

CBb 30 september 2014 ECLI:NL:CBB:2014:371 m.nt. G-J. Zwenne & J. Van Eenennaam

(Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6210)

Begrip verzender in artikel 11.7 Tw. De essentie van het verzenden van een e-mailbericht is dat een elektronisch bericht (de inhoud, de boodschap) door de afzender wordt verstuurd aan de geadresseerde. De afzender kan daarbij een hulpmiddel, hulpdienst of hulppersoon gebruiken. Hulppersonen rekent het College niet tot de verzenders als zij naar maatschappelijke opvatting de verantwoordelijkheid voor de verzending niet dragen. Daarmee sluit het College aan bij de opvatting van de wetgever, die uitdrukkelijk van het begrip verzender uitsluit de provider die alleen de elektronische overbrengingsfaciliteit biedt. Het College sluit daarbij tevens aan bij ECLI:NL:CBB:2012:BW8802, waarvan de overwegingen reeds een aanwijzing vormen voor het belang dat het College hecht aan de mate van invloed op de samenstelling van de verzendlijsten voor de vraag of iemand als (mede-)verzender kan worden aangemerkt.

Uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 10/11 en 11/531

15351

uitspraak van de meervoudige kamer van 30 september 2014 op het hoger beroep van:

[naam], wonende te [plaats], appellant,

(gemachtigde: mr. T.J. Roest Crollius)

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 26 mei 2011, kenmerk AWB 09/4180 TELEC-T1, in het geding tussen

appellant

en

de Autoriteit Consument en Markt (ACM),

(gemachtigde: mr. R. Klein),

en in de zaak tussen:

[naam]

en

ACM.

Procesverloop in (hoger) beroep

Appellant heeft tegen de aangevallen uitspraak (ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6210) hoger beroep ingesteld. Deze zaak is geregistreerd onder nummer 11/531. Appellant heeft daarnaast beroep ingesteld tegen het besluit van 20 november 2009 van ACM waarbij zijn bezwaar tegen de oplegging van een last onder dwangsom ongegrond is verklaard. Deze zaak heeft registratienummer 10/11. De zaken zijn gevoegd behandeld.

ACM heeft in beide zaken verweer gevoerd.

Op 11 december 2013 heeft een comparitie van partijen plaatsgevonden.

ACM heeft nadere stukken in het geding gebracht.

Op 27 mei 2014 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. Appellant is in persoon verschenen, in zaak 11/531 bijgestaan door mr. T.J. Roest Crollius. ACM is verschenen bij gemachtigde.

Grondslag van het geschil

1.1. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2.1. In de periode van belang (30 mei 2004 – 23 februari 2009) dreef appellant een eenmanszaak in internet-, web- en databasedesign, genaamd Serinco Benelux (Serinco) en exploiteerde hij onder diezelfde naam verschillende websites, waaronder adverterenisgratis.nl, vrijerleven.com, needmorevisitors.com en internetpromservice.nl (IPS). Via de website IPS verspreidde hij e-mailberichten. Voor een deel waren deze berichten gericht op promotie van de door Serinco geëxploiteerde websites, voor het overige was sprake van e-mailberichten (mailings) die verstuurd werden met behulp van een dienst die Serinco door middel van IPS aanbood. Deze dienst bestond uit het (laten) samenstellen van e-mailberichten met reclame voor de producten en diensten van de afnemer van de IPS-dienst (de klant), het ter beschikking stellen van e-mailadressengroepen (verzendljsten) ten behoeve van de mailings en het (doen) verzenden van de mailings na akkoord van de betrokken afnemer. Uit de header van de berichten die op deze wijze via IPS werden verstuurd, is gebleken dat de berichten zowel direct (noreply@Serincobenelux.nl) alsook indirect (bijvoorbeeld: noreply@adverterenisgratis.nl) door Serinco zijn verstuurd.

1.2.2. De database waarvan Serinco – onder meer voor de dienstverlening via de website IPS – gebruik maakte, bestond uit ruim 275.000 e-mailadressen, deels particuliere adressen van natuurlijke personen en deels zakelijke adressen. Op basis van de via Spamklacht.nl binnengekomen klachten, de verklaringen van appellant en een steekproef uit het door appellant ter beschikking gestelde adressenbestand, heeft ACM vastgesteld dat de adressen uit de zakelijke adressenbestand voor 36% eveneens van natuurlijke personen, waaronder eenmanszaken en vennootschappen onder firma, zijn.

1.3.1. Naar aanleiding van klachten over e-mailberichten die websites van appellant promoten dan wel mailings van klanten van appellant die zijn verzonden via IPS, heeft ACM appellant op 18 maart 2005 een waarschuwing gegeven wegens overtreding van het spamverbod over het tijdvak van 30 mei 2004 tot en met 16 februari 2005. Appellant heeft op die waarschuwing niet gereageerd. Na deze waarschuwing is het aantal klachten over ongevraagde e-mailberichten van appellant toegenomen. ACM heeft daarop het onderzoek heropend.

1.3.2. Op 22 november 2007 hebben toezichthouders van ACM appellant thuis verhoord en inzage gevorderd in digitale gegevensdragers. Op 23 november 2007 hebben zij van appellant de database met e-mailadressen die appellant gebruikt voor de onderscheiden mailings gevorderd. Daaraan heeft appellant voldaan door enkele dagen later een gegevensdrager met het bestand opta_26112007 en een bijbehorende beschrijving in de brievenbus van ACM te deponeren. Het verslag van de analyse van het bestand is opgenomen in het boeterapport.

1.3.3. Op 10 juli 2008 hebben toezichthouders een tweede gesprek gevoerd met appellant. Van 71.179 adressen heeft appellant de herkomst verklaard. ACM heeft vastgesteld dat voor ruim 10% daarvan geldt dat de adressen rechtmatig zijn verkregen en deels rechtmatig zijn gebruikt. Van de overige ruim 204.000 is de herkomst onduidelijk gebleven. ACM heeft geconstateerd dat abonnees die gebruik maken van deze e-mailadressen geen klantrelatie hebben met appellant en dat voor het gebruik ervan voorafgaande toestemming ontbreekt. Op 30 maart 2009 is een boeterapport opgesteld.

1.4. Bij besluit van 17 juni 2009 heeft ACM aan appellant, voor zover hier van belang, een boete opgelegd van € 150.000,- wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) gedurende de periode van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009. Tegen dit besluit heeft appellant bij brief van 20 juli 2009 bezwaar gemaakt. Bij het besluit van 29 oktober 2009 heeft ACM dat bezwaar ongegrond verklaard.

1.5. Bij besluit van 24 juli 2009 heeft ACM aan appellant een last onder dwangsom opgelegd om binnen één werkdag het ongevraagd verzenden van e-mailberichten aan natuurlijke personen te staken. De dwangsom bedraagt € 5.000,- voor iedere dag, waarop appellant nalaat aan de last te voldoen tot een maximum van € 100.000,-. Bij brief van 3 augustus 2009 heeft appellant hiertegen bezwaar gemaakt. Met het besluit van 20 november 2009 heeft ACM dat bezwaar ongegrond verklaard.

2. Uitspraak van de rechtbank

2. De rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaard voor zover het is gericht tegen de wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw opgelegde boete van €150.000,-. Het hoger beroep is hiertoe beperkt.

3. Beoordeling van het geschil in beroep en hoger beroep

3.1. In het beroep tegen de ongegrondverklaring van het bezwaar tegen de oplegging van de last onder dwangsom bij besluit van 20 november 2009 voert appellant dezelfde gronden aan als in bezwaar.

3.2.1. In hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank ter zake van de boete, voert appellant het volgende aan.

3.2.2. ACM heeft van appellant informatie gevorderd over de door hem gebruikte adressenbestanden. Appellant heeft bij vergissing een testbestand aangeleverd, dat behalve daadwerkelijk gebruikte adressenbestanden willekeurige Spaanse en Belgische e-mailadressen bevat. Aangezien ACM het testbestand heeft onderzocht, zijn de resultaten van het onderzoek onbruikbaar.

3.2.3 Appellant betoogt dat ACM onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de authenticiteit van de ingediende klachten en of het ging om e-mailadressen van natuurlijke personen. ACM heeft drie klagers geselecteerd: [klager 1], [klager 2] en [klager 3]. ACM had onderzoek moeten doen op de computers van deze klagers en op basis van door die klagers met de internetprovider gesloten contracten en niet mogen volstaan met een onderzoek van de screenshots van de computer van de internetprovider en de door klagers aangeleverde e-mailberichtheaders. Ten aanzien van [klager 3] geldt dat de rechtbank niet is ingegaan op het bezwaar dat is geklaagd is over een ander e-mailadres dan het adres dat voorkomt in het bestand van appellant. Daarom had de klacht van [klager 3] niet mogen worden meegenomen.

3.2.4. Appellant stelt dat [klager 1] en [klager 2] toestemming hebben gegeven voor het toezenden van e-mailberichten toen zij zich aanmeldden voor de website adverterenisgratis.nl.

3.2.5. Appellant voert aan dat hij voor wat betreft de e-mailberichten, die via IPS zijn verzonden niet als verzender kan worden aangemerkt. Volgens appellant stelt hij met IPS slechts een e-mailprogramma ter beschikking. Aangezien de klanten van IPS zelf een mailcampagne inplannen, de inhoud van hun boodschap bepalen en de berichten naar zelf ingebrachte e-mailadressen of naar de door IPS ter beschikking gestelde verzendlijsten verzenden, heeft appellant geen invloed op de inhoud van de e-mailberichten, op het tijdstip van verzenden en/of op de keuze van geadresseerden. Het softwareprogramma van IPS functioneert zonder zijn aansturing en werkt volautomatisch. Ter onderbouwing van zijn standpunt wijst appellant erop dat hij in 2008 en 2009 gedurende langere periodes in het buitenland was, terwijl in die periodes ook berichten door middel van IPS zijn verzonden.

3.2.6. Appellant voert aan dat de sanctiebevoegdheid van ACM is vervallen voor die overtredingen waarvoor ACM de IPS-klanten van appellant heeft gewaarschuwd. Met de waarschuwing heeft ACM te kennen gegeven de klanten van IPS als verzenders van de mailings te zien en niet appellant. ACM kan dan niet ook nog eens appellant een waarschuwing c.q. boete opleggen.

3.2.7. Appellant klaagt over de lange afhandelingsduur. Zo ligt tussen de aan appellant gegeven waarschuwing en het huisbezoek van ACM een tijdvak van 31 maanden, waardoor de periode waarin de vermeende overtredingen hebben plaatsgevonden langer uitvalt dan het geval zou zijn geweest indien ACM eerder zou hebben ingegrepen. De lange duur rechtvaardigt een verlaging van de boete.

3.3.1. ACM stelt dat appellant zelf het bestand met e-mailadressen heeft overhandigd en daarbij een toelichting heeft gegeven over de opzet en het gebruik van de tabellen met e-mailadressen. Appellant heeft zich pas na het onderzoek zonder enig bewijs op het standpunt gesteld dat het ging om een testbestand. ACM acht het niet waarschijnlijk dat het gaat om een testbestand, omdat in het adressenbestand de e-mailadressen van twee van de drie klagers voorkomen.

3.3.2. Van drie klagers heeft ACM door middel van het verzoeken van een schriftelijke verklaring geverifieerd dat zij abonnee zijn van het betreffende e-mailadres en als natuurlijk persoon een overeenkomst hebben gesloten met de internetserviceprovider. Bij de betreffende providers heeft ACM informatie opgevraagd over de met de onderzochte klagers gesloten contracten en ACM heeft het handelsregister geraadpleegd. ACM heeft de personalia van deze drie klagers aan appellant beschikbaar gesteld.

3.3.3. Volgens ACM heeft appellant niet aangetoond dat deze klagers aan appellant toestemming hebben gegeven voor het gebruik van hun e-mailadres. Het (enkele) feit dat appellant de

beschikking heeft over de IP-adressen bewijst volgens ACM niet dat de klagers die toestemming hebben gegeven.

3.3.4. ACM voert aan dat appelland als feitelijke verzender van de e-mailberichten die via de IPS-dienst namens de IPS-klanten zijn verzonden, moet worden aangemerkt, omdat appelland aan afnemers van IPS e-mailcampagnes heeft aangeboden, hen heeft geadviseerd over de samenstelling van de berichten deze e-mailberichten worden verspreid onder de adressen uit databestanden van appelland, waarbij de klanten kunnen kiezen tussen de particuliere en/of de zakelijke adressenlijst. Aldus bepaalde appelland aan wie de berichten werden verzonden. Het feit dat hij niet fysiek op een knop drukte om berichten te verzenden, maar dat dit voor een groot deel geautomatiseerd gebeurde, of het feit dat hij in opdracht van derden e-mailberichten heeft verstuurd, doet daaraan niet af. Verder wijst ACM erop dat appelland zijn eigen adres als afzendadres in de berichten heeft opgenomen, de opbrengsten voor de verzending van de berichten heeft ontvangen en dus daadwerkelijk profijt heeft genoten.

3.3.5. ACM brengt naar voren dat het enkele tijdsverloop tussen de waarschuwing en het (vervolg-)onderzoek de duur van het onderzoek niet onevenredig maakt. ACM is vrij in het inrichten van haar onderzoek en het op de voortgang betrekking hebbende artikel 15.10, vierde lid, (oud) van de Tw ziet alleen op de besluitvorming na afronding van een boeterapport. ACM heeft na de waarschuwing haar onderzoek niet voortgezet, maar is dat pas opnieuw opgestart nadat in de loop van 2007 duidelijk werd dat de klachten over de handelwijze van appelland aanhielden. Tussen het huisbezoek op 22 november 2007 en de afronding van het boeterapport op 30 maart 2009 is geruime tijd verstreken, zonder dat sprake is van een onevenredig lange duur van het onderzoek. Voor zover de, na toezending van het boeterapport aan appelland aangevangen, redelijke termijn van artikel 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is overschreden, is een korting van de boete met 15% gerechtvaardigd.

4.1.1. Op 1 januari 2013 is de Wet aanpassing bestuursprocesrecht in werking getreden. Uit het daarbij behorende overgangsrecht volgt dat het recht zoals dat gold vóór de inwerkingtreding van deze wet op dit geding van toepassing blijft.

4.1.2. Op grond van artikel 11.7 Tw is ongevroegde communicatie voor, onder meer, commerciële doeleinden uitsluitend toegestaan als de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend (opt-in), tenzij de contactgegevens (e-mailadressen in dit geval) zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst, de communicatie gelijksoortige producten of diensten betreft en de klant uitdrukkelijk de mogelijkheid is geboden om zich te verzetten tegen het gebruik van zijn contactgegevens (opt-out). Artikel 11.8 Tw beperkte ten tijde van belang de toepassing van 11.7 Tw tot natuurlijke personen.

4.2.1. In het geschil in hoger beroep overweegt het College als volgt.

4.2.2. Appelland stelt dat ACM een testbestand heeft onderzocht en dientengevolge de onderzoeksresultaten niet bruikbaar zijn als bewijs voor de gestelde overtreding. Appelland onderbouwt deze stellingname echter in het geheel niet met concrete feiten. Dat mag, gegeven de uitvoerig gemotiveerde betwisting door ACM, wel van hem worden verlangd. Nu deze beroepsgrond niet is gemotiveerd wordt zij verworpen.

Het College kan zich vinden in de strekking van de laatste alinea onder 2.6.2 van de aangevallen uitspraak.

4.2.3. Ten aanzien van de stelling van appelland dat ACM onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de authenticiteit van de ingediende klachten en of het ging om e-mailadressen van natuurlijke personen, overweegt het College als volgt. Appelland heeft, hoewel niet consequent op details, in het boeterapport verklaard dat hij voor Serinco en voor afnemers van diensten van de door Serinco geëxploiteerde website IPS commerciële e-mailberichten verzond:

"In Nederland krijgen rond de 35.000 particulieren mijn mailings en 240.000 tot 250.000 bedrijven" (p. 46)

"De mailings worden heel weinig naar particulieren verzonden, het is hoofdzakelijk naar bedrijven." (p. 48) "De klant bepaalt welke adreslijst wordt gebruikt." (p. 48/49)

"Naar bedrijven wordt zo'n twee maal per week een mailing verzonden, naar particulieren een keer per twee maanden en de laatste vier maanden helemaal niet naar particulieren." (p. 48)

"In het adresbestand komen ook adressen voor, die wij van een callcenter hebben gekocht. Met die aangekochte adressen heb ik het zakelijke adresbestand aangevuld." (p. 58-50)

"Van de extensie van de e-mailadressen leid ik af of het om een zakelijk of een particulier adres gaat: als de domeinnaam niet tot één van de bekende providers behoort, dan neem ik aan dat het gaat om een zakelijk adres." (p. 60-61)

"Een deel van de adressen behoort aan eenmanszaken of vennootschappen onder firma. Ik zie deze ook als zakelijk adressen, die niet natuurlijke personen zijn. Voor mij is een natuurlijke persoon iemand die het adres privé (niet zakelijk) gebruikt." (p. 64-65)

"Ik verzend de mailings aan alle door mij verzamelde zakelijke adressen, ongeacht of het om een rechtspersoon, een eenmanszaak of een v.o.f. gaat. Dat onderscheid kan ik niet maken" (p. 68-69).

4.2.4. De door ACM ingezonden verklaringen van [klager 1], [klager 2] en [klager 3] ondersteunen de eigen verklaring van appelland dat de commerciële berichten naar natuurlijke personen zijn gestuurd. ACM heeft vastgesteld dat deze natuurlijke personen internettoegang hadden op de e-mailadressen waarop zij commerciële berichten, onder meer via de website IPS, ontvingen. Het verklaarde genomen in samenhang met de resultaten van de door ACM uitgevoerde analyse van het adressenbestand, bewijst dat appelland in de hier van belang zijnde periode voor Serinco en voor afnemers van de diensten van de website IPS commerciële e-mailberichten heeft verstuurd aan natuurlijke personen. Het College volgt de rechtbank in zijn oordeel dat verweerder voldoende onderzoek heeft verricht naar de hoedanigheid van de klagers.

4.3. Ten aanzien van de stelling van appelland dat twee van de drie klagers toestemming hebben gegeven voor de toezending van commerciële berichten door zich aan te melden via adverterenisgratis.nl waar een opt-in systeem is gehanteerd, overweegt het College als volgt. Voor zover uit de stellingname van appelland moet worden afgeleid dat adverterenisgratis.nl een opt-in systeem kende en de betreffende klagers hun toestemming hebben gegeven door aanmelding op adverterenisgratis.nl, geldt dat deze toestemming enkel is gegeven voor het ontvangen van commerciële berichten met betrekking tot producten of diensten die verband houden met het aanbod van deze website. ACM heeft vastgesteld dat aan deze twee klagers commerciële berichten zijn verzonden die niets met adverterenisgratis.nl te maken hadden. Van gegeven toestemming daarvoor is niet gebleken. De rechtbank heeft voor het bewijs dat het spamverbod is overtreden een aantal van drie geverifieerde klachten voldoende kunnen achten en op dit onderdeel het beroep terecht ongegrond verklaard.

4.4.1. Appelland bestrijdt niet de verzender te zijn van de e-mailberichten ter promotie van de door Serinco geëxploiteerde websites.

4.4.2. Met de rechtbank volgt het College ACM in haar standpunt dat appelland eveneens is aan te merken als verzender van de e-mailberichten die voor afnemers van de diensten van de website IPS zijn verzonden en overweegt daartoe het volgende.

4.4.3. De Tw kent geen definitie van het begrip verzender. De term komt ook niet voor in Richtlijn 2002/58/EG die alleen, zonder dat die term is gedefinieerd, het begrip afzender kent. Oorspronkelijk stond het begrip verzender ook niet in artikel 11.7 Tw. Een wetswijziging van 19 mei 2004 (Stb 2004, 189) introduceerde deze term.

4.4.4. De essentie van het verzenden van een e-mailbericht is dat een elektronisch bericht (de inhoud, de boodschap) door de afzender wordt verstuurd aan de geadresseerde. De wijze waarop de boodschap wordt overgebracht is daarbij van ondergeschikte betekenis: de afzender kan daarbij een hulpmiddel, hulpdienst of hulppersoon gebruiken zonder dat het hulpmiddel, de hulpdienst of de hulppersoon daarmee zelf de afzender wordt. Hulppersonen rekent het College niet tot de verzenders als zij naar maatschappelijke opvatting de verantwoordelijkheid voor de verzending niet dragen. Daarmee sluit het College aan bij de opvatting van de wetgever, die uitdrukkelijk van het begrip verzender uitsluit de provider die alleen de elektronische overbrengingsfaciliteit biedt. Het College sluit daarbij tevens aan bij zijn uitspraak van 14 juni 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BW8802), waarvan de overwegingen reeds een aanwijzing vormen voor het belang dat het College hecht aan de mate van inhoudelijke betrokkenheid bij de verzending voor het antwoord op de vraag of iemand als (mede-)verzender kan worden aangemerkt.

4.4.5. Appelland heeft met de IPS-dienstverlening een adressenbestand aan derden ter beschikking gesteld waarbij het voor deze derden niet mogelijk was te controleren of de in het bestand

voorkomende adressen werden gebruikt door ontvangers die toestemming hadden gegeven voor het gebruik van dat adres voor de betreffende mailing. De vergelijking die appelland maakt met een online mailingprogramma gaat niet op, omdat de afnemers van de diensten van de website IPS betaalden voor de mailing vanwege het door appelland via de website IPS aangeboden adressenbestand. Dat de betrokken afnemer vanaf 15 september 2008 de mogelijkheid had om een eigen adresbestand toe te voegen, is van ondergeschikte belang. Daar komt bij dat de verzending van de berichten plaats vond vanaf de servers van appelland en dat in de via de website IPS verzonden berichten het e-mailadres van Serinco was opgenomen (ten behoeve van de bouncende mails). Daarmee had appelland een zodanig bepalende rol bij het opstellen van de verzendlijst van de mailings, dat hij, nu hij ook (als enige) het profijt had van de website IPS, terecht als verzender is aangemerkt.

4.5. Tussen partijen is niet in geschil dat ACM niet bevoegd is om een boete op te leggen voor overtredingen in de periode van 30 mei 2004 tot 18 maart 2005, omdat ACM de overtreding die aan de boete ten grondslag is gelegd, voor de betreffende periode reeds heeft gesanctioneerd met een waarschuwing. Dit is, in verhouding tot het gehele door ACM in aanmerking genomen tijdvak van overtreding, echter een zodanig geringe periode dat hiervan naar het oordeel van het College in dit geval geen invloed uitgaat op de hoogte van de op te leggen boete. De stelling van appelland dat nu ACM er voor heeft gekozen om de afnemers van de website IPS een waarschuwing te geven, ACM niet ook appelland een boete op kan leggen, slaagt niet. Appelland is door ACM als overtreder van artikel 11.7 Tw aangemerkt. Dat oordeel dient op zichzelf te worden getoetst en staat in beginsel los van de eventuele betrokkenheid van andere partijen bij dezelfde overtredingen.

4.6. Ten aanzien van de beroepsgrond van appelland over de lange duur van het onderzoek door ACM, volgt het College de rechtbank in zijn oordeel dat de periode gelegen tussen de waarschuwing en het huisbezoek lang is maar dat dit niet afdoet aan de eigen verantwoordelijkheid van appelland om in overeenstemming met de wet te handelen.

4.7. De redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM neemt een aanvang vanaf het moment waarop een handeling is verricht waaraan appelland in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat hem een bestuurlijke boete zal worden opgelegd. In dit geval begint de redelijke termijn begin april 2009 toen aan appelland het boeterapport is toegestuurd. Naar het oordeel van het College kan in dit geval het uitgangspunt worden gehanteerd dat de redelijke termijn is overschreden als niet binnen vier jaar nadat deze termijn is aangevangen uitspraak op het hoger beroep wordt gedaan. Dit leidt tot de conclusie dat de redelijke termijn in totaal met ruim 17 maanden is overschreden. Het College ziet hierin aanleiding de boete met 15% te verlagen.

4.8. Het hoger beroep slaagt voor wat betreft de hoogte van de boete in verband met de overschrijding van de redelijke termijn. Voor het overige slaagt het hoger beroep niet.

Het College zal de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten, vernietigen voor zover het de hoogte van de boete betreft, het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond verklaren en het besluit van 29 oktober 2009 vernietigen voor zover het de hoogte van de opgelegde boete betreft. Zelf in de zaak voorzien, zal het College het boetebesluit van 17 juni 2009 gedeeltelijk herroepen en het boetebedrag lager vaststellen.

4.9. Het beroep tegen de ongegrondverklaring van het bezwaar tegen het besluit van 20 november 2009 (de oplegging van de last onder dwangsom) slaagt evenmin. Het College verwijst hiervoor naar de overwegingen 4.2.2 tot en met 4.4.5 van deze uitspraak.

5. Het College zal ACM te veroordelen in de door appelland in hoger beroep gemaakte proceskosten. Voor verleende rechtsbijstand wordt met inachtneming van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor het hoger beroep € 1.217,50 (1 punt voor het indienen hoger beroepschrift, ½ punt voor het bijwonen van de comparitie en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde van € 487,- per punt en een wegingsfactor 1) toegekend. Tevens dient het griffierecht in hoger beroep aan appelland te worden vergoed.

Beslissing

Het College:

- vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover het de hoogte van de boete betreft;
- bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;

- verklaart het beroep tegen het besluit van 29 oktober 2009 gegrond;
- vernietigt dit besluit voor zover het de hoogte van de boete betreft;
- herroept het besluit van 17 juni 2009 in zoverre dat de hoogte van de aan appellant opgelegde boete wordt vastgesteld op € 127.500,-;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;
- verklaart het beroep tegen het besluit van 20 november 2009 ongegrond;
- veroordeelt ACM tot vergoeding van de door appellant in verband met de behandeling van het hoger beroep gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 1.217,50;
- gelast dat ACM aan appellant het griffierecht ad € 227,- vergoedt.

Deze uitspraak is gedaan door mr. R.C. Stam, mr. M. van Duuren en mr. J.A.M. van den Berk, in aanwezigheid van mr. I.C. Hof, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 30 september 2014.

w.g. R.C. Stam w.g. I.C. Hof

CBb 30 september 2014,

[ECLI:NL:CBB:2014:371](#)

ANNOTATIE

prof. mr. Gerrit-Jan Zwenne en Joanne van Eenennaam¹

Over het spamverbod van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) zijn inmiddels meer dan 20 uitspraken gepubliceerd.² In de onderhavige uitspraak gaat het er vooral om welke partij kan worden aangemerkt als ‘verzender van ongevraagde commerciële elektronische communicatie’ (d.w.z. spam). Oftewel, aan wie kan het verzenden van dergelijke communicatie worden toegerekend?

De feiten

In de periode van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009 kwamen er op de website [www.spamklacht.nl](#) in totaal 379 klachten binnen over spamberichten die verband hielden met het bedrijf Serinco Benelux (Serinco), een eenmanszaak van appellant.³ In

deze berichten werd reclame gemaakt voor websites van Serinco, zoals [www.adverterenisgratis.nl](#) en [www.internetpromservice.nl](#), alsmede [www.vrijerleven.nl](#) en [www.needmorevisitors.com](#). Ook werd in de berichten reclame gemaakt voor afnemers van de diensten van een van deze websites, zijnde de website [www.internetpromservice.nl](#), in de uitspraak afgekort tot IPS.

OPTA, de toezichthouder die indertijd bevoegd was toe te zien op de naleving spambepalingen,⁴ was van oordeel dat appellant, als verzender van deze berichten, in strijd had gehandeld met het spamverbod van artikel 11.7, eerste lid, Tw, door grote aantallen ongevraagde commerciële berichten te verzenden aan abonnees die natuurlijke personen zijn, zonder hun voorafgaande toestemming. Ook oordeelde OPTA dat in strijd was gehandeld met het derde lid van het artikel. Dit omdat hij in de berichten geen goede afmeldmogelijkheid (opt-out) had geboden. Een en ander was voor OPTA aanleiding om twee boetes op te leggen van in totaal een kwart miljoen euro.

Wie is verzender?

In de beroepsprocedure bij de rechtbank en in het hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) stelde appellant zich op het standpunt dat hij niet als verzender kan worden aangemerkt van de commerciële berichten die werden verzonden voor de afnemers van IPS. Zijn rol was, zo stelde hij, beperkt tot het beschikbaar stellen van een e-

¹ Prof. mr. dr. G.-J. Zwenne is als hoogleraar Recht en de

² Aldus blijkt uit een snelle zoekactie in [www.rechtspraak.nl](#). Zie voor een bespreking van iets meer dan een handvol van deze zaken: L. H. La Roi, 'Vijf jaar boetes voor spam en spyware', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2010/1, p. 4-12.

³ In de besluiten van OPTA, en in de gerechtelijke uitspraken daarover, is zijn naam uiteraard nog geanonimiseerd. Echter, in een uitzending van het televisieprogramma EenVandaag op dinsdag 28 juli 2009 wordt hij met voor- en achternaam bekend gemaakt. Zie: [www.eenvandaag.nl/binnenland/34957/beboete_spammer_sprekt](#). De toepassing van de anonimiseringsrichtlijnen (zie [www.rechtspraak.nl](#)) in de uitspraken bij rechtbank en CBb komt sowieso nogal willekeurig voor.

⁴ Inmiddels is OPTA opgegaan in ACM.

mailprogramma waarvan afnemers van de IPS-dienstverlening gebruikmaakten om de spamberichten te versturen. Hij wees erop dat de deze IPS-afnemers zelf de e-mailcampagnes inplanden, en zelf de inhoud daarvan bepaalden en de berichten naar zelf ingebrachte e-mailadressen of naar de door IPS ter beschikking gestelde verzendlijsten verzonden. Het door hem aan deze afnemers beschikbaar gestelde programma van IPS functioneerde zonder zijn aansturing en werkte volautomatisch. Een en ander betekent dat hij geen invloed had op de inhoud van de e-mailberichten, op het tijdstip van verzenden en/of op de keuze van geadresseerden.

Om dit te onderbouwen wees hij er verder op dat hij, in de periode waarbinnen de overtredingen waren begaan, gedurende langere tijd in het buitenland was, terwijl ook toen berichten door middel van IPS zijn verzonden. Als verzender moesten daarom, volgens hem, deze afnemers worden aangemerkt. Steun daarvoor vond hij in de omstandigheid dat de toezichthouder had gemeend deze afnemers te waarschuwen voor de overtreding van het spamverbod.

Wat vindt het CBb daarvan? In een eerdere uitspraak, namelijk die van 14 juni 2012 ([ECLI:NL:CBB:2012:BW8802](#)), had het al geoordeeld dat alleen 'een profijtelijke samenwerking' tussen de bij de verzending betrokken partijen onvoldoende was om ervan uit te gaan dat deze partijen als verzenders worden aangemerkt. Het gaat het erom wie de feitelijke verzending tot stand heeft gebracht en daarbij is onder andere van belang wie de e-mailadressen heeft verzameld en de verzendlijsten heeft samengesteld.⁵

In de onderhavige uitspraak geeft het rechtscollege, mede aan de hand van daarover in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt,⁶ verdere invulling aan dit criterium. Van belang is de mate van inhoudelijke betrokkenheid bij de verzending, en niet zozeer de wijze waarop de berichten werden verzonden en in hoeverre daarbij gebruik is gemaakt van een hulpmiddel, hulpdienst of hulppersoon. Zo een hulppersoon wordt niet tot de verzenders gerekend als deze naar maatschappelijke opvatting de verantwoordelijkheid voor de verzending niet dragen. Daarmee wordt aangesloten bij de nogal vanzelfsprekende opvatting van de

wetgever dat van het begrip verzender is uitgesloten de internetprovider die alleen de elektronische overbrengingsfaciliteit biedt (geen boodschap aan de boodschap).⁷

Vervolgens somt het CBb enkele relevante omstandigheden aan die duiden op een inhoudelijke betrokkenheid die wel ertoe leidt dat een partij al Serinco niet als hulppersoon, maar als verzender wordt aangemerkt. Van belang zijn: (1) de ter beschikking stelling van het adresbestand waarvan bij de verzending gebruik wordt gemaakt, (2) de servers waarvan gebruik werd gemaakt voor de verzending, (3) de vermelding in de berichten van het e-mailadres de desbetreffende partij, alsmede (4) de omstandigheid dat deze partij als enige profijt had van de website waarvoor reclame werd gemaakt, in de onderhavige zaak: www.internetpromservice.nl. Van ondergeschikt belang wordt geacht dat afnemers desgewenst ook de mogelijkheid hadden zelf een adressenlijst toe te voegen. Al met al is er, volgens het CBb, sprake van 'een zodanig bepalende rol bij het opstellen van de verzendlijsten' dat in deze zaak Serinco wel als verzender, en niet slechts als hulppersoon, kan worden aangemerkt.

Aan een en ander doet niet af dat de afnemers, ten behoeve van wie Serinco ook commerciële e-mailberichten verzond, mogelijk ook als verzenders kunnen worden aangemerkt. Maar dat moet op zichzelf worden beoordeeld en Serinco kan hoe dan ook zich daarachter niet verschuilen.

Betekenis

Op 1 juli 2009 trad de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht inwerking.⁸ Vanaf dat moment werd het voor toezichthouders gemakkelijker om medeplegers ook als overtreders aan te pakken. In de onderhavige zaak dateren de overtredingen echter van voor die datum en om deze reden kon OPTA geen gebruik maken van de nieuwe regeling betreffende medeplegen. De toezichthouder moest uitgaan van een ruime uitleg van het begrip verzender. Het CBb kan zich daarin vinden, ook omdat de parlementaire geschiedenis daarvoor de nodige aanknopingspunten biedt. Inmiddels lijkt eenzelfde resultaat ook goed te kunnen worden bereikt door uit te gaan van 'medeplegen'. Zie

⁵ Vgl. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 661, nr. 3, bldz. 11.

⁶ In het bijzonder in *Kamerstukken II 2005/06*, 30 661, nr. 3, bldz. 7-12.

⁷ Bedoeld zal zijn *Kamerstukken II 2005/06*, 30 661, nr. 3, bldz. 11: "Voor de duidelijkheid wordt in dit verband opgemerkt dat de transporteur (aanbieder van de elektronische communicatiedienst) niet wordt aangemerkt als verzender zolang hij niet meer doet dan transporteren".
⁸ *Stb.* 2009, 264.

daarover ook de elders in dit tijdschrift opgenomen uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 24 september 2014 [ECLI:NL:RBROT:2014:7808](#) (Daisycon).

Voorstelbaar was geweest dat de toezichthouder ook nog een iets andere weg had bewandeld, zijnde die van het functionele daderschap. Dat leerstuk ziet op de toerekening van een overtreding aan degene die het in zijn macht heeft om de overtreding al dan niet te begaan en die de overtreding placht te aanvaarden, aldus blijkt o.a. uit HR 23-02-1954, [NJ 1954, 378](#) (IJzerdraad) en HR 16 december 1986, [NJ 1987, 321](#) (Slavenburg II), alsmede HR 21 oktober 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF7938](#) (Drijfmest). Het betekent daarmee een uitbreiding van het begrip van de overtreder, dat immers strikt genomen alleen betrekking heeft op de feitelijke dader, dat wil zeggen: de natuurlijke persoon die iets doet of nalaat en daarmee de gestelde norm overtreedt.

De ruime uitleg van het begrip van de verzender maakt in de onderhavige zaak evenmin nodig om langs deze weg van functioneel daderschap de overtreding aan Serinco toe te rekenen. In andere gevallen, waar het erom gaat feitelijk leidinggevend en bestuurders aan te pakken, maakt ACM wel gebruik van deze weg. Zie bijvoorbeeld de uitspraken CBb 3 juni 2014, CBb 20 juni 2013 [ECLI:NL:CBB:2013:CA3716](#), *Mediaforum* 2014/4, m.nt. Zwenne & Van Hooidonk en recent nog CBb 13 januari 2015 [ECLI:NL:CBB:2015:5](#).

Van het begrip van de verzender wordt in de wet, en evenmin in de achterliggende ePrivacy-richtlijn, een begripsomschrijving gegeven. Het CBb ontwikkelt daartoe een handvol criteria waarvan de betekenis kan, en zal waarschijnlijk, verder gaan dan bij de toepassing van spambepalingen. Ook in andere

contexten zien we steeds complexere verhoudingen ontstaan waarin uiteenlopende partijen zorgdragen voor onderdelen van een of ander vorm van elektronische communicatie. De onduidelijkheid over wie daarvoor, en onder welke voorwaarden, verantwoordelijk kunnen worden gehouden, blijkt vaak te worden opgevat als een ontkenning van enige verantwoordelijkheid. Voorbeelden zien we bij telemarketing van artikel 11.7, vijfde t/m dertiende lid, Tw en de cookiebepalingen van artikel 11.7a Tw, en in meer algemene zin als het gaat om websites of andere diensten van de informatiemaatschappij die soms door heel veel verschillende partijen kunnen worden samengesteld. Ook in die contexten bieden de in de uitspraak gebruikte criteria houvast bij het bepalen wie kan worden aangesproken door toezichthouders en anderen.

Voorzover in de uitspraak wordt stilgestaan bij het onderscheid tussen abonnees die wel en geen natuurlijke persoon zijn, is dat omdat artikel 11.8 Tw indertijd nog bepaalde dat de toepassing van artikel 11.7 eerste t/m vierde lid, Tw was beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn. Inmiddels, op 1 oktober 2009, is dit veranderd. Sindsdien zijn de spambepalingen ook van toepassing op de commerciële emailberichten die worden verzonden naar zakelijke emailadressen, zijnde de elektronische contactgegevens van bedrijven.

Interessant is ten slotte dat het CBb de opgelegde boete matigt vanwege de te lange duur van de procedure. De procedure duurde 5 jaar en 5 maanden en overschrijdt aldus de redelijk geachte termijn van 4 jaar met zeventien maanden. Voor het CBb is dat voldoende reden om een korting te geven van 15 procent of EUR22.500. Procederen loont dus (enigszins).

Op deze tekst is een Creative Commons Licentie (CC by-nc-nd 3.0) van toepassing. Zie <http://creativecommons.nl>