

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2009/201072

Zaaknummer: 08.0110.29

Datum: 11 mei 2009

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot het opleggen van een last onder dwangsom aan SD&P Interactive B.V. wegens overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, van de Telecommunicatiewet (berichten zonder afmeldmogelijkheid).

1 Samenvatting

1. SD&P Interactive B.V. (hierna: SD&P) verzuimt om een geldige afmeldmogelijkheid aan te bieden in de door SD&P verzonden sms-berichten in het kader van de door hun aangeboden diensten, hetgeen een overtreding oplevert van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) legt SD&P derhalve een last onder dwangsom op.
2. De last onder dwangsom heeft als doel om SD&P aan te zetten alsnog aan de op haar rustende wettelijk verplichting te voldoen door binnen drie werkdagen na dagtekening van dit besluit conform het bepaalde in artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw daadwerkelijk een geldige afmeldmogelijkheid te bieden in al haar verzonden berichten.
3. De beperking in deze last onder dwangsom – het beëindigen van de overtreding van het niet bieden van een geldige afmeldmogelijkheid in de zin van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw – laat onverlet dat het college verdergaand onderzoek doet naar deze en andere mogelijke overtredingen door SD&P. Dit onderzoek kan uitmonden in andere sancties in de vorm andere lasten onder dwangsom of bestuurlijke boetes.

2 Verloop van de procedure en feiten

4. In 2009 hebben toezichthoudend ambtenaren van het college onderzoek gedaan naar SD&P waartegen toezichthoudend ambtenaren de verdenking koesterden dat zij in strijd handelden met artikel 11.7, eerste en derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Dit onderzoek is nog niet afgerond.

Besluit Openbaar

5. De werkwijze van SD&P kan volgens SD&P in grote lijnen als volgt worden beschreven.¹ Via affiliate² websites worden op een website van SD&P (hierna: de website) onder andere eenvoudige spelletjes aangeboden waarbij prijzen kunnen worden gewonnen. Om een prijs te kunnen winnen, moet een mobiel nummer worden ingevoerd op de website. Vervolgens ontvangt degene van wie het mobiele nummer is ingevoerd (hierna: de ontvanger) een aanmeldbericht (hierna: het aanmeldbericht). Dit bericht kan – volgens SD&P – de volgende tekst bevatten:

“SMS nu YAM ON naar 9988 en maak tevens kans op de Apple laptop. Stoppen? Stuur Yam UIT naar 9988. Info: www.yamtalk.com. Dit is een abonnementsdienst 9^E/wk”

Als op dit bericht door de ontvanger niet wordt geantwoord, kan hij een tweede bericht ontvangen met dezelfde tekst. Nadat de ontvanger een bericht met de tekst “YAM ON” naar SD&P heeft verzonden, volgen er meerdere herhalingsberichten (hierna: de berichten). In deze berichten wordt de ontvanger niet de mogelijkheid geboden om zich voor verdere ontvangst van deze berichten af te melden. SD&P gebruikt voor het versturen en ontvangen van de berichten diverse shortcodes.³

6. Bovenstaande wordt bevestigd door onderzoek gedaan door toezichthoudend ambtenaren van het college uitgevoerd op in ieder geval 27 april 2009, 6 mei 2009 en 8 mei 2009. In de ontvangen berichten – niet zijnde het eerste en eventueel tweede aanmeldbericht – werd de ontvanger geen mogelijkheid geboden om zich af te melden voor verdere ontvangst van deze berichten.
7. Hieronder volgt een aantal afbeeldingen van berichten die door toezichthoudend ambtenaren in het kader van het onderzoek zijn ontvangen op een mobiele telefoon:

Afbeeldingen 1 tot en met 3 laten een aanmeldbericht zien dat op 27 april 2009 door een toezichthoudend ambtenaar is ontvangen nadat deze ambtenaar zijn mobiel nummer op de website heeft ingevuld.

¹ De werkwijze wordt door SD&P beschreven in de zienswijze. De zienswijze is door het college ontvangen bij fax op 6 mei 2009. Zie ook randnummer 13.

² Een affiliate is diegene die een campagne van een adverteerder op zijn website plaatst. De adverteerder betaalt aan de affiliate een vergoeding voor bijvoorbeeld elk verkocht product, of voor iedere *klik* op de advertentie, die ervoor zorgt dat via een hyperlink de website van de adverteerder wordt bezocht.

³ Een shortcode is een verkort telefoonnummer dat wordt gebruikt bij sms-diensten.

Besluit Openbaar

Voorbeeld van een aanmeldbericht

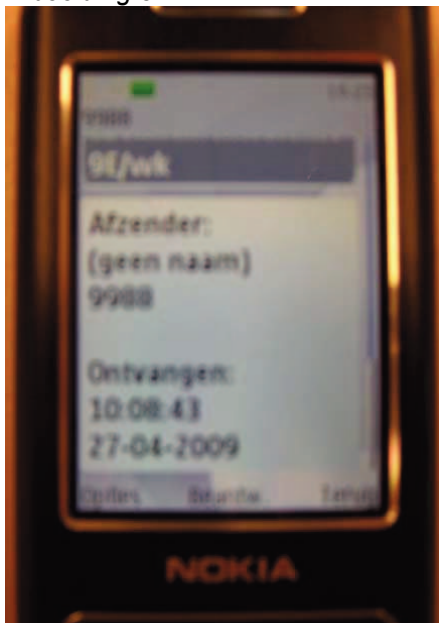
Afbeelding 1



Afbeelding 2



Afbeelding 3



Besluit Openbaar

Nadat de toezichthoudend ambtenaar op 27 mei 2009 SD&P de tekst "WIN ON" naar shortcode 9988 heeft verstuurd werd op onder andere 8 mei 2009 het volgende herhalingsbericht ontvangen (zie afbeeldingen 4 en 5).

Voorbeeld van een herhalingsbericht

Afbeelding 4

Afbeelding 5



8. Daarnaast hebben toezichthoudend ambtenaren van het college in het kader van het onderzoek op 21 april 2009 tijdens een controle op locatie inzage gevorderd in analoge en digitale gegevensdragers uit het bedrijfspan van SD&P. Op 21 april 2009 is tevens een gesprek gevoerd met beide directieleden van SD&P, [A] en [B].
9. Tevens zijn er in het kader van deze door SD&P begane overtreding diverse klachten ontvangen door het college.
10. SD&P heeft op 21 april 2009 bij monde van (mede)directeur [B] bevestigd dat het bedrijfsbeleid is om geen afmeldmogelijkheid op te nemen in de berichten.
11. Bij brief van 29 april 2009⁴ heeft het college SD&P geïnformeerd over zijn voornemen om een last onder dwangsom op te leggen (hierna: vooraankondiging) aan SD&P wegens overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw aangezien SD&P heeft verzuimd om een geldige afmeldmogelijkheid aan te bieden in de verzonden berichten.

⁴ Kenmerk OPTA/ACNB/2009/201035.

Besluit Openbaar

12. Het college heeft SD&P op grond van artikel 4:8 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) in de gelegenheid gesteld haar zienswijze op het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom, zoals neergelegd in het ontwerpbesluit, in te brengen.
13. Bij fax van 6 mei 2009 heeft SD&P haar zienswijze gegeven ten aanzien van het ontwerpbesluit van het college tot het opleggen van een last onder dwangsom. Tevens doet SD&P hierbij een voorstel om aan de wettelijke afmeldplicht te voldoen.
14. Vervolgens heeft op 7 mei 2009 een toezichthoudend ambtenaar van het college telefonisch contact opgenomen met SD&P. In dit gesprek heeft de toezichthoudend ambtenaar aan de gemachtigde van SD&P (hierna: gemachtigde) medegedeeld dat de voorgestelde oplossing voor een afmeldmogelijkheid in ieder geval niet voldoende is om te voldoen aan de verplichting uit artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. De gemachtigde heeft aangegeven de last onder dwangsom af te wachten.

3 Juridisch kader

15. Op grond van artikel 15.1, derde lid, Tw is het college belast met onder meer het toezicht op de naleving van artikel 11.7, eerste en derde lid, Tw.
16. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt:
Het gebruik van elektronische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten⁵ 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.
17. Artikel 11.7, derde lid, Tw luidt:
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 nummer⁶ waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging kan richten.
18. Artikel 11.8 Tw luidt:
De toepassing van de artikelen 11.6 en 11.7 is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.

⁵ Zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de Telecommunicatiewet doelt de wetgever met het begrip "elektronisch bericht" op (onder meer) sms-berichten. Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr. 3, p. 153.

⁶ Onder het begrip "nummer" vallen niet alleen nummers van netwerkaansluitpunten, maar bijvoorbeeld ook elektronische postadressen ("e-mailadressen"). Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr. 3, p. 160-161.

Besluit Openbaar

19. Artikel 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.
20. 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 persoonsgegevens⁷, met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.
21. 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.
22. Ter handhaving van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw is het college bevoegd op grond van artikel 15.2, tweede lid, Tw juncto artikel 5:32 Awb een last onder dwangsom op te leggen.

4 Zienswijze SD&P

23. SD&P heeft op 6 mei 2009, binnen de daartoe door het college gestelde termijn, schriftelijk haar zienswijze gegeven ten aanzien van het ontwerpbesluit van het college tot het opleggen van een last onder dwangsom. Kort en zakelijk weergegeven, kan SD&P zich om de volgende redenen niet verenigen met het ontwerpbesluit van het college.

Geen overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw

24. SD&P betwist de stelling van het college dat het voor het overtreden van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw rechtens niet relevant is of de ontvanger van een sms-bericht wel of geen toestemming heeft verleend voor de ontvangst van deze berichten. SD&P stelt dat artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw voortborduurde op het eerste lid, dat alleen betrekking heeft op ongevraagde communicatie, terwijl de door SD&P verstuurd berichten niet anders kunnen worden geduid dan als gevraagde communicatie.

Onjuiste weergave werkwijze SD&P

25. SD&P stelt dat de door het college voorgestelde weergave van de werkwijze van SD&P onjuist is. Het is volgens SD&P niet zo dat de ontvanger na het invoeren van zijn mobiele nummer op de website automatisch meerdere berichten ontvangt. De ontvanger ontvangt namelijk eerst een aanmeldbericht en eventueel een tweede – identiek – aanmeldbericht als op het eerste bericht niet wordt geantwoord. Nadat de ontvanger een sms-bericht met de tekst “YAM ON” naar SD&P heeft verzonden volgen er meerdere herhalingsberichten.

⁷ Artikel 1, aanhef en onder i, van de Wet bescherming persoonsgegevens bepaalt dat onder toestemming van de betrokkene wordt verstaan: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt (Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens; *Stb.* 2000, 302).

Besluit Openbaar

26. Volgens SD&P vallen de herhalingsberichten niet onder de commerciële, ideële of charitatieve doeleinden en kunnen derhalve dus ook niet worden aangemerkt als een overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. De herhalingsberichten betreffen volgens SD&P een regeling omtrent de wijze van betaling van de abonnementsgelden en kunnen derhalve niet worden gezien als een dienst.
27. Tevens stelt SD&P dat haar werkzaamheden plaatsvinden conform de gedragscode sms-dienstverlening⁸ (hierna: de code). Volgens SD&P zou het college nu strengere regels hanteren dan de – mede bij het college geconsulteerde – regels in de code.

Disproportionaliteit controle op locatie

28. SD&P betreurt het dat het college er voor heeft gekozen om onaangekondigd een bezoek te brengen aan het bedrijfspand van SD&P. Hierdoor en door het in beslag nemen van diverse zaken wordt bij het personeel de indruk gewekt dat SD&P wordt verdacht van het plegen van strafbare feiten. SD&P stelt dat zij bereid was en bereid is om haar medewerking te verlenen aan het onderzoek en dat een onaangekondigd bezoek niet noodzakelijk was.

5 Overwegingen van het college

5.1 Overtreding artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw

29. Artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw eist van de verzender dat bij het gebruik van elektronische berichten voor de toezending van ongevroagde communicatie voor commerciële, ideële en charitatieve doeleinden de ontvanger een mogelijkheid wordt geboden om zich af te melden voor verdere ontvangst van deze berichten.
30. SD&P stelt in haar zienswijze dat artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw voortborduurde op het eerste lid, dat alleen betrekking heeft op ongevroagde communicatie, terwijl de door SD&P verstuurde berichten niet anders kunnen worden geduid dan als gevraagde communicatie.
31. Het college acht deze uitleg van SD&P niet correct. Artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw ziet op het gebruik van elektronische berichten voor de toezending van ongevraagde communicatie voor de in het eerste lid genoemde doeleinden (commercieel, ideëel en charitatief). Zowel bij het versturen van berichten met toestemming als bij het versturen van berichten zonder toestemming kan er sprake zijn van ongevroagde communicatie. Anders dan SD&P stelt, kunnen de door haar verstuurde berichten niet worden gezien als gevraagde communicatie. Gevraagde communicatie betreft een persoonlijk bericht dat iemand desgevraagd ontvangt naar aanleiding van een concreet verzoek. De werkwijze – zoals door

⁸ De gedragscode sms-dienstverlening geeft duidelijke regels voor sms-abonnementdiensten, met name ten aanzien van heldere communicatie over de dienst. Zie <www.smsgedragscode.nl>. Deze website is een gezamenlijk initiatief van alle partijen die betrokken zijn bij het aanbieden van sms-diensten in Nederland.

Besluit Openbaar

SD&P geschetst – waarbij iemand naar aanleiding van een algemene toestemming automatisch berichten ontvangt, kan derhalve niet worden aangeduid als het verzenden van gevraagde communicatie, maar als het verzenden van ongevraagde communicatie. Indien het geven van toestemming zou impliceren dat er vervolgens sprake is van gevraagde communicatie, zou dit artikel 11.7, derde lid, Tw tot een loos vereiste maken.

32. Voor de toepassing van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw is het overigens dus niet relevant of de ontvanger van ongevraagde communicatie wel of geen toestemming heeft verleend. Het college zal hier daarom in dit besluit niet nader op ingaan. Naar het verkrijgen van toestemming doet het college nog wel verder onderzoek.
33. Het college stelt verder het volgende vast. De door SD&P verzonden berichten in het kader van de activiteiten van SD&P betreffen sms-berichten, die in het algemeen kunnen worden aangeduid als elektronische berichten. Specifiek betreft het tekstberichten die over een openbaar elektronisch communicatienetwerk worden verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kunnen worden opgeslagen tot deze door de ontvanger worden opgehaald. Het gaat daarbij om communicatie tussen enerzijds SD&P en anderzijds de abonnees. Derhalve overweegt het college dat er sprake is van elektronische berichten in de zin van artikel 11.7 Tw.
34. Artikel 11.7 Tw richt zich tot de verzender, die als overtreder van artikel 11.7 Tw moet worden aangemerkt. Het college overweegt in dit verband dat uit feitelijk onderzoek voldoende blijkt dat SD&P verzender is van de berichten. De shortcodes die worden gebruikt voor het versturen van de berichten, worden gebruikt door SD&P. Bovendien blijkt uit het gesprek met [B] op 21 april 2009 dat SD&P de verzender is van de berichten.
35. Ten aanzien van de inhoud van de berichten overweegt het college als volgt. Het betreft berichten die zijn verstuurd door SD&P en die zien op commerciële activiteiten. De stelling van SD&P dat het versturen van berichten slechts een regeling betreft omtrent de wijze van betaling van abonnementsgelden, is naar de mening van het college niet juist. SD&P verstuurt de berichten met als doel het genereren van inkomsten. Dit doel is commercieel en voldoet daarmee aan het vereiste van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Het college overweegt derhalve dat sprake is van het verzenden van elektronische berichten voor commerciële doeleinden in de zin van artikel 11.7 Tw.
36. Het college heeft geconstateerd dat de ontvanger in de berichten geen mogelijkheid wordt geboden om zich af te melden voor verdere berichten. Dat is zowel gebleken uit de klachten die het college hierover heeft ontvangen, als uit de berichten die medewerkers van het college zelf hebben ontvangen. Daarnaast is het bevestigd in de gesprekken die medewerkers van het college met medewerkers van SD&P hebben gehad.

Besluit Openbaar

37. [B] heeft verklaard (zie randnummer 10) dat er bewust geen afmeldmogelijkheid in de berichten is opgenomen. Volgens [B] zou dit de commerciële activiteit – het genereren van inkomsten door het versturen van berichten – namelijk niet ten goede komen.
38. Bovendien verklaarde [B] dat ontvangers via een zoekmachine als Google de gebruikte shortcode als zoekterm kunnen invoeren, waarna zij op een website belanden die het mogelijk maakt om het ontvangen van deze berichten te stoppen. Het college acht dit alternatief voor het voldoen aan het vereiste uit artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw ten enen male onvoldoende. De wet biedt bovendien geen mogelijkheid om een alternatieve vorm van afmelden te kiezen.
39. In haar zienswijze heeft SD&P voorgesteld de tekst in het bericht als volgt aan te passen:
- “Veel plezier met een extra week msn op je mobiel. Maak er gebruik van! MT50 mobile fun. Postbus 2015.”*
- Ook deze door SD&P voorgestelde afmeldmogelijkheid acht het college niet voldoende. Het college ziet daarbij niet in waarom de tekst in het aanmeldbericht (zie randnummer 5) niet is opgenomen in alle berichten van SD&P. Deze voldoet volgens het college wel als afmeldmogelijkheid op grond van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.
40. Het college overweegt tevens dat bij de verzending van de berichten sprake is geweest van verzending aan abonnees die natuurlijke personen zijn in de zin van artikel 11.8 Tw en dat ontvangers van de berichten als abonnee in de zin van de Telecommunicatiewet moeten worden aangemerkt.

5.2 Gedragscode sms-dienstverlening

41. SD&P stelt dat haar werkzaamheden plaatsvinden conform de code. De code bevat namelijk geen verplichting om een geldige afmeldmogelijkheid in berichten – niet zijnde de aanmeldberichten – op te nemen. Het college merkt daarover op dat in artikel 8 van de code staat vermeld dat de sms-dienstverlener zich houdt aan de beperkingen van artikel 11.7 Tw.⁹ Belangrijker nog is dat de wet gelding heeft, ongeacht wat er in de zelfreguleringscode is afgesproken.

5.3 Controle op locatie

42. Het doel van een controle op locatie bestaat uit het vergaren van wettig en overtuigend bewijs. Om ervoor te zorgen dat bewijs zeker kan worden gesteld is het noodzakelijk om de controle op locatie niet aan te kondigen. Aangezien een controle op locatie voor betrokkenen een behoorlijke impact kan hebben, weegt het college bij iedere zaak zorgvuldig de voor- en nadelen van een dergelijke controle tegen elkaar af en houdt hij daarbij rekening met de

⁹ De code is te downloaden op de website <www.smsgedragscode.nl>.

Besluit Openbaar

belangen van alle betrokkenen. Het nadeel van een controle op locatie woog in dit concrete geval niet op tegen de ernst van de overtreding en de noodzaak van bewijsvergaring. Daarbij merkt het college op dat er tijdens deze controle op locatie alles aan is gedaan om de overlast voor SD&P tot een minimum te beperken. Bij de controle kon de bedrijfsvoering na enkele uren weer worden hervat. Indien het college een controle op locatie disproportioneel zou achten, zet hij dit onderzoeksmiddel niet in.

43. SD&P stelt dat de controle op locatie niet noodzakelijk was daar zij bereid was om haar medewerking te verlenen aan het onderzoek.
44. Het college waardeert de door SD&P toegezegde bereidwilligheid om mee te werken aan het onderzoek. Echter, zoals in randnummer 42 uiteengezet heeft het college ook in dit onderzoek een zorgvuldige afweging gemaakt en is tot de conclusie gekomen dat een controle op locatie noodzakelijk was om in het lopende onderzoek naar SD&P wettig en overtuigend bewijs veilig te stellen.

5.4 Ernst van de overtreding

45. De overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw, is een overtreding van de verplichtingen die strekken tot bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer.
46. Eindgebruikers die berichten ontvangen, krijgen geen mogelijkheid aangeboden in het bericht om zich af te melden voor het ontvangen van deze berichten, hetgeen in strijd is met het vereiste uit artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Het aantal ontvangen berichten kan oplopen tot zes berichten per week.
47. Het college acht voldoende aannemelijk dat het versturen van berichten en het ontbreken van de afmeldmogelijkheid voor SD&P tot doel heeft het genereren van zo veel mogelijk inkomsten.
48. Op grond van het bovenstaande kwalificeert het college de overtreding van SD&P, bestaande uit het geheel van gedragingen waaruit blijkt dat SD&P vooralsnog niet zal voldoen aan het vereiste gesteld in artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw, namelijk het bieden van een geldige afmeldmogelijkheid, de concrete omstandigheden van het geval in overweging nemende, als een ernstige overtreding.

5.5 Bevoegdheid college en gebruik van de bevoegdheid

49. Ter handhaving van de verplichting uit artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw is het college bevoegd conform artikel 15.2, tweede lid, Tw juncto artikel 5:32 Awb een last onder dwangsom op te leggen.

Besluit Openbaar

50. Het college heeft SD&P er zowel mondeling als schriftelijk uitdrukkelijk op gewezen dat zij zich dient te houden aan het bieden van een geldige afmeldmogelijkheid in de door haar verstuurde berichten. Daarnaast heeft het college SD&P gewaarschuwd dat het college handhavend kan optreden tegen het niet nakomen van die verplichting. Gelet op het algemeen belang dat is gediend met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift, het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel zo nodig van deze bevoegdheid gebruik maken. De achtergrond van de afmeldverplichting is het voor een ontvanger mogelijk maken om – ongeacht of er door de ontvanger toestemming is verleend voor het ontvangen van berichten – geen ongevroegde communicatie (meer) te ontvangen indien hij daar geen prijs (meer) op stelt. Het belang dat met dit besluit wordt gediend, is, naast het algemeen maatschappelijk belang, het bevorderen en het waarborgen van de individuele belangen van eindgebruikers.

5.6 Last onder dwangsom

Ten aanzien van de last

51. SD&P is tot op heden, ondanks daartoe strekkende verzoeken van het college, haar verplichting tot het bieden van een geldige afmeldmogelijkheid niet eigener beweging nagekomen. Bovendien is het college, mede gezien de verklaringen van de directeuren, ervan overtuigd dat SD&P een duidelijke prikkel nodig heeft om tot naleving van de wet over te gaan. Het college acht nadere handhavingsmaatregelen derhalve noodzakelijk. De last onder dwangsom dient ertoe om SD&P te dwingen alsnog de wettelijke voorgeschreven afmeldmogelijkheid te realiseren.
52. Het college overweegt dat het doel van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw, is dat de ontvanger van een sms-bericht in dit bericht de mogelijkheid wordt geboden om zich af te melden voor deze berichten. Deze plicht wordt door SD&P geschonden zolang deze mogelijkheid niet wordt geboden.
53. Gelet op het voorgaande, gelast het college SD&P binnen de hierna vast te stellen begunstigingstermijn een geldige afmeldmogelijkheid op te nemen in de berichten, zodat een abonnee een verzoek tot beëindiging van deze communicatie kan doen, waarna de abonnee per direct geen berichten meer zal ontvangen. Indien het niet mogelijk is om binnen de begunstigingstermijn een geldige afmeldmogelijkheid te bieden in het bericht, dient SD&P het verzenden van dergelijke berichten binnen de begunstigingstermijn te staken.
54. Ten overvloede wijst het college er op dat deze last onder dwangsom ziet op het beëindigen van de overtreding van het niet bieden van een geldige afmeldmogelijkheid in de zin van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. De beperking in deze last onder dwangsom tot deze overtreding, laat onverlet dat het college verdergaand onderzoek doet naar deze en andere mogelijke overtredingen door SD&P. Dit onderzoek kan uitmonden in andere sancties in de vorm andere lasten onder dwangsom of bestuurlijke boetes.

Besluit Openbaar

Ten aanzien van de hoogte van de dwangsom

55. Bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom houdt het college rekening met de aard en de ernst van de overtreding. De aard van de overtreding is het niet realiseren van een geldige afmeldmogelijkheid in de verstuurde berichten door SD&P. Voor de ernst van de overtreding geldt hetgeen het college hiervoor onder § 4.4 heeft overwogen. De hoogte van de dwangsom dient verder een voldoende prikkel te vormen voor SD&P om de last na te leven.
56. In de vooraankondiging was een dwangsom van € 12.000 bepaald. Deze was berekend aan de hand van de omzetcijfers die door [B] op 21 april 2009 aan een toezichthoudend ambtenaar van het college waren medegedeeld. Uit nader onderzoek naar de administratie van SD&P door het college is een hogere omzet gebleken. De omzet van SD&P over het eerste kwartaal van 2009 bedraagt € XX. Op basis van deze gegevens stelt het college de hoogte van de dwangsom thans vast op € 30.000 per dag, met een maximum van € 900.000.

Ten aanzien van de begunstigingstermijn

57. Gezien de aard en de ernst van de overtreding en de technische implicaties van de last stelt het college een begunstigingstermijn van drie werkdagen. Deze begunstigingstermijn biedt SD&P voldoende mogelijkheid om de nodige acties te ondernemen om de verplichting na te komen inzake het realiseren van een geldige afmeldmogelijkheid in het bericht.

5.7 Dictum

58. Het college legt aan SD&P een last onder dwangsom op met de volgende inhoud. SD&P dient een geldige afmeldmogelijkheid te bieden in de zin van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. De begunstigingstermijn voor het uitvoeren van deze last loopt af binnen drie werkdagen na dagtekening van dit besluit.
59. Indien het niet mogelijk is om binnen de begunstigingstermijn een geldige afmeldmogelijkheid te bieden in het bericht, dient SD&P het verzenden van dergelijke berichten binnen de begunstigingstermijn te staken.
60. Indien SD&P de last niet opvolgt, verbeurt zij een dwangsom van € 30.000 voor iedere dag, na afloop van de laatste dag van de gestelde termijn, waarop zij nalaat aan de last te voldoen, met een maximum van € 900.000.
61. Het college verplicht SD&P om uiterlijk binnen 3 werkdagen na dagtekening van dit besluit het college schriftelijk te informeren of en zo ja hoe de wettelijk vereiste afmeldmogelijkheid is geïmplementeerd in de berichten.

Besluit Openbaar

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Plaatsvervangend hoofd afdeling Consument, Nummers en Bestuur

mr. D. Molenaar

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.