

LJN: BZ5151, Rechtbank Rotterdam , ROT 11/4910 en ROT 11/4987

Datum 21-03-2013

uitspraak:

Datum 21-03-2013

publicatie:

Rechtsgebied: Bestuursrecht overig

Soort procedure: Eerste aanleg - meervoudig

Inhoudsindicatie: Boetes opgelegd wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet. Tot 5 juni 2012 zag het in deze bepaling neergelegde spamverbod alleen op het overbrengen van berichten aan abonnees (en tot 1 oktober 2009 was dit bovendien beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn). Op OPTA rust de bewijslast hiervan. Het standpunt van OPTA dat achter elke gebruiker een abonnees zit, leidt er niet toe dat dit bewijs niet nodig is. Lex certa-beginsel. OPTA heeft geen onderzoek gedaan naar de vraag of e-mails zijn verzonden aan abonnees (die natuurlijke personen zijn). Het op de werkwijze en de grote hoeveelheid verzonden berichten gebaseerde vermoeden, dat berichten zijn verzonden aan abonnees/natuurlijke personen, is in het licht van artikel 6 van het EVRM onvoldoende. Zie ook CBb, LJN: BH6932. De rechtbank ziet geen mogelijkheid om OPTA alsnog in de gelegenheid te stellen nader onderzoek te verrichten. De boetes kunnen geen stand houden.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Bestuursrecht

zaaknummers: ROT 11/4910 en ROT 11/4987

uitspraak van de meervoudige kamer van 21 maart 2013 in de zaken tussen

(ROT 11/4910)

1. (naam) B.V. en (naam) B.V., (hierna: naam en naam), te (plaats),
mr. A. Gabel,

(ROT 11/4987)

2. (naam) en (naam) h.o.d.n. (naam), (hierna: naam en naam), te (plaats),
gemachtigde: mr. N. Wolters Ruckert,

hierna ook gezamenlijk te noemen: eisers,

en

het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, verweerder,
gemachtigden: mr. dr. W.A.M. Steenbruggen en mr. C.A. Vesseur.

Procesverloop

Bij besluit van 19 april 2011 (het primaire besluit), voor zover hier van belang, heeft verweerder wegens overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) in de periode vanaf januari 2007 tot 7 april 2010 aan (naam) en (naam) gezamenlijk een boete opgelegd van € 300.000,- en hen hiervoor hoofdelijk aansprakelijk gesteld, en aan (naam) een boete van € 200.000,-. Wegens dezelfde (soort) overtredingen in de periode van april 2009 tot 7 april 2010 is aan (naam) een boete opgelegd van €100.000,-.

Bij besluit van 5 oktober 2011 (hierna: het bestreden besluit), voor zover hier van belang, heeft verweerder de bezwaren tegen de hiervoor vermelde boetes ongegrond verklaard.

Eisers hebben tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 19 september 2012. (naam) en (naam) hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigde, vergezeld van (naam) en (naam) (hierna: naam en naam). (naam) is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. (naam) heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden, vergezeld van N. Poelman, en mr. D.P. de Haan.

Overwegingen

Feiten en omstandigheden

1.1 (naam) is op 16 augustus 2005 opgericht en hield zich bezig met het verzenden van commerciële e-mailberichten voor verschillende opdrachtgevers (direct marketing). (naam) is uitgever van een aantal digitale vakantiemagazines: (naam), (naam) en (naam). In de periode van januari 2007 tot 7 april 2010 zijn circa 350 miljoen e-mailberichten verstuurd vanaf de domeinen en systemen van (naam), (naam) en (naam) waren in deze periode bestuurder van (naam). (naam) en (naam) B.V., een besloten vennootschap waarvan (naam) algemeen directeur was, waren aandeelhouders van (naam).

(naam) werd en wordt bestuurd door (naam) en (naam). Per juni 2010 is (naam) niet meer betrokken bij (naam).

1.2 Op 8 september 2008 is de eenmanszaak (naam) opgericht. Volgens het uittreksel van de Kamer van Koophandel werd deze onderneming gedreven op naam en voor rekening en risico van (naam). (naam) is de levenspartner van (naam). (naam) heeft in de periode van april 2009 tot 7 april 2010 circa 59 miljoen commerciële e-mailberichten verzonden vanaf haar domeinen en systemen. Daarnaast heeft (naam) aan (naam) opdracht gegeven voor het verzenden van circa 5 miljoen e-mailberichten via de domeinen en de systemen van (naam).

1.3 In de periode van januari 2007 tot 7 april 2010 heeft verweerder via de website www.spamklacht.nl een aantal klachten ontvangen over ongevraagde e-mailberichten afkomstig van (naam). Naar aanleiding van deze klachten is verweerder een onderzoek gestart. Naar aanleiding van dit onderzoek heeft verweerder in twee onderzoeksrapporten van 24 januari 2011 geconcludeerd dat (naam), (naam), (naam) en (naam) artikel 11.7, eerste lid, van de Tw (spamverbod) en artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw hebben overtreden. Bij het primaire besluit heeft verweerder voor beide overtredingen boetes opgelegd. Bij het bestreden besluit heeft verweerder de bezwaren, voor zover die zien op overtreding van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw, gegrond verklaard en overwogen dat daarvoor kan worden volstaan met het geven van een waarschuwing aan (naam), (naam) en (naam). De onderhavige beroepen richten zich niet tegen deze waarschuwing, doch richten zich tegen de aan eisers opgelegde boetes wegens overtreding van het bepaalde in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw gehandhaafd.

Wettelijk kader

2. Hoofdstuk 11 van de Tw ziet op bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer. In artikel 11.7 is artikel 13 van de Richtlijn privacy en elektronische communicatie (Richtlijn 2002/58/EG), dat regels geeft voor ongewenste/ongevraagde communicatie met het oog op directe marketing, geïmplementeerd. Bij Richtlijn 2009/136/EG is de Richtlijn 2002/58 gewijzigd.

De Tw, voor zover en ten tijde hier van belang, luidt als volgt:

“Artikel 1.1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

(...)

p. abonnee: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten. (...)

Artikel 11.1

In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

a. gebruiker: een natuurlijke persoon die gebruik maakt van een openbare elektronische communicatiedienst voor particuliere of zakelijke doeleinden zonder noodzakelijkerwijze op die dienst te zijn geabonneerd;

(...)

e. communicatie: informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst; dit omvat niet de informatie die via een omroepdienst over een elektronisch communicatienetwerk wordt overgebracht, behalve wanneer de informatie kan worden gerelateerd aan de identificeerbare abonnee of gebruiker die de informatie ontvangt;

(...)

g. toestemming van een gebruiker of abonnee: toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, van de Wet bescherming persoonsgegevens, met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn; (...).

Artikel 11.7

1. Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en 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, onverminderd hetgeen is bepaald in het tweede lid.

2. Een ieder die elektronische contactgegevens voor elektronische berichten heeft verkregen in het kader van de verkoop van zijn product of dienst mag deze gegevens gebruiken voor het overbrengen van communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten, mits bij de verkrijging van de contactgegevens aan de klant duidelijk en uitdrukkelijk de gelegenheid is geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens, en, indien de klant hiervan geen gebruik heeft gemaakt, hem bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om onder dezelfde voorwaarden verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Artikel 41, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens is van overeenkomstige toepassing. (...)

Artikel 11.8

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

Artikel 15.4

(...)

4. Het college kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450 000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde regels, niet zijnde regels bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht."

Artikel 11.7 van de Tw is met ingang van 1 juli 2009 gewijzigd en luidt, voor zover thans van belang, sindsdien als volgt:

"1. Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en 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, onverminderd hetgeen is bepaald in het tweede en derde lid.

2. Indien de abonnee, bedoeld in het eerste lid, een rechtspersoon is dan wel een natuurlijke persoon die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, geldt met betrekking tot het door middel van elektronische berichten overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden dat geen voorafgaande toestemming is vereist:

a. indien de verzender bij het overbrengen van de communicatie gebruik maakt van elektronische contactgegevens die door de abonnee daarvoor zijn bestemd en bekendgemaakt, en deze zijn gebruikt in overeenstemming met de door de abonnee aan die contactgegevens verbonden doeleinden, of

b. indien de abonnee is gevestigd buiten de Europese Economische Ruimte en voldaan is aan de in het desbetreffende land geldende voorschriften met betrekking tot het verzenden van ongevraagde communicatie. (...)"

Artikel 11.7 en 11.8 van de Tw zijn met ingang van 1 oktober 2010 wederom gewijzigd en luiden, voor zover thans van belang, sindsdien als volgt:

“Artikel 11.7

1. Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en 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, onverminderd hetgeen is bepaald in het tweede en derde lid.
2. Indien de abonnee, bedoeld in het eerste lid, een rechtspersoon is dan wel een natuurlijke persoon die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, geldt met betrekking tot het door middel van elektronische berichten overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden dat geen voorafgaande toestemming is vereist:
 - a. indien de verzender bij het overbrengen van de communicatie gebruik maakt van elektronische contactgegevens die door de abonnee daarvoor zijn bestemd en bekendgemaakt, en deze zijn gebruikt in overeenstemming met de door de abonnee aan die contactgegevens verbonden doeleinden, of
 - b. indien de abonnee is gevestigd buiten de Europese Economische Ruimte en voldaan is aan de in het desbetreffende land geldende voorschriften met betrekking tot het verzenden van ongevraagde communicatie.

Artikel 11.8

De toepassing van de artikelen 11.6 en 11.7, vijfde tot en met twaalfde lid, is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.”

Artikel 11.7 van de Tw is met ingang van 5 juni 2012 wederom gewijzigd en luidt, voor zover thans van belang, sindsdien als volgt:

- “1. Het gebruik van automatische oproep- en communicatiesystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees of gebruikers is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee of gebruiker daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, onverminderd hetgeen is bepaald in het tweede en derde lid.
2. Indien de gebruiker, bedoeld in het eerste lid, een rechtspersoon is dan wel een natuurlijke persoon die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, geldt met betrekking tot het door middel van elektronische berichten overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden dat geen voorafgaande toestemming is vereist:
 - a. indien de verzender bij het overbrengen van de communicatie gebruik maakt van elektronische contactgegevens die door de gebruiker daarvoor zijn bestemd en bekendgemaakt, en deze zijn gebruikt in overeenstemming met de door de gebruiker aan die contactgegevens verbonden doeleinden, of
 - b. indien de gebruiker is gevestigd buiten de Europese Economische Ruimte en voldaan is aan de in het desbetreffende land geldende voorschriften met betrekking tot het verzenden van ongevraagde communicatie. (...)”

Gronden van beroep

3.1 Samengevat hebben eisers in beroep het volgende aangevoerd.

3.2 Eisers betwisten dat zij het in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw beschreven verbod hebben overtreden, omdat zij beschikken over de vereiste voorafgaande toestemming. Eisers betogen voorts dat het onderzoek van verweerder onzorgvuldig is geweest omdat niet is bewezen dat de e-mailberichten zijn ontvangen door natuurlijke personen, die abonnees zijn. Eisers betogen verder dat verweerder in strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) de personalia van de klagers niet bekend heeft gemaakt. (naam) betoogt daarnaast dat zij ten onrechte is aangemerkt als overtreder. Volgens (naam) en (naam) kan hen geen verwijt worden gemaakt. Eisers voeren verder aan dat de opgelegde boetes onevenredig hoog zijn. (naam) heeft ten slotte naar voren gebracht dat hij en (naam) in wezen dubbel worden beboet, nu het vermogen van (naam) niet is afgescheiden van dat van (naam) en (naam) en (naam) verantwoordelijk was voor de zendingen in naam van (naam).

3.3 Omdat de grond dat verweerder niet heeft onderzocht dat de e-mailberichten zijn ontvangen door abonnees die natuurlijk personen zijn het meest verstrekkend is, zal de rechtbank hieronder als eerste ingaan op deze grond.

Abonnees natuurlijke personen

4.1 Eisers hebben aangevoerd dat op verweerder de plicht rustte om te onderzoeken en vast te stellen dat de klagers a. natuurlijke personen waren en b. kwalificeerden als abonnee in de zin van artikel 1, aanhef en onder p, van de Tw en als abonnee de door eisers verzonden berichten ongevraagd hebben ontvangen. Verweerder had, om de boetewaardigheid van de verzending van de berichten te kunnen vaststellen, moeten verifiëren of degenen aan wie de mail is overgebracht (natuurlijk personen of rechtspersonen), ook daadwerkelijk abonnees waren. Eisers betogen dat een dergelijk onderzoek door verweerder niet is uitgevoerd.

4.2 Gelet op artikel 11.8 van de Tw was het tot 1 oktober 2009 niet verboden om ongevraagde commerciële berichten over te brengen aan rechtspersonen.

4.3 De rechtbank stelt vast dat ten tijde van de gehele periode hier in geding (januari 2007 tot 7 april 2010, onderscheidenlijk april 2009 tot 7 april 2010) het spamverbod van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw alleen zag op het verzenden van berichten aan abonnees. Zij verwijst hiervoor naar de tekst van deze bepaling zoals deze luidde ten tijde hier in geding. De gebruiker kan abonnee zijn, maar dat hoeft niet. De rechtbank wijst op de wijziging van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw bij Wet van 20 mei 2012 tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen (Staatsblad 2012, nr. 235). Deze wijziging is per 5 juni 2012 in werking getreden. Als gevolg van deze wijziging wordt in het eerste lid van artikel 11.7 naast de abonnee ook de gebruiker genoemd aan wie bij het overbrengen van commerciële berichten voorafgaande toestemming moet worden gevraagd om ongevraagde e-mailberichten te mogen verzenden.

4.4 Omdat de bestuurlijke boete een punitieve sanctie is, rust op verweerder de bewijslast dat artikel 11.7, eerste lid, van de Tw is overtreden. In het geval van het versturen van spam betekent dit dat verweerder dient te bewijzen dat e-mailberichten zijn overgebracht aan abonnees en bovendien – tot genoemde wetswijziging van 1 oktober 2009 – dat deze abonnees natuurlijke personen zijn. Dit vergt onderzoek door verweerder. Uit het onderzoeksdossier, noch uit het procesdossier is gebleken dat verweerder enig onderzoek heeft verricht naar de vraag of berichten zijn verzonden aan abonnees (die natuurlijke personen waren). Verweerder heeft betoogd dat bij ieder gebruik van een e-mailadres een abonnee is betrokken. Ieder e-mailadres hoort volgens verweerder bij een abonnement: of van de abonnee zelf, of de situatie is aan de orde dat een gebruiker een e-mailadres gebruikt dat hoort bij een (achterliggend) abonnement. De rechtbank overweegt dat er weliswaar van kan worden uitgegaan dat achter elk e-mailadres een gebruiker zit, maar dat de groep gebruikers niet geheel samenvalt met de groep abonnees (zie de memorie van toelichting op de genoemde wetswijziging, TK 2010-2011, 32 549, nr. 3). Het betoog van verweerder leidt er dus niet toe dat bewijs dat e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees, niet nodig is. Een andere opvatting zou in de systematiek van artikel 11.7, eerste en tweede lid, van de Tw betekenen dat eisers moeten aantonen dat zij toestemming hebben van eenieder aan wie zij commerciële e-mailberichten sturen, terwijl de boetewaardige gedraging (tot 5 juni 2012) is beperkt tot abonnees. Dit verdraagt zich niet met het *lex certa* beginsel. Het door eisers in geding brengen van de lijsten van ontvangers van e-mailberichten ten aanzien waarvan eisers stellen dat deze toestemming hebben gegeven voor het toezenden van mail, kan niet worden begrepen als erkenning van (naam) en (naam) dat zij e-mailberichten hebben verzonden aan abonnees, zodat deze verklaringen het gebrek in het onderzoek niet ondervangen. Onder verwijzing naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) van 22 januari 2009, LJN: BH6932, overweegt de rechtbank verder dat uit de door eisers gehanteerde werkwijze en de zeer grote hoeveelheid verzonden berichten (350 onderscheidenlijk 65 miljoen) een vermoeden kan worden ontleend dat berichten zijn verzonden aan e-mailadressen die toehoren aan abonnees (natuurlijke personen), maar dat dit vermoeden in het licht van artikel 6, tweede lid, EVRM neergelegde onschuldpresumptie nog niet voldoende is om te kunnen concluderen dat berichten zijn verzonden aan abonnees die natuurlijke persoon zijn.

5. Uit het bovenstaande volgt dat het meest verstrekkende betoog van eisers slaagt. Het bestreden besluit dient te worden vernietigd. De rechtbank heeft overwogen of zij het onderzoek zou kunnen heropenen, teneinde verweerder in de gelegenheid te stellen om aanvullend nader onderzoek te doen

of e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees. Dit onderzoek zou echter een nader onderzoek naar de feiten behelzen. Dit gaat verder dan het herstellen van een procedureel gebrek (vergelijk de uitspraak van het CBb van 2 juli 2010, LJN: BN0534) en is naar het oordeel van de rechtbank thans niet meer mogelijk. De rechtbank zal met toepassing van 8:72a van de Algemene wet bestuursrecht zelf in de zaak voorzien en het primaire besluit herroepen. Eisers zijn geen boetes verschuldigd.

6. Omdat de rechtbank de beroepen gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat verweerder aan eisers het door hen betaalde griffierecht vergoedt.

7. De rechtbank veroordeelt verweerder in de door eisers gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast in de zaak met zaaknr. 11/4910 op € 1.923,45 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 472,-- en een wegingsfactor 2 en € 35,45 voor gemaakte reiskosten) en in de zaak met zaaknr. 11/4987 op € 1.888,-- (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 472,-- en een wegingsfactor 2).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen gegrond,
- vernietigt het bestreden besluit,
- herroept het primaire besluit,
- bepaalt dat verweerder aan (naam) en (naam) onderscheidenlijk (naam) en (naam) het door hen betaalde griffierecht van € 302,-- vergoedt,
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 1.923,45-- te betalen aan (naam) en (naam) en tot een bedrag van € 1.888,-- te betalen aan (naam) en (naam).

Deze uitspraak is gedaan door mr. M. Schoneveld, voorzitter, en mr. C.A. Schreuder en mr. Y.E. de Muynck, leden, in aanwezigheid van mr. A.Th.A.M. Schouw, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 21 maart 2013.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.