binnengekomen via de website <www.spamklacht.nl><sup>46</sup> is gebleken dat deze ontvangers geen voorafgaande toestemming hebben verleend. Uit de reacties van abonnees uit openbare bronnen<sup>47</sup> blijkt eveneens dat die ontvangers geen toestemming aan SD&P hebben verleend voor het verzenden van de aanmeldberichten.
73. Op grond van bovenstaande stelt het college vast dat SD&P niet heeft kunnen aantonen dat zij voorafgaande toestemming in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw had van abonnees voor het verzenden van elektronische berichten in de vorm van aanmeldberichten.

### 7.1.3 Commerciële doeleinden

74. Het college is van oordeel dat de door SD&P verstuurd aanmeldberichten een commercieel doel hebben. Het treft daartoe verschillende aanwijzingen aan. Allereerst de inhoud van de berichten zelf; de berichten die SD&P stuurt naar de ontvangers hebben een zeer wervend karakter. Dit karakter laat zich toelichten aan de hand van het in randnummer 32 van dit besluit opgenomen voorbeeld. In het eerste deel van de verstuurd berichten wekt SD&P de indruk dat men een gereede kans maakt op het winnen van diverse populaire luxe goederen door het deelnemen aan een spel. Uit het tweede deel blijkt dat men de ontvanger van het bericht tevens wil abonneren op

---

<sup>45</sup> Onderzoeksrapport randnummer 44.

<sup>46</sup> Waaronder de klachten opgenomen in bijlagen N, O, PQ en R bij het onderzoeksrapport.

<sup>47</sup> Digitale bijlage map klachten\_Extern.

## Besluit Openbaar

een niet of nauwelijks omschreven abonnementsdienst.<sup>48</sup> Een betaalde abonnementsdienst is naar zijn aard commercieel, want tegenover de te leveren dienst staat een te betalen vergoeding.

75. Het ontvangen van deze aanmeldberichten kostte de ontvanger geen geld. Het versturen van het aanmeldbericht kostte SD&P € [xxx]<sup>49</sup> per verzonden bericht. Het versturen van de aanmeldberichten vormde daarmee een investering door SD&P ten behoeve van het werven van nieuwe klanten.
76. Een derde aanwijzing dat SD&P deze berichten heeft gestuurd met commerciële doeleinden blijkt volgens het college uit het feit dat SD&P, indien het niet of niet tijdig een reactie ontving op het initiële aanmeldbericht, overging tot het nogmaals versturen van dit aanmeldbericht. Ook het verzenden van dit herhaalde aanmeldbericht kostte SD&P per verzonden bericht € [xxx]. SD&P had bij het herzenden van het bericht naar het oordeel van het college geen ander belang dan de ontvanger wederom te bewegen de gevraagde aanmeldinstructie uit te laten voeren.
77. Een vierde aanwijzing dat het commerciële berichten betreft, vindt het college in het feit dat SD&P de berichten zelf in haar zienswijze op het onderzoeksrapport aanmeldinstructieberichten noemt. Getuige het gebruik van dit woord gebruikt SD&P dit bericht om actief te instrueren hoe de ontvanger lid kan worden van de abonnementsdienst met als doel een eventuele aanmelddrempel zo laag mogelijk te houden.
78. Gezien het bovenstaande komt het college tot de conclusie dat sprake is geweest van het verzenden van elektronische berichten voor commerciële doeleinden.

### 7.1.4 Abonnees die natuurlijke personen zijn

79. Het college zal in het navolgende vaststellen of de klagers, die via <www.spamklacht.nl> hebben geklaagd over de ongevraagde SMS-berichten, abonnees en tevens natuurlijke personen zijn.
80. Na het invullen van het klachtenformulier op <www.spamklacht.nl> ontvangen de klagers een e-mail ter bevestiging van hun klacht. Voordat de betreffende klacht in de database wordt opgenomen hebben de klagers deze e-mail teruggestuurd voor akkoord. Hieruit blijkt dat de ingevulde telefoonnummers waarop de SMS-berichten zijn ontvangen, geldig en correct zijn en door de klagers zelf worden gebruikt.
81. SD&P heeft in haar mondelinge zienswijze ter zitting van 15 maart 2010 een aantal opmerkingen geplaatst met betrekking tot de ingediende klachten.

#### 7.1.4.1 Natuurlijke personen

82. De klachtenprocedure op de website <www.spamklacht.nl> voorziet erin dat klachten die worden ingediend door abonnees welke geen natuurlijke personen zijn, buiten behandeling worden

---

<sup>48</sup> Onderzoeksrapport randnummer 64.

<sup>49</sup> Verslag van de hoorzitting van 15 maart 2010, p. 19.

## **Besluit Openbaar**

gesteld. De klachten betreffen in casu uitsluitend klachten van natuurlijke personen, aangezien klagers dit zelf hebben aangegeven.

83. Hoewel het college geen aanleiding heeft om te twifelen aan de authenticiteit van de ingediende klachten of de integriteit van de klagers is er toch – omwille van zorgvuldigheid – geverifieerd of de klagers natuurlijke personen zijn. Toezichthoudend ambtenaren hebben bij vier klagers geverifieerd of zij als natuurlijk persoon zonder voorafgaande toestemming de betreffende SMS-berichten hebben ontvangen.<sup>50</sup> Het college stelt vast dat deze verificatie voor vier klagers adequaat is. In de bijlagen van het onderzoeksrapport zijn daarvan verklaringen opgenomen.
84. In de verklaringen geven vier klagers aan dat zij een bericht hebben ontvangen van SD&P via de door SD&P gebruikte shortcodes 4269 en 9988. Bovendien geven zij allen aan dat zij voorafgaand aan dit SMS-bericht niet hun mobiele telefoonnummer hebben ingevoerd op het internet op een van de webpagina's die Yamtalk en/of MT50 promoten. In de bijlage is alle informatie opgenomen zoals de klagers dit zelf hebben ingevoerd; op de betreffende pagina's zijn zowel de shortcodes als de berichten geheel opgenomen. Op grond van deze informatie stelt het college vast dat deze klagers door SD&P verzonden berichten hebben ontvangen en niet van een andere aanbieder van vergelijkbare diensten op dezelfde shortcode.

### *7.1.4.2 Abonnees*

85. Dat deze vier klagers ten tijde van de overtreding niet alleen als natuurlijk persoon, maar tevens als abonnee een SMS-bericht hebben ontvangen, moet blijken uit het contract dat zij hadden met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst.
86. Het college stelt vast dat drie van de in het vorige randnummer vermelde klagers ten tijde van de overtreding een abonnement hadden bij een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst. De betreffende aanbieders hebben de abonneestatus bevestigd.<sup>51</sup>
87. Het college heeft bij drie klagers met zekerheid vastgesteld dat zij abonnees en tevens natuurlijke personen zijn. Dit voldoet aan het criterium van het college van minimaal drie verificaties van binnengekomen klachten.

### *7.1.4.3 Conclusie met betrekking tot abonnees die natuurlijke personen zijn*

88. Het college komt op grond van vorenstaande tot de conclusie dat bij de verzending van de SMS-berichten door SD&P sprake is geweest van verzending aan abonnees die tevens natuurlijke personen zijn, zoals vereist in artikel 11.8 Tw.

## **7.1.5 Conclusie ten aanzien van overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw met betrekking tot de aanmeldberichten**

89. Het college is van oordeel dat SD&P met het verzenden van de aanmeldberichten in strijd met

---

<sup>50</sup>Bijlagen N, O, PQ en R bij het onderzoeksrapport.

<sup>51</sup>Bijlagen L en M bij het onderzoeksrapport.

## **Besluit Openbaar**

artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft gehandeld. Met de aanmeldberichten heeft SD&P elektronische berichten met ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden verzonden aan abonnees die natuurlijke personen zijn, zonder dat er voor het versturen van de berichten door de betreffende abonnees voorafgaande toestemming is verleend.

### **7.2 Overtreding 2: artikel 11.7, eerste lid, Tw met betrekking tot de vervolgerberichten**

90. Uit de informatie in het onderzoeksrapport blijkt dat het verzenden van de vervolgerberichten eveneens een overtreding vormt van artikel 11.7 Tw.
91. Zoals opgemerkt in paragraaf 2.2 speelt momenteel een beroepsprocedure inzake de op 11 mei 2009 opgelegde last onder dwangsom met betrekking tot deze overtreding (het versturen van de vervolgerberichten) en tevens met betrekking tot overtreding 3 (het ontbreken van een afmeldmogelijkheid in de vervolgerberichten). SD&P heeft zowel in haar schriftelijke zienswijze alsmede ter zitting van 15 maart 2010 het college expliciet verzocht om het in de beroepsprocedure naar voren gebrachte bij de onderhavige beslissing te betrekken.
92. Op basis van dit verzoek heeft het college het beroepschrift van SD&P van 8 januari 2010, het verweerschrift hierop van het college van 19 maart 2010<sup>52</sup> en de uitspraak van de voorzieningenrechter van 30 september 2009 bij zijn oordeel met betrekking tot de geconstateerde overtredingen 2 en 3 betrokken.
93. Op grond van deze documenten is het college thans tot een eigenstandige conclusie gekomen met betrekking tot zowel overtreding 2 en overtreding 3. Met in achtneming van het verweerschrift komt het college niet tot een andere conclusie dan waartoe hij reeds eerder in het last onder dwangsomtraject heeft geconcludeerd.
94. In de onderhavige paragrafen 7.2 en 7.3 zal het college deze eigen zelfstandige afweging met betrekking tot de geconstateerde overtredingen 2 en 3 toelichten. Naast het onderzoeksrapport en de daarop door SD&P gegeven reactie, zal het college daar waar mogelijk tevens integraal het in het beroepsschrift van SD&P en het verweerschrift van het college naar voren gebrachte overnemen.

#### **7.2.1 Elektronische berichten**

95. In navolging van randnummer 65 van het onderhavige besluit stelt het college vast dat de door SD&P verstuurdte vervolgerberichten eveneens elektronische berichten zijn in de zin van artikel 11.7 Tw.

#### **7.2.2 Ongevraagde communicatie**

96. Het college stelt vast dat ook de door SD&P verstuurdte vervolgerberichten ongevraagde communicatie vormen. SD&P verzendt, na het invullen van een mobiel nummer op haar website, een aanmeldbericht waarin wordt gemeld dat de ontvanger kans maakt op een prijs. Om voor deze

---

<sup>52</sup> Bijlage bij brief met kenmerk OPTA/ACNB/2010/201057.



## Besluit Openbaar

prijs in aanmerking te komen, dient de ontvanger de tekst "WIN ON" te versturen naar een shortcode. Wanneer door deze handeling vervolgens een zogenaamde aanmelding wordt gerealiseerd, dan volgen de vervolgerberichten. Vast staat dat deze vervolgerberichten niets meer te maken hebben met de in het vooruitzicht gestelde prijs; deze vervolgerberichten maken onderdeel uit van een abonnementsdienst. In het aanmeldbericht is weliswaar de tekst opgenomen "(...) *Info: www.yamtalk.nl is een abonnementsdienst*", maar dit acht het college onvoldoende om te kunnen spreken van gevraagde communicatie. De ontvanger verwacht namelijk kans te maken op een prijs, maar vraagt niet om een abonnement, laat staan dat hij verwacht berichten te ontvangen van het soort berichten zoals SD&P die verstuurt. SD&P informeert de ontvanger niet over de inhoud van die berichten. Dat op de genoemde website wellicht meer informatie is te vinden, doet hier verder niets aan af.

97. SD&P stelt hierop in haar beroepsschrift kortgezegd dat het afsluiten van een overeenkomst voor het toezenden van vervolgerberichten er toe leidt dat vervolgens alle berichten gevraagde communicatie zijn. Het college is van oordeel dat het afsluiten van een overeenkomst voor het toezenden van berichten in het geheel niet betekent dat alle berichten gevraagde communicatie zijn. Evenmin leidt het afsluiten van een overeenkomst er toe dat daarmee toestemming, als bedoeld in artikel 11.7 van de Tw, is gegeven voor het toezenden van *ongevraagde* berichten.
98. Naar het oordeel van het college doet het feit, dat mogelijk sprake is van een overeenkomst tussen de verzender en de ontvanger van een bericht, echter niets af aan het feit dat *communicatie* binnen het kader van die overeenkomst ongevraagd kan zijn. Anders dan SD&P kennelijk veronderstelt, betekent het afsluiten van een civielrechtelijke overeenkomst niet dat daarmee eventuele bestuursrechtelijke verplichtingen volledig komen te vervallen of betekenisloos worden.
99. Het college wijst er op, dat in de oorspronkelijke tekst van artikel 13 van de Richtlijn wordt gesproken van "unsolicited communications". De Nederlandse tekst van de Richtlijn spreekt van "ongewenste communicatie".<sup>53</sup> Anders dan door SD&P betoogd, is het college van oordeel dat weliswaar een overeenkomst kan worden gesloten voor het toezenden van berichten, maar dat het sluiten van die overeenkomst niet automatisch betekent dat communicatie die in het kader van die overeenkomst is verzonden ook altijd gevraagde of gewenste communicatie is.
100. In het algemeen is voor de beantwoording van de vraag of sprake is van gevraagde of gewenste communicatie, het allereerst van groot belang om vast te stellen wat de abonnementsdienst behelst en welke berichten binnen het kader van die overeenkomst zullen worden verzonden. Een aanwijzing voor die vaststelling kan worden gevonden in de informatie die aan de ontvanger (tevens degene die zich op de berichtendienst heeft geabonneerd) is verstrekt over de aard van de te ontvangen informatie. In het algemeen is het naar het oordeel van het college goed mogelijk dat de ontvanger zich heeft geabonneerd op een dienst in het kader waarvan hem berichten worden toegezonden, welke echter niet passen binnen de door de ontvanger gewenste dienst; er is dan weliswaar een rechtsgeldige overeenkomst, maar de in het

---

<sup>53</sup> Zie overweging (40), artikel 13, opschrift en derde lid.

## **Besluit Openbaar**

kader van die overeenkomst verzonden berichten voldoen niet aan de verwachting van de ontvanger. Deze berichten zijn derhalve ongevraagd of ongewenst.

101. Het college stelt vast, dat uit het aanmeldbericht geen informatie kan worden afgeleid over het soort en de inhoud van de later te volgen berichten. Daar komt bij dat dit eerste bericht de ontvanger geen enkele informatie geeft over het aantal berichten of over de frequentie ervan. De abonnementsdienst, waarvan naar het oordeel van SD&P sprake is, wordt daarin op geen enkele manier beschreven.
102. Nu SD&P niet aan kan tonen dat de ontvangers van de aanmeldberichten voorafgaande toestemming hebben gegeven, zoals blijkt uit randnummer 73, kan zij ook niet aantonen dat deze personen de website hebben bezocht, dan wel kennis hebben genomen van het op de website vermeldde en langs deze weg dus duidelijk zijn geïnformeerd. Daarbij merkt het college op, zoals reeds opgemerkt in het vorige randnummer dat uit het onderzoeksrapport tevens blijkt dat SD&P er bewust voor heeft gekozen om de informatie over inhoud van de abonnementsdienst zo beperkt mogelijk weer te geven.
103. Het college ziet zijn oordeel, dat sprake is van ongevraagde of ongewenste berichten binnen het kader van de dienstverlening van SD&P, ook bevestigd in de talloze over SD&P ingediende (openbare) klachten.
104. De vervolgberichten kunnen daarom, naar het oordeel van het college, ook niet worden beschouwd als gevraagde berichten: de vervolgberichten zijn ongevraagde en - gezien de vele klachten die bij het college over deze berichten zijn ingediend - ongewenste berichten.

### **7.2.3 Voorafgaande toestemming**

105. Nu de vervolgberichten naar het oordeel van het college zijn te beschouwen als ongevraagde communicatie, is het de vraag of voor deze ongevraagde communicatie voorafgaande toestemming is gegeven als bedoeld in artikel 11.7 Tw. SD&P stelt dat het afsluiten van de overeenkomst middels het reageren op de aanmeldberichten impliceert dat deze voorafgaande toestemming is verleend.
106. Het college bestrijdt dit: impliciet toestemming verlenen is in strijd met het toestemmingsbegrip van artikel 11.7 Tw. Bovendien is de informatievoorziening van SD&P dermate gebrekkig, dat niet van toestemming als bedoeld in artikel 11.7 Tw kan worden gesproken. Daarnaast wordt het toestemmingsvereiste bij het toezenden van ongevraagde communicatie van artikel 11.7 Tw niet betekenisloos door het enkel afsluiten van een overeenkomst.
107. In paragraaf 7.1.2 concludeert het college reeds dat SD&P niet over een voorafgaande toestemming beschikte met betrekking tot het versturen van de aanmeldberichten.
108. De voorafgaande toestemming voor de vervolgberichten zou dan ook hoogstens kunnen

## Besluit Openbaar

volgen uit de aanmelding als reactie van de ontvanger op het aanmeldbericht. De informatie in het aanmeldbericht is echter zeer beperkt. Het feit dat de reactie op het aanmeldbericht leidt tot het abonneren op een abonnementsdienst, is niet uit het aanmeldbericht af te leiden. De tekst van dat bericht suggereert immers dat er door het versturen van een bericht kans bestaat op het winnen van een prijs. Weliswaar wordt in het bericht het woord “abonnementsdienst” genoemd, maar deze term lijkt veel eerder betrekking te hebben op de website [www.yamtalk.nl](http://www.yamtalk.nl). Ook de verwijzing naar deze website is volgens het college niet voldoende om te kunnen spreken van toestemming. De wetgever acht immers een vergelijkbare situatie, namelijk het opnemen van de toestemming in de algemene voorwaarden, ook niet voldoende.<sup>54</sup>

109. Het college is van oordeel dat ook bij het versturen van de vervolgb berichten SD&P over voorafgaande toestemming van de ontvanger moet beschikken. Nu zij met betrekking tot de vervolgb berichten hier niet over beschikt en deze ook niet volgt uit een reactie op de aanmeldberichten, heeft SD&P haar berichten zonder voorafgaande toestemming verstuurd.

### 7.2.4 Commerciële doeleinden

110. Het college stelt vast dat ook de vervolgb berichten zijn verzonden voor een commercieel doel. Dit volgt onder andere uit het gebruik van de wervende tekst zoals opgenomen in randnummer 37. Het college heeft vastgesteld dat SD&P dit bericht ruim 9 miljoen keer verstuurd heeft.
111. Volgens SD&P zijn de berichten, waarmee SD&P de dienst levert, echter niet noodzakelijkerwijs verzonden met een commercieel doel. SD&P voert aan dat de vervolgb berichten in beginsel er niet voor bestemd zijn om de ontvanger te bewegen in te gaan op een commercieel aanbod en geen (zelfstandig) commercieel oogmerk hebben.
112. Het college is van oordeel dat de door SD&P verstuurd berichten wel een commercieel karakter hebben. Een eerste aanwijzing daartoe treft het college in het bericht zelf aan; het tweede deel van de tekst “*maak er gebruik van*” in de berichten kan niet anders worden uitgelegd dan dat dit een methode is om de ontvanger aan te zetten tot het gebruik van MSN op zijn mobiele telefoon. Dit heeft uiteraard tot doel de ontvanger de voordelen van MSN op de mobiel te laten ervaren zodat hij hiervan gebruik zal blijven maken en zijn abonnementdienst zal continueren.
113. Daarnaast is het college van oordeel dat de door SD&P verzonden vervolgb berichten wel degelijk zijn verzonden voor een commercieel doel zoals opgenomen in de Telecommunicatiewet; de wetgever heeft er bewust voor gekozen om het begrip direct marketing uit artikel 13 van de richtlijn in artikel 11.7 Tw te implementeren met de termen communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden. Reden daarvoor was om aansluiting te zoeken met artikel 435e van het Wetboek van Strafrecht. Bovendien geldt dat de term direct marketing niet te beperkt moet worden opgevat; hiermee is voorkomen dat al te veel commerciële activiteiten buiten het bereik van artikel 11.7 Tw zouden vallen.<sup>55</sup> Dat pleit ervoor dit begrip ruim te interpreteren. Direct marketing is verder

<sup>54</sup> Kamerstukken II 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 153.

<sup>55</sup> Kamerstukken II 1997/1998, 25 533, nr. 309d, p. 6.

## Besluit Openbaar

niet alleen een strategie om klanten te zoeken (reclame), maar ook om klanten te behouden.<sup>56</sup>

114. Dat het begrip commercieel ruim moet worden opgevat blijkt ook uit de definitie van het begrip commerciële communicatie zoals opgenomen in artikel 2, onder f, van de richtlijn elektronische handel. De Europese wetgever definieert het daar als “[...] elke vorm van communicatie bestemd voor het direct of indirect promoten van de goederen, diensten of het imago van een onderneming, organisatie of persoon, die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een gereguleerd beroep uitoefent.”<sup>57</sup> Deze tekst is geïmplementeerd in het derde lid van artikel 3:15e Burgerlijk Wetboek. Uit voornoemd artikel blijkt dat een activiteit al heel snel als reclame moet worden aangemerkt.<sup>58</sup> De uitingen in de berichten van SD&P – die onder andere oproepen tot het (blijven) gebruikmaken van de abonnementdiensten van SD&P – kunnen niet anders worden beschouwd dan als commerciële communicatie.
115. In het onderzoek heeft het college tot slot vastgesteld dat SD&P de berichten verstuurd met als doel het genereren van inkomsten. De ontvanger betaalde per ontvangen Premium Rate SMS-bericht een bedrag van minimaal € [xxx] aan SD&P.<sup>59</sup> Het Van Dale woordenboek omschrijft commercieel als “de handel betreffend en gericht op het maken van winst.” Het is buiten twijfel dat het verzenden van deze berichten – die de ontvanger geld kosten – gericht is op het maken van winst. Dit betreft volgens het college een commercieel doel.
116. Het college concludeert op basis van bovenstaande dat SD&P de berichten verstuurd met als doel enerzijds de klanten te behouden middels wervende teksten in deze berichten en anderzijds direct inkomsten te genereren. Het college is van oordeel dat sprake is van het verzenden van elektronische berichten voor commerciële doeleinden in de zin van artikel 11.7 Tw.

### 7.2.5 Abonnees die natuurlijke personen zijn

117. In navolging van paragraaf 7.1.4.3 komt het college tot de conclusie dat bij de verzending van de vervolgb berichten sprake is geweest van verzending aan abonnees die natuurlijke personen zijn in de zin van artikel 11.8 Tw.

### 7.2.6 Conclusie ten aanzien van overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw met betrekking tot de vervolgb berichten

118. Het college is van oordeel dat SD&P met het verzenden van de vervolgb berichten in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft gehandeld. Met de vervolgb berichten heeft SD&P elektronische berichten verzonden, voor het toezenden van ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden aan abonnees die natuurlijke personen zijn, zonder dat er voor het versturen van de

<sup>56</sup> Van Helsdingen en Kloeze (Sedocom B.V.), *Direct marketing*, Zwolle: PlantijnCasparie 2004, p. 20 en Van Dale woordenboek (opstellen van plannen voor de vergroting of het behoud van de afzet).

<sup>57</sup> Richtlijn 2000/31/EG van van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (richtlijn inzake elektronische handel), *PbEG* 2000 L 178/1).

<sup>58</sup> Als enige genoemde uitzonderingen geldt het noemen van domeinnamen en e-mailadressen en tevens de mededeling van een onafhankelijke derde die zonder geldelijke tegenprestatie goederen of diensten van een onderneming noemt. Denk daarbij aan vergelijkend warenonderzoek.

<sup>59</sup> Onderzoeksrapport randnummer 71.

## Besluit Openbaar

berichten door de betreffende abonnees voorafgaande toestemming is verleend.

### 7.3 Overtreding 3: artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw met betrekking tot de vervolgerberichten

#### 7.3.1 Een geldige afmeldmogelijkheid

119. Tot slot blijkt uit het onderzoeksrapport dat SD&P artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw heeft overtreden. Uit de in randnummer 37 van dit besluit opgenomen tekst, die ruim 9 miljoen keer in deze vorm is verstuurd, blijkt dat in ieder geval deze door SD&P verstuurd vervolgerberichten niet beschikten over een geldige afmeldmogelijkheid.

120. SD&P betwist niet dat de vervolgerberichten geen afmeldmogelijkheid boden. SD&P is van mening dat artikel 11.7, derde, aanhef en onder b, Tw niet is overtreden omdat geen sprake zou zijn van ongevraagde communicatie noch van communicatie voor commerciële doeleinden.

121. Het college heeft in paragraaf 7.2.6 reeds vastgesteld dat de door SD&P verzonden vervolgerberichten een overtreding vormen van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Daaruit volgt dat er sprake is van ongevraagde communicatie en van communicatie voor commerciële doeleinden en dat de vervolgerberichten een geldige afmeldmogelijkheid dienen te bevatten.

122. Het ontbreken van een geldige afmeldmogelijkheid was een bewuste keuze van SD&P. Zowel [A] als [B] geven in hun verklaringen aan dat SD&P bewust geen afmeldmogelijkheid bood omdat SD&P er niet gebaat bij is als de afnemer van deze dienst zich hiervan (sneller) afmeldt.<sup>60</sup> Het ontbreken van de afmeldmogelijkheid had tot doel de relatie in stand te houden.<sup>61</sup>

123. SD&P geeft aan dat de aanmeldberichten wel een geldige afmeldmogelijkheid hadden. Dit doet naar het oordeel van het college niet af aan het feit dat de vervolgerberichten geen geldige afmeldmogelijkheid bevatten en door het verzenden van die berichten de Telecommunicatiewet is overtreden. Het bieden van afmeldmogelijkheden in andere berichten of middels andere methoden, bijvoorbeeld door tussenkomst van een website, voldoet volgens het college niet aan de in artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw gestelde eis dat in de berichten vermeld dient te worden waar de ontvanger zich af kan melden.

#### 7.3.2 Conclusie ten aanzien van overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw

124. Het college is van oordeel dat bij de verzending van berichten, voor de abonnees, geen sprake is geweest van een geldige afmeldmogelijkheid en dat daarmee sprake is van handelen in strijd met artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.

### 7.4 Reactie op algemene aspecten van zienswijze van SD&P

125. Anders dan SD&P stelt, is het college van oordeel dat er geen sprake is van strijd met het verbod op detournement de pouvoir, het legaliteitsbeginsel en artikel 10 EVRM. Het college heeft

<sup>60</sup> Gespreksverslag de heer [B] met kenmerk OPTA/ACNB/2009/201065, p. 23. en gespreksverslag de heer [A] met kenmerk OPTA/ACNB/209/201069, p. 21.

<sup>61</sup> Onderzoeksrapport randnummer 67.

## **Besluit Openbaar**

in bovenstaande onderbouwd uiteengezet dat SD&P met het verzenden van de aanmeldberichten en het verzenden van vervolgbberichten, zonder geldige afmeldmogelijkheid, in strijd handelt met artikel 11.7 Tw. Het college creëert hiermee geen nieuwe bevoegdheid voor zichzelf, omdat de bevoegdheid voor het college al is gegeven met de inbreuk op artikel 11.7 Tw. Het college geeft bovendien geen andere of nieuwe uitleg aan de verbodsbepaling in artikel 11.7 Tw. Door het verzenden van de aanmeldberichten en vervolgbberichten heeft SD&P inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de ontvangers. Dat dit ook zo is ervaren blijkt uit de vele klachten over SD&P die het college via <www.spamklacht.nl> heeft ontvangen en die op openbare fora zijn te vinden. Daarmee is naar het oordeel van het college de proportionaliteit van zijn optreden in deze gegeven.

126. Het verwijt van SD&P aan het adres van het college dat hij zich zeer eenzijdig richt op SD&P, vindt het college geen hout snijden. Het college heeft over SD&P gedurende een lange aaneengesloten periode veel klachten ontvangen. In lijn met zijn handhavingsbeleid is dit aanleiding geweest voor het college onderzoek te starten naar SD&P. Het college is niet gehouden bij een vermoedelijke overtreding alle mogelijke overtreeders binnen een bepaalde sector gezamenlijk en tegelijkertijd te onderzoeken.

### **7.5 Overtreders**

127. Het college merkt in casu SD&P aan als overtreder van artikel 11.7, eerste lid, en artikel 11.7, derde lid, Tw.

#### **7.5.1 Verzender**

128. Artikel 11.7, eerste lid, Tw, richt zich tot de verzender. Uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de Telecommunicatiewet<sup>62</sup> blijkt dat het begrip “verzender” zowel degene omvat die op de verzendknop drukt (de feitelijke verzender), alsook “degene waarvan het bericht afkomstig is” (de materiële verzender).

129. In het onderzoek is vast komen te staan dat onder andere de shortcodes 4269 en 9988, die in de klachten worden gemeld, in ieder geval in gebruik zijn (geweest) bij SD&P. SD&P heeft via deze shortcodes onder andere aanmeldberichten verstuurd ten behoeve van haar producten Yamtalk en MT50 (MobileFun).<sup>63</sup> Het college concludeert dat SD&P de verzender is geweest van de aanmeldberichten met betrekking tot de diensten onder namen Yamtalk en MT50. SD&P bestrijdt dit niet.

#### **7.5.2 Conclusie ten aanzien van de overtreder**

130. Het college concludeert op grond van vorenstaande dat SD&P kan worden aangemerkt als ‘de verzender’, in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw, van de SMS-berichten in de vorm van aanmeldberichten en vervolgbberichten. Daarmee staat naar het oordeel van het college tevens

<sup>62</sup> Kamerstukken II 2002/2003, 28 851, nr. 7, p. 41.

<sup>63</sup> Onderzoeksrapport randnummer 31.

## **Besluit Openbaar**

vast dat SD&P niet heeft voldaan aan de verplichting in artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.

### **8. Boete**

#### **8.1 Boetebeleid OPTA**

131. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
132. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de bijzondere omstandigheden van het geval ("maatwerk"), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Telecommunicatiewet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder(s) weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).
133. Voornoemde afstemming op de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden loopt overeenkomstig de Boetebeleidsregels langs de volgende lijn.
134. De ernst van de overtreding wordt bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en daarna deze te bezien in het licht van de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval). Het resultaat van deze afweging bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig. Het hoeft dus niet per se zo te zijn dat een overtreding die aanvankelijk als zwaar wordt aangemerkt (geabstraheerd van omgevingsfactoren) uiteindelijk ook de kwalificatie ernstig krijgt. Afhankelijk van die omgevingsfactoren kan dat ook de naast hogere (zeer ernstig) of lagere (minder ernstig) kwalificatie zijn.
135. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximum boete verbonden. Binnen de bandbreedte per boetecategorie dient met inachtneming van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder de hoogte van de boete te worden vastgesteld. Hierdoor kan de boete worden gedifferentieerd naar gelang de ernst van de overtreding. Ter bepaling van de uiteindelijke hoogte van de boete kunnen nog boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking worden genomen. Het college stelt de boete vast conform de Boetebeleidsregels met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

## Besluit Openbaar

### 8.2 De ernst van de overtredingen

136. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen<sup>64</sup> neemt het college de doelstellingen van de Telecommunicatiewet, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van een interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, als uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen deelt het college in zijn Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Wat betreft de voornoemde overtredingen van het spamverbod overweegt het college het volgende.

#### 8.2.1 Zwaarte van de overtredingen

137. Ongevraagde communicatie (spam) door middel van elektronische berichten ten behoeve van commerciële, ideële dan wel charitatieve doeleinden is een groot en nog immer groeiend internationaal maatschappelijk probleem. Dat blijkt onder meer uit het volgende:

- Door spam verliezen (eind)gebruikers hun vertrouwen in internet, e-mail en andere vormen van elektronische communicatie. Dit kan veel schade berokkenen voor de ontwikkeling van de markt<sup>65</sup>;
- Spam is bovendien vaak gelieerd aan, of faciliterend voor, oneerlijke handelspraktijken of andere vormen van wederrechtelijk gedrag (zoals illegale adressen- of telefoonnummerhandel en fraude).

138. De hiervoor genoemde feitelijkheden zijn de belangrijkste redenen waarom het college spam (in ruime zin) schadelijk acht. Ten algemene geldt immers dat door overtreding van het spamverbod de werking van elektronische communicatiemarkten en hun imago onder eindgebruikers worden aangetast. Daarbij komt dat de belangen van eindgebruikers ook daadwerkelijk worden geschaad. Het college typeert een overtreding van het spamverbod naar haar aard als een minder zware overtreding van de Telecommunicatiewet aangezien door een dergelijke overtreding de belangen van eindgebruikers weliswaar worden geschaad, maar in de regel niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als zware of zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt.

139. De overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw, zijn overtredingen van de verplichtingen die strekken tot bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer en worden als zodanig door het college in de Boetebeleidsregels als minder zware overtredingen aangemerkt.

#### 8.2.2 Economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

140. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen houdt het college, naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtredingen in abstracto, rekening met de economische context en de bijzondere omstandigheden waarin de overtredingen hebben plaatsgevonden. In de beleidsregels is voor overtredingen van het spamverbod bepaald dat de ernst van de overtreding

---

<sup>64</sup> Boetebeleidsregels OPTA, paragraaf 3.

<sup>65</sup> Zie in dit verband ook: *Damages from internet security incidents: a framework and toolkit for assessing the economic costs of security breaches*, Michel van Eeten e.a., februari 2009.



## Besluit Openbaar

mede wordt bepaald op basis van de volgende criteria:

- het aantal klachten;
- herhaalde overtreding (recidive);
- meerdere overtredingen;
- de bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers;
- veroorzaakte schade door het bericht volgens Internet Service Providers en/of hostingproviders.
- de bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers;
- het aantal verzonden berichten;
- de gebruikte methode of middelen dan wel de mate waarin gebruik is gemaakt van technieken (voor de verzending van ongevraagde elektronische berichten) die op zichzelf genomen een inbreuk op de privacy vormen of anderszins onrechtmatig zijn.

141. Bovengenoemde criteria zijn niet cumulatief of limitatief. Om de ernst van de overtredingen in dit concrete geval te bepalen, zal het college hieronder ingaan op de in het onderhavige geval relevante criteria. Daarnaast zullen tevens de door SD&P gegenereerde inkomsten worden betrokken.

### 8.2.2.1 *Het aantal klachten*

142. Toezichthoudend ambtenaren van het college hebben vastgesteld dat de overtredingen van SD&P hebben geleid tot een relatief groot aantal klachten.

143. Via de website <www.spamklacht.nl> zijn honderden klachten over de diensten van SD&P ontvangen; specifiek is van 533 mobiele nummers in ieder geval door het college vastgesteld dat zij een of meerdere berichten van SD&P hebben ontvangen én tevens een klacht hebben ingediend op voornoemde website. De klachten hebben betrekking op zowel de aanmeld- als vervolgbereichten. Dit is naar het oordeel van het college, gezien over de duur van de overtredingen een bijzonder groot aantal klachten van ongeveer vier klachten per week.

144. In haar zienswijze geeft SD&P aan zich te verzetten tegen het gebruik van anonieme klachten. Het college merkt op dat in casu geen sprake is van anonieme klachten. Van de 533 in het onderzoeksrapport opgenomen klachten is immers door het college vastgesteld dat SD&P (minstens) één bericht naar hen heeft verstuurd. De mobiele nummers van deze klagers staan derhalve in de database van SD&P. Deze database is tevens als digitale bijlage opgenomen bij het onderzoeksrapport.<sup>66</sup>

145. Daarnaast zijn ook op diverse openbare fora klachten<sup>67</sup> aangetroffen die er op duiden dat de door het college geconstateerde overtredingen van SD&P hebben geleid tot grote maatschappelijke onrust en overlast. De klachten hebben zowel betrekking op de SMS-berichten zelf, als de onduidelijke en ingewikkelde afmeldmogelijkheid. Uit deze klachten is tevens af te

<sup>66</sup> Zie digitale bijlage Spamklacht\_mobiel\_nummer\_en\_berichten.xls.

<sup>67</sup> Zie (onder andere) digitale bijlage: klachten\_Extern\20090403\_TROS\_Radar\_01.pdf.

## Besluit Openbaar

leiden dat abonnees geen idee hadden op welke wijze en/of op welke website zij zich aanmeldden.<sup>68</sup>

146. Het college overweegt dat het aantal door de toezichthoudend ambtenaar geconstateerde aantal klachten groot is.

### 8.2.2.2 Meerdere en herhaalde overtredingen

147. Indien sprake is van overtreding van meerdere leden van artikel 11.7 Tw, dan kan dit voor het college een verzwarende factor zijn bij de bepaling van de ernst van de overtreding.

148. Het college heeft vastgesteld dat er sprake is van herhaaldelijke overtredingen van meerdere leden van artikel 11.7 Tw. SD&P heeft ongevraagd elektronische berichten verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee door het verzenden van zogenaamde aanmeldberichten (overtreding 1). Tevens heeft SD&P ongevraagd elektronische berichten verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee door het verzenden van zogenaamde vervolgbberichten (overtreding 2). Dit zijn overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Daarnaast heeft SD&P in de vervolgbberichten geen geldig postadres of nummer vermeld waaraan een ontvanger van het bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten (overtreding 3). Dit is een overtreding van artikel 11.7, derde lid, Tw.

### 8.2.2.3 De bijzondere schadelijkheid van de berichten volgens eindgebruikers

149. Uit de vele klachten zoals genoemd in de randnummers 143 en 145 blijkt reeds dat de eindgebruikers de door SD&P verstuurd berichten bijzonder schadelijk achten.
150. Het college stelt op basis daarvan vast dat er met betrekking tot de verstuurd aanmeldberichten sprake is van immateriële schade in de vorm van overlast en ergernis. Met betrekking tot de vervolgbberichten blijkt dat er eveneens sprake is van voornoemde immateriële schade, maar tevens van directe materiële schade. In tegenstelling tot 'reguliere' ongevraagde communicatie per (gratis) e-mail betaalde de ontvanger van de ongevraagde berichten per ontvangen vervolgbbericht een bedrag van € [xxx]. Dit heeft geleid tot een maatschappelijke schade van tenminste € [xxx] (zie randnummer 160 van dit besluit).
151. Uit de talrijke openbare reacties op diverse internetfora blijkt duidelijk dat het vertrouwen van de eindgebruikers in SMS-dienstverleners door het verzenden van Premium Rate SMS-berichten door SD&P is geschaad en daarmee het vertrouwen in aanbieders van dergelijke diensten:

*"Ik blijf het zeggen. HET ZIJN OPLICHTERS VAN DE EERSTE ORDE. Hoe je ook lid wordt van sms-en die je opgestuurd worden maakt mij helemaal niet uit. Als je een SMS krijgt waarbij niet eens staat waar het op gaat en dat je er automatisch van uit gaat dat je alleen je eigen kosten van*

<sup>68</sup> Zie de abonnee in digitale bijlage klachten\_Extern\_Netlog\_Baby553\_20081112.pdf die aan een spelletje mee had gedaan en daarna geabonneerd bleek te zijn op de mobiele MSN-dienst.

## Besluit Openbaar

*sms-en moet betalen ok. Maar je ziet gewoon nergens dat je tig x per dag of week sms-en krijgt dat staat nergens vermeld.*<sup>69</sup>

152. Een bijkomende omstandigheid vormt het feit dat SD&P gebruik heeft gemaakt van door Mobile Bridges aangeboden gedeelde shortcodes. Door het ontbreken van een geldige afmeldmogelijkheid in de vervolgerberichten was het hierdoor voor de eindgebruiker bijzonder gecompliceerd om allereerst de verzender van de berichten te achterhalen en ten tweede om te bewerkstelligen dat er geen nieuwe berichten toegestuurd zouden worden. Slechts na een speurtocht op internet was het mogelijk om SD&P als verzender van de berichten via Mobile Bridges te achterhalen. Na vaststelling van SD&P als verzender diende de eindgebruiker tevens nog te achterhalen om welke dienst het ging en middels welke code (bijvoorbeeld "WIN UIT") men zich voor deze dienst af kon melden. Als men dit niet deed werden er tientallen euro's per maand afgeschreven.<sup>70</sup> Ook hierdoor is het vertrouwen van de eindgebruikers ernstig geschaad, getuige de onderstaande reactie:

*Al een paar maanden krijgen veel mobiel telefoon gebruikers regelmatig to zelfs dagelijks een sms met het bericht "Veel Plezier met een extra week msn op je mobiel. Maak er gebruik van!*

*De SMS is afkomstig van 9988 Het lijkt een één of andere agressieve reclame, waar je maar niet vanaf kunt komen, totdat je de rekening van je provider krijgt of je beltegoed ineens niet meer voldoende is om te bellen en sterker nog negatief wordt.*

*Op de normale manier "9988 STOP" blijkt niet te werken. De afmeld dienst "smsopzeggen" kom je de stopsleutel wel tegen echter dan moet je wel weten dat het heet "Yamtalk messenger". Dus hier kom je ook niet ver mee.*

*Uiteindelijk blijkt de code te zijn voor dit bericht "9988 YAM UIT"*

*[...]*

*In mijn ogen zijn dergelijke bedrijven oplichters en ik heb dan ook aangifte gedaan bij de politie. Bij deze wil ik graag meer mensen uitnodigen om bij de politie aangifte te doen van diefstal of oplichterij. Als er geen klachten binnen komen zal de politie ook niets doen er zijn per slot ook geen klachten. Mensen het kost niet zoveel tijd en het kan allemaal gewoon online als u in het bezit bent van een PC me internet. De politie heeft overigen uitstekende koffie of thee.*

*U heeft helemaal gelijk als u zegt, ja ht gaat maar om een paar tientjes moet ik daar nu zoveel moeite voor doen?*

*JA, als iedereen zo denkt komt er geen klacht binnen en kan de politie ook niets doen aan dergelijke praktijken. Het gaat bij u om een klein b edrag, bij mij om een klein bedrag maar ik vind*

<sup>69</sup> Digitale bijlage klachten\_Extern\20090403\_TROS\_Radar\_01.pdf.

<sup>70</sup> Zie voetnoot 69.

## Besluit Openbaar

*zo ~5840 personen die het ook is overkomen doe dit eens maal €50,00 watik laag acht dan hebben we het wel over 290.000,00 euries, tweehondertnegentigduizend euro, 638000 in onze oude gulden. We hebben het dus niet over kruimel diefstal.*

*Het bedrijf die deze sms stuurt heet <http://www.yamtalk.com> Yamtalk claimt goedkoper te zijn dan sms-jes. Zij hanteren een prijs van €[xxx] per sms, waarschijnlijk is de website al jaren niet van de juiste prijzen voorzien. Hun dienst, zonder telefoon en zonder netwerk kost even € [xxx] PER WEEK is € [xxx] per maand (iets meer).Zelfs een abonnement bij de eerste de beste telefoonwinkel met een vast bel en sms tegoed is nog goedkoper dan alleen het product van yamTalk.*

*Dus mensen, buiten de sms-en die ze je sturen bieden ze ook nog eens een dienst aan die veel te duur is. Meldt de sms code af dat scheelt een hoop geld.”*

153. Het college beschouwt dit als een omstandigheid die meegewogen moet worden bij het bepalen van de ernst van de overtreding.

### 8.2.2.4 Veroorzaakte schade door het bericht volgens Internet Service Providers en/of hostingproviders

154. De gedragingen van SD&P hebben ook de nodige beroering en schade veroorzaakt bij de aanbieders van elektronische communicatiediensten. Uit in het onderzoeksrapport opgenomen mail<sup>71</sup> blijkt dat zij hinder hebben ondervonden van de gedragingen van SD&P. In een bij SD&P aangetroffen e-mail, mailt een medewerker van Vodafone dat deze veel klachten heeft ontvangen over de Yamtalk SMS-diensten:

*“Wij als Vodafone zien het aantal schriftelijk klachten aangaande YamTalk / Win enorm toenemen. Er liggen nu al meer dan 200 klachten en ze blijven binnenkomen.*

*Vodafone zal alle binnenkomende klachten serieus in behandeling nemen, en zijn van plan om de klanten te crediteren.*

*[...]*

*3) Ten derde vragen wij jullie of jullie bereid zijn om alle lopende WIN/Yamtalk abonementen die niet actief gebruikt worden (bijvoorbeeld niet geactiveerd, geen gebruik, geen 1<sup>e</sup> log-in, geen username en password, geen dataverkeer) per direct stop te zetten, want die klanten gaan toch t.z.t. klagen. Zijn jullie bereid om dit te doen?*

*Het allerliefst zouden we ook klanten die nog niet geklaagd hebben compenseren en de hele dienst uit de lucht gehaald zien.”*

---

<sup>71</sup> Onderzoeksrapport randnummer 97.

## Besluit Openbaar

155. Het college concludeert dat providers zowel immateriële (overlast en irritatie) als materiële schade (terugbetalen van geleden schade door abonnees) hebben ondervonden van het verzenden van de SMS-berichten door SD&P.

### 8.2.2.5 *Het aantal verzonden berichten*

#### 8.2.2.5.1 *Het aantal verzonden aanmeldberichten*

156. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat SD&P in totaal minimaal 1.429.424 aanmeldberichten heeft verstuurd zonder voorafgaande toestemming.<sup>72</sup> Het college stelt vast dat SD&P minimaal 1,4 miljoen aanmeldberichten heeft verstuurd en dat dit een relatief groot aantal is.

#### 8.2.2.5.2 *Het aantal verzonden vervolgberichten*

157. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat SD&P ruim 9 miljoen vervolgberichten heeft verstuurd zonder voorafgaande toestemming.<sup>73</sup> Het college stelt vast dat SD&P ruim 9 miljoen vervolgberichten heeft verstuurd en dat dit een groot aantal is.

#### 8.2.2.5.3 *Het aantal verzonden berichten zonder afmeldmogelijkheid*

158. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat SD&P ruim 9 miljoen vervolgberichten heeft verstuurd zonder geldige afmeldmogelijkheid.<sup>74</sup> Het college stelt vast dat SD&P ruim 9 miljoen vervolgberichten zonder geldige afmeldmogelijkheid heeft verstuurd en dat dit een groot aantal is.

### 8.2.2.6 *Inkomsten*

159. Voorts overweegt het college dat de ernst van de overtreding mede wordt bepaald door het door overtreders behaalde voordeel bij de overtreding. De omzet is echter slechts bij benadering vast te stellen doordat de vergoedingen binnen de branche van SMS-dienstverleners afhankelijk zijn van het volume in specifieke perioden en het volume per mobiele operator daarbinnen.<sup>75</sup> Uit de door [A] en [B] gegeven verklaringen blijkt dat naast SD&P tevens de aanbieders van de elektronische communicatiediensten en de partijen Mobile Bridges en Mobilion een deel van de inkomsten vanuit de Premium Rate SMS-berichten verkrijgen.

160. Het college stelt vast dat in de periode van de vastgestelde overtredingen 7.232.472 berichten van SD&P met een Premium Rate tarief van € [xxx] per verzonden bericht zijn aangekomen bij de ontvanger.<sup>76</sup> Het totaal van ontvangers geïncasseerde bedrag voor het verzenden van de vervolgberichten is daarmee € [xxx]. Het college stelt vast dat het totaal van de omzet ruim € [xxx] is. Het college gaat er van uit dat dit heeft geleid tot een maatschappelijke schade van tenminste € [xxx] dat een financieel voordeel voor SD&P heeft opgeleverd.

---

<sup>72</sup> Digitale bijlage Voorkomsten\_Premium\_Rate\_Berichten.xls

<sup>73</sup> Onderzoeksrapport randnummer 77.

<sup>74</sup> Onderzoeksrapport randnummer 77.

<sup>75</sup> Onderzoeksrapport randnummer 102.

<sup>76</sup> Onderzoeksrapport randnummer 104.

## **Besluit Openbaar**

161. Het college merkt op dat hij conform de door hem gehanteerde Boetebeleidsregels<sup>77</sup> de omvang van de onderneming<sup>78</sup> meeweegt bij het bepalen van de ernst van de overtreding. Het college overweegt in dit kader dat SD&P de berichten als rechtspersoon verzonden heeft en dat zij door verzending van de elektronische berichten een financieel voordeel heeft behaald. [A] en [B] hebben als bestuurders van deze rechtspersoon inkomsten genoten vanuit de werkzaamheden van SD&P.

### **8.2.3 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen**

162. Het bovenstaande in acht nemende, concludeert het college, gelet op de aard van de overtredingen en de bijzondere omstandigheden waaronder deze hebben plaatsgevonden, het volgende: de verzending van een groot aantal ongevroegde elektronische berichten door SD&P heeft geleid tot meerdere, herhaaldelijke overtredingen van meerdere leden van artikel 11.7 Tw. De overtredingen hebben geleid tot een bijzonder groot aantal klachten van eindgebruikers die ernstig in hun belangen zijn geschaad. SD&P heeft middels deze activiteit een substantieel voordeel behaald. Hierdoor is er sprake van ernstige overtredingen. Dit indiceert volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal € 300.000 per overtreding.

---

<sup>77</sup> Boetebeleidsregels OPTA.

<sup>78</sup> Het begrip onderneming omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.

## Besluit Openbaar

### 9. De vaststelling van de hoogte van de boete

#### 9.1 Duur van de overtredingen

163. Het college heeft vastgesteld dat de overtredingen hebben geduurd van 6 november 2006 tot en met 21 april 2009.<sup>79</sup>
164. Het college concludeert dat de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw een periode van bijna tweeënhalf jaar beslaan. Dit is naar het oordeel van het college relatief lang.

#### 9.2 Verwijtbaarheid van de overtreders

165. Het spamverbod is sinds mei 2004 in de Telecommunicatiewet opgenomen. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van het spamverbod zijn de gevolgen ervan voor onder meer (potentiële) spammers uitgebreid voor het voetlicht gebracht. Zo is de nieuwe wetgeving belicht in brochures, in persberichten en dergelijke. Los daarvan zijn en worden door het Ministerie van Economische Zaken<sup>80</sup>, Postbus 51<sup>81</sup> en ConsuWijzer<sup>82</sup> ook concrete vragen beantwoord. OPTA heeft ook de website <www.spamklacht.nl> ingesteld, waarop veel informatie te vinden is. Tevens geeft OPTA voorlichting op congressen, seminars en dergelijke. Kortom, een ieder heeft via zeer veel verschillende kanalen de gelegenheid om kennis te nemen van het regime en de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke eisen te voldoen. Het is staand beleid van het college om een openbare versie van zijn boetebesluiten tevens op de website van OPTA te publiceren. Het college gaat er in het algemeen dan ook van uit dat (toekomstige) overtreders de overtreding willens en wetens begaan, tenzij het tegendeel blijkt.
166. Het college heeft in de hoofdstuk 7 van onderhavig besluit vastgesteld dat SD&P de aanmeldberichten en vervolgeberichten heeft verzonden aan abonnees.
167. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat SD&P zich bewust was van de negatieve beeldvorming over haar activiteiten op het internet en actief op zoek was naar een manier om dit te verbloemen.<sup>83</sup> Uit het onderzoeksrapport blijkt tevens dat SD&P bekend was met het feit dat het in het vooruitzicht stellen van een prijs niet het uiteindelijke doel was voor het versturen van het bericht. Het bericht had als doel een abonnement te verkopen. Tevens blijkt uit het rapport dat bij SD&P bekend was dat dit kon leiden tot overlast.<sup>84</sup> Daarnaast is SD&P herhaaldelijk gewezen op de schadelijkheid van haar activiteiten door ketenpartners, zoals het college reeds heeft aangehaald in randnummer 154 van onderhavig besluit.

---

<sup>79</sup> Onderzoeksrapport randnummer 61.

<sup>80</sup> Zie <www.minez.nl>.

<sup>81</sup> Zie <www.postbus51.nl>.

<sup>82</sup> Zie <www.consuwijzer.nl>.

<sup>83</sup> Onderzoeksrapport randnummer 100.

<sup>84</sup> Onderzoeksrapport randnummer 59.

## **Besluit Openbaar**

168. Bovendien blijkt uit het onderzoeksrapport dat SD&P zelf ook veelvuldig klachten ontvangt. Van 40 klagers staat vast dat zij zowel bij SD&P als op <www.spamklacht.nl> een klacht hebben ingediend.<sup>85</sup>
169. De bestuurders van SD&P hebben aangegeven dat het niet opnemen van een afmeldmogelijkheid bedrijfsbeleid is.<sup>86</sup> Het college merkt op, dat het niet of onvoldoende informeren door SD&P van de ontvangers van de berichten kennelijk eveneens een bewuste strategie is. Immers, voor SD&P staat zonder meer vast dat het reageren op de uitnodiging om een SMS te versturen, in feite de aanmelding is voor een abonnementsdienst. SD&P heeft het aanmeldbericht zo ingericht dat de suggestie wordt gewekt dat de ontvanger door te reageren op het bericht in aanmerking komt voor een prijs, terwijl in feite de ontvanger door te reageren zich abonneert op een dienst.
170. Ten aanzien van de in het onderhavige besluit geconstateerde overtredingen bij de verzending van de berichten overweegt het college dat, naar zijn oordeel, de overtredingen SD&P volledig kunnen worden verweten. Het college stelt vast dat SD&P bekend was met de gevolgen van haar handelingen. Al met al concludeert het college dat SD&P de gevolgen van haar daden overzag of ten minste had moeten overzien. Er is derhalve geen aanleiding om SD&P van de overtredingen geen of in mindere mate verwijt te maken. Ook voor het overige zijn het college geen omstandigheden gebleken die hem aanleiding geven te concluderen dat de (ten aanzien van de berichten) geconstateerde overtredingen SD&P niet kunnen worden verweten.
171. Het college is van oordeel dat deze overtredingen SD&P kunnen worden verweten en rekent haar deze herhaalde, meervoudige overtredingen van het spamverbod aan.

### **9.3 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden**

172. Het college acht geen boeteverlagende of boeteverzwarende omstandigheden aanwezig die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de hoogte van de boete.

### **9.4 Conclusie ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boete**

173. Het college heeft hiervoor reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context alsmede de specifieke omstandigheden waarbinnen deze hebben plaatsgevonden, sprake is van ernstige overtredingen van de Telecommunicatiewet. Er is geen reden waarom de overtreder geen verwijt kan worden gemaakt van de overtredingen of waarom de overtredingen anderszins niet aan haar kunnen worden toegerekend.
174. In beginsel zal het college in voorkomende gevallen voor iedere overtreding afzonderlijk een boete van maximaal € 450.000 per overtreding kunnen opleggen. Het college kan evenwel - indien er, zoals in casu, sprake is van meerdere overtredingen - in plaats van elke overtreding

---

<sup>85</sup> Onderzoeksrapport randnummer 84.

<sup>86</sup> Gespreksverslag de heer [B], p. 23. en gespreksverslag de heer [A], p. 21.



## Besluit Openbaar

afzonderlijk te beboeten, een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.<sup>87</sup> Nu het in deze zaak gaat om een zeer groot aantal overtredingen die in hoge mate vergelijkbaar zijn en die in hun onderling verband moeten worden beschouwd, ligt het niet in de rede per overtreding een aparte boete op te leggen. Bij de vaststelling van de boete is het college er van uitgegaan dat de overtredingen in de gestelde periode zijn aan te merken als één grote, samenhangende overtreding. Met toepassing van dit uitgangspunt stelt het college afzonderlijk de op te leggen boetes vast voor het geheel van de overtredingen van respectievelijk artikel 11.7, eerste lid, Tw met betrekking tot het aanmeldbericht en de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw met betrekking tot de vervolgb berichten.

175. Het college heeft hiervoor reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context, alsmede de bijzondere omstandigheden waarbinnen deze hebben plaatsgevonden, er sprake is van een ernstige overtreding van de Telecommunicatiewet. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt in dat geval maximaal € 300.000.
176. Naast het bijzonder groot aantal klachten, het relatief groot aantal verzonden aanmeldberichten en het groot aantal verzonden vervolgb berichten, de relatief lange duur van de overtredingen en de conclusie dat de overtredingen SD&P volledig kunnen worden verweten, neemt het college bij de vaststelling van de hoogte van de boetes in het onderhavige geval ook mee dat SD&P door verzending van de SMS-berichten eindgebruikers immateriële en materiële schade heeft berokkend.
177. Het college overweegt tevens dat bij de vaststelling van de hoogte van de boetes in acht moet worden genomen dat de boetes SD&P van toekomstige overtredingen dient te weerhouden en tevens potentiële overtreders dient af te schrikken (speciale en generale preventie).
178. Het college overweegt verder dat de nadelige gevolgen van de op te leggen boetes niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.<sup>88</sup>
179. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een aantal overtredingen waarvoor het college, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, SD&P een boete oplegt met een totaalbedrag van € 550.000. De boete wordt opgelegd voor een drietal meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw in de periode van 6 november 2006 tot en met 21 april 2009. Voor deze overtredingen legt het college boetes op van respectievelijk € 150.000, € 200.000 en € 200.000

---

<sup>87</sup> Zie Boetebeleidsregels OPTA. In theorie kan de uiteindelijke hoogte van een dergelijke boete uitkomen op een veelvoud van het per overtreding geldende wettelijk maximum van €450.000 (artikel 15.4, vierde lid, Tw).

<sup>88</sup> Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

## Besluit Openbaar

### 10. Dictum

180. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat de gedragingen van de rechtspersoon SD&P Interactive B.V. in het onderhavige besluit, overtredingen vormen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en van artikel 11.7 derde lid, aanhef en onder b, Tw. De gedragingen die als overtredingen kwalificeren, bestaan eruit dat SD&P in de periode van 6 november 2006 tot en met 21 april 2009:

- ongevraagde elektronische berichten in de vorm van aanmeldberichten, heeft verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee (overtreding 1);
- ongevraagde elektronische berichten in de vorm van vervolggerichten heeft verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee (overtreding 2);
- waarbij in de vervolggerichten tevens geen geldig postadres of nummer was vermeld waaraan een ontvanger van het bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten (overtreding 3).

181. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit legt wegens de onder randnummer 180 bedoelde overtredingen aan de rechtspersoon SD&P een boete op van in totaal € 550.000, bestaande uit:

- Een boete van € 150.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw voor het verzenden van de zogenaamde aanmeldberichten;
- Een boete van € 200.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw voor het verzenden van de zogenaamde vervolggerichten;
- Een boete van € 200.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw voor het ontbreken van een geldige afmeldmogelijkheid in de vervolggerichten.

182. De hierboven in randnummer 181 vastgestelde boetes dienen overeenkomstig het bepaalde in artikel 4:87, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) binnen zes weken na dagtekening van dit besluit in euro's te worden betaald. Het niet betalen binnen de hiervoor genoemde betalingstermijn heeft op grond van artikel 4:98, eerste lid, Awb, verschuldigdheid van wettelijke rente tot gevolg.

## **Besluit Openbaar**

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,  
namens het college,

w.g.

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

### **Bezwaar**

*Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het College van de OPTA. Het postadres is: College van de OPTA, Postbus 90420, 2509 LK Den Haag. Het bezwaarschrift 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 bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.*

*Het college wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift het college te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien het college uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien het college uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door het college worden behandeld.*