

Vzgr College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 30 september 2009, SD&P v OPTA



RECLAMERECHT

SMS-berichten zonder wervend karakter geen SPAM

- [Uit hoofde van overeenkomst gestuurde sms-berichten geen communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden. Zij zijn er immers in beginsel niet voor bestemd om de ontvanger te bewegen in te gaan op een commercieel aanbod of steun te verlenen aan ideële of charitatieve doeleinden en OPTA heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat zij niettemin een dergelijk wervend karakter zouden hebben.](#)

De voorzieningenrechter is van oordeel dat OPTA ten onrechte eraan voorbijgaat dat rehtens tussen SD&P en haar abonnees sprake is van een gesloten overeenkomst, welke tot stand is gekomen door een aanbod van SD&P betreffende de regelmatige levering van bepaalde diensten tegen betaling van een bepaald bedrag en de aanvaarding daarvan door de abonnee. OPTA heeft in dit verband gesteld dat voor de ontvanger niet altijd duidelijk is dat hij zich abonneert op een sms-dienst en wat daarvan de gevolgen zijn. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat OPTA bij gebreke van een bevoegdheid op dit punt, van de rechtsgeldigheid van de tussen SD&P en haar abonnees gesloten overeenkomsten dient uit te gaan.

5.5 De sms-berichten waarmee SD&P de dienst levert en/of de abonneegelden incasseert, zijn, naar door SD&P uiteengezet en door OPTA niet met feitelijke argumenten onderbouwd weersproken, enerzijds zogenaamde WAP-pushes, die een link inhouden, waarmee toegang verkregen kan worden tot bijvoorbeeld een door SD&P aan de afnemer ter beschikking gestelde game of ringtone, en anderzijds betalende berichten, waarmee SD&P de voor de door haar verleende dienst overeengekomen betaling incasseert. Deze laatste berichten houden dus niet noodzakelijkerwijs een vorm van communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden in. Zij zijn er immers in beginsel niet voor bestemd om de ontvanger te bewegen in te gaan op een commercieel aanbod of steun te verlenen aan ideële of charitatieve doeleinden en OPTA heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat zij niettemin een dergelijk wervend karakter zouden hebben. Het enige voorbeeld van een dergelijk bericht dat OPTA heeft overgelegd, roept de ontvanger op gebruik te maken van een door hem reeds verworven dienst, bij het gebruik waarvan SD&P verder geen belang hoeft te hebben.

5.6 Nu naar voorlopig oordeel dus niet gesproken kan worden van 'communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden', als bedoeld in artikel 11.7,

eerste lid, Tw en evenmin van 'elektronische post met het oog op direct marketing' in de zin van artikel 13, vierde lid, van de Richtlijn, maar eerder sprake is van levering van een overeengekomen dienst en inning van de daarvoor verschuldigde vergoeding, geldt dat SD&P reeds daarom niet geacht kan worden in strijd met het artikel 11.7 Tw gehandeld te hebben, zodat OPTA niet bevoegd was tot het opleggen van de onderhavige last onder dwangsom aan SD&P. Dit leidt tot de conclusie dat het verzoek dient te worden toegewezen.

Mediaforum 2009, nr. 34, p. 414, m.nt. Zwenne

Vzgr College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 30 september 2009

(W.E. Doolaard)

Uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening in de zaak van:

SD&P Interactive BV, te Breda,
verzoekster (hierna: SD&P),
gemachtigde:

mr. R.D. Chavannes en mr. W.A.M. Steenbruggen, advocaten te Amsterdam,
tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit,

verweerster (hierna: OPTA),

gemachtigde: mr. R.W. Veldhuis, advocaat te Den Haag.

1. De procedure

Bij besluit van 11 mei 2009 heeft OPTA aan SD&P een last onder dwangsom opgelegd ter zake van overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Tegen dit besluit heeft SD&P bij brief van 18 juni 2009 bezwaar gemaakt. Bij brief van 15 juli 2009 aan OPTA heeft SD&P de gronden van haar bezwaar aangevuld. Bij brief van 15 juli 2009 heeft SD&P zich tevens tot het College gewend met het verzoek een voorlopige voorziening te treffen. Verweerder heeft op 20 juli 2009 de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd. Op 31 juli 2009 heeft verweerder een reactie op het verzoek ingediend.

2. De grondslag van het geschil

2.1 Artikel 13 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 (hierna: Richtlijn) luidt, voorzover hier van belang, als volgt:

Ongewenste Communicatie

1. *Het gebruik van [...] e-mail met het oog op direct marketing kan alleen worden toegestaan met betrekking tot abonnees die daarin vooraf hebben toegestemd.*

2. *Omverminderd lid 1 kan een natuurlijke of rechtspersoon die van zijn klanten elektronische contactgegevens voor elektronische post verkrijgt in het kader van de verkoop van een product of een dienst overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG, die elektronische contactgegevens gebruiken voor direct marketing van*

eigen gelijkaardige producten of diensten mits de klanten duidelijk en expliciet de gelegenheid wordt geboden kosteloos en op gemakkelijke wijze bezwaar te maken tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens bij het verzamelen ervan en, ingeval de klant zich in eerste instantie niet tegen het gebruik ervan heeft verzet, bij elke boodschap.

3. De lidstaten nemen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat [...] ongevraagde communicatie met het oog op direct marketing in andere dan de in de leden 1 en 2 genoemde gevallen niet toegestaan is zonder toestemming van de betrokken abonnees, of ten aanzien van abonnees die dergelijke communicatie niet wensen te ontvangen, waarbij de keuze tussen deze mogelijkheden door de nationale wetgeving wordt bepaald.

4. Het is in ieder geval verboden 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. [...]

Blijkens overweging 40 bij de Richtlijn vallen onder het begrip 'email' ook sms-berichten. Sedert de inwerkingtreding van de Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatie-netwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (Stb. 2004, 189) luidt artikel 11.7 Tw, voorzover hier van belang:

1. Het gebruik van [...] elektronische berichten 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 [...].

3. Bij het 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 nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.

In de Memorie van Toelichting bij de Wet van 22 april 2004 (Kamerstukken II, 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 160) is, voorzover van belang, het volgende vermeld:

Onderdeel Av (vervangen artikel 11.7)

Artikel 13 van de nieuwe privacyrichtlijn voor elektronische communicatie (de Richtlijn; toevoeging CBB) geeft een regeling voor ongewenste²⁴ communicatie met het oog op direct marketing. Deze regeling volgt in hoofdlijnen het stramien van artikel 12 van richtlijn nr. 97/66/EG [...] Het voorgestelde artikel 11.7 strekt ter vervanging van het huidige artikel 11.7, waarin artikel 12 van richtlijn nr. 97/66/EG is geïmplementeerd. [...]

24 In de Nederlandstalige versie van de richtlijn wordt gesproken over 'ongewenste' communicatie. Naar het oordeel van de regering wordt hier echter 'ongevraag-

de' communicatie bedoeld, hetgeen bij de implementatie als uitgangspunt is genomen. Dit standpunt wordt onder meer door de in de Engelstalige ('unsolicited') en Duitse ('unerbetene') versie gehanteerde begrippen bevestigd. Ook richtlijn nr. 97/66/EG spreekt over 'ongevraagde' oproepen.

Bij de Wet van 13 november 2008 tot wijziging van de Telecommunicatiewet (Stb. 2008, 525) zijn met ingang van 1 juli 2009 in artikel 11.7 Tw wijzigingen aangebracht, waarbij het derde lid is hernummerd tot het vierde lid. De hiervoor geciteerde passages uit artikel 11.7 zijn daarbij voor het overige niet gewijzigd.

2.2 Bij de beoordeling van het verzoek om voorlopige voorziening gaat de voorzieningenrechter uit van de volgende feiten en omstandigheden.

– In 2009 hebben toezichthoudende ambtenaren van OPTA naar aanleiding van ontvangen klachten onderzoek gedaan naar de werkwijze van SD&P. Vervolgens heeft OPTA bij brief van 29 april 2009 SD&P geïnformeerd over zijn voornemen om een last onder dwangsom op te leggen aan SD&P omdat SD&P, volgens OPTA in strijd met artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b Tw, heeft verzuimd een geldige afmeldmogelijkheid aan te bieden in de door haar aan haar abonnees verzonden berichten.

– Bij brief van 6 mei 2009 heeft SD&P haar zienswijze over het voornemen van OPTA naar voren gebracht.

– Vervolgens heeft OPTA het bestreden besluit genomen.

3. Het standpunt van SD&P

3.1 SD&P heeft de voorzieningenrechter verzocht de haar bij het bestreden besluit opgelegde last onder dwangsom te schorsen tot zes weken nadat op het bezwaar van SD&P is beslist, althans een zodanige voorziening te treffen als hij passend acht, een en ander met veroordeling van OPTA in de kosten die SD&P in verband met de behandeling van het verzoek heeft moeten maken. SD&P heeft aan dit verzoek, samengevat weergegeven, het volgende ten grondslag gelegd.

3.2 Ten aanzien van de spoedeisendheid van het verzoek heeft SD&P naar voren gebracht dat als gevolg van het bestreden besluit het aantal afmeldingen is toegenomen waardoor de inkomsten zijn teruggelopen. Het spoedeisend belang is echter met name gelegen in het verlies van haar markt- en concurrentiepositie. SD&P wordt door het bestreden besluit ernstig, structureel en onherstelbaar benadeeld in de concurrentiestrijd met andere aanbieders van sms-abonnementsdiensten om nieuwe abonnees. Als gevolg van het feit dat abonnees zich sneller afmelden en derhalve minder inkomsten genereren, kan SD&P niet langer een concurrerende vergoeding betalen aan affiliates (beheerders van veelbezochte websites, die in ruil voor een vergoeding wervingscampagnes voor sms-abonnementsdiensten op hun websites plaatsen). Direct gevolg daarvan is dat affiliates kiezen voor campagnes van concurrenten van SD&P. Daarbij komt dat OPTA, terwijl SD&P in het bestreden besluit is gelast om een geldige afmeldmogelijkheid te bieden in de berichten aan haar abonnees, tot dusverre niet is opgetreden tegen het niet bieden van zodanige afmeldmogelijkheid door

de belangrijkste concurrenten van SD&P (tezamen met SD&P goed voor 95% van de markt) terwijl voorts onzeker is of OPTA, gelet op het gevoerde prioriteringsbeleid, op korte termijn ten aanzien van die concurrenten soortgelijke handhavingsmaatregelen als de aan SD&P opgelegde last zal treffen. De schade die SD&P hierdoor lijdt is naar zijn aard lastig te begroten, omdat vrijwel niet te bewijzen is dat als gevolg van het bestreden besluit abonnee-inkomsten zijn misgelopen. Daardoor laat de schade zich niet voldoende redresseren door de mogelijkheid van schadevergoeding achteraf. Voorts is sprake van reputatieschade als gevolg van de golf van negatieve aandacht die het bestreden besluit heeft teweeggebracht.

3.3 SD&P heeft primair betoogd dat het bestreden besluit onrechtmatig is, omdat artikel 11.7 TW niet van toepassing is op de berichten die zij aan haar abonnees stuurt. SD&P heeft in dit verband aangevoerd dat het toepassingsbereik van artikel 11.7 TW is beperkt tot 'ongevraagde communicatie voor doeleinden van direct marketing'. Van 'ongevraagde communicatie' is volgens SD&P geen sprake. SD&P stuurt pas een aanmeldbericht, nadat de ontvanger zich daarvoor heeft opgegeven door zijn mobiele nummer in te voeren op de website van SD&P. De vervolgerberichten worden pas verzonden nadat de ontvanger van het aanmeldbericht zich volgens de daarin opgenomen instructies heeft aangemeld voor de abonnementsdienst. Er is dus sprake van een dubbele opt-in. De herhalingsberichten van SD&P kunnen derhalve niet worden aangemerkt als ongevraagde communicatie. OPTA heeft ook niet aangevoerd dat de na aanmelding verzonden berichten, ondanks de dubbele opt-in, feitelijk ongevraagd zijn. Van 'direct marketing' is evenmin sprake. Het begrip 'direct marketing' wordt in de Richtlijn niet gedefinieerd, maar duidelijk is dat het gaat om berichten met een wervend karakter. Dat is bij de berichten die SD&P aan haar abonnees verstuurt niet het geval. Die berichten bevatten immers geen oproep om producten of diensten af te nemen, maar behelzen de levering en/of de facturering van de overeengekomen inhoudsdienst. Het afsluiten van een abonnement bij SD&P geeft de consument recht op het periodiek downloaden van een game of ringtone, dan wel biedt de mogelijkheid tot het gebruik van MSN op zijn mobiel. De abonnementsgelden ad € 9,- per week worden geïncasseerd door middel van het toezenden van zes betalende sms-berichten (à € 1,50) per week. Berichten als 'Veel plezier met een extra week msn op je mobiel. Maak er gebruik van!' die SD&P aan abonnees op de MSN-dienst verzendt zijn niet wervend. De mogelijkheid om de komende week te MSN'en op zijn mobiel is immers de dienst die de consument al heeft afgenomen en waarvoor hij door het ontvangen van het bericht betaalt. Het bericht werft dus niet voor een (nieuwe) dienst. De WAP-pushes die SD&P aan abonnees op game- of ringtonediensten verzendt, zijn evenmin wervend. SD&P heeft er geen commercieel belang bij dat abonnees deze links volgen en de game of ringtone downloaden. Het downloaden van de game of ringtone genereert namelijk geen inkomsten voor SD&P. SD&P

verdient alleen abonnementsinkomsten. De WAP-pushes hebben derhalve niet het oogmerk om de consument te bewegen tot het aangaan van enige transactie.

3.4 SD&P heeft voorts betoogd dat het bestreden besluit is genomen in strijd met – onder meer – artikel 10 EVRM en diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

4. Het standpunt van OPTA

4.1 In het bestreden besluit heeft OPTA SD&P gelast om in haar berichten een geldige afmeldmogelijkheid te bieden in de zin van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw dan wel, indien het niet mogelijk is om binnen de haar geboden begunstigingstermijn van drie werkdagen na dagtekening van het besluit een geldige afmeldmogelijkheid te bieden in het bericht, het verzenden van dergelijke berichten te staken, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 30.000,- voor iedere dag dat SD&P, na afloop van de haar geboden begunstigingstermijn, nalaat aan de last te voldoen, met een maximum van € 900.000,-. Hieraan heeft OPTA, samengevat weergegeven, het volgende ten grondslag gelegd.

4.1.1 Uit het door OPTA verrichte onderzoek is gebleken dat via affiliate websites op een website van SD&P onder andere spelletjes worden aangeboden, waarbij prijzen kunnen worden gewonnen. Om een prijs te kunnen winnen, moet een mobiel nummer worden ingevoerd op de website van SD&P. Vervolgens ontvangt degene van wie het mobiele nummer is ingevoerd, een aanmeldbericht. Nadat de ontvanger zich conform de instructies in dat aanmeldbericht heeft aangemeld, volgen er meerdere herhalingsberichten. In die berichten wordt – in strijd met artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw – de ontvanger niet de mogelijkheid geboden om zich voor verdere ontvangst van deze berichten af te melden.

4.1.2 De door SD&P verstuurd berichten kunnen niet worden beschouwd als gevraagde communicatie. Gevraagde communicatie betreft een persoonlijk bericht dat iemand desgevraagd ontvangt naar aanleiding van een concreet verzoek. De werkwijze – zoals door SD&P geschetst – waarbij iemand naar aanleiding van een algemene toestemming automatisch berichten ontvangt, kan niet worden aangeduid als het verzenden van gevraagde 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 loze bepaling maken. Voor de toepassing van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw is het dus niet relevant of de ontvanger van ongevraagde communicatie wel of geen toestemming heeft verleend. OPTA zal hier daarom in dit besluit niet nader op ingaan. Naar het verkrijgen van toestemming doet OPTA nog wel verder onderzoek.

4.1.3 SD&P verstuurt de berichten met als doel het genereren van inkomsten. Derhalve is sprake van het verzenden van elektronische berichten voor commerciële doeleinden in de zin van artikel 11.7 Tw.

4.1.4 OPTA acht voldoende aannemelijk dat het versturen van de berichten en het ontbreken van de

afmeldmogelijkheid voor SD&P tot doel heeft het genereren van zoveel mogelijk inkomsten. OPTA kwalificeert de overtreding van SD&P als een ernstige overtreding. De last onder dwangsom dient ertoe om SD&P te dwingen alsnog de wettelijk voorgeschreven afmeldmogelijkheid te realiseren. Bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom is rekening gehouden met de aard en de ernst van de overtreding, alsmede met de door SD&P over het eerste kwartaal van 2009 behaalde omzet. Een begunstigingstermijn van drie werkdagen 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 de berichten.

4.2 OPTA heeft voorts in reactie op het verzoek betoogd dat SD&P geen spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening. SD&P heeft een productie overgelegd waaruit blijkt dat het aantal bezoekers van haar website (via affiliate websites) is teruggelopen, maar daarmee is nog niet duidelijk dat dit het gevolg is van het bestreden besluit. Blijkens de door SD&P overgelegde overzichten van het aantal aan- en afmeldingen voor en na het bestreden besluit, heeft de door OPTA opgelegde last er niet aan in de weg gestaan dat SD&P het aantal meldingen bij de betreffende sms-dienst in de betreffende periode bijna heeft weten te verdubbelen. Het is dan ook niet aannemelijk dat SD&P door de last blijvend marktaandeel zal verliezen. Het belang van SD&P is bovendien uitsluitend van financiële aard.

4.4 OPTA heeft voorts in reactie op het verzoek betoogd dat gelet op artikel 11.1, onder g, Tw juncto artikel 1 onder i van de Wet bescherming persoonsgegevens, onder toestemming in de zin van artikel 11.7 Tw moet worden verstaan: een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem de betreffende herhalingsberichten worden toegestuurd. De tekst van het aanmeldbericht is niet van dien aard dat voor de ontvanger in alle gevallen duidelijk is dat hij zich abonneert op een sms-dienst, laat staan dat de ontvanger weet wat hiervan de gevolgen zijn. Reeds daarom is sprake van ongevraagde communicatie. Zelfs als sprake zou zijn van toestemming, dan betekent dit niet dat geen sprake meer is van ongevraagde communicatie. De wetgever heeft in artikel 11.7 Tw onderscheid willen maken tussen ongevraagde communicatie zonder toestemming en ongevraagde communicatie met toestemming. De eerste vorm van communicatie is verboden. Bij de tweede vorm van communicatie moet te allen tijde een afmeldmogelijkheid worden vermeld. Indien het geven van toestemming zou maken dat sprake is van gevraagde communicatie dan zou dit door de wetgever gemaakte onderscheid zonder betekenis zijn.

4.5 OPTA heeft verder betoogd dat tegen een aantal content providers een handhavingsonderzoek loopt en dat de door SD&P overgelegde herhalingsberichten van concurrenten in de markt worden bestudeerd, waarna zonodig handhavend zal worden optreden.

4.6 OPTA bestrijdt dat het besluit is genomen in strijd met artikel 10 EVRM dan wel algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 Ingevolge artikel 19, eerste lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie juncto artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) kan de voorzieningenrechter van het College, hangende beroep bij het College of hangende de beslissing op bezwaar indien van die beslissing beroep bij het College openstaat, op verzoek een voorlopige voorziening treffen, indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. Voorzover in deze uitspraak een oordeel wordt gegeven over de rechtmatigheid van het bestreden besluit, is sprake van een voorlopig oordeel dat het College niet bindt in een eventuele bodemprocedure.

5.2 De voorzieningenrechter is van oordeel dat het spoedeisend belang van SD&P niet louter financieel van aard is. SD&P heeft aangevoerd dat het spoedeisend belang met name gelegen is in het verlies van haar markt- en concurrentiepositie. In verband daarmee heeft SD&P onder meer aangevoerd dat OPTA tot dusverre niet is opgetreden tegen het niet bieden van een afmeldmogelijkheid in de door belangrijke concurrenten van SD&P aan abonnees gezonden berichten en dat voorts onzeker is of OPTA, gelet op het gevoerde prioriteringsbeleid, op korte termijn ten aanzien van die concurrenten soortgelijke handhavingsmaatregelen als de aan haar opgelegde last zal treffen. OPTA heeft dit niet weersproken. OPTA heeft in dit verband weliswaar verklaard dat tegen een aantal content providers een handhavingsonderzoek loopt en dat OPTA de door SD&P overgelegde herhalingsberichten van concurrenten in de markt bestudeert, waarna zij zonodig handhavend zal optreden, maar daarmee is geenszins duidelijk dat op korte termijn de concurrenten van SD&P zullen worden gelast om eveneens in de door hen aan abonnees gezonden berichten een afmeldmogelijkheid op te nemen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat SD&P een voldoende spoedeisend belang heeft bij een eventueel te treffen voorziening. In ieder geval is sprake van voldoende spoedeisend belang tegen de achtergrond van wat hierna ten aanzien van de rechtmatigheid van het bestreden besluit zal worden overwogen.

5.3 Met betrekking tot de rechtmatigheid van het bestreden besluit wordt het volgende overwogen. OPTA acht zich bevoegd tot het opleggen van de onderhavige last onder dwangsom aan SD&P, om reden dat de door SD&P aan haar abonnees verzonden herhalingsberichten zouden dienen te worden gekwalificeerd als 'ongevraagde communicatie voor het overbrengen van commerciële, ideële of charitatieve doeleinden' als bedoeld in artikel 11.7, eerste lid Tw. Dit betoog steunt op de redenering dat SD&P berichten heeft verzonden naar aanleiding van een algemene toestemming en dat die berichten dienen te worden aangemerkt als de bedoelde ongevraagde communicatie voor de genoemde doeleinden.

5.4 Naar voorlopig oordeel kan het betoog van OPTA niet als juist worden aanvaard. De voorzieningenrechter is van oordeel dat OPTA ten onrechte eraan voorbijgaat dat rehtens tussen SD&P en haar abonnees sprake is van een gesloten overeenkomst, welke tot stand is gekomen door een aanbod van SD&P betreffende de regelmatige levering van bepaalde diensten tegen betaling van een bepaald bedrag en de aanvaarding daarvan door de abonnee. OPTA heeft in dit verband gesteld dat voor de ontvanger niet altijd duidelijk is dat hij zich abonneert op een sms-dienst en wat daarvan de gevolgen zijn. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat OPTA bij gebreke van een bevoegdheid op dit punt, van de rechtsgeldigheid van de tussen SD&P en haar abonnees gesloten overeenkomsten dient uit te gaan.

5.5 De sms-berichten waarmee SD&P de dienst levert en/of de abonneegelden incasseert, zijn, naar door SD&P uiteengezet en door OPTA niet met feitelijke argumenten onderbouwd weersproken, enerzijds zogenaamde WAP-pushes, die een link inhouden, waarmee toegang verkregen kan worden tot bijvoorbeeld een door SD&P aan de afnemer ter beschikking gestelde game of ringtone, en anderzijds betalende berichten, waarmee SD&P de voor de door haar verleende dienst overeengekomen betaling incasseert. Deze laatste berichten houden dus niet noodzakelijkerwijs een vorm van communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden in. Zij zijn er immers in beginsel niet voor bestemd om de ontvanger te bewegen in te gaan op een commercieel aanbod of steun te verlenen aan ideële of charitatieve doeleinden en OPTA heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat zij niettemin een dergelijk wervend karakter zouden hebben. Het enige voorbeeld van een dergelijk bericht dat OPTA heeft overgelegd, roept de ontvanger op gebruik te maken van een door hem reeds verworven dienst, bij het gebruik waarvan SD&P verder geen belang hoeft te hebben.

5.6 Nu naar voorlopig oordeel dus niet gesproken kan worden van ‘communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden’, als bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, Tw en evenmin van ‘elektronische post met het oog op direct marketing’ in de zin van artikel 13, vierde lid, van de Richtlijn, maar eerder sprake is van levering van een overeengekomen dienst en inning van de daarvoor verschuldigde vergoeding, geldt dat SD&P reeds daarom niet geacht kan worden in strijd met het artikel 11.7 Tw gehandeld te hebben, zodat OPTA niet bevoegd was tot het opleggen van de onderhavige last onder dwangsom aan SD&P. Dit leidt tot de conclusie dat het verzoek dient te worden toegewezen.

5.7 De voorzieningenrechter acht termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 Awb. Op de voet van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden deze kosten vastgesteld op € 644,- (1 punt voor het indienen van het verzoekschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 322,- en gewichtsfactor 1).

6. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst het verzoek om voorlopige voorziening toe;
 - schorst de bij het bestreden besluit aan SD&P opgelegde last onder dwangsom tot zes weken nadat op het bezwaar van SD&P is beslist;
 - veroordeelt OPTA in de door appellant gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 644,- (zegge: zeshonderdvierenveertig euro);
 - bepaalt dat OPTA aan SD&P het door haar betaalde griffierecht van € 297,- (zegge: tweehonderdzevenennegentig euro) vergoedt.
- Aldus gewezen door mr. W.E. Doolaard, in tegenwoordigheid van mr. J.M.M. Bancken als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 30 september 2009.