

Het ligt dan voor de hand dat de minister ambtshalve alsnog een eenmalige bijdrage op zal willen leggen. In zijn algemeenheid is dat natuurlijk goed denkbaar, maar in dit geval zou dat nog wel eens lastig kunnen blijken. De rechtsbasis voor die eenmalige bijdrage zou nog steeds art. 3.3a Tw (oud) moeten zijn, gelet op het overgangsrecht van art. 2.20a Tw. Art. 3.3a Tw (oud) bepaalde evenwel dat de eenmalige bijdrage uitsluitend op basis van een ministeriële regeling kon worden opgelegd. Die regeling is nog altijd van kracht, met uitzondering van de grondslag voor de eenmalige bijdrage die immers door het CBB, exceptief toetsend, onverbindend is verklaard. Is dan de oplossing niet eenvoudig: men wijzigt de Regeling zodanig dat daarin alsnog een eenmalige bijdrage wordt vastgesteld, waarvan de omvang dan zou worden vastgesteld op basis van hernieuwd onderzoek dat de toets der kritiek wel zal kunnen doorstaan? Die gedachte zou echter illusoir kunnen zijn gezien het vierde lid van art. 3.3a Tw (oud), waarin is bepaald dat de verplichting tot het betalen van een eenmalig bedrag slechts bestaat indien de in het eerste lid bedoelde ministeriële regeling in werking is getreden voor het tijdstip waarop de aanvraag voor de vergunning kan worden ingediend. Weliswaar is aan deze eis strikt genomen ook nu nog voldaan nu de nog altijd geldende Regeling al voor bedoeld tijdstip in werking is getreden, maar het hart van de Regeling, de vaststelling van de eenmalige bijdrage is dat niet; die zou juist alsnog moeten worden vastgesteld. Dat lijkt niet goed verenigbaar met art. 3.3a lid 4 Tw (oud), welk voorschrift door de wetgever juist is bedacht om te verzekeren dat degene die een vergunning aanvraagt voor het gebruik van frequentieruimte vooraf weet waar hij aan toe is: 'essentieel daarbij is dat de ministeriële regeling waarop de verplichting is gebaseerd van kracht dient te zijn op het moment dat een aanvraag kan worden ingediend.' Zo bezien heeft dus de wetgever, al dan niet onbedoeld, de mogelijkheid van aanpassing van de eenmalige bijdrage na rechterlijke interventie geblokkeerd.⁸

Resteert nog de vraag of het alsnog vervallen van de eenmalige bijdrage wellicht kan leiden tot verboden staatssteun voor Sky Radio. Voor het beantwoorden van die vraag is toch minst genomen vereist dat eerst deugdelijk wordt vastgesteld wat de waarde van de kavel c.q. het waardedrukkend effect van de clausulering nu eigenlijk is; of Sky Radio een met overheidsmiddelen bekostigd voordeel in de zin van art. 107 VWEU geniet wanneer zij zonder eenmalige bijdrage haar vergunning verlengt ziet tot 2017, is vooralsnog niet vastgesteld. Wellicht dat concurrent Adventure Radio BV nog een rol zou willen vervullen (bijvoorbeeld als klager) nu zij zich ook als derde-partij in deze zaak mengde, hoewel dat gelet op haar verwoede pogingen om zelf ook van de eenmalige bijdrage (van ruim €175.000.000,-) voor de door haar verworven kavel A7 af te komen⁹ misschien toch minder voor de hand ligt.

⁸ Kamerstukken II 2000/01, 27 607, nr. 3, p. 6.

⁹ Dit resultaat vloeit m.i. ook niet voort uit de wijze van geschilbeslechting door het CBB. In dit geval volstaat het CBB sowieso met een 'kale' vernietiging, maar ook wanneer het CBB had willen overwegen zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72 lid 3 onderdeel a Awb jo 8:108 lid 1 Awb) of nadere instructies had willen meegeven voor nieuwe besluitvorming (8:72 lid 4 Awb jo 8:108 lid 1 Awb) al dan niet met een judicële lus (art. 8:113 lid 2 Awb), had het onder ogen moeten zien dat de wettelijke grondslag voor de eenmalige bijdrage in art. 3.3a lid 4 Tw (oud) geen ruimte laat voor het vaststellen van de aldaar bedoelde regeling na het indienen van de aanvraag, en waarschijnlijk dus evenmin voor het achteraf opnieuw vaststellen van de kern van die regeling, de eenmalige bijdrage.

¹⁰ Vgl. de uitspraak van het CBB van – eveneens – 8 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:11.

Nr. 7 X/ACM

College van Beroep voor het Bedrijfsleven 30 september 2014

uitspraak van de meervoudige kamer op het hoger beroep van:

[naam], wonende te [plaats], appellant, (gemachtigde: mr. T.J. Roest Crolius)

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 26 mei 2011, kenmerk AWB 09/4180 TELECOM-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

[...]

Grondslag van het geschil

1.1. [...]

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 *advertiserengratis.nl*, *vrjelerleven.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 (verzendluizen) 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@advertiserengratis.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 bijbe-

horende 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 hier tegen bezwaar gemaakt. Met het besluit van 20 november 2009 heeft ACM dat bezwaar ongegrond verklaard.

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.

Beoordeling van het geschil in beroep en hoger beroep

[...]

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

4.2.2. Appellant stelt dat ACM een testbestand heeft onderzocht en diens gevolge de onderzoeksresultaten niet bruikbaar zijn als bewijs voor de gestelde overtreding. Appellant 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 appellant 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. Appellant 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. 48-50)

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 zakelijke 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 appellant 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 adresbestand, bewijst dat appellant 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 verder voldoende onderzoek heeft verricht naar de hoedanigheid van de klagers.

4.3. Ten aanzien van de stelling van appellant 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 appellant 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. Appellant 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 appellant 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. Appellant heeft met de IPS-dienstverlening een adresbestand 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 appellant maakt met een online mailing-programma gaat niet op, omdat de afnemers van de diensten van de website IPS betaalden voor de mailing vanwege het door appellant via de website IPS aangeboden adresbestand. 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 appellant en dat in de via de website IPS verzonden berichten het

e-mailadres van Serinco was opgenomen (ten behoeve van de bounce mails). Daarmee had appellant 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. [...]

4.6. Ten aanzien van de beroepsgrond van appellant 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 appellant 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 appellant 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 appellant 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 voorziet, zal het College het boetebedrag 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 appellant 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 beroepsschrift, 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 appellant 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 ver-

band 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.

Noot

Gerrit-Jan Zwenne en Joanne van Eenennaam

Prof. mr. dr. G.J. Zwenne is als hoogleraar Recht en de informatiemaatschappij verbonden aan eLaw@Leiden, van de Universiteit Leiden en advocaat te Den Haag. J.M. van Eenennaam is student-assistent bij de afdeling eLaw@Leiden van de Universiteit Leiden en masterstudent Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

Over het spamverbod van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) zijn inmiddels meer dan 20 uitspraken gepubliceerd.¹ 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.² In deze berichten werd reclame gemaakt voor websites van Serinco, zoals www.adverterengratis.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 spambeperkingen,³ 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-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 ingebracht 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

1 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.

2 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.

3 Inmiddels is OPTA opgegaan in ACM.

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 waar- schuwen 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 college al geoor- deeld dat alleen 'een profijtlijke samenwerking' tussen de bij de ver- zending 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.⁴

In de onderhavige uitspraak geeft het rechtscollège, mede aan de hand van daarover in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt,⁵ 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 inter- netprovider die alleen de elektronische overbrengingsfaciliteit biedt (geen boodschap aan de boodschap).⁶

Vervolgens somt het CBB enkele relevante omstandigheden aan die duiden op een inhoudelijke betrokkenheid die er wel toe 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 onderha- vige zaak: www.internetpromservice.nl. Van ondergeschikt belang wordt geacht dat afnemers desgewenst ook de mogelijkheid hadden zelf een adressenlijst toe te voegen. Al niet al is er, volgens het CBB, sprake van 'een zodanig bepalende rol bij het opstellen van de ver- zendlijsten' 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 bestuurs- recht in werking.⁷ 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 daar- voor de nodige aanknopingspunten biedt. Inmiddels lijkt eenzelfde resultaat ook goed te kunnen worden bereikt door uit te gaan van

'medeplegen'. Zie daarover ook de hierna in dit nummer 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 ande- re 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 febru- ari 1954, NJ 1954, 378 (Ijzendraad) 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 onder- havige zaak evenmin nodig om langs deze weg van functioneel dader- schap 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. G.-J. Zwenne & M.E.H.J. van Hooibonk 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 beteke- nis 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 zorg dragen voor onderdelen van een of ander vorm van elektronische commu- nicatie. De onduidelijkheid over wie daarvoor, en onder welke voor- waarden, verantwoordelijk kunnen worden gehouden, blijkt vaak te worden opgevat als een ontkenning van enige verantwoordelijk- heid. 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.

Voor zover in de uitspraak wordt stilgestaan bij het onderscheid tus- sen 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. Sinds- dien 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 van- wege de te lange duur van de procedure. De procedure duurde vijf jaar en vijf maanden en overschrijdt aldus de redelijk geachte termijn van vier jaar met zeventien maanden. Voor het CBB is dat voldoende reden om een korting te geven van 15 procent of € 22.500,-. Procede- ren loont dus (enigszins).

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

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

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

6 Bedoeld zal zijn *Kamerstukken II 2005/06*, 30 661, nr. 3, p. 11: 'Voor de duide-

lijkheid 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'.