

Openbaar besluit

Ons kenmerk: OPTA/IPB/2006/200040
Zaaknummer: JB05001
Datum: 20 januari 2006

Besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna ook: het college) inhoudende een beslissing op het bezwaar van Groenendaal Uitgeverij B.V., gevestigd te Hilversum, (hierna: Groenendaal) tegen het besluit van het college van 23 december 2004 (hierna ook: het bestreden besluit).

1. Samenvatting

Dit besluit heeft betrekking op de bezwaren van Groenendaal tegen het besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit van 23 december 2004.¹ In het bestreden besluit heeft het college op basis van artikel 15.4, vierde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw)² aan Groenendaal twee boetes opgelegd van € 5.000,- wegens overtreding van het spamverbod van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en twee boetes van € 7.500,- wegens overtreding van artikel 11.7, derde lid, van de Tw.

De bezwaren van Groenendaal richten zich tegen de mate van bewijs van de overtreding, de verwijtbaarheid en de hoogte van de boetes. Het college ziet, mede gelet op de bezwaren van Groenendaal, aanleiding de bij het bestreden besluit opgelegde boetes te verlagen.

2. Procesverloop

Op 15 oktober 2004 heeft een door het college aangewezen toezichthoudend ambtenaar een rapport in de zin van artikel 15.8 van de Tw met kenmerk OPTA/EGM/2004/203547 (hierna: het rapport) opgesteld.

Op 2 december 2004 heeft het college van Groenendaal een schriftelijke zienswijze op het rapport ontvangen.

Op 23 december 2004 heeft het college op basis van het rapport en met inachtneming van de zienswijze van Groenendaal het bestreden besluit genomen.

Op 31 januari 2005 heeft Groenendaal tegen het bestreden besluit bezwaar gemaakt.

Op 18 maart 2005 heeft naar aanleiding van het bezwaar een hoorzitting ten kantore van het college plaatsgevonden, waarbij Groenendaal haar standpunt mondeling heeft toegelicht.

¹ Besluit van het college van 23 december 2004 met kenmerk: OPTA/JUZ/2004/204409.

² Zie de Wet Implementatie Europees Regelgevingskader voor de Elektronische Communicatiesector (Stb. 2004, 189, van 13 mei 2004). De wet is in werking getreden op 19 mei 2004 bij Besluit van 7 mei 2004 (Stb. 2004, 207, van 18 mei 2004).

Bij brief van 22 april 2005 heeft het college Groenendaal bericht dat hij naar aanleiding van het bezwaarschrift van Groenendaal heeft besloten nader onderzoek te verrichten en dat daarom niet binnen de termijn van 10 weken op het bezwaarschrift is beslist. Het nader onderzoek richt zich op de vraag of Groenendaal de emailberichten "Tekstbureau" en "SNK" al dan niet naar abonnees in de zin van artikel 11.8 van de Tw heeft verzonden. Bij brief van 2 juni heeft het college Groenendaal bericht dat nader uitstel van de beslissing op bezwaar noodzakelijk is, omdat nog geen reactie is ontvangen van een of meer service providers die bij het nader onderzoek zijn betrokken.

Bij brief van 3 oktober 2005 heeft het college aan Groenendaal bericht dat de service providers informatie hebben verschaft over de vraag of vier personen, die destijds een klacht hebben ingediend op de website www.spamklacht.nl zijn aan te merken als abonnee in de zin van 11.8 van de Tw. Aangezien deze informatie bij de voorbereiding van de beslissing op bezwaar zal worden betrokken, is Groenendaal in de gelegenheid gesteld op de informatie haar zienswijze te geven.

Bij brief van 17 oktober 2005 heeft Groenendaal haar zienswijze gegeven. Groenendaal heeft in die brief verzocht om aanvullende informatie en openbaarmaking van de persoonsgegevens van de betrokken klagers.

Bij brief van 11 november 2005 heeft het college nogmaals de aanvullende informatie verschaft, waarbij zoveel mogelijk gegevens zijn geopenbaard zonder daarmee de identiteit van de klagers te onthullen. Het college heeft Groenendaal andermaal de gelegenheid gegeven haar zienswijze te geven op de aanvullende informatie.

Bij brief van 22 november 2005 heeft Groenendaal van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

3. Het bestreden besluit

In het bestreden besluit heeft het college besloten tot het opleggen van vier boetes aan Groenendaal wegens overtreding van het spamverbod zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en in artikel 11.7, derde lid, van de Tw. Groenendaal heeft artikel 11.7, eerste lid, van de Tw tweemaal overtreden door de emailberichten "SNK" en "Tekstbureau" zonder voorafgaande toestemming aan natuurlijke personen te sturen. Daarnaast heeft Groenendaal artikel 11.7, derde lid, Tw tweemaal overtreden door in deze emailberichten niet de eigen (bedrijfs)naam te vermelden en ook geen geldig afmeldadres of -nummer te vermelden. Het college heeft vervolgens aan de hand van de Boetebeleidsregels OPTA de hoogte van de vier boetes vastgesteld op tweemaal € 5000,- en tweemaal € 7500,-.

4. Bezwaren

De bezwaren van Groenendaal laten zich als volgt samenvatten:

- a. OPTA deelt een boete uit zonder hiervoor een juridische onderbouwing te geven.
- b. Groenendaal heeft geen opdracht gegeven om spam te versturen aan consumenten. Het door het college overgelegde bewijs daarvoor is onvoldoende.
- c. Groenendaal heeft geen opdracht gegeven aan SNK B.V. om ongevraagde elektronische berichten te versturen aan consumenten. Mocht een enkele particulier desondanks toch zo'n mail hebben ontvangen, dan kan Groenendaal hiervoor niet verantwoordelijk worden gesteld.

- d. De hoogte van de opgelegde boete(s) staat niet in verhouding tot de ernst en de duur van de overtreding alsmede tot de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.

5. Juridisch Kader

Op 19 mei 2004 is de gewijzigde Tw in werking getreden. Bij de wijziging van de Tw is het zogenoemde spamverbod opgenomen in artikel 11.7 van de Tw.

Artikel 11.7, van de Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“1. Het gebruik van elektronische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevroegde 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.

2. (...)

3. Bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld:

- a. *de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en*
- b. *een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.*

4. (...)

Uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de Tw³ blijkt dat het begrip “verzender” niet alleen degene die op de verzendknop drukt (de feitelijke verzender) omvat, maar ook “degene waarvan het bericht afkomstig is” (de materiële verzender).

Artikel 11.8 van de Tw luidt als volgt:

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

Artikel 1, aanhef en onder p, van de Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“abonnee: natuurlijk persoon (...) die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.”

Artikel 15.1, derde lid, van de Tw luidt als volgt:

“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.”⁴

Artikel 15.8, eerste lid, van de Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

³ Kamerstukken II, 2002/2003, 28 851 nr. 7, p. 41.

⁴ Zie ook het Besluit van het college van 27 september 2005, Stcrt. 2005, nr. 187, p. 15.

“Indien een ambtenaar als bedoeld in artikel 15.1, (...) derde lid, vaststelt dat een overtreding is begaan, maakt hij daarvan een rapport op.”

Artikel 15.4, vierde lid, van de Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Ingeval van overtreding van bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde voorschriften (...), kan het college aan de overtreder een boete opleggen van ten hoogste €450.000.”

Artikel 15.4, vijfde lid, van de Tw luidt als volgt:

“De hoogte van de boete wordt in ieder geval afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding, alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.”

Boetebeleidsregels

Het college heeft op 17 november 2004 de Boetebeleidsregels OPTA⁵ (hierna: de Boetebeleidsregels) vastgesteld. Met de Boetebeleidsregels geeft het college invulling aan zijn - reeds ten tijde van de overtredingen van Groenendaal bestaande - bevoegdheid ex artikel 15.4 van de Tw. Op 29 juli 2005 heeft het college de Boetebeleidsregels gewijzigd. Er is een bijlage vastgesteld, waarin nader wordt ingegaan op het boetebeleid in relatie tot het handhaving van het verbod op het versturen van spam aan natuurlijke personen. De Boetebeleidsregels verschaffen inzicht in de factoren die het college meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete.

De overtreding van Groenendaal heeft plaatsgevonden in de periode van 27 mei 2004 tot en met 29 augustus 2004 wat betreft de verzending van het emailbericht “Tekstbureau” en van 13 juni 2004 tot en met 2 september 2004 wat betreft de verzending van het emailbericht “SNK”. Dit is derhalve voor de inwerkingtreding van de Boetebeleidsregels. De hoogte van de boete is in het bestreden besluit vastgesteld aan de hand van de in deze Boetebeleidsregels genoemde factoren. Dit heeft niet tot hogere boetes geleid voor Groenendaal. Ook voor de inwerkingtreding van de Boetebeleidsregels werden dezelfde factoren gehanteerd voor het bepalen van de hoogte van de boete.

In de bezwaarfase is de genoemde bijlage bij de Boetebeleidsregels in werking getreden. Het college heeft zich in de beslissing op bezwaar op deze bijlage gebaseerd met dien verstande dat eventuele nieuwe boeteverhogende omstandigheden ten opzichte van het oude beleid buiten beschouwing zijn gelaten. Voor zover de bijlage aanleiding gaf tot verlaging van de boete, is hieraan wel gevolg gegeven.

6. Overwegingen

Het college heeft in het bestreden besluit vastgesteld dat Groenendaal twee maal artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en twee maal artikel 11.7, derde lid, van de Tw heeft overtreden. In het bezwaar heeft Groenendaal aangegeven dat haars inziens de geconstateerde overtredingen juridisch onvoldoende zijn onderbouwd en dat niet is vast komen te staan dat Groenendaal opdracht heeft gegeven om de desbetreffende emailberichten te verzenden aan natuurlijke personen. Het college deelt dit standpunt

⁵ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Stcrt. 2004, nr. 234).

niet. Eerst zal het college uiteenzetten dat de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” daadwerkelijk zijn ontvangen door natuurlijke personen. Vervolgens zal het college aantonen dat de emailberichten “SNK” en “Tekstbericht” daadwerkelijk zijn verzonden van de computersystemen van (.....) en dat Groenendaal in dat kader als materiële verzender moet worden aangemerkt. Tot slot zal het college ingaan op de mate van verwijtbaarheid en de hoogte van de aan Groenendaal opgelegde boetes.

Ten aanzien van de eerste twee gronden van bezwaar merkt het college het volgende op.

Verzending aan natuurlijke personen

Uit artikel 11.7, eerste lid, van de Tw volgt dat het toezenden van emailberichten met een commerciële inhoud aan abonnees zonder voorafgaande toestemming verboden is. Op grond van artikel 11.8 van de Tw is de toepassing van artikel 11.7 van de Tw beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn. Het college heeft in het bestreden besluit geconcludeerd dat Groenendaal de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” heeft verzonden aan een adres of nummer van natuurlijke personen. Dat verzending naar natuurlijke personen heeft plaatsgevonden blijkt uit de door het college ontvangen klachten op www.spamklacht.nl over de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau”.

Over de periode van 27 mei tot en met 29 augustus 2004 zijn bij het college 160 klachten met betrekking tot door Groenendaal verzonden emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” binnengekomen. 30 klachten hadden betrekking op “SNK” en 130 klachten hadden betrekking op “Tekstbureau”.⁶

De klachten zijn ingediend via de spamklachtwebsite van OPTA (www.spamklacht.nl). Op deze website wordt aan klagers verzocht het ontvangen emailbericht bij de klacht te voegen zodat het ontvangen emailbericht in het bezit komt van OPTA. Emailberichten bevatten in de zogenaamde “header” o.a. informatie over de afzender, de ontvanger, de inhoud van het emailbericht en de route die het emailbericht heeft afgelegd.

Op de spamklachtwebsite van OPTA dienen klagers aan te geven of zij het ongewenste emailbericht hebben ontvangen als natuurlijk persoon of als bedrijf. Van de spamklachten ten aanzien van de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” hebben respectievelijk 30 en 130 personen aangegeven deze als particulier te hebben ontvangen.⁷

Voor de vaststelling dat artikel 11.7 van de Tw is overtreden is voldoende dat ten aanzien van één natuurlijk persoon is vastgesteld dat er sprake is van een overtreding. Daarom heeft het college volstaan met het opvragen van een beperkt aantal nadere verklaringen van klagers om vast te stellen of zij daadwerkelijk als natuurlijk persoon het emailbericht “SNK” en/of “Tekstbureau” hebben ontvangen.

Twee van deze klagers hebben schriftelijk aangegeven de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” als particulier te hebben ontvangen (zie verklaringen klagers in bijlage 10 bij het rapport). Groenendaal

⁶ Zie randnummer 24 van het rapport. Voorts zijn ook nog op de website van de particuliere stichting Spamvrij respectievelijk 103 en 516 klachten binnengekomen over de ontvangst van het bericht “SNK” en “Tekstbureau”.

⁷ Overigens, anders dan Groenendaal meent, worden ook info@adressen door natuurlijke personen gebruikt. Het is geenszins zo dat een info@adres per definitie wordt gebruikt door zakelijke abonnees.

bestrijdt in haar bezwaar dat deze twee klagers als natuurlijke personen een abonnement hebben afgesloten met hun service provider. Het college heeft daarom nadere informatie opgevraagd bij de service provider(s) van deze klagers. Op basis van de bij de service provider (beperkt) beschikbare informatie kon niet worden uitgesloten dat deze abonnementen inderdaad zijn aangegaan op naam van een niet natuurlijk persoon. Het college heeft daarom in de bezwaarfase nader onderzoek laten verrichten naar de vraag of de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” daadwerkelijk door natuurlijke personen zijn ontvangen. In dit kader heeft het college ten aanzien van nog vijf klagers bij hun service provider nagevraagd of de abonnementen zijn afgesloten als natuurlijk persoon. Van deze vijf klagers hebben drie klagers aangegeven beide emailberichten te hebben ontvangen. Twee klagers hebben alleen een klacht ingediend over de ontvangst van het emailbericht “Tekstbureau”.

Uit de door de service providers verstrekte informatie blijkt dat in ieder geval vier klagers als natuurlijk persoon een abonnement hebben afgesloten met hun service provider. Ten aanzien van één klager die had aangegeven beide emailberichten te hebben ontvangen, is geen reactie van de service provider ontvangen. Het college acht hiermee aangetoond dat in ieder geval vier natuurlijke personen het emailbericht “Tekstbureau” hebben ontvangen en dat in ieder geval twee natuurlijke personen het emailbericht “SNK” hebben ontvangen.

Samenvattend heeft het onderzoek het volgende resultaat gehad. Het college heeft nader onderzoek laten verrichten naar de klachten van acht klagers. Van één van deze klagers is vast komen te staan dat hij de emailberichten heeft ontvangen op een emailadres ten aanzien waarvan hij niet als natuurlijk persoon abonnee is. Van drie klagers is onduidelijk of zij de emailberichten als natuurlijk persoon hebben ontvangen. Ten aanzien van vier klagers is door een aanvullende verklaring van de desbetreffende service providers vast komen te staan dat zij de bewuste emailbericht(en) als natuurlijk persoon hebben ontvangen.

Het college acht het derhalve aangetoond dat de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” aan natuurlijke personen zijn verstuurd. In zoverre staat de overtreding van artikel 11.7 van de Tw vast. Het college ziet dan ook geen aanleiding het bestreden besluit op dit punt te herzien.

In het bestreden besluit heeft het college voorts geconcludeerd dat de emailberichten zonder toestemming zijn verzonden. Het college is tot deze conclusie gekomen op basis van de informatie die is vertrekt via de klachtenformulieren op de website en het feit dat Groenendaal op verzoek van de toezichthoudend ambtenaar geen toestemmingslijst heeft kunnen overleggen.

Mede gelet op het aantal ingediende klachten en de resultaten van het nader onderzoek acht het college het bovendien voldoende aannemelijk dat een substantieel aantal natuurlijke personen de emailberichten “SNK” en “Tekstbericht” hebben ontvangen. Deze omstandigheid is meegewogen bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Het college zal hier bij de bespreking van de hoogte van de boete nader op ingaan.

Verzending door [.....], Groenendaal als materiële verzender.

Groenendaal suggereert dat de klagers van wie is vastgesteld dat zij natuurlijke personen zijn, de betreffende emailberichten niet daadwerkelijk hebben ontvangen. Het college acht deze suggestie niet aannemelijk. Ten eerste kan uit de klachten, mede gelet op het aantal, worden afgeleid dat, anders

dan Groenendaal stelt, de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” ook daadwerkelijk zijn verzonden.⁸ Zoals hiervoor al is aangegeven blijkt dit uit de header van het aan de klacht toegevoegde emailbericht. Ten tweede hebben acht klagers naar aanleiding van hun klacht(en) - waarvan in ieder geval vier klagers de emailberichten als natuurlijk persoon hebben ontvangen – zich op verzoek van OPTA bereid getoond mee te werken aan nader onderzoek naar de spam-overtredingen. Zij hebben toestemming verleend voor het opvragen van hun persoonsgegevens bij de service provider. Ook dit is een aanwijzing dat de klagers de bewuste emailbericht(en) daadwerkelijk hebben ontvangen. Meer in algemene zin merkt het college op dat ook het aantal ingediende klachten erop wijst dat de emailberichten daadwerkelijk zijn verstuurd aan en ontvangen door een aantal natuurlijke personen.

Het college onderschrijft de stelling van Groenendaal, dat uit de klachten en de aanvullende informatie van hun service providers niets meer blijkt dan dat de klagers als natuurlijk persoon staan geregistreerd dan ook niet.

Voorts blijkt uit het door de toezichthoudend ambtenaar verrichte onderzoek naar de computersystemen bij Groenendaal en [.....] dat de conclusie gerechtvaardigd is dat de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” daadwerkelijk zijn verstuurd vanaf het computersysteem van [.....].⁹ Ook blijkt uit het rapport van de toezichthoudend ambtenaar dat Groenendaal als (materiële) verzender van de emailberichten moet worden aangemerkt.¹⁰ Het college zal hier in het kader van de bespreking in hoeverre Groenendaal deze overtredingen kunnen worden verweten nader op ingaan.

Het argument van Groenendaal dat er onvoldoende overtuigend bewijs zou zijn voor de daadwerkelijke verzending van de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” vanaf het computersysteem van [.....], waarbij Groenendaal als materiële verzender moet worden aangemerkt, treft dan ook geen doel.

Het college wijst er voorts op dat het bij de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” gaat om berichten die oproepen tot het bestellen van CD-roms met software van zakelijke aard en het bestellen van een marketingtekst ten behoeve van een reclame-uiting. De inhoud van de beide emailberichten is dus commercieel van aard. In de randnummers 56 tot en met 61 van het rapport heeft de toezichthoudend ambtenaar dit commerciële karakter nader onderbouwd. Het college volstaat met een verwijzing hiernaar.

Het college ziet in zoverre in de bezwaren van Groenendaal geen aanleiding zijn oordeel te herzien dat Groenendaal twee maal artikel 11.7, eerste lid, van de Tw heeft overtreden door de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau” ongevraagd aan abonnees als bedoeld in artikel 11.7 van de Tw toe te zenden.

Overtreding artikel 11.7, derde lid, van de Tw

Uit artikel 11.7, derde lid, van de Tw volgt dat het toezenden van commerciële emailberichten zonder

⁸ Ter bescherming van de privacy van klagers heeft het college geen kopie van dit dossier bijgevoegd bij dit besluit.

⁹ Zie de randnummers 69 tot en met 83 van het rapport.

¹⁰ Zie de randnummers 68 tot en met 97 van het rapport.

daarin de eigen (bedrijfs)naam te vermelden en zonder daarin een geldig afmeldadres of -nummer te vermelden, niet is toegestaan. Aangezien Groenendaal geen bezwaren heeft aangevoerd ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 11.7, derde lid, Tw, volstaat het college met een verwijzing naar hetgeen hierover is opgemerkt in het bestreden besluit en het rapport.¹¹

Hoogte van de boete en de verwijtbaarheid

Ten aanzien van de derde grond van bezwaar merkt het college het volgende op.

In artikel 5.2 van de Boetebeleidsregels heeft het college bepaald dat hij geen boete oplegt indien de overtreder aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. De Telecommunicatiewet voorziet niet in een bewijslastverdeling ten aanzien van de verwijtbaarheid van een overtreding. Het college sluit daarom qua bewijslast aan bij de Mededingingswet (hierna: Mw), de nog in te voeren 4^e Tranche van de Algemene Wet Bestuursrecht (hierna: Awb) en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Het college licht dit als volgt toe.

De Mededingingswet bepaalt in artikel 56, derde lid, artikel 69, tweede lid, en artikel 76 van de Mw dat er geen boete wordt opgelegd, indien de natuurlijk persoon of de rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend van die overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Wat betreft de bewijslastverdeling volgt uit de toelichting op de Mededingingswet dat een boete kan worden opgelegd na het enkele bewijs van een gedraging, zonder dat per definitie bewijs nodig is van opzet of schuld.¹² Het is daarentegen aan de overtreder om aan te tonen dat hem geen verwijt kan worden gemaakt. Deze bewijslastverdeling komt overeen met de uitleg die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geeft aan artikel 6, tweede lid, van het EVRM.¹³

Wat betreft het reguliere bestuursrecht is in de toelichting op artikel 5.4.1.2 van het voorontwerp 4^e Tranche Awb opgenomen dat het bestuursorgaan de verwijtbaarheid niet hoeft te bewijzen, maar deze mag veronderstellen als het daderschap vaststaat.¹⁴ Volgens deze toelichting moet bij tegenbewijs worden gedacht aan schulduitsluitingsgronden.¹⁵

Indien eenmaal vaststaat dat artikel 11.7 van de Tw is overtreden, wordt de verwijtbaarheid van rechtswege vermoed. Anders dan Groenendaal meent, hoeft het college daarom niet aan te tonen dat Groenendaal verwijtbaar heeft gehandeld. Het college legt echter geen boete op indien Groenendaal aannemelijk maakt dat zij niet verwijtbaar heeft gehandeld. Naar het oordeel van het college heeft Groenendaal dit niet aannemelijk gemaakt. Het college licht dit als volgt toe.

¹¹ Zie de randnummers 130 tot en met 137 van het rapport.

¹² Pagina 85 Memorie van Toelichting Mededingingswet.

¹³ EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991, 351, Salabkiaku; EHRM 25 maart 1983, NJ 1986, 689; Minelli.

¹⁴ Voorzover een delictomschrijving geen subjectieve bestanddelen kent eist de HR niet dat voor strafbaarstelling bewezen moet worden dat de verdachte opzet had op of schuld had aan de strafbaar gestelde gedraging. Het enkele bewijs van een gedraging kan nog steeds tot strafbaarheid leiden (HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681, Melk en water)

¹⁵ Pagina 134 van de toelichting op het voorontwerp 4^e Tranche Awb noemt afwezigheid van alle schuld (AVAS) als voorbeeld van buitenwettelijke schulduitsluitingsgrond. Als gronden voor een beroep op AVAS worden erkend: verontschuldigbare dwaling ten aanzien van recht, beroep op verontschuldigbare onmacht en het beroep op het voldaan hebben aan de gestelde eisen.

Naar het oordeel van het college is er sprake van verwijtbaarheid indien de overtreder anders had kunnen handelen.¹⁶ Voor verwijtbaar handelen is derhalve niet noodzakelijk dat wordt aangetoond dat Groenendaal opzet had bij het versturen van de emailberichten naar natuurlijke personen of dat hij dit “willens en wetens” heeft gedaan. Het college is van oordeel dat Groenendaal onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat haar geen verwijt kan worden gemaakt van de overtredingen van artikel 11.7 van de Tw.

Groenendaal merkt in dit kader op dat, zelfs als een zeer beperkt aantal particulieren een ongevraagd emailbericht heeft ontvangen, dit buiten medeweten en niet in opdracht van Groenendaal is gebeurd. Hiertoe wijst Groenendaal op twee schriftelijke verklaringen van de heer [.....] van 11 oktober 2004 en 7 december 2004 (zie bijlage 1 en 2 bij het bezwaarschrift). In de brief van 11 oktober 2004 verklaart [.....] kort gezegd dat hij samen met ene heer [.....] zonder medeweten van Groenendaal de bewuste emailberichten heeft verstuurd. In de brief van 7 december 2004 verklaart [.....] dat hij met [.....] in januari 2004 mondeling overeengekomen zou zijn dat hij alleen aan zakelijke ontvangers emails zou versturen en dat in die emails een afmeldmogelijkheid zou worden opgenomen.

Het college stelt voorop dat gelet op het aantal klachten en het uitgevoerde onderzoek de stelling van Groenendaal onaannemelijk is dat de emailberichten slechts een beperkt aantal natuurlijke personen hebben bereikt. Voorts merkt het college op dat beide verklaringen van [.....] zijn opgesteld nadat [.....] en Groenendaal op de hoogte waren gesteld van het onderzoek door het college naar de mogelijke overtreding door Groenendaal (en [.....]) van artikel 11.7, van de Tw. Het college acht beide verklaringen ongeloofwaardig. De verklaringen van [.....] komen niet overeen met de verklaring van de heer (.....) van Groenendaal van 10 september 2004. (.....) heeft toen verklaard dat hij deels verantwoordelijk is voor de uitvoering van het verzenden van de ongevraagde email mailings.¹⁷ De omstandigheid dat [.....], namens Groenendaal, zijn eigen verklaring – zonder enige motivering – weer heeft ingetrokken doet daar niets aan af.

Daarnaast zijn de verklaringen van [.....] niet te verenigen met hetgeen de toezichhoudend ambtenaar in zijn rapport heeft geconstateerd omtrent de rol van Groenendaal in de verzending van de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau”. Het college verwijst in dit kader wat betreft het emailbericht “SNK” naar randnummers 78 tot en met 97 van het rapport en wat betreft het emailbericht “Tekstbureau” naar randnummers 98 tot en met 114 van het rapport. Het college ziet - ook na heroverweging in bezwaar- in de verklaringen van de heer [.....] dan ook geen aanleiding het bestreden besluit te herzien.

Het college is overigens van mening dat zelfs als ervan uit zou moeten worden gegaan dat de heer [.....] als de feitelijke verzender moet worden aangemerkt en Groenendaal hiervan niet op de hoogte zou zijn geweest, dit niet maakt dat de verzending van beide berichten niet aan Groenendaal te verwijten is. Hetzelfde geldt voor de stelling van Groenendaal dat [.....] tijdens de verzending van de emailberichten gedurende de periode waarop het rapport betrekking heeft, in het buitenland

¹⁶ Voor de invulling van het begrip verwijtbaarheid wordt aansluiting gezocht bij de strafrechtelijke invulling van het begrip verwijtbaarheid.

¹⁷ Zie randnummer 123 van het rapport.

verbleef. Dit wordt als volgt toegelicht.

Uit het rapport komt naar voren dat Groenendaal samen met [.....] verantwoordelijk is voor het verzenden van de emailberichten “SNK” en “Tekstbureau”.¹⁸ [.....], een collega van [.....], heeft deze verzending onder verantwoordelijkheid van [.....] verricht. De emails zijn verstuurd van het huisadres van [.....] en hij heeft [.....] daartoe zijn huissleutel gegeven. Groenendaal stelt dat [.....] eigen mailbestanden heeft gebruikt voor de verzending van de bewuste emailberichten. Het college stelt voorop dat deze stelling door Groenendaal verder niet is onderbouwd en dat dit ook niet blijkt uit de verklaring van [.....] van 11 oktober 2004. Reeds daarom moet deze stelling van Groenendaal worden gepasseerd.

Zelfs als er evenwel van uit moet worden gegaan dat [.....] eigen mailbestanden heeft gebruikt, dient dit naar het oordeel van het college voor rekening en risico van [.....] en Groenendaal te komen. Het college neemt hierbij in ogenschouw dat Groenendaal en [.....] intensief samenwerkten bij de verzending van de emailberichten.¹⁹ Groenendaal stelde aan [.....] lijsten met emailadressen ter beschikking voor het versturen van spam.²⁰ Het merendeel van de emailadressen van de nader onderzochte klagers is ook daadwerkelijk op het computersysteem van Groenendaal aangetroffen. Voorts hebben [.....] en Groenendaal per email met elkaar overlegd over het verzenden van spamberichten, ook tijdens de periode dat [.....] volgens Groenendaal in het buitenland verbleef.²¹ Groenendaal heeft daarmee bewust de niet als denkbeeldig te verwaarlozen kans aanvaard dat [.....] de emailberichten niet zelf zou versturen, maar dat een derde hiertoe over zou gaan. De omstandigheid dat deze derde, een collega van [.....], vervolgens mailbestanden gebruikt waar een (aanzienlijk) aantal natuurlijke personen bij zit, komt onder dergelijke omstandigheden voor risico van Groenendaal.

Het college concludeert dat Groenendaal niet aannemelijk heeft gemaakt dat haar van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Ook overigens acht het college dit niet aannemelijk.

Ten aanzien van de vierde grond van bezwaar merkt het college het volgende op.

Groenendaal is van mening dat de opgelegde boete niet in verhouding staat tot de vermeende overtreding. Hiertoe voert Groenendaal aan dat van een kans op recidive geen sprake is. Voorts stelt Groenendaal dat de ontvangers van emailberichten geen schade hebben geleden en dat er geen sprake is van ongeoorloofde handelspraktijken, terwijl de aantallen daadwerkelijk verzonden emails aan particulieren niet zijn aan te tonen of te kwantificeren. Tot slot zou het college bij het bepalen van de hoogte van de boete geen rekening hebben gehouden met de draagkracht van Groenendaal.

Bij de vaststelling van de hoogte van een boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, van de Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Voor het

¹⁸ Zie randnummers 68 tot en met 129 van het rapport.

¹⁹ Zie voor een samenvatting van de taakverdeling tussen Groenendaal en [.....] de randnummers 125 tot en met 129 van het rapport.

²⁰ Zie randnummer 119 en 126 van het rapport.

²¹ Zie randnummer 93 tot en met 97 en 108 tot en met 114 van het rapport.

bepalen van de hoogte van boetes wegens overtreding van artikel 11.7 van de Tw heeft het college op 29 juli 2005 een bijlage bij de Boetebeleidsregels vastgesteld die een aanvulling vormt op de Boetebeleidsregels. Bij het vaststellen van de hoogte van de boetes in de beslissing op bezwaar heeft het college zich gebaseerd op deze Boetebeleidsregels en bijbehorende bijlage.

Het college is nagegaan of de toepassing van de nieuwste versie van de Boetebeleidsregels met bijlage aanleiding geeft de hoogte van de opgelegde boetes te verlagen. De bijlage vormt een schriftelijke uitwerking van het beleid dat in algemene zin ook reeds aan het bestreden besluit ten grondslag lag. Als aanvulling op de in de Boetebeleidsregels opgenomen criteria voor het bepalen van de ernst van de gedraging is in onderdeel 3.2 van de bijlage nader uiteengezet op basis van welke criteria de ernst van de overtreding en de hoogte van de boete dient te worden vastgesteld. Het gaat dan om het aantal klachten, het aantal verstuurd berichten en of sprake is van een herhaalde overtreding, van meerdere overtredingen en van bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers. Voorts speelt een rol of de overtreding bijzondere schade heeft veroorzaakt voor Internet service providers en/of eindgebruikers.

Vast staat dat de emailberichten "Tekstbureau" en "SNK" in ieder geval door respectievelijk vier en twee natuurlijke personen zijn ontvangen. Er is derhalve sprake van meerdere en herhaalde overtredingen. De omstandigheid dat er sprake is van meerdere overtredingen heeft ertoe geleid dat het college vier verschillende boetes heeft opgelegd. Bij de vaststelling van de hoogte van elke afzonderlijke boete is rekening gehouden met het feit dat aan Groenendaal in totaal vier boetes zijn opgelegd.

Groenendaal heeft geen bezwaren gericht tegen de door het college vastgestelde duur van de overtreding. Ook overigens ziet het college geen aanleiding het bestreden besluit op dit punt te herzien.

Het college constateert voorts dat er in onderhavige zaak sprake is van een fors aantal klachten, met name ten aanzien van het emailbericht "Tekstbureau", maar dat in de bezwaarfase is gebleken dat niet kan worden uitgesloten dat een aantal van deze klagers de berichten "SNK" en/of "Tekstbureau" niet als natuurlijk persoon hebben ontvangen.

Het college ziet in deze omstandigheid aanleiding de vier opgelegde boetes te verlagen met een bedrag van € 500,-. Voorts is in de bijlage bij de Boetebeleidsregels opgenomen dat bij de vaststelling van de ernst van de overtreding gewicht moet worden toegekend aan het aantal ingediende klachten. Het college overweegt dat ten aanzien van het emailbericht "SNK" in totaal 30 en ten aanzien van het emailbericht "Tekstbureau" 130 klachten zijn ingediend. Na heroverweging in bezwaar oordeelt het college dat deze omstandigheid aanleiding geeft de overtredingen door verzending van het emailbericht "SNK" minder ernstig te achten dan in het bestreden besluit is vastgesteld. Het college ziet hierin aanleiding de boetes die zijn opgelegd vanwege de verzending van het emailbericht "SNK" te verlagen met € 1.250,- wat betreft de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en € 1750,- wat betreft de overtreding van artikel 11.7, derde lid, van de Tw.

In de stelling van Groenendaal dat van herhaling van de overtreding geen sprake zal zijn, ziet het college geen aanleiding tot verlaging van de boete over te gaan. Groenendaal heeft niet aannemelijk gemaakt dat hij zich in de toekomst daadwerkelijk zal onthouden van het verzenden van

spamberichten naar natuurlijke personen. De enkele belofte daartoe is onvoldoende. Groenendaal wijst verder op zeven omstandigheden die in het boeterapport worden opgesomd wat betreft de ernst en de duur van de overtreding. Uit de bestreden beschikking komt naar voren dat het college bij de vaststelling van de hoogte van de boete met deze omstandigheden rekening heeft gehouden en ook in algemene zin de economische context en de feitelijke gevolgen van de overtreding heeft meegewogen. Het college verwijst hiervoor naar onderdeel 47 tot en met 55 van de bestreden beschikking.

Groenendaal stelt voorts dat het college bij de vaststelling van de boetebeleidsregels geen rekening heeft gehouden met de situatie dat een overtreding is gepleegd door een eenmanszaak behorend tot het klein bedrijf. Het college is van mening dat deze stelling van Groenendaal dient te worden genuanceerd. Uit de wetsgeschiedenis bij de Telecommunicatiewet blijkt dat bij de bepaling van de hoogte van de boete in beginsel geen rekening wordt gehouden met de financiële positie van de overtreder.²² De persoon van de overtreder en diens financiële positie kan echter wel aanleiding geven tot matiging van de boete.²³ De reden hiervan is dat op grond van het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb de voor de belanghebbende nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.²⁴ In de bijlage bij de Boetebeleidsregels is dit in artikel 5.2 nader uitgewerkt.

Uit de bestreden beschikking komt naar voren dat het college bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening heeft gehouden met de beperkte omvang van de onderneming Groenendaal. Het college heeft bij het vaststellen van de ernst van de overtreding in ogenschouw genomen dat Groenendaal een eenmansbedrijf is met de heer [.....] als directeur en enig werknemer in vaste dienst. Ten aanzien van de concrete vermogenspositie van Groenendaal geldt - in overeenstemming met de Boetebeleidsregels - dat het aan Groenendaal is om aannemelijk te maken dat hierin aanleiding moet worden gevonden de opgelegde boete te matigen.

Groenendaal heeft aangegeven dat de hoogte van boete, gelet op haar financiële draagkracht, onevenredig hoog is. De opgelegde boete zou, zo stelt Groenendaal, leiden tot haar faillissement. Groenendaal heeft dit onderbouwd door erop te wijzen dat de boete neerkomt op [..]% over haar omzet in het jaar 2003. Het college heeft Groenendaal in bezwaar verzocht om de jaarstukken over 2003 en 2004.

Uit de door Groenendaal verstrekte stukken blijkt dat zij in het jaar 2003 een omzet had van € [.....] Voor het jaar 2004, het jaar waarin de overtreding plaatsvond, geeft Groenendaal aan een omzet van € [.....] te hebben gerealiseerd. Of de hoogte van de boetes evenredig is, beoordeelt het college (onder meer) aan de hand van het jaar waarin de overtreding plaats vond. Voorzover de gegevens over het jaar 2004 juist zijn, bedragen de boetes voor overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw derhalve [..] en [..] % en de boetes voor overtreding van artikel 11.7, derde lid van de Tw [..] en [..] % van de omzet over 2004.

²² Zie ook pagina's 129 en 130 Memorie van Toelichting Telecommunicatiewet, kamerstuk 25 533.

²³ Rechtbank Rotterdam 20 mei 2005, LNJ AH9240;

²⁴ Zie ook pagina's 141 en 142 op het voorontwerp 4^e Tranche Awb.

Naar het oordeel van het college is de financiële situatie van Groenendaal niet dusdanig dat tot lagere boetes had moeten worden besloten. Hierbij merkt het college op dat voor de vaststelling van de hoogte van de boetes de omzet van de onderneming slechts één van de factoren is waarmee rekening moet worden gehouden. Daarnaast zijn de doelstellingen speciale en generale preventie van belang. Groenendaal heeft niet aannemelijk gemaakt dat de boetes zodanig nadelige gevolgen voor hem hebben dat de gevolgen van de boetebesikking niet in de juiste verhouding staan tot de aard en de ernst van de verweten gedragingen. Hierbij is van belang dat aan Groenendaal niet één boete is opgelegd van € 25.000 (en in bezwaar van € 20.000), maar dat het college in totaal vier boetes heeft opgelegd voor vier verschillende overtredingen.

Ten aanzien van de verwijtbaarheid van de overtredingen overweegt het college dat uit het rapport naar voren komt dat Groenendaal schuld heeft aan de overtredingen. In het bestreden besluit is vermeld dat Groenendaal de overtredingen “willens en wetens” heeft begaan. Hiermee heeft het college niet zozeer tot uitdrukking willen brengen dat Groenendaal met opzet en voorbedachten rade artikel 11.7 van de Tw heeft overtreden, alswel dat het college, gelet op de voorlichting door OPTA over de wijziging van 11.7 van de Tw ervan uit mocht gaan dat Groenendaal van deze bepaling en de gevolgen van overtreding daarvan, op de hoogte was. Bij de vaststelling van de verwijtbaarheid heeft een rol gespeeld dat Groenendaal een aantal maatregelen heeft genomen om te verhullen dat zij als verzender van het bericht zou worden aangemerkt.²⁵

Voor het overige ziet het college in de bezwaren van Groenendaal en de toepassing van de nieuwe beleidsregels geen aanleiding de opgelegde boetes verder te verlagen.

Voorts heeft Groenendaal bij brief van 17 oktober 2005 een aantal aanvullende bezwaren en vragen naar voren gebracht. Voor een reactie op de klachten van Groenendaal met betrekking tot de verklaringen van de oprichters van de voormalige Stichting Spamvrij en het opnemen van valse verklaringen in het onderzoeksrapport verwijst het college naar de brief van 12 mei 2005 (kenmerk: OPTA/JUZ/2005/201251) aan Groenendaal waarin deze klachten ongegrond zijn verklaard. Hetzelfde geldt voor de klacht over het anonimiseren van de persoonsgegevens van de klagers in het onderzoeksrapport.

Groenendaal heeft bij brief van 17 oktober 2005 ook bezwaar gemaakt tegen het anonimiseren van de klagers ten aanzien waarvan nader onderzoek heeft plaatsgevonden. Uit privacy-overwegingen is het vast beleid om de emailadressen en namen van klagers niet te verstrekken. Het college meent dat Groenendaal hierdoor niet onredelijk in haar belangen wordt geschaad. Naar het oordeel van het college zijn er derhalve geen gronden om ten aanzien van Groenendaal van dit beleid af te wijken. Dit geldt te meer nu in een eventuele beroepsprocedure de rechter met toepassing van artikel 8:29 van de Awb wel kennis zal kunnen nemen van de ongeschoonde versie.

Voorts heeft Groenendaal een nadere omschrijving gevraagd van de woorden “representatief” en “steekproef”, zoals door het college gebruikt in de brief van 3 oktober 2005. Het college heeft met deze woorden het volgende tot uitdrukking willen brengen. Het aantal klachten over beide emailberichten rechtvaardigt de beslissing van het college om een onderzoek in te stellen naar Groenendaal. Voor overtreding van 11.7 van de Tw is het evenwel voldoende dat het bericht naar één

²⁵ Zie randnummers 130 tot en met 137 en 147 en 148.

natuurlijke persoon is verstuurd. Gelet daarop heeft het college aan de hand van nader onderzoek vastgesteld dat in ieder geval vier klagers de email "Tekstbericht" en twee klagers de email "SNK" als natuurlijk persoon hebben ontvangen. De keuze voor de klagers waarnaar nader onderzoek is verricht is willekeurig geschied, zij het dat bij het nader onderzoek wel is getracht klagers te selecteren van wie het aannemelijk was dat zij tot medewerking bereid zouden zijn.

De heroverweging in bezwaar en de bezwaren van Groenendaal geven naar het oordeel van het college geen aanleiding af te zien van het opleggen van een boete aan Groenendaal. In zoverre handhaaft het college zijn beslissing. Het voorgaande leidt echter wel tot het oordeel, mede gelet op de bezwaren van Groenendaal, dat er aanleiding bestaat de opgelegde boetes te verlagen.

7. Dictum

Het college verklaart het bezwaar van Groenendaal tegen zijn besluit van 23 december 2004 (kenmerk: OPTA/JUZ/2004/204409) gegrond en besluit, onder gedeeltelijke herroeping van dat besluit, aan Groenendaal een boete op te leggen van:

- € 3.250,- in verband met de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en
- € 5.250,- in verband met de overtreding van artikel 11.7, derde lid, van de Tw bij de verzending van emailberichten "SNK" in de periode van 13 juni 2004 tot en met 2 september 2004;
- € 4.500,- in verband met de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en
- € 7.000,- in verband met de overtreding van artikel 11.7 derde lid, van de Tw bij de verzending van emailberichten "Tekstbureau" in de periode van 27 mei 2004 tot en met augustus 2004.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

mr C.A. Fonteijn, voorzitter

beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij de Rechtbank Rotterdam.

Het postadres is: Rechtbank Rotterdam, sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Het beroepschrift 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 beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van de Rechtbank, telefonisch bereikbaar op (010) 297 12 34.