

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2011/200364_OV

Zaaknummer: 10.0438.37

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot oplegging van een boete ter zake van overtreding van artikel 11.7, eerste lid, en 11.7, derde lid, aanhef en onder b, 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 Abor Creative C.V. (hierna: Abor) en haar gevolmachtigde de heer [A] (hierna: [A]).¹ Deze boete wordt opgelegd voor overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b (oud)², Tw.
2. Aanleiding tot het onderhavige besluit vormt het rapport zoals op 14 december 2010 is opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: het onderzoeksrapport).
3. De geconstateerde overtredingen bestonden eruit dat Abor ongevraagde SMS-berichten heeft verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee. Daarbij was in de verzonden SMS-berichten geen afmeldmogelijkheid voor dergelijke SMS-berichten geboden aan de ontvanger.
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 [A] (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).

¹ Ten behoeve van de leesbaarheid wordt hierna alleen Abor genoemd. Hiermee wordt tenzij anders bedoeld zowel Abor Creative als [A] aangeduid.

² 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

5. Bij besluit van 9 december 2004³ heeft het college twee boetes van ieder € 10.000 opgelegd aan de Stichting Yellow Monday, handelend onder de naam Purple Friday, voor de verzending van ongevraagde SMS-berichten zonder geldige afmeldmogelijkheid. Stichting Yellow Monday werd bestuurd door [A].
6. In de periode van 1 december 2005 tot en met 23 september 2008 zijn door het college klachten ontvangen op www.spamklacht.nl (hierna: spamklacht) over de SMS-shortcodes⁴ 3311, 4747 en 6363 die door Abor (hierna: de SMS-shortcodes) zijn gebruikt, waarbij de klagers via SMS-berichten "operator logo's"⁵ ontvingen.
7. In 2008 hebben zowel Vodafone als T-Mobile een verzoek ingediend bij de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening⁶ (hierna: Commissie) om een beslissing te nemen inzake Abor, omdat Vodafone en T-Mobile klachten hadden ontvangen van hun abonnees over het ongevraagd ontvangen van SMS-berichten die afkomstig zijn van de SMS-shortcodes.
8. Op 12 december 2008 heeft de Commissie een beslissing genomen over de SMS-berichten die door Abor zijn verzonden. De Commissie heeft vastgesteld dat Abor de SMS-gedragscode heeft geschonden.⁷
9. Een toezichthoudend ambtenaar (hierna: de rapporteur) heeft na de beslissing van de Commissie op grond van artikel 18.7, eerste lid, Tw de originele stukken die ten grondslag lagen aan de beslissing gevorderd bij Vodafone, T-Mobile en de service provider van Abor, Netsize. Op basis van de klachten die via spamklacht zijn ontvangen en de gevorderde stukken van Vodafone, T-Mobile en Netsize heeft de rapporteur in het onderzoeksrapport de overtredingen vastgesteld.
10. De rapporteur heeft op 29 oktober 2010 per brief⁸ Abor in de gelegenheid gesteld haar zienswijze op het feitencomplex (de onderzoeksresultaten) naar voren te brengen. Op 1 december 2010 heeft de rapporteur de zienswijze van [A] ontvangen.⁹ Tot slot heeft de rapporteur de reactie van [A] op het feitencomplex in verschillende delen van het onderzoeksrapport verwerkt.
11. Het onderzoeksrapport¹⁰ is zowel per koerier als per post verzonden naar het adres waar [A] zich bevindt.¹¹

³ kenmerk OPTA/JUZ/2004/204326.

⁴ SMS-shortcodes zijn verkorte nummers van (in dit geval) 4 cijfers die bij een SMS-dienstverlener in gebruik zijn voor het aanbieden van SMS-diensten.

⁵ Een operator logo is een achtergrondafbeelding voor op de mobiele telefoon.

⁶ Aanbieders van mobiele telefonie en SMS-dienstverleners en een aantal SMS-contentproviders hebben een SMS-gedragscode opgesteld. Op verzoek van één van de aangesloten partijen kan de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening een beslissing doen of een partij zich aan de SMS-gedragscode heeft gehouden.

⁷ Beslissing Commissie Handhaving SMS-gedragscode, 12 december 2008 (http://www.smsgedragscode.nl/downloads/Netsize-Abor-VF-TMNL12122008Openbare_versie.pdf), p. 7.

⁸ OPTA/ACNB/2010/20309.

⁹ Onderzoeksrapport, bijlage 16.

¹⁰ Kenmerk OPTA/ACNB/2010/203500.

¹¹ Onderzoeksrapport, bijlage 2.

Besluit Openbaar

12. Het college heeft per brief¹² [A] in de gelegenheid gesteld om zijn zienswijze op het onderzoeksrapport naar voren te brengen.
13. Telefonisch heeft [A] aangegeven dat hij geen gebruik kan maken van de mogelijkheid om zijn zienswijze mondeling toe te lichten. Wel heeft hij aangegeven gebruik te willen maken van de mogelijkheid om zijn zienswijze schriftelijk naar voren te brengen.
14. Gezien het feit dat [A] heeft nagelaten de zienswijze aan het college te doen toekomen, heeft het college, bij brief van 18 februari 2010¹³, de beslistermijn ambtshalve opgeschort. Voorts heeft het college in deze brief aangegeven de behandeling van dit boetebesluit voort te zetten zonder de schriftelijke zienswijze van [A]. Het college heeft hiertoe besloten, omdat [A] ondanks, meerdere verzoeken van de zijde van het college, geen duidelijkheid heeft verschaft over de status van deze zienswijze en de termijn voor het indienen van een zienswijze¹⁴ ruimschoots overschreden was.

3 Het onderzoeksrapport

15. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 14 december 2010. In het onderzoeksrapport stelt de rapporteur op basis van zijn onderzoek vast dat Abor meerdere malen het zogenoemde spamverbod, zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw¹⁵ heeft overtreden in de periode van 1 mei tot en met 24 september 2008.¹⁶
16. Het onderzoek heeft zich gericht op de activiteiten van Abor voor het verzenden van SMS-berichten.¹⁷ De geconstateerde overtredingen betreffen het zonder voorafgaande toestemming verzenden van commerciële SMS-berichten met operator logo's aan eindgebruikers. Voor het ontvangen van dit soort SMS-berichten betaalde de eindgebruiker € [VERTROUWELIJK] per ontvangen SMS-bericht.¹⁸ Daarnaast bleek Abor in het SMS-bericht geen afmeldmogelijkheid aan te bieden.
17. In het onderzoeksrapport verklaart de rapporteur dat zijn oordeel ten aanzien van de overtredingen is gebaseerd op de klachten die via spamklacht zijn ontvangen en de gevorderde originele bescheiden van Vodafone, T-Mobile en Netsize en de reactie van Abor op het feitencomplex.
18. Op grond van bovenstaande concludeert de rapporteur dat Abor gedurende de periode van 1 mei tot en met 24 september 2008¹⁹ artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, onder b, Tw

¹² kenmerk OPTA/ACNB/2011/203593.

¹³ Kenmerk OPTA/ACNB/2011/200389.

¹⁴ Welke verliep op 7 januari 2010.

¹⁵ Onderzoeksrapport, randnummer 75.

¹⁶ Onderzoeksrapport, randnummer 83.

¹⁷ Onderzoeksrapport, randnummer 25.

¹⁸ Onderzoeksrapport, randnummer 40.

¹⁹ Onderzoeksrapport, randnummer 83.

Besluit Openbaar

heeft overtreden.

4 Feiten

4.1 Abor

19. Abor is een commanditaire vennootschap met één beherende vennoot en is opgericht op 22 april 2005. De beherende vennoot is Danver Ltd. De enige gevolmachtigde is [A]. De bedrijfsactiviteiten van Abor bestaan volgens het Kamer van Koophandel uittreksel uit: *“Het exploiteren van een communicatie adviesbureau”*.²⁰ Abor is op 2 juni 2009 opgeheven.
20. Abor was een zogenaamde SMS-content provider. Volgens de SMS-gedragscode op www.smsgedragscode.nl is de definitie van een SMS-content provider als volgt: *“Leverancier van de inhoud van de SMS-dienst die aan de eindgebruiker wordt verleend”*.
21. Voor het verzenden van de SMS-berichten heeft Abor een contract afgesloten met de SMS-dienstverlener Netsize.²¹ Volgens de SMS-gedragscode op www.smsgedragscode.nl is de definitie van een SMS-dienstverlener als volgt: *“Aanbieders die met operators overeenkomst hebben gesloten ten behoeve van leveren cq doorgeleiden van SMS-diensten aan eindgebruikers.”*

4.2 Gedragingen van Abor

22. Abor heeft SMS-berichten verzonden via de SMS-shortcodes aan eindgebruikers. Eindgebruikers ontvingen een zogenaamd operator logo. Voor elk ontvangen SMS-bericht betaalde de eindgebruiker € [VERTROUWELIJK]. Het bedrag wordt door de aanbieder van mobiele telefonie in rekening gebracht bij de ontvanger.
23. In de SMS-berichten die via de SMS-shortcodes zijn verzonden door Abor, werd door Abor geen afmeldmogelijkheid aangeboden.

4.2.1 Verzenden van SMS-berichten zonder voorafgaande toestemming

24. Abor heeft niet kunnen aantonen dat zij een voorafgaande toestemming van de ontvanger heeft om de SMS-berichten te mogen verzenden.

4.2.2 Geen afmeldmogelijkheid bieden

25. De SMS-berichten die verzonden zijn via de SMS-shortcodes door Abor bevatten geen afmeldmogelijkheid. Hierdoor zijn de ontvangers van de SMS-berichten in het bericht niet gewezen op de wijze waarop zij de SMS-berichten kunnen stoppen.

²⁰ Onderzoeksrapport, randnummer 24.

²¹ Onderzoeksrapport, randnummer 25.

Besluit Openbaar

5 Zienswijze van [A] op het feitencomplex

26. Het college heeft [A] in de gelegenheid gesteld om zijn zienswijze op het onderzoeksrapport naar voren te brengen.²² [A] heeft aangegeven een schriftelijke zienswijze te geven. Het college heeft na het verstrijken van de termijn waarin [A] zijn schriftelijke zienswijze naar voren kon brengen, twee keer telefonisch contact gezocht met [A]. Beide keren heeft [A] geen reactie gegeven. Het college heeft daarom besloten de zienswijze van [A] op het feitencomplex in dit onderhavig besluit als zijn zienswijze te behandelen.²³ Dit voor zover de rapporteur niet reeds in het onderzoeksrapport heeft verwerkt én voor zover onderbouwd is door [A].
27. De zienswijze [A] kan als volgt - kort en zakelijk - worden weergegeven:
28. [A] stelt dat hij niet persoonlijk betrokken is bij het verzenden van ongevraagde SMS-berichten door Abor. Hij was slechts beperkt gevolmachtigde van Abor. De inkomsten die gegenereerd zijn door het verzenden van de ongevraagde SMS-berichten zijn niet aan hem persoonlijk uitgekeerd. [A] stelt verder dat maatschappelijke schade beperkt is, omdat Abor op last van de Commissie consumenten heeft gerestitueerd.
29. [A] stelt dat hij geen bewijs kan overleggen dat Abor destijds voorafgaande toestemming van de ontvangers had, omdat de bewaartermijn voor dit soort gegevens verstreken is. Tot slot stelt [A] dat de ontvangers van de SMS-berichten niet de juiste afmeldmogelijkheid hebben gebruikt. Volgens [A] stond op de website van Abor wel duidelijk hoe de ontvangers zich konden afmelden voor de SMS-berichten.

6 Juridisch kader²⁴

6.1 Ten aanzien van de overtredingen

30. 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 berichten²⁵ 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.”

²² OPTA/ACNB/2010/203500.

²³ Onderzoeksrapport, bijlage 16.

²⁴ 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).

²⁵ 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

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

“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 nummer²⁶ waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging kan richten.”

32. Artikel 11.8 Tw luidt²⁷:

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

33. 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.”

34. 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.)”

35. 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.”

36. 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.”

²⁶ 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.

²⁷ 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

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

37. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt:

“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.”²⁸

38. 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.”

39. 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.”

40. Artikel 5:41 Algemene wet Bestuursrecht (hierna: Awb) luidt als volgt:

“Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.”

41. Artikel 5:46, tweede lid, Awb, voor zover relevant, luidt als volgt:

“2. Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”

42. Artikel 5:48, eerste lid, Awb luidt als volgt:

“Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”

²⁸ Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 22.

Besluit Openbaar

43. Artikel 5:53 Awb luidt:

- “1. Dit artikel is van toepassing indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.*
- 2. In afwijking van artikel 5:48 wordt van de overtreding steeds een rapport of proces-verbaal opgemaakt.*
- 3. In afwijking van afdeling 4.1.2 wordt de overtreder steeds in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen.”*

6.3 Boetebeleidsregels en Handhavingsbeleid spam

44. Met de Boetebeleidsregels²⁹ 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 het meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete. Deze boetebeleidsregels zijn de opvolger van de tot 11 maart 2008 geldige Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA)³⁰ uit 2005.³¹
45. Met het Handhavingsbeleid spam³² verschaft het college inzicht in de criteria op basis waarvan het overgaat tot het treffen van handhavende maatregelen wanneer het gaat om overtredingen van het spamverbod. Dit handhavingsbeleid uit 2008 is de opvolger van de -tot dan toe geldige- Bijlage bij Boetebeleidsregels OPTA: Boetebeleid en handhavingsbeleid van 29 juli 2005.

6.4 Ten aanzien van de openbaarmaking

46. Artikel 8 Wet openbaarheid bestuur (hierna: Wob) luidt:

- “Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaft uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.”*

47. Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob stelt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft voor zover dit:

- “bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.”*

²⁹ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt.* nr. 50, 11 maart 2008, p. 27.

³⁰ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt.* nr. 145, 29 juli 2005, p. 10.

³¹ Ten aanzien van overtredingen van artikel 11.7 Tw is er geen materieel verschil tussen de boetebeleidsregels en het handhavingsbeleid spam van 2005 en 2008.

³² Beleidsregels met betrekking tot de handhaving van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (Handhavingsbeleid spam), *Stcrt.* nr. 50, 11 maart 2008.

Besluit Openbaar

48. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob blijft openbaarmaking achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen:

“het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.”

49. Op grond van artikel 18.7, vijfde lid (oud), Tw maakt het college:

“Met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector maakt het college informatie met betrekking tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten op een door het college te bepalen wijze bekend voor zover die informatie verband houdt met bij of krachtens de hoofdstukken 4 tot en met 9 en 11 van deze wet opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wet openbaarheid van bestuur wordt geen mededeling gedaan.”

7 Overwegingen van het college

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

7.1 Overtreding 1: artikel 11.7, eerste lid, Tw

7.1.1 Elektronische berichten

51. De rapporteur stelt in het onderzoeksrapport vast, dat de door Abor via de SMS-shortcodes verzonden SMS-berichten met een operator logo, elektronische berichten zijn in de zin van artikel 11.1 aanhef en onder i, Tw. Een operator logo is te kwalificeren als een beeldbericht dat over een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot deze door de ontvanger wordt opgehaald. Het gaat daarbij om communicatie tussen enerzijds Abor en anderzijds de abonnee van een aanbieder van mobiele telefonie.
52. Het college concludeert op basis van het bovenstaande dat de verzonden SMS-berichten met een operator logo via de SMS-shortcode door Abor elektronische berichten zijn in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw.

7.1.2 Voorafgaande toestemming voor ongevraagde communicatie

53. Met betrekking tot het criterium ‘voorafgaande toestemming’ gaat het erom of Abor als verzender van de SMS-berichten kan aantonen dat de desbetreffende abonnees als ontvangers van deze berichten hiertoe voorafgaande toestemming hebben verleend. Artikel 11.7, eerste lid, Tw gebiedt

Besluit Openbaar

de verzender immers aan te tonen dat hij over voorafgaande toestemming beschikt.³³ De bewijslast ligt derhalve bij Abor.

54. De rapporteur heeft in het onderzoeksrapport vastgesteld dat Abor niet heeft kunnen aantonen dat zij voorafgaande toestemming heeft gekregen van abonnees die een SMS-bericht hebben ontvangen dat door Abor is verzonden.
55. Uit de beslissing van de Commissie³⁴ blijkt dat Abor heeft erkend dat er ten onrechte betaalde SMS-berichten aan eindgebruikers zijn verzonden. Volgens Abor was dit te wijten aan technische problemen; ten onrechte zou een bestaande database met eindgebruikers gekoppeld geweest zijn aan een logodienst waarvoor abonnees ongevraagd SMS-berichten hebben ontvangen.
56. Dat Abor geen voorafgaande toestemming heeft van de abonnees die de SMS-berichten hebben ontvangen die door Abor zijn verzonden, blijkt ook uit de geverifieerde klachten in de bijlage A bij het onderzoeksrapport. De klagers hebben allen verklaard dat zij geen voorafgaande toestemming hebben gegeven aan Abor voor het ontvangen van ongevraagde communicatie.
57. Gelet op het bovenstaande stelt het college vast dat Abor geen voorafgaande toestemming heeft van abonnees die de SMS-berichten hebben ontvangen.
58. Bovendien heeft de rapporteur in het onderzoeksrapport op basis van de gevorderde informatie bij Netsize over het verkeer dat via de SMS-shortcodes is verzonden van en naar abonnees afgeleid dat Abor SMS-berichten heeft verzonden zonder voorafgaande toestemming van de abonnees. Abonnees die SMS-berichten hebben ontvangen, hebben SMS-berichten teruggestuurd naar de SMS-shortcodes. Uit deze SMS-berichten blijkt onmiskenbaar dat zij geen voorafgaande toestemming hebben gegeven aan Abor voor het ontvangen van de SMS-berichten.³⁵
59. Daarnaast blijkt uit informatie van Vodafone en T-Mobile over het aantal verzonden (MO-berichten) en ontvangen (MT-berichten) SMS-berichten van en naar de SMS-shortcodes dat Abor geen voorafgaande toestemming had van de ontvangers.
60. Op basis van de informatie van Vodafone blijkt dat het aantal MO-berichten naar de SMS-shortcode 3311 van Abor in de periode van augustus 2008 circa 587 is en het aantal MT-berichten circa 13.184 is. Volgens Vodafone zou het aantal MO- en MT-berichten volgens de omschrijving van de dienst gelijk moeten zijn. Op basis van het verschil tussen het aantal MO- en MT-berichten heeft Vodafone vastgesteld dat de abonnees zich niet hebben aangemeld voor de SMS-berichten die via de SMS-shortcode 3311 door Abor zijn verzonden.³⁶

³³ Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 15 en *Handelingen II* 2003/04, 28 851, p. 788.

³⁴ Onderzoeksrapport, bijlage 7.

³⁵ Onderzoeksrapport, randnummer 52 t/m 63.

³⁶ Onderzoeksrapport, randnummer 49.

Besluit Openbaar

61. Op basis van de informatie van T-Mobile blijkt dat tussen mei 2008 en 24 september 2008 enkel MT-berichten zijn verzonden vanaf de SMS-shortcode 3311 van Abor aan de abonnees van T-Mobile. Er zijn geen MO-berichten verzonden naar de SMS-shortcode 3311 van Abor. T-Mobile heeft vastgesteld dat de abonnees van T-Mobile geen voorafgaande toestemming hebben verstrekt aan Abor.³⁷
62. Het college heeft, naar aanleiding van de in randnummer 60 en 61 geconstateerde feiten, op 13 augustus 2010 per brief aan Abor verzocht bewijs van voorafgaande toestemming die Abor van abonnees heeft voor het verzenden van de SMS-berichten te overleggen.³⁸ Abor heeft per e-mailbericht op 13 augustus 2010 aan het college meegedeeld dat Abor geen bewijs van voorafgaande toestemming kan overleggen, omdat Abor niet meer bestaat en dat [A] niet meer als gevolmachtigde van Abor actief is. Bovendien stelt [A] dat de bewaarplicht van de gegevens over voorafgaande toestemming is verstreken.
63. Het college heeft geen reden om te twijfelen aan de juistheid van de informatie van zowel Vodafone als T-Mobile over de verhouding tussen de MO- en MT-berichten die van en naar de SMS-shortcode 3311 van Abor zijn verzonden. Daarnaast stelt het college vast dat Abor ten tijde van de handhavingsverzoeken van Vodafone en T-Mobile noch op het verzoek van de rapporteur heeft aangetoond dat zij voorafgaande toestemming heeft van abonnees die SMS-berichten hebben ontvangen. [A] heeft gesteld dat de bewaarplicht van de gegevens over voorafgaande toestemming is verstreken. Voor zover relevant en voor zover er een bewaartermijn is, is het college van oordeel dat Abor in ieder geval ten tijde van de behandeling van de handhavingsverzoeken door de Commissie had moeten kunnen aantonen dat zij voorafgaande toestemming had verkregen voor het verzenden van de SMS-berichten. Het college stelt vast dat Abor ten tijde van de behandeling van de handhavingsverzoeken door de Commissie geen bewijs van voorafgaande toestemming heeft overlegd.
64. Op grond van bovenstaande stelt het college vast dat Abor geen voorafgaande toestemming heeft gehad van abonnees die SMS-berichten via de SMS-shortcodes hebben ontvangen. Het college stelt ook vast dat Abor niet heeft kunnen aantonen dat zij voorafgaande toestemming in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw van abonnees had voor het verzenden van SMS-berichten. Bovendien heeft Abor niet kunnen aantonen dat er sprake is van een abonnementsdienst, waarbij Abor wellicht toestemming zou kunnen hebben om meerdere SMS-berichten naar de abonnees te verzenden.

7.1.3 Commerciële doeleinden

65. Uit de gevorderde informatie bij Netsize over de betalingen door abonnees voor het ontvangen van de SMS-berichten die verzonden zijn door Abor stelt het college vast dat de SMS-berichten met een operator logo van Abor een commercieel doel hebben. Voor elk ontvangen SMS-bericht moest

³⁷ Onderzoeksrapport, bijlage 5.

³⁸ Onderzoeksrapport, bijlage 8.

Besluit Openbaar

de abonnee € [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] of [VERTROUWELIJK]betalen.³⁹

7.1.4 Abonnees die natuurlijke personen zijn

66. Het college zal in het navolgende vaststellen of de ontvangers van de SMS-berichten, die via www.spamklacht.nl hebben geklaagd over de ongevraagde SMS-berichten, abonnees en tevens natuurlijke personen zijn.
67. Na het invullen van het klachtenformulier op spamklacht ontvangen de klagers een e-mail ter bevestiging van hun klacht. Voordat de betreffende klacht in de database wordt opgenomen heeft de klager een verklaring afgelegd waarin hij verklaart op welk telefoonnummer hij een SMS-bericht heeft ontvangen en dat hij dit telefoonnummer privé gebruikt.

7.1.4.1 Natuurlijke personen

68. De klachtenprocedure op de website spamklacht voorziet erin dat klachten die worden ingediend door abonnees welke geen natuurlijke personen zijn, buiten behandeling worden gesteld. De klachten betreffen in casu uitsluitend klachten van natuurlijke personen, aangezien klagers dit zelf hebben aangegeven.
69. Hoewel het college geen aanleiding heeft om te twijfelen 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 drie klagers geverifieerd of zij als natuurlijk persoon zonder voorafgaande toestemming de betreffende SMS-berichten hebben ontvangen.⁴⁰
70. Het algemene uitgangspunt dat het college hanteert is dat er minstens drie verificaties worden verricht ten aanzien van de binnengekomen klachten. Dit uitgangspunt dat het college hanteert is niet onredelijk.⁴¹ Het college overweegt dat het uitgevoerde onderzoek ter verificatie van de klachten een voldoende mate van zekerheid biedt dat de klagers waarnaar de ongevraagde SMS-berichten zijn verzonden zowel als abonnee het telefoonnummer bezitten en tevens dat zij als natuurlijke persoon een contractuele relatie hebben met hun aanbieders van mobiele telefonie.
71. In de bij het onderzoeksrapport gevoegde verklaringen geven de drie klagers aan dat zij het telefoonnummer, waarop de SMS-berichten zijn ontvangen, voor privé gebruiken en niet voor zakelijk. Bovendien geven zij allen aan dat zij geen voorafgaande toestemming aan Abor hebben verstrekt voor het ontvangen van de SMS-berichten van Abor. In de bijlage bij het onderzoeksrapport is alle informatie opgenomen zoals de klagers dit zelf hebben ingevoerd; op de betreffende pagina's zijn zowel de SMS-shortcodes als een omschrijving van de SMS-berichten opgenomen. Op grond van deze informatie stelt de rapporteur tevens vast dat deze klagers door

³⁹ Onderzoeksrapport, randnummer 49.

⁴⁰ Onderzoeksrapport, bijlagen C, I en S.

⁴¹ Dit uitgangspunt is bevestigd in de uitspraak van de Rb. Rotterdam, 23 mei 2007, LJN BA6377.

Besluit Openbaar

Abor verzonden SMS-berichten hebben ontvangen en niet van een andere aanbieder van vergelijkbare diensten op dezelfde SMS-shortcode.

7.1.4.2 Abonnees

72. Dat deze drie 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.
73. De rapporteur stelt vast dat de drie klagers ten tijde van de overtreding een abonnement hadden bij een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst. De betreffende aanbieders hebben de abonneestatus bevestigd.⁴²
74. De rapporteur 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

75. Het college komt op grond van vorenstaande tot de conclusie dat bij de verzending van de SMS-berichten door Abor sprake is geweest van verzending aan abonnees die tevens natuurlijke personen zijn, zoals vereist in artikel 11.8 Tw.⁴³

7.1.5 Conclusie ten aanzien van overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw

76. Het college is van oordeel dat Abor met het verzenden van SMS-berichten via de SMS-shortcodes in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft gehandeld. Door het verzenden van de SMS-berichten met een operator logo heeft Abor elektronische berichten met ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden verzonden aan abonnees die natuurlijke personen zijn, zonder dat er voor het verzenden van de berichten door de betreffende abonnees voorafgaande toestemming is verleend.

7.2 Overtreding artikel 11.7, derde lid, onder b, Tw

7.2.1 Een geldige afmeldmogelijkheid

77. Het college stelt vast dat in de door Abor verzonden ongevraagde SMS-berichten met een operator logo via de SMS-shortcodes niet verwezen wordt naar een afmeldmogelijkheid om het ontvangen van de SMS-berichten stop te zetten. Het SMS-bericht van Abor bevat immers alleen een operator logo.⁴⁴
78. Daarnaast blijkt uit de gevorderde informatie van Netsize dat wanneer een abonnee – na het ontvangen van het SMS-bericht dat verzonden is via een van de SMS-shortcodes - via een SMS-

⁴² Onderzoeksrapport, bijlagen E, K en U.

⁴³ Randnummer 32.

⁴⁴ Onderzoeksrapport, bijlage B, ontvangen SMS-berichten.

Besluit Openbaar

bericht aangeeft dat hij geen SMS-berichten meer wil ontvangen, deze abonnee nog steeds SMS-berichten blijft ontvangen.⁴⁵

79. Volgens [A] stond op de website van Abor wel duidelijk hoe de ontvangers van de SMS-berichten zich konden afmelden. Het college acht dit niet relevant, omdat de afmeldmogelijkheid in het bericht zelf of een verwijzing naar de afmeldmogelijkheid moet zijn opgenomen. En aangezien het SMS-bericht alleen een operator logo bevat en geen afzender noch een verwijzing naar de website van Abor over de afmeldmogelijkheid, is het college van oordeel dat Abor artikel 11.7, derde lid, onder b, Tw heeft overtreden.

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

80. 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.

7.3 Overtreders

81. De rapporteur merkt in casu zowel Abor als [A] aan als overtreders van artikel 11.7, eerste lid, en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.
82. Artikel 11.7, eerste lid, Tw, richt zich tot de verzender. Uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de Telecommunicatiewet⁴⁶ 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).
83. In het onderzoeksrapport is vast komen te staan dat de SMS-shortcodes in ieder geval in gebruik zijn (geweest) bij Abor. Het college concludeert dat Abor de (materiële) verzender is geweest van deze SMS-berichten. Dit wordt ook niet betwist door Abor en [A].
84. Abor is een commanditaire vennootschap, waarbij Danver Ltd. uit Cardiff (VK) de beherende vennoot is. [A] heeft, in tegenstelling tot wat [A] in zijn zienswijze op het feitencomplex naar voren heeft gebracht, de volledige volmacht om namens Abor op te treden.⁴⁷
85. Het college stelt vast dat [A] de enige vertegenwoordiger is geweest die namens Abor heeft opgetreden inzake het handhavingverzoek van T-Mobile en Vodafone.⁴⁸ [A] trad ook namens Abor op tijdens het onderzoek naar Abor door de rapporteur.⁴⁹ Het college stelt tevens vast dat [A] de contracten met Netsize namens Abor heeft ondertekend.⁵⁰

⁴⁵ Onderzoeksrapport, bijlage B, berichten.txt.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 851, nr. 7, p. 41.

⁴⁷ Onderzoeksrapport, bijlage 1.

⁴⁸ Onderzoeksrapport, bijlage 6

⁴⁹ Onderzoeksrapport, bijlage 9 en 16.

⁵⁰ Onderzoeksrapport, bijlage 12.

Besluit Openbaar

86. Op basis van de contracten tussen Netsize en Abor stelt het college vast dat zowel Abor als [A] betrokken zijn geweest bij de voornoemde overtredingen. Zowel Abor als [A] zijn verantwoordelijk geweest voor de inhoud en daadwerkelijke verzending van de SMS-berichten en tevens zijn zowel Abor als [A] verantwoordelijk geweest voor de inhoud en de opdrachten tot het verzenden van de SMS-berichten. Voorts zijn zowel Abor als [A] op de hoogte van de afhandeling van klachten van eindgebruikers die de ongevraagde SMS-berichten hadden ontvangen. Het college stelt vast dat Abor noch [A] de verzending van de SMS-berichten hebben doen beëindigen.⁵¹
87. Naast het feit dat [A] als volledig gevolmachtigde heeft opgetreden namens Abor, blijken de inkomsten die Abor gegeneerde met het verzenden van SMS-berichten op de rekening van de toenmalige echtgenote ([B]) van [A] zijn gestort. In de zienswijze van [A] op het feitencomplex stelt [A] dat hij niet over de gelden op dat rekeningnummer kon beschikken en dat de inkomsten daarom niet persoonlijk aan hem zijn uitgekeerd. Het college acht het niet aannemelijk dat Abor geld op de rekening van [B] stort als daarmee Abor noch [A] over de gelden konden beschikken. Het college is derhalve van oordeel dat [A] persoonlijk inkomsten heeft gegeneerd uit de verzonden SMS-berichten en deze laten storten op de rekening van zijn toenmalige echtgenote.
88. Het college kan op basis van de vastgestelde feitelijke gedragingen van [A] voldoende onderscheid maken tussen Abor en [A]. [A] heeft alle operationele activiteiten voor Abor voor het verzenden van ongevraagde SMS-berichten uitgevoerd. Hij heeft wetenschap van de voortdurende overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.
89. Het college heeft bij besluit van 9 december 2004 eerder boetes opgelegd aan Stichting Yellow Monday. Stichting Yellow Monday werd bestuurd door [A].⁵² Het college is derhalve van oordeel dat [A] voldoende op de hoogte is van de geldende regelgeving voor het verzenden van SMS-berichten en dat daarmee ook Abor over deze kennis beschikte.

7.3.1 Conclusie ten aanzien van de overtreder

90. Het college concludeert op grond van vorenstaande dat Abor kan worden aangemerkt als 'de verzender', in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Daarmee staat naar het oordeel van het college tevens vast dat Abor niet heeft voldaan aan de verplichting in artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Daarnaast concludeert het college dat [A] als gevolmachtigde van Abor, als enige persoon die alle rechtshandelingen heeft verricht voor het verzenden van de SMS-berichten, ook als 'verzender' is aan te merken en daarom ook als overtreder van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw is aan te merken.

⁵¹ Onderzoeksrapport, bijlage 6.

⁵² Randnummer 5 van het boetebesluit.

Besluit Openbaar

8 Boete

8.1 Boetebeleid OPTA

91. 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.
92. 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).
93. 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.
94. 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.
95. 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

96. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen⁵³ 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

97. 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 markt⁵⁴;
- Spam is bovendien vaak gelieerd aan, of faciliterend voor, oneerlijke handelspraktijken of andere vormen van wederrechtelijk gedrag (zoals illegale adressen- of telefoonnummerhandel en fraude).

98. De hiervoor genoemde feitelikheden 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.

99. 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

100. 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 het

⁵³ Boetebeleidsregels OPTA, paragraaf 3.

⁵⁴ 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

handhavingsbeleid spam is voor overtredingen van het spamverbod bepaald dat de ernst van de overtreding 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.
- 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.

101. 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. Daarbij zullen tevens de door Abor gegenereerde inkomsten worden betrokken.

8.2.2.1 Het aantal klachten

102. De rapporteur heeft vastgesteld dat de gedragingen van Abor hebben geleid tot een grote hoeveelheid klachten. Via de website www.spamklacht.nl zijn 283 klachten binnengekomen ten aanzien van de door Abor gestuurde berichten. De klachten die zijn ontvangen via spamklacht zijn gefilterd op rechtmatigheid en tevens zijn enkele van de klachten nader geverifieerd.⁵⁵
103. Het college overweegt dat het aantal door de rapporteur geconstateerde klachten ten aanzien van Abor groot is.

8.2.2.2 Meerdere en herhaalde overtredingen

104. 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.
105. Het college heeft vastgesteld dat er in de onderzochte periode sprake is van herhaaldelijke overtredingen van meerdere leden van artikel 11.7 Tw. Abor heeft ongevraagd SMS-berichten verstuurd met commerciële doeleinden zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee voor het verzenden van deze SMS-berichten. Dit is een overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Tevens heeft Abor bij het versturen van deze berichten geen geldig postadres of nummer vermeld waaraan een ontvanger van het bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten. Dit is een overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.

⁵⁵ Onderzoeksrapport, randnummer 31.

Besluit Openbaar

106. Uit het onderzoek blijkt dat het college eerder een ander bedrijf van [A] heeft beboet.⁵⁶ Het gaat hier om het op 9 december 2004 beboete Stichting Yellow Monday. Uit het betreffende boetebesluit is het college gebleken dat aan deze stichting, waarvan [A] zelfstandig bestuurder was, een boete is opgelegd voor overtreding van artikel 11.7, eerste lid, en 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Uit dit besluit volgt dat: *“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 verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kon richten.”*⁵⁷
107. Uit voornoemd boetebesluit blijkt voorts dat [A] destijds bij Stichting Yellow Monday de enige werkzame persoon binnen de onderneming was en tevens als alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder stond ingeschreven.⁵⁸
108. Uit het huidige onderzoek blijkt dat [A] op vergelijkbare wijze betrokken is geweest bij en heeft gehandeld namens Abor.⁵⁹ Het college concludeert derhalve dat [A], die reeds bekend moet zijn met het feit dat met het op deze wijze versturen van SMS-berichten artikel 11.7 Tw kan worden overtreden.
109. Het college stelt vast dat Abor door het versturen van de SMS-berichten meerdere overtredingen heeft begaan, namelijk het overtreden van zowel artikel 11.7, eerste lid, als artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw en tevens dat hij deze overtredingen herhaaldelijk heeft begaan.
- 8.2.2.3 De bijzondere schadelijkheid van de berichten*
110. Uit de vele bij het college binnengekomen klachten zoals genoemd in randnummer 6 blijkt reeds dat de ontvangers de door Abor verstuurd berichten bijzonder schadelijk achtten.
111. Het college stelt vast dat door de handelingen van Abor voorts zowel materiële als immateriële schade is ontstaan bij de abonnees.
112. Allereerst hebben de ongevraagde SMS-berichten materiële schade veroorzaakt bij abonnees. Per ontvangen SMS-bericht werd immers door de aanbieder van mobiele telefonie een bedrag van € [VERTROUWELIJK] geïncasseerd. Uit het onderzoek is gebleken dat de schade voor de abonnee vaak hoger was dan de prijs van een enkel bericht.⁶⁰ Abonnees ontvingen immers veelal meerdere SMS-berichten.

⁵⁶ Onderzoeksrapport, randnummer 17.

⁵⁷ Boetebesluit van 9 december 2004, randnummer 63.

⁵⁸ Boetebesluit van 9 december 2004, randnummer 44.

⁵⁹ Zie paragraaf 7.3.1.

⁶⁰ Onderzoeksrapport, randnummer 87.

Besluit Openbaar

113. Uit paragraaf 7.1.2 is reeds gebleken dat het hier niet gaat om een vergoeding voor een door abonnees bij Abor afgenomen dienst. Abonnees werden veelal achteraf geconfronteerd met (hoge) rekeningen voor de voor hen onbekende SMS-berichten. Derhalve concludeert het college dat de kosten die aan de eindgebruikers in rekening zijn gebracht voor het ontvangen van de ongevraagde SMS-berichten, moeten worden aangemerkt als schade. Het beeld van de schade wordt bevestigd door de klachten van abonnees op internetfora⁶¹, klachten bij de mobiele telefonieaanbieders⁶² en ingediende klachten op de website van het college. Uit de omschrijvingen van deze laatste klachten blijkt dat de handelswijze van Abor onder andere wordt geduid in termen als *“Dit is gewoon diefstal.”*⁶³ en *“Dit is pure fraude.”*⁶⁴.
114. Dit beeld wordt bevestigd door de berichten die eindgebruikers hebben teruggestuurd naar de SMS-shortcodes naar aanleiding van de ontvangen berichten: *“Ik heb NOG NOOIT iets aangevraagd bij jullie voor logo of wat dan ook, dus STOPPEN MET VERSTUREN, ANDERS SCHAKEL IK RADAR OF KASSA MET JULLIE OPLICHTERIJ”* en *“Kheb me nu al 3 keer afgemeld, nou geen logo's meer, dus stop!!”*⁶⁵.
115. De ongevraagde SMS-berichten hebben tevens immateriële schade veroorzaakt aan abonnees, te weten ergernis en overlast. De abonnees ontvingen immers zonder daarvoor voorafgaande toestemming te geven een SMS-bericht van een voor hen onbekende partij. Het betrof hier voorts geen regulier SMS-bericht maar een operator logo dat afhankelijk van het type telefoon wel of niet getoond kon worden; uit bij de SMS-dienstverlener Netsize binnengekomen klachten blijkt dat in voorkomende gevallen het verstuurd SMS-bericht niet getoond kon worden⁶⁶ dan wel dat deze niet in de inbox van de betreffende telefoon terug te vinden was.⁶⁷ Voor de eindgebruiker was het derhalve ook in veel gevallen gecompliceerd om te achterhalen via welke (gedeelde) SMS-shortcode het SMS-bericht verstuurd was.
116. Een bijkomende omstandigheid van het gebruik van de door de SMS-dienstverlener aangeboden SMS-shortcodes is dat het voor de eindgebruiker lastig was de eigenlijke verzender van de SMS-berichten te achterhalen om zich zodoende te kunnen afmelden. Getuige de klachten op diverse internetfora was het slechts na een speurtocht bij de aanbieder van de mobiele telefonie, de SMS-dienstverlener en/of op het internet mogelijk om Abor als eindgebruiker van de gedeelde SMS-shortcode te achterhalen.
117. Met voornoemde gegevens kon een eindgebruiker Abor proberen te benaderen om het verzenden van nieuwe SMS-berichten te voorkomen. Zoals reeds in paragraaf 7.2.1 vastgesteld, bleek deze afmeldmogelijkheid in de praktijk echter niet te werken.

⁶¹ Onderzoeksrapport, bijlage 10.

⁶² Onderzoeksrapport, bijlage 3 en bijlage 5

⁶³ Onderzoeksrapport, randnummer 45.

⁶⁴ Onderzoeksrapport, bijlage A.

⁶⁵ Onderzoeksrapport, digitale bijlage B berichten.txt.

⁶⁶ Onderzoeksrapport, digitale bijlage B berichten.txt.

⁶⁷ Onderzoeksrapport, digitale bijlage B E:\Ontvangen SMS-berichten\DSCF0391.avi.

Besluit Openbaar

118. Uit de talrijke reacties op diverse internetfora blijkt duidelijk dat het vertrouwen van abonnees in SMS-dienstverleners door het verzenden van de betaalde SMS-berichten door Abor dusdanig is geschaad dat daarmee ook het vertrouwen in andere SMS-diensten en SMS-dienstverleners is geschaad. Ook uit de verklaringen van twee van de geverifieerde klagers blijkt dat de betreffende abonnees zich genoodzaakt hebben gezien zich in het geheel af te melden voor het verkrijgen van SMS-diensten, ongeacht de dienst.⁶⁸
119. Het college concludeert dat abonnees grote materiële (de kosten per ontvangen SMS-bericht) als immateriële (overlast en irritatie) schade hebben ondervonden door de gedragingen van Abor.

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

120. Het college stelt vast dat door de handelingen van Abor naast materiële en immateriële schade bij abonnees dergelijke schade ook is ontstaan bij de aanbieders van elektronische communicatiediensten zoals de aanbieders van mobiele telefonie en SMS-dienstverleners.
121. Uit het door Vodafone bij de Commissie ingediende verzoek ten aanzien van de activiteiten van Abor, blijkt dat Vodafone diverse telefonische en schriftelijke klachten heeft ontvangen ten aanzien van de activiteiten van Abor. Deze signalen hebben Vodafone uiteindelijk op 22 september 2008 doen besluiten een procedure aanhangig te maken bij de Commissie. Uit dit verzoek van Vodafone blijkt dat zij van mening is dat eindgebruikers ongevraagd betaalde SMS-berichten ontvangen die van Abor afkomstig zijn. Vodafone stelt dat Abor tijdelijk dan wel definitief uitgesloten moet worden van het bieden van dergelijke diensten.⁶⁹
122. Uit het door T-Mobile bij de Commissie ingediende verzoek ten aanzien van de activiteiten van Abor blijkt dat ook door T-Mobile diverse telefonische en schriftelijke klachten zijn ontvangen ten aanzien van de activiteiten van Abor. Deze signalen hebben T-Mobile uiteindelijk op 21 oktober 2008 doen besluiten een procedure aanhangig te maken bij de Commissie. Uit het verzoek van T-Mobile blijkt dat haar klanten ongevraagd betaalde SMS-berichten hebben ontvangen die van Abor afkomstig zijn.⁷⁰ Gelet op de laakbaarheid van de activiteiten pleit T-Mobile voor een definitieve uitsluiting van Abor.
123. Op 30 oktober 2008 heeft Netsize via haar gemachtigde een vordering verstuurd naar [A] waarin zij aangeeft dat zij de accounts van Abor heeft afgesloten en dat Netsize Abor en [A] persoonlijk verantwoordelijk houdt voor alle schade en verliezen van Netsize ten aanzien van de gedragingen van Abor.⁷¹

⁶⁸ Onderzoeksrapport, bijlage C en bijlage I.

⁶⁹ Onderzoeksrapport, bijlage 3.

⁷⁰ Onderzoeksrapport, bijlage 5.

⁷¹ Onderzoeksrapport, bijlage 12.

Besluit Openbaar

124. Het college concludeert dat ook de aanbieders van mobiele telefonie en SMS-dienstverleners zowel immateriële (overlast en irritatie bij haar gebruikers) als materiële schade (onder andere het afhandelen van klachten van eindgebruikers en het vergoeden van door abonnees gemaakte kosten) hebben ondervonden door het verzenden van de SMS-berichten door Abor.

8.2.2.5 Het aantal verzonden berichten en daaruit genoten inkomsten.

125. Om het aantal verzonden berichten te bepalen overweegt het college de uitkomsten van het onderzoek van Telecompaper als uitgangspunt te hanteren.⁷² Uit het onderzoek van Telecompaper is gebleken dat in het derde kwartaal van 2008 84% van de gebruikers van mobiele telefonie konden worden aangemerkt als privé gebruikers. De rapporteur heeft vastgesteld dat er in de periode van mei 2008 tot en met september 2008 in totaal 602.416 berichten zijn verzonden.
126. Volgens het onderzoek van Telecompaper, blijkt dat Abor in de onderzochte periode van mei 2008 tot september 2008 ongevraagd en zonder voorafgaande toestemming minimaal 500.000⁷³ betaalde SMS-berichten heeft verstuurd aan abonnees die natuurlijke personen.⁷⁴ In het rapport is voorts vastgesteld dat er in de door Abor verstuurde berichten geen geldige afmeldmogelijkheid is geboden. Het college stelt vast dat Abor minimaal 500.000 berichten heeft verstuurd en dit een groot aantal is.
127. Voorts overweegt het college dat de ernst van de overtreding mede wordt bepaald door het door overtreders behaalde voordeel bij de overtreding. Uit het rapport is gebleken dat abonnees, die natuurlijke persoon zijn, minimaal € 550.000 hebben betaald voor de 500.000 ongevraagde berichten van € [VERTROUWELIJK] per SMS-bericht.⁷⁵
128. Uit het rapport blijkt dat Abor in de onderzochte periode in totaal € [VERTROUWELIJK] heeft ontvangen van Netsize. Aangezien 84% van de geadresseerden bestond uit natuurlijke personen, die de berichten niet ongevraagd hadden mogen ontvangen, betekent dit dat Abor ruim € [VERTROUWELIJK]⁷⁶ van Netsize heeft ontvangen voor de circa 500.000 verzonden ongevraagde SMS-berichten. Het college stelt vast dat Abor door haar activiteiten aanzienlijke financiële voordelen heeft behaald in de geconstateerde periode.
129. Uit de bij Netsize gevorderde informatie⁷⁷, dat een overzicht geeft van de inkomsten van Abor in de periode januari 2007 tot en met september 2008, blijkt dat Abor ook in de periode voorafgaand aan de geconstateerde overtredingen aanzienlijke inkomsten heeft gegenereerd via van Netsize afgenomen SMS-shortcodes.

⁷² Onderzoeksrapport, bijlage 14.

⁷³ Immers $602.416 * 84\% = 506.029,44$

⁷⁴ Onderzoeksrapport, randnummers 92 tot en met 95.

⁷⁵ Onderzoeksrapport, randnummer 95.

⁷⁶ Immers $€ [VERTROUWELIJK] * 84\% = € [VERTROUWELIJK]$

⁷⁷ Onderzoeksrapport, digitale bijlage B, betalingen.xls

Besluit Openbaar

130. Het college stelt vast dat Abor direct inkomsten heeft genoten door het begaan van de overtredingen en dat Abor hiermee in de periode van de geconstateerde overtredingen aanzienlijke inkomsten heeft verworven.

8.2.2.6. De gebruikte methode

131. Uit het voorafgaande blijkt reeds dat Abor ongevraagd betaalde SMS-berichten heeft verstuurd en daarbij voorts geen geldige afmeldmogelijkheid heeft geboden. [A] heeft in zijn zienswijze gesteld dat er weldegelijk een afmeldmogelijkheid was, maar dat de eindgebruikers niet de juiste afmeldmogelijkheid hebben gebruikt. Het college acht deze uitleg niet relevant. In het SMS-bericht moet de afmeldmogelijkheid opgenomen worden of dient een verwijzing te bevatten naar een geldige afmeldmogelijkheid.⁷⁸ Nu de SMS-berichten die Abor heeft verzonden geen afmeldmogelijkheid of een verwijzing hiernaar bevatten, kan het college niet anders concluderen dan dat er geen sprake was van een geldige afmeldmogelijkheid, bovendien is de overtreding gelegen in het feit dat de afmeldmogelijkheid niet vermeld is in de SMS-berichten.
132. Naar aanleiding van de bij haar binnengekomen klachten heeft Vodafone nader gekeken naar de hoeveelheid en verhouding tussen de MO en MT-berichten; deze verhouding zou volgens Vodafone niet in evenwicht zijn. Wat duidt op het onrechtmatig verzenden.
133. In een van de berichten die uiteindelijk tot het verzoek van Vodafone bij de Commissie heeft geleid, merkt een medewerker van Vodafone het volgende op over het versturen van de operator logo's door Abor: *“Onderstaande case kan en mag echt niet, een SMS die niet op de telefoon verschijnt, en wel op de rekening. Zo kan een klant zich nooit afmelden.”*⁷⁹ Ook uit de filmpjes, die als bijlage zijn opgenomen in het onderzoeksrapport, blijkt dat de SMS-berichten geen afzender bevatten.⁸⁰ Hierdoor was het voor ontvangers niet mogelijk om te zien van wie de SMS-berichten afkomstig zijn en weten daarom ook niet bij wie zij zich kunnen afmelden voor dit soort SMS-berichten.

8.2.3 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

134. 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 ongevraagde SMS-berichten door Abor heeft geleid tot meerdere, herhaaldelijke overtredingen van artikel 11.7 Tw. Ten aanzien van de overtredingen zijn een bijzonder groot aantal klachten ingediend door abonnees die door het onrechtmatig handelen van Abor ernstig in hun belangen zijn geschaad. Per ongevraagd ontvangen SMS-bericht hebben de abonnees immers een vergoeding moeten betalen. Zowel de abonnees, de aanbieders van mobiele telefonie als de SMS-dienstverleners hebben door de handelingen van Abor (im)materiële schade opgelopen. Door de handelingen van Abor hebben verschillende abonnees voorts het vertrouwen ten aanzien van SMS-diensten als zodanig verloren. Abor heeft

⁷⁸ Onderzoeksrapport, randnummer 65 tm 73.

⁷⁹ Onderzoeksrapport, bijlage 4, p. 77.

⁸⁰ Onderzoeksrapport, digitale bijlage B, ontvangen SMS-berichten.

Besluit Openbaar

ten koste van deze partijen een substantieel voordeel behaald.

135. Gelet op bovenstaande zijn de belangen van eindgebruikers en die van de betreffende abonnees ernstig geschaad en is er sprake van ernstige overtredingen van de Telecommunicatiewet. Dit indiceert volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal € 300.000 per overtreding.

9 De vaststelling van de hoogte van de boete

9.1 Duur van de overtredingen

136. Het college heeft vastgesteld dat de overtredingen zijn begaan in de periode van 1 mei 2008 tot en met 24 september 2008. Daarnaast zijn er sterke aanwijzingen dat de overtredingen ook in de periode van 1 december 2005 tot en met 30 april 2008 zijn begaan.⁸¹
137. Het college concludeert dat de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw (oud) een periode van bijna vijf maanden herhaaldelijk zijn begaan.

9.2 Verwijtbaarheid van de overtreeders

138. 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 Zaken⁸², Postbus 51⁸³ en ConsuWijzer⁸⁴ 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) overtreeders de overtreding willens en wetens begaan, tenzij het tegendeel blijkt.
139. Het college heeft in paragraaf 7.3.1 van het onderhavig besluit vastgesteld dat Abor SMS-berichten heeft verzonden via de SMS-shortcodes. Deze SMS-berichten bevatte een operator logo en zijn zonder voorafgaande toestemming verzonden. Bovendien was in de SMS-berichten geen geldige afmeldmogelijkheid vermeld. Aangezien Abor kan worden aangemerkt als materiële verzender van deze berichten, heeft zij in strijd gehandeld met artikel 11.7, eerste lid Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw en kan zij worden aangemerkt als overtreder.

⁸¹ Onderzoeksrapport, randnummer 83.

⁸² Zie <www.minez.nl>.

⁸³ Zie <www.postbus51.nl>.

⁸⁴ Zie <www.consuwijzer.nl>.

Besluit Openbaar

140. In randnummer 90 reeds is reeds geconcludeerd dat [A] niet alleen volledig gevolmachtigd was namens Abor, maar ook dat hij het enige persoon was die alle rechtshandelingen heeft verricht voor het verzenden van de SMS-berichten. Om deze reden heeft het college in randnummer 90 geconcludeerd dat [A] zelf ook als 'verzender' is aan te merken en dus ook als overtreder van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw is aan te merken.
141. Uit het onderzoek is gebleken dat aan Stichting Yellow Monday dat bestuurd werd door [A] een tweetal boetes is opgelegd voor de verzending van ongevraagde SMS-berichten. Bovendien blijkt uit de schriftelijke reactie van [A] op het voornemen van de Commissie, om zich te buigen over deze kwestie, dat hij zich er van bewust is dat er SMS-berichten zijn verstuurd die niet verstuurd hadden mogen worden.⁸⁵ Hieruit moet geconcludeerd worden dat [A] op de hoogte was van de geldende wetgeving en het handhavend optreden door het college en dat deze kennis dus ook binnen Abor aanwezig was ten tijde van het plegen van de overtredingen.
142. Ten aanzien van de in het onderhavige besluit geconstateerde overtredingen bij de verzending van de SMS-berichten overweegt het college dat, naar zijn oordeel, de overtredingen aan zowel Abor als [A] volledig verweten kunnen worden. Het college stelt vast dat zowel Abor als [A] bekend waren met de gevolgen van haar handelingen. Al met al concludeert het college dat zowel Abor als [A] de gevolgen van hun daden overzagen of ten minste hadden moeten overzien. Er is derhalve geen aanleiding om Abor of [A] 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 niet aan Abor of [A] verweten kunnen worden.
143. Het college is van oordeel dat deze overtredingen aan zowel Abor als [A] kunnen worden verweten en rekent hen deze herhaalde, meervoudige overtredingen van het spamverbod aan.

9.3 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

144. 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

145. Het college heeft in paragraaf 8.2.3 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. Uit de zienswijze op het feitencomplex is geen reden gebleken, op grond waarvan de overtredders geen verwijt kan worden gemaakt van de overtredingen of op grond waarvan de overtredingen anderszins niet aan hen kunnen worden toegerekend.

⁸⁵ Onderzoeksrapport, bijlage 6.

Besluit Openbaar

146. 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 afzonderlijk te beboeten, een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.⁸⁶ Nu het in deze zaak gaat om een 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 en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw met betrekking tot de SMS-berichten.
147. 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.
148. Het college overweegt tevens dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete in acht moet worden genomen dat de boete Abor en [A] van toekomstige overtredingen dient te weerhouden en tevens potentiële overtreders dient af te schrikken (speciale en generale preventie).
149. 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.⁸⁷
150. 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, Abor een boete oplegt met een totaalbedrag van € 275.000. De boete wordt opgelegd voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw in de periode van in de periode van 1 mei 2008 tot en met 24 september 2008. Voor deze overtredingen legt het college boetes op van respectievelijk € 150.000 en € 125.000.
151. Voorts legt het college, op grond van de geconstateerde overtredingen, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, [A] een boete op met een totaalbedrag van € 275.000. De boete wordt opgelegd voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw in de periode van in de periode van 1 mei 2008 tot en met 24 september 2008. Voor deze overtredingen legt het college boetes op van respectievelijk € 150.000 en € 125.000.

⁸⁶ 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).

⁸⁷ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Besluit Openbaar

9.5 Besluit tot publicatie

152. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhaving)besluiten op zijn website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.⁸⁸ Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen mogen worden gepubliceerd.⁸⁹ Ten aanzien van de vereiste belangenafweging bepaalt de Afdeling dat – voor de beoordeling of sprake is van een onevenredige benadeling van betrokkene(n) – het oordeel over de rechtmatigheid van het te publiceren besluit doorslaggevend is.
153. Op grond van het voorgaande zal het college overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van de namen van natuurlijke personen en bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht het college publicatie in dit concrete geval in het belang van consumenten om kennis te nemen van het feit dat ten aanzien Abor en [A] is vastgesteld dat deze in strijd hebben gehandeld met het in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw bepaalde en dat aan hen een sanctie is opgelegd. Consumenten worden zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Consumenten die hierdoor al zijn getroffen of hierover zelfs al hebben geklaagd komen op deze manier te weten dat er effectief is gehandhaafd om hun belang te beschermen.
154. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Handelspartners worden zo gewaarschuwd en concurrenten komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit richting potentiële andere overtreders evenals een preventief effect richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van het college zwaarder te wegen dan de belangen van Abor en [A]. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

10 Dictum

155. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat de gedragingen van de commanditaire vennootschap Abor Creative en de heer [A] 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 zowel Abor als [A] in de periode van mei 2008 tot en met september 2008:

⁸⁸ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

⁸⁹ ABRvS 10 november 2010, LJN:BO3468.

Besluit Openbaar

- ongevraagde elektronische berichten in de vorm van SMS-berichten, heeft verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee (overtreding 1);
- waarbij in de SMS-berichten tevens geen geldige afmeldmogelijkheid was vermeld waarmee een ontvanger een effectief verzoek tot beëindiging van de communicatie kon bewerkstelligen (overtreding 2).

156. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit legt wegens de onder randnummer 155 bedoelde overtredingen aan de commanditaire vennootschap Abor Creative een boete op van in totaal € 275.000, bestaande uit:

- Een boete van € 150.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw voor het verzenden van de zogenaamde SMS-berichten;
- Een boete van € 125.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw voor het ontbreken van een geldige afmeldmogelijkheid in de SMS-berichten.

157. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit legt wegens de onder randnummer 155 bedoelde overtredingen aan de heer [A] een boete op van in totaal € 275.000, bestaande uit:

- Een boete van € 150.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw voor het verzenden van de zogenaamde SMS-berichten;
- Een boete van € 125.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw voor het ontbreken van een geldige afmeldmogelijkheid in de SMS-berichten.

158. De hierboven in randnummer 156 en 157 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.

159. Het college zal dit boetebesluit publiceren op zijn website, waarbij hij de namen van de betrokken natuurlijke personen alsmede de bedrijfsvertrouwelijke gegevens zal anonimiseren.

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.