

Besluit

Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2009/201847

Zaaknummer: 09.0154.29

Datum: 24 juli 2009

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot het opleggen van een last onder dwangsom aan XXX wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten zonder voorafgaande toestemming).

1 Samenvatting

1. XXX (hierna: XXX) verzendt in naam van Serinco Benelux (hierna: Serinco) elektronische berichten voor een commercieel doeleinde aan natuurlijke personen, zonder voorafgaande toestemming van de ontvanger. Dit is in strijd met artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Hierdoor worden eindgebruikers aangetast in hun persoonlijke levenssfeer. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) legt XXX daarom een last onder dwangsom op.
2. De last onder dwangsom dient ertoe om XXX te dwingen de verzending van ongevraagde commerciële e-mailberichten zonder voorafgaande toestemming te staken binnen één werkdag na dagtekening van dit besluit.

2 Verloop van de procedure en feiten

3. Toezichhoudend ambtenaren van het college hebben onderzoek gedaan naar XXX. Het onderzoek is gedaan naar aanleiding van klachten ingediend bij <www.spamklacht.nl> over ongevraagde commerciële e-mailberichten van Serinco. Serinco is een eenmanszaak, bestuurd door XXX. De toezichhoudend ambtenaren koesterden de verdenking dat XXX in strijd handelde met artikel 11.7, eerste lid, en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Dit onderzoek is afgerond en heeft geresulteerd in een onderzoeksrapport. Vóór de toezichhoudend ambtenaren het onderzoek hebben gestart, heeft XXX een officiële waarschuwing ontvangen van het college.¹
4. Het college heeft op basis van het onderzoeksrapport een boete opgelegd aan XXX van in totaal €250.000, vanwege overtreding van artikel 11.7, eerste lid, en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Dit boetebesluit is op 17 juni 2009 verstuurd aan XXX.²
5. Het boetebesluit ziet op de onderzoeksperiode van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009. Toezichhoudend ambtenaren van het college hebben geconstateerd dat sinds de einddatum van de onderzoeksperiode tot in ieder geval 17 juni 2009 nog steeds klachten binnen komen over ongevraagde commerciële e-mailberichten van XXX. Van minimaal 45 van deze klachten

¹ OPTA/IBT/2005/200817, d.d. 18 maart 2005.

² OPTA/ACNB/2009/201348.

Besluit Openbaar

heeft een toezichhoudend ambtenaar vastgesteld dat deze afkomstig zijn van natuurlijke personen.

6. Bij brief van 7 juli 2009³ heeft het college XXX op de hoogte gesteld van zijn voornemen XXX een last onder dwangsom op te leggen wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw.
7. Het college heeft XXX op grond van artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze te geven op het voornemen van het college tot het opleggen van een last onder dwangsom, zoals neergelegd in het ontwerpbesluit⁴. Bij brief van 15 juli 2009 heeft XXX zijn zienswijze gegeven.

3 Juridisch kader

8. 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.
9. 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.
10. 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.
11. Artikel 11.8 Tw luidt:
De toepassing van de artikelen 11.6 en 11.7 is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.

³ OPTA/ACNB/2009/201615.

⁴ OPTA/ACNB/2009/201614.

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

12. 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.
13. 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.
14. 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.
15. 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 XXX

16. Kort en zakelijk weergegeven kan XXX zich om de volgende redenen niet verenigen met het ontwerpbesluit van het college.

Feitelijke gang van zaken

17. XXX is van mening dat er sprake is van een onbehoorlijke voorbereiding en besluitvorming door het college. XXX is deze mening toegedaan omdat het college correspondentie in strijd met de wensen van XXX zou hebben verzonden. Bovendien vindt XXX de termijn van vijf werkdagen voor het geven van een zienswijze onzorgvuldig.
18. XXX stelt in het algemeen dat het boetebesluit, op grond waarvan het college de last onder dwangsom oplegt, op onjuiste veronderstellingen berust. Voorts stelt XXX in het bijzonder dat de door het college in beslag genomen laptop en back-upbestanden geen actuele informatie bevatten.

Geen overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw

19. XXX stelt dat hij niet de verzender is van de e-mailberichten, maar slechts de software ontwerpt en verkoopt waarmee derden de e-mailberichten versturen. XXX stelt dat zijn programma (Internet Promoservice) vergelijkbaar is met producten als Outlook Express van Microsoft. Volgens XXX geven derden ("de gebruikers") de e-mailberichten geheel zelf vorm, en bepalen zij het tijdstip van verzending en ontvangen en behandelen zij het verzoek tot het

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

beëindigen van het toezenden van de e-mailberichten.

20. Voorst stelt XXX geen e-mailberichten te verzenden aan natuurlijke personen. XXX geeft aan dat de gebruikte e-mailadressen enkel van bedrijfsmatige abonnees zijn of van abonnees niet zijnde particulieren anders dan die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf handelen.

Ernst van de overtreding

21. XXX stelt dat, voor zover er sprake is van een overtreding, er geen sprake is van een ernstige overtreding, omdat naar zijn mening het ontstaan van materiële schade bij internetserviceproviders en/of hostingproviders door het verzenden van ongevraagde e-mailberichten, onvoldoende wordt onderbouwd en gemotiveerd door het college.

De hoogte van de dwangsom

22. XXX stelt dat de hoogte van de dwangsom volstrekt disproportioneel is en in strijd is met beginselen van behoorlijk bestuur. Zo stelt XXX dat het verzenden van zes mailingcampagnes per dag, waar het college bij de berekening van de hoogte van de dwangsom van uit gaat, technisch volstrekt onmogelijk is. Tevens stelt XXX dat de bedragen die het college noemt als opbrengsten voor XXX volstrekt onjuist zijn.

Conclusie

23. XXX stelt dat het opleggen van de last onder dwangsom achterwege moet blijven, of tenminste uitgesteld totdat XXX deugdelijk in de gelegenheid is gesteld zijn bezwaren tegen het boetebesluit naar voren te brengen en totdat op dat bezwaar is beslist.
24. Voorts stelt XXX financieel niet in staat te zijn aan de dwangsom te voldoen.
25. Tenslotte stelt XXX dat het de ondergang van zijn onderneming betekent als hij wordt gedwongen te wanpresteren jegens zijn klanten.

5 Overwegingen van het college

5.1 Feitelijke gang van zaken

26. Het college benadrukt dat het boetebesluit en de last onder dwangsom twee afzonderlijke besluiten zijn. De last onder dwangsom borduurt weliswaar voort op het boetebesluit, maar is een afzonderlijk besluit. Het college legt de last onder dwangsom op, omdat hij constateert dat XXX nog steeds ongevraagde commerciële e-mailberichten verstuurd aan natuurlijke personen zonder voorafgaande toestemming. Voor zover XXX in zijn zienswijze aangeeft van mening te zijn dat het boetebesluit op verkeerde veronderstellingen berust en op onjuiste informatie is gebaseerd, zal het college daarop reageren in zijn beslissing op het bezwaarschrift van XXX tegen het boetebesluit.

Besluit Openbaar

27. Het college heeft er bij het verzenden van zijn voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom alles aan gedaan om er voor te zorgen dat deze XXX (tijdig) bereikt. Dat dit is gelukt blijkt uit het feit dat XXX zijn zienswijze op het voornemen van het college binnen de gestelde termijn heeft kunnen indienen. Het college heeft XXX de mogelijkheid geboden zijn zienswijze in te dienen. Het college is hierbij niet gebonden aan een wettelijke termijn. Gezien het doel van de last onder dwangsom, te weten het zo snel mogelijk stoppen van het verzenden van ongevraagde e-mailberichten, is het college er veel aan gelegen de last onder dwangsom op zo kort mogelijke termijn, met inachtneming van zorgvuldige procedures, op te leggen. Het college heeft XXX voor het indienen van zijn zienswijze in eerste instantie een termijn geboden van drie werkdagen en deze later verlengd tot zes werkdagen. Het college is van oordeel dat hij daarmee zorgvuldig heeft gehandeld jegens XXX. Overigens merkt het college op dat XXX al geruime tijd wist, of er van op de hoogte kon zijn, dat het college van oordeel is dat XXX artikel 11.7, eerste lid, Tw, overtreedt. Dat XXX pas nu, nadat hij het voornemen van het college tot het opleggen van een last onder dwangsom heeft ontvangen, een advocaat als gemachtigde heeft ingeschakeld, die daardoor weinig tijd heeft om een zienswijze voor te bereiden, is een omstandigheid die voor rekening van XXX komt en dient te blijven. Voor zover XXX zich in zijn zienswijze richt op de gang van zaken rond het boetebesluit merkt het college op dat hij hierop al heeft gereageerd in het boetebesluit.

5.2 Overtreding artikel 11.7, eerste lid, Tw

28. Het versturen van ongevraagde elektronische berichten voor commerciële, ideële en charitatieve doeleinden is op grond van artikel 11.7, eerste lid, Tw uitsluitend toegestaan met voorafgaande toestemming van de ontvanger. Op grond van artikel 11.8 Tw is artikel 11.7, eerste lid, Tw van toepassing op ongevraagde berichten die zijn verzonden aan natuurlijke personen.

29. Het college heeft vastgesteld dat XXX elektronische berichten heeft verzonden voor een commercieel doeleinde aan abonnees die natuurlijke personen zijn, zonder hun voorafgaande toestemming.⁸ Het college heeft geconstateerd dat XXX deze berichten heeft verstuurd zowel ter promotie van zijn eigen website als namens derden.

30. Anders dan XXX in zijn zienswijze aangeeft, is het college van oordeel dat XXX wel de verzender van de ongevraagde commerciële e-mailberichten is in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Het college overweegt hieromtrent het volgende. De vergelijking die XXX maakt van zijn programma (Internet Promoservice) met andere softwareproducten gaat niet op. Dit zou alleen toepasselijk zijn als derden de software kopen van XXX en deze op de eigen computer of het eigen netwerk installeren, zoals te doen gebruikelijk bij de door XXX in zijn zienswijze genoemde softwareproducten. In het geval van Serinco biedt XXX via zijn website <www.internetpromoservice.nl> een module aan om e-mailberichten te versturen. XXX stelt de adressen voor de verzending van de e-mailberichten ter beschikking aan de klant zoals hij

⁸ Zie randnummer 64 van het boetebesluit.

Besluit Openbaar

ook in zijn zienswijze aangeeft. Voorts kunnen derden hun boodschap vormgeven, of door XXX laten vormgeven, en uit een screen met tijdstippen een tijdstip uitkiezen waarop verzending plaats vindt. Het college vindt de stelling van XXX dat hij slechts een 'doorgeefluik' is van software gezien bovenstaande onjuist. Daar komt nog bij dat XXX in zijn zienswijze aangeeft te beschikken over een lijst met meer dan 40.000 afmeldingen voor het ontvangen van e-mailberichten. Deze afmeldingen komen aan bij de verzender. Het college merkt op dat XXX in bezit is van deze lijst, zodat hij dus zelf de verzender van de e-mailberichten is.

31. Overigens ziet het college in de stelling van XXX in zijn zienswijze, dat hij een wanprestatie levert jegens zijn klanten, als hij voldoet aan de last onder dwangsom, een bevestiging van zijn oordeel dat XXX verzender is van de e-mailberichten en daarmee de overtreder van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Immers, de last onder dwangsom ziet op het staken van het verzenden van de e-mailberichten. Als XXX stelt dat hij een wanprestatie levert jegens derden bij het voldoen aan de last onder dwangsom dan vloeit uit die stelling logischerwijze voort dat de overeenkomsten met derden zien op het verzenden van e-mailberichten door XXX voor die derden.
32. XXX stelt geen e-mailberichten te verzenden aan natuurlijke personen. Het college is van oordeel dat dit wel het geval is en overweegt hieromtrent het volgende. XXX geeft in zijn zienswijze aan dat de e-mailadressen die hij gebruikt van "bedrijfsmatige abonnees" zijn of van "abonnees niet zijnde particulieren anders dan die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf handelen". Deze kwalificaties sluiten niet aan bij het onderscheid dat de Telecommunicatiewet maakt tussen rechtspersonen en natuurlijke personen. Ze geven ook overigens geen uitsluitel of deze abonnees niet tevens een natuurlijke persoon zijn. XXX houdt aldus geen rekening met de vraag of een abonnee wel of geen natuurlijke persoon is. Dat dit resulteert in de verzending van vele berichten aan natuurlijke personen blijkt wel uit het feit dat het college tot op heden klachten ontvangt via <www.spamklacht.nl> van natuurlijke personen die e-mailberichten ontvangen van XXX.

5.3 Ernst van de overtreding

33. De overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw, is een overtreding van de verplichting die strekt tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer.
34. Eindgebruikers ondervinden overlast door de verzending van ongevraagde commerciële e-mailberichten. Daarnaast veroorzaakt het verzenden van ongevraagde e-mailberichten in zijn algemeenheid materiële schade bij internetserviceproviders en/of hostingproviders, bijvoorbeeld doordat berichten die niet afgeleverd kunnen worden bij de geadresseerde terugkomen bij de provider, en maatschappelijke schade door aantasting van het vertrouwen in het internet en e-mail.
35. Het college overweegt voorts dat XXX zich klaarblijkelijk niets gelegen laat liggen aan de officiële waarschuwing van het college van 18 maart 2005 en het daaropvolgende onderzoek en het onderzoeksrapport van het college. Bovendien heeft ook het boetebesluit van het

Besluit Openbaar

college van 17 juni 2009 XXX nog niet kunnen bewegen tot het staken van de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw.

36. Op grond van het bovenstaande kwalificeert het college de voortdurende overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw door XXX, de concrete omstandigheden van het geval in overweging nemende, als een ernstige overtreding.

5.4 Bevoegdheid college en gebruik van de bevoegdheid

37. Ter handhaving van de verplichting uit artikel 11.7, eerste lid, Tw is het college bevoegd conform artikel 15.2, tweede lid, Tw juncto artikel 5:32 van de Algemene wet bestuursrecht, een last onder dwangsom op te leggen.
38. Het college heeft XXX er, middels een officiële schriftelijke waarschuwing, uitdrukkelijk op gewezen dat het verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten uitsluitend is toegestaan met voorafgaande toestemming van de abonnee. Het college heeft XXX tevens gewaarschuwd dat het college handhavend kan optreden tegen het niet nakomen van die verplichting. Het college is reeds tot handhaving overgegaan door een boete op te leggen aan XXX. 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 het toestemmingsvereiste voor het verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten is de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de eindgebruiker. 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.

5.5 Last onder dwangsom

Ten aanzien van de last

39. XXX is tot op heden, ondanks een schriftelijke waarschuwing van het college, niet uit eigener beweging gestopt met het verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten aan natuurlijke personen zonder voorafgaande toestemming. Zelfs het opleggen van een boete heeft XXX er niet toe gebracht om deze overtreding te beëindigen. Daarmee is duidelijk dat XXX een duidelijke prikkel nodig heeft om tot naleving van de wet over te gaan. Het college acht nadere handhavingmaatregelen in de vorm van een last onder dwangsom derhalve noodzakelijk. Deze last onder dwangsom dient ertoe om XXX te dwingen alsnog de verzending van ongevraagde commerciële e-mailberichten zonder voorafgaande toestemming te staken.
40. Het college overweegt dat het doel van artikel 11.7, eerste lid, Tw, is dat abonnees verstoken blijven van ongevraagde commerciële e-mailberichten, tenzij zij daar toestemming voor geven. XXX voldoet bij het verzenden van de ongevraagde commerciële e-mailberichten niet aan dit toestemmingsvereiste.

Besluit Openbaar

41. Gelet op het voorgaande, gelast het college XXX binnen de hierna vast te stellen begunstigingstermijn het verzenden van ongevraagde e-mailberichten aan natuurlijke personen, hetzij voor een commercieel doel, dan wel een ideëel of charitatief doel, zonder voorafgaande toestemming, in zijn geheel en permanent te staken.
42. Het college gaat niet mee in de stelling van XXX dat het college het opleggen van de last onder dwangsom moet uitstellen totdat XXX in de gelegenheid is gesteld zijn bezwaren tegen het boetebesluit naar voren te brengen en totdat op dat bezwaar is beslist. Ten eerste zijn het boetebesluit en de last onder dwangsom, zoals het college reeds heeft benadrukt onder 5.1, twee afzonderlijke besluiten. Het boetebesluit volgt zijn eigen rechtsbeschermingstraject, waarbij XXX nu reeds in de gelegenheid is hiertegen bezwaar in te dienen. Ten tweede is er sprake van een voortdurende overtreding door XXX van artikel 11.7, eerste lid, Tw, waar het college zo spoedig mogelijk een einde aan wil maken. Het college is van oordeel dat het niet bij zijn rol en taak als toezichthouder past om pas op te treden tegen een overtreding als deze, als de procedures in een ander handhavingstraject zijn afgerond en uitgeput.
43. Voor zover XXX stelt dat hij wordt gedwongen wanprestatie te leveren jegens zijn klanten gaat het college er van uit dat XXX bedoelt te stellen dat het voldoen aan de last onder dwangsom een wanprestatie jegens zijn klanten inhoudt. Als hiervan sprake is, dan is dat een logisch gevolg van het feit dat XXX willens en wetens overeenkomsten aangaat met derden, die feitelijk gericht zijn op het begaan van een overtreding. Dit gevolg dient geheel voor risico en rekening van XXX te komen. Bovendien is een dergelijke overeenkomst op grond van artikel 3:40, tweede lid, van het Burgerlijk wetboek nietig. Het college is van oordeel dat het feit dat XXX in zijn financiële belang zou worden geschaad door het staken van de overtreding geen overweging kan zijn voor het college om de overtreding dan maar te laten voortbestaan.
44. Deze last onder dwangsom ziet op het beëindigen van de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw, en ziet niet op het beëindigen van de overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Het college kiest voor deze beperking van de last onder dwangsom, omdat beëindiging van de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw, beëindiging van de overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw, inhoudt. Het college heeft vastgesteld dat XXX in de door hem verzonden e-mailberichten geen geldig adres voor een verzoek tot beëindiging van de toezending van de berichten heeft opgenomen, zoals vereist in artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.⁹ Door te voldoen aan deze last stopt XXX tevens deze overtreding.

Ten aanzien van de hoogte van de dwangsom

45. 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 verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten aan natuurlijke personen zonder voorafgaande toestemming

⁹ Zie randnummer 67 van het boetebesluit.

Besluit Openbaar

door XXX. Voor de ernst van de overtreding geldt hetgeen het college hiervoor onder § 4.2 heeft overwogen. De hoogte van de dwangsom dient verder een voldoende prikkel te vormen voor XXX om de last na te leven.

46. Het college constateert dat XXX in de onderzoeksperiode¹⁰ van het boetebesluit ten minste 156 mailingcampagnes voor derden heeft verzonden. XXX heeft verklaard per mailingcampagne gemiddeld € 600 te ontvangen. Vast staat in ieder geval dat XXX gedurende de hiervoor genoemde onderzoeksperiode een opbrengst van minimaal € 81.000 heeft genoten.¹¹ Uit de klachten die het college ontvangt via <www.spamklacht.nl>¹² blijkt dat XXX tot op heden mailingcampagnes verzorgt namens derden. Naar het college aanneemt genereert XXX hiermee nog steeds inkomsten. Daarnaast gaat het college er van uit dat XXX tevens inkomsten genereert met het versturen van e-mailberichten namens Serinco.
47. Het college vindt het niet onredelijk uit te gaan van de aanname dat XXX minimaal zes mailingcampagnes per dag kan versturen. XXX heeft in zijn zienswijze op geen enkele manier aannemelijk gemaakt waarom dit technisch niet mogelijk zou zijn. Afgaande op de kennis van het college is dat heel goed mogelijk. Uitgaande van het bedrag dat XXX zelf zegt te ontvangen per mailingcampagne, kan XXX tenminste € 3.600 per dag verdienen met het versturen van mailingcampagnes. Het college stelt hierbij voorop dat deze berekening van de opbrengsten gebaseerd is op verklaringen van XXX zelf. Het college ziet dan ook niet in waarom deze berekening nu opeens volstrekt onjuist zou zijn. XXX geeft in zijn zienswijze ook geen enkele toelichting op deze stelling. Dan is er voor het college geen aanleiding om af te wijken van de goed gemotiveerde eerdere berekeningen. Rekening houdend met het feit dat de hoogte van de dwangsom een voldoende financiële prikkel moet vormen voor XXX om de last na te leven, stelt het college de hoogte van de dwangsom vast op € 5.000 per dag met een maximum van € 100.000.
48. De stelling van XXX dat hij financieel niet in staat is aan de dwangsom te voldoen geeft het college, ook omdat XXX hiervoor geen enkele onderbouwing heeft overlegd, geen aanleiding om hiermee rekening te houden bij het vaststellen van de hoogte van de dwangsom. Bovendien is het college van oordeel dat XXX het zelf in de hand heeft om geen dwangsom te verbeuren door de overtreding te beëindigen en zodoende aan de last te voldoen.

Ten aanzien van de begunstigingstermijn

49. Gezien de aard en de ernst van de overtreding en de uitvoerbaarheid van de last stelt het college een begunstigingstermijn van één werkdag. Aangezien de enige actie die XXX moet ondernemen om aan de last te voldoen een niet-doen is, namelijk het niet verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten zonder voorafgaande toestemming, biedt deze

¹⁰ 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009.

¹¹ Zie randnummer 90 van het boetebesluit.

¹² Zie randnummer 5 van dit besluit.

Besluit Openbaar

begunstigingstermijn XXX voldoende tijd de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw, te staken.

5.6 Dictum

50. Het college legt aan XXX een last onder dwangsom op met de volgende inhoud: XXX dient binnen **één werkdag** na dagtekening van dit besluit, conform artikel 11.7, eerste lid, Tw, het verzenden van ongevraagde e-mailberichten aan natuurlijke personen, hetzij voor een commercieel doel, dan wel een ideëel of charitatief doel, zonder voorafgaande toestemming, in zijn geheel en permanent te staken.

51. Indien XXX de last niet opvolgt, verbeurt hij een dwangsom van € 5.000 voor iedere dag, na afloop van de laatste dag van de gestelde termijn, waarop hij nalaat aan de last te voldoen, met een maximum van € 100.000.

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

w.g. 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.