

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2014/206103_OV
Zaaknummer: 10.0131.37.1.02
Datum: 31 oktober 2014

Nieuwe beslissing op bezwaar van de Autoriteit Consument en Markt inzake het bezwaarschrift van SD&P Interactive B.V. gericht tegen het besluit van 28 april 2010 waarbij aan SD&P Interactive B.V. boetes zijn opgelegd voor overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, (oud) en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, (oud) van de Telecommunicatiewet

Samenvatting

ACM houdt toezicht op de naleving van het verbod op het versturen van ongevraagde communicatie zonder voorafgaande toestemming, ook wel het spamverbod genoemd. ACM beoogt daarmee de overlast en schade te beperken voor consumenten die met spam in aanraking komen. Consumenten ervaren spamberichten als hinderlijk, misleidend en een inbreuk op hun privacy. De berichten die in strijd met het spamverbod zijn verzonden betreffen in dit geval ongevraagde SMS-berichten van het bedrijf SD&P Interactive B.V. (hierna: SD&P).

In dat kader heeft SD&P bij besluit van 28 april 2010 een aantal boetes opgelegd gekregen van in totaal EUR 550.000 voor meerdere overtredingen van het spamverbod. SD&P heeft hiertegen bezwaar gemaakt bij ACM. Met dit besluit wordt de beslissing op het bezwaarschrift van SD&P genomen. De conclusie na heroverweging is dat nog één overtreding van het spamverbod in stand blijft en dat de boete voor die overtreding wordt gematigd van EUR 150.000 tot EUR 60.000. Het vaststellen van die overtreding is gebaseerd op het feit dat SD&P SMS-berichten heeft verstuurd naar 06-nummers die – al dan niet in het kader van een actie of prijsvraag – zijn ingevuld op internetpagina's. SMS-berichten die een vorm van reclame, werving of verkoopbevordering zijn, zal ACM slechts als aan specifieke voorwaarden is voldaan, beschouwen als gevraagde communicatie waarop het spamverbod niet van toepassing is. Omdat een deel van de door SD&P verzonden SMS-berichten niet aan die voorwaarden voldoet, en bovendien niet is aangetoond dat daarvoor voorafgaande toestemming is verkregen van de desbetreffende abonnees, concludeert ACM dat die berichten zijn verzonden in strijd met het spamverbod.

1 Inleiding

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM)¹ heeft bij besluit van 28 april 2010 (hierna: bestreden besluit) een boete opgelegd aan de rechtspersoon SD&P Interactive B.V. wegens overtreding(en) van artikel 11.7, eerste lid, (oud) Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, (oud) van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw).² Voor de twee geconstateerde overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft ACM boetes opgelegd van EUR 150.000 en EUR 200.000. Voor de geconstateerde overtredingen van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw heeft ACM een boete opgelegd van EUR 200.000.

¹ Toentertijd: het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA). Ten behoeve van de leesbaarheid van dit besluit zal – ook in situaties die voor 1 april 2013 plaatsvonden (zie randnummers 18 en 19 van dit besluit) – telkens het acroniem ACM worden gebruikt, ook indien OPTA toentertijd het bevoegde bestuursorgaan was.

² Ten behoeve van de leesbaarheid van dit besluit zal de toevoeging '(oud)' in het navolgende alleen worden gebruikt waar verwarring dreigt met het nieuwe artikellid.

2. De geconstateerde overtredingen bestonden eruit dat SD&P ongevraagde SMS-berichten heeft verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee. Daarbij was in een gedeelte van de SMS-berichten geen geldig postadres vermeld, waaraan een ontvanger van het SMS-bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten.
3. Omdat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) bij uitspraak van 4 juni 2014³ de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 9 juni 2011⁴ met betrekking tot de niet-ontvankelijkheidsverklaring van het bezwaar (mede) heeft bekrachtigd, beslist ACM bij dit besluit opnieuw op de bezwaren van SD&P. De uitspraak van het CBb van 5 juni 2014⁵ met betrekking tot de aan SD&P opgelegde last onder dwangsom mede in ogenschouw nemende, komt ACM in deze beslissing op bezwaar tot de conclusie dat de bezwaren van SD&P gedeeltelijk gegrond zijn, zodat de beslissing tot het opleggen van boetes voor twee van de drie bij voornoemd besluit van 28 april 2010 geconstateerde overtredingen dient te worden herroepen. Voor het overige laat ACM het bestreden besluit grotendeels in stand. Dit betekent dat ACM ook na heroverweging concludeert dat terecht is vastgesteld dat het verzenden van de zogenoemde aanmeldberichten kwalificeert als overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw. De boete die daarvoor is opgelegd, heeft ACM echter wel gematigd van EUR 150.000 naar EUR 60.000.
4. Dit besluit heeft de volgende opbouw: allereerst beschrijft ACM het verloop van de procedure (hoofdstuk 2). Vervolgens vat zij het bestreden besluit samen (hoofdstuk 3). Daarna volgen een weergave van de bezwaren van SD&P (hoofdstuk 4), het toepasselijke juridische kader (hoofdstuk 5) en de overwegingen van ACM ten aanzien van die bezwaren (hoofdstuk 6).

2 Verloop van de procedure

5. ACM heeft bij besluit van 28 april 2010⁶ SD&P een boete opgelegd van in totaal EUR 550.000 wegens overtredingen van de artikelen 11.7, eerste lid, en 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.
6. ACM heeft ten aanzien van een voorgenomen publicatie van het bestreden besluit SD&P per brief van 28 april 2010 verzocht om aan te geven welke informatie zij als vertrouwelijk beschouwt in de zin van artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob).
7. Aan dit verzoek heeft SD&P per brief van 7 mei 2010 gehoor gegeven.
8. Bij brief van 21 juni 2010 heeft SD&P ACM desgevraagd bericht dat de brief van SD&P van 7 mei 2010 (tevens) opgevat dient te worden als een bezwaarschrift tegen het bestreden besluit.
9. Bij besluit van 6 oktober 2010⁷ heeft ACM het bezwaar tegen het besluit van 28 april 2010 niet-ontvankelijk verklaard.

³ CBb 4 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:215.

⁴ Rb. Rotterdam 9 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ7612.

⁵ CBb 5 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:206.

⁶ Kenmerk OPTA/ACNB/2010/201374.

⁷ Kenmerk OPTA/COL/2010/202425.

Besluit Openbaar

10. Tegen het besluit van 6 oktober 2010 heeft SD&P beroep ingesteld.⁸
11. Bij uitspraak van 9 juni 2011⁹ heeft de Rechtbank Rotterdam beslist op het beroep. De rechtbank heeft het beroep gegrond verklaard en het besluit van 6 oktober 2010 vernietigd. Tevens heeft de rechtbank bepaald dat ACM een nieuw besluit op het bezwaar van SD&P dient te nemen met inachtneming van haar uitspraak.
12. Tegen de uitspraak van de rechtbank heeft ACM bij brief van 15 juli 2011 hoger beroep ingesteld.¹⁰
13. Bij e-mail van 26 augustus 2011 heeft SD&P er mee ingestemd dat de beslistermijn voor het nemen van het nieuwe besluit op het bezwaar van SD&P – hangende de behandeling van het door ACM bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) ingestelde hoger beroep – zou worden opgeschort vanaf 9 juni 2011 totdat het CBb in deze zaak uitspraak zou hebben gedaan.
14. Op 4 juni 2014 heeft het CBb uitspraak gedaan op het door ACM ingestelde hoger beroep.¹¹ Het CBb heeft de aangevallen uitspraak bevestigd.
15. ACM heeft SD&P bij brief van 12 juni 2014 in de gelegenheid gesteld de gronden van haar bezwaar in te dienen.
16. De gemachtigde van SD&P heeft op 25 juni 2014 telefonisch aan ACM medegedeeld dat SD&P er geen prijs op stelt haar bezwaar tegen het bestreden besluit mondeling toe te lichten, zodat in de bezwaarfase geen hoorzitting heeft plaatsgevonden. In reactie daarop heeft ACM Bij e-mailbericht van dezelfde datum bevestigd dat deze mededeling van SD&P (in goede orde) is ontvangen.
17. Bij brief van 24 juli 2014 heeft SD&P de gronden van haar bezwaar aan ACM kenbaar gemaakt.
18. Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden.¹² Vanaf die datum is ACM de rechtsopvolgster van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, OPTA en de Consumentenautoriteit.
19. Op grond van artikel 42, tweede lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, worden bezwaarschriften die ingediend zijn bij de NMa, OPTA of CA aangemerkt als bezwaarschriften die zijn ingediend bij ACM. Het besluit op bezwaar zal dan ook door of namens ACM genomen worden.

⁸ Procedurenr. AWB 10/ 4626 TELEC – T1

⁹ Rb. Rotterdam 9 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ7612.

¹⁰ Procedurenr. AWB 11/553.

¹¹ CBb 4 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:215.

¹² Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (*Stb.* 2013, 102).

3 Het bestreden besluit

3.1 Achtergronden

3.1.1 Onderzoeksrapport

20. Het door ACM uitgevoerde onderzoek, dat op 10 februari 2010 heeft geleid tot een ten aanzien van SD&P opgemaakt rapport¹³ in de zin van artikel 15.8 Tw (hierna: het onderzoeksrapport), heeft zich gericht op de hierboven beschreven betaalde SMS-abonnementsdiensten van SD&P.
21. SD&P is een aanbieder van mobiele telefoon- en internetdiensten. SD&P biedt diensten aan onder de namen Yamtalk en MT50 (MobileFun) via diverse shortcodes,¹⁴ waaronder de codes 4269 en 9988. Het betreft diensten waarbij SD&P afnemers tegen betaling via de mobiele telefoon in staat stelt mobiel te chatten of tegen een gereduceerd tarief SMS-berichten te versturen.¹⁵
22. SD&P maakt voor het versturen van de berichten gebruik van twee ketenpartners, te weten Mobile Bridges als service partner¹⁶ en Mobilion als gateway.¹⁷
23. De levering van voornoemde diensten vindt gedeeltelijk plaats door verzending van SMS-berichten. De incasso van de verschuldigde vergoeding voor de levering van deze diensten vindt bij deze vorm van dienstverlening plaats door middel van het verzenden van meerdere (Premium Rate) SMS-berichten tegen een tarief van EUR 1,50 per bericht.¹⁸
24. De dienst van SD&P valt op te delen in twee fasen: het verzenden van aanmeldberichten en het verzenden van vervolggerichten.
25. Toezichthoudende ambtenaren van ACM hebben geconstateerd dat SD&P in de periode van 6 november 2006 tot en met 21 april 2009 ongevraagd SMS-berichten heeft verstuurd met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee. Een deel van deze berichten bevatte tevens geen geldig postadres of nummer waaraan een ontvanger van het bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten.

3.1.2 Verzenden van aanmeldberichten

26. SD&P biedt haar diensten aan met tussenkomst van websites van derden, de affiliates¹⁹. Via de zogenaamde affiliate-websites worden op de website van SD&P onder andere eenvoudige spelletjes aangeboden waarbij prijzen kunnen worden gewonnen. De affiliate-

¹³ Onderzoeksrapport, bijlage bij brief met kenmerk OPTA/ACNB/2010/200591.

¹⁴ Een shortcode is het verkorte nummer waarop een SMS-dienst wordt aangeboden. Dit is geen nummer dat volgens een nummerplan wordt uitgegeven, maar middels een door de markt zelf ontwikkelde techniek.

¹⁵ Onderzoeksrapport, randnummer 32.

¹⁶ Een service provider is de aanbieder van openbare mobiele telecommunicatiediensten op het elektronische communicatienetwerk van een derde partij via wiens netwerk eindgebruikers SMS-diensten kunnen afnemen. (Bron: Gedragscode SMS-dienstverlening)

¹⁷ Een gateway is een aanbieder die met de verschillende operators een overeenkomst heeft gesloten ten behoeve van het leveren c.q. doorgeleiden van SMS-diensten aan eindgebruikers. (Bron: Gedragscode SMS-dienstverlening)

¹⁸ Onderzoeksrapport, randnummer 32.

¹⁹ Een affiliate is degene die een campagne van een adverteerder onder de aandacht brengt via een medium zoals een website. De adverteerder betaalt aan de affiliate een vergoeding voor elk verkocht product, of bijvoorbeeld voor elk adres dat via dat medium wordt verkregen.

website²⁰ verwijst de bezoeker door naar een ‘landingspagina’ van SD&P waar men deel kan nemen aan het spel. De landingspagina’s worden beheerd en onderhouden door of in opdracht van SD&P en zijn specifiek voor de verschillende acties van SD&P.²¹

27. Door deelname aan het spel wordt de deelnemer de mogelijkheid tot het winnen van een prijs in het vooruitzicht gesteld. Om de prijs te kunnen winnen, moet de deelnemer een mobiel nummer invoeren op de landingspage. Daarna stuurt SD&P geheel geautomatiseerd een (gratis) Mobile Terminated aanmeldbericht naar het ingevoerde mobiele nummer (hierna: de ontvanger). Een voorbeeld van een dergelijk aanmeldbericht is²²:

“Je zit in de finale! sms nu WIN ON naar 9988 en maak kans op de Apple laptop. Stop: win uit naar 9988. Info: www.yamtalk.com Is een abonnementsdienst 9E/wk”

28. SD&P heeft (varianties op) bovenstaand bericht in totaal 1.429.424 keer²³ verstuurd, waarbij SD&P de ontvanger onder andere diverse populaire luxe goederen als prijs in het vooruitzicht stelt bij deelname aan een spel. Indien de ontvanger niet (tijdig) reageert, verstuurt SD&P hetzelfde bericht vaak nog een keer.
29. Op het invullen van een 06-nummer op een landingspagina volgt geen procedure waarmee vast komt te staan dat de ontvanger van het SMS-aanmeldbericht daadwerkelijk zelf zijn eigen mobiele nummer via de website heeft ingevoerd.²⁴

3.1.3 Verzenden van vervolgberichten

30. Als de ontvanger van een aanmeldbericht de daarin gegeven instructie opvolgde en een bevestigend Mobile Originated²⁵ (hierna: MO) SMS-bericht terugstuurde²⁶, beschouwde SD&P dit teruggestuurde bericht als de bevestiging van het feit dat de ontvanger zich wilde abonneren op de desbetreffende SMS-abonnementsdienst.
31. Vervolgens verstuurde SD&P wekelijks een aantal betaalde SMS-berichten naar dit mobiele nummer. Een voorbeeld van een dergelijk vervolgbericht is:

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

32. SD&P heeft bovenstaand bericht ruim 9 miljoen²⁷ keer verstuurd. Een ontvanger van deze berichten betaalde EUR 1,50 per ontvangen bericht. SD&P verzond meerdere van deze berichten per ontvanger per week, waardoor de ontvanger enkele euro's per week betaalde voor deze dienst.
33. In de vervolgberichten bood SD&P de ontvanger geen geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kon richten.

²⁰ Bijvoorbeeld de website <www.gratisprijsvraag.nl>.

²¹ Onderzoeksrapport, randnummer 30.

²² Een lijst met voorbeelden staat op de digitale bijlage Unieke_MT_Flat_Rate_met_Shortcode.xls bij het onderzoeksrapport.

²³ Onderzoeksrapport, randnummer 103.

²⁴ Onderzoeksrapport, randnummer 49.

²⁵ Mobile originated: een bericht verzonden door de abonnee (vanaf zijn mobiele telefoon).

²⁶ In voornoemd voorbeeld de tekst “WIN ON”.

²⁷ Onderzoeksrapport, randnummer 77.

3.1.4 Afmeldberichten

34. Indien een ontvanger van een SMS-abonnementsdienst niet langer van deze dienst gebruik wilde maken, kon een gebruiker zich afmelden voor deze dienst. Bij de abonnementen van SD&P was dit mogelijk door het versturen van een SMS met daarin de door SD&P hiervoor vereiste afmeldcode, die vermeld stond in de aanmeldberichten. SD&P verstuurde als reactie hierop een bevestiging in de vorm van een 'Premium Rate' SMS-bericht. De ontvanger betaalde hiervoor EUR 0,25.

3.2 Inhoud bestreden besluit

35. Op basis van het onderzoeksrapport heeft ACM in het bestreden besluit een aantal overtredingen vastgesteld ten aanzien van de diensten van SD&P. ACM heeft hiervoor aan SD&P een boete opgelegd met een totaalbedrag van EUR 550.000. De boete is opgelegd voor herhaalde, meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Er zijn in totaal drie (categorieën) overtredingen van artikel 11.7 Tw geconstateerd. Die overtredingen worden in het navolgende afzonderlijk kort besproken.
36. ACM heeft vastgesteld dat SD&P met het verzenden van de aanmeldberichten in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft gehandeld. ACM concludeerde dat SD&P met de aanmeldberichten elektronische berichten met ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden had verzonden aan abonnees die natuurlijke personen zijn, zonder dat er voor het versturen van de berichten door de betreffende abonnees voorafgaande toestemming is verleend. Deze overtreding zal hierna worden aangeduid als '**overtreding 1**'.
37. Tevens heeft ACM geoordeeld dat SD&P met het verzenden van de vervolggerichten in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft gehandeld. ACM kwam tot de conclusie dat SD&P met de vervolggerichten elektronische berichten heeft verzonden, waarmee ongevraagde communicatie werd toegezonden voor commerciële doeleinden aan abonnees die natuurlijke personen zijn, zonder dat er voor het versturen van de berichten door de betreffende abonnees voorafgaande toestemming is verleend. Deze overtreding zal hierna worden aangeduid als '**overtreding 2**'.
38. ACM heeft verder nog vastgesteld dat in de door SD&P verzonden vervolggerichten geen geldige afmeldmogelijkheid voor de ontvanger was vermeld, en dat daarmee sprake is van handelen in strijd met artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Deze overtreding zal hierna worden aangeduid als '**overtreding 3**'.

4 Bezwaren

39. De bezwaren die SD&P aanvoert worden hieronder samengevat weergegeven.

4.1 Algemeen

40. SD&P voert ten eerste aan dat ACM in het kader van de beoordeling in het bestreden besluit onjuiste feitelijke uitgangspunten heeft gehanteerd. SD&P zou alleen aanmeldberichten hebben verzonden naar nummers die zijn ingevuld op de websites (aanmeldpagina's of landingpages) van SD&P. Daarnaast zouden alleen vervolggerichten zijn verzonden naar

telefoonnummers na ontvangst van een MO²⁸-aanmeldbericht. Om dit aan te tonen hebben SD&P's automatiseringspartner Blueberry en gateway Mobile Bridges een brief opgesteld waarin de technische werkwijze van de systemen wordt toegelicht.

41. Het onderzoeksrapport en het bestreden besluit zouden volgens SD&P in strijd met artikel 3:2 Awb (zorgvuldigheidsbeginsel) zijn gebaseerd op onvolledige databases, waardoor het aantal SMS-berichten en meldingen in het rapport en dus ook het bestreden besluit onbetrouwbaar zijn.
42. Het bestreden besluit zou volgens SD&P in strijd zijn met het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel omdat ACM niet handhavend optreedt tegen andere marktpartijen die soortgelijke SMS-diensten als SD&P aanbieden zonder dat een controlemechanisme wordt gehanteerd ter voorkoming van misbruik.²⁹
43. De opgelegde boete zou volgens SD&P te hoog zijn omdat de overtreding ten onrechte als ernstig zou zijn gekwalificeerd. Als er al sprake is van een overtreding dan is deze minder ernstig waarvoor een boete zou kunnen worden opgelegd van maximaal EUR 50.000. Maar omdat SD&P de overtreding niet zou kunnen worden verweten, is een meer dan minimale boete niet op zijn plaats.

4.2 Overtreding 1

44. Volgens SD&P zijn de meldberichten te kwalificeren als gevraagde berichten die zijn verzonden met toestemming van de ontvanger. ACM zou niet hebben getoetst of de door SD&P verzonden meldberichten ongevraagd zijn verzonden. Daarnaast zou ACM niet hebben aangetoond dat de ontvangers abonnees zijn die natuurlijke personen zijn.
45. Kort gezegd zijn volgens SD&P de meldberichten gevraagde berichten die op verzoek van de ontvanger zijn verzonden. SD&P voert daarbij ten eerste aan dat ACM 'ongevraagd' ten onrechte uitlegt als 'ongewenst'. Daarnaast stelt zij zich op het standpunt dat de meldberichten onderdeel uitmaken van de procedure om een SMS-abonnementsdienst af te nemen. De consument heeft immers door het invullen van het telefoonnummer op de webpagina van SD&P aangegeven dat hij een abonnement wenst af te sluiten, waarna de meldprocedure met het meldbericht wordt opgestart.
46. SD&P zou over toestemming in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens beschikken omdat gebruikers zich op de landingspagina's aanmeldde voor de abonnementsdienst. Volgens SD&P heeft ACM niet bewezen of aannemelijk gemaakt dat ontvangers geen toestemming hebben gegeven voor de meldberichten gezien de duidelijke informatievoorziening op de meldpagina. Bovendien zou de bewijslast met betrekking tot voorafgaande toestemming mede gelet op de onschuldpresumptie bij ACM liggen en niet bij SD&P. Omkering van de bewijslast zou volgens SD&P ook disproportioneel zijn in relatie tot de met het spamverbod te dienen doelen.
47. Voorts wordt betoogd dat alhoewel niet met 100% zekerheid kan worden aangetoond dat de invuller van het telefoonnummer dezelfde is als de ontvanger van het meldbericht het hoogst onwaarschijnlijk is dat de invuller en ontvanger niet dezelfde persoon zijn. ACM heeft

²⁸ Zie randnummer 30 van dit besluit.

²⁹ In die zin dat werd geverifieerd of degene die (elektronische) contactgegevens op een website invult (of anderszins achterlaat) wel daadwerkelijk de gebruiker daarvan is.

ook niet aangetoond dat misbruik is gemaakt van de aanmeldprocedure in die zin dat derden bewust mobiele nummers van anderen invulden. SD&P stelt voorts dat zij met de eerder aangehaalde brief van automatiseringspartner Blueberry en gateway Mobile Bridges heeft bewezen dat elk telefoonnummer waarnaar een aanmeldbericht is verstuurd, daarvoor op de aanmeldpagina was ingevuld en daarmee ook het vereiste bewijs is geleverd dat zij beschikte over toestemming voor het verzenden van de aanmeldberichten.

48. SD&P stelt tot slot dat ACM met vier geverifieerde verklaringen van klagers niet zou hebben aangetoond dat er ongevraagde communicatie zonder voorafgaande toestemming is verzonden naar abonnees die natuurlijke personen zijn en dat er derhalve geen sprake kan zijn van een overtreding waarvoor een boete kan worden opgelegd.

4.3 Overtredingen 2 en 3

49. De vervolgberichten zijn volgens SD&P geen berichten met een commercieel doel, want deze zijn verzonden ter uitvoering van een overeenkomst, waardoor een vorm van reclame, werving of verkoopbevordering ontbreekt.
50. Aangezien de vervolgberichten volgens SD&P niet zijn verzonden met een commercieel doel hoeft daarvoor geen voorafgaande toestemming worden verkregen van de geadresseerden (in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw) en hoeft in die berichten evenmin een afmeldmogelijkheid te worden opgenomen (in de zin van artikel 11.7, derde lid, (oud) Tw). Van overtredingen van het spamverbod door het verzenden van de vervolgberichten kan dan ook geen sprake zijn.

5 Juridisch kader

5.1 Ten aanzien van de overtreding

51. 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 berichten³⁰ 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.”

52. 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

³⁰ 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

b. een geldig postadres of nummer³¹ waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging kan richten.”

53. Artikel 11.8, Tw luidt³²:

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

54. 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.”

55. 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.)”

56. 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.”

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.”

5.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

57. Artikel 15.1, derde lid, (oud) 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.”³³

³¹ 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.

³² 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 deze beslissing op bezwaar - net zoals in het boeterapport - alleen voor natuurlijke personen.

³³ Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, *Stcrt.* 2008, 22.

Besluit Openbaar

58. Artikel 15.8, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt³⁴:

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

59. Artikel 15.4, vierde lid, (oud) 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 EUR 450.000.”

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

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

6 Overwegingen

61. In dit hoofdstuk zal ACM beginnen met het bespreken van een uitspraak van het CBb die van belang is voor de inhoudelijke beoordeling van het bezwaar van SD&P, voor zover dat betrekking heeft op overtredingen 2 en 3. In paragraaf 6.2 zal ACM ingaan op deze overtredingen in het licht van voornoemde uitspraak van het CBb. De bezwaargronden betreffende overtreding 1 zullen in paragraaf 6.3 aan de orde komen. ACM sluit dit hoofdstuk af met een conclusie.

6.1 Uitspraak CBb m.b.t. last onder dwangsom

6.1.1 Achtergrond

62. De resultaten uit het voornoemde onderzoek naar de gedragingen van SD&P hebben ook geleid tot de oplegging van een last onder dwangsom door ACM. Bevindingen tijdens een controle op locatie in het kader van dat onderzoek hebben ertoe geleid dat ACM het op korte termijn nemen van een dergelijk besluit noodzakelijk achtte. ACM constateerde immers reeds in de beginfase van het onderzoekstraject dat een deel van de door SD&P verstuurde berichten geen geldige afmeldmogelijkheid bevatte zoals vereist door artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Bij besluit van 11 mei 2009³⁵ heeft ACM daarom een last onder dwangsom aan SD&P opgelegd.
63. Tegen dit besluit is door SD&P bezwaar gemaakt. Tevens heeft SD&P een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening ingediend bij de voorzieningenrechter van het CBb.
64. Bij uitspraak van 30 september 2009³⁶ heeft de voorzieningenrechter de gevraagde voorziening toegewezen en de opgelegde last geschorst tot zes weken nadat op het bezwaar

³⁴ Artikel 15.8, eerste lid, Tw is na de Aanpassingswet vierde tranche Awb, *Stb.* 2009, 265 vervallen en opgegaan in hoofdstuk 5 van de Awb. Daar de overtreding heeft plaatsgevonden voor het tijdstip van inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb (namelijk 1 juli 2009), blijft het Awb recht van toepassing op deze beslissing op bezwaar zoals dat gold voor 1 juli 2009 (artikel IV Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht, *Stb.* 2009, 264).

³⁵ Kenmerk OPTA/ACNB/2009/201072.

³⁶ CBb (vzr.) 30 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ9068.

van SD&P is beslist. In zijn uitspraak van 30 september 2009 oordeelt de voorzieningenrechter dat sprake is van een overeenkomst tussen SD&P en haar abonnees. De voorzieningenrechter was van oordeel dat ACM niet bevoegd was om de rechtsgeldigheid van de (totstandkoming) van voornoemde overeenkomst te beoordelen en dat zij daarom moet uitgaan van de rechtsgeldigheid van die overeenkomst. De voorzieningenrechter stelde voorts vast dat het commerciële karakter van de berichten waarop de last onder dwangsom van toepassing was, niet is komen vast te staan.

65. Naar aanleiding van de uitspraak heeft ACM in haar beslissing op bezwaar nader toegelicht op grond van welke bevoegdheid zij de last onder dwangsom had opgelegd. ACM heeft op 3 december 2009³⁷ haar beslissing op bezwaar genomen en de bezwaren van SD&P integraal ongegrond verklaard.
66. Tegen de beslissing op bezwaar heeft SD&P beroep ingesteld bij het CBb. Op verzoek van SD&P is op 11 januari 2010 besloten de last onder dwangsom op te schorten tot door het CBb in beroep op deze zaak is beslist.
67. Op 5 juni 2014 heeft het CBb uitspraak gedaan³⁸ op het door ACM ingestelde beroep. Het CBb heeft het beroep gegrond verklaard, het bestreden besluit vernietigd, de last onder dwangsom herroepen en bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

6.1.2 Uitspraak CBb

68. De belangrijkste overwegingen uit de uitspraak van het CBb van 5 juni 2014³⁹ luiden als volgt:

“3.5.1 De verplichting om in 'elektronische berichten voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden' een afmeldmogelijkheid te bieden, die sinds 19 mei 2004 in artikel 11.7, derde lid, (oud) van de Tw is opgenomen, vormt een implementatie van artikel 13, vierde lid, van Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie). Deze bepaling luidt aldus dat het in ieder geval verboden is elektronische post met het oog op direct marketing te verzenden waarbij de identiteit van de afzender namens wie de communicatie plaatsvindt wordt gemaskeerd of verborgen of zonder dat een geldig adres wordt vermeld waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.

3.5.2 Voordat de verplichting om een afmeldmogelijkheid te bieden in de Tw werd opgenomen, was de term 'communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden' al opgenomen in de tekst van artikel 11.7 van de Tw. Met de term werd beoogd het begrip 'direct marketing' om te zetten, dat werd genoemd in artikel 12 van de Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector. Dat

³⁷ Kenmerk OPTA/ACNB/2009/202877.

³⁸ CBb 5 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:206.

³⁹ Idem.

blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van artikel 11.7, derde lid, (oud) van de Tw (zie Nadere Memorie van Antwoord, EK 1997-1998, 25.533, nr. 309d, blz. 6).

3.5.3 Uit het voorgaande volgt dat de term 'communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden' in artikel 11.7, derde lid, (oud) van de Tw dient te worden uitgelegd als 'direct marketing' genoemd in artikel 13, vierde lid, van Richtlijn 2002/58/EG. Dit betekent dat niet bij elk gebruik van elektronische berichten voor commerciële doeleinden een afmeldmogelijkheid moet worden geboden – zoals de letterlijke tekst van artikel 11.7, derde lid, (oud) van de Tw wel suggereert – maar alleen als daarbij sprake is van 'direct marketing', zoals appellante ter zitting terecht heeft betoogd.

3.5.4 Beantwoording van de vraag wat de precieze grenzen zijn van het begrip 'direct marketing', kan in dit geval achterwege blijven. Naar het oordeel van het College moet namelijk in ieder geval sprake zijn van een vorm van reclame, werving of verkoopbevordering. Aan dat kenmerk voldoen de vervolgberichten niet. De WAP-pushes houden slechts een link in, waarmee appellante aan de ontvanger een dienst levert. Met de tekstberichten wordt de ontvanger geïnformeerd over de diensten die appellante aan hem levert. Dat appellante met de tekstberichten de ontvanger oproept om gebruik te maken van de geleverde diensten, maakt deze nog niet tot een vorm van reclame, werving of verkoopbevordering.

3.5.5 Het voorgaande betekent dat de vervolgberichten waarvoor ACM de last onder dwangsom heeft opgelegd, niet vallen onder de werking van artikel 11.7, derde lid, (oud) van de Tw. Appellante hoefde daarin dan ook geen geldige afmeldmogelijkheid te bieden en het achterwege laten daarvan kan niet worden beschouwd als een overtreding van artikel 11.7, derde lid, (oud) Tw.”

6.2 Overtredingen 2 en 3

69. In artikel 11.7, derde lid, (oud) Tw wordt verwezen naar de doeleinden genoemd in het eerste lid van dat artikel. Daarom is de door het CBb (in het licht van het Unierecht en de [nationale] wetsgeschiedenis) in de hierboven aangehaalde uitspraak geformuleerde interpretatie van de term 'communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden' logischerwijs ook toepasselijk op artikel 11.7, eerste lid, Tw.
70. ACM heeft in het bestreden besluit geoordeeld dat SD&P met het verzenden van de vervolgberichten artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft overtreden (overtreding 2). Tevens heeft ACM daarin vastgesteld dat SD&P bij de verzending van berichten, voor de abonnees, geen sprake is geweest van een geldige afmeldmogelijkheid en dat daarmee artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw is overtreden (overtreding 3). Het CBb heeft in voornoemde uitspraak geoordeeld dat de daarin aan de orde zijnde vervolgberichten (die ook ten grondslag liggen aan de bij het betreden besluit geconstateerde overtredingen 2 en 3) niet vallen onder de werking van artikel 11.7, derde lid, Tw. Daarom ligt het – mede gelet op het voorgaande – in de rede om te concluderen dat de vervolgberichten evenmin onder het toepassingsbereik vallen van artikel 11.7, eerste lid, Tw.

71. Hieruit volgt dat overtreding 2 niet kan worden beschouwd als overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw en dat overtreding 3 evenmin kan worden beschouwd als overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Daarom was ACM, mede gelet op het bepaalde in artikel 15.4, vierde lid, Tw,⁴⁰ niet bevoegd voor die overtredingen boetes op te leggen.
72. Het bezwaar van SD&P is in zoverre gegrond. Voor zover bij het bestreden besluit boetes zijn opgelegd vanwege overtredingen 2 en 3 zal het worden herroepen. ACM komt dan ook niet meer toe aan bespreking van de overige door SD&P aangedragen bezwaargronden die betrekking hebben op deze overtredingen.

6.3 Overtreding 1

6.3.1 Commercieel oogmerk

73. In de hierboven aangehaalde uitspraak van het CBb wordt overwogen dat de betreffende (ongevraagde) communicatie niet kan worden beschouwd als 'communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden' in de zin van artikel 11.7, derde lid, Tw. Zoals in het voorgaande reeds is overwogen, acht ACM deze interpretatie ook van belang voor de in artikel 11.7, eerste lid, Tw neergelegde wettelijke norm.
74. ACM ziet echter geen aanleiding om terug te komen op haar constatering dat de aanmeldberichten kunnen worden beschouwd als communicatie voor commerciële doeleinden. ACM is van oordeel dat de door SD&P verzonden aanmeldberichten wel een vorm van reclame, werving of verkoopbevordering zijn.
75. Zoals SD&P ook erkent,⁴¹ is er tussen de ontvanger van het aanmeldbericht en SD&P op het moment dat hij het aanmeldbericht ontvangt, nog geen overeenkomst tot stand gekomen (tot levering van een SMS-abonnementsdienst). Deze overeenkomst wordt pas geacht te zijn gesloten op het moment dat de ontvanger van het aanmeldbericht zich (in reactie daarop, met gebruikmaking van de daarin opgenomen instructies) middels een SMS-bericht aanmeldt voor de SMS-abonnementsdienst. In de aanmeldberichten wordt de ontvanger daarvan aangespoord om per SMS-bericht een aanmeldcode te verzenden. Deze aansporing wordt kracht bijgezet door de ontvanger (gedeeltelijk) gratis diensten of producten in het vooruitzicht te stellen, of de kans om prijzen te winnen. Uiteraard wordt hiermee door SD&P beoogd zoveel mogelijk reacties te ontvangen, waarna de overeenkomst tot levering van de SMS-abonnementsdienst een feit is.
76. ACM is van oordeel dat uit deze gang van zaken duidelijk blijkt dat de aanmeldberichten zijn te beschouwen als een vorm van reclame, werving of verkoopbevordering, en derhalve als communicatie voor commerciële doeleinden in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Dit wordt blijkens haar bezwaarschrift overigens ook niet (langer) door SD&P betwist.

6.3.2 Ongevraagde communicatie

77. Artikel 11.7 Tw (oud) is uitsluitend van toepassing op *ongevraagde* communicatie. Het eerste en het derde lid van artikel 11.7 Tw bevatten regels die betrekking hebben op het verzenden van ongevraagde elektronische berichten (zoals spam via e-mail, SMS of telefax), het vierde lid van artikel 11.7 Tw bevat regels voor het overbrengen van ongevraagde communicatie

⁴⁰ Zie ook artikel 5:2, eerste lid, onder a en c, jo. artikel 5:1, eerste lid, Awb.

⁴¹ Gronden van bezwaar SD&P d.d. 24 juli 2014, randnummers 3.9 t/m 3.11.

met andere middelen (zoals telemarketing). Voor de verschillende middelen voor het overbrengen van ongevraagde communicatie heeft de wetgever verschillende regimes in het leven geroepen. Enerzijds geldt voor het gebruik van automatische oproepsystemen, faxen en elektronische berichten voor ongevraagde communicatie het vereiste van voorafgaande toestemming (eerste lid), anderzijds geldt voor het overbrengen van ongevraagde communicatie via andere middelen een opt-out-regime (vierde lid). Voor het gehele artikel geldt echter dat de regels alleen zien op *ongevraagde* communicatie.

78. De wetsgeschiedenis biedt echter geen concrete aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van *ongevraagde* communicatie in vorenbedoelde zin en wanneer niet. Vast staat wel dat er een verbod bestaat voor het versturen van ongevraagde elektronische berichten (waaronder SMS-berichten) zonder voorafgaande toestemming. Dit verbod zou volgens ACM niet eenvoudig moeten kunnen worden omzeild door al te gemakkelijk te accepteren dat een abonnee *gevraagd* heeft om de communicatie.
79. Daarom kan naar het oordeel van ACM niet lichtvaardig worden aangenomen dat sprake is van *gevraagde* communicatie. Alleen in die gevallen waarin een abonnee '*uitdrukkelijk*' en '*ondubbelzinnig*' heeft gevraagd om de communicatie (per elektronisch bericht) is sprake van gevraagde communicatie, en is het daarom niet vereist dat de verzender kan aantonen dat de betreffende abonnee daarvoor voorafgaande toestemming heeft verleend. Als de hoofdregel, dat aan abonnees slechts met voorafgaande toestemming ongevraagde communicatie mag worden overgebracht, niet van toepassing is, valt de wettelijke bescherming tegen deze vorm van ongevraagde communicatie geheel weg. ACM meent dat de bedoeling van de wetgever, zoals die is verankerd in de wettelijke systematiek (verbod op het versturen van spam zonder dat kan worden aangetoond dat daarvoor voorafgaande toestemming is verleend), geen ruimte laat voor een lezing die erop neerkomt dat snel kan worden aangenomen dat het spamverbod niet van toepassing is omdat (impliciet) om het overbrengen van communicatie is verzocht. Het niet van toepassing zijn van het spamverbod omdat sprake is van gevraagde communicatie, kan daarom wat ACM betreft slechts onder de volgende omstandigheden aan de orde zijn.
80. Een redelijke uitleg van het begrip ongevraagde communicatie en de criteria '*uitdrukkelijk*' en '*ondubbelzinnig*' brengt volgens ACM met zich mee dat er pas sprake kan zijn van gevraagde elektronische communicatie indien de abonnee daadwerkelijk en met zo veel woorden verzoekt om bepaalde communicatie.⁴² Ten eerste betekent dit dat de abonnee zélf en op eigen initiatief voor ieder afzonderlijk (elektronisch) bericht verzoekt om benaderd te worden. Dit verzoek kan bijvoorbeeld via een (web)formulier of antwoordkaart kenbaar worden gemaakt door de abonnee (bijvoorbeeld ten behoeve van een offerteaanvraag of informatieverzoek). Ten tweede betekent dit dat het verzoek van de abonnee voldoende duidelijk en specifiek dient te zijn. Het zal daarom ten minste de naam van het bedrijf of de organisatie moeten bevatten van wie de over te brengen communicatie afkomstig is, maar ook de wijze waarop de communicatie zal worden overgebracht en op welk onderwerp die communicatie betrekking zal hebben.

⁴² Zie ook het besluit van ACM van 4 oktober 2013 met kenmerk ACM/DJZ/2013/201149_OV <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13341/ACM-legt-Daisycon-boete-op-voor-overtreding-spamverbod/>.

81. Deze redelijke uitleg van de termen ‘uitdrukkelijk’ en ‘ondubbelzinnig’ wordt in essentie onderschreven door de Rechtbank Rotterdam.⁴³

Zie onder meer de uitspraak van 21 februari 2013, r.o. 6.2:⁴⁴

“Slechts in het geval dat de abonnee duidelijk kan aangeven dat hij door een door hem gekozen partij en middels een door hem gekozen wijze benaderd wenst te worden, kan sprake zijn van een ondubbelzinnig en uitdrukkelijk verzoek tot informatie.”

82. Voor het beantwoorden van de vraag of sprake is van ongevraagde communicatie is voorts niet van belang op welke wijze de (contact)gegevens van de abonnee zijn vergaard. Ook indien een abonnee, bijvoorbeeld door het invullen van een (online)enquête of het meedoen aan een (online)prijsvraag, ingestemd heeft met het gebruik van zijn (contact)gegevens is er nog steeds sprake van ongevraagde communicatie. Hij heeft in dat geval immers niet daadwerkelijk en met zo veel woorden verzocht om de (elektronische) communicatie, maar slechts in algemene zin ingestemd met het gebruik van zijn (contact)gegevens.
83. De uitleg die ACM geeft aan het begrip ongevraagde communicatie doet naar haar oordeel ook recht aan de bedoeling van de (Europese) wetgever om overlast die wordt veroorzaakt door het verzenden van ongevraagde berichten tegen te gaan. Alleen wanneer sprake is van een bericht dat wordt verzonden naar aanleiding van een duidelijk en specifiek verzoek van een abonnee valt dit bericht niet aan te merken als ongevraagde communicatie en ontvalt de abonnee de bescherming van het spamverbod. Deze uitleg strookt met de door de (Europese) wetgever beoogde bescherming tegen (overlast door) spam zoals ook blijkt uit de overwegingen bij artikel 13 van de ePrivacyrichtlijn⁴⁵:

Zie overweging 40 ePrivacyrichtlijn:

Aan abonnees dienen waarborgen te worden geboden tegen inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer door ongewenste communicatie voor de doeleinden van direct marketing, met name door middel van automatische oproepapparaten, faxen en e-mails, waaronder SMS-berichten. De verzending van dergelijke ongewenste commerciële mededelingen kan betrekkelijk gemakkelijk en goedkoop geschieden en anderzijds een belasting en/of kosten voor de ontvanger met zich meebrengen. Soms kan het volume van die mededelingen tevens moeilijkheden voor de elektronische-communicatienetwerken en de eindapparatuur opleveren. Wat dergelijke ongewenste communicatie voor direct marketing betreft is het gerechtvaardigd dat de ontvangers eerst uitdrukkelijk toestemming moeten geven voordat dergelijke communicatie tot hen wordt gericht. De interne markt vergt een geharmoniseerde aanpak om te voorzien in eenvoudige, in de gehele Gemeenschap geldige regels voor bedrijven en gebruikers.

84. Hierna zal ACM beoordelen of de aanmeldberichten die door SD&P zijn verzonden

⁴³ Zie hiervoor ook de volgende tussenuitspraak: Rb. Rotterdam 30 augustus 2012, zaaknummer AWB 11/4192. Te raadplegen via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11291/Tussenuitspraak-Oxxio/>. En zie ook Rb. Rotterdam (vzr.) 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4032 en Rb. Rotterdam (vzr.) 24 september 2014, zaaknummer ROT 14/3669, ROT 14/5691 en ROT 14/5692 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBROT:2014:7808>).

⁴⁴ Rb. Rotterdam (vzr.) 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4032.

⁴⁵ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad, *Publicatieblad Nr. L 201 van 31/07/2002 blz. 0037 – 0047*.

kwalificeren als ongevraagde communicatie in bovenstaande zin. Om te beoordelen of er in dit geval sprake is van (on)gevraagde communicatie dient het verzoek van de abonnee te worden beoordeeld. Daaruit kan worden afgeleid in hoeverre sprake was van een uitdrukkelijk en ondubbelzinnig verzoek van de abonnee om het betreffende bericht te ontvangen.

85. SD&P stelt in dit verband dat de aanmeldberichten op verzoek van de ontvanger zijn verzonden naar het betreffende 06-nummer nadat dit nummer op de internetpagina's (of 'landingspagina's') van SD&P was ingevuld. Immers, de ontvanger zou hebben aangegeven zich te willen aanmelden voor een SMS-dienst van SD&P door op die webpagina zijn telefoonnummer in te voeren. Daarmee zou de consument aangeven dat hij een abonnement wenst af te sluiten bij SD&P en dat de daarvoor te doorlopen aanmeldprocedure kan worden opgestart.
86. De vraag die thans voorligt, is of er in casu sprake is van een 'ondubbelzinnig' en 'uitdrukkelijk' verzoek van de abonnee om specifieke communicatie zodat niet meer gesproken kan worden van *ongevraagde* communicatie in de zin van de wet.
87. Er zijn in elk geval twee situaties te onderscheiden waarin sprake kan zijn van een ondubbelzinnig en uitdrukkelijk verzoek in vorenbedoelde zin:
- Het verzoek vindt op geheel eigen initiatief van de abonnee plaats. In dat geval ligt daaraan dus geen concrete uitnodiging om communicatie te vragen ten grondslag van de zijde van de verzender.

Bijvoorbeeld: een consument benadert (al dan niet langs elektronische weg) een keukenbedrijf met het verzoek om met hem op door hem aangewezen (elektronische) wijze (eenmalig) contact op te nemen voor het maken van een offerte op maat⁴⁶ voor een nieuwe keuken. De abonnee laat daartoe zijn (elektronische) contactgegevens(s) en eventueel aanvullende gegevens achter.

In dit geval zal de gevraagde communicatie bestaan uit de gevraagde offerte of uit communicatie om tot de gevraagde offerte te komen. Het keukenbedrijf mag daarbij dus niet tevens een ander aanbod doen zoals het maken van een badkamerofferte of reclame maken voor een aanbieding van een plaatselijk witgoedbedrijf. Om dergelijke communicatie heeft de abonnee immers niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig gevraagd.

- Het verzoek bestaat uit een reactie (in de vorm van een uitdrukkelijke bevestiging) van de abonnee waaruit duidelijk blijkt dat hij ingaat op een concrete uitnodiging om om communicatie te vragen (al dan niet langs elektronische weg) van de zijde van de (potentiële) verzender. De uitdrukkelijke bevestiging van de abonnee kan bijvoorbeeld tot uiting komen doordat hij een vinkje zet bij een specifiek en duidelijk omschreven aanbod tot het overbrengen van communicatie, zodat hij op die manier (ondubbelzinnig) verzoekt om die specifieke communicatie op de daarbij aangegeven wijze. De abonnee laat daartoe zijn (elektronische) contactgegevens(s) achter.

Bijvoorbeeld: een consument vult op een website een consumentenenquête in. Bij

⁴⁶ Dat wil zeggen: nauwkeurig afgestemd op de wensen van de abonnee (consument).

een van de enquêtevragen kan de consument een vakje aanvinken waarbij staat vermeld dat hij daarmee een bepaalde energieleverancier verzoekt om met hem op door hem aangewezen (elektronische) wijze eenmalig contact op te nemen voor het doen van een aantrekkelijk aanbod voor een nieuw energiecontract toegesneden op zijn persoonlijke situatie. De abonnee laat daartoe zijn (elektronische) contactgegevens achter.

In dit geval zal de gevraagde communicatie bestaan uit het gevraagde eenmalige energieleveringsaanbod op maat of uit communicatie om tot het gevraagde (maatwerk)aanbod te komen. De energieleverancier mag daarbij dus niet tevens een ander aanbod doen zoals een onderhoudscontract voor een cv-ketel of reclame maken voor een aanbieding van een leverancier van zonnepanelen. Om dergelijke communicatie heeft de abonnee immers niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig gevraagd.

88. In casu is de eerste situatie in elk geval niet van toepassing. Het ligt daarom in de rede aansluiting te zoeken bij het tweede voorbeeld. Ook in dat geval moet een 'ondubbelzinnig' en 'uitdrukkelijk' verzoek om communicatie zijn gedaan, voordat kan worden aangenomen dat sprake is van *gevraagde* communicatie. Aan die voorwaarde zou bijvoorbeeld zijn voldaan indien SD&P op haar website of landingspagina's ten minste direct bij het invulvakje van het mobiele nummer van de abonnee, hem duidelijk te kennen had gegeven dat hij – door het invullen van zijn 06-nummer (of door apart nog een hokje aan te vinken) – daarmee verzoekt om éénmalig een aanmeldbericht te ontvangen voor een betaalde SMS-dienst van SD&P (en dat hij pas na het aangaan van het abonnement in aanmerking kan komen voor deelname aan een prijsvraag dan wel een gratis product of dienst).
89. Het enkele feit dat SD&P (mogelijk) onderaan haar aanmeldpagina's een disclaimer plaatste, bewerkstelligt in elk geval niet dat sprake is van een uitdrukkelijk verzoek om communicatie. Het aanmeldbericht is daarmee niet voorafgegaan door een gericht verzoek daartoe van de abonnee dat voldoet aan de criteria 'uitdrukkelijk' en 'ondubbelzinnig'. De disclaimer, waarvan SD&P stelt die telkens te hebben gebruikt, werd, doordat de abonnee (of een derde) zijn 06-nummer invulde op een landingspagina waarop die disclaimer mogelijk werd afgebeeld, niet uitdrukkelijk geaccepteerd. Dit kwalificeert niet als een uitdrukkelijk verzoek om communicatie in vorenbedoelde zin.
90. Op de informatie die door middel van de aanmeldschermen aan de consument werd verschaft, kan evenmin de stelling worden gebaseerd dat het daarop invullen van een 06-nummer kan worden beschouwd als een ondubbelzinnig verzoek om communicatie (in de vorm van aanmeldberichten). Ter illustratie wordt hieronder een voorbeeld van een dergelijk aanmeldscherm (voorzien van disclaimer) weergegeven:

reclame

abonneer op YamTalk &

Maak kans op een TomTom

GO 930 HD TRAFFIC

GEFELICITEERD!

Vul je nummer in en ga verder voor de TomTom



Ben je 16 jaar of jonger, vraag dan toestemming aan je ouders

Eerste week GRATIS, Yamtalk is een betaalde abonnementsdienst. 9€/per week Afmelden? Sms WIN UIT naar 9988

Yamtalk Messenger op mobiel is een abonnementsdienst. De kosten bedragen € 9,00 per week (+ sms download kosten). Stoppen? Stuur WIN UIT naar 9988. Aanmelden kan alleen als u 16 jaar of ouder bent of toestemming heeft van een ouder (of voogd). Op deze dienst zijn de Algemene Voorwaarden van Yamtalk van toepassing. Aanmelden voor de dienst betekent acceptatie van deze voorwaarden. Yamtalk verkoopt volgens de Nederlandse code of conduct voor SMS diensten. Info: info@mt50.nl SD&P Interactive b.v. Postbus 2051, 4800CB Breda

[Over Yamtalk](#) | [Prijswinnaars](#) | [Actiesuite](#) | [Algemene voorwaarden](#) | [Geschikte toestellen](#) | [FAQ](#) | [Contact](#) | www.smsgedragcode.nl

Ook bevat het onderzoeksrapport voorbeelden van door SD&P aangemaakte landingspagina's, die zelfs geheel geen disclaimer bevatten. Ter illustratie wordt hieronder een van die pagina's⁴⁷ weergegeven:

⁴⁷ Bij dit voorbeeld wijkt de (aanmeld)procedure enigszins af. De abonnee stuurt immers niet zijn 06-nummer via het internet naar SD&P, maar stuurt direct vanaf zijn mobiele telefoon een SMS-bericht (met een door SD&P vastgestelde inhoud) naar een shortcode, hetgeen in meerdere opzichten op hetzelfde neerkomt omdat SD&P daarmee beschikking krijgt over het 06-nummer van de abonnee (en dat nummer kan SD&P vervolgens weer gebruiken om communicatie per SMS aan de abonnee te verzenden). Verdedigd zou kunnen worden dat de abonnee in dit geval wel heeft gevraagd om een SMS-bericht met een code (waarmee de abonnee in aanmerking komt voor het winnen van een prijs). Op grond van de informatie die op deze landingspagina wordt verschaft, kan echter redelijkerwijs niet worden verwacht dat het (eerste) bericht dat SD&P aan de abonnee verstuurt een aanmeldbericht is dat hem aanspoort gebruik te gaan maken van een SMS-abonnementsdienst (de op basis van deze landingspagina redelijkerwijs te verwachten communicatie zou immers betrekking hebben op het winnen van een prijs [in dit geval het Xbox-spel 'Gears of War']).



Voor zover daarop überhaupt relevante informatie wordt vermeld, bevatten de door SD&P gehanteerde aanmeldschermen in elk geval niet op duidelijk leesbare en ondubbelzinnige wijze een concrete uitnodiging om om communicatie te vragen, welke communicatie de abonnee in dit geval uiteindelijk ontvangt in de vorm van aanmeldberichten (die tot doel hebben de abonnee een SMS-abonnementsdienst te laten afsluiten). Veel abonnees zullen immers in de veronderstelling hebben verkeerd dat zij met het invullen van hun 06-nummer, of – in het geval van de tweede afbeelding – met het verzenden van een SMS-bericht, slechts deelnemen aan een prijsvraag of in aanmerking komen voor een gratis product of dienst. Niet is naar behoren gewaarborgd dat het voor abonnees altijd voldoende kenbaar is dat zij ten gevolge van het invullen van hun 06-nummer (of het verzenden van een SMS-bericht) een SMS-aanmeldbericht van SD&P zullen ontvangen voor SMS-abonnementsdiensten. Daardoor kunnen abonnees worden misleid of ten minste op het verkeerde been worden gezet. Daarom kan er bezwaarlijk van ondubbelzinnigheid worden gesproken, zodat er dus ook geen sprake kan zijn van gevraagde communicatie.

91. Slechts indien de abonnee uitdrukkelijk en ondubbelzinnig heeft verzocht om de communicatie die hij uiteindelijk ontvangt – in casu bestaande uit de aanmeldberichten die (onder meer) een code bevatten waarmee de abonnee zich kan aanmelden voor een betaalde SMS-abonnementsdienst – kan sprake zijn van communicatie die niet als ongevraagd kan worden beschouwd in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Gelet op het voorgaande zijn de aanmeldberichten niet voorafgegaan door een dergelijk verzoek.
92. De aanmeldberichten zijn derhalve *ongevraagde* communicatie in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Dat het, zoals SD&P aanvoert, niet zonder meer doorslaggevend is of deze berichten al dan niet *ongewenst* waren, is voor de beoordeling niet relevant. Overigens komt uit de vele klachten die ACM heeft ontvangen over de SMS-abonnementsdiensten van SD&P

ook het beeld naar voren dat de berichten die SD&P aan abonnees verstuurd bepaald niet altijd als gewenst werden beschouwd.

93. Op grond van vorenstaande concludeert ACM dat de bezwaren van SD&P op het punt van (on)gevraagde communicatie geen doel treffen.
94. Indien niet aan de strikte vereisten van gevraagde communicatie kan worden voldaan, dient vervolgens te worden gezien of door de verzender kan worden aangetoond dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van de ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend. In dat geval is immers (ook) niet in strijd gehandeld met artikel 11.7, eerste lid, Tw. In navolgende zal ACM toetsen of SD&P in dit geval heeft voldaan aan dit vereiste. In de volgende paragraaf zal echter eerst worden ingegaan op de vraag of ACM voldoende heeft aangetoond dat de ontvangers van de aanmeldberichten abonnees (van een elektronische communicatiedienst) betreffen die natuurlijke personen zijn.

6.3.3 Abonnees / natuurlijke personen

95. In de vorige paragrafen is reeds vastgesteld dat de berichten die zijn besproken ongevraagde communicatie betreffen met commerciële doeleinden. De aanmeldberichten vallen dus onder de werking van het spamverbod indien de ontvanger abonnee is. In deze paragraaf zal ACM nogmaals nagaan wie de ontvangers van de aanmeldberichten zijn, en of dit abonnees betreffen die natuurlijke personen zijn.

Natuurlijke personen

96. Artikel 11.8 Tw (oud) bepaalt dat de toepassing van de artikelen 11.6 en 11.7 is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.⁴⁸
97. ACM wijst er in dit verband ten eerste nogmaals op dat klagers na het invullen van het klachtenformulier op <www.spamklacht.nl> een e-mail ontvangen ter bevestiging van hun klacht. Voordat de betreffende klacht in de database wordt opgenomen hebben de klagers deze e-mail teruggestuurd voor akkoord. Daarin verklaren de klagers dat de ingevulde telefoonnummers waarop de SMS-berichten zijn ontvangen, geldig en correct zijn en door hen zelf worden gebruikt. De klachtenprocedure op de website <www.spamklacht.nl> voorziet er verder in 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.
98. Zorgvuldigheidshalve heeft ACM niettemin geverifieerd of de klagers natuurlijke personen zijn. Toezichthoudend ambtenaren hebben bij vier klagers geverifieerd of zij als natuurlijk persoon zonder voorafgaande toestemming de betreffende SMS-berichten hebben ontvangen.⁴⁹ In de bijlagen van het onderzoeksrapport zijn daarvan verklaringen opgenomen.
99. In de verklaringen geven vier klagers aan dat zij een bericht hebben ontvangen van SD&P via de door SD&P gebruikte shortcodes 4269 en 9988. Bovendien geven zij allen aan dat zij

⁴⁸ 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 antenregister, 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 geval alleen voor natuurlijke personen.

⁴⁹ Onderzoeksrapport, bijlagen N, O, P, Q en R

Besluit Openbaar

voorafgaand aan dit SMS-bericht niet hun mobiele telefoonnummer hebben ingevoerd op het internet op een van de webpagina's die Yamtalk en/of MT50 promoten. In de bijlage is alle informatie opgenomen zoals de klagers die zelf hebben ingevoerd; op de betreffende pagina's zijn zowel de shortcodes als de berichten geheel opgenomen.

Abonnees

100. Gelet op artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, Tw, is een abonnee een natuurlijke persoon of rechtspersoon⁵⁰ die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten. Het is derhalve voldoende wanneer vaststaat dat er een overeenkomst is met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst, in dit geval een mobiele telefoniedienst. In dat geval wordt, al dan niet tegen betaling, een overeenkomst gesloten tussen de afnemer van de dienst (die daarmee dus abonnee wordt in de zin van artikel 11.1, aanhef en onder p, Tw) en de aanbieder van de dienst.
101. ACM heeft eerder al vastgesteld dat drie van de in het vorige randnummer vermelde klagers ten tijde van de overtreding een abonnement hadden bij een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst. De betreffende aanbieders hebben de abonneestatus van de klagers bevestigd.⁵¹
102. Daarmee heeft ACM bij drie klagers met zekerheid vastgesteld dat zij abonnees en tevens natuurlijke personen zijn. Dit voldoet aan het door ACM gehanteerde criterium van minimaal drie verificaties van binnengekomen klachten. Dat dit uitgangspunt valide is, wordt ook ondersteund door (recente) jurisprudentie. Hierop zal in het navolgende kort worden ingegaan.

Bewijs

103. ACM stelt vast dat de verificatie die is uitgevoerd ten aanzien van de vier klagers waar eerder naar is verwezen, adequaat is. SD&P betwist dit door te stellen dat het hanteren van drie verificaties (SD&P stelt dat één van de verificaties niet bruikbaar is) niet afdoende voor het opleggen van een boete gelet op de omvang van de overtreding. De Rechtbank Rotterdam heeft echter al meermaals bevestigd dat de gehanteerde ondergrens van minimaal drie verificaties afdoende is.⁵² Ook het CBB heeft onlangs bevestigd dat voor het bewijs dat het spamverbod is overtreden een aantal van drie geverifieerde klachten voldoende kan worden geacht.⁵³ Hierbij heeft het CBB niet het voorbehoud gemaakt dat een en ander afhankelijk is van de omvang van de overtreding. ACM kan de stelling van SD&P dat de gehanteerde ondergrens geen basis vindt in de jurisprudentie dan ook niet plaatsen.

Conclusie

104. Het voorgaande toont naar behoren aan dat de ontvangers van de door SD&P verzonden ongevraagde aanmeldberichten een overeenkomst hebben met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst voor de levering van dergelijke diensten en derhalve abonnee zijn, en tevens natuurlijke persoon zijn. Hiermee staat voor ACM vast dat SD&P ongevraagde e-mailberichten heeft verstuurd dan wel heeft laten versturen naar

⁵⁰ Sinds 1 oktober 2009 maakt de wetgever in verband met overtreding van het spamverbod geen onderscheid meer tussen rechtspersonen en natuurlijke personen als abonnee. Zie *Stb.* 2008, 525.

⁵¹ Bijlagen L en M bij het onderzoeksrapport.

⁵² Zie (o.a.) Rb. Rotterdam, 23 mei 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA6377, Rb. Rotterdam 12 januari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BK8880.

⁵³ Zie CBB 30 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:371.

abonnees die tevens natuurlijke personen zijn in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, jo. artikel 11.8 (oud) Tw. Het bezwaar van SD&P ter zake treft dan ook geen doel.

6.3.4 Voorafgaande toestemming

105. Uit het voorgaande volgt dat de door SD&P aan abonnees (die natuurlijke personen zijn) verzonden aanmeldberichten kunnen worden beschouwd als ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden. Deze berichten vallen dus onder de werking van het spamverbod en de ontvanger dient de verzender(s) voorafgaande toestemming te geven voordat deze berichten verstuurd mogen worden. Artikel 11.7, eerste lid, Tw bepaalt immers dat een abonnee voorafgaande toestemming moet geven voor het ontvangen van ongevraagde elektronische berichten met een commercieel, ideëel of charitatief doeleinde en dat de verzender die toestemming moet kunnen aantonen. De bewijslast rust dus op de verzender.
106. Uit artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw volgt dat onder toestemming wordt verstaan: toestemming van een gebruiker of abonnee: toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp), met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.
107. Hieronder gaat ACM in op de uitleg van het begrip toestemming en het standpunt van SD&P dat zij voorafgaande toestemming heeft verkregen voor het versturen van de (ongevraagde) aanmeldberichten.
108. Artikel 1, onder i, Wbp noemt drie (cumulatieve) criteria waaraan de toestemming moet voldoen, namelijk “vrij”, “op informatie berustend” en “specifiek”.
109. Bij de totstandkoming van het spamverbod heeft de wetgever nadrukkelijk stilgestaan bij de toestemmingseisen:

“Wat het begrip «toestemming» betreft, wordt nog het volgende opgemerkt. Toestemming van de betrokkene is in artikel 1, onder i, van de Wbp omschreven als: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt. Een toestemming als hier bedoeld dient derhalve aan een aantal criteria te voldoen. Allereerst moet er sprake zijn van een vrije wilsuiting. De artikelen 3:33 en 3:35 van het Burgerlijk Wetboek zijn hier van overeenkomstige toepassing. Ten tweede moet de wilsuiting betrekking hebben op een bepaalde gegevensverwerking of een beperkte categorie van gegevensverwerkingen. Een onbepaalde machtiging om persoonsgegevens te verwerken, niet gericht op bepaalde gegevens en op bepaalde vormen van verwerking, is niet toereikend. Duidelijk dient te zijn welke verwerking, van welke (soort) gegevens voor welke doeleinden zal plaatsvinden (gerichte toestemming). Tot slot moet de betrokkene zodanig zijn geïnformeerd dat hij begrijpt waarvoor hij toestemming geeft («informed consent»). Gelet op het voorgaande is een verwijzing naar bijvoorbeeld een bepaling in de algemene voorwaarden niet aan te merken als een toestemming in de zin van de Wbp (en van hoofdstuk 11 Tw).”⁵⁴

⁵⁴ Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 152-153.

110. Een en ander betekent dat de verzender, indien hij een abonnee ongevraagde e-mailberichten voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden wil sturen, hem vooraf nauwkeurig en duidelijk zal moeten (doen) informeren over de identiteit van de verzender, de aard en inhoud van de te verzenden elektronische berichten (e-mail, SMS, fax etc.), alsmede, indien derden mede op basis van de verleende toestemming aan de abonnee e-mailberichten zullen versturen, de identiteit van deze derden en de aard en inhoud van de door hen te sturen elektronische berichten.
111. De verzender moet kunnen aantonen dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend. Uit voornoemde volgt dat de verzender in ieder geval per ontvanger moet kunnen laten zien (i) dat de betreffende ontvanger toestemming heeft gegeven, (ii) wanneer hij toestemming heeft gegeven, (iii) aan wie de toestemming is gegeven, en (iv) waarvoor deze toestemming is gegeven. Daarbij zal hij uiteraard ook inzicht moeten verschaffen in (v) de wijze waarop de toestemming van de betreffende ontvanger is verkregen. Doet hij dat niet, dan kan immers niet worden vastgesteld, en dus ook niet bewezen, dat de beweerdelijk verkregen toestemming “de vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting” is als bedoeld in artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw jo. artikel 1, onder i, Wbp.
112. Samenvattend concludeert ACM dat de ontvanger zijn toestemming (vormvrij) kan geven op elke wijze die hem in staat stelt vrijelijk een specifieke en geïnformeerde indicatie omtrent zijn wensen te geven.
113. De bewijslast ten aanzien van de verleende toestemming zoals gesteld in artikel 11.7, eerste lid, Tw is door de wetgever expliciet bij de verzender neergelegd. De wettekst is op dit punt maar voor één uitleg vatbaar en bovendien bevestigt de wetsgeschiedenis ook duidelijk dat de bewijslast bij de verzender ligt.⁵⁵ SD&P dient als verzender aan te kunnen tonen dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend.
114. Deze bewijsopdracht aan de verzenders is sinds 19 mei 2004 in de Tw opgenomen en is daarmee bepaald niet nieuw. De tekst van deze bepaling is naar het oordeel van ACM voorzienbaar en kenbaar. Op grond van artikel 11.7, eerste lid, Tw mag je alleen een ongevraagd elektronisch bericht versturen als je kunt aantonen dat de desbetreffende abonnee, oftewel de ontvanger van het bericht, hiervoor toestemming heeft verleend.⁵⁶
115. Dat de bewijslast rust op de verzender volgt naar het oordeel van ACM dan ook rechtstreeks uit de wet. De validiteit van het uitgangspunt dat de verzender bewijst, is in meerdere

⁵⁵ Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 15. Zie ook *Handelingen II* 2003/2004, 14, p.788: “De heer van Dam heeft een amendement ingediend op stuk nr. 15 om te bepalen dat de verzender van de communicatie moet kunnen aantonen dat de desbetreffende abonnee hiervoor voorafgaand toestemming heeft gegeven. Daarover zijn veel dingen te zeggen, maar de kern is dat het als het ware verschuift naar de verzender. Dat is ook de enige plaats waar dat zou moeten plaatsvinden”.

⁵⁶ Uit de woordkeuze van de wetgever blijkt dan ook zonder meer dat de verzender dit per abonnee moet kunnen aantonen. Dit blijkt onder meer ook uit de volgende passage: “Het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële en charitatieve doeleinden aan abonnees via automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten is immers ingevolge het eerste lid uitsluitend toegestaan, indien de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend. Omdat de verzender eerst toestemming dient te verkrijgen van de abonnee en ook – bijvoorbeeld als er een geschil rijst – moet kunnen aantonen dat hij die toestemming heeft, mag worden aangenomen dat de verzender weet aan wie hij zijn berichten stuurt.” (onderstreping ACM). Zie *Kamerstukken I* 2003/04, 28 851, nr. C, p. 24.

rechterlijke uitspraken bevestigd.⁵⁷ Het is ook logisch die bewijslast in dit geval bij de verzender neer te leggen. Het bewijs dat toestemming is verkregen, ligt bij uitstek in de (feitelijke) invloedssfeer van de verzender. Daarbij komt dat het ook niet onredelijk is de bewijslast met betrekking tot een voor de verzender gunstige uitzonderingsnorm ook op die partij te laten rusten. De onschuldpresumptie, noch de hoofdregel dat bij ambtshalve besluiten op het bestuursorgaan de bewijslast rust, staan daaraan in de weg.

116. In het licht van het voorgaande ziet ACM niet in waarom het – zoals SD&P stelt – disproportioneel zou zijn met het door artikel 11.7, eerste lid, Tw te dienen doel, of in strijd met de onschuldpresumptie, dat het aan SD&P is om aan te tonen dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend.
117. In deze paragraaf zal verder besproken worden of SD&P heeft kunnen aantonen of voor het verzenden van de aanmeldberichten voorafgaand toestemming is gegeven zoals bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, Tw.
118. SD&P stelt dat kan worden aangenomen dat aan haar wel degelijk toestemming is verleend voor het verzenden van de aanmeldberichten. Ter onderbouwing van die stelling verwijst zij naar de voorbeelden van aanmeldpagina's die zij heeft overgelegd. Uit die aanmeldpagina's blijkt duidelijk, zo betoogt SD&P althans, dat indien een bezoeker van die pagina's daarop zijn 06-nummer invult, daarmee het aanmeldproces voor een SMS-abonnementsdienst wordt gestart. Hiermee meent SD&P te hebben aangetoond dat degene die zijn nummer heeft ingevuld op de aanmeldpagina, daarmee toestemming heeft verleend voor het versturen van een aanmeldbericht (per SMS).
119. Op grond van de door SD&P overgelegde informatie kan echter niet worden vastgesteld, en is dus ook niet bewezen, dat de beweerdelijk verkregen toestemming "de vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting" is als bedoeld in artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw jo. artikel 1, onder i, Wbp. SD&P kan in ieder geval niet per ontvanger cumulatief aantonen dat (i) de betreffende ontvanger toestemming heeft gegeven, (ii) wanneer hij toestemming heeft gegeven, (iii) aan wie de toestemming is gegeven, (iv) waarvoor deze toestemming is gegeven en (v) wat de wijze was waarop de toestemming van de betreffende ontvanger is verkregen. Een sluitende administratie waarmee het bewijs wordt geleverd dat aan de hierboven weergegeven vereisten (cumulatief) is voldaan, is door ACM niet aangetroffen, noch door SD&P overgelegd.
120. Een belangrijk aspect waaraan het in dit verband schort, is dat SD&P niet sluitend per ontvanger heeft kunnen aantonen op grond van welke informatie 06-nummers zijn ingevuld op de aanmeldpagina's van SD&P. Om dat naar behoren te kunnen toetsen is het van belang om per ontvanger na te kunnen gaan op welke wijze informatie op het betreffende aanmeldscrem werd weergegeven en hoe die informatie precies luidde.⁵⁸ SD&P heeft echter volstaan met het overleggen van enkele voorbeelden van aanmeldschermen, maar kan blijkbaar niet de koppeling maken tussen het gebruikte aanmeldscrem en de ontvangers die op dat aanmeldscrem hun 06-nummer hebben ingevuld. Daarom is het niet

⁵⁷ Zie o.a. CBb 2 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0534, r.o. 6.3 en 6.3.1 en Rb. Rotterdam 26 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6210, r.o. 2.6.6 en Rb. Rotterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5003, r.o. 26..

⁵⁸ De rechtbank Rotterdam heeft al eens geoordeeld dat een gebrekkige (en/of niet-verifieerbare) administratie niet voldoende is om aan te tonen dat voorafgaand toestemming is verleend voor het verzenden van elektronische berichten in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw (zie Rb. Rotterdam 26 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6210, r.o. 2.3.3 en 2.6.6).

mogelijk naar behoren te beoordelen of de ontvanger op een voldoende geïnformeerde wijze toestemming heeft gegeven voor het ontvangen van de aanmeldberichten.

121. Dat SD&P zegt te hebben aangetoond dat uitsluitend aanmeldberichten zijn verzonden naar 06-nummers die daaraan voorafgaand waren ingevuld op de aanmeldpagina's van SD&P,⁵⁹ doet aan voorgaande conclusie niet af. Daarbij merkt ACM volledigheidshalve nog op dat deze stelling is gebaseerd op een bij brief van 4 maart 2010 vervatte verklaring van de firma Blueberry (de "automatiseringspartner" van SD&P), in welke brief Blueberry erop wijst dat de gegevens van vóór medio 2008 niet geheel betrouwbaar zijn, omdat voordien "een gebrekkige migratie van de oude databases" heeft plaatsgevonden. ACM constateert dan ook dat SD&P met betrekking tot de periode 6 november 2006 - medio 2008 (welke periode een aanzienlijk deel van de onderhavige onderzoeksperiode beslaat), wat er ook van voornoemde verklaring zij, in elk geval niet heeft kunnen aantonen dat uitsluitend aanmeldberichten zijn verzonden naar 06-nummers die daaraan voorafgaand waren ingevuld op de aanmeldpagina's van SD&P.

Tussenconclusie

122. Op grond van het voorgaande concludeert ACM dat SD&P geen voorafgaande toestemming van abonnees kan aantonen voor het ontvangen van de aanmeldberichten (overtreding 1). Daarom kan de hiertegen gerichte bezwaargrond geen doel treffen.
123. Hierbij merkt ACM volledigheidshalve nog het volgende op. Gelet op al het voorgaande is niet doorslaggevend geweest voor de vaststelling dat de handelingen die in dit besluit worden aangeduid met 'overtreding 1' in strijd zijn met artikel 11.7, eerste lid, Tw, of SD&P al dan niet een controlemechanisme hanteerde ter voorkoming van misbruik (in die zin dat werd geverifieerd of degene die op haar landingspagina's een 06-nummer invult, wel daadwerkelijk de abonnee is die het betreffende 06-nummer gebruikt). Reeds om die reden kan ACM niet worden tegengeworpen dat zij in dit geval in strijd met het verbod van willekeur en/of het gelijkheidsbeginsel de eis zou hanteren dat van een dergelijk controlemechanisme sprake dient te zijn.

6.4 Hoogte van de boete

124. In het bestreden besluit is de hoogte van de boetes vastgesteld met toepassing van de Boetebeleidsregels zoals die destijds golden. De overtredingen zijn *in abstracto* vastgesteld als minder zwaar, maar door alle omgevingsfactoren (economische context en bijzondere omstandigheden van het geval) mee te wegen, zijn zij uiteindelijk *in concreto* als ernstig aangemerkt. Nu als gevolg van het hiervoor overwogene overtreding 2 en overtreding 3 niet meer als overtreding kwalificeren, ligt het in de rede om te bezien of die kwalificatie en diensengevolge de boetehoogte moet worden aangepast. ACM volstaat na heroverweging immers met het vaststellen van één (herhaalde) overtreding in plaats van drie, waardoor ook de overige omstandigheden kunnen zijn gewijzigd en/of anders gewogen kunnen worden.

6.4.1 Economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

125. Onderstaande criteria zijn in het bestreden besluit gebruikt voor het vaststellen van de ernst van de overtreding:
- het aantal klachten;

⁵⁹ Gronden van bezwaar SD&P d.d. 24 juli 2014, randnummer 5.3.

- 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.

126. Deze niet-cumulatieve criteria worden hieronder nogmaals besproken, met inachtneming van hetgeen hiervoor reeds is overwogen.

6.4.2 Het aantal klachten

127. Er is geen aanleiding om aan het aantal van 533 en de validiteit van de klachten dat in het besluit wordt genoemd te twifelen. Echter, de klachten zijn niet uitgesplitst naar aanmeldbericht en vervolgbericht. Van het genoemde aantal klachten kan daarom niet zonder meer gesteld worden dat zij hun oorzaak vinden in de ongevraagde aanmeldberichten. Dat over de aanmeldberichten is geklaagd, staat vast, zoals blijkt uit de geverifieerde klachten. Het is echter niet (meer) vast te stellen hoeveel klachten toe te rekenen zijn aan de aanmeldberichten. Gezien hetgeen hiervoor reeds is overwogen ten aanzien van de overtredingen 2 en 3 wordt het aantal klachten in het onderhavige besluit derhalve buiten beschouwing gelaten.

6.4.3 Meerdere en herhaalde overtredingen

128. Gezien hetgeen hiervoor reeds is overwogen ten aanzien van de overtredingen 1, 2 en 3 is er geen sprake meer van meerdere overtredingen. Wel is terecht vastgesteld dat overtreding 1 bij herhaling is gepleegd.

6.4.4 De bijzondere schadelijkheid volgens eindgebruikers

129. Naast overlast en ergernis hebben de aanmeldberichten ervoor gezorgd dat abonnees zich aanmeldden voor een abonnementsdienst, terwijl zij in de veronderstelling waren deel te nemen aan een spel of prijsvraag, dan wel kans dachten te maken op een gratis product of dienst.⁶⁰ Ook de Geschillencommissie handhaving gedragscode SMS-dienstverlening oordeelde in gelijke zin in haar Beslissing van 7 mei 2009 ten aanzien van de gedragingen van SD&P gedurende de periode van onderzoek.⁶¹

6.4.5 Veroorzaakte schade volgens Internet Service Providers en/of hostingproviders

130. Zoals in het bestreden besluit is vastgesteld hebben telecomproviders aanzienlijke overlast

⁶⁰ Dat ongevraagde SMS-berichten aanzienlijke overlast en (immateriële) schade aan eindgebruikers toebrengen, blijkt ook uit berichtgeving van de Consumentenbond. Zie bijvoorbeeld <http://www.consumentenbond.nl/actueel/nieuws/2014/veel-klachten-over-sms-dienst-triviatu-sms-code-8444/>.

⁶¹ Zie http://www.payinfo.nl/system/uploads/pdf_file/6/uitspraak-7-mei-2009-inzake-vodafone-mobillion-sd-p.pdf. De geschillencommissie oordeelde dat de betreffende landingspagina van SD&P niet op duidelijk leesbare en ondubbelzinnige wijze de voornaamste kenmerken van het product bevatte (over de kenmerken van de chatdienst Yamtalk, waarop de abonnee zich abonneerde werd zelfs in het geheel niets gezegd). Hierdoor konden abonnees worden misleid, omdat veel van hen in de veronderstelling zullen hebben verkeerd dat zij slechts deelnamen aan een prijsvraag en zich niet zullen hebben gerealiseerd dat zij zich aanmeldden voor een abonnement op Yamtalk.

en (immateriële) schade opgelopen door de berichten van SD&P. Een ander wordt nog eens bevestigd door het door telecomprovider Vodafone aanhangig gemaakt geschil bij de Geschillencommissie handhaving gedragscode SMS-dienstverlening, waarvan de voor SD&P nadelige beslissing hiervoor is aangehaald.⁶² Het onderscheid tussen aanmeld- en vervolgberichten is hierbij niet relevant omdat de vervolgberichten voorafgegaan zijn door de aanmeldberichten.

6.4.6 Het aantal verzonden berichten

131. In het bestreden besluit is vastgesteld dat SD&P in totaal ten minste 1,4 miljoen aanmeldberichten heeft verstuurd zonder voorafgaande toestemming.
132. Gezien hetgeen hiervoor reeds is overwogen ten aanzien van de overtredingen 2 en 3 wordt de hoeveelheid vervolgberichten in het onderhavige besluit buiten beschouwing gelaten.

6.4.7 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

133. In het bestreden besluit zijn de overtredingen beoordeeld als ernstige overtredingen. Nu enkel nog de (gratis) aanmeldberichten als overtreding kwalificeren, kan niet meer worden gesteld dat sprake is geweest van meerdere en herhaalde overtredingen waar een groot financieel voordeel mee is behaald. Derhalve stelt ACM thans vast dat er *in concreto* sprake is van een minder ernstige overtreding. Volgens de boetebeleidsregels betekent dat maximaal een boete van EUR 100.000 kan worden opgelegd.

6.5 Verwijtbaarheid

134. SD&P betoogt verder dat haar de overtreding niet kan worden verweten en voert daarvoor het volgende aan:
 - Het was voor SD&P niet kenbaar dat het spamverbod ook ziet op SMS-dienstverlening;
 - SD&P heeft gehandeld volgens de geldende zelfregulering (SMS-gedragscode);
 - Het CBb heeft geoordeeld dat SMS-dienstverlening niet wordt gereguleerd door de Telecommunicatiewet.
135. Dit betoog snijdt om de volgende redenen geen hout. Reeds uit de wetsgeschiedenis van de Tw blijkt dat het begrip elektronisch bericht en daarmee het spamverbod ook betrekking heeft op SMS-berichten.⁶³ Zie:

“8.4 Ongevraagde communicatie

Evenals in richtlijn nr. 97/66/EG geeft richtlijn nr. 2002/58/EG een regeling voor ongevraagde communicatie ten behoeve van direct marketingdoeleinden. In beide richtlijnen is het gebruik van automatische oproepautomaten zonder menselijke tussenkomst en faxen voor het overbrengen van ongevraagde communicatie (in richtlijn nr. 97/66/EG: het doen van ongevraagde oproepen) voor direct marketingdoeleinden onderworpen aan voorafgaande toestemming van de abonnee; dit wordt ook wel aangeduid als het opt-in regime. Richtlijn nr. 2002/58/EG geeft hieraan een belangrijke uitbreiding door ook het gebruik van «e-mail» (elektronische berichten) voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor direct marketingdoeleinden – zoals

⁶² Zie voetnoot 59 van dit besluit.

⁶³ Zie Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 46 (MvT).

Besluit Openbaar

gedefinieerd in artikel 2 van de richtlijn en omgezet in artikel 11.1 van dit wetsvoorstel – onder de werking van het opt in-regime te brengen. Het gaat dan niet alleen om elektronische post (e-mail in enge zin), maar bijvoorbeeld ook om het gebruik van SMS en MMS. (onderstreping ACM)

en

“Daarnaast moet ook niet de ergernis bij de ontvanger worden vergeten, in de gevallen dat deze regelmatig met grote hoeveelheden ongevraagde e-mail of SMS wordt bestookt («spam»).” (onderstreping ACM)

136. Uit de eerder aangehaalde beslissing van de Geschillencommissie handhaving gedragscode SMS-dienstverlening van 7 mei 2009 blijkt voorts dat SD&P zich niet (altijd) heeft gehouden aan de geldende gedragsregels. Integendeel, de geschillencommissie zag ten aanzien van de gedragingen van SD&P gedurende de periode van onderzoek voldoende grond om haar een boete op te leggen, haar te verbieden de abonnementsdienst YAMTALK gedurende drie maanden aan te bieden en om haar te verplichten klagende eindgebruikers schadeloos te stellen.
137. Tot slot heeft het CBb niet geoordeeld dat de Tw niet ziet op SMS-dienstverlening. Het CBb heeft in casu slechts ten aanzien van een specifiek deel van de verzonden SMS-berichten vastgesteld dat van artikel 11.7 Tw niet is overtreden en dat ACM derhalve niet bevoegd was handhavend op te treden. Dat doet ten algemene aan de toepasselijkheid van het spamverbod op SMS-berichten niet af.
138. Op grond van het vorenstaande komt ACM tot de conclusie dat van een verminderde verwijtbaarheid van SD&P ten aanzien van de overtreding geen sprake kan zijn.

6.6 Conclusie

139. Na heroverweging van het bestreden besluit op grondslag van de door SD&P gemaakte bezwaren, is ACM van oordeel dat de bezwaren die zich richten tegen het opleggen van boetes vanwege overtredingen 2 en 3 gegrond zijn. Dit betekent dat het bestreden besluit in zoverre wordt herroepen, dat de gedragingen van SD&P op deze onderdelen niet kwalificeren als overtreding waarvoor een boete kan worden opgelegd.
140. Gelet op alle voorgaande overwegingen acht ACM de overige door SD&P ingebrachte bezwaren voor het overige ongegrond, met dien verstande dat zij mede op grond van de hiervoor vastgestelde gewijzigde omstandigheden en kwalificatie van de overtreding ('minder ernstig') wel aanleiding ziet, gezien de duur en verwijtbaarheid van de overtreder, om de voor overtreding 1 opgelegde boete te matigen van EUR 150.000 naar EUR 60.000. Het bestreden besluit blijft voor het overige op dit onderdeel in stand.

6.7 Vergoeding kosten bezwaarprocedure

141. In de brief van 24 juli 2014 waarbij SD&P haar gronden van bezwaar heeft kenbaar gemaakt, heeft zij ACM tevens verzocht de door SD&P gemaakte proceskosten te vergoeden. Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Awb worden de kosten die de belanghebbende redelijkerwijs heeft moeten maken in verband met de behandeling van zijn bezwaar,

Besluit Openbaar

uitsluitend door het bestuursorgaan vergoed op verzoek van die belanghebbende en wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Het bestreden besluit wordt bij dit besluit gedeeltelijk herroepen (zie het hieronder weergegeven dictum), zodat die situatie zich – mede gelet op de redenen voor het herroepen van dit besluit – in het onderhavige geval in beginsel voordoet.

142. Aangezien niet is gesteld of gebleken dat andere kosten zijn gemaakt dan die welke verband houden met door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand (bij het opstellen van het bezwaarschrift), komen alleen deze kosten voor vergoeding in aanmerking. Dat deze kostencategorie kan worden geschaard onder het begrip 'vergoeding van de kosten' als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, Awb – en derhalve voor vergoeding in aanmerking komt – volgt uit artikel 1, onder a, van het Besluit proceskosten bestuursrecht.
143. Ten aanzien van deze categorie bepaalt artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, van dat besluit dat het bedrag van de te vergoeden kosten wordt vastgesteld overeenkomstig het in de bijlage van voornoemd besluit opgenomen tarief. Conform onderdeel A4 van die bijlage stelt ACM vast dat voor de kosten die zijn gemaakt in verband met door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand (opstellen van het bezwaarschrift), één punt dient te worden toegekend. Verder stelt ACM vast dat conform onderdeel B2, onder 2, van die bijlage aan deze punten een waarde van EUR 487 per punt dient te worden toegekend. Het gewicht van de zaak is naar oordeel van ACM als gemiddeld te bestempelen, hetgeen betekent dat in het onderhavige geval ingevolge onderdeel C1 van de bijlage wegingsfactor 1 dient te worden gehanteerd.
144. Gelet op het voorgaande komt SD&P in aanmerking voor een forfaitaire vergoeding van de kosten die zij heeft moeten maken in verband met door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand bij de behandeling van haar bezwaar ten bedrage van EUR 487.

7 Dictum

145. De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart de bezwaren van SD&P Interactive B.V., gericht tegen het besluit van 28 april 2010 met kenmerk OPTA/ACNB/2010/201374 gegrond, voor zover deze bezwaren gericht zijn tegen:
 - de hoogte van de boete van EUR 150.000 die is opgelegd voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw voor het verzenden van de zogenaamde aanmeldberichten (overtreding 1);
 - het opleggen van een boete van EUR 200.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw voor het verzenden van de zogenaamde vervolgberichten (overtreding 2);
 - het opleggen van een boete van EUR 200.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw voor het ontbreken van een geldige afmeldmogelijkheid in de vervolgberichten (overtreding 3);
- II. verklaart de bezwaren van SD&P Interactive B.V. voor het overige ongegrond;
- III. herroept het besluit van 28 april 2010 met kenmerk OPTA/ACNB/2010/201374, voor zover daarbij:
 - de hoogte van de boete voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw voor het verzenden van de zogenaamde aanmeldberichten (overtreding 1) is vastgesteld op EUR 150.000, en stelt deze boete thans vast op EUR 60.000;
 - een boete is opgelegd van EUR 200.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw voor het verzenden van de zogenaamde vervolgberichten (overtreding 2);
 - een boete is opgelegd van EUR 200.000 voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw voor het ontbreken van een geldige afmeldmogelijkheid in de vervolgberichten (overtreding 3);
- IV. laat het besluit van 28 april 2010 met kenmerk OPTA/ACNB/2010/201374 voor het overige in stand;
- V. wijst toe het verzoek van SD&P Interactive B.V. tot vergoeding van de kosten die zij redelijkerwijs heeft moeten maken in verband met de behandeling van haar bezwaar en vergoedt aan haar een bedrag van EUR 478.

Datum: 31 oktober 2014

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
mr. J.G. Vegter
bestuurslid

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroep schriftelijk indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.