


Openbare versie

KPN B.V.
Legal & Regulatory
Postbus 30139
2500 GC 'S-GRAVENHAGE


Contactpersoon	Ons kenmerk	Uw kenmerk	Doorkiesnummer
	OPTA/IPB/2007/202021		
Datum	Onderwerp		Bijlage(n)
	Reactie OPTA inzake SMS advertising pilot		

Geachte heer Schouten,

In mei en juni van dit jaar heeft KPN B.V (hierna: KPN) het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) verschillende malen geïnformeerd over een door KPN uitgevoerde proef (hierna: de proef) , waarbij aan SMS-berichten reclame boodschappen waren toegevoegd. Het college informeert u thans over zijn bevindingen. Hij zal in het navolgende ingaan op de vraag of het verzenden van dergelijke SMS berichten met reclame-boodschappen leidt tot een overtreding van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), kortweg het spamverbod.

Ik vertrouw er op u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Voor vragen kunt u contact opnemen met de in het briefhoofd vermelde contactpersoon.

Hoogachtend,

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
plv. Sectorleider Integriteitstoezicht en Post

w.g. mr. D. Molenaar

Openbare versie

Beoordeling van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit van de door KPN B.V. uitgevoerde proef tot verzending van SMS-berichten met reclameboodschappen.

1. Procedure

1. Op 25 april jl. heeft KPN B.V (hierna: KPN) uit eigen beweging aan het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) informatie verschaft over een voorgenomen proef (door KPN aangeduid als een advertising pilot). De proef behelst het toevoegen van reclameboodschappen van externe adverteerders (anders dan KPN) aan SMS-berichten over de hoogte van het beltegoed van abonnees van een KPN prepaid-abonnement (hierna: prepaid-abonnee).
2. In het kader van deze proef heeft KPN aan het college een aantal malen per mail en telefonisch nadere gegevens verschaft, onder meer over de inhoud van de toe te voegen reclameboodschappen en over de doorlooptijd van de proef. Desgevraagd heeft KPN ook aangegeven welke prepaidbellers betrokken zijn bij deze proef en op welke wijze aan de betreffende deelnemers toestemming is gevraagd voor de ontvangst van deze berichten.
3. Op 1 juni jl. heeft een bespreking tussen KPN en het college plaatsgevonden ten kantore van het college, waarbij KPN een nadere toelichting heeft gegeven over het doel en de opzet van de pilot. KPN heeft daarbij tevens aangegeven op welke wijze zij in de (nabije) toekomst een praktisch vervolg zal geven aan deze proef. Verder heeft KPN in deze bespreking zijn zienswijze gegeven over de vraag of de praktijk van het toevoegen van reclameboodschappen aan berichten over de hoogte van het beltegoed in strijd is met artikel 11.7 van de Tw.
4. Ten slotte heeft KPN na afloop van de proef nog verdere informatie verstrekt over bij haar binnengekomen klachten en over de technische inrichting van haar systeem om prepaid-abonnees te informeren over de hoogte van hun beltegoed.

2. Feiten

5. Het college heeft van KPN een technische beschrijving gevraagd van de wijze waarop berichten worden verstuurd waarin het beltegoed wordt opgevraagd. De abonnee die zijn beltegoed wil weten verstuurt daartoe een (standaard)bericht, dat op dezelfde wijze wordt verzonden als een SMS bericht.¹ De verzending van dit bericht (hierna ook: code) leidt ertoe dat volledig geautomatiseerd en onmiddellijk als antwoord op dit bericht een bericht wordt gegenereerd dat vervolgens wordt teruggestuurd naar de betreffende abonnee. De inhoud van het antwoord komt tot stand zonder menselijke tussenkomst. Het antwoordbericht wordt bovendien niet opgeslagen in

¹ Door KPN wordt dit bericht van de abonnee aangeduid als het verzenden van een zogenaamde USSD code, wat staat voor Unstructured Supplementary Service Data. Een dergelijk bericht wordt (evenals het antwoordbericht met de hoogte van het beltegoed) verzonden op dezelfde wijze als een "normaal" SMS bericht via het mobiele netwerk van KPN.

Openbare versie

de telefoon van de betreffende abonnee. Het antwoord bevat de actuele stand van het beltegoed van de betreffende abonnee. Gedurende de proef werd aan alle berichten met de hoogte van het beltegoed bovendien een (vooraf bepaalde) reclametekst toegevoegd. Uit de beschrijving van het technisch proces over het stand komen van het bericht met de hoogte van het beltegoed blijkt dat KPN het versturen van het verzoek om de hoogte van het beltegoed en het daaropvolgend verzenden van het antwoord als één doorlopend (technisch) proces beschouwt.²

6. KPN heeft zijn prepaid-abonnees langs verschillende kanalen heeft geïnformeerd over deze proef. Naar aanleiding van een persbericht van KPN hebben verschillende media (internet, kranten) aandacht besteed aan de proef van KPN. Bovendien heeft KPN zijn prepaid klanten vooraf per SMS bericht geïnformeerd over de proef. KPN heeft aangegeven geen kosten in rekening te brengen voor het verzenden van deze reclame. Naast het opvragen van het saldo van het beltegoed per SMS kan een prepaidabonnee ook telefonisch de stand van zijn beltegoed opvragen. Door gedurende de proef gebruik te maken van deze mogelijkheid kon een prepaidabonnee de hoogte van zijn beltegoed opvragen zonder daarbij een reclameboodschap te ontvangen.
7. Ten aanzien van de omvang van de proef heeft KPN aangegeven dat zij op 18 dagen ongeveer 6 miljoen berichten heeft verzonden, waarover zij in totaal 19 klachten heeft ontvangen. KPN heeft het college daarnaast geïnformeerd over de resultaten van een door haar uitgevoerd onderzoek over deze proef onder een representatief aantal klanten. Het merendeel van de ondervraagden blijkt positief te zijn over de uitgevoerde proef, ook geeft een aanzienlijk deel van de ondervraagden aan dergelijke berichten ook te willen ontvangen in de toekomst.
8. Het college heeft via zijn website www.spamklacht.nl geen klachten ontvangen over de door KPN gehanteerde wijze van reclame maken.

3. Juridisch kader

9. 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.
10. Artikel 11.8 Tw bepaalt dat de toepassing van artikel 11.7 Tw beperkt is tot abonnees die natuurlijke personen zijn.

² KPN spreekt in dit verband van "het sturen van het sturen van een speciale code door een klant/gebruiker waarmee een sessie wordt geopend, die met de beantwoording van deze code direct weer gesloten wordt".

Openbare versie

11. Artikel 11.1, aanhef en onder g, 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.
12. Artikel 11.1, aanhef en onder e, Tw bepaalt dat onder communicatie wordt verstaan: informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst; dit omvat niet de informatie die via een omroepdienst over een elektronisch communicatienetwerk wordt overgebracht, behalve wanneer de informatie kan worden gerelateerd aan de identificeerbare abonnee of gebruiker die de informatie ontvangt.
13. Artikel 11.1, aanhef en onder i, 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.
14. In zijn Boetebeleidsregels OPTA (hierna: Boetebeleidsregels) van 2 augustus 2005 geeft het college invulling aan zijn beleid bij het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw.³ Als bijlage bij de Boetebeleidsregels is tevens het Boetebeleid en handhavingsbeleid spam vastgesteld. In zijn Boetebeleidsregels 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.

4. Beoordeling

Belang van innovatie, reikwijdte artikel 11.7 van de Tw

15. In een snel ontwikkelende markt als de (tele)communicatiemarkt zijn aanbieders voortdurend op zoek naar nieuwe en andere vormen van dienstverlening. Het college begrijpt de noodzaak van de voortdurende ontwikkeling van diensten en wil daarom aanbieders in de gelegenheid stellen om, binnen de kaders van de wet, nieuwe vormen van dienstverlening te ontwikkelen en in de praktijk te onderzoeken. Een al te terughoudende opstelling van het college bij de ontwikkeling van nieuwe diensten en producten zou belemmerend kunnen werken en daarmee innovatie en concurrentie in de weg kunnen staan. Anderzijds houdt het college te allen tijde zijn verantwoordelijkheid om toe te zien op de naleving van de Tw. Innovatie mag geen vrijbrief zijn om de bepalingen van de Tw niet na te leven.
16. Het college ziet meer ontwikkelingen waarbij langs andere wegen dan de meer traditionele wegen (tv, radio gedrukte media) reclame wordt gemaakt. Aanbieders zoeken naar wegen om consumenten meer per individu te benaderen, hetgeen er toe leidt dat met de inzet van nieuwe

³ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Besluit van het college van 22 juli 2005, *Stcrt.* 2005, nr. 145).

Openbare versie

technieken zeer gerichte vormen van reclame maken worden ontwikkeld. Reclameberichten worden meer en meer vast onderdeel van dienstverlening, waaronder het leveren van communicatiediensten.⁴ Het college stelt vast dat de hiervoor beschreven ontwikkelingen op het gebied van (gericht) reclame maken voortdurend de vraag oproepen naar de reikwijdte van artikel 11.7 van de Tw.

17. Als gevolg van de hiervoor beschreven ontwikkelingen ziet het college zich in toenemende mate voor een beoordeling gesteld van de toelaatbaarheid van het gebruik van reclame bij dienstverlening aan abonnees.⁵ Meer concreet betekent dat een beoordeling van de vraag of het enkel toevoegen van een reclameboodschap aan elektronische berichten er in alle gevallen toe leidt dat artikel 11.7 van de Tw van toepassing is. Het college dient bovendien na te gaan of in alle gevallen handhaving van de naleving van artikel 11.7 van de Tw vervolgens noodzakelijk is.
18. Met inachtneming van het voorgaande zal het college thans de door KPN uitgevoerde proef beoordelen.

Elektronische berichten

19. Het college heeft allereerst stil gestaan bij de vraag of de handelswijze van KPN leidt tot overtreding van artikel 11.7 van de Tw. De door KPN verzonden berichten zijn zonder meer aan te merken als elektronische berichten in de zin van de Tw. Immers, het gaat om tekstberichten die gelet op de verzendwijze volledig gelijk zijn te stellen met SMS berichten. Daarmee staat vast dat het gaat om elektronische berichten als bedoeld in artikel 11.1, aanhef en onder i van de Tw.⁶

Ongevraagde communicatie

20. Artikel 11.7, eerste lid van de Tw is van toepassing op het verzenden van *ongevraagde* communicatie. Niet op voorhand staat vast dat in dit specifieke geval sprake is van ongevraagde communicatie. De verzending van het betreffende SMS-bericht is in zowel praktisch als technisch opzicht namelijk de directe reactie op de vraag van de betreffende prepaid-abonnee. Immers, de prepaid-abonnee wenst via een SMS bericht geïnformeerd te worden over de hoogte van zijn beltegoed. In zijn verzoek (via het verzenden van een code) geïnformeerd te worden, ligt reeds de toezending van een (SMS) bericht met het antwoord op zijn verzoek besloten. De prepaid-abonnee heeft ook de mogelijkheid om telefonisch geïnformeerd te worden over de hoogte van zijn beltegoed. De vraag of sprake is van "ongevraagde" communicatie wordt mede gevoed door de

⁴ Het college denkt in dit verband bijvoorbeeld aan de dienst GMail, die door Google wordt geleverd, waarbij op basis van de inhoud van het verzonden mailbericht daaraan gerelateerde (en daarmee gerichte) reclame boodschappen worden toegevoegd.

⁵ Het verbod voor het verzenden van ongevraagde elektronische communicatie is nu nog beperkt tot de verzending aan van abonnees die natuurlijke personen zijn. Thans is een wetsvoorstel ahangig (Kamerstukken II, 2006/07, 30 661, nrs. 1-2) als gevolg waarvan het verbod tot het verzenden van ongevraagde elektronische communicatie ook zal gelden voor het ongevraagd verzenden van berichten aan rechtspersonen.

⁶ Uit de Memorie van Toelichting op artikel 11.1 van de Tw blijkt dat het begrip "elektronisch bericht" volgens de bedoeling van de wetgever onder meer betrekking heeft op SMS-berichten (Kamerstukken II, 2002/03, 28 851, nr 3, p. 153).

Openbare versie

technische inrichting waarop SMS berichten over de hoogte van het beltegoed worden samengesteld en verzonden. Vast staat dat KPN in dit geval als verzender van het antwoordbericht is te beschouwen. Maar de verzending van het bericht met de reclameboodschap wordt in technisch opzicht geïnitieerd door de prepaid-abonnee.

21. Ten slotte ziet het college zich gesteld voor de vraag of de verzending van de SMS berichten van commerciële aard zijn. Het doel van de verzending van het SMS-bericht is er eerst en vooral op gericht de betreffende prepaid-abonnee te informeren over de hoogte van diens beltegoed. De toegevoegde reclameboodschap vormt weliswaar een onderdeel van het bericht, maar vormt niet het uiteindelijke doel van de verzending van het bericht. Zoals hiervoor reeds in randnummer 17 is aangegeven, betreft dit een beoordeling naar de reikwijdte van artikel 11.7 van de Tw. Het oordeel of in dit concrete geval sprake is van de verzending van berichten voor een commercieel doel is dan ook betwistbaar. Daaruit volgt dat niet op voorhand vast staat dat artikel 11.7 van de Tw in dit concrete geval van toepassing is.

Ernst van overtreding en door berichten veroorzaakte schade

22. Het college heeft in zijn Boetebeleidsregels onder meer criteria vastgesteld om de ernst van de overtreding van art. 11.7 van de Tw te bepalen. Die ernst wordt onder andere bepaald door het aantal klachten, de aantallen verzonden berichten, de schadelijkheid van het bericht *volgens* eindgebruikers en de (feitelijke) schade van het bericht *aan* eindgebruikers. KPN heeft naar eigen zeggen een beperkt aantal klachten ontvangen, het college heeft geen klachten ontvangen. Het college stelt vast dat, gegeven het grote aantal verzonden berichten met reclameboodschappen, het aantal klachten zeer beperkt is gebleven. Ook overigens heeft het college geen aanwijzingen dat van (bijzondere) schadelijkheid van de berichten sprake zou zijn.

Doel en opzet van de proef, medewerking KPN

23. Het college heeft bij zijn beoordeling van de handelswijze van KPN in het licht van mogelijk handhavend optreden wegens overtreding van artikel 11.7 van de Tw tevens de volgende aspecten betrokken. Het betrof hier een proef met een betrekkelijk korte doorlooptijd, waarbij KPN op een beperkt aantal dagen berichten heeft doen uitgaan. Uit eigen beweging heeft KPN het college voorafgaand aan de proef geïnformeerd. Verder heeft KPN gedurende en na afloop van de proef uitvoerig met het college van gedachten gewisseld: KPN heeft daarmee alle medewerking verleend die het college van haar heeft gevraagd.

Inrichting van nieuwe dienstverlening als vervolg op de proef

24. KPN heeft verder inzicht verschaft over de wijze waarop zij in de nabije toekomst deze dienstverlening zal vorm geven. Zo is KPN van plan om prepaid-abonnees de mogelijkheid te geven te kiezen uit het ontvangen van berichten over de hoogte van het beltegoed met of zonder toegevoegde reclame boodschappen. Een dergelijke aanpassing doet volgens het college meer recht aan de gedachte achter en het doel van artikel 11.7 van de Tw en het daarin opgenomen vereiste van toestemming voor het verzenden van berichten met een commercieel doel.

Openbare versie

5. Conclusie

25. Gegeven de twijfels van het college over de vraag of sprake is van een overtreding van artikel 11.7 van de Tw en gelet op het beperkt aantal klachten en de geringe schadelijkheid van de berichten ziet het college thans geen aanleiding om mogelijke handhaving van artikel 11.7 van de Tw jegens KPN verder te onderzoeken. Ook de wijze waarop KPN deze dienstverlening in de toekomst vorm gaat geven, geeft thans geen aanleiding tot handhavend optreden.

Hoogachtend,

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
plv. Sectorleider Integriteitstoezicht en Post

mr. D. Molenaar