

Besluit

Openbaar

OPTA HANDHAVINGSBELEID SPAM

Beleidsregels met betrekking tot de handhaving van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (Handhavingsbeleid spam)

1. Inleiding

1.1. De Telecommunicatiewet geeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) de bevoegdheid om op te treden tegen spam. Klachten over spam kunnen via de website <www.spamklacht.nl> bij het college worden gemeld.

1.2. Het college geeft in het onderhavige document invulling aan zijn handhavingsbeleid voor overtredingen van het spamverbod en formuleert in aanvulling op de algemene Boetebeleidsregels OPTA¹ zijn specifieke boetebeleid in dezen. Deze bewerking van het vigerende beleid geeft ook structuur aan de uitvoering van de handhaving van het spamverbod en neemt willekeur weg.

1.3. Dit handhavingsbeleid wordt extern bekendgemaakt door plaatsing ervan in de Nederlandse Staatscourant en op de website van OPTA². Waar in deze beleidsregels wordt gesproken over de ernst of de zwaarte van overtredingen, is dat binnen het kader van de categorisering en kwalificatie van overtredingen als bedoeld in de Boetebeleidsregels OPTA.³

1.4. Het college kan niet op basis van iedere melding handhavend optreden. Met de beleidsregels handhaving spam verschaft het college inzicht in de criteria op basis waarvan hij besluit tot het treffen van handhavende maatregelen.

1.5. Tevens geeft het college met deze beleidsnota invulling aan zijn beleidsvrijheid ten aanzien van de keuze voor een bepaald handhavingsmiddel.

1.6. In elke individuele situatie wordt rekening gehouden met de specifieke omstandigheden van het betreffende geval. Een besluit om over te gaan tot handhaving en de keuze voor het handhavingsmiddel is immers altijd maatwerk.

2. Wettelijk kader

2.1. Op grond van artikel 11.7, eerste lid, Tw is *'het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees [is] uitsluitend toegestaan, indien de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend'*.

2.2. Artikel 11.7, derde lid, Tw bepaalt dat *'bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het*

¹ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA).

² Zie www.opta.nl.

³ Overtreding van artikel 11.7 Tw valt qua zwaarte in abstracto in de categorie "Minder zware overtredingen".

Besluit

Openbaar

eerste lid genoemde doeleinden dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld:

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

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

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

2.5. Op grond van artikel 15.2, tweede lid, j° artikel 15.1, derde lid, Tw en artikel 15.4, vierde lid, j° artikel 15.1, derde lid, Tw, is het college bevoegd om handhavingsmaatregelen te nemen.

3. Criteria prioriteitstelling handhaving

3.1. Het college is bevoegd om bij overtreding van artikel 11.7 Tw handhavend op te treden. Wegens de grote aantallen klachten over spam en de beperkte handhavingscapaciteit, kan het college niet op basis van iedere individuele klacht handhavend optreden. De beperkte capaciteit die voor handhaving van spam beschikbaar is, dwingt het college tot het maken van keuzes. Bij het bepalen van zijn prioriteiten, laat het college zich leiden door de ernst van de overtreding.

3.2. Het college vult de ernst van de overtreding in op basis van de volgende criteria:

- a. het aantal klachten;
- b. herhaalde overtreding (recidive);
- c. meerdere overtredingen;
- d. de bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers;
- e. de veroorzaakte schade door het bericht volgens Internet Service Providers (hierna: ISP's) en/of hostingproviders;
- f. het aantal verzonden berichten;
- g. 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.

3.2.a. Hoe meer klachten het college over een bepaald spambericht ontvangt, hoe groter de aanleiding is voor het college om ten aanzien van dat betreffende spambericht handhavend op te treden.

Besluit

Openbaar

3.2.b. Indien blijkt dat een verzender van spam al eerder artikel 11.7 Tw heeft overtreden, zal dit voor het college eerder aanleiding zijn om tegen deze verzender handhavend op te treden, ook al zou hiertoe op basis van het aantal verzonden spamberichten minder aanleiding toe bestaan.

3.2.c. Als het college constateert dat een verzender meerdere leden van artikel 11.7 Tw overtreedt, zal dit voor het college sneller aanleiding zijn om over te gaan tot handhavend optreden. Indien bij het verhullen van de identiteit meer geavanceerde methoden zijn gebruikt, zoals verzending via zombiecomputers, is dit ook een verzwarende factor.

3.2.d. Indien uit de klachten blijkt dat veel eindgebruikers in bijzondere mate een bericht schadelijk achten, zal dit voor het college eerder aanleiding zijn om tegen de verzender van dit bericht handhavend op te treden. Het college benadrukt dat het hierbij gaat om de indruk die is ontstaan bij de eindgebruiker. Het college zal de inhoud van een spambericht niet zelf beoordelen. Eén van de doelstellingen van de Telecommunicatiewet is het bevorderen van de belangen van eindgebruikers. De belangen van eindgebruikers worden geschaad als zij aanstoot nemen aan een spambericht. Het verstuurd bericht kan ook door zijn omvang schade veroorzaken voor de eindgebruiker. De omvang van bericht kan er bijvoorbeeld voor zorgen dat de postbus van de eindgebruiker zijn limiet sneller bereikt. De omvang van het bericht kan er ook voor zorgen dat de eindgebruiker langer met het internet verbonden moet zijn dan hij wenst, omdat het spambericht binnengehaald moet worden.

3.2.e. Door een groot aantal berichten via bijvoorbeeld internet te versturen, kan schade ontstaan voor ISP's en/of hostingproviders. Dit gebeurt bijvoorbeeld doordat berichten die niet afgeleverd kunnen worden bij de geadresseerde, terugkomen bij de ISP of hostingprovider, het zogenaamde 'bouncen' van berichten. Ook de veroorzaakte schade door de berichten kan daarom aanleiding zijn voor het college om over te gaan tot handhavend optreden. Dit kan ook worden uitgedrukt door de beroering die een bepaalde spamverzending heeft veroorzaakt, bijvoorbeeld in de media.

3.2.f. Het aantal verzonden berichten kan eveneens aanleiding zijn om het spamverbod te handhaven. Als vast te stellen is dat een groot aantal berichten is verstuurd, dan is het aannemelijk dat de werking van de elektronische communicatiemarkt is verstoord en zal er meer aanleiding zijn om over te gaan tot handhavend optreden.

3.3. De voorgaande criteria zijn niet cumulatief. Er hoeft niet aan alle genoemde criteria te zijn voldaan voordat het college zal overgaan tot handhaving. Wel zal het college de criteria in onderlinge samenhang bezien. Het college zal meer aanleiding zien om over te gaan tot handhavend optreden wanneer aan meerdere van de genoemde criteria is voldaan.

4. Keuze voor handhavingsmiddelen

4.1. Indien het college een overtreding van de Telecommunicatiewet constateert, kan hij handhavend optreden. Het college beschikt hiertoe over de bestuurlijke handhavingsmiddelen bestuursdwang, de last onder dwangsom en de boete. Daarnaast kan het college in voorkomende gevallen besluiten niet over te gaan tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie, maar te volstaan met het geven van een waarschuwing.

Besluit

Openbaar

4.3 Bestuursdwang en last onder dwangsom zijn reparatoire sancties. Dat betekent dat de sanctie gericht is op het beëindigen van een met de wet strijdige situatie. Van een dergelijke situatie is bijvoorbeeld sprake indien de overtreding nog gaande is, bijvoorbeeld als een server voortdurend spamberichten verzendt. Als de omstandigheden daartoe aanleiding geven acht het college het opleggen van een last onder dwangsom ook toepasselijk als preventieve sanctie. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer er een groot risico bestaat dat een overtreder door zal gaan met het verzenden van spam of dienstverlening aan spamversturende bedrijven en personen. Dit kan dan voor het college een reden zijn om over te gaan tot het opleggen van een preventieve last onder dwangsom waarmee immers kan worden bereikt dat de overtreding, dan wel een vergelijkbare overtreding, niet wordt herhaald.⁴

4.4. Als het college een overtreding van artikel 11.7 Tw heeft geconstateerd, gaat hij, indien hij over het betreffende bericht klachten heeft ontvangen, maar er (nog) geen sprake is van een overtreding die het opleggen van een boete rechtvaardigt, in beginsel over tot het geven van een waarschuwing.

4.5. Met een waarschuwing wordt de betreffende verzender gewezen op de overtreding waarvan hij verdacht wordt. Het college kan hierbij wijzen op de door VNO-NCW opgestelde of een anderszins algemeen aanvaarde gedragscode.⁵

4.6. Het college doet onderzoek naar de mogelijkheid van het opleggen van een boete als er sprake lijkt te zijn van ernstige overtredingen van artikel 11.7 Tw. Voor de beoordeling daarvan hanteert het college de criteria, genoemd in paragraaf 3.2.

5. Omstandigheden⁶ die een rol kunnen spelen bij de vaststelling van de hoogte van de boete

5.1. Deze paragraaf vormt een aanvulling op de Boetebeleidsregels OPTA voor overtredingen van artikel 11.7 Tw. In dat algemene boetebeleid worden deze overtredingen in abstracto ingeschaald als minder zware overtredingen. Het college relateert de hoogte van de boete dan ook overeenkomstig de Boetebeleidsregels OPTA aan de ernst van de overtreding. De criteria en omstandigheden die het college onder meer hanteert om de ernst van de overtreding te bepalen, zijn in paragraaf 3.2. van deze beleidsregels vermeld. Daarnaast kan het college nog andere factoren meewegen, zoals:

- De omstandigheid dat eindgebruikers door de ontvangst van ongevraagde elektronische berichten hun vertrouwen in het internet, e-mail en andere vormen van elektronische berichten verliezen;
- De kosten, al dan niet veroorzaakt door verlies aan arbeidsproductiviteit, die het gevolg zijn van het verwijderen van ongevraagde communicatie;

⁴ Zie ook het besluit van het college van OPTA van 12 mei 2006 inzake oplegging van een last onder dwangsom aan Megaprovider B.V. (kenmerk OPTA/IPB/2006/200675).

⁵ De werkgevers- en ondernemingsvereniging VNO-NCW heeft in mei 2005 een modelgedragscode E-werken gepubliceerd voor het gebruik van (mobiele) telefoon, internet, e-mail, en andere huidige en toekomstige elektronische informatie- en communicatiemiddelen. De gedragscode ziet erop dat bedrijven op juiste wijze hun direct marketing doen of laten doen. Aansluiting bij een dergelijke gedragscode en naleving ervan kan een reden zijn om in een bepaalde situatie slechts een waarschuwing te geven (zie <www.vno-ncw.nl>).

⁶ In de zin van paragraaf 3 en 7 van de Boetebeleidsregels OPTA.

Besluit

Openbaar

- Het ten gevolge van de overtreding verkregen voordeel.

5.2. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete kan naast de reguliere boeteverhogende of verlagende omstandigheden rekening worden gehouden met de persoonlijke financiële omstandigheden van de overtreder. Met betrekking tot de vermogenpositie geldt wel dat het college hier niet ambtshalve onderzoek naar doet. Indien deze omstandigheid relevant is, zal dit door de overtreder zelf moeten worden aangetoond.

5.3. In geval van overtreding van meer dan één lid van artikel 11.7 Tw kan het college meer dan één boete opleggen.

5.4. Indien het met de overtredingen verkregen voordeel of de veroorzaakte schade hiertoe aanleiding geeft, kan de overtreding met toepassing van de Boetebeleidsregels worden aangemerkt als een zeer ernstige overtreding, waarvoor de boete maximaal € 450.000 per overtreding bedraagt.

6. Relatie met andere handhavingsinstanties

6.1. Het versturen van ongewenste berichten is ook op grond van andere wetgeving niet toegestaan. Dit betekent dat ter zake van dezelfde gedraging meer instanties bevoegd zijn om handhavend op te treden.

6.2. Uit de definitie van een spambericht vloeit voort dat het bericht aan eindgebruikers wordt gestuurd zonder dat die hiervoor toestemming hebben verleend. Het gebruiken van persoonsgegevens (zoals een e-mailadres) zonder toestemming van de rechthebbende is een overtreding van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), op grond waarvan het College bescherming persoonsgegevens (CBP) bevoegd is om op te treden.

6.3. Wanneer is een spambericht geadverteerd wordt met gestolen waar of met kopieën van auteursrechtelijk beschermd materiaal waarvan het aannemelijk is dat de rechthebbende geen toestemming voor openbaarmaking heeft gegeven, dan is de FIOD-ECD⁷ op grond van de Wet economische delicten (Wed) bevoegd om op te treden.

6.4. In overleg met deze en eventuele andere bevoegde handhavingsinstanties bepaalt het college of hij in een concreet geval optreedt. Dit is onder meer afhankelijk van het feitencomplex in het concrete geval, de beschikbare handhavingscapaciteit bij de betrokken instanties evenals van bestaande samenwerkingsafspraken op dit terrein.

6.5. Indien ook strafrechtelijke vervolging kan plaatsvinden, kan het college voorafgaand aan het volgen van de boeteprocedure overleggen met het relevante parket bij het Openbaar Ministerie. In beginsel zal er geen sprake zijn van het verbod op dubbele vervolging ('ne bis in idem'), omdat het gaat om verschillende gedragingen die een overtreding zijn.

⁷ De Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst en Economische controledienst (FIOD-ECD) zijn uitvoerende diensten van de Belastingdienst. De Belastingdienst maakt deel uit van het Ministerie van Financiën.

Besluit

Openbaar

7. Inherente afwijkingsbevoegdheid

7.1. Het college kan in bijzondere omstandigheden van dit beleid afwijken.

8. Aanpassing en herziening

8.1. Deze beleidsregels bevatten het OPTA-beleid inzake de handhaving van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet. Het college behoudt zich uitdrukkelijk de mogelijkheid voor daarin wijzigingen aan te brengen. Toepassing van deze beleidsregels in de praktijk en voortschrijdende inzicht zullen zonedig tot aanpassing of herziening ervan leiden.

8.2. Deze beleidsregels treden in werking met ingang van de dag na publicatie ervan in de Nederlandse Staatscourant.

8.3. De bijlage⁸ bij de Boetebeleidsregels OPTA, Staatscourant 29 juli 2005, nr. 145 p. 10, wordt ingetrokken.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

(w.g)

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

⁸ Bijlage bij Boetebeleidsregels OPTA: Boetebeleid en handhavingbeleid spam.