

Besluit

Openbaar

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet inhoudende de oplegging van twee boetes naar aanleiding van het rapport inzake SMS3545 (overtreding spamverbod ex artikel 11.7 Tw)

Ons kenmerk: OPTA/JUZ/2004/204326

Zaaknummer: JBOE4002

Datum: 9 december 2004

1. Inleiding

1. Dit besluit tot oplegging van twee boetes ter hoogte van €10.000 elk, is door het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) genomen op basis van artikel 15.4, vierde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna ook: Tw)¹. De boetes worden opgelegd aan de rechtspersoon Stichting Yellow Monday, handelend onder de naam "Purple-Friday (Lemonclub)" en statutair gevestigd te Etten-Leur (hierna: Purple Friday).
2. Aanleiding voor de boetes vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het rapport² van een toezichthoudend ambtenaar van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) van 20 september 2004 met kenmerk OPTA/EGM/2004/203146 (hierna: het rapport). In het rapport wordt vastgesteld dat Purple Friday twee elementen van het zogenoemde spamverbod, zoals neergelegd in artikel 11.7 Tw, heeft overtreden. Purple Friday heeft bij monde van [] in een hoorzitting op 19 oktober 2004 haar zienswijze ten aanzien van het rapport naar voren gebracht.
3. Na een samenvatting van het rapport (onderdeel 2), de weergave van de feiten (onderdeel 3) en een samenvatting van de hoorzitting (onderdeel 4) wordt het juridisch kader gegeven (onderdeel 5). Vervolgens komen de kwalificatie van de feiten als overtredingen (onderdeel 6) en de hoogte van de boetes (onderdeel 7) aan de orde.

2. Het rapport

4. In het rapport wordt ten eerste geconstateerd dat Purple Friday ongevraagd SMS-berichten met SMS-code 3545 voor commerciële doeleinden heeft verzonden (hierna: de SMS-berichten), dat wil zeggen zonder de wettelijk vereiste voorafgaande toestemming van de desbetreffende abonnee. Ten tweede

¹ Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (Stb. 2004, 189). De wet is in werking getreden op 19 mei 2004 bij Besluit van 7 mei 2004, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector 2002 (Stb. 2004, 207).

² Rapport in de zin van artikel 15.8 Tw.

Besluit

Openbaar

wordt in het rapport geconstateerd dat Purple Friday bij de SMS-berichten geen wettelijk vereist geldig postadres of nummer heeft vermeld waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kon richten. Daarmee heeft Purple Friday artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw overtreden.

5. De conclusies zoals neergelegd in het rapport zijn onder meer gebaseerd op de klachten van eindgebruikers die via de website www.spamklacht.nl zijn ontvangen, op de informatie die is gevorderd bij enkele van de bij de werkzaamheden van Purple Friday betrokken ondernemingen, en op de klachtinformatie en correspondentie die is ontvangen van consumentenorganisaties.³ Purple Friday is gedurende het onderzoek herhaaldelijk in de gelegenheid gesteld om op de tussentijdse bevindingen te reageren. Dit heeft echter niet tot andere conclusies geleid.

3. Feiten

6. De rechtspersoon Stichting Yellow Monday (hierna: Stichting), statutair gevestigd te Etten-Leur, is opgericht op 6 november 2003. De Stichting drijft een onderneming onder de naam Purple-Friday die zich bezighoudt met consultancy, strategiebepaling, vormgeving op het gebied van marketing en communicatie, ontwikkeling en productie van nieuwe mediaproducten. Enige werkzame persoon binnen de onderneming, tevens alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder van de stichting sedert de oprichting, is [].⁴
7. Vast staat dat Purple Friday de SMS-code 3545 commercieel exploiteert en opdracht heeft verleend aan een tussenpersoon om SMS-berichtenverkeer met afzendcode 3545 te versturen aan mobiele telefonieaansluitingen. In de SMS-berichten is een verwijzing opgenomen naar de website www.sms3545.nl (hierna: de website) en/of naar het telefoonnummer 076-5978279 (hierna: het helpdesknummer). Op de website wordt verwezen naar het helpdesknummer, alsmede naar het e-mailadres helpdesk@sms3545.nl voor het afmelden van de SMS-berichtendienst. Op de website is een tarief vermeld voor de SMS-berichten⁵, te weten €1,10 per ontvangen bericht per dag. Dit tarief geldt niet voor aan- of afmeldingsberichten.⁶
8. Voorts staat vast dat het college in de periode 19 mei 2004 tot en met 11 september 2004 vierendertig klachten⁷ heeft ontvangen via zijn website www.spamklacht.nl over de ongevraagde

³ Het college heeft op grond van artikel 18.7, eerste lid, Tw, voor de juiste uitvoering van het toezicht op naleving van artikel 11.7, Tw, informatie gevorderd bij Purple Friday, KPN Telecom B.V. (zie bijlage 2 bij het rapport KPN), Denit Internet Services B.V. (zie bijlage 3 bij het rapport), de Consumentenbond (zie bijlage 4 bij het rapport) en de tussenpersoon Golden Bytes B.V. (zie bijlage 5 bij het rapport). Ook van de Stichting de Ombudsman (zie bijlage 6 bij het rapport) heeft het college informatie ontvangen ten behoeve van het genoemde toezicht.

⁴ Uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor West-Brabant van 21 juni 2004 (bijlage 13 bij het rapport).

⁵ Blijkens de website hebben de SMS-berichten enkele variëteiten, te weten "astro", "mop", "versier", "weer" en "news". Voor elk geldt hetzelfde tarief.

⁶ Zogenaemde bulkberichten. Hieronder kan bijvoorbeeld worden verstaan het aan- of afmelden voor het ontvangen van de abonnementsdienst "mop van de dag" door het insturen van een SMS-bericht met als inhoud "mop aan" respectievelijk "mop uit" naar het nummer 3545.

⁷ Zie bijlage 1 bij het rapport.

Besluit

Openbaar

SMS-berichten. Voor zover bekend zijn er na vaststelling van het rapport op 20 september 2004 geen klachten terzake meer geregistreerd via de website of anderszins.⁸

9. De klagers hebben allen via de website www.spamklacht.nl het daartoe bestemde klachtenformulier ingevuld. Van de klagers die over ontvangst van de SMS-berichten in de periode 24 mei, 25 mei, 29 mei en 1 juni 2004 hebben geklaagd, zijn er vier klagers⁹ die desgevraagd een tweede, schriftelijke verklaring aan het college hebben gestuurd.
10. Purple Friday is gedurende het onderzoek herhaaldelijk in de gelegenheid gesteld om op de tussentijdse bevindingen te reageren, haar gedragingen aan te passen en de overtredingen te beëindigen.
11. Tijdens de hoorzitting op 19 oktober 2004 heeft Purple Friday betwist dat zij het zogenoemde spamverbod zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw heeft overtreden voor zover het betreft het niet beschikken over vooraf verleende toestemming van abonnees en het ontbreken van een geldig postadres of nummer bij de verzonden SMS-berichten.
12. De overige in het rapport vastgestelde feiten, voor zover hier van belang, zijn door Purple Friday niet weersproken en worden als vaststaand beschouwd.

4. Hoorzitting

13. Tijdens de hoorzitting is door [] namens Purple Friday in het kort het volgende naar voren gebracht. Purple Friday kan zich niet verenigen met de conclusies van het rapport en de vastgestelde overtredingen. Samengevat voert zij daartoe het volgende aan:
 - Het is technisch niet mogelijk ongevroegde SMS-berichten te versturen naar willekeurige mobiele nummers;
 - In alle SMS-berichten staat minimaal het internetadres van de afzender SMS3545 (website in URL);
 - Het aantal klachten is relatief gering;
 - Er wordt binnen 24 uur gerespondeerd op klachten via de helpdesk of per e-mail;
 - Het uitvalpercentage van circa 50% is geen indicatie voor het verzenden van ongevroegde berichten naar niet bestaande of willekeurige telefoonnummers, maar een gevolg van het feit dat de doelgroep uit jongeren bestaat. Dat betekent dat er vaker dan gemiddeld geen beltegoed is of

⁸ Peildatum 29 november 2004.

⁹ Wat betreft de periode 24 mei, 25 mei, 29 mei en 1 juni 2004 hebben vier klagers desgevraagd een aanvullende schriftelijke verklaring ingediend. Wat betreft de periode 19 mei tot en met 11 september 2004 hebben in totaal acht klagers een dergelijke verklaring ingediend.

Besluit

Openbaar

- dat nummers zijn geporteerd. Berichten kunnen dan niet worden afgeleverd;
- Na de ontvangst van het rapport is door Purple Friday de afmeldprocedure op de website aangepast met een 0900-nummer. Aanmelding geschiedt volgens het zogenaamde dubbel opt-in systeem, dat wil zeggen dat na de initiële aanmelding de ontvanger eerst op een door de verzender verstuurd verificatiebericht moet reageren, voordat Purple Friday de aanmelding daadwerkelijk operationeel maakt.

5. Juridisch kader

14. Op grond van artikel 15.1, derde lid, Tw zijn met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.¹⁰
15. Artikel 15.8, eerste lid, Tw bepaalt dat wanneer een toezichthoudend ambtenaar vaststelt dat een overtreding van het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet is begaan, hij daarvan een rapport opmaakt.
16. Artikel 11.7, eerste lid, Tw bepaalt dat het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees uitsluitend is toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend.
17. Artikel 11.7, derde lid, Tw bepaalt dat bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden te allen tijde de volgende gegevens dienen te worden vermeld:
 - a. de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en
 - b. een geldig postadres of nummer¹¹ waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.
18. Artikel 11.8 Tw bepaalt, voorzover hier relevant, dat de toepassing van artikel 11.7 beperkt is tot abonnees die natuurlijke personen zijn.

6. Beoordeling

a) *Overtreding artikel 11.7, eerste lid, Tw: geen aantoonbare voorafgaande toestemming*

19. In de onderhavige zaak gaat het er om of Purple Friday als verzender kan aantonen dat de

¹⁰ Zie het Besluit van het college van 19 februari 2001 (Stcrt. 2001, nr. 35).

¹¹ 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.

Besluit

Openbaar

desbetreffende abonnees, als ontvangers van de elektronische SMS-berichten van Purple Friday, voorafgaand toestemming aan Purple Friday hebben verleend, zoals wordt voorgeschreven door artikel 11.7, eerste lid, Tw. De wetgever heeft daarmee de (zware) bewijslast omtrent de toestemming bij de verzender, in casu Purple Friday, gelegd. Het is derhalve niet aan het college om aan te tonen dat er géén voorafgaande toestemming is verleend, maar in dit geval is door de wetgever juist aan de verzender, in casu Purple Friday, opgedragen om aan te tonen dat dat wél is gebeurd. Het college is van oordeel dat aantonen in dit verband meer betekent dan het slechts aannemelijk maken. Purple Friday dient onweerlegbaar bewijs te kunnen overleggen waardoor met zekerheid kan worden vastgesteld dat de toestemming ook daadwerkelijk door de eindgebruiker zelf is gegeven. Dat laatste is naar het oordeel van het college in dit geval om de volgende redenen niet of in onvoldoende mate gebeurd.

20. Purple Friday heeft weliswaar getracht door middel van prints uit haar computersysteem aannemelijk te maken dat voorafgaande toestemming is verleend, maar die hebben het college niet of onvoldoende kunnen overtuigen.¹² Uit de gedurende het onderzoek¹³ en naar aanleiding van de hoorzitting aangeleverde informatie¹⁴ valt immers niet met zekerheid af te leiden dat de ontvangers toestemming hebben verleend voor de ontvangst van de berichten. Ten eerste bestaat zonder meer de mogelijkheid dat Purple Friday zelf deze prints heeft samengesteld (zonder dat daar toestemming van de eindgebruiker aan ten grondslag ligt). Ten tweede roepen de prints een beeld op dat de inhoud van de klachten juist bevestigt. Zo is er bijvoorbeeld sprake van een aanmelding voor SMS-diensten van Purple Friday die dateert van de periode van vóór de ontplooiing van de onderhavige activiteiten van Purple Friday¹⁵. Verder blijkt dat vrijwel bij alle aanmeldingen voor SMS-diensten van Purple Friday sprake is van een dubbele aanmelding, dat wil zeggen aanmelding voor de afname van meer dan één dienst van Purple Friday, binnen een beperkte periode.¹⁶ De naar aanleiding van de hoorzitting opgevraagde informatie bevestigt het beeld dat de aan- en afmeldadministratie van Purple Friday niet of slecht op orde is. Gelet op de korte periode waar het verzoek om informatie gedurende het onderzoek betrekking op heeft en de beperkte steekproef naar aanleiding van de hoorzitting heeft het college gerede twijfel over de bewijskracht van het overgelegde materiaal. Dit laatste wordt nog eens onderschreven door de e-mailberichten die Purple Friday bij de naar aanleiding van de hoorzitting aangeleverde overzichten heeft overgelegd. Daaruit blijkt andermaal dat er sprake is van ongevraagde toezending van SMS-berichten en een niet of onvoldoende (adequaot) werkend aan- en afmeldsysteem.

¹² De prints geven een overzicht van uitgaand verkeer van Purple Friday. Het is een naar mobiel telefoonnummer gerangschikte lijst van toestemmingen, waarmee echter niet met zekerheid kan worden vastgesteld of deze toestemmingen ook daadwerkelijk door de eindgebruiker zelf zijn gegeven.

¹³ Het college heeft Purple Friday tijdens het onderzoek minstens tot twee maal toe verzocht om bewijs van voorafgaande toestemming. Zie randnummers 15 en 16 van het rapport.

¹⁴ OPTA heeft naar aanleiding van de hoorzitting aan Purple Friday een lijst met vijftenzeventig bestaande 06-telefoonnummers voorgelegd met het verzoek om van deze nummers alle beschikbare relevante informatie te verschaffen over de periode van 26-05-2004 tot 06-06-2004. Het betreft informatie ter zake van: (on)bekendheid nummer, status, provider, datum en wijze aan-/afmelding, soort dienst (mop, astro etc.). De 06-nummers zijn willekeurig gekozen uit de tijdens het onderzoek verkregen informatie van Purple Friday en derden.

¹⁵ Uit de informatie die Purple Friday heeft aangeleverd blijkt dat op 7 en 8 augustus 2003 aanmeldingen zijn geregistreerd (mop en astro), terwijl de Stichting is opgericht op 6 november 2003 en Purple Friday naar eigen zeggen haar activiteiten pas in 2004 is gestart.

¹⁶ Meestal de variëteiten "astro" en "mop" binnen één tot twee weken.

Besluit

Openbaar

21. Ter hoorzitting heeft Purple Friday verwezen naar haar tussenpersoon en de mobiele operators om bij hen het gedurende het onderzoek overgelegde materiaal te verifiëren. Maar ook hier is het college van oordeel dat het op de weg ligt van Purple Friday om haar administratieve (computer)systemen zodanig op orde (desnoods met behulp van haar tussenpersoon, internetproviders en/of de mobiele operators) te hebben dat de verleende toestemming onomstotelijk vaststaat en onmiddellijk over te leggen is.¹⁷
22. Het college beseft dat het een zware bewijslast is die op de schouders van de verzender ligt, maar de wetgever heeft hiervoor kennelijk bewust gekozen om ongewenst dan wel ongevroegd elektronisch berichtenverkeer te beperken en zo mogelijk te voorkomen. In het onderhavige geval is de zware bewijslast aan de zijde van de verzender te meer terecht, omdat het hier gaat om SMS-berichten waarvoor eindgebruikers (de ontvangers) moeten betalen. Per ontvangen bericht wordt immers €1,10 bij de ontvanger in rekening gebracht of van het beltegoed van de ontvanger afgeschreven. Bij het zonder aantoonbare toestemming verzenden van ongevroegde berichten wordt de eindgebruiker derhalve (financieel) de dupe. Ondernemingen die soortgelijke activiteiten als van Purple Friday (gaan) ontplooiën dienen zich daarom op voorhand te realiseren dat zij desgevraagd in voorkomende gevallen wettig en overtuigend bewijs moeten kunnen overleggen op grond waarvan onomstotelijk vast staat dat voorafgaande toestemming is verleend.
23. Daarmee is naar het oordeel van het college niet gezegd dat Purple Friday SMS-berichten systematisch ongevroegd naar willekeurige of niet bestaande mobiele nummers heeft verzonden. Het college acht het aannemelijk, zoals door Purple Friday is aangevoerd, dat het hoge uitvalpercentage wat daar op zou kunnen wijzen, mede het gevolg is van de jonge doelgroep en de daarmee samenhangende nummerporteringen en het tekort aan beltegoed. Maar dit doet niet af aan het feit dat Purple Friday naar het oordeel van het college niet of onvoldoende de verleende toestemming van eindgebruikers onomstotelijk kan aantonen.
24. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat Purple Friday niet of in onvoldoende mate heeft aangetoond dat de SMS-berichten zijn verstuurd met voorafgaande toestemming van de eindgebruikers in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw.

b) Overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw: geen geldig postadres of nummer¹⁸ voor een verzoek tot beëindiging

25. Uit de klachten die zijn binnengekomen via de website www.spamklacht.nl en de informatie die verder door het college van onder meer Purple Friday is ontvangen is het college gebleken dat in de

¹⁷Een methode om in overeenstemming met de wet te handelen kan dan zijn dat de verzender een bevestiging van de door een abonnee gegeven toestemming vraagt (bij voorkeur per e-mailbericht), de zogenaamde confirmed opt-in. Andere methoden zijn uiteraard ook denkbaar mits deze voldoen aan de hierboven aangehaalde vereisten. Te denken valt aan (onafhankelijke) derden (tussenpersoon, internetprovider of mobiele operator) die de overgelegde gegevens kunnen onderschrijven.

¹⁸Onder 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.

Besluit

Openbaar

SMS-berichten een verwijzing staat opgenomen naar de website en/of naar het helpdesknnummer. Dit is ter hoorzitting met zoveel woorden door Purple Friday bevestigd. De klachten die over de SMS-berichten zijn ingediend hebben vooral betrekking op het niet kunnen afmelden of op het niet dan wel gebrekkig functioneren van de afmeldfunctie voor de ontvangst van de SMS-berichten.¹⁹

26. Op de website wordt verwezen naar het helpdesknnummer, alsmede naar het e-mailadres helpdesk@sms3545.nl voor het afmelden van de dienst. Gedurende het onderzoek is door een toezichthoudend ambtenaar van OPTA vastgesteld dat bij het aankiezen van het helpdesknnummer automatisch een vooraf opgenomen boodschap ten gehore wordt gebracht die uitsluitend verwijst naar de website en naar hetzelfde e-mailadres van de helpdesk. De telefonische boodschap bij de helpdesk toont aan dat via het helpdesknnummer noch kan worden afgemeld voor, noch geklaagd over, het ongevraagd ontvangen van commerciële SMS-berichten van Purple Friday. Volgens de klachtinformatie verkregen via www.spamklacht.nl werkt het afmelden voor de SMS-berichten ook niet als de ontvanger de afmeldcode toepast zoals vermeld op www.sms3545.nl.²⁰
27. Ter hoorzitting heeft Purple Friday in eerste instantie bevestigd dat er slechts sprake was van een automatische telefonische boodschap wanneer men de helpdesk belde, zonder de mogelijkheid een eigen (afmeld)bericht in te spreken.²¹ In tweede instantie heeft Purple Friday verklaard dat er sprake is van een digitaal antwoordapparaat waarop een klacht of afmelding kon worden ingesproken. Purple Friday verklaarde desgevraagd één keer per dag de ingesproken berichten af te luisteren. Deze laatste verklaringen trekt het college op grond van de vaststellingen van de toezichthoudend ambtenaar zoals neergelegd in het rapport en de inhoud van de beschikbare klachten sterk in twijfel. Purple Friday heeft desgevraagd ook geen opnames uit de bewuste periode kunnen overleggen. Maar ook al ware het juist dan nog acht het college een dergelijke wijze van afmelden onvoldoende adequaat gelet op de, zo leert de ervaring, doorgaans beperkte opnamecapaciteit van zulke apparaten en het onzekere moment dan wel de frequentie van afluisteren door Purple Friday. Klagers of afmelders kunnen hun boodschap niet onmiddellijk kwijt dan wel verkeren in onzekerheid omtrent de afmelding. In het geval van betaalde elektronische SMS-berichten die met enige regelmaat worden verzonden, dient de verzending van dergelijke berichten onmiddellijk en op adequate wijze te kunnen worden stopgezet, zeker als de berichten ook nog eens ongevraagd zijn verzonden.
28. Naar het oordeel van het college is het vermelde adres in de SMS-berichten van Purple Friday geen geldig postadres of nummer voor beëindiging, maar een verwijzing, voor zover al iets vermeld staat, naar de website en/of het telefoonnummer van de helpdesk. Vervolgens wordt men doorverwezen naar een e-mailadres waar men zich kan afmelden voor de dienst. Deze indirecte afmeldprocedure is omslachtig dan wel niet adequaat en voldoet daarom niet aan het wettelijk vereiste dat een SMS-bericht een geldig afmeldadres of afmeldnummer dient te bevatten, waaraan de ontvanger een

¹⁹ Zie de door de Consumentenbond overlegde klachtinformatie die via de website www.consumentenbond.nl is ontvangen en de door de Ombudsman bij brief van 13 augustus 2004 (geen kenmerk) overgelegde klachtinformatie (Bijlagen 6 en 8 bij het rapport).

²⁰ Bijlage 9 bij het rapport.

²¹ Dit is ook de situatie die volgens het rapport door de rapporteur zelf is vastgesteld.

Besluit

Openbaar

verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.

29. Het college is dan ook van oordeel dat bij de verzending van de SMS-berichten geen sprake is geweest van een geldig postadres of nummer voor een verzoek tot beëindiging. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat sprake is van overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.

c) Conclusie ten aanzien van overtreding van artikel 11.7 eerste en derde lid, aanhef en onder b, Tw

30. Het college concludeert op grond van het vorenstaande dat Purple Friday het zogenoemde spamverbod zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw heeft geschonden. Op de concrete omstandigheden van de overtredingen wordt hierna in onderdeel 7 nader ingegaan.

7. Boete

7.1 Wettelijk kader

31. Artikel 15.4, vierde lid, Tw, bepaalt dat het college ingeval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, Tw, bedoelde voorschriften, waaronder overtreding van artikel 11.7 Tw, de overtreder een boete kan opleggen van ten hoogste €450.000.
32. Artikel 15.4, vijfde lid Tw, bepaalt dat de hoogte van de boete in ieder geval wordt afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding, alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.
33. Het college heeft op 17 november 2004 de Boetebeleidsregels OPTA²² vastgesteld. Met deze Boetebeleidsregels geeft het college invulling aan zijn beleidsvrijheid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw en wordt inzicht verschaft in de factoren die de hoogte van de boete bepalen.

7.2 Boetebeleidsregels OPTA

34. Met het oog op een transparante toepassing van zijn in artikel 15.4 Tw neergelegde discretionaire bevoegdheid, heeft het college beleidsregels vastgesteld ("Boetebeleidsregels OPTA").
35. 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

²² Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Besluit van het college van 17 november 2004, Stcrt. 2004, nr. 234).

Besluit

Openbaar

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.²³

36. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de concrete omstandigheden van het geval ("maatwerk")²⁴, 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).
37. Voornoemde afstemming op de economische context en de concrete omstandigheden van het geval waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden loopt overeenkomstig de Boetebeleidsregels langs de volgende lijn.
38. 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. 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.

7.3 Ernst van de overtredingen²⁵

(a) Zwaarte van de overtredingen

39. Bij de bepaling van de zwaarte van de overtredingen strekken de doelstellingen van de Telecommunicatiewet²⁶, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, tot uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen zijn de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types onder te verdelen: zeer

²³ Zie Kamerstukken II, 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 129.

²⁴ Zie in dit verband ook de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 26 november 2002 inzake NEA (rechtsopvolgster van Sep) vs dg NMa, MEDED 00/1002-SIMO.

²⁵ Zie paragraaf 3 van de Boetebeleidsregels OPTA.

²⁶ Zie artikel 1.3, eerste lid, Tw.

Besluit

Openbaar

zware, zware en minder zware overtredingen.²⁷ Wat betreft overtreding van het spamverbod overweegt het college in dit verband het volgende.

40. Ongevraagde communicatie door middel van elektronische berichten (waaronder vooral e-mail en in minder mate SMS en MMS) ten behoeve van commerciële doeleinden zoals direct marketing (hierna: spam) is een groot en sterk groeiend internationaal maatschappelijk probleem.²⁸ Dat blijkt onder meer uit het volgende:

- Wereldwijd wordt het aandeel van spam in het totale e-mailberichtenverkeer geschat op 70 tot 80%. Dat betekent dat 70 tot 80% van alle capaciteit voor het verkeer van e-mailberichten (servers, kabels etc.), moet worden ingezet voor spam. Dat dient als een enorm (technisch en financieel) verlies te worden aangemerkt;
- Ter bestrijding van spam worden enorme kosten gemaakt voor de ontwikkeling en bouw van filters dan wel andere preventieve maatregelen. Dat is een onnodig grote kostenpost;
- Een belangrijk negatief neveneffect is verder dat door spam (eind)gebruikers hun vertrouwen in internet, e-mail en andere vormen van elektronische communicatie verliezen; Dit kan veel schade berokkenen aan de ontwikkeling van de markt;
- Het simpel "wegklikken" of verwijderen van spam kost bij elkaar opgeteld – wereldwijd – miljarden Euro's;
- Spam is bovendien vaak gerelateerd aan, of faciliterend voor, andere vormen van ongeoorloofde handelspraktijken (zoals illegale adressen- of telefoonnummerhandel en fraude).

41. Dit zijn de belangrijkste redenen waarom spam (in ruime zin) door het college als bijzonder schadelijk wordt geacht. Ten algemene geldt immers dat door overtreding van het spamverbod de werking van elektronische communicatiemarkten en hun imago onder eindgebruikers wordt aangetast. Daarbij komt dat de belangen van eindgebruikers ook daadwerkelijk worden geschaad. Het college typeert overtreding van het spamverbod dan ook naar haar aard als een zware overtreding van de Telecommunicatiewet aangezien daardoor de concurrentie wordt belemmerd of de belangen van de eindgebruiker worden geschaad, maar niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt.²⁹ Voor zover de omvang van het spamprobleem in de vorm van SMS-berichten minder zou zijn dan in de vorm van e-mailberichten overweegt het college er belang aan te hechten het spamprobleem in de vorm van SMS-berichten in de kiem te smoren ter voorkoming van een verdere toename van deze vorm van ongevraagde communicatie door middel van elektronische berichten.

(b) Economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

²⁷ De drie typen overtredingen zijn ondergebracht in de boetecategorieën I, II en III. Per categorie wordt een aantal voorbeelden genoemd. De per categorie opgesomde overtredingen zijn niet limitatief bedoeld. Zie randnummer 3.2 van de Boetebeleidsregels OPTA.

²⁸ Zie Kamerstukken II, 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 48-49.

²⁹ In de Boetebeleidsregels onder categorie II: "Zware overtredingen", zesde bullitpoint, wordt overtreding van de verplichtingen die strekken tot bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer (artikel 11.2 Tw, artikel 11.3, eerste lid, en artikel 11.7 Tw) als voorbeeld aangehaald. Zie randnummer 3.2 van de Boetebeleidsregels OPTA.

Besluit

Openbaar

42. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen houdt het college, naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtredingen, rekening met de economische context en de bijzondere omstandigheden waarin de overtredingen hebben plaatsgevonden.³⁰ In dit verband overweegt het college het volgende.
43. Het college neemt in overweging het gegeven dat Purple Friday direct na kennisgeving van het rapport maatregelen heeft genomen om haar aan- en afmeldsysteem te verbeteren, in die zin dat Purple Friday daartoe een 0900-nummer heeft ingesteld en haar website overeenkomstig heeft aangepast. Voor zover bekend zijn er daarna geen klachten terzake meer geregistreerd.³¹
44. Verder speelt de relatief beperkte omvang van de onderneming een rol. Purple Friday is een onderneming die in feite (middels een stichting) wordt gedreven door [] als enige werkzame persoon in vaste dienst.
45. Ook neemt het college mee dat het in het onderhavige geval om een relatief gering aantal klachten gaat (vierendertig geregistreerde klachten op een geschat aantal van circa 200.000 verzonden SMS-berichten).
46. Voorts overweegt het college dat de ernst van de overtreding mede wordt bepaald door de mate waarin de overtreding de belangen van eindgebruikers *feitelijk* heeft geschaad. Het college overweegt dat de feitelijke schade aan de belangen van de eindgebruikers als gevolg van de overtreding moeilijk is vast te stellen. Niet bekend is, ook niet bij benadering, hoeveel SMS-berichten zonder voorafgaande toestemming verzonden zijn.
47. Tot slot stelt het college in dit verband vast dat Purple Friday in de periode mei tot en met juli 2004 circa €[] aan netto-uitkeringen van haar tussenpersoon heeft ontvangen voor het verzenden van SMS-berichten met SMS-code 3545.³² De netto-uitkeringen aan Purple Friday over de gehele periode dat de overtreding heeft geduurd³³, worden op basis van deze gegevens door het college geschat op circa €[]. Deze netto-uitkeringen zijn bruto-omzet voor Purple Friday. Het is niet bekend welk deel van de omzet is gegenereerd met het verzenden van ongevroegde SMS-berichten.

(c) Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

48. Het college concludeert dat er, gelet op de aard van de overtredingen en de economische context alsmede de specifieke omstandigheden waarin deze hebben plaatsgevonden, sprake is van minder ernstige overtredingen, hetgeen volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal €100.000

³⁰ Het college kan onder andere betekenis toekennen aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken ondernemingen(en) alsmede het (gezamenlijk) marktaandeel, de structuur van de markt en de geldende regelgeving. Tevens kan het college gewicht toekennen aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten. Zie randnummer 3.3 van de Boetebeleidsregels OPTA.

³¹ Peildatum 29 november 2004.

³² Zie randnummer 55 van het rapport. Het betreft derhalve bruto-inkomsten voor Purple Friday (vóór belastingen en aftrek eigen kosten).

³³ De periode van 19 mei 2004 tot en met 11 september 2004. Zie paragraaf 7.4.1 van het onderhavige besluit.

Besluit

Openbaar

per overtreding indiceert.³⁴

7.4 De vaststelling van de hoogte van de boete³⁵

a) Duur van de overtredingen

49. De overtredingen namen een aanvang bij inwerkingtreding van de gewijzigde Telecommunicatiewet, te weten 19 mei 2004. Een nauwkeurig tijdstip voor het einde van de overtredingen kan moeilijk worden vastgesteld. Het college gaat daarom wat betreft de einddatum van de verboden gedragingen van Purple Friday uit van de datum waarop de laatst bekende klacht is geregistreerd vóór de vaststelling van het rapport, te weten 11 september 2004.
50. Het college concludeert dat de overtredingen van zowel artikel 11.7, eers te lid, Tw, als artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw, in de periode 19 mei 2004 tot en met in ieder geval 11 september 2004 hebben plaatsgevonden. De overtredingen hebben derhalve minder dan vier maanden, dat wil zeggen relatief kort, geduurd.

b) Verwijtbaarheid van de overtreder

51. De vigerende Telecommunicatiewet is in werking getreden op 19 mei 2004. Purple Friday is haar activiteiten gestart onder het regime van de oude Telecommunicatiewet. Onder laatstgenoemde wet was (nog) geen sprake van een wettelijk spamverbod. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de gewijzigde Telecommunicatiewet zijn de gevolgen ervan voor onder meer (potentiële) spammers uitgebreid door het voor het telecommunicatiebeleid verantwoordelijke Ministerie van Economische zaken over het voetlicht gebracht. Zo is de nieuwe wetgeving belicht in brochures, in persberichten en dergelijke. Verder werden en worden door het voornoemde ministerie³⁶ en Postbus 51³⁷ ook concrete vragen beantwoord. OPTA heeft de website www.spamklacht.nl ingesteld, waarop veel informatie te vinden is, heeft voorlichting gegeven op congressen, seminars, et cetera, en beantwoordt vragen. Kortom, er is veel, zo niet alles, aan gedaan om de betrokken branche de gelegenheid te geven zich gedegen voor te bereiden op het nieuwe (strengere) regime en de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke eisen te voldoen. Het college kan en mag er dan ook van uit gaan dat (toekomstige) overtreiders willens en wetens het risico lopen een zware overtreding te begaan, die in de regel als ernstig wordt gekwalificeerd, in de zin van de Boetebeleidsregels, en waarvoor een navenant forse boete kan worden opgelegd tot €300.000.
52. Purple Friday heeft expliciet schriftelijk opdracht verleend voor afwikkeling van de SMS-berichten. Daarbij komt dat Purple Friday met haar tussenpersoon contractueel heeft afgesproken³⁸ dat Purple Friday zelf verantwoordelijk is voor de inhoud van de berichten en de toestemming van ontvangers van de berichten. Purple Friday is een zogeheten "gateway"-klant, die vrijwel alle verzendings- en

³⁴ Zie paragraaf 4 van de Boetebeleidsregels OPTA.

³⁵ Zie paragraaf 5 van de Boetebeleidsregels OPTA.

³⁶ Zie www.minez.nl.

³⁷ Zie www.postbus51.nl.

³⁸ Bijlage 8 bij het rapport.

Besluit

Openbaar

ontvangsthandelingen zelfstandig uitvoert. De tussenpersoon is in opdracht van Purple Friday slechts betrokken bij de distributie van de SMS-berichten naar de verschillende mobiele operators en de ontvangst van bulkberichten van de bij de mobiele operators aangesloten eindgebruikers naar Purple Friday.

53. Ter hoorzitting heeft Purple Friday verklaard op de hoogte te zijn van de klachten over de SMS-berichten met betrekking tot het ongevraagd verzenden van de SMS-berichten en de niet-functionerende afmeldingsmogelijkheid voor ontvangst van de SMS-berichten. Purple Friday was bovendien bekend met de nieuwe wetgeving en het wettelijk spamverbod alsmede de gedragscode SMS-abonnementen³⁹. Dit is voor Purple Friday kennelijk geen reden geweest om de overtredingen in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw, en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw, te staken dan wel haar gedragingen (vóór de vaststelling van het rapport) aan te passen. Er is derhalve geen aanleiding om Purple Friday van de overtredingen geen of in mindere mate verwijt te maken.
54. Het college concludeert dat de overtredingen van artikel 11.7, eerste en derde lid, Tw zijn begaan door de onderneming Purple Friday en dat de overtredingen kunnen worden toegerekend aan de Stichting als rechtspersoon, aangezien de onderneming door haar wordt gedreven.

c) Conclusie ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boetes

55. Hiervóór is 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 minder ernstige overtredingen van de Telecommunicatiewet.
56. De ernst en de duur van de overtredingen alsmede de verwijtbaarheid van de overtreder vragen naar het oordeel van het college om de oplegging van een boete waarvan de hoogte onder in de bandbreedte van de boetecategorie ligt, waarmee tot uitdrukking komt dat er sprake is van minder ernstige en relatief kort durende overtredingen. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt €0 tot maximaal €100.000. In het licht van het voorgaande legt het college in het onderhavige geval aan Purple Friday twee boetes op ten bedrage van €10.000 voor elk van de overtredingen door Purple Friday begaan.
57. Het college overweegt verder dat de boetes zo hoog zouden moeten zijn dat zij Purple Friday van volgende overtredingen weerhouden en potentiële overtreders afschrikken (speciale en generale preventie). Het college noemt nog de volgende factoren op grond waarvan hij tot de overtuiging komt dat oplegging van twee boetes ter hoogte van €10.000 in dit geval passend is.
58. Vastgesteld is enerzijds dat er sprake is van zware overtredingen van de Telecommunicatiewet,

³⁹ Marktpartijen zijn mede op initiatief van consumentenorganisaties en OPTA op 1 mei 2004 een gedragscode voor het aanbieden van SMS-diensten overeengekomen. De code bestaat uit twee onderdelen: een gedragscode en een code of conduct. In de 'Gedragscode Operators en service-providers' staan de regels waaraan de operators en de service-providers moeten voldoen. In de 'Code of conduct' staan de regels voor de aanbieders van SMS-(abonnements)diensten, ook wel SMS-makelaars genoemd.

Besluit

Openbaar

hetgeen hoge boetes indiceert. Anderzijds is vastgesteld dat de duur van de overtredingen relatief kort is en het aantal klachten betrekkelijk gering. Dit heeft meegewogen bij het vaststellen van de hoogte van de boetes. Voorts is overwogen dat de telecommunicatiemarkt zich in een bijzondere overgangssituatie van een nieuw wettelijk regime bevindt. Tot slot wordt vastgesteld dat Purple Friday niet eerder met een soortgelijke klacht of procedure geconfronteerd is geweest. Dit alles afwegende zullen de boetebedragen een relatief licht karakter dienen te hebben in verhouding tot de maximaal op te leggen boetes. Als zodanig kunnen worden aangemerkt boetes van €10.000 per overtreding. Naar het oordeel van het college voldoet de hoogte van de boetes aan de eis dat de nadelige gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.⁴⁰

59. Wat betreft het in aanmerking nemen van boeteverhogende en/of -verlagende omstandigheden overweegt het college nog het volgende.
60. De voordelen voor Purple Friday en de nadelen voor de eindgebruikers als gevolg van de overtreding zijn moeilijk kwantitatief uit te drukken. Niet met zekerheid valt vast te stellen wat het behaalde voordeel dan wel berokkende nadeel is, omdat niet bekend is, ook niet bij benadering, hoeveel SMS-berichten zonder voorafgaande toestemming zijn verzonden á raison van €1,10 per bericht. Mede in het licht van het geringe aantal klachten moet het college er van uit gaan dat de schade voor de individuele klager weliswaar als groot gevoeld kan worden maar in totaliteit beperkt is. Een en ander geldt mutatis mutandis voor het behaalde voordeel.
61. Ter bepaling van de uiteindelijke hoogte van de boetes voor Purple Friday ziet het college dan ook geen aanleiding om vorenstaande als boeteverhogende omstandigheid in aanmerking te nemen.⁴¹ Ook overigens ziet het college geen aanleiding om boeteverhogende en/of -verlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.

8. Besluit

62. Het college besluit aan de rechtspersoon Stichting Yellow Monday, handelend onder de naam "Purple- Friday", statutair gevestigd te Etten-Leur, twee boetes op te leggen van ieder €10.000 in verband met overtreding van artikel 11.7, eerste lid, respectievelijk overtreding van artikel 11.7, derde lid, Tw gedurende de periode van 19 mei 2004 tot en met 11 september 2004.
63. De overtredingen bestaan eruit dat Purple Friday ongevraagd SMS-berichten met SMS-code 3545 voor commerciële doeleinden aan eindgebruikers heeft verzonden, dat wil zeggen zonder de wettelijk vereiste voorafgaande toestemming van de desbetreffende abonnee en dat Purple Friday bij de SMS-berichten geen wettelijk vereist geldig postadres of nummer heeft vermeld waaraan de ontvanger een

⁴⁰ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

⁴¹ Zie paragraaf 6 van de Boetebeleidsregels OPTA.

Besluit

Openbaar

verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kon richten.

Het college van de ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

w.g. Prof.dr. J.C. Arnbak,
Voorzitter

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, t.a.v. afdeling Juridische Zaken, 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.